

نظمية الأحكام من قانون المرافعات

التعريف بها ، وتحديد أركانها ، وتكييفها ، وتقسيمها ، وأثارها
والتواعد العامة في الطعن فيها ، والشروط الواجب توافرها في
كل من الطاعن والطعون عليه .

القسم الأول

الدكتور أحمد أبو الوفا

أستاذ المرافعات بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
عميد كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية
الحامي بالنقض والحكمة العليا

الطبعة الرابعة

أهم المراجع المؤلفات

- الاستاذ أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية والنظام.
القضائي في مصر (الطبعة الثانية -
١٩٢١) . طرق التنفيذ والتحفظ
(الطبعة الثانية ١٩٢٣) .
- الاستاذ محمد العشماوى قواعد المرافعات في القانون الاهلى.
والمختلط (١٩٢٧ - ١٩٢٨) .
- الاستاذ محمد العشماوى قواعد المرافعات - الجزء الاول
والدكتور عبد الوهاب العشماوى } والثانى .
- الدكتور محمد حامد فهمى شرح المرافعات المدنية والتجارية.
(سنة ١٩٤٠) تنفيذ الاحكام
والسندات الرسمية (١٩٥٠ -
١٩٥١) .
- الاستاذ حامد فهمى النقض في المواد المدنية والتجارية
والدكتور محمد حامد فهمى (سنة ١٩٣٧) .
- الاستاذ أحمد قمحه التنفيذ علما وعملا (سنة ١٩٢٧) .
والاستاذ عبد الفتاح السيد
- الدكتور رمزى سيف قواعد تنفيذ الاحكام والسندات
الرسمية الطبعة السادسة (سنة
١٩٦١) والمرافعات .
- الدكتور عبد المنعم الشرقاوى شرح المرافعات المدنية والتجارية
(١٩٥٠) - والطبعة الثانية (١٩٥٥)
نظرية المصلحة في الدعوى (سنة
١٩٤٧) . مذكرات في التنفيذ
(سنة ١٩٥٤) .

- الدكتور احمد مسلم اصول المرافعات والتنظيم القضائي .
- الدكتور عبد الباسط جميعي التنفيذ .
- الدكتور فتحى والى نظرية البطلان فى قانون المرافعات
والتنفيذ ومبادئ قانون القضاء
المدنى .
- الدكتور محمد عبد الخالق عمر التنفيذ .
- الدكتورة أمينة النمر التنفيذ وأوامر الاداء ومنساطر
الاختصاص والحكم فى الدعاوى
المستعجلة .
- الدكتور وجدى راغب التنفيذ والنظرية العامة للعمل
القضائى .
- الاستاذ محمد على راتب قضاء الامور المستعجلة .
- والاستاذ محمد نصر الدين كامل قاضى الامور المستعجلة .
- والاستاذ فاروق راتب الحراسة القضائية (الطبعة الثانية) .
- الاستاذ محمد على رشدى الحراسة القضائية (الطبعة الثانية) .
- الدكتور عبد الحكيم فراج الحراسة القضائية (الطبعة الثانية) .

للمؤلف :

- الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع (١٩٤٩) .
- انقضاء الخصومة بغير حكم (سنة ١٩٥١) .
- نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - الطبعة الخامسة .
- المرافعات المدنية والتجارية الطبعة ١٣ (سنة ١٩٨٠) .
- مدونة الفقه والقضاء فى المرافعات بالاشتراك مع الاستاذ محمد
نصر الدين كامل والاستاذ محمد عبد العزيز يوسف ، الجزء الاول (سنة
١٩٥٤) والجزء الثانى (١٩٥٦) .
- اجراءات التنفيذ الطبعة السابعة (سنة ١٩٧٨) .

- اجراءات التنفيذ في القانون اللبناني (١٩٨٠).
- اصول المحاكمات المدنية في القانون اللبناني (١٩٧٩).
- التحكيم الاختياري والاجباري (سنة ١٩٧٨).
- التعليق على نصوص قانون المرافعات (سنة ١٩٧٩) الجزء الاول والثاني .
- التعليق على نصوص قانون الاثبات سنة ١٩٧٨ .
- التعليق على نصوص قانون ايجار الاماكن (سنة ١٩٧٨) .
- وكتاب «الاختصاص والاجراءات في منازعات الايجار» (سنة ١٩٦٣) .
- اجراءات الاستئناف المستحدثة - مقال - مجلة المحاماة السنة ٣٢ .
- الدفع بعدم قبول الدعوى - مقال مجلة الحقوق السنة الثالثة .
- التحكيم الاختياري - مقال - مجلة الحقوق السنة الرابعة .
- طلب استقاط الخصومة واعتبارها كأن لم تكن - مقال - مجلة المحاماة السنة ٣٦ .
- تكييف وظيفة المحكم - مقال - مجلة المحاماة السنة ٣٧ .
- تسبيب الاحكام - مقال - مجلة الحقوق السنة السابعة .
- وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجبه السرعة - مقال - مجلة المحاماة السنة ٣٨ .
- اوامر الاداء - مقال - مجلة المحاماة السنة ٣٨ .
- التحكيم في عقود البترول - المحاماة السنة ٤٠ .
- المستحدث في مشروع قانون المرافعات الموحد - مقالتان - مجلة الحقوق السنة التاسعة والعاشره .
- طرق الطعن في مشروع قانون المرافعات - مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الخامسة العدد الثالث .

الاحتفاظ بصفة القاضى حتى كتابة حكمه - ذات المجلة السنة الخامسة .

الاستئناف المباشر لاوامر الاداء - ذات المجلة السنة الخامسة .

دعوى التزوير الفرعية - ذات المجلة السنة الثالثة .

اجراء رفع الدعوى - ذات المجلة السنة السابعة .

الاحالة بمقتضى المادة ١٣٥ - ذات المجلة السنة السابعة .

تجاوز السلطة فى قانون المرافعات - ذات المجلة السنة العاشرة .

التنازع الزمنى لقوانين المرافعات - مجلة الحقوق سنة ١٩٧٠ .

الجديد فى عقد التحكيم وأجراءاته بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ - مجلة الحقوق سنة ١٩٧٠ .

الحضور المسقط لحق التمسك بالبطلان - المحاماة ابريل ١٩٧٠ .

طريقا الطعن فى قرارات لجان الطمس بمصلحة الضرائب - المحاماة سنة ١٩٧٠ .

توحيد المصطلحات القانونية فى البلاد العربية - مقال بمجلة المحامى اللبنانية السنة ٣٦ (سنة ١٩٧٢) .

قاضى التنفيذ - مجلة ادارة قضايا الحكومة - سنة ١٩٧٤ .

١ - الرسائل

- Berryer : Des astreintes, Paris, 1903.
 Bordas (A) : Des jugements susceptibles d'appel, Paris 1904.
 Charles (André) : L'évocation en matière civile, Caen, 1934.
 Eugène Cracnin : Théorie générale des astreintes, Paris, 1914.
 Giry (Etienne) : Des jugements susceptibles d'acquiescement Paris, 1911.
 Gleizes Pierre) : Les astreintes, 1935
 Godard (R) : Des jugements par défaut, Etude Critique, Paris, 1911.
 Guibert (Jean) : La Comparution Personnelle, Paris, 1928.
 Henry (A) : De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse (Nancy, 1913 - 1914).
 Laborderie (P) : Le droit d'évocation, Bordeaux, 1903.
 Leroux (Maurice) : Les astreintes, Paris, 1902.
 Ponelle (Jean) : Le référé en cours d'instance, Paris, 1934.
 Puricesco (G.) : Des astreintes, Paris, 1914
 Saussure(C.) : Des voies de recours en matière d'ordonnance de référé, 1912
 Touzet (Jules) : De l'exécution provisoire des jugements (Thèse) - Paris.
 Bodart (Camille) : De l'acquiescement en matière civile, Paris, 1897.
 Foisset (J.M) : Du désistement et de l'acquiescement dans les affaires qui intéressent l'ordre public - Paris, 1911.
 Guilemot (Gibriel) : Le désistement d'appel, Paris, 1908.
 Gauthier (Pierre) : Théorie des degrés de juridiction, Paris, 1897.

ب - الكتب والمقالات

- Aubry et Rau : Cours de droit civil français 4^{ème} Ed .
 Bioche : Dictionnaire de procédure civile et comm .
 Boitard et Colmet - Daage et Glasson , Leçons de procédure civile,
 15^{ème} Edition, 1889 .

- Bonnier : Eléments des procédures civiles, 1653
- Brulliard : Le code de procédure civile de la Cité du Vatican. Bulletin trimestriel de le Soc. de Législation comparée.-Avril-Mai 1948
- Carré et Chauveau : Lois de la procédure civile et commerciale (5^{ème} Edition).
- Cuche et Vincent : Précis de procédure civile et comm. (1954) .
- Gilbert Baudrant : Traité de la procédure civile indigène à Madagascar Paris, 1951 .
- Curet (A) : La juridiction des référés, traité pratique -(2 Vol.) -1907.
- Duranton : Cours de roit français suivant le Code Civil, 1831 .
- Esmein (A) : La jurisprudence en matière d'astreintes. (Revue trimestrielle de droit civil, 1903 .
- Faye : La Cour de Cassation. attributions, compétence, procédure, 1902
- Faustin Hélie : Traité de l'instruction criminelle, 2^{ème} Edition .
- Garsonnet et Cézair-Bru : Traité de procédure, 3e éd (1912-1933) .
- Glasson, Lederlin et Paresté : Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne, Loi du 30 Janvier, 1877.
- Glasson et Colmet-Daage : Précis théorique et pratique de procédure Civile, 2^{ème} Edition, par Tissier .
- Glasson, Tissier et Morel : Traité de procédure 3e. éd (1925-1937) .
- Griolet : De l'autorité de la chose jugée en matière civile et matière criminelle .
- Halsbury's Laws of England, by the late, the right honourable the Earle of Halsbury (2^{ème} Edition, 1935, Vol. XIX) .
- Hebraud (Pierre) : Les jugements d'avant dire droit (La Loi de 23 Mai, 1942, Dalloz, Recueil critique, 1943) .
- Japiot (R.) : Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^{ème} Editton. 1935, 1939 .
- Lacoste (P.) : De le chose jugée (3e éd)

- Larombière : Théorie et pratique des obligations .
- Laurent . Principes de droit civile (3^{ème} Edition, 1878).
- Morel : Traite de procédure, 2e éd. (1949)
- Pigeau et Crivilli : La procédure civile des tribunaux de France, 1937.
- Rodière : Traité de compétence et de procédure en matière civile (5^{ème} Edition, 1878) .
- Rousseau et Laisnay . Dictionnaire de procédure, 9^{ème} Edition .
- Solus (Henry) : Cours de droit judiciaire privé (procédure civile pour la licence, 3^{ème} année, 1946 - 47) .
- Solus (H.) : Les lois du 23 Mai 1942, portant réforme de la procédure civile (Exécution provisoire, appel, comparution personnelle).
- Van Vetter: Pandectes contenant l'histoire du droit romain et législation de Justinien - 1906 .
- Vulaer : Le décret-Loi de 30 octobre 1935, relatif à la procédure civile.
- Vizioz : La réforme de l'appel. La Semaine Juridique. (1943 I) .

الدوريات ومجموعات الاحكام

- مجلة القانون والاقتصاد وملحقاها : يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة .
- مجلة الحقوق : يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية .
- مجموعة أحكام محكمة النقض : تصدرها محكمة النقض ابتداء من سنة ١٩٥١ .
- مجلة المحاماة : تصدرها نقابة المحامين الاهلية ابتداء من سنة ١٩٢٠ .
- المجموعة الرسمية لاحكام المحاكم الاهلية ابتداء من سنة ١٩٠٠ .
- النشرة القانونية لمحكمة الاسكندرية الابتدائية من يونية ١٩٥١ .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والابرارام في المواد المدنية تأليف الاستاذ محمود أحمد عمر .

- مرجع القضاء : تأليف عبد العزيز ناصر .
 مجلة التشريع والقضاء : تصدرها دار النشر للجامعات المصرية ابتداء
 من أكتوبر سنة ١٩٤٨ .
 مجلة الشرائع .
 جريدة الحقوق .

- Bulletin Trimestriel de la Soc. de Législation Comparée .
 Dalloz : Répertoire pratique .
 Dalloz : Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de juris .
 Dalloz : Nouveau répertoire, 1947- 1951 .
 Dalloz : Recueil hebdomadaire et recueil périodique .
 Dalloz : Recueil analytique critique .
 Dalloz : Encyclopédie juridique (procédure 1955 - 1956) .
 Code de procédure civile annoté (Dalloz) et le Nouveau code annoté .
 La Gazette du Palais : Jurisprudence et législation .
 Pandectes Belges .
 Répertoire Pratique Belge .
 Revue Trimestrielle de Droit Civile .
 La Semaine Juridique .
 Sirey : Recueil de jurisprudence .

مجلة التشريع والقضاء .

Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes .

المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة

Recueil Officiel de la Cour d'Appel Mixte .

Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte .

الجازيت .

بسم الله الرحمن الرحيم

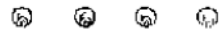
مقدمة

١ - تتصل الاحكام بكل من القانون العام والقانون الخاص ، وبكل من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق والقوانين الجزائية المتعلقة بالاجراءات .

هى تتصل بالقانون العام ، لانها قرارات تصدر من احدى السلطات العامة فى الدولة ، شأنها شأن ميثلتها التى تصدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية ، وهى تفرض عليهما . والدول فى العهد الحديث - اذ تدرك بجلاء أن القضاء ما هو الا وظيفة وسلطة عامة من سلطات الدولة - تستوجب أو تكاد تستوجب ألا يجرى على مشيئة الافراد ، كل يسير بدعواه وفق سياسته الخاصة . وهذا المبدأ الاساسى اذا أتبع فى تشريع ما فانه يؤثر حتما فى جميع القواعد والمسائل المتصلة بالاحكام ، ويكون من شأنه أن يستوجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها فى المسائل الفرعية وفى اجراءات الاثبات ، وأن تسير بالدعوى وفق ما تمليه عليها مصلحة الخصوم والمصلحة العامة التى تقتضى انجازها فورا .

والاحكام تتصل بكل من القوانين المقررة للحقوق والقوانين الاجرائية ، لانها تصدر بشكل معين فى خصومة رفعت وفق قواعد المرافعات ، مشتملة على وقائع الدعوى ودليل وجودها المادى ، وتقدير المحكمة وفهمها لهذه الوقائع ودليل هذا الفهم ، واعمال القاعدة القانونية الموضوعية المتعين اعمالها بصدددها بعد تكييفها ، وما يقتضيه كل هذا من تفسير القواعد القانونية أو تأويلها أو القياس عليها . فلا بد عند اصدار الحكم من اعمال قواعد قانون المرافعات واعمال القواعد والمبادئ التى نصت عليها التقنيات المختلفة والقوانين المقررة للحقوق بحسب مادة الخصومة ،

سواء عند تحصيل فهم الواقع لان القاضي مقيد بقواعد الاثبات وطرقه ،
 أم عند تكييفه لانه مقيد برد هذا الواقع الى حكم القانون ، أى اختيار
 القاعدة القانونية التى تتناسب معه ، ثم ارساء آثارها وما تقتضيه عليه ،
 فتبدو واضحة جليلة حقوق كل خصم والتزاماته ، وهذه يدرجها القاضي
 فى منطوق حكمه ، ويدرج فى أسبابه الادلة الواقعية والحجج القانونية التى
 يبنى عليها الحكم . فمن الاسباب اذن ، ما يبرر الواقع الذى استخلصه
 القاضي ، ومن الاسباب ما يبرر اعمال القاعدة القانونية التى اختارها ،
 وتسمى الاولى الاسباب الواقعية *les motifs de fait* ، وتسمى الثانية
 الاسباب القانونية *les motifs de droit*



٢ - ويبدو ان الفقه الفرنسى أو المصرى لم يعن بدراسة الاحكام العناية
 الجديرة بها ، فلم يبحثها لذاتها ، من ضوء قانون المرافعات ، باستخلاص
 مبادئ وأسس تهيمن عليها ، أيا كانت مادة الخصومة أو القاعدة الموضوعية
 الواجبة التطبيق (١) ، ودون التعرض لدراسة مضمون العمل القضائى ،
 أى ذات موضوع القرار الصادر من المحكمة .

ودراسة الاحكام - من زاوية قانون المرافعات - مع عدم الخلط بين
 قواعد المرافعات والقواعد الموضوعية أمر لازم حتى تتضح وتنجلي وتبرز
 معالم الاحكام وما يهيمن عليها من مبادئ عامة أساسية ، فتسير دراستها
 وفق نظرية منضبطة محددة الاركان ترشد الباحث وتيسر عمله ، وترشد
 المشرع الى الاسس السليمة عند وضع التشريع ، وتكشف أمر المشوب
 منها .

ويعنى قانون المرافعات عند دراسة الاحكام بشروط اصداها وشكلها
 وأركانها الأساسية وتقسيمها وطرق الطعن فيها . وهو يعنى بتسببها
 من الناحية الشكلية المتصلة بشروط التسبب وكيفيته وجزاء خلوها من
 الاسباب وجزاء تناقض الاسباب أو قصورها ، ولا يعنى بدراسة الخطأ

(١) يراجع مؤلف الدكتور وجدى راغب فى النظرية العامة للعمل
 القضائى .

فى تطبيق القانون لذاته لان محل دراسته القوانين المقررة للحقوق . وهو لا يعنى بدراسة آثار الاحكام الا بصفة عامة وباعتبارها من اجراءات المرافعات .

ويعنى قانون المرافعات بدراسة الاحكام ، لان الوظيفة القضائية للمحاكم تباشر عادة فى صورة احكام ، وليس ثمة ما يمنع من ان تباشر بنص خاص فى صورة اوامر كأوامر الاداء ، وكالقرارات الصادرة من محكمة النقض فى غرفة المشورة ، عملا بالمادة ٢٦٣ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ ، بعدم قبول الطعن بالنقض فى غير مواجهة الخصوم ، مع الاكتفاء باثباتها فى محضر الجلسة ، مع اشارة موجزة الى سبب القرار (١) فهذه القرارات انما تتضمن قضاء قطعيًا حاسمًا بعدم قبول الطعن ينهى الخصومة والنزاع أمام محكمة النقض - أى يتضمن عملاً قضائياً بمعناه الخاص ، فى حين انها لا تعتبر أحكاماً بالمعنى الخاص للعبارة ، لانها لا تتضمن بيانات الحكم ، ولا تصدر فى شكله على ورقة مستقلة عن محضر الجلسة ، ولا تصدر فى مواجهة الخصوم .

وتباشر الوظيفة الولائية للمحاكم عادة فى صورة أوامر على عرائض ، وليس ثمة ما يمنع من أن تباشر فى صورة أحكام (كالحكم بايقاع بيع العقار على مشتريه فى التنفيذ العقارى) .

وفى عبارة أخرى ، الحكم هو الاطار الخارجى للعمل القضائى بالمعنى الخاص ، أى هو الشكل الخارجى لله ، وهو أيضاً الشكل العام له ، ما لم ينص القانون صراحة على غير ذلك . والامر هو الاطار الخارجى للعمل الولائى للمحاكم ، أى هو الشكل الخارجى له وشكله العام ما لم ينص القانون على غير ذلك .

ومما لا شك فيه ان الحكم ، على المعنى المتقدم ، يؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر فى مضمون العمل القضائى ، أى فى ذات موضوع القرار الصادر من المحكمة ، أيا كان فحواه ، وفقاً لما سوف نراه .

(١) تراجع دراسة هذه المادة المعدلة فى كتاب التعليق .

٣ - ويوجب القانون تسبیب الاحكام ليضمن عدم تحيز القضاة في قضائهم ، وليضمن عنايتهم في تقدير ادعاءات الخصوم ، وفي فهم ما احاط بها من مسائل قانونية ، ليتمكن محكمة النقض من مراقبة احكام المحاكم حتى تشرف على تطبيق القانون ، وتقرر القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبت القضاء بصدددها ، هذا فضلا عن أن القضاء المسبب يضيف الاطمئنان الى نفوس المتقاضين . فتسبیب الاحكام اذن ، هو مظهر قيام القضاة بما عليهم من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التي تشف عنها احكامهم ، وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد ويرتفع عنهم الشك والريب والشبهات .

ويتعين أن تكون أسباب الحكم صورة بل مرآة لما اختلج في نفس القاضي عند اصدااره ، تفصح - في ذاتها - عن سبب النطق به ، وذلك حتى يصدر الحكم ناطقا بعلمته وموافقته للقانون . ويبدو أن مهمة تسبیب الحكم وكنائته على الوجه الاكمل أدق بكثير من مهمة اختيار الاتجاه الذي ينحو اليه القاضي في حكمه ، ذلك لان كتابة الحكم تتطلب منه - فضلا عن افتناعه هو بما اختاره من قضاء - أن يقنع به اصحاب الشأن وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته .

وتتلخص عملية التسبیب في سرد وقائع الدعوى ، واستخلاص الصحيح منها وتقديره ، واعمال القامدة القانونية بصددده ، بشرط أن يتوافر رباط منطقي وثيق بين منطوق الحكم واسبابه .

وسرد وقائع الدعوى الهامة يعد اجراء جوهريا حتى تتمكن محكمة النقض من فهمها . فمثلا في الدعوى بمسئولية أحد الخصوم ، يتعين سرد كل الوقائع المدعاة من جانب طرفي الخصومة ، ولا يكفي سرد بعضها واستخلاص ما يستخلص منه . وفي الدعوى بتقديم حساب وبتصفيته ، يلزم وصف كل مخالصة بذكر المبلغ المدفوع ومن قبضه ومن دفعه وسبب أدائه ان كان . وفي دعوى الملكية أو دعوى الحيازة ، يلزم تعيين ذات العقار موضوع النزاع وتحديد مساحته وقدر ما بيع منه بعقد ان كان ، والتعريف على هذا القدر .

وتجوز الاحالة في سرد الوقائع على حكم صدر من ذات المحكمة قبل

الفصل في الموضوع - تعلق باثبات الدعوى أو سيرها - أو على الحكم الابتدائي ، كما تجوز الاحالة على تقرير خبير الدعوى .

وعند استخلاص الوقائع التى يبنى عليها القاضى حكمه ، يتعين أن يتحقق من صدقها ويذكر طريق ثبوتها بأعمال القواعد القانونية المناسبة . وتتعين الاجابة على كل طلب أصلى أو عارض أو احتياطى ، وكل دفع موضوعى أو شكلى أو بعدم القبول ، أو دفع ردا على دفع آخر بشرط أن يكون الادلاء به صريحا . وتتعين الاجابة على كل ورقة أو مستند أو قرينة تقدم بها الخصوم . كما يلزم القاضى بالرد على جميع ما يشيره هؤلاء من نزاع فى المسائل الواقعية والقانونية كافة . وكثيرا ما تذكر اسباب عامة تصلح للرد على كل ما تقدم .

وتلزم بعض التشريعات الحديثة القاضى بأن يبين فى حكمه المسائل محل خلاف الخصوم ، سواء اكانت قانونية أو موضوعية ، وذلك حتى تنجلى وتتضح المسائل الموضوعية التى تحتاج من جانب الخصوم أو المحكمة الى اثباتها ، وحتى تتجنب المحكمة مشقة اثبات وقائع دون مقتضى (م ٧٩ وما يليها من قانون الاجراءات المدنية السودانى الصادر سنة ١٩٧٤) .

وتنص المادة ٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد (الصادر فى ٥ ديسمبر ١٩٧٥ برقم ١١٢٣) بأن موضوع النزاع يتحدد بادعاءات الخصوم وطلباتهم الختامية .

ونعلم ما للمسألة المتنازع عليها من أهمية فى الفقه الحديث ، لأنها هى التى تمتنع اثارها من جديد أمام المحاكم بعد صدور الحكم الحائز للجحجية بصددتها ، هذا فضلا عن أنها هى التى يدور حولها عمل القاضى ، وتكون بعدئذ محلا لاعادة التقدير من محكمة الطعن .

واذا اعتمدت المحكمة على تقرير خبير فى تقدير الوقائع ، وجب أن يكون هذا التقرير صحيحا لم يتمسك خصم ببطلانه ، ولم يتمسك خصم بعدم الاعتداد به لمخالفة الخير ما امرته به المحكمة ، ولم تجرحه محكمة الدرجة الاولى وان اعتمدت المحكمة عليه وجب أن تجيب على جميع ما تقدم .

ويجب الرد على كل سبب من اسباب الطعن ، وعلى كل اسباب الحكم المطعون فيه ، ما لم تذكر في الحكم اسباب عامة تفنى عن ذلك .

وعند نظر طعن في حكم ما . تجوز الاحالة على اسبابه بشرط أن يصدر الحكم في الطعن مؤيدا للاول ، وبشرط ألا يرد في الحكم الصادر في الطعن ما يتناقض مع الحكم الاول أو ما يجرحه فيضطرب التسبيب . وإذا أدلى خصم أثناء نظر الطعن بطلبات أو دفع أو تقدم بمستندات أو أوراق لأول مرة فمن الواجب الرد عليها ، ولا تكفى مجرد الاحالة الى اسباب الحكم المطعون فيه اللهم الا اذا كانت تلك الاسباب في مجموعها تصلح في ذاتها للرد على جميع تلك الاقوال والمستندات .

وحتى يعد منطوق الحكم مبنيا على اسبابه يجب توافر رباط منطقي ونيق بين هذه وذلك . ومن ثم يعيب الحكم اقامته على أساسين متعارضين من القانون ، كما اذا ثبت من اسبابه مسئولية الخصمين وخطئهما معا وصدر المنطوق ملزما أحدهما بتعويض ما دون أن يبين أساسا لذلك ، فتكون الاسباب منهارة والمنطوق مجردا من الاسباب . ويعيب الحكم تناقض اسبابه لذات الاعتبارات المتقدمة ، حتى لا يصبح خاليا من الاسباب التي تبرره . ويلزم الا تتناقض الاسباب مع المنطوق تناقضا يكون من شأنه الا يتسقا معا .

ويلزم أن يكون التسبيب جديا فلا يكفي ابداء اسباب مبهمه أو غامضة أو مجمله أو ناقصة .

ويلزم عند تعدد الطلبات والدفع أن تفصل المحكمة في كل منها بقضاء صريح أو ضمنى وأن تسبب هذا القضاء . ويلزم أن يكون كل حكم مستوفيا في ذاته جميع اسبابه ، مع ملاحظة جواز الاحالة على اسباب حكم آخر ، على ما تقدم .

ومن ناحية أخرى ، لا غبار على الحكم اذا وقع في اسبابه خطأ في القانون ، ما دام هذا الخطأ لم يؤثر في النتيجة التي انتهى اليها وكان مبنيا على اسباب صحيحة تبرره . ولا غبار عليه اذا تناقضت بعض الاسباب مع بعض آخر ، ما دام الحكم قد أقيم على اسباب أخرى صحيحة وكافية ، في ذاتها ، لبناء الحكم عليها .

وقد يرد في الاسباب ما يكمل المنطوق ، وتسمى الاسباب المكملة للمنطوق أو الجوهرية motifs objectifs . وقد يرد في أسباب الحكم قرارات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة ولا يكون لها من أثر في تصحيح المنطوق اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ولم يبين على التقديرات الصحيحة المتقدمة .

وثمة احكام لا يلزم تسببها كالحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات لان مجرد النطق به يفصح في ذاته عن سبب صدوره (أما اذا عدلت المحكمة عما أمرت به من اجراءات الاثبات فمن الواجب اثبات أسباب العدول بالمحضر عملا بالمادة ٩ من قانون الاثبات) ، وكالحكم غير القطعي الصادر بتنظيم سير الدعوى ، كقرار المحكمة بضم دعويين فالنطق به يشف عن سبب صدوره ، وهو توافر رباط بينهما ، وكالحكم بتحديد الخصم المزم بالمصاريف وقدرها اذا ما صدر متمشيا مع القضاء في موضوع الدعوى . فانه يعتبر قائما على الاسباب التي اقيم عليها الحكم في الموضوع ، كما اذا قضت المحكمة لكل من الخصمين ببعض طلباته وحملتها المصاريف مناصفة عملا بالمادة ١٨٦ ، وكالحكم برفض طلب انقطاع الخصومة ، اذا ما حصل سبب الانقطاع بعد قفل باب المرافعة ، وثبت هذا في صلب الحكم فيكون القضاء الضمني برفض الطلب مؤسسا على المادة ١/١٣٠ .



٤ - وخلو الحكم من الاسباب هو ولا شك عيب شكلي يؤدي الى بطلانه عملا بالمادة ١٧٦ ، وانما قد يكون الحكم معيبا في تسببيه بأن تكون أسبابه مبهمه ، أو غامضة ، أو مجملة ، أو ناقصة ، أو متناقضة ، أو مضطربة ، فهل يعتبر الحكم في هذه الحالة خاليا من الاسباب فيكون باطلا ، وهذا عيب شكلي بحت ، أم يعتبر مشوبا بخطأ في تطبيق القانون اذا ما توافر هذا الخطأ بالفعل ، ويعد مشوبا بعيب في صميم موضوع الحكم ، وكثيرا ما تدق التفرقة بين الحكم غير المسبب - حكما - والحكم المشوبة أسبابه بخطأ في تطبيق القانون . وتبدو أهمية ذلك لاختلاف طرق الطعن بالنسبة الى كل منهما فالمادة ٢٢١ تجيز على سبيل الاستثناء استئناف الاحكام الصادرة من محاكم الدرجة الاولى بصفة انتهائية اذا كانت باطلة او مبنية على اجراء باطل ولم تجزه ، اذا بنى الحكم على مخالفة أخرى للقانون .

والمادة ٥٠٩ هـ توجب على قاضي التنفيذ - وهو بسبيل إصدار الامر بتنفيذ حكم المحكم - التحقق من صحة شكل حكم المحكم دون أن يتعدى ذلك إلى التحقق من سلامته من حيث الموضوع .

ويعد الحكم غير مسبب - ومن ثم يكون باطلا ومشوبا بعيب شكلي - إذا كان خاليا من الاسباب ، أو إذا افتقر إلى الاسباب الواقعية وحدها ، بأن كانت هذه ناقصة ، أو غير جدية ، أو مبهمه ، أو غامضة ، أو مجملة ، أو مضطربة ، أو متناقضة (بحيث يعد الحكم خاليا من الاسباب التي تؤيده) .

وانما يعد الحكم مسببا وغير مشوب بعيب شكلي يبطله عملا بالمادة ١٧٦ متى اشتمل على الاسباب التي بنى عليها ولو كانت هذه الاسباب لا تركز على أساس قانوني سليم ، كما إذا خالف القاضي نصوص القانون عند تحصيل فهمه لواقع الدعوى ، فلم يتقيد بقواعد الاثبات وطرقه ، أو عند تكييف هذا الواقع واختيار القاعدة القانونية التي تتناسب معه ، أو عند انزال آثارها القانونية على الواقع الذي استخلصه . ويكون الحكم في هذه الاحوال قابلا للطعن بالنقض إذا توافرت شروطه ، على اعتبار أنه قد بنى على مخالفة للقانون ، ولا يعد غير مسبب لأن كل ما توجبه المادة ١٧٦ لصحة الاحكام من ناحية الشكل هو أن تكون **مشملة على الاسباب التي بنيت عليها** ، وليس ثمة ما يمنع من أن تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها ومع ذلك تكون هي واسبابها قد قامت على أساس من القانون غير سليم .

وقصور الحكم عن إيراد الاسباب القانونية اللازمة الكافية أو الخطأ فيها لا يؤدي إلى بطلانه متى كانت أسبابه الواقعية سليمة لا غبار عليها ، وانما يكون قابلا للطعن بالنقض ، متى توافرت شروطه . إذا كان مشوبا بخطأ في تطبيق القانون .

٤ م - ولقد قنن قانون المرافعات الفرنسي الجديد (رقم ١١٢٣ في ١٩٧٥/١٢/٥) بعض المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء ، أهمها النص على عدم جواز بناء الحكم على وقائع لا تتضمنها الخصومة ، والنص على أن القاضي يملك الاعتداد بوقائع في الدعوى لم يتمسك بها الخصوم بصفة خاصة لتأييد ما يدعونه (م ٧ منه) والنص على أن القاضي يملك دعوى

الخصوم لتقديم أية تفسيرات لازمة لتمكينه من الفصل في النزاع (م ٨) ، وأن له تكييف الوقائع المتنازع عليها التكييف القانوني السليم دون الاعتداد بتكييف الخصوم ، وأن له أن يشير من تلقاء نفسه المسائل القانونية الصرفة الواجب الاعتداد بها ، أيا كان الأساس القانوني الذي يستند إليه الخصوم ، ما لم يتفقوا صراحة - فيما يجوز لهم الاتفاق - فيه - على تكييف قانوني معين ، فعندئذ لا يملك القاضي تعديله (م ١٢) .

وتنص المادة ١٣ على أن للقاضي أن يدعو الخصوم الى تقديم التفسيرات القانونية التي يراها لازمة لتمكينه من الفصل في النزاع . كذلك تنص المادة ٤٤٢ منه على أن للقاضي أن يطلب من الخصوم تقديم تفسيرات قانونية أو متعلقة بالوقائع يراها لازمة ، أو يطلب توضيح الناقص في الدفاع .

وتجيز المادة ٤٤٤ للقاضي إعادة فتح باب المرافعة في حالة غموض دفاع الخصوم سواء أكان متعلقا بالواقع أو بالقانون الواجب التطبيق .

وتبنى القواعد المتقدمة اعتبارا بأنه إذا كانت الطلبات القضائية هي ملك للخصوم ، وإذا كانت وقائع الدعوى ملكا لهم ، فإن القانون هو ملك للقاضي ينزله ويرسيه على صفوة الوقائع المستخلصة في الدعوى استجابة لأحكامه ووفقا لها .



هـ - وقد يصدر الحكم صحيحا سليما من حيث شكله ، وعلى حق من حيث موضوعه ، ومع ذلك يكون قابلا للالغاء إذا بنى على إجراء باطل . وقد يكون هذا الإجراء الباطل الذي بنى عليه الحكم إجراء أفتتح به الخصومة التي انتهت به ، أو إجراء يتعلق بسيرها أو إثباتها ، أو قد يكون هذا الإجراء هو حكم باطل أو حكم بنى على إجراء باطل . ويشترط للطعن في الحكم المتقدم لبنائه على إجراء باطل أن يعد هذا الإجراء باطلا في نظر القانون ، وألا يصدر من الخصم صاحب المصلحة في التمسك ببطلانه ما يفيد نزوله عنه ، وإذا زال البطلان لا يقبل الطعن ، وإذا تمسك الخصم به في الوقت المناسب وقضت المحكمة بصحة الإجراء ثم قضت في الموضوع فإنه لا يمكن أن يعد الحكم في الموضوع قد صدر مبنيا على إجراء باطل (هذا ولو كان البطلان في الأصل من النظام العام) . لأن الحكم بصحة

الاجراء قد ازال البطلان الذى اعتراه ، والحكم الصادر فى الموضوع مبنيا عليه لا يعد بداهة صادرا بناء على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة بصحة الاجراء ، وكان ذات حكمها هذا باطلا (كما اذا تمسك الخصم بالبطلان فلم تشر المحكمة فى منطوق حكمها أو أسبابه الى هذا البطلان ، واعتبر حكمها فى الدعوى مشتملا على قضاء ضمنى برفض التمسك بالبطلان ، فان الحكم الضمنى بصحة الاجراء يعتبر باطلا لخلوه من الاسباب التى تبرره) أو مبنيا على اجراء باطل ، فان الحكم فى الدعوى اذا بنى على الاول يكون قابلا للطعن لتأسيسه على اجراء باطل (هو حكم باطل أو حكم بنى على اجراء باطل) .

واذا لم يتمسك الخصم ببطلان اجراء قبل صدور حكم فى الدعوى بنى عليه ، وكان البطلان من النظام العام ، فان المحكمة تكون قد بنت حكمها على اجراء باطل ، لان هذا البطلان لا يزول بنزول الخصم عنه أو بعدم التمسك به ، ولان المحكمة عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها ، واذاً يكون حكمها قابلا للطعن لبنائه على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة ببطلان اجراء معين ، ومع ذلك بنت حكمها فى الدعوى عليه ، فان هذا الحكم يعد كأنه قد صدر بناء على اجراء باطل .

ويتجه رأى الى أن الحكم المؤسس على حكم آخر قضى بصحة اجراء بعد التمسك ببطلانه يجوز الطعن فيه بالنقض بسبب العيب فى الاجراءات .

ومع ذلك نرى أن هذا الاتجاه فى الرأى محل نظر ، لان الحكم المبنى على حكم آخر قضى بصحة اجراء لا يمكن أن يعد صادرا بناء على اجراء باطل . وكل ما يملكه الخصم الذى سبق له التمسك ببطلان الاجراء أن يطعن فى الحكم الفرعى بصحة الاجراء لخطأ فى تطبيق القانون (متى تحققت شروط الطعن) ، ويتمسك بالغاء الحكم الصادر فى الدعوى نتيجة الغناء الحكم الاول متى كان مؤسسا عليه ، هذا ولو لم توجه اليه مظamen (م ٢٧١) .

وتجب عند دراسة المادة ٢٤٨ مراعاة الضوابط المتقدمة .

٦ - ويدق كثيرا استخلاص القضاء من الحكم .

فالقضاء الذى يحوز الحجية من الحكم هو القضاء الذى يرد فى منطوقه
لا فى أسبابه ، اللهم الا اذا كانت الاسباب مكملة للمنطوق .

وقد يكون قضاء المحكمة صريحا ، وقد يكون ضمنيا ، وبخاصة فى
الدفع .

وقد يصدر الحكم أثر نزاع بين الخصوم ، وقد يصدر بناء على مجرد
طرح الطلب أو الدفع أمام المحكمة ، وقد يكون الدفع من النظام العام
فيعد مطروحا أمام المحكمة بغير حاجة الى التمسك به من جانب الخصوم .
ويتجه رأى - محل نظر - الى أن الحكم لا يحوز الحجية ولا يكون قطعيا الا
إذا صدر أثر نزاع بين الخصوم ، ما لم تكن المسألة التى صدر فيها الحكم
من النظام العام ، وتعد مطروحة من تلقاء نفسها على المحكمة .

ومن القواعد الأساسية فى استخلاص القضاء من الحكم ألا يعتد بما يرد
فيه على سبيل غير سبيل القضاء ، والا يعتد بتكييف المحكمة للحكم ، فلا
تملك المحكمة وصف القضاء الصادر منها فتعتبره قطعيا أو غير قطعى ، أو
تعتبره وقتيا ، أو تعتبر حكمها حضوريا أو غيابيا أو بمثابة حكم حضورى ،
لان العبرة فى جميع هذه الاحوال بتكييف الحكم وفق المعيار القانونى الذى
قرره المشرع ، ولا تلتزم أية محكمة بما فرضته محكمة أخرى من وصف
للحكم الصادر منها متى كان هذا الوصف لا يتمشى مع نصوص القانون .
ولا تنقيد المحكمة بوصف الخصوم لطلباتهم متى كان هذا الوصف
لا يتمشى مع حقيقة مقصودهم ، ولا يتمشى مع التصوير القانونى
الصحيح له .

٧ - وقد يصدر الحكم فى طلب موضوعى (سواء أكان طلبا أصليا أم
عارضيا) ، أو فى دفع موضوعى بقبوله ، وقد يصدر فى طلبه وقتى أو دفع
بعدم قبول الدعوى أو دفع شكلى أو طلب يتعلق بسير الخصومة أو اثباتها .
وفى الحالة الاولى والثانية يعد الحكم صادرا فى الموضوع أو فى شق منه ، وفى
الحالة الثالثة يعد الحكم وقتيا (أو مستعجلا إذا كان صادرا من القضاء
المستعجل) ، ويدخل فى عداد الاحكام الفرعية أى الصادرة قبل الفصل فى
الموضوع ، وفى الاحوال الاخرى يعد الحكم صادرا قبل الفصل فى
الموضوع ، أى يعد حكمها اجرائيا .

وقد يدق في كثير من الاحوال التمييز بين الحكم الصادر في الموضوع والحكم الفرعى ، وبين الحكم القطعى وغير القطعى ، وبين الحكم التمهيدى والحكم التحضيرى ، ولعل تحديد وصف الطلب أو الدفع الصادر فيه الحكم يسهل مهمة تكييفه ووصفه .

وللتمييز بين الاحكام اهمية كبيرة لان الاحكام الصادرة في الموضوع أو في شق منه ، وتقبل التنفيذ الجبرى ، تخضع للقواعد العامة في الطعن ، بينما الاحكام الفرعية لا يجوز - في الاصل - الطعن فيها فور صدورها وانما يطعن فيها بعد صدور الحكم في الموضوع عدا الاستثناءات الواردة في المادة ٢١٢ ، ولان الاولى هى وحدها التى يجوز بمقتضاها الحصول على حق اختصاص على عقارات المحكوم عليه بعد توافر شروط المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى وما يليها ، ولان الاولى يقدر نصاب استئنافها وفق القواعد التى نص عليها المشرع في باب تقدير قيمة الدعوى وفى باب الاستئناف ، بينما الثانية تقدر دائما بقيمة الدعوى مالم ينص القانون على ما يخالف ذلك (م ٢٢٦) ، وميعاد استئنافها هو ذات الميعاد المقرر بالنسبة الى الحكم في الموضوع ، ولان الاحكام القطعية تحوز الحجية بينما غير القطعية يجوز العدول عنها ولا تتمتع بأية حجية . ولان القاعدة - في نظر الراجع من الراى - أنه اذا أصدر أحد القضاة - قبل الفصل في الموضوع - حكما يتعلق بآبآت الدعوى أو بتنظيم السير فيها ، ثم حكم فيها قاض آخر ، فمن الجائز أن يكون القاضى الاول من بين أعضاء المحكمة التى تنظر استئناف ذلك الحكم اذا كان حكمه الفرعى لا يشف عن اتجاهاه رايه في الموضوع - أى ليس بحكم تمهيدى ، والا كان غير صالح لنظر الاستئناف عملا بالمادة ٥/١٤٦ ، ولان صدور حكم تمهيدى في الدعوى يؤثر في تقدير قيمتها في الاحوال التى نصت عليها المادة الثانية من قانون الرسوم القضائية (القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤) .

ومن ثم ما زالت أهمية التمييز بين الحكم التمهيدى والتحضيرى قائمة في تشريعنا رغم النص على ابطاله في القانون السابق والجديد .

ومن ناحية أخرى ، ورد في التشريع السابق والجديد اصطلاح «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» في المادة ٢٢٦ الخاصة بتقدير نصاب استئنافها وفق قيمة الدعوى الاصلية ، فأصبحت أهمية تعريف

هذا الاصطلاح ظاهرة ، وأصبح لتحديد ما يندرج تحته من أحكام وما لا يندرج ذات الأهمية .

والأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع تجمعها فكرة واحدة ، هي أنها تصدر أثناء نظر الدعوى (متعلقة بآثارها أو بسير إجراءاتها ، أو باتخاذ إجراء وقتي فيها) وقبل الحكم في موضوعها ، وأنها ليس لها كيان مستقل بذواتها ، وأنها لا تحسم النزاع على أصل الحق ، فلا تنتهي بها ولاية القاضي ، بل تأمر بإجراء أولى سابق لفض النزاع *une mesure préalable à la solution d'un litige* ، دون أن تمس موضوعه . وقد تنتهي بها في بعض الأحوال الخصومة أمام المحكمة دون أن تنهى النزاع على أصل الحق . ومن الجائز اعتبارها بمثابة أحكام إجرائية ، لأنها تتعلق بإجراءات اثبات الدعوى أو إجراءات السير فيها ، ومن الجائز اعتبارها بمثابة أحكام فرعية ، لأنها تتصل بما يتفرع عن الخصومة من منازعات .

وبعد تطور تشريعي أصبحت القاعدة في القانون المصري هي عدم جواز الطعن المباشر في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع - بل وكقاعدة عامة في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولو كانت موضوعية - وذلك منعاً من تمزيق الدعوى وتشتيتها بين محاكم مختلفة ، وعلى تقدير أن صدور الحكم في الموضوع قد يقضى عن الطعن المباشر في تلك الأحكام التي تصدر قبله . واستثنى المشرع في المادة ٢١٢ من قانون المرافعات أحكاماً تتوافر بصيغتها هذه المحكمة وفق ما سوف نراه .

ومن ناحية أخرى ، ثمة طائفة أخرى من الأحكام تصدر بعد الحكم في الموضوع ، بعضها إجرائي فرعي ، كالحكم في مصروفات الدعوى والحكم في النفاذ المعجل ، وهذه تصدر بما للمحكمة من سلطة تبعية على ما يتبع صدور الحكم في الطلبات الأصلية من طلبات تبعية . والبعض الآخر من هذه الأحكام يكون موضوعياً ، كالحكم فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه من طلبات موضوعية ، والحكم بتفسير الحكم أو بتصحيحه . وهذه الأحكام تصدر بما لها من سلطة تكهيلية .



٨ - وما دام الحكم هو خاتمة المطاف - لأنه يصدر بعد أن يدلى

الخصوم بطلانهم ودفعهم ودفاعهم ، وبعد تمكينهم من التمسك بما يعن لهم من وسائل تسند مطالبهم أو تؤيد دفاعهم ، ويصدر منها خصومتهم ونزاعهم ، ويقضى بالقبول أو بالرفض - صراحة أو ضمنا - في كل طلب أو دفع أدلى به الخصم .

وما دام الحكم يصدر بعد تمكين الخصوم من الادلاء بكل طاباتهم ودفعهم وما دام الحكم يحسم كل خلاف بين الخصوم ، يكون الوضع الطبيعي أن يستقر ويبقى ويحوز الحجية ، أي يعد عنوانا للحقيقة والصحة . ولقد وضع المشرع بالفعل قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس ، مقتضاها أن الأحكام تصدر دائما صحيحة من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع ، حتى يضع حدا للخصومة فلا تتأبد ، فمتى صدر الحكم امتنع على الذي أصدره أن يعدله أو يرجع عنه ، ولا يملك المحكوم عليه التدخل منه ، ولا يجوز لاية محكمة أخرى أن تعيد النظر فيه ، بل ويفرض أيضا على السلطة التنفيذية والتشريعية . ولما كانت هذه القرينة القانونية خطيرة فقد أحاط المشرع الأحكام بعناية خاصة ضمانا لحقوق الخصوم ، فإذا ما أصبح الحكم غير قابل للطعن ، عد في نظر المشرع عنوانا للحقيقة والصحة وأغلق كل سبيل لاعادة النظر فيه . فطرق الطعن المتقدمة هي الوسائل التي حددها القانون على سبيل الحصر ، والتي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد اعادة النظر فيما قضت به ، لسبب يتعلق بالشكل أو الموضوع ، بشرط أن يرفع الطعن في الميعاد المحدد له ، ووفق الاجراءات التي رسمها القانون لذلك .

ولا يجوز التظلم من الأحكام أو التمسك بطلانها بغير الطعن فيها - أي لا يجوز أن ترفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان الأحكام ، وذلك لتأكيد استقرارها وعدم إمكان المساس بها وبحجيتها بغير اتخاذ ذلك الطريق الاستثنائي وفي الميعاد المقرر لذلك ، والا كان على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ، أو بعدم قبول الطعن إذا رفع في غير ميعاده أو في غير الأحوال التي نص عليها المشرع .

ولا يعمل بالقواعد المتقدمة الا بالنسبة الى القرارات التي تأخذ شكل الحكم بالفعل أو بنص القانون .

والقرار لا يعد مستوفيا شكل الحكم الا اذا كان مكتوبا وفق ما نص

عليه القانون ، وصادرا في خصومة رفعت وفق قواعد المرافعات الى محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ، ومختصة أو صارت مختصة بعدم التمسك بانعدام اختصاصها في الوقت المناسب .

واذن الامر الولائي الصادر بما للمحكمة من سلطة ولائية في غير خصومة قائمة لا يعد حكما ، ولا يخضع للقواعد المقررة بالنسبة الى الاحكام اللهم الا اذا نص القانون على ما يخالف ذلك ، وكذلك لا يعد حكما الصلح الذي يثبت في محضر الجلسة عملا بالمادة ١٠٣ . والقرار الصادر من هيئة (أو لجنة) ادارية (ولو كان رئيسها أحد القضاة) يخول لها المشرع سلطة نظر التظلمات من الاوامر الادارية لا يعد حكما بكل معاني الكلمة ، ومن ثم لا يخضع للقواعد المقررة بالنسبة الى الاحكام ، وانما يخضع للقواعد الخاصة التي يقررها المشرع بالنسبة اليه . ولا يعد صدوره مستنفدا درجة من درجات التقاضي ، ما لم ينص المشرع على ما يخالف ذلك .

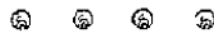
أما القرار الصادر من القاضي بما له من سلطة ولائية ، والذي يأخذ شكل الحكم بنص القانون ، فانه يعد حكما تسري عليه كل القواعد المقررة بالنسبة الى الاحكام ، ما لم ينص القانون على ما يخالف بعضها ، كما هو الحال بالنسبة للحكم بايقاع البيع عملا بالمادة ٤٤٦ وما يليها .

وقد يصدر الحكم في خصومة دون أن يستوفي كل الشكل المقرر ، أو دون أن تستوفي الخصومة شكلها فيحصل التمسك بانعدام الحكم ، لا بطلانه . وبعبارة أخرى ، قد تصيب شوائب الحكم صحته دون أن تمتد الى انعقاده وكيانه ، ودون أن تفقده طبيعته كحكم ، وقد تصيبه تلك الشوائب ولا تقتصر على ذلك بل تعسدم أحد اركانه الاساسية ، فتجعله والعدم سواء .

وانجبه الرأي الى أن القواعد الاستثنائية المقررة للطعن في الاحكام لا تسري في احوال الانعدام ، ومن ثم يجوز أن ترفع دعوى مبتدأة بطلب انعدام الحكم ، كما يجوز التمسك به على صورة دفع في أية خصومة تستند الى الحكم المعدوم . ومن هنا جاءت أهمية تحديد أركان الحكم والتمييز بين احوال البطلان و احوال الانعدام ، وكثيرا ما يدق هذا وذاك في التطبيق العملي .

ومن ناحية أخرى ، التمشي مع منطق الدراسة المتقدمة يقتضي ألا يتصرف بالحكم ولا يعد منه ما يرد في قضاء المحكمة على سبيل التزيد ، وما تقضى به في غير ما طلبه الخصم *extra petita* أو بأكثر مما طلبه *ultra petita* . وفي تشريعنا سبيل التظلم من الحكم الانتهائي في الحالتين الأخيرتين هو الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر (م ٢٤١) (١) . ويتجه الرأي إلى أن ما يرد في الحكم على سبيل التزيد ، وعلى غير سبيل القضاء لا يحوز الحجية ، والقاعدة أن القرارات التي لا تتمتع بأية حجية لا تنشأ حاجة إلى التظلم منها بأي طريق كان ، ولا مصلحة في هذا التظلم متى كانت لا تعد أساسا لأحكام أخرى قضت بشيء على الخصم .

وقد يبطل الحكم لسبب جدد بعد صدوره ، فالمرجع يرهق القاضي بشكليات يتعين عليه أن يلتزمها عند المداولة ، وعند النطق بالحكم ، وعند كتابته ، ويرتب بطلان الحكم جزاء مخالفتها ، فما سبيل التمسك به إذا كان الحكم غير قابل للطعن ، مع ملاحظة أن المشرع ما أغلق سبيل الطعن في الحكم إلا على اعتبار أنه قد صدر بعد تمكين الخصوم من الادلاء بكل ما لديهم من دفوع وطلبات قبل صدوره ، وفي الحالة المتقدمة حصل البطلان بعد قفل باب المرافعة ولم يكن للخصوم دخل فيه . كان منطق الأمور يقتضي ألا يضع المشرع أي جزاء يمس الإجراءات إلا إذا تحقق من وجود وسيلة للتمسك به ، والا أصبح الجزاء عبثا .



٩ - وتدق دراسة القواعد العامة في الطعن - أي القواعد التي تتبع بصفة عامة في كل الطعون - وذلك لكثرة المسائل الدقيقة التي تكتنفها ولتشعب الرأي بصدها .

(١) وإذا كانت المحكمة قد أظهرت أنها قضت بما قضت به مدركة حقيقة ما قدم من الطلبات وعاملة بأنها بقضائها هذا إنما تقضى بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طالبوا به وأصرت على هذا القضاء مسببة إياه في هذا الخصوص فسبيل الطعن هو النقض في هذه الأحوال (نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٩ السنة ١٠ ص ٥٩٧) .

ويراجع نقض ١١/٣/١٩٧٢ - ٢٣ - ٣٩٤ ونقض ١٢/٥/١٩٧٣ - ٢٤١ - ٧٤١ .

فالطاعن يتعين أن يكون ممن يعد طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وأن يطعن بذات صفته فيها ، بشرط أن تكون له مصلحة في الطعن ، والا يكون قد قبل الحكم المطعون فيه . والمطعون عليه يتعين أن يكون طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه وأن يختصم بذات الصفة التي كانت له فيها ، وأن يكون قد أفاد من الوضع القانوني المطعون فيه ، والا يكون قد تنازل عن هذه الفائدة - أي تنازل عن الحكم الصادر له .

وبالنسبة لقبول الحكم المانع من الطعن فيه ، قد يتم الرضاء به قبل صدوره ، ويكون ذلك مستفادا من صدور الحكم موافقا لطلبات الخصم أو دفعه . ومن ثم يصح وضع قاعدة عامة مقتضاها أن الادلاء بأى طلب أو دفع من جانب خصم يتضمن من جانبه رضاء وقبولا للحكم الصادر باجابة كل الطلب أو الدفع ، ويصمل بهذه القاعدة العامة بالنسبة لطلب اسقاط الخصومة المقدم من المدعى عليه وطلب ترك الخصومة المقدم من جانب المدعى .

ومن سبق له الاقرار بطلبات خصمه يعتبر قابلا للحكم الذي يصدر عليه باجابتها . ومن يفوض الراى للقاضى لا يعتبر بذلك قابلا حكمه الذي يصدره ومتنازلا مقدما عن الطعن فيه ، بل ان التنازل عن الطعن في الحكم لا يعتد به متى تم قبل صدوره لانه تنازل عن الوسيلة التي يحى بها الخصم حقه . وهذا لا يعتد به ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (م ٢/٢١٩) .

وقد يتم الرضاء بالحكم بعد صدوره وقبل الطعن فيه ، وقد يتم بعد الطعن فيه ، وقد يحصل التنازل عن الخصومة في الطعن ، وهذا التنازل قد يؤدي الى صيرورة الحكم باثنا غير قابل لاي طعن ، وقد لا يؤدي الى غلق كل سبيل للطعن فيه .

ويمكن تعريف قبول الحكم بانه هو الرضاء به صراحة او ضمنا (كتنفيذه اختيارا دون أن يكون قابلا للتنفيذ الجبرى) ، بحيث يمتنع على من رضى به - وهو المحكوم عليه - الطعن فيه بعدئذ بأى طريق من طرق الطعن في مواجهة من صدر الحكم لمصلحته . وتشتط الاهلية فيمن يقبل الحكم ، والا يكون رضاؤه مشوبا بعيب من عيوب الرضا .

ويفترض في التعريف المتقدم أن يتم الرضاء بالحكم صراحة أو ضمنا ، بشرط الا يتضمن مسألة متعلقة بالنظام العام - وفق الراى الراجع في فرنسا . وان يتم هذا الرضاء من جانب الخصم الذى صدر الحكم عليه بكل أو بعض مطلوب خصمه ، أو صدر عليه الحكم برفض كل مطلوبه أو بعضه ، وان يتم هذا الرضاء فى مواجهة كل المحكوم لهم ، فان تم قبل بعضهم فقط فلا تنفذ آثاره الا بالنسبة اليهم .

ويفترض فى التعريف المتقدم أن الحكم الذى رضى به الخصم قابلا للطعن فيه بطريق أو أكثر من طرق الطعن ، بحيث اذا كان الحكم غير قابل للطعن فان القبول لا ينتج أى أثر قانونى .

ويعد الرضاء بالحكم باتا - أى يعد اسقاطا - فيلتزم به الخصم اذا كان صادرا عليه برفض كل مطلوبه أو باجابة كل مطلوب خصمه . وبعبارة أخرى اذا تم الرضاء بالحكم من جانب خصم صدر عليه الحكم برفض كل مطلوبه ، أو باجابة كل مطلوب خصمه ، فان هذا الرضاء يعد باتا وينتج أثره ولا يمكن الرجوع فيه ، ولو لم يقبل الخصم الآخر صراحة أو ضمنا هذا التصرف .

واذا كان الخصم قد رضى بحكم صدر برفض بعض مطلوبه وباجابة البعض الآخر (أو صدر برفض بعض طلباته دون البعض الآخر) ، أو صدر باجابة بعض مطلوب خصمه دون البعض الآخر (أو بعض طلباته دون البعض الآخر) ، فان هذا الرضاء يعد أيضا باتا لا يجوز الرجوع فيه الا اذا نص المشرع على ما يخالف ذلك ، كالتص فى المادة ٢٣٧ على جواز رفع استئناف فرعى من جانب المستأنف عليه فى اية حالة تكون عليها الاجراءات وقبل قفل باب المرافعة ولو كان هذا قد قبل الحكم قبل رفع الاستئناف الاصلى ، بمعنى أنه اذا كان قد رضى بالحكم بعد رفع الاستئناف الاصلى فان هذا الرضاء يعد انتهائيا مانعا من الطعن فى الحكم ، وكالتص فى المادة ٢/٢١٨ على أنه اذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة ، أو فى التزام بالتضامن ، أو فى دعوى يوجب القناون فيها اختصاص اشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما اليه فى طلباته ، فان لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصاصه فى الطعن . واذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة لهم ...

ومن ثم ، يعد قبول الحكم كقاعدة عامة استقاطا ينتج أثره بمجرد حصوله ولو قبل موافقة الطرف الآخر صراحة أو ضمنا ، فيما عدا الاستثناءات التي قررها المشرع ، والتي بمقتضاها يجوز لمن رضى بالحكم أن يعدل عن رضائه إذا لم يقبل خصمه هذا التصرف وقام من جهته باستئناف الحكم ، على اعتبار أنه ما قبل الحكم الا لاعتقاده رضاء خصمه به ، أو اذا طعن في الحكم غيره من المحكوم عليهم في حالة من الحالات المحصورة في المادة ٢١٨ . ففي الحالة الاولى يعد الرضاء بالحكم بمثابة عقد يتم بايجاب من جانب من رضى بالحكم وقبولا لهذا الايجاب من جانب الخصم الآخر ، مع ملاحظة أن الايجاب يلزم الاول فلا يملك العدول عنه قبل أن يبدي الآخر مركزه من هذا الايجاب ، بل حتى اذا استأنف الاخير الحكم واستأنفه استئنافا فرعيا من رضى بالحكم فان مصير استئناف الاخير يظل معلقا على الاستئناف الاصلى ، يبقى لبقائه ويزول بزواله . وفي الحالة الثانية يعد الرضاء بالحكم استقاطا معلقا على شرط عدم اقامة طعن في الحكم بحيث اذا طعن فيه جاز لمن رضى به أن يتحلل مما صدر عنه وأن يطعن فيه عملا بالمادة ٢١٨ .

ويراعى أن القبول السابق للحكم الذي يفيد النزول عن الطعن فيه هو القبول المستفاد من صدور الحكم موافقا لطلبات الخصم ، لا القبول الذي يستفاد من اتفاق طرفي الخصومة على تنازل كل منهما مقدما عن الطعن في الحكم الذي يصدر في الدعوى . فمثل هذا الاتفاق يخالف النظام العام ، لأن حق الالتجاء الى القضاء - ومن باب أولى حق مباشرة الدعوى - حق عام لا يجوز النزول عنه ولا يعتد بهذا النزول لانه مخالف للنظام العام ، والتنازل مقدما عن الطعن في الحكم بطرق الطعن التي خولها القانون للخصم تنازل عن الوسيلة التي بمقتضاها يحمي الخصم حقه ، وهذا لا يجوز لانه لا يؤمن معه الاعتساف ، وفيه اعتداء على قواعد نظام القضاء ودرجاته التي يقصد بها استكمال حماية حقوق الاشخاص . فالدعوى ليست هي سلطة الالتجاء الى القضاء لحماية الحق فحسب ، وانما هي سلطة الالتجاء اليه واستنفاد جميع الوسائل المقررة قانونا لحمايته . ويجوز التنازل عن الطعن في الحكم بعد ثبوت الحق فيه ، أو اثناء نظر الخصومة التي انتهت بصدور الحكم ، لانه لا يفترض معه الاعتساف ، ولانه يعد بمثابة اتفاق على تمويض بالصاح . كل هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (م ٢/٢١٩) .

وتفريق المادة ٢٢٩ بين قبول الحكم الفرعى صراحة وبين قبوله ضمنا ،
وتجعل الاول وحده دون الآخر مانعا من اعتبار الحكم الفرعى مستأنفا مع
استئناف الحكم فى الموضوع .

ويلاحظ ان الرضاء بالحكم يختلف عن ترك الخصومة من حيث ما
ينصب عليه التنازل ، ومن حيث شروطه وآثاره .

ويلاحظ ايضا ان القبول المانع من الطعن فى الحكم يختلف عن سقوط
الحق فى الطعن فيه لرفعه بعد الميعاد ، لان الاول يترتب عليه حرمان الخصم
من أى طعن فى الحكم ، بينما الآخر يحرم الخصم من مجرد الطعن المقرر فى
الميعاد الذى فوته الخصم على نفسه ، ولان الاول يصدر عن رضاء صريح
أو ضمنى ، بينما الآخر يحصل عن تقصير أو جهل أو اهمال ، ولان الاول
لا يسرى - وفق الراجح من الراى فى فرنسا - ولا ينتج اثره اذا تضمن
الحكم مسألة متعلقة بالنظام العام ، بينما الآخر يسرى فى كل الاحوال ،
ولان الاول قد يتم قبل صدور الحكم أو بعده ولو قبل اعلانه ، اما الآخر
فلا يسرى الا بعد صدور الحكم كقاعدة عامة ، ما لم ينص القانون على اجراء
آخر يبدأ منه ميعاد الطعن فى الحكم (م ٢١٣ وم ٢٢٨ وم ٢٤٢) .

ويرامى أخيرا ، أن القبول المانع من الطعن فى الحكم يختلف عن النزول
عن الحكم ، فالاول يقع من المحكوم عليه بكل أو بعض المطلوب خصمه ،
بينما الثانى يقع من جانب المحكوم له ، ونزوله عن الحكم يستتبع النزول
عن الحق الثابت به عملا بالمادة ١٤٥ ، والاول يمنع من قبول الحكم من
الطعن فيه ، بينما نزول الخصم عن الحكم الصادر له باجابة كل مطلوبه أو
بعضه ، يمنع خصمه من الطعن فيه ، وينشئ دفعا بعدم قبول الطعن .
وفى الحالتين يمتنع تجديد الدعوى التى صدر فيها الحكم الذى تم قبوله
أو النزول عنه .

١ - هذه هي المقدمة ، قصد بها تبسيط فهم الكتاب ، وتحديد نطاق دراسته المرسومة في حدود القواعد المتصلة بقانون المرافعات وحده وهي تشتمل على الابواب الآتية :

الباب الاول : التعريف بالحكم .

الباب الثانى : اصصدار الاحكام .

الباب الثالث : الضوابط العامة لتكييف الاحكام واستخلاص القضاء منها .

الباب الرابع : تقسيم الاحكام المختلفة واهميته وآثاره .

الباب الخامس : آثار الاحكام .

الباب السادس : القواعد العامة في الطعن في الاحكام .

الباب الاول

التعريف بالحكم

١١ - اركانه :

الحكم ، بمعناه الخاص ، في مذهب الفقه المقارن ، «هو القرار الصادر من محكمة مشكلثة تشكيلا صحيحا ، ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب) ، في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه» (١) .

اذن الحكم (٢) بكل معانى الكلمة ، يتميز بما يلى :

أولا : أنه يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية .

ثانيا : أنه يصدر بما للمحكمة من سلطة قضائية ، أى يصدر في خصومة .

ومن ثم ، القرار الصادر من هيئة غير قضائية لا يعد حكما ولو كان من بين أعضائها أحد القضاة ، والقرار الصادر من المحكمة بما لها من سلطة ولائية لا يعد حكما ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك .

أما حكم المحكمين فإنه يعد بمثابة حكم ، رغم صدوره من أشخاص ليس لهم فى الأصل ولاية القضاء ولا يقومون بخدمة عامة ، وذلك لان

(١) موريل رقم ٥٤٥ وجلاسون ٣ رقم ٧٢٩ وجابيو رقم ٥٢١ ومحمد حامد فهمى رقم ٦٠١ .

(٢) jugement ، وتطلق هذه العبارة بمعناها الخاص على أحكام المحاكم الابتدائية والتجارية والجزئية ، وتسمى أحكام محكمة النقض والاستئناف arrêt ، وأحكام قاضى الامور المستعجلة وأوامر قاضى الامور الوقتية ordonnance ، وأحكام المحكمين وأحكام (قضاة الصلح) sentences .

المشرع اقر نظام التحكيم احتراماً لارادة الخصوم ، ومتى وضحت هذه الارادة في الشكل المقرر التزم المحكم بالقيام بعمله ، وهو في هذا انما يتولى القضاء بخصوص النزاع القائم أمامه ، ويفرض حكمه على الخصوم ، كما يفرض على السلطات الاخرى شأنه شأن الاحكام التي تصدر من القضاء العادى ، وتكون لحكمه حجية الشيء المقضى به ، ويكون قابلاً للتنفيذ الجبرى بعد صدور الامر بتنفيذه عملاً بالمادة ٥٠٩ .

وفضلاً عن الركنين المتقدمين يتعين أن يكون الحكم مكتوباً - في الشكل المقرر - شأنه شأن أية ورقة من أوراق المرافعات - وهى جميعها تتصف بالشكلية solennité وبالرسمية authenticité (١) .

واذن أركان الحكم الاساسية هى الثلاثة المتقدمة (٢) .

وقد تصيب الحكم شوائب تتصل بالهيئة التى أصدرته ، أو بتشكيلها ، أو باختصاصها ، أو تتصل باجراءات الخصومة التى صدر فيها ، أو تتصل باصداره ، أو النطق به ، أو تحريره ، أو ايداعه ، أو تسجيده - أى قد تعترض الحكم شوائب تتصل بأحد أركانه الاساسية المتقدمة . وقد لا تؤثر هذه الشوائب فى سلامة الحكم وصحته . وقد تصيب صحته دون أن تمتد الى انعقاده وكيانه ودون أن تفقده طبيعته كحكم ، فيكون باطلاً ، أى بعبارة أدق قابلاً للبطلان ، وقد تصيبه تلك الشوائب ، ولا تقتصر على ما تقدم بل تعدى أحد أركانه الاساسية فتجعله والعدم سواء ، ونعالج هذا الموضوع بعد دراسة اصصادر الاحكام ، أى بعد استخلاص وتحديد الاجراءات الاساسية التى يلزم توافرها عند اصدارها ، وعند تحريرها .

وكل ما تصدره المحكمة من قرارات بخلاف الاحكام بالمعنى الخاص - يكون بما لها من سلطة ولائية ، مثال ذلك الحكم بايقاع بيع العقار على مشتريه ، أو الاوامر التى تعطى على العرائض أو الحكم بتنحى القاضى عن نظر الدعوى لقرباوة بينه وبين أحد الخصوم (م ١٤٦) . وهذه القرارات

(١) وقد تقدمت دراسة هانين الصفتين فى كتاب نظرية الدفع رقم

١٨١ وما يليه .

(٢) راجع فى دراسة هذه الاركان ربرتوار دالوز الاخير Encyclopédie juridique سنة ١٩٥٦ باب الاحكام رقم ١ وما يليه .

لا تعتبر أحكاما بالمعنى الحقيقي للكلمة ولا تتضمن عملا قضائيا بمعناه الخاص ، على الرغم من أن بعضها يصدر في شكل الأحكام ويخضع للقواعد العامة المقررة للطعن فيها ، ويصدر البعض الآخر في شكل خاص استثنائي كالأوامر التي تصدر على العرائض ، ولا يخضع للقواعد المقررة بالنسبة الى الأحكام ، وقد يكتفى باثبات بعض قرارات المحكمة الادارية بمحضر الجلسة كما هو الشأن بالنسبة لقرارات ضم دعويين أو بالفصل بينهما ، أو بالنسبة للقرار الصادر بعدول المحكمة عن اتخاذ اجراء من اجراءات الانبات كانت المحكمة قد أمرت به (م ٩ اثبات) .

١٢ - القرارات الصادرة من الهيئات أو اللجان الادارية :

كثيرا ما تشكل هيئات ادارية لتفصل في التظلمات من الاوامر الادارية ، وكثيرا ما يكون من بين أعضائها - بل رئيسها - أحد رجال القضاء . والقرارات الصادرة من هذه الهيئات لا تعتبر أحكاما ، ولا تخضع للقواعد المقررة بالنسبة الى الأحكام عند عدم وجود نص خاص ، ولا يعد صدورها مستنفدا درجة من درجات التقاضي ما لم ينص المشرع على ما يخالف ذلك صراحة أو ضمنا (١) .

وتلاحظ تفرقة أساسية في القانون الإداري وفقهه بين اللجان الادارية والهيئات القضائية ، ولقد ورد هذا التعبير في قانون السلطة القضائية للمرة الاولى في المادة ١٦ معدلة بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ (٢) (يراجع القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الاجراءات امام المحكمة العليا ، ويراجع قانون السلطة القضائية الجديد رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) .

ويجب حتى تعتبر الهيئة القضائية مستقلة عن القضاء العادي الا تنتهي الخصومة امامها في المرحلة الاخيرة منها الى جهة القضاء العادي ، والا فلا يمكن أن تعتبر مستقلة عن القضاء العادي ، ولا يمكن أن يكون

(١) تراجع القوانين التي تنظم وسيلة الطعن في القرارات الصادرة من لجنة الطعن بمصلحة الضرائب .

(٢) انظر راتب ونصر الدين كامل في القضاء المستعجل رقم ١٤٩ والمراجع المشار اليها فيه .

لمحكمة تنازع الاختصاص أى اختصاص فى هذا الصدد ، لأنها لا تختص إلا حيث يتوافر فى النزاع أكثر من هيئة قضائية .

ومثال ذلك الحكم الصادر من هيئة التحكيم فى منازعات العمال الجماعية طبقا للقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، فهو يعتبر بمثابة حكم صادر من محكمة الاستئناف ويقبل الطعن بالنقض ، فلا يمكن أن تعتبر هيئة التحكيم ، فى هذا الصدد ، بمثابة هيئة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادى ، ولو كانت تتبع اجراءات تختلف عن الاجراءات المقررة أمام المحاكم العادية أو كانت تعتد من الناحية الموضوعية بمبادئ وأسس قد تختلف عن تلك المقررة أمام المحاكم العادية .

وإذا كان الحكم الصادر من جهة القضاء المدنى أو الإدارى ، يحوز الحجية أمام الجهة الأخرى ولو لم تكن مختصة بالنزاع ، وذلك حسما للنزاع ، ولأن رجال القضاء فى كل من المحاكم القضائية والإدارية ممن تتوافر فيهم شروط واحدة ، ووفقا لما تقطع به المادة ١١٠ التى توجب الإحالة من جهة قضائية إلى أخرى (١) ، فإن القرار الصادر من الهيئات القضائية فى المعنى المقصود فى القانون بإنشاء المحكمة العليا لا يحوز أية حجية إذا صدر فى غير اختصاص الهيئة . وهذه الهيئات لا تعتبر «محكمة» ، وقد لا تشكل من عناصر قضائية ، ولا تطبق بصدد المادة ١١٠ من قانون المرافعات بالنسبة للإحالة .

وجدير بالإشارة أن محكمة النقض قضت بأنه إذا خص المشرع اللجنة القضائية بالإصلاح الزراعى بالفصل دون سواها فى منازعات معينة مما كان يدخل فى اختصاص المحاكم العادية ، فإن ذلك يعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفى إذ تعتبر هذه الجهة القضائية المستحدثة جهة قضائية مستقلة بالنسبة لما خصها المشرع بنظره من تلك المنازعات (٢) .

(١) كتابنا المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٥٢ وقارن نقض ٢٤/٢/١٩٦٦ - ١٧ - ٤١٢ ونقض ٢٠/٣/١٩٦٩ - ٢٠ - ٤٦٣ .

(٢) نقض ٢٣/١٢/١٩٦٥ - ١٦ - ١٣٣٣ ونقض ١٨/١١/١٩٦٥ - ١٦ - ١٣٣٣ .

وفي الأحوال التي يجيز فيها المشرع التظلم من القرارات الصادرة من الهيئات الإدارية أمام المحاكم العادية ، بقرار ميعاد التظلم ، وطريقة رفعه ، والا أتبع القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى أو لرفع الاستئناف ، كما يحدد المحكمة المختصة بنظره وما إذا كانت من محاكم الدرجة الأولى أو من محاكم الدرجة الثانية ، وما إذا كانت تفصل فيه بصفة ابتدائية أم انتهائية (١) وإذا لم يحدد بنص خاص نصاب المحكمة الابتدائي أو الانتهائي وجب أعمال القواعد العامة في هذا الصدد .

ومتى صدر حكم من المحكمة العادية في التظلم من القرار الإداري فإنه يخضع للقواعد العامة المقررة بالنسبة إلى الأحكام ، سواء من ناحية صدوره أم من ناحية الطعن فيه . أم من ناحية تنفيذه .

وقضت محكمة النقض بأن ما تقضى به اللجان الجمركية في مواد التهريب من الغرامة والمصادرة لا يعتبر من العقوبات الجنائية بالمعنى المقصود في قانون العقوبات ، بل هو من قبيل التعويضات المدنية لصالح الخزنة ، كما أن المعارضة في قرارات اللجان الجمركية هي من اختصاص المحكمة التجارية مما يقتضى بداهة أن تكون إجراءاتها خاضعة لأحكام قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية لا لقانون الإجراءات الجنائية ، ومن ثم لا يكون الحكم قد خالف القانون إذا ألغى الحكم الابتدائي الصادر باعتبار قرار اللجنة الجمركية كأن لم يكن دون أن يثبت أن هذا الإلغاء تم باجماع آراء قضاة المحكمة (٢) .

وبناء على ما تقدم تخرج عن نطاق دراستنا القرارات الصادرة — من الهيئات الإدارية — في التظلم من الأوامر الإدارية .

١٣ - طبيعة حكم المحكم وتكييف وظيفته :

يرتكز التحكيم على أساسين ، هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة . فالتحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه

(١) راجع على سبيل المثال القوانين التي تنظم طريق الطعن في القرار الصادر من لجنة الطعن بمصلحة الضرائب .

(٢) نقض ٦ ديسمبر ١٩٥٦ القضية رقم ٦٦ سنة ٢٣ قضائية .

دون المحكمة المختصة به . اذن ارادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم . ودون هذه الارادة لا يتصور أن يخلق .

ومن ناحية أخرى لا تكفى ارادة الخصوم وحدها لخلق هذا النظام بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم . وبعبارة أخرى ، اذا لم ينص المشرع على جواز التحكيم وجواز تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت ارادة الخصوم بكافية لخلقه (١) وبعبارة ثالثة ، ارادة الخصوم هي التي تحرك النظام القانوني للتحكيم .

ولقد أقر المشرع نظام التحكيم احتراماً لارادة الخصوم ، ومتى وضحت هذه الارادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون يلتزم الخصوم بحسم النزاع بطريق التحكيم ، فيفرض عليهم ، ويفرض المحكم عليهم ، وينتهى اثر ارادتهم عند هذا الحد . وعندئذ يفرض القانون أحكامه سواء بالنسبة الى الخصومة أمام المحكم ، أم بالنسبة الى اجراءاتها ، أم بالنسبة الى الحكم الصادر فيها . ويلتزم المحكم بمراعاة القانون في كل هذا ، وان اخل به كان مسئولاً أمام المحكمين ، فهو اذن يتولى سلطة القضاء بخصوص النزاع القائم أمامه . وحكمه يفرض على الخصوم كما يفرض على السلطات الأخرى ، شأنه شأن الأحكام التي تصدر من القضاء العادي . وحكمه يكتب كما تكتب الأحكام العادية ، وينفذ كما تنفذ هذه الأحكام أيضاً ، وكل ما في الامر أن المشرع شاء أن يراقب عمله ، لان عمله هذا لا يستمد قوته الا من اتفاق الخصوم على التحكيم ، فأوجب قبل تنفيذ حكمه ، وقبل وضع الصيغة التنفيذية عليه أن يخضع لرقابة واشراف قاضي التنفيذ لجرد التحقق من أنه قد صدر بالفعل بناء على مشاركة تحكيم وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه منه القانون . فقاضي التنفيذ ، وهو الرئيس الإداري للمحكمة إنما يمهد فقط لاجراء وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكم حتى لا يترك تقدير الامر لقلم كتاب المحكمة .

(١) راجع Dalloz Encyclopédie Juridique سنة ١٩٥٥ باب التحكيم صفحة ٢٣٣ وما يليها .

ويراجع في موضوع التحكيم الاختياري كتابنا طبع سنة ١٩٧٨ .
ورسالة الدكتور ابراهيم نجيب سعد في حكم المحكم - باريس ١٩٦٩ .

اذن حكم المحكم يعتبر قد صدر من يوم كتابته والتوقيع عليه ، وتسرى آثاره ويحتج بحجته من هذا التاريخ ، شأنه شأن الاحكام العادية ، وانما اجراء وضع الصيغة التنفيذية عليه يتطلب أولا الرجوع الى قاضى التنفيذ للاسباب المتقدمة .

١٤ - والمبادئ المتقدمة تسرى ولو كان المحكم مفوضا بالصلح . ولا يصح اعتبار المحكم مفوضا بالصلح الا اذا وضحت ارادة الخصوم وضوحا تاما صريحا وكانت ترمى الى هذا ، ويجب أن تفسر ارادتهم بالحيطة والحذر وعدم التوسع رعاية لذات حقوقهم . والاتفاق على جعل حكم المحكم غير قابل لاي طعن (١) ، او الاتفاق على اعفائه من مراعاة احكام قانون المرافعات (٢) ، لا يكفى في ذاته لاعتبار المحكم مفوضا بالصلح لان هذا او ذاك نتيجة من نتائج التحكيم بالصلح وليس بضابط التفرقة بين التحكيم بالصلح والتحكيم (بالقضاء) . وبعبارة اخرى يصح اتفاق الخصوم على التحكيم بالقضاء مع الاتفاق في ذات الوقت على اعفاء المحكم من اعمال قانون المرافعات او على اعتبار حكمه غير قابل لاي طعن .

اذن لا يعد المحكم مفوضا بالصلح الا اذ وضحت تماما ارادة الخصوم وانصبت الى هذا النحو . والمحكم الصالح ، وان كان لا يتقيد بالشكل العام المقرر في قانون المرافعات ، فلا تسرى على تصرفاته الجزاءات المقررة في هذا القانون (لان رايه هو معيار الصحة ما لم يتعلق الامر بالنظام العام) ، الا أنه مقيد بالشكل الخاص الوارد في باب التحكيم ، وهذا الشكل يلزمه حتما ما لم ينص القانون على غير ذلك صراحة . ومن ثم هو ملزم بمراعاة جميع الاحكام الواردة في باب التحكيم الخاصة بتحرير حكمه وايداعه ، لان هذه الاحكام قصد بها مراقبة عمله ، وهو خاضع لهذه الرقابة حرصا على مصلحة الخصوم انفسهم ، لجرد التحقق من أن ارادتهم ترمى بالفعل الى التحكيم بالصلح ومن أن حكمه يتوافق فيه كل الشكل المطلوب تمهيدا لتنفيذه .

(١) في التشريعات التي تجيز الطعن في حكم المحكم . مع ملاحظة ان القانون المصرى الجديد لا يجيز استئنافه - المرجع السابق .

(٢) في التشريعات التي توجب عليه مراعاتها . مع ملاحظة أن القانون المصرى الجديد لا يوجب مراعاتها .

١٥ - وعلى الرغم من وضوح المبادئ المتقدمة فقد صادفت نقداً من جانب أقلية من الشراح في فرنسا (١) ، أما الرأي الراجح الثابت يتجه إلى تأكيد هذه المبادئ (٢) .

واذن ، وفي تقديرنا ، اذا نظرنا الى التحكيم من زاوية أنه قضاء اجبارى ملزم الخصوم متى اتفقوا عليه ، وأن التملص منه لا يجدى ، وأنه يحل محل قضاء الدولة الاجبارى ، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها ، وأن حكمه يحوز حجية الشيء المقضى به ، وينفذ تنفيذاً جبرياً بعد صدور الامر بهذا التنفيذ ، نرى أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم ، وأن حكم المحكم هو عمل قضائى ، شأنه شأن العمل القضائى الصادر من السلطة القضائية في الدولة .

وانما يلاحظ أن حكم المحكم ليس كغيره من الاحكام التى تصدر عن السلطة القضائية ، في الاحوال التى خصصه فيها المشرع بقواعد مفايرة للقواعد العامة ، فهو لا ينطق به في جلسة علنية ، ولا يوجب القانون كتابة مسودة لها وايداعها ، ولا يوجب حضور كاتب في جلسة التحكيم ... ، ولا يوجب توقيع كل المحكمين عليه (م ٥٠٧) ... الخ (٣) .

كما أن المحكم ليست له سلطات القضاء في كل الاحوال ، فهو لا يملك الحكم بعدم اختصاصه والاحالة الى المحكمة المختصة عملاً بالمادة ١١٠ ، ولا يملك الامر بالانابات القضائية ، أو بالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور بالجزاء المقرر في قانون الاثبات ... الخ (م ٥٠٦) .

١٦ - التحكيم بين شركات القطاع العام :

حدد قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام (رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١) كيفية تشكيل هيئات التحكيم التى تنظر المنازعات الناشئة بين

(١) أنظر Alfred Bernard : L'arbitrage volontaire en droit privé. سنة ١٩٣٧ رقم ٤٦٩ وما يليه .

(٢) قارن وحدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى ص ٣٨٢ .

(٣) تراجع في هذا الموضوع دراسة تفصيلية في كتابنا التحكيم الاختيارى والاجبارى رقم ٩٦ وما يليه .

شركات القطاع العام والمنازعات بينها وبين جهات الحكومة (١) . كما يلاحظ أن القرارات الصادرة من تلك الهيئات لا تعتبر بمثابة عمل قضائي بمعنى الخاص ، لأن العمل القضائي لا يصدر إلا في خصومة تتوافر فيها الغيرية بين طرفيها ، فإذا كان المدعى هو المدعى عليه لا تنشأ الخصومة . واذن لا تعتبر بمثابة خصومة تلك التي تنشأ بين شركات القطاع العام أو بين الحكومة وتلك الشركات ، لأنه وإن كان لكل شركة من تلك الشركات شخصيتها المعنوية وشكلها القانوني كشركة (٢) ، إلا أن اجتماع جميع أسهمها في يد شخص واحد هو الدولة ينفي حتما الغيرية بين المنازعات التي تنشأ فيما بينها . ومن المتصور أن تفض تلك المنازعات المتقدمة (والتي يقصد منها في الواقع الفاء الالتزامات والخصوم من ميزانية شركة إلى أخرى) بواسطة لجنة إدارية أو لجنة وزارية . . كل هذا ما لم ينص في صلب القانون على أن يكون للعاملين في الشركة نصيب محدد من الأرباح ، عندئذ تتوافر للشركة مصلحة جديدة أكيدة في منازعاتها مع الشركات الأخرى أو مع المصالح الحكومية (٣) .

وبداهة ما تقدم لا ينفي اعتبار هيئات التحكيم السابقة بمثابة هيئة قضائية متخصصة بحيث يمكن أن تنشأ حالة من حالات تنازع الاختصاص بينها وبين جهات القضاء الأخرى عملاً بنصوص قانون السلطة القضائية (٤) .

(١) قضت محكمة النقض في ١٩٦٧/١٢/٢٨ - ١٨ - ١٩٠١ بوجوب استثناء المنازعات المطروحة على محكمة النقض من اختصاص هيئات التحكيم ، وعند نقض الحكم يحال النزاع إلى هيئات التحكيم التي أحلها المشرع محل محكمة الموضوع .

(٢) المرافعات رقم ٢٣٥ م والمراجع المشار إليها فيه .

(٣) أما مجرد الرغبة في التخفيف من ميزانية الشركة وهو الدافع الحقيقي في الوقت الحاضر للالتجاء إلى التحكيم ، فإنه لا يعتبر بمثابة المصلحة الحقيقية القانونية التي بتوافرها تنشأ الغيرية بين شركات القطاع العام . كل هذا مع مراعاة رغبة الحكومة في بث روح المنافسة بين تلك الشركات ، أن هذا العامل هو أدنى بحث لا يقوى على إنشاء المصلحة القانونية في الخصومة .

(٤) كتابنا التحكيم رقم ١٧ .

كما أن هذه الهيئات لا تملك إحالة الدعوى التى تقضى فيها بعدم اختصاصها بنظرها الى جهة القضاء المختصة ، عملاً بالمادة ١١٠ من قانون المرافعات ، وأن المحاكم لا تملك الإحالة اليها ، إنما هى تقضى فقط بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المتقدمة دون أن تحمل مصروفات الدعوى لاية شركة أو مصلحة حكومية .

١٧ - تكييف أوامر الاداء (١) :

اختلف الراى فى تكييف اجراءات استصدار أوامر الاداء ، وفى تكييف هذه الاوامر . وقيل ، فى رأى ، أن اجراءات استصدار هذه الاوامر ليس من قبيل السلطة الولائية للمحاكم ، بل هو أمر مباشره فى حدود سلطتها القضائية (٢) . ونحن نرى أن الامر يصدر بنص القانون فى غفلة من المدين ، ولا يصدر فى مواجهته فى خصومة تعلن اليه صحيفتها عملاً بالقواعد العامة . وهو يصدر عملاً بالمادة ٢٠١ وما يليها باتخاذ اجراءات تشابه اجراءات استصدار الاوامر على العرائض . وإذا كان طلب الاداء ينتج اثره باعتباره مطالبة قضائية بمجرد تقديمه ، فذلك لان القانون يمنحه هذه الآثار (تراجع المادة ٢٠٨ ومذكرتها الايضاحية) .

اما ذات الامر ، فقد اعتبره المشرع متضمناً قضاء قطعياً ، بحيث إذا لم يحصل التظلم منه بعد اعلانه ، فإنه يعتبر بمثابة حكم حضورى صادر من محكمة الدرجة الاولى ، وله آثاره . وإذا طعن فى الامر بالاستئناف مباشرة ، عومل هذا الاستئناف معاملة استئناف الاحكام الصادرة من المحكمة بما لها من سلطة قضائية .

وإذا صدر الامر ، ولم يحصل التظلم منه ، أو استئنافه بعد اعلانه ، عومل معاملة الحكم الغيابى الذى فوت الخصم بصدد ميعاد المعارضة

(١) تقدمت دراستنا التفصيلية لهذا الموضوع فى كتاب اجراءات التنفيذ رقم ٧٩ وما يليه ، ونمر عليه هنا بصورة سريعة - ويراجع مؤلف الدكتور أمينة النمر فى أوامر الاداء الطبعة الثانية ومؤلف الدكتور وجدى راغب فى النظرية العامة للعمل القضائى ص ٦٥٩ .

(٢) يراجع نقض ١٩٧٢/٥/٢٣ - ٢٣ - ٩٨١ .

ويراجع أيضاً القاهرة الابتدائية ٥٣/٩/١٥ الحاماة ٢٤ ص ٥٠١ .

فيه وميعاد استئنائه ، بحيث لا يقبل بعدئذ الطعن فيه بالالتماس عملاً بالمادة ٢٤١ ، ولا يقبل الطعن فيه بالنقض عملاً بالمادة ٢٤٩ ولو في الرأي الذي يراه حكماً حضورياً .

واذن يتبين مما تقدم ان اجراءات استصدار هذه الاوامر هي اجراءات تتشابه مع اجراءات استصدار الاوامر على العرائض ، ومن ثم تتبع - فيما لا يرد فيه نص خاص - قواعد الاوامر على العرائض من ناحية بيانات الامر او اجراءات استصداره . اما اذا صدر الامر ، فإنه يعتبر متضمناً قضاء قطعياً ملزماً ، أو يعتبر بمثابة حكم ، وتكون له آثار الحكم من حيث الحجية المترتبة عليه ، ومن حيث قابليته للتنفيذ الجبري . وقد لخصت كل هذا المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بقولها :

« كما عني المشروع أن يبرز بجلاء صفة الامر باعتباره أمراً ، وليس حكماً ، واحتفاظه بهذه الصفة حتى صدوره - هذا على الرغم من أنه يشتمل على قضاء قطعي ملزم - وبذا يتعين الاعتداد بهذه الصفة عند اصداره سواء من ناحية بيانات الامر أو من ناحية اجراءات استصداره » .

وقد رأينا في المقدمة ، ان الحكم وان كان هو الشكل العام للعمل القضائي ، الا أن المشروع بنص خاص قد جعل هذا الشكل هو امر الاداء في الحالات المقررة على سبيل الاستثناء في المادة ٢٠١ من قانون المرافعات .

وهذا ما قرره المشرع الفرنسي أيضاً بمقتضى القانون رقم ٧٢ - ٧٩٠ الصادر في ٢٨ أغسطس ١٩٧٢ ، فقد نظم باجراءات ولائية استصدار اوامر وفاء الديون المعينة المقدار الثابتة بالكتابة ، ايا كانت قيمتها ، وقرر ان الامر الذي لا يحصل التظلم منه ينتج كل آثار الحكم الحضوري (٣/١٥ منه) .

وفي الوقت الذي يعطى فيه القانون آثار الحكم لمجرد أمر ينبثق من اجراءات ولائية ، نرى المشرع بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ يكتفى في بعض الاحوال بتطلب اصدار قرار ولائي بحت في صدد خصومة قضائية متكاملة - هي اجراءات الطعن بالنقض (م ٢٦٣) (١) . وهكذا يتضح

(١) التعليق - الجزء الثاني ص ١٣٨٤ .

أن ارادة المشرع لها - وحدها - الكلمة في الزام السلطة القضائية باصدار أمر أو قرار ولائى بدلا من اصدار حكم ، أو اصدار حكم بدلا من اصدار أمر ولائى ، أو فى منح آثار الحكم لمجرد أمر ولائى .

واذن ولكل منا تقدم ، يتضمن أمر الاداء قضاء قطعيًا ملزما ، وله آثار الحكم القطعى من ناحية حجيته وحسمه للنزاع (١) ، وانما هو ليس بحكم . وبالتالى : (١) ليست له بيانات الحكم (٢) لا يصدر فى جلسة علنية (٣) لا يطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة الى الاحكام ، وهو يقبل الاستئناف المباشر بنص خاص ، وانما لا يقبل النقض المباشر أو التماس اعادة النظر (٤) لا يتصور أن يطلب تفسيره أو تصحيحه ، على ما هو متبع بالنسبة الى الاحكام (٥) .

٢٤ - الاوامر والقرارات الصادرة من المحاكم بما لها من سلطة ولائية :

فى المهود القديمة كانت الوظيفة الولائية هى الاصل ، فقد كانت المحاكم تأمر ، وكانت تستمد سلطتها فى الامر من المحاكم ، الذى كان يفوضها ذلك على نحو أو آخر ، حسب النظام السياسى القائم فى الدولة . وبعدئذ نشأت «سلطة الحكم» أى الوظيفة القضائية للمحاكم ، وأصبحت هى الاصل . وتقوم على دعائمين أساسيين ، هما ضمان حماية القضاء من تدخل السلطات الاخرى فى عملها (وهذا ما يعبر عنه باستقلال القضاء) ، وضمان شمول الاحكام على دليل صحتها وعدالتها ، وهذا ما يعبر عنه بضمانة تسبب الاحكام . والمقصود من الضمانتين المتقدمتين هو تحقيق المساواة بين المواطنين فى العدل .

ويلاحظ أن الوظيفة الاساسية الاصلية للمحاكم - وهى الفصل فى

(١) يراجع الفقرة رقم ١٥٢ فى صدد ان أمر الاداء يحسم النزاع فيما يأمر به ، ويحوز كامل الحجية فى هذا الصدد .

(٢) بداهة من الجائز تصحيح ديباجة أمر الاداء ، اذا كانت تخالف مضمون العريضة فى صدد اسماء الخصوم أو صفاتهم أو موطنهم أو مقدار الدين .

الخصومات على مقتضى القانون - تتضمن حتما الالتزام والامر (١) . وإلى جانب هذه الوظيفة الأساسية للمحاكم - أى إلى جانب وظيفتها القضائية Jurisdiction - La juridiction contentieuse يخول لها المشرع سلطة إصدار أوامر لخصومة مستقبلية ، أو فى خلال خصومة قائمة ، أو بعد صدور الحكم فيها ، وهذه الوظيفة هى أقرب إلى الإدارة منها إلى القضاء، وجرى تسميتها بالوظيفة الولائية (٢) . ولما كان القضاء تتوافر فيهم ضمانات خاصة منها العسل بالم قانون والخبرة بتطبيقه فهذه الضمانات تشفع فى تكليفهم بالقيام بهذه الاعمال الولائية التى تخرج عن وظيفة القضاء .

ولقد أثر فى فرنسا أمر التمييز بين العمل القضائى والتصرف الولائى ، فقليل ان العيرة بطبيعة الاجراءات التى تتبع فى سبيل إصدار القرار ، فإذا كان التصرف قد اتخذ فى مواجهة الخصوم بعد سماع أقوال المدعى عليه أو بعد دعوته لابتداء أقواله ولو لم يحضر كان العمل قضائيا ، ويكون التصرف ولائيا إذا تم بناء على طلب أحد الخصوم دون أن يدعى الطرف الآخر للحضور لابتداء أقواله فى هذا الطلب . ولقد رفض كثير من الشراح هذا الضابط لأنه شكلى محض فليست اجراءات المرافعات هى التى تبين طبيعة وظيفة القاضى ولكن العمل نفسه هو الذى يبين ذلك بصرف النظر عن الاجراءات التى تتبع للقيام به . ولهذا قيل ان العمل يعد قضائيا إذا تعاق بنزاع ويكفى أن يكون هذا النزاع محتملا litige éventuel . فإذا صدو التصرف دون منازعة ودون أن يحتمل أن يشير أية منازعة عد ولائيا (٣) . وقيل انه يجب لتحديد نوع وظيفة القاضى تحديد طبيعة القرار

(١) وهى تباشر فى صورة أحكام ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، كما هو الحال بالنسبة إلى أوامر الاداء على ما قدمناه (فى المقدمة وفى الفقرة رقم ١٧) . أما الوظيفة الولائية للمحاكم فهى تباشر عادة فى صورة أوامر على عرائض ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك - كالحكم بإيقاع بيع العقار على مشتريه فى التنفيذ العقارى .

(٢) imperium - la juridiction gracieuse

والتفرقة المتقدمة قائمة منذ عهد الرومان - ربرتوار دالوز (١٩٥٦) باب الاحكام رقم ١١ .

(٣) وأخذ بهذا الاتجاه القضاء الاخير لمحكمة النقض الفرنسية كما أخذ به القانون الصادر فى ١٥ يولية سنة ١٩٤٤ بشأن اختصاص غرفة المشورة (موريل رقم ٧٩ و ٢٢٦) .

المطلوب منه اتخاذ ، فوظيفة القاضي القضائية توجب عليه ان يقدر حق الخصوم والتزاماتهم ، وأن يفصل بينهم ، انما وظيفته الولائية تقتصر على اتخاذ اجراءات مستقبلية ، هي في الواقع اجراءات ادارية محضه وهي اجراءات وقتية تحفظية . وعلى ذلك فقد يعد التصرف ولائيا ولو كان صادرا بعد منازعة بين الخصوم (١) .

ولقد جاء القانون الفرنسى الجديد (رقم ١١٢٣ فى ١٢/٥/١٩٧٥) مقررًا فى المادة ٢٥ منه ان القاضى يفصل فى الاعمال الولائية - عند عدم حصول منازعة - وذلك فى صدد الطلبات التى يوجب القانون فيها أن تخضع لرقابته ، سواء بسبب طبيعة الدعوى ، أو سبب صفة الطالب .

ونص القانون الفرنسى فى المادة ٦٠ وما يليها على اجراءات الفصل فى الاعمال الولائية .

وينص القانون الفرنسى على أن أعمال الادارة القضائية *mesure d'administration judiciaire* - كاجراء ضم دعويين أو الفصل بينهما (م ٤٦٧) أو اجراء شطب الدعوى لتخلف طرفيها من الحضور فى الجلسة (م ٣٨٢) - لا تقبل أى طعن (م ٥٣٧) .

ولا أهمية للخلاف المتقدم فى مصر لان أعمال المحاكم التى يدور الجدل حولها هى الاوامر على العرائض . وقد أفرد قانون المرافعات بابا خاصا بها (هو الباب العاشر م ١٩٤ - ٢٠٠) تضمن كافة الاجراءات المتعلقة باصدارها ، والتظلم منها ، وحجيتها ، وتنفيذها ، وسقوطها .

وبعض الاعمال الولائية للمحاكم يصدر فى شكل الاحكام العادية بنص القانون ، ويخضع لقواعد استثنائية يقررها المشرع بصددده ، وقد يخضع لمثل هذه القواعد على أن تكملها القاعدة العامة المقررة بالنسبة الى الاحكام ، كما هو الحال بالنسبة لحكم ايقاع بيع العقار على مشتريه (٢) .

وبدق الامر بالنسبة الى الاحكام التى تصدر مشبته تنازل خصم عن

(١) موريل رقم ٧٩ .

(٢) انظر الفقرة رقم ٣٦٧ وما يليها من كتاب اجراءات التنفيذ .

كل حقوقه أو بعضها أو إقراره بأمر ما ، أو تلك التي تصدر مثبتة صلح أطراف الخصومة مخالفة بذلك (نص المادة ١٠٣) ، هل تعد أحكاما بكل معنى الكلمة ، وتخضع لكل القواعد المقررة بالنسبة اليها ، أم تعتبر أحكاما فقط من حيث شكلها ومن حيث الموضوع تخضع للقواعد المقررة لبطلان العقود والتصرفات ؟ سوف نفرّد فقرات خاصة لهذه الدراسة بعد سرد أهمية التفرقة بين الحكم والأمر الولائي .

٢٥ - حصر الأعمال الولائية :

يمكن اجمال أنواع الأعمال التي يقوم بها القضاء في حدود وظيفته الولائية فيما يلي :

(١) اثبات التصرفات والعقود التي تتم بمجلس القضاء والتصديق عليها ليكون لها القوة التنفيذية (م ١٠٣) . كحكم قاضي التنفيذ بايقاع البيع على مشتري العقار الذي يباع جبرا أو اختيارا بالمحكمة .

(٢) الأعمال التي تقوم بها المحاكم لحفظ أموال القصر والمحجور عليهم والفائدين كتعيين الأوصياء والقامة ... الخ .

(٣) ما يقوم به القضاء من الأمر باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية دون أن يمس أصل الحق ، كالأمر بوضع الاختام على التركات ، وكالأمر الذي يصدره رئيس المحكمة الابتدائية باختصاص الدائن بعقار لمدينه تأميننا للدين (م ١٠٨٩ مدني) .

(٤) ما تجريه محاكم الأحوال الشخصية من الأعمال الإدارية المتعلقة بحالة الإنسان الشخصية L'état مثل تحقيق الوفاة واثبات الوراثة وعقد الزواج .

٢٦ - أهمية التفرقة بين الحكم والأمر الولائي :

(١) أعمال القضاء تدخل كلها في وظيفة القاضي ما لم يمنع منها بنص خاص ، أما التصرفات الولائية فهي على العكس لا يختص بها إلا على وجه الاستثناء وبنص خاص .

(٢) قواعد ونظريات المرافعات تنظم الوظيفة القضائية للمحاكم فلا

يعمل بهذه النظريات فيما تباشره المحاكم من الاعمال الولائية ، كمبادئ حرية الدفاع وعلائية الجلسات . ويملك قاضى الامور الوقتية - عند النظر فى اصدار امر ولائى - التحقق من تلقاء نفسه من صحة الشكل المطروح امامه ولو لم يتعلق بالنظام العام (١) .

(٣) لا يحوز حجية الشيء المحكوم به الا الاحكام الصادرة فى حدود وظيفة المحكمة القضائية اما الاعمال الولائية فلا تحوز هذه الحجية .

(٤) يسقط الحق المحكوم به بمضى خمس عشرة سنة (مع استثناء الاحكام الفياضية التى تسقط بعدم اعلانها الى المحكوم عليه فى خلال ستة اشهر من تاريخ صدورها) ، اما الاوامر على العرائض فهى تسقط اذا لم تقدم للتنفيذ فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها . وتسقط اوامر الاداء هى وعريضتها اذا لم يتم اعلانها للمدير فى خلال ثلاثة اشهر من تاريخ صدورها (م ٢/٢٠٥) .

(٥) من الواجب تسبيب الحكم تسببا كافيا والا كان باطلا ، اما الامر على العريضة فليس من اللازم ذكر الاسباب التى دعت الى اصداره الا اذا خالف امرا سبق صدوره ، فعندئذ يجب ذكر الاسباب التى اقتضت اصدار الامر الجديد والا كان باطلا (م ١٩٥) .

(٦) لا يطعن فى الامر الصادر على العريضة بطرق الطعن المقررة بالنسبة الى الاحكام العادية ، وانما يجوز التظلم منها بطرق خاصة رسمها المشرع فى المادة ١٩٧ وما يليها .

(٧) لا تكون الاحكام واجبة النفاذ الا اذا أصبحت غير قابلة للطعن فيها بطرق الطعن العادية او اذا صدرت مشمولة بالنفاذ المعجل ، اما الاوامر على العرائض فهى واجبة النفاذ معجلا بقوة القانون .

(٨) التقدم بأمر على عريضة الى قاضى الامور الوقتية لا يقطع مدة التقدم السارية لمصلحة المدين لانه لا يعد مطالبة قضائية فى حكم المادة ٣٨٣ من القانون المدنى ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك ويجعل التقدم

يطلب على عريضة هو وسيلة المطالبة به قضائيا ، كما هو الحال بالنسبة الى الامر الصادر بالاداء عملا بالمادة ٢٠١ وما يليها .

(٩) القاضى عند مباشرته لعمل ولائى يأمر ، بينما عندما يباشر عملا قضائيا يحكم . وفى الحالة الاولى يأمر باصدار الامر وفق ما طلبه الخصم او يرفضه ، بينما القاضى فى الحالة الثانية يحكم بمطلوب الخصم او يرفضه او يحكم بما يوجبه عليه القانون ، كالحكم بعدم اختصاصه او بعدم قبول الدعوى او بطلان صحيفتها او بسقوط الحق بالتقادم أو باعتبار الخصومة كأن لم تكن .

وليس معنى ما تقدم أن القاضى عندما يصدر امرا على عريضة لا يرعى القانون ولا يحترمه ، وانما هو ملزم - كما قدمنا - بالتحقق من تلقاء نفسه ، من توافر كل الشكل الذى يتطلبه القانون عند اصدار الامر ، ومن توافر كل الشروط الواجبة لاصداره ، وهو ملزم أيضا بأن يتحقق من تلقاء نفسه ، من اختصاص المحكمة التى يتبعها باصدار الامر سواء تعلق الاختصاص بالنظام العام أم لم يتعلق به .

(١٠) قد تتخذ الاوامر على العرائض بناء على طلب أشخاص ليسوا من الخصوم الاصليين اذا تعلقت بموضوع ناشئ عن الخصومة الاصلية ، كتقدير اتعاب الخبراء والشهود والمحامين والحراس القضائيين .

٢٧ - طبيعة الحكم الصادر فى التظلم من الامر الصادر على عريضة :

رسم المشرع طرقا خاصة للتظلم من الاوامر على العرائض تختلف عن طرق الطعن فى الاحكام . وقد يكون المتظلم هو من صدر عليه الامر . وقد يكون المتظلم هو الطالب عند رفض طلبه . ويرفع التظلم الى المحكمة المختصة ، وقد يرفع الى القاضى الامر . وفى الحالتين يجب أن يكون التظلم مسببا والا كان باطلا ، وذلك اسوة بصحف الطعون .

ويلاحظ بالنسبة الى هذا التظلم وذلك ما يلى :

اولا : أن المشرع لم يحدد ميعادا لرفع التظلم على عكس ما قرره بالنسبة الى الطعن فى الاحكام - انما يلاحظ على أى حال أنه اذا لم ينفذ الامر فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره فانه يسقط ويعتبر كأن لم يكن ، ولا يكون ثمة محل أو مصلحة للتظلم منه .

ثانياً : أن الحكم الصادر في التظلم هو حكم وقتي لا يمس أصل الحق المتنازع عليه . ودليل هذا أن المادة ١٩٨ تجيز رفع التظلم على سبيل التبع للدعوى الأصلية . وهذه الدعوى تكون في الغالب الأعم من الحالات هي تلك المتصلة بأصل الحق .

ثالثاً : يراعى أن التظلم إلى القاضي الأمر يسقط الحق في التظلم إلى المحكمة ، فلمن صدر عليه الأمر الخيار بين الطريقتين وليس له الحق في الجمع بينهما ، فليس هناك ما يبرر التظلم إلى المحكمة بعد التظلم إلى القاضي الأمر ، فكلاهما يعيد النظر في الأمر من ناحية واحدة وهي استصواب تأييده أو الغائه أو تعديله بحكم لا يمس أصل الحق المتنازع عليه . وكان من الجائز في ظل القانون القديم أن يجمع من صدر عليه الأمر بين طريقي التظلم . وقد أدى جواز إعادة التظلم إلى المحكمة بعد التظلم إلى القاضي ، إلى استقرار رأي القضاء على اعتبار قرار القاضي مجرد أمر ولائي لا يجوز استئنافه وإلى اعتبار الالتجاء إلى المحكمة بعد صدور هذا الأمر الثاني تظلماً منه (١) .

رابعاً : المحكمة التي تختص بنظر استئناف الحكم الصادر من القاضي الأمر في التظلم تختلف باختلاف هذا القاضي . فإذا كان الحكم في التظلم صادراً من قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الجزئية اختص بنظر الاستئناف المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية . أما إذا كان الحكم صادراً من قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الابتدائية (وهو رئيس المحكمة) اختص بنظر الاستئناف (٢)، وذلك لأن المشرع عندما أجاز التظلم إلى القاضي الأمر بدلاً من التظلم إلى المحكمة ، إنما أحل القاضي محل المحكمة في هذا الصدد ،

(١) المشماوى رقم ٥٧ وأبر هيف ٢ رقم ١٠٦٣ .

(٢) راجع في هذا المعنى مؤلف العميد المرحوم محمد حامد فهمي في التنفيذ ص ٢١٧ الحاشية رقم ٢ ومؤلف الدكتور الشراوى رقم ٣٥٩ ، واستئناف الاسكندرية ٢١ مايو ١٩٥٠ (القضية رقم ٥٦ تجارى سنة ٦ قضائية) والاسكندرية الابتدائية أكتوبر ١٩٥٠ القضية رقم ١٠٣٥ لسنة ١٩٥٠ ، واستئناف مصر ٢٦ مارس ١٩٥١ المحاماة ٣٢ ص ١٤٤٢ ونقض ١١ فبراير ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٥٢٢ ونقض ٦ ديسمبر ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٩٥٧ .

فالحكم الذى يصدره فى النظام يعتبر كأنه صادر من المحكمة نفسها منعقدة بهيئتها الكاملة (١) .

والمقصود بالمحكمة المختصة فى المادة ١٩٧ المحكمة المختصة بنظر موضوع النزاع الذى صدر الامر تمهيدا له أو بمناسبته .

ويحكم فى التظلم بتأييد الامر بالفائه أو تعديله . ويعد القرار الصادر فى التظلم حكما قضائيا - لا مجرد أمر ولائى . **فالحكم الذى يصدر فى التظلم يجوز الطعن فيه بطريق الطعن المناسبة ، ويجوز حجية الشيء المحكوم به . وإنما هذه الحجية مؤقتة على اعتبار أن الحكم الصادر يعد حكما وقتيا لا يمس موضوع الحق (٢) .**

ومن تم الحكم فى التظلم يقبل الاستئناف فى جميع الاحوال عملا بالمادة ٢٢٠ ، ويقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ . وينفذ معجلا بقوة القانون عملا بالمادة ٢٨٨ (٣) .

خامسا : لا يجوز استئناف الامر مباشرة ، دون التظلم منه :

ولا يصح أن يقاس فى هذا الصدد على المتبع بالنسبة الى أوامر الاداء ، لان هذه لا تقبل الاستئناف المباشر الا بنص خاص (م ٢٠٦) .

واذن ، اذا استؤنف الامر الولائى مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية وجب الحكم بعدم قبول نظر هذا الاستئناف .

٢٨ - المادة ١٠٣ :

تنص المادة ١٠٣ على أنه «للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة فى اية حال

(١) بالنسبة الى الاوامر على المرائض التى يصدرها قاضى التنفيذراجع كتابنا فى اجراءات التنفيذ .

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/١٨ الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق .

(٣) وقلنا فى كتاب التنفيذ ان الحكم الصادر - فى التظلم من الامر الولائى بتوقيع الحجز - بالفاء هذا الامر ، يعتبر حكما وقتيا، فينفذ معجلا بقوة القانون ، وبالتالي لا يعتد بالحجز ، ويكون قابلا للطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ (كتاب التنفيذ رقم ٣٦ - الحاشية) .

تكون عليها الدعوى اثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع عليه منهم أو من وكلائهم . فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه الحق المكتوب بمحضر الجلسة وأثبت محتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي واعتباره . وتمطى صورته وفقا للقواعد المقررة لاعطاء صور الاحكام .

وقصد بالنص المتقدم تبسيط الاجراءات فتنتهى الخصومة بصلح ، بغير حاجة الى اصدار حكم بالتصديق عليه (١) ، ويعمل به في أية حالة تكون عليها الدعوى وسواء اكانت في المعارضة أم الاستئناف ، بل ولو بعد قفل باب المرافعة .

وليس هناك ما يمنع من اثبات صلح جزئى عملا بالمادة المتقدمة ، سواء تعلق ببعض الخصوم دون البعض الآخر وانهى النزاع بينهم ، أو تعلق بشق من طلبات الخصوم دون الشق الآخر . وهذا الصلح الجزئى يخفف العبء على المحكمة ، وان كان لا ينهى الخصومة برمتها .

ومن الجائز ان يدرج في محضر الصلح كل منازعات الخصوم ولو كانت خارجة عن نطاق الخصومة القائمة امام المحكمة ولم تتضمنها ، بشرط الا يخالف النظام العام وحسن الآداب (٢) . كما أنه من الجائز أن يتم الصلح ولو بعد اقفال باب المرافعة ، في الدعوى ، وعلى المحكمة اثباته عملا بالمادة ١٠٣ .

ومن الجائز اثبات الصلح عملا بالمادة ١٠٣ ولو كانت المحكمة غير مختصة بالنزاع اختصاصا متعلقا بالنظام العام .

ولا يجوز للمحكمة أن تصدق الا على الصلح الحاصل امامها باقرار الطرفين ، وهى في هذا انما تقوم بوظيفة الموثق الذى يشبث حصول هذا الصلح امامه بصفة رسمية ، ولا يجوز بأى حال من الاحوال أن تصدق على صلح لم يحصل امامها بحجة أنه موقع عليه من الطرفين من قبل ، لان

(١) المذكرة التفسيرية للقانون السابق .

(٢) والا كان للمحكمة أن تستبعد أى اتفاق يخالف النظام العام وحسن الآداب ، وهى في قضائها هذا انما تصدر حكما بكل معنى الكلمة يخضع للقواعد العامة بالنسبة الى حجيته أو الطعن فيه .

هذا الصلح عرفي ولا يكون رسميا الا بالاقرار عليه من الطرفين بايجاب وقبول جديدين أمام المحكمة ، وليس للمحكمة أن تثبت صلحا رسميا بين شخصين غير حاضرين أمامها ، أو حضر أحدهما فقط وتخلف الآخر ، أو حضر الاثنان ولكن رفض أحدهما الصلح أمامها ، لان التصديق على الصلح معناه أن المحكمة تشهد بأن الخصمين انفقا أمامها على الصلح . وهذا التصديق لا يخرج عن كونه عقدا ، ولا يحوله الى حكم ، وانما يعطيه الصفة الرسمية فيصير رسميا بعد أن كان عرفيا ، وتكون له قوة العقود الرسمية ، ولا يطعن عليه الا بالطرق المقررة للطعن في العقود الرسمية على وجه المموم لا بالطرق المقرر للطعن في الاحكام (١) .

واذا تم الصلح في حضور وكلاء الخصوم وجب أن يكون لكل منهم مفوضا بمقتضى تفويض خاص لاجراء هذا الصلح عملا بالمادة ٧٦ من قانون المرافعات والا جاز التنصل منه عملا بالقواعد العامة .

واذا تم التصديق على صلح في غياب أحد الخصوم بمجرد إبراز ورقة عرفية موقع عليها منه فانه لا يكتسب القوة التنفيذية عملا بالمادة ١٠٣ من قانون المرافعات .

وحتى اذا لم ينكر الخصم الغائب توقيعها على الورقة العرفية المتقدمة فإن عقد الصلح لا يكتسب صفة الرسمية التي لا تثبت له الا بحضور طرفيه أمام المحكمة ولا يكون لعقد الصلح الذي صدقت عليه المحكمة الا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم (م ٢/٣٩٠ من القانون المدني) .

ويجوز للخصم الغائب أن يكتفى بانكار توقيعه على الورقة العرفية التي قدمها خصمه الى المحكمة ، ولا يلزم بالادعاء بتزويرها وهو بانكارها يهدر أية قوة لتصديق المحكمة عليها .

ويجوز لصاحب المصلحة من الخصوم أن يتمسك بكل ما تقدم بطريق رفع دعوى أصلية .

(١) استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٣٣ المحاماة ١٣ صفحة ١٢٢٣ ونقض ٩ مايو ١٩٤٠ - راجع كامل مرسى العقود المسماة ١ طبعة ١٩٥٢ ص ٤٩١ .

واذن محضر الصلح المتقدم لا يعتبر حكما ، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة الى الاحكام ، وان كان يجوز رفع دعوى اصلية بطلب بطلان الاتفاق عملا بقواعد القانون المدنى أو التجارى بحسب الاحوال (١) ، كما يجوز الادعاء بتزويره . والدعوى الاصلية بطلب بطلان الاتفاق ترفع الى محكمة الدرجة الاولى المختصة عملا بالقواعد العامة . كما ان الدعوى بطلب تزوير محضر الصلح هى الاخرى ترفع الى المحكمة المختصة بها عملا بالقواعد العامة ، وان كان قد يقال باختصاص المحكمة التى صدقت على محضر الصلح ، ولو كانت محكمة من محاكم الدرجة الثانية ، على اعتبار انها هى الادرى بطرؤف الادعاء بالتزوير . وهذا الاتجاه الاخير قد يحرم الخصوم من درجة من درجات التقاضى دون الاستناد الى نص خاص يقرر ذلك . والقاعدة أن استنفاد درجات التقاضى أمر يوجبه النظام العام .

ولا يعيب الرأى المتقدم أن تفصل فى الدعاوى سالفة الذكر محكمة اقل درجة من تلك التى صدقت على الصلح (أو فى ذات درجتها) ، وذلك لانها لا تراقب قضاء المحكمة الموضوعى ، بل لا تمس حجبة قضاء ما صدر منها .

وأخيرا ، يلاحظ أن المادة ١٠٨٧ من القانون المدنى تجيز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا بين الخصوم ، انما لايجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع .

٢٨ مكررا - محضر الجلسة ليس هو الشكل المطلوب لتوثيق الهبة :

القاعدة انه اذا كان الالتزام يقوم على أساس من التسامح فيجب أن يأخذ شكل الهبة ، أى يجب أن يتم فى ورقة رسمية عملا بالمادة ٤٨٨ من القانون المدنى . ولقد تطلب القانون الرسمية فى الهبة رعاية للواهب ، لانه فى أشد الحاجة الى التأمل والتدبير ، والشكلية تعينه فى هذا الصدد ،

(١) مصر الابتدائية ١٩ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٧ صفحة ٥٨٧ واستئناف مصر ١٩ يناير ١٩٣٣ المحاماة ١٣ صفحة ١٢٢٣ وأسيوط الابتدائية ٣١ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ صفحة ٩٦٨ - زبرتوار ١٩٥٦ رقم ٢٠ والمراجع والاحكام العديدة المشار اليها .

والورقة الرسمية ، بما تتضمنه من إجراءات معقدة ، وما تستتبعه من جهر وعلانية ، وما تستلزمه من وقت وجهد ، نافعة كل النفع لحماية الواهب ، ولحماية أسرته ، اذ هو يتجرد عن ماله دون مقابل .

وتتفق أكثر التشريعات على اشتراط الشكلية في عقد الهبة ، ولكنها تختلف في نوع الشكلية الواجبة ، وهى على نوعين . أحدهما لا ينصب على ارادة المتعاقدين ، بل يترك التراضى في الهبة حرا طليقا من الشكل ، فاذا انعقدت الهبة بالتراضى كان لا بد في تمامها على وجه بات من تصديق السلطة القضائية أو اقرار من هذه السلطة .

والنوع الثانى من الشكلية ينصب على التراضى ذاته ، فلا بد من أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص ، هو موثق للعقود مختص ، كما هو الحال في مصر (١) .

فشكلية الهبة في مصر اذن تتطلب توثيقها أمام موثق للعقود مختص ، بعد أداء الرسم المستحق ، وبعد التثبت من اهلية المتعاقدين ورضائهما ، ولا يجوز التوثيق الا بحضور شاهدين كاملى الاهلية مقيمين بالجمهورية العربية ولهما المام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما في الهبة ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، وعلى الشاهدين أن يوقعا عقد الهبة مع المتعاقدين والموثق . ويجب على الموثق قبل توقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد ، وأن يبين لهما الانتر القانونى المترتب عليه (٢) .

مما تقدم يتبين ان قرار الصلح والحقاقه بمحضر الجلسة عملا بالمادة ١٠٣ من قانون المرافعات ليس هو الشكل المطلوب لتوثيق الهبة . فذلك الصلح لا يتم أمام موثق مختص ، ولا يؤدى الرسم المطلوب ، ولا يحضر الشاهدان وفقا لما يتطلبه القانون ، وبكلمة واحدة ، لا تتخذ سائر الشكليات المفروضة والمطلوبة لتوثيق الهبة .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الخامس سنة ١٩٦٢ ، الهبة والشركة رقم ٣٠ وما يليه .

(٢) انظر في كل هذا المرجع المتقدم رقم ٣١ .

كل هذا على الرغم من أن محضر الصلح بمقتضى المادة ١٠٣ يعتبر بمثابة سند قابل للتنفيذ ، وذلك لأنه لا تلازم بين قابلية السند للتنفيذ والشكلية المطلوبة ، فقد يكون السند تنفيذا دون أن يكون في شكل عقد رسمى .

وبعبارة أخرى ، وظيفة المحكمة عملا بالمادة ١٠٣ من قانون المرافعات تقتصر على مجرد التصديق على محضر الصلح الذى تم بين الخصوم ، حتى تكون له قوة تنفيذية فتتقضى الخصومة أمام المحكمة بغير رجعة ، بينما وظيفة الموثق فى الـهبة هى توثيق عقدها وفق الشكل المتقدم ، ومن ثم اذا تطلب المشرع فى الـهبة توثيقها فليس يكفى أن تصدق المحكمة عليها بالتطبيق للمادة ١٠٣ .

وفى تأكيد ما تقدم تقتصر المذكرة التفسيرية للقانون السابق على مجرد تأكيد الصفة التنفيذية لمحضر الصلح دون الإشارة الى رسميته ، فهى تقول «نصت المادة على أن للخصوم أن يطلبوا فى أية حالة تكون عليها الدعوى اثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة فاذا كانوا قد كتبوا اتفاقهم الحق اتفاقهم هذا بالمحضر واثبت محتواه فيه ويكون للمحضر قوة السند التنفيذى بغير حاجة الى اصدار حكم بالتصديق على هذا الاتفاق» .

٢٩ - جزاء مخالفة المادة ١٠٣ - طبيعة الحكم الصادر باثبات الصلح:

اذا خالفت المحكمة المادة ١٠٣ ، وأثبتت الصلح فى حكم أصدرته اتخذ الشكل المقرر بالنسبة الى الاحكام ، فهل تصح الاجراءات ، وما طبيعة ذلك الحكم ؟

نرى أن مخالفة هذه المادة لا يترتب عليه أى بطلان ، لان المقصود من المادة - كما قدمنا - هو تبسيط الاجراءات واعفاء المحكمة من اصدار حكمها فى القضية او حكمها باقرار الصلح . وأذن لا يعيب الاجراءات صدور حكم يشب الصلح دون اثباته فى محضر الجلسة عملا بالمادة ١٠٣ .

وهذا الحكم الصادر باقرار الصلح لا يعد حكما ، وليست له طبيعته طالما أنه اقتصر على مجرد اثبات ذلك الصلح ، ويعد بمثابة محضر صلح عملا بالمادة ١٠٣ ، فلا يطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة الى

الاحكام (١) ، ولا يستمد قوته الا من ذات اتفاق الخصوم ، وانما يجوز التمسك ببطلانه (برفع دعوى مبتدأة) للاسباب الموضوعية التي يقررها القانون المدني او التجارى بحسب الاحوال (٢) . وعلة اتجاه الراى المتقدم أن الحكم بمعناه الخاص لا تكون له صفته الا اذا وضع جهد المحكمة بصدد ، أى قضت بالفعل فى الخصومة المطروحة أمامها .

ويجوز الحصول على حق اختصاص بمقتضى الحكم المتقدم عملاً بالمادة ١٠٨٧ من القانون المدنى .

واذا فرض جدلاً أن تقدم الخصم الى المحكمة بصلح موقع عليه من جانب خصمه الغائب فأصدرت المحكمة حكمها ، وبنته على أسبابه كما أسندته الى الصلح المتقدم ، فإن هذا الحكم تكون له كل صفاته متى وضع منه قضاء فى الخصومة القائمة (٣) (٤) .

٣ - اثبات اقرار خصم أو تنازله عن حق يدعيه :

يحدث أن يقر خصم بحق يدعيه خصمه ، أو يتنازل عن حق يدعيه هو ، دون أن يترتب على ذلك انتهاء الخصومة القائمة ، فهل يثبت هذا

(١) حتى لا يترتب على ذلك تفويت درجة من درجات التقاضى بصدد الدعوى بطلب بطلان التصرف .

(٢) جلاسون وتسمييه ٣ رقم ٧٣٥ والاحكام العديدة المشار اليها ودالوز المرجع السابق وما أشار اليه من مراجع وأحكام .

(٣) جلاسون وتسمييه ٣ رقم ٧٣٦ والمراجع والاحكام المشار اليها .

(٤) واذا صدقت المحكمة - خطأ - على صلح فى غيبة أحد أطراف الخصومة ، أو أصدرت حكمها مستنداً الى مثل هذا الصلح وحده فإن تصرفها الولائى يكون مشوباً ، ويفقد الصلح صفته الرسمية ، ولصاحب المصلحة من الخصوم أن يرفع دعوى مبتدأة ، بطلب انكار رسميته . (راجع الفقرة المتقدمة) .

وقد قضت محكمة النقض (١٩٧٣/٢/٢٧ - ٢٤ - ٣٣٦) بأن الصلح المبرم بين الطرفين لا يجوز توثيقه متى رجع أحدهما فيه ، وانما يجوز لمحكمة الموضوع أن تعتبره سنداً فى الدعوى ، وتحكم بما تضمنه .

الاقرار أو التنازل في محضر الجلسة عملاً بالمادة ١٠٣ . ويكون لصاحب المصلحة أن يستخرج منه صورة تنفيذية ، أم أن هذا وذاك لا يعد صلاحاً بكل معنى الكلمة ، واذن يتعين اصدار حكم يثبت فيه الاقرار أو التنازل ليقوم الخصم بتنفيذه .

نرى أن المادة ١٠٣ قصد بها التيسير على ما قدمناه ، ومن ثم يجوز اثبات الاقرار أو التنازل بمحضر الجلسة واستخراج صورة تنفيذية منه ، ومن ناحية أخرى ، اذا ما صدر حكم يثبت هذا أو ذاك فإنه يكون صحيحاً . ويعد بمثابة عمل ولائى للمحكمة ، يخضع للشكل المقرر للاحكام ، وانما لا يطعن فيه بطرقها المقررة بل يجوز التمسك ببطلان التنازل أو الاقرار من الناحية الموضوعية على صورة دعوى مبتدأة ترفع الى المحكمة المختصة عملاً بالقواعد العامة ، وهذه الدعوى لا تمس حجية قضاء ما ولا تمس قوة للشئ المقضى به (١) - أى أن هذه الدعوى لا (تجرح) أى قضاء موضوعى قطعى ، كما لا تجرح أى حكم حائز لقوة الشئ المحكوم به (الان الحكم المنقذ يعد بمثابة عمل ولائى ولا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة الى الاحكام) .

واذا بدر الاقرار أو التنازل من جانب شخص غير مفوض بذلك بمقتضى تفويض خاص عملاً بالمادة ٧٦ ، فإنه يجوز التنصل من عمله ، عملاً بالقواعد العامة .

٣٠ م - الحكم فيما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلبه ، والحكم على من لم يختصم في الدعوى :

واضح أن الحكم فيما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلبه يعد سبباً من أسباب التماس اعادة النظر عملاً بالمادة ٥/٢٤١ من قانون المرافعات ، بشرط أن يكون الحكم قد صدر في مواجهة المحكوم عليه - أى يعد اختصاصاً في الدعوى (٢) ، وانما اذا صدر حكم على من لم يختصم في الدعوى على وجه الاطلاق ، أو على من اختصم فيها ثم أخرجته المحكمة

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٣٥ .

(٢) راجع في دراسة هذه الحالة من حالات التماس اعادة النظر جلاسون ٣ رقم ٩٢٢ صفحة ٤٢٥ .

من الدعوى ، فان هذا الحكم يعد معدوما سواء صدر فيما طلبه الخصم الآخر أو فيما لم يطلبه ، فمثلا اذا قضت المحكمة باخراج شخص من الخصومة ، واخرج بالفعل منها ، ثم صدر الحكم فيها عليه على الرغم من ذلك ، فان الحكم يعد معدوما لانه لم يصدر في مواجهته ، ولم يكن طرفا في الخصومة التى صدر فيها الحكم بشخصه أو بمن يمثله ، كذلك اذا استأنفت النيابة العمومية - وحدها - الحكم الصادر فى الدعوى العمومية

== وقد قضت محكمة النقض (قبل العمل بقانون سنة ١٩٤٩ الذى استحدثت حكم المادة ١٠٣ - م ١٢٤ منه) بأن الصالح الذى يصدر فى شكل الاحكام ، لا ينفى عنه كونه عقدا ليست له حجية الشئ المقضى به - نقض ٩ مايو ١٩٤٠ - كامل مرسى - العقود المسماة ١ ص ٤٩١ .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا طالب المؤجر الاخلاء للتأخر فى الوفاء ببعض الاجرة ، فتعرض الحكم لبحث حقيقة الاجرة الواجبة على المستأجر وما يجب خصمه منها اعمالا لقانون التخفيض ، وذلك للتمكن من البت فى طلب الاخلاء ، فلا يعتبر هذا بمثابة قضاء بما لم يطلبه الخصم (نقض ١٥/٣/١٩٧٣ - ٢٤ - ٤٢٥) .

وسوف نرى عند دراسة القواعد العامة فى الطعن ان كون الطاعن أو المطعون عليه طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم هو شرط أساسى للطعن فيه والا كان غير مقبول (راجع الفقرة رقم ٣٨٩ من هذا الكتاب وما يليها) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم اذ قضى بما لم يطلبه الخصوم اقام قضاءه بذلك على قاعدة قانونية خاطئة فانه يكون جائزا الطعن فيه بطريق النقض استنادا الى خطئه فى تطبيق هذه القاعدة (نقض ٨ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ٣٠٦ سنة ٢٠ قضائية) - وانظر فى هذا الموضوع كتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية .

= الحكم بأكثر مما طلبه الخصم عن ادراك بنطاق الدعوى وطلبات الخصوم يكون سبيل الطعن فيه بطريق النقض لا الالتماس (نقض ١٤/٤/١٩٧٤ - ٢٥ - ٦٨١) .

أما مجرد القضاء بأكثر مما طلبه الخصم فهو يستوجب الطعن فى الحكم بالالتماس - نقض ١١/٣/١٩٧٢ - ٢٣ - ٣٩٤ ونقض ١٢/٥/١٩٧٣ - ٢٤ - ٧٤١ .

أمام محكمة الجنح المستأنفة مثلا ، وكانت الخصومة أمامها مقصورة على الدعوى الجنائية فقط ، ومع ذلك حكمت برفض الدعوى المدنية ، فإن هذا الحكم يكون قد صدر على من لم يطعن أو يختصم على وجه الإطلاق في الاستئناف - لا بشخصه ولا بمن يمثله - هذا ولو كان طرفا في الخصومة أمام محكمة الجنح ، ومن ثم يعد معدوما ولا يمنع المدعى بالحق المدني من إقامة دعواه أمام المحكمة المدنية إذا كانت محكمة الجنح لم تفصل في موضوعها كما إذا كانت قد قضت بعدم اختصاصها بنظرها مثلا .

الباب الثانى اصدار الاحكام

الفصل الاول

قفل باب المرافعة (١)

٣١ - معنى قفل باب المرافعة :

متى انطبع فى مخيلة القضاء صورة من معالم القضية ، ومتى اتصل علمهم بكل ما تعلق بها من واقع أوراقها والمرافعات التى تمت فيها ، ومتى انسوا واطمأنوا الى استواء القضية للحكم فيها بحالتها ، ومتى أفسحوا لطرفى الخصومة مجال استيفاء دفاعهما ، فان الاجراء التالى يكون قفل باب المرافعة فى الدعوى .

معنى قفل باب المرافعة اذن ، هو تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الادلاء بكل دفاعهم .

وقبل قفل باب المرافعة صراحة أو ضمنا لا يجوز النطق بالحكم ، كما لا يجوز النطق به فى بدء النزاع وقبل سماع أى أقوال للخصوم والا كان باطلا (٢) . وإذا اختصم خارج عن الخصومة فيها فلا يجوز اصدار حكم عليه قبل تمكيثه من الحضور بعد منحه كل المواعيد المقررة لصالحه ، والا اعتبر الحكم مبنيا على اجراءات باطللة .

٣٢ - متى يعد باب المرافعة مقفولا ؟

يعد باب المرافعة مقفولا اذا أصدرت المحكمة قرارا صريحا يثبت ذلك ، او اذا بدأت المحكمة فى المداولة - أى اذا قررت فى جلسة ختام المرافعة

(١) la clôture des débats

(٢) راجع ربرتوار دالسوز سنة ١٩٥٦ رقم ٢٤ وقارن نقض دائرة العرائض ١٦ مايو ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤٢٠ .

تحديد جلسة للنطق بالحكم ، (وهنا يتم قفل باب المرافعة بصورة ضمنية) ، أو اذا أبدت النيابة طلباتها ان كانت طرفاً منضماً (١) .

واذا قررت المحكمة حجز القضية للحكم مع تقديم مذكرات في ميغاد معين فلا يعد باب المرافعة مقفولاً الا بانتهاء هذا الميعاد ، لانه لا يقفل الا اذا انتهت المرافعة فعلاً سواء اكملت قد تمت مشافهة أم كتابة ، ففي هذه اللحظة فقط تكون القضية صالحة للحكم فيها .

ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه وان كان ترخيص المحكمة للخصوم في تقديم مذكرات تكميلية في الاجل الذي حجزت فيه القضية للحكم من شأنه أن يخول كلا الطرفين استيفاء دفاعه في مذكرة تكميلية الا أن هذه الرخصة لا يصح أن تتجاوز الحد الذي رسمته المحكمة لها ، فلا يجوز اذن لاي من الخصمين أن يستغل هذه الرخصة ليفاجئ خصمه بطلبات جديدة بعد أن قطعت القضية جميع مراحل التحضير وتهيأت للحكم فيها ، ومن ثم لا تكون المحكمة قد أخطأت اذا قالت انها لم تقصد بالاذن في تقديم مذكرات تكميلية لاستيفاء بعض نقط المرافعة الشفوية أن يكون للمستأنف عليه رفع استئناف فرعى في مذكرته الختامية (٢) .

ونحن لا نميل الى رأى محكمة النقض لان المادة ٢٣٧ صريحة في نصها على عدم حرمان الخصم من ابداء الاستئناف الفرعى حتى قفل باب المرافعة . فالعبرة اذن بقفل باب المرافعة فعلاً ، ولا يعتد بالحد الذي رسمته المحكمة لها ، فمتى أجازت تقديم مذكرات تكميلية ، فانها تكون قد سلمت ضمناً بأن باب المرافعة ما زال مفتوحاً ، وسلمت بأن مرافعات الخصوم ما زالت في حاجة الى استيفاء ، ثم يجب ملاحظة أن الاستئناف الفرعى يتخذ من جانب المستأنف عليه في بعض الاحوال كوسيلة دفاع شأنه شأن بعض الطلبات العارضة التي يبدئها المدعى أثناء نظر

(١) جلاسون ٣ رقم ٩١٤ وريرتوار دالوز الجديد «باب الاستئناف الفرعى» رقم ١١ ونقض فرنسى في ٣٠ مارس وأول أبريل ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ صفحة ٣٤٨ و ٣٨٨ ونقض فرنسى ١٨ يناير ١٩٤٣ (ريرتوار دالوز الجديد باب الاستئناف الفرعى رقم ١١) .

(٢) نقض ٥ مارس ١٩٥٣ الحمامة ٣٥ صفحة ٣ .

الخصومة أمام محكمة الدرجة الاولى ، فيجب ألا يحرم من ابداء هذا الدفاع متى أجازت له المحكمة ابداء غيره . وللخصم الآخر أن يطلب فتح باب المرافعة من جديد لمواجهة الاستئناف الفرعى أو الطلب المعارض ، ويترك الامر لمطلق تقدير المحكمة في هذا الصدد على ألا تخل بحقوق الدفاع .

ولا يعقل أن يكون مقصود المحكمة عند تقريرها «الاذن في تقديم مذكرات تكميلية لاستيفاء بعض نقط المرافعة الشفوية» - لا يعقل أن يكون مقصودها قصر المذكرات على توضيح واستكمال نقط المرافعة الشفوية دون موالة لحق الدفاع الطبيعى الذى يبرر للخصم استعمال أية وسيلة تمن له للدفاع عن مصالحه . ولا نحسب أن أحدا يجادل في هذا .

واخيرا ، لا نعتقد أن محكمة النقض كانت تسلم باتجاه رأيها إذا كان أحد الخصوم قد توفى قبل استكمال دفاعه بتقديم مذكرته التكميلية ، فالخصومة تنقطع حتما في هذه الحالة لان المادة ١٣١ تعتبر الدعوى مهياة للحكم في موضوعها متى كان الخصوم قد ابدوا اقوالهم وطلباتهم الختامية ، وهذه المادة تقرر - قاعدة عامة في هذا الصدد . ولا يتصور أن يعتبر باب المرافعة مقفولا في حكم المادة ٢٣٧ ، ومفتوحا في حكم المادة ١٣١ . فالمعيار اذن في هذا الصدد هو معيار واقعى بحث يعتد بحقيقة الواقع ولا يعتمد بوصف المحكمة الخاطيء (١) .

وقضى بحق بأنه اذا أجازت المحكمة للخصوم تقديم مذكرات في أجل معين فمن باب أولى يجوز لهم تعديل طلباتهم في خلال هذا الاجل (٢) .

ويملك الخصوم ابداء جميع الطلبات التى يصح أن تبدى الى وقت اقفال باب المرافعة في الدعوى بشرط أن يمكن الطرف الآخر من الرد على تلك الطلبات بطبيعة الحال ، والا كان هناك اخلال بحق الدفاع (٣) .

(١) سوف ندرس في الباب التالى قاعدة مقتضاها عدم الاعتداد بشكيف المحكمة لحكمها أو بوصفه اذا كان هذا التكييف أو الوصف لا يتفق مع التصوير القانونى السليم .

(٢) النيا الابتدائية ٢٣ سبتمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ ص ١٧٦٦ .

(٣) الحكم السابق .

وإذا لم يقدم الخصم مذكرته في الميعاد الذي حددته له المحكمة بعد حجز القضية للحكم ، فلا تريب على المحكمة إذا رفضت بعدئذ طلب مد أجل الحكم لتقديم المذكرة (١) .

٣٣ - طبيعة قرار المحكمة بقفل باب المرافعة وحجتيه :

قرار المحكمة بقفل باب المرافعة لا يعد حكماً بكل معاني الكلمة ، وإنما هو مجرد قرار ولائى لا يقيد المحكمة ، ولا يعقل أن يقيد بها حتى لا ترهق بشكليات تأباها المرونة التى يجب أن تتميز بها الاجراءات حتى لا تتأثر العدالة وتختل - ولا يعقل أن تضمن المحكمة بعدالتها مجرد قفل باب المرافعة - والقضاء قبل كل شىء - مرفق عام يسعى الى صالح المتقاضين ، وإذا كان المقصود من قفل باب المرافعة هو تقرير استواء القضية للفصل فيها بحالتها ، فإن هذا لا يمنع من إعادة المرافعة (٢) (٣) . إذا عن لخصم ابداء طلب عارض - وكثيراً ما يعد دفاعاً في موضوع الدعوى - أو إذا عن له تعديل طلباته أو ابداء دفاع جدى أو تقديم مستند هام ، بشرط أن يتم كل هذا في مواجهة الخصم الآخر ، وعلى أى حال فإن مرجع الامر لمطلق تقدير القاضى فله مع ذلك أن يحكم بعدم قبول الطلب العارض إذا رأى ما يبرر ذلك ، وله أن يرفض طلب فتح باب المرافعة إذا رأى ألا يعتمد على ما قدمه الخصم من دفاع آخر . وبعبارة مختصرة : القانون لا يلزم المحكمة حتماً بفتح باب المرافعة بناء على طلب خصم - بعد حجزها للحكم ، وهو من ناحية أخرى لا يلزمها بالحكم متى قفلت باب المرافعة ، بل هى تملك فتح باب المرافعة بناء على طلب أى خصم فى الدعوى إذا جد ما يبرر ذلك (٤) .

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٨ - ٢٤ - ١٨٥ .

(٢) ربرتوار دالوز سنة ١٩٥٦ رقم ٢٦ والاحكام العديد المشار اليها وآخرها نانسى فى ٢٩ أكتوبر ١٩٤٨ و ١٢ مايو ١٩٥٠ .

(٣) la recouverture des débats .

(٤) قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا عن للمحكمة اتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات يعد قفل باب المرافعة فمن الواجب فتح باب المرافعة (نقض ٦ أغسطس ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٣٠) - وإذا صدر حكم مبنيًا على ما شفى عنه انتقال المحكمة للمعايينة اثناء المداولة وبعد قفل باب المرافعة كان باطلاً (نقض ١٤ فبراير ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٣ - ٢٠٢) راجع المادة ٥ من =

وقضت محكمة النقض في تأييد الشق الاول من القاعدة أن القانون لا يلزم المحكمة بإعادة القضية الى المرافعة بعد أن حجزتها للحكم فيها ما دام ذلك منها كان بعد أن أفسحت لطرفي الخصومة استيفاء دفاعهما (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الطاعن قد طلب في مذكرته الاخيرة بعد حجز القضية للحكم اعادة الدعوى الى المرافعة ليقدر الطعن بالتزوير في محضر اعلان باشره المحضر ، ورفضت المحكمة الاستجابة لهذا الطلب استنادا الى أنه قد مضت مدة سنة من تاريخ رفع معارضته في الحكم الغيابي دون أن يقرر بالتزوير ، واستخلصت من ذلك أنه طلب كيدي يفي من ورائه اطالة أمد التقاضي فانها لا تكون قد أخلت بحقه في الدفاع (٢) . وقضت بأن المحكمة لا تلزم باجابة طلب الخصم بمد أجل ميعاد تقديم المذكرات ، ولو أجلت هي اصدار الحكم الى جلسة أخرى (٣) .

== قانون الاثبات وهي توجب اعلان منطوق الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات الى من لم يحضر النطق بها ، والا كان الاجراء باطلا . ومجرد اجراء هذا الاعلان يفيد فتح باب المرافعة بصورة ضمنية .

(١) نقض ٥ يناير ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ ص ١٢٤٩ ونقض ١٩ يناير ١٩٥٦ القضية رقم ٢١٦ سنة ٢٢ قضائية ، ونقض ٢ فبراير ١٩٥٦ القضية رقم ٢٦٢ سنة ٢٢ قضائية ونقض ٢٨ يناير ١٩٥٤ القضية رقم ٥٣ سنة ٢١ قضائية ونقض ٢٠ نوفمبر ١٩٥٢ القضية رقم ٢٩٤ سنة ٢١ قضائية ونقض ١٥ مارس ١٩٥٦ القضية رقم ٣٠٩ سنة ٢٢ قضائية ، ونقض ١٩/١٢/١٩٥٧ - ٨ - ٩٣٠ ، ونقض ١/٥/١٩٥٨ - ٩ - ٣٨٢ ، ونقض ١٢/٤/١٩٧٣ - ٢٤ - ٥٩٦ .

(٢) نقض ٩ ابريل ١٩٥٣ القضية رقم ٧٤ سنة ٢١ قضائية . وانظر أيضا نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية وانظر أيضا نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ القضية رقم ٢٧٧ سنة ٢١ قضائية .

ونقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠ المسنة ١١ ص ٥٤٤ ، ونقض ١٦/١١/١٩٧٢ - ٢٣ - ١٢٥٠ ، ونقض ٢٨/٤/١٩٦٦ - ١٧ - ٩٣٨ .

(٣) نقض ٨/٢/١٩٧٣ - ٢٤ - ١٨٥ .

وقضت أيضا بأن المحكمة ليست ملزمة بإجابة طالب فتح باب المرافعة لتقديم مستند جديد في الدعوى ، وبالتالي ليست ملزمة بالإشارة الى هذا الطلب في حكمها (١) .

وإذا زالت صفة أحد القضاة بعد قفل باب المرافعة وقبل صدور الحكم فمن الواجب فتح الباب من جديد وفق ما سوف نراه في الفصل التالي .

ومتى قضت المحكمة بحجز القضية للحكم مع تقديم مذكرات في ميعاد معين ، فمن الواجب استبعاد أى مذكرة تقدم بعد هذا الميعاد (٢) .

وإذا كانت المذكرة المقدمة من أحد الخصوم ، في فترة حجز القضية للحكم - ودون اطلاع الخصم الآخر عليها - لا تتضمن دفاعا جديدا ، فلا يترتب ثمة بطلان (٣) . وعلة الحكم بالبطلان فيما تقدم ، هي اتاحة الفرصة لأحد الخصوم لبدء دفاع لم يتمكن خصمه من الرد عليه ، مما يترتب عليه اخلال بحق الدفاع (٤) .

وانما اذا قبلت المحكمة مذكرات لأحد الخصوم في فترة حجز القضية للحكم ودون اطلاع الخصم الآخر عليها ، ولم تعول على ما ورد بها ، فلا يتصور ثمة بطلان (٥) .

(١) نقض ١٩ ديسمبر ١٩٥٧ السنة ٨ ص ٩٣٠ ، ونقض ١٩٧٣/٦/٦ - ٢٤ - ٨٧٠ ، ونقض ١٩٧١/١٢/١٦ - ٢٢ - ١٠٤٥ ، ونقض ١٩٧٨/٣/٢٨ رقم ٦٦٨ سنة ٤٥ ق ونقض ١٩٧٤/١/٩ - ٢٥ - ٢٢٣ ونقض ١٩٧٤/١١/١٩ - ٢٥ - ١٣٩ ونقض ١٩٧٤/١/٣٠ - ٢٥ - ٢٥٠ ونقض ١٩٧٤/١١/١٩ - ٢٥ - ١٢٣٧ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٦/١٥ - ٢٣ - ١٣٨ ، ونقض ١٩٦٩/١١/٢٠ - ٢٠ - ١٢٢٠ ، ونقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ - ٢ - ١٣٠٣ .

(٣) نقض ١٩٧١/١٠/٢٦ - ٢٢ - ٧٤٤ .

(٤) نقض ١٩٧٣/٥/١٧ - ٢٤ - ٧٧٢ .

(٥) نقض ١٩٧٣/٥/٢ - ٢٤ - ٧٠٣ ونقض ١٩٧٣/٥/٢٣ - ٢٤ - ٨١٦ .

أما إذا قبلت المحكمة مذكرة تتضمن دفاعا جديدا ، في فترة حجز القضية للحكم ، ودون اطلاع الخصم عليها أو إعلانه بها ، وبنت عليها حكمها ، فإنه يعتبر قد بنى على إجراءات باطلة (١) .

٢٤ - الأثر القانوني لقفل باب المرافعة :

القاعدة في التشريع أن خصما لا يحرم من الإدلاء بأي طلب أو دفع أو دفاع طالما أن المشرع لا يمتنع من الإدلاء به ، ويجيزه في أي وقت حتى صدور الحكم . واذن قفل باب المرافعة لا يحرم الخصم إلا من إبداء الطلبات التي نص المشرع صراحة على حرمانه من الإدلاء بها نظرا لانتهااء المرافعة . ودليل الرأي المتقدم هو ذات النصوص التي تحرم الخصم من إبداء بعض الطلبات بعد قفل باب المرافعة ، فهي تتضمن حتما قاعدة مقتضاها جواز إبداء غيرها من الطلبات بعد قفل باب المرافعة في الدعوى .

ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى انعقدت الخصومة أمام المحكمة بإعلان الخصوم على المنصوص عليه في قانون المرافعات ، واستوفى كل خصم دفاعه وحجرت المحكمة الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصوم بها ، ولم يبق لهم اتصال بها إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة . وتصبح القضية في هذه المرحلة - مرحلة المداولة وإصدار الحكم بين يدي المحكمة لمبحثها والمداولة فيها ، ويمتنع على الخصوم إبداء أي دفاع كما يحرم الاستماع إلى أحد منهم في غيبة الآخر (٢) .

ونحن نؤكد ما نراه ، فمثلا لم ينص القانون السابق على وجوب الحكم بعدم قبول الطلبات المعارضة إذا قدمت بعد قفل باب المرافعة ، هذا على الرغم من أنه نص صراحة في المادة ١٥٤ منه على عدم قبول التدخل بعد إقفال باب المرافعة .

وكتنا نرى قبول الطلبات المعارضة ولو بعد قفل باب المرافعة ، وذلك لأن القانون السابق لم يمنع هذا رغم نصه على منع التدخل بعد قفل باب

(١) نقض ١٩٧١/١١/٣٠ - ٢٢ - ٩٤٦ .

(٢) نقض ٢ فبراير ١٩٥٦ السنة ٧ ص ١٥٦ وراجع أيضا نقض ٥ مارس ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ ص ٣ .

المرافعة ، ولأن قفل باب المرافعة معناه مجرد صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها ، ومن ثم تملك المحكمة فتح باب المرافعة من جديد - كما قدمنا - إذا عن لها استيفاء ناحية معينة قبل النطق بالحكم ، ويملك أى خصم فى الدعوى الادلاء بما يعن له من طلبات أو دفوع طالما أن القانون لا يمنعه من تقديمها ، بشرط أن يكون ذلك فى مواجهة خصومة ، ومع مراعاة ما للمحكمة من سلطة تقديرية فى قبول الطلب العارض أو عدم قبوله بحسب نصوص القانون . والمادة ١٦٨ تؤيد ما تقدم ، فهى تنص على جواز سماع أحد الخصوم أثناء المداولة (أى بعد قفل باب المرافعة حقيقة أو حكما) بشرط حضور خصمه ، كما تنص على جواز قبول مذكرات أو أوراق من أحد الخصوم بعد اطلاع الخصم الآخر عليها . وبعبارة أخرى ، إذا سمعت المحكمة أحد الخصوم أو قبلت منه أوراقا أو مذكرات ، فمن الواجب أن يكون ذلك فى حضور خصمه - وفى هذا فتح ضمنى لباب المرافعة ، وعليها مراعاة تمكين الخصم الآخر من الرد على خصمه . أما إذا تم ما تقدم فى غياب الخصم الآخر أو فى حضوره دون تمكينه من الرد على خصمه فمن الواجب ألا تعتمد المحكمة فى حكمها على المذكرات أو الأقوال التى تلقتها بعد قفل باب المرافعة والا كان حكمها باطلا (١) .

ويجوز رد القاضى عملا بالمادة ١٥٢ ولو كان ذلك بعد اقفال باب المرافعة .

كما يجوز للخصوم فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو بعد قفل باب المرافعة (٢) أن يطلبوا الى المحكمة اثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة عملا بالمادة ١٠٣ - وعلى ما تقدمت دراسته . هذا ولو كان ما اتفقوا عليه لا ينهى الخصومة برمتها .

وكذلك الحال عند اعمال المادة ٢/٢١٨ كما سنرى .

وتحقيقا لإرادة الخصوم واحتراما لها ، يجوز تنفيذ اتفاقهم على طرح

(١) ربرتوار دالوز سنة ١٩٥٦ رقم ٣٧ ونقض فرنسى ٩ ديسمبر ١٩٥٢ والاحكام العديدة المشار اليها فى المرجع السابق - تراجع أحكام النقض العديدة فى الفقرة السابقة .

(٢) ربرتوار دالوز الجديد ١٩٥٦ رقم ٣٣ .

النزاع على محكمين ، ولو تم ذلك بعد قفل باب المرافعة في الدعوى المرفوعة بصدد هذا النزاع (١) ، لان القانون لا يقيد اتفاق الخصوم على مشاركة التحكيم بميعاد خاص ، ولا يلزم لاحترام هذا الاتفاق أن يتم قبل قفل باب المرافعة في الدعوى موضوع النزاع (٢) .

ومتى قفل باب المرافعة بالفعل ، فإن المحكمة لا تملك قبول الطلبات العارضة أو التدخل عملاً بالمادة ١٢٣ والمادة ١٢٦ ، ولا تملك قبول الاستئناف المقابل احتراماً للمادة ٢٣٧ ، اللهم الا اذا عن لها فتح باب المرافعة من جديد (٣) ، ففي هذه الحالة تملك قبول الطلبات المقدمة بعد قرارها بفتح باب المرافعة .

وتنص المادة ١٣٠ على أنه اذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وكانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها جاز للمحكمة أن تحكم فيها على موجب الاقوال والطلبات الختامية ، أو أن تؤجلها بناء على طلب من قام مقام الذي توفي أو فقد أهلية الخصومة أو من زالت صفته أو بناء على طلب الطرف الآخر (٤) .

وتنص المادة الثانية من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات على أن الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم لا تحال الى المحكمة التي أصبحت مختصة بها عملاً بالقانون الجديد ، بل تبقى خاضعة لاحكام القانون السابق (٥) . كما تنص المادة الاولى من قانون المرافعات على أن القوانين الجديدة المعدلة للاختصاص لا تسرى على الدعاوى التي قفل باب المرافعة فيها قبل صدور القانون الجديد .

(١) ربرتوار دالوز الجديد ١٩٥٦ رقم ٣٣ .

(٢) أنظر في مصير هذه الدعوى نظراً للاتفاق المتقدم كتابنا في التحكيم .

(٣) أنظر الفقرة المقدمة .

(٤) راجع في دراسة هذه المادة على وجه التفصيل كتاب نظرية الدفع رقم ٤٥١ وما يليه .

(٥) راجع الفقرة رقم ٣٠٨ م (٢) من هذا الكتاب .

٣٤ مكررا - حالات يتعين فيها فتح باب المرافعة بعد اقفالها :

يتعين فتح باب المرافعة بعد اقفالها اذا توفى أحد قضاة الدائرة ، او فقد صفته لاي سبب من الاسباب قبل المداولة ، او بعدها ، وقبل النطق بالحكم ، والا كان الحكم باطلا وفقا لما ندرسه فيما يلى .

ويتعين أيضا فتح باب المرافعة (١) بعد اقفالها اذا طلب أحد قضاة الدائرة ذلك ، او اذا رأت المحكمة أن طلبات المدعى الختامية غير واضحة . وتجيز المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد اعادة فتح باب المرافعة اذا كانت طلبات الخصوم غير واضحة .

وثمة حالات فى القانون تتطلب فتح باب المرافعة بعد اقفالها ، منها ولا شك الحالات التى لم تعد فيها للخصومة محل ، اى اذا أصبحت غير ذات موضوع ، خاصة اذا كان هذا باتفاق طرفيها .

وفى جميع الاحوال يتعين أن تتخذ الاجراءات فى مواجهة طرفى الخصومة ، فاذا تم فتح باب المرافعة بناء على طلب أحد الخصوم كان على

(١) اذا كان طلب فتح باب المرافعة مما تسنقل بتقديره محكمة الموضوع (نقض ١٩٧٩/٦/٧ رقم ١٨٧ سنة ٤٦) ، الا أن على هذه المحكمة مراعاة القواعد الأساسية التى تكفل عدالة التقاضى والا تدخل بمبدأ المواجهة بين الخصوم ، فاذا تقدم أحد الخصوم لأول مرة بدفاع جوهري يتغير به وجه الراى فى الدعوى فى مذكرته الختامية وفى اليوم الاخير من الاجل المحدد لتقديم مذكرات من الخصوم ، وطلب الخصم الآخر فتح باب المرافعة للرد عليه وجب تمكينه من ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بوجوب تمكين الخصوم من ابداء دفاعهم بالرد على ما يثار فى الدعوى بعد حجزها للحكم من دفوع جديدة . . . فاذا تمسك المطعون عليه فى مذكرة سلمت صورتها للطاعن قبل انقضاء الاجل المحدد لتقديم المذكرات بيوم واحد تضمنت لأول مرة دفعا ببطالان اعلان صحيفة الاستئناف وباعتباره كان لم يكن . . . فطلب الطاعن بعد قفل باب المرافعة اعادة الدعوى للمرافعة ليتمكن من الرد على هذين الدفعين ، فلم تستجب المحكمة للطلب وقضت باعتبار الاستئناف كأن لم يكن . . . تكون قد اخلت بمبدأ المواجهة بين الخصوم (نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ رقم ٨٠٥ سنة ٤٤ ق) .

المحكمة أن تكلفه بإعلان خصمه ، والا كانت الاجراءات المتخذة بعد فتح باب المرافعة باطلة (١) وإذا فتحت المحكمة باب المرافعة من تلقاء نفسها - على ما قدمناه - وجب عليها أن تكلف قلم الكتاب إعلان الخصوم بالجلسة المحددة لنظر الدعوى من جديد ، ولا يجوز لها الحكم في الموضوع في هذه الجلسة الا اذا تحققت من إعلان جميع الخصوم الى هذه الجلسة - وذلك لان آخر اجراء تم في مواجهة هؤلاء هو اقفال باب المرافعة فيصير لزاما اعلانهم بفتحها من جديد . واذا لم يكن قد تم اعلام الخصوم بواسطة قلم الكتاب - عند فتح باب المرافعة من تلقاء نفس المحكمة - وتخلف الخصوم عن الحضور في الجلسة التي حددتها المحكمة وجب عليها تأجيل القضية الى جلسة اخرى تخبر بها الخصوم ولا يجوز الحكم بشطب القضية . واذا تم الشطب كان هو وما يترتب عليه باطلا - اى اذا ظل الشطب ستين يوما فانه لا يهدر القضية عملا بالمادة ٨٢ .

ومتى تم فتح باب المرافعة بعد اقفالها ، فانه يجوز للخصم الادعاء بكل ما هو جائز الادلاء به من طلبات او دفوع قبل اقفال باب المرافعة كابداء طلبات عارضة فيما اجازته المشرع الخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة الحق في رفض طلب اعادة القضية للمرافعة بعد حجزها للحكم وانقضاء ميعاد تقديم المذكرات فيها متى رأت أن الطلب غير جدى (٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا بدا للمحكمة بعد حجز الدعوى للحكم أن تعيدها الى المرافعة استثنافا للسير فيها تحتتم دعوة طرفي الخصومة للاتصال بالدعوى ولا تتم هذه الدعوة الا باعلانهما قانونيا أو ثبوت حضورهما وقت النطق بالقرار . ولا يغنى عن اعلان الغائب أن تقرر المحكمة اعتبار النطق بقرارها اعلانا له اذ لا يجوز للمحكمة أن تقرر اقفال اجراء يوجب القانون . ولم ينص القانون على اقفال إعلان طرفي الخصومة الا في صورة

(١) راجع في تأكيد هذا المعنى نقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص

١٠١٢ .

(٢) نقض ٣ مارس ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٥٤٤ .

ما اذا رأت المحكمة مد أجل النطق بالحكم كما هو مستفاد من مفهوم نص المادة ١٧٢ (١) .

هذا ويلاحظ من ناحية أخرى أن عدم دعوة الخصوم للحضور اذا ما قررت المحكمة اعادة الدعوى للمرافعة - ما لم يثبت حضورهم وقت النطق بالقرار - لا يصم الحكم بالانعدام وإنما يعد بعد ذلك أن الخصومة - في هذه الحالة - قد انعقدت صحيحة ثم طرأ عليها عيب عارض في اجراء من اجراءاتها (٢) .

٣٤ م (١) - سريان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره لا يؤثر في وجوب اعلان الخصم الفائب باعادة فتح باب المرافعة :

جدير بالذكر أن الوضع المتقدم لا يتغير بجعل ميعاد الطعن في الحكم ساريا من يوم صدوره ، وذلك لانه بمقتضى هذه القاعدة يفترض القانون علم الخصوم بصدور الحكم ، وانما لا يفترض علمهم بفتح باب المرافعة من جديد ، وتخطيء بعض المحاكم بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (٣) فهي تفتح باب المرافعة بعد قفله وتحيل على التحقيق في غفلة من أحد الخصوم ، وكل هذا يرتب البطلان . لان المشرع في القانون المتقدم لم يقصد الا افتراض علم الشخص بصدور الحكم ولو لم يكن حاضرا الجلسة التي حددت للنطق به ، وانما لا يفترض المشرع حضور الخصم في الجلسة وعلمه بكل ما يتم فيها . واذن اذا حددت المحكمة جلسة للنطق بالحكم ، ثم فُتحت باب المرافعة من جديد ، بناء على طلب أحد الخصوم وجب عليها أن تأمر باعادة اعلان الخصم الفائب ولا تملك الاحالة على التحقيق في غيبته كما لا يجيز لها أن تسمح بالادلاء بطلبات عارضة في غيبة خصمه . وبداهة لا يترتب بطلانه اذا حكمت المحكمة بين واقع القضية . كما كانت قبل فتح باب المرافعة من جديد غير معتدة بما تم فيها بعدئذ .

(١) راجع نقض ٢ فبراير ١٩٥٦ السنة ٧ ص ١٥٦ .

(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠١٢ .

(٣) الذي استحدثت قاعدة سريان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره .

وتنص المادة ١٧٣ على أنه لا يجوز فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم الا بقرار تصرح به المحكمة في الجلسة ، ولا يكون ذلك الا لاسباب جدية تبين في ورقة الجلسة وفي المحضر . وهذا النص مستحدث ، ويقصد به سرعة انجاز القضايا (١) . وانما اذا فتحت المحكمة باب المرافعة من جديد ، دون أن تستند الى اسباب جدية ، فإن ذلك لا يترتب عليه أى بطلان (٢) .

وقد يتصور البعض أن القانون الجديد قد قصده بالمادة ١٧٣ المستحدثة الا يلزم اعلان القائب من الخصوم بالتأجيل ، وأن المقصود من المادة وضع استثناء من القاعدة العامة المقررة في المادة ٦ التي تنص على أن كل اعلان يكون بواسطة اقلام المحضرين بناء على طلب الخصم أو المحكمة ... نقول ان كل ما قصده المادة ١٧٣ هو النص على عدم جواز فتح باب المرافعة . بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم الا لاسباب جدية تبين في ورقة الجلسة وفي المحضر . وانما لم تقصده على وجه الاطلاق أن يتم هذا التأجيل في غفلة من الخصوم . وحقيقة أن القانون يفترض علم الخصوم بكل ما يدور في الجلسة المحددة للنطق بالحكم ، لان ميعاد الطعن فيه يبدأ من هذا التاريخ . وانما يجب عدم اغفال اعتبارات أساسية هي الآتية :

١ - أن تأجيل الدعوى بعد فتح باب المرافعة فيها قد يتم لجلسة قريبة ، بينما ميعاد الطعن قد يكون ميعادا طويلا .

٢ - قد يكون الحكم غير قابل للطعن لصدوره بصفة نهائية من المحكمة أو لأي سبب من الاسباب ، فلا يهتم الخصوم بتتبع جلسة النطق به .

(١) . يراجع ما قلناه في هذا الصدد بكتاب التعليق الجزء الاول عن المادة ١٧٣ رقم (١) .

(٢) في استقلال محكمة الموضوع بتقدير مدى جدية طلب اعادة الدعوى للمرافعة ، وبالتالي قرفض الطلب لا يخل بحق الدفاع - يراجع نقض ١٩٦٩/٣/١٣ - ٢٠ - ٤٢٥ ونقض ١٩٧٠/١٢/٣٠ - ٢١ - ١٣٢٧ ونقض ١٩٧٠/١١/٢٥ - ٢١ - ١٧٦١ ونقض ١٩٧٠/٤/٣٠ - ٢١ - ٧٦٣ ونقض ١٩٦٩/٧/٣ - ٢٠ - ١١١٨ .

٣ - في كثير من الاحوال لا يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، وانما يبدأ من تاريخ اعلانه كالحالات المقررة في المادة ٢١٣ ، ومن ثم من الخطأ أن يفترض في جميع الاحوال علم الخصوم بما يدور في الجلسة المحددة للنطق به .

٤ - افتراض علم الخصوم بجلسة النطق بالحكم هو افتراض ظني من الجائز ان يبنى القانون على أساسه قاعدة بداية ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ هذه الجلسة ، وانما لا يصح أن يبنى على أساسه قاعدة تبرر تأجيل نظر الدعوى ثم نظرها في غفلة منهم أو من أحدهم . وإذا فرض جدلا أن تخلف أطراف النزاع عن الحضور في الجلسة التي أجلت إليها الدعوى فقامت المحكمة بشطبها ، ثم انقضى الميعاد المقرر في المادة ٨٢/١ والذي يبدأ من تاريخ الشطب واعتبرت بذلك كأن لم تكن ، فهل تكون هذه النتيجة سائفة ؟ ويبدو غريبا أن يترك الخصوم الدعوى وديعة في يد المحكمة التي حددت جلسة للنطق بالحكم فيها ، ثم بعد عدة أشهر تصبح كأن لم تكن - خاصة وأنه قد تتغير صفات الخصوم أو حالاتهم بعد فتح باب المرافعة من جديد .

ويؤكد كل ما تقدم أن المشرع في قانون الاثبات الجديد وعلى الرغم من افتراضه علم الخصوم بجلسات المرافعة وجلسة النطق بالحكم - على النحو المتقدم - الا أنه أوجب مع هذا اعلان منطوق الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات الى من لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها ، وكذلك نص على أنه يجب اعلان الاوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الاثبات والا كان العمل باطلا (م ٢/٥ من قانون الاثبات الجديد) .

ويؤكد ايضا ان المادة الثانية من قانون اصصدار قانون المرافعات الجديد توجب عند احالة الدعوى الى المحاكم المختصة عملا بالقانون الجديد اعلان الفائز من الخصوم بالجلسة التي حددت أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى - كل هذا على الرغم من أن كل من القانون السابق والجديد يفترض علم الخصم بجلسات المرافعة والنطق بالحكم ويجعل ميعاد الطعن فيه ساري من تاريخ صدوره .

ويؤكدّه أيضاً أن الماد ١١٣ توجب عند إحالة الدعوى الى محكمة أخرى اخبار الغائبين من الخصوم بذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول .

واذن ، عند إعادة الدعوى للمرافعة ، يجب أن يكون الخصوم على علم بذلك حتى يتصلوا بالدعوى عند اعادتها للمرافعة ، ووسيلة تحقق هذا العلم لا تكون الا بالاعلان القانوني أو بثبوت الحضور وقت النطق بالقرار بفتح باب المرافعة (١) .

ولا يفنى عن هذا الاعلان كون الخصومة حضورية أو معتبرة كذلك (٢) .

(١) نقض ١١/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ٨٩٠ .

(٢) نقض ١/١٢/١٩٧٥ الطعن رقم ١٤ سنة ٤٢ ق .

الفصل الثانى

المداولة

٣٥ - كيف تتم المداولة ؟ :

بانتهاى المرافعة تصدر المحكمة حكمها ، فاذا كانت مكونة من قاض واحد ، جاز له أن يصدر حكمه فوراً بعد انتهاء المرافعة ، وجاز له رفع الجلسة مؤقتاً ثم يعيدها وينطق بالحكم ، وجاز له أن يؤجل النطق به الى جلسة أخرى اذا كانت القضية فى حاجة الى فحص ودراسة . واذا كانت المحكمة مشككلة من قضاة متعددين وجب اتفاقهم على منطوق الحكم وأسبابه . فالمداولة *délibération* هى المشاورة بين أعضاء المحكمة فى منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به .

ولا يجوز حصول المداولة قبل انتهاء المرافعة ، وذلك حتى تتم من جانب القضاة وهم على علم تام وباحاطة كاملة بكل وقائع القضية وظروفها .

وتتم المداولة اما أثناء انعقاد الجلسة (١) ويتلوها اصدار الحكم ، او فى غرفة المشورة *chambre du conseil* على أن يتلوها اصدار الحكم فى نفس الجلسة ، وقد تؤجل المداولة وينطق بالحكم فى جلسة أخرى .

وتحصل المداولة سرا ، ضمانا لحرية رأى القضاة (٢) . فاذا افشى

(١) وليس هنا ما يوجب على المحكمة اجراء المداولة فى غرفة المشورة ، ومن ثم جاز أن تتم فى قاعة الجلسة ما دامت فى سرية تامة عملاً بالمادة ١٦٦ (استثناف مختلط ١٩ ديسمبر ١٩٢٣ المضافة ٤ ص ٨٨٥) .

(٢) الطريف فى هذا الامر أن ثمة جدلاً ثار فى فرنسا يتجه الى نقد مبدأ سرية المداولة ، وقيل أن حصول المداولة فى جلسة علنية يستكمل مقصود المشرع من مبدأ علانية المظلمات ويحث قضاة المحكمة على دراسة القضية دراسة كاملة بل يوجب عليهم العناية بتوضيح أى رأى لهم وتسببيه تسبباً جدياً ، لان كل هذا يخضع لرقابة الرأى العام . ويتبع هذا المبدأ فى الولايات المتحدة الامريكية وفى انجلترا (جلاسون - ٣ رقم ٧٣٩) . ومع ذلك يتجه الرأى الراجح الى تأييد مبدأ سرية المداولة الشابت فى التشريع =

أحدهم سر المدافلة كان معرضاً للمحاكمة التأديبية (١) . ومعنى سرية المدافلة ألا يشترك فيها غير قضاة الدائرة ، فضلاً عن ضرورة حصولها سرا بينهم دون سماعها من جانب غيرهم . وأذن لا يجوز أن يشترك في المدافلة غير قضاة الدائرة ، ولو كان المشترك من كبار رجال القانون بغية الاستئناس برأيه ، وذلك لأن القاضى الذى يسمع المرافعة هو وحده الذى يدرك غوامضها ، ولأن غيره الذى لا يتصل علمه بها يكون فى استحالة من بنسأه اتجاه رأى سليم يمشى مع وقائع القضية ، ومع ما ثبت منها ، ومع الاعتبارات القانونية المحيطة بها (٢) ، وقد يؤثر رأيه على اتجاه رأى الدائرة .

ونحب أن تحصل المدافلة بين جميع قضاة الدائرة التى سمعت المرافعة (م ١٦٦) ، لأن المقصود منها هو المشاورة والمناقشة لتنجلى غوامض الأمور فى القضية المطروحة ، وهذه المشاورة لا تتم على وجهها الاكمل المطلوب الا اذا كانت بين جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة وأدركوا دقيقتها والغامض منها . وأذن لا تتم المدافلة على الوجه المطلوب قانوناً اذا حصلت بين بعض القضاة دون البعض الآخر ، ولو كان ذلك البعض هو الاغلبية الكافية لاصدار الحكم — فالمقصود من المدافلة ليس مجرد الاتفاق على منطوق الحكم وأسبابه وانما هو المشاورة والمناقشة لتنجلى غوامض القضية ، وكثيراً ما تسفر هذه عن عدول بعض القضاة عن اتجاه رأى قابع فى أذهانهم قبل حصولها .

وتنص المادة ١٦٧ على أنه لا يجوز أن يشترك فى المدافلة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا . ويقصد من هذه المادة ألا يشترك فى المدافلة شخص لا صفة له فى اصدار الحكم على التفصيل

— الفرنسى وذلك حتى يحتفظ القضاة بكامل حريتهم واستقلالهم واحترامهم عند أداء مهمة القضاء ، وهو فن خطير يقتضى علماً وخبرة خاصة دقيقة ، ورقابة رأى العام أثناء المدافلة قد تؤدي الى عكس المراد منها فيحتفظ القضاة بالمظهر الذى يطمئن رأى العام ويفصل الجوهر واللب فتهدر العدالة — ربرتوار دالوز رقم ٣٩ .

(١) لأشيمائه سر المهنة — ربرتوار دالوز رقم ٣٩ .

(٢) وكثيراً ما يعدل شارح القانون عن اتجاه له نظراً لاعتبارات عملية يراها حاسمة فى اتخاذ اتجاه معين تحقيقاً لمعنى سير العدالة .

المتقدم ، كما يقصد منها ألا يشترك فيها قاض لم يسمع المرافعة .
والقاعدة أنه إذا تغير أحد القضاة الذين حصلت المرافعة أمامهم لأي سبب
من الأسباب كالوفاة أو الرد أو النقل أو العزل أو الاستقالة وجب فتح
باب المرافعة من جديد وإعادة الإجراءات أمام الهيئة الجديدة ، على أن
تعاد فقط الإجراءات التي حصلت بعد صدور آخر حكم فرعي (١) (أو في
شق من الموضوع) في الدعوى - وذلك لأن كل ما يلزم هو أن يكون الحكم
الواحد صادرا من نفس الهيئة التي سمعت المرافعات التي سبقت وانتهت
به - وفي العادة يكتفى بأن يسبدي كل من طرفي الخصومة طلباته أمام
الهيئة الجديدة .

وتنص المادة ١٦٩ على أن الأحكام تصدر بأغلبية الآراء ، فإذا لم
توافر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين ، فالفريق الأقل عددا ، أو
الفريق الذي يضم أحدث القضاة ، يجب أن ينضم لأحد الرأيين الصادرين
من الأكثر عددا وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية .

وعند تعدد نقط النزاع يؤخذ الرأي بصدد كل نقطة على حدة ،
إلهم إلا إذا بنيت على أساس قانوني واحد ، فهنا يؤخذ الرأي بصدد
تحديد هذا الأساس (٢) .

وإذا لم يصدر حكم بالاجتماع أو بالأغلبية وإنما من رئيس الدائرة
وحده فانه يكون معدوما ولا يعد فاصلا في النزاع (٣) .

ولا يعتبر الحكم قد صدر بانتهاء المداولة ، ولا يصير حقا للخصم
الذي صدر لمصلحته ، فيجوز لكل قاض إلى ما قبل النطق بالحكم أن يعدل

(١) سواء أكان متعلقا بسير الدعوى أم اثباتها أم كان حكما وقتيا .

(٢) قارن القانون الصادر في فرنسا ١٦ أغسطس ١٧٩٠ الذي كان
يوجب عند المداولة تحديد النقاط المتعلقة بالوقائع، وتلك المتعلقة بالقانون،
وأجراء المداولة في كل منها على حدة . وقد ألغى حتى يترك للمحكمة مطلق
الحرية في إجراء المداولة ونسق ما تقتضيه الاعتبارات العملية التي قد
تختلف بحسب ظروف كل قضية (جلاسون ٣ رقم ٧٤٠) .

(٣) استئناف مصر ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ مرجع القضاء رقم ٧٦٨٣ .

عن رأيه ويطلب إعادة المداولة ، ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا توفي أحد القضاة أو زالت عنه صفته بعد اتمام المداولة وقبل النطق بالحكم ، وجب افتتاح باب المرافعة من جديد .

وبعبارة أخرى ، من الواجب أن يحتفظ القضاة بصفته حتى صدور الحكم ، ومن الواجب أيضا أن يكون متمكنا قانونا من الإصرار على رأيه ، أو العدول عنه ، إلى وقت النطق بالحكم .

٣٦ - جزاء مخالفة الاوضاع المتقدمة :

جميع الاوضاع سالفه الذكر قصد بها تحقيق حسن سير العدالة على وجهها الاكمل ، فهي اذن ضمانات مقررة لمصلحة الخصوم أنفسهم .

وكثيرا ما يصعب اثبات مخالفة هذه الاوضاع نظرا لحصول المداولة سرا ولعدم جواز افشاء سرها . وانما اذا أمكن اثبات هذه المخالفات ، فهل يكون جزاؤها البطلان في كل الاحوال ، علما بأن المشرع لم ينص عليه الا بصدد المادة ١٦٧ التي توجب ألا يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا .

ويتمين الرجوع الى القاعدة العامة في البطلان ، التي تفيد أن الاجراء يكون باطلا اذا نص القانون على بطلانه ، أو اذا شابته عيب جوهري لم يتحقق بسببه الغاية التي قصد القانون حمايتها بما أوجبه وحصلت فيه المخالفة (تراجع المادة ٢٠) .

وباعمال المبادئ المتقدمة نخلص الى الآتي :

(١) افشاء سر المداولة لا يؤدي الى بطلان الحكم (١) ، لان القانون لم ينص على البطلان ، ولان هذا الافشاء لا يمس في ذاته حقوق الخصوم .

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن لجنة تعديل قانون المرافعات السابق كانت قد وضعت نصا مقتضاه أنه اذا صدر الحكم بأغلبية الآراء

(١) وان كان يعرض من أفشى السر للجزاءات التأديبية على ما قدمناه في الفقرة المتقدمة .

جازر للأقلية تدوين رأيها مسبباً في ورقة الجلسة ، وأنه يتعين أن ينص في الحكم على ما إذا كان صادراً بالأغلبية أو بالأجماع . وقد استمد هذا النص من القوانين الانجلوسكسونية ، وقصد به تبرئة ذمة الأقلية وحتى لا يتأذى ضميرها وهمتها وشعورها بقيمة رأيها ، وقصد بها أيضاً أن يعرف الخصوم قوة الحكم الذي صدر عليهم . ولقد رأت اللجنة المرافعات بمجلس الشيوخ حذف هذا النص لأنه لا يتسق مع التشريع المصري ، ويؤدي إلى التشكك في سلامة الأحكام وقوتها (١) .

(٢) إذا اشترك في المدافلة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة كان الحكم باطلاً ، ولو كان المشترك فيها قاضياً في ذات المحكمة ، وحل محل آخر في نفس الدائرة (٢) .

ويبطل الحكم إذا ثبت اشتراك شخص من الغير في المدافلة ولو كان من رجال القانون بل ولو لم يعتد برأيه ، أو لم يحتسب عند أخذ الاصصوات .

ويبطل الحكم إذا ثبت اشتراك بعض قضاة الدائرة في المدافلة دون البعض الآخر ، وذلك للاعتبارات المتقدمة دراستها . والبطان المتقدم من النظام العام - في جميع الأحوال - لأن النظام القضائي يقتضي حتماً أن يصدر الحكم نفس القضاة الذين سمعوا المرافعة والذين اشتركوا جميعهم ، وحدهم دون غيرهم ، في المدافلة فيه (٣) .

(١) ومن الخطر تصنيف أحكام القضاء ، ووصم الحكم بالضعف إذا كان صادراً بالأغلبية دون الأجماع ، أو لعل قائل يرتب على ذلك أن يكون الحكم الصادر بالأغلبية قابلاً للأطعن ، دون الآخر الصادر بالأجماع . . (قارن ما انتهى إليه بحث الدكتور محمد عبد الخالق عمر في وحدة الرأي وتعددده في الحكم القضائي - مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٦-٣-٥١٣) .

(٢) ويسهل اثبات ما تقدم بغير حاجة إلى الادعاء بالتزوير وبمجرد تقديم محاضر جلسات المرافعة (جلاسون ٣ رقم ٧٣٨ وأحكام النقض الفرنسية الجديدة المشار إليها) .

(٣) راجع أحكام النقض المشار إليها في الفقرة رقم ٣٨ من الكتاب .

(٣) إذا توفي أحد قضاة الدائرة أو فقد صفته لأي سبب من الأسباب قبل المداولة ، أو بعدها ، وقبل النطق بالحكم ، وجب فتح باب المرافعة من جديد والا كان الحكم باطلا . وسوف نعود إلى هذا الموضوع عند دراسة النطق بالحكم .

(٤) إذا ثبت أن أحد قضاة الدائرة طلب إعادة المداولة قبل النطق بالحكم ، ومع ذلك لم يجبه رئيس الدائرة إلى طلبه ، فإن الحكم الصادر يكون باطلا ، ولو كان رأي الطالب لا يؤثر في توافر الاغلبية المطلوبة قانونا لاصدار الحكم ، وذلك لأن المشرع يتطلب رعاية لحقوق الخصوم - أن يصر القاضي على رأيه حتى النطق بالحكم ، وطلب إعادة المداولة يشك من أنه ما زال مترددا في هذا الصدد ، ولأن المداولة الجديدة قد تسفر عن وضوح اتجاه الرأي السليم الواجب أعماله في القضية المطروحة ، فلا يجوز حرمان العدالة من إعادة المداولة . والبطالان المتقدم من النظام العام للأسباب المتقدمة .

ومن باب أولى إذا ثبت عدول أحد قضاة الدائرة عن رأيه بعد المداولة وقبل النطق بالحكم ، وكان رأيه مؤثرا في توافر الاغلبية المطلوبة قانونا لاصداره ، ومع ذلك نطق بالحكم تأسيسا على المداولة - دون اعادتها بناء على طلب ذلك القاضي - كان الحكم باطلا .

وبطبيعة الحال مرض أحد القضاة بعد المداولة وقبل النطق بالحكم لا يؤثر في صحة الاجراءات طالما أنه حضر جلسة النطق بالحكم أو وقع على مسودته عملا بالمادة ١٧٠ .

(٥) الاصل هو افتراض حصول الاجراءات صحيحة ، وافتراض حصول المداولة ، وعلى التمسك بغير ذلك أن يقدم ما يدل على عدم حصول مداولة ويشبهه (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الاصل هو صحة الاجراءات من واقع

(١) نقض ١٩٧١/١٢/٢٨ - ٢٢ - ١١١٥ ، ونقض ١٩٦٦/٣/٢٤ - ١٧ - ٧٨ .

الثابت بالحكم ومحضر الجلسة (١) ، وعبء اثبات العكس على من يدعيه .

وبالتالى ، فان تشكيل الدوائر الاستئنافية من أربعة مستشارين هو مجرد تنظيم داخلي ، واثبات هذا التشكيل بمحضر الجلسة التى حجت فيها الدعوى للحكم لا يفيد اشتراكهم فى المداولة فى كافة القضايا المعروضة عليهم - مع ملاحظة وجوب صدور أحكام محكمة الاستئناف من ثلاثة مستشارين سمعوا المرافعة وتمت بينهم المداولة دون غيرهم والا كان الحكم باطلا (٢) . وقضت تأكيداً لذلك بأنه على الرغم من بيان أسماء المستشارين الثلاثة الذين أصدروا الحكم فى ديباجته - اذا كان بالحكم تذييل يفيد أن مستشاراً آخر سمع المرافعة وحضر المداولة ووقع على المسودة ، مع عدم إيراد اسم المستشارين الآخرين اللذين اشتركوا معه فى ذلك سواء فى بيانات الحكم أو فى محضر جلسة النطق به فإنه يكون باطلاً (٣) .

٣٧ - سماع الخصوم أو قبول الأوراق أثناء المداولة :

قدمنا أن قفل باب المرافعة فى الدعوى لا يمنع الخصوم من ابداء أى طلبات أو دفعات أو تقديم أى أوراق أو مستندات بشرط ألا يكون المشرع قد منع تقديمها صراحة ، كما قدمنا أن المادة ١٦٨ تؤكد هذا المعنى ، وتشترط أن يتم سماع أحد الخصوم أو قبول ورقة أو مذكرة منه فى مواجهة الخصم الآخر وذلك ضماناً لحقوق الدفاع وحتى لا تهدر حقوق هذا الخصم ، والا كانت الاجراءات باطلة ومؤثرة على الحكم الصادر فى الدعوى ، ويكون قابلاً للإلغاء . فالمادة ١٦٨ تنص على أنه لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله الا بحضور خصمه ، كما تنص على أنه لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها . والبطان المتقدم لا يتعلق بالنظام العام لأنه مقرر لمصلحة الخصوم .

(١) الخطأ المادى فى تاريخ صدور الحكم لا أثر له ، لان الاصل فى ثبوت تاريخ اصدار الحكم هو محاضر الجلسات - نقض ١٩٧٨/١٢/٧ رقم ٤٠٠ لسنة ٤٥ ق .

(٢) نقض ١٩٧٩/٣/١٤ رقم ١١١ سنة ٤٨ ق .

(٣) نقض ١٩٧٨/١١/١٦ رقم ٩٣٨ سنة ٤٥ ق .

وجدير بالذكر أنه اذا صدر الحكم في الدعوى ولم يستند اطلاقاً - عن قرب أو بعد - الى اقوال أو أوراق أو مذكرات تمت من جانب أحد الخصوم في غفلة من الخصم الآخر ، ودون حصولها في مواجهته ، فان الاجراءات لا تكون باطلة عملاً بالمادة ١٦٨ ، ويكون الحكم صحيحاً سليماً في هذا الصدد (١) .

اما اذا اعتمد الحكم في الدعوى على مذكرات ، أو مستندات ، أو أوراق ، أو أى دفاع جديد قدم أو تم في أثناء فترة المداولة ، وفي غفلة من الخصم الآخر ، ودون حصوله في مواجهته ، فان هذا الحكم يكون قد بنى على اجراءات باطلة (٢) .

وبناء على نص المادة ١٦٨ ، اذا قدمت مذكرات أثناء فترة حجز القضية للحكم ، فان المحكمة :

(١) لا تلتزم بالرد عليها (٣) .

(٢) ولا تلتزم بذلك ولو كانت هذه المذكرات قد أعلنت للخصم الآخر (٤) .

(٣) ولا تلتزم ببيان سبب الاستبعاد (٥) .

وانما اذا فتح باب المرافعة من جديد بعد تقديم مذكرات بعد فترة حجز القضية للحكم وجب على المحكمة أن تعرض للدفاع الوارد بها (٦) .

(١) تراجع احكام النقض المعديدة في رقم ٣٣ - نقض ١٩٧٣/٥/٢٣ - ٢٤ - ٨١٦ .

(٢) ١٩٧١/١١/٣٠ - ٢٢ - ٩٤٦ .

(٣) نقض ١٩٧١/١/٢٦ السنة ٢٢ ص ٨٤١ .

(٤) نقض ١٩٧٨/١/١٨ رقم ٢٣٨ سنة ٤٤ ق .

(٥) الحكم السابق - ولا محل على النعى على الحكم بالقصور لاغفاله الرد على دفع بدم قبول الدعوى تقدم به الطاعن الى المحكمة بمذكرة في فترة حجز القضية للحكم ، لم يقدم ما يفيد ان المذكرة اتصل علم المحكمة بها طبقاً للقانون - نقض ١٩٧٨/١٠/١ رقم ٣٤٨ سنة ٤٦ ق .

(٦) نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ رقم ٤٤٩ سنة ٣٩ ق .

وكذلك الحال اذا قدمت مستندات خلال فترة حجز القضية للحكم ،
ثم أعيد فتح باب المرافعة .

وإذا صدر الحكم فان الدفاع الوارد في المذكرة المستبعدة (١) -
والمستندات المقدمة دون تصريح خلال فترة حجز الدعوى لحكم محكمة
الدرجة الاولى ، تعد مطروحة في الاستئناف بمقتضى الاثر الناقل له (٢) .

ومن ناحية أخرى ، نزول المدعى أو المستأنف عن الخصومة برمتها
يسبب فتح باب المرافعة من جديد ولو أبدى التنازل عن الخصومة في
مذكرة قدمت بعد الاجل المتقدم خاصة اذا تضمن موافقة المدعى عليهم أو
المستأنف عليهم على هذا الترك .

أما النزول عن إجراء في الخصومة ، فالامر متروك لتقدير المحكمة في
اعادة فتح باب المرافعة أو في الحكم على مقتضى أقوال الخصوم وطلباتهم
الختامية .

(١) قارن نقض ١٩٧٦/١١/٨ رقم ٤١٨٠ سنة ٤٣ ق وراجع نقض
١٩٧٩/٦/٢ رقم ١٤٣١ سنة ٤٨ ق .

(٢) نقض ١٩٧٦/٤/١٤ رقم ١٦٤ سنة ٤٢ ق ونقض ١٩٧٩/٦/٢ رقم
١٤٣١ سنة ٤٨ ق - وهذه وتلك تعتبر من أوراق القضية ومحتوياتها ،
واستبعادها أمام محكمة الدرجة الاولى لا ينفي كونها من محتويات القضية
في الاستئناف المطروحة على المحكمة .

الفصل الثالث

النطق بالحكم (١)

٢٨ - التأجيل لاصدار الحكم :

تنص المادة ١٧١ على أنه يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم في الجلسة ، ويجوز لها تأجيل اصداره الى جلسة أخرى قريبة تحددتها .

وتنص المادة ١٧٢ (هى المادة ٣٤٤ من القانون السابق معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) على أنه اذا اقتضت الحال تأجيل اصدار الحكم مرة ثانية صرحت المحكمة بذلك في الجلسة مع تعيين اليوم الذى يكون فيه النطق به ، وبيان أسباب التأجيل في ورقة الجلسة وفي المحضر ، ولا يجوز لها تأجيل اصدار الحكم بعدئذ الا مرة واحدة .

واذن ، تأجيل اصدار الحكم - دون النطق به عقب انتهاء جلسة المرافعة - لا يتطلب ذكر أى أسباب عملا بالمادة ١٧١ .

وانما التأجيل مرة ثانية ، وان كان لا يلزم المحكمة باصدار حكم يثبت فيه هذا التأجيل وسببه ، الا أنه يتطلب بيان ذلك في ورقة الجلسة وفي المحضر ، بل يكفى بيان ذلك في ورقة الجلسة وحدها ، دون ترتيب أى بطلان . ولا يترتب ثمة بطلان اذا لم تذكر المحكمة أسباب التأجيل (٢) ، لان مجرد التأجيل يشف عن سببه ، وهو رغبة المحكمة في افساح مجال أطول امامها تتمكن فيه من التروى واصدار الحكم بالعناية اللازمة تفاديا من أى ذلل . واذن ما كان المشرع في حاجة الى الزام المحكمة بذكر سبب

(١) le prononcé - la prononciation .

(٢) عدم بيان أسباب تأجيل اصدار الحكم مرة ثانية لا يترتب عليه أى بطلان (نقض ١٩٧٣/٢/٨ - ٢٤ - ١٨٥) .

التأجيل . والاسباب المتقدمة تبرر جواز التأجيل مرة ثالثة (١) ، وإذا كان ثمن حسن العدالة هو تأخير إصدار الحكم مدة شهر أو شهرين ، فلا نحسب أن أحدا يضار من أداء هذا الثمن . والقاعدة الأساسية - في كافة التشريعات المقارنة قديمها وحديثها - أن المحكمة لا يمكن أن تلزم بمقتضى نص تشريعى بإصدار حكمها في أجل معين . ومن باب أولى لا يلزمها قرارها بتأجيل القضية الى جلسة معينة لإصدار الحكم . وهذا بخلاف الاوامر على العرائض التى يلزم القاضى بإصدارها في أجل يحدده المشرع ، ولا غبار في هذا الصدد ، لانه انما يقوم بوظيفة ولائية ، ولا يباشر وظيفة قضائية - أى لا يفصل في خصومة بين طرفيها . ويقاس على ما تقدم ما قد يخول الى قاضى الامور المستعجلة الفصل فيه من أمور يقتضى النظام العام البت فيها فوراً ، كما هو الحال بالنسبة الى منازعات العمال (م ٧٥ من قانون عقد العمل) .

وجدير بالاشارة أن المادة ٣٤٤ من القانون السابق معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - وهى ذات المادة ١٧٢ - كانت تقصر البطلان بعبارة ناهية وفقاً لاحكام المادة ٢٥ من القانون السابق . والمادة الجديدة لا ترتب البطلان صراحة ، ومن ثم لا تعد هذه الحالة من حالات البطلان القانونى ، أى المنصوص عنه فى القانون . وانما يحكم به عملاً بالمادة ١/٢٠ الجديدة على أساس العبارة الثانية منها ، بمعنى أنه على المتمسك بالبطلان أن يثبت هو ، عند مخالفة أحكام هذه المادة ، أن الاجراءات نتيجة هذه المخالفة قد شابها عيب لم يتحقق بسببه الفاية منها .

ولا نحسب أن القانون الجديد قد قصد القساء البطلان القانونى فى هذه المادة ، وانما لعله قد جاء سهواً عدم النص الصريح عليه .

ولا يتصور أن يقرر القانون الجديد ما قرره فى الماد ٩٧ اشارة لسرعة الفصل فى الدعوى ، ثم يستبعد جزاء البطلان فى المادة ١٧٣ منه . واذن ،

(١) لا يترتب أى بطلان على عدم التوقيع على اسباب التأجيل فى ورقة الجلسة أو فى المحضر - نقض ١٩٦٧/١/١٤ - ١٨ - ٤٧ .

ولا يتعين اعلان طرفى الخصومة بقرار المحكمة بمد أجل النطق بالحكم - نقض ١٩٦٥/٣/٣ - ١٦ - ٢٤٤ .

على المتمسك بالبطلان أن يثبت حصول مخالفة أحكام هذه المادة ، وأن المحكمة قد أجلت النطق بالحكم أكثر من ثلاث مرات دون أن يكون لهذا التأجيل مبرر ، وأنه بذلك قد تخلفت المصالح التي قصدها القانون من النص وهي :

١ - تعجيل الفصل في الدعوى .

٢ - ضرورة تتبع القضية من جانب الخصم بعد كل تأجيل حتى يتمكن من الاطلاع على الحكم فور صدوره ليطلع على فيه فوراً لان ميعاد الطعن فيه يبدأ من تاريخ صدوره ، كقاعدة عامة .

ولا يخفى أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذي عدل المادة ٣٤٤ على النحو الذي هي عليه الآن قد قصد من تعديلها التيسير على الخصوم بغية تجنبهم مشقة تكرار الحضور للمحكمة لتتبع النطق بالحكم بعد أن أصبح بدء ميعاد الطعن فيه من تاريخ صدوره كقاعدة عامة ووفقاً للتعديل الذي أجراه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (راجع مذكرته التفسيرية) . وللمحكمة الاستئنافية تقدير الأمر عند التمسك بذلك البطلان فقد لا تحكم به على أساس أن هناك ما كان يبرر تأجيل الدعوى لأكثر من ثلاث مرات ، وأن مجرد حصول المخالفة لا يبرر في ذاته الحكم بالبطلان بعد أن ألغى القانون الجديد جزاء البطلان بصدد هذه المادة .

وقد حكم أعمالاً للمبادئ المتقدمة أن المشرع لم يفرض البطلان كجزاء على مخالفة حكم (المادة ٣٤٤) قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم ١٠٠) ، ولما كانت القواعد القانونية تقضى بأنه في حالة النص على إجراء معين دون ترتيب البطلان على مخالفته يجب الرجوع إلى طبيعة هذا الإجراء فإذا كان من شأنه أن يفوت مصلحة ظاهرة للخصم الذي يتمسك بوجوب مراعاته أو كان من الإجراءات الجوهرية التي يقوم عليها نظام التقاضي فإن عدم اتباع هذا الإجراء يوجب بطلان ما ترتب على ذلك من آثار . وعدم اثبات تأجيل النطق بالحكم في محضر الجلسة عملاً بالمادة ٣٤٤ لا يفوت مصلحة الخصم ، ولا يعد اخلاً بمصلحة جوهرية ، ومن ثم لا يرتب أي بطلان

في هذا الصدد (١) . وقضى بأن مجرد تأجيل النطق بالحكم من يوم الى آخر لا يمكن أن يبطل الاجراءات ويعد مؤثرا على الحكم الصادر فيها . وحكم بعدم ترتب أى بطلان بسبب عدم التوقيع على اسباب التأجيل في ورقة الجلسة أو في المحضر (٢) .

وقضت محكمة النقض - كما قدمنا - بأنه لا يتعين اعلان طرفي الخصومة بقرار المحكمة بمد أجل النطق بالحكم (٤) .

واذا قيل بالبطلان نتيجة تأجيل النطق بالحكم أكثر من ثلاث مرات ، فان هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام ، ولا يلحق ذات الحكم ، وانما يلحق القرار الصادر بالتأجيل ، والذي يترتب على بطلانه إلغاء الحكم الصادر بناء عليه ، بدليل انه اذا أجلت المحكمة النطق بالحكم خمس مرات ، ثم فتحت باب المرافعة ، وأصدرت حكمها ، فان الاجراءات تكون قد صححت ، ويكون حكمها صحيحا .

ومع كل ما تقدم قضت محكمة النقض بان القضاء مدة المقررة في المادة ٣٤٤ من القانون السابق (م ١٧٢ من القانون القائم) هي قاعدة تنظيمية (٥) .

واذا أجلت المحكمة النطق بالحكم أكثر من ثلاث مرات ، وتنبهت قبل النطق به الى المخالفة التي ارتكبتها ، ففتحت باب المرافعة من جديد ، وجب عليها اعلان الخصوم الى الجلسة الجديد حتى يتصلوا بدعواهم من جديد - على ما تقدمت دراسته بصدد المادة ١٧٣ (٦) .

(١) شبين الكوم الابتدائية ١٩٥٢/٢/٢٥ المحاماة ٣٢ - ١٤٥٦ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١/١٥ طعن رقم ٢٧١ سنة ٢٠ ق ونقض ١٢/٥/١٩٦٦ - ١٧ - ١١٢١ .

(٣) نقض ١٩٦٧/١/١٤ - ١٨ - ٤٧ .

(٤) نقض ١٩٦٥/٣/٣ - ١٦ - ٢٤٤ .

(٥) نقض ١٩٧٣/١١/٢٦ رقم ٢٧٧ سنة ٣٨ ق .

(٦) الفقرة رقم ٣٤ م (١) من هذا الكتاب .

وليس ثمة ما يمنع من تأجيل النطق بالحكم إداريا إلى اليوم التالي لليوم الذى كان محددًا للنطق بالحكم ، متى كان النطق به فى حضور المحكمة بكامل هيئتها وقد يستدعى الأمر ذلك بسبب انشغال أحد أعضاء المحكمة بجلسة أخرى (١) .

٣٨ م - تعجيل النطق بالحكم :

إذا كان يجوز تأجيل إصدار الحكم مرة ثانية وثالثة ، فمن باب أولى يجوز تعجيل النطق به إذا جد سبب يبرر ذلك ، وبشرط أن يكون كل خصم قد استوفى دفاعه بتقديم مذكرته المصرح له بتقديمها (٢) .

فمثلا إذا قررت المحكمة بعد قفل باب المرافعة النطق بحكمها فى تاريخ معين جاز تعجيل النطق به إذا كانت صفة أحد أعضائها سوف تزول قبل التاريخ الذى كان محددًا أصلا للنطق بالحكم . كما إذا كان من المقرر إحالته على المعاش أو نقله أو قبول استقالته قبل التاريخ المتقدم . ولا يكفى - وفق ما سوف نراه - أن يوقع العضو المتقدم على مسودة الحكم لأن ذلك مشروط باحتفاظه لصفته حتى تاريخ النطق بالحكم (هذا ما اتبع فى محكمة النقض المصرية فى يناير ١٩٣٦ عند إحالة رئيسها الأستاذ عبد العزيز فهمى إلى المعاش فلم يكتف بتوقيعه على مسودات الأحكام المؤجل النطق بها إلى جلسات لاحقة لتاريخ إحالته على المعاش وإنما عجل النطق بهذه الأحكام فى جلسة سابقة على ذلك التاريخ ليحضر النطق بها (٣) .

ولما كان ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ من تاريخ صدوره ، فإنه يتعين على المحكمة أن قررت تعجيل النطق بالحكم أن تأمر قلم الكتاب بإعلان

(١) نقض ١٥/١/١٩٥٣ - ٤ - ٣٥٨ .

(٢) استئناف الاسكندرية ٦ مارس ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ٧٦ ودبرتوار دالوز سنة ١٩٥٦ رقم ٣٢ والأحكام الفرنسية العديدة المشار إليها) .

(٣) محمد حامد فهمى رقم ٦٢٥ .

الخصصوم بهذا التعجيل ، حتى لا يفसर المحكوم عليه فيصدر الحكم عليه في غفلة منه ، وقد ينقض ميعاد الطعن اعتماداً منه على التاريخ الذي كان محددًا في الاصل لصدور الحكم ، قبل تعجيل هذا الميعاد . واذن ، اذا لم يعلن الخصوم بتعجيل النطق بالحكم ، فلا يبدأ ميعاد الطعن فيه الا من التاريخ الذي كان محددًا في الاصل لصدوره .

وقضت محكمة النقض بأن تعجيل النطق بالحكم شرطه عدم المساس بحق الدفاع أو الاخلال به . وقضت بأنه لا يترتب بطلان متى جاء هذا التعجيل بعد استيفاء طرفي الخصومة دفاعهما شفويا وبمذكراتهما الختامية (١) .

٣٨ م (١) - النطق بالحكم :

يجب النطق بالحكم في جلسة علنية سواء أكان حكماً موضوعياً أم حكماً فرعياً (٢) ، فالمادة ١٧٤ تنص على أنه ينطق بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية والا كان الحكم باطلاً (٣) ويتعين أعمال النص المتقدم ولو كانت المرافعة التي سبقت إصدار الحكم قد تمت في جلسة سرية مراعاة لاعتبارات يقتضيها النظام العام أو حسن الآداب (م ١٦٩ من الدستور المصري الجديد) . والبطلان المتقدم من النظام العام ، لأنه يتعلق بذات الوظيفة القضائية لمرافعة القضاء ، وما تقتضيه لحسن أدائها .

واذن يلزم النطق بالحكم في جلسة علنية ولو كانت الدعوى قد نظرت في غرفة المشورة (٤) .

(١) نقض ١٩٦٤/١/١٦ - ١٥ - ٨٦ ، ونقض ١٩٦٣/٤/١٠ - ١٤ - ٥٠٤ .

(٢) انظر الاحكام الجديدة المشار اليها في ربرتوار دالوز رقم ١٢٢ .

(٣) نقض ١٩٦٥/٥/٥ - ١٦ - ٥٥٧ .

(٤) نقض ١٩٧١/٦/١ - ٢٢ - ٧١٦ - أما القرارات الصادرة من محكمة النقض في غرفة المشورة بعدم قبول الطعن عملاً بالمادة ٢٦٣ =

ولا يلزم النطق بالحكم المستعجل في جلسة علنية في الاحوال المستعجلة التي توجب على القاضي المستعجل الفصل في الدعوى في مثلزه عند الضرورة (١)(٢) .

والنص على مجرد نظر الدعوى في غرفة المشورة لا يستوجب البطلان اذا نظرت في جلسة علنية ، وانما اذا نص المشرع صراحة على عدم جواز نظرها في جلسة علنية ، وجب البطلان عند المخالفة ، وذلك للاعتبارات التي تكون قد حدت بالمشرع الى تقرير هذا النص (٣) .

وفي جميع الاحوال يجب النطق بالحكم في جلسة علنية ، على ما قدمناه ، والا كان الحكم باطلا .

ويجب ان يكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة (وسمعوا المرافعة من قبل) حاضرين تلاوة الحكم ، لما في ذلك من الدلالة على أنه قد صدر وفق الراي الاخير الذي انتهت اليه المداولة فيما بينهم . بل ان في ذلك مظهرا قد يوحى بصدوره باجماع الآراء ، فتكتسب الاحكام في جميع الاحوال الاحترام الكامل ، ولو كانت صادرة في الاصل بأغلبية الآراء دون اجماعها .

وتعتبر الاجراءات قد روعيت وان الحكم قد صدر في جلسة علنية ، ولو لم يذكر ذلك في مسودته ، وعلى الطاعن اثبات عكسه (٤) .

== (معدلة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣) والتي يكتفى باثباتها في محضر الجلسة ، فلا يلزم صدورها في جلسة علنية ، لانه لا ينطق بها ولا تصدر في حضور الخصوم التعليق ٢ ص ١٣٨٦ وما يليها .

(١) انظر على سبيل المثال المادة ٣١٢ - راجع جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٤٣ ص ٢٨ .

(٢) وبطبيعة الحال لا تصدر الاوامر على العرائض في جلسات علنية للاسباب المتقدمة دراستها .

(٣) يراجع نقض ١٩٧١/٦/١ - ٢٢ - ٧١٦ .

(٤) ومع ذلك يتجه الراي في فرنسا الى أن مسودة الحكم يجب ان تشتمل على ما يفيد صدوره في جلسة علنية وبحضور ذات القضاة الذين =

وإذا حدث لاحد القضاة (أو أكثر) مانع يمنعه من الحضور وقت تلاوة الحكم جاز اصدار الحكم دون حضوره بشرط أن يوقع على مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه (م. ١٧٠) (١) وقضى بأنه يتعين أن يبين في ذات الحكم أن القضاة الذين لم يحضر النطق به قد اشترك في المداولة فيه ووقع على مسودته ، والا كان باطلا (٢) ، بطلانا متعلقا بالنظام العام (٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه لا يلزم الافصاح عن بيان المانع الذي منع القاضي من الحضور وقت تلاوة الحكم (٤) .

ويتعين أن يكون المانع الذي يجيز الاستثناء عن حضور القاضي شخصا هو مانع مادي كالمرض أو السفر ، أما المانع الذي مبناه زوال صفة القاضي (كالنقل أو الاحالة على المعاش أو استقالة أو الوفاة) فهو ، كما رأينا ، يوجب فتح باب المرافعة من جديد واعادة تشكيل هيئة بادخال عضو يحل محل ذلك الذي فقد صفته ، لانه من الواجب أن يحتفظ

= أصدره والا كان الحكم باطلا (جلاسون ٣ رقم ٧٤٣ ص ٣٧) - ونرى كما قلنا في المتن أن الاصل هو افتراض حصول الاجراءات صحيحة - يراجع بالنسبة الى افتراض حصول المداولة صحيحة الفقرة رقم ٣٦ ونقض ١١١٥ - ٢٢ - ١٩٧١/١٢/٢٨ .

(١) نقض جنائي ١٥ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ ص ٦٠٠ ونقض ٢٢ مايو ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ ص ٦٨٦ ونقض ١٩ ديسمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١١٥٠ ونقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ السنة ٩ ص ٧٨١ .

(٢) نقض ٢٢ مايو ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ ص ٦٨٦ - راجع جلاسون ٣ رقم ٧٤٣ ورقم ٧٤٧ وسوف نعود الى هذا الموضوع عند دراسة بيانات نسخة الحكم الاصلية . ويراجع أيضا نقض ١٩٦٤/٥/٧ - ١٥ - ٦٤٢ ونقض ١٩٦٦/١/١٣ - ١٧ - ١٢٣ ونقض ١٩٦٨/١٢/١٠ - ١٩ - ١٥٠١ .

(٣) ولا يعتد بتوقيع قضاة آخر لم يستمع الى المرافعة - نقض ١٩٥٣/٢/٢ الطعن رقم ٩٤ السنة ٢٢ ق ، ويراجع نقض ١٩٥٧/٤/٢٥ - ٨ - ٤٠٦ .

(٤) نقض ١٩٧٨/١٠/٢٤ الطعن رقم ٢٧٦ سنة ٤٤ ق .

القاضي بصفته حتى صدور الحكم ، ومن الواجب أن يكون متمكنا قانونا من الاصرار على رأيه أو العدول عنه الى وقت النطق بالحكم (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه لا تزول عن القاضي المنقول ولاية القضاء في المحكمة المنقول منها الا بتبليغه بقرار النقل رسميا من وزير العدل ، ولا اعتداد بصدور القرار قبل النطق بالحكم (٢) .

وقضت بأن تغيير أحد أعضاء الهيئة التي سمعت المرافعة والذي يستلزم إعادة سماع الدعوى وإعادة الاجراءات أمام الهيئة الجديدة ، مقتضوع على التغيير الذي يترتب عليه انقضاء صفة القاضي أو زوال ولايته ، كالاستقالة أو الوفاة أو الرد والعزل والنقل بعد تبليغه بالقرار الصادر بذلك ، أما نقل القاضي أو نديه لمحكمة أخرى داخل اختصاص المحكمة الأصلية ، فلا يحول دون اشتراكه في الاحكام الصادرة في الدعاوى التي سمع فيها المرافعة لعدم انقطاع صلته بمحكمته الأصلية واستمرار احتفاظه بصفته (٣) .

وقضت بأن ندب القاضي للعمل في غير محكمته لا يترتب عليه زوال ولايته بمحكمته ، ويكون له الحق في الاشتراك في الاحكام الصادرة في الدعاوى التي سمع فيها المرافعة . والندب مشروط بأن يكون لمدة لا تجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد (٤) . كما قضت بأن نقل القاضي للعمل بدائرة أخرى في ذات المحكمة لا يزيل ولايته بالمحكمة ، وبالتالي يجوز اشتراكه في المداولة في الدعاوى التي سمع فيها المرافعة (٥) .

(١) استئناف الاسكندرية ٣١ ديسمبر ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص ٢٥ والتعليق عليه .

(٢) نقض ١٤ يناير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٤٧ ، ونقض ١٠/١١/١٩٧٠ - ٢١ - ١١٣٠ .

(٣) نقض ١٩٧٠/١/٢٢ - ١٢ - ١٤٩ ونقض ١٩٧٠/١/٢٢ - ٢١ - ١٥٩ .

(٤) نقض ١٩٧٢/١/٢٠ - ٢٣ - ٧٦ .

(٥) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ رقم ٤٣٢ سنة ٤١ ق .

ولا يلزم تعدد توقيعات قضاة الدائرة بتعدد أوراق المسودة ، وإنما يكفي توقيعهم على الصفحة الأخيرة المشتملة على جزء من الأسباب اتصل بالمنطوق (١) .

ومما هو جدير بالذكر أنه يتعين أن يحتفظ القاضي بصفته الى وقت ايداع مسودة حكمه وايداع نسختها الاصلية فمثلا اذا توفى بعد النطق بالحكم وقبل كتابة أسبابه وايداع المسودة تعيين فتح باب المرافعة من جديد أمام الهيئة الجديدة ، ولا تملك هذه خلق أسباب للمنطوق الذي نطق به القاضي قبل وفاته . كذلك اذا توفى قبل التوقيع على نسخة حكمه الاصلية وكان هو رئيس الهيئة فلا يمكن أن يحل أحد محله في التوقيع عليها (٢) .

واذا اختلفت هيئة القضاة الذين نطقوا بالحكم عن الهيئة التي سمعت المرافعة ، ولم يوقع المتخلف من أعضاء هذه الهيئة على مسودة الحكم عملا بالمادة ١٧٠ ، كان هذا دليلا على أنه لم يشترك في إصدار الحكم ، وكان هذا الحكم باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للنسابة العمومية أن تتمسك به ، وتقيم الدليل عليه من تلقاء نفسها اذا كانت طرفا منضمما في الخصومة الناشئة عن الطعن في الحكم المتقدم (٣) . وعلة اعتبار البطلان المتقدم من النظام العام أن النظام القضائي يستوجب حتما أن يصدر الحكم ذات القاضي الذي سمع المرافعة .

(١) نقض ١٩٧٦/١/٢١ رقم ١٩٧ سنة ٤١ ق .

= القضاة الذين أعيد تعيينهم بالقرار الجمهوري رقم ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ تنفيذا للقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ يحتفظون بولايتهم ، فلا يلزم حلقتهم اليمين من جديد بعد صدور تلك القرارات (نقض ١٩٧٥/٦/٤ رقم ٦١١ سنة ٣٩ ق) .

(٢) ندرس هذا الموضوع في الفقرة رقم ٤٥ مكررا .

(٣) نقض ٢ فبراير ١٩٣٣ ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٨١ ونقض جنائي ٢٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ٢٢ ص ٦٨٦ ومحمد حامد فهمي رقم ٦٢٥ واستئناف مصر ١٧ يونية ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٣٦٣ . ونقض ٢ فبراير ١٩٥٢ رقم ٩٤ سنة ٢٢ ق ونقض ٢٥ ابريل ١٩٥٧ السنة ٨ ص ٤٦٠ .

ولا يلزم حضور عضو النيابة العمومية جلسة النطق بالحكم الصادر في الخصومة التي يوجب القانون تدخل النيابة بضدّها (م ٢/٩١) (١) . وبطبيعة الحال لا يتصور ثمة بطلان اذا حضر جلسة النطق بالحكم عضو نيابة غير الذي ابدى الراى فى القضية ، لان العضو يمثل الهيئة بأكملها ، ولا يلزم ، فى الاصل ، حضور العضو جلسة النطق بالحكم (٢) .

٣٩ - اثر النطق بالحكم :

قدمنا أن الحكم لا يعتبر قد صدر بمجرد انقضاء المداولة فيه ، ولا يصير حقا للخصم الذى صدر لمصلحته ، ويجوز لكل قاض الى ما قبل النطق بالحكم أن يعدل عن رأيه ، ويطلب إعادة المداولة .

ونضيف أنه بالنطق بالحكم يخرج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرته ويحوز حجية الشيء المحكوم به (٢)، وتثبت الحقوق التي قررها ولا تسقط الا بانقضاء مدة التقادم الطويلة ، على ما سوف نذكره عند دراسة آثار الاحكام .

ولقد أصبحت القاعدة العامة بمقتضى المادة ٢١٣ أن المحكوم عليه يعتبر علما بالحكم بمجرد صدوره - ولو لم يكن حاضرا وقت النطق به - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، ويوجب اعلان الحكم حتى يبدأ ميهاد الطعن فيه . ويشمل اعلان الحكم منطوقه وأسبابه التي يبنى عليها .

واعلان الحكم شرط لازم لامكان الشروع فى تنفيذه على المحكوم عليه (م ٢٨٠) ، كما أن الاعلان يمنع من سقوط الحكم القيايى (فى الاحوال التي تجوز فيها المعارضة بنص خاص) اذا تم فى خلال ستة أشهر من يوم صدوره (م ٣٩٣ من القانون السابق والتي ما زالت نافذة بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية - عملا بالمادة الاولى من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد) .

(١) (٢) جلاسون ٣ رقم ٧٤٣ ونقض فرنسى ٢٤ اكتوبر ١٨٩٢ سبرى ٩٢ - ١ - ٥٧٦ واستئناف ديجون ٢٧ مارس ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ٢ - ٣٩٦ .

(٣) جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٤٣ ص ٣٨ .

ولا يؤثر في اعتبار الحكم قد صدر من وقت النطق به كون المحكمة ملازمة بكتابة حكمها في شكل معين ، وفي تاريخ خاص ، والا ترتب على مخالفة ذلك البطلان - نقول ان كل هذا يؤثر في تقرير القاعدة المتقدمة على تفصيل ندرسه في الفصول التالية .

والقاعدة المتقدمة يعتد بها عند اعمال المادة الاولى من قانون المرافعات ، فالحكم يعتبر قد صدر من تاريخ النطق به ، ويكون قابلاً للطعن فيه بالطرق المقررة في التشريع السارى وقت هذا التاريخ (١) .

ونوجه النظر الى ان حكم المحكمين لا يعد قد صدر الا من تاريخ كتابته لان النطق به لا يعتبر اجراء جوهرياً يستتوجه به المشرع (٢) .

(١) كتاب المرافعات رقم ١٧ .

(٢) راجع الفقرة رقم ١٥ من الكتاب ، وكناينا التحكيم الاختيارى والاجبارى .

الفصل الرابع

ايداع مسودة الحكم

٤. - مسودة الحكم هي ورقة من أوراق المرافعات (١) تشتمل على منطوقه وأسبابه كما تشتمل على توقيع القضاة الذين أصدروه وتاريخ ايداعها (م ١٧٥) :

والقصود من ايداع المسودة تمكين الخصوم فور النطق بالحكم من الاطلاع عليه وعلى أسبابه استعدادا للطعن فيه اذا عن لهم ذلك (م ١٧٧) ، كما أنه من الجائز تنفيذ الحكم في بعض الاحوال ، بموجب مسودته وبغير اعلان عملا بالمادة ٢٨٦ (٢) ، ايثارا للسرعة التي تقتضيها هذه الاحوال .

والقانون لا يستلزم تسبيب الاحكام فحسب ، بل هو يوجب أيضا أن تكون هذه الاسباب واضحة في ذهن القاضى ، أو متفقًا عليها بين القضاة قبل النطق بالحكم . وبعبارة أخرى استلزم القانون ضرورة استقرار عقيدة القاضى أو القضاة على ما جاء فيه قبل النطق به . ولهذا أوجب ايداع مسودة الحكم في مواعيد قصيرة حتى يضمن أن القضاة قد نطقوا به بعد أن تداولوا في أسبابه واتفقوا عليها واستقرت عقيدتهم على أساس فيها . اذن جميع الاعتبارات المتقدمة تستوجب ايداع المسودة

(١) وبالتالي هي ورقة رسمية - موريل رقم ٥٦٠ وجلاسون ٣ رقم ٧٤٧ ص ٤٧ . يلاحظ في فرنسا أن أوراق الجلسة les feuilles d'audience تجميع في القضية الواحدة ، وتكون في مجموعها نسخة الحكم الاصلية التي تحفظ في ملف الدعوى . وهذه لها صفة رسمية وتسمى la minute . انظر ربرتوار دالوز سنة ١٩٥٦ رقم ١٣٩ ورقم ١٤٧ .

(٢) وهي تنص على أنه يجوز للمحكمة في المواد المستعجلة أو في الاحوال التي يكون فيها التأخير ضارا أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته وبغير اعلان ، وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر وعلى المحضر أن يردّها بمجهرد الانتهاء من التنفيذ - انظر في تفسير هذه المباداة كتاب الاجراءات التنفيذ رقم ١٤٩ .

فورا وفي مواعيد قصيرة بعد تحريرها على وجه السرعة دون أن تتضمن كافة بيانات نسخة الحكم الأصلية .

٤١ - بيانات المسودة :

لم يحدد المشرع المصرى بيانات مسودة الحكم فى مادة خصصت لذلك من مواد قانون المرافعات ، وإنما جاء هذا بصورة عارضة فى عدة نصوص قانونية . فالمادة ١٧٥ تشير الى أن المسودة تشتمل على أسباب الحكم ويوقع عليها الرئيس والقضاة ويحدد بها تاريخ ايداعها . والمادة ١٧٠ توجب أن يوقع على المسودة القاضى الذى اشترك فى المداولة ولم يحضر جلسة النطق بالحكم . والمادة ١٧٧ تشير الى أن المسودة تشتمل على منطوق الحكم وأسبابه . وجاءت المذكرة التفسيرية - فى القانون السابق - لهذه المادة تقول «انه لما كانت مسودة الحكم لا تشتمل الا على منطوقه وأسبابه وكانت بذلك لا تغنى عن كتابة نسخة الحكم الأصلية التى يوجب القانون أن تشتمل على بيانات خاصة كثيرة ذكرها والتى تبقى محفوظة فى ملف الدعوى باعتبارها أصل ورقة الحكم فقد نصت هذه المادة على أنها لا تعطى منها صور ... الخ» .

ومن واقع النصوص القانونية المتقدمة يتضح أن مطلوب المشرع أن تشتمل مسودة الحكم على منطوقه وأسبابه وتوقيع القضاة الذين اصدروه وتاريخ ايداعها . وجميع هذه البيانات جوهرية يترتب على اغفالها بطلان الحكم .

ويجب توقيع جميع القضاة الذين اصدروا الحكم (١) ، ولا يكفى توقيع رئيس الدائرة أو أحد أعضائها ، سواء أصدر الحكم عقب المرافعة مباشرة أم فى جلسة أخرى غير جلسة المرافعة ، وسواء أودع الحكم فور النطق به أم أودع بعده . ويتم أن يتم توقيع جميع القضاة على كل من المنطوق والأسباب إذا كتب فى ورقتين منفصلتين ، والا كان الحكم باطلا

(١) لا القضاة الذين حضروا جلسة النطق بالحكم عملاً بالمادة ١٧٠ ، إذا حصل مانع من حضور القضاة الذين اشتركوا فى المداولة هذه الجلسة .

بطلاناً متعلقاً بالنظام المتأتم (١) . ويكفي توقيع الرئيس والقضاة على الورقة الأخيرة من مسودة الحكم المشتملة على جزء من الأسباب اتصل بالمنطوق (٢) .

(١) نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ الطعن رقم ١٧٣ سنة ٢٠ قضائية ونقض ١٥ يناير ١٩٥٣ الطعن رقم ١٦٤ سنة ١٠ قضائية . جاء في الحكم الاول انه اذا كانت المسودة المشتملة على الأسباب غير موقع عليها الا من عضو واحد من أعضاء المحكمة كان الحكم باطلا - ولا يرد على ذلك القول بأنه اذا ما ثبت أن النطق بالحكم لم يحصل عقب الانتهاء من سماع المرافعة وانما أرجىء الى جلسة أخرى مقبالة ثم نطق به بمعرفة نفس الهيئة وصار ايداع المسودة عقب ذلك مباشرة فقد تحققت في هذه الحالة الحكمة التي توخاها الشارع من شمول المداولة للأسباب والمنطوق معا بصرف النظر عن ثبوتهما في ورقة واحدة او ورقتين منفصلتين متى كان الثابت أن ايداع قد حصل وفقا للقانون - ذلك أن ايجاب تسبيب الاحكام مقصود به حمل القضية على ألا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمة لم تستبين معالمها أو مجملتها غابت أو خفيت تفاصيلها وأن يكون الحكم دائما نتيجة أسباب معينة محصورة جرت على أساسها المداولة بين القضاة قبل النطق به - وذلك لا يدل عليه سوى توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه، فمن هذا التوقيع يبين أنهم طالعوا الأسباب وتناقشوا فيها وأقروها على الوضع الذي أثبتت به في المسودة ، ولا يغنى عن هذا الاجراء توقيعهم على الورقة المتضمنة لمنطوق الحكم وحده متى كانت منفصلة عن الورقة المشتملة على أسبابه وبدون ذلك لا تتحقق الحكمة التي توخاها الشارع من ايجاب توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه لأنه اذا كان تأجيل النطق بالحكم دليلا على حصول المداولة فيه قبل صدوره فان توقيع أحد أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه دون باقي الأعضاء لا يقوم دليلا على أن المداولة قد استقرت على اعتماد أسباب الحكم كما ثبتت في المسودة . ويراجع أيضا نقض ١٩٦٩/٣/١١ - ٢٠ - ٤١٢ - وحكم بأن البطلان المشار اليه في المتن والمتعلق بالنظام العام يجوز التمسك به في ملحق تقرير الطعن بالنقض ١٩٦٩/١١/١٩ - ٢٠ - ١٢١١ .

وأذا توفي القاضي بعد جلسة النطق بالحكم التي حضرها وقبل التوقيع على مسودته فان الحكم يكون باطلا وفقا لما تقدم ولا يعسد مهدوما (انظر الفقرة رقم ١٣٦) .

(٢) ولا يتصور ثمة بطلان في هذه الحالة - نقض ١٩٧٢/٥/١١ - ٢٣ - ٨٧٢ ، ونقض ١٩٧١/١٢/٢٨ - ٢٢ - ١١١٥ .

وحكمة ذكر تاريخ الايداع لا تحتاج الى بيان .

وحكم بأنه اذا استبان من الاطلاع على مسودة الحكم أنها موقع عليها من القاضي الذي أصدر الحكم ومؤرخة في يوم كذا (وهو يوم النطق بالحكم) فان الاجراءات تكون صحيحة ما لم يثبت بطريق رسمي غير ذلك بأن يقدم الخصم شهادة رسمية من قلم الكتاب تفيد أن المسودة لم تودع عقب النطق بالحكم (١) .

ولا يجوز تكملة البيانات المتقدمة بما هو وارد في أية ورقة رسمية أخرى كمحضر الجلسة مثلا ، وقضى بأن الحكم لى يكون له وجود قانوني ويكون حجة بما اشتمل عليه من منطوق وأسباب معا يجب أن يكون موقعاً عليه من القاضي الذي أصدره ، والا كان عبارة عن ورقة تحمل بيانات لا قيمة لها قانوناً لان توقيع القاضي على الحكم يضىف عليه الصفة القانونية - وتوقيع القاضي على منطوق الحكم ضمن محضر الجلسة الذي صدر فيها لا يفى شيئاً عن توقيعه على الحكم نفسه بأسبابه اذ الحكم بغير أسباب يعتبر قاصراً قصوراً جوهرياً يعيبه وهذا البطلان يجعله والعقد سواء ، وكل ما يترتب عليه من اجراءات يكون باطلاً (٢) .

والجدير بالذكر أن الذي يحدث عملاً أن يكتب منطوق الحكم في «رول القاضي» الذي يثبت فيه أسماء الخصوم ومطلوبهم ، ثم تكتب الأسباب في ذات الورقة أو في ورقة مكملتها بشرط أن يوقع القاضي على كل من المنطوق والأسباب .

وأذن لا يتطلب القاتون في المسودة غير البيانات المتقدمة ، كما أن العمل قد جرى على عدم اضافة غيرها ، وذلك على اعتبار أنها تكتب على وجه السرعة ولا يعتمد عليها الا بصفة مؤقتة والى أن تكتب نسخة الحكم الاصلية التي تعتبر أصل ورقة الحكم (٣) .

(١) شبين الكوم الابتدائية ٢٥ فبراير ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ ص ١٤٥٦ .

(٢) أسيوط - استئناف ٣٠ أكتوبر ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ ص ٨٩ .

(٣) راجع ما قالته المذكرة التفسيرية للقانون السابق بصدد المادة ٣٤٨ م (١٧٧ من القانون الجديد) - وقد تقدمت الإشارة إليها .

٤٢ - ايداع المسودة :

تقول المذكرة التفسيرية للقانون السابق انه ما دامت المداولة قد شملت الاسباب والمنطوق معا ، فالاصل أن يصدر معا الا انه قد لوحظ أنه قد تعرض احوال يحسن فيها صدور الحكم في الجلسة نفسها التي سمعت فيها المرافعة فيعلن منطوقه على أن تدون الاسباب التي حصل الاتفاق عليها في المداولة فيما بعد - في مواعيد نصت عليها المادة ٣٤٦ منه . واذا لم تودع الاسباب في المواعيد أو الاحوال المذكورة كان معنى هذا أن القضاة قد نطقوا بالحكم قبل أن يتداولوا في أسبابه ويتفقوا عليها وتستقر عقيدتهم على أساس فيها فحكمهم اذن يكون قد خلا عن هذه الضمانة التي يحرص عليها الشارع فهو حكم باطل .

ومظهر الضمانة المتقدمة ودليلها هو توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه - كما قدمنا - فمن هذا التوقيع يبين أنهم طالعوا الاسباب وتناقشوا فيها وأقروها على الوضع الذي أثبتت به في المسودة ، ولا يغنى عن هذا الاجراء توقيعهم على الورقة المتضمنة منطوق الحكم وحده متى كانت منفصلة عن الورقة المشتملة على أسبابه ويدون ذلك لا تتحقق الحكمة التي توخاها الشارع من ايجاب توقيع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم على مسودته المشتملة على أسبابه .

واذ قرر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أن يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، فقد أوجب في جميع الاحوال (ومن بعده المادة ١٧٥) - أي سواء نطق بالحكم بعد المرافعة أو في جلسة أخرى حددت للنطق به - أن تودع مسودته المشتملة على أسبابه موقعا عليها من الرئيس والقضاة عند النطق بالحكم (م ١٧٥) (١) .

(١) قضت محكمة النقض بأن (المادة ٣٤٦) توجب في حالة النطق بالحكم في جلسة أخرى غير جلسة المرافعة أن تودع مسودته المشتملة على أسبابه عقب النطق به موقعا عليها من الرئيس والقضاة الذين اشتركوا في المداولة والا كان الحكم باطلا . واذا فمتى كان الشايت من الاوراق هو ان المحكمة قررت حجز القضية للحكم لجلسة معينة وفي تلك الجلسة أصدرت =

٤٣ - جزاء الإخلال بالميعاد المتقدم :

إذا لم تودع المسودة على وجه الإطلاق ، أو أودعت في غير يوم النطق بالحكم (أي بعده) كان الحكم باطلا عملا بالمادة ١٧٥ . وقد تقدمت دراسة علة هذا البطلان .

ويحصل التمسك به عن طريق الطعن في الحكم بطريق الطعن المناسب، ولا يجوز رفع دعوى مبتدأة يطلبه (١) .

وتقول المذكرة التفسيرية للقانون السابق في الدفاع عن البطلان المتقدم: ربما هجس في الخاطر للوهلة الأولى أن الحكم ، وقد نطق به كيف يعتريه البطلان لعللة لاحقة على النطق به . وما ذنب المحكوم له أن يبطل حكمه لتراخي القاضى في تسهيبه . هذا الهاجس يضمنحل ويذول إذا لوحظ أن الحكم لا تعرف صحته وبطلانه عن النطق به وإنما تعرف بعد تحريره ، فإذا أغفل القاضى مثلاً في الحكم ذكر المحكمة التى أصدرته أو أغفل بيان واقعة الدعوى فإن هذا الحكم يبطل لسبب يرجع الى القاضى لا الى المحكوم له . فكذاك يجب أن يكون الشأن فى اغفال القاضى إيداع مسودة الحكم فى الميعاد ، ذلك الى ما تقدم من أن علة بطلان الحكم هنا هى دلالة عدم إيداع الاسباب فى الميعاد على أن الحكم قد صدر بغير استظهار اسبابه واتفاق القضاة عليها قبل النطق به .

وإذن تحرير الحكم تحريراً مطابقاً لما يتطلبه القانون هو وحده الذى يرتب للمحكوم له حقاً مكتسباً فيه .

ويلاحظ أن الحكم الباطل يجوز استئنافه ولو كان صادراً بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى ، وذلك عملاً بنص المادة ٢٢١ .

= الحكم وأودعت مسودته يوم صدوره غير موقع عليها من عضوى الدائرة اللذين اشتركا فى المداولة ، فإن هذا الحكم يكون قد شابه البطلان (نقض ١٥ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ١٦٤ سنة ٢٠ قضائية) .

وراجع أيضاً نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ القضية رقم ١ لسنة ٢٠ قضائية . ونقض ١٢ مارس ١٩٥٢ المحاماة ٣٥ ص ٣٣ .

(١) المذكرة التفسيرية للقانون السابق .

ويلاحظ أن المحكمة الاستئنافية عند استئناف الحكم الباطل يطرح عليها النزاع برمته في حدود ما رفع عنه الاستئناف ، وتفصل في موضوع الدعوى من جديد ، ولا تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى - عند الحكم بالبطالان - لان هذه استنفدت ولايتها بصدد (١) .

وتنص المادة ١٧٥ على أن المتسبب في البطلان المتقدم - لعدم ايداع المسودة يوم النطق بالحكم - يكون ملزما بالتعويضات ان كان لها وجه .

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ ص ١١٠ - وكتاب المرافعات رقم ٦٠٤ وسوهاج ١٧ مايو ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٣٧٥ وقارن استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ المحاماة ٢٦ ص ٦٥٦ .

الفصل الخامس

تحرير الاحكام

٤٤ - رأينا أن المشرع يوجب ايداع مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه يوم النطق به ، وأن هذه المسودة تحفظ بملف القضية ولا تعطى منها صور للخصوم ، وإنما يجوز لهم الاطلاع عليها لاعداد طعونهم في الحكم أو لاتخاذ الاجراءات التي تقتضيها مصالحهم (م ١٧٥) .

ولما كانت مسودة الحكم لا تشتمل الا على منطوقه وأسبابه ، فهي لا تفنى عن تحرير نسخة الحكم الاصلية ، فبعد ايداع المسودة تكتب نسخة الحكم الاصلية وتحفظ في ملف القضية ، وتعطى الصور من هذه النسخة الاصلية .

٤٥ - ميعاد ايداع نسخة الحكم الاصلية :

يوجب القانون ايداع نسخة الحكم الاصلية في ملف الدعوى وذلك في ظرف أربع وعشرين ساعة من ايداع المسودة في القضايا المستعجلة وسبعة ايام في القضايا الاخرى والا كان المتسبب في التأخير ملزماً بالتعويضات (م ١٧٩) .

وواضح أن الميعاد المتقدم يبدأ من تاريخ ايداع المسودة ، وإذا كان مقدراً بالساعات فلا تحتسب ساعة ايداع المسودة عملاً بالمادة ١٥ ، وإذا كان مقدراً بالايام فلا يحتسب يوم ايداع المسودة عملاً بذات المادة .

والجدير بالذكر أن المشرع لا يلزم قلم الكتاب بتحديد ساعة ايداع المسودة ، ومن ثم كيف يبدأ ميعاد ايداع النسخة الاصلية في القضايا المستعجلة ؟

ولا يضاف الى الميعاد المتقدم ميعاد مسافة لان مواعيد المسافة تقرر لمصلحة الخصوم وحدهم (١) .

(١) راجع الفقرة رقم ٤٢ .

واذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد الى اول يوم عمل بعدها عملا بالمادة ١٨ من قانون المرافعات . وفي الساعة التى ينقضى فيها ميعاد ايداع نسخة الحكم فى القضايا المستمجةلة (وقدره اربع وعشرون ساعة) فى هذه الساعة ينقضى الميعاد اذا امتد الى يوم تال بسبب عطلة رسمية .

ولا يترتب ثمة بطلان لعدم مراعاة المواعيد المتقدمة ، وانما يلتزم المتسبب فى التأخير بالتضمينات عملا بالقواعد العامة وبنص المادة ١٧٩ .

٥٠ مكررا - الاحتفاظ بصفة القاضى حتى كتابة حكمه :

يحدث أن تزول عن القاضى صفته بعد النطق بالحكم وقبل كتابته والتوقيع عليه . بل قد تزول هذه الصفة قبل النطق بالحكم وقبل كتابته ، أو قبل النطق بالحكم وبعد كتابته .

ويدور البحث حول صحة الاجراءات المتقدمة ، أو بطلانها ، وما اذا كان يملك قاض آخر التوقيع على الحكم الذى كتبه غيره ، أو ما اذا كان يملك قاض كتابة أسباب حكم نطق به آخر وحكمه على تلك الأسباب .

والمبدأ الاساسى الذى يسود فى صدد ما تقدم يوجب أن يكون القاضى الذى ينطق بالحكم ويكتب أسبابه هو الذى سمع المرافعة .

ونلاحظ التفرقة بين زوال صفة القاضى فى الاحوال المتقدمة (بسبب قبول استقالته أو وفاته أو نقله الى وظيفة أخرى . . . الخ) وبين حصول ما يمنع من حضوره وقت تلاوة الحكم ، ففي هذه الحالة الاخيرة وحدها يجوز عملا بالمادة ١٧ تلاوة حكمه ، دون حضوره ، بشرط أن يوقع على مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه . ويتعين حتى تتوافر هذه الحالة أن يكون المانع الذى يجيز الاستغناء عن حضور القاضى شخصيا هو مانع مادي كالمرض مثلا ، أما المانع الذى مبناه زوال صفة القاضى فهو يوجب فتح باب المرافعة من جديد ، لانه من الواجب أن يحتفظ القاضى بصفته حتى صدور الحكم ، ومن الواجب أن يكون متمكنا قانونا من الاصرار على رأيه أو العدول عنه الى وقت النطق بالحكم .

والقاعدة أن البطلان الناشئ عن عدم توقيع أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة على مسودة الحكم هو بطلان يتعلق بالنظام العام . ولا يعتمد بتوقيع

قاض آخر لم يستمع الى المرافعة . كل هذا بافتراض أن المانع عن الحضور هو مادي بحت (١) .

وجدير بالذكر ان الحكم يعتبر في كل الاحوال قد صدر من الهيئة التي حصلت المرافعة الختامية امامها ووقع افرادها على مسودة الحكم ، لا الهيئة التي حضرت حال النطق بالحكم . ومن ثم لا يعتد بكون بعض القضاة قد حضروا جلسة النطق بالحكم على الرغم من أنه ممنوع من نظر الدعوى وغير صالح لتظرها بحكم من القضاء أو بنص في التشريع (٢) .

اما زوال صفة القاضي قبل النطق بالحكم ، فهي تستوجب حتما فتح باب المرافعة من جديد لانه - كما قدمنا - من الواجب أن يحتفظ القاضي بصفته حتى صدور الحكم ، ولانه من الواجب أن يكون متمكنا قانونا من الاصرار على رأيه والعهدول عنه الى وقت النطق بالحكم ، ولانه من المبادئ الاساسية في النظام القضائي الا يكمل القاضي عمل زميله - وأن القاضي الذي يصدر الحكم هو ذات القاضي الذي سمع المرافعة - اذ لا يصدر حكمه ويكتبه الا وفق ما يطمئن اليه ضميره هو (٣) .

المبدأ المتقدم لا يتصل بالنظام العام فحسب ، وانما هو يتصل بالنظام الاساسي لمرفق القضاء . ومن ثم يمتنع على القاضي ، ومن تلقاء نفسه ، النطق بالحكم في قضية لم يحضر المرافعة فيها ، وانما حضرها من زالت صفته من زملائه بسبب الوفاة أو قبول الاستقالة أو النقل الى وظيفة أخرى ، أي يمتنع عليه دراسة القضية من واقع أوراقها والحكم فيها والنطق بهذا الحكم وكتابته . بل يمتنع عليه النطق بالحكم ولو كان قد

(١) نقض ٢ فبراير ١٩٥٢ طعن رقم ٩٤ لسنة ٢٢ ق ونقض ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧. السنة ٨ من مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٤٦٠ ونقض جنائي ٢٦ يولية ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٩٢٥ ونقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٨ السنة ٩ ص ٧٨١ . ونقض ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ص ١٧٦ .

(٢) راجع أبو هيف ٢ رقم ١٠٧٧ وقارن أحكام الاستئناف المختلطة المشار اليها فيه .

(٣) أنظر جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٤٣ والاحكام المشار اليها فيه .

كتب مسودته ووقع عليها من زالت صفته قبل الجلسة المحددة للنطق بالحكم ، لانه اذا كان يجوز أن ينطق بالحكم من لم يصدره فانه يشترط لذلك أن يكون القاضى المتفيع محتفظا بصفته حتى النطق بالحكم ، والا اعتبر قد صدر من غير ذى صفة وممن لا يملك ولاية القضاء .

واذن ، فاذا زالت عن أحد القضاة صفته قبل النطق بالحكم ، فلا يجوز لقاض آخر أن يدرس القضية ويكتب حكمه فيها وينطق به دون مرافعة ، كما لا يجوز له أن يشترك في المداولة مع من سمع المرافعة من القضاة ويوقع على الحكم معهم ويحضر جلسة النطق به ، وفي هذه الاحوال يكون الحكم باطلا عملا بالمادة ١٦٧ التى تنص على أنه لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا ، وعملا بالمادة ١٧٠ التى تقدمت دراستها .

أما اذا اشترك أحد القضاة فى سماع المرافعة ، ثم قبات استقالته قبل النطق بالحكم ، ونطقت به هيئة أخرى ، ووقع هو على مسودة الحكم فانه يكون معدوما وليس باطلا اذ يعتبر قد صدر ممن ليست له ولاية القضاء .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت النصوص الواردة فى قانون المرافعات فى الفصل الخاص باصدار الاحكام (وهو الفصل الاول من الباب العاشر) تؤدي بمفهومها الى ضرورة اصدار الاحكام ممن يتصف بوصف القاضى والى لزوم ثبوت هذه الصفة له حتى النطق بالحكم وذلك لتتوافر له مكنة الاصرار على رأيه او العدول عنه حتى ذلك الوقت ، وكان الثابت أن أحد المستشارين قد فقد ولاية القضاء قبل اصدار الحكم المطعون فيه والنطق به فان الحكم يكون باطلا (١) .

وبلاحظ بصدد الحكم المتقدم أن زوال صفة القاضى قبل النطق بالحكم تؤدي الى انعساده لا بطلانه ، وذلك لانه يعتبر قد صدر ممن ليست له ولاية القضاء ، أما اذا لم يوقع القاضى على مسودة الحكم وانما وقعها من حل محله فلا يعتبر الحكم صادرا ممن ليست له ولاية القضاء وانما يعتبر صادرا ممن لم يستمع الى المرافعة ويكون الحكم باطلا فقط وليس معدوما .

(١) نقض ٥ يولية ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٥٢٦ .

وفي القضية التي صدر فيها حكم النقض المتقدم زالت عن أحد المستشارين صفته بعد المرافعة وبعد حجب القضية للحكم فيها ، وفي جلسة النطق بالحكم حضر مستشار آخر بدلا ممن زالت صفته ووقع على مسودة الحكم مع باقى أعضاء الهيئة فيكون الحكم باطلا وليس معدوما لانه قد اشترك في إصداره أحد المستشارين دون أن يكون قد سمع المرافعة .

وانما تعميم المبدأ - وفقا لما جاء في حكم النقض المتقدم - محل نظر .

كل هذا فضلا عن أن صفة القاضى يجب أن تثبت له حتى ايداع المسودة وتوقيعه على نسخة الحكم الاصلية ان كان هو رئيس الهيئة وليس فقط حتى النطق بالحكم - كما قالت محكمة النقض - ولا يجوز بأى حال من الاحوال أن يوقع على نسخة الحكم الاصلية غير رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم عملا بالمادة ١٧٩ .

والجدير بالاشارة أن المادة ٣١٢ من قانون الاجراءات الجنائية تنص على انه اذا حصل مانع لرئيس الجلسة يوقع نسخة الحكم الاصلية أحد القضاة الذين اشتركوا معه في إصداره ، واذا كان الحكم صادرا من محكمة جزئية ، وكان القاضى الذى أصدره وضع أسبابه بخطبه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يوقع بنفسه على نسخة الحكم الاصلية أو يندب أحد القضاة للتوقيع عليها بنسأ على تلك الأسباب . فاذا لم يكن القاضى قد كتب الأسباب بخطه يبطل الحكم لخلوه من الأسباب (١) .

وقد قصد بالنص المتقدم تفادى إعادة طرح الخصومة على القضاء والمفسالة في التمسك بالشكليات بتبسيط الاجراءات دون الاخلال بالضمانات الاساسية المقررة للخصوم .

(١) أنظر شرح هذا النص محمود مصطفى - شرح قانون الاجراءات الجنائية رقم ٣٥٦ وحسن المرصفاوى ، الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ رقم ٣٦٨ والاحكام المشار اليها في المرجع الاخير وهى ٢٠ مارس ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض الجنائية السنة ٧ رقم ١٢١ أول مايو ١٩٥٦ السنة ٧ رقم ١٩٧٠ و ١٢ نوفمبر ١٩٥٧ السنة ٨ رقم ٢٤٢ و ٢٣ يونية ١٩٥٩ السنة ١٠ رقم ١٥١ .

ويعمل بالنص المتقدم سواء اكان المانع من التوقيع ماديا ام قانونيا
 اساسه زوال صفة القاضى ، ويفرق - اى النص - بين امرين الاول : أن
 يكون المانع متصلا برئيس الجلسة وهذا يكفى أن يكون الحكم مكتوبا ولو
 لم يكن بخطه ، والثانى : أن يكون متصلا بقاض جزئى وفى هذه الحالة
 يتمين أن تكون أسباب الحكم مكتوبة بخطه . وفى الحالتين يشترط أن
 يكون القاضى محتفظا بصفته حتى النطق بالحكم وحتى كتابة أسبابه .
 واذن اذا زالت عن رئيس الهيئة التى قضت فى الدعوى صفته كقاض فان
 وضعه بعد ذلك أسباب الحكم ثم توقيعه آياه لا يكسب ورقته الصفة
 الرسمية ولا يجعل منها بالتالى حكما مستوفيا الشكل القانونى . واذا لم
 يكن فى ملف القضية غير تلك الورقة ولم يكن عليها توقيع آخر ممن
 اشتركوا مع موقعها فى الفصل فى القضية فان الدعوى تعتبر وكأنها لم
 يحكم فيها (١) .

وتطبيقا لما تقدم اذا زالت صفة أحد القضاة قبل النطق بالحكم وجب
 فتح باب المرافعة من جديد ، واذا زالت صفته بعد النطق بالحكم وقبل
 كتابة أسبابه وجب أيضا فتح باب المرافعة من جديد .

فيجب اذن أن يحتفظ القاضى بصفته عملا بنص المادة ٣١٢ من قانون
 الاجراءات الجنائية حتى كتابة أسباب الحكم . أما التوقيع على نسخة
 الحكم فيجوز أن يقوم به قاض آخر سواء زالت صفة القاضى بعدئذ أو
 حصل له مانع مادي بشرط أن يكون قد كتب أسباب الحكم بخطه اذا كان
 قاضيا جزئيا ، أو بشرط أن يوقع على النسخة الاصلية للحكم أحد القضاة
 الذين اشتركوا فى اصداره مع من اتصل به المانع المادى أو القانونى .
 وبهذا - وفى الحالتين - تقطع دلالة الحال على أن القاضى قد أنهى مأموريته
 تماما قبل زوال صفته ، وليس ثمة ما يمنع من التوقيع على نسخة الحكم
 بعدئذ من أحد زملائه أو من يندب لاجراء هذا التوقيع .

كل ما تقدم هو المقرر فى الاجراءات الجنائية .

(١) نقض ٢١ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ٧ ص ١٥٧ .

ونحن نتساءل هل يجوز اعمال نص المادة ٣١٢ من قانون الاجراءات الجنائية بصدد الاجراءات فى المواد المدنية والتجارية ومواد الاحوال الشخصية ، وذلك اذا زالت صفة القاضى بعد النطق بحكمه وبعد كتابة اسبابه بخطه ان كان قاضيا جزئيا أو بعد كتابتها والتوقيع عليها من أحد القضاة الذين اشتركوا فى اصدارها مع من اتصل به المانع القانونى .

ما دار البحث من قبل - فيما نعلم - حول جواز تطبيق قاعدة مقررة فى الاجراءات الجنائية على الاجراءات فى المواد المدنية والتجارية ، وانما كان قانون المرافعات هو المعتبر الاصل وهو المعتبر القانون العام للاجراءات يرجع اليه اذا شاب أى قانون اجرائى آخر نقص أو غموض أو ابهام .

وانما ، لعل ذلك النقص الواضح فى قانون المرافعات هو الذى أتاح فرصة تقرير القاعدة المقررة فى المادة ٣١٢ من قانون الاجراءات الجنائية .

ونحن لا نرى مانعا من اعمال تلك القاعدة فى قانون المرافعات بسبب عدم وجود نص خاص ، ولان المقصود منها هو مجرد التيسير والتبسيط دون الاخلال بالضمانات الاساسية المقررة للخصوم ودون المساس بأية مصالح لاى منهم . واذا كان الاصل ان الاجراءات هى اوضاع استثنائية لا تتبع ولا يلتزم بها أحد الا فى الاحوال المقسرة فى التشريع ولا يجوز القياس عليها الا أنه ومما لا شك فيه ليس ثمة ما يمنع من اتخاذ اجراءات قصد بها فى الواقع تفادى المغالاة فى التمسك بالشكليات وتبسيط سير العمل فى مرفق القضاء .

٤٦ - بيانات الحكم (م ١٧٨ معدلة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣) :

يقوم القاضى بتحرير الحكم ويتعين أن يشتمل على البيانات الآتية :

(١) المحكمة التى أصدرت الحكم .

(٢) مادة النزاع التى فصل فيها الحكم وهل هى مادة تجارية أو

مستعجلة (١) .

(١) حتى لا يخفى على المحضر الذى يطلب منه اجراء التنفيذ أن الحكم صادر فى مادة تجارية أو مستعجلة ، فيكون واجب النفاذ بقوة القانون عملا بالمادة ٢٨٨ والمادة ٢٨٩ .

(٣) تاريخ اصدار الحكم .

(٤) مكان اصداره .

(٥) أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة ، أو اشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته - وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وتخلفوا عن الحضور في جلسة النطق به وائبات اشتراكهم في المداولة وتوقيعهم على المسودة .

(٦) اسم عضو النيابة الذي أبدى رايه في القضية ان كان .

(٧) الوقائع les qualités وهي تشتمل على بيان بأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم ان كانوا ونص ما قدموه من طلبات أو دفاع وخلاصة ما استندوا اليه من الادلة الواقعية والحجج القانونية ومراحل الدعوى (١) وراي النيابة .

(٨) اسباب الحكم أي حيثياته les motifs .

(٩) منطوق الحكم le dispositif .

(١٠) توقيع رئيس الجلسة وكاتبها .

٤٧ - جزاء النقص في بيانات الحكم - هل يستكمل محضر الجلسة الدليل على صحة شكل الحكم ؟ :

الحكم باعتباره ورقة شكلية يجب ان يكون مكتسوبا ، وان يكون مستكملا بذاته شروط صحته ، بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من

(١) قضت محكمة النقض بأن (المادة ٣٤٩ من القانون السابق) لا تستوجب ذكر اثبات تلاوة التقرير كبيان من بيانات الحكم ، ومما قالت انه لا محل للقول بأن تلاوة التقرير هي مرحلة من مراحل الدعوى التي أوجبت المادة المذكورة بيانها في الحكم ، ذلك ان ما قصدت اليه هو بيان مراحل سير الخصومة بين طرفيها وليست تلاوة التقرير سوى اجراء من الاجراءات التي أوجبها القانون في الدعوى لا حلقة من حلقات الخصومة فيها . (نقض ٧ يونيو ١٩٥٦ القضية رقم ٤١٧ سنة ٢٢ قضائية) .

البيانات بأى طريق من طرق الاثبات . وهو باعتباره محررا رسميا لا يجوز اقامة الدليل على مخالفة بياناته للواقع الا بطريق الادعاء بالتزوير . والمقصود بهذه البيانات ما نسب الى رئيس الجلسة وكتابها كتاريخ الحكم وأسماء القضاة الذين أصدروه ومطابقة نصه لما حصل النطق به شفويا .

وتنص المادة ١٧٨/٢ على أن القصور في اسباب الحكم الواقعية ، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم ، وكذا عدم بيان أسماء القضاة (١) الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم . وألغى القانون الجديد ما كان ينص عليه القانون السابق - في المادة ٣٤٩ منه - من الحكم بالبطلان لعدم ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه في القضية .

وحكم اعمالا للمادة المتقدمة بأن اغفال اسم المحكوم له هو اغفال لبيان جوهرى والا كان الحكم باطلا ، ولا يفنى عن هذا البيان امكان معرفة اسم المحكوم له من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو كانت رسمية ، لان الحكم يجب أن يكون دالا بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق من طرق الاثبات (٢) .

وحكم - في ظل القانون السابق - بأن المشرع اذ أوجب بمقتضى (المادة ٩٩) على النيابة أن تتدخل في كل قضية تتعلق بالاحوال الشخصية واذ أوجب أيضا في (المادة ٣٤٩) على المحكمة أن تبين في حكمها ضمن ما أوجبه من بيانات اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه في القضية ومراحل الدعوى ورأى النيابة فقد دل بذلك على أن سماع رأى النيابة في دعاوى الاحوال الشخصية ، واثبات هذا الرأى ضمن بيانات الحكم هو من البيانات الجوهرية التى يترتب على اغفالها بطلان الحكم (٣) .

(١) اغفال بيان اسم القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلانه - نقض ١٨/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ٩٥٩ .

(٢) نقض ٣١٠ ديسمبر ١٩٥٣ - طعن رقم ١٧٩ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٢٠ يونية ١٩٥٥ القضية رقم ٧ سنة ٢٥ قضائية (احوال شخصية) .

أما في ظل القانون الجديد فلا يترتب ثمة بطلان لعدم ذكر اسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية (١)، لأن المادة ١٧٨ لا تنص على هذا البطلان جزاء اغفال اسمه . كما لا يترتب البطلان لخلو الحكم من بيان رأى النيابة (٢) (٣) . وتنص المادة ٩١ على أن النيابة تعتبر ممثلة في الدعوى متى قدمت مذكرة برأيها فيها ، ولا يتعين حضورها الا اذا نص القانون على ذلك .

وفي جميع الاحوال لا يتعين حضور النيابة عند النطق بالحكم .

وحكم بأنه لما كانت المادة ٨٨ من قانون الضرائب رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ توجب تمثيل النيابة في الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون بحيث يترتب على اغفال هذا الاجراء بطلان الاحكام الصادرة فيها بطلانا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لانه من الاسباب القانونية الصرف المتعلقة بالنظام العام ، فان هذا النص بهذا السبب يكون مقبولا من حيث الشكل حتى ولو كان الطاعن لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا في اسباب طعنه ما دام قد أثير أثناء نظر الطعن (٤) .

== ونقض ١٧ يناير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٨٠ ونقض ٢ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٥٩ ونقض أول نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٦٥ ونقض ١٩ ديسمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١١٤٦ ونقض ٢٥ فبراير ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٣٠ ونقض ٢ مارس ١٩٦١ السنة ١٢ ص ١٩٩ ونقض أول يونية ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٥٢٧ ونقض ٨ نوفمبر ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٦٥٥ .

(١) نقض ١٩٧٣/٤/٢٥ - ٢٤ - ٦٧٧ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٢/٢٣ - ٢٣ - ٢٢٧ ، ونقض ١٩٧٢/٤/١٩ - ٢٣ - ٧٣٠ ، ونقض ١٩٦٦/١٢/١٤ - ١٧ - ١٩٠٠ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٢/٢٣ - ٢٣ - ٢٢٧ - قضت محكمة النقض في هذا الحكم بأنه لا يترتب البطلان لعدم ابداء النيابة رأيها في منازعة ضريبية .

(٤) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٢٤ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٩٧٢/٢/٢٣ - ٢٣ - ٢٢٧ ، ونقض ١٩٧٢/٥/١٧ - ٢٣ - ٩٤٩ .

وقضت محكمة النقض بوجوب تدخل النيابة ولو في الدعاوى المدنية اذا اثيرت مسألة تتعلق بالاحوال الشخصية أثناء نظرها (١) .

وحكم بأن المادة ١٧٨ وان كانت قد رتب بطلان جزاء على الخطأ في ذكر أسماء الخصوم والقباهم وصفاتهم ، فقد اشترطت لذلك أن يكون الخطأ جسيماً . واذن فمتى كانت الدعوى قد رفعت على احدى الطاعنات بالاسم المقتال بوقوع الخطأ فيه ، وتسلم زوجها اعلان صحيفة الاستئناف دون أن يعترض ، وصدر الحكم عليها بهذا الاسم ، مما تنتفى معه مظنة الخطأ الجسيم في ذكر اسمها وهو وحده الموجب لبطلانه ، فان التمسك ببطلان الحكم استنادا الى الخطأ في ذكر اسم أحد الخصوم يكون على غير أساس (٢) .

وقضت محكمة النقض بأن عدم ذكر اسم المحكوم له في الحكم يترتب عليه البطلان (٣) . وقضت بأنه متى كان النقض أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة المردودة في الدعوى ، فانه لا يعتبر نقضا أو خطأ جسيماً مما قصدت المادة ١٧٨ أن يترتب عليه بطلان الحكم (٤) . وقضت بأن الخطأ في اسم

(١) نقض ١٩٧٢/١٢/٦ - ٢٣ - ١٣٢٤ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/٦ - ٢٣ - ١٣٢٤ .

(٢) نقض ١٠ يونية ١٩٥٤ - طعن رقم ٢٢٢ سنة ٢١ قضائية ، ونقض ١٩٧٣/٢/٨ - ٢٤ - ١٦١ ، ونقض ١٩٧٢/٥/١١ - ٢٣ - ٧١٥ . اغفال ذكر موطن الخصم لا يترتب اى بطلان ما دام قد ذكر اسمه ولقبه ووظيفته ومحل عمله (نقض ١٩٧١/١/٦ - ٢٢ - ٢٧) ، وفي صدد الصفة نقض ١٩٧٢/٣/٧ - ٢٣ - ٣١١ .

(٣) ٣١ ديسمبر ١٩٥٣ الحاماة ٣٥ ص ١٠٩٦ .

(٤) نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ - ٨ - ٦٠٠ ونقض ١٩٥٤/٦/١٠ - ٥ - ٩٤٢ ونقض ١٩٦٩/١٢/٤ - ٢٠ - ١٢٥٨ ونقض ١٩٧٢/٥/١١ - ٢٣ - ٨٧٦ ونقض ١٩٦٢/١/٤ - ١٣ - ٤٢ ونقض ١٩٧٢/٣/٧ - ٢٣ - ٣١١ . ونقض ١٩٧٩/١/١١ رقم ٢٠٨ سنة ٤٧ ق ونقض ١٩٧٩/١/١١ رقم ١٠٢١ سنة ٤٥ ق .

المنسوب المفوض للشركة لا يترتب اى بطلان للحكم متى كان هذا الخطأ لا يشكك في حقيقة الشركة واتصالها بالخصومة (١) . وقضت بأن التجهيل في صدد أسماء الخصوم يؤدي الى البطلان (٢) ، وأن صدور الحكم باسم ورثة الخصم جملة دون بيان أسمائهم يترتب بطلان الحكم (٣) ، وأن خطأ الحكم في ذكر اسم من توفي من الخصوم قبل صدور الحكم ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصوم واتصالهم بالخصومة ، ومن ثم لا يترتب ثمة بطلان في هذا الصدد (٤) .

وحكم بأن اغفال وصف الحكم بأنه حضوري أو غيابي ، لا يؤدي الى بطلانه (٥) .

وحكم بأنه متى كانت المحكمة بعد أن حققت وجه البطلان المدعى به خلصت الى ذكر أربعة قضاة في ديباجة الحكم لا يعدو أن يكون خطأ ماديا وأنه لم يشترك في المداولة في القضية واصدار الحكم فيها الا ثلاثة قضاة هم المذكورة اسمائهم بمحضر الجلسة ، وكان هذا المحضر مكملًا للحكم وكان مجرد الخطأ المادي في الحكم لا يؤثر في سلامته وكانت المحكمة قد خلصت الى هذه النتيجة بأسباب سائفة تؤدي اليها - فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع ببطلان الحكم الابتدائي لا يكون قد خالف القانون (٦) .

وقضت محكمة النقض بأن صدور الحكم من ثلاثة مستشارين انما يتعلق بأسس التنظيم القضائي ، وبالتالي فصدور الحكم من أربعة مستشارين في محكمة الاستئناف يترتب عليه بطلان الحكم (٧) .

(١) نقض ١٩٦٩/٦/١٩ - ٢٠ - ١٠٠٢ .

(٢) نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ - ١٧ - ٤١٢ .

(٣) نقض ١٩٦٧/١/١٨ - ١٨ - ١٣٠ .

(٤) نقض ١٩٧٠/٤/١٣ - ٢١ - ١٧٨٢ .

(٥) نقض ١٩٧٢/٥/٩ - ٢٣ - ٨٢٨ .

(٦) نقض ٢٥ يولية ١٩٥٣ - طمن رقم ١٤ سنة ٢١ قضائية .

(٧) نقض ١٩٧٢/٥/١٨ - ٢٣ - ٩٥٩ .

وحكم بأن عبارة القضية الذين أصدروا الحكم التي وردت في المادة ١٧٨/٢ إنما تعنى القضية الذين فصلوا في الدعوى ، لا القضية الذين حضروا تلاوته ، فإذا كان الحكم لم يبين أسماء اثنين من المستشارين الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم ، فإنه يكون مشوباً بالبطلان لخلوه من بيان أسماء القضية الذين أصدروا الحكم (١) .

ويتجه الرأي الى اعتبار محضر الجلسة مستكملاً للدليل على صحة شكل الحكم (٢) ، وقضى بأنه متى كان الحكم اذ قضي بالانفصال الجسماني

(١) نقض ٢٧ فبراير ١٩٥٨ السنة ٩ ص ١٧٣ .

(٢) انظر في تأكيد أن محضر الجلسة يستكمل الدليل على صحة شكل الحكم موريل رقم ٥٦٦ وجلاسون ٣ رقم ٧٥٠ وجارسونيه ٣٠ رقم ٦٦٦ - ٦٧١ واحكام النقض الفرنسية في الفقرة رقم ٤٨ من هذا الكتاب - ونقض جنائي ٢٧ نوفمبر ١٩٣٣ (ماحق القانون والاقتصاد الجنائي ٤ رقم ١٩) مع ملاحظة أن الحكم الاخير قد استند الى المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات القديم التي تنص على جواز الاستعانة بمحضر الجلسة في تكملة الدليل على صحة شكل الحكم .

ويبدو أن المرحوم الدكتور محمد حامد فهمي يؤيد الأخذ بالمبدأ المذكور في المادة المتقدمة في الاحكام المدنية على سبيل التيسير والتساهل وقبائلاً على ما تتبعه في هذا الصدد محكمة النقض الفرنسية (محمد حامد فهمي رقم ٦٣٥ - الحاشية) .

وقضت محكمة النقض بأن ورود اسم أحد القضية في ديباجة الحكم ضمن أعضاء الهيئة التي أصدرته ، وإن كان يجوز أن يكون نتيجة لخطأ مادي يقع عند إعداد الحكم وتحريره ولا يترتب على ذلك بطلان الحكم ، غير أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تصحيح مثل هذا الخطأ إنما يكون بناء على ما يستمد مما هو ثابت بمحضر جلسة النطق بالحكم الذي يعتبر مكملًا له (نقض ١٩٧١/١٠/٢٦ - ٢٢ - ٨٤٤) فلا يجوز الاستناد الى غير ذلك من الأدلة ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في تصحيح الخطأ الواقع في اسم أحد أعضاء الهيئة الواردة في ديباجة الحكم الصادر من المحاكم المختلفة الى أدلة غير مستمدة من محضر جلسة النطق بالحكم المشار اليه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض ١٣ يناير ١٩٥٥ القضية رقم ١٧١ سنة ٢١ قضائية ، ونقض ١٩٧١/١٠/١٦ - ٢٢ - ٨٤٤) .

= العبرة في إثبات تاريخ اصدار الحكم بما تضمنته محاضر الجلسات (نقض ١٩٧٣/٢/١٧ - ٢٤ - ٢٥٥) .

بين زوجين فرنسيين لا يبين منه أن ما قضى به كان من تلقاء نفس المحكمة ، أو بناء على طلب احتياطي للزوج ، أو بناء على طلب أصلى للزوج بعد أن نزل عن طلب الطلاق ، مع اختلاف الحكم في كل من هذه الاحوال في القانون الفرنسى ، فإن هذا الحكم يكون قد شابه البطلان ، كما خالف المادة ١٧٨ التى توجب أن يبين فى الحكم نص ما قدم الخصوم من طلبات أو دفاع أو دفع و خلاصة ما استندوا اليه من الادلة الواقعية والحجج القانونية (١) .

وحكم بأنه لما كانت المادة ١٦٧ تنص على أنه لا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا ، وكانت المادة ١٧٠ تنص على أنه يجب أن يكون القضاة الذين اشتركوا فى المداولة حاضرين تلاوة الحكم فاذا حصل مانع لاحدهم وجب أن يوقع على مسودة الحكم ، وكانت المادة ١٧٨ تنص على أنه يجب أن يبين فى الحكم المحكمة التى أصدرته وتاريخ اصداره ومكانه . . . واسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وأن عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلانه . وكان مفاد ذلك كله أنه تخلف أحد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به بسبب مانع قهرى ، فوقع على مسودته المشتملة على منطوقه وأسبابه وحل غيره محله وقت النطق به وجب اثبات ذلك فى الحكم والا لحقه البطلان . لما كان ذلك وكان أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة فى الدعوى لم يحضر تلاوة الحكم المطعون فيه وحل قاض آخر محله وكان الحكم خلوا من بيان أن القاضى الذى لم يحضر النطق به قد اشترك فى المداولة فيه ووقع على مسودته ، وكان هذا البيان جوهرى على ما سبق بيانه فانه هذا الحكم يكون مشوبا بالبطلان مما يستوجب نقضه (٢) .

وجدير بالذكر أن المادة ١٧٨ يعد أن سردت فى فقرتها الاولى جميع بيانات الحكم ، جاءت فى الفقرة الثانية منها ترتب البطلان جزاء مخالفة بعضها دون البعض الآخر - على ما تقدمت دراسته . فهل معنى هذا أن

(١) نقض ١٤ يناير ١٩٥٤ - طعن رقم ٣٦٤ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ مايو ١٩٥٢ - طعن رقم ٢٤٥ سنة ٢٠ قضائية .

نقص البيانات الاخرى أو الخطأ فيها لا يرتب أى بطلان ؟ لا نرى هذا ، وانما نرى أن مقصود المشرع الاحالة بصددھا الى القاعدة العامة في البطلان، تلك القاعدة التى تقرر أن الاجراء يكون باطلا - ونو لم ينص المشرع على ذلك - متى شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم (م ٢٠). (١) .

وعدم ذكر اسم المحكمة التى اصدرت الحكم لا يرتب أى بطلان لان المفروض أن المحكمة التى اصدرت الحكم هى التى اودع ملفه قلم كتابها .

وعدم ذكر تاريخ اصدار الحكم - أى تاريخ النطق به - يرتب بطلانه وفقا للرأى الراجح فى فرنسا على اعتبار أنه من البيانات الجوهرية ، فمن تاريخ النطق بالحكم تسرى كثير من الآثار القانونية (٢) . وعند من لا يرتب البطلان جزاء اغفال ذكر تاريخ النطق بالحكم يستوجب أن تشمل المسودة على هذا التاريخ والا كان الحكم باطلا (٣) .

واذا لم يتطابق تاريخ النطق بالحكم المذكور فى مسودته ونسخته الاصلية فان الحكم يكون باطلا اذا اختلف الرأى فى احتساب ميعاد ايداع المسودة ، وما اذا كان هذا الميعاد قد احترمته المحكمة أم لم تحترمه . وعدم تطابق التاريخ المتقدم يرتب بطلان الحكم اذا سبب هذا الاخلال ضررا للخصم عملا بالمادة ٢٠ . وكثيرا ما يفيد محضر الجلسة فى حسم النزاع وتحديد التاريخ الصحيح للنطق بالحكم فنصح الاجراءات (٤) ، على اعتبار حصول مجرد خطأ مادي فى المسودة أو النسخة الاصلية .

وعدم ذكر ما اذا كان الحكم صادرا فى مادة تجارية أو مادة مستعجلة لا يرتب بطلانه ، وانما يعطل تنفيذه تنفيذا معجلا بقوة القانون ، اذ يمتنع المحضر عن تنفيذه .

(١) ومع ذلك قادن ما قررته المذكورة التفسيرية لقانون سنة ١٩٤٩ من المادة ٢٥ منه .

(٢) ربرتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٦ رقم ١٨٣ .

(٣) المرجع السابق رقم ١٨٤ .

(٤) نقض ١٩٧٣/٢/١٧ - ٢٤ - ٢٥٥ .

وعلم ذكر مكان صدور الحكم لا يترتب بطلانه ، اذ المفروض أنه قد صدر في سرأي المحكمة ، ومحضر الجلسة يؤكد هذا (١) .

وقضت محكمة النقض بأن الترتيب الوارد في المادة ١٧٨ بشأن البيانات التي يجب تدوينها في الحكم ليس ترتيباً حتمياً يترتب على الاخلال به البطلان ، ، فيجوز أن تورد المحكمة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استند اليها الخصوم في ثنايا أسباب الحكم التي تكفلت بالرد عليها (٢) .

وقضت بأن الخطأ في بيان رقم الدعوى التي رفع عنها الاستئناف خطأ مادي لا يصلح سبباً للطعن بالنقض (٣) .

وقضت بأن افعال وصف الحكم بأنه حضوري أو غيابي ، لا يترتب عليه أي بطلان (٤) .

وقضت محكمة النقض بأن القانون لم ينص على البطلان جزاء عدم توقيع رئيس الدائرة على محضر الجلسة ، ولم يبين الطاعن مصلحته في التمسك به ، فان النعي على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس (٥) .

ولا يبطل الحكم اذا ذكر فيه انه قد صدر بالاجماع أو بالأغلبية ، لان هذه العبارة أو تلك ، تكون قد وردت في الحكم على سبيل التزيد ، ولان القانون في الاصل ، لا يتطلب الا أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء على الأقل .

(١) راجع المادة ٣١٢ ، وبمقتضاها يجوز لقاضي الامور المستعجلة أن يصدر حكمه في اشكال التنفيذ المستعجل ولو في منزله عند الضرورة - ويكفي ذكر اسم المحكمة التي أصدرت الحكم كقاعدة عامة نقض ٢٦/٤/١٩٥٦ - ٧ - ٥٥٣ ونقض ١٩٦٩/١/١٩ - ٢٠ - ١٠٠٢

(٢) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ القضائية ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية ونقض ١٩٦٤/١٢/٣١ - ١٥ - ١٢٨٨ ، ونقض ١٩٦٦/٤/٥ - ١٧ - ٧٩٧ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٤/١٣ - ٢٣ - ٧١٥ ، ونقض ١٩٦٥/١١/١٦ - ١٦ - ١٠٦٦ -

(٤) نقض ١٩٧٢/٥/٩ - ٢٣ - ٨٢٨ .

(٥) نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ - ٢١ - ٧٦٣ .

واذا كتب كل قاض حكما ، في قضية واحدة ، ولو اتحد المنطوق فيها فانها لا تكون لها قيمة . ولا يعتبر الحكم قد صدر بهذه الكتابة ، لان القانون يتطلب أن يصدر عن الدائرة حكم واحد ولو صدر عنها بأغلبية الآراء ، وليس بالاجماع .

ولقد ساءل المشرع نص المادة ١٧٨ بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ ، واكتفى بأن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم ، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرى . . .

ومما قاله المذكرة الايضاحية لهذا القانون في هذا الشأن . . . «لهذه الاعتبارات جميعها رأى إعادة النظر في نص المادة ١٧٨ وتعديلها بما يحقق الإيجاز في تحرير الاحكام ويقصر تسببها على العناصر الجوهرية اللازمة لإقامة الحكم دون إطالة أو تزيد . فقتضى المشروع بأن يشتمل الحكم - الى جانب البيانات العامة المتعلقة بالمحكمة والخصوم - على عرض مجمل لوقائع النزاع ، وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرى ، ورأى النيابة ، ثم أسباب الحكم ومنطوقه ، وبذلك استبعد المشروع من بيانات الحكم بيان مراحل الدعوى اكتفاء بمحاضر الجلسات ، كما قصر ما ينبغى إثباته من دفاع الخصوم على خلاصة موجزة لدفاعهم الجوهرى ، وهو الدفاع الذى قد تتأثر به نتيجة النزاع ويتغير به وجه الراى فى الدعوى .

ولا يخفى ما فى ذلك جميعه من توفير لجهد القاضى ووقته ، وإتاحة المجال أمامه لمزيد من الإنتاج ، مع عدم الإخلال - فى الوقت ذاته - بالضمانات الأساسية للاحكام القضائية» .

والواقع أن تعديل المادة ١٧٨ هو تعديل مظهرى ، لا يغير شيئا مما جرى عليه قضاء محكمة النقض وذهب اليه الفقه والقضاء قبل اجراء هذا التعديل ، وتذهب محكمة النقض الى أن المناط فى اعتبار بيان مراحل الدعوى . . جوهرى يترتب على اغفاله بطلان الحكم ان يكون ذكره ضروريا للفصل فى الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها واعتباره حلقة من حلقاتها كما بين الطرفين نزاع بشأنه (١) .

(١) نقض ٦٩/١٢/٤ - ٢٠ - ٢٥٨ ونقض ٦٩/١٢/١٨ - ٢٠ - ١٢٨٩ والتعليق على المادة ١٧٨ ص ٥٦٧ رقم «٧» . وراجع أيضا نقض ٣/٢٩/١٩٦٦ - ١٧ - ٧٥٧ .

وتذهب محكمة النقض الى أن المقصود من الدفاع الجوهرى الدفاع الذى يؤثر فى النتيجة التى انتهى اليها الحكم ، بحيث أن المحكمة لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة (١) ، فاذا أغفلت المحكمة الرد عليه ، تكون قد أخلت بحقوق الدفاع . وإذا لم تشر المحكمة صراحة الى دفاع جوهرى لاحد الخصوم ، فلا يترتب أى بطلان اذا كانت قد ناقشته ، أو أجابت على مضمونه بصورة كلية أو عامة أو ضمنية - كما سنرى عند دراسة تسبيب الاحكام - وكقاعدة عامة قاضى الدعوى لا يجوز له قانونا أن يطرح ما يقدم له تقديمًا صحيحًا من الأدلة أو الاوراق المؤثرة فى حقوق الخصوم دون أن يورد فى حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة .

٤٨ - التوقيع على الحكم - عدم اثبات صدوره فى جلسة علنية :

يبطل الحكم اذا لم يكن موقعًا عليه من رئيس الجلسة وكاتبها (م) (١٧٩) (٢) . بل أن مثل هذا الحكم يعتبر معدوماً . فلا يلزم لابطاله الطعن فيه أو رفع دعوى بطلب الغائه بل يكفى انكاره عند التمسك به على المحكوم عليه (٣) .

وقضى بأن الحكم لى يكون له وجود قانونى ، ويكون حجة بما اشتمل عليه من منطوق وأسباب معاً ، يجب أن يكون موقعًا عليه من

(١) نقض ١٩٦٧/٦/٢٢ - ١٨ - ١٢٤٨ وتقض ١٩٦٦/١/١٩ - ١٧ -

. ١٥١

(٢) المقصود برئيس الجلسة فى المادة ١٧٩ ، رئيس الدائرة التى سمعت المرافعة واشتركت فى المداولة واصدار الحكم ، وليس رئيس الدائرة التى نظمت به ، اذا ترأس جلسة النطق بالحكم قاض آخر لحصول مانع بالنسبة الى رئيس الدائرة الاصلى عملاً بالمادة ١٧٠ على ما تقدمت دراسته ، وذلك لان صاحب الصفة فى التوقيع على نسخة الحكم الاصلية هو رئيس الهيئة التى سمعت المرافعة التى سبقته وانتهت باصداره ، ولان الرئيس الذى يحضر جلسة النطق بالحكم عملاً بالمادة ١٧٠ تقتصر وظيفته على مجرد حضور هذه الجلسة والنطق بالحكم فيها .

(٣) انظر المادة السادسة من القانون الايطالى - سوهاج ١٧ مايو ١٩٤١ - المجموعة الرسمية ٤٢ صفحة ٥٢٩ .

القاضي الذي أصدره ، والا كان عبارة عن ورقة تحمل بيانات لا قيمة لها قانونا ، لان توقيع القاضي على الحكم يضمن عليه الصفة القانونية ، وتوقيع القاضي على منطوق الحكم ضمن محضر الجلسة التي صدر فيها لا يغني شيئا عن توقيعه على الحكم نفسه بأسبابه ، اذ الحكم بغير أسباب يعتبر قاصرا قصورا جوهريا يعيبه . وهذا البطلان يجعله والعدم سواء ، وكل ما يترتب عليه من اجراءات يكون باطلا (١) .

ونتساءل عما اذا كان مفهوم الحكم المتقدم ان توقيع القاضي على مسودة الحكم الاصلية المشتملة على منطوقه وأسبابه يغني عن التوقيع على نسخة الحكم الاصلية . لا نرى هذا لان بيانات نسخة الحكم الاصلية هي بيانات جوهريّة لازمة لكيان الحكم ، وعدم توقيع القاضي عليها لا يجعل لها قيمة ما فلا يمكن الاحتجاج بالحكم اذا لم يوقع على نسخته الاصلية القاضي الذي أصدره . وبيانات مسودة الحكم لا تكفي في ذاتها ولا تشهد على استكمال الحكم لشروط صحته وسلامته .

واذا امكن اجراء توقيع القاضي على نسخة الحكم الاصلية فان الاجراءات تصح وتزول حالة الانعدام (٢) .

وجرى القضاء الفرنسي على أن ذكر حضور كاتب الجلسة يغني عنه امضاؤه على أصل الحكم (٣) . ويفترض أن الحكم قد صدر بناء على اجراءات صحيحة ، فاذا لم يذكر في الحكم صدوره في جلسة علنية فيكفي أن يكون ذلك ثابتا في محضر الجلسة (٤) .

(١) جنح مستأنفة - أسبوط ٣٠ أكتوبر ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ : صفحة ٨٩ .

(٢) انظر ربرتوار دالوز الجديد ١٩٥٦ رقم ٣٧٣ وحكم النقض الفرنسي المشار اليه .

(٣) عدم ذكر اسم كاتب الجلسة في الحكم لا يترتب عليه أي بطلان - نقض ١٩٦٥/١٢/١٦ - ١٦ - ١٢٧٨ .

(٤) موريل رقم ٥٦٦ ومع ذلك قارن موريل نفسه صفحة ١١٩ رقم ١٢٠ - نقض ٢٣ مارس ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢١٦ ونقض ٢٤ أكتوبر ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٥٢ - ويراجع ما قلناه في الفقرة رقم ٣٨ م (١) وحكم النقض المشار اليه فيه .

٤٩ - صدور الحكم باسم السلطة العليا في البلاد :

إذا لم يصدر الحكم باسم السلطة العليا في البلاد ، فإنه يفقد شكله كحكم ، لأن صدوره باسمها بوضوح مؤكداً أن القوة العامة من وراء من أصدره وتستوجب تنفيذه . وكانت محكمة النقض تقضى ببطالان الاحكام التي لا تتضمن بيان صدورها باسم الامة أو باسم الشعب ، وكانت تعتبر هذه القاعدة من النظام العام (١) . ومع ذلك قضت الهيئة القضائية والادبية مجتمعتهما (٢) بأن خلو الحكم مما يفيد صدوره باسم الامة أو الشعب لا ينال من شرعيته ، أو يمس ذاتيته ، لأن الواضح من نصوص الدستور وقوانين السلطة القضائية المتعاقبة أن الشارع لم يتعرض فيها البتة للبيانات التي يجب اثباتها في ورقة الحكم . والنص على أن الاحكام تصدر وتنفذ باسم الامة أو الشعب يفصح عن أن هذا الصدور في ذاته أمر مفترض بقوة الدستور نفسه ، ولا يتطلب أى عمل ايجابى من أحد ، ولا يعتبر من بيانات الحكم . فايراد اسم الامة أو الشعب بورقة الحكم ليس الا عملاً مادياً لاحقاً كاشفاً عن ذلك الامر المفترض ، وليس متمماً له .

٥٠ - هل يملك القاضى تكملة اسباب حكمه أو توضيحها أو تصحيحها

بما يخالف المذكور فى المسودة ؟ :

الاصل أن المحكمة تسننفد ولايتها بالنسبة للنزاع بمجرد صدور الحكم فيه ، فلا تملك تعديله أو الرجوع فيه ، وإنما من المقرر فقها وقضاء أنه يجوز قبل توقيع النسخة الاصلية تصحيح الاسباب أو تكملة بما يقويها ويزيلها وضوحاً وجلاءً أو ما يرفع تناقضها بشرط عدم المساس

(١) راجع ما قلناه فى الفقرة رقم ١٩ ونقض ٢٨ يولية ١٩٥٦ القضية رقم ١٣ سنة ٢٥ قضائية (احوال شخصية) ونقض ٤ مايو ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٤٥٣ ، ونقض ١٢/٢٢/١٩٧٠ - ٢١ - ١٢٧٠ .

(٢) حكم الهيئتين ١٩٧٤/١/٢١ - ٢٣ - ٣ ونقض جنائى ٧٤/١/٢١ الطعن رقم ١٠١٥ سنة ٤٣ ق جنائى . ويراجع ايضا نقض ١٩٧٩/٢/٢٧ الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ ق ونقض ١٩٧٨/٤/٢٥ رقم ٦٧ سنة ٤٤ ق .

بالحكم ذاته (١) ، وإذا كانت المحكمة تملك من تلقاء نفسها تصحيح ما يقع في منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية عملا بالمادة (١٩١) ، وإذا كانت تملك أيضا تفسير ما يقع في منطوق حكمها من غموض أو ابهام عملا بالمادة ١٩٢ ، وإذا كانت تملك كل هذا ، ولو بعد ايداع نسخة الحكم الاصلية ، فمن باب أولى تملك المبادرة بإجراء تلك التصحيحات والتفسيرات وقت كتابة هذه النسخة - بعد ايداع المسودة - إنما هي لا تملك العدول عما قضت به ، ولو صدر قانون جديد ينص صراحة على اتباع غير ما قضت هي به من حيث المبدأ ، كما إذا صدر قانون جديد مثلاً يعتبر مرتب العامل شاملاً لاعانة الغلاء وكانت قد قضت باستحقاقه لتلك الاعانة بالاضافة الى مرتبه (راجع القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٤) .

وإذا تجاوزت المحكمة حقها المتقدم وعدلت قضاءها ، كان حكمها قابلاً للتظلم منه بطرق الطعن المقررة عملاً بالقواعد العامة . مع ملاحظة أن الحكم الصادر بما يخالف ما نطق به القضاة أو بما يخالف المذكور في المسودة لا يعد باطلاً فلا يقبل الاستئناف استثناء وعملاً بالمادة ٢٢١ . ويعتد بالمذكور في نسخة الحكم الاصلية - لا المذكور في المسودة - الى أن يحكم بالغاء الحكم ، ان كان .

٥٠ م - هل يتصل بطلان الاحكام بالنظام العام في كل الاحوال ؟ :

قضت محكمة النقض في حكم هام (٢) بأن الحكم باعتباره ورقة شكلية يجب أن تراعى في تحريره الاوضاع الشكلية المنصوص عليها في القانون ، وأن يشتمل على البيانات التي أوجب ذكرها فيه . وبطلان الذي رتبته الشارع جزاء على مخالفة الاوضاع أو على اغفال الحكم لبيان من البيانات الجوهرية اللازمة لصحته هو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به في أي وقت امام محكمة النقض والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ... ومما قالته في حكمها أيضاً أن المادة ٢٥ من قانون

(١) حكم محكمة القضاء الاداري ٥ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ٤٨٤ السنة ٤ قضائية .

(٢) نقض ٢٥ فبراير ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٣٠ .

المرافعات السابق (م ٢٠ من القانون الجديد) قد رددت القواعد العامة للبطلان في اجراءات المرافعات ، وجاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون ان حكم هذه المادة لا يتناول البطلان المتعلق بالنظام العام ولا بطلان الاحكام وما جرى مجراها بل يعمل في هذه الصور بقواعد القانون العام وفقهه . وليس في فقه القانون وقواعده ما يسند القول باعتبار بطلان الاحكام غير متعلق بالنظام العام .

وفي تعليقنا على الحكم المتقدم نقول ان بطلان الاحكام نتيجة افتقارها الى بياناتها الجوهرية لا يتصل بالنظام العام في كل الاحوال ، فالمادة ١٧٨ بعد ان سردت في فقرتها الاولى جميع بيانات الحكم ، جاءت في الفقرة الثانية منها ترتب البطلان جزاء مخالفة بعضها دون البعض الآخر ، وليس معنى هذا ان نقص البيانات الاخرى او الخطأ فيها لا يرتب اى بطلان ، وليس معنى هذا ايضا ان البطلان المقرر في الفقرة الثانية يتعلق كله بالنظام العام .

ولقد جرى الفقه والقضاء بالفعل على ترتيب البطلان جزاء نقص البيانات الجوهرية ولو في غير الحالات المقررة في الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ ، كما جرى على التمييز في بطلان الاحكام بين المتعلق منه بالنظام العام ، وبين غير المتعلق منه به (١) .

هذا ويلاحظ ان الضابط الذي وضعه الشراح والمحاكم - ومن بينها محكمة النقض - في تحديد جزاء اغفال البيانات الواجب ذكرها في الفقرة الاولى من المادة ١٧٨ - في غير حالات البطلان المقررة في الفقرة الثانية من ذات المادة - هذا الضابط هو كون المخالفة قد رتبت عيبا جوهريا اضر بالخصم ام لم ترتب ذلك (٢) .

(١) محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى ٢ رقم ١٠٦٦ والاحكام المشار اليها وض ٧٠٢ ورمزى سيف الوسيط رقم ٥٦٩ ورقم ١٤٢ من هذا الكتاب والاحكام المشار اليها .

(٢) ويقول جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٥٠ ورقم ٧٥١ ص ٥١ وما يليها يقول انه في حالة عدم وجود نص يقرر بطلان الحكم فانه يكون باطلا اذا افتقر الى بيان جوهرى ، كما ان بطلان الاحكام بعضه يتصل بالنظام العام ، وبعضه لا يتصل به ولا يتمسك به الا الخصم الذى تقرر الجزاء لمصلحته .

هذا ويلاحظ أن العبارة التي وردت في المذكرة التفسيرية للقانون السابق عن المادة ٢٥ منه ، والتي أشارت اليها محكمة النقض في حكمها المتقدم لا تضيف جديدا الى الفقه فهي تقول «ومما يجب التنبيه اليه أن حكم المادة لا يتناول البطلان المتعلق بالنظام العام ولا بطلان الاحكام وما جرى مجراها . بل في هذه الصورة يعمل بقواعد القانون العام وفقهه» . وليس في فقه القانون ما يخالف ما قدمناه فيما نعلم .

٥١ - اجراءات تحرير الاحكام لا تتبع بالنسبة الى كل قرارات المحكمة:

من القرارات ما لا يأخذ صورة الاحكام ، وانما بعد مجرد قرارات داخلية للمحكمة تصدر بما لها من سلطة ولائية (١) .

وليس هناك ضابط يميز ويوضح القرارات المتقدمة ، وجرى الشراح - في فرنسا - في هذا الصدد - على مجرد ذكر أمثلة لها ، كالقرار الصادر بقتل باب المرافعة ، أو فتحه من جديد والقرار الصادر بتعجيل نظر الدعوى أو بوقف السير فيها (٢) ، وكالقرار الصادر بضم دعويين أو بالفصل بينهما .

وكون قرار المحكمة صادرا بما لها من سلطة ولائية يبرر عدم التقيد بشكليات تحرير الاحكام ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك - فمثلا حكم ايقاع بيع العقار على مشتر بالمزاد يصدر بما للمحكمة - من سلطة ولائية - ومع ذلك يأخذ شكل الاحكام ينص القانون (م ٤٤٦) .

وكون قرار المحكمة غير قطعي يبرر - هو الآخر - عدم التقيد بشكليات تحرير الاحكام كالقرار الصادر بضم دعويين ، أو بالفصل بينهما ، أو بوقف الدعوى بناء على اتفاق طرفيها - لا بالمادة ١٢٨ (٣) ، وكالقرار

(١) acte d'administration judiciaire

(٢) ربرتوار دالوز الجديد - سنة ١٩٥٦ - باب الاحكام - رقم ٢٤١ ، وكاريه وشوفو ١ رقم ٥٨٩ .

(٣) راجع المذكرة التفسيرية للقانون السابق عن المادة ٢٩٢ منه - وهي المقابلة للمادة ١٢٨ .

الصادر بعدول المحكمة عن اتخاذ ما امرت به من اجراءات الالبيات عملا بالمادة ٩ من قانون الالبيات . ويستفاد من هذه المادة أنه ليس من اللازم للعدول عن الحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الالبيات اصدار حكم مستقل ، انما يكفي النطق به واثبات اسبابه في المحضر .

والحكم الصادر بوقف الدعوى حتى يفصل في مسألة اولية عملا بالمادة ١٢٩ هو حكم قطعى يلزم تسببيه ، ويجوز حجية الشيء المحكوم به . انما يلاحظ أنه في حالات وقف الخصومة بقوة القانون لا يلزم صدور حكم مقرر للوقف ، بل يكفي اثبات الوقف بمحضر الجلسة .

وسوف ترد في باب قادم - دراسة تفصيلية لطبيعة قرارات المحكمة المتصلة بسير الدعوى او اثباتها .

ولا تفوتنا الاشارة الى ما استحدثه القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ ، فقد اجاز لمحكمة النقض في غرفة المشورة أن تكتفى باثبات قرارها بعدم قبول الطعن بمحضر الجلسة ، مع اشارة موجزة الى سبب القرار . . . ، هذا على الرغم من أن الحكم يعد قطعيًا وينهى الخصومة في الطعن . وقد قصد بايراد القاعدة المتقدمة تبسيط الاجراءات ونيسيرها ، وتوفير جهد مستشاري محكمة النقض ، ولا يترتب ثمة جزاء على مخالفتها ، بمعنى أنه اذا اصدرت الدائرة حكمها في الشكل العادى للاحكام فلا يكون باطلا (١) .

٥٢ - الصور الرسمية للاحكام (٢) :

راينا أن مسودة الحكم المشتملة على منطوقه واسبابه والموقع عليها من رئيس الهيئة التي اصدرته وقضاتها تحفظ بملف الدعوى ولا تعطى منها صور لاجل . انما يجوز للخصوم الاطلاع عليها اذا كانت لهم مصلحة تقتضى ذلك . وراينا أن مسودة الحكم غير نسخة الحكم الاصلية التي تشتمل على بيان وقائع الدعوى فضلا عن المنطوق والاسباب ويوقعها رئيس الهيئة وكاتبها وتودع ملف الدعوى . ونضيف أن المادة ٢٨٦

(١) يراجع ما قلناه في هذا التصدد بالفقرة رقم ٢ من هذا الكتاب .

(٢) expéditions .

أجازت - استثناء من القواعد العامة - للمحكمة في المواد المستعجلة أو في الاحوال التي يكون فيها التأخير ضاراً أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير اعلان وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر وعلى المحضر أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ (١) . ونضيف كذلك أن نسخة الحكم الأصلية لا تعطى لاحد وإنما تحفظ بملف الدعوى ، وتعطى منها صور بسيطة (٢) لمن يطلبها وصورة تنفيذية (٣) للمحكوم له . وهذه الصور لا يوقع عليها رئيس الجلسة وإنما تبصم بخساتم المحكمة ويوقع عليها الكاتب .

وتعطى الصورة البسيطة لاي شخص يطلبها ، ولو لم يكن له شأن في الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق ، وهذه الصورة لا تفيد الا باعتبارها دليلاً رسمياً يثبت وجود الحكم (م ١٨٠) . أما الصورة التنفيذية فتزيد على الصورة البسيطة بكونها مدونة بالصيغة التنفيذية (٤) . وهذه الصورة لا تسلم الا للأخصم الذي تضمن الحكم عود منفعه عليه من تنفيذه ولا تسلم له الا اذا كان الحكم جائزاً تنفيذه ، ولا تعطى له الا مرة واحدة حتى لا يتكرر تنفيذ الحكم . فحقيقة المراد من وضع صيغة التنفيذ هي أن يكون ذلك شاهداً على أن من بيده صورة الحكم التنفيذية هو صاحب الحق في اجراء التنفيذ وأنه لم يسبق له اجراؤه .

واذا امتنع الكاتب عن اعطاء الصورة التنفيذية فالامر يختلف باختلاف باختلاف مبنى - أي سبب - الامتناع .

(١) فاذا بنى الامتناع على أساس أن طالب التنفيذ ليس خصماً في الدعوى التي صدر فيها الحكم ، أو أن الحكم لا يقضى له شيء يستدعي الحصول عليه اجراء تنفيذ جبرى ، أو أن الحكم غير واجب النفاذ ، فإن للطالب أن يقدم عريضة بطلب الصورة التنفيذية الى قاضى الامور الوقتية

(١) راجع كتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٤٩ .

(٢) la simple expédition

(٣) la grosse

(٤) la formula exécutoire

بالمحكمة التى اصدرت الحكم او المحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها فيصدر أمره فيها على ما هو مقرر فى باب الاوامر على العرائض (م ١٨٢ وم ٨ من قانون التوثيق) .

(٢) واذا بنى الامتناع على اساس ان الطالب قد سبق ان اعطيت له صورة تنفيذية ، اى اذا ادعى الطالب ضياع الصورة التى سلمت اليه أولا فان الطالب يرفع طلبه الى المحكمة التى اصدرت الحكم بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم الى خصمه الآخر (م ١٨٣) (١) .

وجدير بالاشارة ان الكاتب لا يملك اعطاء صورة تنفيذية ثانية من تلقاء نفسه وبمطلق تقديره ، واذا تنص المادة ١٨٣ على انه لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم الا فى حالة ضياع الصورة الاولى ، لا تعنى ان الكاتب يسلم الصورة الثانية بمحض اختياره ، لانه لا يملك تحقيق ضياع الصورة الاولى ، ولا اختصاص له فى هذا الشأن . فالنزاع بين الخصوم يفترض بمجرد الادعاء بضياع الصورة الاولى ، ولا يملك الكاتب اعطاء اخرى الا بناء على حكم او اذا حضر جميع الخصوم أمام الكاتب واتفقوا جميعا أمامه على تسليم الصورة لصاحبها توفيراً لنفقات رفع الدعوى بطلبها (٢) .

ولا تسلم الصورة التنفيذية الا لذات المحكوم له أو من يقوم مقامه (٣) .

(١) وتقام هذه الدعوى بالاجراءات المعتادة ، على الرغم من ان المادة ١٨٣ تشير الى انها ترفع بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم الى خصمه الآخر - تراجع دراسة تفصيلية فى هذا الموضوع فى كتاب اجراءات التنفيذ للمؤلف .

(٢) محمد حامد فهمى رقم ٨٥ وكتاب اجراءات التنفيذ للمؤلف .

ولا تلزم المحكمة فى الدعوى المتقدمة بإحالتها على التحقيق فى جميع الاحوال ، وانما هى تملك اثبات ضياع الصورة التنفيذية الاولى دون اجراء التنفيذ الجزئى بمقتضاها ، ودون قيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم اختياراً بكافة طرق الاثبات ، عملاً بالقواعد العامة .

(٣) تراجع دراسة تفصيلية فى كتاب التنفيذ للمؤلف .

٥٣ - نقض بيانات الصورة :

تعد نسخة الحكم الاصلية حجة بما اشتملت عليه من بيانات ، ولا يمكن انكار هذا الا بالادعاء بالتزوير ، ويتعين ان تتوافر في الصورة كل بيانات الحكم .

« اذا فرض ان صورة الحكم - سواء اكانت الصورة التنفيذية أم صورة بسطة - فقدت بيانا جوهريا فان الحكم لا يبطل ولو كان اغفال هذا البيان في نسخته الاصلية يرتب البطلان ، ما دامت هذه النسخة الاصلية صحيحة وتشتمل على جميع البيانات التي يتطلبها القانون ، وذلك لان النسخة الاصلية للحكم هي التي يعتد بها في هذا الصدد . وتنص المادة ٢٩٢ من القانون المدني على انه اذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فان صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للاصل .

واذن ، اذا اخطأ الكاتب عند تحرير صورة الحكم فأغفل ذكر اسم المحكوم له أو المحكوم عليه أو اخطأ في أيهما ، أو أغفل نسخ عبارة تفيد الاحالة الى أسباب الحكم الابتدائي عند تأييده فبدأ الحكم خاليا من الأسباب التي تؤيده ، أو أغفل ذكر اسم أحد القضاة أو عضو النيابة الذي أبدى رايه في القضية ، فان الحكم لا يبطل ما دامت نسخته الاصلية مشتملة على جميع البيانات التي يتطلبها القانون (١) .

٥٤ - فقد المسودة أو النسخة الاصلية للحكم :

اذا فرض فقد مسودة الحكم من ملف الدعوى بعد ايداعها في المهاد القانوني فان نسخته الاصلية تغني عنها ، لانها هي الاصل المعتبر بها به في هذا الصدد . وفائدة المسودة مقصورة على مجرد تمكين الخصوم من الاطلاع على أسباب الحكم فور صدوره وعلى امكان التنفيذ بمقتضاها في بعض الاحوال ايشارا للسرعة التي تقتضيها الحال .

(١) ربرتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٦ رقم ٢٢٠ وما يليه - واحكام النقض الفرنسية العديدة المشار اليها - وموريل صفحة ٣٢٥ الحاشية رقم ١ ونقض فرنسي ١٨ ديسمبر ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٢٦ .

أما إذا فقدت مسودة الحكم وأنكر خصم ايداعها في الميعاد القانوني ، ولم يثبت هذا الايداع فان الحكم يكون باطلا عملا بالمادة ١٧٥ .

وإذا فقدت نسخة الحكم الاصلية جاز تحرير غيرها اذا كان هذا ممكنا ، كما يجوز الاعتماد على صورته وتعد أصلا في هذا الصدد (١) . وتنص المادة ٣٩٣ من القانون المدني على أنه اذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

(أ) يكون للصورة الرسمية الاصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الاصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها للاصل .

(ب) ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الاصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الاصلية التى اخذت منها .

(ج) اما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الاصلية فلا يعتمد به الا لجرد الاستئناس تبعاً للظروف .

(١) دبرتوار دالوز المرجع السابق رقم ٢٢٦. وجارسونيه رقم ٦٦٥ .

الفصل السادس

مصاريف الدعوى

٥٥ - أساس الالتزام بأدائها :

عند رفع الدعوى الى القضاء يقوم المدعى بدفع رسومها ، وعند تعيين الخبراء تعيين المحكمة الخصم الذى يدفع أتعابهم ، وعند استدعاء شاهد يقوم الخصم الذى استدعاه بدفع مصاريفه ، ويقوم كل خصم بدفع أتعاب محاميه الذى وكله للمرافعة عنه . وانما بعد صدور الحكم فى الدعوى - أى الحكم الذى تنتهى به الخصومة أمام المحكمة - تحكم بمصاريفها على الخصم المحكوم عليه سواء أكان هو المدعى أو المدعى عليه .

ومصاريف الدعوى تشتمل على الرسوم القضائية التى استلزمها رفع الدعوى ومصاريف أتعاب الخبراء الذين عيّنوا فى القضية ، ومصاريف الشهود الذين دعوا لسماع شهادتهم فيها ، ومصاريف انتقال المحكمة أو القاضى فى الحالات التى يستلزم الأمر فيها ذلك الانتقال ، وجزء يسيراً من قيمة أتعاب المحامين الذين ترافعوا فى الدعوى ، وهذا الجزء لا يتناسب مع ما دفعه الخصم بالفعل لمحاميّه ولا مع قيمة النزاع وأهميته (١) . والواقع أن هذه المصاريف لا تتناسب غالباً مع المصاريف الحقيقية التى تكبدها الخصم المحكوم له التى قد يكون من بينها مصاريف الانتقال والسفر والإقامة ومقابل تعطيل أعماله وباقى أتعاب المحامى ، ويرجع سبب ذلك الى أن هذه المصاريف لا يدفعها المحكوم عليه على سبيل

(١) قالت محكمة النقض أنه يدخل فى مصاريف الدعوى ما تكبده المحكوم له من أتعاب محاميه ، وإن جرى العرف بأن لا يقدر له منها على خصمه إلا جزء يسير لا يتناسب مع ما دفعه لمحاميّه ولا مع قيمة النزاع وأهميته . أما أتعاب المحامى على موكله هو فلا يمكن أن تلتحق فى النظر بالمصاريف ، ما دامت المحكمة لا تحكم بالمصاريف إلا لمن كسب دعوى على خصم له خسرهما . (التظلم من الأمر الصادر فى القضية رقم ٦٧ سنة ٢ - ١٤ يولية سنة ١٩٣٤) .

التعويض عن الضرر الذى لحق المحكوم له من جراء دعوى خصمه أو منازعته فيما يدعيه - لان اخفاق الخصم في دعواه لا يعتبر في ذاته دليلا على خطئه موجبا لمسئوليته - وانما يدفعها لان القانون يلزمه بتحملها تحقيقا لمقتضيات العدالة (١) . فالقانون اذن هو مصدر الالتزام بدفع المصاريف (٢) ، لهذا يتحملها المحكوم عليه ولو كان حسن النية في منازعته أو لم يرتكب اى خطأ يستوجب الحكم عليه بتعويض ما ، ولا يتحمل الا المصاريف الاساسية ، اى اللازمة لرفع الدعوى والسير فيها (٣) : وتحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب ذلك منها أى طرف من اطراف الخصومة (م ١٨٤) (٤) ، واذا تعدد المحكوم عليهم وكانوا غير متضامنين في أصل التزامهم المقضى فيه ، فلا يجوز بأى حال من الاحوال الحكم عليهم بالتضامن في المصاريف (م ١٨٤/٢) لانهم لا يتحملوا هذه المصاريف على سبيل التعويض (٥) (٦) .

(١) نقض فرنسى ٢٥ أبريل ١٩٢٥ (دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٤٨) .

(٢) انظر في هذا المعنى الشرقاوى رقم ٣٨٠ وموريل رقم ٦٩٣ وأحكام محكمة النقض الفرنسية التى أشار اليها .

ومع ذلك قالت محكمة النقض ان الشارع انما ألزم الخصم الذى خسر دعواه لخصمه الآخر بمصاريف الدعوى اعتبارا بأنه هو الذى تنبى مساءلته عن هذه المصاريف كتعويض عن الضرر الذى أصاب الخصم برفعه هو دعوى مبطللة أو منازعة خصمه في دعواه الحققة (التظلم من الامر الصادر في القضية رقم ٢٦٧ - ١٤ يونية سنة ١٩٣٤) .

(٣) راجع حكم النقض المتقدم .

(٤) لم ينص القانون الفرنسى على ان المحكمة تقضى بالمصاريف من تلقاء نفسها ومع ذلك توجب محكمة النقض الفرنسية على محكمة الموضوع أن تقضى بها ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك (دائرة العرائض ٢٩ ديسمبر ١٨٩٧ - دالوز ١٨٩٩ - ١ - ٢٣٣) .

(٥) لا يكون التضامن الا ببناء على اتفاق أو بنص في القانون . وينص القانون المدنى في المادة ١٦٩ على أنه اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر .

(٦) نقض فرنسى ٢٢ يناير ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ صفحة ١٨٥ ، و٧ فبراير ١٩٣٤ (دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٦٥) .

وجدير بالذكر أن الزام المحكوم له بمصاريف الدعوى عملا بالمادة ١٨٥ أساسه - في الواقع - اساءة استعمال الحق في الالتجاء الى القضاء، نظرا لرفعه الدعوى على الرغم من أن خصمه يسلم بحقه أو لتسببها في انفاق مصاريف لا فائدة منها ، أو لتترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات .

ويتجه الرأي في فرنسا - فقها وقضاء - الى تأكيد ما تقدم واعتبار الزام المحكوم له بمصاريف الدعوى ، أو الزام المحكوم عليه بغير المصاريف الاساسية (أي القضائية اللازمة لرفع الدعوى والسير فيها) هو من قبيل الزامه بالتعويض نتيجة اساءة استعمال الحق في الالتجاء الى القضاء . وفي هذه الاحوال لا يعد حكما صادرا بالمصاريف وإنما يعد قابضيا بتعويضات نتيجة الفعل الخاطيء ، وبذا اذا تعدد المحكوم عليهم التزموا بالتضامن عملا بالاصل العام في القانون المدني .

ويسندون في فرنسا الى المادة ١٣٧ من قانون المرافعات الفرنسي لتبرير سلطة قاضي الدعوى في الحكم بالتعويضات المتقدمة ، اذ هي تفترض ذلك وتقول ان الحكم بالمصاريف لا يشمل بالنفاذ المعجل ولو كانت لتلك المصاريف صفة التعويض (١) .

وفي مصر ، اذا تعدد المحكوم لهم في الدعوى ، ومع ذلك حكم عليهم بمصاريفها عملا بالمادة ١٨٥ ، فان هذا الحكم كما قدمنا يستند الى الفعل الخاطيء ، ومن ثم يلتزمون بالتضامن ، ولو لم يكن هناك تضامن في أصل الالتزام وذلك عملا بالمادة ١٦٩ من القانون المدني ، ولان المادة ١٨٤ من قانون المرافعات لا تسرى في هذا الصدد نظرا لانها تتعلق فقط بالمحكوم عليهم في أصل الدعوى عند الزامهم بمصاريف ، اذ لا يتحمل هؤلاء المصاريف على سبيل التعويض ، وفق ما قدمناه .

ويتجه الرأي في فرنسا الى ان الحكم بالزام المحكوم له بالمصاريف

(١) Morel (Jules): Des dommages-intérêts en cas d'exercice abusif des actions en justice, thèse t Paris 1910 ص ٩٣ وما يليها - والاحكام

لا يصدر الا بناء على طلب المحكوم عليه الذى يتعين عليه اثبات خطأ خصمه المبرر للحكم عليه بهذه المصاريف (١) ، عملا بالقواعد العامة فى المسؤولية . هذا علما بأن القضاء الفرنسى يوجب - كما قدمنا - على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها فى المصاريف التى يتحملها المحكوم عليه .

٥٥ م - هل يجوز الاتفاق على أن خصمنا مهينا يتحمل المصاريف أيا كانت الاحوال ؟ :

إذا اتفق طرفا العقد على أن أحدهما يلتزم فى جميع الاحوال بمصاريف الدعوى التى ترفع من جانبه أو من جانب خصمه ، وسواء أكان قد خسر الدعوى أم كسبها ، فهل يعتد بمثل هذا الاتفاق ، أم أنه من الشروط المخالفة للنظام العام ، لأنها تمس سير ونظام مرفق القضاء .

لا نرى مثل هذا الاتفاق تعسفيا (٢) ، فمثلا إذا باع شخص عقاره الى آخر واشترط عليه أن يسقط عنه الضمان ، وهذا جائز عملا بالمادة ٤٤٥ وما يلحقها من القانون المدنى ، أفلا يجوز له أن يشترط التزامه بمصاريف أية دعوى ترفع من الغير أو من جانب أحدهما ، أيا كان خاسر الدعوى . لا نرى ما يبطل مثل هذا الاتفاق بشرط ألا تثبت سوء نية البائع ، كما إذا كان قد تعمد اخفاء حق لاجنبى أو كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو كما إذا رفع هو الدعوى على خصمه وكان الحق مسلما به من جانب خصمه المحكوم عليه ، أو كان البائع المحكوم له قد تسبب فى انفساق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بضموم تلك المستندات (٣) . وبعبارة أخرى ، نفاذ الشرط المتقدم يتوقف على مدى سلوك المشتري ، فطالما أنه حسن النية فى التجائه الى القضاء ، وفيما تقدم به من طلبات أو دفعات وأنه لم يقصد الكيد ، فإنه لا غبار على تحمل خصمه المصاريف ولو كان قد كسب الدعوى . ويكون الاتفاق المتقدم مقتضاه فى الواقع أن يتحمل

(١) المرجع السابق صفحة ٩٦ .

(٢) راجع المادة ١٤٩ من القانون المدنى .

(٣) م ١٨٥ .

المحكوم له المصاريف بدلا من المحكوم عليه بشرط ألا يكون هذا الأخير سىء النية . وهذا أمر لا يمس النظام القضائي ، ولا يتضمن أى تعسف مما يستوجب حماية من جانب المشرع ، وذلك لأنه إذا كان يوجب أن يتحمل المحكوم عليه مصاريف الدعوى فذلك لأن العدالة تقتضيه ، دون أن يعد المحكوم عليه مخطئا خطأ يوجب مسئولية ما .

٥٦ - تحديد الخصم الذى يلتزم بالمصاريف :

فنى عن البيان أن الذى يلتزم بمصاريف الدعوى يتعين أن يكون خصما وطرفا فيها .

وتنص المادة ١٨٤ على أنه يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها (١) . ويدخل فى حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة . وإذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصاريف بينهم بالسوية أو بنسبة مصلحة كل منهم فى الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ولا يلزمون بالتضامن إلا إذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى فيه .

وتنص المادة ١٨٥ على أنه « للمحكمة أن تحكم بالزام الخصم الذى كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلما به من المحكوم عليه أو إذا كان المحكوم له قد تسبب فى انفلاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بمضمون تلك المستندات » . كما تنص المادة ١٨٦ على أنه إذا أخفق كل من الخصمين فى بعض الطلبات جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم ما دفعه من المصاريف أو بتقسيم المصاريف بين الخصمين على حسب ما تقدره المحكمة فى حكمها كما يجوز لها أن تحكم بها جميعا على أحدهما (٢) .

وحكم بما يلى أعمالا المبادئ المتقدمة :

أن أساس التقاضى هو حصول نزاع فى الحق المدعى به . فإذا كان الحق مسلما به ممن وجهت إليه الدعوى ففصرم التداعى يقع على من

(١) راجع نقض ٢١ يونية ١٩٦٣ السنة ١٣ ص ٨٣٧ .

(٢) هذه المادة مقتبسة من المادة ٨٦ من القانون الصينى .

وجهها . واذن فمن الخطأ الحكم على المدعى عليه بمصاريف الدعوى التى تعجل المدعى فى رفعها عليه بطلب تثبيت ملكيته لاعيان دون أن يبسّدو منه أية منازعة له فيها(١)(٢) .

وحكم بان مفاد المادة ١١٣ من قانون المرافعات الاهلى (تقابلها المادة ١٨٤ من القانون الجديد) أنه يكفى للحكم بمصاريف الدعوى أن يكون المحكوم عليه قد خسرها دون حاجة ليراد أى سبب آخر فى الحكم ، وأن للقاضى أن يحمل من صدر الحكم لصالحه كل المصاريف أو بعضها اذا تبين من ظروف الدعوى وملازماتها ومما اتخذه المحكوم له من طرق الدفاع فيها أنه هو الذى يشغى تحميله مصاريفها ، كتحويل عن الضرر الذى تسبب فيه للخصم الآخر . فاذا رفع شخص دعوى طلب فيها الحكم له بمنع التعرض فى الاطيان الموضحة الحدود والمعالم بصحيفة الدعوى ، واعادة وضع يده عليها مع الزام المدعى عليه بالمصاريف والاعتاب فحكم له بطلانها فى غيبة خصمه ، فعارض هذا الخصم ، فقبلت المعارضة ورفضت الدعوى ، والزم المدعى بالمصاريف ، فاستأنف مصمما على طلباته الاولى ، فحكم له استئنافيا بالغاء الحكم المستأنف ومنع تعرض المستأنف عليه فى تلك الاطيان ، والزم هو فى الوقت نفسه بمصاريف الدعوى على الدرجتين على اعتبار أنه هو الذى خسر دعوى منع التعرض مؤسسة على أنه صاحب اليد بمقتضى حكم ملكية الاطيان المتنازع عليها بتلك الحدود المعينة فى حين أن هذا التحديد قد الغاه حكم صادر للمستأنف عليه بثبوت ملكيته على الشبيوع للاطيان الشاملة للقدر المتنازع عليه ، وأن أساس حقه فى وضع اليد هو حكم الحراسة الصادر له فى مواجهة المستأنف عليه، فان الزامه هو فى هذه الحالة بالمصاريف لهذه العلة لامخالفة فيه للقانون(٣) .

وقضى بأنه اذا كان الثابت أن المدعى عليه قد نازع خصمه فى جميع

(١) نقض ٣ فبراير ١٩٣٨ (القضية رقم ٨١ سنة ٧ قضائية) .

(٢) محل دراسة المصاريف فى الدعاوى المستعجلة عند بحث القضاء المستعجل على وجه التفصيل ، لاتساقهما فى الدراسة .

(٣) نقض ٢٨ ابريل ١٩٣٨ (القضية رقم ٧ السنة ٨ قضائية) .

أدوار التقاضى بالنسبة الى المبالغ المطلوب منه ، فان المحكمة لا تكون قد خالفت حكم القانون اذا ألزمته بالمصاريف (١) .

وقضى بأن أساس الحكم بمصروفات التقاضى هو وفقا لنص المادة ١٨٥ حصول النزاع على الحق الذى حكم به ، فاذا كان الحق مسلما به ممن وجهت اليه الدعوى فغرم التداعى تقع على من وجهها . واذن فمتى كانت المحكمة قد ألزمت المدعى عليه بمصروفات الدعوى عن حصصة فى عقار طلب المدعى تثبيت ملكيته لها ولم يثارعه فيها المدعى عليه دون أن تورد أسبابا مسوغة لتحميل هذا الاخير بالمصروفات ، فان حكمها يكون قاصر التسبب فى هذا الخصوص فصورا يستوجب نقضه (٢) .

وقضى بأنه اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بالزام البائعة بمصروفات الدعوى المرفوعة عليها من المشترين باثبات التعاقد رغم تسليمها بطلبات المدعين على أنها لم تكن قد وقت بالتزاماتها الا بعد حلول الاجل المحدد للتوقيع على العقد النهائى وبعد رفع الدعوى فان هذا القضاء صحيح لا مخالفة فيه لحكم المادة ١١٣ من قانون المرافعات القديم (م ١٨٤ من القانون الجديد) - لأنها هى التى تسببت فى رفع الدعوى (٣) .

وقضى بأن ايداع المدين المطلوب شهر افلاسه لجانب من الدين اثناء نظر الدعوى وأن كان يدل على عدم توقفه عن دفع ديونه أو عجزه عن الوفاء بها ، الا أنه لا يعفيه من الالتزام بمصاريف دعوى شهر الافلاس ما دام الايداع حصل متأخرا بعد اعلانه بالبروتستو واجابته عليه بعدم الدفع وبعد أن رفع عليه الدائن الدعوى بالفعل (٤) .

وقضت محكمة النقض بأن للتقاضى أن يحمل من صدر الحكم لصالحه كل مصروفات الدعوى أو بعضها اذا تبين من ظروف الدعوى

(١) نقض ١١ مايو ١٩٤٤ (القضية ١٢٠ السنة ١٣ قضائية) .

(٢) نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ (القضية رقم ٢٥٨ سنة ٢١ قضائية) .

(٣) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ (القضية رقم ١١٣ سنة ١٨ قضائية) .

(٤) استئناف الاسكندرية فى ٢١ يناير ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠

وملابساتها ومما اتخذه المحكوم له من طرق الدفاع فيها أنه هو الذى ينبغي تحميله مصروفاتها كتعويض عن الضرر الذى تسبب فيه للخصم الآخر . فإذا كانت المحكمة قد ألزمت المشتري بمصاريف دعوى صحة التعاقد المرفوعة منه مع حكمها فيها لصالحه ، مستندة فى ذلك الى أن هذا المشتري بعد أن رفع دعواه بطلب تنقيص الثمن قد قصر طلباته الختامية على صحة عقد البيع ونفاذه ، وأنه كان يمكنه تفادى الدعوى بالاحضار فى اليوم الذى كان معينا لتحرير العقد النهائى ودفع باقى الثمن مما لا يكون معه ثمة محل لتحميل البائع مصروفاتها ، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون (١) .

وقضت محكمة النقض بأن خاسر الدعوى هو من رفعها أو دفعها بغير حق ، وهو وإن كان فى الغالب المحكوم عليه فيها فإن المحكوم له قد يعتبر خاسرا بهذا المعنى ، كما لو رفع دعواه بحق لم يكن خصمه قد تنازعه فيه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم - مع قضائه للمدعى بطلبه الاحتياطى - قد لاحظ أنه كان فى رفعه الدعوى متجنبا الى حصد ما على المدعى عليه فحمله بعض مصروفات التقاضى تعويضا لهذا الأخير عن هذا التجنب فإنه لا يكون قد خالف القانون (٢) .

وقضت أيضا بأنه إذا كان المشتري لم يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان محققا فى طلب الفسخ حتى اتقاه المشتري بهذا العرض فلا يلزم بمصروفات الدرجة الاولى ولا بمصروفات الاستئناف الى وقت حصول العرض (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بالزام المشتري بمصاريف الدعوى وربع مصاريف الاستئناف ، ملاحظة فيما يظهر أن عرض باقى الثمن كان عند

(١) نقض ٨ يونية ١٩٤٤ (القضية رقم ٣٩ ورقم ٤٤ لسنة ١٣ و ١٧ قضائية) .

(٢) نقض ٢١ مارس ١٩٤٦ (القضية رقم ٦٠ سنة ١٥) .

(٣) نقض ١٧ يناير ١٩٤٦ (القضية رقم ٣٣ سنة ١٥) .

رفع الاستئناف أى عند اعلانه وقبل دفع ثلاثة أرباع رسومه بمناسبة قيده . ولو أن العرض حصل بعد قيد الاستئناف نقضت المحكمة بالزام المشتري بكامل مصاريف الدرجة الثانية (١) .

وقضت بأن ما تكون قد قدرته محكمة الدرجة الاولى من مصاريف وأتعاب الخبراء الذين عينتهم لا بدخل في المصاريف التى تقضى بها محكمة النقض، لان هذه المصاريف ليست مما يتكرر دفعه أمام محكمة الاحالة (٢) .

وقضت بأن وقوف الخصم موقفا سلبيا في الدعوى دون التسليم بحق المدعى يوجب الزامه بالمصاريف (٣) .

وقضت بأن أتعاب المحاماة تدخل ضمن مصاريف الدعوى بشرط أن يكون الخصم قد استعان بمحام للمرافعة فيها (٤) .

٥٧ - مصاريف التدخل :

في التدخل الانضمامي يتحمل المتدخل وحده مصاريف تدخله ولو حكم لمصلحة من تدخل لتأييده ، وذلك لان هذه المصاريف يجب الا تضاف الى مصاريف الدعوى الاصلية حتى لا يتحملها المحكوم عليه . ويستند الشراح الفرنسيون في تأييد هذا الاتجاه الى نص المادة ٨٨٢ من القانون المدنى الفرنسى التى تحمل الدائنين مصاريف تدخلهم في دعوى القسمة اذا شاءوا التدخل لرعاية مصالحهم ولرأية تصرف المدينين (٥) . ومع

(١) راجع تعليق المرحوم الدكتور محمد حامد فهمي - مجموعة القواعد القانونية ٥ صفحة ٥٩ .

(٢) . نقض ٧ يوتية ١٩٣٤ (الطعن رقم ٣٥ السنة الاولى قضائية) - راجع الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون انشاء محكمة النقض ، وقد ألغاه القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٣ .

(٣) نقض ٢٢/٣/١٩٧٢ - ٢٣ - ٤٥٧ .

(٤) نقض ١٣/٤/١٩٧٢ - ٤٣ - ٧١٥ .

(٥) جلاسون ١ رقم ٤٧ وموريل رقم ٣٩٩ وسوليس صفحة ٥٢٦ .

ذلك فنحن نرى أن هذا الرأي محل نظر ، ونرى أن يتحمل المحكوم عليه مصاريف التدخل عملاً بالقواعد العامة وتحقيقاً لمقتضيات العدالة (١) .
ويلتزم المتدخل بمصاريف تدخله إذا حكم بعدم قبوله . أما في التدخل الاختصاصى ، فيحكم بالمصاريف على المتدخل إذا كانت له طلبات مستقلة وحكم بعدم قبول تدخله أو برفض طلباته ، أما إذا نجح في دعواه حكم بالمصاريف على الخصوم الآخرين (م ١٨٧) .

٥٨ - الحكم بتحديد الملتزم بالمصاريف وتسببه والظعن فيه :

القاعدة أن المحكمة ملزمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتمهين الخصم الذى يتحمل مصاريف الدعوى (٢) ، وإذا أغفلت ذلك فإنها تكون قد قصدت أن يتحمل كل خصم ما دفعه من المصاريف ، وقد لا يلزم في كثير من الحالات تسبب القضاء الضمنى المتقدم بأسباب خاصة ، اكتفاء بتمشيه مع القضاء في موضوع الدعوى ، إذ يعتبر قائماً على الأسباب التى اقيم عليها الحكم في الموضوع (٣) .

والحكم بتحديد الخصم الملتزم بالمصاريف ، كذا الحكم بتحديد هذه المصاريف ، هو حكم تابع للحكم في الطلبات الاصلية ، والقاعدة في تقدير نصاب استئنائه أن العبرة بقيمة الدعوى الاصلية ولو كان الاستئناف

(١) راجع حكم محكمة ليون في ١٤ يناير ١٩٣١ (دالوز ١٩٣١ - ٢ -

١٢٥) .

(٢) نقول محكمة النقض في أحد احكامها ان قضاء الحكم بفسخ عقد البيع والزام البائع برد الثمن هو قضاء على البائع فلا تكون المحكمة مخطئة في الزامه بمصروفات الدعوى اعمالاً لحكم المادة ١١٣ (تقابلها في قانون المرافعات الجديد المادة ١٨٤) ، ولا يعيب هذا الاعمال انه لم يكن قد أسس على طلب من الخصم (نقض ١٠ فبراير ١٩٤٩ - القضية رقم ١٦٢ - سنة ١٧ قضائية) .

(٣) نقض ٢٦ نوفمبر ١٩٤٢ - (القضية رقم ٢٠ سنة ١٢ قضائية) .

يراجع بالنسبة الى تسببه الحكم بالمصاريف رقم ١٢٥ والمراجع والاحكام العديدة المشار اليها .

مقصوداً على الحكم بالمصاريف ، وذلك لان المشرع لا يعتد بالمصاريف عند تقدير قيمة الدعوى ، سواء بالنسبة الى تحديد اختصاص المحكمة النوعي أم بالنسبة الى تحديد نصاب الاستئناف ، والمبرة بقيمة الدعوى الاصلية في هذه الحالة . ومن ثم الحكم بالمصاريف يقبل الاستئناف متى كانت قيمة الدعوى تسمح به واقتصر الاستئناف عليه (١) .

واذا كان الحكم الصادر بالحق ومصاريفه قابلاً للاستئناف ، ثم قبله المحكوم عليه بالنسبة للحق المقضى به ، واستأنفه بالنسبة للمصاريف فقط صح استئنافه مهما قل مقدارها . كذلك اذا نزل المدعى عن المطالبة بحقه ، وكان الحكم الصادر فيه قابلاً للاستئناف طبقاً للقواعد العامة - وطلب من المحكمة الزام خصمه بالمصاريف فلم تجبه الى طلبه ، كان له ان يستأنف الحكم فيما يختص بها مهما قل مقدارها ، ولا يجوز للاستئناف عليه ان يحتج بالقاعدة التي تحذف من تقدير المدعى به الطلبات التي لم يحصل فيها نزاع ، لان هذه القاعدة تتعلق بالطلبات الاصلية ، ولا يعمل بها بالنسبة للحقوق التي يعمل بها بالنسبة للطلبات الاصلية ، ولا يعمل بها بالنسبة للقاعدة التي يعمل بها بالنسبة للطلبات الاصلية (٢) مراعاة لنص المادة ٢٢٣ .

واذا كان الحكم في الدعوى الاصلية يقبل المعارضة (٣) او التماس اعادة النظر فان الحكم بتحديد المزم بالمصاريف او بتحديد هذه المصاريف يقبل هو الآخر ذات الطعن .

واذا طعن في الحكم الصادر في الدعوى الاصلية دون الاشارة الى الطعن في القضاء الصادر بتحديد المزم بالمصاريف وقدرها ، فان محكمة الطعن ، مع ذلك ، تلزم بالحكم من تلقاء نفسها في مصاريف الدعوى عملاً

(١) استئناف مصر ٣١ مارس ١٩٣٤ المحاماة ١٥ صفحة ٢٥ وقنا ٢٣ يونية ١٩٣١ المحاماة ١٣ صفحة ٧٣٤ - قارن الاسكندرية الابتدائية ٨ يناير ١٩٣٠ المحاماة ١٠ صفحة ٧٣٦ و ١٦ فبراير ١٩٣٢ المحاماة ١٣ صفحة ٤٢٩ .

(٢) استئناف مصر ٢٩ ديسمبر ١٩٣٨ المحاماة ١٩ صفحة ٨٢٧ .

(٣) استثناء وفي الاحوال المحددة في التشريع .

بالمادة ١٨٤ ، كما يجوز للطاعن أن يثير أمامها الخصومة في الحكم المتعلق بالمصاريف ولو لم يسبق له الطعن فيه صراحة ، وذلك لان تحديد الملزم بالمصاريف وقدرها هو من توابع الطلب الاصلى الذى يطرح معه عند الطعن فى الحكم الصادر فى الطلب الاصلى ولو اقتصر الطعن على هذا الاخير ، هذا ولو عند من يرى أن المادة ١٨٤ إنما تشير فقط الى مصاريف الخصومة التى انتهت أمام المحكمة ، وذلك لان تعديل القضاء فى الطلب الاصلى يقتضى حتما تعديله فى التوابع المتصلة بالملزم بالمصاريف وقدرها ، ولان الخصومة فى الطعن على الحكم الصادر فى الطلب الاصلى تطرح بالتبعية ما اتصل بتوابع هذا الطلب .

٥٩ - تقدير المصاريف :

رأينا أنه على المحكمة أن تقضى فى حكمها الذى تنتهى به الخصومة أمامها بتحديد الخصم الذى يتحمل المصاريف ، وهى وحدها التى تختص بهذا الحكم .

اما تقدير هذه المصاريف ، فيكون اما بمعرفتها أو بمعرفة رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم . فللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقدر المصاريف فى الحكم الذى تنتهى به الخصومة أمامها اذا تيسر لها ذلك ، والا قدرها رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له وبعان هذا الامر للمحكوم عليه بها (م ١٨٩) (١) .

ويجوز لكل من الخصوم ان يظللم من التقدير ، ويحصل هذا التظلم اما امام المحضر عند اعلان التقدير ، أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم فى ظرف ثمانية ايام التالية لاعلان الامر . ويحدد المحضر

(١) حكم بأنه اذا لم تكن المصروفات المحكوم بها مقدرة فى الحكم ، فإنه يجب لامكان التنفيذ بها استصدار أمر تقدير بها من رئيس المحكمة ، ولا يجوز الاكتفاء فى هذه الحالة بتأشير قلم الكتاب على هامش الحكم بالمصروفات المستحقة على الدعوى لان هذا التأشير لا يخليها من النزاع ، ولا يسبغ عليها الصيغة التنفيذية (طنطا الابتدائية ٢٠ سبتمبر ١٩٣٩ المجموعة الرسمية السنة ٤ صفحة ١٢٧) .

أو قلم الكتاب على حسب الاحوال اليوم الذى ينظر فيه التظلم أمام المحكمة فى غرفة المشورة ويعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام (م ١٩٠) .

ويلاحظ على نص المادة ١٩٠ ما يلى:

(١) ان التظلم ينصب على الامر الصادر من رئيس الهيئة بتقدير المصارييف ، ولا يتصور باى حال أن ينصب على امر صادر بتحديد الخصم الملزم بالمصارييف ، لان تحديد هذا الخصم يتم فى ذات الحكم الذى تنتهى به الخصومة أمام المحكمة ، ولا يجوز لرئيس الهيئة ان يحدده عند اغفاله فى الحكم وبعبارة أخرى ، اذا لم يحدد الحكم الخصم الملزم بالمصارييف ، وقدم المحكوم له عريضة الى رئيس الهيئة بتقدير المصارييف، فان هذا الاخير لا يملك الا رفض العريضة تأسيسا على أن الاغفال المتقدم يشف عن ان المحكمة قصدت أن يتحمل كل خصم ما دفعه من المصارييف .

وبطبيعة الحال لا يجوز التظلم أمام رئيس الهيئة من قضاء المحكمة بتحديد الخصم الملزم بالمصارييف ، وانما هذا التظلم يكون بالطعن فى الحكم بطرق الطعن المقررة فى التشريع على ما تقدمت دراسته .

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة النقض بأن النزاع فى أساس الالتزام بالرسم ومداه والوفاء به - دون المنازعة فى تقدير قلم الكتاب للرسم الذى يصح اقتضاؤه - يتطلب سلوك اجراءات المرافعات العادية ، لا اجراءات المعارضة (أى التظلم) (١) فى امر تقدير الرسوم . وقضت بأن اجراءات التقاضى من النظام العام ، وبالتالي فان طرح الطلبات المتعلقة بمدى الالتزام بالرسوم القضائية أو بانقضائها بالتقادم على محكمة الاستئناف فى صورة معارضة (تظلم) فى امر التقدير يوجب الحكم بعدم قبولها . ويجوز ابداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) .

(١) اصل المادة ١٩٠ هو المادة ٣٦٣ من القانون السابق ، وقبل تعديلها بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كانت تقرير المعارضة فى امر تقدير الرسوم ، وبمقتضى القانون رقم ١٠٠ استبدل المشرع بلفظ المعارضة لفظ التظلم .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٣٠ - ٢٣ - ٦٠٩ .

(٢) ان أوامر تقدير المصاريف القضائية المحكوم بها والتي تصدر عملاً بالمادة ١٨٩ تختلف عن الأوامر على العرائض التي تصدر عملاً بالمادة ١٩٤ ، وهي في حقيقتها مكملّة للحكم بالالزام ، كما قدمنا . ومن ثم فلا يطبق بصدها حكم السقوط الوارد في المادة ٢٠٠ اذا لم تقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها (١) . وقد نصت المادة ١٨٩ على هذا صراحة .

(٣) رسم المشرع إجراءات التظلم من أمر رئيس الهيئة ، وميعاد رفعه ، ولا يعتد بأي تظلم يرفع بطريق آخر غير المذكور في المادة ١٩٠ .

فالمشرع يجيز لكل من الخصوم التظلم من تقدير المصاريف الصادر بها الأمر من رئيس الهيئة عملاً بالمادة ١٩٠ ، سواء أكان المتظلم هو المحكوم له الذي قدم العريضة أم المحكوم عليه ، وسواء أعلن أمر الرئيس إلى المحكوم عليه عملاً بالمادة المتقدمة أم لم يعلن إليه ، أم أعلن إليه بإجراء باطل (٢) .

ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير ، أو بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم في ظرف ثمانية الأيام التالية لإعلان الأمر .

ويجب ان يحصل التقرير في قلم كتاب ذات المحكمة المتقدمة ، والا فلا يعتد به ولو كانت هذه المحكمة قد أخطرت بالتظلم الذي حصل بجهة أخرى (٣) . ويدق الأمر اذا تساءلنا عما اذا كان هذا التظلم يجوز في خلال الميعاد المتقدم عن طريق دعوى أصلية تعلن صحيفتها إلى قلم الكتاب . يتجه القضاء إلى جواز ذلك على اعتبار أن المشرع قصد التيسير للمتظلم

(١) نقض ١٨ أكتوبر ١٩٥٦ القضية رقم ٢١٩ سنة ٢٣ قضائية ونقض ١٨ أكتوبر ١٩٥٦ القضية رقم ٩٦ سنة ٢٣ قضائية ، ونقض ٢٥ أكتوبر ١٩٥٦ القضية رقم ٢٢٦ سنة ٢٣ قضائية .

(٢) وبعبارة أخرى لا يترتب ثمة جزاء خلاص على عدم إجراء الاملان المتقدم .

(٣) راجع حكم النقض ٢٥ يونية ١٩٤٢ - القضية رقم ١٠ سنة ١٢ .

فله ان شاء اتباع هذا الطريق المبسط للتظلم ، وله اتباع الطرق العادية لرفع المنازعات أمام القضاء . وان كان الصحيح من الناحية النظرية أن هذا التظلم لا يجوز الا باتباع ما رسمه المشرع ، لان الامر لا يتعلق بنزاع عادى يراد رفعه الى القضاء ، وانما يتعلق بتظلم من أمر صادر من القاضى المختص ، وقد حدد المشرع سبيلا خاصا وميعادا معيننا للتظلم منه ، والقاعدة أن الاجراءات التى يحددها المشرع للتظلم من الاوامر والاحكام من النظام العام على اعتبار أنها طرق استثنائية يخرج فيها عن القواعد العامة لاعتبارات تتعلق بسير العدالة ونظام مرقق القضاء ، فكما لا يجوز رفع استئناف بدعوى مبتدأة لا يجوز أيضا رفع التظلم المتقدم بدعوى مبتدأة .

وقد أجازت محكمة استئناف مصر (المعارضة) بالاجراءات المعتادة على اعتبار أنها هى الطريق المعتاد لرفع الدعاوى وأن المشرع ما أجاز (المعارضة) فى قلم الكتاب الا بقصد التيسير على المعارض ، فلا محل لابطال معارضته التى اتخذها بالاجراءات المعتادة خاصة وأن المشرع لم ينص على بطلان فى هذا الصدد ، ولا بطلان بغير نص (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه وان كانت المادة ١١٧ من القانون القديم (المقابلة للمادة ١٨٩ من القانون الجديد) - التى وردت فى الباب الرابع من قانون المرافعات تحت عنوان «الاحكام» وان كانت تجيز المعارضة فى تقدير المصاريف بتقرير فى قلم الكتاب كما هى جائزة باعلان على يد محضره ، فان (المادة ٢٨) من قانون انشاء محكمة النقض قد نصت على أن ما جاء فى قانون المرافعات خاصا بالاحكام لا يطبق أمام محكمة النقض الا بقدر ما يكون متفقا مع قانون انشائها ، ولما كان هذا القانون قد جعل الاصل فى الاجراءات التى تتخذ أمام محكمة النقض أن تكون بتقرير فى قلم الكتاب فان الذى يستفاد من ذلك ان المعارضة فى أمر تقدير المصاريف ، وهى

(١) استئناف مصر فى ١١ أكتوبر ١٩٤٣ المجموعة الرسمية السنة ٤٤ صفحة ٥٩ . وراجع أيضا استئناف مصر ١٧ ديسمبر ١٩٣١ فهرس المجموعة الرسمية الرابع رقم ١٥٣٢ . واستئناف القاهرة ٧ ديسمبر ١٩٣٨ ذات الفهرس رقم ١٥٣٥ والاسكندرية الابتدائية ١٣ فبراير ١٩٣٧ المحاماة ١٩ ص ١٢٠ .

لا تخرج عن كونها اجراء من الاجراءات ، يجب أن تحصل بتقرير في قلم الكتاب أيضا (١) .

وميعاد ثمانية الايام المتقدم هو ميعاد ناقص يتعين أن يتم التقرير في خلاله والا فلا يقبل التظلم ، ويبدأ الميعاد من اليوم التالي لاجراء اعلان الامر عملا بالقواعد العامة .

ولم يحدد المشرع في المادة ١٨٩ طريقة اعلان الامر الى المحكوم عليه ، ومن ثم يجوز الاعلان لشخصه أو في موطنه الاصلى ، أو في موطنه المختار المحدد بمعرفته عملا بالمادة ٤٣ من القانون المدنى . وانما لا يجوز اعلانه في موطن محاميه الذى فشل في الدفاع عن مصالحه عملا بالمادة ٧٤ (٢) . وعند احتساب ميعاد ثمانية الايام المتقدم يضاف اليه ميعاد مسافة على أساس المسافة بين المكان الذى اعلن فيه المحكوم عليه بالامر ومقر قلم كتاب المحكمة التى اصدرت الحكم .

واذا لم يتم اعلان الامر عملا بالمادة ١٨٩ ، جاز التقرير في أى وقت دون التقيد بأى ميعاد .

واذا كان المنظلم هو المحكوم له الذى رفض طلبه ، او الذى لم يؤمر له بكل مطلوبة ، جاز له التقرير دون التقيد بأى ميعاد (٣) ، وهو بطبيعته الحال غير ملزم باجراء اعلان الامر الى المحكوم عليه في الدعوى الاصلية .

ولا يملك قلم الكتاب عدم قبول التقرير بحجة رفعه بعد الميعاد ، بل عليه قبوله في جميع الاحوال ، على أن يترك الامر لقضاء المحكمة ، لان قلم الكتاب ليس بسلطة قضائية تملك ولاية الفصل في منازعات الخصوم أو ادعاءاتهم .

(١) نقض (الدائرة المدنية) ٧ فبراير ١٩٤٦ المجموعة الرسمية السنة ٤٧ صفحة ١١٧ .

(٢) راجع كتاب نظرية الدفوع رقم ٢١٣ وما يليه .

(٣) ما لم يتم باعلان خصميه بالامر ، فعندئذ يسرى الميعاد في حق الخصمين عملا بالمادة ٢١٣/٥ .

ويتعين اعلان الخصوم بجلسة التظلم قبل انعقادها بثلاثة ايام على الاقل ، ولا يترتب ثمة بطلان على مخالفة الميعاد المتقدم ، وانما تراعى المحكمة استكمال الميعاد المتقدم . والخصوم المشار اليهم في المادة ١٩٠ هم المتظلم ومن وجه اليه التظلم . ولا يعلن باقى خصوم الدعوى الذين لم يوجه اليهم التظلم (١) .

(٤) ينظر التظلم في تقدير المصاريف عملا بالمادة ١٩٧ ، لانه لا يعدو ان يكون نظما من امر صادر على عريضة . والحكم الصادر فيه يعتبر متمما للحكم الصادر من المحكمة في موضوع الدعوى ، وقابلا معه للطعن فيه بمختلف طرق الطعن او غير قابل له على ما تقدمت دراسته (٢) .

٦٠ - المصاريف والتعويضات عند توجيه دعاوى او دفعوع كيدية (٣) :

راينا ان مصاريف الدعوى تقدر على اساس المصاريف الاساسية اى اللازمة قانونا لرفع الدعوى والسير فيها . وراينا ان الخصم المحكوم عليه يتحملها لان القانون يلزمه بذلك تحقيقا لمقتضيات العدالة ، وهو لا يتحمل المصاريف على سبيل التعويض عن الضرر الذى لحق خصمه من جراء منازعته له ، لان اخفاق الشخص فيما يدعيه لا يعتبر في ذاته دليلا على خطئه موجبا لمسئوليته . وتضيف ان الخصم انما يكون مسئولا عن الضرر الذى يلحق خصمه اذا وجه اليه دعوى او دفع قصد به الكيد لانه في هذه الاحوال ينقلب حق الانتجاع الى القضاء او حق انكار الدعوى الى مخبثه .

وكما يكون الكيد عند الادلاء بطلب او دفع يكون عند رفع طعن في حكم او عند اتخاذ اجراء من اجراءات التنفيذ ، او عند استصدار امر من قاضى الامور الوقتية ، او من غيره ، او عند تنفيذ الامر (٤) .

(١) راجع حكم النقض في ٢٩ مايو ١٩٤٧ - القضية رقم ٥٦ سنة ١٦ قضائية .

(٢) في الفقرة المقدمة .

(٣) ايا كان نوع هذه الدفعوع .

(٤) وقد حكم اعمالا لما تقدم بمسئولية الدائن بتعويض الضرر المادى والادبى الذى لحق خصمه من جراء توقيع الحجز على مشغولات لا يملكها مديسه (استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥١ ص ٣٧٥) .

والمادة ١٨٨ تجيز للمحكمة أن تحكم بالتضمينات في مقابل كل النفقات الناشئة عن توجيه دعوى أو دفاع كيدى ، فتقدر المصاريف ، في هذا الصدد ، على أساس كل النفقات الفعلية التي تحملها الخصم . وإنما يشترط للحكم بها عليه أن يكون القصد من توجيه الدعوى أو الدفاع هو مجرد الإضرار بالخصم والتنكيل به ومشاكسته . وأمر تقدير الكيد متروك لمطلق تقدير المحكمة تسهتجه من ظروف كل قضية ، فإذا كان للخصم ذريعة تبرر دعواه ، أو إنكاره ، أو كانت له شبهة على الأقل تسوغ مسلكه فلا مؤاخذة عليه .

ويلاحظ أن المحكمة تستند - عند تقدير الكيد - إلى حكم المادة الخامسة من القانون المدنى التى تنالى مرد حالات سوء استعمال الحق ، والتى يتعين بسط نيطقها على كل فروع القانون . فالطلب أو الدفع الكيدى هو اذن صورة من صور الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ، وهو استعمال غير مشروع لحق اللئاء الى القضاء أو لحق انكار الدعوى (١) .

= وحكم بالزام المسئاف بالنعويض لرفعه استئنافا غير مبنى على اعتبارات جدية ، هذا فضلا عن أن حكم محكمة الدرجة الاولى قد جاء واضحا فى تحديد وتقدير حقوق كل خصم . (استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩٣٠ السنة ٤٣ ص ٥٧) .

وانظر الاحكام الفرنسية العديدة المشار اليها فى رسالة Morel المتقدمة الاشارة اليها .

وانظر ايضا حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٠ ابريل ١٩٥٢ السنة ٣ ص ٩١٦ وحكم محكمة القضاء الادارى ٧ نوفمبر ١٩٥٤ السنة ٩ ص ١٠ .

(١) أبو هيف رقم ٤٠٨ ، وكتاب المسئولية المدنية للاستاذ مصطفى مرعى - الطبعة الثانية ، ومقال الاستاذ صلاح الدين عبد الرحمن فى الدعوى الكيدية المحاماة ٣٤ صفحة ٩٠٦ وما يليها ورسالة (Jules) Morel فى Des dommages-intérêts en cas d'exercice abusif des actions en justice - Paris 1910 .

وانظر ايضا «نظرية سوء استعمال الحقوق للاستاذ حسين عامر ، والاستاذ محمد صبرى أبو علم» فى تطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق على اجراءات المرافعات وطرق التنفيذ سنة ١٩١٥ .

واستحدث القانون في المادة ١٨٨ منه حكما جديدا يخول المحكمة عند اصدار الحكم الفاصل في الموضوع ان تحكم بغرامة لا تقل عن جنيهين ولا تجاوز عشرين جنيها على الخصم الذي يتخذ اجراء او يبدي طلبا او دفاعا بسوء نية .

والمنصود بسوء النية في هذا المقام هو أن يكون الخصم وهو يتخذ اجراء أو طلبا أو دفاعا عالما الا حق له فيه وانما قصد بابدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الاضرار بالخصم الآخر .

وقضت محكمة النقض اعمالا لما تقدم بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير ، وقضى فيها جميعا بالرفض ، كانت دعاوى كيدية أقيمت بايماز من الطاعن والتواطؤ معه اضرارا بالمطعون ضده ، كما استدللت على كيدية الدعاوى التي رفعها الطاعن على المطعون ضده بمضيه في التقاضي رغم جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الاطيان موضوع النزاع رغم الاحكام المتعددة الصادرة عليه - فانه يكون في غير محله النهي على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطا في مسئولية الطاعن . ومتى كان الحكم الابتدائي المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه اذ قضى عليه بالتعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب الدعاوى الكيدية التي رفعها الطاعن قرر ان مسلك هذا الاخير مستنفذ من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشيء الكثير **ليجابه نشلهاط خصمه** ، وأن هذه الاجراءات الكيدية التي عانى منها المطعون عليه وأقلقت بالله في مدى أحد عشر عاما تقدر المحكمة عنها المبلغ الذي قضت به فان هذا الذي اورده الحكم البيان الكافي لعناصر الضرر الذي قضى بالتعويض عنه (١) .

وكثيرا ما يبدو الكيد والتعسف عند طلب شهر افلاس تاجر ، كما اذا تم ذلك بتسرع ودون ترو لتوقعه عن دفع دين لم ينقطع النزاع بصده ، او لم يحل أجله ، أو دين ناتج عن حساب جار ما زال النزاع بصده قائما امام القضاء (٢) (٣) .

(١) نقض ٣ ابريل ١٩٥٢ - مجموعة احكام النقض ٣ صفحة ٩١٦ .

(٢) حكم محكمة المنصورة المختلطة في ٨ يناير ١٩٢٤ جازيت ١٤

صفحة ٦٥ ، وفي ٦ يونية ١٩٢٧ السنة ١٨ صفحة ٧٣ .

وقضت محكمة النقض أممـالا للمبادئ المتقدمة بأن الإجابة على الدعوى بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى به الزام خصمه بإثبات مدعاه ، فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخطاب سعيه ، فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنصوص قانون المرافعات ، أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتفالي فيه أو بالتكليل به ابتغاء مضارة خصمه ، فإن هذا الحق ينقلب مخبئه تجيز للمحكمة طبقا لقانون المرافعات (م ١٨٨) الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو (١) .

وقضت أيضا ، بأن الإنكار الكيدى للدعوى هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة :

أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه ، وثانيها كون هذا الإنكار ضارا فعلا ، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلا على هذا الإنكار وبينهما علاقة سببية . فالحكم الذي يقضى بمسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن إنكاره إذا اقتصر على التقرير بصدق مزاعم المدعى في ادعائه بأن الإنكار كيدى ، ولم يوازن بينهما وبين دفاع المدعى عليه ، ولم يعن بإيراد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التي يتضح استخلاص الكيدية منها بمعناها القانوني ، يكون حكما معيبا متعيبا نقضه (٢) .

وقضت بأن من يسعى في إنكار دعوى خصمه ، فخطاب سعيه لعجزه عن إثبات الدفع الذي تدور به يلزم بالمصاريف مملا بالقواعد العامة ، إنما

= (٣) أنظر أحكام النقض العديدة المشار إليها في ديروتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٥ - تحت عبارة Action رقم ٩ وتقض ٢٩ أبريل ١٩٥٣ دالوز ٥٣ صفحة ٦٨ و٣ ديسمبر ١٩٥٣ جازيت بإليه ١٩٥٤ - ١ - ٩٩ ، وكتاب المرافعات والأحكام العديدة المشار إليها فيه .

(١) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٣ - القضية رقم ٤٧ سنة ٣ قضائية - واستئناف مصر ١٠ أبريل ١٩٤٩ الحاماة ٣١ صفحة ٧٦٤ .

(٢) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٣ الحاماة ١٤ صفحة ٩٣ .

لا يلزم بالتعويض الا اذا توافرت اركان الكيدية فيما وقع منه (١) .

وقد حكم بانه اذا انكر خصم ورقة نسبت اليه او طعن فيها بالتزوير وقضى بصحة الورقة وجب الحكم عليه بالتعويض لان لا عذر له في ان ينكر ورقة وقع عليها بنفسه (٢) بخلاف ما اذا كانت الورقة المطعون فيها بالانكار او بالتزوير ليست صادرة من المنكر او الطاعن وكان يجهل التوقيع عليها ممن اسندت له فلا مؤاخذه عليه ان هو انكرها او طعن فيها بالتزوير حتى ولو قضى بصحة الورقة (٣) . واذا اعتمد خصم على ورقة تبين انها مزورة كان سوء النية الا اذا اثبت انه وقت استعملها لم يكن عالما بما يهيبها ، كما لو كان قد تلقاها من الغير (٤) . واذا ثبت ان الدعوى ليست الا تجديد لنزاع سبق الفصل فيه او الصلح فيه وجب الحكم على المدعى بتعويض الضرر الناشئ عنها (٥) ، واذا انكر أخ اخته التي نشأت معه فلا يحمل الانكار الا على محمل الكيد والعنت (٦) .

بتضح مما تقدم ان الكيد عند ابداء الطلب او الدفع يتحقق اذا ثبت

(١) نقض ٨ يونية ١٩٣٩ القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية واستئناف مختلط ١١ ابريل ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥١ صفحة ٢٤٩ - كذا خطأ الحكم في تحديد مدى حقوقه لا يوجب المسؤولية عملاً بالمادة ٣٦١ - استئناف مختلط ١٢ ديسمبر ١٩٤٥ السنة ٥٨ صفحة ١٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٢ صفحة ٢٤٣ .

(٣) استئناف مختلط ٤ فبراير ١٩٢٥ (مجلة التشريع والقضاء السنة ٣٧ صفحة ٢١٢) .

(٤) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٣ (مجلة التشريع والقضاء السنة ٥ صفحة ١٦١) .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٢٠٧) .

(٦) استئناف مصر ١٢ ابريل ١٩١٦ (الشرائع ٣ عدد ١٩٢ فقرة ٢) .
وراجع أيضا الاحكام العديدة التي اشار اليها الاستاذ مصطفى مرعى في مؤلفه «المسؤولية المدنية في القانون المصري» الطبعة الثانية سنة ١٩٤٤ .
وراجع نقض ١٠ ابريل ١٩٥٢ الحاماة ٣٤ صفحة ٤٣٢ .

للمحكمة أن الخصم تقدم بما تقدم به من طلبات أو دفعوع وهو يعلم تمام العلم أنه لا حق له فيها . وقد يتحقق سوء النية عند إبدائها ، أو بعدئذ . وعندئذ يتحقق قصد مضارة الخصم ، إلى جانب وجوب توافر ضرر أصابه فعلا ، وتوافر السببية بينهما عملا بقواعد المسؤولية المدنية . ويزداد التعويض كلما استرسل الخصم في الكيد ، واستطالت مجابهة نشاطه الكيدي أو أنكاره .

٦١ - جواز التعويض عن الضرر الادبي :

على الرغم من أن نص المادة ١٨٨ - وأصلها من القانون القديم (١٢٠/١١٥) - يشير إلى التعويض عن مجرد المصاريف والنفقات الناشئة عن الطلبات والدفعوع الكيدية دون التعويض عن الضرر الادبي ، إلا أن الفقه والقضاء يسلمان بجواز طلب التعويض عن الضرر الادبي الناتج من طلب أو دفع كيدي (١) .

وأما علة عدم الإشارة - في النص المتقدم - إلى التعويض عن الضرر الادبي فترجع إلى أن جواز الحكم به لم يكن ثابتا فقها وقضاء وقت ظهور قانون المرافعات القديم ، وقد نقلت المادة ١٨٨ عنه بصورة تكاد تكون آليسة (٢) .

ومما يؤكد أن التعويض عن الضرر الادبي ما زال موضع جدل بين شراح القانون (٣) اضطرار المشرع في القانون المدني الحالي إلى النص على إجازته صراحة في المادة ٢٢٢ حتى يقطع بصده أي خلاف .

وإذا يجوز طلب التعويض عن الضرر الادبي الناتج عن طلب أو دفع

(١) أبو هيف ٤٠٨ - والمراجع والاحكام المتقدمة الإشارة إليها . - ورسالة «نظرية المصلحة في الدعوى» للدكتور الشرفاوى رقم ٨٨ وما يليه ، ومرجع القضاء رقم ٧٧٧٨ استئناف مختلط ١٣ يونية سنة ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥١ صفحة ٣٧٥ .

(٢) كما حدث بالنسبة إلى بعض التصوص الأخرى .

(٣) كتاب الموجز في النظرية العامة للالتزامات للدكتور السنهوري رقم ٣٣٠ .

كيدى عملا بالقواعد العامة في المسؤولية طبقا لنصوص القانون المدنى (م ٢٢٢) .

٦٢ - لا يحكم بالتعويض الا بناء على طلب المضرور - تضامن المسئولين عن الضرر :

لا تحكم المحكمة بالتعويض المتقدم الا بناء على طلب المضرور عملا بالقواعد العامة ، ولان هذا التعويض لا يعد بمثابة مصاريف الدعوى مما تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها عملا بالمادة ١٨٤ .

واذا تعدد من وجه الدعوى أو الدفاع الكيدى جاز الحكم عليهم جميعا بالتضامن في التعويضات ، وذلك عملا بنص المادة ١٦٩ من القانون المدنى التى تنص على أنه اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر .

٦٣ - جواز التمسك بالتعويض بطلب عارض أو دعوى أصلية ترفع أمام ذات المحكمة التى نظرت الطلب أو الدفع الكيدى ، وذلك بما لهذه المحكمة من ولاية تكميلية (١) :

جرى القضاء على وجوب رفع دعوى التعويض أمام المحكمة المطروح امامها الدعوى الكيدية أو الدعوى التى دفعت بدفاع كيدى (ولو كانت هى محكمة الاستئناف) لان هذه المحكمة هى وحدها المختصة بالفصل فى الحكم بمصاريف الدعوى التى تنظرها ، القضائية منها وغير القضائية (٢) - اذ هى أدرى من أية محكمة أخرى فى تقدير مصاريفها والتعويضات الناشئة عن رفعها ، سواء اكانت التعويضات عن ضرر مادى أم أدبى .

(١) للمحكمة ولاية أصلية بصدد موضوع النزاع وما تفرع عنه ، وولاية تبعية بالنسبة الى المصروفات والنفاذ المعجل ... الخ ، وولاية تكميلية بالنسبة الى طلبات تفسير حكمها أو تصحيحه أو التعويض عن الكيد . وسوف ندرس كل هذا فى الابواب التالية .

(٢) راجع الجدول العشرى الثانى للمحاماة (الرافعات) رقم ١٦٤٩ ، ١٦٥٤ و ١٦٥٧ و ١٦٦٤ - انظر كتاب المرافعات رقم ٥٥٦ .

ويجوز التمسك بالتعويض اما على صورة طلب عارض ، أو على صورة دعوى أصلية مبتدأة .

وتستفاد القاعدة المتقدمة من المادة ١٨٨ ، فهي تقصد بالمحكمة التى تحكم بالتضامينات تلك التى نظرت الطلب أو الدفع الكيدى (١) ، بشرط أن تكون مختصة بنظرها اختصاصا متعلقا بالوظيفة واختصاصا نوعيا ، لأن هذا أو ذاك من النظام العام فلا تجوز مخالفة قواعده . ومن ثم اذا أتخذ اجراء تعمفى امام لجنة ادارية ، أو امام قاضى الامور المستعجلة ، أو قاضى الامور الريفية ، فلا اختصاص لاي منهم بنظر طلب التعويض عنه .

واذا كان المشرع فى قانون الاجراءات الجنائية يجيز للمتهم فى المادة ٢٦٧ منه (٢) أن يطالب المدعى بالحقوق المدنية أمام المحكمة الجنائية بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية عليه اذا كان لذلك وجه ، أفلا يعد هذا قاطعا فى الدلالة على أن المشرع انما يقصد أن يكون الاختصاص بالتعويض فى جميع الاحوال للمحكمة التى نظرت الطلب أو الدفع الكيدى ، وأنه لا يحرم المحكمة الجنائية من هذا الاختصاص - اذا انقضت الخصومة الجنائية - الا بسبب اعتبارات تتصل بالنظام الاساسى للتقاضى .

ثم ان الحكم بالمصاريف عملا بالمادة ١٨٥ لا يخرج عن كونه حكما

(١) فعبارة المحكمة فى صلب المادة ١٨٨ تشير - وفق ما هو واضح من سرد جميع مواد الفصل - الى تلك التى فصلت فى الدعوى الأصلية وقضت فى المصاريف الاساسية عملا بالمادة ١٨٤ وما يليها .

وهذا هو الراى الثابت فى فرنسا فقها وقضاء وفق ما قدمناه فى الفقرة رقم ٥٥ وانظر رسالة Maril المتقدمة الاشارة اليها ، وما اشتملت عليه من أحكام .

(٢) راجع المادة ٥٥ من قانون تحقيق الجنائيات الاهلى القديم .

وتختص المحكمة الجنائية بطلب التعويض متى رفع على سبيل التبع للدعوى الجنائية وتختص به ايا كانت قيمته .

بالتعويض للخطأ أو الكيد ، تصدره ذات المحكمة التي نظرت الدعوى (١) ،
فما هي اذن مبررات التفرقة بين طلب التعويض للكيد الثابت من المحكوم
له وبين طلب التعويض للكيد الثابت من المحكوم عليه من ناحية
الاختصاص بنظر كل طلب منهما . وهما في فرنسا من اختصاص المحكمة
التي نظرت الدعوى الاصلية (٢) .

واذا طلب التعويض أمام محكمة جزئية فلا تختص الا اذا كانت قيمته
لا تجاوز مائتين وخمسين جنيها . ولو كانت هي ذات المحكمة التي اتخذ
الاجراء التعسفي امامها . وتستفاد هذه القاعدة من المادة ٤٦ التي تمنع
المحكمة الجزئية من الفصل في الطلبات العارضة اذا كانت قيمتها متجاوزة
تصاب اختصاصها . أما اذا كانت المحكمة التي اتخذ الاجراء التعسفي
امامها محكمة ابتدائية فانها تختص بطلب التعويض عنه ايا كانت قيمته اذا
أدلى به بصورة عارضة أثناء نظر الدعوى الاصلية - وذلك عملا بالمادة
٤٧ . ونراها مختصة به أيضا ولو أدلى به على صورة دعوى أصلية ،
وذلك عملا بصريح المادة ١٨٨ ، ولان هذا التعويض يقابل جميع ما تكبده
الخصم من مصاريف وأضرار مادية او أدبية نتجت عن الاجراء التعسفي ،
واذا كانت المحكمة الابتدائية تحكم بمصاريف الدعوى الاساسية (عملا
بالمادة ١٨٤ وما يليها) ايا كانت قيمتها ، فهي أيضا تختص بنظر هذا
التعويض ايا كانت قيمته . ولا يعقل ان يتخذ اجراء تعسفي أمام محكمة
ابتدائية ، ثم يطلب من محكمة جزئية ان تقدر مسلك الخصم أمام المحكمة
الاولى ومدى خروجه عن المألوف في طلبه او في دفاعه لتحديد ما اذا كان
هذا أو ذاك يعد تعسفيا أو لا يعد كذلك ، وما يقتضيه كل ما تقدم من
فحص ظروف القضية التي رفعت أمام المحكمة الابتدائية ، وفحص وتقدير
كل ما أصدرته من قرارات وأحكام ، وقد تختلف وجهات النظر فيختل
أو يمس مبدأ تبعية المحاكم بعضها لبعض الآخر ، ولا يصح ان يقال ان
دعوى التعويض عن طلب أو دفع تعسفي تختلف في موضوعها وسرورها عن
ذات الدعوى الاصلية المشتملة على الطلب أو الدفع ، ومن ثم يجب أن
تخضع للقواعد العامة في الاختصاص النوعي والمحلي - نقول لا يصح أن
يتجه رأي الى النحو المتقدم ، وذلك لان دعوى التعويض المتقدمة ترتبط

(١) (٢) راجع ما قدمناه في الفقرة رقم ٥٥ .

بالدعوى الأصلية برباط لا يقبل التجزئة ، كما أن نظرها يقتضى فحص الدعوى الأصلية وتقدير وقائعها من جديد وتقدير ما صدر فيها من أحكام ، وكل هذا يخل بمبدأ تبعية المحاكم بعضها لبعض الآخر ، من قريب أو بعيد ، كما يحالف نص المادة ١٨٨ (١) . والمادة ٢٧٠ من قانون النقض تقتضى هذا الفهم إذ هى تجعل الاختصاص ينظر التعويض عن الطعن بالنقض الكيدى لمحكمة النقض نفسها ، ولم تجعل لمحكمة أخرى سبيلا على ما سبق الفصل فيه أو ما سبق تقديره من جانب محكمة النقض .

ولا يصح الاحتجاج بأن المادة ٢٧٠ استثنائية وتتعلق بالطعن بالنقض فلا يجوز القياس عليها بالنسبة الى الطعن بالاستئناف ، وذلك لان الامر بالنسبة الى كليهما من هذه الناحية يؤول الى ما اذا كان من الجائز أن يكون لمحكمة سبيل على ما رآته وقدرته محكمة أعلى درجة منها ، وما اذا كان يجوز لتفادى ما تقدم حرمان الخصوم من درجة من درجات التقاضى . والمادة ٢٧٠ تقطع بأنه لا يجوز أن يكون لمحكمة سبيل على ما ارتأته محكمة أعلى درجة منها ، ولو كان مؤدى ذلك حرمان الخصوم من درجة من درجات التقاضى .

وأذن حين سير العدالة يقتضى أن تختص بطلب التعويض عن الدعوى أو الدفع الكيدى ذات المحكمة التى نظرت هذا أو ذاك ، حتى لا تشغل محكمة أخرى به ، وما يقتضيه هذا من وقت وجهد تبذله فى سبيل فهم موضوع الدعوى من جديد وما أحاط به من مازعات ومشاكل (٢) . وشأن

(١) وإذا كان قد تقدم القول بمخالفتها عندما تكون قيمة التعويض المطلوب تزيد عن نصاب المحكمة الجزئية فذلك حتى لا تهدر المادة ٤٦ المتصلة بالنظام العام ، والتى تمنع المحكمة الجزئية فى جميع الاحوال من الفصل فى الطلبات المعارضة التى تزيد عن نصاب تلك المحكمة .

ثم أن المخالفة المتقدمة لا تقتضى أن تفصل فى التعويض عن الاجراء التمسكى محكمة اقل درجة من تلك التى نظرت الاجراء ، انما هى تقتضى على العكس أن تفصل فيه محكمة أعلى درجة من الاخرى ، وهذا لا غبار عليه ، لان الاخيرة تتبعها وتخضع لاشرافها القضائى .

(٢) وهذه الاعتبارات هى التى حدث بالقضاء المختلط - كما سنرى - الى الزام الخصم بتقديم طلب التعويض عند الاجراء الكيدى بصورة =

هذا الحال ، شأن الاختصاص بتفسير الحكم فهو مقرر بنص المادة ١٩٢ لذات المحكمة التى أصدرته . وأذن تختص المحكمة بما تقدم بما لها من ولاية تكميلية .

ولا يصح أن يحتج على ما تقدم بأن المحكمة الجنائية تفصل فى الدعوى الجنائية ، ومع ذلك دعوى التعويض ترفع الى المحكمة المدنية التى تنقيد بالوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى ، وكان فصله فيها ضروريا عملا بالمادة ٤٠٦ من القانون المدنى - تقول انه لا يصح القياس على ما تقدم بصدد دعوى التعويض عن الطلب أو الدفع الكيدى وذلك لان المحكمة المدنية فى الحالة الاولى لا تنقيد الا بالوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى وكان فصله فيها ضروريا ، أما المحكمة التى تنظر دعوى التعويض عن الطلب أو الدفع الكيدى فهى تنقيد بحجية القضاء الصادر من محكمة الموضوع وتسلم بكل ما استخلصه هذا القضاء حتى لا تمس حججه . وهذا القيد يمس حريتها فى تقدير كل ما تعلق بركن الخطأ فى المسؤولية (سواء اكان متصلا بالوقائع أم بالقانون) (١) مما يستوجب - كما قدمنا - أن تفصل فى دعوى المسؤولية ذات المحكمة التى نظرت الطلب أو الدفع الكيدى توفيراً للجهد خاصة وأنه ليس هناك ما يمنع من اختصاصها بنظرها ولو بعد انقضاء الخصومة الاصلية أمامها ، يعكس الحال بالنسبة الى المحكمة الجنائية التى لا تنظر الدعوى المدنية الا بمناسبة قيام الدعوى

= عارضة أثناء نظر الدعوى الاصلية والا كان غير مقبول اذا قدم على صورة دعوى أصلية ، وذلك حتى لا تضطر المحكمة الى إعادة فحص الدعوى من جديد ، اللهم الا اذا كان الطلب مؤسسا على أسباب لم يكن من المستطاع مناقشتها أثناء نظر الدعوى الاصلية ، وهنا يجوز الادلاء بالطلب بعد انقضاء هذه الدعوى .

(١) وقد يختلف الراى بالنسبة لذات الدعوى الاصلية المشتملة على الطلب أو الدفع الكيدى فى تقدير الوقائع أو فى ارساء القاعدة القانونية عليها أو فى تفسير هذه القاعدة ، أما المحكمة المدنية فهى لا تنقيد عملا بالمادة ٤٠٦ من القانون المدنى الا بالوقائع التى فصل فيها الحكم الجنائى بمناسبة تحديد أركان الجريمة - فأمر ثبوت هذه الوقائع ، أو عدم ثبوتها هو وحده ، الذى يقيد المحكمة المدنية ، أما كون هذه الوقائع تؤدى أو لا تؤدى الى توافر أركان الجريمة فهو أمر لا يعنى المحكمة المدنية على وجه الاطلاق .

الجنائية أمامها . وبعبارة أخرى ، إذا كان المشرع يمنع المحكمة الجنائية من الفصل في الدعوى المدنية بعد انقضاء الخصومة الجنائية فذلك لاعتبارات تتصل بنوع القضايا التي تنظرها ، وهذه الاعتبارات من النظام العام ، وتمس كيان النظام القضائي .

وإذا اتخذ الإجراء التعسفي أمام محكمة الدرجة الأولى ، وتراخى الخصم في طلب التعويض عنه ، ثم استؤنف الحكم الصادر منها ، فلا يملك الخصم طلب التعويض في الاستئناف ، بل عليه أن يتقدم بطلبه أمام محكمة الدرجة الأولى حتى تستنفذ المحكمة ولايتها بصدده وحتى لا يفوت الخصم على خصمه درجة من درجات التقاضي وحتى تفصل في طلب التعويض عن الإجراء التعسفي ذات المحكمة التي اتخذ أمامها ، ولا محل لحرمانها من نظره (١) .

أما إذا اتخذ الإجراء التعسفي في الاستئناف - كأن رفع استئناف كيدى مثلاً - فإن المحكمة التي تنظر التعويض عنه هي محكمة الدرجة الثانية التي تنظر الاستئناف ، ولا يجوز طلبه أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة عملاً بالقواعد العامة ، ولو أن في ذلك تقويتاً لدرجة من درجات التقاضي ، وذلك احتراماً للمادة ١٨٨ ولما تشفه المادة ٢٧٠ وللاعتبارات المتقدمة الذكر التي تستوجب ألا يكون لمحكمة سهيل ما سبق الفصل فيه أو ما سبق تقديره من جانب محكمة في درجتها أو أعلى درجة منها .

وليس هذا بهدنة في التشريع أو في الفقه ، فالمشرع كثيراً ما يمنع الاختصاص بدعاوى معينة لمحكمة الدرجة الثانية لذات الاعتبارات المتقدمة ، فمثلاً طلب إسقاط الخصومة عملاً بالمادة ١٣٤ لا يرفع إلا لذات المحكمة القائمة أمامها الخصومة المطلوب إسقاطها ولو كانت محكمة الدرجة الثانية ، وذلك عملاً بالمادة ١٣٦ . والدعوى بطلب انعدام الحكم لا ترفع إلا إلى ذات المحكمة التي أصدرته . وفقاً للرأي الراجح فقهاً (٢) .

(١) الجدول العشري الثاني للمحاماة (مرافعات) رقم ١٦٩٤ .

(٢) كتاب المرافعات والمدونة ٢ رقم ١١٢٣ وما يليه ونظرية الدفع

رقم ٣١٩ م .

وفي جميع الاحوال المتقدمة قد يحرم الخصوم من درجة من درجات التقاضى .

وجدير بالاشارة ان المحكمة لا تثبت الكيد ، أو سوء النية ، الا بعد الفصل فى موضوع الدعوى ، ومن ثم اذا انقضت الخصومة دون حكم فى الموضوع - كما اذا صدر فيها حكم بعدم الاختصاص ، أو ببطلان صحيفتها ، أو باعتبارها كأن لم تكن ، أو سقوط الخصومة ، أو بقبول تركها - فلا تملك المحكمة الفصل فى طلب التعويض عن الدعوى الكيدية (١) . ويكون الاختصاص بنظر هذا الطلب للمحكمة التى تنظر موضوع الدعوى الكيدية ، وبعد الفصل فيها .

واذا قيل - جدلا - بأن المحكمة المختصة بطلب التعويض عن الدعوى الكيدية غير المحكمة المختصة بهذه الدعوى الاخيرة ، فان الاولى يتعين عليها وقف الدعوى عملا بالمادة ١٢٩ حتى يتم الفصل فى الدعوى الاصلية - أى الكيدية - لان الحكم فى الاولى يعتمد على الحكم فى الاخيرة .

ومن الجائز الفصل فى طلب التعويض عن دعوى كيدية متى حكم بعدم قبولها ، كما اذا رفعت دعوى فى موضوع سبق أن حسمه حكم قطعى بين ذات الخصوم (٢) ، ومن الجائز الفصل فى طلب التعويض عن رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة ، ولو قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى الاصلية .

واذا اتخذ الاجراء التعسفى أمام محكمة النقض فان هذه المحكمة هي التى تختص وحدها بنظر التعويض عنه عملا بالمادة ٤٤٦ .

والبنادىء المتقدمة يسلم بها القضاء المختلط فهو يقرر أن المادة ١٢٠ من القانون المختلط (يقابلها المادة ١١٥ من القانون الاهلى والمادة ١٨٨ من قانون المرافعات الجديد) لا تقرر جسيواز الحكم بالمصاريف غير الاساسية

(١). الازبكية الجزئية ٢٤ نوفمبر ١٩٣٢ المجامعة ١٣ صفحة ٤٥٨ .

(٢) راجع حكم المحكمة النقض الفرنسية فى ٢٢ نوفمبر ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٢٠٧) . وفارن حكم محكمة الازبكية الجزئية المتقدمة الاشارة اليها .

فحسب وانما هى تهدف أيضا الى تقرير حسن سير العدالة ، ومنع تناقض الاحكام بالزام الخصم الذى يعانى من تعسف خصمه الالتجاء الى ذات المحكمة التى تمت امامها الاجراءات التفسيرية لانها أدرى من غيرها وأكثر صلاحية منها فى تقدير طلب التعويض (١) .

واذن المادة ١٨٨ تقرر قاعدة من قواعد الاختصاص فضلا عن تقريرها لمبدأ التعويض عن الاجراء الكيدى (٢) .

(١) راجع الاحكام المتقدمة الاشارة اليها والى مرجعها ، وانظر استئناف مختلط ١٤ فبراير ١٩٣٤ مجلة التشريع والقضاء ٤٦ صفحة ١٦٨ واستئناف مختلط ٣ نوفمبر ١٩٣٧ مجلة التشريع والقضاء ٥٠ صفحة ٢ .

ويلاحظ ان القضاء المتقدم يجيز رفع طلب التعويض بعد انقضاء الخصومة امام المحكمة التى تم امامها الاجراء التفسيرى ، ولا يستوجب الادلاء بالطلب على صورة طلب عارض اذا كان مؤسسا على اسباب لم يكن المستظاع مناقشتها فى الحال ، وهذا ما نسلم به فى جميع الاحوال ، وفق التفصيل الذى سوف نراه ، أى ولو كان الطلب مؤسسا على اسباب كانت قائمة وقت نظر الدعوى ، لان حق التعويض كائى حق موضوعى يسقط بالمدة المسقطه للحقوق عملا بقواعد القانون المدنى .

(٢) قارن الاستاذ صلاح الدين عبد الوهاب فى الدعوى الكيدية . المحاماة ٣٤ صفحة ٩١٨ ، وهو يرى ان الدعوى الكيدية اذا كان قد فصل فيها او كانت منظورة فى الاستئناف ، فمن الواجب ان ترفع دعوى التعويض عنها اما المحكمة المختصة بحسب قواعد الاختصاص العادى بوصفها دعوى مسئولية وهذا الاتجاه فى الراى يخالف نصوص القانون المذكور فى المتن ، كما يخالف المبادئ الاساسية المشار اليها فيه ، ثم انه من ناحية اخرى ، لا محل للتفرقة المتقدمة ، فاما ان يقال باختصاص المحكمة التى نظرت الاجراء التفسيرى بالتعويض عنه ، واما ان يقال بعدم اختصاصها واذا قيل باختصاصها فانه يظل قائما ولا يسلب منها ولو انقضت الخصومة الاصلية امامها ، ولا عبرة فى منح الاختصاص لمحكمة او حرمانه منها — لا عبرة بوقت رفع الطلب او اجراء رفعه . والقاعدة انه متى منحت محكمة اختصاصا معين فانه لا تحرم منه الا بنص القانون . والمحكمة المتقدمة قد منحت الاختصاص فيما تقدم عملا بالمادة ١٨٨ ولا تشترط هذه

والجدير بالاشارة أن القواعد المتقدمة تسرى سواء أكان طالب التعويض عن نفقات فعلية تحملها الخصم بمناسبة اجراء خصمه التمسقى، أم عما أصابه من ضرر أدبي في سمعته أو شرفه . ويستند طلب التعويض عن النفقات الفعلية الى حكم المادة ١٨٨ من قانون المرافعات ويستند طلب التعويض عن الضرر الادبي الى نصوص القانون المدني في المسؤولية والى نصوصه التى تقرر جواز طلب التعويض عن هذا الضرر (١) . وإذا كانت المادة ١٨٨ أو أصلها من القانون القديم لا يشير الى التعويض عن الضرر الادبي فذلك لانه لم يكن من المسلمات ، على ما تقدمت الاشارة اليه ، فآثر المشرع فى قانون المرافعات ترك أمره للقواعد العامة فى القانون المدني .

وسواء أكان التعويض عن ضرر مالى ، أم عن ضرر أدبي ، فمن الجائز أن يرفع طلبه بصورة عارضة أثناء نظر الدعوى الكيدية أو الدعوى التى دفعت بدفاع كيدى ومن الجائز أن يرفع بدعوى أصلية .

ولا يتصور باى حال من الاحوال الزام المضرور بالادلاء بطلب التعويض (فى الحالتين) على صورة طلب عارض أثناء نظر الدعوى الأصلية ، ولو كان مؤسسا على أسباب قائمة أثناء نظرها ، لان الادلاء بالطلبات على صورة عارضة هو استثناء من الاصل العام فى رفع الدعاوى والطلبات ، ولا يصح الزام الخصم باتباع الطريق الاستثنائى وحده الا اذا نص القانون على ذلك صراحة . ومن ناحية أخرى ، لا يسقط حق الخصم فى طلب تعويض عن أمر ما الا فى الاحوال المسقطه له المقررة فى القانون الموضوعى (٢) .

== المادة لاختصاصها أن يرفع الطلب بصورة عارضة والقاعدة أن الادلاء بالطلب على صورة عارضة هو استثناء من الاصل العام فى رفع الطلبات والدعاوى ، وأن المشرع اذ أجاز الادلاء بطلب ما على صورة عارضة فمن باب أولى يجوز الادلاء به على صورة دعوى أصلية متى كانت المحكمة مختصة به من جميع الوجوه بحكم القواعد العامة أو بنص القانون .

(١) أبو هيف رقم ١١٠١ وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية (الدائرة السابعة) ٢٤ ديسمبر ١٩٥٦ فى القضية رقم ٢٥٣٥ سنة ٥٥ مدنى كلى الاسكندرية .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٤٠ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٢ صفحة ١٤٩ واستئناف مختلط ١٧ ابريل ١٩٤٠ السنة ٥٢ =

ويؤكد المعانى المتقدمة المرحوم الاستاذ أبو هيف ، فهو يفرق بين نوعى التعويض بحسب الاساس القانونى لكل منهما ، ويجيز طلب هذا أو ذاك أما أثناء نظر الدعوى الاصلية ، أو بدعوى مستقلة على حدة . وهو يقول «كذلك التعويضات الناشئة عن مصاريف الدعاوى أو الادفوع المقصود بها المكيدة يجب ان تطلب مع المصاريف بصفة تعويضات أو بدعوى على حدها - أما التعويضات الناشئة عن الضرر اللاحق من رفع الدعوى (٢١٢/١٥١ مدنى فتتطلب اما بصفة دعوى للمدعى عليه (أى بطلب عارض) واما بصفة دعوى جديدة ولا تدخل ضمن الحكم بالمصاريف ولا بالتعويضات المقصودة فى المادة ١٢٠/١١٥ ويصح طلب هذه معاً» (١) (٢) .

ويتجه رأى يتشكك فى اختصاص المحكمة التى نظرت الاجراء التمسفى

= صفحة ٢٢٣ واستئناف مختلط ٣ نوفمبر ١٩٣٧ السنة ٥٠ صفحة ٢ ، واستئناف مختلط ١٤ فبراير ١٩٣٤ السنة ٤٦ صفحة ١٦٨ .

وحكم بعدم قبول طلب التعويض عن اجراء تمسفى وقع أثناء تنفيذ الحكم متى رفع هذا الطلب أثناء الطعن فى الحكم بطريق التماس اعادة النظر (استئناف مختلط ٦ نوفمبر ١٩٣٥ السنة ٤٨ صفحة ١٤) .

وعلة القضاء المتقدم بالالزام بتقديم طلب التعويض عن الاجراء التمسفى بصورة عارضة هى للتيسير على المحكمة فلا تضطر اذا قدم الطلب - بعد الفصل فى الدعوى الاصلية - الى اعادة فحص الدعوى من جديد . (١) أبو هيف رقم ١١٠١ .

ويوضح المرحوم أبو هيف المعانى المتقدمة فى الفقرة رقم ٤٠٨ اذ يقول «... أجاز القانون للقضاء (فى الدعوى الكيدية) أن يحكم بتعويضات مقابل المصاريف التى لم يحكم بها (١٢٠/١١٥) ، فاذا أصاب الخصم الآخر ضرر فى ماله أو سمعته من هذه الدعوى المرفوعة لمجرد المعاكسة أو الاضرار به فله ، طبقاً لقواعد المسؤولية العامة أن يطلب الحكم له بتعويض هذا الضرر طبقاً للمادتين ٢١٢/١٥١ مدنى» ..

(٢) انظر جلاسون ٣ رقم ٧٨١ وما يليه ، وموريل رقم ٦٩٣ ، وما يليه وجارسونيه ٣ رقم ٧٦١ وما يليه وبرتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٥ - الجزء الاول باب action رقم ٩ وما يليه .

— وحدها — بالشحكم بطلب التعويض عن الضرر الادبي وحده ، تأسيسا على أن المادة ١٨٨ (١١٥/١٢٠ من القانون القديم) لا تشير اليه ، فاذن لا تختص هذه بطلبه ، وانما تختص به المحكمة بحسب القواعد العامة في الاختصاص، متى رفع على صورة دعوى أصلية (١) .

وفيما تقدم ما يكفي للرد على اتجاه الراى الاخير :

(١) فالاساس القانونى للدعوى التعويض واحد وهو الفعل الضار التعسفى سواء أكان التعويض عن ضرر مالى أم أدبى .

(٢) والمشرع جعل الاختصاص به للمحكمة التى اتخذ امامها الاجراء التعسفى لانها هى أقدر من غيرها فى تقدير مسلك الخصم ومدى رعونته ، أو اعوجاجه عن المقاصد المشروعة فى التشريع ، ولا يختلف الامر اذا كان التعويض عن ضرر مالى أو أدبى ، ولا يصح أن يشادر الى الفهم أن المشرع ما منح الاختصاص للمحكمة عملا بالمادة ١٨٨ الا على اعتبار أنها أقدر من غيرها فى تقدير ذات النفقات (المادية) الناشئة عن الطلب أو الدفع الكيدى ، وحتى اذا تم التسليم بهذا فمن القواعد الاساسية فى المسؤولية أو يتهمل الضرر والتعويض ، ولا تملك المحكمة تقدير التعويض الا اذا قدرت أولا وبصورة اساسية مدى الخطأ الذى ارتكبه الخصم الموجه اليه طلب التعويض ، واذا متى منحت المحكمة اختصاصا استثنائيا بنظر تعويض عن فعل ضار فذلك لانها أقدر من أية محكمة أخرى فى تحديد مدى الخطأ الذى ارتكبه الخصم أو فى تقدير الضرر الذى وقع على خصمه أو فى تقدير أو تحديد هذا أو ذاك ، ويتساوى الامر فى كل هذه الاحوال .

(٣) وأخيرا يلاحظ أن اختصاص محكمة واحدة بنظر التعويض المتقدم، أيا كان نوعه ، يمنع من تناقض الاحكام فى طلبات تتصل ببعضها برباط لا يقبل التجزئة بأى حال من الاحوال .

ويؤكد وجهة نظرنا ما تقرره الفقرة المستحدثة من المادة ١٨٨ ، فهى تنص على أنه . ومع عدم الاخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند

اصدار الحكم الفاصقل فى الموضوع ان تحكم بفرامة على الخصم الذى اتخذ اجراء تعسفيا . . . مما يقطع فى الدلالة على أن المحكمة المختصة بهذه الفرامة هى المحكمة التى تنظر الدعوى ، وهى ذاتها التى تقضى بالتعويض عملا بالفقرة الاولى منها .

ويلاحظ أن المحكمة تختص بطلب التعويض عملا بالمادة ١٨٨ ولا تمنع من نظره ولو تنازل الخصم عن الاجراء الكيدى متى توافرت اركان المسؤولية (١) .

واذا تعددت الاجراءات الكيدية من جانب الخصم لرفعه دعاوى كيدية موضوعية مختلفة امام محاكم متعددة أو لرفعه دعوى موضوعية ودعوى مستعجلة امام قاضى الامور المستعجلة ولا تخاذه اجراءات ادارية . كلها تشف عن التعسف ، أو اذا تعددت الدعاوى ولم تكن كل منها مشوبة بالكيد فى ذاتها وانما وضح الكيد لتعددتها وكثرتها ، وطالب الخصم بالتعويض لتعدد فعل الكيد أو للكيد الثابت من تعدد الاجراءات المتخذة فى مواجهته فان المحكمة المختصة به تحدد القواعد العامة فى الاختصاص النوعى والمحلى ، وليس هناك مجال لاعمال المادة ١٨٨ فى هذا الصدد (٢) . وكذلك الحال اذا كان الاجراء التعسفى لا يتعلق بخصومة نظرت امام محكمة ما ، فان طلب التعويض عنه يرفع الى المحكمة المختصة نوعيا ومحليا بمقتضى القواعد العامة . وبعبارة أخرى ، يجوز الحكم بعدم قبول الطلب العارض بالتعويض عن اجراء تعسفى طالما أن هذا الاجراء لم يتم امام المحكمة القائمة امامها الخصومة الاصلية (٣) ، ولا رباط بينهما يبرر قبوله عملا بالقواعد العامة .

٦٣ م - التعويض عن اجراء تعسفى من اجراءات التنفيذ :

اذا كان الطلب الكيدى أو الدفع أو الدفاع الكيدى بصدد خصومة

(١) المرجع المتقدم .

(٢) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية (الدائرة السابعة) ٢٤ ديسمبر ١٩٥٦ فى القضية رقم ٢٥٣٥ سنة ٥٥ مدنى كلى الاسكندرية .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيو ١٩٤٠ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٢ ص ٢٩٥ .

متعلقة بالتنفيذ ينظرها قاضى التنفيذ ، فيكون هو المختص بطلب التعويض عنه ، سواء قدم الطلب بصورة عارضة على منازعة التنفيذ، أو قدم بعد صدور الحكم فيها ، ونحيل على ما تقدمت دراسته ، وذلك لان هذا الطلب يدخل فى حدود ولايته التكميلية ، هذا فضلا عن أن الطلب - وان كان سببه الفعل الضار - يعتبر قد نشأ بمناسبة التنفيذ الجبرى ، ويعتبر بمثابة عارض من عوارضه (١) .

أما طلب التعويض عن اجراء تمسقى من اجراءات التنفيذ - لم ترفع بعد بصددھا خصومة الى قاضى التنفيذ - فشرى أن المنازعة فى التعويض ما نشأت الا بمناسبة التنفيذ الجبرى ، فيكون هو سببھا ، وتكون ھى عارض من عوارضه ، وبالتالي يختص بها قاضى التنفيذ (٢) (٣) .

ويتحدد الاختصاص المحلى لقاضى التنفيذ وفقا لما تقرره المادة ٢٧٦ ، مع ملاحظة انه بصدد حجز ما للمدين لدى الغير يكون الاختصاص لقاضى التنفيذ بمحكمة موطن المدعى عليه عملا بالقواعد الاصلية فى الاختصاص المحلى - أو محكمة موطن الحاجز .

٦٤ - الحكم بالفراغات المقررة لصالح الخزينة العامة :

يفترض المشرع بالنسبة لبعض الدعاوى سوء نية رافعھا اذا ما أخفق فى دعواھ ، ويحدد غرامة خاصة يتعين الحكم بها عليه فى ھذه الاحوال (٤) ، وقد تكون الغرامة جوازية .

(١) اراجع كتاب التنفيذ رقم ١٥٠ م .

(٢) المرجع السابق .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم جواز قبول طلب التعويض عن اجراء تنفيذ تمسقى بصورة عارضة أثناء نظر التماس اعادة النظر المرفوع عن المحكوم عليه ، الذى اتخذت فى مواجهته ، وعلى سبيل التعسف ، اجراءات تنفيذ الحكم الصادر عليه (استئناف مختلط ٦ نوفمبر ١٩٣٥ السنة ٤٨ من ١١٤) .

(٤) كما هو الحال بالنسبة لدعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة ، وبالنسبة لرد القضاء عن الحكم ، وبالنسبة لدعوى التزوير ، وبالنسبة لدعوى الإنكار ، وبالنسبة للطعن فى الحكم بطريق التماس اعادة النظر .

ويتعين على المحكمة أن تحكم بالغرامة من تلقاء نفسها متى كانت لصالح الخزينة العامة (١) وإذا أغفلت توقيع غرامة اجبارية على خصم لفشله في دعواه ، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ، وخالفت قاعدة من النظام العام ، فيجوز للمحكمة الاستئنافية إذا طرح النزاع الاصلى امامها أن توقع الغرامة الاجبارية على الخصم لفشله في دعواه ، ولو لأول مرة في الاستئناف . أما إذا أغفلت المحكمة في حكمها الاشارة الى الغرامة التي أجازها المشرع ، فأنها تكون قد رأت اعفاء الخصم منها ، وهي تملك هذا ما دامت الغرامة جوازبة .

وقد يوجب المشرع ، أو يجيز الحكم بغرامة لصالح الخزينة العامة إذا خالف خصم اجراء من اجراءات المرافعات ، وقد يجيز منح هذه الغرامة كلها أو بعضها لصالح الخصم الآخر ، كما هو الحال بالنسبة للمادة ١٣٥ من قانون المرافعات السابق التي كانت تجيز للمحكمة - عند الحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وعند الحكم على المدعى بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات - أن تمنحها كلها أو بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض .

ويلاحظ أن المحكمة لا تحكم بالغرامة المتقدمة لصالح الخصم الآخر إلا بناء على طلبه ، لأنها إنما تمتنع له على سبيل التعويض .

(١) أنظر في تنازع القوانين المتعلقة بالجزاء من حيث الزمان كتاب نظرية الدفوع رقم ٥٨ وما يليه .

الفصل السابع

تسبيب الاحكام

٦٥ - أهمية تسبيب الاحكام (١) :

لعل تسبيب الحكم هو أشق المهمات الملقاة على عاتق القاضي ، لأن كتابته وأسبابه تتطلب منه فضلا عن اقتناعه هو بما اختاره من قضاء - أن يقنع به اصحاب الشأن ، وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته .

ويقصد بمسألة تسبيب الاحكام :

١ - التحقق من ان القاضي قد اطلع على كل وفائع القضية وجميع المستندات والاوراق المقدمة فيها واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع .

٢ - التحقق من أن القاضي قد استخلص الوقائع الصحيحة في الدعوى من واقع اثبات يجيزه المشرع ، ثم صحيحا في مواجهة أصحاب الشأن ، أو من واقع الاوراق المقدمة فيها والادلة بحسب قوتها التي يمنحها اياها القانون الموضوعي .

٣ - التحقق من أن القاضي لم يخل بدفاع جوهرى من شأنه له صح لتغير وجه الراى فى الدعوى ، وذلك على ما سنراه .

(١) انظر فى هذا الموضوع جلاسون وتسييه وموريل ٣ رقم ٧٤٤ وما يليه ، La cour de cassation Faye - وانظر تحت عبارة jugement ربرتوار دالوز ، وبرتوار دالوز العملى ، وبرتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٠ ، وبرتوار دالوز للمرافعات الصادر سنة ١٩٥٦ رقم ٢٣٠ وما يليه صفحة ١٧٩ وما يليها ، وجارسونيه وسيزار برو الجزء الثالث ، وموريل طبعة ٢ Bonnier فى Eléments d'organisation judiciaire et de procédure ٣ Marty و ١٩٤٩ ، فى كتابه La distinction du fait et de droit civil وكتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية للاستاذ حامد فهمى .

والدفاع الجوهري هو ما اتصل بشرط ، او عنصر ، او قيد ، او تفسير راجع للقاعدة القانونية الواجب اعمالها ، على ما يستخلص من وقائع الدعوى ، كتمسك المدعى - فى دعوى ياسقاط خصومته عملا بالمادة ١٣٤ - بأن وقفها هو بفعل خصمه وليس بفعله ، وكتمسك المؤجر بأنه قد اضاف منافع للعين المؤجرة بعد تقديرها بواسطة لجنة تقدير القيمة الاجارية ، مما يترتب عليه وجوب زيادة الاجرة بما يقابل هذا الانتفاع .

٤ - التحقق من أن القاضى قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية وأنه قد كيفها التكييف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه ، وأنه قد أرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة .

والقضاء المسبب هو مظهر قيام القاضى بما عليه من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التى تشفى عنها أحكامه ، وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات . والقضاء المسبب يضى الاطمئنان الى نفوس المتقاضين .

والقضاء المسبب يمكن المحكمة الاستئنافية من تقدير الاحكام المطعون فيها ، ويمكن محكمة النقض من مراقبتها حتى تشرف على تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وثبت القضاء بصدها (١) .

وللاعتبارات المتقدمة نص المشرع على ان الاحكام تكون باطلة اذا لم تستعمل على الاسباب التى بنيت عليها (م ٣٤٧) .

والحكم الباطل يحصل التظلم منه بطرق الطعن الجائزة قانونا ، كما يجوز استئنائه على سبيل الاستثناء عملا بالمادة ٢٢١ ولو كان انتهايا ، ويجوز الطعن فيه بالنقض اذا كان صادرا من محكمة الاستئناف (م ٢٤٨) .

واذا اعتمد الحكم فى الموضوع على حكم غير مسبب ، اعتبر مبنيا على اجراء باطل وفق الدراسة التفصيلية التى سيوف تراها فيما بعد ، ويكون قابلا للالغاء على الرغم من أنه يعد صحيحا سليما فى ذاته .

(١) فى عهد القانون الفرنسى القديم كانت الاحكام تصدر غير مسببة ، وقد ترتب على ذلك عدم تكوين قضاء مستقر فى نواحى القانون المختلفة (جلاسون ٢ رقم ٧٤٤) .

المبحث الاول

ضوابط تسبيب الاحكام

٦٦ - القواعد الاساسية في التسبيب (١) :

١ - سرد وقائع الدعوى .

٢ - استخلاص الصحيح منها وتقديره
Verifier l'existence des faits Allégués

٣ - تكييف الوقائع الصحيحة ، وارساء القاعدة القانونية مع آثارها
La qualification légal des faits reconnus exacts, et
déduire de cette qualification les conséquence que la loi y
attache et l'où résulté la solution du procès.

٤ - اتساق منطوق الحكم مع اسبابه .

٦٧ - أولا - سرد وقائع الدعوى :

١ - وجوب سرد الوقائع الكاملة المكونة للدعوى .

٢ - وجوب سرد هذه الوقائع دون خطأ أو تحريف .

٣ - لا يلزم تعقب حجج الخصوم بل يكفي ذكر مضمونها .

(١) يقصد بالاحكام في هذا المقام تلك التى تصدر من محكمة تتبع جهة قضائية ، بما لها من سلطة قضائية ، فى خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات . ومن ثم يخرج عن نطاق البحث فى التسبيب القرارات التى تصدر من جهات غير قضائية ، والقرارات والاوامر التى تصدر من جهة قضائية بما لها من سلطة ولائيه بحثه ، كالوامر على العرائض .

(٢) انظر فى هذا الموضوع Elément de l'organisation judiciaire et de procédure civile (1948)

٤ - لا يلزم ذكر أسماء الشهود ، ونصوص أقوالهم ، بل يكفي ذكر مضمونها ، كذا الحال بالنسبة الى نصوص المستندات التي يعتمد عليها الحكم .

٦٨ - الوقائع المكونة للدعوى بحسب طبيعتها ونوعها :

تشتمل الوقائع les qualités على بيان بأسماء الخصوم والقباهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم ، وعرض مجمل لوقائع الدعوى ، ثم طلبات الخصوم ، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري ورأى النيابة (م ١٧٨ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣) .

وهناك من الدعاوى ما تستوجب بحسب طبيعتها ، أو نوعها ، الافاضة في وصف بعض وقائعها أو مستنداتها والا كانت وقائعها عقيمة .

وفيها يلى أمثلة من أحكام محكمة النقض في تأييد كل ما تقدم :

قضت بأنه متى كان الحكم اذ حكم ببطلان البيع لصدوره من قاصر أقام قضاءه على أن تقدير الطبيب الشرعى لسن البائع أنها كان تقديرا تقريبا استنادا الى ما أجاب به هذا الطبيب في بدء مناقشته دون أن يحفل باستظهار ما تدل عليه اجابته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا في ثبوت بلوغ البائع سن الرشد وقت التعاقد ولم يكن تقديرا تقريبا ، فان هذا الحكم يكون مشوبا بالقصور وبالخطأ في الاسناد بما يستوجب نقضه (١) .

وقضت بأنه وان أوصت المادة (١٧٨) أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها «خلاصة ما استند اليه الخصوم من الادلة الواقعية والحجج القانونية» الا أنه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يترتب على اغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل في النزاع الذي قدمت بصدده هذه الادلة الواقعية والحجج القانونية ، فاذا كان الحكم صادرا باجراء من اجراءات الالابات اذ قضى باخالة الدعوى الى التحقيق لالابات حقيقة العقد موضوع

(١) نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

التنازع أن كان وصية أو بيعا منجزا ، وكان الاثبات بشهادة في ذاته غير منازع في جسوازه قانونا ، فلا تثريب على المحكمة أن هي أهملت تدوين ما قدمه الخصوم من أدلة على لزوم التحقيق ويكون عقيما التمسك باغفال ذلك الحكم ذكر ما تمسك به المشتري من حجج على أن العقد المذكور كان منجزا لا مضافا الى ما بعد الموت (١) .

وقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ما قدمه الخصوم من طلبات وأوجه دفاع ودفع وخلاصة ما استند اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية مع بيان ما سارت فيه الدعوى من مراحل - فإنه يكون قد خالف نص المادة ١٧٨ مخالفة تستوجب بطلانه (٢) .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالانفصال الجسيمانى بين زوجين فرنسيين ، لا يبين منه أن ما قضى به كان من تلقاء نفس المحكمة ، أو بناء على طلب احتياطي للزوج ، أو بناء على طلب أصلى له بعد أن نزل عن طلب الطلاق ، مع اختلاف الحكم في كل من هذه الاحوال في القانون الفرنسى ، فإن هذا الحكم يكون قد شابته البطلان ، كما خالف المادة (١٧٨) (٣) .

وقضت بأنه اذا قرر حكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الاطيان التى يطلب المدعى ثبوت ملكيته لها بأى سبب من أسباب كسب الملك ، فإن هذا لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعى . كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذا الاخير تشمل الاطيان المتنازع عليها ، وانها مع ذلك تكون ملكا له من غير بيان هذه المستندات وكيفية افادتها هذه الملكية (٤) .

وقضت بأنه متى كان الحكم الابتدائى اذ قضى بعدم قبول الدعوى التى اقامها المطعون عليه على الطاعن وآخر بطلب الزام هذا الاخير بتقديم

(١) نقض ٢٦ ابريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٣ فبراير ١٩٥٥ - القضية رقم ٤٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ١٤ يناير ١٩٥٤ - القضية رقم ٣٦٤ سنة ٢١ قضائية .

ويراجع نقض ١٤/٦/١٩٧٣ - ٢٤ - ٩١٩ .

(٤) نقض ١٥ فبراير ١٩٥١ - القضية رقم ١٤٢ سنة ١٨ قضائية .

عقد الصلح المودع عنده ، والمحرر بينه هو والطاعن ، والحكم بصحة التعاقد عن الاطيان الواردة به قد اقام قضاءه على أن عقد الصلح تضمن اقراراً من الطاعن لا تصح تجزئته ، اذ هو بينهما يقر لاختيه المطعون عليه بالنصف في الارض التي يطلب اثبات التعاقد عنها ، وفي أموال أخرى اذ هو يحمله النصف في ديون ذكرت بهذا العقد ، فهناك اذن شركة بين الطرفين لم تصف بعد وقد اودع عقد الصلح عند آخر حتى تتم المحاسبة بين الاخوين ، وكان الحكم الاستئنائي اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائي ويصحح التعاقد والتسليم قد أغفل التحدث عن واقعة ايداع عقد الصلح لدى آخر ودالاتها ومدى ارتباطها بتنفيذ العقد مع تمسك الطاعن بها فانه يكون قاصراً يستوجب نقضه (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان مدار الخلاف بين الخصوم ما اذا كان الثمن المتفق عليه بعقد بيع الوفاء بخسباً أم أنه كان ثمن المثل ، واذا كان هذا الامر له اثره في مصير الدعوى ، واذا كان الثابت بالاوراق أن الطاعن قدم الى محكمة الاستئناف رداً على اسباب الحكم الابتدائي صوراً رسمية لثمانية عقود بيع منها عقدان حرراً في نفس السنة التي صدر فيها عقد بيع الوفاء موضوع النزاع وتضمنت هذه العقود بيع اطيان واقعة في ذات الحوض الواقعة فيه الاطيان المبيعة - محل العقد - وذلك بأثمان تماثل في المتوسط الثمن الذي اتفق عليه في العقد ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا من الإشارة الى العقود سالفة الذكر والتحدث عنها يكون قاصراً لاسباب يستوجب نقضه (٢) .

وقضت بأنه اذا اعتمد الخصم لدى المحكمة الابتدائية في ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستئناف قدم مستندات يستدل بها على ايلولة الملكية اليه بطريق الشراء ، فمن الواجب على محكمة الاستئناف أن تبين في حكمها رأيها في هذه المستندات فان هي أغفلتها كلياً واقتصرت على تأييد الحكم المستأنف لاسباب التي بنى عليها حكماً كان باطلاً (٣) .

(١) نقض ٥ ابريل ١٩٥١ - القضية رقم ٨٢ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نقض ٣ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ١٧٠ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ - القضية رقم ٩٢ سنة ٢ قضائية ، وانظر أيضاً نقض ١٣ مارس ١٩٤١ - القضية رقم ٦ سنة ١١ قضائية .

وقضت بأنه اذا صدر حكم ببطلان تصرف صادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت ، واقتصر على تقرير ان المورث المذكور كان مريضا مرضا انتهى به الى وفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يبطله (١) .

٦٩ - بالنسبة الى الاحكام الفرعية يكتفى بذكر الوقائع المتعلقة بها وحدها :

اذا أصدرت المحكمة حكما فرعيا متصلا بسير الدعوى أو اثباتها أو متعلقا باختصاص المحكمة بنظر الدعوى فانه يكتفى - في صيده - بذكر الوقائع المتصلة بالخصومة في المسألة الفرعية وحدها .

وعلى ذلك اذا أصدرت المحكمة حكما بعدم اختصاصها بنظر القضية فلا تريب عليها ان هي أغفلت الإشارة الى ما قدمه المدعى من مستندات وأدلة أو ما أبداه المدعى عليه من أوجه دفاع يتعلق بموضوع الدعوى ، أو ما قدمه من مستندات ، بشرط أن تسرد المحكمة كافة الوقائع المتصلة بالخصومة في ذات الدفع بعدم الاختصاص . وكذلك الحال اذا أصدرت المحكمة حكما ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو بعدم قبولها (٢) ، أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو بانقضائها بالتقادم ، أو بقبول تركها .

واذا أصدرت المحكمة حكما بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود ، وكان ذلك اثر نزاع بين الخصوم ، وجب عليها أن تسرد جميع أدلة الخصوم وحججهم وتشير الى مستنداتهم في هذا الصدد ، وانما لا تلزم بسرد باقى الوقائع التى لاتصل بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود أو بعدم جوازه .

(١) نقض ١٢ يناير ١٩٥٠ - القضية رقم ٦٥ سنة ١٨ قضائية .

(٢) لرفعها قبل الميعاد أو بعده ، أو لانتفاء صفة رافعها أو المرفوعة عليه ، أو لسبق الفصل فيها ، أو لسبق الاتفاق على التحكيم بصدها ، أو لاي سبب من اسباب عدم قبول الدعوى .

واذا أصدرت المحكمة حكماً باحالة الدعوى على التحقيق فلا تشرىب عليها ان هى اغفلت تدوين ما قدمه الخصوم من أدلة على لزوم التحقيق ما دام الحكم قد اقتصر على ما تقدم (١) ، وذلك لان القاعدة انه لا يلزم تسبيب الاحكام التى تأمر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات - اذ النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب اصدارها ، ولا تشرىب عليها ان هى اغفلت الاشارة الى أى دفاع موضوعى ما دام حكمها قد اقتصر على مجرد ندب خبير (٢) .

واذا أصدرت المحكمة حكماً بوقف الخصومة حتى يتم الفصل فى مسألة أولية من اختصاص محكمة أخرى ، فانه يكفى أن تدون المحكمة ما تعلق بطلبات وأدلة الخصوم ودفعهم بصدد الخصومة فى طلب الوقف مع العناية بتمحيص وقائع الارتباط بين المسألة الأولية وأصل الدعوى (٣) .

٦٩ م - لا يلزم تسبيب الاحكام غير القطعية المتعلقة باجراءات الاثبات (م ١/٥ من قانون الاثبات) أو بسير الدعوى :

من أهم ما استحدثه قانون الاثبات ما قرره المادة ١/٥ منه من عدم لزوم تسبيب الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات ، وذلك للأسباب الآتية :

(١) ان مجرد النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب اصدارها ، على ما تقدم ذكره .

(٢) ان هذه الاحكام لا تقبل الطعن المباشر عملاً بالمادة ٢١٢ .

(٣) ان الحكم باجراء الاثبات غير قطعى ، تملك المحكمة العدول

(١) راجع حكم النقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) وأرجأ الفصل فى الدفاع الى ما بعد تقديم الخبير تقريره عند الحكم فى الموضوع (نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٣ - ٣٧٥) .

(٣) نقض أول نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٦٨ .

عنه (١) ، عملاً بالمادة ٩ من قانون الاثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر .

(٤) أن المحكمة تملك ألا تأخذ بنتيجة الاجراء ، عملاً بالمادة ٩ من قانون الاثبات ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها .

ويلاحظ أن المادة المتقدمة تشترط لعدم لزوم تسبيب الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات الا تتضمن قضاء قطعيًا .

والمقصود بعدم تسبيب الحكم عدم الحاجة الى بيان وقائع الدعوى والاسباب الواقعية اكتفاء بأن مجرد اتخاذ اجراء الاثبات يشف في ذاته ويفصح عن سبب إصداره .

انما اذا فصلت المحكمة في أسباب الحكم باجراء الاثبات في شق من النزاع ، أو في قبول الاثبات بطريق معين ، أو في مسألة اجرائية كاختصاص المحكمة أو قبول الدعوى ، أو ثبوت الصفة أو ما الى ذلك ، فان هذا الفصل يعتبر حكماً قطعياً ، وان كان وارداً في الاسباب ، ولو لم يظهر له مظهر صريح في المنطوق . ومثل هذا الحكم يعتبر **قضاء مزدوجاً** احتوى في منطوقه على قرار باجراء الاثبات ، وفي أسبابه على حكم قطعي في مسألة من مسائل الدعوى .

وقد تحكم المحكمة في أساس الدعوى ، ثم تأمر باتخاذ اجراءات من اجراءات الاثبات ، كما اذا قضت بأحقية العامل في اعانة غلاء المعيشة ، وندبت خيراً لتقدير المبالغ المستحقة له ، أو قضت بمسئولية الخصم مع ندب خبير لتقدير التعويض أو قضت بأحقية الخصم في الاخذ بالشفعة وندبت خبيراً في أية مسألة متعلقة بالدعوى ، ففي كل هذه الاحوال يشتمل الحكم على قضائية قطعية موضوعية يلزم تسببيه ، والأعتبر الحكم الموضوعي باطلا لعدم تسببيه .

(١) الحكم باجراء الاثبات لا حجية له طالما لم يفصل على وجه قطعي في شق من النزاع - جواز اطراح المحكمة ما أسفر عنه تنفيذه - نقض ١٩٧٨/١١/١٨ رقم ٤٦٢ سننلة ٤٥ ق .

كذلك قد تقضى المحكمة ببطلان تقرير الخبير ، وندب خبير آخر ،
فالحكم الاول يلزم تسببيه ، والا كان باطلا . ومن ثم اذا كان الحكم متعلقا
بإثبات الدعوى ، فان تحديد ما اذا كان قطعيا أو غير قطعي له أهمية
كبيرة ، فالاول هو وحده الذى يلزم تسببيه دون الآخر . واذا دق الامر
على المحكمة أثناء المداولة بصدد تكييف حكم ، وما اذا كان يعتبر متضمنا
قضاء قطعيا أو غير متضمن له ، فمن المستحسن أن تسببه حتى لا يكون
الحكم عرضة للإبطال .

ويلاحظ أن المادة ١/٥ تعفى المحكمة من التسبيب بالنسبة للحكم غير
القطعي المتعلق بإثبات الدعوى ، وليس ثمة ما يمنع من اعمال ذات القاعدة
بالنسبة الى الاحكام المتعلقة بسير الاجراءات اذا لم تكن قطعية ، كالحكم
بضم دعويين أو بالفصل بينهما .

ويلزم تسبيب الاحكام المستعجلة الصادرة من القاضى المستعجل
بإثبات الحالة أو بسماع شاهد ، فالمقصود بالمادة الخامسة عدم تسبيب
الحكم غير القطعي باجراء الاثبات الصادر من محكمة الموضوع ، اذ هي
تملك العدول عنه ، ومجرد صدوره يفصح عن سبب اصداره . أما الحكم
الوقتي الصادر من القضاء المستعجل بإثبات الحالة أو بسماع شاهد ، فهو
يصدر بعد التحقق من شروط معينة ، ويقيد المحكمة المستعجلة ، فلا تملك
العدول عنه مالم يتغير المركز القانوني للخصوم . فهو اذن حكم وقتي يحوز
حجية مؤقتة .

ومجرد الامر باجراء من اجراءات الاثبات ، لا يقيد المحكمة ولو شف
عن وجهة نظرها في الموضوع ، ما لم يتضمن قضاء قطعيا في هذا الصدد .

وقد تأسر المحكمة باجراء من اجراءات الاثبات في دعوى مسئولية وفي
دعوى ريع ، أو في طلب اضافة اعانة الفلاء الى أجر العامل ، أى في
استحقاقه له ... الخ . وذلك دون أن تحكم بقضاء قطعي في أساس
الدعوى ، فهنا قد يشف الامر باجراء الاثبات عن رأى المحكمة في موضوع
الدعوى ، والقاعدة أن مجرد اتجاه رأى المحكمة لا يحوز الحجية ما لم
يتضمن قضاء قطعيا .

وكان القانون الاهلى يسمى الحكم غير القطعي الذى يشف عن رأى

المحكمة في الموضوع بالحكم التمهيدى ، واجتماع الشراح والمحاكم يشعقد على أن القضاة لا يتقيد بالاعتبارات التى أدت به الى اصدار حكمه التمهيدى ، وفقا لما سوف نراه .

وسوف تشير الفقرة الاولى من المادة الخامسة المستحدثة ما اندثر من خلافات واتجاهات رأى في هذا الصدد ، اذ قد تتعجل بعض المحاكم وتصدر احكاما غير قطعية لا تناقش فيها اساس الدعوى ولا تفصل فيه وانما تأمر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات ، ثم عند اصدار حكمها الموضوعى قد يتضح لها أنها تعجلت في اتخاذ اجراء الاثبات وان الدعوى واجبة الرفض ، وعندئذ يتمسك صاحب المصلحة من الخصوم بما شف عنه الامر باجراء الاثبات ، وسوف يدعى دائما بأنه يشتمل على قضاء قطعى .

وكل هذا يدعو الى تأكيد وجوب اخذ هذه المادة المستحدثة بشيء كثير من الحذر ، فلا تيسر المحكمة على نفسها بالامر باجراء اثبات دون أن تحكم فى أساس الدعوى بقضاء قطعى حتى لا يتعرض رأيها الذى شف عنه الامر للاندثار من جانبها هى بعد اذ تبين فسادها عند الخوض فى الدعوى وعند دراسة دفاع الخصوم فيها . ولهذا سوف تلقى هذه المادة تجاهلا فى كثير من الحالات من جانب كثير من المحاكم .

وبالنسبة الى الاحكام التى ترفض اتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات ، العبرة فى تكييف هذه الاحكام بأسباب الرفض وبما طرح على المحكمة صراحة أو ضمنا لتأييد طلب اتخاذ الاجراء أو لدفعه ، وقد يبنى الرفض على اعتبار أن الوقائع المراد اثباتها غير جائزة القبول أو أنه لا يجوز الاثبات قانونا بالطريق الذى طلبه الخصم ، وفى الحالتين يكون الحكم قطعىا يلزم تسببيه . وقد يبنى الرفض على اعتبار اكتفاء المحكمة بالادلة المقدمة فى الدعوى ، أو لان الوقائع المدعاة غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها فيكون الحكم غير قطعى (١) .

٧٠ - ما يستوجبه الحكم بتصفية حساب من وقائع :

فى الدعوى بتصفية حساب يتعين على المحكمة أن تصف فى حكمها كل

(١) تراجع الفقرة رقم ٢٥٧ وما يليها من هذا الكتاب .

مخالصة بذكر المبلغ المدفوع ، ومن قبضه ومن دفعه وسبب ادائه ان كان ، وتاريخ المخالصة وما اذا كان هذا التاريخ ثابتا . . . وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من تعرف الحقيقة الواقعية التي على معرفتها المدار في تكييف الواقع ، وبيان ما ينطبق عليه من احكام القانون . فاذا اعتمد حكم على اتصال مخالصة ولم يبين نصه ، وقرر خصم - امام محكمة النقض - ان هذا الاتصال خاص بشخص آخر ، ونازع خصمه في هذا القول فان هذا التجهيل من شأنه ان يستوجب ابطال الحكم (١) .

٧١ - ما يستتوجه الحكم في الدعوى بمسؤولية أحد الخصوم :

في الدعوى بمسؤولية أحد الخصوم يتعين سرد كل الوقائع المدعاة من جانب جميع الخصوم سواء تعلقت بتحديد الخطأ او تقرير الضرر ورابطة السببية بينهما ، ولا يكفي سرد بعضها واستخلاص ما يستخلص منه ، وذلك للتحقق من أن القاضى قد اتصل علمه بجميع وقائع الدعوى ، وحتى لا تعجز محكمة النقض عن استخلاص عناصرها الواقعية من ذات الحكم المطعون فيه . وقضت محكمة النقض ينقض حكم صدر في دعوى بطلب التعويض عن فسخ عقد بلا مبرر لعدم بيان العناصر المكونة للضرر - وهى من المسائل القانونية التى تهيم عليها محكمة النقض (٢) .

٧٢ - ما يستتوجه الحكم في دعوى الملكية أو دعوى الحيازة أو دعوى

المطالبة ببيع معين :

يلزم عند تحرير الاحكام في الدعاوى المتقدمة تعيين ذات العقار موضوع النزاع وتحديد مساحته ، وحائزه ان كان ومدة حيازته ، وقدر ما بيع منه بعقد ان كان ، والتعريف على هذا القدر ، ووصف العقود التى يتمسك بها الخصوم بذكر أطرافها وموضوعها وتاريخها (٣) . وبالنسبة لبيع المباني

(١) نقض ٢٥ ابريل ١٩٣٥ - القضية رقم ٥٥ سنة ٤ قضائية .

(٢) نقض ١٣/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ٨٩٤ ، ونقض ٢٥/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ١٠٠١ .

(٣) نقض ١٣ ديسمبر ١٩٤٥ - القضية رقم ١٧ سنة ١٥ قضائية .

أو الاراضى الزراعية يتعين ذكر أصل الربيع ونصيب كل مستحق وما قبضه ، وبالنسبة لاية سنة الخ ... فاذا كان البيان المتقدم مبهما فان هذا الابهام يجعل الحكم غير قائم على أساس قانونى ويتعين نقضه (١) .

٧٢ - ما يستوجبه الحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها :

عند الحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يتعين على المحكمة أن توضح الموضوع والسبب والاطراف في كل من الدعويين لينجلى اتحادهما في كل منهما أو اختلافهما ، والا كان حكمها في الدفع مشروبا بالبطلان .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد اعتمد فيما قضى به من سد النوافذ والمطلات محل الدعوى على أن النزاع في ملكية المنور الذى تطل عليه هذه النوافذ والمطلات قد فصل فيه بحكم سابق قضى برفض دعوى المدعى عليه تملكه نصف هذا المنور ، ولم يجيء فيما أورده من أسباب في هذا الصدد ما يعين على بيان كيف توافرت عناصر الامر المقضى بين الحكم النهائى السابق وبين النزاع الجديد بشأن سد الفتحات وازالة الشرفات ، وهل اتحد الموضوع والسبب في الدعويين ، فهذا الحكم يكون مشروبا بالقصور ، اذ ذلك بيان جوهري لا يغنى عنه أن يكون الطاعن مقرا بأن لذلك الحكم السابق حجيته فان النزاع يقوم على مدى هذه الحجية وهل تشمل ما يثيره الطاعن في الدعوى الحالية من دفاع (٢) .

٧٣ م - الخصم هو المكلف أولا بسرد الوقائع مع اقامة الدليل عليها :

اذا كانت المحكمة ملزمة بسرد مجمل لوقائع الدعوى في حكمها ،

(١) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ - القضية رقم ١٧ سنة ٥ قضائية ، ونقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ رقم ٥٥ سنة ١٧ قضائية .

(٢) ١٦ فبراير ١٩٥٠ القضية رقم ٨٥ سنة ١٨ قضائية . وانظر ايضا نقض ٢٤ يناير ١٩٤٦ - مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٧٢ ونقض ٩ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٦١٩ ونقض ٢٠ ابريل ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٣٩٢ .

بحسب ما يستوجبه الحكم فيها ، على ما قدمناه ، فان الخصم هو الذى عليه أولا ان يسرد الوقائع اللازمة - بحسب طبيعة الدعوى - حتى يستجيب لها الحكم . وتطبيقا لهذا ، قضت محكمة النقض بأن الاستناد الى قانون اجنبى واقعة يجب اقامة الدليل عليها . واذا لم يقدم الخصم ما يثبت تمسكه بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، فلا تجوز اثارته لأول مرة فى النقض (١) .

٧٤ - وقائع غير لازمة : الحكم فى شق من الموضوع أو فى طلب عارض :

قدمنا ان الحكم فى مسألة فرعية لا يشتمل الا على ما يتعلق بالوقائع المتصلة بالخصومة فى المسألة الفرعية ، وكذلك الحال بالنسبة الى الحكم الصادر فى شق من الموضوع أو فى طلب عارض فهو لا يشتمل الا على الوقائع المتصلة بالخصومة فيما قضى به الحكم .

ويحدث أن تصدر المحكمة حكمها فى موضوع الدعوى وتنحو الى نحو معين لا يستلزم منها سرد جميع الوقائع المتصلة بها ، كما اذا قضت ببطلان عقد ما ، فان هذا القضاء يفنيها عن سرد ما اتصل بطلب الخصم تنفيذ شرط من شروطه التى تقوم بصحته وتبطل بإبطاله .

واذا كان الحكم الابتدائى الذى ايدىه الحكم الاستثنائى لاسبابه حين قبضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى فى طلب حساب الوقف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيله عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى فى عريضة دعواه من أن توكيله للمدعى عليه إنما كان بسبب سفره الى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائفا من المستندات المقدمة الى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب إنما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة ، وأن الخطابات المقدمة من المدعى للاستبدال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة ادارة الوقف بصفته وكيله لا يدل ما ورد بها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيرا تحتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى ، ثم أيد هذا

الحكم استثنافيا لاسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستثنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكمة الاستئناف ، وقالت هذه المحكمة عنها انها لم تر فيها ما يقيد استمرار الوكالة (١) .

٧٥ - وجوب سرد وقائع الدعوى دون خطأ أو تحريف :

إذا ورد خطأ أو تحريف فى واقعة من وقائع الدعوى ، وكان هذا أو ذاك لا يؤثر فى الحكم وفى النتيجة التى انتهى اليها والتى تبررها أسبابه تستقيم معها ، فان هذا الخطأ أو التحريف لا يؤثر فى سلامة الحكم وصحته أما اذا امتد الخطأ المتقدم وأصاب قضاء الحكم فانه يعد باطلا .

وقد قضى ، اعمالا لما تقدم ، بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد ألقى الحكم الابتدائى وأخذ بالدليل المستمد من دفاتر السمسار اعتمادا على ما خلص اليه من استجواب الخصوم من أن العميل لم يطلب السمسار ، فى صدد عملية بيع الاسهم موضوع النزاع الا بالامهال ، مع أن وقائع الاستجواب لا تؤدي الى ذلك . وفى الوقت ذاته أغفل التحدث عن باقى القرائن التى اتخذ منها الحكم الابتدائى دعامة لقضائه باطراح الدفاتر المذكورة وعدم الاخذ بما تدون بها وهى أن السمسار لم يضمن كشف الحساب التى أرسلها للعميل بيانا عن عملية بيع الاسهم ولم يبادر باخطار العميل بها حين طالبه ببيع أسهم شركة أخرى مودعة لديه ، فانه يتعين نقض الحكم (٢) .

وقضت محكمة النقض باهتدار حكم مسخ شهادة شهود على نحو يناقض واقع الدعوى الثابت من الصورة الرسمية لحضر التحقيق (٣) . كذلك قضت باهتدار حكم استند الى ما اجاب به طبيب شاهد فى بدء مناقشته ، ولم يحفل بما تدل اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا فى ثبوت بلوغ خصم فى الدعوى من الرشد (٤) .

-
- (١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٨ - القضية رقم ٦٠ سنة ١٧ قضائية .
 (٢) نقض ٥ يناير سنة ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .
 (٣) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ - القضية رقم ٥ سنة ١٩ قضائية .
 (٤) نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

وقضت محكمة النقض ببطالان حكم - لانه في معرض المفاضلة بين عقدين اعتبر أحدهما مسجلا في حين أن المسجل هو صحيفة دعوى بصحة توقيع الخصم (١) .

وقضت بأن اغفال الحكم التحدث عن اقرار مقدم من خصم ، وصادر من خصمه ، له دلالة في الدعوى ، يعتبر قصورا يستوجب نقضه (٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا استند حكم برفض دعوى التزوير الى اعتراف الطاعن بصحة امضائه على السند المطعون فيه ، تم قضت محكمة الاستئناف بالفاء الحكم تأسيسا على ما ورد بتقرير قسم ابحاث التزيف والتزوير من أن الامضاء مزور ، دون اشارة الى هذا الاعتراف ، فان هذا يعتبر قصورا يستوجب نقضه (٣) .

وقضت بنقض حكم لم يبين ما اذا كانت صورة العقد ممضاة من المتعاقدين الآخر ، ويصلح الاحتجاج بها امام القضاء حتى يستحق عليها رسم المدفوعة (٤) .

وقضت بأن الحكم بسقوط حق الدائن مباشر اجراءات التنفيذ العقاري في الاشتراك في التوزيع استنادا الى عدم تقديمه في الميعاد المستندات المؤيدة لطلبه مع أنها كانت موجودة أمام القاضي عند اعداد قائمة التوزيع المؤقتة مخالفة للشايت بالاوراق (٥) .

وقضت بنقض حكم صدر بالزام المدعى عليه بالبيع المطلوب منه بناء على أنه كان واضعا يده على نصيب المدعى في الملك المشترك ، وذلك لانه ورد في ذات الحكم ان في اوراق الدعوى ما ينطق بأن اخا للمدعى عليه كان

(١) نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ - القضية رقم ٥٤ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ١٩٧٢/٥/٣ - ٢٣ - ٨١١ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٣/٢٣ - ٢٣ - ٤٩٤ .

(٤) نقض ١٩٧٢/١/٥ - ٢٣ - ٢٣ .

(٥) نقض ١٩٧٢/٥/٢٣ - ٢٣ - ٩٩٠ .

يستغل الاطيان لحساب نفسه وحساب أخيه ، ولم يبين مقدار ما هو موضوع عليه اليد لحساب المدعى عليه ، وما هو موضوع عليه اليد لحساب أخيه مع لزوم هذا البيان في تحديد مسؤولية المدعى عليه من ريع ما وضع اليد عليه وحده (١) .

وقضت بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاياه على انعدام منازعة أى من الخصوم للمطعون عليها في ملكية الاطيان محل التداعى ، وكان الثابت من مذكرة أحد الخصوم أنها صريحة في الدلالة على منازعته للمطعون عليها منازعة جديدة في ملكية تلك الاطيان - تلك المنازعة التي تظل قائمة بعد نقض الحكم الاستثنائي الاول وحالة الدعوى الى المحكمة الاستثنائية - ومن ثم فان الحكم يكون مشوباً بالخطأ في الاسناد ومخالفة الثابت بالاوراق (٢) .

٧٦ - لا يلزم تعقب حجج الخصوم أو احترام ترتيب بيانات الحكم الوارد في المادة ١٧٨ في شأن التسبیب :

القاعدة أن الترتيب الوارد في المادة ١٧٨ بشأن البيانات التي يجب تدوينها في الحكم ليس ترتيباً حتمياً يترتب على الاخلال به البطلان ، فيجوز أن تورد المحكمة الادلة الواقعية والحجج القانونية التي استند اليها الخصوم في ثنايا اسباب الحكم التي تكفلت بالرد عليها (٣)، كما انه يكفي لسلامة الحكم أن يكون مقاماً على اسباب تستقيم معه ، ولا يلزم أن يتعقب حجج الخصوم في جميع مناحي اقوالهم استقلالاً ثم يفندوها الواحدة بعد الاخرى (٤) . ولا يعيب الحكم عدم ذكر نصوص المستندات التي اعتمد

(١) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ - القضية رقم ٥٥ سنة ١٧ قضائية ونقض ٢٤ نوفمبر ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٥٩٤ .

(٢) نقض ٣ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٩١ .

(٣) نقض ٢٦ ابريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ - القضية رقم ١١٢ سند ١٨ قضائية ، ٣ نوفمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٣٣ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ١١/١/١٩٧٣ - ٢٤ - ٦٢ ونقض ١٤/٢/١٩٧٣ - ٢٤ - ٢٤٢ ونقض ١٧/٢/١٩٧٣ - =

عليها ما دامت هذه المستندات كانت مقدمة الى المحكمة ومبينة في مذكرات الخصوم مما يكفى معه مجرد الاشارة اليها(١) .

وقضت محكمة النقض بأن الخطأ المادى فى رقم الاستئناف فى ديباجة الحكم لا يبطله(٢) وقضت بأن عقد البيع النهائى ، دون العقد الابتدائى ، هو قانون المتعاقدين ، واذن خلوه من النص على شرط ورد بالعقد الابتدائى مفاده تخلى المتعاقدين عن هذا الشرط ، ومتى انتهى الحكم الى هذا فلا يكون خالف الواقع(٣) .

٧٧ - لا يلزم ذكر أسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكفى ذكر مضمونها ، ولا يلزم ذكر نصوص المستندات التى اعتمد عليها الحكم متى كانت هذه المستندات مقدمة الى المحكمة ومبينة فى مذكرات الخصوم مما يكفى معه مجرد الاشارة اليها(٤) .

القاعدة انه لا يصيب الحكم عدم ذكره أسماء الشهود فى تحقيق أجرته المحكمة ، وعدم إيراد نصوص أقوالهم وحسبه أن يورد مضمون هذه الأقوال ومتى كان ما استخلصه الحكم من أقوال الشهود غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق كان قضاؤه سليما(٥) .

= ٢٦٥ - ٢٤ - ١٩٧٣/٥/١٩ ونقض ٧٩٢ - ٢٤ - ١٩٧٢/٤/٦ - ٢٣ - ٦٥٧ ونقض ١٩٧٢/٢/٨ - ٢٣ - ١٣٨ ونقض ١٩٧٣/١/٣٠ - ٢٤ - ١٢٤ .

(١) نقض ٢ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٢١ .

(٢) نقض ١٩٧٣/٤/٢٦ - ٢٤ - ٦٨٢ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٣/٢٥ - ٢٣ - ٥٢٨ .

(٤) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٥١ - المجموعة ٣ - ١ - ٦٤ ، ونقض ١٥/٢ - ١٩٧٢ - ٢٣ - ١٦٨ ، ونقض ١٩٧٢/٥/١٧ - ٢٣ - ٩٤١ ، ونقض ١٩٦٩/١/٢ - ٢٠ - ٣٢ .

(٥) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ١٩٧٣/١/١١ - ٢٤ - ٦٢ .

٧٨ - الوقائع في الحكم الصادر في الطعن :

يتعين على المحكمة عند كتابة حكمها في الطعن - أيا كان نوعه ، أن تسرد أو تشير الى الوقائع التي اثبتتها الحكم المطعون فيه . كما يتعين عليها أن تشير الى أسبابه وأسباب الطعن فيه وتسرد ما جد من الوقائع ، وما قدمه الخصوم في الطعن من طلبات أو دفوع أو مستندات أو أدلة (١) .

وسوف ندرس فيما بعد مدى التزام محكمة الطعن في الرد على كل أسباب الحكم المطعون فيه ، وفي الرد على أسباب الطعن وما قدمه الخصوم من أدلة وحجج في تأييد الطعن أو في دفعه .

٧٩ - الاحالة في سرد الوقائع على أحكام أو أوراق أخرى :

الاصل أن يكون كل حكم مستوفيا في ذاته جميع أسبابه ، فلا تصلح الاحالة في تسببيه على ما جاء في ورقة أخرى . ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن تحيل المحكمة في تسبيب حكمها على ما جاء في أسباب حكم آخر سبق صدوره في نفس الدعوى بين نفس الخصوم ، كما تجوز الاحالة على تقرير خبير أو حكم محكم (٢) .

وإذا تجاوزت الاحالة في سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعي (٣) أو موضوعي أو حكم ابتدائي أو غيابي صدر في ذات الدعوى ، وتجاوزت الاحالة على تقرير خبير الدعوى (٤) ، ويتعين أن تذكر هذه الاحالة في صلب أسباب الحكم ، والا اعتبر خاليا من سرد وقائع الدعوى .

(١) نقض ٥ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والاحكام العديدة المشار اليها وبرتوار دالوز للمرافعات رقم ١٣٢٧ الاحكام العديدة المشار اليها فيه .

(٣) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٩١٢ .

(٤) النتيجة التي انتهى اليها تقرير الخبير وأسبابه هي جزء مكمل لأسباب الحكم (نقض ١٨/٣/١٩٧١ - ٢٢ - ٣٢٢) .

وقد يتجه رأى الى ان بطلان الحكم (١) أو تقرير الخبر - الذى تمت الاحالة عليه بالنسبة لسرد وقائع القضية فقط - هذا البطلان لا يؤثر فى صحة الحكم الذى اعتمد على تلك الاحالة ، ذلك لان الحكم لا يكون قابلا للالغاء لبنائه على اجراء باطل الا اذا كان هذا البطلان قد اثر فى الحكم (٢) ، واذا لا يؤثر بطلان تقرير الخبر أو الحكم الفرعى أو الابتدائى الذى تمت الاحالة اليه بالنسبة الى سرد وقائع الدعوى - لا يؤثر فى سلامة الحكم الذى اعتمد على تلك الاحالة فانه اذن يكون صحيحا سليما ، اللهم الا اذا كان سبب بطلان تقرير الخبر أو الحكم الفرعى هو مسخه لوقائع الدعوى أو تحريفها . ومع ذلك فالصحيح ان بطلان الحكم أو التقرير يعدمه ويجرده من أى اثر قانونى ، ويصبح شأنه شأن الاوراق العادية التى تقدم فى الدعوى ، وكما لا تجوز الاحالة على الاوراق التى يقدمها الخصوم ، لا تجوز الاحالة على حكم أو تقرير خبر باطل (٣) .

وبطبيعة الحال اذا جدد وقائع بعد صدور الحكم الفرعى أو الابتدائى أو حكم الحكم أو تقرير الخبر الذى تمت الاحالة اليه فمن الواجب سرد هذه الوقائع الجديدة والا كان الحكم مشوبا بالبطلان .

وترمى على كل من تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا بين الحكم فى ديباجته وقائع الدعوى وطلبات الخصوم فيها كما قرر فى اسبابه أنه يأخذ بأسباب الحكم التمهيدى الصادر فى الدعوى المبين فيه بالتفصيل كل وقائعه وطلبات الخصوم وأوجه دفاعهم ، فذلك كاف لرد ما يعترض به عليه من جهة عدم توضيحه وقائع النزاع ايضا كافيا وعدم ذكره طلبات الخصوم وعدم بيان جوهر دفاعهم (٤) .

وقضت بأنه اذا اعتمد الخصم لدى المحكمة الابتدائية فى ملكيته على

(١) أو مخالفته للقانون أو تقديره للوقائع تقديرا مغايرا لما استخلصته المحكمة التى اعتمدت فى سرد الوقائع عليه - كل هذا لا يؤثر فى صحة الحكم الذى استند اليه بالنسبة الى سرد وقائع القضية فقط .

(٢) راجع المادة ٢٢١ والمادة ٢٤٨ .

(٣) راجع حكم النقض المشار اليه فى الفقرة رقم ١٠٧ .

(٤) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٥ ، القضية رقم ١ سنة ٥ قضائية .

وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستئناف قدم مستندات يستدل بها على ايلولة الملكية اليه بطريق الشراء ، فمن الواجب على محكمة الاستئناف أن تذكر هذه الواقعة فضلا عن ضرورة ايضاح رأيها في هذه المستندات والا كان حكمها باطلا (١) .

وقضت محكمة النقض بأن شرط استناد المحكمة الى أوراق كانت مودعة بين ذات الخصوم في دعوى أخرى هو ضم تلك الدعوى الى ملف النزاع كعنصر من عناصر الاثبات (٢) .

وقضت بأن استناد الحكم الى شهادة الشهود في قضية أخرى رغم اطراح المحكمة للتحقيق فيها ، لا يعيبه ، وذلك لان للقاضي أن يستنبط القرينة التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته من أى تحقيق قضائي أو إداري (٣) .

٨٠ - ثانيا : استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره :

استخلاص الواقع في الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادي لوقائعها المدعاة (٤) .

وعند استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره يجب على المحكمة أن تراعى ما يأتي :

- ١ - احترام القواعد الموضوعية في الاثبات .
- ٢ - احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة .

(١) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ ، القضية رقم ٩٢ سنة ٢ قضائية .

(٢) راجع ١٩٧٣/٣/٧ - ٢٣ - ٣٠٥ .

(٣) راجع ١٩٧٢/٥/١٣ - ٢٣ - ٦٩٠٥ .

(٤) La vérification de l'existence matérielle des faits allégués

Marty - La distinction du fait et du droit, رقم ١٠٤ أو هو استنباط

القاضي حقيقة ما وقع بالادلة والامارات والعلامات واحاطة علمه بها ، (ابن

القيم الجوزية) انظر حامد فهمي ومحمسد حامد فهمي ، النقض في المواد

المدنية رقم ٣٦ .

٣ - تقدير الادلة التى اعتمد عليها الخصوم واستندت هى اليها
تقديرا يتمشى مع المنطق السليم .

٤ - الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التى لم تعتمد عليها فى حكمها .

٨١ - ١ - احترام القواعد الموضوعية فى الاثبات :

غنى عن البيان أن المحكمة تلزم باحترام القواعد الموضوعية فى
اثبات ex تلك التى تحدد طرق الاثبات ، والاحوال التى
يترتب فيها سلوك كل طريق منها ، (فالوقائع المادية مثلاً يجوز اثباتها بجميع
الطرق والاثبات ، بعكس الحال بالنسبة الى الروابط القانونية ، وقد يحرم
القانون اثبات واقعة ما ، أو يجعلها فى حكم الثابت) ، والشروط اللازمة
لقبول الاثبات به ، وقوة الدليل المستفاد منه ، والخصم المكلف بالاثبات (١) .
وقد ينص القانون التجارى أو القانون البحرى أو القانون المدنى فى
خصوص موضوع معين على قواعد موضوعية فى الاثبات تخالف القواعد
العامة المتقدمة .

واذن ، اذا كان قاضى الدعوى حراً فى تقدير أدلة الخصوم ، وفى
تحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها ، فانه ليس حراً فى عدم اتباع ما جاء
به قانون الاثبات - أو الموضوعى على وجه العموم - من قواعد اثبات
موضوعية ، بل ينبغى عليه أن يتقيد بها ويأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً ،
فان خالفها ، أو أخطأ فى تطبيقها ، أو فى تأويلها ، فسد رأيه فى فهم الواقع
فى الدعوى من ناحية ، واعتبر مخطئاً فى تطبيق القانون من ناحية أخرى ،
ويسرى الفساد بالتالى الى تكييف الوقائع ، والى الحكم برمته .

وشأن هذه القواعد الموضوعية فى الاثبات يخرج عن نطاق دراسة
قانون المرافعات .

٨٢ - ٢ - احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة - يتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات صحيحة فى مواجهة الخصوم :

ليس ليكن يكفى أن يحترم القضاة القواعد الموضوعية فى الاثبات

(١) راجع فى التفرقة بين القواعد الموضوعية فى الاثبات واجراءاته
نقض ٢ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٢ .

فحسبه ، انما عليه أيضا أن يحترم القواعد الاجرائية (١) في هذا الصدد .

على القاضي اذن أن يحترم جميع القواعد الاجرائية التي نص عليها قانون الاثبات عند سألوك سبل الاثبات المختلفة ، والا كانت اجراءات الاثبات باطلة ، اذا كان القانون ينص على هذا البطالان ، او كان العيب الذي شابها هو عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم عملا بالمادة ٢٠ ، ويسرى البطلان الى كل حكم يعتمد على النتيجة المستخلصة من الاثبات (٢) .

وعلى القاضي أن يحترم كل ما يقتضيه اتخاذ اجراء اثبات معين ، فمثلا تنص المادة ٦٩ من قانون الاثبات على أن الاذن لاحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها - هي بذاتها - بهذا الطريق (٣) .

ويتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات في مواجهة الخصوم وفق التفصيل المشار اليه في قانون الاثبات . ولا يجوز الادلاء بطلب أو اتخاذ اجراء ما الا في مواجهة الخصم المتخذ ضده الاجراء ، ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع احد الخصوم أو وكيله الا بحضور خصمه . كذلك لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من احد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها (١٦٨م) .

٨٢ م - الوقائع محل الاثبات :

تنص المادة الثانية من قانون الاثبات على أنه يجب ان تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومشتجة فيها وجائزا قبولها .

ويقصد بالوقائع المتعلقة بالدعوى أن ينضمها ملف الدعوى ، ولو لم يتمسك الخصوم بها صراحة ، فتسمى قدم أحد الخصوم عقدا ، جاز للقاضي الاعتداد به في حكمه ، ولو على مقتضى غير البند الذي تمسك به

Règles de forms (1)

(٢) ندرس هذا الموضوع على وجه التفصيل فيما بعد .

(٣) تحقيق النفي La contre enquête - وانما يجوز ارجاء سماع شهود النفي لجلسة أخرى غير التي سمعت فيها شهود الاثبات اذا حال دون سماعهم أى مانع . (نقض ١٣/١٢/١٩٧٢ - ٢٢ - ١٣٧٧) .

الخصم ، بل يجوز أخذ العقد حجة على مقدمه ، اذ متى قدمت ورقة الى محكمة خضعت برمتها وبأكملها وبكل جزئياتها لسلطانها ولطلق تقديرها . وتنص المادة ٧ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على أن القاضى يملك الاعتداد بوقائع فى الدعوى لم يتمسك بها الخصوم بصفة خاصة لتأييد ما يدعون .

ولا محل لاثبات الوقائع المعترف بها من الخصوم ، او المتفق عليها فيما بينهم ، ولا يعتبر سكوت الخصم فى ذاته اعترافا منه بالواقعة .

ولا محل لاثبات الوقائع التى يكون القانون قد أعفى الخصم من اثباتها ، كافتراض ان الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، ما لم يثبت خصم الحائز عكس ذلك (م ٩٦٣ و ٩٦٤ مدنى) ، او افتراض أن الحائز هو المالك حتى يثبت العكس ، وافتراض الخطأ كأساس المسئولية فى بعض الاحوال ، وافتراض الضرر فى صدد البطلان المنصوص عنه فى القانون عملا بالمادة ٢٠ مرافعات ، ما لم يثبت العكس .

ولا محل لاثبات الوقائع المعتبرة من قبيل المعلومات الهامة للكافة ، وعلى المستوى العادى للأشخاص ، كما سنرى فى الفقرة التالية (أى الوقائع المشهورة) .

ويقصد بكون الواقعة المراد اثباتها منتجة فى الدعوى ، ان تكون مؤثرة فى اقناع القاضى بشيوت كل أو بعض ما يدعيه طالب التحقيق .

ويقصد بكون الواقعة جائزة القبول ، ألا يحرم القانون اثباتها ، كالوقائع التى يقصد بها نفي قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس .

وعلى القاضى أن يتحقق من تلقاء نفسه من توافر الشروط المتقدمة فى الوقائع المراد اثباتها حتى يوفر وقت المحكمة وجهدها .

وسوف نرى فيما يلى أن الكثير من أحكام محكمة النقض التالية يدور وجودا وعدمها حول توافر هذه الشروط أو عدم توافرها .

٨٣ لا يقضى القاضى بعلمه الشخصى ، كما لا يقضى به فى المسائل الفنية الا بعد تبيان المصدر الفنى الذى استقى منه ما قرره :

اذا ادرك القاضى أن معلوماته الشخصية تؤثر فى تقديره لوقائع القضية ، واستشعر الحرج من نظرها ، كان له أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة عملاً بالمادة ١٥٠ ولو فى غير احوال عدم الصلاحية لنظر الدعوى أو احوال الرد .

والمقصود بالمعلومات الشخصية تلك الشئ تصل الى علم القاضى بصدد وقائع الدعوى أو بصدد مبدى ثبوتها وصحتها ، عن غير الطريق المقرر والمرسوم لنظر القضية ، كما اذا شهد حادثة معينة ترتب عليها اقامة دعوى بطلب تعويض عن الضرر الذى لحق الخصم نتيجة خطأ خصمه . أما اذا انتقل القاضى للمهانة (م ١٣١ من قانون الاثبات) بعد رفع الدعوى اليه ، فان تقديره الشخصى للوقائع يعتمد به بطبيعة الحال .

والمعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضى بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها . وقد حكم امسالا لما تقدم بأنه متى كانت المحكمة اذا أخذت بتقدير اللجنة لأرباح الطاعن قد قررت أن تجارة «الحديد الخردة» كانت رائجة طوال سنين النزاع ذلك أنه فى الفترة الاولى من الحرب عندما انعدم استيراد الحديد الجديد من الخارج حل محله الحديد الخردة فى التعامل وحقق المتعاملون فيه أرباحا كبيرة ، وفى الفترة الاخيرة عندما باعت جهوش الحلفاء الموجود لديها من الحديد نشطت سوق الحديد الخردة نشاطا كبيرا لا بد وأن الطاعن استفاد منه ، فان ما ذكرته المحكمة فى هذا الخصوص ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها بل هى من معلومات مستقاة من الخبرة بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه اذ عرض للنزاع

(١) نقض ٢٦ فبراير ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢٥٦ سنة ٢١ قضائية .

في شأن تحديد ما يخصم مقابل طعام عمال المؤسسة قد قرر انه «ليس صحيحا أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام بل يجهز لهم عادة طعام قليل التكاليف» ، فان هذا الذي قرره المحكم ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظورة على القاضي أن يبني حكمه عليها ولكنه من المعلومات المستقاة من الخبرة بالشئون العامة (١) .

وقضت أيضا بأنه ليس من قبيل قضاء القاضي بعلمه أن تقول المحكمة في حكمها أن ثمن القطن في السنين المقدم عنها الحساب وهي ١٩٢٠ و ١٩٢١ و ١٩٢٢ كان ثلاثة أضعاف ثمنه في سنة ١٩٣٧ ، فان هذا القول لم يكن صدوره منها عن علم قضائها الشخصي ، وانما هو من التحصيل المستقى من الخبرة بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها (٢) .

ويقول المرحوم الدكتور السنهوري «انه يترتب على حق الخصوم في مناقشة الادلة التي تقدم في الدعوى انه لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه، ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل ، اقتضى الامر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصما وحكما ، وهذا لا يجوز . . . » ونحن نرى أن مبدأ منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية لا يتأتى من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الادلة التي تقدم في الدعوى ، وانما يتأتى من أن ما شاهده القاضي أو سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتما في تقدير القاضي ، بل قد يشمل هذا التقدير . وهو عندئذ يصلح أن يكون شاهدا في القضية ليقدر قاض آخر شهادته ، وانما لا يصلح أن يكون قاضيا ، والا اعتبر قاضيا وشاهدا في وقت واحد . ولهذا ينص القانون على أن القاضي الذي سبق أن شهد في قضية ما لا يصلح أن يكون قاضيا (م/١٤٦) (٣) (٤) .

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٩ السنة ١٠ ص ٢٥٩ .

(٢) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٠ طعن رقم ٦٥ سنة ٩ ق .

(٣) يقارن السنهوري ، رقم ٢٧ ص ٣٣ ويقارن أيضا عيد الباسط جميعي ص ٧٨ .

(٤) يلاحظ أن المحكم غير القاضي في صدد ما تقدم ، فقد يكون من مميزات المحكم الذي تم اختياره من الخصوم هو متابعتة لموضوع النزاع منذ بدايته واحاطته بكل وقائعه (كتابنا عقد التحكيم واجراءاته) .

وإذا فرض جدلا أن واجه القاضى خصوم الدعوى بما شاهده أو بما سمعه متعلقا بوقائع الدعوى ليتيح لهم فرصة مناقشة الدليل المستمد من هذا أو ذاك ، فإنه مع ذلك لا يمنع من فساد قضاء الحكم .

وتتبع القواعد المتقدمة أيا كانت طبيعة الدعوى ، وأيا كان مذهب التشريع فى صدد موقف القاضى من الدعوى ، وسواء كانت الدعوى مدنية أو تجارية أو جنائية أو متعلقة بالاحوال الشخصية .

ولا يقضى القاضى بعلمه فى المسائل الفنية الا بعد تبين المصدر الذى استقى منه ماقرره (١) ، مع ملاحظة أنه ، وباعتباره الخبير الاعلى ، يملك ترجيح تقرير خبير على آخر (٢) ، ويملك تقدير رأى الخبير ، ولو فى المسائل الفنية ، دون الاستعانة برأى خبير آخر ما دام لم ير لزوما لهذا الاجراء (٣) ، ويملك عدم الاخذ برأى الخبير ، وحسبه ، عندئذ ، أن يقيم حكمه على أسباب كافية لحمله (٤) .

٨٤ - للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ أى اجراء من اجراءات الاثبات (٥) - لانه مكلف بالحكم فى الدعوى ولا يتمكن من ذلك دون اقتناع بما يرتاح اليه من نتائج التحقيق الذى يرى لزوم الامر - وهو لا يلزم فى جميع الاحوال باجابة طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما ، كما لا يلزم بتنفيذ اجراء الاثبات الذى أمر به ، ولا يلزم بالنتيجة المستخلصة منه :

المبادئ المتقدمة هى مبادئ أساسية فى التشريع بعضها مقرر بنص

(١) نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ - ١٥ - ٣٩٥ ونقض ١٩٧٨/١١/١ رقم ٥٧٣ سنة ٤١ ق .

(٢) نقض ١٩٧١/٥/٢٠ - ٢٢ - ٦٦٩ .

(٣) نقض ١٩٧٢/١٢/١٢ - ٢٣ - ١٣٥٧ .

(٤) نقض ١٩٧٣/٣/٣ - ٢٤ - ٣٧٢ ونقض ١٩٧٢/١٢/٢٣ - ٢٣ - ١٤٦٢ .

(٥) راجع نقض ٣ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٧١ ونقض ٢١ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٤٦ .

خاص ، والبعض الآخر مسلم به فقها وقضاء في مصر وفي فرنسا . سوف ندرس هذه المبادئ على وجه التفصيل عند معالجة مدى حجبية الاحكام الصادرة باتخاذ اجراءات الاثبات ، ومدى تقييد المحكمة بالنتيجة المستخلصة منها .

وتنص المادة العاشرة من قانون المرافعات الفرنسي الجديد (الصادر في ١٩٧٥/١٢/٥ برقم ١١٢٣) على أن للقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر باتخاذ ما يراه من اجراءات الاثبات الجائزة قانونا ، ولو تمديد هذه الاجراءات (م ١٤٨) .

وتنص المادة ٤٨٢ من القانون المتقدم على أن الحكم الذي يقتصر منطوقه على الامر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات (أو اجراء وقتي) ، لا يحوز - كقاعدة عامة - حجبية الشيء المقضى به .

وتنص المادة ٤٨٣ على أن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا ينهي ولاية القاضي .

٨٥ - لا تجوز اقامة الحكم على واقعة لا سند لها في أوراق القضية :

قدمنا أن قاضي الدعوى له مطلق الحرية في أن يستخلص قضائه من واقع اجراءات الاثبات التي أمر بها ، من تلقاء نفسه ، أو بناء على طلب خصوم الدعوى ، أو من واقع ما في ملفها من مستندات وقرائن ، بشرط أن يتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة في قانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطلة . واذن اقامة الحكم على واقعة لا سند لها في أوراق القضية تبطله . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حكمت المحكمة بالزام الراغب في البيع بدفع السمسرة الى الوسيط ، وبنت حكمها على أن هذا الاخير قام بما كلفه به المدعي عليه وقدم له شخصا قبل البيع بالشروط الواردة في التفويض الصادر من المدعي عليه ، وكان الثابت في أوراق الدعوى - على خلاف ذلك - أن التفويض الصادر الى الوسيط من الراغب في الشراء قد خلا من شرطين من الشروط المنصوص عليها في التفويض بالبيع ، وهما دفع معجل الثمن وترك المهفات والمواشي للبائع ،

فان هذا الحكم يكون متمينا نقضه لاقامته على واقعة لا سند لها في اوراق الدعوى (١) . وقضت بأنه اذا كان الظاهر مما قلله الحكم انه اذا سلم بجواز أن يكون العقد الصادر من مورث الطاعن الى المطعون عليه ساترا لرهين مما يترتب عليه اعتبار المطعون عليه دائنا عاديا ، فانه مع ذلك اعتبر عقدا ثانيا صادرا عن ذات العين من المطعون عليه نفسه الى ولده بيمعا صحيحا اعتمادا منه على اقرار الطاعن ، بصفته مالكا ، لهذا المبيع ، وذلك دون أن يبين كيف حصل هذا الاقرار ودليل حصوله حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القاتون على واقعة الدعوى فهذا قصور يبطله (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد اقام قضاءه في نفى المسؤولية على استتياج ظني ، ليس في تفسيرات الحكم ما يؤيده ، ولا يصلح أساسا للقيامه ، فان الحكم يكون مشوبا بالقصور (٣) .

وقضت بأنه اذا لم يتمسك الزوج بوجود اتفاق بينه وبين زوجته على عدم تحميله بأجرة مسكن من ملكها كان يساكنها فيه ، ومع ذلك قام الحكم على وجود مثل هذا الاتفاق ، واتخذ من عدم وجود عقد مكتوب وعدم مطالبة الزوجة له بالأجرة قرينة عليه ، فانه يكون فاسدا الاستدلال بمينا نقضه (٤) .

وقضت بأن عدم بيان مصدر الحق المقضى به وعناصر الواقعة قصور يبطل الحكم (٥) .

(١) نقض ١٤ مارس ١٩٤٦ ، القضية رقم ٥٢ سنة ١٥ قضائية ، وانظر في تأييد ذات المبدأ المذكور في المتن نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية وقد ذكر ملخص له في الفقرة رقم ٩٠ .

(٢) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤٩ ، القضية رقم ٦١ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٢٦ ابريل ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٤٣ .

(٤) نقض ١٩٧٣/٥/٣١ - ٢٤ - ٨٤٥ .

(٥) نقض ١٩٧٢/٢/١٦ - ٢٣ - ١٣٩١ .

٨٦ - لا تجوز اقامة الحكم على مخالفة الثابت من الاوراق في القرائن دون ما سبب يذكر :

قضت محكمة النقض بأنه اذا كان **الثابت في الاعلان** أن المحضر حين انتقل الى مكتب المحامي الذي اختاره المعلن اليه محلا له قد خاطب شقيقة المحامي «المقيمة معه بالمكتب لغيابه وقتها» فهذا يفيد ، بحسب الاصل ، أن الاخت مقيمة في المكتب وصالحة من حيث السن لتسليم الاعلان ، فليس لمحكمة الموضوع أن تخالف هذا الثابت في الاعلان الا بدليل مقبول . فإذا كان الحكم قد أعتبر الاخت غير مقيمة في المكتب ولا صلة لها به دون أن يورد اسبابا لذلك ، وأقام قوله بصغر سنها على مجرد ادعاء المعلن اليه ، ولذلك قضى ببطلان الاعلان ، فانه يكون قاصر الاسباب متعينا نقضه (١) .

وقضت بأنه اذا كان الحكم اذ قضى **برفض طلب الريع** الذي طلبته الطاعنة عن مدة الخمس عشرة سنة السابقة على رفع الدعوى قد أسس قضائه على أنه لم يظهر للمحكمة من تقرير الخبير ولا من المستندات المقدمة اليها متى بدأ وضع يد المطعون عليهم على القدر المقتصب ، وكان الثابت من تقرير الخبير ومحضر استقبال المحكمة أن جميع مباني منزل المطعون عليهم بما فيها البناء القائم على جزء من القدر المقتصب قد شيدت في وقت واحد كما أن الثابت في الحكم أن وضع يد المطعون عليهم على الجزء المقتصب بدأ سنة ١٩١٩ تاريخ عقد شرائهم المنزل فان الحكم في تقريره آنف الذكر والذي أقام عليه قضائه برفض طلب الريع عن المدة السابقة على تاريخ رفع الدعوى يكون قد خالف الثابت بالاوراق دون أن يبرر هذه المخالفة مما يستوجب نقضه (٢) .

(١) نقض ٣٠ مايو ١٩٤٧ ، القضية رقم ٩٤ سنة ١٥ قضائية .

(٢) نقض ٨ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٦٠ سنة ٢٠ قضائية .

وانظر أيضا نقض ١٢ ابريل ١٩٤٥ القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية ، وقد ذكرنا ملخصا له في الفقرة التالية وانظر أيضا نقض ٩ نوفمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١ سنة ١٩ قضائية ، ونقض ٥ يناير ١٩٥٦ القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأن الحكم ببطلان صحيفة الاستئناف استنادا الى أن المحامي الذي وقع عليها ليس مدرجا في جدول المشتغلين أمام الاستئناف دون أن يفتن الى توقيع محام آخر يذيل الصحيفة ، وبحث ما اذا كان هذا الأخير مقبولا أمام محكمة الاستئناف أم غير مقبول أمامها . . . هذا الحكم يخالف **الثابت بالاوراق** مما يستوجب نقضه (١) .

وقضت بأن تعرض محكمة الاستئناف للخطأ المادي البحث في الحكم ونفيها له رغم وجوده ، بعد مخالفة للثابت في الاوراق (٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم اذ قضى بضرورة عقد بيع قد أقيم على عدة قرائن منها بخس الثمن . وتبين أن ما استند اليه في تقريره ببخس الثمن يخالف الثابت بأوراق الدعوى ، بأن كان قد اعتبر المبلغ المذكور في العقد بأنه دفع للبائع هو جميع الثمن دون أن يضيف اليه ما التزم المشتري يوفائه من ديون على المين المبيعة فان هذا الحكم يكون معيبا في التسبيب بما يستوجب نقضه (٣) .

وقضت بأنه إذا كان الحكم الصادر برد وبطلان ورقة لتزوير الامضاء الموقع به عليها قد أقيم على ما جاء بتقرير الخبير من أن الامضاء المطعون فيه مزور بطريق الشف عن امضاء معترف به لانطباق كل منهما على الآخر ، وعلى ما اتضح للمحكمة الابتدائية من عملية المضاهاة التي أجرتها من تطابق الامضاءين ، وكان ثابتا بتقرير الخبير وجود بضع اختلافات موضحة به تفصيلا بين الامضاء المطعون فيه والامضاء الصحيح الذي أجريت عليه المضاهاة في دقائق بعض الحروف ، وكان الحكم خاليا من التحدث عن هذه الاختلافات ومدى اثرها على النتيجة التي انتهى اليها الخبير من قيمة تمسك صاحب الورقة بها في الاستدلال على صحة الامضاء المطعون فيه ، ونفى تزويره بطريق الشف عن الامضاء الصحيح ، فهذا يكون قصورا يعيب الحكم بما يوجب نقضه (٤) .

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٦ الطعن رقم ١٦٣ سنة ٤٥ ق .

(٢) نقض ١٩٧٣/١٢/٣ - ٢٤ - ١٤١٢ .

(٣) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤٥ سنة ٢١ قضائية .

(٤) نقض ٦ ابريل ١٩٥٤ ، القضية رقم ١٢٩ سنة ١٨ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم **اذ ظني بالزام المستأجر بالتعويض** قد أقام قضاؤه على عدة عناصر ، أنهار أحدها ، لما تبين من أنه **يناقض الثابت في الأوراق** وكان لهذا العنصر أثره في التقدير ، كان قضاؤه بالتعويض باطلا بطلانا جوهريا . واذن ، فإذا كان الحكم قد أسس قضاؤه على سببين ، أحدهما أن المستأجر خالف ما التزم به من احترام عقد إيجار صادر من المؤجر الى مستأجر آخر ، وأن المؤجر وكل محاميا ودفع أتعابا ومصرفات في الدعوى التي أقامها المستأجر الآخر . وكان الواقع في الدعوى أن المستأجر الآخر إنما اختصم المؤجر ليقدم عقد الإيجار ولم يوجه اليه طلبا مما غير ذلك . وكان الحكم الصادر في دعوى هذا المستأجر الآخر لم يلزم المؤجر بشيء ما ولم يثبت فيه أنه وكل محاميا ، فان ما استند اليه الحكم الصادر بالزام المستأجر بالتعويض في هذا الخصوص يكون قد ناقض الثابت بالأوراق مما يوجب نقضه (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه على أن **الواقف نص صراحة في أشهاد التفسير** على أن يكون لزوجته ما هو مشروط له في الوقف وكان من المشروط له استعمال الشروط العشرة مع التكرار ولم يقدم الطاعن ما ينفي هذا الذي أورده الحكم فإن النعي عليه بالخطأ في الاستناد ومخالفته الثابت في الأوراق يكون عاريا من الدليل (٢) .

وقضت بأنه متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد رأت - في سبيل الوصول الى حقيقة ما انعقدت عليه إرادة الطرفين بشأن **تحديد ثمن المبيع** ، وذلك في حدود سلطتها التقديرية - أن تحدد ثمن البهقبة بمجموع ما دفعه المشتري (الطاعن) سواء عند تحرير العقد الابتدائي ، أو بعد ذلك وبما بقى من الثمن عند تحرير العقد النهائي وحصلت من ذلك الثمن الذي اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد

(١) نقض أول فبراير ١٩٥١ ، القضية رقم ٨٠ سنة ١٩ قضائية ، انظر في تأييد ذات المبدأ نقض ٦ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ٢١٠ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نقض ١٦ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٠٤ .

الابتدائي ، وكان هذا الاستخلاص مستمدا من عناصر ثابتة بأوراق الدعوى ، فان النعمى على الحكم بتشويه الوقائع ومخالفة الثابت بالاوراق يكون في غير محال (١) .

وقضت بأنه يشترط **لالتزام رب العمل بتوفير العلاج الشامل لعماله** حسبما تقضيه المادة ٢/٢٨ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٨ أن يزيد عددهم على خمسمائة . فاذا كانت الطاعنة قد تمسكت أمام هيئة التحكيم بأن موظفيها وعمالها يقلون في مجموعهم عن هذا العدد ، وكانت هيئة التحكيم لم تستبن حقيقة النزاع الدائر حول عدد العمال ، مع أنها مقطوع الخصومة ، وانتهت في قرارها الى أن عددهم يربو على خمسمائة دون أن تبين المصدر الذي استقت منه هذا الذي أقامت عليه قضائها فان قرارها المطعون فيه يكون قاصر البيان مما يستوجب نقضه (٢) .

وقضت بأن تمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بعدم **جواز عدول مصلحة الضرائب عن الربط الاصلى ، وببطلان الربط الاضافى لهدم اتباع الاجراءات القانونية** هو دفاع جوهرى ، يفسد الحكم الذى أغفل الرد عليه (٣) .

وبعت محكمة النقض على حكم بالقصور ، لانه استخلص **أن العقد في حقيقته وصية لوارث** ، وقضى برفض الدعوى بصحته ، دون التحقق مما اذا كان القدر - موضوع المقد - يدخل في حدود الجائز الايضاء به أم يجاوزه (٤) .

وقضت بأن تمسك مصلحة الضرائب **بوجوب ادخال الاطيان النى تصرف فيها المورث لابنه خلال فترة الرتبة ضمن عناصر التركة** ، هو دفاع جوهرى ، يترتب على عدم بحثه قصور الحكم (٥) .

(١) نقض ١٠ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٦٢٩ .

(٢) نقض ٤ مايو ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٤٥٠ .

(٣) نقض ١٩/١/١٩٧٢ - ٢٣ - ٥٧ .

(٤) نقض ٢٥/٦/١٩٧٢ - ٢٣ - ١١٢٨ - وبراجع أيضا نقض ١٦/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ٩١٩ .

(٥) نقض ٢١/٦/١٩٧٢ - ٢٣ - ١١٤٢ .

وقضت بأن تمسك المشتري من أحد طرفي العقد التصوري ، بأنه لا يعلم بصورية عقد البائع له استنادا الى أنه خلف عام للبائع ، هو دفاع جوهري يترتب على اغفاله قصور الحكم (١) .

وقضت بأن اضافة الحكم لقيمة الآلات والمأشبية الى وعاء الشركة دون بيان ما اذا كانت مخصصة لخدمة الارض الزراعية المتروكة عن المورث ، هو قصور في الحكم يستوجب نقضه (٢) .

وقضت بأن الحكم يفسخ عقد الايجار لاحداث التغيير بالعين المؤجرة ، وتعويل الحكم في قضائه على ما ورد بتقرير الخبير رغم ما ورد به من نفي حصول تعديل بالعين ... مخالفة للشابت بالاوراق (٣) .

٨٧ - الاحالة في استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره على تقرير خبير الدعوى :

قدمنا أنه تجوز الاحالة في سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرع أو موضوعي أو ابتدائي أو غيابي صدر في ذات الدعوى ، كما تجوز الاحالة على تقرير خبير الدعوى في هذا الصدد .

ونضيف أنه بالنسبة الى استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره تجوز أيضا الاحالة على تقرير خبير الدعوى ، بشرط :

(١) أن تقرر المحكمة في أسباب حكمها اجراء هذه الاحالة ، وبعد مجرد أخذها بنتيجة تقرير الخبير أخذا بأسبابه نظرا للتلازم بين النتيجة ومقدماتها .

(٢) أن يكون التقرير المحال عليه صحيحا لم يتمسك خصم ببطلانه .

(٣) الا يكون قد حصل التمسك بعدم الاعتداد بتقرير الخبير لمخالفته

(١) تقض ١٩٧٢/١١/٢٨ - ٢٣ - ١٢٨٥ .

(٢) تقض ١٩٧٢/١١/٢٩ - ٢٣ - ١٢٩٥ .

(٣) تقض ١٩٧٩/٢/٣ رقم ١٤٠٦ لسنة ٤٧ ق

ما أمرته به المحكمة (١) ، كما اذا خالف طريقة احتساب أجر عامل على أساس معين حددته له المحكمة .

(٤) ألا تكون محكمة الدرجة الاولى قد جرحت تقرير الخبير .

(٥) ألا يكون أحد الخصوم قد تقدم بأدلة أو حجج جوهرية بعد صدور التقرير المحال عليه .

واذا عن للمحكمة الاعتماد على تقرير الخبير في الاحوال المتقدمة تعين عليها أن تجيب على ما تقدم بأن تحكم بصحة التقرير ، أو تقرر الاعتداد بتقرير الخبير ، أو تجيب على اسباب تجريح التقرير ، أو تجيب على الادلة والحجج الجوهرية الجديدة التي ادلى بها الخصوم بعد كتابة التقرير والتي تؤثر فيما اشتمل عليه من تقديرات .

وفيما يلي أمثلة من قضاء محكمة النقض صدر تأييدا للمبادئ المتقدمة:

حكم بأن عدم ذكر أسماء الشهود الذين سئلوا في محضر أعمس الخبير وعدم إيراد نص أقوالهم ليس من شأنه أن يبطل الحكم متى كان قد أشار إليهم وأورد مضمون أقوالهم واعتمد تقرير الخبير الذي ذكر أسماءهم وأورد نص أقوالهم مما يكون معه هذا التقرير جزءا متصفا للحكم (٢) .

وقضى بأنه اذا كان الحكم قد اعتمد تقرير خبير الدعوى فان هذا التقرير يعتبر في نتيجته واسبابه جزءا مكملًا لاسباب الحكم فلا يعيبه ان هو لم يبين الاسباب التي استند اليها الخبير في تقريره (٣)

(١) أو حصلت اعتراضات أخرى وجهت اليه (نقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، رقم ١٢٨ ، سنة ١٧ قضائية) .

(٢) نقض ٢٥ يولية ١٩٥٣ ، القضية رقم ٣٨١ سنة ٢١ قضائية .
وانظر أيضا نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .
ونقض ١٥ فبراير ١٩٦٢ السنة ١٣ ، نص ٢٥٣ .

(٣) نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية .

واذا استند حكم في تقدير ربح خصم الى قول الخبير الذي ندبته محكمة الدرجة الاولى دون أن يصرح بأنه يأخذ بالاسباب التي ينشأ عليها الخبر تقريره ودون أن يبين عناصر هذا التقدير ، فإنه يعتبر أنه أخذ بالنتيجة التي انتهى اليها خبر الدعوى محمولة على الاسباب التي بنيت عليها ، للتلازم بين النتيجة ومقدماتها (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أثبتت في حكمها أنها أطلقت على تقرير الخبر ومحاضر أعماله ، وتحققت من أنه انتقل الى المعين لمحل النزاع وعائنها ، وسمع أقوال الطرفين ، وحقق دفاعهما وأطلع على مستنداتهما وطبقها على الطبيعة ، ثم أخذت بالنتيجة التي انتهى اليها ، وذكرت في حكمها أنها تأخذ بهذا التقرير للاسباب التي أوردتها فيه ، وكان في اعتماد المحكمة لتلك الاسباب المدونة في تقرير الخبر الذي يعتبر متممًا للحكم ما يكفي لتسبيب قضائها ، فإن الطعن على الحكم بالقصور يكون على غير أساس (٢) .

وقضت بأنه اذا كان الخبر المعين من محكمة الاستئناف قد خالف **الخبير الذي ندبته محكمة الدرجة الاولى** ، وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قد عني بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبير المعين منها ، وكان تقرير هذا الخبير قد ناقش دفاع المعارضين بصورة كافية ، فإن أخذ الحكم بتقرير الخبير في هذا الشأن معناه أنه اتخذ أسباب التقرير أنشأها له ، وفيها ما يفيد أن المحكمة أطرحت أقوال الخبير الاول (٣) .

أما اذا كانت المحكمة قد رأت عدم الأخذ بتقرير الخبير للاعتبارات التي أوردتها فلا ينبغي لها أن تعتمد في حكمها على دليل مستمد من هذا

(١) نقض ٢٨ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رقم ٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٣ أبريل ١٩٥٠ ، القضية ١٩٦ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ١١٥ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض أول يونيو ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

التقرير ، وعلى الاخص اذا كان اعتمادها على هذا الدليل لم يكن مجرد تعزيز أدلة أخرى بل كان هو وحده الذى اقامت حكمها عليه (١) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا طعن خصم في اجراءات خبير الدعوى وفي موضوع تقريره وكانت اعتراضاته على موضوع التقرير بعضها عام وبعضها خاص ببعض المسائل التى يحثها الخبير ، وطلب من المحكمة عدم الأخذ بالتقرير ، وصدر الحكم برفض هذا الطلب دون الاجابة على وجوه النقد الخاصة من هذا التقرير ، كان الحكم متعين النقض لخلوه من الاسباب (٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم اذ قضى في موضوع الدعوى قد احال بعبارة مجملة عن تقرير الخبير والمستندات ولم يقتصر على هذه الاحالة بل أردفها ببيان الاسباب التى استند اليها ، وكانت هذه الاسباب وافية يكمل بعضها بعضها وتكفى لحملته فيما انتهى اليه ، فإنه لا يصح النعى عليه بالقصور (٣) .

وقضت بأنه اذا ذكر الحكم أن أحدا من الطرفين لم يظعن على تقرير الخبير بأى طعن وأن ذلك يعتبر تسليما منهما بما جاء به ، وبناء على هذا اعتمده وأخذ بالنتيجة التى انتهى اليها ، وكان الثابت من المذكرة التى قدمها الشفيع الى المحكمة الابتدائية ، والى محكمة الاستئناف أنه قد طعن على هذا التقرير وتمسك بأن أرضه تجاور الأرض المشفوعة من جهتين وأن لها عليها حق ارتفاع يالرى ، وبأن خصومه سلموا له بحقه في الشفعة متلك اللحظة الأولى ، كما استند الى تقرير خبير استثنائى جاء في نتيجته أن أرضه تحد الأرض المشفوعة من جهتين ، فإن هذا الحكم اذ لم يرد على شيء من ذلك ، ولم يبين أى سند له في القول بأن أرض الشفيع لا تجاور الأرض المشفوعة الا من جهة واحدة يكون باطلا لقصور اسبابه (٤) .

(١) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٦٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ نوفمبر ١٨٥٤ (الوز ٥٥ - ١ - ٢٥٩) .

(٣) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٨٤ سنة ١٨ قضائية .

(٤) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية .

وقضت بأنه اذا دفع المدعى امام المحكمة الابتدائية بطلان تقرير الخبير المعين في الدعوى لمخالفته نصوص قانون المرافعات ومخالفته الواقع ، فاستبعدت المحكمة تقريره ونصبت خبير آخر ، ومع ذلك اخذت المحكمة الاستئنافية في حكمها بتقرير هذا الخبير دون أن تتعرض لوجه البطلان التي اثارها المدعى امام المحكمة الابتدائية واصر عليها امامها هي ايضا ، ودون أن تفند الاسباب التي من أجلها استبعدته محكمة الدرجة الاولى ، فهذا الحكم يكون معيبا في تسببيه بما يستوجب نقضه (١) .

٨٨ - عدم جواز الاستناد الى اجراءات اثبات تمت في قضية أخرى - استثناء :

القاعدة أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند حكمها الى قرائن مستخلصة من أوراق أو مستندات أو اجراءات اثبات قدمت أو تمت في قضية أخرى غير التي تنظرها ، ولو كانت بين نفس الخصوم ، إذ يلزم أن تتخذ الاجراءات - ومن بينها اجراءات الاثبات - في مواجهة طرفي الخصومة ، وامام ذات المحكمة التي تفصل في موضوع الدعوى .

واستثناء من هذا الاصل العام اجاز المشرع - بشروط خاصة - الالتجاء الى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى بالموضوع الى المحكمة المختصة ، وامام هذه المحكمة يجوز الاستناد على الدليل (راجع المواد ٤٥ ، ١٤١ ، ٩٦ من قانون الاثبات والمادة ٣ من قانون المرافعات) (٢) .

وتنص المادة ١٣٧/٢ على أن الحكم باسقاط الخصومة لا يمنع صاحب المصلحة من التمسك باجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطللة في ذاتها . ويقترض بطبيعة الحال أن يحصل التمسك بها في خصومة أخرى ترفع عن نفس الموضوع الذي رفعت به الخصومة التي حكم باسقاطها .

(١) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ١٢٣ سنة ١٤ قضائية ، وانظر أيضا نقض أول ديسمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ٥٢٠ .

وانظر أيضا نقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٢١ .

(٢) كتاب المرافعات - باب المصلحة كشرط لقبول الدعوى .

وإذا أحييت القضية من محكمة الى أخرى ، فإنه يجوز للمحكمة المحال اليها الدعوى - أيما كان سبب الاحالة - أن تعتمد على النتيجة المستخلصة من اجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت في مواجهة الخصوم أمام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى أولا متى كانت اجراءات الاثبات صحيحة في ذاتها (١) ، وذلك تمشيا مع اتجاه النصوص المتقدمة .

وقضت محكمة النقض تطبيقا لما تقدم بأن لمحكمة الموضوع الاستناد الى تقرير خبير مودع في دعوى غير مرددة بين الخصوم ، مما دامت صورته قد قدمت لها (٢) .

وقضت بأنه يحق للمحكمة بعد ضم دعويين أن تتخذ مستندات احدى الدعويين دعامة لقضائهما في الدعوى الاخرى (٣) .

٨٩ - تقدير الادلة التي اعتمد عليها الخصوم واستندت اليها المحكمة
تقديرها يتمشى مع المنطق السليم - ضرورة تدوين طريق ثبوت الادلة - المحكمة لا تتقيد بالادلة والحجج التي يستند اليها خصم الدعوى في تأييدها او رفضها بل هي تملك في سبيل تكوين اقتناعها السليم ان تأمر بما ترى اجراءه لاثباتها (٤) :

قدمنا أن قاضي الدعوى له مطلق الحرية في أن يستخلص قضاءه من واقع اجراءات الاثبات التي أمر بها ، ومن واقع ما في ملف الدعوى من مستندات وقرائن ، بشرط أن تتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية وبأخذها عن القانون أخلاصا ، وأن تتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة في قانون الاثبات وقانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطلة .

وقاضى الدعوى مقيّد أيضا عند استخلاص الوقائع الصحيحة

(١) أنظر وفاران كتاب الدفوع وما أشرنا اليه من مراجع .

(٢) نقض ١٩٧١/٤/١٤ - ٢٢ - ٤٧٧ .

(٣) نقض ١٩٧١/١/٢٨ - ٢٢ - ٤٨ .

(٤) استئناف محتفظ ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٣١ ، وراجع الاحكام الجديدة المشار اليها في كتاب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع في باب حجية الاحكام التمهيدية .

بتقديرها تقديرا يتمشى مع المنطق السليم ، فان خالفه كان حكمه معيبا ، وهو من ناحية أخرى ملزم بتدوين طريق ثبوت الادلة حتى تتمكن محكمة الطعن من مراقبة قضائه .

ومتى توافر كل ما تقدم يستوى ان يختار القاضى الاعتماد على شهادة شاهد دون آخر ، او يعتمد على قرينة دون أخرى من نفس قوتها .

ونذكر فيما يلى امثلة من القضاء لاحكام اعتمدت على منطق سليم فى استخلاص الوقائع ، واخرى اعتمدت على منطوق مشوب لا يتمشى مع طبيعة الامور ، واحكام لم تذكر طريق ثبوت الادلة التى اعتمدت عليها ، واحكام لا غبار عليها لانها فضات شهادة شاهد على شهادة آخر او اعتمدت على تقرير خبير دون آخر ، او اعتمدت على قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها .

٩٠ - امثلة لتقدير سليم لوقائع الدعوى :

(١) اذا كانت المحكمة قد قضت ببطلان عقد البيع الذى يخفى رهنا واستخلصت قرينة بخس الثمن من اوراق الدعوى التى استندت اليها فى تنفيذ تقدير الخبير لقيمة الارض فان حكمها يكون سليما صحيحا فى تسببيه (١) .

(٢) اذا كان الحكم بعد ان نفى عن العقود وصف الرهن التجارى من واقع نصوصها اشار الى ما جرى به العرف من التعامل على اساس عقود مماثلة للعقود موضوع النزاع ، وقرر ان القضاء المصرى لم ير فيها ما يخالف القانون فانه يكون فى غير محله ما ينهيه الطاعن عن الحكم من انه اسس قضاءه على ما جرى به العرف مغلبا اياه على نصوص القانون الآمرة (٢) .

(٣) اذا كانت المحكمة بعد ان حققت وجه البطلان المدعى به خلصت

(١) نقض ١٠ يونية ١٩٥٤ ، القضية رقم ٢٢٢ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١١٠ سنة ٢١ قضائية ، وراجع أيضا نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ١٢٧ سنة ١٩ قضائية .

الى ان ذكر أربعة قضاة في ديباجة الحكم لا يعدو أن يكون خطأ ماديا ، وأنه لم يشترك في المداولة في القضية واصدار الحكم فيها الا ثلاثة قضاة هم المذكورة أسماؤهم بمحضر الجلسة . وكان هذا المحضر مكملًا للحكم ، وكان مجرد الخطأ المادي في الحكم لا يؤثر في سلامته وكانت المحكمة قد خلصت الى هذه النتيجة بأسباب سائقة تؤدي اليها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع ببطلان الحكم الابتدائي لا يكون قد خالف القانون (١) .

(٤) لما كان تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها هو من المسائل الموضوعية ، وكانت الاسباب التي اقامت عليها المحكمة قضاءها برفض الحراسة لا تخالف نصوص القانون المدني التي تجيز للمحكمة القضاء بهذا الاجراء التحفظي اذا ما تجمع لدى صاحب المصلحة في منقول أو عقار من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا في بقاء المال تحت يد حائره ، لما كان ذلك ، وكانت الاسباب التي استندت اليها المحكمة في رفض طلب الحراسة مبررة لقضائها فان النص على الحكم بمخالفة القانون أو القصور في التسبيب يكون على غير أساس (٢) .

(٥) متى كانت المحكمة اذ قضت بصحة السند المطعون فيه قد قررت ان اضافة شرطة افقية الى رقمه الاصلى لا تقطع في تزوير السند لاحتمال حصول هذه الاضافة وقت كتابته تبعا لطريقة الكاتب الخاصة . فان ما قرره هو أمر يدخل في نطاق سلطة تقديرها الموضوعية (٣) .

(٦) متى كانت المحكمة قد ثبتت العقد التكميلي القانوني الصحيح اذ اعتبرته عقد شركة وتحدثت عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن نفسه حتى لقد قبل أن يكون للمطعون عليها لقاء ذلك النصف في ارباح الشركة محل النزاع ، كما كتب المدير الشركة المطعون عليها مشيدا بهذا الجهد وبأنه لولاها لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح ، وكانت المحكمة قد

(١) نقض ٢٥ يونية ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٥ يونية ١٩٥٣ ، القضية رقم ٩٩ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٤ ، القضية رقم ١٠١ سنة ٢٠ قضائية .

اعتبرت هذا العمل الذى قامت به الشركة المطعمون عليها حصصة قانونية بالاضافة الى ما تتمتع به من سمعة تجارية فان حكمها يكون سليما فى اسبابه (١) .

(٧) متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تر فيما قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع الا مجرد ادعاء غير جدى لان الطاعن لم يقدم دليلا او حتى قرينة على أنها كانت مريضة ، فان المحكمة - بناء على هذه الاسباب السائفة التى أوردتها - تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة على التحقيق لاثبات مرض الموت ، وهذا لا خطأ فيه فى تطبيق القانون كما لا يشوبه القصور (٢) .

(٨) متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى بمسؤولية الطاعنة عن الضرر الذى لحق الطعون عليهما بسبب غرق ابنتهما فى حمام للسباحة اقام قضاءه على ما استخلصه من أوراق الدعوى من أن الطاعنة عينت الملاحظين ، وهى التى تنادى من يقوم منهم بالملاحظة والإشراف على الحمام ، مما تتوافر معه علاقة تبعية هؤلاء الموظفين الى الطاعنة ، وبالتالي مسئوليتها عما يرتكبه هؤلاء التابعون من اخطاء تسبب ضررا للغير فى حالة تأدية وظائفهم أو بسببها ، فانه يكون مما لا جدوى فيه البحث فيما اذا كانت مراتب موظفى الحمام تدفع لهم عن أعمالهم فى الحمام وحده أو عن أعمال أخرى منضمة اليه (٣) .

(٩) متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه

-
- (١) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٣١ سنة ٢٠ قضائية .
وراجع أيضا نقض ٣١ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٧٣٤ ونقض ٢١ يونيو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٨٢٤ ونقض ٢٤ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٦٩٣ .
(٢) نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٤٤ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ٧ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٨ سنة ١٩ قضائية ، ونقض ٣ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية . ونقض ٢٣ يونيو ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٤٣٢ .
(٣) نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٠ قضائية .

اذ اعتمد الوفاء الناجم من المطعون عليه الاول الى المطعون عليه الثانى قد قرر أن الخطاب الذى يعتمد عليه الطاعن فى انبات علم المطعون عليه الاول بملكيتته للبصل المبيع صريح فى أن المطعون عليه الاول يعلم من بواليص الشحن المرسله اليه باسم المطعون عليه الثانى أن هذا البصل مملوك لشاحنته ، ولما لم يفكه الطاعن عما يجب اتباعه فى شأن تخزين البصل سلم ثمنه للمطعون عليه الثانى على اعتبار أنه هو المالك الظاهر له ، ثم اخذ عليه وصولاً بقبض الثمن ، وأن المكاتبات المتبادلة بين الطاعن والمطعون عليه الثانى حجة على المطعون عليه الاول لأنها ليست صادرة منه ولا توقيع له عليها . فان هذا الذى قرره الحكم هو استخلاص موضوعى سائغ يكفى للحماه ولا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور (١) .

(١٠) اذا اتخذت المحكمة من عزل الطاعن عن التوكيل باعلام شرعى قرينة اضافتها الى الادلة والقرائن الاخرى التى اوردتها فى حكمها واعتمدت على كل ذلك فى أن وضع يد الطاعن على الاطيان محل النزاع لم يكن بصفتنه مالكا وانما كان بصفتنه وكيلًا عن المطعون عليها وبقية الورثة ، فلا مخالفة فى هذا لقواعد الاثبات (٢) .

(١١) متى كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التى رفعت من الغير وقضى فيها جميعها بالرفض كانت دعاوى كيدية اقيمت بايعاز من الطاعن والتواطؤ معه اضرارا بالمطعون عليه ، كما استدلت على كيدية الدعاوى التى رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه فى التقاضى رغم رفض جميع دعاويه السابقة وبناستمراره فى اغتصاب الاطيان موضوع النزاع رغم الاحكام المتعددة الصادرة عليه ، فانه يكون فى غير محله النعى على حكمها بالقصور فى بيان ركن الخطأ فى مسئولية الطاعن (٣) .

(١٢) متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه اذ

(١) نقض ٥ مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٤٢٨ ، سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥٤ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ١٠ ابريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

قضى للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الدعاوى الكيدية التى رفعها الطاعن قرر أن مسلك هذا الاخير استنفذ من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشئ الكثير ليجابه نشاط خصمه وان هذه الاجراءات الكيدية التى عانى منها المطعون عليه وأقلقته ياله فى مدى أحد عشر عاما تقدر المحكمة عنها المبلغ الذى قضت به فان فى هذا الذى أورده الحكم البيان الكافى لعناصر الضرر الذى قضى بالتعويض عنه (١) .

(١٣) متى كانت المحكمة اذ قضت برده وبطلان العقد المدعى به بتزويره قد استندت فى ذلك الى ما استخلصته استخلاصا سائفا من أقوال الشهود مضافا اليه القرائن الاخرى التى تضافرت فى تكوين عقيدتها بتزوير العقد موضوع النزاع ، فان حكمها يكون يمينائى عما يعاب عليه ولا يغير من النتيجة التى انتهت اليها ثبوت ان الختم الموقع به على العقد المزور هو ختم المطعون عليها لا ختم مصطنع لها حسبما ذكرته فى شواهد التزوير متى كانت المحكمة قد تبينت من التحقيق الذى أجرته أن التوقيع به حصل بغير علم من المطعون عليه (٢) .

(١٤) متى كان الحكم لم يتخذ قرينة على صحة عقد البيع المقول بصدوره من مورث الخصوم الى المطعون عليها الاولى لم يتخذ من مجرد عدم طعن الطاعنات الثلاث الاخيرات عليه بالتزوير فى الدعوى السابقة المقامة عليهن من المطعون عليها الاولى بطلب تثبيت ملكيتها الى بعض اشجار التخييل البيعة اليها من المورث بمقتضى العقد سالف الذكر ، وانما اتخذ هذه قرينة من طعنهن عليه فيها بالصورية مما يفيد اعترافهن بصدوره من المورث ، كذلك لم يتخذ الحكم من مجرد حضور الطاعن الاول فى الدعوى السابقة بصفته وكيلًا عن احدى الطاعنات الثلاث الاخيرات ، وعدم طعنهن فيها بالتزوير قرينة على صحة العقد ، بل اتخذ هذه القرينة من أقواله التى لا ينسازع فى أنه أبداها أمام الخبير المعين فى تلك الدعوى وإلتى تتم عن الاعتراف بصدور عقد البيع من المورث - فان الطعن فى الحكم بالقصور وبالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس (٣) .

-
- (١) نقض ١٠ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .
 (٢) نقض أول مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٠١ سنة ٢٠ قضائية .
 (٣) نقض ٨ مارس ١٩٥١ ، القضية ١٣٤ سنة ١٩ قضائية . وراجع
 نقض ٢١ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٥٥ .

(١٥) متى كانت المادة ٣٨٩ مدني تقضى بأن على الدائن اثبات الالتزام وكانت محكمة الموضوع قد اعتبرت - في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائفة التي أوردتها - ان الأوراق المقدمة من الدائن لاثبات دعواه لا تفيد في هذا الاثبات فانها تكون محققة عندما **ألفت على الدائن عبء الاثبات في حكم الاحالة على التحقيق (١)** .

(١٦) استخلاص الحكم أن في ملكة الطاعن تحريك الاستئناف باسم المطعون عليه قبل **فوات مهلة سقوط الخصومة** وأنه من أجل ذلك يكون استناده الاهمال الجسيم الى المطعون عليه كسبب لاعتراض الخصارج عن الخصومة على الحكم الصادر بسقوط تلك الخصومة - في غير محله ، استخلاص موضوعي مبرر متى كان ذلك الاستخلاص سائفاً (٢) .

(١٧) متى كان الحكم المطعون فيه قد استظهر بصدد التذليل على **تملك المطعون عاياه بالتقادم المكسب الطويل المدة** - أركان وضع اليد المملك من حيث الظهور والاستمرار والهدوء ونية التملك وأثبت توافرها وكان استخلاصه هذا سائفاً من شأنه أن يؤدي في مجموعه الى النتيجة التي انتهى اليها فلا سبيل للجدل في ذلك أمام محكمة النقض لتعلقه بأمر موضوعي ولا عبرة بما يشير الطاعن من بطلان عقد رهن الاعيان محل النزاع الذي اتخذ الحكم من حصوله قرينة على وضع اليد الظاهر بنية التملك على تلك الاعيان ذلك أن الحكم لم يكن بصدد مسألة تتعلق بصحة العقد أو بطلانه كما أن بطلان العقد - بفرض تحققه - ليس بذى أثر في قيام هذه القرينة وصحة الاستدلال بها في هذا المقام (٣) .

(١٨) **المناط في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المفاوضة** أو غيره من العقود هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ مدني وما نصت عليه المادة

(١) نقض ١٤ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣١٣ .

(٢) نقض ٢٤ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٧٠ .

(٣) نقض ١٧ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١١١ .

الاولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ . . . وكفى لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الادارية . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل في تكييفه للعلاقة بين الطرفين بأنها علاقة عمل ، بما استخلصه من تحديد نوع العمل ونطاقه وحدوده والمواعيد المقررة له وخضوع المطعون عليه في تنفيذه لاشراف الطاعن ورقابته وهو استخلاص سائح يؤدي الى ما انتهى اليه فان النعى على هذا الحكم بالخطأ في تطبيق القانون وتاويله والفساد في الاستدلال يكون على غير أساس ويتعين رفضه (١) .

(١٩) اذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى حصول الاكراه المدعى به بوقوعه على البائعة استنادا الى اسباب تتعلق بشخصها وظروف التعاقد فانه لم يخالف المعيار الذي اوجبه القانون (م ١٢٧ مدنى) في تقدير الاكراه (٢) .

(٢٠) تقدير المانع الادبى من الحصول على دليل كتابى بالحق المتنازع فيه من المسائل التى يستقل بها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيًا على أسباب سائغة (٣) .

(٢١) متى كان الحكم الاستثنائى قد انتهى الى اعتبار الشركة متوقفة عن دفع ديونها الى أسباب الحكم الابتدائى والى ما ثبت من تقرير الرقيب من أن حالة الشركة لاتسمح بالسداد وأنها غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها فان النعى على الحكم بالقصور في التسبيب يكون على غير أساس (٤) .

(٢٢) اذا كان الحكم المطعون فيه قد استند الى الخطابات الصادرة من الطاعن ، والفواتير المتعلقة بجهاز المطعون عليها ، واقرار الطاعن نفسه في تقرير مسؤوليته عن الاشياء والنقود التى سلمت اليه من جهاز

-
- (١) نقض ١٣ فبراير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٢٣٩ .
 - (٢) نقض ٢٥ يناير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٢٧ .
 - (٣) نقض ١٢ ابريل ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٤٥٥ .
 - (٤) نقض ٢ فبراير ١٩٦١ السنة ١٢ ص ١٠٦ .

المطعون عليها وملاسمها التي أعدت لزواجها أثناء الخطبة ، كما استند اليه أيضا فيما انتهى اليه من أن تقدير المجلس المالى للجهاز والملابس هو تقدير صائب لا مغلالة فيه ، وكان ما ورد بالحكم المطعون فيه بشأن ما جاء فى دعوى رفعها الطاعن من أن حكم المجلس المالى قد جاوز قوته القانونية فيما انتهى اليه من أحقية المطعون عليها للجهاز - لا يعدو أن يكون تقريراً لما ورد فيه لا أساساً من الأسس التى بنى عليها الحكم المطعون فيه ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد بنى على أساس قانونى سليم وأدلة سائغة (١) .

(٢٣) اذا كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية فى التقدير أن المورث لم يكن مسلوب الإرادة ولا مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف ، ولذلك فأنه يأخذ بحكم تصرف سليم ، وكان ما استخلصته فى هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابتة التى استندت اليها وتضمنت الرد الكافى على ما أناره الطاعنسون ، فان انتهى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون والقصور يكون فى غير محله (٢) .

(٢٤) لقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى استنباط الفرائض التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته ، ولا تشرب عليه اذ هو استنبط القرينة من أى تحقيق قضائى أو ادارى أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين فى هذا التحقيق (٣) .

(٢٥) لا يتقيد قاضى الموضوع بنتيجة حلف اليمين المتهمة ، وله مطلق الخيار فى أن يقضى على أساس اليمين التى أدت أو على أساس عناصر اثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها (٤) .

(١) نقض ٢٨ فبراير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٣٥٩ .

(٢) نقض ٢٣ يونية ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٤٣٢ .

(٣) نقض ٢٨ ابريل ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٢٨ وراجع أيضا ٩ مارس ١٩٦١ السنة ١٢ رقم ٢٧ .

(٤) نقض ٣ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٧١ ، ونقض ٢٢/٣/١٩٧٣ - ٢٤ - ٤٦٣ ونقض ٢٧/٢/١٩٧٣ - ٢٤ - ٣٤٢٠ .

(٢٦) اذا قام الحكم على قرائن متسلسلة ، فلا تجوز مناقشة كل منها على حدة لاثبات عدم كفايتها في ذاتها للاثبات (١) .

(٢٧) يكون الحكم قد بنى على أساس سليم اذا تولى بأسباب سائغة احتفاظ المورث بحيازته للعين المتصرف فيها لأولاده ، وأن تحصيله للاجرة إنما كان لحساب أولاده القصر بصفته وليساً طبيعياً لعدم استناده الى مركز قانوني يخوله حق الانتفاع بالعين ... وقضى بعدئذ باعتبار أن المتصرف منجز (٢) .

(٢٨) لا يعيب الحكم اغفاله التحدث عن قرائن غير قاطعة في تجريح أقوال الشهود التي أخذت بها المحكمة (٣) .

(٢٩) لا قصور أو فساد في الاستدلال متى ناقش الحكم أدلة الدعوى واستخلص وجود ورقة الضد ، وكفايتها في اثبات صورية العقد بأسباب سائغة (٤) .

(٣٠) لا يعيب الحكم عدم الرد على دفاع لم يقدم الخصم دليلاً (٥) .

(٣١) للمحكمة تقدير القرائن القضائية بأسباب سائغة ما دامت مؤدية عقلاً الى النتيجة التي انتهت اليها (٦) .

(٣٢) تستقل محكمة الموضوع بتقدير وسائل الاكراه ومدى تأثيرها

(١) نقض ١٩٧٢/٢/١٧ - ٢٢ - ١٨٩ ، ونقض ١٩٧٣/٢/١٧ - ٢٤ - ٢٦٠ ، ونقض ١٩٧٣/٣/١٥ - ٢٤ - ٤٢٥ ، ونقض ١٩٧٣/٤/١٠ - ٢٤ - ٥٧٧ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٧ - ٢٣ - ٢٩٨ .

(٣) نقض ١٩٧٣/٢/٦ - ٢٤ - ١٤٤ .

(٤) نقض ١٩٧٢/١١/٢٨ - ٢٣ - ١٢٨٥ .

(٥) نقض ١٩٧٣/٢/٨ - ٢٤ - ١٦١ ، ونقض ١٩٧٣/٥/١٩ - ٢٤ - ٧٨٥ .

(٦) نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ - ٢٤ - ٩٦٧ .

في نفس التعاقد ، بلا رقابة من محكمة النقض ، متى قسام قضاؤها على أسباب سائفة (١) .

(٣٣) لا تشرىب على الحكم الصادر برجع الوالد عن الهبة الصادرة لوالده بمبلغ من النقود لشراء شهادات استثمار يقتضى الواهب فوائدها ، اذا استند في قضائه الى أن عدم أداء الموهوب له الفوائد الى الواهب يعتبر جحودا كبيرا منه . . . دون بحث اعسار الواهب (٢) .

(٢٤) لا تشرىب على الحكم اذا قرر أن الاذن للمستأجر بتأجير جزء من العين المؤجرة للغير لا يفيد اجازة تأجير المين من الباطن بأكملها - الذى حظره المؤجر فى العقد - ولا عليه ان هو اغفل الرد على دفاع المستأجر بأن المؤجر قد تعسف فى استعمال حقه فى الاخلاء ، دون بيان صور هذا التعسف او اقامة الدليل عليه (٣) .

(٣٥) لا تشرىب على الحكم اذا استخلص استخلاصا سائفا من أوراق الدعوى وظروف التعاقد ان الفرض الاساسى من الاجارة ليس بالمكان ذاته بل بما اشتمل عليه من أدوات وآلات . . . وتقديره ان هذه الاجارة لا تخضع لقانون ايجار الاماكن . . . ولو استهلكت بعض هذه الادوات (٤) .

٩١ - أمثلة لتقدير مشوب لا يتمشى مع منطق سليم - وجوب الاخذ بظاهر ما تشفه الاوراق والمستندات والقرائن والا وجب ايراد أسباب العدول عن الاخذ بهذا الظاهر :

(١) قضت محكمة النقض بأنه لا يتصور أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها - أعمالا لنص المادة ١٦٠ من قانون الاثبات (٥) - برد وبطلان عقد

(١) نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ - ٢٤ - ٣٣٦ .

(٢) نقض ١٩٧٩/٣/١٣ رقم ٤٩ سنة ٤٣ ق .

(٣) نقض ١٩٧٩/٢/١٧ رقم ٤٩٧ سنة ٤٦ ق .

(٤) نقض ١٩٧٩/٢/١٧ رقم ٨٤٥ سنة ٤٨ ق .

(٥) نص هذه المادة «يجوز للمحكمة ، ولو لم يدع امامها بالتزوير بالاجراءات المتقدمة أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها اذا ظهر لها بجللاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة ، ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى استبانت منها ذلك» .

لتزويره بعد أن ثبت لها عجز مدعى التزوير عن اثبات ما يدعيه ، وبعد أن اقتضت المحكمة بصحة ذلك العقد (١) .

(٢) إذا كان الحكم اذ انتهى الى عدم جدية عقد البيع وتواطؤ المشتري في تزييره قد استدل على ذلك باقرار غير مسجل صادر من البائع في تاريخ سابق على هذا العقد ولا يتضمن أية اشارة اليه . فان ذلك يكون استدلالاً غير سائق لا يؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها الحكم (٢) .

(٣) متى كانت المحكمة بعد ان قررت في صدر حكمها أنه كان من الاصول أن يستخلص الخصامي أمراً بتقدير اتهامه من المحكمة التفصيلية اليونانية عن القضايا التي فصلت فيها خصوصاً وأن المذكرات والمستندات أساس المطالبة مكتوبة باللغة اليونانية التي تجهلها المحكمة ، ولم تترجم بأكملها الى اللغة العربية ، عادت فأقامت قضاها للخصامي بما يستحقه من اتهام عن مباشرة الاعمال القضائية وغير القضائية أمام جهتي التقاضي القصصائي والمختلط على ذات المستندات المقدمة في الدعوى ، ومنها المستندات المحررة باللغة اليونانية التي تجهل حقيقتها ، فان حكمها يكون معيباً بعيب التناقض (٣) .

(٤) اذا قررت المحكمة في حكمها أن الحصة التي رسا مزادها هي غير الحصة المطالب بها ، وبأن الاشخاص الذين تلقى الخصم منهم ملكية الحصة التي رسا مزادها عليه هم غير الاشخاص الذين تلقى الطاعن منهم ملكيته ، وكان هذا الذي اعتمدت عليه المحكمة خلوا من بيان مفصل عن المستندات التي استمدت منها تقريرها ، وخلوا من بيان الادلة والقرائن التي جعلت المحكمة تنتهي الى هذا التقرير — وكان هذا البيان لازماً للفصل في الدعوى فان الحكم يكون معيباً بقصور يبطله ويستوجب نقضه (٤) .

(١) نقض ٥ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٠٤ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٣ فبراير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٥٠ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ١٦ يونية ١٩٥٥ ، القضيتان رقم ٢١٨ ، ٢٦٧ سنة ٢٣ قضائية .

(٤) نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية .

(٥) لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست **قضاءها بثبوت الربا الفاحش** على أن القروض قد عقدت في ظروف اليمّة خلال مدة الحرب في بلد يحتله العدو على أن تسدد بالعملة المصرية ، ودونت في مستندات غير مؤرخة ، ولم يبين فيها مكان تحريرها ، على أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقترضين كانوا في حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا إذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء الى الطاعن الثانى وغيره للاقتراض منهم ، وكانت هذه الظروف التى اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدى **عقلا الى ثبوته** . ذلك لان كل مدين لا يلجأ الى الاقتراض عادة الا اذا كان في ظروف تضطره اليه ، فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلا على ثبوت الربا الفاحش ، وكذلك لا يؤدى الى اثباته خلو سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها ، وكان للمحكمة متى رجح لديها من قرائن الحال في الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم (١) .

(٦) اذا كان الحكم قد **أقام قضاءه بصورة عقد مورثه الطاعن** على جملة قرائن منها القرينة المستمدة من اقامتها مع خالها البائع في تاريخ العقد وقيام المصاهرة بينهما لوجودها وقتئذ في عصمة ابنه ، استنادا الى ما عراه خطأ الى الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذى أجرى في الدعوى . وكانت تلك القرائن التى استند اليها وحدة متماسكة تضافرت في عقيدة المحكمة بحيث أن انهيار احداها يترتب عليه بطلان الحكم ، فهذا الحكم يكون قد شابه خطأ في الاسناد يستوجب نقضه (٢) .

(٧) **عجز المدعى عليه عن اثبات دفاعه** ، لا يصح أن ينهض ، في ذاته ، دليلا على صحة دعوى خصمه (٣) .

(١) نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢٧٥ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا في تأييد المبدأ المذكور في المتن نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ٣٨ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ١٧ ابريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٥٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٨) اذا كان الحكم قد اقام قضاءه بصورية عقد على ان المشتري قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه في هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير من تاريخ شرائه وتوانيه هو في رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه الى ما بعد مضي سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصرا اذ هذه القرائن لا تؤدي الى الصورية التي انتهت اليها (١) .

(٩) اذا كانت المدعية قد اقامت دعواها على وزارة المعارف بتعويض الضرر الذي أصابها ، على أنها اذ كانت تحاول الخروج من مصعد بمستشفى تابع للوزارة وقف المصعد بعد تحركه بقليل وظل معلقا بين الدور الارضى والدور الاول فقفز منه العامل المنوط به تحريكه ثم قفز بعض زميلاتها اللاتي كن معها فيه ، ثم لما أرادت هي أن تقفز مثلهن تحرك المصعد فجأة وأطبق عليها فسبب لها الاصابات التي أحدثت بها الاضرار التي تطالب بالتعويض عنها ، وعزت ما كان من تحرك المصعد بعد توقفه الى خطأ موجب لمسئولية الوزارة ، فرفضت المحكمة هذه الدعوى على أساس أن المصعد لم يتحرك بعد توقفه مهددة أقوال شهود المدعية في صدد هذه الواقعة لما قام لديها من عدم الثقة بهم مغفلة في ذات الوقت اعترافا صريحا من المدعى عليها بهذه الواقعة دون أن تبين علة اغفاله ، فان حكمها يكون قاصرا ، اذ لو أن المحكمة لم تفعل هذا الاعتراف وتعتبر المدعية عاجزة عن اثبات تلك الواقعة الجوهرية مع تسليم الخصم بها وعينت بتحري صحتها فربما كان يتغير نتيجة لذلك وجه الرأي في الدعوى (٢) .

(١٠) اذا كانت المحكمة في تقديرها انعاب محام عن عقد قام به قد استندت في ترجيح دعوى المحامي على دفاع المحكوم عليهم بالانعاب الى ظروف الدعوى وملابساتها ، دون أن تفصح عن ماهية هذه الظروف

(١) نقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ ، القضية رقم ٢٠٧ سنة ١٧ قضائية ، وانظر أيضا في تأييد المذكور في المتن نقض ٨ يونية ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٨١١ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٩ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٤٦ سنة ١٧ قضائية . وانظر أيضا في التقدير المشوب نقض ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٥٧٠ .

والملايسات ، ثم قررت في حكمها أنها راعت في تقدير اتعاب ما قام به المحامي من تدليل العقبات القانونية التي اعترضت اتمام العقد الذي قدرت عنه الاتعاب وما بلل من جهود في سبيل بحث مستندات التملك دون أن تبين سندها . هذا التقرير الذي كان موضع منازعة من المحكوم عليهم في الاستئناف المرفوع منهم عن الحكم الابتدائي ، فهذا وذاك قصور يبطل حكمها ، اذ بدون هذا البيان لا يتسنى لمحكمة النقض أن تراقبها فيما انتهت اليه (١) .

(١١) أن قاضي الدعوى لا يجوز له قانوناً أن يطرح ما يقدم له تقديماً صحيحاً من الأدلة أو الأوراق المؤثرة في حقوق الخصوم دون أن يورد في حكمها ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فاذا هو سكت ، لغير علة ظاهرة في حكمه ، عن بحث المستندات التي لم يختلف طرفا الخصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة ، فإن حكمه يكون باطلاً لقصور أسبابه . ولا يجدي أن يقال أنه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فإن سلطته في تفسير الأوراق والمستندات ، وفي العدول عن معناها الظاهر إلى المعنى الذي يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هو مقيد بوجوب إيراد الأسباب التي يستند إليها في ذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان قد أخذ في تفسيره باعتبارات معقولة أم لا (٢) .

(١٢) متى كان مقام ما قرره الحكم أنه لم يلقَ بالألأ حقيقة ما أثبتته الخبر في تقريره مما يغير به وجه الرأى في الدعوى فإنه يتعين نقضه (٣) .

(١٣) لا يكفي أن تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية في تقدير أرباح الممول وتصفه بأنه قد بنى على أسس جديدة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول . كما لا تملك طرح تقرير الخبر وتقديره والأسباب التي بنى عليها ، وطرح قرار لجنة التقدير وأسبابه دون أن تجيب على هذا أو ذاك (٤) .

(١) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١٧ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ١١ يونية ١٩٣٦ ، القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية ، وانظر أيضاً في تأييد المذكور بالمتن نقض ١٤ مارس ١٩٤٠ ، القضية رقم ٢٦ سنة ٩ قضائية .

(٣) نقض ٢٩ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٤٦ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

(١٤) **إذا وجدت زيادة بالمبيع المعين بالذات أو المبين المقدار في عقد البيع ، ولم يكن هناك اتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها ، فإن العبرة في معرفة أحقية المشتري في أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته في ذلك على مقتضى حكم المادة ٤٣٣ من القانون المدنى هى بما إذا كان ثمن المبيع قدر جملة واحدة أم أنه قد حدد بحساب سعر الوحدة ، أما التمييز بين البيع الجزائى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية البيع للمشتري في كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشتري هو الذى يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم .** وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشتري في أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع مقابلا عملا بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد اعتباره البيع جزائيا مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتما أعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة ، فإن الحكم يكون قاصر **البيان (١) .**

(١٥) متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أشار بصدد بيان الضرر **المطالب بالتعويض عنه الى ما تكبدته المدعية - قبل العدول عن خطبتها - من نفقات ومصاريف تجهيز ، دون أن يعنى بإيضاح نوع تلك النفقات ومقدارها والدليل على ثبوتها أو بتقصي الضرر الذى أصابها ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه (٢) .**

(١٦) **الانحراف عن المعنى الظاهر لمبارات العقد مسيخ له .** فإذا كان قد نص في العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة مينا البصل وهو نص عام مطلق يحكم جميع شروط التعاقد بما في ذلك تحديد السعر فإن

(١) نقض ٢٨ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٤١٧ وراجع أيضا نقض ٢٨ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٤٠٩ ونقض ٢٠ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٣١ .

وراجع أيضا نقض ١٠ يناير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٤ ونقض ١٥ فبراير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٢٥٩ ونقض ٢٢ فبراير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٥٩٢ ونقض ٢١ مارس ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٣٢٤ .

(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٣٨ .

تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص بأنه قاصر على العيوب التجارية ينطوى على فسخ للعقد (١) .

(١٧) متى كان القرار المطعون فيه (قرار هيئة التحكيم) قد أقام قضاؤه بنقله حق العمال في المنحة على أنه لا خلاف بين الطرفين في قيام الشركة الطاعنة (رب العمل) بصرف المنحة بطريقة مستمرة ومنظمة وعامة ، وان التزام الشركة بعد ذلك ثابت من اقرارها ، في حين جرى دفاع الشركة على أنها لا تقوم بدفع المنحة من مالها ، ولكن يدفعها صندوق خاص مستقل منفصل عنها في ادارته وماليتها وشخصيته وانكرت بذلك قيام الالتزام بالمنحة في ذمتها ، فان القرار المطعون فيه يكون قد أول دفاع الشركة واستظهره على وضع من شأنه أن يفسد وجه الرأي فيه ، ومن ثم يكون مشوباً بالقصور والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه (٢) .

(١٨) القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة ، بحيث اذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين ، فانها لا تصلح مصدراً للاستنباط ، فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الصادر للطاعين من مورث المطعون عليها على ما جاء بشكوى ادارية من أن البائع قد أصيب منذ سنة تقريباً بضعف في قواه العقلية في تاريخ مقارب للتاريخ المعطى لعقد البيع بأن اتخذ من عبارة «منذ سنة تقريباً» قرينة على أن عقد البيع لم يكن موجوداً في تاريخ تحريرها وكانت دلالة ذلك أنه لم يقصد من تقديم الشكوى غير بيان مرض البائع لا تحديد تاريخه فانه يكون قد خالف القانون (٣) .

(١٩) عدم سداد امانة الخبير ، مما ترتب عليه عدم تنفيذ الحكم بندب الخبير ، يستوجب من المحكمة استنفاد كل ما لها من سلطة التحقيق

(١) نقض أول فبراير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٤٨ ونقض ٢٦ يناير

١٩٦١ .

(٢) نقض ٢٥ ابريل ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٤٩٤ .

(٣) نقض ٢٧ ابريل ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٣٩٩ .

للتوصل الى كشف الواقع في الدعوى بفحص المستندات ومراجعة
تقديرات المأمورية ، واغفال ذلك يؤدي الى قصور الحكم (١) .

(٢٠) عدم استجابة المحكمة الى ما تمسك به الكفيل من الزام الدائن
بتقديم حسابه بالمبالغ التي سحبها المدين من الاعتماد المكفول أو ندب
لخبير ... يعتبر اغفالا لدفاع جوهرى يتغير به وجه الحكم في الدعوى (٢) .

(٢١) تمسك الطاعنة بالتزوير بأن السند المطعون فيه سلم بعد توقيعه
من مورثها على بياض لزوج المطعون عليها وشقيقه للكتابة طلب لاحدى
الجهات الحكومية ، وأن المطعون عليها استحصلت على ورقته ، ومالت
فراغها بتزوير صلبه السند - دفاع جوهرى يستوجب البحث والرد
عليه (٣) .

(٢٢) اغفال اثبات الادعاء بتزوير محضر الاعلان ، رغم اتباع الطرق
القانونية في هذا الادعاء ، يعتبر قصورا في الحكم ، اذ لو كانت المحكمة
قد سرت للطاعن السبيل لاثبات ادعائه لكان من المحتمل أن يتغير وجه
الرأى في الدعوى (٤) .

(٢٣) عدم بحث ما ادخله **المؤجر من تحسينات** وتعديلات على العين
المؤجرة زادت من منفعتها عما كانت عليه وقت تقدير أجرتها بمعرفة اللجنة
- يعتبر قصورا في الحكم (٥) .

(٢٤) اغفال دفاع المدعى عليه بعدم توقيع **الحامى** على صور صحيفة
الدعوى أو صورها المقدمة الى قلم الكتاب ، يعتبر قصورا في الحكم (٦) .

(٢٥) اغفال المحكمة عند تقدير **أتعاب الحامى** بيسان سبب استبعادها
لجهودها في تنفيذ الحكم ... يعتبر قصورا في الحكم (٧) .

(١) نقض ١٩٧٢/٢/٩ - ٢٣ - ١٥٧ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ - ٢٣ - ٣٦٨ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٢/١٧ - ٢٣ - ٢٠٥ .

(٤) نقض ١٩٧٣/٣/٢٠ - ٢٤ - ٤٤٥ ، ونقض ١٩٧٣/١/٢٥ - ٢٤ -

١٠٣ .

(٥) نقض ١٩٧٣/٤/٢٤ - ٢٤ - ٦٦٢ .

(٦) نقض ١٩٧٣/٥/٢ - ٢٤ - ٧٠٣ .

(٧) نقض ١٩٧١/٦/١٧ - ٢٢ - ٧٨٦ .

(٢٦) تمسك المدعى عليه ببطـسلان الاعلان لانه من رجال القوات المسلحة . . ثم اغفال دفاع يؤكد صحة الاعلان عن طريق الادارة المختصة بالقوات المسلحة - هو اغفال لدفاع جوهرى (١) .

(٢٧) يعتبر قصورا في الحكم عدم مناقشة المستندات المقدمة فيها ، مع ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة في الدعوى (٢) .

(٢٨) يعتبر قصورا في الحكم الصادر بأجر معين للعامل ، اغفاله بحث دفاع رب العمل بصدد الاجر (٣) .

(٢٩) يعتبر تناقضا يفسد الحكم ، ايراده في اسبابه أنه يأخذ بأجرة المثل في تقديره أجرة الحكر ، ثم استناده بعدئذ في تقدير أجرة الحكر الى تقرير خبير لم يلتزم هذه القاعدة الصحيحة وأخذ بنظرية النسبة (٤) .

(٣٠) تمسك الطاعن بأن صور العقد التى لا تحمل توقيعيه غير مطابقة لاصله ، ثم اعتماد الحكم على هذه الصور واغفال الرد عليه ، يعتبر اغفالا لدفاع جوهرى (٥) .

(٣١) اذا طلب الوارث الاحالة على التحقيق لاثبات صورية عقد البيع الصادر من مورثه لو ارث آخر صورية مطلقة ، ولم تبحث المحكمة طلب الاحالة على التحقيق لاثبات هذه الصورية بالبيئة تأسيسا على قيام المانع الادبى . . تكون قد اغفلت دفاعا جوهريا (٦) .

(٣٢) اغفال الرد على طلب الزام الخصم بتقديم ورقة جوهرية تحت يده ، يعتبر اغفالا لدفاع جوهرى (٧) .

-
- (١) نقض ١٩٧٣/٥/٣١ - ٢٤ - ٨٥٠ .
 (٢) نقض ١٩٧٣/٦/٢١ - ٢٤ - ٩٥٣ ونقض ١٩٧٣/١/٣٠ - ٢٤ - ١١٩ ونقض ١٩٧٢/٥/١٦ - ٢٣ - ٩١٩ .
 (٣) نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ - ٢٤ - ٣١٦ .
 (٤) نقض ١٩٧١/١/٢٥ - ٢٢ - ٩ .
 (٥) نقض ١٩٧٢/٤/٢٧ - ٢٣ - ٧٧٤ .
 (٦) نقض ١٩٧٣/١/٩ - ٢٤ - ١٤٦ .
 (٧) نقض ١٩٧٢/٥/١٣ - ٢٣ - ٨٩٤ .

(٣٣) عدم بيان الحكم عناصر الضرر الذى قضى بتعويضه يمسد قصورا (١) .

(٣٤) اغفال الحكم المطعون فيه بحث دلالة اقرار الخصم فى دعوى اخرى وبحث المستندات المقدمة من خصمه والتي عول عليها الحكم الابتدائى يعد قصورا .. (٢) .

(٣٥) القضاء بفسخ عقد الايجار لاجراء المستأجر تعديلات بالعين المؤجرة ، واغفال الحكم بحث دفاع المستأجر بأنه قام بهذه التعديلات فى ظل العقد البرم بينه وبين المالك السابق للعين وبموافقته يعد قصورا (٣) .

(٣٦) الغاء محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى الصادر برفض طلب اخلاء المستأجر لوجود مبررات قتاخره فى الوفاء بالاجرة دون بحث مبررات المستأجر فى التأخير - محل الدعوى المطروحة - يعد قصورا (٤) .

(٣٧) اغفال الحكم الرد على دفاع المستأجر أمام الخبير - والثابت بمحضر أعماله - بقبول المؤجر لوجه استعماله للعين بسكوته عليه مدة طويلة يعد قصورا (٥) .

(٣٨) اذا أنكر المستأجر واقعة التأجير من الباطن وادعى أنه حتى بفرض حصولها فلا تعد سببا للاخلاء لوجوده مؤقتا بالخارج فان هذا لا يمكن أن يعد اقرارا منه بالتأجير من الباطن (٦) .

٩٢ - اذا تناقضت الادلة أو تقارير الخبراء وجب على المحكمة ان توائم بينها ، والا كان حكمها مشوبا ان هى اعتمدت عليها جميعها :

وترتبيا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا كان يبين مما

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ رقم ٥٤٣ سنة ٤٢ ق .

(٢) نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ رقم ٨٢٧ سنة ٤٦ ق .

(٣) نقض ١٩٧٩/١/٢٠ رقم ١٧٣ سنة ٤٨ ق .

(٤) نقض ١٩٧٩/٢/٧ رقم ٥٨٩ سنة ٤٨ ق .

(٥) نقض ١٩٧٩/١/١٠ رقم ٨٦٦ سنة ٤٦ ق .

(٦) نقض ١٩٧٩/٤/١١ رقم ٦١٢ سنة ٤٣ ق .

أورده الحكم أن المحكمة استندت في قضائها بـرد وبطلان السند المطعون فيه بالتزوير الى ما ورد بتقريرى الخبيرين المقدمين في الدعوى رغم اختلافهما في تحديد مواطن التزوير في المحرر المذكور وطريقة حصوله ، ولم يبين كيف واءمت بين الرايين فيهما - على ما بينهما من تفاوت ظاهر وعلى استحالة تصور الجمع بينهما . وأنها أضافت الى ذلك مشاهداتها الخاصة وقطعت بها في حصول التزوير في مسألة اختلفت فيها أبحاث الخبراء دون أن تبين هى مواضع التزوير التى رأتها ودلائله التى اطمأنت اليها فان الحكم يكون قاصر البيان (١) .

وقضت بأنه متى كان الحكم قائما على قرينتين مجتمعتين ، وكانت احدهما مجردة عن الدليل ، ولا يبين منه أثر كل واحدة منهما على حدة في تكوين عقيدة المحكمة ، بحيث لا يمكن أن يعرف ماذا يكون قضاؤها مع استبعاد احدهما فإنه يكون من المتعين نقض الحكم لقصور أسبابه (٢) .

٩٢ - أمثلة الاحكام لم تذكر طريق ثبوت الادلة التى اعتمدت عليها ، أو لم تعتمد على أدلة ما فيما قضت به :

(١) إذا كان الحكم قد قال بقيام شركة تضامن بين المدعى والمدعى عليه ، دون أن يوضح كيف استخلص من مجموع الادلة التى استند اليها للقول بوجود شركة بينهم أن هذه الشركة بالذات هى شركة تضامن لا شركة محاصة فإنه يكون قاصر البيان متعينا نقضه (٢) .

(٢) إذا تازع المدعى عليه جهة الوقف في ملكيتها للاعيان المطلوبة مدعى أنه يملكها بالشراء من مالكة الحقيقى ، وقضت المحكمة بجهة الوقف بالملكية تأسيسا على مجرد أن الارض الموقوفة لا يجوز بيعها إلا بإذن من القاضى الشرعى فانما بذلك تكون قد اعتبرت الملكية مسلمة لجهة الوقف . فاذا هى لم تعن ببيان الادلة التى اقامت عليها هذا الاعتبار المنازع فيه ،

(١) نقض ١٥ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٣٩ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٠ ابريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٠٥ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٩ أكتوبر ١٩٤٧ ، القضية رقم ١١٤ سنة ١٦ قضائية .

كان حكمها قاصر التسبيب متعينا نقضه (١) .

(٣) اذا نذبت المحكمة خبيراً لبيان حصة كل من الوقفين محل الدعوى في العين المؤجرة ، لتحديد نصيب كل منهما في تكاليف البناء الذي أحدث فلم يبين الخبير ذلك ، ومع هذا اخذت المحكمة بهذا التقرير دون أن يبين سبب عدولها عن ايجاب تنفيذ الحكم التمهيدى ، ولا علة قضائها بالزام الوقفين معا بمصاريف البناء مما مفاده أنها ألزمتها بها مناصفة ، فان حكمها يكون قاصر البيان في هذا الخصوص قصورا يستوجب نقضه (٢) .

(٤) يكون الحكم قاصرا قصورا يستوجب نقضه اذا اعتبر الدائن مقصرا في استقلال العين المرهونة دون أن يوضح كيفية ثبوت هذا التقصير ، مكتفيا بعبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى (٣) .

(٥) اذا كان ثمن العين المشفوع فيها محل نزاع بين الخصوم ، في دعوى الشفعة ، مما حدا بمحكمة أول درجة الى احوالة الدعيوى على التحقيق للوصول الى معرفة حقيقة الثمن ، وسمعت شهود الطرفين اثباتا ونفيا في هذا الخصوص فان الحكم الطعون فيه اذ خلا من بيان الدليل الذى استند اليه في قضائه بالشفعة بالثمن الذى تمسك به الشفيع دون الثمنسمى في العقد يكون قد شابه قصور يبطله (٤) .

(٦) افتراض الحكم ثبوت اتحاد المبيع في العقدين دون بيان الدليل

(١) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ ، القضية رقم ١٣٩ سنة ١٥ قضائية .
(٢) نقض ١٩ يناير ١٩٥٠ ، القضية رقم ٣٩ سنة ١٨ قضائية ،
وراجع أيضا في تأييد ذات المبدأ نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٥٤ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٥ - القضية رقم ٣٩٩ سنة ٢١ قضائية .

(٤) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٥٨ سنة ٢١ قضائية .
وانظر أيضا في تأييد نفس المبدأ نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية ، ٢٧ نوفمبر ٥٢ ، رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية -
تقدم ذكر ملخص له في الفقرة رقم ٩٠ .

على صحة هذا الافتراض هو قصور يستوجب نقضه (١) .

(٧) اذا جاء الحكم قاصرا عن بيان الوسائل غير المشروعة التي استعملت لأكراه الخصم على التوقيع على الاتفاق ، فان الحكم يكون مشوبا يستوجب نقضه (٢) .

(٨) اذا اعتبر الحكم الخصومة غير قابلة للتجزئة دون ان يبين كيفه توافر الدليل على ذلك ، فانه يكون مشوبا باطلا (٣) .

(٩) متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للخصم بمبلغ معين على سبيل التعويض لم يبين عناصر الضرر الذي قضى من أجله بهذا المبلغ ، فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه (٤) .

(١٠) لا يكفي ان تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية في تقدير أرباح الممول وتصفه بأنه قد بنى على أسس جديرة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول (٥) .

٩٣ م - لا تريب على المحكمة ان هي آثرت شهادة على أخرى :

القاعدة ان قاضي الدعوى حر في ان يستخلص من اقوال الشهود ما يطمئنه ويرتاح اليه في قضائه ، فله ان يعتمد على شهادة دون أخرى ، وتقديره في هذا الصدد لا يخضع لاشراف أو رقابة ، بشرط أن يكون ما استخلصه من أقوال الشهود غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق . واذن لا تلزم المحكمة ببيان سبب أخذها بأقوال شهود الاثبات دون النفي ،

(١) نقض ٢١ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٢٠ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٨ فبراير ١٩٥١ ، القضية رقم ٩٦ سنة ١٨ قضائية .

(٣) أول مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ٢٠٠ سنة ١٨ قضائية .

(٤) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٧ سنة ٢٠ قضائية .

(٥) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

أشرنا اليه في الفقرة رقم ٩٠ . وراجع أيضا نقض ٤ مايو ١٩٦١ السنة ١٢

اذ ذلك منوط - كما قدمنا - بتصديقها اياهم واطمئنانها اليهم بغير رقابة عليها (١) .

واذن ، لا تلزم المحكمة بالتصريح في اسباب حكمها بعدالة الشاهدين اللذين اوردت مضمون اقوالهما واخذت به (٢) ، ولا تلزم ببيان اسباب ترجيحها لما اطمأنت اليه من اقوال ، واطراحها لسواها (٣) . ولا تريب عليها ان هي ذكرت عبارة «افهمناه» عند توجيه السؤال للشاهد (٤) .

ولا يصح النعى على حكم محكمة الاستئناف بعدم الاخذ بأقوال شاهد سمعته محكمة الدرجة الاولى (٥) . ولمحكمة الدرجة الثانية أن تخالف محكمة الدرجة الاولى في تقدير أقوال الشهود ، دون لزوم لبيان اسباب ذلك (٦) .

٩٤ - لا تريب على المحكمة أن هي اعتمدت قرينة ، دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها :

القاعدة أن المحكمة لا تتقيد برأى الخبير المنتدب في الدعوى لتقدير

(١) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٧ مايو ٥٣ - القضية رقم ٢٩٠ سنة ٢١ قضائية . ونقض ٢٣ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٦٦٢ . ويراجع أيضا في تأييد ما ورد بالمتن نقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٤٩ ، ونقض ١٩٧٢/٣/٢١ - ٢٣ - ٤٣٩ ، ونقض ١٩٧٢/٣/٢٣ - ٢٣ - ٤٨١ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/٥ - ٢٣ - ٣١٧ ، ونقض ١٩٧٣/١/٣٠ - ٢٤ - ١٢٤ .

(٢) نقض ١٩٧٣/٥/٢٣ - ٢٤ - ٨١٦ .

(٣) نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ - ٢٤ - ٩٦٧ ، ونقض ١٩٧٣/١/١١ - ٢٤ - ٦٢ .

(٤) نقض ١٩٧٢/١٢/١٣ - ٢٣ - ١٣٧٧ .

(٥) نقض ١٩٧٣/٤/٢٤ - ٢٤ - ٦٦٧ .

(٦) نقض ١٩٧١/٤/٢٢ - ٢٢ - ٥٤٠ ، ونقض ١٩٧١/١١/١٧ - ٢٢ - ٩١٧ .

تراجع الاحكام العديدة المشار اليها في الفقرة رقم ٢٩٣ من هذا الكتاب .

أمر ما بل لها أن تطرحه وتقضى فيها بناء على الأدلة الأخرى المقدمة إليها ، وذلك دون أن تكون ملزمة بنذب خبر آخر متى وجدت في هذه الأدلة الأخرى ما يكفى لإقامة قضائها (١) .

٩٥ - لا تشرىب على المحكمة أن هى فضلت قول خير على آخر :

فاذا كان الخبر المعين من محكمة الاستئناف قد خالف الخبر الذى ندبته محكمة الدرجة الأولى ، وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قد عنى بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبر المعين منها ، وكان تقرير هذا الخبر قد ناقش دفاع المعارضين بصورة كافية ، فان أخذ الحكم بتقرير الخبر فى هذا الشأن معناه أنه اتخذ أسباب التقرير أسباباً له ، وفيها ما يفيد أن المحكمة أطرحت أقوال الخبر الأول (٢) .

وقضى بأنه اذا كانت المحكمة قد أخذت فى حكمها بتقرير الخبر الذى انتدبته للأسباب التى اشتمل عليها واعتمدت طريقة التقدير التى اتبعها فذلك مفاده أنها لم تجد فى تقرير الخبر الاستشارى ما يغير وجه الرأى الذى انتهت اليه فى الدعوى (٣) ، أو أنها تبدل ما تعارض من أسباب تقرير الخبر الاستشارى مع أسباب الخبر الذى ندبته (٤) (٥) .

ومتى اعتمدت المحكمة تقرير الخبر محملاً على أسبابه ، فإنها

(١) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ - القضية رقم ١٤٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٢/١٢/١٩٧٢ - ٢٣ - ١٣٥٧ .

(٢) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

(٣) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

(٤) نقض ١٥ أكتوبر ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٨٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٩ فبراير ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩ سنة ٢١ قضائية .

(٥) أنظر دراسة تفصيلية فى مدى قابلية القاضى بالحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الإثبات أو بمدى تقيده بنتيجة التحقيق - كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع رقم ١٤٥ وما يليه .

وانظر نقض ١٥ فبراير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٢٥٣ .

لا تلتزم بالرد استقلالا على كل الطعون الموجهة اليه (١) . ومتى اقتنعت
بسلامة الاسس والابحاث التي بنى عليها الخبير تقريره ، فلا يجدى الجدل
في ذلك امام محكمة النقض ، ولا يجوز (٢) . وقضت محكمة النقض بأن
تقرير الخبير المرجح لا يعيبه سابقة اعتماد واضعه لتقرير الخبير الاول
بوصفه رئيسا له (٣) . وقضت بعدم جواز التمسك ببطلان تقرير الخبير
(الذي ندبته محكمة الدرجة الاولى) لأول مرة في النقض (٤) .

واذن ، متى ندبت المحكمة خبيرا ، فان لها :

- (١) أن تأخذ بتقريره ، متى اطمأنت اليه والى الاسس والاسباب
التي قام عليها .
- (٢) ألا تأخذ بتقريره ، وحسبها أن تقيم الحكم على اسباب كافية
لحملة مما في ملف الدعوى من أدلة وقرائن (٥) ، دون أن تلتزم بنذب
خبير آخر .
- (٣) ألا تأخذ بتقريره ، وتندب خبيرا آخر ، وعندئذ يكون لها أن
تأخذ بأيهما . واذا أخذت بتقرير الخبير الاخير ، فهي لا تلتزم بالرد خاصة
على ما ورد بالتقرير الاول (٦) (٧) .

-
- (١) نقض ١٢/١٢/١٩٧٢ - ٢٣ - ١٣٥٧ ونقض ٢٠/٣/١٩٧٣ - ٢٤ - ٢٨٧ .
 - (٢) نقض ١/٣/١٩٧٢ - ٢٣ - ٢٨٦ .
 - (٣) نقض ٢٤/٥/١٩٧٣ - ٢٤ - ٨٢٣ .
 - (٤) نقض ٢٥/١/١٩٧١ - ٢٢ - ٢١٧ ونقض ٢١/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ٨٧٦ .
 - (٥) نقض ٣/٣/١٩٧٣ - ٢٤ - ٣٧٢ و ١٣/٦/١٩٧٢ - ٢٣ - ١١٥
ونقض ١٦/١/١٩٧٩ رقم ٦٩٠ سنة ٤٤ ق و ١٣/٢/١٩٧٩ رقم ٥٦٦
سنة ٤٢ ق .
 - (٦) نقض ٢٢/١٢/١٩٧٢ - ٢٣ - ٣٥٧ - في جواز اخذ المحكمة
بتقرير الخبير الاول دون الاخير تراجع الاحكام المشار اليها في الفقرة
٢٩٥ م من هذا الكتاب .
 - (٧) ألا تأخذ بتقريره ، وتقيم قضاءها على أحد تقارير الخبراء السابق
تقديمها في القضية بشرط ألا تكون المحكمة قد استبعدته (نقض ٢١/٤/
١٠٧٩ رقم ١٠٤ سنة ٤٤ ق) .

(٤) اذا تعددت تقارير الخبراء ، فلها أن تأخذ بأى منهم ، سواء أكان تقرير خبير حكومي ، أم من الجدول ، أم استشاري .

(٥) للمحكمة في جميع الاحوال أن تأمر باعادة المأمورية الى الخبير ولو من تلقاء نفسها ، لتقدير ما أغفل تقديره ، أو لاعادة التقدير على أسس معينة تحددها المحكمة له في حكمها . ولا تلتزم بإجابة طلب الخصم إعادة المأمورية الى الخبير (١) .

(٦) ندب خبير آخر متروك لتقدير المحكمة في جميع الاحوال ، ولها باعتبارها الخبير الأعلى تقدير رأى الخبير ولو في مسألة فنية دون الاستعانة برأى خبير آخر وما دامت لم تر لزوما لهذا الاجراء (٢) .

وللمحكمة الاخذ بأقوال الشهود الذين سمعهم الخبير دون حلف يمين ، كدليل على ثبوت الوقائع الجائز اثباتها بالقرائن (٣) . ويشترط في كل هذه الاحوال الا تسقط المحكمة دفاعا جوهريا من شأنه أن يغير وجه الحقيقة في الدعوى اذا ما تحققت صحته (٤) .

٩٥ م - المبادئ الاساسية في اجراءات الاثبات :

(١) للمحكمة من تلقاء نفسها (٥) أن تأمر بما ترى اتخاذه من اجراءات

(١) نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - ٢١ - ٣٢٢ - وقضت محكمة النقض بأنه «اذا أمرت المحكمة باعادة المأمورية الى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه النقض في تقريره ، فانه يكون من الواجب عليها اذا هي رجعت عن رأيها في استكمال هذا التقرير وأخذت به وأنست حكمها عليه أن تبين الاسباب التي جعلتها تكتفى به والا كان حكمها مشوبا بالقصور» . (نقض ١٢/٣/١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٤١٩) . واذا لم يستكمل الخبير ما أمرته به المحكمة أو استكمله ، فللمحكمة في الحالتين أن تأخذ بتقرير خبير آخر في الدعوى محملا على اسبابه ، كما يكون لها ندب خبير آخر . (٢) نقض ١٩٧٢/١٢/١٢ - ٢٣ - ١٣٥٧ ونقض ١٩٧٤/٤/٢٩ - ٢٥ - ٧٦١ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٥/١٨ - ٢٣ - ٩٦٢ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/٢٣ - ٢٣ - ١٤٦٢ .

(٤) كادعاء الخصم بأن الخبير قد أغفل أوراقا جوهرية - نقض ١٩٧٢/٣/٢٥ - ٢٣ - ٥١٤ .

(٥) حق المحكمة في الاحالة على التحقيق من تلقاء نفسها جوازي عملا بالمادة ٧٠ اثبات - نقض ١٩٧٩/١/٢٣ الطعن رقم ٩٣٣ سنة ١٤٥ ق .

الاثبات ، دون حاجة الى بيان سبب ذلك ، لانها كما قدمنا ملزمة بالحكم في الدعوى بمقتضى القانون .

(٢) للمحكمة من تلقاء نفسها ان تعدل عما امرت به من اجراءات الالبيات ، دون ابداء أى أسباب اذا كانت هى التى امرت بها من تلقاء نفسها (١) .

(٣) للمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - الا تجيب طلب الاحالة على التحقيق ، ايا كان نوع هذا التحقيق ، متى رأت ان ادلة الدعوى كافية لبناء حكمها عليها (٢) ، فاجراء التحقيق ليس حقا للخصم فى كل حالة ، ايا كان نوع التحقيق المطالب اتخاذه (٣) - كما أن للمحكمة أن ترفض طلب الاحالة على التحقيق اذا رأت انه غير منتج (٤) .

انما اذا تعلق الالبيات بدفاع جوهرى ، وجب على المحكمة اجابة طلب الاحالة على التحقيق ، وفق ما قدمناه من امثلة لاحكام محكمة النقض ، أو تبرر أسباب الرفض (٥) .

(١) نقض ١٩٦٧/١١/٢ - ١٨ - ١٥٩٩ ونقض ١٩٧٨/١٢/٥ رقم ٢٢٧ سنة ٤٧ ق .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٨ - ٢٣ - ٣٢٥ ونقض ٧٢/٣/١ - ٢٣ - ٣٩٤ ونقض ٧٢/٥/١ - ٢٣ - ٣٩٤ ونقض ١٩٧٣/٢/٦ - ٢٤ - ١٥١ ونقض ١٩٧٣/٤/٣ - ٢٤ - ٥٥٩ ونقض ١٩٧٣/٦/١٩ - ٢٤ - ٩٤٠ ونقض ٧١/٥/٢٠ - ٢٢ - ٦٦٩ ونقض ١٩٧١/١٠/١٠ - ٢٢ - ٨٩١ ونقض ٧١/١٢/١ - ٢٢ - ٩٧٢ ونقض ١٩٧٢/٢/٢ - ٢٣ - ١٢٦٠ .

(٣) نقض ١٩٧٢/٣/٢٥ - ٢٣ - ٥٢١ - فى صدد رفض الزام الخصم بتقديم مستند وندب خبير للاطلاع عليه - نقض ١٩٧١/٤/٨ - ٢٢ - ٤٥٩ ونقض ١٩٧٩/٢/١٣ رقم ٩٣٨ سنة ٤٥ ق ونقض ١٩٧٩/٢/٢٧ رقم ٨٥٥ سنة ٤٤ ق و ١٩٧٨/٤/٢٥ رقم ٣٠٠ سنة ٤٥ ق و ١٩٧٨/٤/٢٥ رقم ٤٤٦ سنة ٤٥ ق و ٧٨/١٢/١٩ رقم ٩٩ سنة ٤٦ ق .

(٤) قضت محكمة النقض - فى دعوى اخلاء الفين لتخلي المستأجر عنها لغير - بأن طلب المستأجر احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات علم المؤجر بوجود الغير معه فى المحل التجارى للمؤجر غير منتج لوجوب موافقة المؤجر على ذلك باذن كتابى صريح - نقض ١٩٧٩/١/٢٠ رقم ٣٢٥ سنة ٤٧ ق .

(٥) نقض ١٩٧١/٥/٢٠ - ٢٢ - ٦٦٩ .

ويشترط أن يكون طلب الخصم واضحاً في هذا الصدد ، فمثلاً مجرد إشارة الخصم في دفاعه الى أن الخصوم من التجار ويمسكون دفاتر حسابية ، لا يعد طلباً صريحاً بتقديم الدفاتر ، فلا تلتزم المحكمة ببيان سبب رفضها له (١) .

(٤) لا تلتزم المحكمة بلفت نظر الخصوم الى مقتضيات دفاعهم ، أو تكليفهم بإقامة الدليل عليه (٢) .

(٥) للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الاثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر (م ٩ من قانون الاثبات) . وسوف تتناول هذه المادة بدراسة تفصيلية عند التفرقة بين الاحكام القطعية وغير القطعية . وهي لا تلزم ببيان أسباب العدول ، اذا كانت هي التي أمرت باتخاذ اجراء الاثبات من تلقاء نفسها (٣) .

(٦) اذا أمرت المحكمة باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات ، وجب عليها أن تتخذ كل ما يوجبه القانون في هذا الصدد ، فمثلاً اذا أذنت لأحد الخصوم باثبات واقعة ما بشهادة الشهود ، وجب عليها أن تمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق (م ٦٩ من قانون الاثبات) .

(٧) للمحكمة ألا تأخذ بنتيجة التحقيق بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها (م ٩ من قانون الاثبات) . وسوف ندرس هذه القاعدة تفصيلاً عند بيان حجية الاحكام المتعلقة بالاثبات .

ومن قضاء محكمة النقض ان الاقرار غير القضائي يخضع لتقدير قاضي الموضوع ، فله تجزئته ، وله اعتباره دليلاً كاملاً ، أو مبداً ثبوت بالكتابة ، أو مجرد قرينة ، أو لا يأخذ به اصلاً (٤) .

(١) الحكم السابق .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٢١ - ٢٣ - ٤٣٩ ونقض ١٩٧٢/٥/١٣ - ٢٣ - ٩٠٥ ونقض ١٩٧٣/١/٦ - ٢٤ - ٤٠ ونقض ١٩٧٩/٢/١٣ رقم ٥٦٦ سنة ٤٢ ق .

(٣) نقض ١٩٦٧/١١/٢ - ١٨ - ١٥٩٩ .

(٤) نقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٤١ - ويراجع على وجه العموم نقض ١٩٧٩/٢/١٣ رقم ٥٦٦ سنة ٤٢ ق ونقض ١٩٧٨/٦/٢٧ رقم ٢٣٩ سنة ٤٥ ق ونقض ١٩٧٨/٦/٢٠ رقم ٣٤٢ سنة ٤٢ ق .

وقضت بأن تقدير ما اذا كانت الورقة تعتبر مبدءاً ثبوت بالكتابة ، من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، ولا تجوز اثباتها في النقض (١) . وقضت بأن استناد الخصم الى أن ورقة ما هي مبدءاً ثبوت بالكتابة هو دفاع جوهري يترتب على اغفاله قصور في الحكم (٢) .

(٨) لا تلتزم المحكمة ببحث كل القرائن غير القانونية التي يستند اليها الخصم من طريق الاستنباط (٣) .

(٩) لا تلتزم المحكمة بتعقب كل حجة للخصوم طالما أن الحقيقة التي استخلصتها فيها الرد الضمني لكل حجة مخالفة ، وحسبها أن تقيم حكمها على ما يصلح من الادلة لحمله (٤) .

(١٠) لا تلتزم المحكمة بالرد على دفاع غير منتج في الدعوى (٥) وقضت محكمة النقض بأن محكمة الموضوع لا تلتزم في الحكم بذكر جميع أقوال الشهود ، وتكفي الإشارة الى ما ورد بها بما ينبىء عن مراجعتها ، واطراح ما لا تطمئن اليه من هذه الاقوال (٦) .

-
- (١) نقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٤٩ ونقض ١٩٧٣/٥/٢٢ - ٢٤ - ٧٩٩ ونقض ١٩٧٣/٢/٢٧ - ٢٤ - ٣٤٢ .
 (٢) نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ - ٢٤ - ٧٩٩ .
 (٣) نقض ١٩٧٢/٦/٢١ - ٢٣ - ١١٤٢ ونقض ١٩٧٢/١٢/٩ - ٢٣ - ١٣٤٧ .
 (٤) نقض ١٩٧٢/٢/٢٣ - ٢٣ - ٢٢٧ ونقض ١٩٧٢/٣/٢٨ - ٢٣ - ٤٣٣ ونقض ١٩٧٢/٣/٢٢ - ٢٣ - ٤٤٧ ونقض ١٩٧٢/٤/٦ - ٢٣ - ٦٥٧ ونقض ١٩٧٢/٥/٢٤ - ٢٣ - ١٠٠٣ ونقض ١٩٧٢/١٢/٩ - ٢٣ - ١٣٤٧ ونقض ١٩٧٤/١/١٠ - ٢٥ - ١٣٩ ونقض ١٩٧٤/١١/٢٦ - ٢٥ - ١٢٦٠ ونقض ١٩٧٤/٤/٢٩ - ٢٥ - ٧٧٣ ونقض ١٩٧٤/١/١ - ٢٥ - ٩٢ ونقض ١٩٧٤/٣/٦ - ٢٥ - ٤٧٩ ونقض ١٩٧٤/٣/٢٦ - ٢٥ - ٥٤٨ ونقض ١٩٧٤/٢/٢٧ - ٢٥ - ٤٣٩ ونقض ١٩٧٤/١٢/١٠ - ٢٥ - ١٣٨٣ ونقض ١٩٧٥/١/٢٤ - ٢٦ - ٢٧٤ .
 (٥) نقض ١٩٧٢/٢/١٧ - ٢٣ - ٢١١ .
 (٦) نقض ١٩٧٣/١/١١ - ٢٤ - ٦٢ ونقض ١٩٧٨/٤/١١ الطعن رقم ٦٦ سنة ٤٤ ق .

(١١) تقدير صدق الاعذار التي يبدئها الخصم الذي لم يدفع الامانة ومدى جديتها متروك لمحكمة الموضوع دون معقب (١) .

(١٢) امتناع الخصم المكلف بدفع الامانة عن دفعها يسقط حقه في التمسك بالحكم بنذب الخبير (٢) .

(١٣) احالة الدعوى على التحقيق لا يحول دون اسناد المحكمة عند الفصل في الموضوع على ما احتوته الاوراق من مستندات كانت مقدمة من قبل ، ولم تستبعدا المحكمة (٣) .

(١٤) الموازنة بين أقوال شهود الاثبات وشهود النفي من سلطة محكمة الموضوع ، بشرط أن يكون ما اطمأنت اليه من أقوال مستمد من أصل ثابت في الاوراق ، وبشرط أن يكون اطمئنانها الى الدليل بأسباب سائغة (٤) . ولمحكمة الاستئناف تقدير أقوال الشهود بما يخالف محكمة الدرجة الاولى دون بيان أسباب ذلك ، وحسبها اقامة قضائها على ما يحمله (٥) .

(١٥) لا يجوز اقامة قضاء الحكم على واقعة مستخلصة من مصدر لا وجود له (٦) .

(١٦) تعتبر محاضر أعمال الخبير مطروحة على المحكمة ، فاذا اشتملت على دفاع ل أحد الخصوم وجب على الحكم الرد على الدفاع الجوهري منه (٧) .

(١) نقض ١٩٧٢/١٢/٩ - ٢٣ - ١٣٤٧ .

(٢) الحكم السابق .

(٣) نقض ١٩٧٨/١١/١٨ رقم ٣٦ سنة ٤٨ ق .

(٤) نقض ١٩٧٩/٢/٢٤ رقم ١٩٣ سنة ٤٦ ق .

(٥) نقض ١٩٧٩/٥/٢٤ - ٨٦٨ سنة ٤٦ ق .

(٦) نقض ١٩٧٩/٤/٢١ رقم ١٢٧٢ سنة ٤٧ ق .

(٧) نقض ١٩٧٩/١/١٠ رقم ٨٦٦ سنة ٤٦ ق - كان دفاع المستأجر بمحضر أعمال الخبير أن المؤجر قبل وجه استعماله للعين بسكوته عليه مدة طويلة .

(١٧) يجوز التمسك بأدلة وقرائن جديدة لأول مرة في الاستئناف ، وعدم التحدى بها أمام محكمة الدرجة الاولى لا يدل بذاته على عدم جدية الدفاع (١) .

(١٨) لما كان عبء الاثبات على المدعى ، يكون عليه أن يتمسك بطلب استكمال مبدأ ثبوت بالكتابة بشهادة الشهود أو بالقرائن ، فلا تريب على المحكمة ان هى لم تعمل هذا المبدأ (٢) .

٩٦ - ٤ - الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التى لم تعتمد المحكمة عليها فى حكمها :

ليس يكفى أن يحترم قاضى الدعوى قواعد الانبات الموضوعية وقواعدها الاجرائية ، وأن يعمل منطقاً سليماً فى استخلاص الوقائع التى يعتمد عليها فى حكمه ، بل عليه أيضاً - حتى يصدر حكمه ناطقاً بعدالته - أن يجيب على أوجه دفاع الخصوم الجوهرية ، ويجيب على ما تنطق به مستنداتهم وأوراقهم الهامة التى لم يعتمد عليها ، والا اعتبر حكمه باطلاً . وكثيراً ما تذكر فى الحكم أسباب وحجج عامة تصلح فى الرد على جميع ما قدمه الخصوم من أدلة وقرائن .

وعند الطعن فى الحكم ، يتعين على محكمة الطعن أن تستعرض أسباب الحكم وأسباب الطعن وما تقدم به الخصوم من أدلة وقرائن فى الخصومة التى انتهت بصدر الحكم المطعون فيه وفى الخصومة القائمة أمامها (٣) ، ويتعين عليها ألا تغفل أوجه الدفاع الجوهرية .

وإذا أيدت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الاولى ، جاز لها أن تضيف أسباباً جديدة الى أسبابه فيما لا يتعارض معها ، وجاز لها

(١) فمن الجائز التحدى لأول مرة فى الاستئناف بالقرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى - نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ رقم ٨٥٥ سنة ٤٥ ق .

(٢) نقض ٧٩/٤/١١ رقم ١٢٠٥ سنة ٤٨ ق .

(٣) فى الحدود الجائزة فى التشريع .

أن تهدر تلك الاسباب وتستحدث أسبابا جديدة ، وجاز لها أن تؤيده بأسبابه .

وإذا ألفت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الاولى أو شقا منه ، وجب عليها الرد على اسباب الحكم الملغى ، كما يجب عليها أن تبني حكمها في الاستئناف ما يؤيده من الاسباب .

وغنى عن البيان أن اغفال الفصل في طلب موضوعي ، يجيز لصاحب المصلحة الالتجاء الى المحكمة بالاجراءات المعتادة لنظر الطلب والفصل فيه ، بشرط أن يكون الاغفال كليا والطلب طلبا موضوعيا عملا بالمادة ١٩٣ (١) .

أما اغفال الفصل في دفع ما (٢) ، فإنه يشف عن رفضه بصورة ضمنية ، ويشترط أن تشتمل أسباب الحكم على ما يبرر القضاء الضمى في الدفع ، والا اعتبر الحكم فيه باطلا ، وأعتبر الحكم في الموضوع مبنيا على اجراء باطل ، اذا كان بالفعل مبنيا عليه .

واذن ، الدفاع الجوهرى يستوجب من المحكمة :

(١) الرد عليه ، وفقا لما سوف نراه ، وإذا كان واردا في حكم مطعون عليه ، وجب أيضا على محكمة الطعن الرد عليه .

(٢) تمكين الخصوم من الرد عليه ، فاذا ورد في المذكرة الختامية لخصم قدمها في اليوم الاخير للاجل المحدد لتقديم المذكرات ، وجب على المحكمة فتح باب المرافعة من تلقاء نفسها لتمكين الخصم الآخر من الرد على هذا الدفاع الجوهرى ، والا تكون قد أخذت بمبدأ المواجهة بين الخصوم (٣) .

وإذا ورد الدفاع الجوهرى في مذكرة قدمت بعد اغفال باب المرافعة

(١) كتاب المرافعات رقم ١٧٢ .

(٢) أو في طلب تابع ، كطلب شمول الحكم بالنفاذ المعجل ، أو طلب تنفيذه بمقتضى مدته - يراجع كتاب التنفيذ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ رقم ٨٠٥ سنة ٤٤ ق مشار الى ملخصه في رقم ٣٤ م .

في الدعوى ، فان عدالة التقاضى تستوجب عليها فتح باب المرافعة ، لبحث هذا الدفاع من ناحية ، ولتمكين الخصم الآخر من الرد عليه ، من ناحية أخرى .

وفيما يلي دراسة تفصيلية لما تعلق بالاجابة على أدلة الخصوم الجهورية أمام محكمة الدرجة الاولى أو في الطعن .

٩٧ - ضابط التفرقة بين الدفاع أو الدليل الجوهري وغير الجوهري:

ليس هناك بطبيعة الحال ضابط قانونى في هذا الصدد ، وانما الضابط هو موضوعى بحث وعملى ، فكلما نهض الدفاع أو نطق الدليل أو المستند بأمر لا يتمشى مع ما صدر به الحكم أو مع ما بنى عليه ، ولم يشتمل على ما يصلح اجابة (صريحة أو ضمنية ، كلية أو جزئية ، عامة أو خاصة) على هذا أو ذاك ، كان الحكم قاصراً قصوراً يستوجب بطلانه . اما اذا كان دفاع الخصم أو دليله لا يغير من وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوته فانه لا تثريب على المحكمة ان هى أغفلته .

وكثيراً ما يكون اتجاه المحكمة في حكمها الى نحو معين ، اجابة ضمنية على كل ما يخالف حكمها من اقوال أو مما تشفه المستندات أو القرائن .

ويختلف الدفاع الجوهري من دعوى الى أخرى ، بحسب نوعها ، وظروفها ، ومدى ما يتطلبه القانون من الوقائع حتى يستجيب القاضى لما يتمسك به الخصم . فمثلاً اذا تمسك المدعى عليه باسقاط الخصومة بسببه وقف السير فيها بفعل المدعى مدة سنة عملاً بالمادة ١٣٤ ، وتمسك المدعى بأنه اتخذ اجزاء ما قطع به مدة السقوط ، فان هذا الدفاع يعتبر جوهرياً يغير به وجه الحكم في الدعوى . وانما اذا ثبت للمحكمة ان هذا الاجراء قد تم بعد انقضاء مدة السقوط ، فان هذا الدفاع لا تكون له اية قيمة ، لانه حتى بفرض صحته وثبوته ، لا يغير وجه الرأى في الدعوى .

٩٨ - اغفال الرد على دفاع جوهرى اذا ثبت فانه يغير وجه الراى فى الدعوى (١) ، أو اغفال الرد على مستند هام لم يختلف الخصوم لا على دلالته الظاهرة ولا على حجيته، أو رفض اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى.

حكم ، ترتيبا على ما تقدم ، بأن قاضى الدعوى لا يجوز له قانونا ان يطرح ما يقدم له تقديميا صحيحا من الادلة أو الاوراق المؤثرة فى حقوق الخصوم دون أن يورد فى حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فاذا هو سكت ، لغير علة ظاهرة فى حكمه ، عن بحث المستندات التى لم يختلف طرفا الخصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة ، فان حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولا يجديهِ أن يقال انه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فان سلطته فى تفسير المستندات ، وفى العدول من معناها الظاهر الى المعنى الذى يريد الاخذ به ليست سلطة مطلقة بل هى مقيدة بوجوب ايراد الاسباب التى يستند اليها فى ذلك (٢) .

وحكم بأنه متى كان الخصم قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصودا على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له ، والواقع على الأرض المجاورة ، وبالتالي فانه لا يتعدى الى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض ، ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهرى فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه (٣) .

وحكم بأنه - فى الدعوى بطلب عزل حارس على سيارة لانه خالف الحكم بتعيينه اذ انفرد بقبض بعض مبالغ من ايراد السيارة واستباحها لنفسه ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها - فى هذه الدعوى اذا قدم المدعون كشفا من الشركة المستغلة للسيارة تفيد قبض الحارس للمبالغ

(١) نقض ٧٣/١/٢٥ - ٢٤ - ٩٨ ونقض ١٧/٢/١٩٧٢ - ٢٣ - ٢٠٥ .

وراجع نقض ١٩٧٩/٣/٢٥ رقم ١١٥٨ سنة ٤٨ ق ونقض ٧/٣/١٩٧٩ رقم ٥٩٢ سنة ٤٣ ق ونقض ١٤/٢/١٩٧٩ رقم ٣١٥ سنة ٤٨ ق ونقض ١٩٧٩/٤/٤ رقم ١١٧ سنة ٤٦ ق .

(٢) نقض ١١ يولية ١٩٣٦ - القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية .

(٣) نقض ٢٠ مارس ١٩٥٢ - القضية رقم ٨٧ سنة ٢٠ قضائية .

المتقدمة ، فان الحكم الصادر فيها يكون باطلا ان هو قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها واطراح الدليل الذى اعتمد عليه المدعون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان(١) .

وحكم بأنه متى كان **المسعى عليه بالتزوير** قد طلب الى محكمة الموضوع اجراء مضاهاة بين خط الورقة المطعون فيها بالتزوير وبين خط خصم آخر فى ايصالات قدمها وذلك الى جانب طلبه التحقيق لاثبات تسلمه الورقة المذكورة بحالتها من هذا الخصم باعتبار أنه وكيل دائرة الطاعن بالتزوير ، وكانت المحكمة اذ قدرت أن أقوال الشهود لم تقطع فيما أجرى التحقيق بشأنه ، لم تستجب الى طلب المضاهاة ، ولم ترد عليه فى حكمها ، فان الحكم يكون قد أغفل عنصرا هاما من عناصر دفاع جوهرى مما يكون من شأنه لو ثبت أن الورقة محررة بخط ذلك الخصم أن يتغير وجه الراى فى الدعوى ويكون الحكم قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه(٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه لا وجه **لمسألة الناقل عن فقد بعض ما تولى نقله** الى أن يقوم الدليل المقنع على أن الفقد حصل يقينا أثناء النقل ، فاذا كان قد طالب بالتحقيق من ذلك ، وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهرى ولم يشير اليه ، فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه(٣) .

وقضت بأن **لدعوى الشفعة شروط خاصة** ، بخلاف الشروط العامة التى تنعقد بها الخصومة فى الدعوى ، فاذا كان أحد الخصوم فى دعوى الشفعة قد تمسك بعدم توافر شروط توجيهها اليه باعتبار أنه المشتري الثانى وأنه سجل عقده قبل تسجيل اجراءات دعوى الشفعة الموجهة الى المشتري الاول ، ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بأى رد ، ولم يقيم قضاءه بجواز نظر دعوى الشفعة على أسباب مؤدية اليه ، فان الحكم يكون معيبا بالقصور المبطل له(٤) .

(١) نقض ٧ يونية ١٩٥١ - القضية رقم ٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ١٢ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٨٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣١٠ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) نقض ٢١ يونية ١٩٥٦ ، القضية رقم ١١٩ سنة ٢٣ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الخصم قد دفع لدى محكمة الدرجة الثانية بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، لانه لا يملك المنزل الذى يطالب المدعى بتعويض عن هدمه ، وكانت المحكمة قد أغفلت الرد على هذا الدفع مع ما له من أثر فى الفصل ، فان حكمها قد يكون شابه قصور يبطله (١) .

وقضت بأنه اذا كان الثابت أن الخصم قد تمسك بأنه دفع كامل ثمن البيع بموجب ايصالات قدمها الى المحكمة ، فان حكمها يكون مثنوباً بالقصور أن هو لم يحقق هذا الدفاع (٢) .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن الى المطعون عليه الاول اقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المظعون فيه كياناً حقيقياً ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد ، هو أنه ليس بيعاً كظاهر نصوصه ، وإنما هو رهن مستتر للاطيان المبينة فيه تأميناً لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الاول مما يفيد أن الطاعن إنما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة ، فان هذا الحكم يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وشابه القصور (٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان بين من الاوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطالعات المشار اليها فى طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المظل والنور والهواء لانها مفتوحة على ارض قضاء ومتروكة على سبيل التسامح وأن التسامح لا يكسب حقاً ، وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الراى فى الدعوى ، وكان الحكم

-
- (١) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٧٣ سنة ٢١ قضائية .
يبدو أن الاوفق ، فى القضية المتقدمة ، أن يعد الحكم فى الموضوع مبنيًا على قضاء ضمنى غير مسبب برفض الدفع ، أى يعد مبنيًا على اجراءات باطلة .
- (٢) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ - القضية رقم ٤٢٧ سنة ٢١ قضائية .
- (٣) نقض ١١ مارس ١٩٥٤ - القضية رقم ٧٩ سنة ٢١ قضائية ،
وانظر أيضا نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٥٨ سنة ١٢ قضائية .

خلوا من التحدث عنه ، فانه يكون قد شابه قصور يبطئله في هذا الخصوص (١) .

وقضت بأنه متى كان يبين من الاوراق المقدمة أن الطاعنة تمسكت في جميع مراحل دعوى اثبات التعاقد المرفوعة منها أنها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المادة الطويلة المكسبة للملكية ، وبأن تحرير عقد بيع من نفس البائعة الى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامها بتسجيل عقدهما لا يؤثر على التمسك بوضع اليد ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلوا من التحدث عن هذا الدفاع ، وهو دفاع جوهرى له اثره لو صح في تغير وجه الراى في الدعوى ، فان هذا الحكم يكون قد عاره قصوره بطله ، مما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (٢) .

وقضت بأن الحكم يكون قاصرا اذا تمسك خصم بان الاتفاق - محل النزاع - معلق على شرط واقف لم يتحقق ، وأغفل الحكم هذا الدفاع الجوهرى ولم يجب عليه (٣) .

وقضت بأنه في الدعوى بنزع الملكية للمنفعة العامة اذا طلبت الحكومة أن يراعى في تقدير التعويض ما عاد من فائدة على باقى الارض بسبب المشروع الذى نزع من أجله الملكية ، فانه يكون لزاما على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع الجوهرى ، والا كان حكمها مشوبا بالقصور

(١) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٢٨٧ سنة ٢٠ قضائية ، كذلك الحال اذا تمسك مدعى الملكية بتملكه العقار بوضع اليد ، وطالب بإحالة الدعوى الى التحقيق فلم تجبه المحكمة الى طلبه ، اذ لا تناقض بين التمسك بعقده تملك ووضع اليد في ذات الوقت - نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٨٠ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ١٦ ابريل ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٣٤ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر ايضا نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٢٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٧ ابريل ١٩٥٢ - القضية رقم ١٤٠ سنة ٢٠ قضائية .

واجبا نقضه (١) .

وقضت بأنه اذا طلب ممول. احترام وتنفيذ اتفاق تم بينه وبين مصلحة الضرائب بشأن تعديل تقدير أرباحه ، كان من المتعين على المحكمة البحث في وجود هذا الاتفاق او عدم وجوده (٢) .

وقضت بأن تزوير المحرر كما يكون بنقليد الإمضاء قد يكون أيضا بتغير عبارته . واذن متى كان الواقع في الدعوى هو ان الطاعن ارتكن على الامرين معا فمن واجب المحكمة الاجابة عليهما معا والا كان حكمها باطلا (٣) .

وقضت بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك في دفاعه بأنه ، ان جاز اتخاذ قرينة ضده من ورقة هي من صنع خصمه ، فان الاسم الوارد في هذه الورقة لا يتفق مع اسمه هو ، وكان الحكم الذي اعتمد على هذه الورقة لم يرد على هذا الدفاع مع اهميته فانه يكون قاصرا (٤) .

وقضت بأنه اذا دفع أحد الخصوم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، وتمسك في تأييده بوجه مؤثرة ، ولم ترد المحكمة عليها بما يوضح حقيقة الامر فان حكمها يكون باطلا (٥) .

وقضت بأن رفض اثبات واقعة جوهرية في الدعوى يستوجب نقض الحكم (٦) .

-
- (١) نقض ٢٩ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٧٨ سنة ١٩ قضائية .
 - (٢) نقض ٦ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١١٥ سنة ١٩ قضائية .
 - (٣) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ - القضية رقم ١٦٠ سنة ١٩ قضائية .
 - (٤) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية . وانظر أيضا نقض أول يولية ١٩٥٠ - القضية رقم ١٥١ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٧ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ١٠ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ٦٣ سنة ١٩ قضائية .
 - (٥) نقض ٢٣ مارس ١٩٥٠ - القضية رقم ١٤١ سنة ١٨ قضائية .
 - (٦) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ١٤٢ سنة ١٩ قضائية .

وقضت محكمة النقض بأن بطلان أوراق التكليف بإحضور لعيب في إعلانها لا يتعلق بالنظام العام على ما يستفاد من المادة ١١٤ ، واذ كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه ومن الصورة الرسمية لمذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة الاستئناف ، أنه تمسك بأن حضور محام عن المطعون عليه في أول جلسة حددت لنظر الاستئناف يزيل العيب الذي لحق إعلان صحيفة الاستئناف في مكتب محام - كان وكيلًا عنه أمام محكمة أول درجة ولم يتخذ مكتبه محلاً مختاراً لهم في ورقة إعلان الحكم الابتدائي - وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يترتب على الأخذ به تغيير وجه الفصل في الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف ، فإنه يكون قد عاره قصور في التسبب يستوجب نقضه (١) .

وقضت بأنه لما كان نص المادة ١٤٧/٢ مدنى يستلزم في الارهاق الذى يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء **الحادث الطارىء** - أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة فان الخسارة المألوفة في التعامل لا يعتد بها فاذا كان الحكم المطعون فيه اذ قضى بتخفيض ثمن الاطيان البيعة ، لم يلق بالا الى ما دفع به الطاعن من أن هبوط أسعار الاطيان الزراعية موضوع الطعن لا يجعل التزام المدين مرهقا ومهددا بخسارة فادحة ، بل يعتبر من قبيل الخسارة المألوفة والتفاوت المعتاد في الاسعار ، فإنه يكون قد أففل البحث في دفاع جوهرى لو ثبت لتغير به وجه الراى فى الدعوى ، ويكون الحكم قد شاب البطلان لقصور أسبابه بما يستوجب نقضه (٢) .

وقضت بأن **الضرر وكن من أركان المسؤولية** ، وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء بالتمويض تبعاً لذلك . فاذا كان الطاعن (رب العمل) قد تمسك في دفاعه بأن المطعون عليه (العامل) لم يلحقه ضرر من جراء فصله

== سوف ندرس هذا الموضوع دراسة تفصيلية عند معالجة مدى الزام المحكمة باجابة طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما .

(١) نقض ٢٣ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٥٣ وراجع أيضا نقض ٢٠ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٢٧ .

(٢) نقض ٢١ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٤٧ .

اياه من العمل وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر فان الحكم المطعون فيه اذ التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه والرد عليه مع انه دفاع جوهري يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الراى فى الدعوى يكون مشوباً بقصور يبطله (١) .

وقضت أيضاً بأن اغفال الدفاع المؤسس على اكتساب الحق المرفوعة بشأنه الدعوى بمضى المدة الطويلة ، او على سقوط الحق فى التعويض بالتقادم ، يعد اغفالا لدفاع جوهري يترتب على القصور فى الرد عليه بطلان الحكم (٢) .

كذلك قضت بأن اغفال الدفاع المؤسس على تحديد حقيقة العلاقة القانونية بين طرفى الخصومة حتى يمكن تحديد شكل الاستئناف ، وما اذا كان صحيحاً او غير صحيح ، يعد اغفالا لدفاع جوهري يسبب القصور فى التسمييب (٣) .

وقضت - فى دعوى اخلاء المستأجر لتأجيره العين مفروشة من الباطن انه اذا تمسك المستأجر بحقه فى التأجير مفروشا للاجانب طبقاً للمادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فان اغفال الحكم الرد على هذا الدفاع يعد قصوراً (٤) .

وقضت بأن اغفال الحكم الدفع بعدم دستورية قانون ما يعد خطأ فى تطبيق القانون (٥) .

(١) نقض ٣٠ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٧١٦ .

(٢) نقض ٢٥ أكتوبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٣٩ ونقض ١٤ ديسمبر ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٧٩١ .

(٣) نقض ٢٣ فبراير ١٩٦١ السنة ١٢ ص ١٦١ - وراجع نقض ٢٧ أبريل ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٤١٦ .

(٤) نقض ٨/١١/١٩٧٨ الطعن رقم ٦٧٥ سنة ٤٦ ق .

(٥) نقض ١٩/١٢/١٩٧٨ رقم ٤١٧ سنة ٤٥ ق .

وقضت بأن **الدفاع الجوهري هو المنتج في الدعوى** ، وعندئذ تلتزم المحكمة بتحقيقه والرد عليه (١) .

وقضت بأن **عدم التحدى أمام محكمة الدرجة الاولى بالقرينة القانونية** في المادة ٩١٧ مدنى - والتمسك بها لأول مرة في الاستئناف - لا يدل بذاته **على عدم جدية الدفاع (٢)** .

وقضت بأنه اذا أقامت محكمة الدرجة الاولى قضاءها على دفاع **المدعى عليه الاصلى** ، دون بحث لدفاعه الاحتياطى ، فانه يتمين على محكمة الدرجة الثانية الفصل في جميع أوجه الدفاع الاصلية والاحتياطية، دون أن تلتزم باعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى بعد الفائتها للحكم الابتدائى للفصل في الدفاع الاحتياطى - اللهم الا اذا كان قضاء محكمة الدرجة الاولى في دفع شكلى لم تستنفد به ولايتها (٣) .

وقضت بأن الحكم باعتبار الطاعن عاجز عن اثبات دفاعه بتمسك عين النزاع بالتقادم الطويل وخلو الحكم مما يصلح ردا على طلبه الاحالة الى التحقيق لاثبات هذا الدفاع خطأ وقصور (٤) .

وقضت بأن عدم بحث الحكم أمر مطابقة الاجرة المحددة بعقد **الايجار** من الباطن وعدم مطابقتها للقانون لاثبات أو نفى الفلظ في تحديدها يعد قصورا ... (٥) .

وقضت بأن عدم تعيين الدليل الذى بنت عليه المحكمة اقتناعها يعد قصورا **مبطلا للحكم (٦)** .

(١) نقض ١٩٧٨/٣/٢١ رقم ٧٧٦ سنة ٤٤ ق .

(٢) نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ الطعن رقم ٨٥٥ سنة ٤٤ ق .

(٣) نقض ١٩٧٨/١٠/٣٠ الطعن رقم ١٩٢١ سنة ٤٧ ق .

(٤) نقض ١٩٧٣/١١/٢٠ - ٢٤ - ١١١٤ .

(٥) نقض ١٩٧٤/٣/١٢ - ٢٥ - ٤٨٨ .

(٦) نقض ١٩٧٤/٥/١١ - ٢٥ - ٨٥٤ .

وقضت بأن اكتفاء الحكم بسرد تصرفات المحجور عليه دون بيان الوقائع التى تشف عن قيام حالة السفه أو الغفلة استنادا الى اقوال المحجور عليه بالتحقيقات دون ايراد هذه الاقوال وبيان دلالتها يعد قصورا... (١) .

وقضت بأن اعتبار الحكم ان السيارات من اللوازم الاولى للجمهور فى هذا المجتمع دون أسباب سائفة ، وترتيبه على ذلك ان الاعلان الموجه من الشركة محتكرة انتاجها ايجابا بالبيع وان طلب الحجز قبولا قائم به عقد اذعان .. وحجب الحكم نفسه عن بحث دفاع الشركة من ان اعلانها مجرد دعوة الى التعاقد وان طلب الحجز ايجاب ، وما اذا كان هذا الايجاب صادفه قبول انعقد به عقد بيع السيارة أم لم ينعقد ... الخ يعد قصورا (٢) .

٩٩ - التجاوز عن اغفال دفاع جوهرى ، أو عن عدم الاجابة على مستند غير هام ، أو طلب الاحالة على التحقيق (٣) أو نذب خبير متى كان كل هذا لا يغير وجه الدعوى ، ولو مع ثبوت الدليل المستخلص منه :

القاعدة أنه لا تشرب على المحكمة ان هى اغفلت دفاعا غير جوهرى ، أو لم تجب على مستند غير هام ، أو لم تجب طلب الخصم الاحالة على التحقيق ، متى كان كل هذا لا يؤثر فيما تقضى فيه ، ولا يغير وجه الدعوى ، ولو مع افتراض ثبوت الدليل المستخلص مما تقدم .

وترتيبيا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن النعى على الحكم بالقصور لعدم رده على خطاب صادر من مدير مصلحة الاملاك الى وزير المالية يشير فيه الى ان الاطيان موضوع النزاع قد بيعت الى أشخاص آخرين ، ويبدى رغبته فى تعويض مدعى ملكيتها باطيان أخرى مقابل ثمن منخفض ، هو نعى غير منتج ، متى كان لم يقدم ما يدل على أن الوزير - صاحب الشأن وحده فى قبول هذه الرغبة - قد وافق عليها (٤) .

(١) نقض ٢٧/٣/١٩٧٤ - ٢٥ - ٥٩٣ .

(٢) نقض ١٢/٣/١٩٧٤ - ٢٥ - ٤٩٢ .

(٣) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٦ سنة ٢٣ قضائية .

(٤) نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٣٣ سنة ٢١ قضائية .

وقضت بأنه متى كانت المحكمة ، بعد أن حصلت **دفاع الطاعنين - الشفعة** - ومؤداه أنهم كانوا يجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة، فندت هذا الوجه من الدفاع بالادلة السائفة التي أوردتها ، فان هذا منها لا يعتبر تكييفاً للدعوى مخالفاً للتكييف الذي ارتضاه طرفاها ، بل هو قيام منها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها من وجوه الدفاع الجوهرية، وهى إذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالمبيع كان شاملاً لكافة البيانات التى أوجبها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعمال حق الشفعة فى الميعاد القانونى ، وأنهم رغم هذا العلم لم يبدأوا فيها إلا بعد فوات الاجل المحدد قانوناً ، وربت على ذلك سقوط حقهم فى الشفعة ، فانها بذلك لا تكون قد خالفت القانون ، أو جاوزت نطاق الخصومة المطروحة عليها (١) .

وقضت بأنه متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة استخلصت من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن عقد البيع الصادر للمطعون عليهما **الاولين هو عقد جدى** ، فيكون ما ينهيه الطاعن على هذا الحكم من أن المحكمة لم تبحث دفعه بصورة عقد المطعون عليهما الاولين هو نعى فى غير محله (٢) .

وقضت بأنه بحسب المحكمة أن تبين فى حكمها الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها ، وهى بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم فى متاحي أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم (٣) .

وقضت بأنه إذا **انكر خصم التوقيع على محرر** ، ولم يكن لهذا الإنكار

(١) نقض ٥ أبريل ١٩٥١ - القضية رقم ٥٢ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ يناير ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٠٥ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٨ يناير ٥١ - رقم ٣٤ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ ، ٣٧ سنة ٢٠ قضائية .

من أثر في سير الدعوى - أى لا يتغير به وجه الحكم في الدعوى - فانه يعتبر دفاعا غير جوهرى ، ولا تثريب على المحكمة ان هى اغفلته (١) .

وقضت بأنه ما دامت المحكمة قد عنيت في حكمها بتمحيص الوقائع الجوهرية التى تعرض لها الخصوم في صدد صحة السند محل الدعوى أو تزويره ، وناقشت الأدلة على ذلك من تقارير خبراء الى تقارير الخصوم من كنه السند ، وماهيته والغرض منه ، وانتهت من كل هذا الى نتيجة استخلصتها من أسباب مؤدية اليها ، فلا يعيب حكمها سكوتها عن أوراق مقدمة من المتمسك بالسند ليس من شأنها أن تؤثر في الحقيقة التى اقتنعت بها (٢) .

وقضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اجابة الخصوم الى طلب احالة الدعوى الى التحقيق أو رفضه متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التى استندت اليها ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وكانت الأسباب التى أوردتها سائغة وتؤدى الى ما انتهت اليه ، أو كان التحقيق غير مجد في الفصل في الدعوى (٣) .

وقضت بأن ندب خبير في الدعوى هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الرخص المخولة للقاضى الموضوع وله وحده تقدير لزوم هذا الاجراء أو عدم لزومه ولا معقب عليه في ذلك ، متى كان رفضه اجابة هذا

(١) مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الاولى - القاعدة رقم ١١٣ ص ٤٤٠ .

(٢) نقض أول يونية ١٩٥٠ - القضية رقم ١٧٥ سنة ١٨ - قضائية .

(٣) نقض ١٦ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٠٤ ونقض ١٤ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٣١٣ ونقض ٢٤ مايو ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٦٧٦ و ٢٥ يونيو ١٩٥٩ و ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ السنة ١٠ رقم ٧٦ و ٨٦ - ٢٢ أكتوبر ١٩٥٩ السنة ١٠ رقم ٨٨ ونقض ١٧ مارس ١٩٦٠ السنة ١١ رقم ١٠ ونقض ٧ ديسمبر ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٧٥٢ .

ونقض ٢٨ يناير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٩٥ . ونقض ١٧ مارس ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٢٣٢ .

الطلب قائما على أسباب مبررة له ، ومن ثم فلا تثريب على المحكمة اذا
هى لم تر مجالا لندب خبير بعد أن ثبت لها أن عناصر تقدير أرباح الممول
والاسس التى بنى عليها تقدير وعاء الضريبة سليمة وعادلة (١) .

وقضت محكمة النقض بأن قاضى الموضوع حر فى استنباط القرائن
التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والاوراق المقدمة فيها ، ولا شأن لمحكمة
النقض معه فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائفا ، وانه وان كانت
المادة ٢٠ من قانون الاثبات تجيز للخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم
خصمه أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده اذا توافرت احدى
الاحوال الواردة فيها ، الا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقا باوجه
الاثبات متروك لقاضى الموضوع ، وللمحكمة الموضوع بما لها من سلطة
التقدير أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية (١٧م من القانون التجارى)،
أو الاجالة على التحقيق متى كانت قد كونت عقيدتها فى الدعوى من الادلة
التي اطمأنت اليها (٢) .

وقضت بأن المحكمة غير ملزمة باجابة طلب تعيين خبير مرجح متى
كانت قد وجدت فى تقرير الخبير المنتدب وفى أوراق الدعوى وعناصرها
الاخري ما يكفى لاقتناعها بالرأى الذى انتهت اليه (٣) .

وقضت بأن طلب الانتقال الى محل النزاع لمعينته هو من الرخص
القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها أن هى لم تستجب الى ذلك متى وجدت
فى أوراق الدعوى ما يكفى لاقتناعها بالفصل فيها (٤) .

٩٩ مكررا - تقدير مبدأ الثبوت بالكتابة يخضع لاجتهاد المحكمة :

القاعدة أن تقدير ما اذا كانت الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت

(١) نقض ٢١ فبراير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٢٨٥ ونقض ٢٨ مارس
١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٩٨ .

(٢) نقض ٩ مارس ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٢١٢ .

(٣) نقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٥٤٤ .

(٤) نقض ٢٥ فبراير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ١٨٤ .

بالكتابة من شأنها أن تجعل الأمر المراد اثباته قريب الاحتمال ، أو الا
تجعله ، هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع متى أقام
قضائه على استخلاص سائغ (١) .

٢٠٠ - لا تشرىب على المحكمة أن أفقلت دفاعا عدل عنه الخصم ،
صراحة أو ضمنا ، أو لم يدل الخصم به على وجه الإطلاق أمام محكمة
الموضوع ، وتمسك به لأول مرة في النقض :

فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بما نص عليه في عقد البيع المقول
بصدوره من مورث الخصوم الى والده الطاعن في فترة مرض موته من دفع
الثلث قد استند الى ما تبينه من مجموع التحقيقات وظروف الدعوى
وملابساتها ، وكان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه تحدى لدى محكمة
الموضوع بأنه دفع مقابلا لما اشتراه ، فان ماينماه عليه الطاعن من بطلان
لاستناده الى وقائع لا تتفق مع الاوراق المقدمة في الدعوى ، ولا تؤدي الى
ما انتهى اليه فيها يكون في غير محله (٢) .

وقضت محكمة النقض بأن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون،
استنادا الى أنه اذ قضى لاحدى المدعيات بابطال العقد في حين أنه سبق أن
قطبي بابطال المرافعة (٣) بالنسبة لها يكون قد قضى لمصلحة شخص غير
ممثل في الدعوى ، وهذا النعى لا تقبل اثاره لأول مرة أمام محكمة
النقض (٤) .

وقضت بأنه متى كان الثابت من اوراق الدعوى أن ما دفع به

(١) نقض ٩ مارس ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٢١٢ ونقض ٨ ديسمبر
١٩٦٠ السنة ١١ ص ٦٣٥ ، ونقض ٩/٣/١٩٧٢ - ٢٣ - ٣٤٩ ونقض
١٩٧٣/٥/٢٢ - ٢٤ - ٧٩٩ .

(٢) نقض ٣ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

(٣) (٤) الحكم المتقدم - ابطال المرافعة ، في ظل القانون القديم ، هو
سقوطها ، واعتبارها كأن لم تكن بمقتضى حكم يصدر بناء على طلب المدعى
عليه لتخلف المدعى عن الحضور في الجلسة المحددة لظفر القضية التي
أقامها .

الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان في مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا الى محكمة الموضوع احالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع ، أو أنهم قدموا اليها دليلا عليه ، كما لم يقدموا ما يثبت أنهم افاروه لدى محكمة الاستئناف ، فانه لا يعيب الحكم المطعون فيه اغفاله الرد على هذا الدفاع الذي تخلى عنه الطاعنون (١) .

وقضت بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك في صحيفة استئنافه في خصوص مبلغ كان يطالبه به المطعون عليه الاول ، لاخلاله بالتزاماته بأنه في حقيقته تهويض لا يستحق الا بعد اعذاره وأنه لم يوجه اليه اعذارا ، وكان لم يتمسك بهذا الوجه من دفاعه في مذكرته الاخيرة امام محكمة الاستئناف ، وانما قال انه سدد هذا المبلغ الى المطعون عليه الاول ، فان في هذا ما يفيد تركه التمسك بالوجه المشار اليه ويكون النعى على الحكم بالقصور لعدم تناوله هذا الدفاع على غير أساس (٢) .

١٠١ - لا يلزم الرد - استقلالا - على كل ما قاله الخصوم ، خاصة اذا لم يتعلق بذات موضوع الدعوى أو كان يتطلب اتخاذ اجراءات خاصة للإدعاء به :

قضت محكمة النقض بأنه اذا انحصر النزاع بين الورثة في دعوى تثبيت الملكية في أن كلا منهم يتمسك بوضع يده على أرض النزاع المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وكان الحكم اذ قضى برفض الدعوى قد اقام قضاءه - لاسباب سائفة - على أن وضع يد أحد الورثة المتنازعين لم يقم عليه دليل مقنع ، فانه لا يفيد هذا الوارث التمسك امام محكمة النقض بإقراره عن تقسيم جميع اطيان الشركة بعد وفاة المورث الاصلى لم يتمسك هو به امام محكمة الموضوع ، كما لا يقيدده مطالبة باقي الورثة

(١) نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ - القضية رقم ٦٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٢٧ سنة ٢٠ قضائية - وانظر ايضا نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية - تشير اليه في الفقرة التالية . وانظر ايضا في تأييد المبدأ المذكور في الحكم نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٥٠ - القضية رقم ١٤ سنة ١٩ قضائية .

بتقديم عقد بيع صوري ادعوا بوجوده للتدليل على بقاء أرض النزاع على ملكية المورث الاصلى ولا التمسك بالاعلامات الشرعية الخاصة بالتوريث مما لا يخرج عن كونه جدلا موضوعيا فيما لا يرد على مقطع النزاع وهو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية (١) .

وقضت بأن المحكمة ليست في حاجة الى الرد استقلالا على كل ما يشيره الخصم متى كانت اسباب الحكم مؤدية الى ما انتهى اليه ، ولها اصلها الثابت بالاوراق (٢) .

وقضت بأنه اذا ادعى الخصم بوجود خصومة بينه وبين خبير الدعوى، ولم يتخذ الاجراءات القانونية لرد الخبير ، فلا تثريب على الحكم ان هو التفت عن هذا الادعاء (٣) .

وقضت بأن الطلب الذى تلتزم المحكمة ببيان سبب رفضه هو الطلب الصريح الحازم (٤) .

وقضت بأنه لما كان للخصم ان يدلى بجميع اوجه تاييد طلبه ، او اوجه دفاعه ، امام المحكمة سواء فى صحيفة دعواه ، ام فى مرافعته الشفوية ، او التحريرية ، وكان للمحكمة ان تقيم قضاءها على واحد من هذه الاوجه متى كان يكفى لحمل الحكم مطرحة باقى الاوجه ، فانه يكون فى غير محله ما ينعماه الطاعن على الحكم المطعون فيه من القصور فى التسبيب ، والاخلال بحقه فى الدفاع لاقامة قضائه على الدعامة التى ذكرها المطعون عليه فى مرافعته بالجلسة دون الدعامة الواودة فى صحيفة الدعوى (٥) .

وقضت ايضا انه بحسب المحكمة ان تبين فى حكمها الحقيقة التى

(١) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٩٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٣١/١٠/١٩٧٨ رقم ٨٤٩ سنة ٤٥ ق .

(٤) نقض ١١/١/١٩٦٨ - ١٩ - ٥٤ .

(٥) نقض ٧ مايو ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩٦ سنة ٢٠ قضائية .

لاقتنعت بها وأوردت دليلها ، وهى بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن يرد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم (١) .

وقضت بأنه متى اكتفت المحكمة فى تكوين عقيدتها بالأدلة المطروحة عليها فإن أفعالها الرد صراحة على طلب من الطلبات الاحتياطية لا يعيب الحكم (٢) .

١٠٢ - إلغاء الحكم المطعون فيه ، أو تعديله ، يقتضى الرد على أسبابه الجوهرية :

متى ألفت محكمة الطعن الحكم المطعون فيه وجب عليها الرد على أسباب الحكم الابتدائى ، فضلاً عن تسبيب قضائها بما يستقيم معه (٣) .

وقضت محكمة النقض - عملاً لما تقدم - بأنه إذا كان الحكم الابتدائى ، حين تحدث عن التحقيقات التى أجريت فى الدعوى ، قد بين أنها لا تؤدى الى إثبات دعوى المدعى ، ثم اعتبرها الحكم المطعون فيه مؤدية الى ذلك دون أن يبين ما ورد فيها مؤيداً لهذه الدعوى ومفنداً لما ذهب اليه الحكم الابتدائى بشأنها كان هذا الحكم قاصراً قصوراً يعيبه (٤) .

(١) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ ، و ٣٧ سنة ٢٠ قضائية ونقض ٣ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٢١ ونقض ٣ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٦٧ ونقض ٢٨ أبريل ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٣٥٠ و ١٩ مايو ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٤٠٦ ، ونقض ١/٣٠/١٩٧٣ - ٢٤ - ١٢٤ ، ونقض ١/١١/١٩٧٣ - ٢٤ - ٦٢ ونقض ٢/١٤/١٩٧٣ - ٢٤ - ٢٤٢ ونقض ٢/١٧/١٩٧٣ - ٢٤ - ١٦٥ .

(٢) نقض ٢٧ أكتوبر ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٥٣٥ .

(٣) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ٦٢ سنة ١٩ قضائية .

(٤) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية ونقض ٩ نوفمبر ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٠ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٥ يناير ١٩٥٦ رقم ٥٣٢ سنة ٢٢ ، وانظر أيضاً نقض ٧ يولية ١٩٥١ - القضية رقم ٦٦ سنة ٢٠ قضائية - تقدمت الإشارة اليه فقرة رقم ٩٨ .

وقضت بأنه اذا قررت محكمة الاستئناف أن النزاع بين الخصوم قد انحصر في أمرين وبنت حكمها على الفصل فيهما ، وكان الحكم المستأنف قد تناول عدة أمور أخرى جوهرية في مصير الدعوى غير هذين الأمرين ، فإنه يكون على محكمة الاستئناف - اذا قضت بإلغاء الحكم المستأنف أو تعديله - أن تبين أسباب مخالفتها له ، والا كان حكمها قاصر الأسباب متعينا نقضه (١) .

وقضت أيضا بوجوب تنفيذ محكمة الاستئناف لأسباب الحكم الابتدائي الذي ألغته - ولو كانت فيما قضت به قد أخذت بالوقائع التي رتب عليها الحكم الابتدائي قضاءه - بل أن هذا ادعى في إلزامها بالرد على أسبابه (٢) .

وقضت بأنه اذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية فقرر أن العقار تابع لملك خاص لا للاملاك العامة ، وأحال الدعوى الى التحقيق لأثبت تملك العقار بوضع اليد ، ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم ، واقتصرت أسبابها على ما تعلق بالحكم الصادر بإجراء التحقيق فإن حكمها يكون معيبا متعينا نقضه ، ولا يغنى القول بأن حكم الاستئناف يؤخذ منه أنه اعتبر ضمنا أرض النزاع من الاملاك الخاصة اذ المقام مقتضاه أن تتحدث المحكمة في صراحة عن تلك الأرض من جهة صفتها التي تناولها الاستئناف وتورد الأسباب المؤيدة لوجهة نظرها (٣) .

١٠٣ - لا تشريب على محكمة الظعن ان هي أغفلت الرد على سبب غير جوهري من أسباب الحكم المطعون فيه أو من أسباب الظعن :

يحسب محكمة الظعن أن تبين في حكمها أسباب ما قضت به وأسباب الفائتها للحكم المطعون فيه أو أسباب تعديله له ، وهي بعد غير ملزمة أن

(١) نقض ٢٧ ابريل ١٩٤٤ - القضية رقم ١ سنة ١٣ قضائية .

(٢) نقض ١٣ مايو ١٩٤٣ - القضية رقم ٧٨ سنة ١٢ قضائية .

(٣) نقض ٧ ديسمبر ١٩٣٩ - القضية رقم ٢١ سنة ٩ قضائية - مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ١٢ .

تتبع كل أسباب الحكم المطعون فيه ، وكل أسباب الطعن ، ومختلف حجج الطاعن والمطعون عليه ، وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثرت عند نظر الخصومة في الطعن (١) .

وترتبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف غير ملزمة بالرد على كل أسباب الحكم المستأنف ما دام قضاياها مبنيا على أساس سليم (٢) ، وخاصة اذا كانت أسباب الطاعن هي في حقيقتها تتعلق بدعوى أخرى قضت المحكمة بإعادتها الى محكمة الدرجة الاولى للسير فيها (٣) ، أو كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت في أسباب حكمها ردا ضمينيا مسبقا لبعض قرائن الخصوم التي أغفلت الرد عليها (٤) .

١٠٤ - الاحالة في تقدير الوقائع ، أو في التسبيب على وجه العموم على أسباب الحكم المطعون فيه - شروط هذه الاحالة :

قدمنا أن الاصل أن يكون كل حكم مستوفيا في ذاته جميع أسبابه ، ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر ، أن تحيل المحكمة في

(١) نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ - ٢٥ - ٥٧٥ ونقض ١٩٧٤/١٢/١١ - ٢٥ - ١٤١٧ .

(٢) نقض ٩ فبراير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٤٧ سنة ٢٢ قضائية - مجموعة أحكام النقض ٧ - ١ - ٢٠٥ .

(٣) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٢٠٠ سنة ٢٠ قضائية - مجموعة أحكام النقض ٤ - ١ - ٤٥ . وانظر أيضا في تأييد المبدأ المذكور في المتن نقض ١٩ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩٨ سنة ٢٠ - المجموعة ٤ - ٢ - ٦٨٧ ، ونقض ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٣٩ .

(٤) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ - القضية رقم ٧٨ سنة ١٨ قضائية - المجموعة ٢ - ١ - ٩ ، ونقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ - رقم ٧٣ سنة ١٩ المجموعة ٢ - ١ - ١٦٨ ، ونقض ٢ مارس ١٩٥٠ - رقم ١١٢ سنة ١٨ ، ونقض ٩ مارس ١٩٥٠ - رقم ١٢٢ سنة ١٨ ، ونقض ١٦ مارس ١٩٥٠ رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية وراجع أيضا نقض ١٩٧٣/٣/١٧ - ٢٤ - ٢٦٥ ونقض ١٩٧٢/٣/٢٢ - ٢٣ - ٤٦٢ ونقض ١٩٧٢/١٢/٢١ - ٢٣ - ١٤٥٠ ونقض ١٩٧٢/٦/٢٢ - ٢٣ - ١١٥٤ .

تسبب حكمها على ما جاء في اسباب حكم آخر سبق صدوره في نفس القضية (١) . ومن ثم يجوز لمحكمة المعارضة ، او للمحكمة الاستئنافية ، أن تحيل في تسبب حكمها على أسباب الحكم المطعون فيه (٢) .

ويشترط ما يأتى لأعمال الاحالة ولصحة الحكم الصادر معتمدا عليها :

(١) أن تقرر المحكمة هذه الاحالة بشرط التعريف على الحكم المحال عليه بذكر تاريخه وموضوعه ، وبعد تأييدها للحكم المطعون فيه أخذا بأسبابه نظرا للتلازم بين النتيجة ومقدماتها ، بشرط أن تقرر هذا التأيد بلفظه .

(٢) أن تكون الاسباب المحال عليها سائغة غير مشوبة بأى قصور . وإذا اعتمدت المحكمة الاستئنافية على بعض أسباب الحكم الابتدائى فلا يجوز النعى على الحكم الابتدائى فيما لم يأخذ به الحكم الاستئنائى المطعون فيه (٣) .

(٣) أن يكون الحكم المحال عليه قد صدر في نفس الدعوى وبين الخصوم أنفسهم (٤) . وأن يكون قد أودع ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها .

ويتجه الراى فى فرنسا الى جواز الاحالة على أسباب حكم صدر بين نفس خصوم الدعوى فى قضية أخرى متصلة بذات الموضوع (٥) .

(١) الفقرة رقم ٧٨ .

(٢) نقض ١٩٧٤/١/١٦ - ٢٥ - ١٦٤ ونقض ١٩٧٤/٦/١ - ٢٥ - ٩٥٧ ونقض ١٩٧٤/١١/٢١ - ٢٥ - ١٢٦٠ .

(٣) نقض ٨ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٨٤ .

(٤) فلا تجوز الاحالة على حكم صدر فى دعوى أخرى ولو كانت وقائعها والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق متشابهة مع تلك - نقض ٢٤ مايو ١٩١١ دالوز ١٤ - ١ - ٢٥١ ، ٢١ يونية ٢٢ - جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ .

(٥) نقض ٢٥ يولية ١٨٦٤ سبرى ٦٤ - ١ - ٤٥٢ ، ونقض ١٣ ابريل ١٨٩٢ سبرى ٩٦ - ١ - ٤٣٦ . وانظر نقض ٧ نوفمبر ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ٣ .

وتجوز الاحالة على ما جاء في حكم المحكمة بالشروط المتقدمة والتالية (١) ، أو على ما جاء بحكم تمهيدى اشتمل على قضاء قطعى (٢) (٣) .

(٤) أن يكون الحكم المحال عليه قائما لم يقض بالفائه ، صحيحا لم يتمسك خصم ببطلانه ، ومن باب أولى لم تبطله محكمة الطعن .

واذا عن للمحكمة الاعتماد على اسباب الحكم المطعون فيه - والذي حصل التمسك ببطلانه أمامها - وجب عليها أن تقضى بصحته صراحة أو ضمنا ، مع بيان أسباب ذلك .

(٥) ألا يدلى الخصوم أمام محكمة الطعن بسبب أو دليل أو مستند أو دفع أو دفاع جوهرى جديد تقتضى سلامة التسبيب الرد عليه ، ولا تكون أسباب الحكم المطعون فيه كافيا لبناء الحكم - الصادر فى الطعن - عليها . وفى هذه الحالة تجوز الاحالة بشرط الرد على الادلة الجديدة الجوهرية (٤) .

(٦) ألا تورد المحكمة من الاسباب الجديدة ما يتعارض مع أسباب الحكم المحال اليه أو ما يقوم على أساس آخر مما يشيع التناقض فى أسباب الحكم (٥) .

واذا عيب خصم الحكم المطعون فيه من ناحية سرده للوقائع أو تغييرها أو استخلاصه وتقديره لها أو من ناحية تطبيق القانون ، أو غير

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والاحكام العديدة المشار اليها وربرتوار دالوز للمرافعات والاحكام العديدة المشار اليها فى رقم ٣٢٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ فبراير ١٩٥٤ مجموعة النقض الفرنسى ١٩٥٤ - ٣ - ٣٩ .

(٣) كما تجوز الاحالة على قرار لجنة الطعن المودع ملف الدعوى - نقض ٢٠ مارس ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٣٢٠ .

(٤) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٤٢ .

(٥) نقض ٢٤ اكتوبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٣١ ونقض ٢٢ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٥٩ ونقض ٩ يونية ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٤٢٥ .

سبب دعواه في الاحوال الجائرة في التشريع وجب على المحكمة أن تجيب على كل ما تقدم (١) .

(٧) اذا أيدت محكمة الطعن الحكم في شق منه دون الشق الآخر ، فلا تجوز الاحالة الا بالنسبة الى الشق الذي أيدته المحكمة ، ويلزم بناء الشق الآخر من حكم محكمة الطعن على الاسباب التي تؤيده .

واذا أيدت محكمة الطعن الحكم الطعون فيه ، وأقامت قضاؤها على ما أوردته هي من أسباب جديدة ، كما أخذت بأسباب الحكم الابتدائي فيما لا يتعارض مع أسبابه ، فان حكمها يكون صحيحا بغير حاجة الى تفصيل ما يتعارض وما لا يتعارض مع أسبابه . لان هذا مفهوم بتقرير اللزوم العقلي لكل مطلع على الحكمين ، ولانه بتبين من مراجعة أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بينهما ، وتعتبر أسباب الحكم المطعون فيه في هذه الحالة مكمله لاسباب الحكم الصادر في الطعن فيما لا تعارض فيه بينهما (٢) .

والاحالة في التسبيب على حكم آخر ، لا يعفى المحكمة من ضرورة ذكر كافة البيانات الاخرى التي يتطلبها المشرع لصحة الاحكام ، كما لا يعفى المحكوم له عند اعلانه الحكم الى خصمه من سرد أسبابه بحيث يشتمل الاعلان عليها فضلا عن اشتماله على منطوقه (٣) ، وذلك عملا بالقواعد العامة في اعلان الاحكام .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا اكتفى الحكم - في صدد الاحالة الى أسباب حكم آخر - الى الإشارة فيه بعبارة «ينقل من الصفحة كذا حتى نهايته» . دون بيان حكم للاسباب التي أحال اليها فانه يكون باطلا بطلانا جوهريا (٤) .

-
- (١) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٦٢٩ .
 (٢) نقض ١٤ يونية ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٨٠٨ .
 (٣) محكمة السين الابتدائية ٣٠ نوفمبر ١٩٥٤ جازيت باليه ٥٥ - ١ - ٤٠ ومجلة القانون المدني ١٩٥٥ - ١٩٥٦ .
 (٤) نقض ٢٩/١٠/١٩٧٤ - ٢٥ - ١١٦٩ .

وفيما يلي امثلة من احكام النقض بصدد شروط اعمال الاحالة المتقدمة:

١٠٥ - لا تثريب على محكمة الدرجة الثانية ان هي اخذت باسباب حكم محكمة اول درجة دون اضافة ، متى رأت ان في هذه الاسباب ما يفنى عن ايراد اسباب جديدة (١) :

فالحكم الاستثنائي يعتبر مسببا تسببيا كافيا اذا اخذ باسباب الحكم المستأنف الذي ايدته محكمة الاستئناف ، وكانت هذه الاسباب كافية لحمله ، ولم يكن الخصوم قد استندوا امامها الى اوجه دفاع جديدة تخرج في جوهرها عما قدموه الى محكمة الدرجة الاولى (٢) بل اذا كان الحكم الابتدائي قد بنى على سببين ، ثم جاءت المحكمة الاستئنافية فايدته فيما قضى به مع استبعادها أحد السببين ، وكان السبب الباقي يستقيم به الحكم ، فان هذا يكفي لصحته (٣) .

١٠٦ - اذا ابدت في الاستئناف اوجه دفاع جديدة جوهرية ، أو دفعو شكلية ، وجب الرد عليها اذا كانت اسباب الحكم الابتدائي لا تفنى عن هذا الرد ، ومن باب اولى اذا كانت اسباب الحكم الابتدائي معيبة :

اذا كان الحكم الابتدائي قد اففل دفاعا جوهريا ، وجاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف مؤيدا له باسبابه ، فان هذا وذاك يكون

(١) نقض ٢٨ يونية ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٧٩ ، و٣٨٢ سنة ٢٢ قضائية مجموعة احكام النقض ٧ - ٢ - ٧٦٧ ، ونقض ١٨ يناير ١٩٥١ القضية رقم ١٣٦ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ٢ - ٢٦٤ ، ونقض ٣٠ ابريل ١٩٥٣ - ٤٧ سنة ٢١ - المجموعة ٤٠ - ٣ - ٩٥٤ ونقض ١٦/١٢/١٩٧٢ - ٢٣ - ١٤٠٩ ونقض ١٩/١/٧٢ - ١٩ - ٢٣ - ٦٧ .

(٢) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ - المجموعة ١ - ١٢١ .

(٣) نقض ١٠ فبراير ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٢٥٧ .

باطلا (١) . واذا تمسك خصم في الاستئناف لأول مرة بعدم اختصاص المحكمة (وهذا جائز اذا كان من النظام العام) ، فمن الواجب الرد على هذا الدفع (٢) .

١٠٧ - لا يجوز الاحالة اذا الفى الحكم المحال عليه كليا ، او جزئيا (فيما وردت بشأته الاحالة) :

قضت محكمة النقض بأنه وان كان يجوز تسبيب الحكم بتبنى أسباب حكم آخر سبق صدوره بين الخصوم وقدم في ملف الدعوى وذلك بالاحالة عليه ، الا أن شرط ذلك أن لا يكون هذا الحكم قد الفى ، ذلك أن الفاء الحكم بأى طريق من طرق الطعن يجرده من كل أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الاوراق العادية التى تقدم فى الدعوى . فكلما لا يجوز تسبيب الحكم بالاحالة على ما تضمنته ورقة من الاوراق التى يقدمها الخصوم ، كذلك لا يجوز تسبيب الحكم بالاحالة الى حكم صدر بين الخصوم وقضى بعد ذلك بنقضه (٣) .

وقضت ايضا بأنه يشترط للاحالة أن يكون الحكم المحال عليه قائما ، فاذا كانت محكمة الاستئناف قد أحالت على أسباب حكم صادر من محكمة الدرجة الاولى ، وكانت ذات محكمة الاستئناف قد الفته من قبل ، فانها تكون قد أحالت على معدوم مما يبطل حكمها (٤) .

(١) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ القضية رقم ١٦٠ سنة ١٩ قضاية ، و ٣٠ نوفمبر ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ١٤٧ .

(٢) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ .

(٣) نقض ٢٤ مارس ١٩٥٥ - القضية رقم ٢٩٥ سنة ٢١ قضاية - المجموعة ٦ - ٢ - ٨٥٥ .

(٤) نقض ٣١ مارس ١٩٥٣ - رقم ١٨٩ سنة ٢١ المجموعة ٥ - ١ - ٣٦٥ .

١٠٨ - جواز الاحالة على اسباب الحكم المحال عليه ، فيما لا يتعارض مع الاسباب التي اوردتها محكمة الاستئناف - عدم صلاحية اسباب الحكم الابتدائي لبناء الحكم في الاستئناف عليها اذا كانت محكمة الاستئناف لم تأخذ بها - تأييد محكمة المعارضة لحكمها الغيبي :

متى كان الحكم الاستئنافي اذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي ، قد اقام قضاءه على ما اورده من اسباب كما اخذ بأسباب الحكم الابتدائي ، فيما لا يتعارض مع اسبابه ، فان الطعن عليه بالقصور استنادا الى انه لم يبين ما اقره وما لم يقره من اسباب الحكم الابتدائي ، يكون على غير اساس متى كان يبين من مراجعة اسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بينهما . وتعتبر اسباب الحكم الابتدائي في هذه الحالة مكملة لاسباب الحكم الاستئنافي فيما لا تعارض فيه (١) .

وقضت محكمة النقض بأن اكتفاء محكمة الاستئناف في تسبيب حكمها بأسباب مجتمعة مقتضية ، لا تعين على فهمه ، وتعجز محكمة النقض عن رقابتها في تطبيق القانون ، يعيب حكمها ولو كان الحكم المستأنف الذي أيدته وفي الاسباب ما دامت هي لم تأخذ في تأييده بتلك الاسباب (٢) .

وكثيرا ما يستشف أخذ المحكمة بأسباب المطعون فيه من عبارات تأتي في حكمها بصورة ضمنية ، كما اذا قالت ان المستأنف لم يقدم سببا صحيحا يدعو لالفاء الحكم المستأنف ، او ان المحكمة الابتدائية قد

(١) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ - رقم ١٢٧ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ٥١٦ ، ونقض ١٤ يونية ١٩٥١ - رقم ٦١ سنة ١٩ قضائية المجموعة ٢ - ٣ - ٢ - ١٠٢٠ ، ونقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ - رقم ٢١٠ سنة ٢٠ - المجموعة ٤ - ٢ - ٦٩٨ ، ونقض ٢٥ ابريل ١٩٥١ - القضية رقم ١٧٥ سنة ١٩ - المجموعة ٣ - ١ - ١٤ .

(٢) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٠٧ ، ونقض فرنسي ١٩ أكتوبر ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٣٦ ، ونقض ٦ ابريل ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٣٢٥ .

أصابت عند رفضها الدعوى (١) انما اذا لم تشر المحكمة صراحة أو ضمنا للإحالة ، واقتصرت على تدوين منطوق الحكم المطعون فيه في حكمها أعتبر هذا الأخير خاليا من الاسباب (٢) .

واذا أيدت محكمة المعارضة حكمها الفيابي ، فانها تكون قد قصدت تأييده بأسبابه الصادرة منها هي ، والتي تقدم استنادها اليه (٣) . وهذا لا يعفيها بطبيعة الحال من الرد على الدفوع الشكلية والموضوعية وأوجه الدفاع الجوهرية والمستندات الجوهرية التي تقدم بها الخصوم في المعارضة (٤) .

١٠٩ - يجب لكي يصبح الإحالة على أسباب حكم آخر صدر في دعوى أخرى أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم وأن يكون قد أودع ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها ، يناضل الخصوم في دلالته : واذن فمتى كان الحكم قد أحال في الرد على دفاع الطاعن على أسباب حكم آخر لم يكن مقدما في الدعوى ، وكان قد صدر في دعوى أخرى لم يكن الطاعن خصما فيها فان الحكم فيه يكون باطلا لقصوره في التسبيب مما يستوجب نقضه (٥) .

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ رقم ١٠٨١ - ٢١٠٦ .

(٢) المرجع المتقدم رقم ٢١٠٧ ، ونقض ١٨ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض الفرنسي ٥٣ - ٢ - ١٠٠ ، ونقض فرنسي ٢٩ أبريل ١٩٥٤ - مجموعة أحكام النقض الفرنسي ١٩٥٤ - ٢ - ١١١ .

(٣) المرجع المتقدم رقم ٢١٢٤ - ٢١٢٩ . ومع ذلك قارن رقم ٢١٣٠ ، و٢١٣١ وجلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والاحكام العديدة المشار اليها في الحاشية رقم ٢ .

(٤) نقض ١٨ ديسمبر ١٨٨٨ سيري ٩٠ - ١ - ٥٣٤ .

= تأييد المحكمة الاستئنافية للحكم الابتدائي للأسباب الواردة به ولأسباب أخرى استندت اليها . الخ لا يعيب الحكم وجود تناقض بين بعض أسبابه وبعض أسباب الحكم الابتدائي - نقض ١٩٧٩/١/١١ رقم ٦٥١ - ٤٢ ق .

(٥) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ - رقم ٢٦٦ سنة ٢٠ - المجموعة ٤ - ٣ - ١٠٨٠ .

١١٠ - اذا ايدت محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه بشقيه ، وجبت الاحالة على اسبابه بالنسبة الى الشقين معا - واذا فصلت في طلب موضوعي جديد ، مما يجيز ابداءه لأول مرة في الاستئناف ، وجب عليها تسبيب الحكم الصادر فيه (١) :

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد قضى في منطوقه بتأييد الحكمين المستأنفين الصادر أحدهما برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، وثانيهما في موضوع الدعوى ، ومع ذلك اقتصر في أسبابه على التحدث عن استئناف الحكم الصادر في الموضوع دون الحكم الصادر في الدفع فهذا منه قصور يبطله (٢) .

١١١ - (ثالثا) تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها - التعريف به - هل يعد جهدا قانونيا أم منطقيا - هل يخضع لرقابة محكمة النقض ؟ :

التكييف *la qualification* هو اعمال القاعدة القانونية وارساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى ، أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها .

والتكييف يقتضى جهدا قانونيا ، كما يقتضى جهدا منطقيا في ذات الوقت ، لانه يطلب فهم القانون والشروط اللازمة لعمال نصوصه

(١) ربرتوار دالوز للمرافعات سنة ١٩٥٦ - تحت عبارة *jugement* رقم ٣١٦ وما يليها ، واحكام النقض العديدة المشار اليها - وانظر نقض فرنسي ٣ فبراير ١٩٥٣ - مجموعة احكام النقض الفرنسي ١٩٥٣ - ٣ - ٣٩ .

ويعتبر تغيير سبب الطلب من قبيل الطلبات الجديدة التي يجوز ابدائها لأول مرة في الاستئناف عملا بالمادة ٣/٢٣٥ ، ومن ثم تلزم الدرجة الثانية بتسبيب القضاء الصادر منها عند تغيير سبب الدعوى أو الاضافة اليه .

(٢) نقض ١٣ مارس ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ٤٢٣ .

المختلفة ، كما يتطلب البحث في طيات وقائع الدعوى الثابتة للتحقق من توافر الشروط أو القيود أو العناصر التي يتطلبها القانون ، مع بذل جهد منطقي في تفهم معانى الفاظ القانون ، حتى يرد فهم الواقع في الدعوى الى فهم حكم القانون في هذا الواقع .

وثمة نظريات اتجه اليها الشراح ، في فرنسا ، بقصد تحديد كنه التكييف ، وما اذا كان يعد متصلا بواقع الدعوى الذي لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، أم يعد عملا قانونيا خاضعا لاشرافها . فمن قائل ان التكييف يعد عملا قانونيا اذا قصد به رد واقع الدعوى الى تعريف قانوني صريح ، ويعد اجتهادا لا يخضع لرقابة محكمة النقض اذا رد الواقع الى قاعدة قانونية مجردة من تعريف صريح (١) . وصادفت هذه النظرية نقدا شديدا ، لانها لا تقوم على أساس سليم ، فالقاعدة القانونية قد تعرض من جانب المشرع في ثوب تعريف قانوني صريح ، وقد تعرض في ثوب أمر أو نهى أو ايضاح ، ولا يمكن بأي حال وضع قانون في صورة تعاريف ، أى لا يمكن ابراز معانى القانون ومقاصده في هذه الصورة وحدها . ويبدو أن النظرية المتقدمة قد تائرت بما كان عليه الحال في أول عهد محكمة النقض الفرنسية ، التي كانت لا تنظر الطعن بالنقض الا اذا كان مبناه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون مخالفة صريحة ، وفقا لما نص عليه المشرع ، وانما امتدت رقابتها بعدئذ الى الخطأ في تطبيق القانون وتأويله .

واتجهت نظريات أخرى توسع من نطاق رقابة محكمة النقض ، وتعتبر التكييف عملا قانونيا اذا رد الواقع الى تعريف نص عليه القانون صراحة ، أو الى قاعدة قانونية يمكن تعريفها ، وتعتبره عملا منطقيلا لا يخضع لرقابة محكمة النقض اذا لم يتمكن القاضي من تعريف القاعدة القانونية تعريفا

(١) تعليق Barris في ربرتوار دالوز ٧ ص ٣٠٦ رقم ١٢٢٤ ، مقال الاستاذ مرقص فهمي المحامي المحاماة ١١ ص ٢١٧ ، وحامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٥١ .

نظريا وانما طبقها بوحى من شعوره الخاص أو بمقتضى قواعد المنطق (١) .

والصحيح أن التكييف هو عمل مختلط يتطلب جهدا قانونيا وجهدا منطقيًا أو شعوريا - على حد قول الشراح ، ذلك لان القاضى يلزم - فى صدد - بوصف وقائع الدعوى الثابتة وإبرائها بصورة منطقية أو بوحى من شعوره (خاصة بالنسبة الى المواد الجنائية) ، كعناصر ، أو قيود ، أو شروط للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، بصرف النظر عما اذا كان القانون قد حدد تعريفا صريحا لهذه القاعدة أم لم يحدد لها تعريفا ، وسواء أحصل التكييف بالفاظ القانون أم بالفاظ أخرى تؤدى الى ذات معانيه . ويتعين على محكمة النقض أن تبسط رقابتها على هذا العمل القانوني (٢) .

١١٢ - القواعد الاساسية فى التكييف :

عند تكييف الدعوى يلتزم قاضيا بمراعاة مبادئ عامة هى الآتية :

١١٣ - (أولا) : يجب تكييف الدعوى وفق الوصف المقرر لها فى القانون ، ولا يعتد بتكييف الخصوم لها اذا كان خاطئا لا يتمشى مع القانون (أ) .

القاعدة أن قاضى الدعوى لا يتقيد برأى خصومها فى التكييف متى كان خاطئا من جهل أو عن عمد ، لانه هو وحده الملزم باعمال القانون

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٥٣ وما يليه Cournot
Essai sur les fondements de nanconnaissances et sur les
caractères de la critique philosophiques.

(٢) حامد فهمى ومحمد فهمى رقم ٥٧ وما يليه ورقم ٦٠ .

(٣) ومن باب أولى لا تتقيد المحكمة بالاعتبارات والادلة والبجج التى يذكرها خصم الدعوى فى تأييدها أو فى رفضها (استثناء مختلط ١٢ مارس ١٩٣٦ مجلة التشريع والقضاء ٤٨ ص ١٩٠) . وإن كانت تتقيد بطبيعة الحال بالسبب القانونى الذى تبنى عليه الدعوى ، لانه من عناصر الطلب الذى يتقدم به الخصم ، والقاعدة ان المحكمة لا تحكم الا فى حدود الطلب الذى يدلى به الخصم أمامها .

وتطبيقه تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة ، وفي حدود مطلوب الخصوم وسبب الدعوى .

وكثيرا ما يعمد الخصوم الى اخفاء أغراض غير مشروعة - كسريا فاحش يستتر في صورة ايجار أو بيع ، وكسبرع الى ما بعد الموت في صورة بيع .

واذن قاضى الدعوى كيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح طبقا لاحكام القانون ، ولو خالف في ذلك تكييف الخصوم ، وحسبه أن يتبين نية المتعاقدين من واقع نصوص العقود والاوراق والمستندات المقدمة اليه ، ويخضع تكييفه لرقابة محكمة النقض . فله أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة (١) ، وبأنه هبة أو وصية مستترة (٢) ، وبأنه رهن حيازة أو بيع وفاء (٣) .

١١٤ - (ثانيا) : يجب تكييف الدعوى في حدود طلبات الخصوم ودفعوهم ، فلا تطبق الا القاعدة القانونية اللازمة للحكم فيها - والعبرة بحقيقة المقصود من طلباتهم الجازمة (٤) لا بالالفاظ التى صيغت بها هذه الطلبات :

اذا كان قاضى الدعوى لا يخضع في تكييفها لمشيئة المتقاضين ، وانما يأخذ التكييف عن القانون أخذا صحيحا ، فانه مع ذلك يلتزم حدود

(١) نقض فرنسى ٢٣ فبراير ١٨٦٩ (دالوز ١٨٦٩ - ١ - ١٩٦) واستئناف مختلط - ٧ ديسمبر ١٩٣٢ المجلة ٤٥ ص ٥٩ .

(٢) نقض فرنسى ٦ مايو ١٨٩١ (دالوز ١٨٩١ - ١ - ١٧٧) .

(٣) نقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٧٦ - وراجع على وجه العموم في تطبيق هذه القاعدة نقض ١٩٦٧/٣/١٤ - ١٨ - ٦١٢ ونقض ١٩٦٧/٦/٢٢ - ١٨ - ١٣١٦ ونقض ١٩٦٧/١١/١٤ - ١٨ - ١٩٧٦ ونقض ١٩٦٨/٣/٢٨ - ١٩ - ٦٤٢ ونقض ١٩٦٧/٢/١٦ - ١٨ - ٣٨٧ ونقض ١٩٦٨/٤/٢ - ١٩ - ٦٨٩ ونقض ١٩٧٨/١١/٢٨ رقم ٨٦٥ سنة ٤٥ ق ونقض ١٩٧٨/٢/٢٧ - ١٩٧٩ رقم ٨٥٥ سنة ٤٤ ق ونقض ١٩٧٨/٦/٢٠ رقم ٢٤٣ سنة ٤٢ ق .

(٤) الطلب الجازم هو ما تلتزم المحكمة بالرد عليه - نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ - ١٩٧٨ رقم ٦٦٥ سنة ٤٤ ق .

الوقائع الثابتة وحدود مطلوب الخصوم ، ولا يطبق الا القاعدة القانونية اللازمة اعمالها للفصل في طلباتهم ودفعهم لانه لا يلزم الا بالفصل في هذه الطلبات والدفع وفي حدودها ، بمعنى أنه لا يملك الفصل في غير ما طلبه الخصوم أو بأكثر منه ، كما لا يجوز له اغفال الفصل في طلب موضوعي أو في دفع من أي نوع كان (١) .

ومن ثم اذا رفعت الدعوى بقصد الزام الخصم بتقديم حساب ، فلا يجوز للمحكمة أن تتعرض لتكييف العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم ، الا اذا نازع الخصم في التزامه بتقديم هذا الحساب . واذا رفعت دعوى من دعاوى الحيازة ، فلا تملك المحكمة تكييف وقائع الدعوى ، وعقود الخصوم لتقرر ملكية أحدهم للعقار موضوع الحيازة . واذا نظرت المحكمة قضية ما فلا تملك بعد الفصل فيها تكييفها باعتبارها دعوى كيدية لتحكم من تلقاء نفسها بالتعويض للمدعى عليه فيها .

والقاعدة الاساسية في التشريع أن العبرة في تكييف الدعوى بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها لا بالالفاظ التي صيغت فيها هذه الطلبات ، لذلك يجوز أن تعتبر الدعوى من دعاوى استرداد الحيازة ولو كان المطلوب لفظا هو منع التعرض ، والعكس صحيح ، وانما لا يجوز للمحكمة أن تعتبر الدعوى التي رفعت بطلب الملكية من دعاوى الحيازة (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة ، وتحكم فيها على هذا الاساس متى تبينت توافر شروطها ، ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين لان أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (٣) .

وقضى بأن المحكمة المدنية بطلبات المدعى ، وهى لا تملك تغيير سبب الدعوى ، ولكن لها أن تكييف المنازعة على حسب الغرض المقصود منها ،

(١) راجع ما قدمناه في الفقرة رقم ٩٦ - وانظر المادة ١٩٣ .

(٢) نقض ٦ يناير ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ ص ٣٣٨ .

(٣) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ - المحاماة ٣٦ ص ٥٣ .

وأن تضى عليها الوصف المقرر لها في القانون (١) .

وسبب الطلب (٢) وهو الاساس القانونى له ، او هو مصدر الحق المرفوعة به الدعوى ، هو مسألة قانونية وان كان يقوم على وقائع الدعوى ، (فهذه الوقائع تتضمن وقائع موضوع الطلب ووقائع سببه) . والقاضى فى حدود ما يستخلصه من الوقائع الصحيحة التى يدلى بها الخصوم كيف هذه الوقائع الصحيحة وفقا للقانون ، ولو خالف ارادة الخصوم . وبعبارة أخرى ، ارساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما استخلصه القاضى من وقائع الدعوى مسألة قانونية يتولاها القاضى ولو خالف تكييف الخصم او تكييف الخصوم للدعوى .

ثم ان القاضى لا تقتصر سلطته فى التكييف فى اطار السبب الذى ادلى به الخصم كسند قانونى لدعواه ، والا ترتب على هذا نتيجة غير مقبولة ، اذ قد يتصور ان يخطأ الخصم فى تأصيله القانونى لطلبه ، ويكون من المستطاع الحكم له به لو ان القاضى كيف الطلب على النحو الذى تستجيب اليه ذات الوقائع التى ادلى بها الخصم بشرط ان ينبه الخصوم الى ذلك احتراماً لحقوق الدفاع .

وحتى اذا قيل ان السبب هو مجموعة الوقائع التى يستند اليها الخصم لتأسيس دعواه ، فان تحديد السبب وفقا لهذا المعنى يقتضى ان يكون تكييف الخصم صحيحا بالنسبة الى مجموعة هذه الوقائع ، بمعنى انه اذا استند الخصم الى مجموعة من الوقائع وأطلق عليها وصفا قانونيا وتكييفا لا يتفق مع نصوص القانون ، فان القاضى عليه من تلقاء نفسه ان يعتد بالتكييف الصحيح وفقا لنصوص القانون فى حدود تلك الوقائع التى يستند اليها الخصم .

ويقوم ما تقدم على علة أخرى هى ان سبب الطلب القضائى هو هو سبب العمل القضائى الصادر فى صدره بتحقيقه ، ولما كان سبب العمل

(١) القاهرة الابتدائية ٢٣ اكتوبر ١٩٥٤ - المحاماة ٣٦ ص ٩٠٧ .

(٢) تراجع دراسة لهذا الموضوع فى كتاب التعليق فى صدد المادة ٣٨ والمادة ٢٣٥ .

القضائي هو من عمل القاضي فبداهة يأخذه القاضي عن القانون أخذاً صحيحاً . فمثلاً عقد بيع عقار معين هو سبب الطلب القضائي باستحقاقه وهو سبب الحكم بهذا الاستحقاق في ذات الوقت .

وإذا رأى القاضي أن الوقائع التي يستند إليها الخصم لا تستجيب للحكم له بطلبه فإنه يرفضه ، وله كما قدمنا مطلق التقدير في تكييف تلك الوقائع التكييف الصحيح ، وفي انزال القاعدة القانونية السليمة عليها دون التقييد بتكييف الخصوم للسبب على النحو المتقدم . وبعبارة أخرى ، الحكم للخصم بطلبه على أساس قانوني غير الأساس القانوني الذي يراه ، أو بناء على سبب وصفه القانوني غير الوصف الذي استند إليه لا يعتبر بمثابة قضاء للخصم بما لم يطلبه .

وما تسبب الاحكام الا وسيلة للتحقيق من قيام العمل القضائي على أساس سليم من القانون يبرره ، بعد استخلاص الوقائع الصحيحة في الدعوى .

وبناء عليه إذا رفع المدعى دعواه على أساس المسؤولية العقدية ، ثم تمسك خصمه بانتفاء التعاقد وقضت به المحكمة ، فهل لا تملك من تلقاء نفسها الحكم في الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية إذا توافرت العناصر الواقعية اللازمة لتطبيقها وفي حدود وقائع الدعوى ، وبعد تنبيه الخصوم الى ذلك ، وعلى تقدير أن ذات السبب هو مسألة قانونية (١) .

وقد تستخلص المحكمة تغير السبب بصورة ضمنية ، كما إذا رفعت دعوى على أساس المسؤولية العقدية ثم تمسك المدعى بعدئذ بفسخ العقد ، فهنا يكون قد قصد المدعى بناء مسؤولية خصمه على أساس المسؤولية التقصيرية ، وكما إذا رفعت دعوى للمطالبة بمبلغ من النقود على أساس

(١) قارن تقرير محكمة النقض في هذا الصدد - نقض ١٩٦٦/١/٢٧ - ١٧ - ١٨٢ ونقض ١٩٣٩/١/٥ في الطعن رقم ٥٧ السنة ٨ ق . وقضت بأنه إذا رفعت الدعوى على أساس المسؤولية العقدية جاز للمحكمة - مع بقاء وقائع الدعوى على حالها وفي حدودها - الحكم على أساس المسؤولية التقصيرية (المتبوع عن أعمال التابع) ولو لم تنبه الخصوم الى ذلك لأنها لا تقيد بتكييف المدعى لدعواه نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ - ١٩ - ٦٤٢ .

عقد معين ، فقضت محكمة الدرجة الاولى ببطلان هذا العقد ، وفي الاستئناف تمسك الطالب بطلبه على أساس أن خصمه فعلا قد قبض منه هذا المبلغ الذى يطالب به فقضت له محكمة الاستئناف بالمبلغ على أساس الاثراء بلا سبب (١) .

١١٥ - (ثالثا) : تعتبر القواعد القانونية الصرفة قائمة في الدعوى - ومن عناصرها - فتطبيقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة الى التمسك بها من جانب صاحب المصلحة :

متى ادلى الخصوم بطلباتهم ودفعوهم وأسانيد هذه وتلك (٢) ، ومتى تقدم خصم بما لديه من أدلة وأوجه دفاع ، ومتى استخلصت المحكمة الصحيح من وقائع الدعوى ، وجب عليها أن تأخذ عن القانون القاعدة الواجبة التطبيق أخلاصا صحيحا ، ولو لم يشر الطالب الى نص القانون الواجب التطبيق - وهو لا يلزم بهذا (٣) لان وظيفة المحكمة أن تعمل حكم القانون ولان هذا يستشف ضمنا من سائر طلبات الخصوم ودفعوهم .

ومن ثم اذا طالب الموكل وكيله بفوائد المبالغ التى قبضها باسمه والتى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وقضت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهددة نص المادة ٢/٧٠٦ من القانون المدنى فانها تكون قد خالفت القانون . واذا طالب الوكيل موكله بفوائد ما دفعه عنه بسبب وكالته من يوم دفعه ، وقضت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهددة نص المادة ٧١٠ من القانون المدنى فانها تكون أيضا قد خالفت القانون . ويملك الخصم صاحب المصلحة فى الاحوال

(١) نقض ١٩٦٧/٢/١٦ - ١٨ - ٣٨٧ .

(٢) أى أساسها القانونى - أى منشأ التزام المدعى عليه .

(٣) يكفى أن يذكر المدعى فى صحيفة دعواه منشأ التزام خصمه - أى سنده القانونى - (حتى يستعد هذا الاخير لدفع مطلوب خصمه أمام المحكمة والرد عليه) ، ولا يلزم ذكر مواد القانون التى يستند اليها اذ كان سند طلبه هو نص فى القانون (نقض ٢٧ ابريل ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ص ٣٤٨ ونقض فرنسى (دائرة العرائض) ٢٢ اكتوبر ١٩٣٤ - دالوز ١٩٣٤ ص ٥٢٣) - كتاب نظرية الدفع رقم ٩٢ - وانظر فى المرجع المتقدم أثر تخلف البيانات المتقدمة فى صحة صحيفة الدعوى .

المتقدمة الطعن في الحكم بالنقض ولو لم يستند أمام محكمة الموضوع الى نص من نصوص المواد المتقدمة من القانون المدنى ، ودون أن يعد هذا منه سببا جديدا للطعن بالنقض ، لان الاسباب القانونية الصرفة Moyens de pur droit تفقد قائمة أمام المحكمة من تلقاء نفسها (١) .

ولذات الاعتبار المتقدمة يجوز التمسك ببطلان الحكم أمام محكمة النقض - في الاحوال الجائرة قانونا - ولو لم يتعرض الخصوم لهذا البطلان قبل قفل باب المرافعة في الدعوى - وهذا لا يتصور عقلا بطبيعة الحال - وذلك تأسيسا على أن المحكمة تلزم عند اصدار الحكم باعمال القانون من تلقاء نفسها .

ولذات الاعتبار المتقدمة يجوز للطاعن بالنقض أن يطعن على قضاء المحكمة في مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها من تلقاء نفسها وأسست الحكم عليها ، ولا يعد هذا منه سببا جديدا للطعن (٢) .

١١٦ - استثناء - لا تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعمال الجزاء المترتب على مخالفة القواعد الاجرائية ، الا اذا نص القانون على ما يخالف ذلك :

درسنا هذا الموضوع على وجه التفصيل في كتاب نظرية الدفوع (٣) ، ونضيف أن على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بانتفاء صفة الخصم المتمسك بالجزاء اذا لم تكن هذه الصفة مقررة له في التشريع ، تأسيسا على أن الفقه والقضاء يوجبان على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى (٤) ، وعلى أن الاجراء يعد صحيحا الى أن يحكم ببطلانه ، ولا يحكم بهذا البطلان الا بناء على تمسك من ذات الخصم المقرر الجزاء لمصلحته .

ومتى تمسك الخصم - صاحب الصفة - بجزاء معين وجب على

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٢٩ وما يليه .

(٢) المرجع السابق وسائر المراجع والاحكام المشار اليها فيه .

(٣) نظرية الدفوع رقم ١٨ وما يليه .

(٤) المرافعات رقم ٢٠٧ ونظرية الدفوع رقم ٤٣ وما يليه .

المحكمة أن تعمل حكم القانون في هذا الصدد . فمثلا اذا تمسك المدعى عليه باسقاط الخصومة لعدم السير فيها مدة سنة بفعل المدعى أو امتناعه (عملا بالمادة ١٣٤ وما يليها) ، وجب على المحكمة أن تتحقق من أن هناك خصومة وأنها قائمة وأنها قد وقفت مدة سنة ميلادية على الأقل ، وأن الوقف بفعل المدعى أو امتناعه ، وأنه لم يتخذ فيها أى اجراء قاطع لهذه المدة .

١١٧ - أمثلة فيما تقدم : مخالفة نص صريح دون ذكر السبب - عدم بيان الأساس لما قضى به :

قضت محكمة النقض بأن عدم بيان الحكم علة عدم الزام الخصم بفوائد متأخر الثمن (أو فوائد مقابل ما باشره الوكيل لصالح موكله من أعمال) في حين أن القانون المدنى يوجب هذا - هو قصور يستوجب نقضه (١) .

وقضت بطلان الحكم الذي أغفل بيان مصدر الزام الخصم بما الزمه به لانعدام أساسه القانونى (٢) .

وقضت بأن عدم اعتماد الحكم بقرينة قانونية على ملكية الحائز وعلى وجود السبب الصحيح وحسن النية حتى يثبت العكس هو خطأ في القانون (٣) .

١١٨ - (رابعا) : العبرة بصدور الحكم موافقا للقانون ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التى بنى عليها :

قضت محكمة النقض بأنه لا يلزم لسلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القاعدة القانونية التى بنته عليها ، إذ العبرة فى صحته هى بصدوره

(١) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١ - ٥٣٤ ، ونقض ١٦ يولية ١٩٥٥ - المجموعة ٦ - ٣ - ١٢٦٦ على التوالى .

(٢) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٣ - ٨٦٢ .

(٣) نقض ٤ فبراير ١٩٥٤ المجموعة ٥ - ٢ - ٤٨٢ وانظر أيضا نقض

١٠ يناير ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٢ - ٣٧٣ .

موافقا للقانون . فاذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ الدوطة على ان الدوطة التى تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها فى شئون الزوجية مادامت قائمة . فاذا انقضت أصبحت واجبة الرد ، فان حكمها يكون سليما قانونا اذ أن مبلغ الدوطة يكون فى هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عارية استعمال واجبة الرد عند حلول الظروف المتفق عليه عملا بنص القانون المدنى (١) .

واذا قضت المحكمة باسقاط الخصومة ، وبنت حكمها على أن هذه الخصومة قد وقف السير فيها سنتين باهمسال المدعى ، فان هذا الحكم يكون صحيحا سليما ، دون حاجة الى ذكر القاعدة القانونية التى تقرر اسقاط الخصومة اذا وقف السير فيها مدة سنة ، ودون حاجة الى ذكر شروط اعمال القاعدة متى كانت قد احترمت تلك الشروط .

١١٩ - (خامسا) : لا يعيب الحكم اغفاله ذكر مواد القانون التى طبقها على وقائع الدعوى ، متى كانت النصوص الواجب اعمالها مفهومة من الوقائع التى اوردتها (٢) . كما لا يعيب الحكم اغفال ذكر القاعدة القانونية سند الحكم (٣) .

كما لا يعيب الحكم الخطؤة فى ذكر رقم النص القانونى الواجب التطبيق متى كان المفهوم من وقائع الدعوى أن النص المقصود اعماله هو النص الصحيح (٤) . ولا يعيبه أيضا - متى اصاب النتيجة - ذكر مادة فى القانون غير منطبقة على واقعة الدعوى (٥) ، أو الفساد فى الاستدلال متى اصاب النتيجة الصحيحة التى انتهى اليها (٦) .

- (١) نقض ٢٧ مايو ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٧٠ .
- (٢) نقض ٧ ابريل ١٩٥٥ - رقم ٧٣ سنة ٢٢ - المجموعة ٦ - ٣ - ٩٣١ ، ونقض ٢٤ مايو ١٩٥١ - رقم ١٤٣ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ٣ - ٨٥٧ ، ونقض ٢٤ مايو ١٩٥١ رقم ١٦٩ سنة ١٦ - المجموعة ٢ - ٣ - ٨٦٣ .
- (٣) نقض ١٩٧١/١/٢٥ - ٢٢ - ٢٣٤ .
- (٤) نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ - مجموعة احكام النقض ٤ - ١ - ٨٨ .
- (٥) نقض ١٩٧٥/١١/١٢ - ٢٦ - ١٤٢٦ .
- (٦) نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ - ٢٦ - ١٧٤٦ - الخطأ فى ذكر عدد الشهود لا يؤثر على جوهر القضاء - نقض ١٩٧٥/١١/١٩ - ٢٦ - ١٤٤٤ .

١٢٠ - (سادساً) : العبرة في التكييف بتوخى معانى القانون لربط معانى فهم الواقع بها ، ولا يعتد بذات الفاظ القانون وعباراته :

القاعدة الاساسية في التشريع أن القاضى لا يلزم عند تكييفه لوقائع الدعوى باستعمال ذات الالفاظ والمبارات التى أوردها القانون للتعريف. بالقاعدة القانونية أو لتحديد شروطها أو أركانها أو عناصرها أو معانيها ، وبحسبه أن يجرى التكييف على هدى معانى القانون التى قصدتها بالفعل، وبعبارة أخرى ، العبرة بأن تكييف الوقائع على معانى القانون .

ومحكمة النقض لا ترمى - فى الواقع - الا الى اعمال القانون اعمالاً صحيحاً دون التقيد بلفظ أو اصطلاح معين .

وحتى بالنسبة الى المصطلحات الدقيقة المتعلقة بقانون المرافعات ، لا محل لتجريح الحكم اذا استعمل تعبيراً لغوياً دارجاً بدلاً من التعبير الخاص المقرر فى هذا القانون . فاذا حكم القانون ببطلان المرافعة أو الخصومة وكان يقصد فى الواقع تعبير «سقوط الخصومة» المقرر فى المادة ١٣٤ وما يليها فلا يترتب نمة بطلان ، ما دام قد أسقطها بالسعل عملاً بنصوص هذه المواد ، وما دام قد بنى حكمه على الاسباب الصحيحة التى تبرره . وكثيراً ما يستعمل تعبير «الدعوى» للدلالة على الخصومة ، وقد أصبح هذا خطأ شائعاً مقبولاً من جانب الفقه أو القضاء (١) .

١٢١ - رابعاً : اتساق منطق الحكم مع أسبابه - اقامته على أساسين متناقضين أو أسباب متناقضة أو أسباب تتعارض معاً :

حتى يعد منطق الحكم مبنياً على أسبابه يجب توافر رباط منطقى وثيق بين هذا وذاك . ومن ثم يعيب الحكم تناقض منطق مع أسبابه ، أو تناقض أسبابه بحيث يصبح خالياً من الاسباب التى تبرره .

أما تناقض أجزاء المنطوق مع بعضها فهو - فى ذاته - سبب من أسباب التماس إعادة النظر اذا جعل تنفيذه مستحيلاً (م ٢٤١/٦) ، كما اذا قضت المحكمة برفض دعوى الاستحقاق الاصلية ، وقضت فى ذات الحكم

(١) كتاب المرافعات رقم ٨٣ .

على ضامن المدعى عليه بالتعويض ، أو قضت بوقوع المقاصة بين دين المدعى ودين المدعى عليه ، وقضت في ذات الحكم بالزام المدعى عليه بدينه (١) ، أو قضت لما لك اطيان بالتعويض مقابل أجره ربحا في مدة معينة ، وقضت له في ذات الحكم بتعويض مقابل عدم الانتفاع بذات الاطيان وعن نفس المدة لعدم زراعتها بسبب حرمانها من الري (٢) .

والجدير بالذكر ان الغالب الشائع من الاحوال التي يكون فيها منطوق الحكم متناقضا مع بعضه تكون اسبابه هي الاخرى متناقضة ، وكثيرا ما يعد لذلك خاليا من الاسباب التي تبرره ، لان منطوق الحكم هو في الواقع نتيجة اسبابه ، وهي مقدماته ومبرراته .

ومن ثم ، اذا تناقضت اسباب الحكم مع منطوقه بحيث يعد مجردا من الاسباب فانه يكون باطلا (٣) ، وكما اذا قضت المحكمة على المدعى عليه بالتعويض عن حادث ضار ، وجاء في اسباب حكمها أن المدعى هو وحده المسئول عما أصابه من ضرر ، فان الاسباب لا تؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها الحكم (٤) .

ويعيب الحكم الفاقته على أساسين متعارضين من القانون ، كما اذا ثبت من اسبابه مسئولية الخصمين معا ، وخطئهما معا ، وصدر المنطوق ملزما أحدهما بتعويض ما دون أن يبين أساسا لذلك ، فتكون الاسباب

(١) جارسونية ٦ رقم ٤٧٥ وجلاسون ٣ ص ٤٢٩ .

(٢) وهذا التعويض الأخير يعد تعويضا كاملا على الحرمان من الانتفاع بزراعة الاطيان ، فالجمع بين التعويضين (غير جائز) نقض ٢٤ يناير ١٩٥٢ (المجموعة ٣ - ٢ - ٤١٠) - ويلاحظ أن تناقض المنطوق في الحكم المتقدم ليس من شأنه أن يجعل تنفيذه مستحيلا وإنما يجعله مشوبا بطلا في تطبيق القانون .

(٣) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ - المجموعة ٧ - ١ - ٣٥١ ، ونقض ٢١ يناير ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٣٩ .

(٤) نقض ٨ أغسطس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ - ١ - ٢١٤) .

منهارة والمنطوق مجردا من الاسباب (١) .

وقضت محكمة النقض بأن قيام التناقض بين أسباب الحكم التمهيدى وأسباب الحكم الفاصل فى الموضوع لا يعيب هذا الحكم بما يوجب نقضه ، ما دام الحكم التمهيدى قد اقتصر على إحالة الدعوى على التحقيق ولم يفصل فصلا قاطعا فى أية نقطة من نقط النزاع (٢) .

وقضت بأنه اذا رفع أحد المتعاقدين على الآخر دعوى تعويض عن التقصير فى الوفاء بالتزامه ، وكان الثابت ان المدعى عليه لم يف بهذا الالتزام ، ومع ذلك قضت المحكمة برفض الدعوى استنادا الى أنه لم يكن مقصرا ، وأن العقد الذى ترتب عليه تعاقدته مع المدعى قد فسخ ، فانفسخ العقد الذى رتب عليه الالتزام ، دون أن تبين فى أسباب حكمها أن هذا الفسخ كان لحادث قهرى لا دخل لارادة المتعاقدين فيه جعل وفاءه بالالتزام مستحيلا ، فان ذلك يكون ابهاما فى الحكم من شأنه أن يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون على وجهه الصحيح (٣) .

وقضت بأنه اذا كانت المحكمة قد قضت برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، تأسيسا على ان سبب الدعوى الحالية هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وسبب الدعوى السابقة هو عقد بيع ، ثم أحالت الدعوى الى التحقيق لاثبات واقعة وضع اليد على العين المتنازع عليها ونفيها ، وبعد أن سمعت أقوال الشهود اثباتا ونفيا قضت برفض الدعوى بناء على الحكم السابق صدوره فى الدعوى السابقة ، ولم

(١) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ - مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٧٢ .

وانظر أيضا نقض ٢ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٢١ ونقض ٢٤ أكتوبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٣١ ونقض ٢٢ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٥٩ ونقض ٢٧ أبريل ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٤١١ ونقض ٢٩ نوفمبر ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٧٢٥ .

(٢) نقض ٥ يناير ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ١٦٢ ، ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٤٨٧ ونقض ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٩٥٤ .

(٣) نقض ١٦ مارس ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٢٩٣ .

تشر في حكمها الى التحقيق الذي باشرته ، فانها بذلك تكون ناقضت الحكم الصادر برفض الدفع ، وشاب حكمها القصور لاغفالها الاساس الذي قامت عليه الدعوى الحالية وهو التقادم المكسب ، وسكوته عن التحدث نتيجة التحقيق الذي امرت به لاثبات وضع يد المدعى على العين المتنازع عليها (١) .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالزام الطاعن الاول بما يستحقه المطعون عليه قبله في صافي الايراد في مدة الحراسة احتسب ذلك على اساس ما قدره الخبير لجملة ايرادات التركة بما فيها العقار الذي يشغله المطعون عليه باعتبار أنه مستغل استغلا كاملا ومع ذلك فان الحكم عندما قضى للطاعن الثاني على المطعون عليه بريء هذا العقار لم يلزمه الا بثلاث البريع الذي قدره الخبير استنادا الى أنه يشغل جزء منه وأن الجزء الآخر غير مستعمل ومشغول بأثرية كثيرة ، وذلك دون أن يبرر اختلاف التقدير في كلتا الحالتين فان هذا الحكم يكون قد شاب بطلان يستوجب نقضه (٢) .

وقضت بأنه اذا ذكرت المحكمة في اسباب حكمها عن طريق فاصل بين عقارين أنه مملوك لاحد الخصوم ، ثم ذكرت في موضع آخر من الاسباب أنه من الاموال العامة ، فان هذه الاسباب تكون متناقضة مما يترتب عليه اعتبار الحكم باطلا لخلوه من الاسباب التي تبرره (٣) .

وقضت بأنه اذا كان الحكم الابتدائي اذ قضى بتثبيت ملكية الطاعن للاطيان موضوع النزاع قد اتخذ من شهادة الشهود دعامة لقضائه ، وكان الثابت من الصورة الرسمية لمحضر التحقيق أن هؤلاء الشهود قد ذكروا أن الطاعن كان يضع اليد على الاطيان أكثر من خمس عشرة سنة بصفته مالكا ظاهرا ، بل أن بعضهم حدد سبب وضع يده وهو الشراء ، وكان الحكم الاستثنائي اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائي قد اقام قضاءه على سببين :

-
- (١) نقض ١٨ مايو ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ٥٠٤ . وانظر ايضا نقض ٢٤ يناير ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٢ - ٤١٠ .
- (٢) نقض ٦ مارس ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٢ - ٥٩١ .
- وانظر في اتساق منطوق الحكم مع اسبابه نقض ٧ يونيو ١٩٥٦ - المجموعة ٧ - ٢ - ٧٠١ ، ونقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ - المجموعة ٦ - ١ - ١٧٤ .
- (٣) نقض ١٧ ابريل ١٩٤٧ ، مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٠٥ .

اولهما شهادة الشهود من جهة تتعارض مع قول للطاعن في دعوى سابقة خاصة بجزء من هذه الاطيان ، واثنيهما ان احدا من الشهود لم يذكر من جهة اخرى ان الطاعن كان يضع اليد بنفسه وبصفته مالكا في المدة التي حددوها ، فان مسخ الحكم الاستثنائي لشهادة الشهود على هذا النحو ومناقضته ما حكاه عن شهادتهم للواقع في الدعوى مما يعيبه ويستوجب نقضه . ولا محل للقول بان ما تناوله المسخ كان تزييدا ما دام اهدار الحكم شهادة الشهود كان نتيجة للسببين مجتمعين ، اما مبلغ تأثر المحكمة بأيهما منفردا فلا سبيل لاستنباطه (١) .

١٢٢ - اذا بنى الحكم على دعائتين مستقلتين احدهما عن الاخرى ، وكان يصح بناء الحكم على احدهما فقط ، فان النعي عليه في الدعامة الاخرى يكون غير منتج في جميع الاحوال (٢) .

١٢٣ - الاسباب الزائدة التي لا حاجة بالحكم اليها ، لا تؤثر في صحته ، ولو كانت خاطئة ، وسواء اكانت متعلقة بتقدير بعض الوقائع ، أم بتكييف عقد ، أم بتطبيق القانون أو تفسيره .

اذا استقام منطوق الحكم مع اسبابه ، فانه لا يعيبه ان ترد فيه اسباب زائدة لا حاجة به اليها ، فاذا انصب النعي عليها كان غير منتج (٣) ، وذلك

(١) نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٥٠ المجموعة ٢ - ١ - ١١٤ .

(٢) نقض ٢٨ يناير ١٩٥٤ - المجموعة ٥ - ٢ - ٤٦٧ ، ونقض ١١ فبراير ١٩٥٤ - المجموعة ٥ - ٢ - ٥٠٧ ، ونقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ - مجموعة احكام النقض ٤ - ١ - ١٣٤ ، ونقض ٩ ابريل ١٩٥٣ - المجموعة ٤ - ٣ - ٨٦٩ ، ونقض ١٧/٢/١٩٧٣ - ٢٤ - ٢٥٥ ، ونقض ٣٠/٤/١٩٧٣ - ٢٤ - ٥٥٩ ، ونقض ١٧/٤/١٩٧٣ - ٢٤ - ٦١٦ ، ونقض ١٧/٥/١٩٧٣ - ٢٤ - ٧٧٢ ، ونقض ٢٤/٥/١٩٧٣ - ٢٤ - ٨٢٣ ، ونقض ١١/٤/١٩٧٣ - ٢٤ - ٥٩١ ، ونقض ٢٦/٤/١٩٧٣ - ٢٤ - ٦٩٣ ، ونقض ٢/٢/١٩٧٤ - ٢٥ - ٢٧٧ .

(٣) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ المجموعة ٧ - ٢ - ٦٣١ ، ونقض ٧ ابريل ١٩٥٥ المجموعة ٦ - ٣ - ٩٣٧ ، ونقض ٢٩/١/١٩٧٥ - ٢٦ - ٢٧٤ ، ونقض ١٩/١١/١٩٧٥ - ٢٦ - ١٤٣٥ ، ونقض ٣/١٢/١٩٧٥ - ٢٦ - ١٥٣٧ ، ونقض ١٢/٣/١٩٧٥ - ٢٦ - ٥٦٨ ، ونقض ٢٢/٣/١٩٧٥ - ٢٦ - ٦٤٣ ، ونقض ٢٦/٣/١٩٧٥ - ٢٦ - ٦٨٧ ، ونقض ٢٦/٣/١٩٧٥ - ٢٦ - ٦٨٧ .

لان القاعدة أن الطعن في الحكم بمخالفة القانون ، أو بالخطأ في تطبيقه أو تأويله ، لا يجدى الا اذا كان الحكم ذاته قد بنى على هذا الخطأ أو تلك المخالفة ، والا فالحكم يكون صحيحا ، بصرف النظر عما يحتويه من الاسباب القانونية ، ولهذا جرى التعبير بأن المقصود بالخطأ ، هو ذلك الذى يشوب منطوق الحكم دون اسبابه ، واذن ذكر اعتبار خاطيء في اسباب الحكم لا يفسده اذا لم يؤثر فيه ، وذكر تفسير خاطيء للقانون أو تأويل أو مخالفة له لا يستوجب نقض الحكم أو بطلانه متى كان المذكور قد ورد في اسبابه ، وكانت هناك اسباب أخرى صحيحة تستقيم معه ، وتناقض اسباب الحكم ، لا يبطله اذا بنى على اسباب صحيحة كافية (١) (٢) .

وعلى العكس ، اذا وردت في اسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة ، فانها لا تؤثر في تصحيح المنطوق ، اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ، ولم يبن على تلك التقديرات الصحيحة .

وقد قضت محكمة النقض اعمالا للمبادئ المتقدمة بأنه اذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على اساس أن اخلال الشركة المطعون عليها بالتزاماتها قد ضيع عليه فرصة كان يترقبها من وراء اظهاره في الافلام المتعاقد عليها ، وهى ذى سوع شهرته كممثل سينمائى فانه يكون من غير

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ وفای رقم ٩٩ و ١١٣ ، ونقض فرنسى ٣ فبراير ١٨٦٤ سیرى ٦٤ - ١ - ١٠ ، ٩ فبراير ١٩١٠ سیرى ١٣ - ١ - ١٥٠ ، ٢١ أبريل ١٩١٣ ، سیرى ١٩١٤ - ١ - ٥ و ٢ نوفمبر ١٩١٣ ، سیرى ١٩١٥ - ١ - ٧٨ و ٨ نوفمبر ١٩٢٢ ، سیرى ٢٤ - ١ - ٣١٣ ، ونقض ٢٨ بولية ١٩٢٥ ، سیرى ١٩٢٥ - ١ - ٣٠٥ ، ٢٤ يناير ١٩٢٨ جازيت باليه ٢٨ - ١ - ٥٤٤ ، ونقض ١٩٧٢/٢/٢٧ - ٢٣ - ١٧٦ ، ونقض ١٩٧٢/٤/٢٩ - ٢٣ - ٧٨١ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/١٦ - ٢٣ - ١٣٩٨ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/١٩ - ٢٣ - ١٤٢١ ، ونقض ١٩٧٣/٦/١٢ - ٢٤ - ٨٨٥ ، ونقض ٧١/١١/١٧ - ٢٢ - ٩١٠ .

(٢) ولمحكمة النقض أن تستكمل الاسباب القانونية اللازمة في الاحوال المتقدمة ، وتستدرك ما وجدته في بعض الاسباب من الأخطاء القانونية - جلاسون المرجع السابق ونقض ٢٤ يناير ١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨ - ١ - ١٥٤٤ والاحكام العديدة المشار اليها في المرجع السابق ونقض ١٩٧٣/٢/١ - ٢٤ - ١٣٥ ، ونقض ١٩٧٢/١٢/١٦ - ٢٣ - ١٣٩٨ .

المنتج النص على هذا الحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبي فحسب في حين أن الطاعن يرى أن الوصف الحقيقي المنطبق عليه أنه ضرر مادي متى كان لم يقدم الى محكمة الموضوع ما يدل على أن ضرراً آخر محققاً قد حاق به خلاف الضرر الذي قضى له بالتعويض من أجله (١) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد كيف دعوى منع التعرض بأنها دعوى استرداد حيازة ، وهي لا يشترط فيها توافر الحيازة لمدة سنة ، فإنه لا يعيبه ما تزيد به بعد ذلك في بحث الدعوى على اعتبارها منع تعرض مهما جاء فيه من خطأ (٢) .

وقضت بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفع الطاعنة بعدم قبول استئناف المطعون عليهما لسابقة الفصل فيه بالحكم الصادر في استئناف البائعة وبنى قضاءه على أسباب أخرى لا تتصل بهذا الدفع ، فإن هذا الخطأ يكون غير منتج ولا يؤثر في سلامة النتيجة التي انتهى اليها من رفض الدفع وقبول الاستئناف بعد أن تبين مما تقدم أن الحكم السابق لم يحز قوة الامر المقضى به في خصوص طلب قبول المطعون عليهما خصمين ثالثين في الدعوى (٣) .

وقضت بأن خطأ الحكم في الاستناد لا يبطله اذا كان هذا الخطأ ورد استطراداً زائداً بعد استيفاء دليل الحكم ، ولا اثر له في النتيجة التي انتهى اليها (٤) .

وقضت بأن خطأ الحكم في تطبيق القانون لا يبطله اذا كان هذا

(١) نقض ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ المجموعة ٥ - ١ - ٢٤١ .

وانظر ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ . المجموعة ٤ - ١ - ٨٨ ، ونقض اول مايو ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٣ - ٩٩٢ ، نقض ٢١ يونية ١٩٥٦ المجموعة ٧ - ٢ - ٧٤٢ ، ونقض ٤ مارس ١٩٥٤ المجموعة ٥ - ٢ - ٥٧٢ ، ونقض ٨ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٢ - ٣٤٤ .

(٢) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة ٦ - ١ - ٢٠٨١ .

(٣) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ ، المجموعة ٤ - ١ - ١١ .

(٤) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ ، المجموعة ٢ - ١ - ٩ .

الخطأ لم يؤثر في سلامة منطوقه . واذن فاذا كان الحكم اذ قضى بأن التقادم لا يبدأ الا من الوقت الذي تخرج فيه المدين من حيازة الراهن بحجة أنها ما دامت في حيازته فان يده عليها هي الدليل الحسى الملموس على بقاء الرهن واستمراره وانه لا تقادم ولا سقوط مهما طال أمد الرهن وكان هذا خطأ في القانون ، الا ان هذا الخطأ لا يبطله اذا كان الحساب بين الطاعن والمطعون عليهم لم يصف بعد ، وكان عقد الرهن كذلك لم ينقض ، وكان حق المطعون عليهم بالتالى في طلب الحساب واسترداد العين المرهونة لم يزل باقيا لم يلحقه تقادم (١) .

وقضت بأنه لا يبطل الحكم اذا وقع في أسبابه خطأ في القانون ، ما دام هذا الخطأ لم يؤثر في النتيجة التى انتهى اليها . واذن فخطأ الحكم فيما قرره من انه ينبى على تقصير المشتري ، الطاعن ، في تنفيذ التزاماته بالنسبة الى أحد القطعتين المبيعيتين بطلان عقد البيع برمته مع أن هذا التقصير لا يعد سببا لاعتبار العقد باطلا ، هذا الخطأ لا يبطل الحكم متى كان قد أقيم في أساسه على ما حصلته المحكمة من أن التزامات المشتري بالنسبة الى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة ، وانه قصر في الوفاء بها ، وان البائع - المطعون عليه - تمسك قبله بالدفع بعدم التنفيذ فلا يكون محقا في دعواه (٢) .

وقضت بأنه متى كان الحكم مقاما على أدلة تسنده فلا يؤثر في سلامته ما يكون قد وقع به من خطأ في الاسناد او اغفال لبحث بعض الاوراق فيما ورد فيه ترايدا (٣) .

وقضت بأنه لا يعيب الحكم أن يكون قد اعتبر الاتفاق وكالة بالعمولة

(١) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ المجموعة ٢ - ١ - ٩٣ .

(٢) نقض ٢٢ مارس ١٩٥١ المجموعة ٢ - ٢ - ٤٤٤ .

وانظر أيضا نقض ٥ ابريل ١٩٥٤ - المجموعة ٢ - ٣ - ٦٩٣ .

(٣) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤٩ - المجموعة ١ - ٣٩ .

ونقض ٣٠ مارس ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ٣٩١ .

في حين أنه عقد من نوع خاص متى كان قد انتهى الى نتيجة سليمة (١) .

١٢٤ - وجوب تسبيب كل حكم يصدر بصورة صريحة أو ضمنية ، في طلب أصلي ، أو احتياطي ، أو عارض ، أو في دفع موضوعي ، أو شكلي ، أو في دفع من الدفوع بعدم القبول ، أو في دفع رداً على دفع آخر ، متى قدم الطلب أو الدفع الى المحكمة تقديمًا صحيحًا وطريقًا .

القاعدة هي وجوب تسبيب كل حكم يصدر في طلب أصلي ، أو احتياطي ، أو في طلب عارض من المدعى ، أو المدعى عليه ، أو من الغير (التدخل في الخصومة) ، أو من أحد الخصوم في مواجهة الغير (اختصاص الغير) . كما يلزم تسبيب كل حكم يصدر في دفع سواء أكان هذا الدفع شكلياً أو موضوعياً أو من الدفوع بعدم قبول الدعوى أو كان دفعا للدفع (كالدفع بعدم قبول دفع شكلي للتمسك به بعد الميعاد - وهو من الدفوع بعدم القبول التي تبدى في أية حالة تكون عليها الاجراءات عملاً بالمادة ١١٥) . ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء أصدر الحكم في الطلب أو الدفع بصورة صريحة أم ضمنية ، ويشترط لأعمالها أن يدلى الخصم بالطلب (٢) أو الدفع بصورة واضحة صريحة مفهومة (٣) والا يتنازل صراحة أو ضمناً

(١) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ - المجموعة ٤ - ٣ - ١٠٦١ .

وانظر أيضاً في الاسباب الزائدة نقض ١٩ ديسمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١١٤٦ ونقض ١٥ يونية ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٥٥٢ ونقض ٢٨ يناير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٩٥ ونقض ٢٣ يونية ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٤٧١ .

(٢) نقض أول ديسمبر ١٩٤٩ - مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٥٤ .

(٣) لا تشرب على المحكمة ان هي لم تبحث صورية العقد متى كان الخصم لم يخرج قوله بالصورية مخرج الدفع الصريح الواضح الذي يحتم على المحكمة أن ترد عليه (نقض ١٥ مايو ١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٣٩) . وقضت محكمة النقض بأنه لا يعد دفعا صريحا بطلان تقرير الخبير يلزم المحكمة بالرد عليه ومناقشته قول الخصم «من العدالة أن يكون تقدير الربح متناسبا مع هذه القيمة . . . بدون التفات لأعمال الخبير الباطلة الذي باشر عمله في غياب المستأنفة بدون أن يعلنها بيوم مباشرة عمله . . .» نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٢٧٨ ، وقضت بأن إشارة الخصم في دفاعه الى أن الخصوم من التجار ويمسكون دفاتر حسابية لا يعد طلباً صريحاً بتقديم الدفاتر ، ولا تلتزم المحكمة ببيان سبب رفضها له - نقض ١٩٧١/٥/٢٠ - ٢٢ - ٦٦٩ .

عن التمسك به (١) ، وأن يكون التقدم به صحيحا الى المحكمة . ويلاحظ أنه اذا رأت المحكمة بطلان الاجراء الذى قدم به الطلب أو الدفع ، أو رأت عدم قبول هذا أو ذاك لسبب ما ، فانه من الواجب تسبيب القضاء الصادر بالبطلان أو بعدم القبول (بناء على التمسك صاحب المصلحة أو من تلقاء نفس المحكمة وفقا لظروف الاحوال) .

وكثيرا ما يصدر الحكم مشتملا على اسباب عامة ، تصلح للرد على سائر الطلبات أو الدفع وفق ما سوف نراه فى الفقرات التالية .

وبالاحظ أخيرا أن اغفال الفصل فى طلب موضوعى يجيز للخصم صاحب المصلحة الرجوع الى المحكمة للفصل فيما أغفلته عملا بالمادة ١٩٣ بشرط أن يكون الاغفال اغفالا كلياً ، ولا يؤثر هذا الاغفال فى صحة القضاء الصادر فى الطلبات الموضوعية الاخرى . واغفال الفصل فى دفع ما ، بصورة صريحة أو ضمنية ، يؤدى الى إلغاء الحكم الصادر فى الموضوع اذا بنى على القضاء الضمنى غير المسبب برفض الدفع وفق ما سوف نراه فيما بعد . أما اغفال الرد على أدلة الخصوم أو أوجه دفاعهم أو مستنداتهم أو طلبهم احالة الدعوى على التحقيق فسوف ندرس اثره فى البحث التالى .

١٢٥ - احكام لا تسبب لان مجرد النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب صدورها :

الاحكام غير القطعية المتصلة باثبات الخصومة أو بتنظيم سيرها (٢) :

مجرد النطق بالحكم باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات يفصح فى ذاته عن سبب صدورده ، ولا يتطلب الامر تسبيبه (م ١/٥ اثبات) ، أما اذا عدلت المحكمة عما أمرت به من اجراءات الاثبات فمن الواجب اثبات سبب العدول بالمحضر عملا بالمادة ٩ من قانون الاثبات .

(١) حكم بأنه اذا دفع الخصم بعدم الاختصاص المحلى ، ثم طلب التأجيل ليثبت بتقديم سندات معينة براءة ذمته من جزء من الدين ، وقدم هذه المستندات ثم وافق على تأجيل آخر ، فانه يكون قد عدل عن حقه فى التمسك بعدم الاختصاص . مرجع القضاء رقم ٧٩٣٣ .

(٢) يراجع ما قدمناه فى رقم ٦٩ م من هذا الكتاب .

وجدير بالاشارة أن المحكمة اذا تناولت في حكمها بحث جواز الإثبات قانونا بطريق معين ، أو عدم جوازه ، أو تحديد الخصم المكلف قانونا بالاثبات ، فانها تكون قد حكمت بقضاء قطعى يلزم تسببيه ، ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

ومجرد النطق بقرار المحكمة بضم دعويين يشف عن سبب صدوره ، وهو توافر رباط بينهما ، كذا الحال بالنسبة للقرار بالفصل بينهما (٢) .

الاحكام الصادرة بما للمحكمة من سلطة تقديرية في اختيار أحد وجهى الحكم بالقانون :

إذا أجاز المشرع للقاضى الاخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه من ظروف كل قضية ، فان معنى هذا أن المشرع يترك للقاضى سلطة تقديرية مطلقة متى توافرت الحالة القانونية التى بصدها أجاز له اختيار أحد وجهيها دون حاجة الى ابداء أسباب هذا الاختيار ، لان مجرد اجراء هذا الاختيار يفصح عن سببه - وهو ارتياح المحكمة نظرا لظروف القضية ووقائعها فى تفضيل خصم على آخر . ولا يخضع هذا التقدير والاختيار لرقابة محكمة النقض (٣) بشرط أن تكون الحالة القانونية - التى أجاز فيها المشرع للمحكمة اعمال السلطة التقديرية (٤) - قائمة وثابتة بما يؤيدها من الأسباب الواقعية والاسباب القانونية .

وقد يجيز المشرع للقاضى السلطة التقديرية المتقدمة الى اعمال قواعد القانون المدنى أو التجارى أو البحرى أو قانون المرافعات .

فمثلا تجيز المادة ١٢٤/٥ للمحكمة أن تأذن للمدعى أو للمدعى عليه

(١) (٢) راجع بالنسبة للحكم الصادر بوقف الدعوى وطبيعته : جلاسون ٣ رقم ٧٤٤ والاحكام المشار اليها - وكتاب الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع فى ص ١٦٦ وجارسونيه ٦ ص ٦٥٧ ، وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٧٩ وما يليه .

(٤) pouvoir discretionnaire

(م ١٢٥/٤) الادلاء بطلبات عارضة ، بشرط أن تكون مرتبطة بالدعوى الاصلية ، وتجزئ لها الاذن بها ولو كانت مرتبطة بها . فمتى ثبت من الحكم أن الطلب الذي تقدم به الخصم أثناء نظر الدعوى هو مرتبط بها ووضح دليل هذا الارتباط ، فانه يكون صحيحا اذا قبل الطلب بصورة عارضة ولو لم يستند الى نص المادة ١٢٤ أو المادة ١٢٥ ، أو لم يبرر دواعي قبول الطلب ، واذا ثبت من الحكم أن الطلب مرتبط بالدعوى ومع ذلك لم يقبله بصورة عارضة فانه يكون صحيحا ولو لم يبرر عدم القبول . أما اذا أثبت الحكم أن الطلب لا يرتبط بالدعوى ، وكان الطالب قد استند في قبوله الى مجرد الفقرة ٥ من المادة ١٢٤ أو الفقرة ٤ من المادة ١٢٥ ، ولم يندرجا أو يعتبرا من بين حالات قبول الطلبات المعارضة الاخرى المشار اليها في هذه المادة أو تلك ، بحيث لا تلزم المحكمة بقبوله تحقيقا لعمال القانون اعمالا صحيحا ، فان الحكم لا يكون معيبا ولو لم يبين ويوضح انتفاء الارتباط ما دامت المحكمة مخيرة بين قبوله أو عدم قبوله ، ولو كان بالفعل مرتبطا بالدعوى الاصلية ، وما دام هذا الطلب ليس من بين الحالات التي تلزم المحكمة بقبوله بصورة عارضة .

ويجيز المشرع في المادة ٢٩٠ الحكم بالنفاذ المعجل ، أو رفضه ، أو الحكم بالكفالة أو رفضها ، حسبما تقدره المحكمة من ظروف كل حالة ، فترجح بين مصلحة المحكوم له ومصلحة المحكوم عليه . ويجب أن يثبت في الحكم طلب الخصم شمول الحكم بالنفاذ ، وأن الحالة المذكورة فيه تندرج تحت أحوال النفاذ المعجل بحكم المحكمة جوازا ، ويجب تبرير هذا القضاء بما يؤيده من الاسباب الواقعية والقانونية ، ولا يلزم بعدئذ تبرير الحكم بالنفاذ أو رفضه .

واذا اشتملت المحكمة حكمها بالنفاذ المعجل عملا بالمادة ١٩٠ ، فمن الجائز الطعن عليه بمخالفة القانون ، على تقدير أنه قد شمل بالنفاذ المعجل في غير حالات جوازه عملا بهذه المادة (١) .

وتنص المادة ٩٩ على جواز الحكم على المدعى بوقف الدعوى لمدة

(١) تراجع دراسة تفصيلية لهذا الموضوع في كتاب التنفيذ - باب النفاذ المعجل .

لا تجاوز ستة أشهر ، بدلا من الحكم عليه بالغرامة ، اذا تخلف عن ايداع مستنداته في الميعاد او عن تنفيذ اى اجراء كلفته به المحكمة ، وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه . فاذا مضت مدة الوقف ، ولم ينفذ المدعى ما امرته به المحكمة ، جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

واعمال المادة المتقدمة يقتضى أن تتحقق المحكمة من توافر الشروط الواردة في صدر المادة ، وأن تثبت في حكمها أن المدعى هو المهمل ، وأنها قد سمعت أقوال المدعى عليه قبل الحكم بالوقف ، وبعدئذ يكون الامر اختياريا في الحكم بالوقف أو عدم الحكم به .

واذا عجلت الدعوى بعد وقفها ، ولم ينفذ المدعى ما امرته به المحكمة ، جاز لها الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، ومجرد النطق بهذا الحكم يفصح عن سبب صدوره .

وقضت محكمة النقض بأن القضاء بنفقة مؤقتة لمستحق في وقف وتحديد قيمتها مما يدخل في سلطة القاضي التقديرية (الاطلاقية) ، فالمحكمة ليست ملزمة بابداء ما تستند اليه في تقرير هذه النفقة وفي تقدير قيمتها (١) .

وتنص المادة ١١٣ على أنه اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الاجابة بغير مبرر قانونى ، جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن في الاحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك .

وجدير بالذكر أن هنالك احوالا يترك فيها المشرع للمحكمة سلطة تقديرية ، وانما هذه السلطة التقديرية مقيدة ، بحيث اذا لم تبين بصورة صريحة أو ضمنية ، ما يبرر ما تحت اليه كان حكمها معيبا .

فمثلا اذا كانت المحكمة تملك من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب خصم في الدعوى احوالها الى التحقيق ، كما تملك رفض هذا الطلب ، فاتهام مع ذلك تلزم ببيان سبب الرفض ، وكثيرا ما ترد في الحكم اسباب عامة تصلح للرد على مثل هذا الرفض ، أو رفض باقى القرائن التى لم تستند اليها المحكمة (٢) .

(١) نقض ١٣ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ١٦٣ .

(٢) راجع ما قدمناه في مدى سلطة قاضى الدعوى في هذا الصدد .

١٢٦ - احكام لا تسبب لانها تعد قائمة على اسباب الحكم في الموضوع
- توابع الطلب الاصلى وما يرتبط به برباط قوى - الطلبات المندمجة في
الطلب الاصلى :

اذا كان الاصل عند تعدد الطلبات (أو الدفوع) أن يبين القاضى فى حكمه الاسباب الخاصة المتعلقة بكل طلب أو دفع ، فانه لا مانع مع ذلك من اقامة جميع اجزاء الحكم على اسباب عامة تصلح لكل واحد منها ، أو من اقامته ، اذا كان قاضيا بقبول طلب أو دفع أو رفضه ، على اسباب تصلح لحمل قضائه بقبول أو رفض طلب أو دفع آخر . فمثلا بحسب المحكمة أن تذكر فى حكمها عدم قبول الدعوى المرفوعة فيما يختص برد عين الوقف بالحالة التى هى عليها ليحمل على تلك الاسباب قضاؤها بعدم قبول دعوى ريع هذه العين مدة الغضب المدعى به ، فان الدعوى الثانية تنزل من الاولى منزل التابع من المشبوع ، وتأخذ حكمها قبولاً ورفضاً بطريق الاقتضاء (١) .

والحكم بأصل الحق وما تبعه أو التحقق به من التوابع والملحقات أو برفض ذلك جميعا ، يكفى فيه أن يكون مشتملا على الاسباب التى بنى عليها الحكم بقبول الطلب الاصلى أو رفضه ، ولا يصح الطعن عليه بأنه خلو من اسباب صريحة خاصة بالطلبات التابعة أو الملحقة . فحسب الحكم الصادر بالزام المدعى بالدين وفوائده من وقت المطالبة الرسمية والمصاريف ان يكون مسببا فى خصوص أصل الالتزام بالدين ، ليقام على اسبابه الحكم بالفوائد والمصاريف ، وحسب الحكم الصادر برفض طلب تثبيت الملك ورد ثمراته أن يبين كيف نفى الملك عن المدعى ، ليدل الحكم على أنه غير مستحق لثمراته . وحسب الحكم الصادر برفض الدعوى التى طلب فيها فسخ العقد ، والتعويض نتيجة الفسخ ، أن تبين المحكمة سبب الحكم برفض الفسخ لتحمل عليه الحكم برفض التضمينات ، وكل ما تقدم مشروط بعدم منازعة الخصم فى أصل الالتزام بالملحقات والا وجبت الاجابة عليها بأسباب خاصة (٢) .

(١) نقض ١٨ فبراير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٩٦ .

(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٣ .

وفيما يلي امثلة من احكام المحاكم اعمالا للقواعد المتقدمة :

قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا حكم للمدعى بمطلوبه ومع ذلك الزمه الحكم بالمصاريف ، وجب تسبیب هذا الحكم الاخير بأسباب تبرره والا كان باطلا (١) ، واذا لم تبين المحكمة ، في حكمها وجه الزام المحكوم عليهم بالمصاريف بالتضامن كان باطلا (٢) ، واذا رفضت المحكمة طلبات الخصم الاصلية ، فان اسباب هذا الرفض صالحة لاقامة الحكم برفض توابع هذا الطلب وملحقاته او طلباته الاحتياطية (٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت الفوائد في صورة القضية تعتبر من الطلبات التابعة لطلب التعويض الاصلی ، وكان الحكم اذ تعرض للطلب الاصلی قد اشتمل على الاسباب التي بنى عليها قضاءه ، وهي اسباب شاملة يتحمل عليها القضاء في الطلب التابع ، فانه لا تثريب على المحكمة اذ هي لم تورد بيان العناصر التي استندت اليها في هذا الخصوص ، ما دام أن عناصر التعويض الاصلی التي أوردتها وافية البيان لا يشوبها القصور (٤) .

وانما يلاحظ انه اذا قضت المحكمة بالمبلغ الذي يستحقه الخصم ، ورفضت طلب الفوائد ، دون ان تورد الاسباب التي تبرر عليها هذا

(١) نقض فرنسی ٢٢ يولية ١٨١٦ - ربرتوار دالوز رقم ١٠٤٩ تحت عبارة «الاحكام» .

(٢) نقض فرنسی ٥ يناير ١٨٨١ (دالوز ٨١ - ١ - ١٢٩) - مع مراعاة المادة ٣٥٧ من القانون المصري ، بمعنى انه اذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى فيه ، فيعد الحكم بالزامهم في المصاريف بالتضامن قائما على المادة ٣٥٧ متى وضح في الحكم التزام هؤلاء متضامنين في أصل الالتزام .

(٣) نقض فرنسی ١٥ مايو ١٨٧٦ (دالوز ٧٦ - ١ - ٤٣٦) .

(٤) نقض ١٧ مايو ١٩٥٥ - مجموعة ٦ - ٢ - ٦٧٩ - ومع ذلك قضت بأن الفوائد - في صورة قضية أخرى مطروحة عليها - ليست من الملحقات الواجب القضاء بها حتما تبعا للأصل حتى يمكن القول بأن الحكم بها انما كان سببه هو اعمال حكم القانون - واذن كان يتعين تسبیب القضاء الصادر فيها - نقض ١٩ يونية ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٣٨٥ .

الرفض، فان حكمها يكون قاصرا في هذا الخصوص مما يستوجب نقضه (١) .

وقضت بأنه اذا اشتملت الدعوى على طالبين ، هما فسخ عقد والتعويض وثبت أن أسباب الفسخ هي بعينها الاسباب التي أقيم عليها طلب التعويض فان بحث المحكمة في طلب التعويض يعتبر بحثا للأسباب التي أقيم عليها طلب الفسخ (٢) ، وكذلك الحال اذا رفضت المحكمة طلبا موجهها الى مدعى عليهما بطريق التضامن بينهما (٣) .
وانما اذا اشتملت الدعوى على طالبين أحدهما بطلان عقد والثاني رد المبلغ الذي دفع بناء على هذا العقد ، ورفض الحكم الدعوى بشقيها ، وذكر أسبابا لا تنصب الا على الطلب الاول وحده ولا تؤدي الى رفض الطلب الثاني ، فان الحكم يكون قاصر التسبب في هذا الصدد (٤) .

والحكم بتحديد الملزم بالمصاريف وقدرها اذا ما صدر متمشيا مع القضاء في موضوع الدعوى ، فانه يعتبر قائما على الاسباب التي أقيم عليها الحكم في الموضوع ، كما اذا قضت المحكمة لكل من الخصمين ببعض طلباته وحملت كلا المصاريف مناصفة عملا بالمادة ١٨٦ (٥) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا طلب المستأنف انقطاع الخصومة لوفاة أحد المستأنف عليهم ، وصدرت المحكمة حكمها بتأييد الحكم المستأنف.

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٢ - ٧٣٥ ، ونقض ١٦ يونية ١٩٥٥ - المجموعة ٦ - ٣ - ١٢٦٦ . وقضى بأن الحكم الصادر بالدين وبالفوائد - لا من وقت المطالبة القضائية بل من يوم صدور الحكم المستأنف - يجب تسببه في الامرين (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر ١٨٧٧ - دالوز - ٧٧ - ١ - ٢٩٥) ، ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١ - ٥٣٤ .

(٢) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٢ - ٦٧٦ .

(٣) نقض ١٦ نوفمبر ١٩٥٠ المجموعة ٢ - ١ - ٤٣ .

(٤) نقض أول مايو ١٩٤٢ ، المجموعة ٣ - ٣ - ١٠١٦ .

٥١ راجع حكم النقض ٢٦ نوفمبر ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٠ وجلاسون ٣ رقم ٧٤٥ ونقض فرنسي ١٣ مايو ١٩٢٢ ، جازيت باليه ١ - ٧٢٤ ونقض ٣ مارس ١٨٩٧ سيري ٩٨ - ١ - ١٣ ونقض ١٩ فبراير ١٨٩٦ سيري ٩٦ - ١ - ٦٤٤ .

دون أن ترد على هذا الطلب ، فحسبها أن يتضح من بيانات الحكم أنها قد رفضته لحصول الوفاة بعد قفل باب المرافعة وتأجيل القضية (١) ، ويكون رفض الطلب مؤسسا على المادة ١٣١ .

وبالنسبة الى الطلبات التي تعتبر مندمجة في الطلب الاصلى ، والتي اشارت اليها المادة ٢/٣٨ في صدد تقدير قيمة الدعوى ، كطلب شطب الرهن مع طلب براءة ذمة المدين ، وطلب الغاء الحجز مع طلب براءة المستأجر من دين الاجرة ، يعتبر القضاء في الطلب الاصلى بمثابة قضاء في الطلب المندمج ، فلا يتطلب الحكم في الطلب الاخير اسبابا خاصة به (٢) .

ويلاحظ أن مثل الطلبات المتقدمة لا تعتبر مندمجة اذا قام حولها نزاع خاص ، وكان الفصل في الطلب الاصلى لا يستتبع نفس المصير بصدده ، كطلب التسليم مع طلب تثبيت الملكية ، اذا قام نزاع حول التسليم مستقل عن الملكية .

١٢٧ - الاسباب الواقعية والاسباب القانونية (١) - مدى رقابة محكمة النقض عليها :

يبين من كل ما تقدم أن من الاسباب ما يبرر الواقع الذي استخلصه القاضى ، ومن الاسباب ما يبرر ارساء القاعدة القانونية التي اختارها بصدده ، وتسمى الاولى الاسباب الواقعية ، وتسمى الثانية الاسباب القانونية .

والاصل أن محكمة النقض تشرف على صحة تطبيق القانون دون أن تتعرض لما تعلق بواقع الدعوى ، اذ لا دخل للقانون في تحصيل فهم الواقع في ذاته ، ومن ثم لا تملك القيام بالبحث عن أدلة جديدة ، أو تجرى تحقيقا ، أو تنتقل للمعاينة ، أو تطلع على أوراق لم تقدم الى قاضى الدعوى ، كما لا تملك الترجيح والموازنة بين الدلائل والقرائن التي قدمت الى قاضى .

(١) نقض ٣٠ يونية ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٣٥ .

(٢) . تراجع المذكرة التفسيرية للقانون عن المادة ٣٨ .

(٣) les motifs de fait et les motifs de droit

الموضوع ، لان القانون قد خول له سلطة مطلقة في هذا الصدد دون رقابة أو اشراف من جانب محكمة النقض .

واذا كان هذا هو الاصل العام ، الا أن لمحكمة النقض أن تراقب فهم الواقع من نواح اربعة رئيسية :

(١) التحقق من أن قاضي الدعوى قد احترم القواعد الموضوعية في الالابات بالنسبة الى الاحوال التي يجوز فيها سلوك كل طريق من طرق الالابات بحسب طبيعة المراد اثباته ، وما اذا كان وقائع مادية أو روابط قانونية ، وبالنسبة الى قوة الدليل المستفاد منه ، والخصم المكلف بالاثبات ، وينبغي على قاضي الدعوى أن يتقيد بما تقدم ويأخذه عن القانون أخذا صحيحا .

(٢) التحقق من أن قاضي الدعوى قد احترم القواعد الاجرائية في الالابات ، على ما قدمناه (١) ، فلم يستند الى نتيجة مستخلصة من تحقيق باطل ، أو يستند الى ورقة قدمها خصم بعد قفل باب المرافعة وفي غفلة من خصمه الخ .

(٣) تتبع سير اجراءات الخصومة ومراقبته من واقع الاوراق الثابت فيها تلك الاجراءات ، بأن تطلع محكمة النقض عليها للتحقق بنفسها من حقيقة الواقع في الدعوى ، وما اذا كان يتمشى مع ما قرره المحكمة . وكثيرا ما تبينا - من الامثلة العديدة لاحكام محكمة النقض المتقدمة - أن قاضي الموضوع بنى حكمه على واقعة وهمية لا أصل لها في الاوراق أو تخالف الثابت منها . ولا يصح أن يحتج على ما تقدم بمقولة أن قاضي الدعوى قد ثبتت من وقائعها بما ذكره في حكمه ، وذلك لان النزاع يتعلق في واقع الامر بمسألة قانونية هي مدى أخذه بوقائع الدعوى الثابتة ، وما اشتملت هي عليه من حجج وبيانات ، وما اذا كان قد مسحها وجردها من طبيعتها وجوهرها .

واذن تملك محكمة النقض تتبع الوقائع الاجرائية (٢) بالاطلاع على اوراق

(١) في الفقرة رقم ٨١ وما يليها ، وما ذكرناه من امثلة في هذا الصدد .

(٢) les faits proceduraux

الاجراءات ، وذلك عند الادعاء بأن ما جاء به الحكم المطعون فيه يخالف ما احتوته تلك الاوراق (١) .

(٤) التحقق من أن قاضى الدعوى قد قدر أدلتها تقديراً يتمشى مع المنطق السليم (٢) .

وبالنسبة الى تكييف الوقائع الصحيحة ، وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها ، فقد قدمنا أنه يقتضى جهداً قانونياً ، ومن ثم تراقب محكمة النقض التكييف حتى تحدد ما يندرج تحت عموم الالفـساظ والعبارات والقواعد القانونية وما لا يندرج ، وعناصر أو شروط أو قيود هذه القواعد .

١٢٨ - الاسباب المكملة للمنطوق (٣) ، والاسباب التى تبرره (٤) :

تعد الاسباب الاولى مكملة لما يرد فى المنطوق من قضاء ، اما الثانية فهى تبرره فقط دون أن تشتمل على قضاء يحوز حجية ما .

وهذا الموضوع يخرج عن نطاق دراسته تسبیب الاحكام فى ذاته (٥) .

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٤٧ ، والاحكام الجديدة التى تقدمت دراستها فى الفقرات السابقة .

(٢) راجع الامثلة المشار اليها فى الفقرة رقم ٨٨ وما يليها .

(٣) أو الجوهرية *les motifs objectifs*

(٤) أو العرضية *les motifs subjectifs*

(٥) انظر الدراسة التفصيلية للموضوع فى الفقرة رقم ١٦٢ وما يليها من هذا الكتاب وما أشرنا اليه من احكام .

المبحث الثاني

جزء قصور التسبيب

١٢٩ - اذا كان المشرع يوجب تسبيب الاحكام تسبيبا جديا فذلك ليحقق غاية المراد منه ، على التفصيل المتقدم :

واذن ليس يكفي أن تبدى اسباب مبهمة ، أو غامضة ، أو مجملة ، أو متهاثرة ، أو متخاذلة ، أو ناقصة ، أو متناقضة يمحو بعضها بعضا ، أو مضطربة - ليس يكفي أن تبدى مثل هذه الاسباب لاعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسبيب (١) . ولا يعقل أن يكون مقصود قانون المرافعات أن يأتى القاضى بأية اسباب خاطئة أو غامضة فيصبح حكمه صحيح الشكل ، أو أن يردد مثل هذه العبارات : ان الدعوى قد أقيمت على أساس صحيح ، أو أنها فاسدة ، أو ان دفوع المدعى عليه ظاهرة

(١) اتجه رأى قديم فى فرنسا يكتفى لصحة شكل الاحكام من ناحية التسبيب أن تذكر به اسباب صحيحة أم خاطئة ، كافية أم غير كافية استنادا الى المادة ٧ من قانون ٢٠ ابريل ١٨١٠ التى تنص على ان أحكام محاكم الاستئناف التى لا تشتمل على اسباب تكون باطلة والى أن القانون الفرنسى يحتم على محكمة النقض ألا تنقض الحكم الا اذا كانت هناك مخالفة صريحة للقانون .

ولقد رأت محكمة النقض الفرنسية أن الاخذ بالظاهر المتقدم لا يحقق مقصود المشرع من التسبيب فأوجبت أن تسبب الاحكام تسبيبا صحيحا كافيا والا كانت باطلة .

نقض فرنسى ٣ فبراير ١٨٩٧ (دالوز ٩٧ - ١ - ١٧٨) ، ونقض فرنسى ١٣ فبراير ١٨٦١ (دالوز ٦١ - ١ - ٤٨٨) ، ونقض فرنسى ٢٧ نوفمبر ١٨٨٤ (دالوز ٨٦ - ٧٩) ونقض فرنسى ٦ يولية ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٢٥٦) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ ونقض فرنسى ٨ مارس ١٩٢٠ (سيرى ١٩٢١ - ١ - ١٢١) ، ونقض فرنسى ٩ مايو ١٩١٧ (سيرى ١٩١٨ - ١ - ١٤) وفأى رقم ٩١ .

الفساد ، أو أن احالة الدعوى على التحقيق فيه مضيعة للوقت ، وأن المدعى محقق فيما يدعيه .

ولقد ابدت محكمة النقض المصرية اتجاه الراى المتقدم فى كل أحكامها . ومما قالته أن المشرع لم يقصد الزام المحكمة بتسبب أحكامها أن يستكمل شكلها باعتبارها من أوراق المرافعات ، فيكتفى فيها بمطلق الاسباب ولو جاءت مبهممة تصح لكل حكم أو غامضة أو مجملة لا تقنع المطالع عليها بعدالتها ، وإنما لا يؤدي التسبب ثمرته إلا اذا كان كافيا وكفيلا بأن يحقق المقصود منه ، والا استطاع قاضى الموضوع أن يجهل طريق الرد على أحكامه ، فيكتفى بأسباب مجملة ، أو غامضة ، أو ناقصة ، أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع ، وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانون ، فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبب هي المعرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة (١) . وقالت اذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من الأدلة المقدمة ، وفى وزن هذه الأدلة وتقديرها وترجيح بعضها على بعض ، فإن خضوعه لرقابة محكمة النقض فى تكييف هذا الفهم بحكم القانون ، وفى تطبيق ما ينبغى من أحكام القانون يحتم عليه أن يسبب حكمه التسبب الكافى لتمكين محكمة النقض من اجراء هذه المراقبة ، فإن قصر حكمه عن ذلك فعجزت محكمة النقض عن التقرير بنفى المدعى به من مخالفة القانون ، أو من الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، نقضت الحكم لخلوه من الاسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانونى (٢) .

وجاءت المادة ١٧٦ من قانون المرافعات الجديد تنص على أن الأحكام

(١) نقض ١٩ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٢١٨ .

(٢) نقض ٢٣ مارس ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٩٨ ونقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٤٢١ ، والأحكام العديدة المتقدمة الذكر فى الفقرات السابقة .

= الحكم الانتهاى الصادر من محكمة الدرجة الاولى يقبل الاستئناف استثناء اذا أغفل دفاعا جوهريا يتغير به وجه الراى فى الدعوى ، اذ يعد مشوبا بالتقصير فى اسبابه الواقعية (نقض ١٩٧٩/٤/٤ رقم ١١٧ سنة ٤٦ ق) .

يجب أن تكون مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها والا كانت باطلة .
واذن بمقتضى النص المتقدم يتعين تسبب جميع الاحكام الصادرة من
المحاكم ولو كانت جزئية .

وجاءت المادة ١٧٨ - بعد أن عدت بيسانات الحكم ومن بينها الادلة
الواقعية والحجج القانونية واسبابه - جاءت فى فقرتها الثانية تنص على
أن القصور فى أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم .

ومؤدى المادة المتقدمة أن القصور فى أسباب الحكم القانونية لا يؤدى
الى بطلانه ، وهى بهذا تخصص المادة ١٧٦ المتقدمة الذكر . فمتى كانت
أسباب الحكم الواقعية صحيحة سليمة . وكانت النتيجة التى انتهى اليها
تتمشى مع نصوص القانون ، وكانت القاعدة التى أخذ بها هى التى طبقت
على الوقائع الثابتة ، فان الحكم يكون صحيحا سليما لا مطعن عليه (١) .

وترتيبها على كل ما تقدم ، القصور فى أسباب الحكم الواقعية يؤدى الى
بطلانه ، كما اذا أغفلت المحكمة وقائع هامة ، أو مسختها ، أو أغفلت الرد
على دفاع جوهرى ، أو مستند هام لم يختلف الخصوم على دلالاته وحجيته ،
أو رفضت اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى ، أو لم تدون طريق ثبوت
الادلة ، أو استخلصت غير ما تشفه تلك الادلة دون أن تعمل منطقا سليما
فى هذا الصدد (٢) .

واذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة
التى انتهى اليها صحيحة قانونا ومتماشية مع الثابت من وقائع الدعوى ،
فان الحكم يعد صحيحا ولو لم تذكر فيه القواعد القانونية التى طبقت
بصدده (٣) . ولا يعيب الحكم - فى الصورة المتقدمة - قصور أسبابه
القانونية كما اذا ذكرت أخطاء قانونية فى الأسباب ، أو تناقض بعض

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٩ .

(٢) راجع الفقرة رقم ٢٤ وما يليها . وراجع الاحكام العديدة المشار
اليها فى الفهرس المدنى لقضاء محكمة النقض ، محمود احمد عمر ٢١٢ وما
يليه تحت عبارة حكم تسببه .

(٣) راجع الفقرة رقم ١١٨ وما أشرنا اليه من أحكام .

الاسباب القانونية مع البعض الآخر متى بنى على اسباب صحيحة كافية، لان المقصود بالخطأ في القانون ، كسبب للطعن بالنقض ، هو ذلك الخطأ الذى يشوب منطوق الحكم دون أسبابه أو بعبارة أخرى ، هو الخطأ الذى يبنى الحكم عليه ، وهو فى هذه الحالة وحدها يكون سببا من أسباب الطعن بالنقض (١) . ثم ان الطعن فى الحكم لا يجدى اذ لا مصلحة للمحكوم عليه فى تمسكه بالخطأ القانونى الثابت فى الاسباب لان تصحيحها لا يغير وجه الدعوى ولا يؤثر فيما قضت به المحكمة ، ولا تمسه تلك الاسباب الخاطئة بأى ضرر يبرر بطلان الحكم .

وعلى العكس ، اذا وردت فى أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة ، فانها لا تؤثر فى تصحيح المنطوق ، اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ، ولم يبن على التقديرات الصحيحة .

واذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة التى انتهى اليها تخالف القانون وغير متمشية معه ، فانه يكون مشوبا بخطأ فى تطبيق القانون ، ولا يكون باطلا ، سواء ذكرت أسباب قانونية خاطئة ، او لم تذكر أسباب قانونية على وجه الإطلاق ، وذلك لان المادة ١٧٨/٢ مقتضاها حتما - كما قدمنا - ان القصور فى أسباب الحكم القانونية لا يرتب بطلانه (٢) - والا فالقول بغير هذا يؤدى الى اعتبار جميع الاحكام المشوبة بخطأ فى تطبيق القانون باطلة فى ذات الوقت ، وهذه نتيجة غير مستساغة (٣) . واذا كان هناك قصور فى أسباب الحكم الواقعية ، وفى أسبابه القانونية ايضا ، فان الحكم يكون باطلا ، ويكون مشوبا بخطأ فى تطبيق القانون ، اذا امكن ادراك هذا الخطأ . وقيل ، فى هذا الصدد ، ان

(١) رقم ١٢٣ وما أشرنا اليه من احكام ، وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٩ .

(٢) راجع فى هذا الموضوع نقض ١٦ يونية ١٩٥٥ المجموعة ٦ - ٣ - ١٢٦٦ ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١ - ٥٣٤ ، ونقض ٣ ابريل ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٣ - ٨٦٢ .

(٣) وتؤدى الى اجازة استئناف جميع الاحكام الانتهائية المشوبة بخطأ فى تطبيق القانون - بصفة استثنائية وعملا بالمادة ٢٢١ بمقولة أنها باطلة .

الطعن بالنقض في الحكم بعدم قيامه على أساس قانوني ، اذ كان لا يقوم في الواقع على مخالفة معينة منضبطة يمكن ادراك وقوعها والعلم بها من الحكم نفسه وبناء النقض على أساسها ، بل يقوم على احتمال وقوعها وعجز محكمة النقض عن ضبطها (نتيجة قصور في أسباب الحكم الواقعية) والقول بوقوعها على جهة اليقين ، فهذا الطعن ، وهذا هو جوهره ، لا يمكن ادراجه تحت حالة الطعن بمخالفة القانون ، بل الاشكل به ادخاله تحت حالة الطعن ببطالان الحكم لعدم اشتماله على الاسباب الكافية التي يكون قد بنى عليها (١) . واذن اذا عجزت محكمة النقض عن التقرير بنفي ما ادعى به من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله فإن الحكم يكون باطلا لقصور أسبابه الواقعية (٢) .

١٢٠ - أهمية التفرقة بين الحكم الباطل والحكم المشوب بخطأ في تطبيق القانون :

خلو الحكم من الاسباب هو ولا شك عيب شكلي يؤدي الى بطلانه عملا بالمادة ١٧٦ ، وكذلك الحال اذا كان التسبيب مشوها أو غامضا أو ناقصا أو مبهما أو متهاترا أو خاطئا على التفصيل المتقدم . أما الخطأ في تطبيق القانون فهو عيب في صميم موضوع الحكم .

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٩٩ ، وقيل أن الضرورة هي التي ألجأت محكمة النقض الى اصطناع هذا النوع من التعبير (عدم قيام الحكم على أساس قانوني) لتصل الى رقابتها على تسبب الاحكام تسببا وافيا وابطال الاحكام المسببة تسببا ناقصا مخلا بمقصود المشرع من ايجاب تسببها على الوجه المرضي .

(٢) راجع الاحكام العديدة المشار اليها في الفهرس المدني الاستاذ محمود أحمد عمر رقم ٢١٠ وما يليه - تحت عبارة حكم - تسببه وراجع الاحكام المتعددة التي تقدمت الاشارة اليها في الفقرات السابقة ورقم ٦٨ وما يليه . وقضى باعتبار الحكم في الحالة المذكورة في المتن قابلا للنقض لعدم قيامه على أساس قانوني صحيح أو باطلا لخلوه من الاسباب ، بغير ترجيح بين الامرين - نقض ٢٣ مارس ١٩٣٣ المحاماة ٢٣ ص ١٠٩٨ ، واتجه القضاء بعدئذ الى اعتبار الحكم في الحالة المذكورة في المتن خاليا من الاسباب . واستقر القضاء والفقه في بلجيكا على هذا أيضا

Simont : Des Pourvois en cassation en matière civile, 1933 P. 26.

وتبدو أهمية التفرقة بين بطلان الحكم وخطئه في تطبيق القانون من ناحية طرق الطعن الجائزة بالنسبة الى كل منهما . فالمادة ٢٢١ تجيز - على سبيل الاستثناء - استئناف الاحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الاولى اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراء باطل ، ولم تجزه اذا بنى الحكم على مخالفة أخرى للقانون . والمادة ٢٥٠ تجيز للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الاحكام الانتهائية - ايا كانت المحكمة التي أصدرتها، اذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ، ولم تجزه لمجرد صدور هذه الاحكام باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة .

والمادة ٥٠٩ توجب على قاضي التنفيذ - وهو بسبيل اصدار الامر بتنفيذ حكم المحكم - التحقق من صحة شكل الحكم دون أن يتمدى ذلك الى التحقق من سلامته من حيث الموضوع .

١٣١ - الحكم الصحيح من ناحية الشكل ، يكون قابلا للالغاء اذا بنى على اجراء باطل - شروط ذلك :

قد يصدر الحكم صحيحا من حيث الشكل وعلى حق من حيث الموضوع ، ومع ذلك يكون قابلا للالغاء اذا بنى على اجراء باطل .

ويشترط لاعمال القاعدة المقدمة :

- (١) أن يتخذ في الدعوى اجراء باطل .
- (٢) ألا يكون الخصم صاحب المصلحة في التمسك ببطلانه قد أسقط حقه فيه أو كان البطلان قد صحح عملا بالمادة ٢٣ .
- (٣) ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء .
- (٤) وأن يبنى الحكم على ذات الاجراء الباطل .
- (٥) أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الاجراء الباطل .
- (٦) أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع ، اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام .

(١) أن يتخذ في الدعوى اجراء باطل :

ويستوى أن يكون هذا الاجراء الباطل بنى عليه الحكم اجراء افتتحت به الخصومة التي انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها ، وقد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل بنى على اجراء باطل .

ويستوى ان يكون البطلان المتقدم مقررا بنص في التشريع بلفظه ، أو مقررا لان عيبا جوهريا قد شاب الاجراء ترتب عليه ضرر للخصم ، عملا بنص المادة ٢٠ من قانون المرافعات .

ويستوى أن يكون البطلان المتقدم متعلقا بالنظام العام ، أو غير متعلق به ، أو أنه يسقط التمسك به بالحضور ، أو بالتكلم في الموضوع .

(٢) ألا يكون الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان قد أسقط حقه فيه :

فاذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة ، وحضر المدعى عليه بناء عليها مما يترتب عليه زوال البطلان عملا بالمادة ١١٤ أو تكلم في الموضوع ، مما أسقط حقه في التمسك بالبطلان عملا بالمادة ١٠٨ ، فإن البطلان يزول في الحالتين ، ويعد الحكم الصادر في موضوعها قائما على اجراء صحيح .

واذا وقف السير في الخصومة مدة سنة أو أكثر، وعجلها المدعى بعدئذ ، ولم يتمسك خصمه بسقوط الخصومة عملا بالمادة ١٣٤ - قبل التكلم في الموضوع - وأجاب عليها بما يعتبرها صحيحة في اجراءاتها فإن الحكم الصادر فيها يعد قائما على اجراءات صحيحة . وإذا كان تقرير خبير الدعوى باطلا لسبب ما ، ولم يتمسك الخصم بهذا البطلان في الوقت المناسب ، وناقش التقرير من نواحيه الموضوعية ، فإن بطلانه يزول والحكم الذي يبنى عليه يعد قائما على اجراء صحيح .

واذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنفت المحكمة سير الدعوى لجهلها بقيام سبب الانقطاع ، وسارت اجراءاتها في غفلة من ذلك الذي قام به السبب ، ثم تنبه من يقوم مقامه بقيام الخصومة فحضر الجلسات ، ولم يتمسك ببطلان الاجراءات التي أتخذت أثناء فترة

الانقطاع بل أجاب عليها بما يفيد اعتبارها صحيحة ، فان البطلان يزول وتصير الاجراءات صحيحة يجوز أن يبنى الحكم في الموضوع عليها .

(٣) ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء :

إذا تمسك الخصم صاحب المصلحة ببطلان الاجراء في الوقت المناسب ، فقضت المحكمة بصحته ، وبنت حكمها في الموضوع على ذلك القضاء بصحة الاجراء ، فلا يتصور أن يعد الحكم في الموضوع مبنياً على اجراء باطل ولو كان البطلان من النظام العام ، بل ولو كان الاجراء يعد باطلاً في واقع الامر ، وذلك لان الحكم الصادر في الموضوع يعد مبنياً على الحكم الصادر بصحة الاجراء ، ولا يعد بداهة مبنياً على الاجراء الباطل .

وفي حالة صدور الحكم بصحة اجراء هو في واقع الامر باطل ، تكون المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون ، فاذا بنت الحكم في الموضوع على الاول جاز الطعن بالنقض في الحكم بصحة الاجراء بسبب الخطأ في تطبيق القانون (إذا توافرت شروط الطعن) ، ويتمسك بالغاء الحكم الصادر في الدعوى نتيجة الغاء الحكم الاول متى كان مؤسساً عليه ، هذا ولو لم توجه اليه مطعن (م ٢٧١) .

وعلة ما تقدم أن المشرع إذا أجاز الطعن في حكم لبنائه على اجراء باطل فانما يجيزه لبناء الحكم على ذات الاجراء الباطل ، لا على الحكم الصادر بصحة الاجراء . وبعبارة أخرى ، لا يجيز المشرع الطعن لان المحكمة قد أخطأت في القضاء بصحة الاجراء ، والا حورت القاعدة الى ما يفيد أنها تجيز الطعن استثناء في الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان ، وهذا ما لم يدر بخلد الشارع ، لان مقصوده أن يجيز الطعن في الحكم المبني على الاجراء الباطل الذي لم يتمكن الخصم من التمسك بالبطلان في الوقت المناسب ، ولم تتح له فرصة التمسك به ، وذلك رعاية وحماية له خاصة ، كما اذا قام سبب لانقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنف الخصم الذي لم يقم به سبب الانقطاع سير الدعوى واستصدر الحكم في غفلة من خصمه ، وكما اذا سمعت المحكمة أحد الخصوم أو أطلعت على أوراق قدمها في غفلة من خصمه (م ١٦٨) .

وفي الواقع ما يفرق الطعن في الحكم لمخالفته القانون عن الطعن فيه لبنائه على اجراء باطل هو ما تقدم ، والا اختلط الامر واعتبر الطعنان طعنا واحدا ، والسببان سببا واحدا ، وهذا ايضا لا يقصده المشرع ولا يبتغيه ، لانه قد اشتق من الخطأ في القانون - كسبب عام للطعن بالنقض - اشتق منه سببا آخر متميزا عنه هو بطلان الاجراء المؤثر في الحكم . وبعبارة أوضح ، اذا تمسك خصم ببطلان اجراء وقضت المحكمة بصحة الاجراء أو بطلانه ، وطعن المتمسك بالبطلان أو خصمه (بحسب الاحوال) في الحكم المتقدم ، فلا يتصور أن يؤسس الطعن في الحالتين الا على الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله . والحكم في الدعوى يكون مبنيا على القضاء برفض البطلان ، وليس مبنيا على الاجراء الباطل كما قدمنا (١) .

ولقد قيل بعكس ما تقدم ، وبأن الحكم في الدعوى الصادر مبنيا على حكم برفض البطلان يكون قائما على اجراء باطل اذا اخطأت المحكمة عند رفضها الدفع بالبطلان . وقيل لتبرير ذلك أن المادة ١٠ من قانون انشاء محكمة النقض (م ٤٢٥ مضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ - مادة ٢ من قانون النقض بعد تعديلها) - الغيت هذه المادة في القانون الجديد - لا تجيز الطعن بالنقض في احكام المحاكم الابتدائية الصادرة في قضايا استئناف احكام المحاكم الجزئية (في قضايا الحيازة) وفي مسائل الاختصاص المتعلقة بالوظيفة (والنوعى) الا اذا كانت تلك الاحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله . ولا تجيزه اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراء باطل . وعلة هذا أن المشرع لم يعن بغير الاشراف على تطبيق القواعد القانونية الخاصة بدعوى الحيازة وقواعد الاختصاص ذاتها توحيدا للقضاء فيها ، وأما ما يقع في هذه القضايا من أسباب البطلان في

(١) قارن حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٢٠٥ .

في فرنسا ، جميع الاحكام التي يجسوز الطعن فيها بالنقض لمخالفة القانون هي بعينها يجسوز الطعن فيها بالنقض بسبب بطلان الاجراءات القائمة عليها تلك الاحكام ، ولا تختلف الاجراءات في الحالتين ، اذ يتعين على المحكمة احوال الدعوى الى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد ، ولا تملك محكمة النقض التصدي له . ومن ثم لم يبحث في فرنسا الموضوع المذكور في المتن .

الاجراءات أو في الحكم ذاته فانه مما يعرض أمثاله لاحكام محاكم الاستئناف ويصل امره لمحكمة النقض فتضع فيه هذه المحكمة العليا القواعد الصحيحة التي تهتدى بها جميع المحاكم على اختلاف درجاتها في جميع القضايا على اختلاف أنواعها .

ولا شك في أن اتجاه الرأي المتقدم محل نظر لانه مصادرة على المطلوب وأخذ بنتيجة التفرقة لبناء ذات التفرقة (١) .

ولا يجوز عند تحديد ضابط قانوني أو رأي فقهي أن يتقيد الباحث ويكيف القاعدة لتتمشى نتيجتها مع نص قانوني معين ، لان مواد القانون محل تغيير وتبديل بحسب الاعتبارات العملية التي تبررها ، أما القواعد القانونية السليمة فانها ثابتة لا تختل ايا كانت الاعتبارات .

وليس أدل على ما تقدم من أن المشرع في سنة ١٩٤٩ ألغى حكم المادة العاشرة من قانون انشاء محكمة النقض ، وأجاز الطعن بالنقض في جميع الاحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية (م ٤٢٥) ، ثم عاد الى حكمها من جديد بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ (م ٤٢٥) ، ثم اجتزأ منه بمقتضى قانون النقض الصادر سنة ١٩٥٩ برقم ٥٧ ، ثم ألغى المادة في القانون الجديد .

ثم ان من يتجه الى الرأي المتقدم لا يجيز الطعن بالنقض في الاحكام الصادرة في صميم مسائل الاختصاص فحسب ، بل يجيز أيضا في الاحكام الصادرة في المسائل المتفرعة عن القضية ، كذلك التي تصدر في الدفع بعدم القبول ايا كان نوعه أو في التمسك بسقوط الخصومة وما اليها .. الخ ، وهذه المسائل هي الأخرى مما تفصل في أمثالها أحكام محاكم الاستئناف ويصل امرها الى محكمة النقض (٢) .

واذن لا يتسق هذا القول مع ما تقدم عليه ، وبعبارة أخرى ، هذا القول

(١) قارن حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٢٠٥ ثم رقم ٢٢٧ .

(٢) قارن حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٢٠٥ ثم رقم ٢٢٧ .

الآخر سليم تؤيده محكمة النقض (١) ، أما القول الآخر فهو محل نظر .

خلاصة القول اذن انه يشترط للطعن في الحكم المبني على اجراء باطل
الا تكون المحكمة المطعون في حكمها قد قضت بصحة الاجراء ، ثم اقامت
حكمها على هذا القضاء ، والا فان مقصود المشرع يلتوى ، وتحور القاعدة
الى ما يفيد انها تجيز الطعن استثناء في الحكم الصادر برفض الدفع
بالبطلان ، وهذا ما لم يدر بخلد الشارع على ما قدمناه .

٤ - أن يبني الحكم المطعون فيه على ذات الاجراء الباطل - امثلة :

ليس يكفي لافاء الحكم الصادر في الدعوى أن يتخذ فيها اجراء باطل ،
وانما يتعين أن يبني الحكم في الدعوى عليه ، ومن ثم اذا كان تقرير الخبر
باطلا فان الحكم الصادر في الدعوى يعد صحيحا طالما أنه لم يستند عليه ،
واذا كانت صحيفة الطلب العارض باطلا فان الحكم الصادر فيه هو وحده
الذي يكون قابلا للافاء ، دون الحكم الصادر في الدعوى الاصلية .

وقد يكون الاجراء الباطل الذي بنى عليه الحكم اجراء افتتحت به
الخصومة التي انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها ، أو قد يكون
هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم بنى على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة بصحة اجراء وكان ذات حكمها هذا باطلا - أو
كان مبنيا على اجراء باطل - فان حكمها في الدعوى يكون باطلا قابلا
للالغاء في الحالتين ، متى بنى على الاجراء الباطل (وهو الحكم الباطل أو
الحكم المبني على اجراء باطل (٢) . فمثلا اذا تمسك الخصم ببطلان صحيفة
الدعوى (في حالة من الاحوال التي لا يزول فيها البطلان بحضوره) أو اذا
تمسك ببطلان أى اجراء من اجراءاتها ، وقضت المحكمة في الموضوع دون
التعرض للدفع ولم تشر في أسباب حكمها الى ما يؤيد القضاء الضمني

(١) نقض ٢ يونية ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٥٧ ونقض ٧ فبراير ١٩٣٠
المحاماة ١٥ ص ٢٤٣ .

(٢) تنص المادة ٢٧١ على أنه يترتب على نقض الحكم الفسء جميع
الاحكام والاعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسا لها .

يرفض الدفع بالبطلان . فان حكمها الضمنى بصحة الاجراء يكون باطلا لانه قد خلا من الاسباب التى تؤيده (١) ، وهذا يستتبع بطلان الحكم فى الموضوع لانه قد بنى عليه . كذلك اذا قضت المحكمة ببطلان تقرير خبير ثم اعتمدت على التقرير فى بناء حكمها ، فان هذا الحكم يعتبر مبنيا على اجراء باطل .

واذا لم يتمسك خصم ببطلان اجراء قبل صدور حكم فى الدعوى بنى عليه ، وكان البطلان من النظام العام ، فان المحكمة تكون قد بنت حكمها على اجراء باطل ، لان هذا البطلان لا يزول بنزول الخصم عنه أو بعدم التمسك به ، ولان المحكمة عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها ، واذن يكون حكمها قابلا للطعن لبنائه على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة ببطلان اجراء معين ، ومع ذلك بنت حكمها فى الدعوى عليه ، فان هذا الحكم يعد قد صدر بناء على اجراء باطل (٢) .

١٣٢ - أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الاجراء الباطل :

واضح أن الطاعن يتعين أن يكون هو ذات الخصم الذى مسه البطلان ، ذلك لان علة الطعن هى فى الواقع تمكنه من التمسك ببطلان الاجراء حتى يهدر جميع الاحكام التى بنيت عليه . فمثلا اذا توفى المدعى عليه أثناء نظر الدعوى ، ومع ذلك استمر خصمه يوالى اجراءاتها فى غفلة من الورثة ، فان لهؤلاء وحدهم التمسك بالغاء الحكم الصادر عليهم لبنائه على اجراءات باطلة ، ولا يملك المدعى الذى لم يقم به سبب الانقطاع - فى المثال المتقدم - أن يتحدى بالبطلان المتقدم ليصل الى الغاء حكم صدر عليه .

أما اذا كان بطلان الاجراء من النظام العام ، فانه يجوز لكل خصم فى الدعوى التمسك بالغاء الحكم الصادر مبنيا عليه ، ذلك لان هذا البطلان مقرر لمصلحة الكافة :

(١) او قضت المحكمة بصحة الاجراء وانما حكمها بصحته بنى على اجراء باطل - كما اذا اخلت عند اصداره بحقوق الخصوم أو الدفاع - فان حكمها فى الموضوع يعد مبنيا على اجراءات باطلة .

(٢) انظر رقم ٨٦ .

والحكم المبني على اجراء باطل يكون قابلا للطعن بالنقض اذا كان صادرا من محكمة الاستئناف ، ويكون قابلا للاستئناف استثناء اذا كان صادرا بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الاولى (م ٢٢١) .

١٣٣ - ٦ - أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام :

فاذا استأنف المحكوم عليه الحكم ، استثناء - وعملا بالمادة ٢٢١ ، وتعرض في الصحيفة للموضوع دون أن يتمسك بالبطلان - الذي هو الشرط الاساسي للاستئناف المتقدم - فانه لا يقبل ، لان شرط قبوله عملا بالمادة ٢٢١ أن يكون الحكم باطلا أو مبنيا على اجراء باطل ، والمستأنف قد أسقط حقه في التمسك بهذا البطلان - عملا بالمادة ١٠٨ - اذ لم يتعرض له في صحيفة الطعن وتعرض لموضوع الدعوى . ومن ثم يعد الحكم او الاجراء صحيحا ، ومتى اعتبر كذلك فان الحكم يكون غير قابل للطعن ، اذ المفروض انه قد صدر انتهائيا من محكمة الدرجة الاولى .

١٣٤ - اذا لم يتوافر شرط من الشروط المتقدمة ، كان الطعن لبطلان الحكم أو لبنائه على اجراء باطل غير مقبول ، وكان على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها :

القاعدة أن الطعن في الحكم بسبب بطلانه أو بسبب قيامه على اجراء

(١) سواء بسبب قيمة الدعوى أم بسبب نوعها ، وسواء بناء على نص عام في قانون المرافعات ، أو نص خاص فيه ، أو في أي قانون آخر ، اذ المفروض أن حكم المادة ٢٢١ استثناء من الاصل العام ، ويعمل به كلما كان الاستئناف في الاصل غير مقبول لسبب يتعلق بنوع القضية أو قيمتها ، اللهم الا اذا منع المشرع الطعن بلفظه كما كان الحال بالنسبة لقانون المساكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (انظر كتابنا الاختصاص والاجراءات في منازعات الايجار ، وقارن الوسيط للدكتور رمزي سيف) . وقد تأيدت وجهة نظرنا السابقة بأحكام لمحكمة النقض (يراجع نقض ١٩٧٣/٢/٨ - ٢٤ - ١٨٥ ، ونقض ١٩٧٣/٣/٢٢ - ٢٤ - ٤٧٥) .

ويراجع كتاب الدفوع في تفسير المادة المتقدمة ، وفي تحديد ما يقبل الاستئناف من الاحكام عملا بمقتضاها ، خاصة فيما يتعلق بأحكام المحاكم الابتدائية الانتهائية .

باطل لا يقبل اذا لم تتوافر الشروط المتقدمة ، سواء اكان هذا الطعن بطريق النقض أم بطريق الاستئناف عملاً بالمادة ٢٢١ . وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، لان محكمة الطعن مكلفة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر شروط الطعن باعتباره حالة استثنائية ، وإن المشرع ما أجاز التظلم من الحكم بطريق طعن عادي أو غير عادي إلا على سبيل الاستثناء (١) .

والجدير بالذكر أن المحكمة الاستئنافية لا يطرح عليها موضوع الاستئناف عملاً بالمادة ٢٢١ إلا اذا استبان أن الحكم المستأنف باطل أو مبني على اجراء باطل مهتدي بالضوابط المتقدمة . وهي عندئذ تتصدى لنظر الموضوع من جديد ، اللهم إلا اذا قضت ببطلان الحكم المستأنف لبطلان اعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى ، فعندئذ تقتصر على الحكم بذلك ببطلان دون التصدي لنظر موضوع الدعوى ، والا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (٢) . وكقاعدة عامة ، على محكمة الدرجة الثانية إعادة القضية الى محكمة الدرجة الاولى اذا ترتب على تصديها للموضوع تفويت درجة من درجات التقاضي على الخصم ، ولو لم يطلب الخصم صاحب المصلحة هذه الامادة ، وذلك لان مبدأ التقاضي على درجتين من النظام العام (٣) . واذا كان يجوز الاتفاق على نهائية الثمن عملاً بالمادة ٢١٩ إلا انه لا يجوز النزول عن الدرجة الاولى من درجات التقاضي .

١٣٥ - خاتمة :

وبعد ، اذا كان تسبيب الاحكام يتطلب من القضاة جهداً كبيراً ، فضلاً عما يستنفده من وقت ، واذا كان قد اتجه رأى يرمى الى تحررهم من تلك المهمة الشاقة ، اكتفاء بإيراد وجهة النظر بإيجاز دون حاجة الى سرد كل ما تعلق بواقع الدعوى ، فاننا مع ذلك نؤكد ان مهمة تسبيب الاحكام يتعين أن تتم على وجهها الاكمل ، لان هذا التسبيب هو مظهر قيام القاضى بعمله ، وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه

(١) الفقرة رقم ٤٥٥ من هذا الكتاب .

(٢) نقض ١٩٧٧/٥/٣٠ الطعن رقم ٤١٩ سنة ٤٣ ق .

(٣) نقض ١٩٧٢/٥/٢٣ - ٢٣ - ٩٨١ .

الشك والريب والشبهات ، فضلا عن أنه يمكن محكمة النقض من الاشراف على صحة تطبيق القانون وتقرير المبادئ القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء بصدها . فيجب اذن ان تكون اسباب الحكم صورة لما اختلج في نفس القاضى عند اصداره تفصح في ذاتها عن سبب النطق به ، وذلك حتى يصدر الحكم ناطقا بعدالته وموافقته للقانون .

واذا كان قضائنا قد ارهقهم الجهد لكثرة القضايا المطروحة عليهم ، فمن الواجب أن يكون العلاج هو الغفل على زيادة عددهم ، ومن الخطر معالجة الامر بتيسير جهدهم عند الحكم ، اذ ان هذا يمس فن القضاء ، ويمس العدالة في الصميم ويهدرها .

الفصل الثامن

التفرقة بين العيب المبطل للحكم والمعدم له

١٣٦ - رأينا أن للحكم - بمعناه الخاص - أركاناً ثلاثة ، هي :

(١) أن يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية .

(٢) وأن يصدر بما لها من سلطة قضائية - أى فى خصومة .

(٣) وأن يكون مكتوباً شأنه شأن أى ورقة من أوراق المرافعات .

وقلنا انه نتيجة لما تقدم لا يعد القرار الصادر من هيئة غير قضائية حكماً ، كما لا يعد منه القرار الصادر من المحكمة بما لها من سلطة ولائية (١) . ولا يتصور ثمة حكم اذا لم يكن مكتوباً أو موقعا عليه ممن أصدره ، أو لا يتضمن بياناته الأساسية .

واذن ، اذا فقد الحكم ركناً من أركانه الأساسية فإنه يفقد صفته كحكم .

واذا شاب الحكم عيب جوهري أصاب كيانه ، فإنه أيضا يفقد صفته كحكم ، انما اذا كان العيب الذى يعتريه ليس من شأنه أن يفقده طبيعته كحكم ، بل لا يعدو أن يكون شائبة تصيب صحته دون أن تمتد الى انعقاده وكيانه فإنه يكون باطلا nul وليس معدوما inexistant .

فحالات الانعدام هى أصنف من حالات البطلان ، وأمعن فى الخروج على القانون . وكثيرا ما تدق التفرقة بينهما ، وتظهر أهميتها فى أن الحكم الباطل يعد قائماً مرتباً كل آثاره القانونية الى أن يحكم ببطلانه بولوج طرق الطعن فى الاحكام المقررة فى التشريع ، أما الحكم المعدوم فهو والمعدم سواء ، ولا يرتب أى أثر قانونى ، ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه ، وانما يكفى انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء ، ويجوز رفع

(١) راجع ما قلناه فى الفقرة رقم ١١ وما يليها من هذا الكتاب .

دعوى مبتدأة بطلب انعدامه (١) . ولا تزول حالة انعدام الحكم بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك . أما حالة بطلان الحكم ، فإنها تزول بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحا ، شأنها شأن أية حالة أخرى من حالات البطلان ، ما لم يكن البطلان من النظام العام .

ومما يجب توجيه النظر اليه ان البطلان المتعلق بالنظام العام لا يعدم الحكم ولا يفقده كيانه ، واذن لا يعد ضابطا للتفرقة بين حالة الانعدام وحالة البطلان كون البطلان الذى يشوب الحكم متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به .

ندرس فيما يلى التفرقة بين العيب المبطل للحكم والمعدم له ، ثم ندرس التمسك بالانعدام ، وأهمية التفرقة المتقدمة :

١٢٧ - العيب المعدم للحكم والعيب المبطل له :

أولا : من ناحية صدوره من محكمة تتبع جهة قضائية :

صفة القاضى وزوالها - تشكيل المحكمة وعدد أعضائها - قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد - صدور الحكم من جهة قضائية غير مختصة .

يعتبر معدوما الحكم الصادر من شخص لا يعتبر قاضيا ، أو من قاض لم يحلف اليمين القانونية ، أو من قاض زالت عنه ولاية القضاء بسبب العزل أو الإحالة على المعاش (٢) أو الاستقالة (٣) .

(١) تقضى ١٩٧٢/٣/٧ - ٢٣ - ٣١١ - لا سبيل لاهدار الاحكام بدعوى أصلية الا اذا تجرد الحكم عن أركانه الأساسية .

(٢) اذا توفى القاضى بعد المداولة وقبل النطق بالحكم ، وجب فتح باب المرافعة من جديد ، وإعادة تشكيل الهيئة بإدخال عضو يحل محل المتوفى ، والا اعتبرت الهيئة التى أصدرت الحكم غير التى سمعت المرافعة (راجع رقم ٣٨) . أما اذا توفى القاضى بعد جلسة النطق بالحكم التى حضرها وقبل التوقيع على مسودته فإن الحكم يكون باطلا ولا يكون معدوما اذ يعد قائما =

وقيل بانعدام الحكم الصادر من قاض جاء تعيينه باطلا ومخالفا للقانون بصورة صريحة أو فاضحة (١). ومع ذلك حكم في فرنسا بعدم جواز تمسك الخصوم ببطلان تعيين القاضي ليصلوا من وراء ذلك الى التمسك بانعدام الاحكام التي أصدرها ، فمتى تم تعيين القاضي وتم حلفه اليمين القانونية كانت له في نظر خصوم الدعوى الصفة الكاملة ، لنظرها (٢) .

ويعتبر معدوما الحكم الصادر من قاض موقوف بصفة مؤقتة عن عمله (٣) .

واذا حجر على قاض فان جميع ما أصدره من احكام يعد معدوما من وقت توقيع الحجر عليه . والادلاء بطلب توقيع الحجر على قاض - أمام المحكمة المختصة نوعيا ومحليا عملا بالقواعد العامة - لا يوقف ، في ذاته ، القاضي عن عمله .

ولا يعد معدوما الحكم الذي يصدر من قاض ندب الى المحكمة التي أصدر الحكم فيها بطريقة غير صحيحة . ويفترض بطبيعة الحال أن يكون المندوب قاضيا يعمل في محكمة أخرى ، وفي الدرجة القضائية التي تؤهله للنذب . فمثلا اذا ندب أحد القضاة مستشارا في محكمة النقض ، فانه يعد معدوم الصفة في هذا الصدد ، وتكون الاحكام الصادرة من الدائرة التي يشترك فيها معدومة .

= دون أسباب أو بعبارة أدق دون توافر الضمانة التي يحققها توقيع القضاة على المسودة عملا بالمادة ١٧٥ ، مما يستوجب بطلانه - راجع ما قلناه في الفقرة رقم ٤٠ .

= (٣) قارن وراجع نقض ٢٤ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٦٢ - والعبرة بتاريخ قبول الاستقالة - راجع نقض ٥ يونية ١٩٥٨ السنة ٩ ص ٥٢٦ .

(١) جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٥١ ص ٥٨ .

(٢) نقض فرنسي ٢٦ أغسطس ١٨٣١ سيري ٣١ - ١ - ٣٧٢ ونقض ٢١ يولية ١٨٣٢ سيري ٣٣ - ١ - ٦٣ - والدائرة الجنائية ٢ مارس ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٩٠ والدائرة المدنية ٢٩ ابريل ١٨٩٢ سيري ٩٣ - ١ - ٢١٥ .

(٣) جلاسون وتسييه ٣ رقم ٧٥١ ص ٥٨ .

ويعتبر معدوما الحكم الصادر من قاضيين بدلا من ثلاثة ، بشرط أن يكون الحكم قد صدر بالفعل منهما دون الثلاثة ، فاذا ورد خطأ مادي في ديباجة الحكم بصدد عدد أعضاء المحكمة ، فإنه لا يؤثر في صحته ما دام قد ورد في محضر الجلسة أن الذي أصدره هم القضاة الثلاثة المذكورة أسماؤهم في المحضر (١) . وصدر الحكم من أربعة قضاة - بدلا من ثلاثة - يبطله ، ولا يعدمه (٢) .

وإذا صدر حكم من قاض غير صالح لنظر الدعوى لتوافر سبب من أسباب عدم الصلاحية المقررة في المادة ١٤٦ أو المادة ١٦٥ أو المادة ٤٩٨ فإنه يعد باطلا وليس معدوما ، عملاً بالمادة ١/١٤٧ . وهو يعد باطلا ولو اتفق الخصوم على العكس ، إنما يتعين الطعن فيه وفقا للقواعد المقررة ، فاذا أغفلت سبل الطعن فيه صار باتا غير قابل لاي مطعن .

ويعتبر باطلا ، وليس معدوما ، الحكم الصادر من قاض يجوز رده عملا بالمادة ١٤٨ ، بافتراض أن طالب الرد لم يعلم بأسبابه الا بعد صدور الحكم (راجع المادة ١٥٢) (٣) .

(١) نقض ٢٥ يولية ١٩٥٣ - طعن رقم ١٤ سنة ٢١ قضائية - راجع رقم ٤٧ وما يليه .

(٢) صدور الحكم من ثلاثة قضاة يتعلق بأسس التنظيم القضائي - نقض ١٨/٥/١٩٧٢ - ٢٣ - ٩٥٩ .

وقضت المحكمة الادارية العليا تطبيقا لما تقدم بأن الاصل أنه لا يجوز أن يطعن في الاحكام بطريق البطلان الاصلى ، ومع هذا يجوز ذلك استثناء (١) اذا كان الحكم صادرا من شخص ليست له ولاية القضاء (٢) اذا كان الحكم صادرا من محكمة ليست لها ولاية او على خلاف القواعد الاساسية الموضوعة للنظام القضائي (٣) القرارات القضائية التي لا تفصل في منازعة ... (٤) الاحكام الصادرة في خصومة صحيفتها باطلة ... (جلسة ١٨ - ٢ - ١٩٦١ - القضية رقم ٧٧٠ س ٥ ق - المجموعة الرسمية السنة ٦٠ ص ٥٤٨) .

(٣) إنما اذا كان طالب الرد على علم بأسبابه وقت رفع الدعوى وجب عليه احترام المواعيد المقررة في المادة ١٥١ .

ويعتبر باطلا ، وليس معدوما ، الحكم الصادر في قضية لم تمثل فيها النيابة العمومية ، على الرغم من أن القانون يوجب تمثيلها (١) .

وتخلف أحد القضاة الذين اشتركوا في المداولة عن الحضور في جلسة النطق بالحكم دون أن يوقع على مسودة الحكم يبطله ولا ولا يعدمه (٢) .

ويعتبر الحكم الصادر من جهة قضائية غير مختصة قائما مئتمعا بكامل حججته أمام محاكم تلك الجهة ، وانما يعد معدوم الوجود في نظر الجهات القضائية الاخرى (٣) ، في رأى ، ويعد باطلا في رأى آخر .

ومن ثم يعتبر معدوما (أو باطلا في رأى آخر) ذلك الحكم الذى يصدر من محكمة ادارية في مسألة هي من اختصاص جهة القضاء العادى ، كذا الحكم الصادر من دائرة من دوائر الاحوال الشخصية اذا كان يدخل في تشكيلها أحد رجال القضاء الشرعى أو أكثر في غير المسائل المشار إليها صراحة في الفقرة الاولى من المادة الرابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمالية ، لان المشرع ما ألحق رجال القضاء الشرعى بالمحاكم المدنية الا للافادة من خبرتهم فقط بنظر الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية (٤) .

ويذهب الرأى الراجح في فرنسا الى التسليم بحجية الحكم الصادر من أية جهة من جهات القضاء ، ولو خالف قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو مس مبدأ فصل السلطات (٥) ، وذلك لحسم النزاع ووضع

(١) راجع حالات التدخل الاجبارى للنيابة العمومية المادة ٨٨ .

(٢) الفقرة رقم ٣٨ .

(٣) كتاب المرافعات رقم ٣٥٢ وأحكام النقض المشار إليها فيه . وراجع في تأكيد ذلك استئناف المنصورة ٣ يناير ١٩٦٢ المجموعة الرسمية ٦٠ ص ٥٩٠ وفي اعتبار الحكم معدوما يراجع أيضا نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ - ١٧ - ٤١٢ ونقض ١٩٦٧/٥/٢ - ١٨ - ٩٣١ - وتراجع رسالة الدكتور وحدى راغب في النظرية العامة للعمل القضائي .

(٤) أنظر في تفصيل هذا الموضوع كتاب المرافعات - المرجع السابق .

(٥) نقض ١٦ نوفمبر ١٨٨٧ سريه ٩٠ - ١ - ٥٠٢ .

حد له ، ولرعاية حجية الامر المقضى به واحترامها (١) .

ونرى التسليم بهذا المبدأ في مصر بعد أن زال تعدد جهات قضاء الأحوال الشخصية ، وأصبح رجال القضاء في كل من المحاكم القضائية والإدارية ممن تتوافر فيهم شروط واحدة (٢) ، وبهذه أن أوجب قانون المرافعات الجديد ، عند الحكم بعدم اختصاص المحكمة اختصاصا متعلقا بالوظيفة إحالة الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة ، وفرض هذه الإحالة عليها (م ١١٠) .

ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية . . ولما كانت المنازعات المتعلقة بالمسؤولية عن العمل غير المشروع لا تدخل في اختصاص جهة القضاء الإداري وتختص بها جهة القضاء العادي ، فإن المحكمة المدنية تملك عدم الاعتداد بالحكم الصادر بالمسؤولية من جهة القضاء الإداري ، وذلك بما للمحكمة المدنية ولجهة القضاء العادي من ولاية عامة (٣) .

والحكم الصادر من محكمة غير مختصة نوعيا أو محليا يتمتع بكامل حجتيه (٤) ، وتسرى كافة آثاره ، ويجوز الطعن فيه بطريق الطعن المناسب ، وفي ميعاده ، ومتى انقضت مواعيد الطعن فيه أصبح باتا (٥) .

١٢٨ - ثانيا : من ناحية صدور الحكم في خصومة :

نعلم أن الخصومة (٦) هي الحالة القانونية الناشئة عن مباشرة الدعوى

(١) موديل رقم ٢٩٥ .

(٢) مع مراعاة عدم الاعتداد بحجية الاحكام المدنية الصادرة من محكمة مشكلة من قضاة شرعيين .

(٣) نقض ١٩٧٤/١/٢٦ - ٢٥ - ١٢٨٦ .

(٤) أما سائر المحاكم بما فيها تلك التي كانت مختصة أصلا بنظر النزاع .

(٥) كتاب نظرية الدفوع رقم ٩٢ .

(٦) l'instance

— أو الناشئة عن مجرد استعمال الحق في الالتجاء الى القضاء ، اذ قد يكون مباشر الخصومة لا يستند الى حق (١) .

وحتى تنعقد الخصومة يتعين أن تعلن صحيفتها الى المدعى عليه ، وأن يكون كل من طرفيها أهلا للتقاضى ، والا فانها تعد معدومة هي وجميع الاحكام التى تصدر فيها .

ومن ثم يعتبر معدوما الحكم الصادر على من لم يعلن اطلاقا بصحيفة الدعوى ، أو على من تم اعلانه باجراء معدوم — كما اذا ثبت بحكم من القضاء تزوير محضر الاعلان ففقد الاعلان كيانه ووجوده (٢) . وانما يعد مبنيا على اجراء باطل الحكم الصادر على من أعلن بصحيفة باطلة (٣) (٤) .

ويعتبر معدوما الحكم الصادر على من أخرجته المحكمة من الخصومة قبل صدور الحكم فيها ، وحسبه أن ينكر حجيته عليه ، لانه لم يكن طرفا فى الخصومة التى انتهت بصدور الحكم لا بشخصه ولا بمن يمثله (٥) .

ويعتبر معدوما الحكم الصادر على من توفى ، أو فقد أهليته قبل رفع الدعوى عليه ، أو على من لم يكن ممثلا فيها على وجه الاطلاق .

وقد قضت محكمة النقض — بناء على ما تقدم — أن الخصومة لا تنعقد الا بين أطراف أحياء والا كانت معدومة ، وأن الدفع بعدم انعقاد الخصومة بين الأطراف الواجب اختصامهم قانونا لا يسقط بعدم ابدائه فى صحيفة الاستئناف ، وانه اذا علم الخصم — أثناء نظر الاستئناف — بوفاة المدعى

(١) كتاب المرافعات .

(٢) أنظر ما قلناه فى هذا الصدد بكتاب الدفوع رقم ٦٦ .

(٣) راجع ما قلناه فى الفصل المتقدم .

(٤) يقول المرحوم أبو هيف أن الحكم لا تكون له حجية اطلاقا اذا ثبت أن الخصم قد تحصل عليه بطريق الغش أو بطريق الاكراه الادبى (أبو هيف ٢ رقم ١١١٠ ص ٨٠٠ — الحاشية رقم ٢ والحكم المشار اليه) .

(٥) راجع ما قلناه فى الفقرة رقم ٣٠ م .

عليه قبل رفع الدعوى جاز لكل ذى مصلحة منهم الدفع بانعدام الحكم الابتدائي (١) .

وانما اذا توفى الخصم أو فقد أهليته أثناء نظر الدعوى ، وصدر الحكم عليه دون أن يمثل في الخصومة من يقوم مقامه ، ودون أن يعلن بقيام هذه الخصومة فان هذا الحكم يعد باطلا ولا يعد معدوما (٢) . وبطلان المتقدم مقرر فقط لمصلحة من شرع انقطاع الخصومة لحمايته - وهم ورثة المتوفى أو من قام مقام من فقد أهليته الخصومة أو من زالت صفته - لانهم هم وحدهم الذين قد يجهلون قيام الخصومة ، فأوجب المشرع وقفها حتى لا يصدر الحكم في غفلة منهم ، فلا يجوز للخصم الآخر طلب البطلان ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها (٣) .

واذا توفى المدعى قبل انعقاد الخصومة وقبل اعلان صحيفتها ، فان هذه الوفاة لا تؤدي الى بطلان الاعلان في كل الاحوال - وبعبارة أخرى هذا البطلان شرع لمصلحة الورثة وحدهم ، ولهم اذا شاءوا الابقاء على الخصومة ، وفي كل الاحوال تكون لهم مصلحة في ذلك (٤) .

ويدق الامر اذا توفى المدعى - أو فقد أهليته - قبل انعقاد الخصومة وقبل اعلان صحيفتها ، واستمرت ، وصدر الحكم فيها على ورثته في غفلة منهم ، ودون علمهم أن مورثهم قد شرع في اقامة الخصومة قبل وفاته وانها قد انعقدت - باعلان صحيفتها الى المدعى عليه - بعد هذه الوفاة . تكون الخصومة في الحالة المتقدمة معدومة ، وبعد معدوما كل حكم يصدر فيها

(١) نقض ١٩٧٩/٢/١٤ رقم ١٠١٧ سنة ٤٨ ق .

(٢) انظر الفقرة رقم ٢٦٦ من كتاب الدفوع .

(٣) الاحكام المشار اليها في المرجع المتقدم ونقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ القضية رقم ٢٩٢ سنة ٢٢ قضائية ونقض ١٩ ابريل ١٩٥٦ القضية رقم ٣٦٠ سنة ٢٢ قضائية ، ونقض ٣١ مايو ١٩٥٦ القضية رقم ٣٨٥ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) انظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع ولصيغة المحضر عند اجراء الاعلان في كتاب نظرية الدفوع رقم ١٩٨ والمراجع البديدة المشار اليها .

على المدعى اذ أن وجوده شرط أساسي لانعقادها ، وما دامت وقائمه قد تمت قبل انعقاد الخصومة ، ولم يصحح الإجراءات تدخل ورثته من تلقاء أنفسهم أو بناء على اعلان من جانب المدعى عليه ، فإن كل حكم يصدر فيها على المدعى يكون معدوما . أما الحكم الذي يصدر فيها على المدعى عليه فيكون قابلا للبطلان رعاية لمصلحة ورثة المدعى (١) .

وغنى عن البيان أن وفاة المدعى بعد انعقاد الخصومة تؤدي الى انقطاعها عملا بالمادة ١٣٠ ، ويكون كل إجراء أو حكم يحدث أثناء الانقطاع باطلا ، على ما تقدم ذكره .

والحكم في غير ما طلبه الخصم ، أو بأكثر مما طلبه ، يعتبر في واقع الامر صادرا في غير خصومة ويعد معدوما (٢) ، ومع هذا يعتبره القسانون حكما قابلا لالتماس إعادة النظر (م ٢٤١) .

ولا يعتبر معدوما الحكم الصادر في خصومة صحيفتها باطلة لعيب في الاعلان أو لنقص في بياناتها ، أو الحكم الصادر في الموضوع على الرغم من وجوب شطب القضية لتخلف أطرافها عن الحضور ، أو على الرغم من وجوب الحكم باعتبارها كان لم تكن عملا بالمادة ٨٢ ، أو الحكم بسقوطها عملا بالمادة ١٣٤ ، أو بانقضائها بالتقادم عملا بالمادة ١٤٠ ، وذلك لان البطلان أو السقوط في الاحوال المتقدمة لا يعدم الخصومة ، ولا يفقدها كيانها ولا يجعلها والعدم سواء ، وإنما هو يشوبها ويصيب صحتها - هذا ولو اعتبر البطلان أو السقوط في الاحوال المتقدمة أو في بعضها - من النظام العام .

واذن ، الحكم الصادر في دعوى صحيفتها باطلة يكون قابلا للغاء لبنائه على إجراء باطل ، والحكم في الموضوع الصادر على الرغم من تخلف الخصوم عن الحضور يكون هو الآخر مبنيا على إجراء باطل ، لان النزاع لا يثبت ولا يتأكد إلا بحضور الطرفين أو أحدهما في الجلسة المحددة لنظر الدعوى

(١) انظر في تأييد هذا الرأي المرجع المتقدم .

(٢) راجع المقدمة رقم ٨ .

وبإدلائه بما لديه من طلبات ودفع ، وإذا كان النزاع على الحق هو شرط أساسي في الالتجاء الى القضاء والا فلا تقبل الدعوى ، وإذا كانت هذه القاعدة مبنية على اعتبارات متصلة بالنظام العام حتى لا تشغل المحاكم بدعاوى لا يفيد منها أحد - فاذن لا تملك المحكمة الفصل في الدعوى من تلقاء نفسها عند تخلف طرفيها بل هي تلزم بشطب الدعوى ، والا كان حكمها مبنيا على اجراء باطل .

كذا يكون مبنيا على اجراء باطل الحكم الصادر على الرغم من سقوط الخصومة عملا بالمادة ١٣٤ أو انقضائها بالتقادم عملا بالمادة ١٤٠ .

ويحصل التظلم من الحكم في الاحوال المتقدمة بولوج طرق الطعن المقررة بصدد ، وبمراعاة الشروط التي تقدمت دراستها في الفصل السابق .

وإذا ترك المدعى دعواه مراعيًا المادة ١٤١ ، وقبل خصمه هذا الترك في الاحوال التي يشترط فيها المشرع هذا القبول لابقائه ، ومع ذلك قضت المحكمة في موضوع الدعوى ، فان حكمها يكون قد بنى على اجراءات باطلة لان النزاع على الحق هو شرط أساسي في الالتجاء الى القضاء - على ما تقدم ذكره .

١٣٩ - ثالثا : من ناحية تحرير الحكم :

يعتبر معدوما الحكم غير المكتوب ، أو الذي لم يوقع عليه رئيس الهيئة التي أصدرته والكاتب (١) ، أو الذي لم يذكر فيه اطلاقا اسم المحكوم له والمحكوم عليه .

وانما لا يعتبر معدوما الحكم الصادر دون مراعاة لحكم المادة ١٦٦ أو المادة ١٦٧ ، أو المادة ١٧٠ ، أو المادة ١٧٤ ، أو المادة ١٧٨/٢ أو الحكم غير المسبب أو الذي لم تودع أسبابه في الميعاد المقرر في القانون .

وجدير بالذكر أن الاوامر التي تصدر على العرائض ومحاضر الصلح

(١) المادة ١٦١ من قانون المرافعات الايطالي الصادر سنة ١٩٤٠ .
وجلاسون ٣ ص ٥٧ .

التي تتم عملاً بالمادة ١٠١ لا تعد من قبيل الاحكام ، فلا تخضع للقواعد المقررة بالنسبة الى الاحكام ، كذا الحال بالنسبة الى القرارات الصادرة من الهيئات الادارية التي يخولها المشرع سلطة الفصل في بعض التظلمات ، فهي لا تخضع للقواعد المقررة بالنسبة الى الاحكام ما لم ينص المشرع على ما يعالف ذلك (١) .

١٤٠ - اهمية التفرقة بين بطلان الحكم وانعدامه :

تظهر اهميتها في أن الحكم الباطل يعد قائماً مرتباً كل آثاره القانونية الى أن يحكم ببطلانه ، ولا سبيل الى الفائه الا بالطعن فيه بطريق الطعن المناسب (٢) ، ويزول بطلان الحكم بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً عملاً بالمادة ٢٢ ، ما لم يتعلق بالنظام العام .

أما الحكم المعدم فهو والمعدم سواء ، ولا يرتب أى اثر قانونى ، ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه ، وانما يكفى انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء ، ويجوز رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدامه ، ولا تزول حالة انعدامه بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك .

١٤١ - يزول بطلان الحكم بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً ، والانعدام على العكس :

متى ثبتت حالة انعدام الحكم - وفق ما تقدم - فلا يجدى لخلقه الرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً أو القيام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك ، بل لا يجدى النزول عن التمسك بالانعدام لان هذا النزول لا يمنح الحكم الركن الاساسى الذى يفقده ، وان كان هذا النزول قد يعد اقراراً من جانب الخصم بالحق الثابت لخصمه في الحكم المعدم .

(١) ويخضع حكم ايقاع بيع العقار على مشتريه بالمزاد للقواعد المقررة بصده سواء بالنسبة الى مدى حجيته أو بالنسبة الى كيفية التظلم منه (راجع كتاب التنفيذ رقم ٣٧٨ وما يليه) .

(٢) وهذا الطعن متيسر في كثير من الاحوال في ظل القانون الجديد - راجع الملة ٢٢١ والمادة ٧/٢٤١ كتاب الدفوع رقم ٢٧١ وما يليه .

أما البطلان الذى يشوب الحكم فإنه يزول بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحا أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك عملا بالمادة ٢٢ من قانون المرافعات ، اللهم الا اذا تعلق البطلان بالنظام العام .

١٤٢ - يتعين التمسك فى صحيفة الطعن ببطلان الحكم ، أو ببطلان الاجراء الذى بنى عليه الحكم :

إذا عن المحكوم عليه التمسك ببطلان الحكم أو ببطلان الاجراء الذى بنى عليه الحكم وجب عليه أن يبدى هذا التمسك فى صحيفة الطعن ، بمعنى أنه إذا تكلم فى موضوع الدعوى - فى الصحيفة - دون أن يضمنها تمسكه بالبطلان سقط حقه فى التمسك به إذا كان لا يتعلق بالنظام العام ، وذلك عملا بالمادة ١٠٨ (١) . أما إذا تعرض الطاعن فى الصحيفة للموضوع ، وتمسك بالبطلان فى ذات الوقت فإن حقه فى التمسك به لا يسقط ، ولا يؤثر التقديم أو التأخير فى هذا الصدد ما دام التمسك قد حصل فى ذات صحيفة الطعن (٢) .

وتطبيقا لما تقدم إذا استأنف المحكوم عليه الحكم ، استثناء ، وعملا بالمادة ٢٢١ ، وتعرض فى الصحيفة للموضوع دون أن يتمسك بالبطلان - الذى هو الشرط الاساسى للاستئناف المتقدم - فاته لا يقبل ، لان شرط قبوله عملا بالمادة ٢٢١ أن يكون الحكم باطلا أو مبنيا على اجراء باطل ، والمستأنف قد أسقط حقه فى التمسك بهذا البطلان إذ لم يتعرض له فى صحيفة الطعن وتعرض لموضوع الدعوى . ومن ثم يعد الحكم أو الاجراء صحيحا ، ومتى اعتبر كذلك فإن الحكم يكون غير قابل للطعن - اذ المفروض أنه قد صدر فى حدود النصاب الانتهاى للمحكمة .

ويلاحظ أن تسلم اعلان الحكم الباطل ، أو المبنى على اجراء باطل ، دون اعتراض لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان ، وبعبارة أخرى ، لا يعد الاعتراض أمام المحكمة وسيلة للتمسك ببطلان اجراء سابق على الاعلان (٣) .

(١) سواء كان الاجراء الباطل هو الحكم أم أى اجراء سابق عليه . ومع ذلك قارن تقضى ٢٥ فبراير ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٣٠ وراجع رقم ٥٠ مكررا من هذا الكتاب .

(٢) كتاب الدفوع - المرجع المتقدم .

(٣) كتاب نظرية الدفوع باب بطلان اوراق التكليف بالحضور .

وإذا فرض جدلا أن مستأنف الحكم عملا بالمادة ٢٢١ لم يتعرض في صحيفة طعنه لموضوع الدعوى ولم يتمسك ببطلان الحكم الصادر عليه ، فان ورقة الاستئناف تكون باطلة لخلوها من أسبابه (١) ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، لا يسقط حق مستأنف الحكم في التمسك ببطلانه ، فإذا أسقط المستأنف عليه حقه في التمسك ببطلان ورقة الاستئناف لخلوها من أسبابه ، فان حق خصمه في التمسك ببطلان الحكم الصادر عليه لا يسقط لمجرد عدم تعرضه له في ورقة طعنه ما دام لم يتعرض في هذه الورقة لما يتعلق بالموضوع . وشأن هذه الحالة شأن من يطعن على تقرير خبير الدعوى ، فتطلب منه المحكمة أن يفصح عن هذا الطعن كتابة في مذكرة ، ويدلى بالمذكرة متمسكا فيها ببطلان عمل الخبير فضلا عن الطعن عليه من الناحية الموضوعية . فالطعن على التقرير شفاهة لا يسقط في ذاته حق الخصم في التمسك ببطلان عمل الخبير ، لانه لا يستشف منه تنازله عن التمسك ببطلان الاجراء أو الرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحا عملا بالمادة ٢٢ .

وفي المثال المتقدم ، حضور الطاعن الى المحكمة لا يسقط حقه في التمسك بالبطلان ، وانما يسقطه تكلمه في الموضوع (إذا كان البطلان لا يتعلق بالنظام العام) ، وعندئذ يحكم بعدم قبول الاستئناف عملا بالمادة ٢٢١ .

١٤٣ - النزول مقدما - أثناء نظر الدعوى - عن الطعن في الحكم الصادر فيها لا يتضمن التنازل عن التمسك بانعدام الحكم أو بطلانه :

القاعدة أن التنازل مقدما - أثناء نظر الدعوى - عن الطعن في الحكم الصادر فيها - عند من يقر هذا التنازل ، لا يتضمن التنازل عن التمسك بانعدام الحكم أو بطلانه ، بل يجوز التمسك بهذا أو ذاك رغم التنازل ، لانه انما ينصب على عدم التظلم من القضاء الموضوعي للمحكمة ، ولانه لا يجوز الاتفاق مقدما على التنازل عن التمسك ببطلان الاجراءات اذ لا يؤمن معه الاعتساف (٢) .

(١) المرجع المتقدم .

(٢) تدرس المادة ٢/٢١٩ - التي تجيز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الاولى انتهييا - في الباب الاخير من هذا الكتاب ، ولا يعتد بالاتفاق ، اذا صدر الحكم بعدئذ باطلا أو مبنيا على اجراءات باطلة .

وانما يجوز التنازل عن التمسك بالبطلان (١) بعد حصول الاجراء الباطل
لانه يعد تنازلا عن التمسك بالجزاء بعد ثبوت الحق فيه ، وهذا جائز ما لم
يتعلق الجزاء بالنظام العام .

١٤٤ - لا يعتد بحجية الحكم - صحيحا كان أو باطلا - الا بالنسبة لاطراف الخصومة التي صدر فيها :

القاعدة انه اذا كان الحكم يعتبر عنوانا للحقيقة والصحة ، واذا كان
يحوز حجية الشيء المحكوم به فان هذه الحجية لا تثبت الا بين اطراف
الخصومة التي صدر فيها ، اما غيرهم فانه يجوز لهم التمسك بعدم الاعتداد
به بغير حاجة الى رفع دعوى بطلب انعدام الحكم أو التمسك ببطلانه . واذا
صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلا بممثلا صحيحا
في الدعوى (وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية) جاز له الطعن في المحكم
بطريق التماس اعادة النظر عملا بالمادة ٢٤١/٧ (٢) . ويجوز ذلك أيضا ،
لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل
فيها ، بشرط اثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو اهماله الجسيم
(م ٨/٢٤١) .

١٤٥ - المحكمة المختصة نوعيا ومجليا بطلب انعدام الحكم :

اختلف الرأي بصدد تقدير قيمة الدعوى بطلب انعدام الحكم ، فقيل
انها دعوى غير مقدرة القيمة تأسيسا على عدم امكان تقدير قيمة مالية لها
(ومن ثم تكون من اختصاص المحكمة الابتدائية في جميع الاحوال) . وقيل
انها تقدر على اساس قيمة ما قضى به الحكم المراد ابطاله لان المطلوب الخصم
ومراداه هو ابطال هذا الحكم الصادر عليه . وقيل انها تقدر على اساس
قيمة الدعوى التي صدر فيها، الحكم المراد القضاء بانعدامه ، وذلك على
اعتبار أن هذا الحكم قد يصدر برفض كل المطلوب أو بعضه ، ويكون

(١) دون الانعدام على ما تقدم ذكره في الفقرة رقم ١٤١ .

(٢) في انعدام صفة من يمثل شركة تضامن . . . وفي أن ثبوت هذه
الصفة ينفي انعدام الحكم (نقض ١٩٧٢/٣/٧ - ٢٣ - ٣١١) .

المتمسك بالانعدام هو المدعى في الدعوى الأصلية مبتغيا من هذا تجسيد الدعوى واستئناف السير فيها ، أو أن هذا الحكم قد يصدر بإجابة مطلوب المدعى كله أو بعضه ، ويكون التمسك بالانعدام هو المدعى عليه في الدعوى الأصلية مبتغيا زوال هذا الحكم الذي قضى لمصلحة خصمه بكل مطلوبه أو بعضه ، ويترتب على هذا إعادة نظر الدعوى الأصلية في حدود كل ما طلبه رافعها ، فيكون التقدير اذن في جميع الاحوال بقيمة الدعوى الأصلية التي صدر فيها الحكم المطلوب انعدامه .

ولا نرى محلا لنقاش الآراء المتقدمة ، لان المحكمة باصدار حكم معدوم لا تستنفذ ولايتها بالنسبة للنزاع ، وبعبارة أخرى لا تنتهى مهمة المحكمة الا باصدار الحكم في الدعوى سواء اكان صحيحا ام قابلا للبطلان ، انما لا تنتهى مهمتها بأمر معدوم ، واذا كانت الخصومة معدومة ، فتعدهى والحكم الصادر في حكم العدم ، ومن ثم فالدعوى بطلب انعدام حكم ترفع الى ذات المحكمة التي اصدرته بطلب سحبه وإعادة النظر في الموضوع - ان شاء ذلك صاحب المصلحة - وبشرط استيفاء ما كان سببا في انعدام الحكم ، وتستكمل الاجراءات من آخر اجراء صحيح تم في الخصومة ، أو تعاد الخصومة من جديد باجراء صحيح اذا كانت الاولى معدومة .

ومن ناحية أخرى ، سلامة التنظيم القضائي تتطلب أن تفصل في الدعوى بانعدام الحكم ذات المحكمة التي اصدرته ، حتى لا تمكن محكمة من الاشراف على قضاء صادر من محكمة أعلى درجة منها ، اذ قد يصدر الحكم المعدوم من محكمة الاستئناف فكيف يسمح لمحكمة ابتدائية أن تنظر في طلب انعدامه ، أو قد يصدر الحكم المعدوم من محكمة ابتدائية في استئناف حكم صدر من محكمة جزئية ، فكيف يسمح لمحكمة جزئية أن تنظر في طلب انعدامه ، واذا كانت القاعدة أن القضاء لا يسلط على قضاء آخر الا اذا كان الاول أعلى درجة من الثاني ، فكيف السبيل الى تبرير اقامة دعوى أمام محكمة ابتدائية بطلب انعدام حكم صادر من محكمة الاستئناف . ومن ناحية أخرى ، راجح التشريع تؤيد ما نراه في المادة ١٣٤ مثلا تنص على أن الدعوى بطلب اسقاط الخصومة ترفع الى ذات المحكمة التي تنظر هذه الخصومة سواء اكانت هي محكمة استئناف ام محكمة نقض .

واذن الدعوى بانعدام الحكم ترفع الى ذات المحكمة التى أصدرته ، ووفق الاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى . وجدير بالذكر أن المادة ١٤٧/٢ تؤيد ما نراه اذ تنص على أنه اذا صدر حكم من محكمة النقض من دائرة غير صالحة لنظر الدعوى عملا بالمادة ١٤٦ جاز لصاحب الشأن أن يطلب منها الفناء الحكم (لبطلانه فى رأى أو لانعدامه فى رأى آخر) ، وينظر أمام دائرة أخرى ، لان الاولى غير صالحة لنظره .

ومن ناحية نصاب استئناف الحكم الصادر بانعدام الحكم ، فانه يعتبر حكما فرعيا ومن ثم يخضع من ناحية تقدير نصاب استئنافه لقيمة الدعوى (م ٢٢٦) .

وانما هذه الاجراءات المتقدمة لا تتبع بالنسبة للدعوى بطلب بطلان حكم ايقاع بيع العقار على مشتريه بالزاد (١) .

١٤٦ - هل تملك المحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى بطلب بطلان الحكم ؟ :

اذا كان الحكم باطلا ، ولم يكن معدوما ، ورفعت الدعوى بطلب بطلانه ، فقد قيل - قبل العمل بالقانون الجديد - ان المحكمة لا تملك الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، وذلك لان قاعدة عدم جواز رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان الحكم مبناها حجية الشيء المحكوم به المقررة فى القانون المدنى ، وقد استقر الفقه والقضاء فى ظل القانون القديم على أن الدفع بها ليس من النظام العام فلا يملك القاضى الحكم به من تلقاء نفسه (١) .

ونحن نرى أن قاعدة عدم جواز رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان الحكم لا تبنى فقط على مبدأ حجية الشيء المحكوم به وقد أصبح من النظام العام فى ظل القانون الجديد (٢) (م ١١٦) ، وانما أساسها أيضا عدم جواز الطعن

(١) راجع هذا الموضوع فى كتاب التنفيذ رقم ٣٨٠ .

(١) حكم محكمة طنطا فى ٢٢ يونيو ١٩٤٧ - مجلة التشريع والقضاء ٣ - ٤٠٠ .

(٢) والمادة ١٠١ من قانون الاثبات .

في الاحكام والتمسك بطلانها الا بمراعاة الاجراءات والمواعيد والاضاع التى نص عليها قانون المرافعات ، فان هذه القاعدة الاخيرة من النظام العام ايضا، فقانون المرافعات نص على أنه يجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن (لرفعه في غير ميعاده م ٢١٥) ، كما انه من القواعد الاساسية أنه لا يجوز ولوج طرق الطعن الا في الاحوال التى نص عليها المشرع ، وهذه القاعدة من النظام العام ، فعلى المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن كلما تخلف شرط الصفة أو المصلحة (١) .

واذا كان لمحكمة الطعن أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن اذا تخلف شرط من شروط قبوله ، فمن باب أولى يكون للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى التى ترفع بطلب بطلان الحكم في غير حالات الانعدام (٢) .

(١) راجع المدونة رقم ٢٣٩ - والدفع رقم ٣١٩ م (٣) .

(٢) المدونة ٢ رقم ٩٠١ والدفع رقم ٣١٩ م (٣) .

الباب الثالث

الضوابط العامة لتكييف الاحكام

واستخلاص القضاء منها

١٤٧ - ثمة قواعد عامة وضوابط يتعين مراعاتها عند تكييف الاحكام ووصفها ، وعند استخلاص القضاء منها ، وكثيرا ما يدق وصفها ، وكثيرا ما يدق استخلاص القضاء منها ، خاصة اذا ما كان الحكم مشتملا على قضاء مختلط ، في منطوقه أو في منطوقه وأسبابه .

وتراعى الضوابط التالية - بصفة عامة - لتحديد وصف الحكم وما اذا كان حضوريا أو غيابيا ، ابتدائيا أو انتهائيا ، فرعيا أو موضوعيا ، قطعيا أو غير قطعي ، حتى تتحدد - على التوالي - قابليته للطعن فيه بالمعارضة (١) أو الاستئناف ، أو قابليته للطعن المباشر أو عدم قابليته له ، أو لمرفة ، ما اذا كان يحوز حجية الشيء المحكوم به أو لا يحوز هذه الحجية .

القاعدة الاولى

لا يعتد بطبيعة الاجراء المحكوم به

١٤٨ - ان طبيعة الاجراء الذي تاجر به المحكمة لا يصح أن يعد ضابطا للتمييز بين أنواع الاحكام المختلفة فالحكم بايقاف الدعوى مثلا قد يكون قطعيا (موضوعيا أو فرعيا) ، وقد يكون غير قطعي ، وقد يكون مجرد عمل ولائى ليست له صفة الاحكام (٢) .

(١) ما زالت المعارضة باقية في التشريع بنص خاص في مسائل الاحوال الشخصية - يراجع قانون اصدار قانون المرافعات الجديد .

(٢) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٣٧ واستئناف مصر ٢٨ مايو ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ١٤٨ واستئناف مصر ١٤ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٨٨٢ .

وبعد الحكم بالوقف قطعيًا موضوعيًا إذا صدر بصدد وقف إجراءات التنفيذ على العقار ، فالمدن أو الحائز إنما يتقدم بطلب أصلي هو مجرد وقف البيع وقد لا يطرح على المحكمة غير هذا الطلب لتفصيل فيه بحكم يقبل الطعن فيه فور صدوره ولو لم يكن صادرا بالوقف وإنما صادرا برفضه لأنه ليس من قبيل الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (١) . وعلى وجه العموم جميع الاحكام الصادرة في الاعتراضات على قائمة شروط البيع ايا كان موضوع الاعتراض - هذه الاحكام تعد من قبيل الاحكام الصادرة في صميم الطلبات الاصلية للخصوم (٢) .

وبعد الحكم الصادر بوقف الدعوى قطعيًا فرعيًا إذا قرر عدم صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها ، وأوجب لكي يمكن اصدار الحكم فيها - الفصل في مسألة أولية تخرج عن اختصاص المحكمة (٣) . ويكون قرار الوقف مجرد عمل ولائي - أي مجرد عمل من أعمال الادارة القضائية *act d'administration judiciaire* أو *simple mesure d'ordre interieur* إذا صدر باعتماد وقف الدعوى بناء على اتفاق طرفيها عملاً بالمادة ١٢٨ .

والحكم باحالة الدعوى على التحقيق لاثباتها بطريق معين هو حكم قطعي إذا وضح منه ان المحكمة شاءت ان تقضى بجواز الاثبات قانوناً بهذا الطريق ، والا اعتبر غير قطعي ، وهو يعد تمهيداً ان شف عن اتجاه رأى المحكمة في موضوع النزاع ، وبعد تحضيرها ان لم يشف عن هذا الاتجاه .

والحكم بالزام أحد الخصوم بتقديم حساب هو حكم قطعي موضوعي إذا كان الامر يتعلق بالزامه بتنفيذ الالتزام القانوني بتقديم الحساب ، كاللزام الوكيل ازاء موكله ، سواء أكان الحساب هو وحده موضوع

(١) راجع المادة ٢١٢ .

(٢) كتاب إجراءات التنفيذ رقم ٣٣٢ .

(٣) نقض ٢٢ يولية ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٦٣ ونقض ٢١/٣/١٩٦٣ -

الدعوى أم كان طلبه تابعا لدعوى أصلية (١) ، أما إذا كان الحكم متعلقا بالامر بتحديد العناصر المؤدية الى تصفية الحساب بين الخصوم فيكون حكما غير قطعى (٢) .

والحكم الصادر من محكمة الموضوع برفض ندب خبير هو حكم قطعى إذا كان مؤسسا على أن الواقعة المراد اثباتها قد حرم القانون اثباتها ووضع بصدددها قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، فلا يجدى السعى الى اثباتها ، بينما ذات الحكم يعد غير قطعى ، إذا كان مؤسسا على أن الواقعة المراد اثباتها لا تتعلق بالدعوى أو غير منتجة فيها .

أما الحكم الصادر من القاضى المستعجل برفض ندب خبير لاثبات حالة فهو حكم وقتى .

والحكم الصادر من محكمة الموضوع بندب خبير هو حكم قطعى إذا كان مؤسسا على أن الواقعة المراد اثباتها جائزة القبول عملا بالمادة ٢ اثبات ، بينما غير قطعى فى غير هذه الحالة . ويعد وقتيا إذا صدر من قاضى الامور المستعجلة ، شأنه شأن أى حكم يصدر منه .

(١) القاهرة الابتدائية فى ٣ اكتوبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٢٢٢ ومع ذلك قضى بأن الحكم بالزام احد الخصوم بتقديم حساب لا يكون قطعيا الا إذا كان وحده موضوع الدعوى - نقض فرنسى ٢١ ديسمبر ١٨٥٨ (دالوز ٥٩ - ١ - ٢٣) واستئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء ٥١ ص ٣٢٧ .

وانظر ربرتوار دالوز العملى باب الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع رقم ٥٢ والاحكام التى أشار اليها .

(٢) نقض ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٩٠ - ونقض فرنسى ٢١ ديسمبر ١٨٥٨ (دالوز ٥٩ - ١ - ٢٣) . ونقض فرنسى (دائرة الفرائض) ٢٤ يونية ١٨٤٥ (دالوز ٤٥ - ١ - ٣٦٠) . ونقض ٧ مارس ١٩٤٦ ملحق مدنى (رقم ١ المحاماة السنة ٢٧ ص ٢٤٧) .

واستئناف مختلط ١١ يناير ١٨٩٣ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥ ص ٩٢ .

واستئناف مختلط ٢١ ابريل ١٨٩٨ مجلة التشريع والقضاء السنة ١٠ ص ٥٢ والاحكام المذكورة دالوز العملى باب الاحكام الفرعية رقم ٥٣ .

وتذهب أحكام المحاكم الفرنسية والمصرية الى وجوب الاهتمام بالفرض الذى يرمى اليه الاجراء الذى أمر الحكم باتخاذده ، وكذا الاهتمام بنية القاضى وهو يأمر به أكثر من الاهتمام باسم الاجراء أو نوعه (١) . كما تذهب الى أنه لا يجب الاطلاق فى وصف الحكم بل يجب أن يقوم وصفه القانونى على ما يشتمله من قضاء (٢) ، وأنه ، لذلك ، قد تعتبر قطعية أو غير قطعية أو مجرد قرارات تنظيمية داخلية تلك الاحكام التى تأمر بحضور الخصوم ، أو انتقال المحكمة الى محل النزاع ، أو التى تأمر الخصوم بتقديم دفاترهم أو أى مستند آخر ، والاحكام التى تقضى بتعجيل الدعوى أو بتأجيلها أو بضم دعويين أو بالفصل بينهما (٣) .

وقضت محكمة النقض بأن العبرة فى وصف الحكم بما اشتمل عليه من قضاء ، وأذن فإذا كانت المحكمة بعد أن قدم الخبير المعين فى الدعوى تقريره وسمعت مرافعة الطرفين فيه - قضت باعادة المأمورية الى مكتب الخبراء لاداء ما هو بين بأسباب الحكم ، وكانت هذه الاسباب قد أوردت الاساس القانونى لتصفية الحساب فان حكمها يكون قطعياً على الرغم من أنه قد صدر بمجرد اعادة المأمورية الى مكتب الخبراء (٤) .

القاعدة الثانية

لا يهتد بتكييف المحكمة للحكم وإنما يكيف وفقاً لنصوص القانون

١٤٩ - القاعدة أن طبيعة الحكم تتحدد طبقاً لنصوص القانون وحدها :
وانه لا يؤخذ بتكييف المحكمة للحكم الذى تصدره اذا لم يكن هذا التكييف

(١) نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٤٤٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى القاهرة الابتدائية فى ٢٤ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٢٨٢ .

(٣) جلاسون ٣ رقم ٧٣٣ والاحكام العديدة المشار اليها فى ربرتوار دالوز العملى ٧ باب الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع رقم ١٤ ومايليه .

(٤) نقض ٩ فبراير ١٩٥٠ القضية رقم ١٤٤ سنة ١٧ قضائية .

صحيحاً (١). فاذا اكدت المحكمة مثلاً أن حكمها الذي تصدره يعد قطعياً ، فإن هذا التأكيد لا يمنع اعتباره غير قطعي إذا كانت له هذه الطبيعة .

ولقد جرت بعض المحاكم الفرنسية على ذكر بعض عبارات تقصد منها فرض تكييف معين للحكم الذي تصدره (٢) ، كمباراة «دون أن تقصد المحكمة الحكم بطلبات المدعى ومع حفظ حقوق الخصوم بالنسبة الى هذه الدعوى» (٣) أو عبارة «دون أن يظهر من ذلك اتجاه رأى المحكمة في دفاع كل من الطرفين» . أو «أن المحكمة تحتفظ بحريتها كاملة غير منقوصة» أو «هذا الحكم لا تبين منه نية المحكمة» (٤) . ويرى بعض الشراح أنه يحسن بالمحكمة - ان اصدرت حكماً مشتملاً على قضاء مختلط - أن تحدد المسائل التي فصلت فيها بصفة قطعية (٥) .

ولكن محكمة النقض الفرنسية تصرف النظر عن مثل هذه العبارات ، وتعيد تكييف الحكم وفقاً للمعيار القانوني ، دون أن تتأثر بما فرضته المحكمة من تكييف ، فهذه ليست الا مجرد عبارات عارضة (٦) لا تتعلق بما حكم به القاضي ولا يكون لها حجية الشيء المحكوم به . ولقد قضت في أحد احكامها بأن الصفة التمهيدية أو التحضيرية للاحكام يعينها القانون ، وليس

(١) كاريه وشوفو ٧ رقم ١٦٤١ وجلاسون ٣ رقم ٧٣٣ وجارسونيه ٣ رقم ٦٢١ - ٦٢٣ وبريتوار دالوز العملى ٧ باب الاحكام الفرعية رقم ٩ وما يليه وبريتوار البلجيكي باب الاحكام الفرعية ٧ ص ٣٢٤ - وانظر أيضاً موريل رقم ٤٤٧ ورقم ٤٦١ .

(٢) انظر في هذا الموضوع كاريه وشوفو الجزء الرابع ص ١١٣ فقرة ١٦٤١ . جلاسون ٣ فقرة ٧٣٣ - جارسونيه ٣ فقرة ٦٢١ و ٦٢٣ - ، وبريتوار دالوز العملى الجزء السابع (باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع فقرة ٩ وما بعدها - وبريتوار البلجيكي باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ج ٧ ص ٣٢٤) .

(٣) نقض فرنسي ٨ أغسطس ١٨٩٣ (دالوز ٩٤ - ١ - ١٧٢) .

(٤) أنجير Angers ١٠ مارس ١٨٩٦ (دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٤٥) .

(٥) بونيه فقرة ٣٠١ ص ٣٧٠ - لاكوست فقرة ٧٤ .

(٦) simples énonciations

من سلطة القضاى أن يسند اليها وصفا غير وصفها القانونى المتفقة مع طبيعتها (١) . وقضت إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية بأن اعطاء الوصف القطعى أو التمهيدى أو التحضيرى للاحكام لا يستخلص مما وصف به القاضى حكمه ، وإنما ينتج من مركز الخصم فى الدعوى (٢) . وكذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن تحديد صفة الحكم باعتباره تمهيديا أو تحضيريا بناء على عبارات عارضة ذكرها القاضى فى حكمه (٣) . وكذلك الحال بالنسبة لوصف الحكم بأنه ضرورى أو غيايى (٤) .

والطريف أن المادة ٨٩ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ أغسطس سنة ١٩٧٢ تنص على أنه لا يمتد بتكييف المحكمة لحكمها إذا كان خاطئا ، ولا يؤثر ذلك فى حق الطعن فيه . ولقد اضطر المشرع الفرنسى لوضع هذا النص لتفادى الآثار الناتجة عن الوصف الخاطيء للمحكمة لما تصدره من قضاء - وتأكدت هذه القاعدة فى المادة ٥٣٦ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ (صدر فى ٥/١٢/١٩٧٥) .

وقد يقال أن القاضى هو الادرى بما قصده فى حكمه ، فان ذكر مثلا أن حكمه لا يبين اتجاه رايه فى الموضوع ولذلك فهو حكم تحضيرى ، تعيين الامتداد بهذا الوصف . ولكنه فى كثير من الجالات يكون الحكم قطعيا أو تمهيديا ويصفه القاضى بأنه تحضيرى تفاديا لما قد يؤدى اليه وصف الحكم من صعوبات تتعلق بحجتيته . . .

(١) نقض ٨ أغسطس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ - ١ - ١٧٢) .

(٢) نانسى Nancy ٢٣ يناير ٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ٣٦٥ والاحكام المدينة التى أشار اليها ربرتوار دالوز العملى باب الاحكام الفرعية جزء ٧ ص ٤٦٢ فقرة رقم ١٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر ١٩٦٢ مجلة التشريع والقضاء ٣٥ ص ٢٩ .

(٤) استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء ٤٤ ص ٢٢٥ و ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥ السنة ٤٨ ص ٣٧ .

واذا اكدت المحكمة ان حكمها الذي أصدرته هو حكم حضوري أو انتهائي، فإن هذا التأكيد لا يمنع من اعتباره غيابيا أو ابتدائيا ان كان كذلك (١) .

وقد توجب المحكمة الدعوى لاعلان ضامن ، أو شاهد ، أو لاعادة اعلان خصم ، وقد تسمى هذا التأجيل ايقافا ، ومع ذلك لا يعتد بوصفها هذا ، ومن ثم هذه الاحكام بتأجيل الدعوى لا يجوز الطعن فيها مباشرة لانها لا تعد في الحقيقة احكاما بوقفها (٢) .

وحكم ، بأن كل شخص كان طرفا في الخصومة أمام المحكمة الابتدائية يعتبر ذا صفة في استئناف الحكم الصادر فيها ، سواء اكان طرفا أصليا أم متدخل فيها ، ولا يحول بينه وبين استعمال هذا الحق اغفال المحكمة اياه في حكمها (٣) .

١٥٠ - لا تنقيد المحكمة بالوصف الخاطئ ولو كان صادرا منها :

متى كانت القاعدة أن العبرة في تكييف الحكم بحقيقة طبيعته ، ولا يعتد بالوصف الذي تلحقه به المحكمة التي أصدرته اذا كان هذا الوصف خاطئا ، فانه يعتد بالوصف الصحيح للحكم حتى من جانب ذات المحكمة التي أصدرت الحكم والحقت به الوصف الخاطئ وذلك متى طرح النزاع امامها من جديد باجراء يمكنها من اعادة النظر فيما قضت به .

وبناء عليه اذا وصفت محكمة حكمها بأنه حضوري ، وكان في واقع الامر - غيابيا وفقا لنصوص القانون ، واذا طعن فيه الخصم الغائب

(١) نقض جنائي ٢٤ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ ص ٩٧٧ ونقض ٩ فبراير ١٩٥٠ مجموعة أحكام الدائرة المدنية السنة الاولى ص ٢٢٨ واستئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء ٤٤ ص ٢٢٥ واستئناف مختلط ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥ مجلة التشريع والقضاء ٤٨ ص ٣٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ مايو ١٩١٦ مجلة التشريع والقضاء ٢٨ ص ٣٣٦ واستئناف مصر ٢١ مايو ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ العدد ٤٢ .

(٣) استئناف القاهرة ٢٤ ابريل ١٩٥١ المحاماة ٣٣ ص ١٥٥٩ .

قارن ما نقوله بصدد هذا الحكم في الفقرة رقم ٣٩١ من هذا الكتاب .

بالمعارضة ، فانه لا غبار على المحكمة ان هى قضت فى المعارضة بقبولها شكلا تأسيسا على اعتبار الحكم غيابيا فى واقع الامر ، لان المعارضة تعيد طرح النزاع من جديد امام ذات المحكمة التى فصلت فيه بحكم غيابي ، ومن شأنها أن تمكنها من الغائه أو تعديله .

القاعدة الثالثة

يتحدد وصف الدعوى والحكم الصادر فيها طبقا لنصوص القانون
ولا يعتد بتكييف الخصم ووصفه

١٥١ - اذا كان الاصل أن المحكمة تنظر الدعوى مقيدة بطلبات الخصوم وفى حدود نطاقها الا أن لها ألا تعتد بأى وصف للخصم اذا كان غير صحيح وفق ما يتبينه من واقع الدعوى .

وتطبيقا لهذا المبدأ العام لا يعتد بالوصف الذى يلحقه المدعى بالدعوى ليتحايل على قواعد الاختصاص النوعى لانها من النظام العام ، بل لا يعتد بالوصف ولو فى حالة اتفاق طرفى الخصومة عليه اذا كان هذا الاتفاق مخالفا لاسس التى وضعها المشرع لتقدير قيمة الدعوى . فتمتى اعتبرت قاعدة معينة من النظام العام وجب على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه كافة النقاط التى توصله الى الحكم فى تلك المسألة ، ومن ثم عند الحكم فى الاختصاص النوعى يجب عليه أن يراقب من تلقاء نفسه التقدير الذى حدده المدعى لدعواه ، وما اذا كان متفقا مع الاسس التى وضعها المشرع (١) .

ومن ثم على المحكمة أن تراقب تقدير الدعوى مقيدة بالاسس التى وضعها المشرع لذلك ، ولا تعتد فى تقدير نصاب الاستئناف الا بالقيمة الحقيقية للدعوى وفق الاسس المتقدمة (٢) .

وتطبيقا للمبدأ المتقدم ايضا لا يعتد بالوصف الذى يلحقه المدعى

(١) راجع كتاب المرافعات رقم ٣٠٧ ورقم ٣١٤ وموريل رقم ٤٤٧ ورقم ٤٦١ وبريتوار دالوز فى المرافعات سنة ١٩٥٦ ص ٥٥٥ رقم ٥ .

(٢) المرجع المتقدم رقم ٥٠٧ .

بالدعوى ليتحايل على قواعد الاختصاص المحلى ، فمتى تمسك المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة اختصاصا محليا وجب على المحكمة أن تفتسل القانون بصدد ما تستخلصه من واقع الدعوى وتكييفها وتصفها ملتزمة بالمعايير والافصاف التى فرضها القانون ولا تتقيد بوصف الخصم لدعواه (١) .

وقضت محكمة النقض بأن العبرة فى وصف الحكم بأنه تمهيدى أو قطعى ليست بما يصفه الطاعن ، انما هى بحقيقة وصفه عملا بنصوص القانون (٢) .

وقد قضى بأن الطلب لا يعتبر عارضا الا اذا ابدى أثناء نظر الخصومة الاصلية ، واذن اذا رفع بصحيفة افتتاح دعوى جديدة مستقلا عن دعوى اخرى وبعد الحكم فيها ، فلا يعد عارضا لها ، ولا يعتد فى هذا الصدد بوصف المدعى لطلبه بل العبرة بحقيقة الواقع (٣) .

وقضت محكمة النقض بأن للمدعى الحق فى أن يكيف دعواه ، سواء من جهة الشكل ، أو من جهة الموضوع بحسب ما يرى . وحقه فى ذلك يقابله حق المدعى عليه فى كشف خطأ هذا التكييف . والقاضى يهيمن على هذا وذلك ، من حيث انطباق هذا التكييف على الواقع وعدم انطباقه ثم يطبق القانون على ما يثبت لديه . فيجب على القضاى الا يتقيد بتكييف المدعى للحق الذى يطالب به ، بل عليه أن يبحث فى طبيعة هذا الحق ليرى ما اذا كان تكييف المدعى صحيحا قانونا أم غير صحيح والا يأخذ بهذا التكييف قضية مسلمة ولو للفصل فى مسألة شكلية قبل مناقشة الحق المتنازع عليه موضوعا ، لان الاخذ بتكييف المدعى - على علمه - قد يجر

(١) أنظر أيضا الامثلة الهامة - تطبقا لذات المبدأ - المشار إليها فى الفقرة رقم ١١٤ من هذا الكتاب - وأنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ القضية رقم ٢٢٤ سنة ٢٠ قضائية بصدد اعتبار دعوى منع التعرض المرفوعة من دعاوى استرداد الحيازة .

(٢) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ القضية رقم ١٧١ سنة ١٩ قضائية ورقم ١١٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) بندر المنصورة ٢٤ فبراير ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ ص ١١٣٤ .

الى حرمان المدعى عليه من حق ربما كان لا يضيع عليه ولو بحث القاضى هذا التكييف قبل ما عداه من المسائل المتعلقة بالموضوع (١) .

وقضت أيضا بأن العبرة بالتكييف القانونى الصحيح ، فاذا رفع المدعى دعواه على اعتبار أنها دعوى استرداد حيازة ، ووصفها صراحة بذلك ، ولكن كان الظاهر من صحتها أن الحق الذى استمسك به والواقعة التى ذكرها تستلزمان أن تكون الدعوى مدعى منع تعرض ، ففهمتها المحكمة على حقيقتها ، وقضت فيها على أساس هذا التكييف القانونى الصحيح ، فلا يصح النعى على حكمها بمخالفة القانون (٢) .

وقضت بأن العبرة فى تكييف الدفع بحقيقة وصفه القانونى لا بالتسمية التى يطلقها عليه الخصوم (٣) .

وقضت محكمة استئناف المنصورة بأن المناط فى تعرف طبيعة الحق للمدعى به للوقوف على مدى دخوله فى وظيفة جهة قضاء دون أخرى ، لا يخضع لتكييف الخصم أو الخصوم - ولو باتفاقهم - انما يخضع هذا التكييف لما تتبينه المحكمة من وقائع الدعوى ومن انزال صحيح حكم القانون عليها (٤) .

(١) نقض ٢٥ مايو ١٩٣٣ طعن رقم ٨٦ سنة ٢ ق .

(٣) نقض ٢١ مارس ١٩٤٦ طعن رقم ٤١ سنة ١٥ ق وراجع أيضا نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٥٥ طعن رقم ١٦٥٠ سنة ٢٢ ق ونقض ٨ فبراير ١٩٥١ طعن رقم ١٠٤ سنة ١٩ ق ونقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ طعن رقم ٣٤٨ سنة ٢٠ ق .

(٣) نقض ٢٩ مارس ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٣٣٩ ونقض ١٩٧٢/١/٢٠ - ٢٣ - ١٠١ ونقض ١٩٧٣/١/٢٥ - ٢٤ - ٩٨ ونقض ١٩٧٣/٦/١٩ - ٢٤ - ٩٤٠ ونقض ١٩٧٣/٦/١٢ - ٢٤ - ٨٩٤ ونقض ١٩٧٥/١٢/١٠ رقم ٤٣٢٢ سنة ٤١ ق .

= وقضت بأن العبرة فى تكييف الاجراء هو بوصفه القانونى ولا يعتد بتكييف الخصوم (نقض ١٩٧٥/١٢/١٢ رقم ٤٣١ سنة ٤١ ق . وقضت بأن مناط التفرقة بين التدخل الانضمامى والتدخل الهجومى هو بحقيقة تكييفه القانونى (نقض ١٩٧٦/٣/١٥ رقم ٣٦٢٢ سنة ٤٣ ق) .

(٤) استئناف المنصورة ٢ يناير ١٩٦٢ المجموعة الرسمية السنة ٦٠ ص ٥٩٠ .

١٥٢ - وصف الدعوى بأنها مستعجلة :

غنى عن البيان أن المدعى اذا وصف دعواه بأنها مستعجلة أو بأن القانون يوجب الفصل فيها على وجه السرعة ، فان المحكمة لا تتقيد به اذا كان مخالفا للمعايير والأوصاف التى فرضها القانون .

واذن اذا رفعت دعوى الى قاضى الامور المستعجلة كان له أن يحكم بعدم اختصاصه لعدم توافر ركن الاستعجال ، واذا رفعت دعوى ووصفها المدعى بأنها من الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وتنازع خصمه فى الحاق هذه الصفة بها وجب على المحكمة أن تحكم - قبل الفصل فى الموضوع - باعتبارها من الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة أو بعدم اعتبارها كذلك .

وكقاعدة عامة على المحكمة أن تتحقق من تلقاء نفسها بأن الدعوى المطروحة عليها ينطبق عليها الوصف أو التكييف أو النوع الذى يبرر اختصاصها بنظرها اختصاصا نوعيا ، لان هذا الوصف أو التكييف من عناصر الحكم فى مسألة الاختصاص النوعى ، وهذا الاختصاص من النظام العام .

١٥٣ - وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة (١) ، والنشاء هذا الوصف بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ :

ثمة مواد كان يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة avec célérité ويتعين تمييزها عن المواد المستعجلة matière de référé التى

(١) كان القانون الفرنسى ينص على اجراءات عامة يعمل بها بالنسبة الى سائر الدعاوى وتسمى la procédure ordinaire ، وينص على اجراءات خاصة مختصرة يعمل بها بالنسبة الى دعاوى وردت فى التشريع على سبيل الحصر ، وتسمى procédure sommaire ، وقصد بهذه التفرقة تمييز الدعاوى الاخيرة من حيث اجراءاتها فيفصل فيها فورا بغير ابطاء وباجراءات مختصرة . ومنها الدعاوى فى الطلبات التى يستوجب نظرها السرعة . Les demandes qui requièrent célérité =

يخشى عليها من فوات الوقت . فالاولى هي منازعات موضوعية (١) ترفع الى المحكمة المختصة بحسب القواعد العامة لتصدر فيها حكما موضوعيا (٢) ، أما الثانية فهي منازعات في طلبات وقتية ترفع الى المحكمة المستعجلة أو الى محكمة الموضوع عملا بالمادة ٤٥ لتصدر فيها حكما وقتيا (٣) تكون له حجية مؤقتة ، وكل منهما يوجب القانون انجازها والفصل فيها فورا بغير ابطاء . وكان قانون المرافعات السابق قبل تعديله بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ينص على عرضها مباشرة على المحكمة الكاملة في المحاكم الابتدائية دون عرضها على قاضي التحضير (م ١١٨) . ويمنع الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر فيها (م ٣٨٦) ، ويجعل ميعاد استئنافه عشرة أيام ايا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم (م ٤٠٢) ، ويوجب رفع الاستئناف بتكليف بالحضور عملا بالمادة ٤٠٥ ، ويوجب ايداع

= (راجع المادة ٤٠٤ من قانون المرافعات الفرنسي قبل الغائها بمقتضى القانون الصادر في ٢٠ يولية ١٩٧٢) . والفرقة المتقدمة كانت قائمة منذ عهد القانون الفرنسي القديم - موريل رقم ٤٤٧ وما يليه . ورقم ٤٦١ ورقم ٤٦٢ ، وبريتوار دالوز في المرافعات سنة ١٩٥٦ - الجزء الثاني ص ٥٥٥ رقم ١ وما يليه ، وجلاسون وتسييه ٢ رقم ٥٠٨ .

والقاعدة في القانون الفرنسي أن العبرة بحقيقة وصف الدعوى وفقا لنصوص القانون وأن على المحكمة أن تعتد بالوصف الصحيح لها . ويقول موريل في هذا الصدد *Il n'appartient pas aux parties de choisir la procédure applicable celle-ci est déterminée impérativement par loi.* (رقم ٤٤٧) .

ويقول في رقم ٤٦٢ : *C'est au tribunal qu'il appartient de dire si une affaire requiert célérité*

(١) قد يوجب القانون الفصل على وجه السرعة في مسألة يعد الحكم الصادر فيها من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، كالحكم بقبول أو عدم قبول الطلبات المعارضة أو التدخل عملا بالمادة ١٥٥ من القانون السابق .

(٢) *jugement sur le fond* - ويعد قطعيا *définitif* بطبيعة الحال .

(٣) *jugement provisoire* .

يراجع في تأكيد ما ورد في المتن نقض ١٩٧٣/٥/١٢ - ٢٤ - ٧٤١ .

مسودة الحكم المشتملة على أسبابه في ميعاد قصير يختلف عن الميعاد المقرر بالنسبة للاحكام الصادرة في المواد الاخرى (م ٣٤٦) ، ويكتفى بالنسبة الى صحف الدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة بأن يبين المدعى فيها موضوعها وطلباته بالايجاز دون حاجة الى ذكر وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيد المطلوب ، وذلك عملاً بالمادة (١٧١) .

ولم يفرد المشرع في قانون المرافعات السابق فصلاً يحدد فيه المواد التي يوجب الفصل فيها على وجه السرعة ، أو يحدد فيه القواعد الاستثنائية التي تتميز بها الاجراءات في تلك المواد ، وإنما كانت القاعدة أن المادة تعد مما يجب الفصل فيها على وجه السرعة اذا نص القانون على ذلك ايا كان هذا القانون ، وسواء اكان قانوناً اجرائياً أم موضوعياً ، كما قرر قانون المرافعات السابق في أبوابه المختلفة ما خصه بها من قواعد وأشكال استثنائية .

ولقد قلنا في الطبعة السابقة من هذا الكتاب انه «لا يقصد بهذا البحث استعراض الدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ودراستها ما نواحيها المختلفة ، وإنما يقصد به دراسة ذات الوصف المتقدم ، وكيف يثبت ومتى يزول ان كان ، ومدى تعلقه بالنظام العام ومدى تقييد الخصوم به ، ومصير الاجراءات التي اتخذت اعتداداً بالوصف المتقدم اذا ما ألغته المحكمة ، وطبيعة الحكم الصادر في الوصف وما اذا كان يعد موضوعياً أو فرعياً ، والطعن فيه ، وسلطة محكمة الطعن في تعديل الوصف ، ورقابة محكمة النقض في هذا الصدد .

الدراسة التالية إذن هي محاولة لوضع قواعد أساسية وضوابط بصدد وصف الدعاوى «بوجوب نظرها على وجه السرعة» ، وهي دراسة من زاوية قانون المرافعات وحده ، لعلها ترشد الباحث وتيسر عمله ، ولعلها تكشف للمشرع الاجراءات الواجب تعديلها أو إلغاؤها .

(١) انظر قرار وزير العدل في ٢٣ مايو ١٩٥٦ بتحديد القضايا التي تنتظر انهاء العطلة القضائية ومنها بعض الدعاوى التي يوجب القانون نظرها على وجه السرعة .

ولقد قام المشرع بالفعل بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بإلغاء كل تفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد وتلك التى تنظر على وجه السرعة ، ولم يعد المقصود من هذا التعبير الا مجرد حث المحكمة على انجاز الدعوى بسرعة . فالمادة ١١٨ معدلة بالقانون المتقدم كانت تنص على أنه تسرى على الدعاوى التى يوجب قانون المرافعات او غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة فى رفع الدعاوى ونظرها واجراءات الطعن فى الحكم الصادر فيها ومواعيده .

واذن ، اذا نص القانون التجارى أو البحرى أو غيرهما من القوانين الخاصة على أن دعوى معينة تنظر على وجه السرعة (١) ، أو أن ميعاد استئناف حكمها يكون الميعاد المقرر للاحكام الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، أو أنها ترفع بالاجراءات التى ترفع بها تلك الدعاوى فإنه يتعين اخضاع الامر للقواعد العامة فى رفع الدعاوى أو الطعون .

وانما يلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ لا يمس بأى حال من الاحوال النصوص الخاصة التى تقرر قواعد استثنائية معينة سواء بصدد طريق رفع الدعوى أو ميعاد الطعن فى الحكم فيها ، فإنه يجب أن تسرى ، ولا يتصور أن ينسخ القانون العام قاعدة خاصة مقررة فى قانون خاص ، ولو عن دعاوى يقرر وجوب نظرها على وجه السرعة ما دام المشرع قد عين - باللفظ - الطريق الخاص المقرر لرفع الدعوى أو الطعن أو لميعاد الطعن - كما هو الحال بالنسبة الى التظلم من قرارات لجان الطعن فى مصلحة الضرائب ، فان المشرع قد رسم طريقا خاصا لهذا التظلم هو الواجب مراعاته فى جميع الاحوال أيا كانت نتائج التفرقة بين الدعاوى التى تنظر على وجه المعتاد وتلك التى على وجه السرعة ، وسواء أكانت قائمة

(١) قضت محكمة النقض بأن وجه السرعة ووجه الاستعجال هما تعبيران مترادفان قانونا . . وأن الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ليست من قبيل الدعاوى المستعجلة التى تصدر فيها أحكام مستعجلة (نقض، ١٩٧٣/٥/١٢ - ٢٤ - (٧٤١) .

على نحو معين أو على نحو آخر ، وسواء أكانت قد ألغيت أم لم تلغ بعد من التشريع .

وإذن ، متى نص قانون خاص على ميعاد معين للطعن ، أو على طريق معين لمباشرة ، أو نص على طريق خاص لرفع الدعوى في أحوال معينة ، فإنه يتعين احترام هذا النص الخاص .

ولقد ترددتنا في الإبقاء على هذا الموضوع في هذه الطبعة ، وأخيرا انتهينا إلى الإبقاء عليه ، لأنه ما زالت التفرقة المتقدمة بآثارها قائمة في بعض التشريعات العربية ، ولأن النزاع لم ينقطع بعد فيما يلي نتيجة للنصوص التي ألغيت .

١٥٤ - المواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة وردت في التشريع على سبيل الاستثناء فلا يجوز القياس عليها :

القاعدة أن المشرع إذا نص على أن مادة معينة يتعين الفصل فيها على وجه السرعة ، فلا يعمل بالنص إلا في حدوده .

والأصل أن المشرع يقرر الوصف المتقدم بالنسبة إلى الدعاوى الموضوعية كما هو الحال بالنسبة لدعوى الشفعة عملا بالمادة ٩٤٣ ، ومع ذلك نراه يقرره بالنسبة إلى مسائل يعد الحكم الصادر فيها من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالحكم بقبول أو عدم قبول الطلبات المعارضة أو التدخل عملا بالمادة ١٥٥ من القانون السابق ، والحكم في الدفع بالإحالة عملا بالمادة ١٣٧ من القانون السابق .

وقد يقرر الوصف منذ بدء المنازعة ، وقد يقرر بصدد الطعن في الحكم الصادر فيها كما هو الحال بالنسبة لما قرر في المادة ٤٧١ منه .

وبعبارة أخرى ، الأصل أن يقرر الوصف المتقدم بالنسبة إلى الطلب في ذاته نظرا لطبيعته ، وفي هذه الحالة يعتد بالوصف في مراحل الخصومة المختلفة وبالنسبة لدرجتي التقاضي . أما إذا تقرر الوصف بالنسبة إلى طعن ما اعتد به في صدره ، ولا يعتد به إذا لم يطعن الخصم بهذا الطريق .

١٥٥ - القضاء المختلط في مادة يجب الفصل فيها على وجه السرعة ومادة يفصل فيها على الوجه المعتاد :

قد ترفع الدعوى بمدة طلبات موضوعية ويكون أحد هذه الطلبات ، وحده ، مما يوجب القانون الفصل فيه على وجه السرعة ، وفي هذه الحالة يكون على المحكمة والخصوم مراعاة القواعد والاجراءات الاستثنائية بصدد هذا الطلب .

وقد ترفع الدعوى بطلب واحد ، وتتعدد الاحكام الصادرة فيها ، ويعد أحد هذه الاحكام دون غيره صادرا في مادة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وذلك كما اذا ادلى أحد الخصوم بطلب موضوعي عارض فتقضى المحكمة - بحكم يصدر قبل الفصل في الموضوع - على وجه السرعة بقبول الطلب العارض عملا بالمادة ١٥٥ من القانون السابق ثم تقضى - بحكم موضوعي - في ذات الطلب ، وينظر على الوجه المعتاد .

١٥٦ - يتحدد وصف الدعوى والحكم الصادر فيها طبقا لنصوص القانون ولا يعتد بتكييف الخصم ووصفه (١) - ولا يعد خطأ المدعى في الوصف علرا يعفى المحكمة من المسؤولية المقررة في المادة ٣٤٦ من القانون السابق . فاذا كان الاصل ان المحكمة تنظر الدعوى مقيدة بطلبات الخصوم وفي حدود نطاقها ، الا أن لها ألا تعتد بأى وصف للخصم اذا كان غير صحيح وفق ما تتبينه من واقع الدعوى .

وصف الدعوى «بوجوب الحكم فيها على وجه السرعة» يعد من النظام العام ، فيتعين على المحكمة من تلقاء نفسها التحقق من أن الدعوى المطروحة

(١) رقم ١٥١ وما يليه .

وانظر موريل رقم ٤٤٧ ورقم ٤٦١ وربرتوار دالوز في المرافعات سنة ١٩٥٦ الجزء الثانى ص ٥٥٥ رقم ٥ وجلاسون وتسييه ٢ ورقم ٥١٢ وأحكام النقض الفرنسية المشار اليها .

وراجع نقض ١٠ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٠٠ ونقض ٢٥ يناير ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ٩٠ ونقض ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٢٠١ ونقض ٢٣ فبراير ١٩٦١ السنة ١٢ ص ١٧٣ .

امامها من الدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة فتسجها فوراً وبغير ابطاء ، وبذا يتحقق مقصود المشرع من اعتبارها كذلك . ولا يتصور ترك الامر لمطلق تقدير المدعى ، فيتحكم ويوجب على المحكمة الفصل فى دعواه على وجه السرعة ، ولو دون منازعة من جانب الخصم الآخر ، والا أدى هذا الى وصف كل الدعاوى المقامة بأنها مما يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة للتحرر من بعض ما قد يفرضه المشرع على المدعى فى الدعاوى العادية .

١٥٧ - المسمى أو المدعى عليه التحدى بالوصف الصحيح فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو سبق له التمسك بعكسه - العبرة بالوصف المطابق للقانون (١) ولا يعتد بوصف المحكمة الخاطيء :

قدمنا ان العبرة بالوصف الحقيقى للدعوى المطابق للقانون ، ونضيف انه يتعين الاعتداد بهذا الوصف ولو سبق للخصم التمسك بعكسه . فمثلا اذا وصف المدعى دعواه بأنها يجب الحكم فيها على وجه السرعة ، ولم ينازعه خصمه فى هذا الوصف ، وأدرك بعد صدور الحكم الابتدائى ان هذا الوصف خاطيء ، جاز له أن يعتد بالوصف الصحيح فى الاستئناف .

واذا رفع المدعى دعواه على اعتبار انها يجب الفصل فيها على وجه السرعة ونازعه خصمه فى هذا الوصف وقضت المحكمة بقيامه أو بانتفائه فانه يكون لكل خصم أن يعتد بالوصف الذى يراه صحيحا ويتخذ الشكل المقرر وفقا لهذا الوصف فى الطعن (٢) .

١٥٨ - مصير الاجراءات التى تتم وفقا لوصف خاطيء :

القاعدة أن الخصم ملزم بمراعاة الشكل الصحيح وفقا لحقيقة وصف

(١) موريل رقم ٤٤٧ ورقم ٤٦١ - وبرتوار دالوز فى المرافعات الجزء الثانى ص ٥٥٥ رقم ٥ وجلاسون المرجع المتقدم .

(٢) رقم ١٤٩ وما يليه والاحكام العديدة المشار اليها فيه . فقد تصف المحكمة حكمها عن خطأ بأنه انتهائى أو حضورى فيكون من الجائز الاعتداد بالوصف الحقيقى له ، ويطعن فيه بطريق الطعن المناسب وفقا لهذا الوصف .

الدعوى ، والا جاز لخصمه التمسك بالجزء الذى قرره المشرع ، وفى الميعاد المحدد لذلك .

١٦٠ - طبيعة الحكم الصادر فى الوصف والطعن فيه :

يعد الحكم الصادر فى الوصف المتقدم من الاحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى ، لانه لا يمس ذات الموضوع أو شقا منه ، وانما هو يمس مسألة متفرعة عند اتصال بوصف الطلب الموضوعى ، وما يتعين مراعاته من أشكال وأوضاع ومواعيد نتيجة لهذا الوصف ، هذا فضلا عن أن ذات التمسك بوصف معين للطلب لا يعد طلبا موضوعيا ، كما أن الطعن على هذا الوصف لا يعد دفعا موضوعيا ، وراينا أن المحكمة عليها مراقبة الوصف من تلقاء نفسها ، وكل هذا يقطع بأن الحكم فى الوصف يعد حكما فرعيا وليس بحكم موضوعى والقاعدة أن الحكم يعد موضوعيا اذا ما صدر فى طلب أو دفع موضوعى .

وجدير بالذكر أن الحكم الصادر فى الوصف لا يعد صادرا فى مادة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، لان القانون لم ينص على ذلك صراحة .

واذ يعتبر الحكم المتقدم من الاحكام الفرعية فانه يخضع لسائر القواعد المتعلقة بتلك الاحكام ، فهو لا يقبل الطعن المباشر لانه لا ينهى الخصومة كلها أو بعضها عملا بالمادة ٣٧٨ من القانون السابق ، ويجوز الطعن فيه بنفس طرق الطعن الجائزة بالنسبة للحكم الموضوعى ، واستئناف الحكم فى الموضوع يستتبع استئنافه عملا بالمادة ٤٠٤ منه (١) .

١٦١ - رقابة محكمة النقض للوصف المتقدم (٢) :

بخضع وصف الدعوى - المتقدم - لرقابة محكمة النقض ، ولها أن

(١) مع ملاحظة أن قبول الحكم الصادر فى الوصف المتقدم لا يمنع المحكمة الاستئنافية من مراقبة هذا الوصف من تلقاء نفسها .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع تعليقات دالوز على المادة ٤٠٤ من قانون المرافعات الفرنسى وجلاسون وتسييه ٢ رقم ٥١٢ واحكام النقض المشار =

تتحقق من صحته من تلقاء نفسها كأي مسألة تتصل بالنظام العام . فاذا رفع اليها الطعن واستبان لها من واقع أوراق القضية المقدمة اليها أن الدعوى المقامة من الدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة وأن المحكمة الموضوعية قضت بغير هذا صراحة أو ضمنا كان لها نقض الحكم لمخالفته للقانون . ويترتب على نقض الحكم في الحالة المتقدمة بطلان الاجراءات التي تمت وفقا للوصف الخاطئ على ما تقدمت دراسته .

القاعدة الرابعة

العبرة بمنطوق الحكم لا بأسبابه

١٦٢ - اذا أريد تكييف حكم ما وجب أولا فهم القضاء الوارد به : ويكون استخلاص هذا الفهم بالرجوع الى منطوق الحكم لان القاضي في المنطوق يعبر عما حكم به من الفاظ صريحة واضحة . أما أسباب الحكم فالمقصود منها - في الاصل - بيان الحجج التي اقنعت القاضي بما قضى به وجعلته يسلك في فهم الدعوى السبيل الذي ارتاح اليه . فهي تشمل الحجج القانونية والادلة الواقعية التي بنى عليها الحكم .

وتطبيقا لذلك قد قضى بأن الحكم الذي يأمر في منطوقه باجراء اثبات معين يعد تمهيدا فقط ، ولو ناقش في أسبابه العقود المتداولة بين طرفي الخصوم (١) .

- اليهاوربرتوار دالوز في المرافعات سنة ١٩٥٦ الجزء الثاني ص ٥٥٦ رقم ١٧ وموريل ٤٦٢ . وراجع وقارن الاحكام المشار اليها في دالوز المرجع المتقدم .

وقد حكم بأن وصف الدعوى وصفا خاطئا يؤثر في الضمانات المقررة للخصوم ، ويخضع لرقابة محكمة النقض - نقض ١٤ فبراير ١٨٨٨ سيري ٩٠ - ١ - ٣١٣ و٣ يولية ١٨٩٠ سيري ٩١ - ١ - ٢٢٤ ، وراجع نقض ٢٠ يولية ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ - ١ - ٦٩ .

(١) نقض فرنسي ٢١ مايو ١٩٢٨ (ربرتوار دالوز العملي باب الاحكام فقرة ٣٢ والاحكام المشار اليها فيه) .

وحكم بأن حجية الشيء المحكوم به لا تلحق أسباب الحكم التمهيدى ،
فاذا رأى القاضى رأيا معينا فى صدد مسألة ما واثبت هذا الرأى فى أسباب
حكمه التمهيدى ، فيجوز له أن يحكم فى الموضوع فى نفس المسألة برأى
آخر (١) .

١٦٣ - وينتج مما سبق بيانه أنه اذا خالفت أسباب الحكم منطوقه ،
وجب اعتبار المنطوق دائما وصرف النظر عما ورد فى الاسباب (٢) . وأنه
اذا خالفت أسباب حكم منطوق حكم آخر سابق عليه فلا يعسب الحكم
الاخبر بأنه قد خالف مبدأ حجية الشيء المحكوم به (٣) . ولا يجوز الطعن
بالاستئناف أو بالنقض فى أسباب الحكم دون الطعن فى منطوقه فى نفس
الوقت (٤) . ولمحكمة النقض أو للمحكمة الاستئنافية أن تعدل أسباب الحكم
المطعون فيه دون أن تمس المنطوق .

١٦٤ - الاسباب التى تحوى قضاء يكمل المنطوق :

يحدث كثيرا أن تحتوى أسباب الحكم على قضاء يكمل ما ورد بالمنطوق
ويرتبط معه ارتباطا وثيقا بحيث لا يمكن فصل القضاءين . ويفرق سافينى
Savigny بين الاسباب المكملة لما يرد بالمنطوق ويسمىها الاسباب المكملة (٥)
وبين الاسباب التى يبنى عليها القاضى حكمه ويسمىها الاسباب التى تبرر

(١) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٨٩٢ مجلة التشريع والقضاء
السنة ٥ ص ٧١ واستئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩١١ مجلة التشريع
والقضاء السنة ٢٤ ص ٥٤ - والاحكام العديدة التى أشار إليها ربرتوار
دالوز العلى الجزء السابع باب الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع
فقرة ٥٨ .

(٢) بوج Bourges ٢٣ أغسطس ١٨٣١ (سيريه ١٨٣٢ - ٢ - ٤١٤)
وراجع لاكوست ص ٧٨ فقرة ٢١٧ .

(٣) نقض فرنسى ١٨ أكتوبر ١٨٨٧ (سيريه ٨٩ - ١ - ١٥١) .

(٤) لاكوست فقرة ٢٢١ .

(٥) motifs objectifs

المنطوق (١)، ويرى أن الاولى اذ ترتبط ارتباطا وثيقا بالمنطوق تكتسب حجية الشيء المحكوم به . أما الاسباب الاخرى فلا تكتسب هذه الحجية (٢) .

ولقد رددت هذا القول بعض محاكمنا فأطلقت على الاسباب من القليل الاول عبارة «الاسباب الجوهرية» ، وعلى الاسباب من القليل الثانى عبارة «الاسباب العرضية» (٣) .

وكثيرا ما لا يشمل منطوق الحكم الا جزءا من قضائه ، ويوجد الجزء الآخر فى الاسباب . ويحصل ذلك فى الغالب حين يقتضى الحكم فى الدعوى الفصل فى مسألتين على التالى ، ويكون الفصل فى المسألة الثانية نتيجة ضرورية للفصل فى المسألة الاولى ، فالقاضى يناقش المسألة الاولى فى الاسباب ويضمن الثانية وحدها المنطوق (٤) . فاذا ادعى شخص ملكية عين بموجب عقد ودفع المدعى عليه بطلانه ، فكثيرا ما تبحث المحكمة فى حيثيات حكمها فى صحة العقد ، ويقتصر فى منطوقه على منحه القضاء فى الملكية . كذلك قد تناقش المحكمة فى أسباب حكمها مسئولية المدعى عليه عن التعويض وتقطع بشبوتها ، ثم يقتصر المنطوق على القضاء بنذب خبير لتقدير التعويض (٥) .

(١) motifs subjectifs

(٢) بولنييه فقرة ٨٦٣ ودى مولومب الجزء ٣٠ فقرة ٢٩١ ولا كوست فقرة ٢٢٩ والاحكام المذكورة فى الفقرة التالية .

(٣) استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣١ المحاماة السنة ١١ ص ١٠٤ رقم ٥٢٩ ومصر الابتدائية ١٣ أكتوبر ١٩٢٧ مرجع القضاء بند ٥٧٩٨ وطنطا الابتدائية (بهيئة استئنافية) ٨ يناير ١٩٣٠ مرجع القضاء بند ٥٨٠١ وراجع ايضا بنى سويف الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢٩ مرجع القضاء ٥٧٩٩ ونقض ١٩٦٧/٦/٨ - ١٨ - ١٢٣٦ ، ونقض ١٩٦٧/٣/٣ - ١٨ - ٧١٣ ونقض ١٩٧٢/٢/١٩ - ٢٣ - ٢١٧ .

(٤) لاكوست فقرة ٢٢٧ .

(٥) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة السنة ١٧ عدد ٦ ص ٥٩٥ رقم ٢٦٠ .

وقد تورد المحكمة في أسباب حكمها بعض ما تقضى به ، لاعتبارات تتصل بأسلوبها الخاص في تحرير الاحكام (١) . وقد لا يتحدد المقصود من المنطوق الا بالرجوع الى الاسباب ، وعندئذ تكون الحجية للمنطوق بالتحديد المقرر في الاسباب (٢) .

لذلك كثيرا ما يعتبر القضاء الوارد بأسباب حكم قضاء قطعيا موضوعيا ولو أن المنطوق مقصورا على قضاء قبل الفصل في الموضوع . فقد قضى بأنه اذا ورد في أسباب الحكم أن المدعى لم يستكمل الشروط الخاصة بالتقدم القصير المدة ورخصت المحكمة للمدعى في المنطوق أن يثبت تملكه بالتقدم الطويل الاجل ، فإن هذا الحكم يعد أنه قد فصل قطعياً في أن المدعى لم يستكمل الشروط الخاصة بالتقدم القصير الاجل ، ولو كان ذلك قد جاء في أسباب الحكم بطريقة غير صريحة (٣) .

وحكم بأنه اذا خلا منطوق الحكم التمهيدى من البت في أصل

= واذا ادعى شخص بأنه يرث آخر بسبب قرابة معينة بينهما فكثيرا ما تبحث المحكمة (في فرنسا) أمر ثبوت القرابة أو عدم ثبوتها في حيثيات حكمها ، ويقتصر المنطوق على منحه حصته في التركة أو رفض طلباته (محكمة كاستيل سارازان Trib de Castel-Sarrazin ٢٢ يولية ١٨٥٠ (سيريه ٥٠ - ٢ - ٤١٧) .

(١) وفي هذا القول تقول إحدى المحاكم لتبرر قاعدة أن أسباب الحكم تكمل منطوقه «أن القول بغير هذا تفسف في التفسير وفوق هذا ينال الخصم ضررا قد يؤثر على حقوقه من جراء سهو أو اغفال غير مقصود في المنطوق ، وبعيد عن العدالة أن يضار أحد المتقاضين لأسباب لفظية شكلية خارجية عن فعله ومتصلة بالمحكمة وأسلوبها في تحرير الاحكام» .

(مصر الكلية ٢٤ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة السنة ١٤ عدد ٤ ص ٢٨٢ رقم ١٤٤) .

(٢) نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ - ١٩ - ١١١٩٠ ونقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ - ١٧ - ١٥٨٢ .

(٣) نقض فرنسي ٣٠ مايو ١٩٤٤ (دالوز ١٩٤٤ ص ٥٩ احكام) وتعليق مجلة القانون المدني السنة ١٩٤٥ ص ٥٢ والاحكام والمراجع العديدة التي أشار اليها .

النزاع وكانت أسبابه التي ارتبطت ارتباطا وثيقا بمنطوقه تقضى برفض الدفوع التي أثارها الخصوم في الدعوى متعلقة بماهية عقد من العقود أو بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى فان هذا الشق من الحكم يعتبر قطعيا (١) .

وقضى بأن الحكم التمهيدى الذى تفصل أسبابه في مسألة الاختصاص يشتمل على قضاء قطعى في هذه المسألة (٢) ، وبأنه اذا تضمنت أسباب الحكم القضاء باعتبار العقد المتنازع عليه وصية ، واقتصر المنطوق على إحالة الدعوى الى التحقيق كان القضاء الاول قطعيا (٣) .

وقضى بأنه اذا كان الحكم الصادر بإحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات وضع اليد المكسب للملكية بمضى المدة قد اشتملت أسبابه على القضاء باعتبار الأرض المتنازع عليها من أملاك الحكومة الخاصة التى يجوز تملكها بوضع اليد ، فان هذا القضاء الاخير يعد قطعيا ويكون له حجية الشئ المحكوم به (٤) . والحكم الذى يناقش في أسبابه جميع الدفوع القانونية المتعلقة بعدم جواز توجيه الاستجواب قانونا ويقضى برفضها

(١) نقض مصرى ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة السنة ٢٠ عدد ٦ ص

٧٥٧ .

(٢) نقض مصرى ٩ فبراير ١٩٣٣ المحاماة السنة ١٣ عدد ٨ ص ٩٨٣

رقم ١٤٨٥ .

(٣) نقض مصرى ٨ مارس ١٩٤٥ مجموعة محمود عمر ٤ ص ٥٨٣ رقم

٢١٨ وانظر أيضا نقض ٢٩ مارس ١٩٥٦ القضية رقم ٣٧٨ سنة ٢٢ قضائية ونقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٤١ ونقض ١٩٧٣/٥/٢٦ - ٢٤ - ٨٢٨ ونقض ١٩٧٣/٦/١٢ - ٢٤ - ٨٨٥ ونقض ١٩٧٢/٢/٨ - ٢٣ - ١٣٣ ونقض ١٩٧٢/٣/٣٠ - ٢٣ - ٦٠١ ونقض ١٩٧٢/١٢/١٦ - ٢٣ - ١٣٩٨ ونقض ١٩٧٢/٥/٣٠ - ٢٣ - ١٠٤٢ ونقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٧٦ .

(٤) نقض ٧ ديسمبر ١٩٣٩ مجموعة محمود عمر ٣ رقم ١٢ ص ٢٣

و٢٤ ونقض ٣٠ مارس ١٩٤٤ مجموعة محمود عمر ص ٣٠٣ و٣٠٤ رقم ١١٥ وبهذا المعنى أيضا استئناف أسيوط ١٢ فبراير ١٩٤٢ المحاماة السنة ٢٢ (عدد ٨ - ٩ - ١٠) رقم ٤٤ .

صراحة ثم لا ينص في المنطوق الا على الامر بتوجيه الاستجواب ، يعتبر أنه قد فصل قطعيا في جواز الاستجواب قانونا (١) .

ويجرى قضاء المحاكم في مصر بأن أجزاء الحكم يكمل بعضها بعضا وبأن أسباب الحكم تكون في كثير من الحالات جزء لا يتجزأ من المنطوق ويكون لها مثله حجية الشيء المحكوم به (٢) .

واذا لم يشتمل الحكم في منطوقه على القضاء بصحة محرر كان موضوع نزاع ، ولكن الأسباب تناولت البحث في صحة المحرر وصرحت بصحته بعد بيان ما أجرته المحكمة من عملية المضاهاة ، فتعتبر هذه الأسباب جزءا متصلا بالمنطوق ومتما له وفاصلا في أمر الورقة ويكون لهذه الأسباب نفسها حجية الشيء المحكوم به (٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا اشتملت أسباب حكم على جزء من الخصومة - وهو النزاع بشأن الوصية بعدم نفاذها في حق بعض الخصوم - فان هذا الحكم يقبل الطعن بالنقض عملا بالمادة ٣٧٨ من القانون السابق (٤) ، وقضت بأنه اذا اشتملت أسباب حكم برفض الدفع بعدم قبول الاستئناف على قضاء في الموضوع يتصل باعتبار العين المؤجرة أرض قضاء لا يخضع النزاع القائم في شأنها (للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧) .

(١) مصر الكلية ٢٤ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة السنة ١٤ ص ٢٨٢ رقم ١٤٤ .

(٢) استئناف أسيوط ١٢ نوفمبر ١٩٣٢ مرجع القضاء ٥٨٠٩ - نقض ١٥ مارس ١٩٤٤ - مجموعة محمود عمر ٤ ص ٢٩٣ رقم ١١٢ - الاسكندرية الابتدائية ١٠ ديسمبر ١٩٢٩ مرجع القضاء ٥٨٠٠ ومصر الكلية ٢٦ فبراير ١٩٢٥ مرجع القضاء ٥٧٩٦ .

(٣) استئناف أسيوط ١٢ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة السنة ١٣ ص ٧٢٩ رقم ٣٦١ العدد ٦ . وبهذا المعنى أيضا استئناف مصر ٣ مارس ١٩٣٢ مرجع القضاء ٥٨١٢ - ونقض ١٨ مايو ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ ص ٣٨٣ رقم ١٢٨ وبني سويف (جزئي ١٨ فبراير ١٩٣٢ مرجع القضاء ٥٨٠٧ والمنصورة (جزئي) ٥ ديسمبر ١٩٢٥ مرجع القضاء ٥٧٩٧ .

(٤) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ القضية رقم ٣٤٨ سنة ٢٠ قضائية .

وكان هذا الاعتبار محل نزاع بين الخصوم ، فان هذا الحكم يكون قد اشتمل على قضاء موضوعي ويقبل الطعن على استقلال فور صدوره عملا بالمادة ٣٧٨ من القانون السابق (١) .

وقضت بأنه اذا حسم الحكم الصادر بنذب خبير - في أسبابه - النزاع حول تكييف العقد الذي تم بين طرفي الخصومة ، وكان هذا التكييف مشار خلاف بينهما ، فان هذا الحكم يكون قد اشتمل في أسبابه على قضاء موضوعي (٢) (٣) .

وتقضى محكمة النقض على وجه العموم بأن الحجية تكون **لا فصل فيه صراحة أو ضمنا في المنطوق أو الاسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها (٤)** . وتقضى بأن الحجية تكون أيضا للاسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا (٥) .

١٦٥ - أسباب تفسر المنطوق وتحدد مداه :

اذا شمل المنطوق جميع ما حكم به ، فان الاسباب تفيد مع ذلك في انارة المنطوق وتفسيره وتحديد مداه فيمكن دائما تكملة المعنى الوارد بالمنطوق بما ورد في الاسباب ، فالاسباب تصور كل ما يخطر بذهن القاضي من أفكار قبل النطق بالمنطوق (٦) .

(١) نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ القضية ٣٩٨ سنة ٢١ قضائية .

(٢) أول أبريل ١٩٥٤ القضية رقم ١٥٧ سنة ٢١ قضائية - يلاحظ أن الاحكام الثلاثة الاخيرة تعد موضوعية .

(٣) وراجع أيضا نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ القضية رقم ٢٨٨ سنة ٢٠ قضائية ونقض ١٢ فبراير ١٩٥٣ القضية رقم ٥٩ سنة ٢١ قضائية ونقض ٨ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ١٧٨ سنة ٢٠ قضائية ونقض ٩ فبراير ١٩٥٠ القضية رقم ١٤٤ سنة ١٧ قضائية .

(٤) نقض ١٩/١٢/١٩٧٨ الطعن رقم ٦٠ سنة ٤٥ ق .

(٥) نقض ١٤/٣/١٩٧٨ الطعن رقم ٧٦٣ سنة ٤٤ ق ونقض ٦/٦/١٩٧٨ رقم ٣٦٩ سنة ٤٥ ق .

(٦) لوران ٢٠ ص ٤١ فقرة ٣٠ وجلاسون ٣ ص ٩٩ فقرة ٧٧٣ ومجلة القانون المدني ١٩٤٣ ص ١٣٤ - ولوبري ورو جزء ٨ ص ٣٧٠ ولارومبير المادة ١٣٥١ - ولاكوست فقرة ٢٢٨ .

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا كان الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع باجراء تحقيق ، قد فصل في نفس الوقت بقبول الدعوى ، فان هذا القضاء الاخير يكون له حجية الشيء المحكوم به رغم أنه لم يرد صراحة في المنطوق وانما يؤخذ نتيجة لعبارة المنطوق مع تقريبها من حشيات الحكم فالاسباب تنير دائما عبارة المنطوق (١) .

وبناء على ذلك يرى كثير من الشراح أن الحكم يعد تمهيدا اذا شفت اسبابه عن اتجاه رأى المحكمة في موضوع الدعوى ، دون أن يبدو ذلك الاتجاه من منطوق الحكم (٢) . فالحكم الصادر بتكليف المجلس البلدى بأن يقدم ورقة تحت يده يستند اليها الموظف المعزول ، وان كان في ظاهره حكما تحضريا الا أنه اذا اتضح من اسبابه أنه لم يكن الفرض منه استيفاء نقطة غامضة أو مناقشة مسألة لتنويرها ولكن يشف عن اتجاه رأى المحكمة في الموضوع فهو حكم تمهيدى (٣) .

(١) نقض فرنسى ١٢ يناير ١٩٤٢ (سيريه ١٩٤٣ - ١ - ٧) .
وبهذا المعنى أيضا نقض فرنسى ٢٥ يوليو ١٨٧١ (سيريه ٧١ - ١ - ١٠٠) .

ونقض ٧ مارس ١٨٧٦ (سيريه ٧٦ - ١ - ٤٤٨) .
ونقض ١٢ يوليو ١٨٦٥ (سيريه ٦٥ - ١ - ٤٤٩) .
(٢) كاريه وشيفو ٤ فقرة ١٦١٦ - رسالة بوردا ص ١٧٩ - وربرتوار البلجيكى باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ج ٧ ص ٣٢٤ .
واستئناف ٢٩ ابريل ١٩٠٩ السنة ٢١ مجلة التشريع والضاء ص ٣٣٠ .

(٣) استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٣٨ المحاماة السنة ١٩ عدد ٧ ص ٩٣٩ رقم ٣٧٧ .

القاعدة الخامسة

قضاء الحكم قد يكون ضمنيا

١٦٦ - يعبر القاضي عما يحكم به بالفاظ صريحة واضحة ، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يصدر القاضي قضاءه صريحا فيما يتعلق بواقعة معينة وضمينيا فيما يتصل بواقعة أخرى ، ويكون للقضاء الضمني حجية الشيء المحكوم به .

ولا يمنع القانون استخلاص القضاء من أحكام المحاكم بطريقة ضمنية (١) وأحكام المحاكم وأقوال الشراح جارية على ذلك . فقد يحدث أن يكون القضاء الصريح متضمنا فصلا في مسألة لا يقوم الحكم الا على الفصل فيها ، فهنا يعد حكم المحكمة متضمنا الفصل في هذه المسألة ، بشرط أن يفهم من ظروف المحكمة أنها قد أرادت ذلك ، كأن تكون المسألة محلا لاعتبار المحكمة ، فإذا قضى بجواز الرجوع في هبة نتيجة لولادة طفل للواهب ، ولم تكن صحة هذه الولادة محل نزاع ، فليس للموهوب له أن يثير هذا النزاع فيما بعد ، أو أن يطعن بالتزوير في شهادة الطفل ليصل الى القول بعدم جواز الرجوع في الهبة (٢) . أما اذا فهم من وقائع الدعوى أن المسألة لم تكن محلا لاعتبار المحكمة ، فلا يمكن القول بأن حكم المحكمة قد شملها بطريقة ضمنية .

ويمكن استخلاص القضاء الضمني الوارد بالحكم سواء من منطوقه أو من أسبابه (٣) .

(١) أوبري ورو جزء ٨ ص ٣٧١ .

(٢) نقض فرنسي ١٣ فبراير ١٨٦٠ (دالوز ٦٠ - ١ - ٣٤١) وراجع لاکوست فقرة ٢٤١ وراجع الاحكام العديدة التي أشار اليها .

(٣) استئناف مصر ٧ يولية ١٩٣٢ مرجع القضاء رقم ٥٨٠٨ وراجع سوهاج (جزئي) ٢٧ يناير ١٩٢٧ مرجع القضاء رقم ٥٨١٣ ويراجع نقض ١٩٧٩/١/٢٧ الطعن رقم ٢٥٧ سنة ٤٠ ق .

وقضت محكمة النقض بأن الغاء الحكم الابتدائي الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع يتضمن ضرورة رفض هذه الدعوى دون حاجة الى التصريح بذلك (١) .

وقضت بأنه وان كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلو من رد صريح على الدفع بالبطلان ، الا أن فيما قضت به محكمة الدرجة الثانية من تأييد الحكم الابتدائي قضاء ضمنيا برفضه وبحبسها ما اشتمل الحكم المذكور من بيانات ووقائع مادية تؤدي الى النتيجة الصحيحة التي قررها هذا القضاء الضمني من زوال البطلان بالحضور وسقوط الحق في الدفع به (٢) .

١٦٧ - القضاء بطريقة ضمنية في الدفوع : كثيرا ما يحدث أن يصدر القضاء الضمني في الدفوع ، كأن يدفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة أو بعدم قبول الدعوى ، أو بعدم جواز اثبات الحق بالشهادة أو عدم جواز توجيه الاستجواب ، فتصدر المحكمة حكما باحالة الدعوى الى التحقيق ، دون أن تقضى صراحة في هذه الدفوع . وقد يستخلص من الحكم أن المحكمة ترى تقدير هذه الدفوع مع تقدير الموضوع ، أو قد يستخلص منه ضمنا أن المحكمة ترفض هذه الدفوع ، فاذا دفع أحد الخصوم بعدم اختصاص المحكمة مثلا ، وقضت المحكمة باحالة الدعوى الى التحقيق - دون أن تشير صراحة الى أن هذا الدفع ودون أن تؤجل بحثه مع نظر الموضوع - فيستخلص من ذلك أن المحكمة ترى تأجيل تقدير الدفع مع تقدير الموضوع . ويكون هذا القضاء غالبا تمهيدا باعتبار أنه يشف عن اتجاه راي المحكمة في اختصاصها بنظر الدعوى ... ولا يعد على أي حال قضاء قطعيا اذا لم يفصل في هذا الدفع (٣) . واذا دفع أحد الخصوم مثلا بعدم جواز اثبات الحق بالشهادة ، وقضت المحكمة - دون أي اشارة الى هذا الدفع - باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات الحق بالشهادة ، فان هذا

(١) نقض ١١ نوفمبر ١٩٥٤ القضية رقم ٩٦ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ القضية رقم ١٩٣ سنة ٢١ قضائية .

(٣) قارن هذا القول والرأي الذي يراه جلاسون في التمييز بين الحكم التمهيدى والتحضيرى والذي سنذكره فيما بعد .

الحكم يمكن اعتباره متضمنا قضاء قطعيا برفض الدفع ، ويكون له حجية الشيء المحكوم به في جواز اثبات الحق بشهادة الشهود (١) . والامر مرجعه معرفة هل كانت المحكمة قد رأت تأجيل النظر في الدفع أم البت فيه بصورة ضمنية ، وهي ان اختارت البت فيه بصورة ضمنية وجب عليها تسبيب قضاها والا كان حكما باطلا .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يجيز الاثبات بطريق معين لا يحوز الحجية الا اذا حسم النزاع بين الخصوم على وسيلة الاثبات ، بعد أن نجادلوا في الجوازها أو في عدم جوازها (٢) .

وكقاعدة عامة يعتبر الحكم في الموضوع مشتملا على قضاء ضمني برفض دفع كلما كانت الخصومة في الدفع قائمة أمام المحكمة لتمسك الخصم به في الوقت المناسب أو لاعتباره من النظام العام (ولو لم يتمسك به الخصم) .

القاعدة السادسة

لا يعتد في تكييف الحكم بمنازعة الخصوم

١٦٨ - من الشراح من يرى أنه لا يمكن اعتبار القضاء قطعيا الا اذا جاء بعد نزاع بين الخصوم (٣) ، فالقصد من الحكم هو وضع حد للنزاع بينهم ، فما يصدر دون هذه المنازعة لا يكون حكما بالمعنى الحقيقي للكلمة ، ولا تكون له حجية الشيء المحكوم به . والقضاء الحديث لحكمة النقض

(١) انظر حكم محكمة استیوط الابتدائية ١٦ فبراير ١٩٢٨ المحاماة السنة ٩ عدد ٧ ص ٦٧٠ رقم ٤٢١. حيث قضت بأن الحكم باحالة الحالة على التحقيق لاثبات حق من الحقوق بالبيئة يكون قد تضمن الفصل بصفة قطعية في جواز اثبات هذا الحق بالبيئة - ويصعب التسليم بهذا النظر .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٤١ .

(٣) لوران الجزء ٢٠ ص ٣٠ رقم ٢٢٠ (والمرجع الذي إشار اليه) . ولاكوست فقرة ٧٣ وما بعدها وفقرة ٢٤٠ .

الفرنسية يؤيد هذا الرأي (١) . ومما قرره أن الحكم برفض دليل من الأدلة لا يقيد المحكمة ، ولا تكون له صفة قطعية الا اذا كان صادرا اثر منازعة الخصوم (٢) . وقضت بأن مجرد تسمية سند دين بأنه سند اذنى فى أسباب حكم تمهيدى ، دون أن يكون ذلك موضوعا لنزاع ، لا يمكن أن يكتسب حجية الشيء المحكوم به (٣) .

وانا نرى أن القضاء القطعى لا يتغير تكييفه لمجرد أنه صادر دون منازعة الخصوم ، انما العبرة أن تكون المسألة موضوع الحكم قد سبق طرحها صراحة أو ضمنا أمام المحكمة ، كما سيأتى بيانه فى الفقرة التالية ، بشرط أن يتم ذلك فى مواجهة الخصوم .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم قديم بأن الحكم الذى يحدد الاساس الذى يجب أن يراعى فى تصفية الحساب يعد قطعيا ، ولو كان صادرا دون منازعة الخصوم (٤) . والقول بغير ذلك . قد يؤدى الى نتائج خطيرة ، فقد يعتمد أحد الخصوم مثلا عدم المنازعة فى طلب خصمه ، ثم يصدر الحكم لصالح الخصم الاخير ، فيدعى الاول أن الحكم غير قطعى لعدم سبق المنازعة فيما قضى به .

وكما أن الحكم لا يلزم لاعتباره قطعيا أن يكون هناك نزاع سابق ، كذلك لا يلزم لاعتبار الحكم تمهيديا سبق المنازعة ، وللاستاذ جارسونيه رأى مشهور فى هذا الصدد نذكره ونذكر رأينا فيه فى الفرع الخاص بضابط التمييز بين الحكم التمهيدى والتحضيرى .

(١) مجلة القانون المدنى السنة ١٩٤٤ ص ٢٦٣ والاحكام والمراجع التى اشارت اليها وعلى وجه الخصوص نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٩٤٢ (دالوز ١٩٤٢ - ص ١٠٧ قضاء) وراجع فى القضاء المصرى حكم محكمة استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة السنة ١٦ عدد ٦ ص ٥٩٦ رقم ٢٦٠ ونقض ١٩٧٢/٣/٩ - ٢٣ - ٣٤١ مشار اليه فى صدر القاعدة السابقة .

(٢) نقض فرنسى ٢٩ يوليو ١٨٧٣ (سيريه ٧٤ - ١ - ٣٦٠) .

(٣) نقض ١٧ ديسمبر ١٨٧٨ (دالوز ١٨٧٨ - ١ - ٢٥٥) .

(٤) نقض فرنسى ١٢ أبريل ١٨٤٧ (سيريه ٤٩ - ١ - ١٢٤) .

القاعدة السابعة

لا يعتد بها يرد في أسباب الحكم على سبيل غير سبيل القضاء

١٦٩ - الحاق صفة التاجر بأحد الخصوم - عبارة (ورفضت المحكمة باقي الطلبات) : مجرد ذكر عرضي لمسألة ما في أسباب الحكم لا يمكن أن يكون لها حجية الشيء المحكوم به ، إذا ما فهم من مجموع الحكم أن المحكمة لم تقصد القضاء بين الخصوم في صدد ما تذكره ، فيجب حتى يحوز ما يأتي في الأسباب حجية الشيء المحكوم به أن يكون قد سبق طرحه أمام المحكمة صراحة أو ضمنا .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كانت المحكمة قد عرضت - تزييدا في بعض أسباب حكمها - لمسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها أو لم تكن بها حاجة للفصل فيها للحكم في الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك لا يكون له قوة الشيء المحكوم به . فاذا وضح من ظروف الدعوى عقدا معيناً لم يكن محل نزاع فيها من ناحية فسخه أو عدم فسخه وأن المحكمة لم تكن في حاجة من أجل الفصل في الدعوى إلى أن تعرض له من هذه الناحية ، فلا يكون لما ورد في أسباب حكمها متعلقا بفسخ العقد حجية الشيء المحكوم به لأن الأصل أن هذه الحجية لا تلحق إلا منطوق الحكم والأسباب التي ارتبطت به ارتباطا وثيقا (١) .

وقضى أيضا بأن الألفاظ التي يأتي الكلام فيها عرضا في الحكم بطريق الأخبار أو التفسير لا تحوز حجية الشيء المحكوم به ، فاذا **الحقت المحكمة**

(١) نقض ١٥ مارس ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ ص ٢٩٣ رقم ١١٢ .

= التقدير الزائد عن حاجة المحكم وغير لازم للنتيجة التي انتهى إليها لا تعفيه - نقض ١٩٧٩/١/٢٣ رقم ٥٠١ سنة ٤٥ ق .

= لا محل لرمي الحكم بالتناقض إذا وردت به عبارة معينة وخلا الحكم من الأخذ بمدلولها ... فهي تعتبر لغوا - نقض ١٩٧٤/١/٣١ - ٢٥ - ٢٥٩ .

مثلا صفة التاجر الى احد الخصوم بطريق عرضي فلا يعد ذلك منها قضاء باعتبار الخصم تاجرا ، أما اذا كانت هذه المسألة قد سبق طرحها أمام المحكمة صراحة ، كان هذا القول قضاء قطعيا يمكن أن يحوز حجية الشيء المحكوم به (١) . واذا طلب المدعى رد العين المفصولة وحفظ الحق في طلب الربيع بدعوى على حدتها ، **وحكمت المحكمة له بالعين ولم تذكر شيئا عن الربيع ، بل ختمت الحكم بقولها «ورفضت باقى الطلبات»** فلا يعتبر هذا الرفض ساريا على طلب «حفظ الحق» ومانعا من طلب الربيع في المستقبل ، لان هذا الحق محفوظ للمدعى بدون أن تحكم له المحكمة بحفظه وتكون عبارة **«رفضت باقى الطلبات»** عبارة زائدة ، كتبت حسب العادة الجارية ولا تأثير لها (٢) .

وتطبيقا لما تقدم حكم في فرنسا بأنه اذا اشارت المحكمة - وهى بسبيل الحكم بعدم اختصاصها - الى المحكمة المختصة فان هذا القضاء لا يقيد تلك المحكمة المشار اليها اذا ما طرح النزاع أمامها لان المحكمة الاولى ليست لها ولاية تحديد المحكمة المختصة ، وبذا يكون تحديدها في الحكم قد جاء على سبيل التزيد ، ولا عبرة بما يرد في الحكم على سبيل القضاء (٣) .

ويرامى أخيرا أن المسائل المتعلقة بالنظام العام تعد مطروحة على المحكمة بغير حاجة الى الادلاء بها من جانب الخصوم ، ومن ثم يتعين عليها مراعاتها في منطوق الحكم وأسبابه . واذا تعرضت لها في الاسباب فانها - أى تلك الاسباب - تكمل ما يرد في المنطوق . واذا اغفلت المحكمة الفصل في مسألة تتعلق بالنظام العام ، جاز الطعن في حكمها واثارة المسألة لأول مرة في الاستئناف أو في النقض .

(١) شبين الكوم الابتدائية ١١ مارس ١٩٢١ (مرجع القضاء ٥٨٠٤) .

(٢) استئناف ٣ يونية ١٨٩٧ مجلة الحقوق سنة ١٢ ص ٢٦٥) .

(٣) جلاسون ١ رقم ٢٦٨ وموريل رقم ٢٩٨ .

الباب الرابع

تنقسم الاحكام وأهميته وآثاره

١٧٠ - تنقسم الاحكام من حيث قابليتها للطعن فيها الى احكام ابتدائية ، وانتهائية ، وحائزة لقوة الشيء المحكوم به ، وباتة ، ومن حيث صدورها في مواجهة المحكوم عليه أو في غيبته الى حضورية وغيابية ، ومن حيث صدورها في مسألة موضوعية ، أو مسألة فرعية ، الى احكام في الموضوع واحكام قبل الفصل في الموضوع ، ومن حيث الحجية المترتبة عليها الى قطعية وغير قطعية ووقتيّة ، ومن حيث قابليتها للطعن المباشر الى احكام يجوز الطعن فيها فور صدورها ، واحكام لايجوز الطعن فيها الا مع الطعن في الحكم في الموضوع .

الفصل الاول

الاحكام الابتدائية والانتهائية

والحائزة لقوة الشيء المحكوم به والباتة

١٧١ - تنقسم الاحكام من حيث قابليتها للطعن فيها الى :

(١) احكام ابتدائية *en premier ressort* وهي الاحكام التي تصدر من محكمة الدرجة الاولى وتقبل الطعن فيها بالاستئناف .

(٢) واحكام انتهائية *en dernier ressort* وهي الاحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف سواء اكانت صادرة من محكمة الدرجة الاولى في حدود نصابها الانتهائي ، أم صادرة من محكمة الدرجة الثانية . ويعتبر الحكم انتهائيا ما دام الطعن فيه بالاستئناف غير جائز ولو كان غيابيا قابلا للطعن فيه بالمعارضة .

(٣) واحكام حائزة لقوة الشيء المحكوم به *possé en force de la chose jugée* وهي الاحكام التي لا تقبل الطعن فيها بطسرق الطعن العادية ، وهي المعارضة والاستئناف ، ولو كان الحكم قابلا للطعن فيه

بطرق الطعن غير العادية ، وهى التماس اعادة النظر والنقض بل ولو طعن فيها بالفعل بأحد هذين الطريقتين .

(٤) واحكام باتة irrevo c وهى الاحكام التى لا تقبل الطعن فيها باى طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية .

ويعد الحكم ابتدائيا اذا كانت له هذه الصفة طبقا للقانون ، ولو وصفته المحكمة بأنه من الاحكام الانتهاية على ما تقدمت دراسته فى الباب المتقدم .

ويعد الحكم الصادر فى الدعوى ابتدائيا يقبل الاستئناف متى كانت قيمة الدعوى فى واقع الامر وطبقا للضوابط التى وصفها المشرع تزيد من نصاب المحكمة الابتدائية ، ولو كان الحكم لا يقبل الاستئناف بحسب تقدير المدعى ، بل ولو لم يثر المدعى عليه النزاع حول تقدير قيمة الدعوى أمام محكمة الدرجة الاولى . ويعد الحكم انتهايا اذا كانت له هذه الصفة بحسب نصوص القانون ، ولو اعتبره المدعى ابتدائيا بحسب تقديره هو لدعواه . فاذا طلب المدعى تثبيت ملكية أرض مربوط عليها ضريبة ، وقدر دعواه تقديرا مخالفا لما نص عليه المشرع فى المادة ٣٧/١ ، فلا يعتد به ، ولو اتفق الخصوم عليه ، لان الاتفاق على مخالفة قواعد تقدير قيمة الدعوى هو فى الواقع اتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعى ، وهذه من النظام العام . ويجوز لمحكمة الدرجة الاولى ان تعتد من تلقاء نفسها بالقيمة الحقيقية للدعوى ، وعليها أن تراعى من تلقاء نفسها صحة تطبيق الخصوم للقواعد التى حددها المشرع فى المادة ٣٦ وما بعدها . وكذلك اذا رفعت دعوى بطلب ملكية أرض وازالة البناء القائم عليها وقدرها رافعا بقيمة الأرض وحدها فانه يكون قد خالف المادة ٣٦/٢ التى توجب اضافة قيمة البناء الى قيمة الأرض اذا طلب الحكم بازالته تبعا لطلب ثبوت ملكية الأرض . فاذا كان الحكم فى الدعوى لا يقبل الاستئناف بحسب تقدير المدعى لدعواه فانه مع ذلك يستأنف اذا كان تقدير الدعوى بحسب نص المادة ٣٦/٢ يجيز ذلك ، ويحق للمحكوم عليه استئناف الحكم ولو لم يشر

النزاع أمام محكمة الدرجة الاولى حول قيمة الدعوى لتعلق تلك المسألة بالنظام العام (١) .

وعلى العكس اذا لم يخالف الخصوم الاسس التى وضعها المشرع لتقويم الدعوى فلا يجوز الاعتراض على قيمتها بعد صدور الحكم فيها ، فالمدعى الذى قدر دعواه عند رفعها بأقل من خمسين جنيها ، والذى لم يعدل عن هذا التقدير حتى صدور الحكم فيها ، لا يجوز له بعدئذ استئنافه بمقولة أن قيمتها تزيد على خمسين جنيها (كما اذا كان يطالب بمنقول قدره بأقل من خمسين جنيها ولم ينازعه المدعى فى هذا التقدير فلا يحق له استئناف الحكم) .

ولا يجوز للمدعى عليه الاعتراض على تقدير قيمة الدعوى بعد صدور الحكم فيها ، فطالما أنه لم ينازع فى قيمتها أمام محكمة الدرجة الاولى . وطالما أن الحكم قد صدر فيها فلا يحق له بعدئذ الاعتراض على التقدير والا أدى ذلك الى اهدار قواعد الاستئناف باباحة استئناف احكام نص القانون على اعتبارها انتهايا (٢) .

١٧٢ - الحكم المشتمل على شق يقبل الاستئناف وآخر لا يجوز

استئنافه :

قد يشتمل الحكم الواحد على قضاء مختلط ، فيكون فى شق منه قابلا للاستئناف وفى الشق الآخر غير قابل له ، كما اذا صدر فى طلبين وكان كل طلب ناشئا عن سبب قانونى مستقل ، فالحكم الصادر فى كل طلب يقدر بحسب قيمته ، وكما اذا صدر الحكم فى طلب وقتى وطلب موضوعى لا تزيد قيمته على خمسين جنيها ، فالحكم الصادر فى الطلب الاول يقبل الاستئناف دون الحكم الصادر فى الطلب الآخر .

فالقاعدة اذن انه اذا اشتمل الحكم على قضاء مختلط ، وجب أن

(١) انظر كتاب المرافعات والاحكام المشار اليها فيه .

(٢) كتاب المرافعات رقم ٦٠٢ .

يخضع كل شق للقاعدة المقررة بالنسبة اليه ، ما لم ينص المشرع على ما يخالف ذلك (١) .

١٧٣ - الحكم المشتمل على قضاء مختلط لا يقبل التجزئة - الضابط في هذا الصدد :

ترى محكمة النقض أن الضابط في التفرقة بين القضاء الذي يقبل التجزئة والقضاء الذي لا يقبل التجزئة ، هو كون أحد القضاة يخدم في وجود الآخر ، وأنه ما صدر إلا لصدور الآخر (٢) . ونرى أنه يكون بين القضاة رباط لا يقبل التجزئة إذا كان لا يستقيم أحد القضاة إلا مع قيام الآخر (٣) .

وينتج من الرأى الى اخضاع الاحكام المشتملة على قضاء مختلط لا يقبل التجزئة لقاعدة واحدة في الطعن ، حتى لا يكون الغاء أو تعديل أحد الشقين سببا في ضياع الفائدة التي يجنيها المحكوم له من القضاء في الشق الآخر ، اذ لا يستقيم أحد الشقين إلا مع قيام الآخر . وفي تطبيق ذلك مخالفة صريحة للنصوص القانونية ، إنما الاعتبار العملية تقتضى هذه المخالفة ، وكقاعدة عامة كلما تعارضت القواعد الواجبة الاتباع - في الحكم الواحد الذي لا يقبل التجزئة - من ناحية قابليته للطعن فيه ، أو من ناحية قابليته للطعن المباشر ، فالقاعدة التي تغلب هي تلك التي توجب الطعن فيه حتى لا يسقط حق الخصم في الطعن في الحكم .

(١) كما هو الحال بالنسبة الى المادة ٢٢٤ .

(٢) نقض ٣٠ مارس ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٣٠٣ .

سوف نعود الى دراسة هذا الموضوع عند بحث مدى قابلية الحكم للطعن فيه فور صدوره ، وما اذا كان الحكم المشتمل على قضاء مختلط يقبل الطعن المباشر في شقيه .

(٣) كالحكم باختصاص المحكمة عملا بالمادة ٥٥ تأسيسا على أن العمل الذي رفعت بشأنه الدعوى - يعد تجازيا بالنسبة الى المدعى عليه - راجع الفقرة رقم ٢٢٠ .

وجرى الفقه والقضاء على اعمال القاعدة المتقدمة بالنسبة للحكم الصادر في دعوى الضمان الفرعية ودعوى التزوير الفرعية ودعوى تحقيق الخطوط الفرعية ، فاذا كان الحكم في الدعوى الاصلية قابلا للاستئناف واذا طعن فيه بالفعل ، فانه يجوز طرح الخصومة في الدعوى الفرعية على محكمة الدرجة الثانية ولو لم تتجاوز قيمتها النصاب الانتهائي لمحكمة الدرجة الاولى (١) ، وذلك على اعتبار أن الاستئناف ينقل الدعوى الى محكمة الدرجة الثانية بما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة من دفع أو أوجه دفاع ، وعلى اعتبار أن دعوى الضمان الفرعية (٢) ، أو دعوى التزوير الفرعية ، أو دعوى تحقيق الخطوط الفرعية ، ترتبط بالدعوى الاصلية برباط قوى ، وأنها تعد دفاعا في الدعوى الاصلية .

ويلاحظ دائما أنه اذا اشتمل الحكم على قضاء مختلط لا يقبل التجزئة ، فان الطعن في أحد شقيه يعد طعنا في الشق الآخر ولو لم ينص على ذلك ، وأن قبول أحد شقيه يفيد قبول الشق الآخر (٣) .

١٧٤ - الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به وقابليته للطعن فيه بطريق غير عادي :

تجدر التفرقة بين حجية الشيء المحكوم به وقوة الشيء المحكوم به ، فالأولى هو قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس مقتضاها أن الحكم يصدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع ، أما قوة الشيء المحكوم به فهي وصف للحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة والاستئناف ولو كان قابلا للطعن فيه بطريق طعن غير عادي ، بل ولو طعن فيه بالفعل بأحد هذين الطريقين .

ويلاحظ أن الحكم قد يعتبر انتهايا بل حائزا لقوة الشيء المحكوم به ، ومع ذلك لا يقبل الطعن فيه بطريق غير عادي ، وذلك اذا لم يستنفذ الطاعن

(١) كتاب المرافعات رقم ٦٠٢ ورقم ٣٢٦ الحاشية - والمدونة الجزء الثاني .

(٢) تراجع المادة ٢١٨/٣ في صدد دعوى الضمان الفرعية .

(٣) سوف ندرس القبول في بحث مستقل .

طرق الطعن العادية ، وبعبارة أخرى اذا كان الحكم مشوباً بعيوب تجيز الطعن فيه بطريق غير عادي ، فعلى الطاعن مع ذلك مباشرة طرق الطعن العادية فيستأنف الحكم الصادر عليه ، ويوالى الخصومة في الاستئناف ، فان صدر الحكم الموضوعي في الاستئناف على غير ما يشتهى ، جاز له الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر على حسب الاحوال ، انما اذا فوت على نفسه ميعاد الاستئناف أو استأنف الحكم ولم يوال الخصومة في الاستئناف مما ترتب عليه الحكم بسقوطها أو باعتبارها كأن لم تكن لسبب من الاسباب ، ففي هذه الاحوال يسقط حقه في الطعن في الحكم الابتدائي بالنقض أو التماس إعادة النظر .

وانما خرج المشرع على القاعدة المتقدمة بالنسبة الى المعارضة . ونص على أن الطعن في الحكم الغيابي بطريق آخر غير المعارضة يعد نزولاً عن حق المعارضة (م ٣٨٧ من القانون السابق ، وما زال النص نافذاً بمقتضى المادة الاولى من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد) . وعلى ذلك يجوز للمحكوم عليه الا يباشر حقه في الطعن في الحكم بالمعارضة ، ومع ذلك يكون له حق الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر بحسب الاحوال ، وفق ما نص عليه القانون .

ومواعيد الطعن في الحكم الغيابي بالنقض أو التماس إعادة النظر لا تبدأ الا من اليوم الذي تصبح فيه المعارضة غير مقبولة أو من اليوم الذي يحكم فيه باعتبارها كأن لم تكن (تراجع المادة ٣/٣٧٩ من القانون السابق) .

ويقول أحد الشراح ان الفكرة المتقدمة يسهل وضوحها اذا تخيلنا عدة أبواب يراد دخولها ، أنما لا يجوز الدخول في الباب الثاني الا بعد فتح الباب الاول واغلاقه ، فهذا الباب هو طريق الطعن العادي (١) .

واذن متى حكم بسقوط الخصومة في الاستئناف وأعتبر الحكم المستأنف انتهاياً عملاً بالمادة ١٣٧ - أى غير قابل للطعن فيه بالاستئناف ، وجب الا يتبادر الى الفهم ان هذه المادة تعني بالوصف المتقدم قابلية الحكم

للطعن فيه بطريق الطعن غير العادية - اذ يعد المستأنف وكأنه قد فوت على نفسه ميعاد الاستئناف ولم يستنفذ بصدده طرق الطعن العادية (١) .

ويلاحظ أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف باسقاط الخصومة عملاً بالمادة ١٣٤ وما يليها - أو باعتبارها كان لم تكن لاي سبب من الاسباب - هذا الحكم يقبل الطعن بالنقض متى تحققت شروط الطعن ، لانه يعد انتهايا في حكم المادة ٢٤٨ ، ويترتب على نقضه الإبقاء على الخصومة في الاستئناف ونظر موضوعها .

١٧٥ - الحكم البات :

هو الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية .

والحكم الصادر من محكمة النقض يعتبر باتا ، ومع ذلك اذا أصدرته هيئة غير صالحة لنظر الدعوى عملاً بالمادة ١٤٦ جاز لصاحب المصلحة أن يطلب منها إلغاء الحكم واعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى .

وحكم في فرنسا بأنه اذا صدر الحكم من محكمة النقض اعتبر باتا ، ولا تقبل الدعوى بطلب مخاصمة جميع أعضاء الدائرة التي أصدرته وبطلب بطلانه تبعا لقبول الطلب الاول ، وذلك لان محكمة النقض بدوائرها المختصة هي المختصة بنظر موضوع المخاصمة ، ولا يجوز أن تكون لها صفة الحكم وهي الخصم في الدعوى nul ne saurait en même temps juge et partie (٢) هذا على الرغم من أن توجيه دعوى المخاصمة على هذا النحو (أي توجيهها الى دائرة بأكملها) واجبا كلما كانت سرية المداولة تمنع من تحديد المستشار المسؤول عن الخطأ .

(١) كاريه وشوفو ٤ رقم ٨٦٨٦ وبيوش - سقوط الخصومة رقم ١٨٦ وجارسونيه ٣ رقم ٩٠٤ .

(٢) دائرة العرائض ٣ فبراير ١٩٤٧ جازيت باليه ١٩٤٧ - ١ - ١٣٠ وموريل رقم ١٥٣ م وسوليس ص ١٦٠ .

ويلاحظ أن المادة ٥٠٩ من قانون المرافعات الفرنسى التى حددت على سبيل الحصر من يمكن توجيه دعوى المخاصمة اليه ، والتى افترضت توجيهها الى محكمة الجنايات بأكملها ، أو جميع أعضاء الدائرة ، لا تفترض توجيهها الى دائرة بأكملها من دوائر محكمة النقض .

أما القانون المصرى فان المادة ٤٩٧ منه تنص على أن محكمة النقض بدوائرها المختصة هى المختصة بنظر دعوى المخاصمة اذا كان المخاصم مستشارا بمحكمة النقض . ومن ناحية أخرى ، لا يفترض القانون المصرى توجيه دعوى المخاصمة الى دائرة بأكملها من دوائر المحكمة الابتدائية ، أو الاستئناف ، أو النقض ، على الرغم من أنه بنذر أن يختصم عضو فى دائرة ، لان مبدأ سرية المداولة يعوق معرفة هذا العضو الذى يستوجب تصرفه مخاصمته .

الفصل الثاني

الاحكام الحضورية والغيابية

١٧٦ - على الرغم من أن دراسة حضور الخصوم أو غيابهم - في ذاتها - تخرج عن نطاق هذا المؤلف الا أن بحثها أمر لازم لتحديد وصف الحكم ، ولأزم لتحديد الاجراء الذي يجب على المحكمة اتخاذه في حالة غياب أحد طرفي الخصومة أو تخلفهما معا ، والاثـر المترتب على مخالفة المحكمة لنصوص القانون في هذا الصدد ، وما اذا كان من مقتضاه اجازة الطعن بالمعارضة في حكم لا يقبل في الاصل الطعن فيه بهذا الطريق .

وبعبارة أخرى ، لغياب الخصوم اثره بالنسبة لقيام الخصومة ، وبالنسبة لنظرها ، وبالنسبة لوصف الحكم الصادر فيها ، وبالنسبة للوقت الذي يبدأ منه ميعاد الطعن في هذا الحكم عملا بالمادة ٢١٣ . وهذه الآثار ترتبط بحيث يلزم دراستها معا .

والاصل ان الحكم يعتبر حضوريا في حق الخصم اذا حضر في أية جلسة من الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولو لم يبدأ أقوالا أو طلبات ما ، والاصل أن يعتبر الحكم غيابيا اذا تخلف الخصم عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى (١) . وانما نص المشرع في سنة ١٩٤٩ على

(١) تختلف التشريعات في تحديدها لمعنى الغياب ، فالاصل أن الغيبة هي تخلف الخصم عن الحضور أمام المحكمة *défaut faute de comparaitre* ومع ذلك فقد كان الامتناع عن ابداء الطلبات *défaut faute de conclure* يعتبر غيابيا في فرنسا ، وفي سنة ١٩٥٣ تعدل القانون الفرنسي ولم يعد يعتبر هذا الامتناع غيابيا .

أما في القانون الاهلي والمختلط فقد كان الغياب هو تخلف الخصم عن الحضور في جميع الجلسات . أما اذا حضر ولو جلسة واحدة اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو لم يبدأ في تلك الجلسة أي دفاع وكان القانون المختلط وحده يعتبر المدعى عليه غائبا اذا حضر وامتنع عن الادلاء بأوجه دفاعه وأقواله ثم قضت المحكمة للمدعى بطلباته كلها أو بعضها في الجلسة نفسها أو في جلسة تالية أجلت اليها الدعوى للنطق بالحكم ١٢٤ ، (مختلط) .

نظام إعادة الاعلان سواء في حالة ، غياب المدعى أو المدعى عليه ، وسواء في حالة التعدد أو الانفراد . فاذا تم اعلان من لم يحضر منهم أعتبر الحكم الصادر بالنسبة اليه بمثابة حكم حضوري ولو لم يحضر في أية جلسة .

وكان يقصد من نظام إعادة الاعلان في قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ الاقلال من فرص الطعن في الحكم بالمعارضة ، اذ أن اعلان الخصم بالجلسة الجديدة يجعل غيابه معتبرا حضورا في نظر المشرع ، كما يرمى هذا النظام الى تفادى تناقض الاحكام في القضية الواحدة اذا تعدد اطراف الخصومة حتى يوحد وصف الحكم بالنسبة اليهم جميعا ، فلا يكون غايبا قابلا للطعن فيه بالمعارضة بالنسبة للبعض ، وحضوريا غير قابل للطعن فيه بالنسبة للبعض الآخر ، ويظهر أثر هذا التعارض اذا كان الحكم مما لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف .

ولقد رأى المشرع بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أن يلغى طريق المعارضة في الاحكام الغيابية بالنسبة للمتواجد المدنية والتجارية ، فأوجب إعادة اعلان المدعى عليه في جميع الاحوال ، حتى يعتبر الحكم الصادر بعدئذ بمثابة حكم حضوري ولو كان قد تخلف عن الحضور .

وصارت القاعدة أن الحكم الغيابي لا يطعن فيه بالمعارضة الا اذا نص المشرع على ذلك صراحة (م ٣٨٥ معذلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - من النصوص النافذة في قانون المرافعات السابق بمقتضى قانون اصدار قانون المرافعات الجديد) . والمعارضة جائزة في مسائل الاحوال الشخصية (١) .

وقالت المدكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ في هذا الصدد:

ولعلاج بطلان التقاضي وغياب الخصوم عدلت الفقرة الاولى من المادة ٩٢ من القانون ونص فيها على أن تقديم مذكرة بالدفاع يعد بمثابة حضور يعنى عن إعادة الاعلان عند التغييب في الجلسة الاولى المعينة لنظر الدعوى .

(١) نهيب بوزارة العدل التخفيف على القضاة والمتقاضين بالفناء النصوص الاجرائية في اللائحة الشرعية - توجيدا لاجراءات التقاضي - ونقل النصوص الموضوعية فيها الى قانون الاحوال الشخصية الجديد .

وكقاعدة عامة ، لا يعتبر غياب المدعى عليه تسليما بطلبات خصمه ، ولا يعتبر غياب المدعى تنازلا عن هذه الطلبات .

والقبيبة في القانون الجديد هي تخلف المدعى عليه من الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى بشرط (١) الا يكون قد أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه ، اذ بهذا الاعلان يتحقق علمه اليقيني بها . (٢) الا يكون قد قدم مذكرة بدفامه ، اذ بهذا يكون قد تحقق علمه بالدعوى . (٣) الا تكون الدعوى مستعجلة .

وكقاعدة عامة اذا تخلف المدعى عليه من الحضور في الجلسة الاولى وجب تأجيلها لاعادة اعلانه بجلسة جديدة تؤجل اليها الدعوى ، مع مراعاة الحالات المتقدمة .

واذا أعلن المدعى عليه بالجلسة الاولى مرتين قبل حلولها ، وكان الاعلان صحيحا في المرتين فللمحكمة الفصل في الدعوى في هذه الجلسة ، لان المشرع قد قصد باعادة الاعلان عند تخلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الاولى اعتبار الاعلانين كافيين لافتراض علم المدعى عليه بالدعوى ، ولم يقصد منحه فرصتين للحضور ، بدليل انه اذا أعلن لشخصه جاز نظر الدعوى في الجلسة الاولى ، فكان المشرع قصدا اعتبار هذين الاعلانين متساويين مع العلم اليقيني الناتج عن الاعلان لشخصه .

أما المدعى ومن في حكمه ، فلا يتصور أن يكون جاهلا قيام الخصومة ، ومن ثم لا محل لتأجيل نظر الدعوى عند غيابه .

وعلى الرغم من اعتبار الخصومة حضورية في حق الخصوم على النحو المتقدم والذي سنراه ، وعلى الرغم من أن المشرع يفترض علم الخصوم بكل ما يدور في جلساتها الا أنه يستثنى من ذلك :

(١) ما تقرره المادة ٢/٥ ما قانون الاثبات من وجوب اعلان منطوق الحكم الصادر باتخاذ اجراء الاثبات لمن لم يحضر جلسة النطق به (٢) ما تقرره المادة ٢١٣ من وجوب ابتداء ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ اعلانه وليس من تاريخ صدوره في بعض الاحوال . (٣) ما تأمر به المادة ١٧٣ من وجوب

اعلان الخصم الغائب بقرار فتح باب المرافعة بعد اقفالها . (٤) ما تقرره المادة ٨٣ من عدم جواز ابداء طلبات جديدة في الجلسة التي يغيب فيها الوجه اليه هذه الطلبات . (٥) ما تقرره المادة ١١٣ من وجوب اخبار الغائب من الخصوم بالمحكمة التي احييت اليها الدعوى وبجلسة نظرها امامها .

وتنص المادة ٤٦٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، على انه اذا تخلف المدعى عن الحضور دون عذر مقبول ، جاز للمدعى عليه طلب الحكم في الموضوع ، ويكون الحكم عندئذ حضوريا في مواجهته ما لم ير القاضي تأجيل نظر الدعوى لجلسة تالية، وتنص المادة ٤٧٣ منه على أن الحكم يعتبر حضوريا في حق المدعى عليه المتغيب اذا أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه او اذا كان الحكم قابلا للاستئناف .

وهكذا أبقى المشرع الفرنسي الجديد طريق الطعن بالمعارضة في الاحكام الغيابية بصورة احتياطية ، في الأحوال التي لا يمنع القانون فيها المعارضة بنص صريح ، ولا يكون المدعى عليه قد أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه ، ولا يكون الحكم الصادر في الدعوى قابلا - كقاعدة عامة - للاستئناف .

١٧٧ - غياب كل من المدعى والمدعى عليه :

اذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه - في أية جلسة من الجلسات سواء أكانت الجلسة الاولى أم غيرها - أو اذا حضر المدعى عليه وحده ولم يبد طلبات ما فالمحكمة تحكم من تلقاء نفسها في الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها ، والا قررت شطبها (١) ، واذا بقيت مشطوبة ستين يوما ، ولم يطلب

(١) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، كما هو الحال بالنسبة الى المادة ١٣٥ اثبات في صدد عدم جواز شطب الدعوى في حالة دفع الامانة لحساب مصروفات الخبر .

واذا تخلف الخصوم عن الحضور في دعوى تتصل بالنظام العام ، لا يجوز النزول عنها وتركها ، كدعوى مخاصمة القاضي ، فان هذا الغياب لا يمنع من نظر الدعوى ولا تملك المحكمة شطبها ، والا أصبح التخلف عن الحضور في مثل هذه الدعاوى ذريعة للنزول عن الدعوى بصورة ضمنية . هذا ويلاحظ أن تدخل النيابة تدخلا انضماميا لا يمنع من شطب الدعوى عند تخلف طرفيها عن الحضور .

أحد الخصوم السير فيها أعتبرت كأن لم تكن (م ٨٢) . وليس معنى الشطب القاءها وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها ، وإنما شطب الدعوى *radiation de l'affaire* معناه استبعادها من جدول القضايا وعدم الفصل فيها مع بقاءها وبقاء كافة الآثار القانونية المترتبة عليها . ولا تنظر بعد ذلك إلا بإعلان جديد للحضور يوجهه أحد الخصوم (وهو عادة المدعى) إلى الخصم الآخر .

وعلة عدم النص على اعتبار الخصومة كأن لم تكن إذا تخلف طرفاها عن الحضور هي احتمال عودتهما إليها .

وتقول المذكرة التفسيرية للقانون الجديد عن المادة ٨٢ . . أن هدف المشرع من هذا النص ، تفادي تراكم القضايا أمام المحاكم ، لأنه ما دام الخصوم قد أبانوا أقوالهم ودفاعهم فليس ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تغيب الخصوم .

على أنه من البديهي أن المقصود من عبارة «حكمت المحكمة في الدعوى» أن المحكمة تنظر الدعوى وتحكم فيها سواء في نفس الجلسة أو في جلسة لاحقة إذا اقتضى الأمر تأجيل الدعوى .

وقد رأى المشرع تقصير المدة التي تبقى فيها الدعوى قائمة بعد شطبها من ستة أشهر إلى سبعة أيام ليعتبر الخصوم على تعجيل السير فيها ، منعا لتراكم الدعاوى أمام القضاء .

ولا تحكم المحكمة في الدعوى إلا إذا كانت صالحة للحكم فيها ، ولا تكون الدعوى صالحة للحكم فيها إلا إذا أبدى جميع الخصوم أقوالهم وطلباتهم ودفاعهم ، كما إذا كان كل منهم قد قدم مذكرة بدفاعه . أما إذا قضت المحكمة في الدعوى على أساس ما قدمه المدعى فقط من مذكرات ومستندات ، فإن حكمها يكون قد بني على إجراءات باطلة ، ويكون قابلا للاستئناف ولو كان انتهائيا عملا بالمادة ٢٢١ من القانون الجديد ، هذا ولو كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه ، وذلك لأن الشرط الأساسي للحكم في الدعوى (ولو كانت مستعجلة) عند تغيب طرفيها أن يكونوا قد أدلوا بأقوالهم فيها (راجع صريح عبارة المذكرة التفسيرية في هذا الصدد) .

أما اذا كان المدعى عليه قد أودع مذكرة بدفاعه قلم الكتاب عملا بالمادة ٢/٦٥ مشفوعة بمستنداته دون المدعى ، جاز مع ذلك الحكم في الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها ، وذلك على تقدير أن صحيفة الدعوى تتضمن أقوال المدعى وطلباته ، ولا يلومن الا نفسه اذا لم يكن قد أطلع على دفاع خصمه ، او كان قد أطلع عليه ومع ذلك تخلف عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر دعواه ، فعندئذ يعتبر دفاع المدعى عليه قد أتخذ في مواجهته .

واذا أبدى جميع الخصوم أقوالهم على النحو المتقدم جاز للمحكمة الحكم في الدعوى ولو تخلفوا جميعا من الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، ويجوز لها تأجيل النطق بالحكم الى جلسة تالية تؤجل اليها الدعوى (راجع المذكرة التفسيرية) .

واذا شطبت الدعوى في ظل القانون السابق ، فان الميعاد يسرى وفقا لاحكامه عملا بالمادة ٢/١ من قانون الرافعات الجديد ، ولا تصبح الدعوى كأن لم تكن الا بعد بقائها مشطوبة ستة أشهر . انما اذا شطبت في ظل القانون الجديد سرت المدة وفقا لاحكام هذا القانون .

وقد استبعد القانون الجديد عبارة «والزمت المدعى بالمصاريف» من نص المادة ، وذلك لاحتمال تعجيل الدعوى بعدئذ وقبل اعتبارها كأن لم تكن ، ولاحتمال الحكم بالمصاريف على المدعى عليه ، فلا تكون آراء حكمين متناقضين ، او قد تتصور المحكمة أن الحكم بالمصاريف على المدعى في أول الامر يعوقها عن الحكم بها على المدعى عليه بعدئذ . هذا فضلا عن انه لا ضرورة عند شطب الدعوى الى النص على أن المدعى يتحمل مصاريفها ، وذلك لان هذا الحكم لا يقرر جديدا ، فالمدعى يتحمل بالفعل مصاريفها حتى الشطب .

ويتجه رأي الى اعتبار الحكم بشطب القضية لغياب طرفيها من أعمال الإدارة القضائية بـ أى قرار داخلى ينظم سير القضية ، وليست له صفة الاحكام ، وحكم في ظل القانون القديم باعتباره من الاحكام التحضيرية (١) .

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٨٧٨ مجلة التشريع والقضاء ٣ ص.

وهو حكم فرعى اجرائى - يتصل بسير الاجراءات - ويقرر عدم صلاحية الدعوى لنظرها والفصل فيها . واذا حضر خصم قبل انقضاء الجلسة التى صدر فيها الحكم بالشطب جاز له ان يطلب من المحكمة اعتبار الحكم كأن لم يكن عملاً بالمادة ٨٦ اذ ما دامت الجلسة منعقدة لا يعتبر الخصم متخلفاً عن الحضور ، ومن حقه ان يطلب من المحكمة سماع أقواله ، هذا ولو كانت الخصومة تعتبر حضورية فى حق الخصم ، لان القضاء قد جرى على اعمال المبدأ المقرر فى المادة ٨٦ (م ١٢٥/١٢٠ من القانون القديم) بالنسبة الى كل شخص تخلف فى الجلسة ولو كانت الخصومة حضورية فى حقه ، وذلك للاسباب المتقدمة (١) .

واذا حكم بالشطب على الرغم من حضور احد اطراف الخصومة ، وعلى الرغم من ثبوت هذا الحضور فى محضر الجلسة ، وعلى الرغم من طلبه الحكم فى الموضوع ، أو أى طلب آخر تخوله نصوص القانون ، فان المحكمة تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون . ويعتبر قرارها بمثابة قضاء بوقف الدعوى يقبل الطعن المباشر عملاً بالمادة ٢١٢ ، اذا أمكن تصور مصلحة قانونية فى هذا الصدد ، اذ يملك صاحب المصلحة تعجيل الدعوى ، فى خلال ستين يوماً من تاريخ الشطب .

واذا حكم بشطب الدعوى تأسيساً على تخلف طرفيها ، وكانت واقعة الغياب ثابتة بمحضر الجلسة ، فلا يجدى مجرد التظلم من الحكم ، ويلزم الادعاء بتزوير محضر الجلسة اذا أنكر الخصم غيابه وقرر أنه كان حاضراً فى الجلسة المحددة لنظر القضية ، والحكم بالتزوير يؤدى الى انهيار الحكم بالشطب المبني عليه .

ويجب لانقاذ الدعوى من اعتبارها كأن لم تكن أن يتم تعجيلها فى خلال الستين يوماً ، أى يتم خلال هذا الميعاد الناقص اعلان الخصم بالجلسة الجديدة المحددة لنظر الدعوى . ولا عبرة ان تقع هذه الجلسة بعد الستين يوماً . انما المهم أن يتم اعلان الخصم بالتعجيل فى خلال الستين يوماً من تاريخ الشطب (راجع المادة ٥) .

(١) كتاب المرافعات رقم ٥٣٤ - ومرجع القضاء رقم ٧٨٣٤ و ٧٨٣٦ و ٧٨٣٩ .

ويضاف الى الميعاد المتقدم ميعاد مسافة عملا بالقواعد العامة (١) .

والتعجيل على النحو المتقدم يتم باجراءين جوهريين : الاول هو تحديد جلسة جديدة لنظر الدعوى ، وبدا تعاد القضية الى جدول القضايا بالمحكمة والثانى هو اعلان الخصم بهذه الجلسة .

ولا يتصور ثمة تعجيل اذا لم يتخذ هذان الاجراءان ، فكما لا يعتبر تعجيل للدعوى مجرد تحديد جلسة لنظرها دون اعلان الخصم بها ، لا يعتبر تعجيل ايضا مجرد اعلان الخصم بجلسة دون أن يسبق ذلك ادراج القضية بالفعل فى جدول القضايا بالمحكمة .

واعتبار الخصومة كان لم تكن يقع بقوة القانون بغير حاجة الى صدور حكم فى هذا الصدد . وهو لا يتعلق بالنظام العام ، بمعنى أنه اذا عجلت الدعوى بعد الستين يوما ، وجب على المدعى عليه أن يتمسك باعتبارها كان لم تكن بدفع شكلى يبدى قبل التكلم فى الموضوع ، والا سقط الحق فى ذلك . واذا عجل ذات المدعى عليه الدعوى اعتبر قابلا قيامها ويمتنع على المدعى التمسك باعتبارها كان لم تكن لان هذا الجراء مقرر لمصلحة المدعى عليه للتخلص من القضية التى اقامها المدعى ، وهو اذا عن له التنازل عنها عليه أن يتخذ اجراءات الترك ، اذ قد تكون للمدعى عليه مصلحة فى بقاء الخصومة ، وهو غير مكلف بالتعجيل فى خلال الستين يوما ، وانما المكلف بهذا هو المدعى وحده .

١٧٨ - الشطب الجزئى للخصومة :

اذا تعدد المدعون وانفرد المدعى عليه ، او اذا تعدد المدعى عليهم وانفرد المدعى ، او اذا تعدد كل طرف منهما ، وتخلف البعض دون البعض الآخر ،

(١) ويحتسب على أساس المسافة بين موطن المدعى الاصلى ومقر المحكمة ، ثم بين هذا المقر وموطن المدعى عليه الواجب اعلانه بالتعجيل ، وذلك عملا بالقواعد العامة المقررة فى المادة ١٦ من قانون المرافعات ، ولان هذا التعجيل يتطلب انتقال المدعى من موطنه الاصلى الى مقر المحكمة ، ثم انتقال المحضر من هذا المقر الى موطن المدعى عليه .

فقد يتصور تعدد الطلبات الموضوعية وتعدد الروابط القانونية بحيث لا يتصور قيام المحكمة بنظر موضوع الدعوى برمته رغم اعمال المادة ٨٤ التى توجب اعادة اعلان من لم يحضر من المدعى عليهم الجلسة الاولى المحددة لنظر الدعوى ، ورغم جواز نظرها عملا بالمادة ٨٢ . ومثال ما تقدم أن يتخلف طرفا بعض الطلبات الموضوعية - معا - عن الحضور ، كما اذا حضر أحد المدعين دون حضور المدعى عليه ، وتمسك الحاضر بالحكم فى طلباته هو الموجهة الى خصمه الغائب بعد اعادة تكليفه بالحضور . ولقد عالج المشرع فى المادة ٨٢ غياب كل الخصوم عن الحضور ، وعالج فى المادة ٨٤ غياب المدعى عليه ، أو المدعى عليهم ، أو بعضهم عن الحضور ، وكل هذا بقصد توحيد وصف الحكم الصادر فى **الطلب الواحد** اذا تعدد أحد أطرافه ، **ولكنه لم يعالج توحيد وصف الاحكام الصادرة فى الطلبات المتعددة المرتبطة** عند اختلاف أطرافها ، بدليل أن المادة ٨٤ توجب على المدعى الحاضر اعلان من تخلف عن الحضور من خصومه فى الطرف الآخر من الطلب الذى رفعت به الدعوى ، وهو صاحب صفة فى اجراء هذا الاعلان . اما عند غياب المدعى عليه وبعض المدعين ، فان البعض الحاضر منهم لا صفة له فى اعلان البعض الغائب . ومن ناحية أخرى ، هو يعيد اعلان المدعى عليه أصالة عن نفسه ، وليس نيابة عن من تغيب من المدعين .

ولا غبار على ما تقدم لان الخصومة هى حالة قانونية بطبيعتها قابلة للتجزئة ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك (١) . وأذن ، من الجائز الحكم بشطب الخصومة بالنسبة لواحد أو أكثر من المدعين ، لان الاصل امام أن المحكمة لا تفصل الا فى الطلب القضائى الذى يتمسك المدعى به أمامها فى مواجهة خصمه (أى بحضوره ، أو باعادة اعلانه ، أو بتقديمه مذكرة بدفاعه ، أو باعلانه شخصيا بصحيفة الدعوى ، أو بكون الدعوى مستعجلة) . واذا ظلت الخصومة مشطوبة بالنسبة لأحد المدعين على ما تقدم ستين يوما ، فانها تعتبر كأنها لم تكن بقوة القانون بالنسبة اليه وحده .

ويستثنى مما تقدم الاحوال التى يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل

(١) مصر الابتدائية ٣٠/١٠/١٩٥٤ - المحاماة ٣٥ ص ٤٦٢ - ويراجع فى هذا الموضوع : كتابنا نظرية الدفوع .

للتجزئة بحسب طبيعته ، أو بنص في القانون ، والاحوال التى يوجب فيها المشرع اختصاص أشخاص معينين ، فهنا بحسب اختصاص كل من يوجب القانون اختصاصهم فى الدعوى ، ولو كان ذلك عند نظر الطعن فى الحكم الصادر فيها (م ٢١٨) ، حتى يصدر الحكم فى مواجهتهم جميعا .

١٧٩ - غياب المدعى وحضور المدعى عليه :

تنص المادة ٢/٨٢ على أن المحكمة تحكم فى الدعوى اذا غاب المدعى او المدعون أو بعضهم فى الجلسة الاولى ، وحضر المدعى عليه .

متى حضر المدعى عليه جاز الحكم فى الدعوى ولو تفتب جميع المدعين أو تفتب بعضهم ، بل ولو لم يكونوا قد قدموا مذكرة بدفاعهم ، لان المدعى الذى يرفع دعواه ويدفع رسومها وتتحدد جلسة نظرها فى حضوره وبعلمه ، ثم يتخلف بعدئذ عن الحضور فيها ، لا يكون جديرا بأية حماية أو رعاية ، ولو صدر الحكم فى الدعوى على أساس دفاع شفوى للمدعى عليه أو على أساس مستندات قدمها فى الجلسة فى غيابه . كل هذا مع مراعاة المادة ٢/٨٢ من القانون الجديد النى لا تجيز للمدعى عليه ان يطلب فى غيبة المدعى الحكم عليه بطلب ما (أى طلب موضوعى) (١) .

ويكون الحكم بمثابة حكم حضورى فى مواجهة جميع المدعين ولو تخلفوا عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدموا مذكرة بدفاعهم .

ويلاحظ أن هذه المادة ٨٢ بفقرتها قصدت معاقبة المهل الذى يرفع دعواه ولا يحضر جلساتها ، وافترضت الفقرة الثانية من المادة غياب المدعى أو المدعين أو بعضهم فى الجلسة الاولى مع حضور المدعى عليه ، فهنا يحكم

(١) والا اعتبر الحكم الصادر فى هذا الطلب مبنيا على اجراءات باطلة ، ويكون قابلا للاستئناف ولو كان انتهائيا عملا بالمادة ٢٢١ . واذا عن للمدعى عليه أن يقدم طلبا عارضا وجب عليه أن يعلن به خصمه مع تأجيل الدعوى لجلسة تالية ، فاذا لم يحضر المدعى هذه الجلسة جاز الحكم فى الطلب فى غيبته ويعد الحكم الصادر فيه بمثابة حكم حضورى .

في موضوع الدعوى بناء على طلب المدعى عليه (بغير حاجة الى اعلان المدعى لجلسة اخرى كما يستوجب القانون السابق) ، بشرط ألا يبدى المدعى عليه طلبات عارضة في غياب خصمه . وقد قصد المشرع بهذه الفقرة رعاية المدعى عليه الذى حضر الجلسة الاولى لنظر الدعوى ، وقصد ايضا معاقبة المدعى بحيث لم يعد غيابه في الجلسة الاولى مؤثرا في وجوب نظر الدعوى بناء على طلب خصمه .

وافترضت الفقرة الاولى من المادة ٨٢ غياب كل من المدعى والمدعى عليه سواء في الجلسة الاولى أو في أية جلسة تالية ، وهنا يعاقب المدعى بشطب دعواه وواضح أن هذا العقاب لا يمس المدعى عليه ، إذ يملك دائما تعجيل الدعوى بعدئذ إذا رأى مصلحة في هذا . هذا وأجاز القانون الجديد - امعانا في معاقبة المدعى - الحكم في الدعوى . وبداهة يكون الشرط الاساسى في هذا الصدد ألا تمس حقوق المدعى عليه ، ولهذا اشترط المشرع أن تكون الدعوى صالحة للحكم في موضوعها - أى كما قالت ذات المذكرة التفسيرية عن المادة ٨٢ - يكون الخصوم قد ابدوا أقوالهم فيها ، فيبدى المدعى عليه أقواله شأنه شأن خصمه المدعى الذى أبدى هذه الأقوال في صحيفة دعواه ، والذى يبتغى المشرع معاقبته بالحكم في دعواه رغم غيابه . وتجب التفرقة بين صلاحية الدعوى للحكم فيها على النحو المتقدم (وعلى النحو المقرر صراحة في المادة ١٣١ من القانون الجديد بصدد انقطاع الخصومة) ، وبين الصلاحية لنظرها عملا بالمادة ٦٥ من القانون الجديد التى توجب على المدعى عليه ايداع مذكرة بدفاعه بقلم الكتاب قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل . فمثلا إذا حضر المدعى والمدعى عليه الجلسة الاولى ولم يكن المدعى عليه قد قدم مذكرة بدفاعه ، فإن المحكمة تنظر الدعوى وانما لا تملك الحكم في الموضوع قبل تمكينه من الادلاء بأقواله والا كان حكمها باطلا (١) .

(١) ومع هذا قارن ما قاله الاستاذ كمال عبد العزيز في كتابه تقنين المرافعات ص ١٣٨ ويقول ان رأينا يفتقر الى السند من النص ويمكن المدعى عليه من تعطيل الفصل في الدعوى - وواضح أن رأينا المتقدم يستند الى ذات المذكرة التفسيرية للقانون عن ذات المادة ٨٢ ويستند الى المادة ١٣١ =

١٨١ - حضور المدعى وغياب المدعى عليه :

تنص المادة ٨٤ على أنه اذا تخلف المدعى عليه وحده (١)(٢)(٣) في الجلسة الاولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى ، فاذا لم يكن قد أعلن لشخصه ، كان على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة ، تأجيل نظر القضية الى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب (٤) ويعتبر الحكم في الدعوى في الحالتين حكما حضوريا .

فاذا تعدد المدعى عليهم ، وكان البعض قد أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن لشخصه ، وتغيبوا جميعا ، أو تغيب من لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى الى جلسة تالية

== في التعريف باصطلاح «صلاحية الدعوى للحكم فيها» كل هذا فضلا عن ان المشرع بنص المادة ٨٢ لا يقصد الا معاقبة المدعى الذي يعطل نظر الدعوى بغيابه ، ولا يقصد بطريق مباشر أو غير مباشر معاقبة المدعى عليه الذي قد يكون تخلفه عن الحضور راجعا الى عدم اعلانه اعلانا صحيحا بصحيفة الدعوى ، ولهذا لم يحضر ولم يقدم مذكرة بدفاعه) .

(١) راجع نقض ١١ نوفمبر ١٩٥٤ القضية رقم ١٤١ سنة ٢١ قضائية.

(٢) لا يعتبر غياب المدعى عليه تسليما بطلبات خصمه ، هذا ما لم يفترض المشرع في حالات خاصة استثنائية أن غياب الخصم يعتبر تسليما بطلبات المدعى ، فالمادة ٤٧ اثبات مثلا تنص على أنه - في دعوى تحقيق الخطوط الاصلية - اذا لم يحضر المدعى عليه تحكم المحكمة في غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع .

(٣) حكم بأن الاجراءات لا تبطل اذا عدل المدعى طلباته الى الاقل طالما لم ينشأ عن التعديل أى ضرر لحق الخصم (استئناف القاهرة ٢٠ مايو ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص ١١٩) .

(٤) قضت محكمة النقض بأن الاعذار لا يخرج عن كونه اخطارا للخصم الذي سبق أن اختصم باجراء صحيح اذا لم يحضر في الجلسة التي أجلت اليها الدعوى ، فان الحكم الذي يصدر فيها يعتبر بمثابة حكم حضوري ، ومن ثم فانه لا يصح الاعذار ، ولا ينتج أثره القانوني الا اذا كانت الخصومة قد انعقدت بين أطرافها وفقا للقانون . (نقض ٢٧/٤/١٩٦١ - ١٢ - ٤٢٤) .

يعلن المدعى بها من لم يعلن لشخصه من الفائين . ويعتبر الحكم في الدعوى حكما حضوريا في حق المدعى عليهم جميعا .

وتقول المذكرة التفسيرية انه اذا كان المدعى عليه الفائ في الجلسة الاولى قد اعلنت صحيفة الدعوى لشخصه ، فتحقق بذلك علمه بقيام الدعوى ، فلا محل لتأجيلها واعادة اعلانه كما كان يقضى بذلك القانون السابق . وانما تستمر المحكمة في نظر الدعوى دون احتفاء بغياب المدعى عليه .

اما اذا لم تكن صحيفة الدعوى قد اعلنت لشخص المدعى عليه ، فيتعين في حالة غيابه في الجلسة الاولى تأجيل الدعوى واعادة اعلانه بالجلسة الجديدة لاحتمال جهله بقيام الدعوى . وذلك ما لم تكن الدعوى من الدعاوى المستعجلة ، فان المحكمة تنظرها ولو تغيب المدعى عليه الذي لم يعلن لشخصه في الجلسة الاولى لان هذه الدعاوى لا تحتمل الارجاء .

وتتناول الفقرة الثانية من المادة حالة غياب المدعى عليهم اذا تعددوا وكان البعض قد أعلن والبعض الآخر لم يعلن لشخصه . ويقضى نصها بأنه يجب على المحكمة في هذه الحالة تأجيل الدعوى الى جلسة تالية يعلن المدعى بها من لم يعلن لشخصه من الفائين . وذلك تفاديا لتعارض الاحكام اذا عملت القاعدة العامة التي نص عليها المشروع في الفقرة الاولى فحكم في الدعوى بالنسبة لمن أعلن لشخصه وأرجىء نظرها بالنسبة لمن لم يعلن لشخصه . وواضح انه اذا تعدد المدعى عليهم وتغيبوا جميعا في الجلسة الاولى وكانوا قد أعلنوا جميعا لاشخاصهم أو لم يكونوا قد أعلنوا جميعا لاشخاصهم ، فانه يطبق في هذه الحالة حكم القاعدة العامة المنصوص عليه في الفقرة الاولى .

ولا تملك المحكمة الحكم في الدعوى بناء على طلب المدعى في الجلسة الاولى الا اذا تحققت من أن صحيفة الدعوى قد اعلنت لذات شخص المدعى عليه ، وذلك من واقع اصل الصحيفة المعلنه ، واذا كان المدعى عليه قد رفض شخصيا تسلم الصورة المعلنه اليه ، فسلمت الى جهة الادارة عملا بالمادة ١١ ، فلا يعتبر ان الاعلان قد تم للشخصه .

واذا قضت المحكمة فى الدعوى فى الجلسة الاولى على الرغم من غباب المدعى عليه الذى لم يكن قد اعلن لشخصه فان الحكم يكون مبنيا على اجراءات باطلة ويكون قابلا للاستئناف ولو كان انتهايا عملا بالمادة ٢٢١ من القانون الجديد (١) .

واذا لم تحكم المحكمة فى الجلسة الاولى التى تخلف عنها المدعى عليه الذى لم يعلن لشخصه ، وانما اجلتها الى جلسة تالية حضرها المدعى عليه (بناء على اعلان من خصمه او من تلقاء نفسه) ، فان الاجراءات تكون قد صححت ، ما لم يتمسك المدعى عليه ببطالان اعلان صحيفة الدعوى لاي سبب من الاسباب ليتوصل مثلا الى اعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ .

ولا يلزم التأجيل فى الدعاوى المستعجلة ولو لم يعلن المدعى عليه لشخصه ، وهذه هى القاعدة المقررة فى القانون السابق . وتتبع هذه القاعدة أمام المحاكم المستعجلة وأمام قضاة التنفيذ بالنسبة لاي دعوى مستعجلة ترفع اليهم متعلقة بالتنفيذ (سواء من اشكالات التنفيذ الوقتية او من المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت) . كما لا يلزم التأجيل اذا كان المدعى عليه قد قدم مذكرة بدفاعه وفقا للمادة ٨٣ ،

واذا تعدد المدعى عليهم وتغيبوا جميعا عن الحضور فى الجلسة الاولى وكانوا قد اعلنوا جميعا لشخصهم ، وجب اعمال الفقرة الاولى من المادة ٨٤ فعندئذ تملك المحكمة الحكم فى الدعوى بناء على طلب المدعى .

أما اذا تعدد المدعى عليهم وتغيبوا جميعا عن الحضور فى الجلسة الاولى واعلان البعض لشخصه دون البعض الآخر ، او اذا حضر بعضهم فى الجلسة الاولى دون البعض الآخر الذى لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة تأجيل

(١) قضت محكمة النقض بأن البطالان المؤسس على عدم مراعاة الاجراءات التى أوجبها قانون المرافعات من اعادة اعلان من لم يحضر من الخصوم فى الدعوى واعذاره لا يتصل بالنظام العام (نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ - ١٠ - ٥٠٥) .

القضية الى جلسة تالية يعلن بها من تخلف من المدعى عليهم عن الحضور ولم يكن قد أعلن لشخصه ، ويكون الاعلان بوساطة المدعى .

ويراعى ما تقررته المادة ٢/٨٣ من القانون الجديد ، بحيث لا يجوز للمدعى أن يبدى في الجلسة التي يتخلف عنها خصمه طلبات جديدة أو يزيد من الطلبات الاولى .

١٨٤ - قواعد الفيساب عند ابداء طلبات عارضة وفي احوال التدخل واختصاص الغير :

يراعى في ظل القانون الجديد اعتبار الخصومة حضورية في جميع الاحوال بالنسبة الى الخصم الذي يتقدم بالطلب القضائي الى المحكمة ، كالمدعى ومن في حكمه كالمتمدخل . وبناء عليه اذا ادلى المدعى عليه بطلب عارض في مواجهة المدعى وأعلنه به قبل الجلسة الاولى التي تخلف فيها المدعى ، أو أعلنه قبل أية جلسة تخلف فيها المدعى عن الحضور ، فإن الحكم مع هذا يكون حضوريا في حق المدعى ، لان المشرع في القانون الجديد لا يتصور ان يكون المدعى جاهلا قيام الخصومة ، ومن ثم لا محل لتأجيل نظر الدعوى عند غيابه ، ولو كان قد أعلن قبل الجلسة التي تخلف عنها بطلبه عارض مقدم من أحد الخصوم .

وبالنسبة الى المدعى عليه ومن في حكمه ، كالمختصم أثناء نظر دعوى قائمة ، المعيار في هذا الصدد هو كون الخصم قد تحقق علمه اليقيني بالدعوى (١) ، أو أعلن بها مرتين (٢) ، بحيث اذا تخلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الاولى لنظر الدعوى ، وأعاد المدعى إعلانا لجلسة جديدة ، وأدلى بطلب اضافي وجهه اليه عند اعادة هذا الاعلان ، فإن الحكم في الدعوى برمتها يكون بمثابة حكم حضورى في حق المدعى عليه المتخلف عن الحضور .

(١) باعلان صحيفة الطلب المعارض لشخصه ، أو بتقديمه مذكرة بدفاعه .

(٢) ولا محل لاعادة الاعلان في الدعاوى المستعجلة على ما قدمناه .

١٨٦ - وصف الحكم الصادر في الدعاوى عند ضمها الى بعضها :

نعلم أن القاعدة الأساسية في التشريع أن ضم دعاوى الى بعضها لا يؤثر عليها ، فتظل كل دعوى محتفظة بكيانها وقيمتها واستقلالها (١) ، وكل ما يقصد من ضم دعويين (أو أكثر) هو الحكم فيهما معاً (٢) ، وذلك لتوفير الوقت والاجراءات ، وحتى يسهل تحقيق الدعاوى المتشابهة (٣) ، ويسهل بالتالي الفصل فيها . ومن ثم هذا الضم لا يؤثر في وصف الحكم الصادر في الدعوى المضمومة ، ولا يؤثر في جواز شطبها أو اعتبارها كأن لم تكن دون الدعاوى الأخرى . هذا إذا سلمنا بجواز الضم ولو لم يتحد الخصوم في الدعاوى المضمومة ، ونحن نرى جوازه .

وسوف نرى أثر الضم بصدد أعمال المادة ٢١٢ ، التي تمنع الطعن المباشر في الاحكام الصادرة أثناء نظر الدعوى .

١٨٧ - قواعد الحضور والغياب في المعارضة اذا كانت جائزة بنص خاص :

خالف المشرع القواعد المتقدمة عند غياب المعارض في المعارضة ، ونص على أنه اذا تخلف المعارض عن الحضور في الجلسة الاولى ، فالمحكمة تحكم من تلقاء نفسها باعتبار معارضته كأن لم تكن (م ٣٩٠ معدلة (٤) (٥) ، فمن

(١) المرافعات رقم ٣١٨ .

(٢) ما لم تتحد الدعويان موضوعاً وسبباً وأطرافاً ، وعندئذ تندمج الدعويان في دعوى واحدة (نقض ١٩٧٢/٥/١٦ - ٢٣ - ٩٢٦) ، كما هو الحال عند ضم دعوى صحة التعاقد الى دعوى تزوير أصلية عن ذات العقد (نقض ١٩٧٣/٦/٢٨ - ٢٤ - ٩٩٦) ، فهما وجهان لشيء واحد .

(٣) كما قدمنا في رقم ٨٨ ، اذ يحق للمحكمة بعد ضم دعويين أن تتخذ مستندات أحدهما دعامة لقضائها في الأخرى (نقض ١٩٧١/٦/٢٨ - ٢٢ - ٤٨٠) .

(٤) بنى سوييف الابتدائية ١٩ أكتوبر ١٩٥٠ المحاماة السنة ٣١ ص ٦٢٨ .

(٥) بقى نافذاً الفصل الثاني من الباب الثاني عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة من قانون المرافعات السابق ، وذلك بمقتضى المادة الأولى من قانون إصدار قانون المرافعات .

مقومات الحكم في المعارضة حضور المعارض في الجلسة الاولى ، لان تخلفه عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر الخصومة التي انتهت بصدر الحكم الغيابي عليه ثم تخلفه عن الحضور في المعارضة يدل على عدم جدية طعنه فيكون غير جدير بتحقيق موضوع المعارضة والفصل فيه ، ولان موضوع الدعوى لا يطرح من جديد على ذات المحكمة الا بحضور المعارض الجلسة الاولى المحددة لنظر المعارضة حتي يدلي اليها بما لديه من دفع وأوجه دفاع وحتى تحكم المحكمة من واقع هذه وتلك ، ولا يكفي الحكم فيها من واقع ما يدلي به المعارض ضده وحده اذ سبق له الادلاء بما عن له وصدر الحكم الغيابي بناء على طلبه وبعد سماع كل اقواله ، وبعبارة أخرى ما أجاز المشرع المعارضة الا على أساس أن يصدر الحكم فيها بناء على أقوال ودفاع المعارض ، والا كان الامر عبثا ، واذن المعارض ضده ليست له صفة في طرح الخصومة على المحكمة في المعارضة وليست له مصلحة أيضا ، بل لا تتصور هذه ، لان من مصلحته في جميع الاحوال اعتبار المعارضة كأن لم تكن . واذن يتعين على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها باعتبار المعارضة كأن لم تكن متى تخلف المعارض الحضور في الجلسة الاولى ، ولو لم يطلب المعارض ضده ذلك .

و جدير بالإشارة أن ادلاء المعارض بأوجه دفاعه في صحيفة المعارضة لا يكفي لطرح الخصومة أمام المحكمة ، وذلك لان القاعدة الأساسية كما قدمنا أن حضور المعارض هو من مقومات الحكم في المعارضة .

وبلاحظ أنه لا يجوز للمعارض ضده أن يطلب الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن اذا تخلف المعارض عن الحضور في أية جلسة تالية للجلسة الاولى التي حضرها .

واذا أعلن الحكم الغيابي بعد ستة أشهر من تاريخ صدوره ، وطعن فيه المحكوم عليه بالمعارضة وتمسك في الصحيفة باعتبار الحكم كأن لم يكن عملا بنص المادة ٣٩٣- النافذة من القانون السابق ، وجب على المحكمة أن تقضي باعتبار المعارضة كأن لم تكن عند تخلف المعارض عن الحضور في الجلسة الاولى ، ولكن لا يترتب على هذا القضاء أن يستقر الحكم الغيابي اذ هو يعد كأن لم يكن عملا بالمادة ٣٩٣ .

والحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن يسقط اجراءات المعارضة ويلغى الآثار القانونية المترتبة على قيامها ، ويسقط الحق في اعسادة الطعن في الحكم بالمعارضة ولو كان ميعاد الطعن ما زال ممتدا ، لان تخلف المعارض عن الحضور في الجلسة الاولى يدل على عدم جدية طعنه وعلى أن مقصود به مجرد كسب الوقت . ويستفاد هذا الحكم من المادة ٨٧٥ معدلة (١) . تنص على أنه لا يبدأ ميعاد الاستئناف في الاحكام الغيابية الا من اليوم الذي تصبح فيه المعارضة غير مقبولة ، أو من اليوم الذي يحكم فيه باعتبارها كان لم تكن .

رأينا أن المشرع قد خالف القواعد العامة في الغياب في المعارضة ، ونص على أنه اذا تخلف المعارض عن الحضور في الجلسة الاولى فعلى المحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم باعتبار معارضته كأن لم تكن . ونضيف أنه اذا تخلف المعارض والمعارض ضده عن الحضور في الجلسة الاولى المحددة لنظر المعارضة فعلى المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها أيضا باعتبار المعارضة كأن لم تكن ، ولا تحكم بالشطب في هذه الحالة (٢) .

هذا على الرغم من أن حضور الخصم هو من مقومات الحكم في الدعوى — أيا كان هذا الحكم ، بل ولو كان في مسألة متعلقة بالنظام العام ، فهذه القاعدة تتعارض مع النص على الحكم من تلقاء نفس المحكمة باعتبار المعارضة كأن لم تكن عند تخلف المعارض عن الحضور في الجلسة الاولى ، ونرجع القاعدة الأخيرة — لان تخلف المعارض عن الحضور ينشئ — في ذاته — الحالة المتعلقة بالنظام العام فتعد مطروحة أمام المحكمة ، والقول بغير ذلك — أي بالزام المحكمة بشطب الدعوى — هذا القول لا يستقيم مع اعتبار القاعدة المشار إليها في المادة ٣٩٠ معدلة من النظام العام .

واذا حضر المعارض في الجلسة الاولى وتناولت المحكمة الموضوع ولم

(١) من الكتاب الرابع من قانون المرافعات السابق — وما زال نافذاً بمقتضى المادة الاولى من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد .

(٢) بنى سوييف الابتدائية ١٩ أكتوبر ١٩٥٠ المحاماة السنة ٣١ ص

تصدر فيه حكما بل أجلت القضية الى جلسة أخرى تخلف عن الحضور فيها كل من طرفي الخصومة ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن تحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن لان نص المادة ٣٩٠ مقصور على حالة تغيب المعارض في الجلسة الاولى وعليها ان تحكم بشطب الدعوى ، فاذا ظلت مشطوبة ستة اشهر اعتبرت الخصومة في المعارضة كأن لم تكن واستقر الحكم الغيابي ويصير غير قابل للطعن فيه بالمعارضة ، وذلك على اعتبار أن رفع المعارضة لا يمس الحكم الغيابي الى أن يقضى في المعارضة بالفائه أو تعديله ، وفق الاتجاه الذي نحا اليه المشرع في قانون المرافعات الجديد .

وإذا تخلف المعارض ضده عن الحضور في الجلسة الاولى فلا يلزم تأجيل الدعوى (لإعادة اعلانه مع اعذاره باعتبار الحكم الذي يصدر في المعارضة بمثابة حكم حضوري ولو تخلف عن الحضور كما هو الحال بالنسبة للقواعد المتبعة أمام محكمة الدرجة الاولى) بل يفصل فيها بغير تأجيل لان الحكم الذي يصدر فيها لا تجوز المعارضة فيه عملا بالمادة ٣٩٢ ، فعلة التأجيل تنتفي في هذا الصدد .

ويلاحظ أخيرا أن المشرع ما كان في حاجة الى النص على عدم جواز الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر على المعارضة (المادة ٣٩١) لانه اما ان يحضر في الجلسة الاولى واما أن يتخلف عن الحضور ، فان حضر اعتبر الحكم حضوريا في حقه ولو تخلف بعد ذلك عن الحضور ، وان تخلف عن الحضور في الجلسة الاولى قضت المحكمة باعتبار المعارضة كأن لم تكن .

١٨٨ - قواعد الحضور والغياب في الاستئناف :

لم يعالج المشرع بنص صريح حالة غياب الخصوم في الاستئناف .

وازاء عدم النص صراحة في القانون الجديد على معالجة غياب كل من المستأنف والمستأنف عليه يتعين أعمال المادة ٢٤٠ التي تنص على أنه يسرى على الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الاولى سواء فيما يتعلق بالاجراءات أو بالاحكام ما لم يقض القانون بغير ذلك . ويعتبر المستأنف في حكم المدعى ، والمستأنف عليه في حكم المدعى عليه .

١٨٩ - أهمية التفرقة بين الحكم الغيابي (١) والحكم الحضورى (٢) :

ترجع هذه التفرقة الى اعتبار واحد ، هو أن الحكم الغيابى يصدر بناء على تحقيق ناقص لانه يتم بسماع أحد أطراف الخصومة دون الطرف الآخر فهو اذن حكم ضعيف القربة على صحة القضاء الوارد به . ويفترق الحكم الغيابى عن الحكم الحضورى فى النواحي الآتية :

(١) الحكم الغيابى وحده يجوز الطعن فيه بالمعارضة امام نفس المحكمة التى أصدرته . وذلك اذا نص المشرع على ذلك صراحة (م ٣٨٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

ويلاحظ أن المعارضة جائزة فى مواد الاحوال الشخصية (راجع اللائحة الشرعية والكتاب الرابع من قانون المرافعات) .

(٢) تنص المادة ٨٦ على أنه اذا حضر الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة اعتبر كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن (٢) . والواقع أنه اذا كان الخصم الغائب يملك المعارضة فى الحكم - أى يملك الحق فى اعادة طرح الخصومة من جديد أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم ، فمن باب أولى يتعين ان يكون له الحق فى ذلك اذا حضر قبل انتهاء الجلسة التى صدر فيها الحكم الغيابى ، وذلك قصداً فى الوقت والنفقات . ثم من ناحية أخرى هذا الحكم الغيابى لا يعتبر قائماً الا بعد انتهاء الجلسة لانه ما دامت الجلسة منعقدة يكون من حق الخصم الذى لم يسمع ، أن يطلب الى المحكمة أن تسمعه . لهذا السبب الاخير جرى القضاء على تطبيق المبدأ الوارد فى المادة ٨٦ (م ١٢٥/١٢٠ من القانون القديم) على كل شخص تخلف فى جلسة الحكم ولو كان الحكم يعتبر حضوريا بالنسبة اليه لسبق حضوره فى جلسات

(١) jugement contradictoire

(٢) jugement par défaut

(٣) واضح أنه اذا حضر الغائب بعد صدور حكم لمصلحته فلا يجوزاً لخصمه أن يطلب اعتبار الحكم كأن لم يكن .

اخرى (١) (٢) . ولقد جرى عرف المحاكم المختلطة على ارجاء النطق بالاحكام الغيبية الى آخر الجلسة لتفادي احتمال عدول عنها بسبب حضور الخصم في نهاية الجلسة .

(٣) الاصل ان الحكم الغيابي لا يسقط الا بمضى مدة التقادم الطويلة ، وانما نص القانون القديم (م ٣٨٩/٣٤٤) والقانون السابق (م ٣٩٣) على سقوط الحكم الغيابي واعتباره كأن لم يكن اذا لم يتخذ المحكوم له في خلال ستة أشهر من يوم صدور الحكم الاجراء الذي يبدأ منه في حق الفائت ميعاد الطعن بالمعارضة ، وذلك لان الحكم الغيابي حكم ضعيف القرينة على صحة ما قضى به ، وقد اراد المشرع ان يعجل بازالة الضعف الذي يعتريه فعمل على تعجيل الطعن فيه لاعادة طرح النزاع على المحكمة التي اصدرته . ولما كان ميعاد الطعن بالمعارضة في القانون الملغى يبدأ من يوم تنفيذ الحكم الغيابي على المحكوم عليه لانه هو الوسيلة الاكيدة لعلمه بالحكم الصادر عليه غيابيا فقد كان هذا القانون يوجب ضرورة تنفيذ الحكم الغيابي في خلال ستة أشهر تبدأ من يوم صدوره والا اعتبر كأن لم يكن . اما في القانون

(١) مرجع القضاء رقم ٧٨٣٤ و ٧٨٣٦ و ٧٨٣٩ وتقول المذكرة التفسيرية للقانون السابق ان الاحكام التي تصدر في غيبة أي من الخصوم ، سواء اكان المدعى أو المدعى عليه ، وسواء اكان الحكم مما تجوز فيه المعارضة أو لا تجوز - هذه الاحكام لا تعتبر قائمة الا بعد انتهاء الجلسة - لانه ما دامت الجلسة منعقدة يكون من حق الخصم الذي لم يسمع أن يطلب الى المحكمة أن تسمعه - فاذا كانت قد اصدرت حكما وجب أن لا تعتبره (وأن تسير في نظر القضية في الجلسة نفسها بشرط أن يكون الخصم حاضرا أو تؤجلها لجلسة اخرى) ، وقد جرى عرف المحاكم المختلطة على ارجاء النطق بالاحكام الى آخر الجلسة لتفادي احتمال العدول عنها بسبب حضور خصم قبل نهاية الجلسة وهو عرف حسن .

(٢) حكم بأن المادة ٨٦ تنطبق في حالة تغيب الخصم عن الجلسة التي صدر فيها سواء اكان الخصم قد حضر في جلسة من جلسات سابقة أم لم يسبق له الحضور اطلاقا . أما القول بقصرها على حالات الحكم الغيابي فهو تخصيص لنطاقها بغير مخصص (الاسكندرية الابتدائية ١١ نوفمبر ١٩٥٤ مجلة التشريع والقضاء ٧ ص ١٥١) .

الجديد حيث يبدأ ميعاد المعارضة من تاريخ اعلان الحكم الغيابي فقد اوجب في المادة ٣٩٣ اعلان الحكم الغيابي في خلال ستة اشهر تبدأ من يوم صدوره والا اعتبر كأن لم يكن .

ويستقط الحكم الغيابي بقوة القانون بمجرد انقضاء ستة الاشهر (١) ، ولا يلزم رفع دعوى بطلب السقوط وانما يجوز التمسك بالسقوط في صورة دفع اذا اريد الاحتجاج بالحكم الغيابي في مواجهة المحكوم عليه أو في حالة تنفيذه أو في حالة الاحتجاج به في دعوى أخرى (٢) . ويجوز بطبيعة الحال رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه (٣) . وهذا السقوط لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، انما يجب ان يتمسك به المحكوم عليه ويجوز أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا كما اذا رضى المحكوم عليه بالحكم فهذا الرضاء يعد مانعا من الطعن في الحكم بأى طريق من طرق الطعن (٤) سواء اكان هذا الرضاء في غضون الستة الاشهر التالية لصدوره أو بعد انقضائها لانه يكون بهذا الرضاء قد ازال البطلان الذى لحق به اذ ان هذا البطلان لا يتصل بالنظام العام (٥) ، أو كما اذا قام بتنفيذه مختارا دون تحفظ فهذا التنفيذ قبول ضمنى للحكم يمنع ايضا من الطعن فيه ، وقد جرى القضاء على أن طعن المحكوم عليه بالمعارضة في الحكم الغيابي دون

(١) مرجع القضاء رقم ٨٦١٦ ورقم ١٦١٨ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

(٣) مرجع القضاء رقم ٨٦١٧ .

(٤) مرجع القضاء رقم ٨٦٢١ - ٨٦٢٩ - واستئناف مختلط ٣١ ابريل ١٩٣١ مجلة التشريع والقضاء ٤٣٢ ص ٣٥٩ واستئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء ٤٥ ص ٥٩ واستئناف مختلط أول فبراير ١٩٣٤ مجلة التشريع والقضاء ٤٦ ص ١٥٤ واستئناف مختلط ٨ ديسمبر ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ٦١ ص ٢٥ .

(٥) نقض ١٠ مايو ١٩٥١ المحاماة ٣٣ ص ٦١٧ واستئناف أسبوط ١١ مايو ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ ص ٦٢٩ ومرجع القضاء رقم ٨٦٣٠ و٨٦٣١ و٨٦٣٣ .

الاحتفاظ في صحيفة المعارضة بالتمسك بسقوط الحكم يعد نزولا ضمنيا عن حق التمسك بسقوطه (١) .

واذا صدر الحكم الغيابي على عدة اشخاص وأعلن الى بعضهم دون البعض الآخر فان الحكم يسقط بالنسبة لمن لم يعلن به في خلال ستة أشهر من يوم صدوره ، ويبقى قائما بالنسبة للآخرين (٢) .

يدق الامر اذا صدر الحكم في موضوع لا يقبل التجزئة ، ففي هذه الاحوال يبقى الحكم في مواجهة الجميع اذا ما أعلن الى أحد المحكوم عليهم (٣) .

ويسقط الحكم الغيابي لعدم اعلانه في خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره ولو كان من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (٤) .

ويترتب على سقوط الحكم الغيابي زواله . ولكن لا يترتب على سقوطه زوال اجراءات الدعوى السابقة عليه فلا تسقط الخصومة وانما تعود الى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره فتظل صحيفة الدعوى منتجة لكافة

== ومع ذلك جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة بأن الرضاء بالحكم بعد الستة أشهر لا يمنع سقوطه ، لانه يكون قد زال وانعدم بمجرد انقضاء هذه المدة (استئناف مختلط ٢٥ ابريل ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء ٥٨ ص ١١٢ و ١٤ يونية - ٥٧ - ١٨٢ و ٢٤ مايو ١٩٤٥ - ٥٧ - ١٣٧ و ٣٠ يناير ١٩٤٧ - ٥٩ - ٨٧) .

(١) مؤلف المرحوم الاستاذ محمد حامد فهمي رقم ٦٠٨ والاحكام المشار اليها فيه ، وجلاسون ٣ ص ٢٠٧ - ٢٠٨ وجارسونيه ٦ رقم ٢٧٣ - وقارن مرجع القضاء رقم ٨٦٢٠ .

(٢) استئناف اسيوط ١٠ ديسمبر ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء ٤٥ ص ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط ٣١ يناير ١٨٩٤ مجلة التشريع والقضاء ٦ ص ١٢١ .

آثارها القانونية (١) .

واستثناء من نص المادة ٣٩٣ لا تسقط الاحكام الغيبية الآتية ولو لم تعلن في خلال ستة أشهر من تاريخ صدورها :

(١) الاحكام التي منع المشرع الطعن فيها بالمعارضة كالاحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية .

(٢) الاحكام التي طعن فيها فعلا بالمعارضة (٢) لانه بهذا الطعن قد تحقق غرض المشرع ، فهو يستلزم ضرورة تعجيل اعلان الحكم الا لامكان الطعن فيه ولاعادة طرح النزاع على المحكمة التي أصدرته .

(٣) الاحكام التي يطعن فيها بطريق آخر غير المعارضة لان هذا الطعن أيضا يحقق غرض المشرع .

(٤) الاحكام الغيبية التي تقبل صراحة أو ضمنا ، وقد تقدمت الاشارة الى هذه الحالة .

(٥) الاحكام الغيبية التي تعلن من جانب المحكوم عليه الغائب في مواجهة المحكوم له ، لانه من تاريخ اعلان الحكم يبدأ ميعاد الطعن فيه في حق المعلن (م ٢١٣) ، ولان اعلان الحكم الغيابي من جانب الغائب يعد تسليما منه بقيامه .

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير ١٩٣١ مجلة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٢٠٨ واستئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء ٤٥ ص ٥٩ واستئناف مختلط ٨ يونية ١٩٣٣ مجلة التشريع والقضاء ٤٥ ص ٣١٩ واستئناف مختلط ٢٤ أكتوبر ١٩٤٥ مجلة التشريع والقضاء ٥٨ ص ١ وتعليقات بالايجى على المادة ٣٨٩ رقم ٩ ومرجع القضاء رقم ٨٦٤٢ و ٨٦٤٩ .

(٢) راجع الامثلة المذكورة في الفقرة رقم ١٠ م (٦) وما يليها من كتاب نظرية الدفوع .

الفصل الثالث

الاحكام الصادرة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه او الاحكام الموضوعية والفرعية

١٩٠ - تنتهى الدعوى عادة بحكم في موضوعها ، ولكن كثيرا ما يسبق الحكم في الموضوع صدور احكام متعددة بقصد السير نحو الفصل فيها او بقصد اثباتها ، وما يدخل من احكام في مدلول «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» يختلف باختلاف كل تشريع .

ونميل الى التدرج ، ندرس أولا الاصل التاريخي للتمييز بين الاحكام ، حتى يبدو بوضوح حقيقة المقصود من مدلول الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، وحتى يزول اى لبس او غموض في التعرف على الاحكام المختلفة .

١٩١ - الاصل التاريخي للتمييز بين الاحكام :

ميز القانون الرومانى بين الاحكام القطعية *sententiae definitivae* التى تفصل في موضوع الدعوى ، وبين الاحكام التمهيدية *interlocutiones* التى تفصل في المسائل الفرعية (٢) او تنظم سير الاجراءات ، ولم يجر استئناف هذه الاحكام الا بعد صدور الحكم في الموضوع ومعه ، حتى ولو كانت قد فصلت في مسائل فرعية ، بحيث يتبين منها ما ستحكم به المحكمة في موضوع النزاع (٣) . وكذلك لم يجعل القانون الرومانى للاحكام التمهيدية حجية الشيء المحكوم به ، بل جعل للقاضى الحق في أن يرجع عنها (٤) .

(١) jugement sur le fond et jugement d'avant dire droit

(٢) les questions incidents

(٣) فان فيتر الجزء الاول ص ٣٩٨ - وجارسونيه ٤ ص ٢٥٨ رقم ١٤١ والمراجع التى اشار اليها .

(٤) لاكوست فقرة ٣٧ .

١٩٢ - وفي عهد القانون الفرنسي القديم ، كان القضاء يفرق بين الاحكام القطعية والاحكام المتعلقة بالتحقيق ، فيعتبر الاولى حجية الشيء المحكوم به ويجيز الطعن فيها قبل الحكم في الموضوع ، أما الاحكام المتعلقة بالتحقيق فكان القضاء يفرق ايضا بين الاحكام التي تسبب ضررا (١) ، والتي لا تسبب ضررا ، ويجيز استئناف الاولى على استقلال وقبل صدور الحكم في الموضوع ، ولا يجيز استئناف الثانية الا مع استئناف الحكم في الموضوع . وكان تقدير كفاية الضرر الذي يبرر الاستئناف المباشر أمرا دقيقا خلق كثيرا من الصعوبات العملية (٢) .

لم يوجد اذن في نصوص القانون القديم ذلك التمييز الذي نعرفه الآن بين الحكم التمهيدى والحكم التحضيري ، كما لم تشر اليه احكام المحاكم ، ويبدو انهما كانا شيئا واحدا يعبر عنه بكلمتين مترادفتين (٣) .

١٩٣ - ولما صدر قانون ٣ برومر (السنة الثانية من تقويم الثورة) منع في مادته السادسة استئناف الاحكام التحضيرية قبل الحكم في الموضوع ، وأجازه فقط مع استئناف الحكم في الموضوع . وقد قال البعض في تفسير هذه المادة ان كلمة «تحضيري» تعبر عن الاحكام المتعلقة بالتحقيق دون غيرها ، واذن تخضع الاحكام الوقتية - فيما يتعلق باستئنافها - للقواعد العامة ويكون استئنافها جائزا فور صدورها (٤) . وقال آخرون ان كلمة «تحضيري» كانت تعبر عن جميع الاحكام التي تدخل الآن في مدلول عبارة «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» سواء اكانت تمهيدية أم

(١) un grief

(٢) جارسونيه ٣ ص ٢٧٦ رقم ٦٢٢ - وجلاسون ٣ ص ٧ رقم ٧٣٢ هامش رقم ٣ وبوردا ص ١٧٦ .

(٣) بوردا ص ١٧٦ . وقيل ان كلمة تمهيدى كانت تطلق على الاحكام المتعلقة بالدفوع (جارسونيه ٣ ص ٢٧٦ رقم ٦٢٢ وراجع المراجع التي أشار اليها) ثم أطلقت بعد ذلك على الاحكام التي تأمر بالانبيات .

(٤) بونيه ص ٤٢٥ رقم ١٠٦٩ ورسالة سوسير ص ٨٤ وجارسونيه المرجع السابق .

تحضيرية أو وقتية (١) .

كذلك منع قانون ٢ برومير (السنة الرابعة) في مادته الرابعة عشر الطعن المباشر بالنقض في الاحكام التحضيرية والاحكام المتعلقة بالتحقيق ، وأجاز هذا الطعن مع الطعن في الحكم في الموضوع (٢) . وقد قيل ان المراد بالاحكام المتعلقة بالتحقيق هو الاحكام التمهيدية (٣) ، ولكن لم يكن للحكم التمهيدى - في ذلك الوقت - معناه الذى نعرفه الآن .

١٩٤ - كيف نشأ التمييز بين الحكم التمهيدى والتحضيرى :

كان في المشروع الاول لقانون المرافعات الفرنسى نص يشبه نص المادة السادسة من قانون ٣ برومير السابق ذكره ، لا يجيز استئناف الحكم التحضيرى، قبل صدور الحكم في الموضوع ، ولكن يجيزه مع استئناف هذا الحكم ولو سبق تنفيذ الحكم التحضيرى اختيارا دون تحفظ (٤) .

وقد قيل ان واضعى ذلك المشروع قصدوا ادخال الاحكام الوقتية في مدلول الاحكام التحضيرية ، بحيث تعبر هذه الكلمة الاخيرة عن «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» سواء اكانت تمهيدية أم تحضيرية أم وقتية (٥) . ولكن غالبية الشراح لم يقبلوا هذا الرأى نظرا لان قانون ٣ برومير نفسه لم يقصد من الاحكام التحضيرية الا ما تعلق بتحقيق الدعوى فقط (٦) .

وقد أثار هذا النص كثيرا من الاعتراض اذ ان الحكم المتعلق بالتحقيق

(١) بوتار Boitard (الطبعة الثانية عشرة) ص ٣٧ رقم ٦٨٧ .

(٢) Les Jugements Préparations et d'Instructions .

(٣) دالوز ، ربرتوار العملى باب الطعن بالنقض (الجزء الثانى) ص ١٩٣ رقم ١٧ والمراجع التى أشار إليها .

(٤) جارسونيه ، المرجع المتقدمة الإشارة اليه .

(٥) بوردا ص ١٧٧ .

(٦) المراجع المتقدمة الإشارة إليها .

كثيرا ما يبين اتجاه رأى المحكمة في الموضوع ، كما انه كثيرا ما يتوقف الفصل في الدعوى على نتيجة تنفيذ ذلك الحكم ، واذ ان تنفيذه - من جهة أخرى يسبب كثيرا من المصاريف لا يكون لها لزوم اذا ما ألغته فيما بعد محكمة الدرجة الثانية ، لذلك عدل المشروع فبقى المبدأ العام المتعلق بعدم اجازة استئناف الاحكام التمهيدية أو التحضيرية الا بعد صدور الحكم في الموضوع ، واستثنيت الاحكام التمهيدية والتحضيرية الصادرة بناء على فحص موضوع الدعوى (١) . ثم رؤى تعديل العبارة الاخيرة ، ووضع محلها «الاحكام التحضيرية أو التمهيدية التى تبين وجهة نظر المحكمة في مسألة تتعلق بموضوع الدعوى» (٢) . وهكذا استبدلت كلمة «تحضيرى» بعبارة «تمهيدى» .

ثم لوحظ اخيرا أنه من الملائم وضع تعريف خاص لكل من الحكم التمهيدى والتحضيرى ، وترتيب اثر للفرقة بينهما . ولذلك وضعت المادة ٥٣ التى عرفت لأول مرة بالحكم التمهيدى ، وجعلت - لأول مرة أيضا - ضابط التمييز بين الحكم التمهيدى والتحضيرى ، أن الاول يشف عن اتجاه رأى المحكمة في الموضوع (٣) دون الثانى ، وأجازت الاستئناف المباشر للاول دون الثانى .

هذا كل ما أورده نصصوص التشريع ، ولكن الشراح والمحاكم قد رتبوا على التفرقة بين الاحكام القطعية وبين غيرها ، وعلى التفرقة بين الاحكام التمهيدية والتحضيرية والوقائية - فيما بينها - نتائج أخرى تتصل بحجية الحكم واثر سقوط الخصومة في مصيره .

وبعد ، فانه وان كان قانون المرافعات الفرنسى لم يذكر اصطلاح «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» الا أنه بوضعه قواعد خاصة لاستئناف الاحكام التمهيدية والتحضيرية والوقائية في المواد ٥١ وما بعدها ، قد راعى ولا شك ان هذه الاحكام تجمعها صفات متشابهة ، وهى

(١) rendues sur l'examen de la cause au fond

(٢) جلاسون ٣ ص ٢٧٦ فقرة ٦٢٢ .

(٣) préjuge le fond

انها لا تتعرض للفصل في موضوع النزاع ، وهذا هو نفس ما اتبعه القانون المصرى القديم في المادة ٤٠٤/٣٦٠ وما بعدها .

١٩٥ - وقد ثبت خلال قرن ونصف فساد هذه القواعد ، فمن ناحية يكاد يكون من المستحيل وضع ضابط صحيح للتمييز بين الحكم التمهيدى والتحضيرى ، اذ من الصعب ادراك تلك التفرقة لغموضها ودقتها ، ومن ناحية أخرى فان اباحة الطعن فى بعض الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع مباشرة وتقرير بعض الحجية لبعضها ، قد نتج عنه اطالة اجراءات التقاضى وزيادة مصاريفه . لذلك اتجهت التشريعات الحديثة الى تعديل هذه القواعد بابطال التفرقة بين الحكم التمهيدى والتحضيرى ، وسلكت فى ذلك أحد سبيلين : أحدهما اباحة الطعن مباشرة فى جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ، والثانى منع الطعن فيها مباشرة واجازته مع الطعن فى الحكم فى الموضوع .

١٩٦ - اصطلاح الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع :

من الشراح من يدخل ضمن الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع احكام القضاء المستعجل ، لان لها نفس طبيعة الاحكام الوقتية ، ومنهم من يدخل ايضا الاحكام القطعية التى تفصل فى مسألة متفرعة عن النزاع ، باعتبار أنها هى الاخرى تصدر قبل الفصل فى الموضوع . ولم يكن لاقوال الشراح هذه أهمية عملية ، لان المشرع الفرنسى والمصرى القديم لم يذكر اصطلاح «الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع» عند معالجتهما للقواعد المتعلقة باستئناف الاحكام التمهيدية والتحضيرية والوقتية .

لكن فى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٢ عدل المشرع الفرنسى المواد ٤٥١ وما بعدها وذكر لأول مرة «الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع» وأخضعها جميعا لقواعد واحدة ، تخالف القواعد العسامة ، فأجاز استئنافها قبل الحكم فى الموضوع ووضع لاجراءات الاستئناف قواعد مبسطة وحدد له مواعيد قصيرة تكفل سرعة الفصل فيه ، كما اباح استئنافها مع استئناف الحكم فى الموضوع (المواد ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٤٥٣ من قانون المرافعات الفرنسى) . وفى ٢٨ أغسطس ١٩٧٢ ، صدر فى فرنسا القانون رقم ٧٢ - ٧٨٨ ، ملغيا

المواد السابقة ، ومقررا في المادة ٨٧ منه جواز الطعن بالاستئناف مباشرة في الاحكام التي تحسم شقا من الموضوع وتأمر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات او اجراء وقتي ، وفي الاحكام التي تنهى الخصومة - دون ان تحسم موضوع النزاع .

وتقرر المادة ٨٨ ان سائر الاحكام الاخرى لا تقبل الاستئناف مستقلة عن الاحكام الصادرة في الموضوع ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وقد استحدث القانون الفرنسي اصطلاح «الاحكام التي تنهى الخصومة» . . ، وهو ذات الاصطلاح الوارد في المادة ٢١٢ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق .

والاحكام التي تقبل الاستئناف المباشر بمقتضى المواد السابقة - في قانون المرافعات الفرنسي الجديد - هي الاحكام التي تنهى الخصومة برمتها امام المحكمة ، والاحكام الصادرة في شق من الموضوع المصحوبة بالامر باتخاذ اجراء وقتي او اجراء من اجراءات الاثبات . وتأكدت القواعد المتقدمة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٧٥ برقم ٧٥ - ١١٢٣ - وفقا لما سوف نراه .

ورود الاصطلاح السابق في المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق التي كانت تقرر عدم جواز الطعن في الاحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى والتي لا تنتهى بها الخصومة كلها او بعضها ، الا مع الطعن في الحكم في الموضوع سواء اكانت هذه الاحكام قطعية أم متعلقة بالتحقيق او بسير الاجراءات ، واستثنت هذه المادة الاحكام الصادرة بوقف الدعوى والاحكام الوقتية فأجازت الطعن فيها قبل الحكم في الموضوع ، وكذلك ورد تعبير الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع في المادة ٤٠٤ منه ، وفي المادة ١٤٠١ منه في صدد تقدير نصاب الاستئناف .

١٩٧ - مميزات الاحكام الفرعية : الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع تجمعها فكرة واحدة ، وهي انها تصدر اثناء نظر الدعوى وقبل الحكم في موضوعها ، وانها ليس لها كيان مستقل بذواتها ، وانها لا تحسم النزاع على أصل الحق ، فلا تنتهى بها ولاية القاضى بصيده ، بل تأمر باجراء

أولى سابق لفض النزاع (١) دون أن تمس موضوعه (٢) .

وأهم ما رتبته القانون على التمييز بين هذه الاحكام وبين غيرها انه أخضعها لقواعد خاصة فيما يتعلق بحجيتها وبطرق الطعن فيها وأثر سقوط الخصومة عليها .

١٩٨ - حصر الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع في القانون الفرنسي وفي القانون المصري القديم :

ما يدخل في مدلول الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع يختلف باختلاف كل تشريع . ونذكر فيما يلي الفكرة التقليدية التي كانت متبعة في قانوننا القديم ، ثم ندرس حصر هذه الاحكام في التشريع المصري الجديد ، وسوف نرى انها زالت وتبددت تماما في هذا التشريع .

ويتنقد الاجماع على أن الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع تشمل فيما تشمله الاحكام التمهيدية والاحكام التحضيرية والاحكام الوقتية ، سواء في حكم التشريع الفرنسي ، قبل تعديله الاخير ، وبعده ، وفي حكم التشريع المصري .

وتتعلق الاحكام التمهيدية والتحضيرية اما بتحقيق الدعوى واما بتنظيم اجراءات السير في الخصومة . وتنص المادة ٤٥٢ مرافعات فرنسي قديم على أن الحكم يعتبر تمهيديا حينما تأمر المحكمة - قبل الفصل في الموضوع - بتقديم دليل أو باى اجراء من اجراءات التحقيق بحيث يتضح اتجاه رأى المحكمة في موضوع النزاع . وتنص أيضا على ان الحكم يعتبر تحضيريا اذا كان قد صدر لغرض تحقيق الدعوى ويرمى الى اعدادها لصدور الحكم في موضوعها .

ولئن لم تعرف المادة ٤٠٥/٣٦١ من القانون القديم بالاحكام التحضيرية، فانها قد ميزت الحكم التمهيدى عن الحكم التحضيرى بأنه يؤخذ منه ما يدل

(١) une mesure préalable a solution d'un litige

(٢) رسالة لابورديرى ص ٦٩ .

على ما تحكم به المحكمة في أصل الدعوى ، فكان المستنتج أن الاحكام التحضيرية هي التي تتعلق بتحقيق الدعوى أو بتنظيم اجراءات السير فيها ، ولا يؤخذ منها ما يدل على ما تحكم به المحكمة في أصل الدعوى (١) .

ولم يعرف القانون الحكم الوقتي . ويرى الشراح بأنه هو الحكم الذي يصدر في طلب وقتي ويكون الفرض منه الامر باجراء تحفظي أو تحسديد مركز الخصوم بالنسبة لموضوع النزاع تحديدا مؤقتا الى ان يتم الفصل في الخصومة بحكم يصدر في موضوعها (٢) .

ومن الشراح من يرى أن الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع لا تشمل الا الاحكام التمهيدية والتحضيرية والوقتية ، ومنهم من يرى أنها تشمل احكام القضاء المستعجل والاحكام القطعية في المسائل الفرعية ، لان الاولى هي من قبيل الاحكام الوقتية ، ولان الثانية هي الاخرى تصدر قبل الحكم في موضوع النزاع وليس لها بذاتها كيان مستقل .

١٩٨ م - الاحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع :

ثمة طائفة من الاحكام التي لا تعد من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، ولا تعد من الاحكام الصادرة في الموضوع ، وانما هي من الاحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع . وبعض هذه الاحكام يصدر مع الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة ، كالحكم في مصروفات الدعوى ، والحكم في النفاذ العجل او في تنفيذ الحكم بمقتضى السودة ، وهذه الاحكام تصدر بما لا يحكم من سلطة تبعية على ما يتبع صدور الحكم في الطلبات الاصلية من طلبات تبعية . والبعض الآخر من هذه الاحكام يصدر من ذات المحكمة بعد صدور حكمها المنهي للخصومة ، ومنفصلا عنه ، كالحكم في طلب تفسير

(١) استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة السنة ١٨ عدد ٩ ص ٨٧٠ رقم ٤٠١ .

(٢) الدكتور محمد حامد فهمي رقم ٦١٥ ص ٦١٩ - كاريه وشيفو ٤ ص ٨٧ رقم ١٦١٧ مكرر - وريتروار براتيك البلجيكي Répertoire Pratique Belge باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع الجزء السابع ص ٣٢٤ رقم ٢٨ .

الحكم أو تصحيحه ، أو الحكم فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه من طلبات موضوعية عملاً بالمادة ١٩٣ وكالحكم بتسليم الصورة التنفيذية الثانية. لايضاح الاولى (م ١٨٣) ، وهي تصدر بما فيها من سلطة تكميلية في طلبات خصها بها المشرع ، لأنها أدري بها من غيرها .

وبعض الاحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع ، يعتبر موضوعيا ، مكملًا للحكم في الموضوع ، كالحكم بتفسيره أو بتصحيحه ، أو الحكم فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه من طلبات موضوعية ، وبعضها الآخر يعتبر فرعيا أي اجرائيا ، كالحكم في النفاذ المعجل ، أو في المصروفات ، سواء أكان صادرا من المحكمة مع حكمها المنهى للخصومة أو كان صادرا منها بعد التظلم من الامر الصادر منها بتقدير هذه المصروفات (عملاً بالمادة ١٩٠) ، أو الحكم في تنفيذ الحكم بمقتضى مسودته ، أو الحكم برفض تصحيح الحكم أو تفسيره (١) .

وإذا تشترك بعض الاحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع مع الاحكام الصادرة قبل الفصل فيه في كونها مجرد أحكام اجرائية لا تمس ذات الموضوع - وأن كانت تنأثر به حتماً في كثير من الصور - يكون تعبیر «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» في صدد هذه الاحكام هو الاصدق والانسب ، مع اعتبارها قرعية ، لأنها تصدر فيما يتفرع عن النزاع الاصلى من مسائل ، أو مع اعتبارها اجرائية ، لأنها تصدر في شأن تنظيم إجراءات سير الخصومة أو في إجراءات الاثبات . أما الاحكام الصادرة بعد الحكم في الموضوع فبعضها يشترك في صفات الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، إذ قد تكون قرعية - أي تصدر فيما يتفرع عن النزاع الاصلى من مسائل ، كالحكم في مصروفات الدعوى أو في النفاذ المعجل ، وقد تكون موضوعية .

(١) ليس نمة غرابة في أن يكون الحكم بتفسير الحكم أو تصحيحه موضوعيا ، وأن يكون الحكم برفض هذا أو ذاك فرعيا ، وذلك لان الاول يكمل قضاء الحكم ، بينما الثاني يعتبر صادرا في مسألة فرعية . ومثل هذا مثل الحكم بقبول الدفع الموضوعي والحكم برفضه ، فالاول يكون موضوعيا منهيا للنزاع ، بينما يعد الثاني مجرد حكم فرعى لا يقبل الطعن المباشر (نقض : ١٩٧٠/٢/١ - ٢١ - ٢٧٢ ، ونقض ١٩٧١/٣/٢ - ٢٢ - ٢٣٩٩) .

ولا تربط الاحكام الصادرة بعد الفصل في الموضوع نظرية عامة ، كما هو الحال بالنسبة الى الاحكام الصادرة قبله كما رأينا وكما سنرى . والطريف أن بعض الاحكام الفرعية الصادرة بعد الفصل في الموضوع ، هي الاخرى ، لا تقبل الطعن فيها على استقلال في بعض الاحوال ، وبخاصة ، كالحكم الصادر برفض تصحيح الحكم (م ١٩١) .

١٩٩ - احكام القضاء المستعجل :

هذه الاحكام ما هي الا احكاما وقتية ، وان كانت تصدر من غير المحكمة المختصة بالنظر في موضوع الدعوى الاصلية ، وهذا ما حدا بكثير من الشراح الى اعتبارها احكاما وقتية تدخل بالتالي في طائفة الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (١) .

ولقد قضت محكمة اكس بتطبيق المواد ٤٥١ وما بعدها المتعلقة باستئناف الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع على احكام القضاء المستعجل (٢) . ولكن هذا الحكم صادف نقسدا شديدا من الشراح الذين يرون أنه رغم ما لاحكام القضاء المستعجل من صفة وقتية فان لها كيانا مستقلا اذ ليس من اللازم أن تكون متصلة بدعوى في الموضوع ، ولا يمكن ان تدخل اذن في طائفة الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (٣) .

ويضيف الاستاذ فزيوز أنه لا يمكن أن يقصد المشرع بإشارة عارضة في المادة ٤٥٣ الى الاوامر ordonnance تعديل المادة ٨٠٩ مرافعات

(١) كارل Carles ص ٨٤ والمراجع التي أشار إليها - و Saussure ص ٨٢ وما بعدها ولا يوجد لاحكام القضاء المستعجل قاعدة خاصة بالطعن فيها بالنقض ، وقد شبها بعض الشراح في هذا الصدد بالاحكام الوقتية . (بريتوار دالوز العملي باب الحجية ٢ ص ١٩٤ رقم ٢١ والاحكام التي أشار إليها ريتوار البلجيكي ٩ باب النقض ص ٦٠٠ ورقم ٦٧ واحكام محكمة النقض البلجيكية التي أشار إليها . وجلاسون ٣ ص ٤٥١ رقم ٩٣٥ .

(٢) اكس اول يوليو ١٩٤٢ دالوز النقدي Recueil Critique ص ٧٤ .

(٣) تعليق فزيوز Visioz على الحكم السابقة الاشارة اليه في مجلة الاسبوع القضائي ١٩٤٣ القسم الاول ص ٢١٨٨ - وراجع تعليق هيرود Aebrand على ذلك الحكم في دالوز ١٩٤٤ ص ٧٤ Dalloz : Recueil critique

الخاصة بأحكام القضاء المستعجل وطرق الطعن فيها وهي تعد من نصوص قانون المرافعات التي لها أهمية عملية عظيمة ، ولا يمكن أن يقصد إخضاع هذه الاحكام فيما يتعلق باستئنافها لاحكام المواد ٤٥١ وما بعدها (١) .

ولقد قيل ان الدعوى المستعجلة هي دعوى منفصلة ومتميزة عن دعوى الموضوع ، بل قد يكون من الممكن صدور أحكام تمهيدية قبل الفصل في الدعوى المطروحة على القضاء المستعجل (٢) . وقال أحد شراح القانون المصري «ان الاحكام المستعجلة معتبرة قطعية باعتبار أنها تنهى النزاع أمام القاضى المعروضة عليه الدعوى المستعجلة ، وان كانت بطبيعتها غير قطعية لأنها لا تنهى النزاع» (٣) وهذا القول صحيح من ناحية أن الحكم المستعجل ينهى النزاع أمام القاضى ، ولكنه محل اعتراض فيما جاء به من وصف حكم القضاء المستعجل بأنه قطعى وما يوحى به هذا الوصف من أن الحكم تكون له حجية الاحكام القطعية وسائر مميزاتها .

٢٠٠ - الاحكام القطعية الفرعية :

هناك طائفة من الاحكام القطعية لا تفصل في موضوع الدعوى ، ولكن تفصل في دفع أو في مسألة فرعية ، كالحكم في اختصاص المحكمة ، أو بطلان صحيفة الدعوى ، أو جواز اثباتها بطريق معين ، ولم يذهب أحد الى ادخال هذه الطائفة ضمن الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، الا بعد تعديل القانون الفرنسى سنة ١٩٤٢ الذى استعمل هذا التعبير المسمى . فهذه

(١) بحث فريوز «في تعديل قواعد الاستئناف» مجلة الاسبوع القضائى سنة ١٩٤٣ جزء ١ ص ٣٠٧ فقرة ٢٩ .

(٢) تعليق هبرود المرجع السابق ص ٧٦ - وراجع استئناف باريس ١٤ مايو ١٨٨٧ (دالوز ١٨٨٨ - ٢ - ١٨٧) ومع ذلك راجع حكم محكمة مصر الكلية ١٢ يوليو ١٩٣٢ المحاماة السنة ١٣ - عدد ٩ ص ١١٤٦ حيث قضت المحكمة «أنه لا يمتنع على قاضى الامور المستعجلة المساس بالموضوع في حكمه القطعى فحسب ، بل يمتنع عليه ذلك أيضا في أى اجراء تمهيدى قبل ذلك كالاتي الى التحقيق أو ندب خبير أو ما اليهما ...» .

(٣) العشماوى الجزء الثانى ص ٤٦٠ رقم ٦٢٨ .

٤.١ الاحكام الصادرة في الموضوع والصادرة قبل الفصل فيه

الطائفة من الاحكام وان كانت تقضى قطعيا في مسألة معينة ، الا أنها تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ، وهذا قد حدا ببعض الشراح الى القول باعتبارها من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، ومنهم من أسماها «الاحكام القطعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع» (١) .

غير أن أكثر الشراح يرى أن هذه الاحكام تعد من طائفة الاحكام القطعية التي تقابل طائفة الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، لان الصفة القطعية هي أهم ما يميز الحكم القطعي عن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع (٢) . ويطلق على تلك الفئة عادة فئة الاحكام القطعية الفرعية .

ويرى فريوز أن المنطق وروح القانون نفسه والفائدة العملية تقتضى كلها اعتبار هذه الاحكام من نوع الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، ويحتج لرايه بأدلة أهمها :

(١) أن هذه الاحكام ليست من قبيل الاحكام التي تفصل في الموضوع بل هي تصدر أثناء نظر الدعوى لتفصل في مسألة من مسائل المرافعات ،

(١) بحث فريوز السابقة الاشارة اليه فقرة ٣٠ - جارسونيه ٣ ص ٦٢١ ، ٦٢٢ والجزء السادس فقرة ١٤٢ - أبو هيف ج ٢ ص ٧٦٩ بند ١٠٧١ ومما قاله «أن الاحكام الفرعية تنقسم الى أربعة أقسام وقتية وتحضيرية وتمهيدية وقطعية . وأن القطعية الفرعية هي التي تفصل في نقطة معينة قبل الفصل في موضوع الدعوى - ولذا فهي ليست تحضيرية ولا تمهيدية ، ولا هي بالقطعية بالمعنى المتداول والمقصود منه الموضوعية ، - فهي التي تفصل في الدفوع الفرعية وعلى الخصوص في الدفع بعدم الاختصاص والدفع بطلب الاحالة للارتباط أو لوجود الدعوى بمحكمة أخرى وكذلك الاحكام التي تفصل في أوجه الدفع بعدم جواز سماع الدعوى لقوات الميعاد أو لمضي المدة والاحكام التي تقضى بإيقاف الدعوى الى أجل غير مسمى لحين استيفاء اجراءات خاصة مؤثرة على حقوق الخصوم» .

(٢) كاريه وشيفو . الجزء الرابع ص ٧٤ فقرة ١٦١٦ وجابيو ص ٣٧١ فقرة ٥٣٠ (والعشماوى ٢ فقرة ٦٢٨ ص ٤٦٠) والدكتور محمد حامد فهمي ص ٦١٨ فقرة ٦١٤ . وتعليق الاستاذ هيرود في دالوز ١٩٤٤ ص ٧٦ السابقة الاشارة اليه .

وليس لها كيان مستقل اذ الغرض منها مجرد تنظيم الخصومة الاصلية ، فليست لها قيمة الا في محيطها ، وهي ان كانت لها حجية الشيء المحكوم به فلا تتعدى هذه الحجية حدود الدعوى .

(٢) ان المشرع قد قرب الحكم الصادر في دفع من الحكم التحضيري ، وذلك في قانون ٢٥ مايو ١٨٣٨ الذي ينص في المادة ١٤ منه على انه اذا حكم قاضي الصلح باختصاصه بنظر الدعوى فان استئناف الحكم لا يمكن رفعه الا مع الحكم القطعي . وبهذا يتأيد الرأي بأن المشروع بالتعديل الاخير قد جعل للاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع معنى جديداً اوسع من معناها الذي كان معروفاً .

(٣) ونقرر المادة ٢٠٠ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي قاعدة عكسية لحكم المادة ٤٥١ وما بعدها اذ انها وضعت جميع الاحكام التمهيدية والتحضيرية والاحكام القطعية والفرعية التي تفصل في مسائل فرعية او في دفع حتى ولو تعلق الدفع باختصاص المحكمة في كفة واحدة ولم تجز استئنافها الا بعد صدور الحكم في الموضوع ومعه ، ويرى الاستاذ ان هذه المادة تقوم دليلاً في صالح التفسير الذي ادلى به .

(٤) واخيراً فان التعديلات التي ادخلها المشرع على المادة ٤٧٣ في سنة ١٩٤٢ دليلاً آخر . فالفقرة الاولى من المادة ٤٧٣ القديمة كانت تجيز لحكمة الدرجة الثانية التصدي لموضوع الدعوى في حالة استئناف حكم تمهيدى والفقرة الثانية تجيز التصدي في حالة استئناف حكم قطعي . وكان المفهوم من هذه العبارة الاخيرة كل حكم يفصل قطعياً في دفع او في اى مسألة فرعية . ولكن المادة ٤٧٣ الجديدة نصت في فقرتها الاولى على الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (بدلاً من الاحكام التمهيدية) ونصت في فقرتها الثانية على الاحكام في الموضوع (١) (بدلاً من الاحكام القطعية) (٢) . ولما كان كل من الفقرتين تعني احكاماً غير ما تعنيه الاخرى

Jugements sur le fond (١)

Jugements définitifs (٢)

تعين أن يكون من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كل حكم لا يقضى في الموضوع قطعيًا كان أو غير قطعي (١) .

ويرى هيرود أن التعبيرات التي أمت بها المادة ٤٥١ (الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ... والحكم القطعي) تعوزها الدقة (٢) وأن هذه المادة بوضعها الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع مقابل الاحكام القطعية ، يبدو أنها تعنى بهذه الاخيرة (الاحكام في الموضوع) فالاحكام القطعية المتعلقة بمسائل فرعية تدخل اذن في الفئة الاولى . ولقد رأى ذلك مدفوعا بالفائدة العلمية الكبيرة التي تنتج عن ذلك .

٢٠١ - ونحن نرى بصدد القانون الفرنسي أن الاحكام القطعية الفرعية تخرج عن طائفة الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع . اذ أن أهم ما تتميز به هو كونها قطعية فيما تفصل فيه ، وهذه الصفة تمنع من ادخالها في تلك الطائفة ، رغم أنها هي الاخرى صادرة في أثناء نظر الدعوى . ولا يفوتنا التنويه بأن مثل هذه الاحكام قد تنهى الخصومة - في بعض الاحيان - أمام المحكمة المعروض عليها النزاع ، كما اذا كان الحكم بعيدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى أو بعدم قبولها ، ثم أن هذه الاحكام لها حجية الشيء المحكوم به ولهذه الحجية أثرها خارج حدود الدعوى ، بمعنى أنه اذا صدر حكم بعدم الاختصاص مثلاً فان هذا الحكم يمنع إعادة الدعوى أمام نفس المحكمة فلهذه الأحكام اذن كيان مستقل فضلاً عن الصفة القطعية التي تجعلها في وضع مقابل الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع .

وما استند اليه فريوز من حجة مستمدة من قانون ٢٥ مايو ١٨٣٨ لا يقطع في تأييد رأيه ، ولا يفيد في اعتبار الاحكام القطعية الفرعية أحكاماً صادرة قبل الفصل في الموضوع ، اذ أن عدم اجازة الطعن بالاستئناف المباشر في الحكم الصادر من قاضي الصلح باختصاص المحكمة لايعنى اعتباره

(١) فريوز المرجع السابق الفقرة ٣٠ .

(٢) بحث الاستاذ هيرود Pierre Aebrand في دالوز النقدي ١٩٤٣ ص ٤ في موضوع الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع وقانون ٢٣ مايو ١٩٤٣ . وراجع أيضاً بهذا المعنى فريوز (المرجع السابق) الفقرة ٣٠ .

من طائفة الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، فمن الاحكام ما يقبل الاستئناف المباشر ويعد مع ذلك حكما صادرا قبل الفصل في الموضوع .

والمادة ٢٠٠ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى تكون حجة قوية في جانبه لو انها استعملت عبارة «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» أو انها قررت - في نفس الوقت أيضا - بأن هذه الطائفة تشمل الاحكام القطعية الفرعية . اما وقد فصلت الاحكام التى تعنيها تفصيلا دقيقا ، فهى لا تساعد الاستاذ في تأييد رأيه .

وأخيرا فان المادة ٧٣ قد نصت في فقرتها الاولى على «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» بدلا من عبارة «حكم تمهيدى» ، وذلك طبيعى بعد أن عدلت المادة ٥١ وأجازت استئناف الاحكام التحضيرية مباشرة (١) . كما أن المادة ٧٣ في فقرتها الثانية تقصد نفس الطائفة التى كانت تنص عليها المادة القديمة في نفس الفقرة وهى طائفة الاحكام الفرعية القطعية (٢) .

ولقد قال سوليس في هذا الصدد «انه مما يؤسف له أن المادة ٧٣ لم تحدد أنها تقصد بالاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع تلك التى تتعلق بالمسائل الفرعية» (٣) .

ونقول في الرد على هبرود ان المشرع في المادة ٥١ يعنى بالحكم القطعى - الحكم الذى يصدر في الموضوع ويستنفذ ولاية المحكمة المعروض عليها النزاع - لا أى حكم قطعى آخر في مسألة فرعية من النزاع وهذا هو كل ما قصده الشارع ، ولكنه لم يستعمل عبارة واضحة في هذا الصدد .

(١) أما عن الاحكام الوقتية فالقضاء والفقه كانا مستقرين على اجازة التصدى للموضوع عند الغائها في الاستئناف . (رسالة كارل Carles ص ٨٣ ورسالة لابورديري Laborderie ص ٦٨ ، ٦٩) وان كانت حالات التصدى في هذا الصدد نادرة لان هذه الاحكام تصدر عادة قبل أن تكون للدعوى مهية للفصل فيها بحكم قطعى (راجع هنرى سوليس Henry Solus قانون ٢٣ مايو سنة ١٩٤٢ المتضمن بعض قواعد المرافعات فقرة ٢٠ ص ٢٦) .

(٢) هنرى سوليس المرجع السابق .

(٣) بحث سوليس السابقة الاشارة اليه حيث قام بتفسير هذه المادة .

وأخيرا فليس ادل على وضوح الرأي الذي تقول به من أن هؤلاء الاساتذة يترددون أخيرا فيما يقولون ، ويرون أن النصوص الجديدة لا تقطع بما يذهبون اليه ولا تساعد في تأييد حججهم ، وأن المشرع لم يرد في تعديله الأخير الا ابطال التمييز بين الاحكام التمهيدية والاحكام التحضيرية ولذلك قد محا اسمها من المادة ٥١ القديمة وما بعدها ، مخضعا جميع تلك الاحكام لقاعدة واحدة في استئنافها . ولقد قال هؤلاء الاساتذة برايهم مدفوعين فقط بالفائدة العملية الكبيرة التي تنتج في حالة تطبيقه .

٢٠٢ - التمييز بين الاحكام الموضوعية والصادرة قبل الفصل في الموضوع في التشريع المصري :

يدخل في مدلول هذه الاحكام كل حكم يصدر في دفع شكلى ، أو في دفع من الدفع بعدم قبول الدعوى ، أو في طلب يتصل بسير الاجراءات ، أو بشكْلِها ، أو باثبات الدعوى ، أو في طلب وقتى . كالحكم الصادر باختصاص المحكمة أو عدم اختصاصها ، والحكم باحالة الدعوى الى محكمة أخرى أو رفض الاحالة أو عدم قبول الدفع للدلاء به بعد التكلم في الموضوع ، والحكم الصادر ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو برفض الدفع بالبطلان أو عدم قبوله ، والحكم الصادر بقبول الدعوى أو عدم قبولها ، أو قبول الدفع أو عدم قبوله ، أو قبول الطلب العارض أو عدم قبوله ، أو قبول الطعن أو عدم قبوله ، وكالحكم الصادر بوقف الدعوى أو برفض طلب الوقف ، أو باسقاط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم ، أو بالاعتداد بترك الخصومة أو عدم الاعتداد به ، والحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ أو ٨٢ أو ٩٩ . أو باعتبار المدعى تاركا دعواه أو المستأنف تاركا استئنافه عملا بالمادة ٢/١٢٨ ، والحكم بانقطاع الخصومة عملا بالمادة ١٣٠ ، أو بضم دعويين أو بالفصل بينهما أو بإحالة الدعوى عملا بالمادة ٤٦ أو المادة ١١٠ ، والحكم بالفرامة لمصالح الخزينة العامة عملا بالمادة ١١٠ أو عملا بالمادة ٩٩ ، والحكم ببطلان أى اجراء من اجراءات الخصومة أو اجراءات اثباتها ، والحكم باحالة الدعوى على التحقيق أو بعدم جواز الاثبات قانونا بطريق معين أو بجوازه ، والحكم بأن مستندا معين لا يثبت الحق المتنازع فيه ، والحكم بتوجيه اليمين الممتمة أو بتوقيع غرامة تهديدية عملا بالمادة ٢١٣ من

القانون المدنى (مع مراعاة ما سوف نراه فى هذا الصدد) ، والحكم فى أى طلب وقتى .

أما الحكم الموضوعى فهو الذى يصدر فى موضوع الدعوى أو فى شق منه ، ومن ثم يدخل فى مدلوله الحكم الصادر فى أى طلب موضوعى سواء أكان طلبا أصليا أم عارضا ، وبعبارة أخرى أى حكم يصدر فى صميم طلبات الخصم الاصلية أو فى دفعه الموضوعية .

٢٠٣ - ضابط التمييز بين الاحكام الموضوعية والفرعية :

يسهل بعد سرد ما تقدم تحديد ضابط التمييز بين الاحكام الموضوعية والفرعية ، فالأولى تصدر فى الطلبات الاصلية سواء أقدم الطلب فى صحيفة الدعوى أم فى صورة طلب عارض ، كما تصدر بقبول الدفع الموضوعية (١) أو تصدر فى أساس الدعوى - وفقا لاحكام النقض العديدة التالية ، أما الاحكام الفرعية فهى تصدر فى الدفع الشكلى ، أو فى الدفع بعدم القبول ، أو برفض الدفع الموضوعية ، أو التى تصدر فى الطلبات المتعلقة بسير الدعوى ، أو اثباتها ، أو فى الطلبات الوقتية . فالحكم الموضوعى يمنع من رفع دعوى أخرى فى ذات الموضوع الذى فصل فيه ، ويجوز التمسك بعدم قبولها لسبق الفصل فيها ، وإذا لم يفصل الحكم الموضوعى فى كل الموضوع فإنه أيضا يمنع من رفع دعوى جديدة فى ذات الشق الموضوعى الذى فصلت فيه المحكمة .

وترامى الضوابط العامة التى درسناها فى الباب المتقدم - للتمييز بين الاحكام ووصفها وتكييفها واستخلاص القضاء منها . وترجع دقة البحث إلى أن كثيرا من الاحكام لا تدلى بقضائها الا فى الاسباب ، وبصورة ضمنية

(١) الدفع الموضوعى قد يتصل بواقع الدعوى ، وقد يتصل بارساء القاعدة القانونية على هذا الواقع ، وقد يتصل بتفسير ذات القاعدة القانونية وتحديد كنهها ومرماها وشروط اعمالها .

ولقد ردد الضابط المشار اليه فى المتن حكم لمحكمة النقض المصرية فى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ القضية رقم ٢٦١ سنة ٢٠ قضائية .

في بعض الاحوال ، ولهذا اوجب القانون الفرنسى الجديد - كما سنرى -
التصريح بقضاء الحكم في منطوقه (١) .

ويلاحظ ان الحكم الصادر في شق من الموضوع لم يعد قابلا للطعن
المباشر بمقتضى المادة ٢١٢ الا اذا كان قابلا للتنفيذ الجبرى ، كما سنرى .

٢٠٤ - احوال يندق فيها وصف الحكم (٢) :

الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول :

نعلم ان الدفع بعدم القبول قد يوجه الى الطلب او الطعن او الدفع
الشكلى ، لينكر به الخصم وجود دعوى لدى خصمه بسبب تخلف شرط
من شروط قبولها ، او بسبب تخلف شرط من شروط قبول الطعن او الدفع
الشكلى (٣) . ومن امثله الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها ، او
لسبق الاتفاق على التحكيم بصدها ، او لسبق الصلح فيها ، او لرفعها
من غير ذى صفة ، او على غير ذى صفة ، او لعدم رفعها على كل من يوجب
القانون اختصاصه ، او لعدم رفعها في الميعاد او المناسبة المحدد لرفعها في
القانون ، كما اذا رفعت دعوى الحيازة بعد رفع دعوى المطالبة بالحق ، او
لرفع الطعن في غير ميعاده او ممن قبل الحكم صراحة او من جانب من حكم
له بكل طلباته ، او للدلاء بالدفع الشكلى بعد التكلّم في الموضوع ، او للدلاء
به من غير ذى صفة .

وواضح ان الحكم الصادر في الاحوال المتقدمة لا يفصل في موضوع
الدعوى وانما يقرر - قبل الحكم فيه - توافر سلطة للخصم في الالتجاء الى
القضاء او عدم توافر هذه السلطة .

وجدير بالاشارة ان المادة ١٢٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد

(١) الفقرة رقم ٣٢٥ ورقم ٣٧١ .

(٢) انظر امثلة عديدة لاحكام تعد فرعية ولا تعد موضوعية في الفقرة
رقم ٢٥٦ وما يليها .

(٣) انظر كتاب نظرية الدفع .

(الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٧٥ برقم ٧٥ - ١١٢٣) تنص على أنه يعتبر دفعا بعدم القبول كل دفع يقصد به عدم قبول دعوى الخصم - دون المساس بالموضوع - وذلك لانتفاء حق التقاضي ، كما في حالة فقد الصفة أو المصلحة ، بسبب التقادم أو السقوط ، أو بسبب سبق الفصل في الدعوى .

وإذا صدر الحكم بعدم قبول الدعوى ، فإنه ينهى الخصومة أمام المحكمة ، ويكون قابلا للطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ .

أما إذا صدر الحكم برفض الدفع بعدم القبول ، فلا تنهى به الخصومة أمام المحكمة ، ومن ثم لا يقبل الطعن المباشر ، ولو قضت بذلك محكمة الدرجة الثانية وأحالت الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى للفصل في موضوعها . كما إذا قضت محكمة الدرجة الاولى بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة أو لرفعها بعد الميعاد ، وفي الاستئناف الفى هذا الحكم وقضى بقبول الدعوى وبإحالتها الى محكمة الدرجة الاولى للفصل في موضوعها ، فهذا الحكم الاخير لا يقبل الطعن المباشر (١) .

والمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابق تذكر صراحة (٢) أن الاحكام الصادرة في الدفع بعدم القبول تعد من قبيل الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع .

ويدخل بعض الشراح في عداد الدفع بعدم القبول الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة القائمة الحالة ، وقد انتهينا من قبل (٣) الى ان هذا الدفع أو ذاك في واقع الامر دفع موضوعي . والتمسادي في اتجاه الرأي المتقدم يؤدي الى القول باعتبار الحكم الصادر بتقرير المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة أو بانتفائها من الاحكام الفرعية (وهو في الواقع حكم في صميم الموضوع) ومن هذه الناحية تبدو أهمية دراسة الدفع بعدم القبول

(١) راجع نقض ١٧ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٣٠ ونقض ١٠ مارس ١٩٦٠ السنة ١١ ص ٢١٠ ونقض ٢٩ نوفمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١٠٨٧ .

(٢) عن المادة ٣٧٨ منه .

(٣) عند دراسة نظرية الدفع .

وضابط تمييزه عن الدفوع الاخرى ، كمقدمة لدراسة الاحكام والتمييز بينها . ومن الناحية المتقدمة أيضا تبدو سلامة الاتجاه الذي يضيق من نطاق حصر الدفوع بعدم القبول ولا يدخل في عدادها أى دفع يمس موضوع الدعوى ، لان الفقه والقضاء والتشريع لا يقصد أن يعتبر من قبيل الدفوع بعدم القبول أى دفع يمس الموضوع ، بدليل أن المذكرة التفسيرية للقانون السابق تعتبر الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع - كما قدمنا .

٢٠٥ - الحكم بمسئولية خصم :

إذا طالب أحد الخصوم تعويضا معينا ، وقضت المحكمة بمسئولية خصمه وبندب خبير لتحديد مقدار التعويض ، فإن الحكم بالمسئولية يعد حكما موضوعيا .

وقضت محكمة النقض بأن الحكم في دعوى تعويض عن زيادة الاستهلاك في عين مؤجرة بنذب خبير لتحقيق هذا الاستهلاك ، لا يعد منها للخصومة في حكم (المادة ٣٧٨) ولو كان قد علق قضاءه بمساءلة المستأجر عن هذا التعويض على مدى الاستهلاك الذي يثبتته الخبير (١) - أى يعد حكما فرعيا غير منه للخصومة .

٢٠٥ م - الحكم في عدم نفاذ (عقد أو وصية) أو الحكم بفسخه أو بطلانه:

يعد الحكم في شأن الوصية بعدم نفاذها في حق بعض الخصوم من الاحكام الموضوعية (٢) .

وكذلك يعد موضوعيا الحكم الصادر في نزاع يتركز فيما إذا كان عقد الاتفاق على شركة يعتبر قانونا صحيحا أم باطلا (٣) ، والحكم الصادر في الاستئناف بأن الحكم بصحة التعاقد المسجل ليس بحجة على بعض خصوم الدعوى (٤) .

(١) نقض ١٢ يناير ١٩٥٦ القضية رقم ٢٠٥ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٥٣ القضية رقم ٣٤٨ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ القضية رقم ٣٣١ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ٥ فبراير ١٩٥٣ القضية رقم ٢١١ سنة ٢٠ قضائية .

٢٠٥ م (١) - الحكم بتخضوع موضوع النزاع لقانون معين ، أو بتحديد الأساس القانوني الذي تبنى عليه الدعوى :

قضت محكمة النقض بأن الحكم باعتبار العين المؤجرة هي أرض قضاء لا يخضع النزاع القائم في شأنها (للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧) ، هو حكم في شق من النزاع ، متى كان أساس النزاع القائم بين طرفي الخصومة هو ما اذا كانت العين المؤجرة أرضاً قضاء ، أم أن موضوع عقد الإيجار هو الأرض وما اقيم عليها من المباني التي نص في العقد على أن تكون مملوكة للمؤجر بمجرد انشائها (١) .

وكذلك يعد موضوعنا الحكم الصادر باعتبار أحد العمال خاضعاً لعقد العمل الفردي ، ولو جاء القضاء به في أسباب حكم فرعى صدر باختصاص المحكمة بنظر الدعوى .

٢٠٥ م (٢) - الحكم الصادر في طعن على حكم باطل أو بني على إجراءات باطلة :

غنى عن البيان أن الحكم الصادر في دفع بطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو في طلب بطلان اجراء من إجراءات الخصومة يعد حكماً فرعياً ، أما اذا صدر حكم في دعوى واستأنفه المحكوم عليه متمسكاً ببطلانه أو ببناؤه على اجراء باطل ، وقضت المحكمة الاستئنافية بهذا البطلان ، فإن حكمها يعد صادراً في صميم الطلب الأصلي الذي رفع به الطعن ، ومن ثم فهو يقبل الطعن المباشر بطريق النقض - اذا توافرت شروطه .

(١) نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ القضية رقم ٣٩٨ سنة ٢١ قضائية ونقض ٢٤ يولية ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٩٣ سنة ٢١ قضائية ونقض ٢٩ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ١٤٨ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٢ فبراير ١٩٥٣ القضية رقم ٥٩ سنة ٢١ قضائية ، ونقض ٥ فبراير ٥٣ القضية رقم ٣٤٣ سنة ٢٠ قضائية .

ومع هذا فقد قضت محكمة النقض على عكس المتقدم (١) .

٢٠٥ م (٣) - الحكم في حق الشفيع في أخذ العين المبيعة بالشفعة ،
أو في الدفع بسقوط هذا الحق ؛

قضيت محكمة النقض - في ظل القانون السابق - بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن حق الشفيع في الشفعة أصبح أساسه إقرار المشتري به بذلك ، وأن هذا الإقرار قد تعلق به حق الشفيع ولا يجوز للمشتري العدول عنه أو الرجوع فيه ، فإن هذا الحكم يكون قد أنهى الخصومة في أساسها إذ حسم النزاع في حق الشفيع في أخذ العين المبيعة مبزاً من كل مشتقاته وحصر الخصومة في مجرد تحديد الثمن والملحقات وبذلك يجوز الطعن فيه فوراً وعلى استقلال (٢) .

واقضت محكمة النقض - بإظهاره في ظل القانون السابق - بأن الدفع بسقوط الحق في الشفعة هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به ، ويجوز الطعن فيه على استقلال مهما كان وجه النكاح فيه قبولاً أو رفضاً ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون المحكمة قد قضت برفض الدفع بسقوط حق الشفيع في الشفعة وأن الخصومة لم تنته بهذا الحكم واحتمال

(١) قضت محكمة النقض بأنه متى كان المول قد رفع دعواه بوصفها معارضة في قرار لجنة التقدير وطلب فيها أصليا الحكم ببطالان الاجراءات واحتياطيا الحكم بأن حساباته صحيحة وأن أرباحه هي كالواردة في اقراراته ، فإن قضاء الحكم المطعون فيه برفض طلب البطلان وإعادة القضية الى محكمة اول درجة للنظر في موضوع المعارضة يعتبر في خصوص هذه الدعوى حكماً صادراً قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي به الخصومة «وهي النزاع في التقدير» فلا يجوز الطعن فيه على استقلال عملاً بالمادة ٣٧٨ .

يلاحظ أن الخصومة في الطعن أمام محكمة الاستئناف كانت مقصورة على التمسك ببطالان الاجراءات ، فهذا هو موضوعها ، ومن ثم يعد الحكم فيه صادراً في ضميم الطلب الأصلي للخصم ، الذي رفع به الطعن ، ويعد هذا الحكم منهياً للخصومة في الطعن - راجع الفقرة رقم ٣٤٦ م .

(٢) نقض ٢٤ يولية ١٩٥٤ القضية رقم ٢١٩ سنة ٢١ قضائية .

أن يقض في آخر الامر لمصلحة المشتري - اذ منسائط منع الطعن في جميع حالاته الا يكون الحكم صادرا في مسألة موضوعية (١) .

٢٠٥ م (٤) - الحكم الصادر في طعن على حكم قضى في مسألة الاختصاص :

غنى عن البيان أن الحكم الصادر في دفع بعدم اختصاص المحكمة يعد حكما قرعياً يقبل الطعن المباشر اذ انتهت به الخصومة (اي اذا حكم بعدم الاختصاص) ، ولا يقبل الطعن المباشر اذا لم تنته به الخصومة (اي اذا حكم باختصاص المحكمة) .

اما اذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، فاستؤنف هذا الحكم ، وقضت المحكمة الاستئنافية باختصاص محكمة الدرجة الاولى بنظر الدعوى ، فان هذا الحكم يعد صادرا في صميم الطلب الاصلى الذى رفع به الطعن ، ومن ثم يقبل الطعن المباشر ، ثم ان هذا الحكم ، على اى حال ينهى ولاية المحكمة واختصاصها فيما رفع اليها من طعن ، فهو اذن منه للخصومة في ذلك الطعن (٢) .

وجدير بالاشارة ان المادة ٩٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد تنص على أنه اذا فصل القاضى عند الحكم في اختصاصه بنظر الدعوى في المسألة الموضوعية التى يقوم عليها حكم الاختصاص ، فان حكمه يحوز الحجية في تلك المسألة الموضوعية .

(١) تقض ٨ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ٢٦١ سنة ٢٠ قضائية .

وانظر أيضا في نفس المعنى استئناف المنصورة في ١٨ نوفمبر ١٩٥٦ الاستئناف رقم ٣٧٨ سنة ٧ قضائية والاستئناف رقم ٢٩٠ سنة ٧ قضائية .

(٢) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم الذى يقضى بإلغاء الحكم المستأنف وباختصاص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى وباحالة الاوراق عليها للفصل فيها هو حكم فرعى غير منه للخصومة ولو في بعضها ، ولا يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٣٧٨ (نقض ١٣ مايو ١٩٥٤ القضية رقم ٢٢٩ سنة ٢١ قضائية) .

وراجع ما قلناه في الفقرة رقم ٢٠٥ م (٢) وراجع أيضا الفقرة ٣٤٦ م .

٢٠٥ م (٥) - الحكم في الدفع بسقوط الحق الموضوعي بالتقادم :

يعد الحكم في الدفع بسقوط الحق الموضوعي بالتقادم حكما موضوعيا اذا كان صادرا بقبوله (١) ، وهذا الدفع يعد دفعا موضوعيا في الرأي الثابت في الفقه والقضاء المصري (٢) . وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لا يقبل الطعن المباشر (٣) .

٢٠٥ م (٦) - الحكم بوجوب الاعتداد باجر المثل في تحديد الاجرة :

يعد هذا الحكم موضوعيا لانه يصدر في طلب موضوعي او دفع موضوعي (٤) .

٢٠٥ م (٧) - الحكم بجرد موجودات شركة :

قضت محكمة النقض بانه متى كانت غرفة المشورة قد حكمت بقبول تدخل الشركة الطاعنة خصما في الدعوى ، وفي موضوع التظلم برفضه وتأييد الامر الصادر من قاضي الامور الوقتية بجرد موجودات الشركة الطاعنة التي لها شخصية اعتبارية مستقلة عن اشخاص الشركاء فيها ، ولها ذمة مالية منفصلة عن ذممهم ، فان قضاءها في هذا الخصوص هو في حقيقته حكم صادر بصفة انتهائية في منازعة مدنية يجوز الطعن فيه بالنقض (٥) .

٢٠٥ م (٨) - الحكم في تعيين جنسية الخصم والقانون الواجب التطبيق :

قضت محكمة النقض بانه متى كانت الخصومة بين الطرفين تنحصر في ادعاء الطاعن استحقاقه الارث عن المتوفاة باعتباره عصبة لها طبقا

(١) نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٢٧ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) راجع كتاب نظرية الدفوع - قارن المادة ١٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد مشار اليها في الفقرة رقم ٢٠٤ .

(٣) نقض ١٩٧١/٣/٢ - ٢٢ - ٢٣٩ .

(٤) راجع نقض ١٢ فبراير ١٩٥٣ - القضية رقم ٥٩ سنة ٢١ قضائية .

(٥) نقض ٥ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٢ سنة ٢٢ قضائية .

للقانون المصري الواجب التطبيق باعتبار المورثة مطربة الجنسية، وذلك دفعا لطلب الطعون عليه ضبط اشهاد شرعي بالورثة عنها، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن المورثة يونانية الجنسية، وأن أحكام القانون اليوناني هي الواجبة التطبيق في مسائل الورثة والوصية، وهي لا تمنح حقا على الشركة للطاعن في حالة وجود فرع وارث ذكرا أو أنثى، فإن الحكم يكون قد انتهى كل الخصومة بين الطرفين، ولم يبق شيئا يستلزم الفصل فيه مما يجوز معه الطعن فيه بالنقض استقلالاً عن الحكم الأخير الصادر في الدعوى بالنسبة لباقي الطلبات التي لا تخص إلا الطعون عليهم وأولادهم (١).

٢٠٥ م (٩) - الحكم في أساس الدعوى :

قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بندب خبير لتقدير ثمن أرض النزاع على ضوء الظروف التي حدثت بعد إقانون الإصلاح الزراعي/ قلا أقام قضاءه على أن صدوره هذا القانون بعد حادثا طارئا يجيز رد الالتزام الى الحد المعقول، وأن مهمة القاضي في ذلك طبقا للمادة ١٤٧ مدني لا تقتصر على تفسير العقود، بل تجاوز ذلك الى تعديله مما يبين منه أن المحكمة قد انتهت الى ثبوت الارهاق نتيجة للظرف الطارئ، وأن كانت قد أرخأت رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول حتى يتحدد مدى الارهاق على ضوء ما يبين من تقرير الخبير الذي تدبشه، فإن قضاء الحكم بذلك قضاء قطعي في أساس الخصومة (٢) (٣).

٢٠٦ - الحكم بتكليف عقد :

إذا تقدم خصم بطلب ما تأسيسا على عقد معين، وأثير النزاع بصدده

(١) نقض ٣٠ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ١٩٧ .

(٢) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ السنة ١٣ ص ١١٧٩، ونقض ٣٠/٣/١٩٧٢ ص ٢٣، ونقض ١٦/١٢/١٩٧٢ ص ٤٣١ - ١٤٩٨، ونقض ٣٠/٥/٧٢ - ٢٣ - ١٠٤٢ ونقض ٩/٣/١٩٧٢ ص ٢٣١ - ٣٧٩ .

(٣) في اعتبار الحكم الصادر بتحديد الأساس الذي يجب أن يقام عليه تقدير اجرة الجكر بمثابة قضاء قطعي راجع نقض ١٠ يناير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٨٩ .

تكييف هذا العقد ، فان الحكم الصادر في وصفه يعد حكما موضوعيا ، كالحكم بتكييف عقد بين بنك وعميل في دعوى رفعت بمسئولية البنك عن توريد أشياء وضعت في خزانة به .

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان المدعى قد أسس دعواه على أن العلاقة بينه وبين المدعى عليهما هي علاقة بائع بمشتري ، وطلب الزامهما بالمبلغ الباقي من ثمن البيع ، وجعل هذا هو الطلب الأصلي احتياطيا اذا اعتبرت المحكمة التصرف رهنا أن يقضى بفسخ عقد الرهن وتسليم العين المرهونة وبراءة ذمته من دين الرهن لاستهلاكه وكان دفاع المدعى عليهما يقوم على أن التصرف كان رهنا لا بيعا ، وكان الحكم اذ قضى بنسب خبر لاجراء عملية الاستهلاك قد بت في هذا النزاع بأن اعتبر التصرف رهنا لا بيعا فإنه يكون قد أنهى الخصومة التي قامت على تكييف التصرف الصادر من المدعى الى المدعى عليهم ، ويكون من الجائز الطعن فيه على استقلال عملا (بالمادة ٣٧٨) من القانون السابق (١) .

ويلاحظ أن محكمة النقض تقصد اعتبار الحكم المتقدم موضوعيا .

٢٠٧ - وصف الحكم الصادر بتقديم حساب ، أو تحديد أسس معينة له ، أو تحديد العناصر المؤدية الى تصفيته ، ووصف الحكم الصادر في بيان الأساس القانوني الذي يبنى عليه الخير تقديره لوعاء الضريبة .

اذا رفعت دعوى بالزام خصم بتنفيذ الالتزام القانوني بتقديم حساب كالترام الوكيل ازاء موكله ، فان الحكم الصادر بتقديم الحساب يعد موضوعيا سواء اكان الحساب هو وحده موضوع الدعوى أم كان طلبه عارضا للدعوى الأصلية (٢) .

(١) نقض أول ابريل ١٩٥٤ القضية رقم ١٥٧ سنة ٢١ قضائية - وراجع ايضا نقض ١٩٧١/٣/٢٨ - ٢٢ - ٣٥٩ .

(٢) انظر ربرتوار دالوز العملي باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع رقم ٥١ وما يليه ، ومصر الابتدائية ٣ أكتوبر ١٩٤٣ - المخامة ٢٤ ص ٢٢٢ - ومنع ذلك قضى بأن الحكم بالزام أحد الخصوم بتقديم حساب =

وقضت محكمة النقض - في ظل القانون السابق - بأنه متى كان الحكم اذ قضى بنسب خبر لتصفية الحساب واجراء عملية الاستهلاك قد فصل بملزومية المدعى عليه بتقديم الحساب عن الريع تأسيسا على نفى ملكيته للعين المطالب بريعتها ومنتهيا من بحثه الى أن هذه العين ملك المدعى وأن يد المدعى عليه هي يد عارضة خلافا لما كان يدعيه من أنها يد مالك لا يصح أن يسأل فيها عن تقديم الحساب ، فان هذا الحكم يعتبر حكما قطعيا (يقصد قطعيا موضوعيا) من هذه الناحية ومنهيا لجزء من الخصومة مما يجوز الطعن فيه استقلالا عملا بالمادة ٣٧٨ (١) .

وقضت محكمة النقض بأن الحكم القاطع في بيان الاساس الذي يبنى عليه الخبر تقديره لوعاء الضريبة هو حكم قطعي موضوعي (٢) .

اما الحكم بالزام الخصم بتقديم حساب الصادر من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب أحد طرفيها دون أن يستند الى التزام قانوني بتقديم حساب - كما اذا صدر للبحث عن قيمة الديون التي تشغل ذمة أحد الخصوم (٣) - فهو يعد فرعيا غير قطعي ، وكذلك الحال اذا كان

= لا يكون قطعيا الا اذا كان وحده موضوع الدعوى - نقض فرنسي ٢١ ديسمبر ١٩٥٨ (دالوز ٥٩ - ١ - ٢٣) واستئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء ٥١ ص ٣٢٧ .

(١) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ القضية رقم ٢٧٧ سنة ٢١ قضائية .
وانظر أيضا نقض ١٧ ديسمبر ١٩٥٣ القضية رقم ٢٦ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ القضية رقم ١٧١ سنة ١٩ ورقم ١١٠ سنة ٢٠ قضائية . وانظر أيضا نقض ٩ فبراير سنة ١٩٥٠ القضية رقم ١٤٤ سنة ١٧ قضائية .

(٣) نقض ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٩٠ ونقض فرنسي ٢١ ديسمبر ١٨٥٨ (دالوز ٥٩ - ١ - ٢٣) ونقض فرنسي (دائرة العرائض) ٢٤ يونيو ١٩٤٥ (دالوز ٤٥ - ١ - ٣٦٠) ونقض ٧ مارس ١٩٤٦ ملحق مدني رقم ١ المحاماة السنة ٢٧ ص ٢٤٧ - واستئناف مختلط ١١ يناير ١٨٩٣ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥ ص ٩٢ واستئناف مختلط ٢١ أبريل ١٨٩٨ مجلة التشريع والقضاء السنة ١٠ ص ٢٥٢ والاحكام المذكورة في دالوز العملي باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع رقم ٥٣ .

موضوع الدعوى مطالبة شخص بنفقات بناء منزل له مثلا ، وقضت المحكمة بالزام الما قول (المدعى) بتقديم حساب بصورة معينة أو بناء على وجهة نظر معينة للمحكمة فلا يكون الحكم موضوعيا .

ولكن اذا طالب الخصم بتصفية الحساب بناء على أسس معينة حددها هو ، فان الحكم بتعيين خبير لتصفية الحساب بناء على تلك الاسس هو حكم فى صميم طلبات الخصم الموضوعية (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد قطع فى منطوقه وأسبابه بأن الاساس القانونى يجب أن يقام عليه تقدير اجرة الحكر هو قاعدة النسبة بين الحكر القديم و ثمن الارض وقت التحكير فان قضاءه فى هذا الخصوص يعد قضاء قطعيا لا يجوز العدول عنه بحكم آخر يقرر أساسا مفايرا .

٢٠٨ - الحكم بوقف الدعوى أو وقف اجراءات التنفيذ على العقار :

الحكم فى طلب وقف الدعوى قبولا أو رفضا هو حكم فرعى ، وانما اذا طلب وقف البيع من قاضى التنفيذ وبنى الطلب على سبب يستوجب حتما الوقف فانه يعد صادرا فى صميم الطلب الاصلى للخصم الذى قد لا يتقدم بطلب غيره ، ولا يعد من قبيل الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع - واذا بنى طلب الوقف على سبب لا يستوجب حتما الوقف ويجعل للقاضى سلطة تقديرية كان الحكم الصادر فى الطلب بمثابة حكم وقتى يحوز حجية مؤقتة شأنه شأن الاحكام الصادرة من قاضى الامور المستعجلة (٢) .

والحكم الصادر فى طلب المدين أو الحائز وقف البيع عملا بالمادة ٤٢٤ لا يعد من قبيل الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع التى يراعى فى

(١) أما الحكم بتحديد العناصر المؤدية الى تصفية الحساب بين الخصوم فهو ليس بقطعى (المراجع المقدمة) .

(٢) استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٣١ مجلة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٣٨٧ - وراجع كتاب اجراءات التنفيذ رقم ٣٤٧ - الحاشية .

تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى عملا بالمادة ٢٢٦ ، وانما هو حكم في صميم الطلب الاصلى للخصم ، فالمدين أو الحائز انما يتقدم بطلب أصلى هو مجرد وقف البيع أو تأجيله بل قد لا يطرح على المحكمة غير هذا الطلب لتفصل فيه بحكم يقبل الطعن فيه فور صدوره ولو لم يصدر بوقف الدعوى وانما صدر برفضه لانه ليس من قبيل الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (١) .

٢٠٩ - الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة والتممة :

كثر النقاش حول تكييف الاحكام الصادرة بتوجيه اليمين الحاسمة أو التممة ، واختلف الشراح والمحكم في هذا الموضوع . فقليل باعتبارها تمهيدية دائما ، وقليل باعتبار الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة تمهيدا والحكم بتوجيه اليمين التممة تحضيرية (٢) .

وقد حكم باعتبار الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة قطعيًا (٣) ، وحكم أيضا بأن الحكم بتوجيه اليمين التممة قطعي ، فقضى بأن الحكم الذي يوجه اليمين الحاسمة الى المشفوع منه والى البائع ويقضى في الوقت نفسه بما يترتب على حلف اليمين والامتناع عن حلفها ليس حكما تمهيديا بل قطعيًا (٤) . وقضى بأنه اذا حكمت المحكمة بتوجيه اليمين التممة الى احد الخصوم ، وحلفها فان هذا الحكم لا يمكن اعتباره تمهيديا تنقيح به المحكمة من ناحية التزامها بتنفيذه فقط ، بل هو حكم بات (قطعي) معلق على حلف

(١) راجع كتاب اجراءات التنفيذ رقم ٣٣٢ .

(٢) روبرتوار دالوز العملى باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع فقرة ٤٣ - وجارسونيه ٣ فقرة ٦٢٣ ص ٢٧٨ - وبروكسل ٢٠ ديسمبر ١٨٢٣ (دالوز روبرتوار باب الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع فقرة ٤٠) .

(٣) مصر الابتدائية الاهلية ١٩ مارس ١٩٢٧ المحاماة السنة ٨ عدد ٤ - ص ٥٢٨ رقم ٣٤٧ .

(٤) استئناف مختلف ٦ فبراير ١٩٣٦ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٨ ص ١١٣ .

الخصم أو نكوله ، فمتى حلف اليمين فلا سبيل لاعادة المناقشة فيما استحلف عليه (١) .

ويبدو أن هذا الرأي يستند الى أنه ما دامت المحكمة تتقيد بنتائج حكمها بتوجيه اليمين الحاسمة (٢) فيكون هذا الحكم منهيًا للنزاع ويعد قطعياً ولكن الحكم القطعي هو ما يحسم النزاع حسبما ينهى ولاية القضاء في موضوع النزاع أو في مسألة متفرعة منه ، فان صح اعتبار الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة قطعياً ، لا يمكن اعتبار الحكم بتوجيه اليمين المتممة من هذا النوع .

والرأي السليم في هذا الصدد أن الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة يعد قطعياً معلقاً على شرط (٣) ، اذ يترتب عليه حتماً قضاء للخصم الموجهة اليه اليمين بشرط أن يؤديها ، وقضاء عليه اذا نكل عنها أو ردها على خصمه فحلفها (٤) أما الحكم بتوجيه اليمين المتممة فما هو الا قضاء تعهيدى . ويبدو أن هذا الرأي هو الغالب والواجب الاتباع ، لان المحكمة ولو أنها تظل حرة في ألا تحكم وفق نتيجة توجيه اليمين ، الا أن الحكم في الدعوى يتوقف غالباً على نتيجة حلفها . ولا يمكن أن يعد قضاء قطعياً ، لان للقاضي ألا يأخذ باليمين بعد أن يؤديها الخصم ، ولا يتحتم عليه أن يحكم على الخصم الذى نكل عن حلفها (٥) .

وبالنسبة الى الحكم الصادر بتوجيه اليمين الحاسمة ، وما اذا كان

(١) استئناف مصر ٢٤ يونية ١٩٢٩ المحاماة السنة ١٠ العدد ١ ص ٦٨ رقم ٢٠ .

(٢) راجع حكم محكمة استئناف مصر ٢٤ يونية ١٩٢٩ (المرجع السابق) في صدد الحكم بتوجيه اليمين المتممة .

(٣) جلاسون ٣ فقرة ٧٣٤ - جارسونيه ٣ فقرة ٧١٢ ، ٧١٤ - جايو فقرة ٥٤٢ ص ٤٢١ - والدكتور محمد حامد فهمى ص ٦٤٠ فقرة ٦٤٠ .

(٤) الدكتور محمد حامد فهمى المرجع السابق والمراجع السابقة الاشارة اليها .

(٥) السنهوري ص ٦٩٦ فقرة ٦٦٧ - ونقض ١٩٧٣/٣/٢٢ - ٢٤ - ٤٦٣ ونقض ١٩٧٣/٢/٢٧ - ٢٤ - ٣٤٢ .

يعد موضوعيا أو فرعيا نحن نراه فرعيا لانه لا يتصل بطلب موضوعي اذ اليمين الحاسمة هي نوع من **الصلح أو التحكيم** ، أو نظام قانوني خاص (١) . وهو - أي الحكم - غير منه للخصومة لانه معلق على شرط اذ لا تنتهي الخصومة الا بالحكم في الموضوع بعد حلف اليمين أو ردها أو النكول عنها ، فهو يعد منهيًا للخصومة على شرط ، وبذا لا يصح الطعن فيه استقلالا قبل الحكم في الموضوع ، وهو على أي حال لا يسبب ضررا لاحد الخصوم من جراء عدم الطعن فيه على استقلال ، فلا يضر منه بطبيعة الحال من وجه اليمين ، كما لا يتصور أن يضر من وجهت اليه ، اذ يتمكن دائما من حلفها فيكسب دعواه (٢) .

٢١٠ - الحكم برفض توجيه اليمين الحاسمة :

لما كان الرأي يتجه الى ان اليمين الحاسمة هي نوع الصلح أو نظام خاص يقصد به حسم النزاع ، والخصم الذي يوجهها يصطلح مع خصمه أو يتحاكم الي ذمته (٣) . فان الحكم برفض توجيه اليمين الحاسمة لانها منصبة على واقعة مخالفة للنظام العام أو لا تتعلق بشخص من وجهت اليه اليمين (م ١١٥ اثبات) ، لا يمد - هو الآخر - حكما موضوعيا - انما يعد من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع لانه لا يتصل بطلب موضوعي .

٢١١ - الحكم بتوقيع غرامة تهديدية عملا بالمادة ٢١٣ من القانون المدني:

يصعب تكييف الاحكام الصادرة بجزاءات مالية بصفة تهديدية (٤) ، نظرا للصفات الخاصة التي تتميز بها ، فهي قضاء مؤقت بمبلغ من المال

(١) كتابنا التعليق على نصوص قانون الاثبات عن المادة ١١٤ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن مناط عدم جواز استئناف الاحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة أن يكون الخصم الموجهة اليه قد حلفها أو تكل عنها طبقا للقانون (نقض ٩ نوفمبر ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٦٥٨) .

(٣) السنهوري - الموجز في النظرية العامة للالتزامات رقم ٦٦٣ .

(٤) les astreintes

الغرض منه قهر المدين المتعنت على تنفيذ ما التزم به عينا ، وذلك بتهديده
بجزاء مالى قابل للتعديل كاف للقضاء على تعنته (١) .

وقد أدخل القانون المدنى المصرى الجديد نظام التهديدات المالية
كوسيلة لقهر المدين على تنفيذ التزامه عينا (٢) . فنص فى المادة ٢١٣ فى
فقرتها الاولى على أنه « اذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا
قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالالتزام المدين بهذا
التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك » . ونص القانون فى الفقرة
الثانية من نفس المادة على أنه اذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا

(١) راجع التعاريف العديدة التى ذكرها Eugène Cracium فى النظرية
العامة للتهديدات المالية ص ٢٠٠ وما بعدها . وعلى الخصوص تعريف
الاستاذ بلانيول فى كتابه *Ttraité Elémentaire* جزء ٢ ص ٧٤ (الطبعة
السادسة) ورسالة Berryer وبحث الاستاذ نصيف زكى المحامى (المحاماة
السنة الرابعة عدد ٥ ص ٤٢١ وما بعدها) .

(٢) يستقر القضاء فى فرنسا على اجازة الحكم بالتهديدات المالية
(لاكوست رقم ٩٨ وبحث الاستاذ ازمان Esmein فى مجلة القانون المدنى
السنة ١٩٠٣ جزء ٢ ص ٥ وما بعدها . ورسالة موريس ليرو Maurice
Leroix ص ١١٩ وما بعدها) كما قضت كثير من المحاكم المصرية
بالتهديدات المالية قبل صدور القانون المدنى الحالى مصر الابتدائية
المختلطة ٢٤ نوفمبر ١٩٢٣ المحاماة السنة ٤ عدد ٤ ص ٣٨٦ رقم
٣١٢ ومصر الابتدائية المختلطة ٢٤ ديسمبر ١٩٢٣ المحاماة السنة ٤ عدد
٤ ص ٣٨٥ رقم ٣١١ - والمنيا الجزئية ٣١ مايو ١٩٢٢ المحاماة السنة ٨
عدد ١ ص ٨٥ رقم ٤٧ - والقازيق الابتدائية ٤ فبراير سنة ١٩١٩
المجموعة الرسمية ص ٢١٣ عدد ٩ - واستئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩١٦
المحاماة السنة الرابعة عدد ٥ ص ٤٥٢ رقم ٤٣٨ - واستئناف مصر ٦
مارس ١٩٢٤ المحاماة السنة الرابعة عدد ٧ ص ٦٤٦ - والسيدة زينب
الجزئية ٢١ مايو ١٩٣٩ المحاماة السنة ٢٠ عدد ٣ ص ٣٧٢ رقم ١٣٦ -
ومصر الابتدائية ٣ اكتوبر ١٩٤٣ المحاماة السنة ٢٤ عدد (٤ - ٥ - ٦)
ص ٢٢٢ رقم ٨٥ - ومصر الابتدائية (دائرة هجرية) ١١ نوفمبر ١٩٤٠
المحاماة السنة ٢١ عدد ٥ ص ٤٧١ رقم ٢١١ . ومع ذلك راجع حكم محكمة
بنى سويف فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة السنة ٣ عدد ٤ ص ١٣٥ رقم ٨٦ .

لا كراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

ودون أن نتعرض للقواعد التفصيلية ، نحاول هنا فقط أن نجد تكييفاً للاحكام الغرامة التهديدية .

٢١٢ - والواقع أن احكام الغرامة التهديدية تشتمل على قضاء بالزام المدين بوجوب تنفيذ الالتزام ، وهذا قضاء موضوعي قطعي ، وتشتمل على قضاء بالزام المدين بدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن التنفيذ ، وهذا القضاء الاخير يصعب تكييفه . فقد قيل ان المحاكم باصدارها هذه الاحكام انما تباشر سلطتها المخولة لها بمقتضى المادة ١٠٣٦ فرنسي في اصدار ما تراه من الاوامر (١) . ومما قالته احدى المحاكم المصرية في هذا الصدد « انه يجب ان نقارن بين ما يحكم به القاضي (٢) وبين ما يأمر به (٣) » . فالاحكام التي تتعلق بما تأمر به المحاكم طبقاً لولايتها الامرة (٤) وهى الاحكام بالتهديدات المالية على المدعى عليه المتعنت ، هى احكام لا يمكن قانوناً أن تكون نهائية (تقصد قطعية) بمعنى أن تكون حائزة لحجية الشيء المحكوم به بالنسبة لطرفي الخصوم ، مقيدة للقاضي الذي أصدرها . . فهى ذات صفة مؤقتة ولو أصبحت نهائية وذات صفة تهديدية» (٥) .

(١) les injonction بحث الاسناد ازمان المرجع السابق -
لاكوست ، فقرة ٩٨ .

(٢) Juris dictis

(٣) imperium

(٤) ordinatoria judica

(٥) السيدة زينب الجزئية ٢١ مايو ١٩٣٩ المحاماة السنة ٢٠ عدد ٦ ص ٣٧٢ رقم ١٣٦ والعشماوى جزء ٢ ص ٥٦ بند ٦٢٣ - وراجع أيضاً مصر الابتدائية (الدائرة التجارية) ١١ نوفمبر ١٩٤٠ المحاماة السنة ٢١ عدد ٥ ص ٤٧١ رقم ٢١١ والتهديدات المالية ص ١٨ وما بعدها للدكتور السعيد مصطفى السعيد والاحكام المشار اليها . ومجلة القانون المدني ١٩٤٣ ص ٢٦١ .

فباتباع هذا الراى تكون هذه القرارات أوامر تصدرها المحكمة بما لها من سلطة ولائية وتخرج اذن من دائرة بحثنا .

٢١٣ - وأحكام الغرامة التهديدية تشتمل على قضاء بمبلغ من المال ورغم أن هذا القضاء تهديدى وموقت إلا أنه قضاء متعلق بمنـازعة بخصوص تنفيذ الالتزامات وهو الغرض الذى يسعى اليه كل متقاض . ورغم أن هذه الغرامات لا تتناسب فى كثير من الحالات مع الضرر الواقع على طالب التنفيذ - اذ هى تتناسب مع قدرة المحكوم عليه وما يكفى للقضاء على تعنته - إلا أن القاضى يحكم بها عادة مقدرا الضرر المحقق الواقع على طالب التنفيذ ، ومضيفا الى ما يقابل الضرر مبلغا آخر قابلا للزيادة والنقصان على حسب تعنت المحكوم عليه ، وهذا المبلغ هو الذى له الصفة الوقتية التهديدية . فهذه الجزاءات التهديدية تعتبر بمثابة تصفية مؤقتة للتعويض الذى يستحق عن تأخير التنفيذ (١) . وهذه القرارات تشابه فى نواح كثيرة الاحكام الوقتية فهى مؤقتة قابلة للتعديل والنقصان كما أنه من الممكن اعفاء المحكوم عليه منها (٢) .

غير أن هناك ما يفرق الحكم الوقتى عن هذه القرارات ، فالحكم الوقتى قضاء قطعى قائم على ظروف متغيرة ، فاذا حكم بتعيين حارس قضائى على عين متنازع عليها ، فإن هذا القضاء يعد قطعيا وتكون له حجية الشئ المحكوم به ، وينفذ ولا يرجع فيه وكل ما هنالك أنه ان تم الفصل فى ملكية هذه العين ، فلا تقتضى الحاجة بقاء حكم الحراسة فيتم الغاء هذا الحكم . أما القضاء بجزاءات مالية بصفة تهديدية ، فما هو الا قضاء وقتى ولمدة مؤقتة وهو قضاء لا يحوز مطلقا حجية الشئ المحكوم به ، وهو قابل للتعديل والتغيير دائما ، ويراعى أن اصدار هذه القرارات يعنى غالبا اعتبار

(١) محكمة الاستئناف المختلطة ٢٤ مارس ١٩٣١ المجامعة السنة ١٢ عدد ٦ ص ٥٥٦ رقم ٢٧٦ .

(٢) رسالة Pierre Gleizes فى التهديدات المالية ١٩٣٥ ص ٣٤ - رسالة Puricesco ص ٢١ ورسالة Berryer ص ١٤٣ . ومجلة القانون المدنى السنة ١٩٤٣ ص ٢٦١ وبحث الدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٦٢ .

المحكوم عليه مقصرا في تنفيذ التزامه ، ويعنى غالبا أن الطرف الآخر قد أصابه أو سيصيبه ضرر من جراء تأخير التنفيذ . وتشتمل هذه القرارات على تهديد مالي يشف عن اتجاه رأى المحكمة في القضاء بالتعويض .

٢١٤ - ومما هو جدير بالملاحظة أن المشرع الفرنسي قد أجاز لقاضي الأمور المستعجلة إصدار جزاءات مالية بصفة تهديدية في بعض الاحوال الخاصة (١) . وقد يكون في ذلك التيسير تأييد لفكرة اعتبارها أحكاما وقتية . وقد حكم أيضا بأن لقاضي الأمور المستعجلة أن يقضى بأحكام تهديدية (٢) . انما ينتقد الشراح هذا القضاء (٣) .

هذه القرارات اذن لها خصائص خاصة وقد تشابه الاحكام الوقتية ، وانما لا تعد وقتية (٤) ، ولا يمكن ادخالها في اية طائفة معينة من الاحكام ولقد خلقها القضاء ، واجدا ضرورة تطبيقها ، ومحددا لها خصائص خاصة فهي اذن أحكام من نوع خاص Sui generis .

مع ملاحظة أن الحكم بتوقيع غرامة تهديدية يتضمن قضاء موضوعيا بالزام المدين بتنفيذ ما التزم به عينا في خلال مدة معينة ، هذا فضلا عن

(١) قانون اول يوليو ١٩٣٨ في صدد حوادث العمل les accident du travail وقد قضت محكمة استئناف بوردو تطبيقا لذلك القانون أن لقاضي الأمور المستعجلة ذلك الاختصاص ولو وجدت منازعة جدية فيما يتعلق بتطبيق القانون (بوردو ١٣ يناير ١٩٤١ ، جازيت باليه ١٩٤١ - ١ - ٦٩) .

(٢) محكمة استئناف لياج Liège ١٥ يولية ١٩٢٥ منشور بالمحكمة السنة ٦ رقم ٣٧٧ ص ٥٧٢ .

(٣) نقلض فرنسي ١٠ يونية ١٨٩٨ (دالوز ١٨٩٨ - ١ - ٥٣٦) . وبحث الدكتور السعيد ص ١٩ وما بعدها - ويرى الاستاذ أنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة إصدار مثل هذه الاحكام التي قد تؤول في النهاية الى أحكام بتعويض .

(٤) تأيد هذا الاتجاه بحكم لمحكمة النقض في ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ بالمحكمة ٣٢ ص ٩٤٢ .

اشتماله على قضاء تهديدي بالزامه غرامة عن كل يوم يتأخر به الوفاء عن الاجل المعين له (١) .

٢١٥ - الحكم برفض توقيع غرامة تهديدية :

يعد هذا الحكم قطعيا موضوعيا اذا كان مبنى الرفض هو كون التزام المدين لا يمكن تنفيذه عينا لاي سبب من الاسباب ، او لكون المدين غير ملزم به شخصا (٢) . اما اذا كان مبنى الرفض هو منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه (ومن ثم لا تكون هناك حاجة الى تهديده) ، فان هذا الحكم يعد وقتيا ، ويجوز للدائن تجديد طلبه اذا ما تعدلت الظروف ، ومنح المدين المهلة المقدمة .

٢١٦ - الحكم في دعوى التزوير الفرعية أو تحقيق الخطوط الفرعية :

بسبب أهمية هذا الموضوع سوف ندرس تفصيلا طبيعة الدعوى وتقدير قيمتها حتى تتمكن بعدئذ من دراسة طبيعة الحكم الصادر فيها :

٢١٦ مكررا - طبيعة دعوى التزوير الفرعية :

ما من شك في أن دعوى التزوير الفرعية هي ادعاء من جانب الخصم يدلى به على صورة طلب عارض . وهذا الادعاء قد يكون من جانب المدعى عليه في مواجهة المدعى ، وقد يكون من جانب المدعى في مواجهة المدعى عليه ، وقد يكون من جانب أحدهما في مواجهة الغير الذي قد

(١) وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية بأن الحكم بالزام مصلحة الضرائب بضم الملف الفردي الى ملف الدعوى في خلال مدة معينة والا تلزم بغرامة تهديدية عن كل يوم من ايام التأخير هو حكم تحضيري لا يجوز استئنافه الا مع الحكم في الموضوع (استئناف الاسكندرية ٢٤ نوفمبر ١٩٤٩ ، مجلة التشريع والقضاء ٢ ص ٣١٩) ، لانه لا تنتهي به الخصومة كلها أو بعضها كما لا يجوز الطعن فيه بالنقض على استقلال عملا بنص المادة ٣٧٨ (نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المحاماة ٣٢ ص ٩٤٢) اذ لا يعد حكما وقتيا كما قدمنا .

(٢) قارن «الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع» رقم ٣٥ ٢٠٠

يختصم لالزامه بتقديم ورقة تحت يده عملا بالمادة ٢٦ اثبات التي تجبىر للمحكمة اثناء سير الدعوى ولو امام محكمة الاستئناف ان تأذن في ادخال الغير لالزامه بتقديم ورقة تحت يده . وقد يكون الادعاء بالتزوير من جانب الغير الذي اختصم في الدعوى في مواجهة طرفيها او أحدهما .

ولقد ورد في المذكرة التفسيرية للقانون السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عبارة هي التي جعلت البعض يتشكك في طبيعة تلك الدعوى الفرعية ، فلهي تقول « ولم يجد القانون الجديد أى داع للنص على وقف الدعوى بسبب الادعاء بالتزوير ، لان هذا الادعاء لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوى فالسير في تحقيقه لا يكون الا من قبيل المضي في اجراءات الخصومة الاصلية ، شأنه في ذلك شأن أية منازعة عارضة ، كدفع مانع من قبول الدعوى او كاية منازعة في واقعة من وقائعها يحتاج اثباتها الى تحقيق ويتوقف عليها الحكم » .

وتجدر الملاحظة أولا الى ان هذا القول الذي جاء في المذكرة التفسيرية لقانون سنة ١٩٤٩ ليس بجديد في التفسير ، لان الفقه او القضاء قبل صدوره لم يغفل ذلك الوصف الذي جاء في المذكرة ، فمثلا يقول المرحوم الاستاذ محمد حامد فهمي « ثم نلاحظ أخيراً أن الطعن بالتزوير في محرر مقدم في دعوى أصلية يعتبر من وسائل الدفاع (الدفع الموضوعية) التي يجوز ابدائها والسير في تحقيقها في أية حالة تكون عليها الدعوى (٢٧٣/٣١٤) . واذن يجوز الادعاء بالتزوير لأول مرة امام محكمة الدرجة الثانية ، فتجرى هذه المحكمة تحقيقه والحكم فيه ، ولا يعترض على ذلك بان الطعن بالتزوير يتخذ شكل الدعوى وأن الدعوى يجب طرحها على درجتين من درجات التقاضي» (١) .

ثم يلاحظ أيضا أن قانون الرسوم لا يوجب تحصيل أى رسم بصدد دعوى التزوير الفرعية (عدا رسم الاعلان) ، وأن هذه القاعدة متبعة قبل قانون سنة ١٩٤٩ - القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ في شأن الرسوم القضائية

(١) محمد حامد فهمي ، المرافعات طبعة سنة ١٩٤٠ رقم ٥٥٢ ص

مما يقطع في الدلالة أن قانون ١٩٤٩ لم يستحدث قاعدة جديدة أو وجهة نظر في التفسير .

وإذا كان القانون الجديد لم ينص على وقف الدعوى الأصلية بسبب الإندباء بالتزوير ، فذلك شأنه شأن أى منازعة عارضة (كما قالت المذكرة التفسيرية) ، فكما أن المحكمة لا يجوز لها وقف الدعوى الأصلية إذا تقدم المدعى عليه فيها بطلب تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب السير فيها مثلا ، فإن سلامة الاوضاع تقتضى أيضا عدم وقف الدعوى الأصلية إذا ما رفعت دعوى التزوير الفرعية . ومن ناحية أخرى ، الفصل فيها بعد وقف الدعوى الأصلية لا يضفى عليها صفة الاستقلال عن الدعوى الأصلية ، كما لا يؤثر في طبيعتها وتكييفها القانونى ، أو تكييف أو وصف الحكم الصادر فيها .

واذن يبين بجلاء مما قدمناه أن تكييف اجراء من الاجراءات ووصفه وصفا صحيحا يجب أن يؤخذ عن القانون أخذا صحيحا ، ولا يصح الاعتداد في هذا الصدد بكون الادعاء بالتزوير يعتبر دفاعا في الدعوى الأصلية لا يحصل عليه رسم ، فهذه الصفة لا تغير شيئا من طبيعة الادعاء بالتزوير وكونه طلبا موضوعيا شأنه شأن أى طلب عارض يدلى به كدفاع في الدعوى الأصلية ، كطلب بطلان العقد أو فسخه (راجع المادة ١٢٥/٢) .

كما لا يتغير وصف الاجراء سواء اقتضى الادعاء بالتزوير وقف الدعوى الأصلية أم لم يقتض هذا ، وسواء أوجب القانون هذا الوقف أم لم يوجبه ، وسواء فصل في التزوير قبل الفصل في الدعوى الأصلية أم بعده ، وهذا طبيعى لان الادعاء بالتزوير أثناء نظر خصومة قائمة منا هو الا طلب عارض يفصل فيه قبل الفصل في الدعوى الأصلية ، أم معه ، أم بعده عملا بالمادة ١٢٧ ، بل ان امكان الفصل في دعوى التزوير الفرعية ولو بعد الفصل في الدعوى الأصلية ، أو دون حاجة الى وقفها ، لهو دليل قاطع على ان للادعاء بالتزوير كيانا مستقلا لانه طلب موضوعى عارض .

ولم يفت محكمة النقض المصرية أن تؤكد - في كثير من احكامها - تلك الصفة المتقدمة للدعوى التزوير الفرعية ، فهي تقول مثلا «ان دعوى التزوير

هي بمثابة طلب عارض ودفاع في الخصومة الأصلية ...» (١) ، وتقول في حكم آخر «متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى التزوير الفرعية بعد أن قررت المحكمة وقف الدعوى الأصلية حتى يفصل نهائيا في الطعن بالتزوير ، فإنه يكون قد أنهى الخصومة في موضوع دعوى التزوير التي تعتبر قائمة بذاتها ، وإن تفرعت عن الدعوى الأصلية ...» (٢) .

والجدير بالذكر أن الطلب العارض من جانب المدعى عليه (أي دعوى المدعى عليه) يختلف عن الدفع الموضوعي ، فالأخير هو مجرد وسيلة دفاع سلبية محضة يرمى بها المدعى عليه إلى تفادي الحكم للمدعى بمطلوبه دون أن يقصد الحصول على مزية خاصة لنفسه ، بينما الطلب العارض يقصد منه الحصول على منفعة خاصة. وليست مجرد تفادي الحكم للخصم بما يدعيه . فمثلا في دعوى التعويض إذا أنكر المدعى عليه حصول ضرر فهو يبدي دفعا موضوعيا ، أما إذا هو طالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعى يكون قد تقدم بطلب عارض . وكذلك إذا تمسك المدعى عليه بالوفاء فهو إنما يبدي دفعا موضوعيا ، أما إذا أقام دعوى التزوير الفرعية فهو إنما يبدي طلبا عارضا ، ولا يقصد مجرد تفادي الحكم عليه بمطلوب خصمه بل يطلب أهدار سنده حتى لا يتمسك خصمه به في مواجهته سواء بصدد ما جاء في تلك الدعوى التي قدمت فيها دعوى التزوير الفرعية أو بصدد ما لم تحصل المطالبة القضائية فيه بعد ، كما إذا كان السند يثقل كاهل المدعى عليه بالتزامات أخرى بخلاف الالتزام الذي رفعت الدعوى على أساسه .

ثم أن دعوى التزوير الفرعية هي في ذاتها ادعاء يقتضي ويتطلب اثباتا فالمادة ٤٩ اثبات وما يليها تصف صراحة دعوى التزوير الفرعية بأنها

(١) نقض ١٦ يونية ١٩٥٥ السنة ٦ ص ١٢٦٢ .

(٢) نقض ٢٣ أبريل ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٩٢١ .

ومع ذلك قارن حكم النقض ٣١ مايو ١٩٥٦ (السنة ٧ ص ٦٥٨) الذي قد يفهم منه أن المحكمة تكاد تعتبر النزاع في دعوى التزوير الفرعية - في صورة القضية القائمة أمامها - بمثابة مسألة فرعية متعلقة بالاثبات فيها ، مع ملاحظة أنها وصفت هذا النزاع بأنه «بطبيعته نزاعا عارضا» .

«ادعاء» ، وتصف المتمسك بها بأنه «مدميا» ، وتصف الوجه اليه الدعوى بأنه «المدعى عليه بالتزوير» . وتحدد المواد ٤٩ اثبات وما يليها اجراءات الادلاء بالطلب واجراءات اثباته .

وبداهة اذا كان القانون الجديد يقصد ان يعتبر دعوى التزوير الفرعية بمثابة دفع موضوعي ، ويعتد بهذا الوصف في كل الاحوال ما كان في حاجة الى ذكر سائر التعبيرات المتقدمة .

بل ان سائر الشراح - فيما نعلم - انما يتكلم عن دعوى التزوير الفرعية بوصفها ادعاء ولم يعالجها في باب الدفع (١) .

والغريب ان تصف محكمة النقض - في حكمها الصادر في ٣١ مايو ١٩٥٦ المتقدمة الاشارة اليه - تصف دعوى التزوير الفرعية أنها «بمثابة مسألة فرعية متعلقة بالاثبات» بينما اثباتها هو وحده المسألة الفرعية المتعلقة بالاثبات .

٢١٦ م (١) - جواز رفع دعوى التزوير الفرعية لأول مرة في الاستئناف:

تنص المادة ٤٩ اثبات على جواز الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى . ويجيز الفقه والقضاء الادعاء بالتزوير ولو لأول مرة في الاستئناف ، وليس في هذا تفويت لدرجة من درجات التقاضي ، لان الادعاء بالتزوير يعد في الواقع دفاعا موضوعيا منصبا على مستندات الدعوى فضلا

(١) محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي - الجزء الاول - ص ٤٥٠. الحاشية - رقم ٣٤٧ . وأبو هيف - المرافعات - ٢ - رقم ٨٧٢ ص ٦١٨ ، والمدونة الجزء الثاني رقم ١١٠٦ ورقم ١١٠٧ - واذا كنا قد اختلفنا في صدد تقدير قيمة الدعوى الا اننا لم نختلف في كونها بمثابة طلب غرض (راجع ص ٦٧٠) .

وربرتوار دالوز الجديد باب دعوى التزوير - رقم ١ وما يليه ص ٣ وما يليها . وجارسسونيه وسيزار بزو ٢ رقم ٢٦٧ وموريل رقم ٤٨٣ وجلاسون وتسييه الجزء الاول رقم ٣٠٩ .

عن كونه طلبا موضوعيا عارضا يقصد به مقدمه اجتناء منفعة ومصلحة في رد دعوى خصمه ودفعها (١) .

ويجوز الادعاء بالتزوير لأول مرة أمام محكمة النقض كما اذا تعلق بصور الاحكام المقدمة اليها مثلا (٢) .

وقضت محكمة النقض بأن الادعاء بالتزوير لا يقبل اذا كان بصورة مبهمة غير مقطوع فيها بشيء (٣) .

ولما كان الادعاء بالتزوير هو بمثابة طلب عارض ، ولما كان القانون يجيز ابداء الطلبات المعارضة في أية حالة تكون عليها الدعوى حتى اقفال باب المرافعة عملا بالمادة ١٢٣ فمن الجائز الادعاء بالتزوير بشرط ان يتم ذلك قبل اقفال باب المرافعة . ونص المادة ٤٩ اثبات يؤكد هذا المعنى ، فقد جاء عاما ، يقرر جواز الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى . واذن سواء اعتبر التزوير بمثابة دفاع في الدعوى ، أو اعتبر بمثابة طلب عارض ، فمن الجائز في الحالتين الادلاء به في أية حالة تكون عليها الاجراءات (٤) .

وعلى أى حال تملك المحكمة فتح باب المرافعة من جديد حتى تتيح للخصم فرصة الادعاء بالتزوير .

(١) راجع محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى الجزء الثانى رقم ٩٤٢ ومحمد حامد فهمى رقم ٥٥٢ وأبو هيف ٢ رقم ٨٧٢ والتعليق على نصوص قانون المرافعات واستئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٥ ص ١٦٠ ونقض مدنى ٦ نوفمبر ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٧٥ ونقض أول يونية ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٢٩ .

(٢) ربرتوار دالوز العملى ٦ ص ٣٠٢ . هذا ويلاحظ ان القانون الصادر في فرنسا في ٢٣ يولية ١٩٤٧ قد نظم الادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض (م ٤٦ وما يليها) - راجع ربرتوار دالوز الجديد الجزء الثانى باب التزوير رقم ١٣٦ وما يليه والاحكام المشار اليها .

(٣) نقض ١١ ابريل ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٦٨٩ .

(٤) راجع القاهرة الابتدائية في ٢١ فبراير ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٣٢ وقارن نقض أول يونية ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٢٩ ونقض ٩ ابريل ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٨٥٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الطاعن قد طلب في مذكرته الاخيرة بعد حجز القضية للحكم اعادة الدعوى الى المرافعة ليقرر الادمعاء بالتزوير في محضر اعلان باشره المحضر ورقضت المحكمة الاستجابة لهذا الطلب استنادا الى أنه قد مضت مدة سنة من تاريخ رفع معارضته في الحكم الفيابي دون أن يقرر بالتزوير واستخلصت من ذلك أنه طلب كيدى يبغي من ورائه مجرد اطالة امد التقاضى فانها لا تكون قد آخلت بحق هذا الخصم في الدفاع (١) .

٢٢٦ م (٢) - تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية :

رأينا مما قدمناه أن دعوى التزوير الفرعية هي بمثابة طلب عارض وإن كانت تعتبر أيضا بمثابة دفاع في الدعوى الاصلية .

ولقد نص القانون في المادة ٣٧/١٠ منه على أن دعوى التزوير الاصلية تقدر قيمتها بقيمة الحق الثابت في الورقة المطلوب الحكم بتزويرها . وقررت المذكرة التفسيرية للقانون السابق أن هذا النظر هو أكثر انطباقا على الواقع، لان مال هذه الدعوى هو صلاحية الورقة أو عدم صلاحيتها للمحاجة بالحق الوارد فيها .

والعلة المتقدمة تصلح أيضا لتبرير تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية بقيمة الحق الثابت في الورقة . وهذه من البديهيات اذ لا يتصور أن يكون لدعوى التزوير المتعلقة بسند معين واحد قيمتين قيمة عندما ترفع الدعوى بصفة أصلية وأخرى عندما ترفع للدعوى بصورة عارضة .

وبعبارة أخرى ، تقدير قيمة الدعوى موضوعي المقياس objective ، فاذن لا يتصور أن تكون للدعوى الواحدة قيمتان ، أحدهما يعتد بها عندما ترفع الدعوى بصفة أصلية ، وأخرى عندما ترفع بصورة عارضة .

ومن ثم متى نص القانون في المادة ٣٧/١٠ على أن دعوى التزوير الاصلية تقدر بقيمة الحق الثابت فيها ، فإنه يكون قد قسرد ذات القاعدة بالنسبة لدعوى التزوير الفرعية .

(١) : نقض مطنى ٩ ابريل ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٨٥٤ .

ولقد كان من الاوفق أن ينص صراحة على أن تقسدر دعوى التزوير الفرعية بقيمة الحق الثابت في الورقة ، وإنما يبدو أن المشرع شاء ألا يتعرض لتقدير قيمتها لأن مآل الامر بصدها أن تسرى عليها قاعدة أخرى من قواعد تقدير قيمة الدعوى بحيث تأخذ مصير الدعوى الاصلية ، أو تأخذ هذه مصيرها . أما عملاً بالمادة ٢٢٤ التي تنص على أنه إذا قدم المدعى عليه طلباً عارضاً كان التقدير على أساس الاكبر قيمة من الطلبين : الاصلى أو العارض ، وأما عملاً بالمادة ٤ التي تنص على أنه إذا كان المطلوب جزءاً من حق قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء الا إذا كان الحق كله متنازعا فيه ولم يكن الجزء المطلوب باقياً منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله . وتسرى المادة الاولى عندما يكون مدعى التزوير هو المدعى عليه في الدعوى الاصلية ، وتسرى المادة الثانية عندما يكون مدعى التزوير هو المدعى في الدعوى الاصلية ويطعن بتزوير سند مقدم من المدعى عليه قيمته تزيد عن قيمة الدعوى الاصلية فيمتد النزاع اليه ، وبالتالي يعاد تقدير قيمة الدعوى بقيمة هي غير القيمة التي كانت ثابتة لها عند رفع الدعوى .

واذن يبين مما قدمناه أنه يتعين أولاً تقسدير قيمة دعوى التزوير الفرعية ، كما يقدر أى طلب عارض على الدعوى الاصلية ، ثم بعدئذ يعاد تقدير قيمة الدعوى أو نصاب الاستئناف — على حسب الاحوال — باعمال قاعدة اساسية من قواعد تقدير قيمة الدعوى .

ومن المتصور أن ترفع دعوى تزوير فرعية ثم ينزل المدعى عن دعواه الاصلية أو تبطل وحدها لاي سبب من الاسباب ، فتبقى هذه الاخيرة وحدها قائمة وبداهة لا تقدر الا بقيمتها . ومن هنا تبدو أهمية اعمال ضابط التقدير على أساس تحديد قيمتها أولاً كطلب عارض ، ثم تحديد مدى تأثيرها على الدعوى الاصلية أو مدى تأثير هذه عليها .

ولقد تعددت وجهات النظر وتشعبت في ظل القانون القديم ، وإنما لم يعد ثمة مجال لتعدد الراى في تقدير دعوى التزوير الفرعية . فإذا كان هناك رأى كان يعتبر تلك الدعوى غير مقدرة القيمة (١) فإنه لا يستقيم الآن بعد ما قرره المادة ٣٧/١٠ ، اذ لا يتصور أن تقدر قيمة دعوى التزوير

(١) المدونة ٢ رقم ١٠٠٩ والاحكام العديدة المشار اليها ورقم ١١٠٥ .

الاصلية بقيمة الحق الثابت في الورقة ، ثم يقال ان دعوى التزوير الفرعية تعتبر غير مقدرة القيمة ، فتكون للدعوى الواحدة قيمتان .

واذا كان ثمة رأى يتجه الى تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية بقيمة الدعوى الاصلية دائما وفي كل الاحوال بصرف النظر عن قيمة السند المطعون بتزويره ، على اعتبار ان تلك الدعوى هي فرع ، والفرع يتبع الاصل ، فان مثل هذا الرأى هو الآخر لا يتمشى مع نص المادة ١٠/٣٧ ، هذا فضلا عن ان القاعدة في الطلبات المعارضة انها تقدر قيمتها مع مراعاة حكم المادة ٢٢٤ . واذا كانت المادة ٢٢٦ تقرر ان جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى ، فان هذه المادة لا تطبق الا بصدد الاحكام الفرعية - أى الصادرة في غير الطلبات الموضوعية سواء اكانت اصلية أم عارضة ، أما الطلبات الموضوعية التى يدلى بها الخصم في صحيفة دعواه أم بصورة عارضة عليها فان الحكم الصادر فيها هو حكم موضوعى لا يخضع لحكم هذه المادة التى تخضع الاحكام الفرعية - من ناحية استئنافها - لذات القاعدة المقررة بالنسبة للحكم الصادر في موضوع الدعوى .

واذا كان ثمة رأى آخر يتجه الى تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية بقيمة الدعوى الاصلية ما لم تجاوز قيمة المحرر المطعون فيه قيمة الدعوى الاصلية ، فعندئذ تقدر الدعوى بقيمة ذلك المحرر المطعون فيه ، أى اذا كان ثمة رأى يقدر قيمة دعوى التزوير الفرعية على أساس الاكبر قيمة من الطرفين : الاصلى أو المعارض (أى دعوى التزوير الفرعية) (١) ، فانه - أى هذا الاتجاه في الرأى ، لا يختلف عما نقوله في واقع الامر ، لانه ينتهى الى ما انتهينا اليه ، وهو لا ينتهى الى ما انتهينا اليه الا بعد تقدير قيمة دعوى التزوير الفرعية بقيمة الحق الثابت في الورقة المطلوب الحكم بتزويرها وهو ما نسعى دائما الى تقريره - على اعتبار ان دعوى التزوير الفرعية ما هي الا طلب عارض ، ثم بعدئذ يصير تقدير قيمة الدعوى في العادة وفقا لقيمة

(١) المدونة ٢ رقم ١١٠٦ والامثلة المشار اليها والاحكام المذكورة في رقم ١٠٠٩ ، وتعليق المرحوم الاستاذ حامد فهمى بالمحكمة ٧ ص ٨٤٩ ، وتعليق الاستاذ عبد الفتاح السيد المحكمة ٧ ص ٣٥١ .

الدعوى الاصلية في بعض الاحوال ، ووفقا لقيمة السند في احوال اخرى سواء عملا بالمادة ٢٢٤ أو المادة ٤٠ ، ويكون التقدير في النهاية للاكبر قيمة من الطرفين : الاصلى أو العارض .

بعد ما انتهينا الى كل ما تقدم ، نستعرض حكمين لمحكمة النقض ، أحدهما صدر في ٢١ يونية ١٩٥٦ ، فيه تقول ان دعوى التزوير الفرعية تقدر - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - بقيمة الدعوى الاصلية . فاذا كانت قيمة الدعوى الاصلية تقل عن الحد الاقصى لاختصاص القاضي الجزئي النهائي ، فان دعوى التزوير الفرعية تتبعها في تقدير قيمتها ولا يجوز استئناف الحكم الصادر فيها من المحكمة الجزئية (١) .

وصفوة القول بصدد هذا الحكم ان شخصا رفع دعوى على آخر يطلب فسخ عقد رهن ثلاثة قرايط مقابل مبلغ ثلاثين جنيها ، وعند نظر الدعوى تمسك المدعى عليه باقرار منسوب الى المدعى يتضمن اقراره بملكية مورث المدعى عليه في فدان و١٦ قيراطا ، و١٠ أسهم من بينها القرايط الثلاثة موضوع عقد الرهن ، فطعن المدعى في هذا الاقرار بالتزوير ، وصدر الحكم على المدعى فاستأنفه وصدر الحكم في الاستئناف بعدم قبوله لصدور الحكم في حدود النصاب الانتهائي للقاضي الجزئي . وفي النقض تجاهلت المحكمة امتداد النزاع الى الاقرار بالملكية الذي تجاوز قيمته الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية ، واعتدت بقيمة الدعوى الاصلية ، مقرررة ان دعوى التزوير الفرعية انما تقدر بقيمة الدعوى الاصلية . كل هذا على الرغم من انه من شأن الحكم الصادر في الدعوى أن يؤثر على الحق الثابت في الاقرار المطعون عليه بالتزوير والذي تجاوز قيمته الاختصاص الانتهائي للمحكمة والذي يعبر في واقع الامر عن القيمة الحقيقية للدعوى بحسب ما انتهت اليه قبل صدور حكم محكمة الدرجة الاولى (٢) ، وذلك عملا بالمادة ٤٠ من قانون المرافعات .

والحكم الثاني صدر من محكمة النقض في ١٦ يونية ١٩٥٥ ، وفيه تقول

(١) نقض ٢١ يونية ٥٦ السنة ٧ ص ٧٤٢ .

(٢) انظر في تأكيد وجهة النظر هذه المدونة ٢ رقم ١١٠٦ .

بأن المشرع وان كان قد قرر ان دعوى التزوير الاصلية تقدر بقيمة الحق المثبت في المحرر المطعون فيه وفقا للمادة ١٠/٣٧ ، الا أن دعوى التزوير في هذه الصورة هي بمثابة طلب عارض ودفاع في الخصومة الاصلية وتقدير قيمتها بقيمة الدعوى الاصلية التي لا نزاع في أنها تزيد على النصاب الجائر استثنافه (١) .

ولا شك في سلامة هذا الحكم الاخير ، وهو تطبيق مركب لنص المادة ٢٢٤ ، اذ أن الدعوى قد رفعت الى المحكمة الابتدائية فتقدم المدعى عليه بطلب عارض في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية (وهو ٢٥٠ جنيها) ، ثم طعن المدعى بتزوير سند المدعى عليه ، ولما كانت القاعدة أن المعبرة بأكبر الطلبين الاصلى أو العارض من المدعى فيكون الحكم الصادر في الدعوى قابلا للاستئناف برمته .

٢١٦ م (٢) - مدى قابلية الحكم الصادر في دعوى التزوير الفرعية للطعن المباشر :

لدراسة هذا الموضوع في ظل القانون السابق أهمية كبيرة ، وذلك حتى نخلص من ضوء هذه الدراسة - وما صدر من أحكام في ظل القانون السابق - لتحديد ما اذا كان الحكم المتقدم يعتبر حكما موضوعيا أو حكما فرعيا . ومتى اعتبر حكما موضوعيا ، جاز الطعن فيه مباشرة عملا بالمادة ٢١٢ اذا كان قابلا للتنفيذ الجبرى .

كانت المادة ٣٧٨ من القانون السابق تنص على أن الاحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها الا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع سواء اكانت تلك الاحكام قطعية أم متعلقة بالاثبات أو بسير الاجراءات انما يجوز الطعن في الحكم الصادر بوقف الدعوى وفي الاحكام الوقتية والمستعجلة قبل الحكم في الموضوع .

(١) نقض ١٦ يونية ١٩٥٥ السنة ٦ ص ١٢٦٢ .

وقد قالت المذكرة التفسيرية للقانون السابق في صددها ، «رائد المشرع في ذلك هو منع تقطيع اوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم وما يترتب على ذلك أحيانا من تعويق الفصل في موضوع الدعوى وما يترتب عليه حتما من زيادة نفقات التقاضى مع احتمال أن يقضى آخر الامر في أصل الحق للخصم الذى أخفق في النزاع الفرعى فيفنيه ذلك عن الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع» .

ومما لا شك فيه ان المادة ٣٧٨ انما تتعلق فقط بالاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، أى تلك الاحكام الفرعية التى لا تصدر في ذات النزاع الموضوعى الذى رفعت به الدعوى أو في مسألة موضوعية متفرعة وانما تلك التى تصدر في دفع شكلى أو دفع بعدم القبول .

واذن الحكم الصادر في الموضوع أو في شق منه يخرج عن نطاق المادة ٣٧٨ ويجوز الطعن فيه فور صدوره عملا بالاصل العام في التشريع (١) .

وتقول محكمة النقض في تأكيد المعنى المتقدم : انه يبين من نص المادة ٣٧٨ أن مناط عدم جواز الطعن هو أن يكون الحكم محل الطعن صادرا قبل الفصل في الموضوع ، ومن ثم اذا كان فاصلا في موضوع الدعوى أو في شق منه فانه بذلك يخرج عن نطاق التحريم ، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للبحث فيما اذا كانت الخصومة في الدعوى قد انتهت أو لم تنته مادام هذا الحكم قد حسم النزاع في المسألة الموضوعية التى فصل فيها (٢) .

واذن ، تلزم التفرقة بين **الحكم الموضوعى** الذى يحسم النزاع الاصلى أو يحسم شقا منه ، وبين **الحكم الفرعى** الذى قد ينهى الخصومة كلها أو بعضها .

وبعبارة اخرى ، المادة ٣٧٨ لا شأن لها بالاحكام الموضوعية أى الاحكام

(١) رقم ٣٤١ من هذا الكتاب .

(٢) نقض ٨ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ٢٦١ سنة ٢٠ قضائية . وانظر أيضا في تأكيد ماتقدم مؤلف الاستاذ محمد العشماوى والدكتور عبدالوهاب العشماوى ٢ رقم ١١٦٧ .

التي تفصل في طلبات الخصم الاصلية التي من أجلها رفع الدعوى أو الطعن وإنما هي تتعلق بالاحكام الفرعية فقط كما تنص صراحة .

ولقد قدمنا أن الادعاء بالتزوير ما هو الا طلب موضوعي - يكون أصليا اذا رفعت به الدعوى وحده ويكون عارضا اذا أدلى به خصم أثناء نظر الدعوى - والحكم فيه ينهى النزاع في شأن صحة الورقة أو تزويرها ولا يقدح من هذا ، اعتبار الادعاء بالتزوير دفاعا في الدعوى الاصلية ، فهذه الصفة لا تغير شيئا من طبيعة الادعاء بالتزوير وكونه طلبا موضوعيا (شأنه شأن أى طلب عارض يدلى به كدفاع في الدعوى الاصلية) . ومن ثم الحكم بصحة الورقة أو تزويرها يقبل الطعن المباشر ، سواء اقتضى الادعاء بالتزوير وقف الدعوى الاصلية أم لم يقتض هذا ، وسواء أوجب القانون هذا الوقف أم لم يوجبه ، وسواء فصل في التزوير قبل الفصل في الدعوى الاصلية أم بعده ، وهذا طبيعي لان الادعاء بالتزوير أثناء خصومة قائمة ما هو الا طلب عارض يفصل فيه قبل الفصل في الدعوى الاصلية ، أم معه ، أم بعده ، عملا بالمادة ١٢٧ ، بل ان امكان الفصل في دعوى التزوير الفرعية ولو بعد الفصل في الدعوى الاصلية أو دون حاجة الى وقفها لهو دليل قاطع على أن للادعاء بالتزوير كيانا مستقلا لانه طلب موضوعي عارض - فصدور الحكم في موضوع الدعوى الاصلية لا يغني مطلقا عن الطعن المباشر في الحكم الصادر في الادعاء بالتزوير ومن ثم تتوافر حكمة الطعن المباشر في الحكم ، كما أن صدور الحكم في الدعوى الاصلية لا يغني مطلقا عن وجوب الفصل في الادعاء بالتزوير ان لم يكن قد فصل فيه قبل هذا الحكم .

وبعبارة مختصرة الحكم في دعوى التزوير الفرعية هو حكم موضوعي يصدر في طلب عارض ، وقد يصدر بعد الحكم في الموضوع الاصلى ، واذن بداهة ، لا يتصور أن يكون من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع .

ولقد قضت محكمة النقض بالمعنى المتقدم في أحكام متعددة وهي تقول «متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى التزوير الفرعية بعد أن قررت المحكمة وقف الدعوى الاصلية حتى يفصل نهائيا في الطعن بالتزوير فانه يكون قد أنهى الخصومة في موضوع دعوى التزوير التي تعتبر قائمة

بذاتها ، وان تفرعت عن الدعوى الاصلية ويجوز الطعن فيه على استقلال (١) .

ومع ذلك قضت محكمة النقض - في حكم وحيد - بأنه متى كان الحكم صادرا في الادعاء بالتزوير الذي اثاره الشفيع توصلا لاثبات ما تسمك به من بطلان الحكم المسأنف القاضي بسقوط حقه في الشفعة وبالتالي قبول استئنائه شكلا وكان هذا النزاع بطبيعته نزاعا عارضا لا تنتهى به الخصومة الاصلية كلها أو بعضها ، فانه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الادعاء بالتزوير استقلالا الا عند صدور الحكم في موضوع الدعوى وفقا للمادة ٣٧٨ التي قصدت الى أن الخصومة التي ينظر الى انتهائها وفقا لهذا النص هي الخصومة الاصلية المنعقدة بين طرفيها لا تلك التي تثار عرضا بشأن دفع شكلى في الدعوى أو مسألة فرعية متعلقة بالاثبات فيها (٢) .

وبعدئذ عادت محكمة النقض الى سابق تقليدها مقررة في حكم صدر بعد الحكم المتقدم «ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه متى كان الحكم قد قضى برفض دعوى التزوير الفرعية بعد أن قررت المحكمة وقف الدعوى الاصلية حتى يفصل نهائيا في الطعن بالتزوير فانه يكون قد انهى الخصومة في موضوع دعوى التزوير التي تعتبر قائمة بذاتها وان تفرعت عن الدعوى الاصلية ويجوز الطعن فيه على استقلال» (٣) .

ولقد رحب بعض الشراح بحكم النقض الذي شدد عن تقليدها بمقولة انه : «اذا كان الحكم في الادعاء بالتزوير بصحة الورقة أو بتزويرها فقد يصدر الحكم في الموضوع لمصلحة الخصم الذي اخفق في الادعاء بالتزوير فيغنيه

(١) نقض ٢٣ ابريل ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٩٢١ وانظر أيضا نقض ٢٩ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ٢٦٨ سنة ٢١ قضائية ومقال الاستاذ راغب حنا المحامى في الاحكام الصادرة في دعاوى تزوير المحاماة ٣٢ العدد ٧ واستئناف القاهرة في ١٨ نوفمبر ١٩٥١ المحاماة ٣٣ ص ٨٧ وقنا الابتدائية في ٢٨ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ ص ٢٩٧ ونقض ٧ ابريل ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ ص ٨٤٣ .

(٢) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٦٥٨ .

(٣) نقض ٢٥ ابريل ١٩٥٧ السنة ٨ ص ٥٦٠ .

ذلك عن الطعن في الحكم الصادر في الدليل ، وبمقولة «ان القول بان الحكم الصادر في الادعاء بالتزوير قد انهى الخصومة في شق منها وهو المتعلق بالادعاء بالتزوير هو قول غير منتج لانه لو صح لما كان هنالك حكم قطعي صادر قبل الفصل في الموضوع لان كل حكم قطعي يصدر قبل الفصل في الموضوع كالحكم في الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو الدفع بعدم قبول الدعوى انما ينهى الخصومة في شق منها هو شقها المتعلق بالنزاع حول الاختصاص أو بطلان صحيفة الدعوى أو قبولها ، مع أن من المسلم أن هذه الاحكام أحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع لا يجوز الطعن فيها على استقلال الا اذا انتهت الخصومة الاصلية كما لو حكم فيها بقبول الدفع» (١) ، وبمقولة ان المقصود بالحكم في الموضوع الحكم في الطلب الذي رفعت به الدعوى وهو ما عبرت عنه المذكرة التفسيرية بالحكم في اصل الحق أما ما عداه من الاحكام التي تصدر قبل ذلك فيما يثار من مسائل أثناء نظر الدعوى سواء تعلقت باجراءات الخصومة أو بقبولها أو بالاثبات فيها أو بمسائل متصلة بالموضوع فتعتبر أحكاما صادرة قبل الفصل في الموضوع لا يجوز الطعن فيها على استقلال فور صدورها لان حكمة المنع من الطعن كما أفصح عنها واضع القانون في المذكرة الايضاحية متوافرة بالنسبة لهذه الاحكام (٢) . ويبدو أن الرأي المتقدم قد خلط بين تعبير «الخصومة» وتعبير «النزاع» واعتبر الاحكام الصادرة في المسائل المتصلة بالموضوع من الاحكام الفرعية .

وفي نظرنا ، وكما قدمنا ، وكما تتجه اليه محكمة النقض وأكثر الشراح (٣) ، لا تتعلق المادة ٣٧٨ بالاحكام الموضوعية jugements sur le fond انما كانت تتصل بالاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع

(١) الوسيط للدكتور رمزي سيف سنة ١٩٦١ رقم ٦٢١ .

(٢) المرجع السابق برقم ٦٢٠ .

(٣) راجع احكام النقض المتقدمة وأهمها نقض ٨ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ٢٦١ لسنة ٢٠ قضائية ، ومحمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى ٢. رقم ١١٦٧ وعبد المنعم الشرقاوى رقم ٣٣٥ ص ٤٩٧ وما يليها ، ويقول =

jugement d'avant eire droit : والموضوع هو ليس فقط الطلب الاصلى الوارد في صحيفة افتتاح الدعوى ، وانما هو ذلك الطلب والطلبات الموضوعية الاضافية من جانب المدعى ودعاوى المدعى عليه وسائر الطلبات الموضوعية المعارضة التى قد يدعى بها خصم في مواجهة خصم آخر اختصم او تدخل اثناء نظر الدعوى .

واذن ، النزاع على اصل الحق هو النزاع الذى آلت اليه العلاقة القانونية التى تستند اليها الدعوى من تعديل موضوع الدعوى من جهة مقاربه او حدوده ، ومن ان ينزل به الى طلب اقل يدخل ضمن الطلب الاصلى او يعتبر من عناصره ، ومن ان يرتفع به الى طلب اكبر ، او من ان يعدل من جهة اطراف الخصومة او السبب الذى بنيت عليه ، كل هذا في الحدود المقررة في المادة ١٢٤ وما يليها .

اما الخصومة فهى الحالة القانونية الناشئة عن مباشرة الدعوى ، اى هى مجموعة الاجراءات التى تبدأ من وقت اعلان صحيفة الدعوى وتنتهى بصدور الحكم فى الموضوع ، وقد تنتهى بصدور حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع ينهى الخصومة ولا ينهى النزاع على اصل الحق . والحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع - اى الفرعى - هو الذى لا يفصل فى مسألة موضوعية ، اى لا يفصل فى مسألة من المسائل التى رفعت الدعوى من اجلها ، او قدمت بعدئذ بصورة عارضة عليها ، وانما يفصل فى مسألة فرعية تتصل بشكل الاجراءات او تتصل بانبات الدعوى .

ويقصد بالخصومة التى قد تنتهى كلها او بعضها بصدور الحكم الفرعى فيكون قابلا للطعن المباشر - يقصد بها تلك التى تنتهى بالفعل امام المحكمة دون ان ينتهى النزاع على اصل الحق ، كالحكم الصادر بعدم اختصاص المحكمة بنظر بعض الطلبات فهو ينهى جزءا من الخصومة (اى من نطاقها من

الدكتور الشرقاوى ان الاحكام الفاصلة فى الموضوع هى الاحكام التى تفصل فى موضوع الطلب الاصلى او فى جزء منه والاحكام الفاصلة فى الدعاوى الفرعية والطلبات المعارضة والاحكام الفاصلة فى الدفوع الموضوعية او فى الدفوع بعدم القبول .

حيث الموضوع) وانما لا ينهى النزاع على اصل الحق في تلك الطلبات . أما الحكم الصادر باختصاص المحكمة بنظر تلك الطلبات فهو لا ينهى الخصومة في هذا الشق من الطلبات . أما انتهاء النزاع في مسألة الاختصاص بصدور الحكم بالاختصاص أو بعدم الاختصاص فهو قول لا اثر له من الناحية القانونية عند اعمال المادة ٣٧٨ ، ولا يؤثر على وجه الاطلاق في تحديد مدى قابلية الحكم الفرعى للطعن فيه مباشرة . وهذا ما اراد المشرع ان يعبر عنه صراحة في المادة ٣٧٨ عند منعه الطعن المباشر في الحكم الفرعى بقوله «سواء اكانت تلك الاحكام قطعية définitif . فمعنى هذا ان الحكم الفرعى القطعى الذى يحوز حجية الشئ المحكوم فيه والذى ينهى النزاع في مسألة الاختصاص لا يقبل الطعن الا اذا انهى الخصومة أو شقا منها» .

والدليل القاطع على أن الحكم الصادر في شق من الموضوع يأخذ من القانون مأخذاً آخر غير الذى يأخذه الحكم الفرعى ان ذات المدكرة التفسيرية للمادة ٣٧٨ تذكر امثلة مقصورة على الاحكام الفرعية فقط أى غير الموضوعية كتلك التى تصدر في دفع شكلى أو دفع بعدم القبول أو في مسألة متعلقة بالاثبات أو بسير الاجراءات . كذلك المادة ٢٢٦ التى تنص على أن جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى ، هذه المادة جاءت بعد المواد القانونية التى بينت كيفية تقدير نصاب الاستئناف بصدد الطلبات المعارضة من المدعى عليه (م ٢٢٤) ، وتلك التى بينت وجوب الرجوع الى القواعد الاساسية لتقدير قيمة الدعوى (م ٣٦ - م ٤١) سواء عند تعدد الطلبات الموضوعية أو في غيرها من الاحوال (م ٢٢٣) ، مما يقطع في الدلالة على أن المشرع لا يعتبر الاحكام الصادرة في الطلبات المعارضة من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع .

وبعبارة مختصرة ، الحكم الموضوعى هو الذى يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في طلب عارض عليه ، بينما الحكم الفرعى هو الذى قد يحسم النزاع في مسألة تتصل بدفع شكلى أو دفع بعدم القبول أو تتصل باثبات الدعوى أو سيرها ، وقد ينهى الخصومة كلها أو بعضها دون أن ينهى النزاع على اصل الحق ، ودون أن يمس هذا النزاع .

ويرامى ان الحكم الذى يقضى بقبول دعوى التزوير الفرعية او عدم قبولها - كما اذا كان الادعاء بالتزوير مثلاً لا يتعلق بالدعوى الاصلية او غير منتج فيها هو حكم فرعى (١) .

اما الحكم الذى يصدر باحالة دعوى التزوير الفرعية الى التحقيق عملاً بالمادة ٥٢ اثبات وما يليها فهو حكم فرعى غير قطعى (٢) .

كل هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى صدور الحكم فى موضوع الدعوى لمصلحة خصم ما قد لا يغنى مطلقاً عن الطعن المباشر فى الحكم الموضوعى الصادر عليه فى شق من الموضوع ، بينما صدور الحكم فى موضوع الدعوى لمصلحة من صدر عليه الحكم الفرعى يغنيه حتماً عن الطعن المباشر فى الحكم الفرعى . وهذا ما قرره المحكمة التفسيرية عن المادة ٣٧٨ ، فهى كما قدمنا لا شأن لها بالاحكام الموضوعية ، والضابط الحاسم الذى وضعته لا يستقيم الا بصدد الاحكام الفرعية ، ولم تقصد به الا اعماله بصدد الاحكام الفرعية .

فمثلاً اذا رفع شخص دعوى على آخر بطلب فسخ عقد رهن ثلاثة قراراتى مقابل مبلغ ثلاثين جنيهاً ، وعند نظر الدعوى تمسك المدعى عليه باقرار منسوب الى المدعى يتضمن اقراره بملكية مورث المدعى عليه فى خمسة أفدنة من بينها القرارى الثلاثة موضوع عقد الرهن (٣) ، ثم طعن المدعى فى هذا الاقرار بالتزوير ، وصدر الحكم فى دعوى التزوير على المدعى برفضها ، فهل يتصور أن يكون صدور الحكم فى الموضوع بصدد القرارى الثلاثة لمصلحة ذلك المدعى مغنياً له عن الطعن المباشر فى الحكم الصادر عليه فى دعوى التزوير الفرعية .

واذا طلب المدعى الحكم له بمبلغ عشرين جنيهاً مثلاً فدفع المدعى عليه بأنه سدد هذا الدين ضمن ديون اخرى ، وقدم للتدليل على ذلك سنداً بمبلغ مائة جنية يتضمن سداد العشرين جنيهاً موضوع الدعوى فطعن

(١) رقم ٢١٦ من هذا الكتاب .

(٢) رقم ٥٦ من هذا الكتاب .

(٣) هذا المثال من واقع القضية التى صدر فيها حكم النقض فى ٢١ يونية ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٧٤٢ .

المدعى بتزوير هذا السند طالبا الحكم برده وبطلانه ، فهل يتصور أن يكون صدور الحكم في الموضوع بطلب العشرين جنيها لمصلحة المدعى مغنيا له عن الطعن المباشر في الحكم الصادر عليه في دعوى التزوير الفرعية .

واذا طلب المدعى تثبيت ملكيته لقيراط واحد فنزاعه المدعى عليه مقدما مقدرا صادرا له من المدعى بفدانين من بينهما القيراط موضوع الدعوى الاصلية ، فطعن المدعى في هذا العقيد بالتزوير . فهل يتصور أن يكون صدور الحكم في الدعوى الاصلية لمصلحة المدعى مغنيا له عن الطعن المباشر في الحكم الصادر عليه في دعوى التزوير .

اما بالنسبة للاحكام الفرعية فان الامر يختلف ، ذلك انه اذا تمسك المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة فقضت المحكمة باختصاصها فان صدور الحكم لمصلحة المدعى عليه برفض الدعوى الاصلية يفنيه حتما عن الطعن المباشر في الحكم الفرعي . واذا تمسك المدعى بنذب خبير ورفضت المحكمة هذا النذب فان صدور الحكم في الموضوع لمصلحته يفنيه حتما عن الطعن المباشر في ذلك الحكم الفرعي .

واذن ، ننتهي من هذه الدراسة الى أن الحكم الصادر في دعوى التزوير الفرعية هو حكم موضوعي ، والحكم الموضوعي يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ ، اذا كان قابلا للتنفيذ الجبري ، وفقا لما سوف نراه .

٢١٧ - الحكم في وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة (١) .

٢١٨ - الحكم للمدعى عليه بالفرامة المقررة في المادة ١٣٥ من القانون السابق ، والحكم للدائن بالفرامة المقررة على المسترد عملا بالمادة ٣٩٧ من القانون الجديد :

كان القانون السابق يجيز للمحكمة بعد الحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبعد احالتها الى المحكمة المختصة أن تحكم على المدعى بفرامة لا تجاوز عشرة جنيها تمنح كلها او بعضها للخصم الآخر على سبيل التعويض (م ١٣٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

(١) تقدمت معالجة هذا الموضوع في الفقرة رقم ١٥٢ وما يليها من هذا الكتاب .

وغنى عن البيان أن الحكم على المدعى بالفرامة لصالح الخزينة العامة هو حكم فرعى (١)، أما الحكم الصادر بمنح الغرامة كلها أو بعضها للمدعى عليه ، فهو يشتمل على قضاء موضوعي بالتعويض يصدر بناء على طلبه بعد التحقق من توافر شروط الحكم بالقواعد العامة في القانون المدني ، هذا اذا نظر اليه من زاوية المدعى عليه .

وبالنسبة الى المدعى هو حكم فرعى ، لان الغرامة جزاء يوقع عليه لصالح الخزينة العامة عند الحكم بالاحالة - ليعوض حرمانها من رسوم جديدة تستحقها عند تجديد الدعوى اذا اقتضت المحكمة على مجرد عدم عدم اختصاصها دون الاحالة ، ولا يقدح من صفته هذه جواز منح الغرامة كلها أو بعضها لصالح خصمه على سبيل التعويض ، لانه في كل الاحوال يعتبر جزاء يوقع عليه بسبب اقامته للدعوى أمام محكمة غير مختصة (٢) .

ونحن نؤكد الصفة الاخيرة للحكم بمنح المدعى عليه الغرامة كلها أو بعضها . وهذه الغرامة في الواقع من توابع الحكم بعدم الاختصاص والاحالة فلا يعتد بقيمتها (أي بقيمة ما طلبه المدعى عليه كغرامة) عند تحديد نصاب الاستئناف ، ومن ثم يجوز استئناف الحكم للمدعى عليه بالفرامة دائماً مهما تكن قيمة الدعوى عملاً بالمادة ٢/٤٠١ من القانون السابق . أما اذا اعتبر حكماً موضوعياً فلا يقبل الاستئناف في جميع الاحوال لانه يصدر في طلب موضوعي (٣) يقدر على حدة باعتباره ناشئاً عن سبب (٤) مستقل عن السبب

(١) ندرس فيما بعد مدى قابلية هذا الحكم في الطعن فيه فور صدوره ومدى قابليته للاستئناف .

(٢) قالت المذكرة التفسيرية للقانون السابق أن الحكم بالفرامة هو جزاء الخطأ المدعى وتعويض لخصمه لما تحمله من مشقة الحضور أمام محكمة غير مختصة ليدفع بعدم اختصاصها .

(٣) هو طلب المدعى عليه الحكم له بالفرامة .

(٤) هو الضرر الذي أصاب المدعى عليه من جراء سعيه الى محكمة غير محكمته ليدفع بعدم اختصاصها .

الذي تقوم عليه الدعوى الاصلية ، وفي جميع الاحوال لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات عملا بالمادة ١٣٥ .

وما قلناه في صدد منح الغرامة التي كانت مقررة في المادة ١٣٥ من القانون السابق للمدعى عليه ، ينطبق من حيث منح الغرامة المقررة في المادة ٣٩٧ من القانون الجديد للدائن الحائز ، اذا خسر المسترد دعواه . ويلاحظ ان الحكم بهذه الغرامة يعتبر حكما في توابع الطلب الاصلى ، ويخضع من حيث تقدير نصاب استئنائه للقاعدة المقررة بالنسبة الى الحكم الصادر في الطلب الاصلى عملا بالمادة ٢٢٦ ، وعلى ما قدمناه . مع ملاحظة جواز ان يقتصر الاستئناف على الحكم في توابع الطلب الاصلى وحده ، عملا بالاصل العام في التشريع .

٢١٩ - الحكم في طلب النفاذ المعجل او في طلب وقفه (م ٢٩١ و ٢٩٢) :

يدق بحق وصف الحكم في طلب شمول الحكم الصادر من المحكمة بالنفاذ المعجل .

قد يقال باعتباره حكما فرعيا لانه يتصل بوصف القضاء الصادر من المحكمة ، شأنه شأن الحكم الصادر في وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر قضاؤه على رفض التظلم المرفوع من الطاعنين عن قضاء محكمة اول درجة بشمول حكمها بالنفاذ المعجل دون ان يتصدى لموضوع النزاع ، وكان بهذا الوصف لا يعتبر حكما منهيًا للخصومة كلها أو بعضها فانه لا يجوز الطعن فيه استقلالا عملا بالمادة ٣٧٨ من القانون السابق (١) ، ولا يغير من هذا النظر ان القانون أجاز للمحكوم عليه ان يتظلم استقلالا من وصف النفاذ أمام محكمة ثانى درجة اذا كانت محكمة اول درجة قد أمرت به في

(١) نقض ٣٠ يونية ١٩٥٣ القضية رقم ٢٧٩ سنة ٢١ قضائية .

وانظر أيضا نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٥٥ - القضية رقم ٢٥٣ سنة ٢٢ قضائية في التطبيق للمادة ٢٩٢ (م ٤٧٢ من القانون السابق) . وراجع أيضا نقض ١٩٧١/٥/٤ - ٢٢ - ٥٨٨ ونقض ١٩٦٣/٤/٤ - ١٤ - ٧٤٥ .

غير حالات وجوبه أو جوازها ، وذلك لان هذا النص قد ورد على خلاف الاصل المقرر بالمادة ٣٧٨ فلا يجوز القياس عليه ، لاجازة الطعن بطريق النقض في الحكم الذي يصدر في التظلم من وصف النفاذ .

وعلى الرغم من تسليمنا باعتبار الحكم - الصادر في وصف الدعوى بوجوب نظرها على وجه السرعة - من الاحكام الفرعية الا أننا نؤكد أن الحكم في طلب النفاذ المعجل يعد حكماً صادراً في صميم مطلوب الخصم ، لانه يقصد بابدائه تنفيذ الحكم قبل الاوان العادي لتنفيذ الاحكام ، ولان عدم الادلاء بالطلب يحرمه من هذا التنفيذ ، وهذا الطلب التابع للطلب الاصلى ، تختص به المحكمة التي تنظر الدعوى بما لها من ولاية تبعية (١) ، كما سنرى .

ولا يقدح من اتجاه الراى المتقدم كون طلب النفاذ تابعا للطلب الاصلى الذي ترفع به الدعوى ، فهذا لا يمنع من اعتباره كما رأينا من صميم مطلوب الخصم ، لان له كيانه مستقلاً بذاته (على خلاف مصاريق الدعوى كما سنرى) . ولا ادل على ذلك من أن المادة ٢٩١ تجيز للمحكوم عليه أن يتظلم استقلالا من وصف النفاذ أمام محكمة ثانى درجة . ولما كانت الخصومة في الاستئناف تقتصر على ما تعلق بالنفاذ فإن الحكم الصادر فيه يعد منهيًا لتلك الخصومة أمام المحكمة ، وعلى هذا الاعتبار يقبل الطعن المباشر . والجدير بالذكر أن المقصود بالخصومة التي تنتهى بالحكم المطعون فيه ، ولا تنتهى به هي تلك التي يصدر فيها الحكم سواء اكانت خصومة في المعارضة أو في الاستئناف ، لا الخصومة الاصلية . ويبدو من حكم النقض المتقدم (ومن غيره) أن محكمة النقض تفهم الامر على الوجه العكسي (٢) .

واذن الحكم في طلب وقف النفاذ (بالطبيق للمادة ٢٩٢) (٣) ، أو في

(١) كتاب اجراءات التنفيذ والمراجع والاحكام المشار اليها في الفقرة رقم ٤٧ وما يليها ، وقارن ما أشرنا اليه من مراجع .

(٢) الفقرة رقم ٣٠٥ م (٢) ، ٣٠٥ م (٤) .

(٣) قارن نقض ١٩٧١/٥/٤ - ٢٢ - ٥٨٨ .

التظلم من الوصف (بالتطبيق للمادة ٢٩١) هو حكم في صميم طلبات تبعية للخصم ، ويحسم النزاع في صدد هذه الطلبات .

كل هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، نلاحظ أن الحكم الصادر بالتطبيق للمادة ٢٩١ أو للمادة ٢٩٢ هو حكم وقتي بإجماع الشراح (١) ، ومن ثم ، ومتى تحققت هذه الصفة فيه ، فإنه يكون قابلاً للطعن المباشر تطبيقاً للمادة ٢١٢ التي تجيز صراحة الطعن المباشر بالنسبة للأحكام الوقتية .

٢١٩ م - الحكم الصادر بالتفسير أو التصحيح تكون له نفس طبيعة الحكم الاصلى (٢) :

٢١٩ م (١) - الحكم الصادر في المصاريف :

قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بالزام من خسر المسألة الفرعية بمصروفات الاستئناف لا يفيد أنه أنهى خصومة موضوعية ، ومن ثم لا يقبل الطعن المباشر (٣) .

غنى عن البيان أن الحكم الصادر بتحديد الملزم بالمصاريف أو بتحديد ما يقبل الطعن فيه بذات الطرق المقررة بالنسبة للحكم في الدعوى الاصلية ، وإذا طعن في الأخير وحده فإن محكمة الطعن تلزم بالحكم في المصاريف من تلقاء نفسها عملاً بالمادة ١٨٤ (٤) . وإذا صدر حكم في مسألة فرعية وكان غير قابل للطعن المباشر ، فإن الحكم الصادر في مصاريف تلك المسألة الفرعية لا يقبل هو الآخر الطعن المباشر ، وذلك لأن المصاريف تعد من توابع الطلب

(١) راجع التنفيذ للدكتور رمزي سيف رقم ٣١ ورقم ٧٠ وعبد الباسط جيمع رقم ٢٢٨ وفتحى وإلى رقم ٥٣ ونقض ١٩٧١/١٢/١٩ - ٢٢ - ٦٧ .

(٢) انظر الفقرة رقم ٣٨٠ والفقرة رقم ٣٧٦ وما يليها .

(٣) نقض ٥ مارس ١٩٥٣ القضية رقم ٤٦ سنة ٢١ قضائية .

(٤) راجع ما قلناه في الفقرة رقم ٥٨ من هذا الكتاب ، خاصة بالنسبة الى استئناف الحكم الصادر في المصاريف .

الأصلى ، فيخضع الحكم الصادر فيها لذات القاعدة المقررة بالنسبة للحكم الصادر فيها .

٢٢٠ - الأحكام المشتملة على نوعين من القضاء - الأحكام الزوجية - أمثلة :

قد يشتمل الحكم الواحد على قضاء في الموضوع ، وقضاء قبل الفصل في الموضوع ، فيكون مثلا موضوعيا ووقتيًا ، أو موضوعيا ومتصلا بآثار الدعوى . والقاعدة هي وجوب إخضاع كل شق للقاعدة الواجبة التطبيق بصدده .

ومثال هذه الأحكام الحكم بمسؤولية الخصم وبإحالة الدعوى على التحقيق ، أو الحكم الذي يرفض الدفوع الموضوعية التي أثيرت في الدعوى ويقضى في آن واحد بإحالة الدعوى على التحقيق .

وقد يرد القضاء الموضوعي في الحكم الفرعي بصورة ضمنية ، كما إذا قضت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز الاستئناف وبقبوله شكلا ، واستند إلى أن العين المؤجرة هي أرض فضاء لا يخضع النزاع القسائم في شأنها (للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧) ، وكان أساس النزاع القسائم بين طرفي الخصومة هو ما إذا كانت العين المؤجرة أرضا فضاء أم أن موضوع عقد حق الإيجار هو الأرض وما أقيم عليها من المباني التي نص في العقد على أن تكون مملوكة للمؤجر بمجرد أنشائها ، فهذا الحكم يعد قد حسم النزاع نهائيا في جزء من الخصومة ، وهو الأساس الذي بنيت عليه الدعوى (١) .

ومثال الحكم الفرعي المشتمل على قضاء موضوعي أن تحكم محكمة العمال باختصاصها بنظر القضية لأن رافعها يخضع لعقد العمل الفردي ، أو أن يصدر حكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى عملا بالمادة ٥٥ تأسيسا على أن العمل الذي رفعت بشأنه الدعوى يعد تجاريا بالنسبة إلى المدعى

(١) ويكون الطعن فيه جائزا على استقلال عملا بالمادة ٣٧٨ (نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ - مجموعة أحكام الدائرة المدنية ٥ ص ١١٥) .

عليه ، ولو صدر الحكم بتجارية الدين ضمانا بأن أحال القضية من الدائرة المدنية الى الدائرة التجارية (١) .

وواضح من الامثلة الاخيرة أن الارتباط بين شقي الحكم لا يقبل التجزئة (٢) .

والاحكام المتقدمة لا تقبل الطعن المباشر في ظل المادة ٢١٢ من القانون الجديد ، كما سنرى .

٢٢١ - أهمية التفرقة بين الاحكام الموضوعية والاحكام الفرعية :

للتفرقة المتقدمة شأن كبير في قانون المرافعات ، يبدو في النواحي الآتية:

(١) الحكم الموضوعي يحوز حجية الشيء المحكوم به في كل الاحوال ، أما الحكم الفرعي فقد يكون قطعيا ، وقد يكون وقتيا يحوز حجية مؤقتة وفق ما سوف نراه ، وقد يكون حكما غير قطعي . ولهذا التمييز أهميته بالنسبة الى الحجية ، وبالنسبة الى أثر انقضاء الخصومة بغير حكم في موضوعها على الاحكام الصادرة فيها ، فالاحكام القطعية تبقى وتبقى على صحيفه الدعوى ، أما غير القطعية فانها تسقط بانقضاء الخصومة ولا تحمي صحيفتها من هذا السقوط .

(٢) الحكم الموضوعي الذي يقبل التنفيذ الجبري يقبل الطعن المباشر ، ومتى صدر أو أعلن الى المحكوم عليه (حسب الاحوال المقررة في المادة ٢١٣) ، وجب الطعن فيه خلال ميعاده والا سقط الحق في الطعن ، أما الحكم الفرعي فالاصل هو عدم قابليته للطعن المباشر ، وإنما يطعن فيه بعد صدور الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمام المحكمة (٣) ويبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ بداية الطعن في ذلك الحكم . وتقرر المادة ٢١٢ استثناءات للقاعدة المتقدمة ندرسها فيما بعد على وجه التفصيل .

(١) نقض ٢ نوفمبر ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٦٣٣ .

(٢) أنظر ما قلناه في الفقرة رقم ١٧٣ .

(٣) هذا ولو أعلن الى المحكوم عليه قبل صدور الحكم في الموضوع .

(٣) يشترط لقبول الطعن في الاحكام الفرعية - سواء فور صدورها ، أو بعد صدور الحكم في الموضوع - قابلية الحكم في الموضوع للطعن فيه فالمادة ٢٢٦ تنص على أن جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى .

وإذا منع المشرع استئناف الحكم الصادر في موضوع ما ، امتنع استئناف أى حكم فرعى صادر في ذات القضية ، فيما عدا الاحكام الوقتية التي تقبل الاستئناف دائما عملا بالمادة ٢٢٠ .

وإذا كانت المعارضة جائزة بنص خاص بصدد الحكم الصادر في الموضوع، فإنها تكون جائزة بالنسبة الى الاحكام النيابية الصادرة قبل الفصل في هذا الموضوع .

(٤) استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الاحكام الفرعية السابق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة (م ١/٢٢٩) ، أما الاحكام الصادرة في شق من الموضوع والقابلة للتنفيذ الجبرى فلا تعد مستأنفة مع استئناف الحكم في الموضوع .

(٥) لا تتوافر مصلحة في الطعن في الحكم الفرعى بعد صدور الحكم في الدعوى الا اذا طعن في الحكمين معا ، وذلك لان الحكم الفرعى من الاحكام المتعلقة بالاجراءات ، ولا يحقق في ذاته منفعة للخصم . وبالتالي اذا صدر حكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، ثم صدر الحكم في الموضوع لمصلحة مقدم الدفع ، فلا مصلحة له في الطعن في الحكم الاول على استقلال ، وبعد صدور الحكم في الموضوع . واذا صدر حكم برفض طلب اسقاط الخصومة ثم صدر الحكم في الدعوى لمصلحة من طلب اسقاط الخصومة، فلا مصلحة له في الطعن في الحكم الاول على انفراد . وهكذا . ولهذا كانت المادة ٣٧٨ تنص على أن الاحكام الفرعية التي لا تقبل الطعن المباشر لا يقبل الطعن فيها بعد صدور الحكم في الدعوى الا معه ، على تقدير انه حتى اذا لم توجه أى مطاعن خاصة للحكم في الدعوى فان إلغاء الحكم الفرعى في الصور المتقدمة يؤدي الى إلغاء الحكم في الموضوع .

وجاء القانون الجديد مانعا الطعن المباشر في الاحكام الموضوعية على

النحو المقرر في المادة ٢١٢ ما لم تكن قابلة للتنفيذ الجبري ، ومدركا أن الطعن على استقلال في الاحكام الموضوعية التي لا تقبل الطعن المباشر بعد صدور الحكم في كل الدعوى قد يكون جائزا ومتصورا ، وبالتالي فقد افى القاعدة التي كانت توجب الطعن في الحكم الصادر أثناء نظر الدعوى - والتي لا تقبل الطعن المباشر - مع الطعن في الحكم في كل الدعوى ، كما اذا صدر حكم برفض انهاء عقد الايجار عملا بقانون المساكن الجديد ، ثم صدر الحكم المنهى للخصومة امام المحكمة بالزام المستاجر بأجرة متأخرة ، فمن الجائز الطعن على استقلال في الحكم الاول ، بعد صدور الحكم في كل الدعوى .

ولكن هذا التمدل الذي قرره المادة ٢١٢ ، لا يؤثر في وجوب اعمال القاعدة الاساسية في التشريع والتي مقتضاها أن المصلحة في الطعن في الاحكام الاجرائية لا تتحقق بعد صدور الحكم في الموضوع الا اذا طعن في الحكمين معا . وتبدو أهمية هذه القاعدة في الطعن بالنقض على وجه الخصوص ، لان استئناف الحكم في الدعوى يترتب عليه استئناف الاحكام الصادرة قبله كما قدمنا ، بينما لا تطبق هذه القاعدة في النقض . وبالتالي اذا صدرت في الاستئناف احكام برفض كل دفع المستأنف عليه ، ثم صدر الحكم في موضوع الاستئناف لمصلحته ، فلا مصلحة له في الطعن على استقلال في الاحكام الصادرة برفض هذه الدفع - كالحكم برفض الدفع بقبول الاستئناف شكلا والحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة والحكم برفض الدفع باسقاط الخصومة في الاستئناف ... الخ - لان كل هذه الاحكام ليس لها كيان مستقل بذاتها ، ولا تسبب أي ضرر دائم للمحكوم عليه فيها ، وليست لها حجية الشيء المقضي به الا في نطاق الخصومة الصادرة فيها ، وبالتالي لا محل للتشكي منها متى صدر الحكم في الموضوع لمصلحة المحكوم عليه فيها . ونعود الى هذا الموضوع في ختام الكتاب (١) .

(٦) يسرى على الاحكام الفرعية ذات الميعاد المقرر بالنسبة للطعن في.

الاحكام الموضوعية ، واذا قرر نص خاص ميعادا استثنائيا للطعن في حكم صادر في موضوع ما ، فان هذا الميعاد الخاص يسرى بالنسبة الى جميع الاحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في هذا الموضوع . واذا قرر نص خاص وقتا يبدأ منه ميعاد الطعن على خلاف القواعد العامة فانه يسرى سواء بالنسبة الى الحكم الموضوعي أو الحكم الفرعي الصادر في ذات القضية .

(٧) تتبع بالنسبة لاجراءات الطعن في الحكم الفرعي ذات الاجراءات المقررة بالنسبة للحكم الصادر في الموضوع ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك . وتظهر أهمية هذه التفرقة عند الطعن على استقلال في الحكم الفرعي قبل صدور الحكم في الموضوع .

(٨) لا يعد السير في الخصومة قبولا للاحكام الفرعية (الصادرة قبل الفصل في الموضوع) ، كما لا يستشف هذا القبول من تنفيذها اختيارا دون تحفظ ، وفقا لما سوف ندرسه تفصيلا .

(٩) الاحكام الصادرة في الموضوع هي وحدها التي يجوز بمقتضاها الحصول على حق اختصاص على عقارات المحكوم عليه بعد توافر شروط المادة ١٠٨٥ من القانون المدني وما يليها . اما الاحكام الفرعية فلا تكفي للحصول على حق الاختصاص المتقدم .

(١٠) تختلف الاحكام الفرعية عن الموضوعية من ناحية تنفيذها ، فالاولى لا تتطلب لاجراء هذا التنفيذ ما تتطلبه الثانية ، فهي تنفذ بالطريق الذي يلائمها سواء اكانت متعلقة بسير الخصومة أو باثباتها ، قطعية كانت أو غير قطعية (١) .

(١١) يختلف ارسام المقرر على استئناف الاحكام بحسب ما اذا كانت موضوعية أو فرعية، فالمادة الثالثة من قانون الرسوم القضائية (القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤) تنص على الآتي : يفرض على استئناف الاحكام الصادرة في الدعاوى معلومة القيمة رسم نسبي على أساس الفئات المبينة في المادة

(١) راجع كتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٩ والمراجع والاحكام المشار اليها .

الاولى ويراعى في تقدير الرسم القيمة المرفوع بها الاستئناف . ويفرض في الدعاوى مجهولة القيمة رسم ثابت على الدعاوى الجزئية المستأنفة قدره ٣٠٠ قرش وعلى الدعاوى الكلية المستأنفة ٩٠٠ قرش . ويخفف الرسم الى النصف في جميع الدعاوى اذا كان الحكم المستأنف صادرا في مسألة فرعية ، فاذا فصلت محكمة الاستئناف في موضوع الدعوى استكمل الرسم المستحق عنه ...

(١٢) القاعدة المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص ان الحكم الاجنبى الذى يجيز المشرع الوطنى تنفيذه هو الحكم الموضوعى الثابت المستقر الذى يحوز حجية الشئ المحكوم به ، ويحوز قوة الشئ المحكوم به ، أما الحكم الوقتى فهو يصدر بصفة مؤقتة ، فضلا عن انه يعتبر من اجراءات المرافعات التى تخضع دائما لقانون القاضى ، ويقصد به اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية ، فلا ينفذ الا في الدولة التى قضت محاكمها به (١) ، كذا الحال بالنسبة للاحكام التمهيدية والتحضيرية (٢) ، أى المتعلقة بسير القضية أو اثباتها ، فهذه لا حجية لها امام محاكم دولة اجنبية ولو شفت عن وجهة نظر معينة بالنسبة الى الموضوع ، وليس لها كيان مستقل بذواتها ومن ثم لا يتصور أن تنفذ في أرض دولة اجنبية .

(١٣) صدور حكم في شق من موضوع الدعوى ، أو تأجيلها للنطق به ، يمنع من الاحالة عملا بالمادة الثانية من القانون باصدار قانون المرافعات الجديد ، أما صدور حكم فرعى لا يمنعها ولو كان منها لجسزء من الخصومة (٣) .

(١) (٢) من الشراح من يرى جواز تنفيذ الحكم الوقتى في غير الدولة التى صدر فيها - يراجع في تفصيل هذا الموضوع ، باتيفول رقم ٧٠١ وحامد زكى - الطبعة الاولى رقم ٣٦٨ وكتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٠٠ - وراجع على وجه الخصوص باتيفول - الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٥ رقم ٧٥٨ ص ٨٤٢ - واستئناف باريس في ١٩ ديسمبر ١٩٥٤ بصدد نفقة وقتية واستئناف باريس في ٣ ابريل ١٩٥١ بصدد حضانة الاطفال أثناء نظر دعوى الطلاق . ويدخل هذا الموضوع بتفصيلاته في نطاق دراسة القانون الدولى الخاص .

(٣) انظر القاعدة على وجه التفصيل في الفقرة رقم ٣٠٨ م (٢) من هذا الكتاب ، وقارن حكم النقض المشار اليه .

٢٢٢ - ترتيب دراسة الموضوع :

ندرس فيما يلي بعض اوجه التفرقة بين الحكم الموضوعي والفرعي ، وبعضها الآخر مما يدخل في دراسة تالية (في الفصل الرابع والخامس) (١) ، أو مما يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص أو قانون الرسوم القضائية أو القانون المدني أو اجراءات التنفيذ ، وهذا البعض يخرج عن نطاق هذا المؤلف .

٢٢٢ - يشترط الطعن في الاحكام الفرعية بطريق ما قابلية الحكم في الموضوع للطعن فيه بذات الطريق (٢) :

من المبادئ الاساسية في التشريع أن الحكم الفرعي يخضع لذات القاعدة المقررة بالنسبة للحكم الموضوعي في شأن طرق الطعن الجائزة بصدد .

فبالنسبة لطريق الطعن بالمعارضة ، القاعدة أنه اذا كان الحكم في الموضوع يقبل المعارضة فجميع الاحكام الفرعية الصادرة في القضية تقبل المعارضة هي الاخرى .

واذا فرض صدور حكم فرعي في غيبة المدعى عليه ، ثم صدور الحكم في الموضوع في حضوره ، فهل يجوز الطعن بالمعارضة في الحكم الفرعي وحده ، بعد صدور الحكم في الموضوع (الذي لا يقبل المعارضة لصدوره في مواجهة الخصم ؟) .

تفيد المادة ٢١٢ صراحة أن الاحكام الفرعية التي لا تنتهي بها الخصومة كلها لا يجوز الطعن فيها الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها . ومقتضى هذا أنها لا تشترط للطعن في الاحكام الفرعية التي لا تقبل الطعن المباشر - لا تشترط للطعن فيها بعد صدور الحكم المنهي للخصومة قابلية

(١) لان جانباً من الاحكام الفرعية يحسوز الحجية شأن الاحكام الموضوعية ، وبعضها يقبل الطعن المباشر شأن الاخرى أيضاً .

(٢) نقض ٢٤ يونية ١٩٥٤ القضية رقم ٢٩٣ سنة ٢١ قضائية - تستكمل هذه الفقرة بما ورد في رقم ٢٢٦ .

الاخير للطعن فيه ، كما لا تشترط الطعن فيه بالفعل مع الطعن في الحكم الفرعى - وهذا على خلاف المادة ٣٧٨ من القانون السابق (١) .

والواقع أن صدور الحكم في الموضوع قد يغنى عن الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر قبله فتندم المصلحة في هذا الطعن . وعلى أى حال عدم جواز الطعن مباشرة بالمعارضة في الحكم الفرعى المتعلق بسير الخصومة أو باثبات الدعوى لا يسبب ضررا إذ أن هذا الحكم لا تكون له في العادة حجية الشيء المحكوم به فيجوز للمحكوم عليه أن يثير عند نظر الموضوع ما سبق أن قرره الحكم المتعلق بسير الخصومة أو باثباتها فيغنيه ذلك عن الطعن فيه بالمعارضة . انما عدم جواز الطعن المباشر قد يسبب ضررا اذا كان الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع فرعيا قطعيا أو موضوعيا لا يقبل الطعن المباشر ، ففي هذه الاحوال يجوز الطعن في هذا الحكم أو ذاك على استقلال (بعد صدور الحكم المنهى للخصومة) .

وبالنسبة للاستئناف ، القاعدة أن جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى (م ٢٢٦) ، فاذا كان الحكم في الموضوع يقبل الاستئناف فان الحكم الفرعى يقبل الاستئناف هو الآخر ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (م ٤٦) .

ومن ثم اذا رفعت دعوى امام محكمة جزئية بطلب أربعين جنيها وصدر فيها حكم باحالة الدعوى على التحقيق أو بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود أو بعدم جوازه ، أو ببطالان عمل خبير أو عمل من أعمال التحقيق أو بوقف الدعوى أو برفض طلب الوقف أو ببطالان صحيفة افتتاح الدعوى أو بصحة هذه الصحيفة ، فان الحكم في جميع هذه الاحوال لا يقبل الاستئناف شأنه شأن الحكم في الموضوع .

ويراعى أن الحكم في دعوى التزوير الفرعية أو دعوى تحقيق الخطوط الفرعية وان كان لا يعد حكما فرعيا (وانما هو حكم موضوعي) فلا يخضع

(١) كانت المادة ٣٧٨ تشترط للطعن في الحكم الفرعى بعد صدور الحكم المنهى للخصومة امام المحكمة أن يكون هذا الحكم الاخير قابلا للطعن ، وأن يطعن فيه بالفعل مع الطعن في الحكم الفرعى .

في تقدير نصاب استئنافه لقيمة الدعوى (١) الا أن القضاء يتجه الى اجازة طرح الخصومة في دعوى التزوير الفرعية (أو دعوى تحقيق الخطوط الفرعية) على محكمة الدرجة الثانية ولو لم تتجاوز قيمتها النصاب الانتهائي لمحكمة الدرجة الاولى اذا كان الحكم في موضوع الدعوى قابلا للاستئناف واذا طعن فيه بالفعل بهذا الطريق .

واذا منع المشرع استئناف حكم موضوعي ، على سبيل الاستثناء ، امتنع ايضا استئناف الاحكام الفرعية الصادرة في القضية سواء فور صدورها أو بعد الحكم في الموضوع ، ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك .

وكذلك اذا أجاز المشرع استئناف حكم موضوعي ، على سبيل الاستثناء ، فانه يجوز ايضا استئناف الاحكام الفرعية الصادرة في القضية سواء فور صدورها أو بعد صدور الحكم في الموضوع بحسب الاحوال .

٢٢٤ - النص على جواز استئناف بعض الاحكام الفرعية بصفة استثنائية : - الاحكام المستعجلة :

قد ينص المشرع على جواز استئناف الحكم الفرعي مهما تكن قيمة الدعوى . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٠ ، فقد اجازت استئناف الاحكام الصادرة في المواد المستعجلة ايا كانت المحكمة التي أصدرتها ، أي سواء اكانت صادرة من قاضي الامور المستعجلة ، أو من قاضي الموضوع أو من قاضي التنفيذ .

وهذه القاعدة مستثناة من المادة ٢٢٦ المتقدمة الاشارة اليها التي تنص على أن الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى . وقد يبدو غريبا أن يكون الحكم في الموضوع ، وهو أكثر خطورة ، غير قابل للاستئناف بينما يكون الحكم باجراء وقتي متعلق بهذا الموضوع قابلا للاستئناف ، وانما علة ذلك أن الحكم الوقتي

(١) أنظر ما قلناه في الفقرة رقم ٢١٦ واحكام النقض في هذا الصدد التي تتجه الى رأى مخالف .

يصدر بعد بحث سريع وبناء على الشواهد الاجمالية مما يقتضى أن يكون محلاً للمراجعة من محكمة أعلى (١) .

٢٢٥ - الاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص والاحالة عملاً بالمادة ٢/٤٠١ من القانون السابق (٢) :

استثنى القانون السابق (في المادة ٢/٤٠١) من القاعدة المتقدمة الاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص والاحالة وقرر جواز استئنافها مهما تكن قيمة الدعوى ، سواء أكان الحكم صادراً في دفع شكلي بعدم الاختصاص أو الاحالة أم صادراً في احالة نص عليها المشرع تحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم (٣) ما لم ينص القانون على عدم جواز استئناف حكم الاحالة كما هو الحال بالنسبة الي المادة ٥٠ .

وعلة الاستثناء المقرر في المادة ٢/٤٠١ (٤) أن الاحكام - المشار اليها فيها - تفصل في مادة دقيقة تذهب الآراء في تفسيرها الى مذاهب شتى ، كما أن الكثير من قواعد الاختصاص يتعلق بالنظام العام .

ولقد ألغى القانون الجديد هذا الاستثناء على ما قدمناه .

ومثال الاحكام المتعلقة بالاختصاص التي تقبل الاستئناف مهما تكن قيمة الدعوى ، تلك التي تصدر في الدفع المبني على أن الدعوى تتضمن طلبات متعددة ناشئة عن سبب واحد فيجب جمع بعضها الى البعض الآخر ،

(١) راجع محضر الجلسة الثانية والعشرين من محاضر لجنة وضع مشروع قانون المرافعات .

(٢) رأينا الإبقاء على هذه الدراسة ، على الرغم من إلغاء القاعدة التي كانت مقررة في المادة ٢/٤٠١ لاحتمال الافساده منها في منازعات ما زالت قائمة ، أو في صدد بعض التشريعات العربية .

(٣) اذا اتفق الخصوم على الاحالة ، فلا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيها متى صح هذا الاتفاق عملاً بالمادة ١١١ نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٥٥ القضية رقم ٢١٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) انظر في تطبيق القاعدة نقض ١٠ فبراير ١٩٥٥ القضية ١٣ سنة ٢٢ قضائية .

والدفع المبني على أن الدعوى رفعها متعددون على مدعى عليه بسند واحد فيجب ضم طلبات بعضهم الى طلبات بعض الباقيين ، والدفع المبني على أن الدعوى يجب أن تقدر على أساس آخر غير الذي على موجه قدر المدعى قيمة دعواه كأن تكون الدعوى متضمنة طلب الحكم بصحة عقد الإيجار فلا يقدرها رافعها بقيمة الاجرة عن مدة الإيجار كلها ، والدفع المبني على أن المدعى لم يضيف الى قيمة الطلب الاصلى ما يجب أن يضاف اليها من الملحقات التي طلبها فعلا .

ومثال الاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص التي تقبل الاستئناف أيضا مهما تكن قيمة الدعوى تلك التي تصدر في الدفع بعدم ولاية المحاكم فيما هي ممنوعة من القضاء فيه ، والاحكام الصادرة في الدفع بتعلق موضوع الدعوى بأعمال السيادة ، والاحكام الصادرة بوقف الدعوى حتى يصدر الخصم حكما نهائيا من القاضي المختص اختصاصا متعلقا بالوظيفة ، أو نوعيا في المسألة الاولى التي تفرعت من النزاع الاصلى ، والاحكام الصادرة في الدفع بعدم الاختصاص المحلى .

ويجوز استئناف الحكم سواء كان صادرا بالاختصاص أو بعدم الاختصاص ، وسواء كان ذلك القضاء صريحا أم ضمنيا . ويعتبر الحكم في الموضوع مشتملا على قضاء في الاختصاص كلما كانت مسألة الاختصاص قائمة في الخصومة ، سواء أثارها الخصوم أنفسهم في الوقت المناسب أم كان الاختصاص من النظام العام (١) . وكذلك يعتبر الحكم أنه صادرا في مسألة الاختصاص اذا قضى في مسألة عدم جواز ابداء الدفع بعدم الاختصاص لاي سبب من الاسباب (٢) فلا يلزم أن يكون متعلقا بصميم مسألة الاختصاص بل يكفي أن يكون في مسألة عارضة تتعلق بها ، كما اذا صدر في الدفع بعدم قبول الدفع بعدم الاختصاص للدلاء به بعد الميعاد أو لانتفاء الصفة .

(١) نقض ١٤ فبراير ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٢٤٧ ونقض ٢٩ يناير ١٩٥٩ السنة ١٠ ص ١٠١ .

(٢) حامد فهمي والدكتور محمد حامد فهمي «النقض في المواد المدنية والتجارية» رقم ٢٣٣ .

وبناء على ما تقدم يجوز الطعن بالاستئناف في الاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص والاحالة ولو كانت قيمة الدعوى الصادر فيها الحكم لا تتجاوز النصاب الانتهائي لمحكمة الدرجة الاولى المعروض عليها النزاع .
انما يلاحظ أن الحكم الذي لا تنتهي به الخصومة أمام المحكمة لا يقبل الاستئناف المباشر ، انما يجوز استئنافه بعد صدور الحكم في الموضوع .
فاذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر موضوع الدعوى ، أو بنظر بعض الطلبات جاز الطعن فيه بالاستئناف فور صدوره . أما اذا صدر الحكم باختصاص المحكمة أو برفض احالة الدعوى الى محكمة أخرى فلا يجوز الطعن بالاستئناف الا بعد صدور الحكم في الموضوع لان صدور الحكم في الموضوع قد يفنى المحكوم عليه بالحكم الفرعى من الطعن فيه فور صدوره .

وعلى الرغم من أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض لمسألة الاختصاص أو الاحالة يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم الاختصاص أو الاحالة ، فالمرجع استلزم أن تصدر المحكمة في هذه المسائل قضاء صريحا . انما اذا لم تقض المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص بقضاء صريح بأن قضت في الموضوع دون التعرض للدفع ، فان الحكم في الموضوع يعتبر مشتملا على قضاء ضمنى برفض الدفع بعدم الاختصاص مما يجيز للمحكوم عليه الطعن في الحكم المتعلق بالاختصاص . كذلك الحال اذا كان عدم اختصاص المحكمة من النظام العام ولم يدفع المدعى عليه بعدم اختصاصها وقضت هي في الموضوع دون أن تنبه الى ذلك ، فمن الجائز الطعن في حكمها المشتمل على قضاء ضمنى باختصاصها بنظر الدعوى .

هذا وعلى الرغم من أن مفهوم نص المادة ٢/٤٠١ من القانون السابق يفيد أن مجال الاستثناء فيها عندما يكون المشرع قد منع استئناف الحكم في الموضوع نظرا لقيمته . وليس نظرا لنوعه - الا أن الملاحظ أن المشرع ما أجاز استئناف الاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص والاحالة بصفة استثنائية الا تأسيسا على أنها مسائل دقيقة يتشعب الراى بصدها مما يستوجب أن يكون للخصوم دائما فرصة استئناف الحكم الصادر فيها ، وهذه المحكمة تتوافر في جميع الاحوال سواء أكان الحكم في الموضوع لا يقبل

الاستئناف نظرا لقيمته أم نظرا لنوعه ، وبعبارة أخرى منع استئناف حكم في موضوع ما نظرا لنوعه ، لا يمنع من توافر علة ، وحكمة استئناف الحكم الصادر في مسألة الاختصاص أو الاحالة قبل نظر ذلك الموضوع (١) .

٢٢٦ - الطعن في الاحكام الفرعية بالنقض أو التماس اعادة النظر :

يشترط لقبول الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ذات الشروط المقررة للطعن في الحكم في الموضوع من حيث وصف الحكم والمحكمة التي أصدرته . ويستوى أن يكون الحكم الفرعي الصادر من محكمة المباشرة (٢) ، أو غير قابل له ، وبالتالي الحكم الفرعي الصادر من محكمة ابتدائية في استئناف حكم من محكمة جزئية ، لا يقبل الطعن بالنقض ، لأن الحكم في الموضوع لا يقبله عملا بالمادة ٢٤٨ ، والحكم الفرعي الصادر من محكمة ابتدائية في دعوى قيمتها ألف جنيه ، لا يقبل الطعن بالتماس اعادة النظر ، لأن الحكم في موضوع هذه الدعوى لا يقبله لقابليته للاستئناف ، ولوجوب استنفاد طرق الطعن العادية بصدده .

وعلى هذا المعنى يجب أن تفسر القاعدة التي تشترط للطعن في الاحكام الفرعية بطريق ما قابلية الحكم في الموضوع للطعن فيه بذات الطريق (٣) .

ويجب لقبول الطعن بالنقض أو التماس اعادة النظر في الاحكام التي لا يقبل الطعن المباشر أن يطعن فيها بعد صدور الحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة عملا بالمادتين ٢١٢ ، وباستثناء الاحكام الفرعية التي يجب لقبول الطعن فيها أن يكون مصحوبا بالطعن في الحكم المنهى للخصومة (٤) .

(١) انظر في تأييد وجهة النظر هذه نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ القضية رقم ٣١٦ سنة ٢١ قضائية ، والحكم قد صدر بصدد الدعاوى التي تختص بها دائرة المساكن عملا بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، والتي منع المشرع صراحة الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن .

(٢) يجوز الطعن على استقلال بطريق التماس اعادة النظر في الاحكام الوقتية وإن كانت حجيتها مؤقتة (قارن فتحي والى رقم ٣٦٢) ، وإن كنا نرى أن من مصلحة الطاعن أن يجدد دعواه الوقتية طالبا الغاء الحكم الوقتي أو تعديله بسبب تغير الظروف التي بني عليها الحكم - والتي هي في تقديره سبب الالتماس .

(٣) تراجع الفقرة رقم ٢٢٣ .

(٤) تراجع الفقرة رقم ٢٤١ - الظالة الخامسة .

ومن ناحية أخرى ، المطاعن التي تشوب الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لا يجوز الطعن بها في الحكم الصادر في الموضوع ، فعند النظر في شروط قبول طريق من طرق الطعن غير العادية ، يجب مراعاة ذلك في كل حكم على حدة أو في كل جزء من أجزاء الحكم في نفس الدعوى ، وكون الحكم معيبا بما يستوجب نقضه لا يؤثر على حكم آخر ، إلا إذا كان الحكم الثاني مترتبا على صدور الحكم الأول (١) . فنقض الحكم لا يترتب عليه الغاؤه هو فحسب بل يتعداه الى جميع الاحكام اللاحقة له متى كان هو اساس لها وترتبت هي عليه (٢) .

ويجوز الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع وحده بعد صدور الحكم في الموضوع ولو كان الاخير لم توجه اليه مطاعن ، بشرط أن يكون الغاء الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع يستتبع الغاء الحكم في الموضوع لاعتماد الاخير على قيام الحكم الصادر قبله (٣) . ويجب أن ينص في تقرير الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع على طلب الغاء الحكم في الموضوع نتيجة لالغاء الاول ، وذلك حتى يقبل الطعن وحتى يصدر القضاء من محكمة النقض صريحا قاطعا لكل شك في اثر نقض الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع . وإذا لم يكن الغاء الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع يستتبع الغاء الحكم في الموضوع فلا يقبل الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لعدم توافر شرط المصلحة (٤) .

(١) جارسونيه ٦ رقم ٣٥٧ ص ٣٢ وريترتوار دالوز (الملحق الصادر سنة ١٩٣٨ باب النقض رقم ٣٧٧ - ٤ ص ٢١٧ ونقض ٢١ يولية ١٩٢٥ (دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٢) وفای رقم ٢٦٥ وتسييه ص ٥٢٣ هامش رقم ١ وحامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٣٤٢ وما يليه .

(٢) (٣) إذا نقض الحكم الصادر بجواز الاثبات بشهادة الشهود ، بطلب اجراءات التحقيق وبطل الحكم الصادر في الموضوع تأسيسا على تلك الاجراءات (نقض فرنسي ١٥ أبريل ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٢٤٥ ونقض ٥ يولية ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٦٨) . وببطل الحكم باعتماد تقرير الخبير واعماله متى نقض حكم ندبه لاداء تلك الاعمال (نقض ٢٥ يولية ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٤٧٥ ونقض ١٨ فبراير ١٨٩١ سريه ٩١ - ١ - ٢٥٥) .

(٤) تراجع الفقرة رقم ٢٢١ من هذا الكتاب ، ثم الفقرة رقم ٣٥٥ .

ولم يقر المشرع في الطعن بالنقض قاعدة تشابه القاعدة المقررة في المادة ٢٢٩ التي تفيد ان استئناف الحكم في الموضوع يستتبع استئناف الاحكام الصادرة قبله ، فلا يطرح أمام محكمة النقض الا الاحكام التي طعن فيها (١) ، فالطعن في الحكم في الموضوع لا يتضمن الطعن في الاحكام الصادرة قبله ما لم ينص على هذا الطعن ، او كان بحث الطعن في الموضوع يستتبع حتما بحث احكام اخرى صادرة قبل الفصل في الموضوع .

وجدير بالذكر أن الطعن بالنقض جائز في الاحكام المستعجلة - كاصل عام - متى توافرت شروط الطعن عملا بالقواعد العامة (٢) .

اما الحكم الوقتي الصادر من محكمة الموضوع ، فهو اذ يعد من الاحكام الفرعية يخضع لنص المادة ٢١٢ فيقبل الطعن المباشر بطريق النقض - شأنه شأن أى طريق آخر من طرق الطعن ، وانما يلاحظ أنه لا يقبل الطعن الا اذا كان صادرا من محاكم الاستئناف (م ٢٤٨) .

وقد قضت محكمة النقض في ظل القانون السابق - بأن احكام القضاء المستعجل في مسألة اختصاصه تعد صادرة في مسألة اختصاص بحسب نوع القضية مما يجوز الطعن فيها بطريق النقض عملا بالمادة العاشرة من قانون انشاء محكمة النقض أو المادة ٤٢٥ م من القانون السابق (٣) .

٢٢٧ - استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع استئناف جميع الاحكام الصادرة في القضية :

تنص المادة ١/٢٢٩ على ان استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الاحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قبلت صراحة ، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة ٢٣٢ .

واصل المادة المتقدمة هو المادة ٣٦٢ من القانون الاهلى الذي انفرد بالنص على ان استئناف الحكم الصادر في أصل الدعوى يترتب عليه حتما

-
- (١) راجع نقض ٢٧ أكتوبر ١٩٥٥ القضية رقم ٩٥ سنة ٤٢ قضائية .
 (٢) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٥٥ - القضية رقم ١٦٥ سنة ٢٢ قضائية .
 (٣) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ القضية رقم ٤٨ سنة ١٩ قضائية .

استئناف جميع الاحكام التحضيرية او التمهيدية التي سبق صدورها في الدعوى ما لم تقـرر المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف ان طالب الاستئناف قبل تلك الاحكام قبولا صريحا . والقاعدة المتقدمة لم يكن لها نظير في القانون المختلط ، ولذلك قضت محكمة الاستئناف المختلط بأن استئناف الحكم في الموضوع لا يتضمن استئنافا عن الحكم التمهيدى الذى سبق ذلك الحكم (١) . وبذا نرى أن القانون الاهلى قد منح صاحب المصلحة في استئناف الحكم التمهيدى ثلاث فرص لرفع الاستئناف منه ، فأجاز له استئنافه وحده مباشرة وأجاز له استئنافه مع الحكم في الموضوع ، وأعتبر أخيرا أن استئناف الحكم في الموضوع يتضمن حتما استئناف ذلك الحكم (٢) الا اذا قبله صراحة .

وبلاحظ أن قانون المرافعات الجديد قد قصر جـواز الطعن المباشر على بعض الاحكام التي كانت تقبل الطعن المباشر في ظل القانون السابق ، فلم يعد قابلا للطعن المباشر من الاحكام الفرعية الا الاحكام الصادرة بوقف الدعوى والاحكام المستعجلة والوقائية ، بينما لم تعد الاحكام الموضوعية الصادرة قبل الحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة قابلة للطعن المباشر الا اذا كانت قابلة للتنفيذ الجبرى (م ٢١٢) . وبالتالي ، فقد اتسع نطاق الاحكام التي تعتبر مستأنفة مع استئناف الحكم المنهى للخصومة ، واصبحت شاملة للاحكام المتقدمة .

وبعبارة أخرى ، تكمل المادة ١/٢٢٩ ، ما تقرره المادة ٢١٢ . وكانت المادة ٤٠٤ من القانون السابق - هي الاخرى - تكمل ما ورد بالمادة ٣٧٨ منه . ولما كانت المادة ٣٧٨ تجيز الطعن المباشر في الاحكام الصادرة في شق

(١) استئناف مختلط ١٣ مارس ١٨٩٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص

(٢) أنظر في أعمال المادة المتقدمة استئناف القاهرة ٨ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٧ ص ١٧ ونقض ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ ص ٣٠ واسيوط الابتدائية ٢٥ فبراير ١٩٤١ المحاماة ٢٣ ص ٩٨ ونقض ٧ مارس ١٩٤٦ ملحق مدنى رقم ١ المحاماة ٢٧ ص ٣٤٧ .

من الموضوع ، فقد كانت المادة ٤٠٤ يقتصر نطاقها على الاحكام الفرعية وحدها ، دون الاحكام الصادرة في شق من الموضوع .

ولقد اختلف الراى في ظل القانون السابق في شأن اعتبار الاحكام الفرعية - التى تقبل الطعن المباشر والتى لم تستأنف فور صدورها - مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم في الدعوى أو غير مستأنفة معه . وكان الراى الراجع يذهب الى اعتبارها غير مستأنفة ، على تقدير أن المادة ٤٠٤ من القانون السابق ، انما كانت تكمل المادة ٣٧٨ منه ، وأن ما كان يقبل الطعن المباشر من الاحكام الفرعية عملا بالمادة ٣٧٨ لا يعتبر مستأنفا بمقتضى المادة ٤٠٤ . واذن كان على المحكوم عليه الطعن فور صدور الاحكام الفرعية التى تقبل الطعن المباشر (أى في ميعاد الطعن فيها الذى يبدأ من تاريخ صدورها أو اعلانها حسب الاحوال) ، واستئناف الحكم المنهى للخصومة لا يطرح استئناف هذه الاحكام (١) . اما الاحكام الصادرة في شق من الموضوع فقد كانت تخرج عن نطاقه المادة ٤٠٤ على ما قدمناه ، وكان يجب التشكى منها في الحال ، وفور صدورها .

ولم تحسم هذا الخلاف المادة ١/٢٢٩ الجديدة ، وكان يجب على المشرع أن يشترط حتى تعتبر الاحكام مستأنفة عملا بالمادة ١/٢٢٩ ألا تكون من الاحكام التى تقبل الطعن المباشر . ولا مفر من استثناء الاحكام التى تقبل الطعن المباشر من حكم المادة ١/٢٢٩ ، على الرغم من عموم نصها ، وعلى الرغم من أن تفويت ميعاد الطعن في الحكم لا يعتبر بمثابة قبول صريح له مانع من اعتباره مستأنفا بقوة القانون عملا بهذه المادة . ويشمل هذا الاستثناء الاحكام الفرعية التى تقبل الطعن المباشر ، والاحكام الموضوعية القابلة للتنفيذ الجبرى (م ٢١٢) .

ويلاحظ أيضا ، أن المشرع قد استبدل بعبارة «الحكم في موضوع الدعوى» في المادة ٤٠٤ من القانون السابق عبارة «الحكم المنهى للخصومة» في المادة ١/٢٢٩ الجديدة . وهذه العبارة الاخيرة تحقق مقصود المشرع في

(١) نقض ١٩٦٩/١/٧ - ٢٠ - ٤٥ ونقض ١٩٧٠/٢/٢٩ - ٢١ - ٢١٣
ونقض ١٩٧٠/٣/١٢ - ٢١ - ٤٢٥ ونقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - ٢١ - ٣٣٧ .

جميع الاحوال ، فقد تنقضى الخصومة امام المحكمة دون حسمها للنزاع .
وهذا ما كنا ننادى به في الطبعة السابقة من هذا الكتاب .

ويلاحظ أخيراً أن نص المادة ٢/٢٢٩ مقصور على الاستئناف (١) ،
وإن كانت لنا ملاحظات بشأن جواز اعمال المبدأ المقرر فيها بصدد الطعن
بالنقض ، ندرسها في الباب الاخير من هذا الكتاب (٢) .

٢٢٨ - شروط اعمال المادة ١/٢٢٩ :

(١) أن يستأنف الحكم الصادر في الدعوى - أى الحكم الذى تنتهى به
الخصومة أمام المحكمة بإجراء صحيح .

(٢) ألا يكون الحكم الفرعى أو الحكم الصادر فى شق من الموضوع قد
سبق استئنافه ، وصدر حكم فى موضوع هذا الاستئناف .

(٣) ألا يكون الحكم المتقدم قد قبل صراحة .

ومتى توافرت الشروط المتقدمة فإن جميع الاحكام الصادرة فى القضية
تعد مطروحة فى الاستئناف بشرط (١) أن تكون صادرة بين أطراف
الخصومة فى الاستئناف . ولا حاجة بعدئذ للنص بصفة خاصة فى صحيفة
الاستئناف على استئناف هذه الاحكام ، واغفال ذكرها فى هذه الصحيفة
لا يعتبر قبولا لها يمنع من طلب الغائها (٢) ، لأن المادة ١/٢٢٩ هى وجدها
التي تطرح استئناف هذه الاحكام بقوة القانون .

وفيما يلى تفصيل لما تقدم :

(١) يشترط حتى تعد الاحكام المتقدمة مطروحة فى الاستئناف أن
يستأنف الحكم المنهى للخصومة بإجراء صحيح ، ويقصد بذلك الحكم

(١) نقض ١٩٦٦/١١/٢٦ - ١٧ - ٢٨ .

(٢) فى الفقرة رقم ٤٤٧ ، من هذا الكتاب .

(٣) نقض ١٩٦٩/٤/٢٣ - ٢٠ - ٦٦٢ ونقض ١٩٣٥/٤/٢٥ المحامة
١٥ ص ٤٢٢ فى صدد المادة ٣٦٢ من القانون الاهلى المقابلة للمادة ١/٢٢٩
من القانون الجديد . ملخص هذا الحكم فى الفقرة رقم ٣٦٣ من هذا الكتاب .

الصادر في موضوعها ، أو على وجه العموم الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمام المحكمة ، ومن ثم اذا صدرت احكام فرعية باختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، أو برفض أحالتها ، أو برفض الدفوع ببطلان صحيفتها ، أو بجواز اثباتها قانونا بشهادة الشهود ، أو باحالة الدعوى على التحقيق لاثباتها بأى طريق من طرق الاثبات ، ثم صدر حكم أنهى الخصومة أمام المحكمة دون أن يحسم النزاع على أصل الحق - كالحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن أو باسقاطها عملاً بالمادة ١٣٤ وما يليها ، أو بانقضائها بالتقدم عملاً بالمادة ١٤٠ - فان استئناف الحكم الاخير يطرح الاحكام الفرعية السابقة . وهذا يحقق مقصود المشرع من المادة ٢٢٩ ، فالمذكرة التفسيرية للقانون السابق لها تقول فيما تقوله عنها . . . بحيث يجوز للمستأنف عليه أن يشير كل ما كان قد أبداه من دفوع ووجوه دفاع أمام الدرجة الاولى بدون حاجة الى استئناف الاحكام الصادرة برفضها قبل الفصل في الموضوع . . .

ونتساءل هل الاستئناف المباشر للحكم الصادر في شق من الموضوع والقابل للتنفيذ الجبرى يستتبع حتما استئناف الاحكام التى سبق صدورها فى القضية . وبعبارة أخرى ، هل يقتصر حكم المادة ١/٢٢٩ على الاحكام التى تنهى كل الخصومة أمام المحكمة ، أم يجوز ان تعد مستأنفة تلك الاحكام الفرعية الموضوعية التى لا تقبل الطعن المباشر ، والتى تكون قد صدرت قبل صدور الحكم فى شق من الموضوع - القابل للتنفيذ الجبرى والقابل للاستئناف المباشر عملاً بالمادة ٢١٢ - أو معه ، - كالحكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، أو الحكم برفض الدفع بعدم القبول ، أو برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ، أو الحكم بجواز اثبات الدعوى بشهادة الشهود أو بعدم جوازه قانونا . . .

نرى أن حكمة التشريع تتطلب اعتبار الاحكام المتقدمة مستأنفة بقوة القانون عند استئناف الحكم الصادر فى شق من الموضوع القابل للتنفيذ الجبرى ، اذ لا يحقق الاستئناف المباشر لهذا الحكم مقصوده ما لم تنتقل إلى محكمة الدرجة الثانية الخصومة بأسانيدھا القانونية وأدلتھا الواقعية ، فتبتدأه ما يرد فى الحكم المستأنف - وما سبقه من احكام مهدت لصدوره ، أو بنى هو عليها - من اخطاء مآدبة ، وتقضى على موجب الوجه الصحيح .

وكذلك ، تطبق ذات القاعدة ، عند الاستئناف المباشر للاحكام الوقتية الصادرة بوقف الدعوى . وكثيرا ما يكون الحكم الوقتي أو الصادر بوقف الدعوى معتمدا على قضاء قبله باختصاص المحكمة بنظر الدعوى ، أو برفض الدفع بطلان صحيفتها ، أو برفض الدفع بعدم قبولها . . . الخ ، فتتطلب مراعاة استكمال الدفاع اثاره كل هذه الدفوع على ما قدمناه .

ويمتد تطبيق المادة ٢٢٩/١ الى الاستئناف المقابل ايضا . فقد يسقط الاستئناف الاصلى ، لاي سبب من الاسباب ، أو يحكم باعتباره كان لم يكن ، دون أن يؤثر ذلك على الاستئناف المقابل اذا لم يكن فرعيا ، وعندئذ يرتب هذا الاستئناف ما يرتبه الاستئناف الاصلى عملا بالمادة ٢٢٩/١ .

اما عند قيام الاستئناف المقابل مع الاستئناف الاصلى ، فلا يضيف هذا الاستئناف المقابل جديدا بالنسبة لآثاره على الاحكام الصادرة قبله ، اذ تعتبر هذه مستأنفة من قبل بقوة القانون بمقتضى الاستئناف الاصلى ، ولو كانت صادرة لمصلحة المستأنف الاصلى - كما سنرى .

واذا استؤنف الحكم المنهى للخصومة في شق منه فقط ، فلا يطرح هذا الاستئناف بقوة القانون الا استئناف الاحكام المتعلقة بهذا الشق - أي الاحكام التي لا يتصور قيام الحكم المستأنف بدونها ، ولو كانت هذه الاحكام تخدم النصم المنهى للخصومة بأكمله ، كالحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص ، أو رفض الدفع بعدم قبول الدعوى أو بطلان صحيفتها . . . الخ .

واذن ، ومن كل ما تقدم ، نبيّن أن المادة ٢٢٩/٢ يمتد تطبيقها : (١) عند الاستئناف المباشر لحكم في شق من الموضوع يقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ . (٢) عند الاستئناف المباشر للاحكام الفرعية التي تقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ . (٣) في الاستئناف المقابل . (٤) عندما يقتصر الاستئناف على شق فقط من الحكم المنهى للخصومة برمتها .

ويشترط بداهة ، لاعتبار الاحكام الصادرة اثناء نظر الدعوى مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهى للخصومة أن يحكم بقبول هذا الاستئناف شكلا . أما اذا حكم بعدم قبوله شكلا أو بطلان صحيفته ،

أو باعتباره كان لم يكن أو بسقوطه ، أو اذا انقضت الخصومة فيه لاي سبب من الاسباب ، دون تناول الموضوع للفصل فيه ، ترتب على ذلك انقضاء الاستئناف عن الاحكام المتقدمة بقوة القانون ، فاستئناف هذه الاحكام يترتب بقوة القانون بمجرد اقامة الاستئناف عن الحكم المنهى للخصومة ، ويزول ايضا بقوة القانون بمجرد زوال هذا الاستئناف .

(٢) يشترط ثانيا ألا تكون الاحكام الفرعية أو الموضوعية قد سبق استئنافها من ذات الخصم المستأنف أو خصمه (١) ، والا يكون قد صدر حكم في هذا الاستئناف ، لان القاعدة أنه لا يجوز رفع استئنافين عن حكم واحد ، فالحكم الصادر في الاستئناف الاول يحوز قوة الشيء المحكوم به ، فمن تشكى من حكم ورفع عنه استئنافا صدر حكم فيه ، لا يملك من جديد طرح موضوعه على المحكمة الاستئنافية .

ومثال الاحوال المتقدمة أن يستأنف فور صدوره حكم في شق من الموضوع يقبل التنفيذ الجبري ، فهذا الاستئناف يطرح بقوة القانون استئناف الاحكام الصادرة قبله عملا بالمادة ١/٢٢٩ ، وعلى ما قدمناه ، وعندئذ ، وعند استئناف الحكم المنهى للخصومة لا يطرح هذا الاستئناف استئناف تلك الاحكام التي سبقت صدور الحكم في شق من الموضوع .

انما يلاحظ أن الحكم بعدم قبول الاستئناف المباشر (عملا بالمادة ٢١٠٢) عن حكم لا يقبل الطعن المباشر ، لا يمنع من اعتبار هذا الحكم مستأنفا بقوة القانون عند استئناف الحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة .

(٣) تنص المادة ١/٢٢٩ على أن استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الاحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة (٢) . ويستنتج من هذا النص أن تنفيذ هذه الاحكام اختيارا دون تحفظ لا يفيد قبولها ، ولا يمنع من اعتبارها مستأنفة ، وذلك

(١) نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٥٤ المحاماة ٢٥ ص ١٦٦٣ .

(٢) سوف ندرس فيما بعد على وجه التفصيل القبول المانع من الطعن في الاحكام .

لان تنفيذها واجب حتما بنص القانون دون توقف على رضا الخصوم (١) ، كما أن المحكوم عليه فيها لا يملك استئنافها مباشرة . مع ملاحظة أنه اذا صدر اثناء نظر الدعوى حكم موضوعي يقبل التنفيذ الجبري ، وجب استئنافه مباشرة عملا بالمادة ٢١٢ ، وتنفيذه اختيارا يسقط الحق في الطعن فيه - كما سنرى . ولا يعتبر مستانفا مع استئناف الحكم المنهى للخصومة . وكذلك الحال بالنسبة الى الاحكام الفرعية التي تقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ وهي الاحكام الوقتية والمستعجلة والاحكام الصادرة بوقف الدعوى ، فهذه لا تعتبر مستأنفة مع استئناف الحكم المنهى للخصومة ، ويجب الطعن فيها فور صدورها (٢) .

ويقاس طريق الطعن بالنقض - في هذا الخصوص - على الاستئناف ، لان الامر بالنسبة الى كليهما من هذه الناحية يؤول الى ما اذا كان تنفيذ الحكم يعتبر قبولا له أو لا يعتبر ، والمادة ١/٢٢٩ تقطع بأن تنفيذ الحكم لا يعتبر بذاته قبولا له مانعا من اعتياده مطعونا فيه مع الطعن في الحكم في الموضوع .

وبطبيعة الحال ، لا يجوز الطعن مباشرة بالنقض أو التماس اعادة النظر في الاحكام التي تقبل الطعن المباشر بعد تنفيذها اختيارا دون تحفظ .

ويستنتج من نص المادة ١/٢٢٩ أيضا ان مجرد حضور الجلسات

(١) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ القضية رقم ١٢٢ سنة ٢١ قضائية .

ونقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٣٣١ سنة ٢٠ قضائية - راجع في مضمون هذا الحكم الفقرة رقم ٤٢٢ ونقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ القضية رقم ٣٢٧ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ٢٠ ديسمبر ١٩٥١ القضية رقم ٨٤ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نقض ١٩٦٦/٢/٢٦ - ١٧ - ١٨ ونقض ١٩٦٦/١/٧ - ٢٠ - ٤٥ ونقض ١٩٧٠/١/٢٩ - ٢٢ - ٢١٣ ونقض ١٩٧٠/٣/١٢ - ٢١ - ٤٢٥ ونقض ١٩٧٠/٢/٢٦ - ٢١ - ٣٣٧ ونقض ١٩٥٨/١١/٦ - ٩ - ١٢٠ - وقضت محكمة النقض في هذه الاحكام بأن المادة ٤٠٤ من القانون السابق انما تكمل المادة ٣٧٨ منه ، فما يقبل الطعن المباشر من الاحكام عملا بالمادة ٣٧٨ لا يعتبر مستانفا بقوة المادة ٤٠٤ .

والرافعة في الموضوع لا يعد قبولاً للاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص (١) ، أو الحكم بعدم جواز الاثبات بشهادة الشهود ، ولا يمنع من استئنافها مع الحكم في الموضوع .

ويعتبر القانون الايطالي أن مجرد حضور الجلسة الى تتبع اعلان الحكم الذي ينهى الخصومة ، دون أن يتحفظ الخصم صراحة يعد قبولاً له ، ويسقط بالتالي حقه في الطعن في هذا الحكم مع الطعن في الحكم في الموضوع (انظر المادة ٢٤٠ في الاستئناف والمادة ٣٦١ في الطعن بالنقض) .

وتنص المادة ٢/٤١٠ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أن تنفيذ الحكم تنفيذاً اختيارياً دون تحفظ يعتبر قبولاً له ما دام الحكم لا يقبل التنفيذ الجبري .

٢٢٨ م - وجوب عدم الخلط بين قواعد الاثبات التي لا تتعلق بالنظام العام وبين قبول الاحكام الصادرة بها :

قضت محكمة النقض بأن قواعد الاثبات لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها ، فإذا طلب أحد الخصوم اثبات حقه بالبينة ، وسكت الخصم الآخر عن التمسك بالدفع بعدم جواز هذا الاثبات ، ولم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالاحالة على التحقيق ، فإن ذلك يعد قبولاً منه لجواز الاثبات بالبينة ولا محل للتحدي في هذا المقام بنص المادة ١/٢٢٩ ، اذ لا ارتباط بين الحالتين فسقوط الحق في

(١) قضت محكمة النقض انه يشترط في القبول الضمني لحكم أن يكون بقول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة لا تحتمل الشك على ترك الحق في الطعن فيه . فلا يصح أن يستخلص قبول المحكوم عليه الحكم القاضي باحالة الدعوى على الدائرة المختصة بقضايا الاجارات من مجرد مرافعته أمام محكمة الاحالة في هذه الدعوى اذ هذا الحكم واجب النفاذ قانوناً (نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ٢٠٦ سنة ١٩ قضائية) .

وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض ٨ فبراير ١٩٥١ القضية رقم ١٤٤ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٢ فبراير ١٩٥١ القضية رقم ١٣ سنة ١٩ قضائية .

الدفع بعدم جواز الاثبات بالبينة لعدم التمسك به في الوقت المناسب ليس من نتائجه عدم جواز استئناف الحكم الصادر بالتحقيق ، ذلك أن رفض الدفع في هذه الحالة لا يترتب عليه الا تثبيت مبدأ جواز الاثبات بالبينة في الدعوى ، أما الحكم في ذاته فانه يبقى جائز الاستئناف في خصوص الاجراءات المتعلقة به أو المترتبة عليه ما لم يكن قد قبل صراحة (١) .

ونقول في التعليق على هذا الحكم أن المادة ٦٠ من قانون الاثبات تنص على أنه في غير المواد التجارية ، اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيها أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وواضح من النص المتقدم انه يتطلب اتفاقا ، ولا يمكن أن يعد سكوت خصم عن التمسك بعدم جواز الاثبات بالبينة في بدء التحقيق هو الاتفاق المعنى في المادة ٤٠٠ (راجع في تأويل السكوت الى قبول المادة ٩٨ من القانون المدني) ، ثم ان الدفع بعدم جواز الاثبات بالبينة يعد دفعا موضوعيا (لان الدفع الموضوعي قد يتصل بواقع الدعوى وقد يتصل بارساء القاعدة القانونية على هذا الواقع وقد يتصل بتغير ذات القاعدة القانونية) ، والقاعدة بصدد هي جواز ابدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف ، ولا يسقط دفع موضوعي لتقديم دفع موضوعي آخر عليه ، ومما لا شك فيه أن مستأنف الحكم باحالة الدعوى على التحقيق يهدف الى الغاء هذا الحكم واهداره ، والمشرع قد خول له هذا في المادة ٢٢٩/١ والمادة ٢١٢ (بعد صدور الحكم في الموضوع) ، أما اذا كان يبتغي التمسك ببطالان اجراءات

(١) نقض ١٤ ابريل ١٩٥٥ - القضية رقم ٤٥٠ سنة ٢١ قضائية .
وراجع في هذا المعنى ايضا نقض ١٠ فبراير ٥٥ طعن رقم ١٢٤ سنة ٢٢ ق
و ٧ ابريل ١٩٣٨ طعن رقم ٥٦ سنة ٧ ق - ويراجع ايضا نقض ٧٣/٤/٢٤ - ٢٤ - ٦٦٧ .

= في عدم تعلق قواعد الاثبات بالنظام العام وفي عدم جواز النص لأول مرة
في النقض بنقل الحكم المطعون فيه لعبء الاثبات نقض ١١/٣/١٩٧١ - ٢٢ -
٢٨٩ ونقض ١٩٧١/١/٥ - ٢٢ - ٣ ونقض ١٩٧١/١٢/٩ - ٢٢ - ١٠٠٨ -
ونقض ١٩٧١/٢/٢٥ - ٢٢ - ٢١٧ .

تمت بصدد الاثبات بشهادة الشهود ، فان التمسك بهذا البطلان يكون على نحو آخر وعلى أساس آخر من القانون (راجع المادة ٢٢١) . وعلى أى حال فان التمسك ببطلان هذه الاجراءات لا يعد استثناء للحكم الصادر بالاحالة على التحقيق ، ومن ثم تكون عبارة حكم محكمة النقض محل نظر ، كذا المبدأ الذى انتهى اليه .

وانما يلاحظ أن مناقشة الشاهد من جانب الخصم يعد قبولا ضمنيا لجواز الاثبات بالبينة فيما يزيد قيمته على عشرين جنيها .

٢٢٩ - الأحكام التى تعتبر مستأنفة عملا بالمادة ١/٢٢٩ :

متى توافرت الشروط المتقدمة فان جميع الاحكام الصادرة فى القضية تعد مطروحة فى الاستئناف ، مع ملاحظة ما يلى :

(١) تعتبر مستأنفة بمقتضى المادة ١/٢٢٩ الاحكام الفرعية سواء اكانت قطعية أو غير قطعية ، وسواء اكانت متعلقة بسير الدعوى أو اثباتها ، مع الاعتداد بالشروط المتقدمة دراستها .

وتعتبر مستأنفة أيضا بمقتضى المادة ١/٢٢٩ الاحكام المؤسسية ، الصادرة فى شق من الموضوع ، والتى لا تقبل الطعن المباشر عملا بالمادة ٢١٢ ، كالحكم بمسئولية أحد الخصوم وندب خبير ، أو الحكم بتكييف عقد محل نزاع بين الخصوم ...

مع ملاحظة ما تقرره المادة ١/٢٢٩ من وجوب مراعاة ما نصت عليه المادة ٢٣٢ التى تنص على أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط . ومعنى هذا أن الاستئناف مرتبط بمصلحة المستأنف فقط ، بحيث يجب ألا يضار من استئنافه ، ما لم يرفع خصمه استئنافا فرعيا .

والاصل أنه لا يصح أن تعد مستأنفة الا الاحكام الصادرة على المستأنف اذ لا يجوز أن يفيد من الاجراء الأمن بشاره ، ولكن المذكرة التفسيرية للقانون السابق تقول (١) « أن استئناف الحكم فى موضوع الدعوى يترتب

(١) وتؤكد هذا القول أيضا المذكرة التفسيرية للقانون الجديد .

عليه طرح النزاع في كل ما قضت فيه الاحكام القطعية والاحكام المتعلقة باجراءات اثبات ونحوها مما سبق صدوره في القضية ولو كانت هذه الاحكام قد صدرت لمصلحة المستأنف بحيث يجوز للمستأنف عليه ان يشير كل ما كان قد أبداه من دفوع ووجوه دفاع امام محكمة الدرجة الاولى بدون حاجة الى استئناف الاحكام الصادرة برفضها قبل الفصل في الموضوع .

والمترع قد راعى في ذلك حالة ما اذا صدر الحكم في الموضوع لمصلحة أحد الخصوم ، دون ان يكون الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع في صالحه ، واستأنف خصمه الحكم في الموضوع ، فلا يتمكن الاول من استئناف الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، لانه لا مصلحة له في استئنافه ما دام الحكم الموضوعي قد صدر محققا طلباته .

واذن ، لا يجوز أن يقال بجواز استئناف الحكم الفرعي على استقلال وبعد صدور الحكم في الموضوع ، اذ المصلحة في الطعن تنتفي في هذا الصدد لان المصلحة في الطعن في الحكم الفرعي على استقلال لا تتوافر الا اذا كان الحكم في الموضوع قد صدر هو الآخر ضد مستأنف الحكم الفرعي ، فيكون الغرض من استئناف الحكم الفرعي الفأوه ، ويستتبع هذا الغاء الحكم في الموضوع . أما وقد صدر الحكم في الموضوع لمصلحة المحكوم عليه بالحكم الفرعي ، فالمصلحة في الطعن الفرعي الحكم الفرعي لا تتوافر لان الفأوه يستتبع الغاء الحكم في الموضوع . وهذا الحكم قد صدر لمصلحة الطاعن (١) .

وبناء عليه ، تعد مستأنفة بقوة المادة ٢٢٩/١ الاحكام الفرعية والاحكام الموضوعية الصادرة بمناسبة ما رفع عنه الاستئناف فقط من قضاء الحكم ، أي الاحكام التي بنى عليها الحكم المطعون فيه أو التي تخدمه ، ولو كانت قد صدرت لمصلحة المستأنف (٢) ، كالحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، والحكم بثبوت خطأ المدعى عليه ، اذا أعقبهما الحكم برفض طلب التمييز لانتهاء الضرر مثلا . واذا صدر حكم برفض طلب اخلاء المكان المؤجر عملا بالمادة ٢٣ من قانون الاجار وبالإحالة على التحقيق توطئة للحكم بزيادة

(١) ما تقدم في الفقرة رقم ٢٢١ - الحالة الخامسة .

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/٦ رقم ٥٧٤ سنة ٤٤ ق .

الاجرة نتيجة زيادة المنفعة التي يجنيها المستأجر من عقد ايجاره ، فان استئناف الحكم بزيادة الاجرة لا يترتب عليه استئناف الحكم الصادر برفض طلب الاخلاء (١) .

(٢) ان الاصل ان الاحكام التي تعتبر مستأنفة بمقتضى المادة ١/٢٢٩ هي الصادرة قبل صدور الحكم المنهى للخصومة ، وانما نمة ما يمنع من باب اولى - من اعتبار الاحكام الصادرة مع الحكم المستأنف مستأنفة - ولو لم يشملها الاستئناف بوجه صريح ، وذلك اذا توافرت فيها الشروط المتقدمة ، وفي حدود ما رفع عنه الاستئناف . بمعنى ان الاحكام الصادرة في طلبات الخصوم الاصلية - أى طلباتهم القضائية الموضوعية Chef de demande ، لا تكون مطروحة الا اذا تناولها الاستئناف ، وبالتالي الاحكام الصادرة في هذه الطلبات الموضوعية لمصلحة المستأنف لا تعد مطروحة في الاستئناف الا اذا رفع عنها استئناف فرعى (٢) .

(٣) يشترط في الاحكام التي تعتبر مستأنفة بمقتضى المادة ١/٢٢٩ ان تكون صادرة بين طرفي الخصومة في الاستئناف ، ومن ثم اذا صدر حكم فرعى بعدم قبول التدخل ، ثم أعقبه الحكم في موضوع الدعوى الاصلية ، فان استئناف هذا الحكم الاخير لا يستتبع استئناف ذلك الحكم الفرعى بعدم قبول التدخل ، لان طالب التدخل ليس من اطراف الخصومة في الاستئناف . ومن باب اولى ، استئناف الحكم بعدم قبول التدخل لا يستتبع استئناف الحكم في موضوع الدعوى الاصلية ، الصادر قبله او معه .

(٤) الذي يعتبر مستأنفا بمقتضى المادة ١/٢٢٩ هو الاحكام الصادرة قبل الحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة ، أما الدفوع وأوجه الدفاع التي سبقت اثارها أمام محكمة الدرجة الاولى من جانب طرفي الاستئناف - والتي اغفلتها هذه المحكمة - فهي تعتبر مطروحة بقوة القانون في الاستئناف ، عملاً بالآثر الناقل له (م ٢٣٢) وبغير حاجة الى اقامة استئناف فرعى .

(١) تراجع الفقرة رقم ٣٦١ .

(٢) نقض ١٩٣٩/١١/٣٠ طعن رقم ٣٤ سنة ٩ ق ونقض ١٩٣٨/٤/١ الطعن رقم ٧٤ سنة ٧ ق ، ونقض ١٩٥٣/١/٨ صفحة رقم ٢٠٦ سنة ٢٠ ق ، ويراجع حكم الهيئة العامة للمواد المدنية في ١٩٦٦/٢/٢٦ - ١٧ - ١٨ .

وبالتالى ، الدفوع وأوجه الدفاع التى تناولتها المحكمة فى حكمها - أو فى أحكامها السابقة - بقضاء صريح أو بقضاء ضمنى ، تعتبر قائمة فى الاستئناف ، لأن الاحكام الصادرة فيها تعتبر مستأنفة بمقتضى المادة ١/٢٢٩ .

أما الدفوع وأوجه الدفاع التى لم تناولها المحكمة فى أحكامها بقضاء صريح أو ضمنى ، فتعتبر مطروحة فى الاستئناف بمقتضى الاثر الناقل له (م ٢٣٢) .

(٥) يدق البحث فى هذا الصدد عن المسائل المتعلقة بالنظام العام - وهى تعتبر مطروحة بقوة القانون أمام محكمة الدرجة الاولى وقائمة أمامها - إذا لم تتعرض لها محكمة الدرجة الاولى . وهذه المسائل تعتبر مطروحة بقوة القانون فى الاستئناف ، بمقتضى الاثر الناقل له ، وذلك لأن محكمة الدرجة الثانية تعيد نظر القضية ، ولا يسقط عنها الا ما سقط من الدفوع أمام محكمة الدرجة الاولى بفعل الخصم أو اهماله - كسقوط الدفع بعدم الاختصاص المحلى بالتكلم فى الموضوع مثلاً .

ولا شك أن هذه المسائل المتعلقة بالنظام العام تعتبر مطروحة بقوة القانون فى الاستئناف ، فمحكمة الدرجة الثانية مثلاً تملك الحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاص الجهة القضائية التابعة هى لها بنظر الدعوى ، سواء على مقتضى الاثر الناقل للاستئناف ، أو على مقتضى اعتبار الحكم فى الموضوع من محكمة الدرجة الاولى بمثابة قضاء ضمنى منها باختصاصها بنظر الدعوى (١) ، وبالتالى ، يعتبر هذا الحكم الضمنى قائماً فى الاستئناف عملاً بالمادة ١/٢٢٩ ، هذا ولو لم يرفع المستأنف عليه استئنافاً فرعياً .

(٦) لا تعتبر مستأنفة بمقتضى المادة ١/٢٢٩ الاحكام التى تقبل الطعن المباشر ، ولو كان ميعاد استئنافها ما زال قائماً ، كما إذا كان يبدأ ميعاد الطعن فيها من تاريخ اعلانها ، عملاً بالمادة ٢١٣ ، ولم يتم اعلانها بعد ، سواء أكانت هذه الاحكام موضوعية تقبل التنفيذ الجبرى ، أو وقتية أو

مستعجلة ، او صادرة بوقف الدعوى ، وذلك لان لكل من الاحكام الموضوعية التي تقبل التنفيذ الجبرى او الوقتية او المستعجلة كيان مستقل بذاتها ، ولان الاحكام بوقف الدعوى لا محل للتشكى منها بعد ان تستأنف الدعوى سيرها بعد الوقف ويصدر الحكم فيها .

اما اذا امكن تصور مصلحة للمستأنف من اعتبار تلك الاحكام - التي تقبل الطعن المباشر ولم يكن قد بدأ بعد ميعاد استئنافها - مستأنفة مع استئناف الحكم المنهى للخصومة ، فمما لا شك فيه انها تعتبر مطروحة في الاستئناف ، وذلك اعمالا للقاعدة العامة المقررة في المادة ١/٢٢٩ ، وفي حدود ما رفع عنه الاستئناف على ما قدمناه ، مع ملاحظة أن استئناف الاحكام المستعجلة من فاضى التنفيذ يكون دائما امام المحكمة الابتدائية ، بينما استئناف الاحكام الموضوعية الصادرة منه قد يكون امام محكمة الاستئناف ، مما يترتب عليه وجوب التذكرة بأن هذه الاحكام المستعجلة لا تخرج عن نطاق اعمال المادة ١/٢٢٩ في هذه الحالة ، بمعنى أن استئناف الحكم الصادر من قاضى التنفيذ امام محكمة الاستئناف يستتبع استئناف الاحكام الصادرة في القضية ولو كانت مستعجلة بشرط مراعاة ما قدمناه . واذا صدر حكم من قاضى التنفيذ ، واستؤنف في شق منه الى المحكمة الابتدائية بينما استؤنف الشق الآخر منه الى محكمة الاستئناف ، فإن استئناف كل شق يستتبع استئناف الاحكام الصادرة قبله والتي بنى الحكم المطعون فيه عليها . واذا كان بين الشقين رباطا لا يقبل التجزئة ، فليس ثمة ما يمنع من احوالة الاستئناف القائم امام المحكمة الابتدائية الى محكمة الاستئناف ، على تقدير أن المختص بالكثير يختص بالقليل ، وعلى اعتبار انه اذا كانت دواعى عدم التجزئة تتطلب أن ينظر الاستئناف برمته امام هيئة واحدة ، فإن محكمة الاستئناف تكون هي المفضلة في هذا الصدد حتى لا يحرم الخصوم من اختصاصها بالنسبة الى الاستئناف الذى تختص به في الاصل ، وما يستتبعه من جواز الطعن بالنقض بعدئذ في حكمها . وهذا الاتجاه في الراى اعتمدته القانون الفرنسى الجديد في المادة ١.٢ بصدده الاحالة للارتباط او لقيام ذات النزاع امام محكمتين مختلفتين .

(٧) حكم اعمالا للمادة ١/٢٢٩ بأن استئناف الحكم الصادر في دعوى التزوير يستتبع حتما وفقا لاحكام قانون المرافعات الجديد استئناف

الإحكام التي سبق صدورها في الدعوى ، ومنها الحكم بقبول دليل من أدلة التزوير ، متى كان لم يثبت قبوله من مدعى التزوير ولا يعتبر تنفيذ الحكم بالاحالة على التحقيق قبولاً له لأنه نافذ بقوة القانون ، ويكون على محكمة ثانی درجة أن تنظر الاستئناف على أساس ما قدم لها من أدلة ودفعسبوع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك الى محكمة أول درجة (١) .

(٨) لا يعمل بالمادة ١/٢٢٩ في الطعن بالنقض ، لان نصها مقصور على الاستئناف فقط (٢) ، مع مراعاة ما سوف ندرسه في صدد القواعد العامة في الطعن .

وجدير بالاشارة ان محكمة النقض قضت بأنه اذا كان نص تقرير الطعن منصبا على الحكم القطعي ، وكانت أوجهه قد تناولت مع هذا الحكم التمهيدى السابق صدوره في الدعوى ، فانه يكون من المتعين اعتبار الطعن موجهاً الى الحكمين معا (٣) .

٢٣٠ - خلاصة لما تقدم نرى تعديل نص المادة ١/٢٢٩ على الوجه الآتي:

استئناف الحكم الصادر في الدعوى يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها ما لم تكن قد قبلت ، بشرط ألا تكون من الأحكام التي تقبل الطعن المباشر .

وعبارة «الحكم الصادر في الدعوى» ، يشمل بعمومه الحكم في الموضوع والحكم المنهى للخصومة ، وأى حكم يقبل الطعن المباشر ، حتى تعتبر جميع الأحكام الصادرة قبله مستأنفة معه على ما قدمناه .

(١) نقض ١٣ يناير ١٩٥٥ القضية رقم ١٥٣ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٦/٢/١٩٦٦ - ١٧ - ١٨ ونقض ٢٩/٤/١٩٦٥ - ١٦ - ٥٢٧ .

(٣) نقض ١٠ أبريل ١٩٣٨ الطعن رقم ٧٤ سنة ٧ ق .

ومع ذلك ، قارن نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٥٧ الطعن رقم ٢٧٥ سنة ٢٣ ق - وراجع الفقرة الرابعة المستحدثة من المادة ٢٥٣ وندرسها في صدد القواعد العامة في الطعن .

وصفوة القول بصدد هذه المادة :

(١) انه يعمل بها في صدد الاحكام التي تقبل الطعن المباشر موضوعية كانت أم فرعية ، بحيث اذا استؤنفت فان استئنافتها يمتد بقوة القانون الى الاحكام الصادرة قبلها .

(٢) ان نصها مقصور على الاستئناف ، وان كنا نرى اعمال المبدأ الذي قررته في النقض .

(٣) انه يعمل بها في حدود ما رفع عنه الاستئناف ، فلا تتناول أحكاما لم يرفع عنها الاستئناف سواء اكانت صادرة لمصلحة المستأنف أو المستأنف عليه .

(٤) ان نطاق تطبيقها يمتد الى الاحكام الفرعية الصادرة مع الحكم المستأنف ، فضلا عن الاحكام الصادرة قبله - في حدود ما رفع عنه الاستئناف (١) .

(٥) ان الاحكام التي تقبل الطعن المباشر موضوعية كانت أم فرعية لا تعتبر مستأنفة مع استئناف الحكم في الدعوى ، لان هذه يجب الطعن فيها فور صدورها عملا بالمادة ٢١٢ ، وعلى ما قدمناه .

(٦) انه بمقتضاها تعتبر مستأنفة الاحكام السابق صدورها في القضية ولو كانت صادرة لمصلحة المستأنف ، بشرط أن يكون ذلك في حدود ما رفع عنه الاستئناف .

٢٣١ - يسرى على الاحكام الفرعية ذات ميعاد الطعن المقرر بالنسبة الى الحكم في الموضوع ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك ، ويبدأ الميعاد من الوقت الذي يحسده النص الاستثنائي للحكم الموضوعي :

(١) ولا يصح بأن يحتاج بأن الطعن في شق من الحكم يفيد النزول الضمني عن الطعن في الشق الآخر ، لان هذا غير صحيح كما سنرى في الباب الاخير من هذا الكتاب ، ولانه يصح أن يقال أيضا بأن الطعن في الحكم المنهي للخصومة وحده يفيد النزول الضمني عن الطعن في الاحكام الصادرة قبله ، وهذا القولان يفسدهما نص المادة ١/٢٢٩ .

يحدث أن يقرر نص خاص ميعادا للطعن يفاير الميعاد العادى المقرر للطعن في الاحكام ، وفي هذه الحالة يعمل بهذا النص الاستثنائى سواء بالنسبة للحكم الصادر في الموضوع ، أو بالنسبة للاحكام الفرعية الصادرة في ذات القضية . فمثلا تنص المادة ٣٩٠ من القانون التجارى على أن ميعاد المعارضة في الحكم الصادر بتعيين تاريخ الوقوف عن الدفع هو ثمانية ايام ، من تاريخ تمام اجراءات النشر بالنسبة الى المفلس ، وثلاثون يوما من نفس التاريخ بالنسبة الى كل ذى حق غيره ، وتنص المادة ٣٩٤ من القانون التجارى على جعل ميعاد استئناف حكم شهر الافلاس خمسة عشر يوما من تاريخ اعلان الحكم سواء بالنسبة الى المفلس أو بالنسبة الى غيره من ذوى المصلحة .

ففى الاحوال المتقدمة يسرى الميعاد الذى حدده النص الخاص دون الميعاد العادى المقرر في قانون المرافعات ، اذ أن نص القانون التجارى هو نص خاص لا ينسخه النص العام (١) . ويسرى الميعاد المقرر في القانون التجارى سواء بالنسبة للحكم الصادر في الموضوع ، أو بالنسبة للحكم الفرعى الصادر في ذات القضية لاتحاد العلة والحكمة في الحالتين (٢) .

ويبدأ ميعاد الطعن في الحكم الفرعى من ذات الوقت الذى يقرره النص الاستثنائى لسريان ميعاد الطعن في الحكم الموضوعى .

٢٣٢ - قبول الاحكام الفرعية لا يستتشف من تنفيذها اختيارا دون تحفظ أو من مجرد السير في الخصومة ، أما الاحكام الموضوعية فان تنفيذها اختيارا دون تحفظ يفيد حتما قبولها :

نعالج هذا الموضوع على وجه التفصيل عند دراسة الطعن في الاحكام الفرعية .

(١) نقض ٢٨ يونية ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٦٥ - سنة ٢٣ قضائية .

ونقض أول نوفمبر ١٩٥٦ القضية رقم ٣١ - سنة ٢٣ قضائية .

(٢) قضت محكمة النقض بسريان الميعاد في القانون التجارى بالنسبة أيضا للحكم الصادر في الدعوى ببطلان عقد رهن لصدوره في فترة الرتبة وباعتبار الدين المؤمن به ديناً عادياً وشطب قيد الرهن الخاص به ، لان الدعوى متعلقة بالتفليس (ولو كان واقعها دائن للمفلس) - نقض أول نوفمبر ١٩٥٦ القضية رقم ٣١ سنة ٢٣ قضائية .