القاضى والجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات

دراسة تحليلية وتطبيقية لدور القاضى في توقيع الجزاءات الإجرائية والإعفاء منها والحد من آثارها

P.oC0V7

دكتور
الأنصارى حسن النيدانى
مدرس قانون المرافعات
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

الطبعة الأولى
١٩٩٩

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف

BIBLIOTHECA ALEXANDRINA
مكتبة الاسكندرية

إهـداء

الي روح والـــــداي
دعـــاءً ورحمـــــة

الي زوجـــتي وأولادي
حـــــباً ومـودة

مقدمة

١.الجزاء القانوني

الجزاء القانوني بصفة عامة هو الأثر الذي يرتبه القانون نتيجة مخالفة النموذج القانوني لقاعدة قانونية معينة(١) ، والغرض من الجزاء القانوني هو كفالة احترام القاعدة القانونية وتوفير الضمان الكافي لفاعليتها.

ويتنوع الجزاء القانوني إلى جزاء جنائي وجزاء تأديبي وجزاء مدني وجزاء إجرائي.

وهذه الجزاءات جميعها يمكن أن تكون محلا للأعمال بصدد تطبيق قواعد قانون المرافعات ، فيمكن توقيع جزاء جنائي سواء على القاضي أو الخصوم ، فالقاضي المتنع عن الحكم في الدعوى يعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة ، كما يجوز للمحكمة أن تقضي على من تسبب من العاملين في المحكمة أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد عن مائة جنيه.

ومن أمثلة المسئولية المدنية مسئولية القضاة عما يقع منهم من أخطاء أثناء ممارستهم لأعمال وظيفتهم ، وتكون مساءلتهم عن طريق رفع دعوى مخاصمة ضدهم لمطالبتهم بالتعويض عن هذا الخطأ(٢). ومن أمثلة المسئولية المدنية كذلك مسئولية الخصم عن الإجراءات(٣)

---

(١) وجدي راغب مبادئ القضاء المدني ط١٩٨٧ ص٣٥٣

(٢) وتخضع دعوى المخاصمة لنظام خاص سواء من حيث اجراءاتها أو من حيث اسبابها حيث حدد قانون المرافعات الحالات التي يجوز فيها مخاصمة القاضي على سبيل الحصر.

فالقاعدة هي الحكم بمصاريف الدعوى على الخصم الذي خسر الدعوى ، فإذا اخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات فيجوز للمحكمة الحكم بان يتحمل كل خصم ما أنفقه من مصاريف أو الحكم بتقسيم المصاريف بينهما حسب تقديرها.

٢.الجزاء الإجرائي

الجزاء الإجرائي هو الأثر الذي يرتبه قانون المرافعات في مواجهة الخصم الذي خالف النموذج القانوني لقاعدة قانونية معينة من قواعد قانون المرافعات ، وهذا الجزاء قد يتعلق بالخصومة كوحدة وقد يتعلق بعمل إجرائي معين في الخصومة(٤).

٣.الجزاءات الإجرائية المتعلقة بالخصومة كوحدة

تنقسم الجزاءات الإجرائية من حيث أثرها في الخصومة إلى جزاءات إجرائية يترتب عليها تعطيل السير في الخصومة وجزاءات إجرائية يترتب عليها انقضاء الخصومة انقضاء مبتسرا دون الفصل في الموضوع.

١-جزاءات إجرائية تؤدي إلى تعطيل السير في الخصومة وتنحصر هذه الجزاءات في شطب الخصومة والوقف الجزائي للخصومة ، وشطب الخصومة يعتبر جزاء للمدعي الذي تخلف عن الحضور ، أما الوقف الجزائي فيعتبر جزاء على المدعي الذي رفض تنفيذ أمر معين للمحكمة

٢- جزاءات إجرائية تؤدي إلى انقضاء الخصومة

قد تكون هذه الجزاءات نتيجة لوجود عيوب أساسية في الخصومة وقد تكون نتيجة عدم السير في الخصومة.

اسيوط١٩٩١

(٤) نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات بند١٣

أ- الجزاءات التي ترجع إلى وجود عيوب أساسية في الخصومة:- ١- وجود عيب في صحيفة افتتاح الدعوى حيث يترتب على بطلان هذه الصحيفة انقضاء الخصومة. ٢- عيب الاختصاص حيث يؤدي رفع الدعوى لمحكمة غير مختصة إلى الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة ، فيترتب على ذلك انقضاء الخصومة أمام هذه المحكمة وان كانت ستستمر أمام المحكمة المحال إليها. ٣- تخلف شرط من شروط قبول الدعوى ، حيث يترتب على رفع دعوى دون أن تتوافر شروط قبولها إلى الحكم بعدم قبول هذه الدعوى فتنقضي الخصومة.

ب - الجزاءات التي ترجع إلى عدم السير في الخصومة

وقد تكون هذه الجزاءات نتيجة لعدم السير في الخصومة ، وتتنوع هذه الجزاءات على النحو التالي:- ١- سقوط الخصومة نتيجة لإهمال المدعى السير فيها مدة سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها. ٢- انقضاء الخصومة نتيجة عدم السير فيها مدة ثلاث سنوات من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها. ٣- اعتبار الدعوى كأن لم تكن ويتحقق هذا الجزاء بقوة القانون أحيانا وبحكم المحكمة أحيانا أخرى ويعتبر هذا الجزاء صورة خاصة من صور سقوط الخصومة(٥) وتعتبر الدعوى كأن لم تكن بقوة القانون إذا شطبت الدعوى ولم يقم المدعي بتعجيلها خلال ستين يوما من تاريخ صدور قرار الشطب. وتعتبر الدعوى كأن لم تكن بحكم المحكمة إذا لم يعلن المدعى عليه بصحيفة الدعوى خلال ثلاثة اشهر من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ، كما تحكم المحكمة بهذا الجزاء إذا امتنع المدعي عن تنفيذ أمر المحكمة بالقيام بإجراء معين وذلك بعد أن حكمت

---

(٥) وجدي راغب واحمد ماهر زغلول دروس في قانون المرافعات ط١٩٩٦ ص٢٩٤

المتعلق منها بالنظام العام أو المتعلق بالمصلحة الخاصة ، وكذلك لبيان الدور الذي يلعبه القاضي في تفادي إعمال الجزاءات الإجرائية أو الحد من آثارها ، يجب علينا أن نتناول أولا في فصل تمهيدي دور القاضي في الخصومة المدنية حتى يتبين لنا مدى الدور الذي يمكن أن يمارسه القاضي عند توقيع الجزاءات الإجرائية. ثم نبين بعد ذلك في فصل أول دور القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية وفي الفصل الثاني دور القاضي في تفادي الحكم بالجزاء الإجرائي أو الحد من آثاره.

فصل تمهيدي: دور القاضي في الخصومة المدنية

الفصل الأول: سلطة القاضي في إعمال الجزاءات الإجرائية

الفصل الثاني: سلطة القاضي في تفادي الجزاءات الإجرائية والحد من آثارها

فصل تمهيدي
دور القاضي في الخصومة المدنية

٦.تقسيم

لا شك أن الخصوم مازالوا – رغم السلطات التي منحها المشرع للقاضي _ هم سادة الخصومة فهم الذين يبدءونها ويحددون نطاقها من حيث الموضوع والسبب والأطراف ، كما أن لهم الحق في القضاء عليها بالتنازل عنها أو تركها تسقط بمضي المدة ، وهذا الأمر يستند فى الحقيقة إلى أن الخصومة هي الوسط الإجرائي الذي تعيش فيه الحقوق الخاصة للأطراف ، وطالما أن هذه الحقوق الخاصة ملكا لأصحابها ، فالخصومة التي تعتبر الوعاء الذي يحمل هذه الحقوق يجب أن تبقى ملكا خاصا لهم.

غير أن سيادة الخصوم لا تكون الا بالنسبة للوقائع فقط فلا شأن لهم بالقانون حيث أن القانون هو مهمة القاضي والتزامه ، ولذلك فالقاعدة هي أن السيادة للخصوم في مجال الوقائع وللقاضي في مجال القانون.

المبحث الأول
دور القاضي في مجال الوقائع

يتفرع عن سيادة الخصوم في مجال الوقائع مبدأ الطلب ومبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي

٧.&-١-مبدأ الطلب(٨)

القاعدة أن القضاء لا يباشر وظيفته بالفصل في نزاع ما الا بناء على طلب(٩) ، فلو علم القاضي بقيام نزاع بين شخصين فلا يجوز

---

(٨) NORMAND, le juge et llitige, L.G.D.J.1965

(٩) واساس هذا المبدأ هو سيادة الخصوم على الخصومة المدنية ومبدأ حياد القاضي ، وكذلك لأن النشاط القضائي نشاط مطلوب وليس معروض:

له الفصل فيه الا بناء على طلب من أحدهما. وتبرير هذا المبدأ أن الحماية القضائية إنما تمنح لمن هو في حاجة إليها ، وليس أقدر على تقدير الحاجة إلى هذه الحماية ممن يحتاجها(١٠).

ولما كان الطلب القضائي يتكون من ثلاثة عناصر فإن مبدأ الطلب يسري بالنسبة لعناصره الثلاثة الموضوع والسبب والأطراف ، فلا يجوز للقاضي أن يغير موضوع الطلب أو أن يتجاوز في حكمه حدود الموضوع المطروح عليه بأن يحكم بغير ما طلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، كما لا يجوز له أن يصدر في حكمه عن سبب غير سبب الطلب إذ يعتبر حكما بغير طلب ، وكذلك لا يجوز له أن يحكم لمصلحة أو ضد شخص ليس طرفا في الخصومة(١١).

ويسري هذا المبدأ ليس فقط بالنسبة لبداية الخصومة وإنما يسري بالنسبة لاستمرارها . فكما أن الطلب لازم لبدء الخصومة فانه لازم أيضا لبقائها(١٢) . فإذا زال الطلب بتنازل الخصوم عنه فانه يمتنع بذلك على القاضي الاستمرار في نظره والفصل فيه.

كما يسري هذا المبدأ بالنسبة لكافة مراحل الخصومة سواء مرحلة أول درجة أو مرحلة الدرجة الثانية أو مرحلة الطعن بالنقض ولذلك لا يجوز لمحكمة الطعن أن تراجع الحكم الا بناء على طعن مرفوع من أحد الخصوم.

انظر احمد ماهر زغلول اعمال القاضي التي تحوز حجية الامر المقضي وضوابط حجيتها بند١٨٢ وما يليه ، مراجعة الاحكام بغير الطعن فيها ط١٩٩٣ بند١٥٠ وما يليه.

(١٠) فتحي والي المرجع السابق بند ٢٥٩ ص٤٢٥

(١١) فتحي والي الاشارة السابقة

(١٢) على الشيخ الحكم الضمني في قانون القضاء المدني رسالة ط١٩٩٧ بند١١٨ ص١٨٢

والمقصود بالطلب في هذا الخصوص هو الطلب الذي يقدم من أحد الخصوم إلى المحكمة ابتغاء صدور حكم بتأكيد وجود حق أو مركز قانوني أو نفيه أو ترتيبه لآثاره قبل خصمه(١٣) ، ولا يشترط للاعتداد بهذا الطلب أن يصاغ في عبارات معينة وإنما يكفي أن تكون عباراته صريحة وجازمة بحيث تعبر عن مضمونه ، أما إذا لم تكن العبارات جازمة في التعبير عن مضمون الطلب فلا يعتبر طلبا قضائيا ولا تلتزم المحكمة بالفصل فيه ، لذلك لا يعد طلبا قضائيا تلتزم المحكمة بنظره والفصل فيه مجرد تنبيه المحكمة إلى حقها في استجواب الخصم دون تصميم على طلب إجراء هذا الاستجواب(١٤) أو مجرد الإشارة في صحيفة الدعوى إلى مسئولية الخصوم التضامنية دون طلب صريح بالحكم عليهم بالتضامن(١٥) ، أو مجرد الأقوال المرسلة عن ظروف تحرير العقد طالما أن هذه الأقوال لا تنبئ بذاتها على تمسك الخصم بتعيب إرادته بسبب وقوعه تحت تأثير الإكراه(١٦) ، أو مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال حيث أن ذلك لا يفيد الطعن بالصورية لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما(١٧).

كما يشترط أن يكون موضوع الطلب معينا تعيينا نافيا للجهالة فإذا كانت المطالبة بمبلغ من النقود وجب بيان نوعها ومقدارها(١٨)

---

(١٣) احمد ماهر زغلول اعمال القاضي بند١٨٣ ص٣٧٦

(١٤) نقض ١٩٦٨/١/١٢ س١٩ ص٥٤

(١٥) نقض ١٩٧٤/٢/٢١ س٢٥ ص٣٨٩

(١٦) نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ س٢٩ ص١١٢

(١٧) نقض ١٩٧٥/١/١٧ طعن رقم٩٠٧ س٥١ق

(١٨) ولكن يجوز للشخص ان يطلب الحكم له بالتعويض عما اصابه من اضرار دون تحديد للمبلغ الذي يطالب به ، فيكون الامر متروكا لمطلق تقدير المحكمة ، ويعتبر الطلب غير مقدر القيمة ، فتعتبر قيمته اكثر من خمسة آلاف جنيه ، وللقاضي ان يحكم بأي مبلغ قل او كثر ولا

وإذا كانت تكليفا بعمل أو الامتناع عنه وجب بيان نوع ذلك العمل والكيفية التي يؤدى بها والمكان والوقت الذين يؤدى فيهما ، وإذا كانت المطالبة بمنقول وجب بيان نوعه ، وإذا كانت بعقار وجب بيان حدوده ومعالمه(١٩) ، ولكن لا يلزم بيان الأدلة التي يستند إليها المدعي في إثبات ادعائه(٢٠).

ولا يلزم أن يقدم الخصوم النصوص القانونية التي تنطبق على ادعاءاتهم أو أن يقوموا بتكييف هذه الادعاءات ، حيث أن تطبيق القانون وتكييف الطلبات هو مما يدخل في صميم وظيفة القاضي(٢١).

والطلب الذي تلتزم المحكمة بالفصل فيه هو الطلب الختامي فإذا كان الخصم قد عدل طلبه الأصلي متمسكا في مذكرته الختامية بطلب آخر مختلف عن الطلب الأصلي في الموضوع أو السبب أو الأطراف ، فان هذا الطلب بعد التعديل هو وحده الذي تلتزم المحكمة بنظره والفصل فيه(٢٢).

يعتبر بذلك قد قضى بغير او باكثر مما هو مطلوب.

(١٩) محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ج٢ ط١٩٥٨ بند٦٢١.

(٢٠) محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الجزء الاول ط١٩٩٥ ص٤٤٥

(٢١) انظر ما يلي بند١٣ وما بعده

(٢٢) واذا اضاف المدعي طلبا آخر للطلب الاصلي في مذكرته الختامية التزمت المحكمة بالفصل في الطلبين ، اما اذا كان قد قصر المطالبة في مذكرته الختامية على بعض الطلبات التي اوردها في صحيفة دعواه فإن المحكمة لا تفصل الا في الطلبات الواردة بالمذكرة الختامية ، واساس هذه القاعدة هي فكرة التنازل ، اذ يعتبر الخصم قد تنازل عن الطلب او الطلبات التي سبق طرحها على المحكمة

كما يشترط لكي يوجد طلب قضائي تلتزم المحكمة بالفصل فيه أن يُطرح عليها وفق القواعد الإجرائية التي نص عليها القانون ، فإذا كان الطلب طلبا أصليا وجب أن يُطرح على المحكمة بصحيفة دعوى تُودع قلم كتاب المحكمة المختصة وتُعلن إعلانا صحيحا للمدعى عليه فيها ، أما إذا كان الطلب عارضا فيجوز طرحه على المحكمة سواء بصحيفة دعوى أو بتقديمه شفاهة في الجلسة في حضور الخصم الآخر وفي مواجهته بشرط أن يكون ذلك قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى(٢٣).

احمد ماهر زغلول المرجع السابق بند١٨٧ ص٣٨٤.

(٢٣) وإذا خالف صاحب الطلب هذه القواعد الاجرائية بأن قدم الطلب بغير الطريق الذي رسمه القانون فإن القاضي لا يمكنه أن يحكم في موضوع الطلب ، ولكن يجب عليه أن يحكم مع ذلك في الخصومة التي نشأت بهذا الطلب ولو ببطلان او عدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن مخالفة طريقة رفع الدعوى المنصوص عليها في القانون يترتب عليه بطلان العمل بطلانا متعلقا بالنظام العام لتعلقه بأسس التقاضي: نقض ١٩٧٧/٥/٢٧س٢٨ ص١٥٠٨ . وقضت بأنه إذا لم ترفع دعوى ثبوت الحق وصحة الحجز المنصوص عليها في المادة ٣٢٠ مرافعات بالطريقة المنصوص عليها في المادة ٦٣ مرافعات واكتفى بعرض الطلب في الجلسة التي حددها القاضي في امره بتوقيع الحجز لم يترتب على ذلك اتصال المحكمة بالدعوى. نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ س٣٠ج٢ ص٧١٣. واذا قضت محكمة الامور المستعجلة في الطلب المرفوع اليها بعدم اختصاصها بنظره ومع ذلك احالته الى محكمة الموضوع رغم ان حكمها في حقيقته هو حكم برفض الدعوى فان الدعوى تكون غير مقبولة لطرحها على محكمة الموضوع بغير الطريق القانوني. نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ س٣٠ص٦٨٩ ، نقض١٩٧٧/١٢/٢١ س٢٨ ص١٨٤١.

ويكفي أن يكون الخصم قد طلب الحكم في مسألة ما سواء كان هذا الطلب صريحا أو ضمنيا ، والطلب الضمني هو الطلب الذي يكمن في طلب آخر صريح طرح أمام المحكمة(٢٤) ، أي انه يشترط لكي نكون بصدد طلب ضمني أن يكون هناك طلب صريح قدم للمحكمة فلا يتصور وجود طلب ضمني بصفة مستقلة أمام المحكمة.

وتفريعا على ذلك إذا قدم أحد الخصوم طلبا صريحا أمام المحكمة وانطوى هذا الطلب الصريح على طلب آخر ضمني فللمحكمة الحق في بحث هذا الطلب الضمني والفصل فيه ولا يعد ذلك منها قضاء بأكثر من المطلوب أو بشيء غير مطلوب ، ومثال ذلك طلب شطب التسجيل المبني على أن طالبه تملك الأرض المتنازع على ملكيتها يتضمن طلب الحكم بثبوت ملكيته لهذه الأرض(٢٥) ، وطلب الحكم ببطلان حكم مرسي المزاد يتضمن طلبا بعدم نفاذ هذا الحكم(٢٦) ، وطلب الحكم بتصفية شركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي طلب الحكم بحلها(٢٧).

٨.نتائج التزام القاضي بمبدأ الطلب

ويترتب على التزام القاضي باحترام مبدأ الطلب أمران هامان:-

١- التزام المحكمة بأن تقضي فيما طلب منها أيا كان نوع القرار الذي تصدره فهي تلتزم فقط بإصدار حكم في الادعاء المرفوع

---

(٢٤) فتحي والي المرجع السابق بند٢٧٢ ، عيد القصاص التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة رسالة ط١٩٩٤ ص٣٤١

(٢٥) نقض ١٩٦٨/٢/١٥ س١٩ ص٣٠٤

(٢٦) نقض ١٩٦٧/٣/٩ س١٨ ص ١٩٦

(٢٧) نقض ١٩٧٩/٣/٥ الطعن رقم ٢٤ س٤٤ق ، وانظر فتحي والي المرجع السابق بند٢٧٢ ص٤٥٧ وما يليها

إليها تنتهي به الخصومة أمامها بصرف النظر عن كنه هذا القرار ، فقد يكون بالفصل في موضوعه بإجابة المدعي إلى طلبه أو برفض هذا الطلب ، وقد يكون بإصدار حكم فرعي ينهي الخصومة أمامها دون الفصل في الموضوع كما لو حكمت ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم قبولها أو بسقوط الخصومة فيها أو باعتبارها كأن لم تكن.

أما إذا امتنعت المحكمة عن الفصل في الادعاء المرفوع إليها فإنها تعتبر في تلك الحالة مرتكبة لجريمة إنكار العدالة.

أما إذا كان عدم فصلها في الطلب أو أحد الطلبات المقدمة لها نتيجة غفلة أو سهو من جانبها فلا تعتبر مرتكبة لجريمة إنكار العدالة ويجوز اللجوء إليها من جديد للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات أو من أجزاء الطلب.

٢- التزام المحكمة بأن لا تفصل فيما لم يطلب منها أو بما يتجاوز حدود ما طلب منها ، فان خالفت المحكمة هذا الالتزام وحكمت بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فان حكمها يتعرض للطعن فيه بطرق الطعن المقررة(٢٨)، (٢٩).

---

(٢٨) فيمكن الطعن فيه بالاستئناف إذا كان صادرا من محكمة أول درجة حتى ولو كان صادرا في حدود النصاب النهائي للمحكمة ، لأن الحكم بما لم يطلبه الخصم أو باكثر مما طلبه يعتبر حكما باطلا لفقدانه أحد مقومات الحكم وهو الطلب ، كما يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر إذا كان نهائيا وكان ما صدر من المحكمة من تزيد في قضائها عن طريق السهو ، واخيرا يمكن الطعن فيه بطريق النقض إذا كان الحكم صادرا من محكمة الاستئناف وكانت المحكمة قد تعمدت الحكم بما لم يطلبه الخصم أو باكثر مما طلبه. انظر أحمد ماهر زغلول:مراجعة الاحكام الهوامش الملحقة بالبند ١٥٠ . مع ملاحظة ان القضاء بما لم يطلبه الخصوم لا يحوز حجية الأمر المقضي ويعتبر الحكم فيه منعدما ويجوز

٩.حالات استثنائية يتحرر فيها القاضي من مبدأ الطلب

١- يتحرر القاضي من مبدأ الطلب ويستطيع أن يفصل في نزاع معين دون حاجة إلى طلب من الخصوم في الحالات التي تتعلق فيها المسألة المتنازع عليها بالنظام العام إذ تعتبر هذه المسألة مطروحة على المحكمة بقوة القانون وتقضي فيها من تلقاء نفسها دون حاجة لطلب بذلك ، فطبقا للمادة ١٩٦ من القانون التجاري يجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء نفسها إذا تبينت من ظروف النزاع توافر الشروط الموضوعية لذلك لتعلق مسألة الإفلاس بالنظام العام ، كما يستطيع القاضي الذي ينظر نزاع متعلق بعقد معين أن يحكم ببطلان هذا العقد من تلقاء نفسه إذا كان سبب البطلان متعلقا بالنظام العام كما لو كان سبب العقد غير مشروع.

٢- كما يتحرر القاضي من مبدأ الطلب إذا خوله القانون الحق في الحكم بشيء معين دون طلب فطبقا للمادة ١/٥٨ من قانون الإثبات يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير أن تحكم برد أي محرر أو بطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى انه مزور(٣٠).

رفع دعوى أصلية ببطلانه ، أما القضاء باكثر مما طلب فيجوز الحجية ويتحصن ضد إمكانة الطعن فيه بفوات مواعيد الطعن أو استنفادها. انظر أحمد ماهر زغلول اعمال القاضي بند٢١٢.

(٢٩) أما في القانون الفرنسي فإن علاج الحالة التي تحكم فيها المحكمة بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلبه يكون عن طريق الرجوع إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لتلغي وجوه التزيد فيه. أنظر المادة ٤٦٤ مرافعات فرنسي جديد.

(٣٠) راجع نقض ١٩٧١/٣/٩ س٢٢ ص ٢٦٦ ، ونقض ١٩٧٥/١١/١٨ س٢٦ ص ١٤١٤ حيث قضت بأنه إذا حكمت المحكمة بتزوير الورقة المقدمة لها دون أن يدع أحد بالتزوير أدلة

١٠.مدى سريان مبدأ الطلب بالنسبة للدفوع الموضوعية

يرى بعض الفقه أن القاضي لا يمكنه أن يحكم في الدفع الموضوعي من تلقاء نفسه الا إذا تعلق بالنظام العام(٣١) ، إذ يعتبر الدفع معروضا على المحكمة سواء تمسك به الخصم أو لم يتمسك(٣٢).

بينما يذهب رأي ثان إلى أن الواقعة التي يمكن أن تكون محلا لدعوى مستقلة (وهي الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق أو الدقيق(٣٣) هي فقط التي يلزم بالنسبة لها التمسك بها من جانب الخصم ، أما إذا كانت الواقعة غير صالحة لأن تكون محلا لدعوى مستقلة فهذه يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون توقف على إبداء طلب من جانب الخصم(٣٤) ولا يعتبر ذلك مخالفة لمبدأ الطلب لأنه يعتبر قد قضى في حدود الطلب الأصلي المقدم من جانب الخصم فلم يقض إذن

تكون قد قضت بشيء لم يطلبه الخصوم.

(٣١) ومن امثلة الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز بل يجب على المحكمة اثارتها من تلقاء نفسها الدفع ببطلان العقد الباطل ، فتنص المادة ١٤١ مدني على انه اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

(٣٢) رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات ط١٩٦٨ص٣٨٠ بند٣٦٢

(٣٣) فتحي والي المرجع السابق بند٢٨٣ ، وجدي راغب المرجع السابق ص٤١٥

(٣٤) فتحي والي المرجع السابق بند٢٨٣ ص٤٨٤ حيث يفرق بين الدفوع الموضوعية بالمعنى الضيق وهي التي يلزم تمسك الخصم بها حتى يحكم بها القاضي ومثال ذلك الدفع ببطلان العقد للغلط او للتدليس او لنقص الاهلية. اما الدفع الموضوعي بالمعنى الواسع كالدفع بعدم مشروعية السبب او الدفع بالوفاء فيجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه. قارب وجدي راغب المرجع السابق ص٤١٦

بشيء غير مطلوب أو بأكثر مما هو مطلوب(٣٥).

ويرى جانب ثالث من الفقه – بحق – أن الأمر لا يتعلق في الواقع بالنظام العام وإنما يرتبط بمدى سلطة القاضي في الخصومة ، لذلك فما دام الدفع الموضوعي هو الجانب السلبي للنزاع وحيث أن قواعد العدالة تفرض على القاضي أن يتعرض للنزاع بأكمله – سواء في وجهه الإيجابي أو السلبي – فيكون له أن يحكم من تلقاء نفسه في الدفع الموضوعي إذا تبين له ذلك من الوقائع المعروضة عليه(٣٦) ، فيكون من واجبه أن يرفض الطلب الذي لا يقوم على أساس قانوني أو واقعي ولو لم يتمسك بذلك الخصم ، ويشترط أصحاب هذا الرأي أن تكون الوقائع المولدة للدفع الموضوعي معروضة على القاضي وألا يكون المشرع قد أوجب التمسك بها صراحة من جانب صاحب المصلحة(٣٧).

---

(٣٥) يفرق جانب من الفقه بين الدفوع التي يتبع المدعى عليه فيها ذات مجال المناقشات التي خلقها المدعي فهذه لا تحتاج الى طلب لاثارتها لأنها لا تعدو ان تكون مناقشة لمفترضات تطبيق القاعدة القانونية التي يتمسك بها المدعي او لتكييف هذه المفترضات او لاستخلاص آثارها القانونية وتلك امور كلها يلتزم القاضي بالتحقق منها من تلقاء نفسه ، والثاني: ان ينشئ المدعى عليه مجالا جديدا للمناقشة حيث يدخل المدعى عليه في النقاش وقائع جديدة وهو بذلك يطرح على المحكمة مسألة لم يطرحها الطلب الاصلي. على الشيخ المرجع السابق بند١٢٠

(٣٦) ابراهيم سعد القانون القضائي الخاص ج١ بند٢٥٦ ص٦٤٢ ، نبيل عمر اصول المرافعات المدنية والتجارية ط١٩٨٦ بند٥١٩ ص٥٨٣ ، قارب نبيل عمر واحمد خليل قانون المرافعات المدنية والتجارية ط١٩٩٧ ص٣١٠

(٣٧) مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدني على انه لا يجوز للمحكمة ان تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب ان يكون ذلك

١١.مدى سريان مبدأ الطلب على الدفوع بعدم القبول

استقر الفقه(٣٨) على انه إذا كان الدفع بعدم القبول متعلقا بالنظام العام فلا شك في أن للقاضي الحق في إثارته من تلقاء نفسه.

أما إذا كان الدفع بعدم القبول غير متعلق بالنظام العام فقد ذهب البعض إلى انه لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك الخصم صاحب المصلحة بهذا الدفع حتى يتمكن القاضي من الفصل فيه(٣٩).

بينما يرى جانب آخر من الفقه(٤٠) – بحق – أن الدفع بعدم

بناء على طلب المدين او طلب احد دائنيه او أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين.

(٣٨) فتحي والي المرجع السابق بند٢٨٧ ، وجدي راغب المرجع السابق ص٤٢٣ ، احمد خليل المرجع السابق ص ٣٣٠.

(٣٩) وهو نفس الوضع في القانون الفرنسي فالمادة ١٢٥ من قانون المرفعات الفرنسي الجديد تقوم على التمييز بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام والدفع غير المتعلق به ، فالاول كالدفع بفوات ميعاد الطعن او عدم وجود الحق في الطعن يجب على القاضي اثارته من تلقاء نفسه ، اما اذا لم يكن من النظام العام فان العكس هو الصحيح فلا يكون للقاضي سلطة في اثارة الدفع ، فلا يمكن ان يقضى به الا بناء على طلب الخصم كالدفع بعدم القبول لانعدام الصفه او لحجية الشيء المقضى. غير ان المشرع الفرنسي اعطي للقاضى بموجب المادة ٢/١٢٥ الحق فى اثارة الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحه من تلقاء نفسه رغم عدم تعلقه بالنظام العام. وهذه القواعد لاينطبق فقط علي الدفوع بعدم القبول لمخالفة القواعد الاجرائية ، وانما ايضا الدفع بعدم القبول لمخالفة القواعد الموضوعية كالدفع بالتقادم.

(٤٠) ابراهيم سعد المرجع السابق بند٢٦٠ ص٦٥٦، نبيل عمر المرجع السابق بند٥٤٩ ، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني ط١٩٨١ ص١٥٩.

القبول غير المتعلق بالنظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه بشرط أن تكون العناصر الواقعية المولدة لهذا الدفع موجودة في ملف الدعوى سواء تمسك بها الخصوم أو طرحت بصفة عارضة(٤١).

١٢.&-٢- مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي

يتفرع عن مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة قاعدة أخرى وهي عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي أي أنه لا يستطيع أن يحكم طبقا لما وصل إليه من وقائع معينة بغير الطريق الذي رسمه القانون كرؤيته لواقعة معينه أثناء مروره في أحد الطرق.

ويسري هذا المبدأ بالنسبة لموضوع الطلب فيمتنع على القاضي أن يدخل عناصر واقعية في النزاع المطروح أمامه من شأنها التغيير في موضوع الطلب ، ومثال ذلك أن يرفع أحد الخصوم دعوى مطالبا بتنفيذ العقد أو فسخه فقام القاضي بإدخال عناصر يعلم بها تؤدي إلى فسخ العقد ، فإنّ حُكمَ القاضي بالفسخ يعتبر قضاء بعلمه الشخصي.

كما يسري هذا المبدأ على سبب الطلب(٤٢) القضائي فلا يجوز

---

(٤١) نبيل عمر الدفع بعدم القبول ص ١٥٩ والذي يليه

(٤٢) والسبب هو مجموع الوقائع التي يعرضها الخصوم على القاضي لتأييد ادعاءاتهم: ابراهيم سعد:المرجع السابق بند٢٢٩ ص٥٧٢ ، هشام صادق المقصود بسبب الدعوى المتنع على القاضي تغييره ص٨٦ وما يليها ، نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س١٧ ص١٨٢ ،نقض ١٩٦٨/٤/٢ س١٩ ص٦٨٩ . اما النصوص والمبادئ القانونية التي يستند اليها المدعي لتأييد طلبه فإنها تبقى خارجة عن فكرة السبب ، لذلك فإن استناد القاضي لنصوص أُخرى غير تلك التي تمسك بها المدعى لا يعتبر تغييرا لسبب الطلب ولا يعتبر قضاء بعلمه الشخصي طالما أن تطبيق هذه النصوص لا يستلزم التعرض لوقائع جديدة لم يعرضها الخصوم على القاضي ؛ وكذلك فإن قيام القاضي بإعطاء تكييف جديد للوقائع المعروضة عليه لا

للقاضي تغيير سبب الطلب بإدخال وقائع جديدة من عنده لم تعرض عليه بواسطة الخصوم.

ويسري هذا المبدأ بالنسبة لوسائل الدفاع بحيث لا يجوز للقاضي أن يفصل في النزاع الا بعد قيام المدعى بإثبات ما يدعيه ، ولذا فإذا عرض الخصم واقعة دون إثباتها فإنها لا تصلح لتأييد طلبه ولا يستطيع القاضي أن يفصل في النزاع على أساسها(٤٣) ، كما لا يجوز للقاضي أن يحكم له بناء على وسائل إثبات توصل إليها بعلمه الشخصي ولم تكن محلا لمناقشة الخصوم وليس لها اصل في الأوراق.

أما ما يقوم به القاضي بنفسه من جمع لأدلة الإثبات كالمعاينة مثلا ..الخ فلا تعتبر معلومات شخصية لأنه عندما يقوم بهذه الأمور فإنه يمارس وظيفته(٤٤).

ومما تقدم نخلص إلى أن قاعدة تقديم الوقائع بواسطة الخصوم قاعدة مطلقة بحيث لا يجوز للقاضي تقديم وقائع من عنده أو تستند إلى علمه الشخصي.

يعتبر تغييرا لسبب الدعوى إذ أن مسألة التكييف مسألة قانونية يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه بغض النظر عن إرادة الخصوم.

(٤٣) ابراهيم سعد المرجع السابق بند٢٣٠ ص٥٧٠.

(٤٤) عيد القصاص المرجع السابق ص٣٠٥

المبحث الثاني
دور القاضي في مجال القانون

١٣.القانون مهمة القاضي

لأن القاضي هو العضو المنوط به الفصل في المنازعات طبقا للقواعد القانونية التي تحكمها(٤٥) فإنه يلتزم بإعمال القانون وتطبيقه من تلقاء نفسه(٤٦) ، ولا يعتبر ذلك قضاء بعلمه الشخصي ويتفرع عن ذلك عدم التزام الخصوم بتقديم النصوص القانونية التي تنطبق على النزاع أو بتقديم تفسيرات قانونية معينة لتلك النصوص(٤٧) أو بإعطاء النزاع تكييفه القانوني ، فيكفي الخصوم تقديم الواقع صرفا دون تلوينه بأي لون قانوني.

ولكن هل تطبيق القاضي للقانون حق له أم واجب عليه بحيث يعاب عليه عدم تطبيقه؟ نفرق بين حالتين: -١- فإذا كان القاضي يطبق القانون على الوقائع المتمسك بها من جانب الخصوم بصفة خاصة لتأييد ادعاءاتهم فإن تطبيق القانون في هذه الحالة يكون التزام على القاضي حيث يلتزم بتطبيق القواعد القانونية اللازمة على النزاع ولو لم يتمسك بها الخصوم سواء كانت القاعدة التي سيطبقها متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به وسواء كانت القاعدة آمرة أو مكملة(٤٨). ٢-أما إذا كان القاضي يقوم بتطبيق القانون على وقائع

---

(٤٥) عزمي عبد الفتاح واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة: المحامي الكويتية ١٩٨٧ ص٤٧ ، عيد القصاص المرجع السابق ص٢٢٩

(٤٦) Heron, droit judiciaire prive1991 p. 166 n°22

(٤٧) نبيل عمر عدم فاعلية الجزاءات بند٣٨ ص٤٩

(٤٨) عيد القصاص المرجع السابق بند ١٦٧ ص٢٢٩ ، هشام صادق المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره ص٧٨ هامش ١
MOTULSKY, ecrites etudes et notes, p.120

موجودة بملف الدعوى ولكن لم يتمسك بها الخصوم لتأييد ادعاءاتهم فلا يكون تطبيق القانون في هذه الحالة واجبا على القاضي بل مجرد حق له.

١٤.قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون

ويتفرع عن سيادة القاضي في مجال القانون افتراض علم القاضي به ، فيفترض علمه بالقانون بخصوص ما يعرض عليه من منازعات وهذا العلم يمتد ليشمل كافة القوانين بمختلف درجاتها وأنواعها ، فيفترض فيه العلم بالدستور وكافة التشريعات التي يصدرها المشرع الموضوعية منها والإجرائية وكافة اللوائح والقرارات كما يفترض فيه العلم بالعرف(٤٩).

غير أن قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون لا تعني أنه في الحقيقة يعلم بكافة القوانين التي تطبق في دولته إذ أن ذلك فرض صعب التحقيق ، وإنما مفهوم هذه القاعدة أن القاضي مهمته هي تطبيق القانون ، فإن كان يعلمه فبها ونعم ، وإن لم يكن يعلمه فيجب عليه أن يبحث عنه بنفسه في مظانه المختلفة حتى يعثر عليه ويطبقه ولا ينتظر في ذلك مساعدة الخصوم أو أن يلزمهم بالإشارة إليه في ادعاءاتهم أو تقديم نصوصه أو إثباته. فالقاعدة في هذا الصدد أن

---

(٤٩) عيد القصاص المرجع السابق بند١٦٤ ص٢٢١ ، ويرى البعض الآخر ان القاضي يعذر في جهله بالعرف وعلى من يريد الاحتجاج به ان يقيم الدليل على وجوده. عزمي عبد الفتاح المرجع السابق ص ٥٣ NORMAND, op cit. No 216 ، بينما يرى فريق ثالث -بحق-انه اذا عجز الخصم عن تقديم هذا الدليل فلا يعد ذلك سببا كافيا لرفض الاخذ بهذا العرف ، بل يجب ان يبنى الرفض على اقتناع القاضي بعدم قيام هذا العرف. رمضان ابو السعود وهمام محمد محمود زهران المدخل الى القانون ط ١٩٩٧ ص٣٦١.

الخصوم غير ملزمين بتقديم أوجه القانون للقاضي ، وإن كان الواقع عملا أن الخصوم غالبا ما يقدمون مستنداتهم مُؤيَدة بالنصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع المقدمة.

ويثار في هذا الصدد تساؤلان هامان:- التساؤل الأول هل يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم إيضاحات بشأن القانون؟ التساؤل الثاني- هل تكييف الخصوم للوقائع يلزم القاضي؟

١٥.هل يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم إيضاحات بشأن القانون؟

وفي الإجابة على التساؤل الأول يرى الفقه أن القاضي يجوز له أن يطلب من الخصوم توضيحات بشأن القانون ، بل وله أن يستعين بمن يراه من المتخصصين في البحث عن قواعد القانون التي تحكم المسألة(٥٠). وهذا الأمر لا يمكن أن يكون مستغربا حيث أن التزام القاضي بتطبيق القانون من تلقاء نفسه لا يتنافى مع حقه في طلب معاونة الخصوم ، وليس فيما يقدمه الخصوم من الأدلة التي تيسر للقاضي العلم بالقانون سوى معاونة منهم تدفعهم إليها مصلحتهم في تطبيق هذا القانون ولا ترقى بالتالي إلى مرتبه الالتزام(٥١).

ومثال ذلك أن يطلب القاضي من الخصوم أن يقدموا له شهادة من الغرفة التجارية بما عليه العمل بشأن مسألة ما وذلك بحثا من جانبه عن قواعد العرف التجاري(٥٢).

غير أن استعانة القاضي بغيره في توضيح مسائل القانون يجب أن تنحصر في حدود التوضيح ، فليس للقاضي أن ينيب غيره في

---

(٥٠) عزمي عبد الفتاح التمييز بين الواقع والقانون ص ٤٧

(٥١) هشام صادق تنازع القوانين ص ١٣٧.

(٥٢) عيد القصاص المرجع السابق ص٢٢٣.

تحديد مدى أحقية أحد الخصوم في المسألة محل النزاع(٥٣).

والأمر كما سبق أن وضحنا لا يعدو أن يكون مكنة للقاضي ورخصة للخصوم في تقديم التوضيحات ، ولذلك فليس هناك جزاء يمكن توقيعه على عاتق الخصم إذا لم يستجب لدعوة القاضي له لتقديم توضيحات معينه بشأن قاعدة قانونية.

١٦.هل يتقيد القاضي بما يقدمه الخصوم من اوجه القانون؟

أما عن التساؤل الثاني حول مدى تقيد القاضي بما يقدمه الخصوم من أوجه القانون فقد استقر الفقه على أن القاضي لا يتقيد بما يقدمه الخصوم من اوجه القانون ، لأن القانون مهمة القاضي وهو المكلف بتطبيقه على وجهه الصحيح ، ويمكنه - بل يجب عليه - أن يطبق من تلقاء نفسه القاعدة القانونية التي تنطبق على وقائع النزاع ، فالقاضي يتناول الواقع الصحيح طارحا أي تكييف للخصوم صحيحا كان أم خاطئا ، لأن القول بأن القاضي يبحث تكييف الخصوم وصحته ومدى انطباقه على الوقائع يعتبر مصادرة على المطلوب(٥٤) ، كما أن ما يطلقه الخصوم على دعواهم من ألفاظ ما هي الا آراء لا إلزام فيها ، فتطبيق القانون هو مهمة القاضي لا يجوز لغيره ممارسته وإلا كان العمل القضائي مبنيا على خطأ في القانون.

١٧.شروط تطبيق القاضي للقانون من تلقاء نفسه

غير أن سلطة القاضي في تطبيق القانون من تلقاء نفسه لها

---

(٥٣) عيد القصاص الاشارة السابقة. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسيه بأن المحكمة لم تفوض سلطاتها إلى الخبير الذي لم تكن مهمته تطبيق القوانين واللوائح وإنما فقط بيانها civ3 27-6-1972 Bull. p310 مشار إليه لدى عيد القصاص المرجع السابق ص٢٢.

(٥٤) محمد محمود إبراهيم التكيف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ط١٩٨٢ ص٩٩

شروط معينة يجب على القاضي مراعاتها. فيجب أولا أن تكون الوقائع التي يطبق القاضي القانون عليها مطروحة في الدعوى ومتمسك بها من قبل الخصوم. ويجب ثانيا أن يحترم القاضي مبدأ المواجهة بصدد ما يثيره من أوجه القانون من تلقاء نفسه ونتناول هذين الشرطين بالتفصيل:-

١٨.الشرط الأول :- أن تكون الوقائع التي يطبق القاضي القانون عليها مطروحة في الدعوى ومتمسك بها من قبل الخصوم.

وهذا الأمر يرجع أساسه إلى القاعدة التقليدية التي تقرر أن للخصوم السيادة في مجال الواقع وأن المبدأ هو حياد القاضي في هذا الصدد ، ومعنى ذلك أن الخصوم وحدهم هم الذين يقدمون عناصر الواقع وأدلة الإثبات ، مما يعني أنه ليس للقاضي أن يعتمد حينما يفصل في النزاع على عناصر واقعية لم يقدمها الخصوم أو لم يتمسكوا بها ، بل يقتصر في تكوين اقتناعه على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من وقائع ، وعليه أن يطبق القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق على هذه الوقائع دون أن يغيرها أو يضيف إليها واقعا جديدا من عنده وإلا كان في ذلك قد أخطأ في تطبيق القانون.

ولقد قنن المشرع الفرنسي هذا الشرط بالنص على أن القاضي لا يستطيع أن يؤسس قراره على وقائع ليست في المرافعة (المادة ١/٧ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد).

إلا أن للقاضي بعد ذلك سلطة تقديرية في فهم الواقع أي في الكشف عن المعنى الحقيقي للعناصر الواقعية المقدمة أمامه ، كما أن له سلطة في تقدير أدلة الإثبات(٥٥) ، ذلك أن الأمرين معا متعلقان

---

(٥٥) باستثناء ادلة الاثبات القانوني حيث لا تخضع لتقدير القاضي وتنحصر سلطته في التأكد من وجود الدليل القانوني. راجع في سلطة القاضي في الاثبات القانوني للواقع احمد السيد صاوي نطاق رقابة محكمة النقض

بعملية ذهنية يعتمد عليها القاضي.

كما أن القاضي يستطيع أن يعتمد على وقائع معينة موجودة في ملف الدعوى ولو لم يتمسك بها الخصوم بصفة خاصة لتأييد ادعاءاتهم بشرط ألا يترتب على ذلك تغيير لسبب الادعاء ، وألا يترتب عليه الحكم بأكثر مما يطلبه الخصم أو بشيء لم يطلبه ، وأن يدعو الخصوم لتقديم ما لديهم من ملاحظات بشأن هذه الوقائع التي اعتمد عليها ولم يكن الخصوم قد تناقشوا بصددها. وهذا هو ما استقر عليه الفقه(٥٦) حيث يتطلب أن تكون هذه الوقائع قائمة بملف الدعوى وألا يتعدى القاضي حدود المادة المتنازع فيها.

وترجع سلطة القاضي في الاعتماد على الوقائع الموجودة في ملف الدعوى - والتي لم يستند إليها الخصوم بصفة خاصة - إلى أن للقاضي سلطة في فهم عناصر الواقع بصفة مستقلة عن فهم الخصوم لها(٥٧).

ولقد قنن المشرع الفرنسي هذه السلطة في المادة ٢/٧ مرافعات جديد حيث نص على أنه (من بين عناصر المرافعة يستطيع القاضي أن يأخذ في اعتباره حتى الوقائع التي لم يكن الخصوم قد استندوا إليها بصفة خاصة لتأييد ادعاءاتهم).

ولقد حاول بعض الفقه الفرنسي أن يقصر سلطة القاضي في الاعتماد على ما لم يتمسك به الخصوم من بين عناصر الواقع على

على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية بند٨٠ وما بعده.

(٥٦) عزمي عبد الفتاح التمييز بين الواقع والقانون ص٦٠

(٥٧) فتحي والي المرجع السابق بند٢٩١ ص٥٠٨ حيث يقول إنه وفقا لمبدأ أن الأدلة المقدمة تعتبر ملكا للقضية فللقاضي استعمال أدلة الإثبات المقدمة من الخصوم لكي يستخلص منها نتائج تكون اقتناعه دون التقيد بإرادة الخصوم عند تقديم الأدلة. وراجع نبيل عمر أصول المرافعات بند٧٢٨.

الحالات الـتي تتعلـق بالنظـام العـام(٥٨).

ونـرى مـع بعـض الفقـه(٥٩) أن للقـاضي السـلطة في الاعتمـاد علـى عنـاصر الواقـع المقدمـة في الدعـوى ولـو لم يسـتند إليهـا الخصـوم بصفـة خاصـة سـواء تعلـق الأمـر بالنظـام العـام أو لم يتعلـق بـه ، وذلـك لأن اعتماده على هـذه العنـاصر لا يعتـبر تغيـيرا لسـبب الدعـوى كمـا قـد يفهم ذلك إذ يشـترط ألا يـترتب علـى الاعتمـاد علـى هـذه العنـاصر تغيـيرا لسـبب الدعـوى ، فـالأمر إذن لا يتجـاوز سـلطته في فهـم الواقـع ، وطالمـا أن الأمـر مـا هـو إلا فهـم للواقـع فـلا محـل لتبـاين الحلـول بحسـب مـا إذا كانت المسـألة تتعلـق أو لا تتعلـق بالنظـام العـام.

١٩.الشرط الثاني:- التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة بصدد ما لم يستند إليه الخصوم بصفة خاصة.

الأصـل هـو عـدم الـتزام القـاضي بمناقشـة الخصـوم في طريقـة فهمـه للواقـع حتـى ولـو اعتمـد في فهمـه علـى عنـاصر موجـودة في ملـف الدعـوى ولم يسـتند إليهـا الخصـوم بصفـة خاصـة طالمـا أن الخصـوم علـى علـم بهـذه العنـاصر ، فـلا يـلزم أن ينبههـم إلى أنـه سـيعتمد علـى هـذه الوقـائع بـالذات لتكويـن اقتناعـه إذ علـى الخصـوم أن يتوقعـوا إمكانيـة اسـتناده إلى أي عنصـر مـن عنـاصر الواقـع الموجـودة في ملـف الدعـوى في فهمـه للواقـع ، وبذلـك يكـون فهمـه للواقـع بالاعتمـاد علـى هـذه الوقـائع لا يمثل لهم أيـة مفاجـأة.

---

(٥٨) Motulsky (h). la cause de la demande dens la delimition de l office de juge. ecrits p.125

هشـام صـادق المرجـع السـابق ص٩١ ، عزمـي عبـد الفتـاح المرجـع السـابق ص ٤٥ ومـا بعدهـا

(٥٩) نبيـل عمـر إمتنـاع القـاضي عـن القضـاء بعلمـه الشـخصي ط١٩٨٩ ص٤٦ومـا بعدهـا ، عيـد القصـاص المرجـع السـابق ص٣٢٩.

أمـا إذا خـرج القـاضي بفهـم للواقـع مخالفـا كـل توقعـات الخصـوم فإنـه يعتـبر فهـم مفـاجئ يلـتزم القـاضي بصـدده أن يدعوهـم لمواجهـة هـذا الفهم الجديـد للواقـع.

ولكـن متـى يعتـبر الفهـم مفاجئـا بالنسـبة للخصـوم؟ يذهـب بعـض الفقـه الفرنسـي(٦٠) إلى أن الفهـم يعتـبر مفاجئـا إذا أدى اعتمـاد القـاضي علـى هـذه العنـاصر إلى تطبيـق قـاعدة قانونيـة لم يتعـرض الخصـوم لمناقشـاتها ، إذ في هـذه الحالـة يـلزم القـاضي بدعـوة الخصـوم لمناقشـة هـذه الوقـائع الـتي اعتمـد عليهـا، وفي اعتقادنـا الـتزام القـاضي بذلـك يرجـع إلى التزامـه باحـترام مبـدأ المواجهـة عندمـا يثـير مسـألة قانونيـة مـن تلقـاء نفسـه ، فهـو هنـا قـد طبـق قـاعدة قانونيـة مـن تلقـاء نفسـه فيلـتزم بدعوة الخصوم لتقديـم مـا لديهـم مـن ملاحظـات بصددهـا.

---

(٦٠) Motulsky (HE.) le role respecitif du juge et des parties danes l allegation des faits p.55, n.28

NORMAND, principes directeurs du proces. juris. class. proc. civ. fasc.152. n. 141-146

الفصل الأول
سلطة القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية

تقسيم

نتناول هذا الفصل في مبحثين ندرس في مبحث أول دراسة تحليلية لسلطة القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية ثم في مبحث ثان دراسة تطبيقية لسلطة القاضي في توقيع بعض الجزاءات الإجرائية.

المبحث الأول
دراسة تحليلية لسلطة القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية

ونتناول بالدراسة التحليلية لسلطة قاضي أول درجة في توقيع الجزاءات الإجرائية وذلك في مطلب أول ، ثم ندرس سلطة محكمة الطعن في مطلب ثان

المطلب الأول
سلطة قاضي أول درجة في توقيع الجزاءات الإجرائية

٢٠.تقسيم

ونتناول هذا المطلب في أربعة فروع نخصص الفرع الأول لمدى انطباق المبادئ العامة التي تحكم دور القاضي في الخصومة على الجزاءات أو الدفوع الإجرائية والفرع الثاني لسلطة القاضي في إعمال الجزاءات الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام والفرع الثالث لسلطة القاضي في إعمال الجزاءات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام والفرع الرابع لسلطة القاضي في إعمال بالجزاءات الإجرائية عند غياب صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء

الفرع الأول
مدى انطباق المبادئ العامة التي تحكم دور القاضي في الخصومة على الجزاءات الإجرائية

٢١.&-١-مدى انطباق مبدأ الطلب بالنسبة للدفوع الإجرائية

استقر الفقه والقضاء على أن الدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام هو فقط الذي يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه(٦١)(٦٢).

أما الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام فالقاضي لا يستطيع أن يثيرها من تلقاء نفسه بل لابد أن يتمسك الخصم صاحب المصلحة بهذا الدفع حتى يجوز للقاضي نظره والفصل فيه ، ولا يغير من ذلك أن تكون العناصر الواقعية المولدة لهذا الدفع الإجرائي موجودة في ملف الدعوى(٦٣). وذلك بالرغم من أن إثارة القاضي

---

(٦١) احمد خليل المرجع السابق ص ٣٢١ ، ابراهيم سعد المرجع السابق بند٢٥٨ ص٦٤٩ ، فتحي والي المرجع السابق بند٢٨٤ ص٤٩٠ ، نبيل عمر عدم فاعلية الجزاءات الاجرائية ص ١٧٢ والتي تليها

(٦٢) -والقاعدة ايضا في القانون الفرنسي ان الدفع الاجرائي المتعلق بالنظام العام يجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه فتنص المادة ٩٢ مرافعات فرنسي جديد على انه يجوز اثارة الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه اذا كان نتيجة مخالفة قاعدة للاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام ، وانظر ايضا المادة ٩٣ ، كما تنص المادة ١٢٠ على ان الدفع بالبطلان لمخالفة القواعد الموضوعية المتعلقة بالاجراءات يجب اثارتها بدون طلب عندما تتعلق بالنظام العام. Vincent (J.) et Guinchard(S.) Procedure civile ed 22 Dallos 1991 n.294,491

(٦٣) وفي القانون الفرنسي فالمبدأ هو انه لا يجوز للقاضي اثارة الدفع الاجرائي غير المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه ، وذلك بالرغم من انه لايوجد نص صريح يقرر هذه القاعده. واستثناء من هذه القاعدة يجوز للقاضي بموجب بعض النصوص الخاصة اثارة الدفع الاجرائي غير المتعلق بالنظام العام فيجوز له اثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي او المحلي

للدفع الإجرائي من تلقاء نفسه – ولو لم تكن متعلقة بالنظام العام – لا يعد مخالفة لمبدأ الطلب ولا يعتبر قضاء بشيء غير مطلوب أو بأكثر من المطلوب ، فبحث القاضي لهذه المسائل الإجرائية ما هو الا قيام بدوره في مراقبة صحة الإجراءات وسلامة الخصومة من العيوب إذ أن تعرض القاضي لموضوع النزاع رهن بصحة هذه الإجراءات التي يتم عن طريقها طرح النزاع على القاضي(٦٤)

٢٢.هل تكييف الخصوم للدفوع يلزم القاضي

القاعدة أساسا أن الخصوم غير مكلفين بتكييف الدفوع التي يقدموها ولا بذكر القواعد القانونية التي تنطبق عليها ، وإذا قام الخصم بتكييف الدفع المقدم منه أو بذكر نص قانوني معين ، فالقاعدة أن القاضي لا يتقيد بهذا التكييف أو بذلك النص القانوني ، ولذلك فإذا كيف الخصم الدفع على انه دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول فمن حق القاضي أن يعيد تكييفه على انه دفع إجرائي إذا وجد أن هذا هو التكييف الصحيح للدفع ، والعكس أيضا جائز.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة للمطالبة بالتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة هو في حقيقته دفع ببطلان الإجراءات ، فهو دفع موجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة ١١٥ من قانون المرافعات ، ولا يغير من ذلك أن يتخذ هذا الدفع اسم

غير المتعلق بالنظام العام في حالة غياب المدعى عليه(انظر المادتين ١/٩٢ ، ٩٣) ، كما يجوز له اثارة الدفع بقيام ذات النزاع من تلقاء نفسه(انظر المادة١٠٠) واخيرا يجوز له اثارة الدفع بالبطلان لانعدام الصفة في التقاضي من تلقاء نفسه(انظر المادة ٢/١٢٠)

Cadiet(L.)droit judiciaire prive Litec 1992 n.613

(٦٤) نبيل عمر المرجع السابق بند١٤١ ص١٧٢

الدفع بعدم القبول ، لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تطلق عليه(٦٥).

كما قضت بان الدفع بسقوط الحجز الموقع تحت يد الحكومة لعدم إعلانها من الحاجز لرغبته في استبقاء الحجز وتجديده خلال المدة المشار إليها لا ينصب على صحة الخصومة أو أحد إجراءاتها بل هو دفع موضوعي يسوغ إبداؤه في أي حالة كانت عليها الإجراءات(٦٦).

كما قضت بان الدفع المؤسس على انه لا يجوز لدائن الشخص الذي رفعت الحراسة عن أمواله وآلت إلى الدولة أن يقيم دعوى ضد المدير العام لإدارة هذه الأموال طالبا إلزامه بأداء دينه قبل أن يتقدم بدينه للمدير العام المذكور ليصدر قرارا بشأنه هو دفع بعدم سماع الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء معين ، ولذا فهو في حقيقته دفع بعدم القبول إذ العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التى يطلقها عليه الخصوم(٦٧).

كما قضت بان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من متعددين لا تربطهم رابطة هو في حقيقته دفع شكلي يتضمن الاعتراض على شكل إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها ولا يعد دفعا بعدم القبول(٦٨).

٢٣.هل تنطبق قاعدة العبرة بالطلبات الختامية على الدفوع

إذا كانت القاعدة بالنسبة للطلبات أن المحكمة لا تلتزم الا بالطلبات الختامية التي يتمسك بها الخصوم ، فان التساؤل يثار عن

---

(٦٥) نقض ١٩٧٨/٣/٩ س٢٩ ص٧٠٧

(٦٦) نقض ١٩٧٩/١٢/١٠ س٣٠ ص٢٠٤ ج٣

(٦٧) نقض ١٩٧٤/٢/٥ س٢٥ ص٢٨٥

(٦٨) نقض ١٩٨٤/٢/١ الطعن رقم ٨٢٩ س٥٠ق

مدى سريان هذه القاعدة بالنسبة للدفوع بصفة عامة والدفوع الإجرائية بصفة خاصة ، فهل يلتزم صاحب الدفع الذي أبداه في بداية التقاضي مثلا بالإصرار عليه في مذكرته الختامية بحيث يعتبر عدم الإشارة إليه فيه تنازلا منه عن التمسك بهذا الدفع. تتجه محكمة النقض إلى اشتراط تصميم صاحب الدفع على دفعه في مذكرته الختامية ، فقد قضت بأنه لئن كان قد ورد بوجه حافظة المستندات التي قدمها الطاعن عبارة (بذلك تكون الدعوى قد سقطت بالتقادم) الا انه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تقدم بعد تقديمه لتلك الحافظة بمذكرة لا تخرج عن مضمون ما جاء بصحيفة الاستئناف التي خلت من تمسكه بالدفع بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم مما مؤداه أن الطاعن في ختام دفاعه الذي طلب الحكم في الاستئناف على مقتضاه لم يتمسك بدفعه ولم يظهر تصميمه عليه فلا يحق له أن ينعى على الحكم المطعون فيه انه لم يتعرض لهذا الدفع(٦٩).

٢٤.هل تنطبق قاعدة الطلبات الضمنية على الدفوع؟

سبق أن عرفنا انه يكفي أن يكون الخصم قد طلب الحكم في مسألة ما سواء كان هذا الطلب صريحا أو ضمنيا ، وتكون المحكمة ملزمة بالفصل في هذا الطلب الضمني وإصدار حكم فيه ، ولا يعتبر ذلك منها قضاء بأكثر مما طلبه الخصم أو بغير ما طلبه.

فهل يمكن الاعتراف بنظرية الطلبات الضمنية بالنسبة للدفوع؟ فهل يمكن تصور أن يكون هناك دفع ضمني يكمن في دفع آخر صريح مطروح أمام المحكمة إذا كان هذا الدفع الضمني مثلا يعد مقدمة ضرورية أو نتيجة لازمة للدفع الصريح؟. في الواقع أن تطبيق القاعدة العامة في الطلب الضمني كانت تسمح بإمكان وجود دفع ضمني فمثلا

---

(٦٩) نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص١٨٢١

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن استنادا للمادة ٧٠ مرافعات يتضمن دفع ببطلان الإعلان الذي تم خلال الثلاثة شهور ، والدفع بسقوط الخصومة يتضمن دفع ببطلان الإجراء الذي انقطعت به هذه الخصومة.

الا أن القضاء المصري قد استقر على ضرورة إبداء الدفع في صورة صريحة حتى تلتزم المحكمة بالفصل فيه ، فقد قضت محكمة النقض بأنه إذ يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن الطاعنين لم يتمسكوا في صحيفة الاستئناف ببطلان الإعلانات التي وجهت إلى بعضهم ويبينوا وجه العيب منها بل اقتصروا على الدفع بعدم إعلانهم بتعجيل الدعوى في ميعاد سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة وقرر الحكم أن هذا لا يعتبر دفعا ببطلان الإعلان حتى تبحثه المحكمة ، فلا تثريب على المحكمة في ذلك(٧٠).

بل أن محكمة النقض قد نقضت حكما لمحكمة الموضوع لأنها أخذت بفكرة الدفع الضمني واعتبرت الدفع بسقوط الخصومة مشتملا على دفع ببطلان الإعلان الذي انقطعت به مدة السقوط ، فقضت بأنه لما كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه بسقوط الخصومة لعدم موالاة السير فيها لمدة سنة من تاريخ الحكم بالانقطاع تأسيسا على بطلان إعلان المطعون ضدهم بصحيفة التعجيل الذي تم خلال السنة التي أعقبت الحكم بالانقطاع ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم **رغم تمسكهم بسقوط الخصومة لم يتمسكوا ببطلان إعلانهم** بصحيفة التعجيل ، وكان الأمر في هذا الشأن لا يتعلق بالنظام العام ، فان قضاء الحكم المطعون فيه ببطلان هذه الإعلانات دون التمسك ببطلانها من المطعون ضدهم – وهم أصحاب المصلحة في التمسك بهذا البطلان – وترتيبه على ذلك قضاءه

---

(٧٠) نقض ١٩٧٧/٤/٥ س٢٨ ص٩٠٩

بسقوط الخصومة يكون معيبا بمخالفة القانون(٧١).

كما قضت بان بطلان صحيفة الاستئناف أمر خارج عن إعلانها ومن ثم فان التمسك ببطلان صحيفة الاستئناف **لا يفيد** التمسك ببطلان إعلانها ويسقط الحق فيه(٧٢).

وهكذا فطبقا لقضاء محكمة النقض لا تنطبق قاعدة الطلبات الضمنية على الدفوع ، بل أن إبداء دفع معين بالإضافة إلى كونه - حسب قضاء محكمة النقض- لا يتضمن أي دفع ضمني ، **فان إبداء هذا الدفع الصريح يؤدي على العكس إلى سقوط الحق في إبداء الدفع الضمني لعدم إبدائه صراحة مع الدفع الصريح.**

٢٥.&-٢- مدى سريان مبدأ عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي بالنسبة للدفوع الاجرائية

يسري هذا المبدأ بالنسبة للدفوع الإجرائية فلا يجوز للقاضي أن يدخل في الخصومة عناصر واقعية تشكل دفعا إجرائيا(٧٣) ، إذ يشترط لكي يحكم القاضي في أي دفع أن تكون عناصره الواقعية قد طرحت بواسطة الخصوم وتم التحقيق فيها ونوقشت في مواجهة الخصوم(٧٤).

ويقع على عاتق الخصم إثبات الدفع الذي يدعيه ، فقد قضت محكمة النقض أن المدعى ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء كان مدعى اصلي في الدعوى أو مدعى عليه فيها ، ولئن كانت الطاعنة مدعى عليها في الدعوى ، الا أنها تعتبر في منزلة المدعى بالنسبة

---

(٧١) نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن رقم٧٦٣ س٥٧ق

(٧٢) نقض ١٩٧٩/١١/٦ س٣٠ ع٣ ص١٦

(٧٣) نبيل عمر امتناع القاضي بند٧٠ ص٩٦

(٧٤) ابراهيم سعد المرجع السابق بند٢٣٠ ص٥٧٦

للدفع المبدي منها بعدم اختصاص المحكمة محليا بنظر الدعوى وتكون مكلفة قانونا بإثبات ما تدعيه ، لأنها إنما تدعي خلاف الظاهر وهو ما أثبت في صحيفة افتتاح الدعوى من أن إعلانها قد تم بمحل إقامتها المحدد في القاهرة ، ولما كانت الطاعنة لم تطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ما تدعيه في هذا الشأن فان الحكم إذ قضى برفض الدفع استنادا إلى أن الطاعنة لم تقدم دليلا على أنها تقييم في غير المحل الوارد بصحيفة الدعوى يكون قد التزم صحيح القانون(٧٥).

ويسري هذا المبدأ أي انفراد الخصوم بتقديم الوقائع حتى في الحالات التي يثير فيها القاضي الدفع من تلقاء نفسه ، حيث أن إثارة القاضي للدفع مشروط بان تكون الوقائع المطروحة أو الموجودة في ملف الدعوى ترشح لهذا الدفع بحيث لا يجوز للقاضي تجميع العناصر الواقعية المولدة للدفع بمعزل عن الخصوم ، ولذلك فإذا كانت عناصر الدفع غير موجودة في ملف الدعوى فالقاضي غير ملزم بإثارة الدفع ولو تعلق بالنظام العام ، بل لا يجوز له إثارته أو الحكم فيه لأن في ذلك تغيير لواقع الدعوى وقضاء بعلمه الشخصي(٧٦).

٢٦.&- ٣- مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة في تطبيق القانون من تلقاء نفسه بالنسبة للجزاءات الإجرائية

٢٧.بالنسبة للجزاءات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

لا توجد مشكلة بالنسبه للجزاءات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك أي من الخصوم بإعمال الجزاء. أساس ذلك أن هذه المسائل المتعلقة بالنظام العام تعتبر مطروحة على المحكمة ويتعين عليها أن تحسمها

---

(٧٥) نقض ١٩٧٧/١/١٢ س٢٨ ص٢٣٢.

(٧٦) نبيل عمر المرجع السابق بند٧١ ص٩٧

من تلقاء نفسها طالما أن الوقائع المولدة للدفع موجودة في ملف الدعوى.

الا أن الأمر مع ذلك يختلف في القانون المصري عنه بالنسبة للقانون الفرنسي.

ففي قانون المرافعات المصري الدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام يجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه طالما أن العناصر الواقعية المولدة للدفع مطروحة في الدعوى ، فيعتبر إثارة القاضي للدفع المتعلق بالنظام العام التزام عليه وليس مجرد رخصة أو حق ، ولذلك فان حكمه يتعرض للطعن إذا اغفل القاضي إثارة الدفع أو الفصل فيه. أما في القانون الفرنسي فالقاعدة ان إثارة القاضي للدفع يعتبر مجرد مكنة وليس التزام بحيث لا يعاب على القاضي عدم إثارته للدفع

ويتفرع عن ذلك نتيجة هامة أن الدفع المتعلق بالنظام العام في القانون المصري يستوي تمسك الخصم به أو عدم تمسكه حيث يكون على القاضي في الحالتين التزام بإثارة الدفع والحكم فيه. أما في القانون الفرنسي فعند تعلق الدفع بالنظام العام يختلف مدى التزام القاضي بالحكم في الدفع بحسب ما إذا كان الخصم قد تمسك به من عدمه ، فإذا كان الخصم قد تمسك بالدفع وجب على القاضي بحثه والحكم فيه ويعاب عليه إغفاله له ، أما إذا لم يتمسك الخصم بالدفع فان الأمر لا يعدو أن يكون رخصة للقاضي فله أن يثير الدفع ويحكم فيه وله أن يغفله دون أي تعقيب عليه.

٢٨.أما بالنسبة للدفوع الإجرائية المتعلقة بالمصلحة الخاصة

هل يمكن القول انه يكفى أن تكون الواقعة المولدة للدفع الإجرائي موجودا في الملف لكي يمكن للقاضى أن يستخلص منها وسيله جديده لتبرير تطبيق القاعدة القانونية التي تمسك بها من تلقاء نفسه وانه في هذه الحالة لم يثر الا وسيلة قانون.

لقد استقر الفقه والقضاء على أن دور القاضى فى هذا المجال مقيد بالعديد من القيود ، فالقاضى لا يجوز له أن يطبق القواعد الإجرائي من تلقاء نفسه ولا يجوز له توقيع الجزاء الإجرائي من تلقاء نفسه دون أن يتمسك به الخصوم ما لم يتعلق الجزاء بالنظام العام ، وإلا فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان بطلان التكليف بالحضور لعيب في الإعلان بطلان نسبي وليس متعلقا بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها أو تستند إلى وجه لم يتمسك به الخصم ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه قصر النعي ببطلان إعلانه بصحيفة الاستئناف على عدم صحة البيان الخاص بإخباره بإعلانه لجهة الإدارة بخطاب مسجل وادعى إثباتا لهذا الدفاع بتزوير ورقة الإعلان بتقرير في قلم كتاب المحكمة ، فان المحكمة الاستئنافية إذ قضت ببطلان الإعلان استنادا إلى أن المحضر اغفل بيان الخطوات التي سبقت تسليم صورة الصحيفة لجهة الإدارة وهو وجه لم يتمسك به المطعون عليه الثاني فإنها تكون قد خالفت القانون(٧٧).

٢٩.انتقاد موقف الفقه والقضاء

ولا يسعنا أن نسلم بصفة مطلقة بموقف الفقه والقضاء في هذا الصدد وذلك لأن الأصل أن الخصومة المدنية تخضع في تنظيمها لقانون المرافعات ، ذلك القانون الذي يتضمن العديد من القواعد

---

(٧٧) نقض ١٩٧٨/٥/٩ س٢٩ ص١١٩٧ ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٩ الطعن رقم٢٧ س٤٧ق ، نقض ١٩٨٥/١/٢١ الطعن رقم ٢٠٣٩ س ٥٠ق مشار اليه لدى عز الدين الدناصوري وحامد عكاز التعليق على قانون المرافعات ج١ ط١٩٩٤ص٥٦٧ رقم٧٩ ، نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ الطعن رقم ٧٦٣ س٥٧ق مشار اليه في المرجع السابق ص٥٧٠.

الإجرائي ، وهذه القواعد في غالبيتها قواعد تحدد الأشكال التي يتعين علي الخصوم إتباعها للحصول علي الحماية القضائية لحقوقهم الموضوعية ، ويتعين على الخصوم إتباع هذه القواعد الإجرائية بشكل صحيح ، فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها كما لا يجوز مخالفتها لأنها قواعد آمرة وإلا ترتب علي ذلك عدم مطابقتها للنموذج القانوني الوارد بالقاعدة القانونية الإجرائية ، وبناء علي ذلك كان من المفروض عند حدوث مخالفه للنموذج القانوني للعمل الإجرائي أن يتولى القاضى من تلقاء نفسه إثارتها وتوقيع الجزاء الإجرائي الخاص بها ، وذلك لان غالبية القواعد الإجرائية قواعد آمرة ولو لم تتعلق بالنظام العام(٧٨) فيتعين على القاضى تطبيقها من تلقاء نفسه دون اشتراط تمسك الخصوم بها.

بل أن محكمة النقض نفسها تتجه إلى انه يجوز إثارة السبب القانوني لأول مرة أمامها إذا كانت عناصره الواقعية مطروحة علي محكمة الموضوع(٧٩) ، وذلك علي أساس أن قاضي الدعوى - ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك -مكلف بتطبيق القانون علي وجهه الصحيح ولقد طبقت محكمة النقض هذا النظر فيما يتعلق بالدفع بعدم القبول لعدم اختصام المستأجر من الباطن في خصومه غير قابله للتجزئة ، وما يلفت النظر في حكم النقض انه أعزى جواز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمه النقض إلى كونه سببا قانونيا عناصره

---

(٧٨) انظر سمير تناغو النظرية العامة للقانون ط١٩٩٤ ص٨٩ حيث يرى - بحق- انه يمكن ان تكون القاعدة آمرة دون ان تكون متعلقة بالنظام العام كالقاعدة التي تنص عليها المادة ١/١٠٣١ مدني مصري التي تقرر انه لا ينعقد الرهن الرسمي الا بورقة رسمية فهذه القاعدة آمرة ولكنها ليست متعلقة بالنظام العام ، ومثال ذلك ايضا القواعد التي تنظم الولاية والوصاية على القاصر.

(٧٩) نقض ٨٦/٦/٢٦ طعن٧٧٠ س٥٥ق ، نقض٨٤/٤/٠١٦طعن ٦٧٤س٥٣ق

الواقعية مطروحة أمام محكمه الموضوع ، فلم تعزى ذلك إلى اعتبار الدفع في هذه الحالة من النظام العام.

والسؤال الآن أليست جميع الدفوع الإجرائية التي طرحت عناصرها الواقعية على محكمة الموضوع تصلح لأن تكون أسبابا قانونية بحتة يجوز إبداؤها لأول مره أمام محكمه النقض ولو لم تتعلق بالنظام العام مما يعني أن قاضى الموضوع كان عليه التزام بإثارتها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم بها فإن لم يفعل كان في ذلك مخالفا للقانون.

ولا يوجد تعارض ألبته -في اعتقادنا- بين التزام القاضي بإثارة السبب القانوني من تلقاء نفسه ولو تعلق بالمصلحة الخاصة وبين جواز تنازل صاحب المصلحة أو سقوط حقه في التمسك به حيث انه إذا تنازل صاحب الدفع عنه أو سقط حقه في التمسك به فلا يجوز للقاضي أثارته أو الفصل فيه.

الفرع الثاني
سلطة القاضي بالنسبة للجزاءات الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام

٣٠.تقسيم

سبق أن أوضحنا أن القاضي لا يجوز له إثارة الدفع الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة من تلقاء نفسه ولكن يتعين أن يتمسك الخصم صاحب المصلحة بالدفع ، وهدف المشرع من تقييد سلطة القاضي في هذا الصدد هو الحافظة على الحقوق الموضوعية ولو أدى ذلك إلى التضحية بالنظم الإجرائية ، ولكي نبين مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة إزاء الدفع المتعلق بالمصلحة الخاصة يتعين علينا أن نتناول أولا التمسك بالجزاء أو الدفع الإجرائي ثم كيفية الفصل في الدفع ونتناول ثالثا مدى استنفاد سلطة القاضي بالحكم في الدفع ، ثم نتناول أخيرا مدى ما يتمتع به الحكم الصادر في الدفع الإجرائي من حجية الأمر المقضي به.

٣١.أولا: التمسك بالجزاء

ونتناول فيه ضرورة التمسك بالجزاء من جانب الخصم ووقت التمسك به وصاحب الصفة في التمسك به وذلك على التفصيل التالي:-

٣٢.&-١-: ضرورة التمسك بالجزاء من جانب الخصم

فالقاعدة في هذا الصدد انه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالجزاء الإجرائي من تلقاء نفسه ، بل يجب على الخصم أن يتمسك بالجزاء الإجرائي ، وذلك سواء كان هذا الجزاء هو البطلان أو سقوط الحق في اتخاذ الإجراء أو كان الجزاء متعلقا بالخصومة كوحدة،كالتمسك بسقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن أو اعتبار المدعي تاركا دعواه أو بعدم اختصاص المحكمة محليا.

ويرى الفقه أن السبب في ذلك يرجع إلى أن إجراءات الخصومة

ترمي في أحد جوانبها الأساسية إلى توفير مجموعة من الضمانات للخصوم في مرحلة التقاضي ، وترتيبا على ذلك فإن هذه الإجراءات تتعلق في الغالب الأعم منها بالمصلحة الخاصة بالخصوم وهو ما يقيد من سلطة القاضي في إثارة المخالفات التي تقترن بالإجراءات والتصدي لها من تلقاء نفسه(٨٠).

وتؤكد النصوص هذا القيد فتصرح المادة ١/٢٢ مرافعات أنه لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته ، وتنص المادة ٧٠ على أنه يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة شهور من إيداع الصحيفة قلم الكتاب ، كما تربط المادة ١٠٨ تدخل القاضي وتصديه للمسائل الإجرائية والفصل فيها بإثارة هذه المسائل من جانب الخصوم الذين لهم الحق في ذلك(٨١).

كما أن نص المشرع في المادة ١٠٩يشير بمفهوم المخالفة إلى أن الدفوع الإجرائية الأخرى غير تلك الواردة فيها يجب أن يتمسك الخصوم بها ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها(٨٢)

---

(٨٠) أحمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٧٣ ص١٤٠

(٨١) أحمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٧٣ ص١٤١ هامش١٥٢

(٨٢) ومن التطبيقات القضائية التي تشترط تمسك الخصوم بالجزاء حتى تقضي به المحكمة أنظر بالنسبة لإعتبار المدعى تاركا دعواه والمستأنف تاركا إستئنافه حيث يتعين التمسك بالجزاء من جانب الخصم صاحب المصلحة نقض ١٢/٦ /١٩٦٦ مجموعة ١٧/١٧٧٥- نقض ١٩٧٦/٦/٥ م٣٠ ع٢ص٥٦٦- وبالنسبة للبطلان المترتب على إنقطاع الخصومة فإن التمسك به قاصر على الخصم الذي شرع لصلحته أنظر نقض ١٩٥٦/٣/٢٢ م٧ ص٣٥١- نقض ١٩-٤-١٩٥٦م٧ص٥٢٨- نقض ١٧-١-١٩٦٧ م١٨ ص١٠٤- نقض ٦-٧-١٩٦٧ م١٨ ص١٤٦٨ - نقض ٢٨/٨-١٩٦٨م١٩ص١٤٣٢- نقض ٩-٤-١٩٧٠ م٢١ ص٥٨٧ -نقض

ونفس الأمر يصدق بالنسبة للمادة ١١٦ وذلك بالنسبة للدفوع بعدم القبول وأنظر كذلك المادة ١٣٤.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما يجب على الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع(٨٣).

ويتعين أن يكون التمسك بالدفع الإجرائي في صورة جازمة وصريحة تؤكد اتجاه إرادة الخصم الى التمسك بالدفع ، أما إذا لم يتمسك الخصم بالدفع بصورة جازمة وصريحة فلا يجب على المحكمة - بل ولا يجوز لها - أن تفصل في الدفع ، كما لا تكفي الإشارة إلى ضرورة إعمال حكم القانون بصدد المخالفات الإجرائية أو مجرد تفويض الأمر للمحكمة ، كما لا يكفى التمسك بدفع معين دون

٢١-٢-١٩٧٤ م٢٥ ص٣٨٩ - نقض ١١-١-١٩٧٧ م٢٨ ص١٩٤- نقض ٨-٥-١٩٧٨ م٢٩ ص١١٨٥- نقض ٢٥-٢-١٩٨١ الطعن رقم ١١٢٤ س٤٧ق

وبالنسبة لسقوط الخصومة نقض ٧-٣-١٩٥٧ م٨ ص٢١٠- نقض ٢٣-٥-١٩٦٣ م٤ ص٧٠٣نقض ١٩-١١-١٩٦٥ م١٦ ص ١١٠١- نقض ٢٨-٦-١٩٦٦ م ١٧ ص١٤٥٢نقض ١-٢-١٩٦٨ م١٩ ص١٨٤، وبالنسبة لإنقضاء الخصومة نقض ٢٥-١-١٩٥٨ م٩ ص١نقض ٢٣-٥-١٩٦٨ م١٩ص١٠٠٩ وبالنسبة إعتبار الدعوى كأن لم تكن نقض ١٤-٤-١٩٦٦ م١٧ ص٨٥٢ -نقض ٣١-٣-١٩٧٦ م٢٧ ص٨٣٨- نقض ٣-٥-١٩٧٦ م٢٧ ص ١٠٥٩ -نقض ٢٢-٦-١٩٨١ م١ ع٣ ص٣٤٩٦-١٢٥٩

(٨٣) نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ الطعن رقم ٧٦٣ س٥٧ق مشار اليه لدى محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٦٥٠

بيان الوجه أو الوجوه التي بني عليها الدفع ، فلا يجوز مثلا التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن دون بيان الأسباب التي تؤدي إلى اعتبارها كذلك أو التمسك ببطلان إعلان صحيفة الدعوى دون بيان اوجه البطلان المتعلقة بهذا الإعلان.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة أن هي لم تبحث بطلان تقرير الخبير متى كان الخصم لم يخرج قوله مخرج الدفع الصريح الواضح الذي يحتم على المحكمة أن ترد عليه ، ومن ثم فانه لا يعد دفعا صريحا ببطلان تقرير الخبير - يلزم المحكمة بالرد عليه ومناقشته - مجرد قول الخصم انه من العدالة أن يكون تقدير الريع متناسبا مع هذه القيمة بدون التفات إلى أعمال الخبير الباطلة الذي يباشر عمله في غياب المستأنفة بدون أن يعلنها بيوم مباشرة عمله(٨٤).

كما قضت بان الدفع الذي يتعين على المحكمة أن تجيب عنه بأسباب خاصة هو ذلك الذي يقدم إليها صريحا معينا على صورة دفع جازم واضح المعالم يكشف عن المقصود منه ، وإذ يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن الطاعنين لم يتمسكوا في صحيفة الاستئناف ببطلان الإعلانات التي وجهت إلى بعضهم **ويبينوا وجه العيب فيها** بل اقتصروا على الدفع بعدم إعلانهم بتعجيل الدعوى في ميعاد سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة وقرر الحكم أن هذا لا يعتبر دفعا ببطلان الإعلان حتى تبحثه المحكمة ، وإذ رتب الحكم على ذلك سقوط حق الطاعنين في الدفع ببطلان هذه الإعلانات واعتبرها إجراء صحيحا يقطع المدة وقضى برفض الدفع بسقوط الخصومة فانه

---

(٨٤) نقض ١٩٤٨/١٢/٩ مجموعة القواعد القانونية ص٦٧٨ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة النقض س١ ص ٥٤ مشار اليه في احمد ابو الوفا نظرية الدفوع في قانون المرافعات ط١٩٨٨بند٤٨ ص١٠٥

يكون قد التزم صحيح القانون(٨٥).

٣٣.&-٢-وقت إبداء الدفع الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة

لقد اخضع المشرع ممارسة الخصوم لحقهم في التمسك بالدفع الإجرائي لقيود زمنية متعددة ، فأوجب من ناحية ضرورة التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة قبل الكلام في الموضوع ، كما انه أوجب التمسك بالدفوع الإجرائية دفعة واحدة ، وأخيرا فإنه أوجب إبداء اوجه الدفع الإجرائي معا ، ويسقط الحق في إبداء الدفع الإجرائي إذا لم يراع أي قيد من هذه القيود الثلاثة ، وسنتناولها بالتفصيل على النحو التالي:-

٣٤.أ-وجوب إبداء الدفوع الإجرائية قبل الكلام في الموضوع(٨٦).

فالخصم صاحب المصلحة ليس حرا في إبداء الدفع الإجرائي في أية حالة كانت عليها الإجراءات ، ولكنه ملزم بالتمسك به في وقت مبكر ، فيجب عليه التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط حقه في التمسك به(٨٧).

ويعتبر كلاما في الموضوع مسقطا للحق في الدفع الإجرائي إبداء الطلبات أو الدفوع الموضوعية أو الدفوع بعدم القبول من جانب الخصم صاحب الدفع الإجرائي(٨٨).

*-فإذا أبدي المدعى عليه طلبا عارضا سقط حقه في إبداء

---

(٨٥) نقض ١٩٧٧/٤/٥ س٢٨ ص٩٠٩

(٨٦) حول تاريخ هذه القاعدة انظر فتحي والي نظرية البطلان في قانون المرافعات ط١٩٩٧ بند٣٧١ ص٦٨٨

(٨٧) فتحي والي الوسيط بند٢٨٥ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند١٦٣ امينة النمر الدعوى واجراءاتها بند٧٩

(٨٨) انظر في ذلك احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٧٦

الدفوع الإجرائية(٨٩) ، ولا يشترط أن يكون هذا الطلب طلبا قضائيا فيعتبر طلبا مسقطا للحق في الدفع الإجرائي طلب إجراء التحقيق وطلب ندب خبير وطلب سماع شاهد وطلب إجراء معاينة أو طلب التأجيل لإدخال ضامن أو للصلح وطلب ضم دعويين رغم أن هذه الطلبات جميعا لا تعتبر طلبات قضائية بالمعنى الدقيق.

الا أن هناك طلبات لا تعد كلاما في الموضوع ، ومثال ذلك طلب التأجيل للاستعداد ، حيث أن الاستعداد كما يشمل الاستعداد للكلام في الموضوع فانه يشمل أيضا الاستعداد لإبداء الدفوع الإجرائية ، ونفس الأمر بالنسبة لطلب الإطلاع حيث لا يعتبر كلاما في الموضوع(٩٠).

*- وإبداء الدفوع الموضوعية يعتبر كلاما في الموضوع مسقطا للحق في الدفع الإجرائي ، ومثال الدفوع الموضوعية الدفع ببطلان العقد أو بتقادم الدين أو بانقضائه بالوفاء أو بالمقاصة القانونية.

*-وإبداء الدفوع بعدم القبول يعد كلاما في الموضوع مسقطا للحق في الدفوع الإجرائية ، والمقصود بالدفع بعدم القبول الدفع بعدم قبول الدعوى كالدفع بعدم توافر المصلحة أو الصفة في الدعوى أو الدفع بسبق الفصل فيها أو بفوات الميعاد أو بالصلح أو التحكيم ، أما الدفع بعدم قبول إجراء معين فيعتبر دفع أجرائي وليس دفعا بعدم القبول.

والكلام في الموضوع بهذا المعنى يسقط الحق في الدفوع الإجرائية ولو احتفظ المتكلم في الموضوع بحقه في إبداء الدفع الإجرائي ، فليس

---

(٨٩) ولو انتهت الخصومة في هذه الطلبات بغير الفصل في الموضوع كما لو قضت المحكمة بعدم الاختصاص بالطلب العارض او بعدم قبوله. امينة النمر المرجع السابق بند٧٩ ص١٧٤

(٩٠) امينة النمر المرجع السابق ص١٧٥

لهذا التحفظ أي اثر قانوني ، لأن الاحتفاظ بالحق في التمسك بالدفع لا يعتبر تمسكا بالدفع.

فإذا تكلم صاحب الدفع الإجرائي في الموضوع قبل إبداء الدفع سقط حقه في إبدائه ، فلا يجوز التمسك به بعد ذلك مطلقا سواء أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة الطعن(٩١).

ويرى البعض أن أساس سقوط الحق في هذه الحالة هو افتراض النزول عن الحق في التمسك بالجزاء(٩٢) ، بينما يرى البعض الآخر(٩٣)- بحق- أن الكلام في الموضوع يعتبر واقعة قانونية اعتمدها المشرع ورتب عليها أثرا محددا وهو سقوط الحق في الدفع الإجرائي بغض النظر عن اتجاه إرادة صاحب الدفع سواء كان يقصد النزول عن الحق أو لم يقصد ، وسواء كان عالما بذلك أم لم تتوافر له سبل العلم به.

ويجب أن نلفت النظر إلى أن تكلم الخصم صاحب الدفع في الموضوع هو فقط الذي يسقط حقه في الدفع الإجرائي ، ولذلك فلا يسقط حقه تكلم خصم آخر في الموضوع(٩٤).

٣٥.ب-وجوب إبداء كافة الدفوع الإجرائية معا جملة واحدة

إذا كان لدى الخصم عدة دفوع إجرائية متعلقة بالمصلحة الخاصة يريد التمسك بها فيجب عليه التمسك بها في مذكرة واحدة

---

(٩١) فلا يجوز التمسك امام محكمة الاستئناف بالدفوع التي سقط الحق في التمسك بها امام محكمة اول درجة لأن الساقط لا يعود ، بل ولا يجوز التمسك بهذه الدفوع من جديد امام محكمة الاحالة عند نقض الحكم واحالته اليها وذلك لذات السبب.

(٩٢) احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٧٥ ص١٧٠

(٩٣) فتحي والي المرجع السابق بند٣٧٣ ص٦٩٢

(٩٤) امينة النمر المرجع السابق ص١٧٧

أو في جلسة واحدة ، فلا يجوز له أن يقتصر على إبداء بعض الدفوع في مذكرة أو في جلسة وإبداء البعض الآخر في مذكرة أو في جلسة أخرى حتى ولو لم يكن حتى هذه اللحظة قد يتكلم في الموضوع(٩٥) كما لا يجوز له إبداء بعض هذه الدفوع في مذكرة والبعض الآخر شفاهة في الجلسة ، إذ يجب إبداء جميع الدفوع في إجراء واحد (إما في مذكرة جميعها وإما شفاهة في الجلسة جميعها) ، والحكمة من هذا القيد أيضا واضحة ، حيث أراد المشرع الا يتعطل الفصل في الدعوى بسبب إبداء الدفوع الإجرائية في مناسبات متعددة ومتتالية ، فلولا النص على وجوب إبداء الدفوع الإجرائية في إجراء واحد لتمكن الخصم المماطل من تعطيل الفصل في الدعوى بإبداء دفع أجرائي معين وينتظر حتى إذا رفضته المحكمة قام بإبداء دفع آخر وهكذا وذلك كله قبل التكلم في الموضوع ، والخصم يلتزم فقط بإبداء الدفوع الإجرائية معا في إجراء واحد دون أن يلتزم بترتيب معين عند إبدائها فيستطيع تقديم الدفع بعد الاختصاص مثلا على الدفع ببطلان صحيفة الدعوى بل يمكنه في نفس المذكرة أن يبدي كافة الدفوع الإجرائية والموضوعية ولو كانت الدفوع الموضوعية قد جاءت في ترتيب إبدائها متقدمة على الدفوع الإجرائية(٩٦)(٩٧).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة ان الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وكذلك الدفع باعتبار

---

(٩٥) احمد خليل المرجع السابق ص ٣١٨

(٩٦) باستثناء بعض الحالات التي يوجب القانون فيها مراعاة ترتيب معين فالمادة ١٥١ مرافعات مثلا توجب تقديم طلب رد القاضي قبل أي دفع او دفاع والا سقط الحق فيه.

(٩٧) واذا كان الخصم لا يلتزم بترتيب معين في ابدائه للدفوع ، فإن المحكمة تلتزم بترتيب معين عند الفصل في الدفوع ، فيجب عليها ان تفصل في الدفوع الاجرائية اولا ثم الدفوع بعدم القبول ثم الدفوع الموضوعية.

الدعوى كأن لم تكن كل منهما مختلف في جوهره عن الاخر وكلاهما من الدفوع الشكلية التي يتعين ابداؤها معا قبل التعرض للموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها(٩٨).

٣٦.جـ- وجوب إبداء جميع الأوجه التي يؤسس عليها الدفع الإجرائي معا

تنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات المصري القائم في فقرتها الأخيرة على انه يجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

وطبقا لهذا النص إذا كان العمل الإجرائي قد شابه عدة عيوب شكلية فيجب التمسك بتلك العيوب دفعة واحدة وإلا سقط الحق في الوجه الذي لم يتمسك به ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المطعون ضدها عندما ابدت الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن في اول جلسة قد اقامته على ان صحيفتها اعلنت لها بعد الميعاد القانوني ثم عادت في جلسة اخرى وتمسكت بذات الدفع مؤسسة اياه على بطلان اعلانها بصحيفة الاستئناف لأن المحضر لم يثبت غيابها عند مخاطبته لابنتها ، ولم تكن قد ابدت هذا الوجه عند ابدائها للدفع في الجلسة الاولى فإن حقها في ابدائه يكون قد سقط ولا يكون هناك محل بعد ذلك للقضاء باعتبار الاستئناف كان لم يكن تاسيسا على بطلان الاعلان واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون(٩٩) ، كما قضت بأنه لما كان الثابت من تقرير الاعتراضات على قائمة شروط البيع أن الطاعنين لم يبديا فيه وجه بطلان إعلان التنبيه المؤسس على عدم ذكر تاريخ إرسال الإخطار المرسل إليهم من المحضر في اصل الإعلان وانما اقتصروا على

---

(٩٨) نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ الطعن رقم ٣٩٢ س٤٦ق

(٩٩) نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ مشارإليه

تأسيس بطلان هذا الإعلان على عدم توقيع رجل الإدارة وعدم إرفاق إيصال الإخطار ، فان حقهم في التمسك بذلك الوجه من اوجه البطلان يكون قد سقط(١٠٠).

كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تتعرض لغير الدفع أو الوجه الذي تمسك به صاحب الشأن ، وفي ذلك تقول محكمة النقض(لا يجوز القضاء ببطلان الإعلان النسبي لغير الوجه الذي تمسك به صاحب الشأن ، فإذا كان قد اقتصر في النعي على الإعلان بالبطلان على عدم صحة البيان الخاص بتسليم الصورة إلى جهة الإدارة فلا يجوز القضاء ببطلان الإعلان استنادا إلى إغفال المحضر إثبات الخطوات التي سبقت تسليم الصورة إلى جهة الإدارة(١٠١).

وهكذا فإن هذا الالتزام الواقع على عاتق الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالدفوع الإجرائية من شأنه أن يؤدي إلى التخلص في وقت مبكر وفي بداية الخصومة من كافة الدفوع الإجرائية وبالتالي تصبح الخصومة خالية من المسائل الإجرائية التي قد تعرقل أو تؤخر الفصل في الموضوع(١٠٢).

وهكذا فلقد رأينا أن القاضي حينما يتعلق الأمر بتوقيع جزاء معين نتيجة لوجود مخالفة للنموذج الإجرائي الذي قرره المشرع فإن القاضي لا يمكنه أن يقضي بهذا الجزاء من تلقاء نفسه ولكن لابد أن يطلب ذلك الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء بل يجب أن يكون هذا الطلب صريحا وحازما دالا على مقصود الخصم ، وأكثر من ذلك يجب أن يبدي هذا الطلب في الميعاد والترتيب الذي حدده المشرع وألا يكون قد صدر من صاحبه ما يدل على أنه تنازل عن حقه

---

(١٠٠)نقض ١٩٦٨/٢/١ طعن رقم٢٨٢ س٣٤ ق س١٩ ص١٩٥

(١٠١) نقض ١٩٧٨/٥/٩ س٢٩ ص١١٩٧ سبق الاشارة اليه

(١٠٢)أحمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٧٤ ص١٤٥ هامش١٥٩.

في التمسك بالجزاء ، والمشرع إزاء ذلك يمنح القاضي سلطة في إبطال مفعول الجزاء ، فالقاضي يبحث من تلقاء نفسه ودون طلب مقدم من الخصم الآخر ما إذا كان المتمسك بالجزاء قد التزم الميعاد والترتيب المقرر وأنه لم يصدر منه ما يدل على تنازله عن حقه في الجزاء ، فإذا وجد أنه لم يراع الترتيب أو الميعاد المحدد أو انه قد صدر منه ما يدل عن تنازله عن حقه في الجزاء فإن القاضي يقضي من تلقاء نفسه بسقوط حقه في التمسك بهذا الجزاء ، ولا يتوقف ذلك على طلب من الخصم الآخر(١٠٣).

٣٧.&-٣- صاحب الصفة في التمسك بالجزاء الإجرائي

تنص المادة ٣ من قانون المرافعات على انه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون. وطبقا لهذا النص لا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا صاحب الصفة في التمسك به أي الخصم الذي شرع الجزاء لصلحته ، كما لا يجوز التمسك بالجزاء إلا في مواجهة الخصم الذي تسبب في المخالفة. وقانون المرافعات هو الذي يحدد صاحب الصفة في التمسك بالجزاء الإجرائي كما يحدد صاحب الصفة فيمن يتمسك ضده بهذا الجزاء.

والنصوص التي تحدد صاحب الصفة في قانون المرافعات كثيرة وإنما سنضرب فقط بعض الأمثلة للتوضيح ، فمثلا تنص المادة ٢١ على انه لا يجوز التمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لصلحته ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه ، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام. وتنص المادة١٣٤ على أنه لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي.

---

(١٠٣)احمد ابو الوفا المرجع السابق ص٦٣ بند٣٤. وانظر ما يلي بند٢٢٥

وتنص المادة ٣/١٣٦ ويكون تقديم الطلب أو الدفع بسقوط الخصومة ضد جميع المدعين أو المستأنفين وإلا كان غير مقبول.

ويجب على المحكمة ان تتحقق من تلقاء نفسها ان المتمسك بالجزاء الاجرائي هو نفس الشخص الذي شرع الجزاء لمصلحته ، فإذا بان لها ان المتمسك بالجزاء لا صفة له في التمسك به وجب عليها ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدفع(١٠٤).

ولا توجد صعوبة في تطبيق هذه القواعد عندما نكون بصدد مدعي واحد ومدعى عليه واحد ، فإذا كان إعلان المدعي للمدعى عليه بصحيفة الدعوى باطلا ، فإن صاحب الصفة في التمسك بهذا البطلان هو المدعى عليه ، وهو يتمسك بالبطلان في مواجهة المدعى الذي تسبب في البطلان.

٣٨.التمسك بالجزاء عند تعدد الخصوم

وإنما تكمن الصعوبة عند التمسك بالجزاء في حالة تعدد الخصوم ، وذلك سواء فيما يتعلق بصاحب الصفة في التمسك بالجزاء أو فيمن يتمسك بالجزاء في مواجهته خاصة عندما يكون موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة أو كان هناك تضامن بين الخصوم وسنعرض لذلك فيما يلي:

٣٩.القاعدة الأولى: لا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا صاحب الصفة في التمسك به

وصاحب الصفة في التمسك بالجزاء هو من شرع الجزاء لمصلحته(١٠٥) ما لم يتصل الجزاء بالنظام العام. وهذه القاعدة تطبيق

---

(١٠٤)احمد ابو الوفا الدفوع بند٨٠

(١٠٥)ويجوز للمتدخل الانضمامي – فضلا عن تمسكه بالجزاءات المقررة لصلحته الخاصة– أن يتمسك بكافة الجزاءات التي للخصم الاصلي أن يتمسك بها طالما أن الخصم الأصلي لم يسقط حقه او يتنازل عن التمسك

للمبدأ المقرر في المادة ٣ من قانون المرافعات حيث لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون.

ومعنى ذلك انه إذا تعدد من أُتخذ في مواجهتهم الإجراء وكان هذا الأجراء باطلا بالنسبة لأحدهم فلا يجوز أن يتمسك بهذا البطلان إلا هذا الخصم الذي بطل الإجراء بالنسبة له ، ومثال ذلك أن يرفع المدعى دعوى ضد عدة مدعى عليهم ، وتكون صحيفة الدعوى أو إعلانها باطلا بالنسبة لأحد المدعى عليهم صحيحا بالنسبة للباقين فلا يجوز لغير المدعى عليه – الذي بطلت صحيفة الدعوى أو اعلانها بالنسبة له – التمسك ببطلانها.

وإذا كانت هذه القاعدة تنطبق بسهولة عندما يكون موضوع الخصومة قابلا للتجزئة ، فإن تطبيقها قد يثير بعض الصعوبات عندما يكون موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة ، وكذلك عندما يكون هناك تضامن بين الخصوم ، لذلك يجب أن نتناول كيفية التمسك بالجزاء في هاتين الحالتين:-

١.٤٠-التمسك بالجزاء من جانب أحد الملتزمين في الموضوع غير القابل للتجزئة وفي الدعاوى التي يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين:-

إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة أو كانت دعوى مما يوجب

بها. فإذا كان الشخص قد تدخل منضما الى جانب المدعى عليه جاز له أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة وظيفيا أو نوعيا أو محليا بالنسبة للمدعى عليه ، كما يجوز له أن يتمسك ببطلان إعلان صحيفة الدعوى للمدعى عليه ، كما يجوز له التمسك بإعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادتين ٧٠، ٨٢ ، كما يجوز له التمسك بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعى عليه لأي سبب من أسباب عدم القبول. أنظر في التمسك بالجزاء بصدد المتدخل الانضمامي: أحمد أبو الوفا المرجع السابق بند ٤٤

القانون فيها اختصام أشخاص معينين ، فإن القاعدة السابقة تنطبق أيضا أي أنه لا يجوز أن يتمسك بالجزاء غير الخصم الذي شُرع الجزاء لمصلحته ولا يجوز لغيره التمسك به(١٠٦).

والسبب في ذلك هو أن الخصوم في الدعوى ذات الموضوع غير القابل للتجزئة أو في الدعوى التي يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين لا يوجد بينهم نيابة تبادلية لا فيما ينفع ولا فيما يضر ، إذ أن الرأي الراجح في الفقه(١٠٧) والقضاء يرفض حل مشاكل عدم التجزئة في قانون المرافعات باستخدام فكرة النيابة التبادلية وذلك سواء النيابة الكاملة أو النيابة الناقصة ، ولذلك فلا يجوز لغير صاحب المصلحة التمسك بالجزاء غير المتعلق بالنظام العام.

وتطبقا لذلك قضت محكمة النقض بأن البطلان المترتب على عدم إعلان أحد المستأنف عليهم بصحيفة الاستئناف هو بطلان نسبى ويجب أن يتمسك به صاحب الشأن ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة(١٠٨).

وقضت أيضا بان التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم إعلان صحيفتها خلال ثلاثة أشهر عملا بالمادة ٧٠ غير متعلق بالنظام العام وليس لغير من شرع له التمسك به ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب

---

(١٠٦)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٤٨ ص٥١١ حيث يرى ان استفادة احد الخصوم من الحكم بالبطلان لا تعطيه الحق في التمسك به.

(١٠٧)السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني ج١ ط١٩٩٧ بند١٠٥٨

(١٠٨)نقض ٤-٢-١٩٨٠ الطعن رقم ٤٣ س ٤٩ ق ، نقض ٢٨-٢-١٩٨٥ االطعن رقم ٨٨٣ س٥١ق

القانون فيها اختصام أشخاص معينين كدعوى الشفعة(١٠٩).

كما قضت بأن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذي بطل إعلانه الدفع به ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة(١١٠).

إلا أنه يمكن أن يثار التساؤل عندما يكون صاحب الحق في التمسك بالجزاء غائبا فهو في هذه الحالة لا يمكنه التمسك بالجزاء لغيابه ، واستمرار المحكمة في نظر الخصومة رغم ذلك يعني أن المحكمة مجبرة على الاستمرار في نظر خصومة معرضة للزوال حيث سيصدر حكم باطل لأبنائه على الإجراءات الباطلة ، وبطلان الحكم في هذه الحالة سيمتد إلى كافة الخصوم لعدم قابلية الموضوع للتجزئة مما يعني أن جهد ووقت كل الخصوم والقاضي قد ضاع عبثا.

لذلك فإننا نعتقد أن من حق المحكمة أن تثير من تلقاء نفسها الدفع بالجزاء وأن تحكم به من تلقاء نفسها ، كما يجوز لباقي الخصوم تنبيه المحكمة إلى إثارة هذا الدفع ، إذ يعتبر في هذه الحالة الجزاء متعلق بالمصلحة العامة الوقائية(١١١) حيث إن العيب الذي

---

(١٠٩)نقض ١٣-٦-١٩٧٩ الطعن رقم ١٣٥٠س٤٨ق ، نقض ٢٦-٣-١٩٨٧ الطعن رقم ٣٤٨ س٥٠ق

(١١٠)نقض ١٢/١/١٩٧٧ س٢٨ ص٢٢٤ -نقض ١٣-٦-١٩٧٩ رقم ١٣٥٠ س٤٨ ، نقض٤-٢-١٩٨٠ س ٣١ ص ٣٩٨ نقض ٢٨-٢-١٩٨٥رقم ٨٨٣ س٥١ - نقض ٢٠-٦-١٩٨٦ رقم ١١٨٤ س٥٢ ، نقض ٢٦-٣-١٩٨٧ رقم ٣٤٨ س٥٠ق.

(١١١)ويعتبر ذلك في إعتقادنا تطبيقا للقاعدة العامة التي دعا إليها البعض (وجدي راغب دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني مجلة العلوم

شاب إجراءات الخصومة في هذه الحالة ليس هناك وسيلة لتصحيحه أو للتمسك بالجزاء المترتب عليه أو للتنازل عنه ، لأن غياب المدعى عليه لا يسقط حقه في التمسك بالجزاء عند حضوره أو عند طعنه في الحكم الصادر في غيابه.

وتنطبق هذه القاعدة في اعتقادنا أيا كان نوع الجزاء ، سواء كان هذا الجزاء هو البطلان أو السقوط أو أي جزاء آخر كاعتبار الدعوى كأن لم تكن(١١٢) لعدم إعلان صحيفتها لأحد المدعى عليهم

القانونية والاقتصادية س١٨ سنة١٩٧٦ العدد الاول ص١٦٥ والتي تليها) والتي مقتضاها أنه كلما شاب إجراءات الخصومة عيب يرتب لها بطلانا خاصا ، وإفتقدت الخصومة أثناء سيرها إمكانيه تصحيح هذه الإجراءات عن طريق التنازل الصريح أو الضمني للخصم الذي شرع البطلان لمصلحته فإنه تنشأ مصلحة عامة وقائيه في تفادي السير بإجراءات معينة حتى نهايتها ، وهو ما يجعل البطلان الناجم عن هذا العيب بطلانا عاما أثناء سير الخصومة ، ولذا يجب على المحكمة أن تكتشف العيب من تلقاء نفسها لتصحيح الإجراءات وإلا حكمت بالبطلان .

(١١٢)أنظر محمود هاشم إعتبار الدعوى كأن لم تكن في قانون المرافعات ط١٩٨٦ ص٥٣ وما بعدها حيث يرى أن الجزاء المقرر في المادة ٨٢ ليس مقررا فحسب للمصلحة الخاصة وإنما أيضا للمصلحة العامة.

ويجب أن نلفت الإنتباه إلى أن هذا الرأي يعتبر الجزاء في هذه الحالة من النظام العام سواء كان صاحب المصلحة في الجزاء حاضرا ام غائبا، إذ من حق المحكمة وفقا لهذا الرأي أن تحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن من تلقاء نفسها ولوكان المدعى عليه حاضرا ،اما طبقا للقاعدة التي نتمسك بها في المتن فإنه لا يجوز للمحكمة ان تقضي بالجزاء من تلقاء نفسها الا عند غياب صاحب المصلحة فيه. انظر ما يلي بند٦١

خلال ثلاثة شهور ، أو الدفع بعدم الاختصاص المحلي(١١٣).

٢.٤١-التمسك بالجزاء من جانب أحد المتضامنين

يذهب الفقه إلى أنه في حالة التضامن فإن هناك نيابة تبادلية فيما ينفع فقط(١١٤) ، وتفريعا على ذلك إذا كان الجزاء مقررا لمصلحة أحد المتضامنين فللباقين التمسك بالجزاء نيابة عنه(١١٥).

وفي الحقيقة فإنه لا يمكن تأييد الفقه فيما ذهب إليه من وجود نيابة تبادلية بين المتضامنين فيما ينفع ، ذلك لأن الفرض الذي نحن بصدده المتضامنون جميعا موجودون في الخصومة ، والقاعدة التي نؤمن بها -وتستقر محكمة النقض عليها في أحكامها(١١٦) - أنه لا

---

(١١٣)ويلاحظ ان قانون المرافعات الفرنسي الجديد قد منح المحكمة الحق في إثارة الدفع بعدم الإختصاص المحلي من تلقاء نفسها عند غياب المدعى عليه أنظر المادة ٩٣ ، كما أنه منح المحكمة الحق في إثارة الدفع بعدم الإختصاص النوعي غير المتعلق بالنظام العام عند غياب المدعى عليه أنظر المادة ١/٩٢ ، وانظر ما يلي بند٥٩

(١١٤)حول هذه النظرية والانتقادات الموجهة اليها انظر احمد السيد صاوي آثار الاحكام بالنسبة للغير ط١٩٧٩ بند٥٥ وما بعده

(١١٥)أنظر أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص١٠٤ بند٤٧ ، فتحي والي المرجع السابق بند٤٤ ص٨٣١ حيث يرى أن الخصم يستطيع أن يتمسك ببطلان العمل نيابة عن الخصم المتضامن معه ، ولكنه يؤكد أن البطلان في هذه الحالة يظل جزئيا ، أي أن العمل يكون باطلا بالنسبة للشخص الذي يعتبر معيبا في مواجهته ولكنه يبقى صحيحا بالنسبة للخصم الذي تم صحيحا في مواجهته ولو كان متضامنا مع الأول ، وإن كان هذا لا يمنع من القول بأن الخصم المتضامن يستفيد بطريق غير مباشر من البطلان الذي يُعلَن لمصلحة المتضامن معه.

(١١٦)نقض ١٩٥٨/١/٢٣ س٩ ص٥٣١ ، نقض ٢٨-١٢-١٩٧١س٢٢ ص١١٣٣ م٥٠ ص٢٧٦٦حيث تقول إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة

ينوب حاضر في الخصومة عن حاضر مثله لا فيما ينفع ولا فيما يضر إذ طالما أن الأصيل صاحب المصلحة موجود ولم ينب غيره عنه في القيام بالإجراءات فهو الأقدر على تحديد ما ينفعه وما يضره ولا يجوز أن ننصب غيره نائبا عنه ، فقد يرى أن مصلحته في التنازل عن التمسك بالجزاء ، وقد يرد على الإجراء الباطل بما يفيد اعتباره صحيحا.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن البطلان المترتب على مخالفة قواعد الإعلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من تَعيَّب أو تخلف إعلانه ، فلا يجوز لغيره من الخصوم التمسك به ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو **محكوما فيه بالتضامن** ، إذ لا يفيد من البطلان في هذه الحالة إلا إذا تمسك به صاحبه(١١٧).

٤٢.القاعدة الثانية: لا يجوز التمسك بالجزاء إلا في مواجهة ذات الخصم الذي تسبب في المخالفة(١١٨).

الصفة يجب أن تتوافر ليس فقط فيمن يرفع الطلب أو الدفع إنما أيضا فيمن يُرفع الطلب أو الدفع في مواجهته ، والصفة في التمسك بالجزاء لا تتوافر إلا في الخصم الذي تسبب في المخالفة ، وهي قاعدة توجبها العدالة ، وذلك لأنه لا يجوز أن يتحمل شخص عواقب خطأ وقع من غيره. ولذلك فإنه إذا تعدد المدعين أو المستأنفين وكانت صحيفة الدعوى أو الطعن باطلة بالنسبة لواحد منهم فلا يجوز للمدعى عليه أو المستأنف عليه التمسك بالبطلان إلا ضد

أنه إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على مدعى عليهم بالتضامن كان كل منهم مستقلا عن الآخر في الخصومة. وفي نفس المعنى: نقض ٧٦/٣/٣٠ س٢٧ ص٧٩٢ ، نقض ١٩٨٠/١/٢٩ س٣١ ص٣٣٣

(١١٧)نقض ٤-٢-١٩٨٠ س٣١ ص٣٩٨

(١١٨)أحمد أبو الوفا المرجع السابق بند٤١ ص٧٣

الأخير وحده ، كذلك إذا تعدد المدعين أو المستأنفين وأعلنوا صحيفة الدعوى للمدعى عليه في خلال الثلاثة شهور ما عدا واحد منهم الذي لم يعلنها إلا بعد فوات الثلاثة شهور ، فلا يجوز للمدعي عليه التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا في مواجهة الأخير ، وكذلك إذا تعدد المحكوم لهم وأعلنوا الحكم للمحكوم عليه وكان هذا الإعلان باطلا بالنسبة لأحدهم فلا يجوز للمحكوم عليه التمسك بهذا البطلان إلا ضد المحكوم له الذي أعلنه بالحكم إعلانا باطلا.

وتثير هذه القاعدة بعض التساؤلات في حالتي التضامن وعدم التجزئة وهو ما ينبغي معالجته فيما يلي:-

١.٤٣-التمسك بالجزاء ضد أحد المتضامنين

هل التمسك بالجزاء في مواجهة أحد المتضامنين من شأنه أن يضر بالآخرين؟ يذهب الفقه إلى أنه إذا كان الجزاء مقررا ضد أحد المتضامنين فلا يمكن التمسك بإعماله إلا في مواجهته وحده دون الباقين(١١٩). أي أنه تنطبق بالنسبة للتضامن ذات القاعدة ، فلا يمكن التمسك بالجزاء إلا في مواجهة ذات الخصم الذي تسبب في المخالفة ، كما أن الجزاء ذاته عند الحكم به على المخالف لا يمتد إلى الباقين الذين لم يرتكبوا هذه المخالفة.

والسبب في اعتقادنا ليس لأنه لا توجد نيابة تبادلية بين المتضامنين فيما يضر ، ولكن السبب أنه لا توجد نيابة بين المتضامنين -سواء فيما يضر أو فيما ينفع - إذا كانوا جميعا موجودين في الخصومة إذ لا ينوب حاضر في الخصومة عن حاضر مثله. فإذا تمسك المدعى عليه ببطلان صحيفة الدعوى مثلا بالنسبة لأحد المدعين المتضامنين بطلت الدعوى بالنسبة لهذا المدعي وحده وظلت صحيحة بالنسبة للباقين ، ولا غرابة في ذلك فالتضامن لا

---

(١١٩)أحمد أبو الوفا المرجع السابق بند٤٧ ص١٠٤

يستوجب وحدة الحل - بخلاف حالة عدم التجزئة.

٢.٤٤-التمسك بالجزاء ضد أحد الملتزمين في الموضوع غير القابل للتجزئة

ولكن هل تنطبق القاعدة المتقدمة أيضا في حالة عدم التجزئة والتي تقتضي وحدة الحل بالنسبة لجميع الخصوم؟ إذا طبقنا القاعدة السابقة فمعنى ذلك أن بطلان الإجراء بالنسبة لأحد المدعين أو المستأنفين أو المحكوم لهم سيترتب عليه بطلان الإجراء بالنسبة لهم جميعا ، وهي نتيجة لا تتفق ومقتضيات العدالة لأنها تُحمل البعض عاقبة وزر لم يرتكبه وخطأ لم يقع فيه ، فإذا كانت عدم التجزئة تقتضي حلا واحدا فإنها لا تحتم أن يكون هذا الحل غير عادل بل أن مقتضيات العدالة فوق كل مقتض.

لذلك فإن الحل الذي توجبه العدالة ولا يناقض ما تقتضيه عدم التجزئة هو أن يبقى الإجراء الذي اتخذه البعض صحيحا مرتباً لآثاره ولا يتأثر ببطلان إجراء اتخذه البعض الآخر ، ويترتب على ذلك أن الخصم يجب عليه أن يتمسك بالجزاء في مواجهة جميع المدعين أو المستأنفين ، فإذا لم يكن بإمكانه أن يتمسك بالجزاء في مواجهة البعض لأي سبب- لأن هذا البعض لم يرتكب المخالفة التي تستوجب الجزاء أو لأن الخصم أسقط حقه في التمسك به بالنسبة له- فلم يعد بإمكانه التمسك بالجزاء في مواجهة الجميع.

ولقد تبنى المشرع هذا المنطق عندما استخدم فكرة عدم التجزئة بالنسبة لسقوط الخصومة فنص في المادة ٣/١٣٦ على أنه (ويكون تقديم الطلب أو الدفع - بسقوط الخصومة - ضد جميع المدعين أو المستأنفين وإلا كان غير مقبول) أي أنه إذا لم يستطع المدعَى عليه التمسك بالسقوط ضد أحد المدعين (لأنه قام بإجراء قطع به مدة السقوط مثلا) فإن طلب سقوط الخصومة يصبح غير مقبول بالنسبة للجميع.

٤٥.ثانيا:- كيفية الفصل في الدفع

الأصل أن تحكم المحكمة في الدفوع الإجرائية على استقلال

وقبل الفصل في الموضوع(١٢٠) ، وهذه القاعدة منطقية لأن الفصل في الدفع قد يغنى المحكمة عن نظر الموضوع(١٢١) ، حيث قد يترتب على الدفع انقضاء الخصومة وزوالها دون حكم في الموضوع ، كما لو دفع الخصم ببطلان صحيفة الدعوى فان الاستجابة لهذا الدفع وإصدار حكم بالبطلان يترتب عليه زوال الخصومة ولا يكون هناك محل لصدور حكم في موضوعها ، وكذلك إذا دفع المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن فهنا أيضا يترتب على صدور حكم بذلك زوال الخصومة.

ولكن يجوز للمحكمة ضم الدفع الإجرائي للموضوع وإصدار حكم واحد فيهما إذا رأت أن إصدار حكم في الدفع يحتاج إلى فحص الموضوع ، الا أن المحكمة تلتزم في تلك الحالة بأمرين:- الأول: أن تحترم حقوق الدفاع للخصوم ، فتدعو الخصوم لتقديم ما لديهم من ملاحظات وما شاءوا من الدفوع الموضوعية إذا لم يكونوا قد قدموها اعتقادا منهم بأن ما أبدوه من دفوع إجرائية كاف للتخلص من الدعوى. الثاني: أن تبين المحكمة ما حكمت به في كل من الدفع الإجرائي والموضوع كل على حدة ، بحيث يكون الحكم منطويا على قرارين قرار في الدفع وقرار في الموضوع(١٢٢) ، ولا يشترط أن يكون الحكم الصادر في الدفع حكما صريحا في منطوقه وإنما قد تفصل المحكمة في الدفع ضمنا وذلك بشرط أن تتوافر مقومات الحكم الضمني. وهذا كله ما لم تنته المحكمة إلى إصدار حكم في الدفع لا يجعل للفصل في الموضوع بعد ذلك محل ، كما لو أصدرت حكم ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن.

---

(١٢٠)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٣

(١٢١)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٨١

(١٢٢)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٤

٤٦.كيفية فصل المحكمة في الدفوع الإجرائية عند تعددها

وإذا كان الخصوم قد تمسكوا بأكثر من دفع شكلي (إجرائي) ؛ فيجب على المحكمة أن تنظر الدفع المتعلق بشكل صحيفة الدعوى وإعلانها أولا(١٢٣) ، وذلك للتحقق من نشأة الخصومة وانعقادها ، ثم تتعرض لبحث الدفع بعدم الاختصاص الولائي(١٢٤) ثم للدفع بعدم الاختصاص النوعي(١٢٥) ثم للدفع بعدم الاختصاص

---

(١٢٣)فتتصدى المحكمة للدفع ببطلان صحيفة الدعوى او بطلان اعلانها او للدفع باعتبارها كأن لم تكن لعدم اعلانها للمدعى عليه خلال ثلاثة شهور من تاريخ ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة وذلك ولو لم تكن المحكمة مختصة بموضوع الدعوى. انظر في ان القاضي يختص باصدار حكم ببطلان صحيفة الدعوى ولو كان غير مختص بها: فتحي والي المرجع السابق بند٢٥٠ وهو يرى -بحق- أن اختصاص القاضي بالدعوى ليس لازما الا ابتداء من الاعمال التي تتصل ببحث موضوع الدعوى ، وانظر المؤلف مبادئ الخصومة المدنية ط١٩٩٩ ص٢٧ هامش٣٥.

(١٢٤)حيث تعتبر مسألة الاختصاص الولائي مسألة اولية بالنسبة للاختصاص النوعي ، اذ لا يتصور ان تبحث المحكمة مدى اختصاصها نوعيا بنظر دعوى معينة الا اذا كانت الدعوى تدخل في الاختصاص الولائي للجهة التي تتبعها المحكمة التي تنظر الدعوى.

(١٢٥)حيث تعتبر مسألة الاختصاص النوعي مسألة اولية بالنسبة للاختصاص المحلي ، اذ لا يتصور ان تبحث المحكمة مدى اختصاصها محليا بنظر دعوى معينة الا اذا كانت الدعوى تدخل في الاختصاص النوعي لمحاكم نفس الطبقة والدرجة التي تتبعها المحكمة التي تنظر الدعوى.

المحلي(١٢٦) ، ثم تبحث بعد ذلك باقي الدفوع الإجرائية كالدفع بالإحالة إلى محكمة أخري للارتباط أو لقيام ذات النزاع(١٢٧).

٤٧.ثالثا- مدى استنفاد المحكمة لولايتها

نتناول أولا مدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للدفع الإجرائي ذاته ثم مدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى وذلك على النحو التالي:-

٤٨.مدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للدفع

الحكم الصادر في الدفع الإجرائي حكم قطعي(١٢٨) تستنفد به المحكمة ولايتها بالنسبة لهذه المسألة ، فلا يجوز لها الحكم فيها من جديد(١٢٩) ، كما لا يجوز للمحكمة العدول عنه أو الرجوع فيه

---

(١٢٦)ولا تتعرض المحكمة لمسألة الاختصاص المحلي الا بناء على دفع من المدعى عليه ، فلا يجوز لها اثارة مسألة الاختصاص المحلي من تلقاء نفسها الا اذا كانت متعلقة بالنظام العام.

(١٢٧)فاذا احيلت الدعوى الى محكمة اخرى قبل الفصل في كافة الدفوع الاجرائية فإن المحكمة المحال اليها هي التي تتولى الفصل في هذه الدفوع. احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٨١

(١٢٨)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٤

(١٢٩)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان وقف الدعوى جزاء اهمال المدعي في اتخاذ ما تأمر به المحكمة فإنه يعتبر حكما ويجوز الطعن فيه فور صدوره فإذا لم يطعن فيه حاز قوة الامر المقضي وامتنع معاودة النظر فيما تضمنه او اثارة الجدل بشأنه نقض ١٩٨١/١١/٢٤ الطعن رقم١٠٠ س ٤٩ق

ولو تبين لها أنها خالفت القانون أو أخطأت في تطبيقه(١٣٠) ، كما لا يجوز لها العدول عنه ولو تبين لها أنه باطل أو مبني على اجراء باطل ، لأنه في كافة الحالات المتقدمة تطرح المسألة الإجرائية على القاضي لكي يقطع فيها برأي ، فهو يبحث عما إذا كانت هناك مخالفة ما لقاعدة إجرائية أو ما إذا كان هناك عائق أجرائي يحول دون السير في الخصومة أو يؤدي إلى زوالها.

ففي حالة إثارة مسألة الاختصاص يحسم القاضي هذه المسألة فإما أن يحكم باختصاصه بنظر الدعوى وبالتالي تستقر الدعوى أمامه وإما أن يحكم بعدم اختصاصه مما يؤدي إلى زوال الخصومة من أمامه. وفي حالة الوقف الجزائي مثلا يؤكد القاضي مخالفة المدعى لأمر المحكمة ويقرر الجزاء اللازم لذلك ، كما قد يحكم عند إصرار المدعي على عدم تنفيذ أمر المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن. وفي حالة سقوط الخصومة فان القاضي يبحث عما إذا كانت أركان المسئولية الإجرائية قد توافرت بأن أهمل المدعي السير في الخصومة مدة سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها فيصدر القاضي حكمه بسقوط الخصومة مقررا زوالها.

فإذا عدلت المحكمة عما قضت به في الدفع الإجرائي فإنها تكون قد خالفت قاعدة الاستنفاد ويكون حكمها بذلك مخالفا للقانون

---

(١٣٠)ويكون اصلاح هذا الخطأ عن طريق الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة قانونا.

ويجوز الطعن فيه بالاستئناف أو النقض حسب الاحوال(١٣١).

٤٩.استثناء:- قرار الشطب لا تستنفد به المحكمة ولايتها

ولكن يوجد استثناء على هذه القاعدة في حالة شطب الدعوى حيث يذهب الفقه والقضاء إلى أن قرار الشطب ليس حكما(١٣٢) قطعيا وبالتالي لا تستنفد به المحكمة ولايتها ، ولذلك يجوز للمحكمة العدول عنه إذا تبين لها خطأ الأساس الذي قام عليه. وتفريعا على ذلك إذا كان قرار الشطب باطلا فلا يجوز للمحكمة أن تقضي باعتبار

---

(١٣١)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه بصدور الحكم يمتنع على المحكمة التي اصدرته العدول عما قضت به وتسري هذه القاعدة بالنسبة لسائر الأحكام موضوعية كانت أو فرعية انهت الخصومة أو لم تنهها ويستوي أن يكون حكمها صحيحا أو باطلا أو مبنيا على اجراء باطل اذ القاضي لا يسلط على قضائه ولا يملك تعديله أو الغاءه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتاريخ ١٩٩٦/٢/٧ ببطلان صحيفتي الاستئنافين رغم أن المحكمة بهيئة سابقة كانت قد قضت بتاريخ ١٩٩٢/٦/٨ بقبول الاستئنافين شكلا وهو قضاء قطعي في هذا الشق استنفدت به المحكمة ولايتها ولا تملك العدول عنه ويمنعها من معاودة البحث في شكل الاستئناف فان الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه. نقض ١٩٩٧/٣/٢٤ الطعن رقم ٣٧٠٥ س٦٦ق مشار اليه لدى الفكهاني ملحق ١٥ مدني ص٢٥٦ قاعدة رقم ١٣٥

(١٣٢)محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٥٥٢ ، نقض ٥١٩٨٥/٢٧ س٣٦ ص٨٢٢ مشار اليه في المرجع السابق نفس الاشارة ، ونقض ١٩٨١/٢/١٠ الطعن رقم ١٩٣٠ س٤٧ق حيث قضت بأن قرار الشطب ليس حكما .... واذ كان يبين من الاوراق ان المطعون ضده المتظلم لم يعلن بالجلسة المحددة لتظلمه بعد احالته والتي صدر فيها قرار المحكمة بشطب دعواه ، فإن الحكم المطعون فيه اذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما انتهى اليه من رفض الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن يكون قد طبق صحيح القانون.

الدعوى كأن لم تكن لعدم تعجيل الدعوى خلال ستين يوما من تاريخ قرار الشطب الباطل ، وإنما يتعين على المحكمة نظر الدعوى دون اعتداد بقرار الشطب لبطلانه لأنها في حل من العدول عنه حيث انه لا تستنفد به ولايتها.

٥٠.مدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للموضوع

إذا كان الحكم الإجرائي ينهي الخصومة أمام المحكمة فإن هذا الحكم لا يستنفد ولاية المحكمة بالنسبة لموضوع الدعوى(١٣٢) ، ولذلك إذا طعن في الحكم الصادر في الدفع الإجرائي وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم فلا يجوز لها أن تتعرض للموضوع(١٣٣) بل يجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لكي تحكم فيه لأنها لم تستنفد ولايتها ولم تقل كلمتها بالنسبة للموضوع(١٣٤).

وتفريعا على ذلك إذا أصدرت محكمة أول درجة حكما ببطلان صحيفة الدعوى أو بسقوط الخصومة أو باعتبارها كأن لم تكن وطعن في هذا الحكم بالاستئناف وألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة الصادر في الدفع فيجب عليها أن تعيد القضية إلي محكمة أول درجة لتنظر الموضوع.

أما إذا كان الحكم الإجرائي لا ينهي الخصومة كما لو حكمت برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو ببطلان تقرير خبير أو رفض

---

(١٣٢)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٥

(١٣٣)ولقد كان القانون القديم يجيز لمحكمة الاستئناف ان تتصدى لنظر موضوع الدعوى بالرغم من عدم استنفاد محكمة اول درجة لولايتها بصدده ولقد الغى القانون الجديد حق التصدي المقرر لمحكمة الاستئناف لأنه يخالف قاعدة التقاضي على درجتين

(١٣٤)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٨٢ ، احمد السيد صاوي الوسيط بند١٦٣

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن ..الخ ، واستمرت المحكمة في نظر الدعوى وأصدرت حكما في الموضوع فإن إلغاء الحكم الصادر في الدفع الإجرائي من محكمة الطعن لا يجوز معه إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للحكم في الموضوع من جديد لأنها استنفدت ولايتها بشأنه ويتعين على محكمة الاستئناف أن تتعرض لموضوع الدعوى وتحكم فيه(١٣٥) ، ما لم يكن من شأن إجابة الدفع الإجرائي إنهاء الخصومة دون حكم في الموضوع(١٣٦).

٥١.رابعا:- مدى حجية الحكم الصادر في الدفع

القاعدة أن الحكم الصادر في الدفع الإجرائي لا يحوز حجية الأمر المقضي به(١٣٧) ، وذلك لأنه حكم صادر في مسألة إجرائية وليس فاصلا في الموضوع ، ولذلك فيجوز طرح ذات موضوع الدعوى على القضاء مرة أخري دون الخشية من دفعها بسابقة الفصل فيها(١٣٨). كما لا تلتزم المحاكم الأخرى بالحكم الصادر في المسألة الإجرائية من محكمة معينة ، فإذا صدر حكم من أحد المحاكم باختصاصها بدعوى معينة فيجوز لمحكمة أخري أن تحكم باختصاصها هي الأخرى بنفس الدعوى ، وإذا صدر حكم ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن ، فيجوز للمدعى أن يرفع دعواه من جديد بذات الموضوع وضد ذات المدعى عليه أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة أخري.

---

(١٣٥)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٦

(١٣٦)انظر بالتفصيل ما يلي بند٨٣

(١٣٧)فتحي والي الوسيط بند٢٨٥ ص٤٩٢ ، وجدي راغب المرجع مبادئ القضاء ص٤٢١ ، احمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٨١ وما بعده.

(١٣٨)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٦

٥٢.استثناء:- الحكم بعدم الاختصاص والإحالة يحوز حجية الأمر المقضي

قد يكون للحكم الإجرائي حجية الأمر المقضي إذا نص المشرع صراحة على ذلك ، فقد نصت المادة ٢/١١٠ مرافعات(١٣٩) على انه إذا حكمت المحكمة بعدم الاختصاص والإحالة فإن هذا الحكم تلتزم به المحكمة المحال إليها ، وهو ما يعني انه لا يجوز لهذه المحكمة أن تحكم هي الأخرى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لذات السبب ، وهو ما يعني أيضا أن للحكم الصادر بعدم الاختصاص حجية أو فاعلية خارج إطار الإجراءات التي صدر فيها(١٤٠).

---

(١٣٩)انظر امثلة اخرى لاحكام اجرائية تحوز حجية الامر المقضي المواد ٢/٢٥، ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ حيث يقرر ان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بتحديد الجهة ذات الولاية هو حكم ملزم لجميع محاكم الجهات المتنازعة.

(١٤٠)احمد ماهر زغلول دروس بند٣٧٥

الفرع الثالث
سلطة القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

٥٣.تعريف وتقسيم

لفكرة النظام العام أهمية بالغة في قانون المرافعات – كما هو الحال بالنسبة لسائر فروع القانون – حيث أن القواعد المتعلقة بالنظام العام تكتسب أهمية تفوق أهمية القواعد الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام . ويؤدي ذلك إلى أن الجزاء المقرر لمخالفة قاعدة من القواعد التي تتعلق بالنظام العام يتميز بخصائص وسمات تختلف عن خصائص وسمات الجزاء المقرر لمخالفة قاعدة غير متعلقة بالنظام العام(١٤١).

ولقد حاول الفقه وضع معيار لفكرة النظام العام ، ولكنه لم يتمكن من الوصول بعد إلى معيار جامع مانع ، مما يعني في النهاية صعوبة وضع معيار له وضرورة ترك الأمر في النهاية للقاضي ومنحه سلطة تقديرية لاكتشاف الحالات التي تتعلق بالمصلحة العامة وتطبيق القواعد القانونية المختلفة بالقدر الذي تتطلبه هذه المصلحة ، وليس في ترك الأمر للقاضي ما يؤدي إلى الانزعاج ، فالقاضي هو الأمين على حقوق ومصالح الناس كما يتمتع بضمانات تمنع تعسفه أو تحكمه ، ناهيك عن أن الأمر في النهاية لن يكون سلطة مطلقة للقاضي يفعل ما يشاء ، فهو يخضع لرقابة محكمة النقض إذا كانت النتائج التي توصل إليها غير مبنية على أسباب سائغة.

ولأن حالات النظام العام لا يمكن تحديدها مقدما من جانب المشرع تحديدا حصريا لأن الأمر كما قلنا يخضع لظروف متغيرة ، لذلك فقد اكتفى المشرع بإيراد بعض الحالات والنص على أنها متعلقة

---

(١٤١)فتحي والي نظرية البطلان بند٣٠٧ ص٥٣٨

بالنظام العام ، وذلك سواء بالنص على أن القاعدة تتعلق بالنظام العام أو بالنص على أنه يجب أن يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه كالمادتين ١٠٩ ، ١١٦ من قانون المرافعات الجديد. كما أورد بعض الحالات التي لا تتعلق بالنظام العام وذلك حينما ينص على جواز النزول عن التمسك بالجزاء من جانب صاحب المصلحة وهو ما يكشف عن أن الجزاء في هذه الحالة غير متعلق بالنظام العام. وهذه الحالات التي نص عليها المشرع لا تثير أي صعوبة في تحديد طبيعتها.

إلا أنه في كثير من الأحيان لا ينص المشرع على تعلق القاعدة أو عدم تعلقها بالنظام العام ، وفي هذه الحالات يترك الأمر للقاضي ليحدد في كل حالة مدى تعلق الأمر بالنظام العام واضعا نصب عينيه نوع لمصلحة التي يرى المشرع حمايتها بالقاعدة المخالفة(١٤٢).

٥٤.طبيعة قواعد قانون المرافعات

ولقد اختلف الفقه والقضاء حول طبيعة قواعد قانون المرافعات فيرى البعض أنه أحد فروع القانون الخاص لأنه ليس سوى بيان للقواعد اللازمة لإعمال القانون الخاص(١٤٣). في حين يرى البعض الآخر انه أحد فروع القانون العام لأنه ينظم مرفق من مرافق الدولة التي تقوم على تطبيق القانون وهو مرفق القضاء(١٤٤) ، ويرى فريق ثالث من الفقه –بحق–انه لا يصح إقحام قانون المرافعات بين فروع القانون العام أو الخاص لأنه قانون يعني بحماية الحقوق(١٤٥) فهو

---

(١٤٢)فتحي والي المرجع السابق بند٣٠٩ ص٥٤٠.

(١٤٣)محمد العشماوي المرجع السابق ج١ بند٨

(١٤٤)فتحي والي الوسيط بند٤ ، ابراهيم سعد المرجع السابق بنده ص١٦

(١٤٥)احمد السيد صاوي الوسيط بند٧.

إذن ليس الا فرع من فروع القانون الإجرائي(١٤٦).

وعلى أي حال فإن قواعد المرافعات ترمي إلى تنظيم الحماية القضائية للحقوق في مجال المعاملات الخاصة فهو إذن يمس كلا من المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للأفراد وبناء عليه فإن قواعده تتنوع إلى قواعد متعلقة بالنظام العام وقواعد متعلقة بالمصلحة الخاصة،فقواعد النظام القضائي والاختصاص الوظيفي والنوعي والقيمي متعلقة بالنظام العام(١٤٧) ، ولهذا فان الحكم الذي يصدر من محكمة مشكلة تشكيلا غير صحيح أو من شخص لا يتمتع بولاية القضاء يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام(١٤٨) ،كما يعتبر متعلقا بالنظام العام جميع الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام ، ومثال ذلك أن تكون الجلسة علنية وأن يصدر الحكم علنا في الجلسة ، كما يعتبر متعلقا بالنظام العام وجوب مراعاة الأوضاع الجوهرية المنظمة لطرق رفع الدعاوى أو الطعون لذا فالبطلان المترتب على عدم مراعاة تلك الأوضاع هو بطلان من النظام العام، والأمثلة على الجزاءات المتعلقة بالنظام العام كثيرة وتوجد لها تطبيقات قضائية كثيرة.

٥٥.خصائص الجزاء المتعلق بالنظام العام

يترتب على تعلق قاعدة معينة أو جزاء معين بالنظام العام النتائج الآتية:

١- أنه يمكن التمسك به من كل ذي مصلحة من الخصوم حتى ولو من جانب الشخص الذي تسبب في الجزاء ، كما يجوز

(١٤٦)وجدي راغب مبادئ ص١١

(١٤٧)وجدي راغب المرجع السابق ص١٢

(١٤٨)فتحي والي نظرية البطلان بند٣٠٩.

النيابة العامة التمسك به(١٤٩).

٢- يجوز للخصوم إثارة الجزاء الإجرائي المتعلق بالنظام العام في أي حالة كانت عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما بعد

٣- لا يجوز النزول عن الجزاء الإجرائي المتعلق بالنظام العام(١٥٠) فإذا تنازل الخصم فلا يكون لتنازله أي اثر ويجوز له ولغيره التمسك به وللمحكمة أن تقضي بالجزاء رغم التنازل.

٤- يجوز للقاضي أن يقضي بالجزاء الإجرائي المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه ولو لم يطلب أحد ذلك(١٥١) ، فبالنسبة للدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام فقد أكد المشرع في المادة ١٠٩ من قانون المرافعات حق المحكمة في إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها حيث تنص على أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان مؤدى نص المادة ١٠٩ مرافعات أن الدفع بعم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها متعلق بالنظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها وتعتبر مسألة الاختصاص الولائي قائمة في الخصومة ومطروحة دائما على محكمة الموضوع وعليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملا على قضاء ضمني باختصاصها ولائيا(١٥٢).

(١٤٩)فتحي والي المرجع السابق بند٣١٠ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٤٨ ، امينة النمر المرجع السابق ص٤٠٩

(١٥٠)امينة النمر المرجع السابق ص ٤٠٩

(١٥١)امينة النمر المرجع السابق ص٤٠٩

(١٥٢)حكم الهيئة العامة للمواد المدنية الصادر في١٥/٥/١٩٩٠ طعن ١٣٦٣

وبالنسبة لجزاء البطلان يفهم من نص المادة ٢١ في عجزها حيث تستثني الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام بحيث يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم الذي حضر تلاوته ووقع مسودته قاضي لم يكن من القضاة الذين سمعوا المرافعات(١٥٣) ولها الحق في الحكم ببطلان صحيفة الاستئناف التي لم يوقعها محام مقبول أمام محكمة الاستئناف(١٥٤)

وحق المحكمة في إثارة الجزاء المتعلق بالنظام العام ثابت ولو لم ينص المشرع على منحها هذا الحق لأنه أمر متعلق بالمبادئ العامة ولا يحتاج إلى نص يقرره.

٥٦.إثارة الجزاء الإجرائي المتعلق بالنظام العام هو واجب على المحكمة في القانون المصري بخلاف القانون الفرنسي

وإثارة المحكمة للجزاء المتعلق بالنظام العام هو في القانون المصري واجب على المحكمة وليس مجرد حق أو رخصة لها ، ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهي أن المحكمة إذا لم تتنبه لذلك وأغفلت الحكم بالجزاء رغم توافر مقتضياته يعتبر من جانبها مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه مما يعرض حكمها للطعن فيه لهذا السبب.

ونضرب مثل بالنسبة لجزاء البطلان حيث انه طبقا للمادة ٢١ من قانون المرافعات المصري للمحكمة أن تقضي بالبطلان المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك الخصم بالبطلان ويستوي

س٥٤ق مشار اليه لدى محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٦٦٢

(١٥٣)نقض ١٩٦٢/٤/١٨ س١٣ ص٤٧٨ مشار اليه لدى فتحي والي المرجع السابق بند٣٢١ ص٥٦٦ هامش ١

(١٥٤)استئناف مصر ١٩٤٦/١٠/٢٩ المجموعة الرسمية ٤٨-١٣٥٠-٦١ مشار اليه لدى فتحي والي المرجع السابق بند٣٢١ ص٥٦٦ هامش٢

في هذه الحالة أن يكون البطلان المتعلق بالنظام العام بطلانا لأسباب شكلية(١٥٥) أو لأسباب موضوعية(١٥٦) ففي الحالتين على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها.

وتتخلص المحكمة من التزامها بإثارة الجزاء الإجرائي بالحكم فيه صراحة أو ضمنا(١٥٧) ، فلا يشترط أن تقضي فيه المحكمة

---

(١٥٥)على ان ربط الحكم بالبطلان بعدم تحقق الغاية من الشكل او البيان المعيب يؤدي الي وجوب التفرقة بين البطلان المنصوص علية والبطلان غير المنصوص عليه لكي نتعرف على مدى سلطة المحكمة في الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها في الحالتين: ١- فاذا كان البطلان منصوصا عليه ومتعلقا في نفس الوقت بالنظام العام فهنا يكون للمحكمة ان تقضي بالبطلان بمجرد تحققها من وجود المخالفة ، لأن النص على البطلان قرينة على عدم تحقق الغاية منه ، مع التحفظ بانه يجوز لمن قام بالاجراء الباطل ان يثبت تحقق الغاية رغم العيب ، وهنا يعتبر الشكل او البيان صحيح لتحقق الغاية منه ولا يجوز للمحكمة انة تقضي بالبطلان. ٢-اما اذا كان البطلان غير منصوص عليه فيجب للحكم بالبطلان اثبات عدم تحقق الغاية منه ولو كان متعلقا بالنظام العام ، فيبدو في هذه الحالة ان المحكمة لن تتمكن من الحكم من تلقاء نفسها بالبطلان رغم تعلقه بالنظام العام ما لم يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان ويثبت ان الغاية من الشكل او البيان المعيب لم تتحقق.

(١٥٦)اذ يكفي بالنسبة للعيوب الموضوعية ان تتحقق المخالفة حتى يحكم بالبطلان بصرف النظر عن تحقق او عدم تحقق الغاية من العنصر الموضوعي المطلوب.

(١٥٧)ويشترط للقول بان المحكمة قد اصدرت حكما ضمنيا في الدفع ان تتوافر الشروط الازمة لوجود وصحة الحكم الضمني: الشرط الاول: -أن يكون هذا القرار الضمني مستفادا على سبيل الحتم واللزوم ويتمثل ذلك بأن يكون هناك صلة وثيقة بين قرار المحكمة الصريح وقرارها الضمني أو حسب تعبير العلامة موتوليسكي أنه يوجد قرار ضمني في كل حالة

صراحة ، فلقد استقر قضاء النقض على أن الحكم الصادر في الموضوع يشتمل على حكم ضمني باختصاص المحكمة(١٥٨).

يثبت فيها أن الحكم بحسمه مشكلة محددة قد حسم بالضرورة واللزوم العقلي مشكلة أخرى ويكون ذلك في حالتين: ١- أن تكون هذه المسألة التي حكم فيها ضمنا مقدمة ضرورية أو مسألة أولية للقرار الصريح بحيث لا يستقر القرار الصريح الصادر من المحكمة إلا بافتراض حلها على وجه من الوجوه التي لا يستقيم القرار الصريح بدونها. ٢- أن تكون المسألة المحكوم فيها ضمنا نتيجة لازمة للقرار الصريح. الشرط الثاني: أن يكون قد تم طرح المسألة المحكوم فيها للبحث من جانب المحكمة بالفعل ، حيث ان المسألة لا تكون محلا للبحث من جانب المحكمة إلا إذا كانت قد طرحت عليها بالفعل سواء بناء على طلب أو دفع من جانب الخصوم أو طرحتها المحكمة للبحث من تلقاء نفسها عندما يكون من سلطتها طرح هذه المسألة. راجع بالتفصيل: على الشيخ المرجع السابق

وبتطبيق ذلك على المسائل الإجرائية التي يجوز – أو يجب على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها لتعلقها بالنظام العام فنجد أنه لا يمكن القول بأن المحكمة فصلت في تلك المسائل الإجرائية بحكم ضمني يستفاد من الحكم الصريح في الموضوع **إلا إذا كانت هذه المسألة الإجرائية قد تم إثارتها بالفعل وقد تم مناقشتها من جانب الخصوم.** فاذا تخلفت احد الاركان الازمة لوجود الحكم الضمني ، كما لو كانت المسألة لم تطرح على المحكمة او طرحت ولم تبحثها ، فلا يمكن القول بان هناك حكم ضمني في المسألة الاجرائية.

(١٥٨)فقد قضت محكمة النقض بأن مسألة الاختصاص بسبب نوع الدعوى او قيمتها من النظام العام فتعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائما على المحكمة ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملا حتما على قضاء ضمني فيها: نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ الطعن رقم ١٢٦ س٥٣ق ، نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ س٣٨ ص١١٧٢ ، نقض ١٩٩٢/٥/٥ الطعن رقم ٤٢٨

أما في القانون الفرنسي فالقاعدة فيه أن إثارة المحكمة للدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام هو مجرد رخصة للمحكمة لها أن تستعملها أو لا تستعملها دون أن يُنسب لها أي تقصير أو مخالفة للقانون عند عدم استعمالها(١٥٩).

بل إن الجزاء في قانون المرافعات الفرنسي قد يكون متعلقا بالنظام العام ومع ذلك لا يمكن للمحكمة إثارته ، ومثال ذلك جزاء البطلان حيث تختلف سلطة المحكمة في الحكم بالبطلان بحسب ما إذا كان البطلان لعيب شكلي أو لعيب موضوعي ، فإذا كان البطلان لعيب شكلي فليس للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو تعلق بالنظام العام لأنه يشترط للحكم بالبطلان أن يثبت الخصم انه قد لحقه ضرر نتيجة لهذا العيب ، واثبات تحقق الضرر لازم ولو كان الشكل متعلقا بالنظام العام وهو ما يعني انه يستحيل على المحكمة أن تقضي بالبطلان في هذه الحالة ما لم يتمسك الخصم به ويثبت تحقق الضرر نتيجة المخالفة ، أما إذا كان البطلان لعيب

س٥٨ق ، نقض ١٩٩٢/١٢/١٥ الطعن ١١٢٠ س٥٤ق

(١٥٩)انظر المادة ٢/٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد التي تنص على ان يجوز للقاضي ان يحكم بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء نفسه اذا كان عدم الاختصاص متعلقا بالنظام العام ، وانظر المادة ١/١٢٥ التي تنص على ان الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها اذا كان متعلقا بالنظام العام.

ولكن قد تلتزم المحكمة باثارة الجزاء كاستثناء على تلك القاعدة فبموجب المادة ١/١٢٠ مرافعات فرنسي يجب على المحكمة اثارة الدفع بالبطلان لاسباب موضوعية اذا كانت متعلقة بالنظام العام. وانظر ايضا المادة ١٤٠٦ حيث توجب على القاضي الذي ينظر امر الاداء ان يقضي في مسألة الاختصاص النوعي من تلقاء نفسه

وانظر SOLUS ET PERROT, op.cit,n.1409

موضوعي فللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يشترط للحكم بالبطلان في هذه الحالة أن يثبت من يتمسك به انه قد لحقه ضرر نتيجة العيب الموضوعي(١٦٠)،(١٦١).

٥٧.الشروط اللازم توافرها لإثارة القاضي للجزاء المتعلق بالنظام العام

ويشترط لإثارة القاضي المسألة الإجرائية أو الجزاء الإجرائي المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه شرطان:

١- أن تكون العناصر الواقعية المكونة لهذا الجزاء موجودة في ملف الدعوى(١٦٢) ، حيث لا يستطيع القاضي أن يأتي بواقع جديد من عنده ويقضي بناء عليه إذ لا يجوز للقاضي القضاء بعلمه الشخصي ولو في مسألة متعلقة بالنظام العام(١٦٣).

٢ - كما يشترط كذلك أن يحترم القاضي حقوق الدفاع بالنسبة للخصوم عند إثارته لهذه المسائل من تلقاء نفسه ، بحيث يلتزم بمراعاة مبدأ المواجهة من تلقاء نفسه ، فيدعو الخصوم لتقديم ما لديهم من ملاحظات بشأن المسائل التي أثارها

وبناء عليه فإذا أراد القاضي أن يحكم بعدم اختصاصه نوعيا بنظر الدعوى أثناء سير الخصومة فيجب عليه أن يحيط الخصوم علما

---

(١٦٠)فقاعدة لا بطلان بغير ضرر لا تنطبق بالنسبة للعيوب الموضوعية فمجرد قيام المخالفة يكفي للحكم بالبطلان ولو لم يترتب عليها أي ضرر بالخصم انظر: فتحي والي المرجع السابق بند٢٤٢ ص٤٢٢.

(١٦١)راجع في ذلك فتحي والي المرجع السابق بند٣٢١ ص٥٦٦

(١٦٢)فالدفع بعدم الاختصاص القيمي لاتلزم المحكمة بإثارته من تلقاء نفسها إذ لم تكن الوقائع التي تمكنها من تقدير قيمة الدعوى لتحديد مدى اختصاصها مطروحة في الدعوى ، ولا تثريب عليها في هذه الحالة أن مضت في نظر الدعوى المطروحة عليها غير عابئة بالدفع.

(١٦٣) راجع ما سبق بند١٢

بذلك ومنحهم الفرصة لتقديم ملاحظاتهم فقد يتمكن الخصوم من بيان القيمة الحقيقية للدعوى أو قد يفندون ما يثور في ذهن القاضي من حيث نوعها ، ومن حق الخصم أن يدافع عن وجهة نظره في اختصاص محكمة معينه بنظر القضية(١٦٤).

الفرع الرابع
سلطة القاضي في الحكم بالجزاء عند غياب صاحب المصلحة في التمسك به

٥٨.تقسيم

إذا غاب المدعى عليه فلا يجوز للمحكمة أن تقضي في الدعوى لصالح المدعي متخذة من غياب المدعى عليه قرينة تدينه ، بل يجب عليها أن تفحص الادعاء المطروح أمامها ولا تحكم فيه الا بعد التأكد من انه صحيح من الناحية الشكلية وانه تتوافر فيه شروط القبول وانه مؤسس من الناحية الموضوعية أي المدعي على حق في ادعائه. ونتناول أولا سلطة القاضي في إعمال الجزاء الإجرائي في حالة غياب المدعى عليه في القانون الفرنسي ونتناول ثانيا سلطته في القانون المصري وذلك على التفصيل التالي:-

٥٩.سلطة القاضي في إعمال الجزاءات الإجرائية في حالة غياب المدعى عليه في القانون الفرنسي

لقد نص المشرع الفرنسي في مجموعة المرافعات الجديدة في المادة

---

(١٦٤)ولنفس العلة إذا رأت المحكمة أثناء المداولة أن تحكم بعدم الاختصاص ولم تكن مسألة الإختصاص هذه قد أثيرت فتلتزم باعادة فتح باب المرافعة وتدعو الخصوم لتقديم ما لديهم من ملاحظات.أما إذا اصدرت حكمها بعدم إختصاصها بالدعوى دون أن تدعو الخصوم لتقديم ملاحظاتهم فإن حكمها يكون باطلا لاخلالها بحقوق الدفاع.

٤٧٢ على ((أن غياب المدعى عليه لا يحول دون الفصل في الدعوى ، ولكن لا يجوز للقاضي أن يقض بما طلب منه الا إذا كان الطلب منتظما ومقبولا ومؤسسا من الناحية الموضوعية)). ويبين هذا النص حدود سلطة القاضي إزاء الادعاء المطروح عليه في حالة غياب المدعى عليه ، وتتركز هذه السلطة في ثلاثة أمور : ١- يجب على القاضي أن يتأكد أن إجراءات تقديم الادعاء أمام المحكمة وإعلانه للمدعى عليه صحيحة. ٢-يجب عليه أن يتأكد أن الادعاء مقبول أي تتوافر فيه كافة الشروط القانونية اللازمة لقبول الدعوى. ٣-يجب عليه الا يقضي في موضوع الادعاء الا إذا تمكن المدعي من إثباته وفقا للقواعد المقررة في القانون ، ويجب أن يظهر في حكم القاضي ما يدل على ممارسة القاضي لهذا الفحص ، فإن خلا الحكم من هذا البيان أو كان هذا البيان قد ورد مبهما أو في عبارة مرسلة فانه يكون معيبا بمخالفته للمادة ٤٧٢ مما يسمح بالطعن فيه لهذا السبب(١٦٥).

فإذا ثبت للقاضي عدم صحة الإجراءات أو أن أحد شروط القبول غير متوافر ، فهل يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم قبولها؟. لقد أجاب بعض الفقه الفرنسي الذي تعرض لهذا الموضوع على ذلك بالنفي حيث يرى انه لا يجوز تفسير المادة ٤٧٢ مرافعات بمعزل عن النصوص الأخرى ، ولذلك فهو يرى أن حكمها يتقيد بما ورد في النصوص الأخرى من قواعد ، ولذا فليس للقاضى حتى في حالة غياب المدعى عليه الحق في إثارة الدفوع الإجرائي في غير الحالات المنصوص عليها في المادتين٩٢ ،٩٣ ، كما أن القاضى لا يمكنه إثارة الدفع غير المتعلق بالنظام العام ولا يمكنه إسناد حكمه على وقائع لم تكن في المناقشة

---

(١٦٥)فتحي والي المرجع السابق بند٣٢٣ ص٥٧٢

بالتطبيق للمادة ٧ مرافعات(١٦٦).

ويمكن إجمال الدفوع التي يجوز للقاضي في القانون الفرنسي أن يثيرها من تلقاء نفسه عند غياب المدعى عليه فيما يلي:-

١- الدفع بعدم الاختصاص النوعي و المحلي ولو لم يكن متعلقا بالنظام العام ، فطبقا للمادة ١/٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد يجوز للمحكمة إثارة الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها إذا كانت المخالفة لقاعدة اختصاص نوعي متعلقة بالنظام العام أو إذا كان المدعى عليه غائبا ، إذن فيجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها ولو لم يكن متعلقا بالنظام العام في حالة غياب المدعى عليه ، كما تنص المادة ١/٩٣ يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص المحلي في حالة الاختصاص القاصر لقضاء آخر أو في حالة غياب المدعى عليه.

٢- كافة المدفوع التي يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه سواء حضر المدعى عليه أو غاب ، فيجوز له إثارة الدفع بالبطلان لعيب موضوعي إذا كان متعلقا بالنظام العام أو في حالة نقص الأهلية كما يجوز له إثارة الدفع بعدم القبول المتعلق بالنظام العام أو في حالة عدم وجود المصلحة ، كما يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بانعدام أثر صحيفة الدعوى في بعض الحالات التي حددها المشرع(١٦٧).

أما الدفع بالبطلان لأسباب شكلية ولو كانت متعلقة بالنظام العام او لأسباب موضوعية غير متعلقة بالنظام العام فلا يجوز للقاضي أن يحكم فيها من تلقاء نفسه ولو عند غياب المدعى عليه. كما لا يجوز له الحكم بسقوط الخصومة من تلقاء نفسه ولو غاب المدعى

---

(١٦٦) Heron op. cit. p700 en note no.6.

(١٦٧)راجع ما يلي بند١٤١ هامش٣٦٧

عليه.

٦٠.سلطة القاضي في إعمال الجزاءات الإجرائية عند غياب المدعى عليه في القانون المصري

كان قانون المرافعات المصري السابق ينص في المادة ٩٥ في فقرتها الأخيرة على أن ((تحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلان صحيفة الدعوى إذا تبينت بطلانها)). وكان للمحكمة طبقا لهذا النص أن تقضي ببطلان صحيفة الدعوى من تلقاء نفسها سواء تعلق البطلان بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ، وكان من حق المحكمة أن تقضي بالبطلان مباشرة دون أن تكون ملزمة بتنبيه المدعي إلى مواطن البطلان لكي يقوم بتصحيحه ، ما لم يطلب المدعي ذاته التأجيل للتصحيح حيث يتعين على المحكمة في تلك الحالة إجابته إلى طلبه.

وقد عمد المشرع بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إلى إلغاء هذه القاعدة حيث قرر في المادة ٩٥ مكرر انه إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان تكليفه بالحضور وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعاد تكليفه بالحضور فيها تكليفا صحيحا بواسطة خصمه ، وهذا هو ما أكدته المادة ٨٥ من قانون المرافعات الجديد ، فطبقا لهذا النص يمتنع على المحكمة القضاء ببطلان الإعلان عند غياب المدعى عليه ولو تبينت بطلانه ، وإنما يجب عليها أن تؤجل الدعوى لتصحيح الإعلان ، وهذا التأجيل وان كان يشف عن وجهة نظر المحكمة بصدد الإعلان الأول وكونه باطلا ، الا أن ذلك لا يعتبر حكما قطعيا بالبطلان تستنفد به المحكمة ولايتها بل على العكس تعتبر المحكمة لم تقل بعد كلمتها فيما يتعلق بصحة هذا الإعلان الأول أو بطلانه ، ولذلك فيجوز للمحكمة بعد ذلك القضاء بصحة الإعلان الأول ، وإذا حضر المدعى عليه فيتعين عليه إذا أراد التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلانه إعلانا

صحيحا بها خلال ثلاثة شهور من تاريخ إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة أن يتمسك في نفس الوقت ببطلان الإعلان الأول وإلا سقط حقه في التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

فإذا أمرت المحكمة المدعي بتصحيح الإعلان ولم ينفذ أمرها ، فيجوز لها- في اعتقادنا - أن تطبق المادة ٩٩ مرافعات بتغريم المدعي كما يجوز لها وقف الدعوى جزاء ثم الحكم من تلقاء نفسها باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، وإذا كان قد فات ثلاثة شهور دون إعلان المدعى عليه أو كان إعلانه في خلال الثلاثة شهور باطلا وامتنع المدعي عن تصحيح هذا الإعلان فيجوز للمحكمة كذلك أن تقضي ببطلان الإعلان ثم تقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان المدعى عليه بها خلال الثلاثة شهور ، حيث انه لا يمكن إجبار المحكمة على الاستمرار في خصومة مهددة بالزوال(١٦٨).

٦١.مدى حق المحكمة فى إثارة الجزاء من تلقاء نفسها عند غياب صاحب المصلحة

في غير الحالة السابقة هل يجوز عند غياب صاحب الحق في التمسك بالجزاء للمحكمة أن تقضي بالجزاء الإجرائي من تلقاء نفسها؟ لا شك أن غياب الخصم يحول بينه وبين التمسك بالجزاء كما أن استمرار المحكمة في نظر الخصومة رغم ذلك يعني أن المحكمة مجبرة على الاستمرار في نظر خصومة معرضة للزوال حيث سيصدر حكم باطل لابتنائه على الإجراءات الباطلة ، ويجوز للغائب أن يتمسك بالجزاء الإجرائي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولذلك نعتقد انه يجوز للمحكمة أن تثير الجزاء وتقضي فيه من تلقاء نفسها حيث أن الجزاء في هذه الحالة يعتبر متعلقا بالمصلحة العامة الوقائية التي توجب عدم السير في خصومة مهددة بالبطلان ، وهذا

---

(١٦٨)وجدي راغب دراسات ص١٦٩ وما بعدها.

البطلان الذي شاب إجراءات الخصومة ليس هناك وسيلة لتصحيحه أو للتمسك بالجزاء المترتب عليه أو للتنازل عنه ، وذلك لغياب صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء ، ولذلك فإن في حرمان المحكمة من الحكم بالجزاء في مثل هذه الحالات من تلقاء نفسها ضرر بالمصلحة العامة نفسها.

وتبدو هذه المصلحة العامة الوقائية اكثر إلحاحا إذا كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة حيث أن بطلان الإجراءات وبطلان الحكم المبني عليها سيمتد إلى كافة الخصوم لعدم قابلية الموضوع للتجزئة ، مما يعني أن جهد ووقت كل الخصوم والقاضي قد ضاع عبثا ، ولذلك إذا تعدد الخصوم في موضوع غير قابل للتجزئة فإننا نعتقد أن من حق المحكمة أن تثير من تلقاء نفسها الدفع بالجزاء وأن تحكم به من تلقاء نفسها ، كما يجوز لباقي الخصوم تنبيه المحكمة إلى إثارة هذا الدفع ، إذ يعتبر الجزاء في هذه الحالة متعلقا بالمصلحة العامة الوقائية(١٦٩).

وتنطبق هذه القاعدة في اعتقادنا أيا كان نوع الجزاء ، سواء كان هذا الجزاء هو البطلان أو السقوط أو أي جزاء آخر كاعتبار

---

(١٦٩)ويعتبر ذلك في إعتقادنا تطبيقا للقاعدة العامة التي دعا إليها البعض (وجدي راغب المرجع السابق ص١٦٥ والتي تليها) والتي مقتضاها أنه كلما شاب إجراءات الخصومة عيب يرتب لها بطلانا خاصا وإفتقدت الخصومة أثناء سيرها إمكانيه تصحيح هذه الإجراءات عن طريق التنازل الصريح أو الضمني للخصم الذي شرع البطلان لمصلحته فإنه تنشأ مصلحة عامة وقائيه في تفادي السير بإجراءات معينة حتى نهايتها ، وهو ما يجعل البطلان الناجم عن هذا العيب بطلانا عاما أثناء سير الخصومة ، ولذا يجب على المحكمة أن تكتشف العيب من تلقاء نفسها لتصحيح الإجراءات وإلا حكمت بالبطلان .

الدعوى كأن لم تكن(١٧٠) لعدم إعلان صحيفتها لأحد المدعى عليهم خلال ثلاثة شهور ، أو الدفع بعدم الاختصاص المحلي ...الخ.

٦٢.ملامح النظام العام الوقائي

والنظام العام الوقائي يختلف عن النظام العادي فيما يتعلق بالقواعد التي تحكمه وذلك على النحو التالي:-

١- أن إثارة الجزاء المتعلق بالنظام العام الوقائي مجرد رخصة للمحكمة ، وليس واجبا عليها ، ولذلك لا يجوز النعي على المحكمة إذا لم تستخدم هذه الرخصة.

٢- انه لا يجوز لغير الخصم صاحب الحق في التمسك بالجزاء أن يتمسك به ، فلا يجوز للمدعي أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن عند غياب المدعى عليه ، كما لا يجوز لباقي المدعى عليهم الحاضرين التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة للخصم الغائب باستثناء الحالة التي يكون موضوع الخصومة فيها غير قابل للتجزئة حيث يجوز لباقي الخصوم التمسك بالجزاء وذلك عند غياب الخصم صاحب المصلحة في التمسك به.

٣- أن الجزاء يصبح متعلقا بالمصلحة الخاصة إذا حضر الخصم في أية جلسة قبل الحكم بالجزاء ، كما انه يصبح متعلقا بالمصلحة

---

(١٧٠)أنظر محمود هاشم المرجع السابق ص٥٣ والتي تليها ، حيث يرى أن الجزاء المقرر في المادة ٨٢ ليس مقررا فحسب للمصلحة الخاصة وإنما أيضا للمصلحة العامة. ويجب أن ألفت الإنتباه إلى أن هذا الرأي يعتبر الجزاء في هذه الحالة من النظام العام سواء كان صاحب المصلحة في الجزاء حاضرا ام غائبا ، إذ من حق المحكمة وفقا لهذا الرأي أن تحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن من تلقاء نفسها ولوكان المدعى عليه حاضرا أما طبقا للقاعدة التي نتمسك بها في المتن فلا يجوز للمحكمة الحكم بالجزاء الا عند غياب صاحب المصلحة.

الخاصة بعد صدور الحكم في الدعوى ولا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني
سلطة محكمة الطعن في إعمال الجزاءات الإجرائية

ونتناول في هذا المطلب سلطة محكمة الاستئناف في إعمال الجزاء الإجرائي في فرع أول وسلطة محكمة النقض في فرع ثان وسلطة محكمة الإحالة في فرع ثالث

الفرع الأول
سلطة محكمة الاستئناف في إعمال الجزاءات الإجرائية

٦٣.تقسيم

يجب علينا للتعرف على سلطة محكمة الاستئناف في إعمال الجزاءات الإجرائية التفرقة بين ثلاثة فروض: الفرض الأول إذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالجزاء أمام محكمة أول درجة وفصلت فيه المحكمة ، والفرض الثاني إذا كان الخصم قد تمسك بالجزاء أمام محكمة أول درجة وأغفلت المحكمة الفصل فيه ، والفرض الثالث إذا لم يكن الخصم قد تمسك بالجزاء الإجرائي أمام محكمة أول درجة ويتمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

٦٤.&-١- الدفوع التي سبق التمسك بها أمام محكمة أول درجة وفصلت فيها المحكمة

إذا كان صاحب الحق في الجزاء قد سبق له التمسك به أمام محكمة أول درجة وحكمت المحكمة في الدفع صراحة أو ضمنا ، فيجب علينا أن نفرق بين ما إذا كان هذا الحكم يجوز الطعن المباشر فيه بالاستئناف أم لا يجوز وذلك على التفصيل التالي:-

١.٦٥-الأحكام الفرعية الصادرة في المسائل الإجرائية التي يجوز الطعن المباشر فيها بالاستئناف

تنص المادة ٢١٢ على انه لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية

والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة.

وبناء عليه يجوز الطعن المباشر في الحكم الصادر في المسألة الإجرائية في الحالات الآتية :-

١- إذا كان هذا الحكم منهيا للخصومة(١٧١) أمام المحكمة

---

(١٧١)والمقصود بالحكم المنهي للخصومة هو ذلك الحكم الذي يؤدي الى انتهاء الخصومة برمتها فلا يعتد بانتهائها بالنسبة لطلب ما او بالنسبة الى خصم ما ، ولذلك يتجه الفقه إلى أنه إذا رفعت الدعوى على عدة خصوم أو إذا تعدد أطراف الخصومة وكان تعددهم بعد بدء الخصومة ، فينظر إلى الخصومة برمتها وليس إلى ما يتعلق بخصم على حدة أو إلى الخصومة عند بدئها. أحمد السيد صاوي الوسيط في شرح قانون المرافعات ط١٩٩٤ بند٥٠٩ ، فتحي والي الوسيط بند٣٤٩ ص٦٧١ ، وقريب من ذلك أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام في قانون المرافعات ط١٩٨٩ بند ٣٤٦ ص٦٤٩

كما أصدرت محكمة النقض عدة احكام تتبنى فيها هذا الإتجاه. فقد قضت بأن الحكم بانقضاء الخصومة بالتقادم بالنسبة لأحد الخصوم وتحديد جلسة لنظر الدعوى بالنسبة إلى باقي الخصوم لا يقبل الطعن المباشر: الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٤٠ق نقض ٧٧/٣/٢٩ س٢٨ ص٨٢٥

كما قضت بأنه لا وجه لما يقول به المطعون ضده الأول من أن الحكم المستأنف الصادر بعدم قبول التدخل كان منهيا للخصومة بالنسبة له لأن العبرة في إنتهاء الخصومة كلها هو بإنتهائها بالنسبة لجميع أطرافها فإن كان الحكم ينهي الخصومة بالنسبة للبعض بحيث تبقى معلقة واحدة: الطعن رقم ٧٧٠ رقم ٤٨ ق جلسة ٩-٤-١٩٧٩ س٣٠ ص ٨١ ٢٤

كما قضت بأن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى بالنسبة لأحد الخصوم

كما لو صدر حكم ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو باعتبار المدعي تاركا دعواه أو بسقوط الخصومة أو انقضائها بالتقادم فانه يقبل الطعن المباشر فيه طبقا للمادة ٢١٢ مرافعات إذا كانت قيمة الدعوى تدخل في نصاب المحكمة الابتدائي

٢- إذا كان الحكم يدخل ضمن الاستثناءات التي أوردتها المادة ٢١٢ كما لو كان حكما بعدم الاختصاص والإحالة أو كان حكما بوقف الدعوى حيث يجوز في هاتين الحالتين الطعن في هذا الحكم مباشرة دون انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة.

٦٦.معيار استئناف الأحكام الصادرة في الدفوع الإجرائية المنهية للخصومة

والحكم الصادر في الدفع الإجرائي هو حكم قطعي ويكون قابلا للطعن فيه أو غير قابل حسب القواعد العامة. ويكون الأمر كذلك سواء كان الحكم الفرعي صادرا في مسألة إجرائية متعلقة بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ، وسواء كان الجزاء متعلقا بعمل أجرائي معين كما لو حكمت المحكمة ببطلان صحيفة الدعوى أو إعلانها أو كان الجزاء متعلقا بالخصومة كوحدة كما لو حكمت بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم أو باعتبارها كأن لم تكن أو باعتبار المدعي تاركا دعواه.

وتنص المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات على أن جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى . وعلى ذلك فإذا كانت قيمة الدعوى في حدود النصاب الابتدائي للمحكمة التي تنظرها فان الحكم الصادر في المسألة الفرعية يجوز أيضا استئنافه.

واستمرار نظرها بالنسبة إلى الآخرين قضاء لا تنتهي به الخصومة ولا يقبل الطعن المباشر: نقض ١٩٨٥/١٢/٨ رقم ٨٧١ سنة ٥٢ ق

كما يجوز استئناف هذا الحكم الصادر في المسائل الإجرائية استثناء من القواعد العامة أي ولو كانت قيمة الدعوى في حدود النصاب النهائي إذا كان هذا الحكم نفسه قد صدر بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات اثر في الحكم.

ولكن لا يجوز استئناف الأحكام الفرعية الصادرة في حدود النصاب النهائي ولو كانت قد صدرت بالمخالفة لحكم أجرائي آخر ، وهذا يعني أن المادة ٢٢٢ لا تنطبق على الأحكام الصادرة في المسائل الإجرائية بخلاف المادة ٢٢١ التي تنطبق على هذه الأحكام(١٧٢) ، والسبب في ذلك أن الحكم الإجرائي لا يحوز حجية الأمر المقضي به لذلك يجوز رفع نفس الدعوى بإجراءات جديدة أمام محكمة أخرى التي لا تتقيد بما صدر في الدعوى السابقة من أحكام إجرائية ، لذلك يجوز قانونا لأي محكمة أن تصدر حكما إجرائيا آخر مخالفا للحكم الإجرائي الأول دون ما تثريب عليها.

الا أن هذه القاعدة- (قاعدة عدم جواز الطعن في الحكم الإجرائي بالاستئناف لمخالفته لحكم أجرائي آخر)- يتوقف العمل بها إذا أعطى المشرع للحكم الإجرائي بصفة استثنائية حجية الأمر المقضي به حيث أن الحكم الإجرائي في هذه الحالة يلزم المحاكم الأخرى فلا يجوز لها مخالفته وإلا جاز الطعن في حكمها بالاستئناف لمخالفته لحكم إجرائي آخر ، ومثال ذلك حالة الحكم بعدم الاختصاص والإحالة ، فنعتقد انه إذا صدر حكم في مسألة

---

(١٧٢)انظر في ان التعارض بين حكمين اجرائيين سواء اكانا صادرين في خصومة واحدة او في خصومتين مستقلتين لا يفتح باب الطعن طبقا للمادتين ٢٢٢ ، ٢٤٩ مرافعات: احمد خليل التعارض بين الاحكام القضائية ط١٩٩٨ ص٩٤ وما بعدها.

الاختصاص مخالفا لحكم آخر صادر في هذه المسألة لم يحز قوة الأمر المقضي فانه يجوز الطعن في هذا الحكم بالاستئناف ولو كان صادرا في حدود النصاب النهائي(١٧٣).

٦٧.نطاق خصومة استئناف الحكم الصادر في الدفع الإجرائي المنهي للخصومة

الأصل أن خصومة استئناف الحكم الإجرائي المنهي للخصومة تكون مقصورة على هذه المسألة الإجرائية فلا تتناول موضوع الدعوى(١٧٤) ، فإذا رفع استئناف عن حكم صادر من محكمة أول درجة بسقوط الخصومة أو باعتبارها كأن لم تكن ، فإن هذه المسألة وحدها هي التي تعتبر مطروحة على محكمة الاستئناف ، وذلك تطبيقا لمبدأ الأثر الناقل للاستئناف(١٧٥) حيث يقتصر على موضوع

---

(١٧٣)فاذا اصدرت المحكمة الجزئية حكما بعدم الاختصاص بدعوى معينة واحالتها للمحكمة الابتدائية ، ثم انقضت الخصومة فيها بغير حكم في الموضوع كما لو حكمت المحكمة الابتدائية بسقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن ، ثم قام المدعي برفع ذات الدعوى من جديد أمام محكمة ابتدائية اخرى ، فيتعين على المحكمة المرفوع أمامها الدعوى الجديدة ان تلتزم بالحكم الصادر بعدم الاختصاص والاحالة ، بحيث لا يجوز لها ان تقضي بعدم اختصاصها والاحالة إلى المحكمة الجزئية ، فان اخطأت وقضت بذلك كان هذا الحكم مخالفا للحكم السابق ، ويجوز الطعن فيه بالاستئناف ولو كان صادرا في حدود النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية وذلك بالتطبيق لنص المادة ٢٢٢ مرافعات.

(١٧٤)اذ القاعدة ان الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية الا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة أول درجة: راجع أحمد أبو الوفا الدفوع بند٨٢

(١٧٥)راجع في الاثر الناقل للاستئناف: فتحي والي المرجع السابق بند٣٧١ ، وجدي راغب مبادئ القضاء ص٦٤١ ، احمد ابو الوفا المرافعات المدنية

الاستئناف ويلتزم حدوده ، **فلا يجوز توسيع نطاق الاستئناف لمسائل لم يرفع عنها الاستئناف أو لمسائل لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بالنسبة لها** ، ولذلك فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتعرض لموضوع الدعوى لأن في ذلك إخلال بقاعدة الأثر الناقل ، كما أن فيه إخلال بقاعدة التقاضي على درجتين حيث أن محكمة أول درجة لم تقل كلمتها بالنسبة للموضوع ، ولذلك تقتصر سلطة محكمة الاستئناف على أحد أمرين:- إما تأييد قضاء أول درجة في المسألة الفرعية والوقوف عند هذا الحد فتنتهي الخصومة ، وإما إلغائه وإعادة القضية لمحكمة أول درجة للحكم في الموضوع.

ولكن يجب أن نلفت النظر إلى ان استئناف الحكم الإجرائي المنهي للخصومة يستتبع استئناف جميع الأحكام الصادرة قبله(١٧٦) سواء كانت أحكاما موضوعية أو إجرائية ، وذلك بالتطبيق للمادة ٢٢٩ مرافعات.

فيترتب على استئناف الحكم الفرعي المنهي للخصومة

والتجارية ط١٩٩٠ بند٦٢٠ وما بعده

(١٧٦)ونعتقد ان نفس القاعدة تنطبق بالنسبة لاستئناف الحكم الفرعي الذي يقبل الطعن المباشر ولو لم يكن منهيا للخصومة وذلك لاتحاد العلة ، فاذا اصدرت المحكمة حكما بوقف الدعوى فان استئناف هذا الحكم يستتبع حتما استئناف الاحكام السابقة كما لو كانت قد سبق صدور حكم برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى او برفض الدفع بعدم الاختصاص بحيث يتعين على محكمة الاستئناف بحث مسألة البطلان والاختصاص دون حاجة الى تمسك المدعى عليه بذلك ودون حاجة الى رفع استئناف فرعي عنها ، ويترتب على ذلك نيجة خطيرة هي ان هذه الاحكام لا يجوز استئنافها مرة اخرى عند استئناف الحكم المنهي للخصومة لأنه لا يجوز رفع استئناف عن حكم واحد مرتين ، كما لا تعتبر هذه الاحكام مستأنفة بقوة القانون لنفس العلة.

استئناف الأحكام الموضوعية الصادرة أثناء سير الخصومة ، فإذا كانت المحكمة قد أصدرت حكما في الموضوع غير قابل للتنفيذ الجبري وبالتالي غير قابل للطعن المباشر فيه بالاستئناف ، كما لو أصدرت حكما برفض احد طلبات المدعي وأمرت باجراء التحقيق في طلب آخر له فان هذا الحكم لا يقبل الطعن المباشر ، ثم أصدرت المحكمة بعد ذلك حكما بسقوط الخصومة ، فاستأنف المدعي هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف ، فان استئناف الحكم القاضي بسقوط الخصومة(١٧٧) يستتبع حتما استئناف الحكم الصادر برفض احد طلبات المدعي ، ولذلك يعتبر هذا الحكم مطروحا على محكمة الاستئناف بحيث يتعين عليها أن تقضي في موضوعه إما بتأييد محكمة الدرجة الأولى فيما قضت به وإما بإلغائه ، ثم تعرج لبحث مسألة سقوط الخصومة فتقضي بسقوطها مما يعني زوالها ما عدا

---

(١٧٧)ونعتقد انه يجوز للمدعى عليه – في حالة عدم استئناف المدعي للحكم بسقوط الخصومة – ان يستأنف الحكم الصادر في الموضوع اذا كان صادرا لصالح المدعي كما لو كان قد صدر باحقية المدعي في التعويض وبندب خبير لتقديره ، وينحصر نطاق الاستئناف في هذه الحالة في تأييد حكم اول درجة او الغاؤه دون التعرض لمسألة سقوط الخصومة لأنها لا تعتبر مستأنفة باستئناف الحكم الصادر اثناء سيرالخصومة ، ولذلك فنعتقد ان حكم محكمة اول درجة بسقوط الخصومة يحوز قوة الامر المقضي ورغم ذلك تبقى المسألة الموضوعية المحكوم فيها قبل الحكم بالسقوط مطروحة امام محكمة الاستئناف ، فاذا ايدت حكم اول درجة القاضي فانها تقف عند هذا الحد ولا تقوم بتقدير التعويض ولا تعيد القضية لمحكمة اول درجة لأن الخصومة سقطت والمدعي وشأنه في رفع دعوى جديدة امام محكمة اول درجة للحكم في مسألة مقدار التعويض ، واذا حكمت المحكمة بالغاء الحكم القاضي باحقية المدعي في التعويض فهذا يعني رفض الدعوى وهو ما لا يجوز معه للمدعي ان يرفع دعوى جديدة مطالبا بالتعويض.

الحكم الصادر في الموضوع حيث يبقى هو والإجراءات السابقة عليه ، وإما برفض الدفع بسقوط الخصومة أي بإلغاء حكم أول درجة الصادر بسقوطها ،وهو ما يعني وجوب إعادة القضية أمام محكمة أول درجة للحكم في باقي الطلبات(١٧٨).

وكذلك فان استئناف الحكم الفرعي المنهي للخصومة يستتبع استئناف الأحكام الفرعية الصادرة أثناء سير الخصومة ، فمثلا إذا كان قد سبق للمحكمة أن حكمت برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو برفض الدفع بعدم الاختصاص ثم صدر حكم بعد ذلك باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة ، فان استئناف هذا الحكم الأخير يترتب عليه اعتبار الأحكام الصادرة برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو برفض الدفع بعدم الاختصاص مستأنفة بقوة القانون ولو كانت صادرة لصالح المستأنف مما يعني اعتبار هذه الأحكام مطروحة على محكمة الاستئناف دون حاجة إلى تمسك المستأنف عليه بها أو رفع استئناف فرعي(١٧٩) ، وهو ما يرتب

---

(١٧٨)اما في القانون الفرنسي فيجوز لمحكمة الاستئناف عند الغاء الحكم الاجرائي المنهي للخصومة ان تتعرض لبحث موضوع الدعوى اذا وجدت ان حسن سير العدالة يقتضي ذلك: انظر المادة ٥٦٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

(١٧٩)ويثار التساؤل في الحالة التي لا يرفع المدعي استئنافا عن الحكم الفرعي المنهي للخصومة فهل يجوز للمدعى عليه ان يرفع استئنافا عن الاحكام الفرعية(الاجرائية) الصادرة قبله والتي لم تكن تقبل الطعن المباشر ، ومثال ذلك ان يصدر حكم فرعي برفض دفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة ، ثم يصدر حكم بعد ذلك ينهي الخصومة دون حكم في الموضوع كما لو حكمت المحكمة بسقوط الخصومة ، ولم يستأنف المدعي هذا الحكم ، فهل يجوز للمدعى عليه ان يستأنف الحكم الفرعي الصادر برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة ، يرى

التزاما على عاتق محكمة الاستئناف بالتعرض لها والرد عليها وإلا تعرض حكمها للطعن بالنقض.

ويجب على الخصم أن يطعن في الحكم القابل للطعن المباشر خلال ميعاد الطعن الذي يبدأ من تاريخ صدور الحكم الفرعي المنهي للخصومة ، ما لم تتوافر حالة من الحالات التي نصت عليها المادة ٢١٣مرافعات فيبدأ الطعن من تاريخ إعلان الحكم.

فإذا لم يطعن في الحكم في الميعاد أو قبل المحكوم عليه الحكم الإجرائي المنهي للخصومة حاز الحكم الصادر في المسألة الإجرائية قوة الأمر المقضي ، كما يحوز قوة الأمر المقضي كافة الأحكام الصادرة قبل الحكم الفرعي المنهي للخصومة سواء كانت أحكاما موضوعية أو

البعض (احمد ابو الوفا الاحكام بند٣٦٠ ص٦٧٢)انه يجوز للمدعى عليه ذلك ، حيث يرى ان للمدعى عليه مصلحة في الطعن في الحكم الصادر باختصاص المحكمة حتى يمنع المدعي من تجديد دعواه امام نفس المحكمة ، حيث انه اذا لم يطعن وجدد المدعي دعواه امام نفس المحكمة فلا يملك المدعى عليه اثارة الدفع بعدم الاختصاص من جديد لسبق الفصل في الدفع بحكم حاز قوة الامر المقضي.

وفي الحقيقة فانه اذا كان صحيحا انه لم يعد يلزم الطعن في الحكم الصادر قبل الحكم المنهي للخصومة مع الحكم المنه لها بحيث يجوز الطعن في الحكم غير المنهي على حدة ، الا اننا لا نتصور ان يكون للمدعى عليه مصلحة في الطعن في مثل هذا الفرض الذي نعالجه حيث نرى مع بعض الفقه ان الحكم الصادر باختصاص المحكمة لا يمنعها ولا غيرها من المحاكم عند يرفع المدعي ذات الدعوى من جديد ان تقضي في مسألة الاختصاص على نحو مخالف لما قضت به في الدعوى الاولى المنقضية ، كما يجوز للمدعى عليه ان يدفع بعدم الاختصاص ولو لم يطعن في الحكم الاول القاضي برفض دفعه: احمد خليل المرجع السابق ص٩٥. انظر استثناء على ذلك ما سبق بند٥٢

إجرائية.

٢٦٨-الأحكام الفرعية الصادرة في المسائل الإجرائية التي لا تقبل الطعن المباشر

أما إذا كان الحكم الفرعي الصادر في المسألة الإجرائية غير منه للخصومة ولا يدخل ضمن أحد الاستثناءات الواردة في المادة ٢١٢ ، فانه لا يقبل الطعن المباشر فيه ويجب الانتظار حتى صدور الحكم المنه للخصومة ، ومثال ذلك الحكم بصحة صحيفة الدعوى أو صحة إعلانها أو الحكم بصحة تقرير الخبير أو الحكم بالاختصاص بالدعوى أو الحكم برفض الدفع بسقوط الخصومة أو برفض الدفع باعتبارها كأن لم تكن فلا يجوز الطعن في هذه الأحكام الا مع الحكم المنهي للخصومة كلها.

وتنص المادة ٢٢٩ مرافعات على أن استئناف الحكم المنهي للخصومة(١٨٠) يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة٢٣٢ ، ويشمل هذا النص جميع الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة سواء كانت أحكاما موضوعية أو إجرائية.

وعلى ذلك فجميع الأحكام الفرعية الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة تعتبر مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة فلا يلزم إذن أن يرفع المستأنف استئنافا عن الأحكام

---

(١٨٠)يستوي في ذلك ان يكون الحكم المنهي للخصومة قد انهى الخصومة بالفصل في الموضوع او دون الفصل فيه، فاذا صدر حكم فاصلا في الموضوع ومنهيا للخصومة فان استئناف الحكم الصادر في الموضوع يستتبع استئناف الاحكام الاجرائية الصادرة اثناء سير الخصومة كما يستتبع استئناف الاحكام الاجرائية الصادرة معه.

الصادرة قبل الفصل في الخصومة أو أن يشير إليها عند استئنافه للحكم المنهي للخصومة ، كما لا يلزم المستأنف عليه برفع استئناف فرعي أو مقابل عنها(١٨١) ، كما لا يلزم حتى أن يعيد المستأنف عليه تمسكه بهذه الدفوع أمام محكمة الاستئناف(١٨٢) بل تعتبر هذه الدفوع الإجرائية مطروحة على محكمة الاستئناف ولو تغيب الخصم أو حضر ولم يبد دفاعا(١٨٣) ، فهذه الأحكام تعتبر مستأنفة بقوة القانون بمجرد رفع الاستئناف الأصلي عن الحكم المنهي للخصومة سواء كانت هذه الأحكام صادرة ضد المستأنف الأصلي أو لصلحته.

وتنطبق هذه القاعدة سواء بالنسبة للمستأنف أو المستأنف عليه فالدفوع التي تمسك بها أي منهما أمام محكمة أول درجة تعتبر مطروحة على محكمة الاستئناف بقوة الأثر الناقل للاستئناف ولو لم

---

(١٨١)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٥٤١ ، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص١٤٥٩

(١٨٢)محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص١٥٢٠ ، احمد مليجي الطعن بالاستئناف وفقا لنصوص قانون المرافعات ص٢٣١ ؛ ونقض ١٩٨١/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٣٥ س٥١ق ، نقض ١٩٨٥/٣/٣ الطعن رقم ٥٩١ س٥٣ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/١٥ الطعن رقم ١١٠ س٥٦ق ، وقارن نصر الدين الاستئناف بندي ٣٥٣ ،٣٥٥حيث يرى انه يتعين على صاحب الشأن التمسك امام محكمة ثان درجة بما كان قد ابداه امام محكمة اول درجة من دفوع واوجه دفاع ، حيث يرى ان المقصود باعتبارها مستأنفة انها لا تحتاج في نقلها الى محكمة الاستئناف الى رفع استئناف خاص بها مستقل عن استئناف الحكم الاصلي وليس المقصود انها تعتبر مطروحة تلقائيا عليها ولو لم يتمسك المستأنف بعرضها عليها.

(١٨٣)نقض ١٩٧٩/٥/١٢ س٣٠ ص٣٢٨

يتمسك بها أمام محكمة الاستئناف(١٨٤).

ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض في بعض أحكامها - **بالنسبة للمستأنف**- إلى أن عدم تمسك المستأنف أمام محكمة الاستئناف بما سبق له إبداءه من دفوع واوجه دفاع يعتبر تنازلا ضمنيا عنها ، فقد قضت بأنه وان كان الطاعن قد أثار في دفاعه أمام محكمة أول درجة النعى على تقرير الخبير بالبطلان لأنه لم يخطره للحضور عند مباشرته مهمته ليقدم ما لديه من مستندات ولأنه لم يحقق دفاعه الا انه لم يتمسك بذلك أمام محكمة الاستئناف مما يعتبر منه نزولا عنه فلا يجديه التحدي به أمام محكمة النقض(١٨٥). **وبالنسبة للمستأنف عليه** قضت بأنه لما كان الاستئناف لا ينقل الدعوى لمحكمة ثاني درجة الا في حدود طلبات المستأنف فان الدفع ببطلان صحيفة الدعوى لا يكون مطروحا أمام محكمة الاستئناف ولو كان متعلقا بالنظام العام طالما أن المستأنف قصر استئنافه على ما قضى به حكم أول درجة في الموضوع(١٨٦). وقضت بأنه متى كان الاستئناف الذي رفعه المطعون عليهما مقصورا على ما قضت به محكمة أول درجة في الموضوع دون الاختصاص ، وكان الطاعن لم يتمسك أمام المحكمة الاستئنافية بالدفع بعدم الاختصاص بل طلب تأييد الحكم الابتدائي الفاصل في موضوع النزاع ، فان محكمة ثاني درجة إذ لم تتعرض للدفع بعدم الاختصاص لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون(١٨٧).

---

(١٨٤)فتحي والي المرجع السابق بند٣٦٧ ص٧٣٤ ، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص١٥٢٧ ، نقض ١٩٧٥/١١/١١ س٢٦ ص ١٣٨٨

(١٨٥)نقض ١٩٧١/٢/٢٥ س٢٢ ص٢١٧

(١٨٦)نقض ١٩٧٤/١/٣٠ طعن ٢٨٢ س٣٦ق

(١٨٧)نقض ١٩٥٢/١/٢٩ طعن ٣٠٥ س٢٠ق

٦٩.الشروط الواجب توافرها لاعتبار الأحكام الصادرة في الدفوع الإجرائية مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة

يجب على محكمة الاستئناف قبل التعرض للأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة والفصل فيها أن تتحقق ومن تلقاء نفسها من توافر الشروط آلاتية :-

٧٠.الشرط الأول: الا يكون المحكوم عليه قد قبل الحكم الصادر أثناء سير الخصومة صراحة أو ضمنا

فإذا كان الخصم صاحب المصلحة قد قبل الحكم الصادر أثناء سير الخصومة صراحة أو ضمنا فلا يعتبر هذا الحكم مستأنفا بقوة القانون(١٨٨) ، بل ولا يجوز للخصم استئنافه ، ولا يجوز لمحكمة الاستئناف التعرض له أو الحكم فيه ، لأن قبول الحكم يترتب عليه حيازته لقوة الأمر المقضي وامتناع المساس به من جانب محكمة الاستئناف.

غير أن إغفال المستأنف ذكر الحكم في صحيفة الاستئناف لا يعتبر قبولا ضمنيا له(١٨٩) ، كما أن اكتفاء المستأنف عليه بالتصميم على الطلبات لا يعتبر تنازلا عما أبداه من دفوع أمام محكمة أول درجة(١٩٠) ، كما لا يعتبر كذلك طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنَف لأسبابه(١٩١).

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان ما صدر من الخصم يعتبر قبولا ضمنيا منه للحكم أو لا يعتبر دون رقابة من محكمة النقض عليه في ذلك متى استند إلى أسباب سائغة ، وتطبيقا لذلك

---

(١٨٨) احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٥٤١

(١٨٩)فتحي والي المرجع السابق بند٣٧١ ص٧٤٣

(١٩٠)نقض ١٩٥٠/٢/١٦ س١ ص٢٥١

(١٩١)نقض ١٩٦٥/٦/٢٠ س١٦ ص٨٨٣

قضت محكمة النقض انه إذا كان الثابت من الصورتين الرسميتين من مذكرتي الطاعنة أمام محكمة الاستئناف خلوهما من التمسك بالادعاء بالتزوير أو النعي على حكم محكمة أول درجة برفضه وقصر دفاعها - وحتى صدور الحكم المطعون فيه - على الحكم في الموضوع ، فان استخلاص الحكم المطعون فيه تخلى الطاعنة عن هذا الدفاع - مما يعد منها تنازلا ضمنيا عنه - هو استخلاص سائغ له ما يسانده من أوراق الدعوى(١٩٢).

٧١.الشرط الثاني: الا يكون من الأحكام التي تقبل الطعن المباشر(١٩٣)

فإذا كان الحكم الصادر أثناء سير الخصومة مما يقبل الطعن المباشر فلا يعتبر هذا الحكم مستأنفا مع الحكم المنهي للخصومة الا إذا كان الخصم قد استأنفه فور صدوره وقبل فوات ميعاد الطعن فيه أما إذا فوت ميعاد الطعن المباشر فلا يجوز استئناف هذا الحكم عند استئناف الحكم المنهي للخصومة لأن تفويت ميعاد الطعن فيه يؤدي إلى حيازة الحكم قوة الأمر المقضي فيه. وهذا الشرط مطلوب سواء تعلقت المسألة المحكوم فيها بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ، لذلك فإذا صدر حكم بعدم الاختصاص الولائي أو النوعي أو القيمي والإحالة ولم يطعن الخصم في هذا الحكم فور صدوره وفوت ميعاد الطعن ، فلا يجوز له أن يثير مسألة الاختصاص عند طعنه في الحكم المنهي للخصومة كما لا يجوز لمحكمة الاستئناف إثارة مسألة الاختصاص لأنها حسمت بحكم حاز قوة الأمر المقضي.

ويذهب رأي إلى انه يشترط الا يكون الحكم الفرعي من الأحكام

---

(١٩٢)نقض ١٩٧٨/٩/١ س٢٩ ص١٣٩١ .

(١٩٣)محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص١٤٥٧ ، نقض ١٩٨٤/٢/٩ س٣٥ ص٤٤٦

التي بني عليها حكم صادر في الموضوع ويقبل الطعن المباشر ، فإذا كان قد صدر حكم في مسألة فرعية كما لو صدر حكم برفض الدفع بعدم الاختصاص أو برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ثم صدر بعد ذلك حكم في الموضوع يقبل التنفيذ الجبري ويقبل الطعن المباشر فان استئناف هذا الحكم يستتبع استئناف جميع الأحكام الفرعية التي بني عليها ، فإذا لم يستأنف الحكم الصادر في الموضوع حاز هو والأحكام الفرعية السابقة عليه قوة الأمر المقضي ولا يعتبر هو ولا الأحكام الفرعية الصادرة قبله مستأنفا بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة(١٩٤).

٧٢.الشرط الثالث:- أن يكون الحكم الفرعي متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم المنهي للخصومة

فلا يعتبر مستأنفا بقوة القانون سوى الأحكام الفرعية التي لا يتصور قيام الحكم المستأنف بدونها ، ومثال ذلك الحكم بصحة صحيفة الدعوى أو باختصاص المحكمة حيث تعتبر هذه الأحكام مقدمة ضرورية للحكم في الموضوع لذلك فإن استئناف الحكم الصادر في الموضوع يستتبع اعتبار الأحكام الصادرة بصحة صحيفة الدعوى أو باختصاص المحكمة مستأنفة بقوة القانون. أما إذا كانت هذه الأحكام غير متعلقة بالجزء المطعون فيه من الحكم فلا تعتبر مستأنفة باستئناف هذا الحكم ؛ فإذا كان في الخصومة طلبان طلب اصلي وطلب عارض ، وحكمت المحكمة برفض الدفع ببطلان صحيفة الطلب العارض ولم يستأنف المحكوم عليه سوى الحكم الصادر في الطلب الأصلي فلا يعتبر الحكم الصادر برفض الدفع ببطلان صحيفة الطلب العارض مستأنفا بقوة القانون لأنه لا يتعلق بالجزء المطعون فيه

---

(١٩٤)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٢٢٧ ص٤٨١ ، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص١٤٦٣

من الحكم.

٧٣.الشرط الرابع:-الا يضار المستأنف من استئنافه

فيجب الا يترتب على طرح دفوع المستأنف عليه التي تمسك بها أمام محكمة أول درجة الإساءة لمركز المستأنف ، أي يجب الا تحكم المحكمة الاستئنافية ضد المستأنف بأكثر مما حكم به عليه حكم أول درجة أو أن تحرمه من شيء حكمت به له محكمة أول درجة ، ولذلك إذا حكمت محكمة أول درجة بجزء من التعويض المطلوب للمدعي فاستأنفه المدعي ولم يستأنفه المدعى عليه وكان الأخير قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن ورفضت محكمة أول درجة الدفع ، فإذا لم يستأنف الحكم سوى المدعي فلا تعتبر دفوع المدعى عليه هذه مطروحة على محكمة الاستئناف لأن من شأن إجابة المدعى عليه لها الإساءة لمركز المستأنف ، بل ولا يجوز للمدعى عليه التمسك بها الا من خلال رفع استئناف فرعي عن الجزء من الحكم الصادر ضده ، أما إذا لم يرفع استئنافا فرعيا فلا يجوز له التمسك بمثل هذه الدفوع.

٧٤.النتائج المترتبة على اعتبار الأحكام الصادرة في الدفوع الإجرائية مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة

ويترتب على اعتبار الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع مستأنفة بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة نتيجتان هامتان :-

٧٥.-١-التزام محكمة الاستئناف بالفصل في الدفع صراحة او ضمنا(١٩٥).

فتلتزم محكمة الاستئناف فالفصل في الدفع الإجرائي الذي كان الخصم قد أبداه أمام محكمة أول درجة باعتباره مطروحا عليها بقوة القانون ، ولا تعتبر في هذه الحالة متجاوزة لنطاق الاستئناف ، ويؤيد ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مرافعات على انه يجب على المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم إليها من أدلة واوجه دفاع جديدة **وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى** ، فهذه المادة تبين نطاق الأثر الناقل للاستئناف بالنسبة لأدلة الدفاع والدفوع الموضوعية والإجرائية والدفوع بعدم القبول ، فهو يشمل ما يكون الخصوم قد قدموه من دفاع ودفوع أمام محكمة أول درجة(١٩٦).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان الاستئناف ينقل الدعوى ألي محكمة الاستئناف وفقا لما تقضي به المادة ٢٣٣ مرافعات بما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة من دفوع وأوجه دفاع ، وتعتبر هذه وتلك مطروحة على محكمة الاستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف حتى ما كان منها صدر برفضه حكم مستقل من محكمة أول درجة وأغناه عن استئنافه صدور حكم

---

(١٩٥)اما اذا جاءت اسباب الحكم خلوا من الفصل في هذه الدفوع فانها تكون مشوبة بقصور من شأنه ابطال الحكم: نقض ١٩٨٠/٢/٩ س٣١ ص٥٥، نقض ١٩٨٤/١٢/٥ س٣٥ ص ٣٨٠ ، نقض ١٩٩١/١٠/٢٩ الطعن رقم٤٧ س٥٦ق

(١٩٦)تجدر الاشارة الى ان نطاق المادة ٢٣٣ مرافعات اوسع من نطاق المادة٢٢٩ التي يقتصر نطاق تطبيقها على المسائل التي صدر فيها حكم من محكمة الدرجة الاولى ، اما المادة ٢٣٣ فتتسع لكافة الدفوع التي تمسك بها الخصوم امام اول درجة سواء تعرضت لها المحكمة او لم تتعرض وسواء فصلت فيها او لم تفصل.

أول درجة لمصلحته ، **وعلى المحكمة أن تفصل فيها الا إذا تنازل** المستأنف عليه عن التمسك بشيء منها صراحة او ضمنا(١٩٧). ويكون الأمر كذلك من باب أولى إذا كان الدفع الذي تمسك به المستأنف علية أمام أول درجة متعلقا بالنظام العام ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض أنه إذا كان يبين من الأوراق أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة أول درجة بعدم اختصاص جهة القضاء العادي ولائيا بنظر الدعوى لتعلق المنازعة فيها بعقد إداري وقضت المحكمة برفض هذا الدفع وبعدم قبول الدعوى فان استئناف هذا الحكم من جانب المطعون ضدها يطرح على محكمة الاستئناف هذا الدفع ومن واجبها الفصل فيه(١٩٨).

٧٦.-٢-يجوز للخصوم الطعن بالنقض على حكم محكمة الاستئناف إذا اغفل الرد على دفوعهم التي تمسكوا بها أمام محكمة أول درجة

ولا يلتزم الخصم -عند طعنه بالنقض على حكم محكمة الاستئناف - أن يثبت تمسكه بهذه الدفوع أمام محكمة الاستئناف(١٩٩) ، ولكن يتعين عليه فقط أن يقدم ما يدل على تمسكه بهذه الدفوع أمام محكمة أول درجة(٢٠٠)(٢٠١).

---

(١٩٧)نقض ١٩٧٤/٤/٢٤ طعن رقم ١١٧٤ س٤٧ق ، نقض ١٩٧٨/٦/١ س٢٩ ص١٣٩١ ، نقض ١٩٨١/١٢/١٤ الطعن رقم ٤١١ س٤٢ ق.

(١٩٨)نقض ١٩٨١/١٢/٣١ س٣٢ ص٢٥٠١

(١٩٩)نقض ١٩٥٦/٢/١٦ س٧ ص٢٢٥

(٢٠٠)قضت محكمة النقض بانه لما كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه امام محكمة اول درجة بالدفاع الذي يثيره بسبب الطعن ، وكان هذا الدفاع هو مما يخالطه واقع ، فان النعي به امام محكمة النقض يكون غير مقبول: نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ س٢١ ص١١٤٨

(٢٠١)وتعتبر هذه الدفوع متمسك

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف إذ حجب نفسه عن الفصل في الدفع بعدم اختصاص جهة القضاء العادي ولائيا بنظر الدعوى - والذي سبق للطاعنة التمسك به أمام محكمة أول درجة - بما قرره من أن قضاء محكمة أول درجة برفضه قد حاز قوة الأمر المقضي لعدم الطعن عليه حالة **كونه مطروح عليه ومن واجبه الفصل فيه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه**(٢٠٢).

٧٧.&-٢- إذا أغفلت محكمة أول درجة الفصل في الدفع الإجرائي(٢٠٣).

إذا تمسك الخصم بالدفع الإجرائي أمام محكمة اول درجة أو كان من واجب المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ولكن المحكمة

بمذكرة بعد الميعاد المحدد لتقديم المذكرات طالما ان المحكمة قبلت هذه المذكرة ، اذ بهذا تصبح الدفوع قائمة امامها: فتحي والي المرجع السابق بند٣٦٧ ص٧٣٤

(٢٠٢)نقض ١٩٨١/١٢/٣١ س٣٢ ص٢٥٠١

(٢٠٣)ويترتب على التفرقة بين ما اذا كان قد صدر في الدفع الاجرائي حكم أم ان المحكمة اغفلت الفصل فيه اهمية كبيرة ، فلو دفع المدعى عليه بالبطلان مثلا فان القول بان المحكمة قد فصلت فيه ولو ضمنا عند فصلها في الموضوع يعني ان البطلان قد تم تصحيحه بالحكم الضمني وتستنفد محكمة اول درجة ولايتها بصدده ولا يعتبر الحكم في الموضوع باطلا لابتنائه على اجراء باطل ولا يجوز الطعن فيه استئناء اذا كان في حدود النصاب النهائي للمحكمة ولكن يقبل الطعن فيه طبقا للقواعد العامة ، اما اذا قلنا ان المحكمة اغفلت الفصل في الدفع بالبطلان فمعنى ذلك ان الاجراء مازال باطلا وانها بنت حكمها في الموضوع على اجراء باطل ولذا يمكن الطعن فيه استئناء ولو كان الحكم في الموضوع

أغفلت(٢٠٤) الفصل في هذا الدفع(٢٠٥) ترتب على ذلك بطلان الحكم لأنه يكون مشوبا بقصور في أسبابه(٢٠٦) الواقعية(٢٠٧) فيجوز الطعن في الحكم بالاستئناف ولو كان نهائيا ، وذلك بالتطبيق للمادة٢٢١ مرافعات باعتباره استثناء على القاعدة العامة في الاستئناف. ويكفي الخصم في هذه الحالة أن يرفع الاستئناف مطالبا ببطلان الحكم ، فهو غير ملزم بذكر سبب بطلان الحكم في صحيفة الاستئناف(٢٠٨) ، غير انه يتعين على القاضي قبل فحص النزاع أن

---

(٢٠٤)تجدر الاشارة الى ان نظام اغفال الفصل في الطلبات لا يمكن تطبيقه بالنسبة للدفوع بصفة عامة والدفوع الاجرائية بصفة خاصة ، حيث لا يمكن اعتبار اغفال المحكمة لهذه المسألة الإجرائية إغفالا لطلب معين بحيث يجوز الرجوع للمحكمة التي أصدرته للفصل فيه من جديد وإنما يعتبر الإغفال عيب في الحكم ، كما ان إغفال المسألة الإجرائية لا يمنع الحكم من حيازة حجية الشيئ المقضي بالنسبة للموضوع مما يعني إستحالة الرجوع للمحكمة للفصل في المسألة الإجرائية: المذكرة الإيضاحية القانون السابق ، أحمد أبو الوفا المرافعات بند١٧٢ ص١٨٥، وجدي راغب المرجع السابق ص٥٩٩ هامش١٣٥ ، أحمد ماهر زغلول المرجع السابق بند١٩٦ ص٣٩٨ هامش١٨٩.

(٢٠٥)ويكون ذلك بعدم تعرضها لبحث الدفع ، او بعدم اصدار قرار فيه صريح او ضمني ، لأن بحث المحكمة للدفع واصدار قرار فيه هما ركنان اساسيان لأمكان القول بوجود قرار في الدفع ، فاذا تخلف احد هذين الركنين او كلاهما فلا يمكن القول بوجود مثل هذا القرار ولو بصورة ضمنية حيث يكون القرار منعدما في هذه الحالة.

(٢٠٦)وجدي راغب المرجع السابق ص٥٩٩ هامش ١٣٥

(٢٠٧)احمد ابو الوفا الاحكام بند١٢٩ ص٣٠٧

(٢٠٨)فتحي والي نظرية البطلان بند ٣٩٥ ص٧٤٦ حيث يقول ان الاستئناف ينظمه الشرع باعتباره طريقا لاعادة فحص النزاع ، واذا استعمل هذا الطريق للتمسك ببطلان حكم اول درجة أي كطريق طعن بالمعنى الخاص

يتثبت من وجود العيب الذي يخول المحكوم عليه الاستئناف ، وهو ما يرتب التزاما على عاتق الأخير بإثبات وجود العيب(٢٠٩) فيجب عليه إثبات انه تمسك بالدفع أمام محكمة أول درجة وان المحكمة اغفلت الفصل فيه ، فاذا تحققت محكمة الاستئناف من وجود العيب قضت ببطلان الحكم ونظرت الموضوع من جديد آخذة في الحسبان ذلك الدفع الذي اغفلته محكمة أول درجة.

أما إذا كان الحكم يقبل الطعن طبقا للقواعد العامة ، فإن الدفع الإجرائي الذي أغفلت المحكمة الفصل فيه يعتبر مطروحا بقوة الأثر الناقل للاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية(٢١٠) ، فطبقا للمادة ٢٣٣ مرافعات يجب على المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما قدم من دفوع أمام محكمة أول درجة ، فالمادة ٢٣٣ تتسع لكافة الدفوع التي تمسك بها الخصوم أمام أول درجة سواء تعرضت لها المحكمة أو لم تتعرض وسواء فصلت فيها أو لم تفصل ، وفي ذلك تقول محكمة النقض انه وفقا للمادة ٢٣٣ مرافعات يتعين على محكمة الاستئناف الفصل في كافة الأوجه التي يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة سواء في ذلك **الأوجه التي أغفلت هذه المحكمة الفصل فيها أو تلك التي تكون قد فصلت فيها لغير مصلحته متى كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن هذه الأوجه(٢١١).**

فان صفته كطريق لاعادة فحص النزاع تستغرق وظيفته كطريق طعن بالمعنى الخاص في الحالات التي يستعمل فيها كذلك.

(٢٠٩)فتحي والي المرجع السابق بند٣٩٥ ص٧٤٧

(٢١٠)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٥٤١

(٢١١)نقض ١٩٨٣/١/٢٤ الطعن رقم ٩٩٧ س٤٦ق

&.٧٨- ٣ - التمسك بالدفع الإجرائي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف

يجب أن نفرق في هذا الصدد بين ما إذا كان الدفع متعلقا بالمصلحة الخاصة أم بالنظام العام:-

١.٧٩-التمسك بالدفع المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف

الغالب انه إذا لم يتمسك الشخص بالجزاء غير المتعلق بالنظام العام أمام محكمة أول درجة حتى صدر الحكم فيها سقط حقه في التمسك بالجزاء أمام محكمة الاستئناف ، ولكن توجد حالات يبقى للخصم الحق في التمسك بالجزاء الإجرائي غير المتعلق النظام العام أمام محكمة الاستئناف ، ويكون ذلك في حالتين:- ١- إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور في كافة الجلسات اللاحقة لنشأة حقه في التمسك بالجزاء. ٢- إذا كان العيب في الحكم نفسه أو في المداولة ولو كان الخصم قد حضر أمام محكمة أول درجة ، بل ولو كان قد حضر جلسة النطق بالحكم المعيب ، لأنه لم يكن أمامه من سبيل للتمسك بعيوب الحكم أمام المحكمة التي أصدرته ، يستوي في ذلك أن يكون العيب قد أصاب الحكم المنهي للخصومة أو أي حكم صدر أثناء سيرها ، لأنه لا يستطيع أن يطرح أمام محكمة أول درجة دفوعا تتعلق بعيوب تمس أي حكم أصدرته(٢١٢) حيث أن ذلك لا يجوز

---

(٢١٢)اذ بمجرد صدور الحكم يستنفد القاضي ولايته بالنسبة للمسألة التي فصل فيها ، وتجد هذه القاعدة اساسها في مبدأ اساسي وهو مبدأ عدم جواز تكرار الاجراءات امام القاضي في خصوص المسألة الواحدة بغرض التوصل الى حكم فيها مرتين ، فالقاضي لا يباشر وظيفته القضائية الا مرة واحدة: انظر في هذه القاعدة محمود هاشم استنفاد ولاية القاضي المدني منشور في مجلة المحاماة س٦١ العددان٥،٦، احمد ماهر زغلول مراجعة الاحكام بند١ وما بعده.

الا من خلال طرق الطعن المقررة في القانون.

وإذا كان المتمسك بالجزاء لأول مرة هو المستأنف الأصلي فيتعين عليه التمسك به في صحيفة الاستئناف ، ويتعين عليه ذلك حتى ولو لم يتكلم في الموضوع في صحيفة الاستئناف ، وذلك لأن هذا القيد قيد متميز عن قيد إبداء الدفع قبل التكلم في الموضوع ، وإذا كان قد أبدى الدفع في صحيفة الاستئناف ثم حكم ببطلان هذه الصحيفة أو بعدم قبولها وكان ميعاد الاستئناف لم ينته ورفع استئنافا جديدا فيكون من حقه إبداء الدفع في هذه الصحيفة الجديدة طالما انه قد سبق له إبداؤه في الصحيفة الباطلة ، أما إذا لم يكن قد أبدى الدفع في الصحيفة السابقة الباطلة فانه يسقط حقه في هذه الحالة في إبدائه في الصحيفة الجديدة.

أما إذا كان المتمسك بالجزاء لأول مرة هو المستأنف عليه فيجب أن يتمسك به قبل الكلام في الموضوع أمام محكمة الاستئناف ، وإذا كان قد رفع استئنافا فرعيا أو مقابلا فيجب أن يتمسك بالجزاء في صحيفة الاستئناف المقابل أو الفرعي وإلا سقط حقه في التمسك به ولو لم يكن قد تكلم في الموضوع في صحيفة الاستئناف الفرعي أو المقابل.

وإذا تمسك الشخص بالجزاء على هذا النحو التزمت المحكمة بالرد عليه والفصل فيه ما لم يتنازل عنه صاحبه بعد ذلك صراحة أو ضمنا ، ولا يلتزم الخصم بتكرار التمسك به في كل مناسبة أو في مذكرته الختامية ، إذ أن إبداءه في صحيفة الاستئناف وعدم تنازله عنه بعد ذلك يفيد إصراره على الدفع.

٢.٨٠-التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق النظام العام لأول مرة أمام محكمة الاستئناف

إذا كان الدفع الإجرائي متعلقا بالنظام العام فالأصل انه يتعين على محكمة أول درجة إثارته من تلقاء نفسها والفصل فيه ، ولكن

يشترط لقيام التزام المحكمة بالفصل في الدفع في هذه الحالة أن تكون عناصره الواقعية مطروحة في الدعوى ، فإذا كانت عناصر الدفع موجودة في ملف الدعوى ولم تثر محكمة أول درجة الدفع من تلقاء نفسها فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ويجوز الطعن في حكمها بالاستئناف لهذا السبب.

أما إذا كان عناصر الدفع الواقعية غير مطروحة فلا تلتزم المحكمة بإثارة الدفع ولو تعلق بالنظام العام(٢١٣) ولا يمكن النعي عليها في ذلك.

ورغم عدم تمسك الخصم بالدفع المتعلق بالنظام العام أمام محكمة أول درجة وعدم إثارة المحكمة له ، فان هذا الدفع يعتبر مع ذلك مطروحا من تلقاء نفسه على محكمة الدرجة الثانية بحيث يتعين عليها التعرض له والفصل فيه(٢١٤) بشرط أن تكون عناصره الواقعية موجودة في أوراق القضية المقدمة لمحكمة الاستئناف.

أما إذا كانت عناصر الدفع غير موجودة في أوراق القضية المقدمة أمام محكمة الاستئناف فلا تلتزم محكمة الاستئناف هي الأخرى بإثارة الدفع والفصل فيه ، ولكن يظل من حق الخصوم تقديم هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الإجراءات أمام محكمة

---

(٢١٣)وهى غير ملزمة بالفصل في هذا الدفع ولو تمسك به صاحب الشأن طالما أنه لم يقدم الوقائع المكونة للدفع ، فالمحكمة غير ملزمة بإقامة الدليل على صحة الدفع الذي يتمسك به الخصم حتى ولو تعلق الأمر بالنظام العام.

(٢١٤)اما في القانون الفرنسي فلا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية ان تثير الدفع المتعلق بالنظام العام الا بالنسبة لعدم الاختصاص الوظيفي (اختصاص القضاء الجنائي او الاداري) او الاجنبي انظر المادة ٢/٩٢ مرافعات فرنسي.

الاستئناف ومنذ هذه اللحظة يتعين على المحكمة الفصل في الدفع.

٨١.حكم محكمة الاستئناف في الدفع الإجرائي

إذا طرح موضوع الجزاء الإجرائي سواء من جانب الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة أو بقوة القانون وسواء كان الدفع قد سبق الإدلاء به أمام محكمة أول درجة أو طرح لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ففي كافة هذه الحالات يتعين على محكمة الاستئناف الحكم فيها بقضاء قطعي سواء بإجابة الدفع أو رفضه ، ويجب علينا أن نفرق بين فرضين وذلك على التفصيل التالي:-

١.٨٢-إذا انحصر نطاق الاستئناف في المسألة الإجرائية

فإذا كان موضوع الخصومة أمام محكمة الاستئناف هو فقط المسألة الإجرائية(٢١٥) ، كما لو كان الحكم الإجرائي منهي للخصومة أمام محكمة أول درجة كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة أو بعدم اختصاص المحكمة بالدعوى ، أو كان من الاحكام التي يجوز الطعن المباشر فيها ولو لم يكن منهيا للخصومة كالحكم بوقف الدعوى أو بعدم الاختصاص والإحالة ، فان قضاء محكمة الاستئناف في الدفع الإجرائي ينهي الخصومة أمامها ، وقد تحكم بإحالة الخصومة إلى محكمة أول درجة إذا بقي شيء في الموضوع للحكم فيه ، وقد تقف محكمة الاستئناف عند هذا الحد إذا لم يبق شيء ما للحكم فيه.

---

(٢١٥)انحصار موضوع الخصومة في مسألة اجرائية هو امر غير متصور الا امام محاكم الطعن ومنها محكمة الاستئناف ، اما امام محكمة اول درجة فلا يتصور ان ينحصر موضوع الخصومة في مسألة اجرائية وفقط ، وانما يجب ان تكون الدعوى مرفوعة لحماية حق معين سواء كانت الحماية المطلوبة حماية موضوعية او وقتية او تنفيذية او ولائية. انظر في انواع الحماية القضائية: احمد ماهر زغلول اعمال القاضي بند٤ وما بعده

لذلك يتعين علينا أن نفرق بين فرضين:-

أ-تأييد محكمة الاستئناف للحكم الابتدائي: فإذا أيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي القاضي في المسألة الإجرائية ، فمعنى ذلك أن الحكم الإجرائي قد حاز قوة الأمر المقضي فيه ولا يوجد ما تحيله المحكمة لأول درجة ، فإذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد حكم محكمة أول درجة القاضي ببطلان صحيفة الدعوى مثلا فان الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يحوز قوة الأمر المقضي ويترتب عليه زوال الخصومة وزوال كافة آثارها الموضوعية والإجرائية ، وإذا صدر حكم من محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بسقوط الخصومة ، فان ذلك يعني أن الحكم بسقوط الخصومة قد حاز قوة الأمر المقضي ويترتب عليه زوال الخصومة وزوال كافة آثارها ما عدا الأحكام القطعية التي تبقى هي والإجراءات السابقة عليها. أما إذا صدر حكم من محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بعدم الاختصاص والإحالة فان ذلك يؤدي إلى صيرورة هذا الحكم نهائيا وتستأنف الخصومة سيرها أمام محكمة الإحالة من النقطة التي توقفت عندها أمام محكمة أول درجة.

ب- إلغاء الحكم الابتدائي:- أما إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة ، فالأصل انه يجب عليها إعادة القضية إليها لكي تحكم في الموضوع حيث أنها لم تستنفد ولايتها بصدده ولم تقل كلمتها فيه ، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف إذن التصدي لموضوع الدعوى لتحكم فيه لأن في ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي على الخصوم ، بل ولا يجوز لها التصدي للموضوع ولو اتفق الخصوم على منحها الحق في ذلك لأن درجات التقاضي من النظام العام ، وإذا كان القانون قد أجاز للخصوم الاتفاق على النزول عن درجة التقاضي الثانية فلم يجز لهم التنازل عن الدرجة الأولى من درجات

التقاضي(٢١٦). وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان صحيفتها خلال الميعاد القانوني من الدفوع الشكلية التي لا تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بقبوله مما مؤداه التزام المحكمة الاستئنافية عند القضاء بإلغائه إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل في الموضوع(٢١٧). وقضت بأن قبول محكمة أول درجة الدفع بعدم اختصاصها نوعيا بنظر الدعوى وهو دفع شكلي لا تستنفد به ولايتها بنظر الموضوع ، فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه وبرفض الدفع وجب عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها ومنه الدفع بعدم قبول الدعوى التي لم تقل كلمتها فيه ، وإذ تصدت محكمة الاستئناف للموضوع وقضت في الدفع بعدم القبول فإنها تكون قد فوتت إحدى درجات القاضي على الخصوم ، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون بما يتوجب نقضه(٢١٨).

٢.٨٣-إذا كان الاستئناف مرفوعا عن الحكم الإجرائي مع الحكم الصادر في الموضوع

أما إذا كان الحكم الصادر في المسألة الإجرائية مطعونا فيه مع الحكم الصادر في موضوع الدعوى ، كما لو طعن في الحكم الصادر في الموضوع وفي الحكم الصادر برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو برفض الدفع بعدم الاختصاص أو برفض الدفع بسقوط الخصومة أو برفض الدفع باعتبارها كأن لم تكن ، فيجب التفرقة بين ثلاثة فروض وذلك على النحو التالي:-

---

(٢١٦)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند١٣٤ ص٣١٨

(٢١٧)نقض ١٩٩١/٦/١٣ الطعن١٨٣٢ س٥٦ق

(٢١٨)نقض ١٩٨٠/١٢/١٦ الطعن٦٧٣ س٤٠ ق

١- تأييد الحكم الصادر في الدفع وتأييد الحكم الصادر في الموضوع(٢١٩) أو تعديله(٢٢٠): إذا حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي الصادر في الدفع سواء صراحة أو ضمنا وقضت بتأييد الحكم الصادر في الموضوع أو تعديله ، فان ذلك يعني حيازة الحكم الصادر في الموضوع وفي المسألة الإجرائية قوة الأمر المقضي.

٢- تأييد الحكم الصادر في الدفع الإجرائي وإلغاء الحكم الصادر في الموضوع(٢٢١): أما إذا أيدت محكمة الاستئناف محكمة أول درجة بالنسبة لحكمها في الدفع وألغت الحكم الصادر في الموضوع لسبب آخر غير متعلق بالدفع فإنها لا تعيد القضية لمحكمة أول درجة لأنها استنفدت ولايتها بالنسبة له ، ولذلك فان محكمة الاستئناف تتعرض للموضوع وتحكم فيه من جديد.

٣- الغاء الحكم الصادر في الدفع وفي الموضوع : وأخيرا فإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر برفض الدفع الإجرائي فقد تقف المحكمة عند هذا الحد وقد تتعرض للموضوع :-

أ- فتقف المحكمة عند هذا الحد ولا تعيد القضية لمحكمة أول درجة إذا كان هذا الدفع يؤدي إلي زوال الخصومة كالدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو الدفع بسقوط الخصومة أو باعتبارها كأن لم تكن أو باعتبار المدعي تاركا دعواه.

---

(٢١٩)اذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد حكم اول درجة فيمكنها أن تأخذ بأسبابه دون اضافة متى رأت ان فيها ما يغني عن ايراد اسباب جديدة انظر احمد السيد صاوي المرجع السابق بند ٥٤٧

(٢٢٠)ويتعين على المحكمة ان تذكر الاسباب التي اقتضت التعديل

(٢٢١)والمحكمة غير ملزمة بالرد على اسباب الحكم الملغي طالما انها اقامت قضاءها على اسباب تكفي لحمله: احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٥٤٧

فإذا ألغت الحكم الصادر برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وحكمت ببطلان الصحيفة ترتب على ذلك زوال الخصومة وزوال ما ترتب عليها من آثار ، كما تزول جميع الأحكام الصادرة في الخصومة ولو كانت أحكاما قطعية بما فيها الحكم الصادر في الموضوع(٢٢٢)، ونفس الأمر إذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان إعلان صحيفة الدعوى لأن بطلان إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى يؤدي إلى زوال الخصومة التي بدأت معلقة على شرط الإعلان الصحيح مما يقتضي معه أن تقف محكمة الاستئناف عند حد الحكم ببطلان الحكم المستأنف لعدم إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى(٢٢٣).

وفي حالة إلغاء محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة برفض الدفع بسقوط الخصومة أو برفض الدفع باعتبارها كأن لم تكن فان ذلك يؤدي أيضا إلى زوال الخصومة **وزوال كافة آثارها الموضوعية والإجرائية بما فيها ما صدر من أحكام سواء فرعية أو موضوعية بعد إبداء الدفع بسقوط الخصومة حيث تسقط بسقوط الخصومة ، لأن قضاء محكمة الاستئناف بسقوط خصومة أول درجة له اثر رجعي يعود إلى الوقت الذي تحققت فيه موجبات الحكم بسقوط الخصومة** ، ولذلك فان الحكم الصادر في الموضوع من محكمة أول درجة يزول هو الآخر بسقوط خصومة أول درجة(٢٢٤) **أما الأحكام القطعية الصادرة قبل تحقق موجبات سقوط الخصومة**

---

(٢٢٢)نقض ١٥/٥/١٩٧٣ الطعن ١١٥ س٣٨ق

(٢٢٣)نقض ٣٠/٥/١٩٧٧ الطعن رقم ٤١٩ س٤٣ق

(٢٢٤)فيعتبر الحكم الصادر في الموضوع كأن لم يكن ولا يرتب أي التزامات على عاتق المحكوم عليه ، واذا كان هذا الحكم قد نُفِّذَ فيجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل رفع الدعوى. لأن الحكم الصادر بسقوط الخصومة يشتمل على حكم ضمني باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل رفع الدعوى.

أمام محكمة أول درجة فإنها تبقى قائمة مرتبة لآثارها هي والإجراءات السابقة عليها ما لم تكن محكمة الاستئناف قد قضت بإلغائها هي الأخرى.

ب-وقد تحكم في الموضوع: فإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الصادر في الدفع الإجرائي ولم يكن إجابة هذا الدفع يؤدي إلى زوال الخصومة فانه يتعين عليها أن تنظر الموضوع ولا تعيده لمحكمة أول درجة ، ومثال ذلك إذا دفع المدعى عليه ببطلان إعلانه بتعجيل الخصومة أو ببطلان تقرير خبير أو ببطلان حكم محكمة أول درجة لعيب ذاتي في الحكم ، فإذا ألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة القاضي برفض الدفع بالبطلان في هذه الحالات وحكمت ببطلان الإجراء وحكمت ببطلان الحكم الصادر في الموضوع المبني عليه فلا تعيد القضية لمحكمة أول درجة وإنما تتعرض للموضوع للفصل فيه ، وذلك لأن محكمة أول درجة استنفدت ولايتها بالحكم في موضوع الدعوى ولو كان الحكم باطلا. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه إذا رأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعيب في الإجراءات تعين عليها الا تقف عند حد تقرير هذا البطلان بل تفصل في الموضوع بحكم جديد تراعي فيه الإجراءات الصحيحة الواجبة الإتباع(٢٢٥). كما قضت بوجوب تصدي محكمة الاستئناف للموضوع عند قضائها ببطلان الحكم المستأنف لعدم توقيع رئيس الدائرة على النسخة الأصلية للحكم(٢٢٦).

---

(٢٢٥)نقض ١٩٧٣/١٢/١٩ س٢٤ ص١٣١٠ ، نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ س٢٩ ص٦٢٧ ،، نقض ١٩٨٤/٣/٢٧ الطعن رقم١٨٠٦ س٥٠ق

(٢٢٦)نقض ١٩٨٥/٥/١٥ س٣٧ ص٥٢٤

الفرع الثاني
سلطة محكمة النقض في إعمال الجزاءات الإجرائية

٨٤.تقسيم

يجب علينا أن نفرق أيضا بين ثلاثة فروض:- الفرض الأول إذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالجزاء أمام محكمة الموضوع وفصلت فيه المحكمة ، والفرض الثاني إذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالجزاء أمام محكمة الموضوع وأغفلت المحكمة الفصل فيه ، والفرض الثالث إذا كان الخصم يتمسك بالجزاء لأول مرة أمام محكمة النقض ، وسنتناول كل فرض من الفروض الثلاثة بالتفصيل على النحو التالي:-

٨٥.&-١- إذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالجزاء أمام محكمة الموضوع وفصلت فيه المحكمة

إذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالجزاء أمام محكمة الموضوع أو كانت المحكمة قد أثارت الجزاء من تلقاء نفسها أصدرت حكما في هذه المسألة فيجب ان نفرق بين ما إذا كان هذا الحكم يقبل الطعن المباشر بالنقض أو لا يقبله.

١.٨٦-إذا كان الحكم يقبل الطعن المباشر بالنقض

ويكون الحكم قابلا للطعن المباشر بالنقض إذا كان منهيا للخصومة ، والمقصود بذلك الحكم المنهي للخصومة كلها(٢٢٧) كما لو صدر حكم منه للخصومة أمام محكمة الاستئناف دون إحالة الدعوى للمحكمة المطعون في حكمها ، كما لو كان حكما ببطلان صحيفة الاستئناف أو بعدم قبوله(٢٢٨) أو باعتبار خصومة

---

(٢٢٧)فتحي والي المرجع السابق بند٣٤٩ ص٦٧١ ، قارن نبيل عمر الطعن بالنقض بند٤٢

(٢٢٨)قضت محكمة النقض بأن قضاء محكمة الاستئناف بعدم جواز

الاستئناف كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيه أو باعتبار المستأنف تاركا استئنافه ، وذلك بصرف النظر عن بقاء الخصومة أمام محكمة أول درجة(٢٢٩). ويكون الأمر كذلك من باب أولى إذا كان الحكم منهيا للخصومة الأصلية كلها سواء أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة أول درجة ، ومثال ذلك حكم محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها ، فهذه الأحكام كلها تؤدي إلى انتهاء الخصومة برمتها ، وتقبل الطعن المباشر بالنقض.

أما إذا كانت محكمة الاستئناف قد أصدرت حكما منهيا للخصومة أمامها وأحالت الدعوى إلى المحكمة أول درجة لنظرها من جديد ، فإن حكم محكمة الاستئناف لا يجوز الطعن فيه فورا إذ هو لم ينه الخصومة كلها(٢٣٠). فإذا ألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة وأحالت الدعوى لمحكمة أول درجة للحكم في موضوعها فان حكم محكمة الاستئناف لا يقبل الطعن المباشر بالنقض. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف

الاستئناف لرفعه قبل صدور الحكم المنه للخصومة كلها امام اول درجة يقبل الطعن فورا بطريق النقض.نقض١٢/٤/١٩٧٩طعن رقم٩٤٣ س٣٦

(٢٢٩)فتحي والي المرجع السابق بند٣٤٩ ص٦٧٥ ، وقارن حكم منتقد للهيئة العامة لمحكمة النقض ١٣/٢/١٩٨٤ الطعن رقم ١٣٩٠ س٤٩ق حيث ترى ان الخصومة التي ينظر الى انتهائها اعمالا لنص المادة٢١٢ مرافعات هي الخصومة المرددة بين طرفي التداعي وان الحكم الذي يجوز الطعن فيه تبعا لذلك هو الحكم الذي تنتهي به الخصومة الاصلية برمتها ولا يعتد في هذا الصدد بنطاقها الذي رفعت به امام محكمة الاستئناف.

(٢٣٠)فتحي والي المرجع السابق بند٣٤٩ ص٦٧٥

بإلغاء الحكم الابتدائي باعتبار الدعوى كأن لم تكن وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فيها لا يجوز الطعن فيه فورا بالنقض(٢٣١).

كما يكون الحكم قابلا للطعن المباشر إذا كان من بين الاستثناءات التي نصت عليها المادة٢١٢ مرافعات ولو لم يكن منهيا للخصومة كالحكم بوقف الخصومة في الاستئناف أو بعدم الاختصاص والإحالة(٢٣٢). فكل هذه الأحكام الإجرائية يجوز الطعن فيها مباشرة بالنقض دون حاجة إلى الانتظار لحين صدور حكم في الموضوع.

٨٧.شروط الطعن في الحكم الإجرائي بالنقض

ويشترط لقبول الطعن بالنقض في الحكم الإجرائي:- ١- أن يكون الحكم في الموضوع قابلا للطعن فيه بالنقض وذلك طبقا للقواعد العامة في الطعن بالنقض(٢٣٣)(٢٣٤) ، فالحكم الإجرائي لا يكون

---

(٢٣١)نقض ١١/١/١٩٧٧ الطعن رقم٦٠ س٤٣ق

(٢٣٢)واذا قضت محكمة الاستئناف بعدم الاختصاص والاحالة الى محكمة استئناف اخرى تعين على محكمة الاستئناف المحال اليها ان توقف القضية لحين صدور حكم محكمة النقض في الطعن في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والاحالة فتحي والي الوسيط بند٣٥٠ ص٦٨١ وقارن محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص ١٣٠٧ حيث يرى ان المحكمة المحال اليها موالاة السير في نظر الدعوى المحالة اليها حتى ولو كان الحكم الصادر بعدم الاختصاص والاحالة قد طعن فيه بالنقض

(٢٣٣)إذ من المبادئ الاساسية في التشريع ان الحكم الفرعي يخضع لذات القاعدة المقررة بالنسبة للحكم الموضوعي في شأن طرق الطعن الجائزة بصدده: راجع احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٢٢٣.

(٢٣٤)فيجب كقاعدة عامة ان يكون الحكم صادرا من محكمة الاستئناف العالي سواء كان الحكم صادرا منها في استئناف الاحكام الصادرة من محكمة اول درجة او في طعن بالتماس اعادة النظر: انظر فتحي والي المرجع

قابلا للطعن فيه بالنقض الا إذا كان الحكم في الموضوع قابلا للطعن بالنقض ، أما إذا كان الحكم في الموضوع غير قابل للطعن بالنقض فالحكم الإجرائي يكون هو الآخر غير قابل للطعن فيه بالنقض(٢٣٥). ٢- كما يجب أن يتوافر سبب من أسباب الطعن بالنقض(٢٣٦) في الحكم الإجرائي ذاته(٢٣٧) ، كما لو كان الحكم

السابق بند٣٨١ . اما اذا كان الحكم صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية فلا يجوز الطعن فيه بالنقض ، ولو كان مخالفا للقانون او باطلا وذلك سواء كان حكما موضوعيا او اجرائيا. واذا كان الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية مخالفا لحكم سابق حائز لقوة الامر المقضي فيتعين في اعتقادنا التمييز بين ما اذا كان هذا الحكم حكما موضوعيا او حكما اجرائيا: فاذا كان حكما موضوعيا فانه يقبل الطعن فيه بالنقض استثناء وذلك بالتطبيق للمادة ٢٤٩مرافعات ، اما اذا كان حكما اجرائيا فلا يقبل الطعن فيه بالنقض ولو كان مخالفا لحكم اجرائي سابق حائزا لقوة الامر المقضي وذلك للاسباب التي سوف نراها في المتن.

(٢٣٥)ولو كان الحكم الاجرائي تتوافر فيه احد اسباب الطعن بالنقض

(٢٣٦)وذلك لأن طريق الطعن بالنقض طريق طعن غير عادي ، فلا يكفي بشأنه ان تتوافر الخسارة لدى الطاعن ، بل ينبغي ان يوجد في الحكم المطعون فيه بالنقض احد العيوب المحددة في القانون على سبيل الحصر طبقا للمادة ٢٤٨مرافعات،ولا يكفي ان يشير الطاعن الى هذه العيوب بصفة عامة بل يتعين عليه ان يحدد العيب او العيوب التي تشوب الحكم وتبرر الطعن فيه بالنقض:راجع فتحي والي المرجع السابق بند٣٨٢

(٢٣٧)اما اذا كان الحكم الاجرائي غير مشوب بأي عيب من العيوب التي تسمح بالطعن فيه بالنقض بحيث لم يكن هناك مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او تأويله وكان الحكم الاجرائي صحيحا ومبنيا على اجراءات صحيحة فلا يجوز الطعن فيه بالنقض بسبب عيب شاب الحكم الموضوعي ، وذلك لأنه عند النظر في اسباب الطعن غير العادي يجب

الإجرائي قد صدر بالمخالفة للقانون الإجرائي أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله(٢٣٨) أو كان هذا الحكم باطلا أو مبنيا على إجراءات باطلة.

٨٨.هل يجوز الطعن بالنقض في الحكم الإجرائي لمخالفته لحكم إجرائي آخر حائز لقوة الأمر المقضي

وبالنسبة للحالة الثالثة من حالات الطعن بالنقض وهي مخالفة الحكم لحكم سابق حائز قوة الأمر المقضي ، فهل تصلح هذه الحالة للطعن بالنقض في الحكم الإجرائي بحيث إذا كان هذا الحكم الإجرائي مخالفا لحكم إجرائي سابق حائز لقوة الأمر المقضي جاز الطعن فيه بالنقض ولو لم يكن القاضي قد خالف القانون أو اخطأ في تطبيقه ولم يكن الحكم باطلا؟ يجب التمييز بين ما إذا كان الحكمان صادرين في نفس الخصومة أو في خصومتين مستقلتين:-

١- إذا صدر الحكمان الإجرائيان في خصومتين مستقلتين فلا خلاف على انه لا يجوز الطعن في أيهما بسبب ما يوجد بينهما من تعارض ، وذلك لأن الحكم الإجرائي لا تكون له حجية خارج

مراعاة ذلك في كل حكم على حدة ، فكون حكم ما معيبا بما يستوجب نقضه لا يؤثر على حكم آخر الا اذا كان الحكم الثاني مبينا على الحكم الاول: احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٣٥٥ ، ولذلك فالحكم الموضوعي يجوز الطعن فيه بالنقض بسبب عيب شاب الحكم الاجرائي المبني عليه ولو كان الحكم الموضوعي نفسه غير مشوب بأي عيب.

(٢٣٨)حيث ان اصطلاح مخالفة القانون الوارد في المادة ١/٢٤٨ ينصرف الى مخالفة كل من القانون الموضوعي والقانون الاجرائي ، مع ملاحظة ان مخالفة القانون الاجرائي او الخطأ في تطبيقه او تأويله لا يعتبر خطأ في الاجراء بل خطأ في التقدير ، وذلك لأن التفرقة بين الخطأ في الاجراء والخطأ في التقدير لا تقوم على اساس التفرقة بين الخطأ في تطبيق القانون الموضوعي والخطأ في تطبيق القانون الاجرائي: راجع في ذلك فتحي والي المرجع السابق بند٣٨٥ ص٧٨٥

الخصومة التي صدر فيها.

على انه يستثنى من ذلك – في اعتقادنا – الحالة التي يكون للحكم الإجرائي حجية خارج الإجراءات التي صدر فيها ، كما هو الحال بالنسبة للحكم بعدم الاختصاص والإحالة حيث أن لهذا الحكم حجية بالنسبة لغير المحكمة التي أصدرته فهو مُلزم للمحكمة المحال إليها ، فإذا صدر حكم من محكمة القضاء الإداري بعدم الاختصاص والإحالة إلى جهة القضاء العادي ثم انقضت الخصومة أمام المحكمة المحال إليها دون الفصل في موضوعها كما لو سقطت أو حكمت المحكمة باعتبارها كأن لم تكن ، ثم جدد المدعي دعواه أمام المحكمة المدنية فحكمت بعدم الاختصاص والإحالة إلى جهة القضاء الإداري ، فيجوز للمدعي في هذه الحالة أن يطعن في هذا الحكم بالنقض لأنه يعتبر مخالفا لحكم إجرائي سابق حائز قوة الأمر المقضي وله حجيته خارج إجراءات الخصومة التي صدر فيها بحيث كان يتعين على المحكمة المدنية الالتزام بحجية هذا الحكم.

٢- أما إذا كان الحكمان الإجرائيان صادرين في نفس الخصومة: فيذهب جانب من الفقه(٢٣٩) إلى انه يجوز الطعن في الحكم الثاني بالنقض إذا كان مخالفا للحكم الإجرائي الأول الحائز لقوة الأمر المقضي على أساس أن المحكمة استنفدت ولايتها بإصدار الحكم الإجرائي الأول. وهذا هو ما أكدته محكمة النقض في أحكامها التي تعرضت لهذه المسألة فقد قضت بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان الاستئناف المرفوع بعريضة لوجوب رفعه بتكليف بالحضور ، وذلك خلافا لحكم سابق في استئناف آخر مرفوع عن ذات الحكم المستأنف قضى نهائيا ببطلان الاستئناف لوجوب رفعه بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة ، وكان الحكم الاستئنافي الأول

---

(٢٣٩)فتحي والي المرجع السابق بند٣٨٧ ص٧٩٢

نهائيا ، فانه يجوز الطعن في الحكم الثاني الذي ناقض الحكم الأول(٢٤٠) ، كما قضت بان الطعن في قرار اللجنة بشأن ضريبة إضافية بطريق التكليف بالحضور ثم الطعن فيه بصحيفة أودعت قلم الكتاب والقضاء نهائيا بعدم قبول الطعن الثاني لرفعه بغير الطريق القانوني يوجب التزام محكمة الاستئناف حجية هذا القضاء السابق بالنسبة لشكل الطعن ولو كان الحكم فيه قد خالف القانون أو النظام العام(٢٤١).

في حين ذهب جانب آخر من الفقه – بحق – إلى أن التعارض بين حكمين إجرائيين لا يفتح باب الطعن بالنقض بسبب التعارض وذلك لأن الحكم الإجرائي اللاحق يعد إلغاء ضمنيا للحكم السابق وبالتالي لا نكون أمام حكمين قائمين حتى يمكن القول بوجود تعارض بينهما ، وان أمكن الطعن في الحكم اللاحق في هذه الحالة بسبب مخالفة القانون الإجرائي (مخالفة قاعدة الاستنفاد) – وليس بسبب التعارض– وذلك إذا كان الحكم الثاني صادرا من محكمة الاستئناف العليا(٢٤٢)(٢٤٣).

---

(٢٤٠)نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ س١٦ ص١٠٤

(٢٤١)نقض ١٩٧٣/٣/١٤ س٢٤ ص٤٠٤

(٢٤٢)احمد خليل المرجع السابق ص٩٧ وما بعدها

(٢٤٣)اما اذا كان الحكمان الاجرائيان صادرين من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية فلا يجوز الطعن فيهما بالنقض سواء بسبب التعارض لأن – وكما هو وارد في الرأي الذي رجحناه بالمتن – التعارض بين الاحكام الاجرائية لا يفتح باب الطعن بالنقض ، كما لا يجوز الطعن فيه بسبب مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه ، او نتيجة لبطلان الحكم او بطلان الاجراءات الذي اثر في الحكم ، حيث لا يجوز الطعن في هاتين الحالتين بالنقض في الاحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية.

٢.٨٩-إذا كان الحكم الصادر في الدفع الإجرائي لا يقبل الطعن المباشر

أما إذا كان الحكم الإجرائي لا يقبل الطعن المباشر لأنه غير منه للخصومة ولا يدخل ضمن أحد استثناءات التي نصت عليها المادة ٢١٢ مرافعات فلا يجوز الطعن فيه بالنقض الا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة ، بل ولا يجوز الطعن فيه الا مع الحكم المنهي للخصومة(٢٤٤) ، إذ لا توجد مصلحة في الطعن في الحكم الإجرائي على استقلال(٢٤٥) ، ولذلك لا يجوز الطعن على استقلال في الحكم الصادر باختصاص المحكمة بنظر الدعوى أو الحكم الصادر برفض الدفع بسقوط الخصومة إذا صدر الحكم في الموضوع لمصلحة مقدم الدفع حيث لا توجد له في هذه الحالة مصلحة في الطعن في

---

(٢٤٤)وذلك بالرغم من ان المشرع قد الغي القاعدة التي كانت مقررة في القانون السابق حيث كانت الاحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها او بعضها لا يجوز الطعن فيها الا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع (المادة٣٧٨ من قانون المرفعات السابق) ، ولكن الغاء هذه القاعدة لا يؤثر في وجوب اعمال القاعدة الاساسية في التشريع والتي مقتضاها ان المصلحة في الطعن في الاحكام الاجرائية لا تتحقق بعد صدور الحكم في الموضوع الا اذا طعن في الحكمين معا: راجع احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٢٢١.

(٢٤٥)هذا ولو كان الحكم المنهي للخصومة لا يوجد عليه أي مطعن ، حيث يجب ان يرفع الطعن عن الحكمين في هذه الحالة ويطلب فيه الغاء الحكم الثاني المنهي للخصومة نتيجة لالغاء الحكم الاول الذي يعتبر مقدمة ضرورية له ، فاذا قُصِرَ طعنه بالنقض على الحكم الاول غير المنهي للخصومة فلا يعتبر الطعن بالنقض مقبولا. قارب احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٢٢٦

الحكم الفرعي على استقلال(٢٤٦).

٩٠.المطعون ضده بالنقض لا يمكنه التمسك بدفوعه الإجرائية -حتى المتعلق منها بالنظام العام-التي سبق أن تمسك بها أمام محكمة الموضوع وقضت برفضها(٢٤٧)

سبق أن بينا انه إذا صدر الحكم الإجرائي غير المنهي للخصومة ضد أحد الخصوم ثم صدر الحكم المنهي للخصومة في صالحه فلا يجوز له الطعن الأصلي بالنقض في الحكم الفرعي غير المنهي للخصومة لعدم وجود مصلحة له في ذلك ، ولكن لا شك أن مصلحة هذا الخصم تعود للظهور مرة أخرى إذا رفع المحكوم عليه طعنا بالنقض في الحكم المنهي للخصومة ؛ حيث يكون للمحكوم له مصلحة مؤكدة في معاودة التمسك بدفوعه التي حكمت محكمة الموضوع برفضها ، وهو ما كان يتعين معه منحه الحق في التمسك بهذه الدفوع من جديد أمام محكمة النقض.

ورغم ذلك فإن الفقه والقضاء(٢٤٨) مستقر على انه لا يجوز للمطعون ضده بالنقض ان يتمسك من جديد بدفوعه التي كان قد تمسك بها أمام محكمة الموضوع وحكمت هذه المحكمة برفضها حيث

---

(٢٤٦)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٢٢٦ ص٤٧٥ ، بند٢٢١ ص٤٦٢

(٢٤٧)اما الدفوع التي تمسك بها المطعون ضده وقضت محكمة الموضوع بقبولها صراحة او ضمنا ، فيجوز له التمسك بها من جديد امام محكمة النقض لأنه يطلب في الحقيقة رفض الطعن ويؤكد عدم تعيب الحكم ويطلب تأييده ولذا فلا يترتب على تمسكه بها اتساع قضية النقض ، كما يجوز له بداهة التمسك بالدفوع الاجرائية المتعلقة باجراءات خصومة النقض ذاتها: فتحي والي المرجع السابق بند٤٠٠

(٢٤٨)انظر فتحي والي المرجع السابق بند٣٩٨ ، نقض ١٩٦٨/٦/٥ س١٩ ص١١١٦ ، نقض ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩١٩.

يعتبر ذلك في نظر الفقه والقضاء توسيعا لنطاق قضية النقض عما رفع عنه الطعن وهو ما لا يجوز ، ويكون الأمر كذلك سواء كان الدفع الإجرائي متعلقا بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام(٢٤٩).

وتفريعا على ذلك إذا كان المطعون ضده بالنقض قد سبق له التمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان صحيفة الدعوى أو الطعن او بسقوط الخصومة أو باعتبارها كأن لم تكن ، فحكمت المحكمة برفض الدفع ثم قضت في الموضوع لصالحه ، فرفع الطرف الآخر طعنا بالنقض في الحكم الصادر في الموضوع فلا يجوز للمطعون ضده أن يتمسك من جديد أمام محكمة النقض ببطلان صحيفة الدعوى أو الطعن أو بسقوط الخصومة أمام محكمة الموضوع أو باعتبارها كأن لم تكن ، لأن ذلك يعتبر توسيعا لنطاق قضية النقض.

٩١.الطعن بالنقض في الحكم المنهي للخصومة وحده لا يستتبع الطعن في الحكم الصادر أثناء سيرها

يجب أن نلفت النظر إلى اختلاف الوضع في النقض عنه بالنسبة للاستئناف فيما يتعلق بنطاق الأثر الناقل للطعن ، فإذا كان استئناف الحكم المنهي للخصومة يترتب عليه استئناف الأحكام

---

(٢٤٩)وراجع في انتقاد هذا الاتجاه: احمد ابو الوفا المرجع السابق بند٤٤٧ حيث يرى -بحق- ان ذلك لا يحقق التوازن بين الطاعن والمطعون ضده فالاول يملك ان يختار ما يشاء من الاحكام الفرعية ليطعن عليها مع الطعن في الحكم المنهي للخصومة ، بينما متى صدر الحكم الاخير لمصلحة المطعون عليه اغلق عليه بصورة نهائية أي سبيل للطعن على الاحكام الاجرائية الصادرة برفض دفوعه ، واغلق عليه سبيل اثارتها في الطعن بالنقض بحجة انها في غير ما رفع عنه الطعن ، في حين انها هي دفاعه المباشر في هذا الطعن وقبولها قد ينهي هذا الطعن ويحسمه ، وما صدر الحكم المطعون فيه بالنقض الا تأسيسا على تلك الاحكام برفض الدفوع المتقدمة.

الصادرة أثناء سير الخصومة ولو لم يشر إليها المستأنف بصفة خاصة وذلك بالتطبيق للمادة ٢٢٩ مرافعات ، فان الطعن في الحكم بالنقض لا يمتد الا لما طعن فيه بالنقض صراحة ، فإذا صدر في الخصومة حكمان وطعن الطاعن في أحدهما فان الطعن لا يشمل الحكم الآخر ولو كان هذا الحكم غير المطعون فيه صادرا قبل الفصل في الموضوع(٢٥٠) بل ولو كان هذا الحكم هو أساس الحكم المطعون فيه بالنقض ، والسبب في ذلك ان المادة ٢٢٩ التي تنص على أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية لا مقابل لها في النصوص التي تنظم الطعن بالنقض ولا يجوز تطبيق هذه المادة على الطعن بالنقض عن طريق القياس(٢٥١) ، لأن هذه المادة تعتبر استثناء على الأصل العام الذي يقضي بان الطعن لا يمتد لغير الحكم المطعون فيه ، والاستثناء لا يجوز القياس عليه.

وبناء عليه إذا رفضت المحكمة الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو الطعن أو بعدم الاختصاص أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة ثم حكمت في الموضوع في غير صالح صاحب الدفع ، وطعن بالنقض في الحكم الصادر في الموضوع ولم يتمسك في صحيفة الطعن بنقض الحكم الصادر برفض دفوعه(٢٥٢) فلا يعتبر الحكم الصادر في هذه الدفوع مطعونا فيه بالنقض ولا يعتبر مطروحا على محكمة النقض ويصبح الحكم الصادر في هذه الدفوع باتا لعدم الطعن

---

(٢٥٠)فتحي والي المرجع السابق بند٣٩٨ ص٨٢٠

(٢٥١)نقض ١٩٧٣/١١/١٧ س٢٤ ص١١٠١

(٢٥٢)اما اذا تمسك في صحيفة الطعن بنقض الحكم الصادر في هذه الدفوع فيجب عليه ان يبين اسباب الطعن الخاصة بهذه الدفوع والا كان طعنه غير مقبول.

فيه بالنقض في الميعاد.

وينبغي ان تتوافر شروط قبول الطعن في الحكم الفرعي بأن يطعن فيه في الميعاد ، وألا يكون المحكوم عليه قد قبل هذا الحكم صراحة أو ضمنا(٢٥٣) ، كما يجب أن يتوافر في الحكم الفرعي أحد أسباب الطعن بالنقض وذلك على التفصيل السابق دراسته بالنسبة للحكم الفرعي المنهي للخصومة حيث تنطبق نفس القواعد في هذا الصدد.

٩٢.&-٢- إذا أغفلت محكمة الاستئناف الفصل في الدفع الإجرائي

أما إذا كانت المحكمة قد أغفلت الفصل في الدفع الإجرائي فيكون حكم المحكمة في هذا الصدد باطلا لإخلاله بحقوق الدفاع ولقصور في أسبابه الواقعية(٢٥٤) ، وللخصم بناء عليه الطعن فيه بالنقض لهذا السبب وانما يتعين عليه بيان سبب بطلان الحكم في صحيفة الطعن بالنقض ، ويجب ان يكون ذلك بصيغة محددة واضحة بأن يبين انه تمسك بالدفع أمام المحكمة ويثبت إغفال المحكمة للفصل فيه مما يعيب حكمها بالقصور في التسبيب ، أما إذا لم يبين سبب الطعن على هذا النحو الواضح المحدد كان الطعن بالنقض لهذا السبب غير مقبول(٢٥٥) ، وإذا كان الطعن مبنيا على عدة أسباب ولم يذكر منها هذا السبب فلا يجوز له التمسك بعد ذلك بهذا السبب عند نظر القضية أمام محكمة النقض ما لم يكن متعلقا بالنظام العام حيث أن نطاق القضية أمام محكمة النقض يتحدد

---

(٢٥٣)الا ان استمرار المحكوم عليه في متابعة الخصومة التي صدر فيها الحكم وابداء دفاعه فيها لا يعني قبوله لهذا الحكم لانه ليس امامه سوى المضي في الخصومة.

(٢٥٤)راجع ما سبق بند٧٥ وما بعده

(٢٥٥)فتحي والي المرجع السابق بند٣٨٨ ص٧٩٨

بالأسباب التي تبدى في صحيفة الطعن(٢٥٦).

٩٣.&- ٣ - التمسك بالجزاء الإجرائي لأول مرة أمام محكمة النقض

يجب التفرقة في هذا الصدد بين الدفع المتعلق بالمصلحة الخاصة والدفع المتعلق بالنظام العام :-

٩٤.١- التمسك بالدفع المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة أمام محكمة النقض.

الغالب أن الدفوع المتعلقة بالمصلحة الخاصة والتي لم يتمسك بها الخصم أمام محكمة الموضوع يكون حقه في إبدائها قد سقط ، ولكن هذا الحق لا يسقط في حالتين:-١- إذا لم يكن الخصم قد حضر أمام محكمة الموضوع أي جلسة من الجلسات التالية لنشأة حقه في الدفع.٢-إذا كان الدفع المتمسك به متعلقا بعيب ذاتي في الحكم ، فهل يجوز التمسك بالدفع الإجرائي في هاتين الحالتين لأول مرة أمام محكمة النقض؟

٩٥.العيب الذاتي في الحكم يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض

في الواقع لا خلاف أن المحكوم عليه يمكنه التمسك ببطلان الحكم بسبب وجود عيب ذاتي فيه ولو كان هذا العيب متعلقا بالمصلحة الخاصة(٢٥٧) كما لو صدر الحكم من قاضي لم يسمع المرافعة أو من قاضي يوجد به سبب من أسباب عدم الصلاحية ، أو من أربعة قضاة أو اثنين بدلا من ثلاثة ، او في حالة عدم توقيع القاضي على الحكم أو عدم بيان أسباب الحكم(٢٥٨) ، ويشترط أن

---

(٢٥٦)فتحي والي المرجع السابق بند٣٨٨ ص٨٠٠

(٢٥٧)فتحي والي نظرية البطلان بند٤٠١ ص٧٦٤ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٢٩

(٢٥٨)يستوي في ذلك ان يكون هذا الحكم هو الحكم المنهي للخصومة امام

يكون العيب المتمسك به يشوب حكم محكمة الدرجة الثانية ، أما العيوب التي تشوب حكم أول درجة فلا يجوز التمسك بها لأول مرة امام محكمة النقض(٢٥٩).

٩٦.لا يجوز التمسك بغير ذلك من العيوب المتعلقة بالمصلحة الخاصة لأول مرة أمام محكمة النقض

أما فيما يتعلق بالعيب السابق على صدور الحكم فهل يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان متعلقا بالمصلحة الخاصة، فقد استقر الفقه(٢٦٠) والقضاء(٢٦١) على أن البطلان

محكمة الموضوع او كان حكما صادرا اثناء سيرها حيث لا يجوز التمسك بعيوب تشوب حكم صدر من المحكمة في نفس الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم لأن المحكمة تستنفد ولايتها بصدور الحكم فلا يجوز الرجوع فيه او تعديله ولو كانت المحكمة قد خالفت القانون او اخطأت في تطبيقه او تأويله او كان الحكم باطلا.

(٢٥٩)فتحي والي نظرية البطلان الاشارة السابقة ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٢٩

(٢٦٠)فتحي والي المرجع السابق بند٤٠١ ص٧٦٢ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٢٥

(٢٦١)راجع بالنسبة للدفع بالبطلان نقض ١٩٧١/٣/١٨ س٢٢ ص٣٥٩ ، نقض ١٩٧٢/٥/١١ س٢٣ ص ٨٧٩ ،نقض ١٩٧٣/٣/٣ س٢٤ ص ٣٧٢ نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ س٢٥ ص٥٦٦ ، نقض ١٩٧٦/٤/٥ س٢٧ ص ٨٥٦ نقض ١٩٧٨/١٢/١٩ س ٢٩ ص ١٩٥٦. وفيما يتعلق باعتبار الدعوى او الاستئناف كأن لم يكن لعدم اعلان المدعى عليه او المستأنف عليه بصحيفة الدعوى او الاستئناف خلال ثلاثة اشهر من تاريخ ايداع الصحيفة قلم الكتاب راجع نقض ١٩٧٦/٣/٣١ حيث قضت بان الجزاء المقرر في المادة ٧٠ من قانون المرافعات لا يتصل بالنظام العام وانما هو مقرر لمصلحة المستأنف عليه فلا تقبل اثارته للمرة الاولى امام محكمة

المتعلق بالمصلحة الخاصة لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ولو لم يكن قد صحح بأي سبب من أسباب التصحيح ، وعلة ذلك أن هذه الدفوع التي لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع تعتبر سببا جديدا وتثير مسائل واقعية لم يسبق طرحها أمام محكمة الموضوع ، وبالتالي فلا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض(٢٦٢)(٢٦٣).

وهذه القاعدة تنطبق بالنسبة لكل من الطاعن والمطعون ضده ، فلا يجوز للطاعن التمسك بالدفوع الإجرائية المتعلقة بالمصلحة الخاصة لأول مرة أمام محكمة النقض سواء في صحيفة الطعن ذاتها أو أثناء سير الخصومة أمام المحكمة ، كما لا يجوز للمطعون ضده التمسك بالدفوع الإجرائية المتعلقة بمصلحته الخاصة لأول مرة أمام محكمة النقض. ويكون الأمر كذلك حتى ولو كانت هذه الدفوع متعلقة بالجزء المطعون فيه من الحكم.

النقض ، والثابت ان هذا الدفع لم يثر امام محكمة ثاني درجة فلا يقبل من الطاعنين التمسك به للمرة الاولى في طعنهم بالنقض على حكمها ، ولا يغير من هذا النظر التحدي بانه لم يكن في مكنة الطاعنين الحضور امام محكمة الاستئناف للتمسك بالدفع اذ لم يعلنوا اعلانا صحيحا. نقض١٩٧٦/٣/٣١س٢٧ ص ٨٣٨

(٢٦٢)احمد السيد صاوي المرجع السابق ص ٦٢٥ وما بعده

(٢٦٣)وتنطبق هذه القاعدة ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة وكان احد الخصوم فيها قد سبق له التمسك بالدفع امام محكمة الموضوع ولم يتمسك به زميله ، حيث لا يجوز للاخير اثار الدفع لاول مرة امام محكمة النقض طالما ان الاول لم يطعن في الحكم الصادر برفض دفعه.

٩٧.يجوز التمسك بالعيب المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان على محكمة الموضوع التزام بتصحيح الإجراء الباطل

ولكن ينبغي الإشارة إلي انه إذا كان على محكمة الموضوع التزام قانوني بتصحيح الإجراءات وأخلت بهذا الالتزام مما ترتب عليه ابتناء حكمها على إجراءات باطلة فانه يجوز التمسك بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض ولو تعلق الأمر بدفع من الدفوع المتعلقة بالمصلحة الخاصة ، وبناء عليه إذا كان إعلان صحيفة الاستئناف باطلا وحكمت محكمة الاستئناف في الموضوع دون ان تأمر المستأنف بإعادة إعلان المستأنف عليه(٢٦٤) فان حكمها في هذه الحالة يكون باطلا لابتنائه على إجراءات باطلة(٢٦٥) ، ويجوز التمسك بهذا البطلان لأول مرة امام محكمة النقض ولكن يشترط لذلك ان يتم التمسك به في صحيفة الطعن بالنقض ولا يجوز له اثارته اثناء نظر الطعن(٢٦٦).

أما إذا لم يكن على المحكمة التزام قانوني ولم تخل بحقوق

---

(٢٦٤)اذ يوجد عليها التزام قانوني بالامر بتصحيح الاعلان انظر المادة ٨٤ مرافعات ، وهذه المسألة القانونية عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع فيجوز اذن اثارتها لأول مرة امام محكمة النقض رغم عدم تعلقها بالنظام العام.

(٢٦٥)احمد ابو الوفا الدفوع ص٥٧٦،نقض ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن رقم٥٦س٤٦ق

(٢٦٦)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الطاعنان لم يسبق لهما التمسك ببطلان اعلانهما بصحيفة الاستئناف امام المحكمة الاستئنافية او يضمنا صحيفة الطعن بالنقض النعي على الحكم المطعون فيه بالبطلان لابتنائه على اجراء باطل فلا يقبل منهما اثارته لاول مرة امام محكمة النقض تأييدا لدفعهما باعتبار الاستئناف كأن لم يكن. نقض ١٩٧٦/٣/٣١ س٢٧ ص٨٣٨ ، نقض ١٩٨٠/١١/١٨ س٣١ ص ١٩١٠.

الدفاع فلا يجوز الطعن بالنقض في حكمها، فإذا قام المستأنف بتعجيل خصومة الاستئناف الراكدة بعد انقضاء سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح اتخذ في الخصومة ولم يحضر المستأنف عليه للتمسك بسقوط خصومة الاستئناف ، فهنا لا يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط الخصومة من تلقاء نفسها لأنه جزاء مقرر للمصلحة الخاصة للمستأنف عليه ، فلا يكون أمامها الا التعرض للموضوع والفصل فيه ولا يجوز للمستأنف عليه (المحكوم عليه)أن يطعن على هذا الحكم بالنقض لابتنائه على إجراءات باطلة ، كما لا يجوز له ان يتمسك بسقوط خصومة الاستئناف لأول مرة أمام محكمة النقض لأن المحكمة لم تخالف القانون فتعتبر المسألة في هذه الحالة مجرد مسألة واقعية لا يجوز طرحها لأول مرة أمام النقض.

٢.٩٨- التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض

إذا لم يكن الخصم قد تمسك بالجزاء الإجرائي أمام محكمة الموضوع وكان هذا الجزاء متعلقا بالنظام العام فيجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ولكن يتعين أن تتوافر شروط معينة:

٩٩.شروط التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض

في الحقيقة يعتبر إثارة الدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض مجرد تمسك بسبب قانوني ، ولا يختلف عن الأسباب القانونية الصرف الا في كونها تتعلق دائما بالمصلحة العامة(٢٦٧). حيث ان هذه الدفوع تعتبر مطروحة على قاضي الموضوع بحيث لا يعتبر التمسك بها أمام محكمة النقض تمسكا بسبب جديد. فيجوز لمحكمة النقض ذاتها ان تثير الدفع أو

---

(٢٦٧)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٣٢

BIBLIOTHECA ALEXANDRINA
مكتبة الإسكندرية

الجزاء المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسها ، كما يجوز للنيابة العامة أن تثير هذا الدفع. ويجوز لكل من الطاعن والمطعون ضده ان يتمسك بهذه الدفوع لأول مرة أمام محكمة النقض

ويشترط لإثارة الدفع المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض أن يتوافر شرطان أساسيان:-

١٠٠.الشرط الأول:- أن تكون عناصر الدفع الواقعية موجودة في ملف الدعوى

فيشترط لإثارة الدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض أن تكون عناصر الدفع مطروحة على محكمة الموضوع(٢٦٨) أو موجودة في ملف الدعوى ، إذ في هذه الحالة فقط تصبح محكمة الموضوع ملزمة بإثارة الدفع من تلقاء نفسها ، فان لم تفعل فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ويجوز الطعن في حكمها لهذا السبب والتمسك بالجزاء من جديد أمام محكمة النقض ولا يؤدي التمسك بالدفع في هذه الحالة إلى إثارة مسائل واقعية لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان مؤدي نص المادة ١٠٩ من قانون المرافعات أن الاختصاص بسبب نوع الدعوى أو قيمتها من النظام العام ، ولذا فإن مسألة الاختصاص النوعي تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائما على المحكمة ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملا حتما على قضاء ضمني في شأن الاختصاص ، لما كان ذلك فإنه يتعين على المحكمة الابتدائية أن تقضي بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإلغاء الحجز الإداري وبراءة الذمة من الدين - ولو لم يدفع أحد أطراف الخصومة أمامها بعدم الاختصاص - وان تحيل

---

(٢٦٨)فتحي والي المرجع السابق بند٤٠٠ ، نبيل عمر المرجع الطعن بالنقض بند١٨٥ ، مصطفى كيرة المرجع السابق بندص٦٢٣

الدعوى إلى قاضي التنفيذ المختص تطبيقا لنص الفقرة الأولى من المادة١١٠ من قانون المرافعات(٢٦٩).

أما اذا لم تكن عناصر الدفع الواقعية موجودة في ملف الدعوى فالمحكمة غير ملزمة بإثارة الدفع ولو كان متعلقا بالنظام العام ، كما أن المحكمة لا تعتبر قد أغفلت الفصل فيه ، ولذا فلا يمكن اعتبار المحكمة مخطئة في تطبيق القانون لأنه ليس ثمة التزام عليها بإعمال الجزاء ، كما انه لا يمكن القول ببطلان حكمها لإخلاله بحقوق الدفاع حيث أن المحكمة لم تغفل الفصل في مسألة مطروحة عليها ، وإذا طعن في الحكم بالنقض لسبب آخر فلا يجوز التمسك أمام هذه المحكمة بإعمال الجزاء لأن من شأن ذلك إثارة مسائل واقعية لم تكن مطروحة على محكمة الموضوع فيعتبر سبب قانوني يخالطه واقع وهو ممتنع التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض(٢٧٠).

---

(٢٦٩)نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن ٢٥٠ ص٤٣ ق ، نقض ١٩٨٠/٢/٦ طعن ٥٨٤ س٤٠ق.

(٢٧٠)قضت محكمة النقض بعدم جواز اثارة الدفع بعدم الاختصاص القيمي لاول مرة امام محكمة النقض رغم تعلقه بالنظام العام اذا كان يثير مسائل واقعية لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع نقض ١٩٧٩/٤/٧ رقم٧٤٤ س٤٧ق ، كما قضت بانه لا يجوز النعي ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم التوقيع عليها من محام مقبول للمرافعة امام محاكم الاستئناف لأنه يقوم على عنصر واقعي هو التحقق مما اذا كان المحامي الموقع على الصحيفة كان مقررا او غير مقرر امام محكمة الاستئناف عند توقيعه عليها وهو ما يجب عرضه على محكمة الموضوع نقض ٤٩٦٩/٤/٢٤ س٢٠ ص٦٨٥. ، وقضت ايضا بانه لا يجوز اثارة عدم صلاحية القاضي لسبق ابدائه فتوى في النزاع لأول مرة امام محكمة النقض اذا تعلق بواقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع رغم تعقة بالنظام العام. نقض ١٩٧٨/١٢/١٢ الطعن رقم٦٥٥٤ س٤٥ق

١٠١.لا يجوز التمسك بالانعدام لأول مرة أمام محكمة النقض

وهذه القاعدة تنطبق حتى ولو كان العيب الذي أصاب العمل الإجرائي قد أدى إلى انعدامه(٢٧١)لأن عناصر الدفع بالانعدام الواقعية لم تكن مطروحة امام محكمة الموضوع ، ولذلك لا يجوز التمسك بانعدام الحكم لأول مرة أمام محكمة النقض بسبب صدوره ضد شخص توفى قبل رفع الدعوى طالما أن صاحب الدفع لم يسبق له التمسك بالانعدام أمام محكمة الموضوع(٢٧٢)، الا أن ذلك لا سقط حق الخصم في التمسك بانعدام الحكم بدعوى بطلان أصلية لأن الحكم المنعدم لا يتحصن بفوات مواعيد الطعن او باستغلاقها(٢٧٣).

١٠٢.الشرط الثاني:- أن يكون الدفع متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم

فيشترط أن يكون الدفع متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم(٢٧٤) ، ويلزم توافر هذا الشرط سواء كان المتمسك بالدفع هو الطاعن(٢٧٥) أو المطعون ضده.

فلا يجوز للطاعن ان يتمسك أثناء نظر الخصومة أمام محكمة النقض بدفع إجرائي غير متعلق بالجزء المطعون فيه من الحكم(٢٧٦)

---

(٢٧١)انظر امينة النمر المرجع السابق ص٤١١

(٢٧٢)نقض ١٩٧٦/١/١٩ س٢٧ ص٥٧

(٢٧٣)انظر ما يلي بند١٣٨ وهامش٣٦٠

(٢٧٤)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٣٤ ، فتحي والي الاشارة السابقة

(٢٧٥)ويجوز للطاعن التمسك بالدفع الاجرائي المتعلق بالنظام العام سواء في صحيفة الطعن او في أي وقت اثناء نظر الطعن

(٢٧٦)اما في صحيفة الطعن فيستطيع الطاعن بطبيعة الحال ان يتمسك بما شاء من الدفوع الاجرائية المتعلقة بالنظام العام ويطعن على الحكم الصادر فيها من محكمة الموضوع

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قضى بقبول الاستئناف شكلا ثم قضى في الموضوع وكان تقرير الطعن لم يحو الا نعيا على ما قضت به الحكم في موضوع الاستئناف فلا يجوز للطاعن في مرافعته أمام محكمة النقض أن يتمسك بأن الاستئناف لم يكن جائزا قبوله بمقولة أن جواز الاستئناف من المسائل المتعلقة بالنظام العام لأن ما قضى به من قبول الاستئناف شكلا هو قضاء قطعي لم يكن محلا للطعن فحاز قوة الأمر المقضي(٢٧٧).

ولا يجوز المطعون ضده ان يتمسك بدفع متعلق بالنظام العام الا إذا كان متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه وان كان يجوز للمطعون عليه كما هو الشأن بالنسبة للنيابة العامة ولمحكمة النقض أن يثير في الطعن ما يتعلق بالنظام العام الا أن ذلك مشروط بان يكون واردا على الجزء المطعون عليه من الحكم وإذا كان الثابت أن تقرير الطعن يقتصر على ما قضى به الحكم في الموضوع ولم يحو نعيا على ما قضى به في شأن الاختصاص فلا يجوز للمطعون عليها أن تتمسك في دفاعها أمام المحكمة بعدم ولاية المحاكم بنظر الدعوى بناء على تعلقه بالنظام العام(٢٧٨).

---

(٢٧٧)نقض ١٩٥٨/٥/٩ س٩ ص٤٣١ ، نقض ١٩٧٦/١/٢٢ س٢٧ ص٢٨٤

(٢٧٨)نقض ١٩٧٢/٣/٢٩ س ٢٣ ص٥٦٤ ، وانظر نقض ١٩٧٢/٦/٢١ س٢٣ ص١١٤٢ حيث قضت بانه لا يجوز للمطعون عليه ان يتمسك في دفاعه امام محكمة النقض ببطلان الاستئناف بناء على تعلقه بالنظام العام ذلك لأن ما قضي به من قبول الاستئناف شكلا هو قضاء قطعي لم يكن محلا للطعن فحاز قوة الامر المقضي وهي تسمو على قواعد النظام العام. انظر محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص١٨١٩ وما بعدها وانظر في عدم جواز الطعن بالنقض الفرعي مصطفى كيرة النقض المدني ط١٩٩٢

١٠٣.حكم محكمة النقض في الدفع الإجرائي

قد تحكم محكمة النقض بعدم قبول الطعن بالنقض أو بعدم جواز نظره او برفضه كما قد تحكم بنقض الحكم وذلك على التفصيل التالي:-

١٠٤.أولا- عدم قبول الطعن بالنقض أو رفضه

يترتب على عدم قبول الطعن بالنقض او رفض الطعن صيرورة الحكم المطعون فيه باتا ، فلا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ، ولا يترتب هذا الأثر الا بالنسبة للحكم او الجزء من الحكم الذي قضت المحكمة بعدم قبول الطعن المتعلق به أو رفضه دون غيره من الأحكام الصادرة في الخصومة او الأجزاء الأخرى من الحكم التي لم تفصل فيها محكمة النقض ، ولكن يستثنى من ذلك الأحكام المرتبطة ببعضها ارتباطا لا يقبل التجزئة أو المبنية على بعضها ، ولذلك إذا كان الخصم قد طعن في الحكم الصادر في الموضوع وبنى هذا الطعن فقط على خطأ المحكمة في الحكم الصادر في مسألة إجرائية بني الحكم في الموضوع عليها فإن رفض الطعن في المسألة الإجرائية يترتب عليه رفض الطعن في الحكم الصادر في الموضوع(٢٧٩).

ص ٧٣٢ وما بعدها ؛ احمد ابو الوفا الاحكام بند٤٤٧ ص ٨٢٧ وهو ينتقد قضاء محكمة النقض الذي يجري على انه لا يجوز للمطعون ضده ان يتمسك بالدفوع التي تمسك بها امام محكمة الموضوع وقضت برفضها ولو كان الدفع يتعلق بالنظام العام راجع ما سبق بند٩٠ هامش٢٤٩). وراجع حكم محكمة النقض التي تعطي للمطعون ضده الحق في التمسك بهذه الدفوع من جديد امام محكمة الاحالة بعد نقض الحكم: نقض١/٣/١٩٧٢ س٢٣ ص٢٧٧. راجع ما يلي بند١١٣

(٢٧٩)نبيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض ط١٩٨٠ بند١٩٢

وإذا كان الحكم المطعون فيه بالنقض هو حكم إجرائي منهي للخصومة أمام المحكمة التي أصدرته فان الحكم بعدم قبول الطعن أو رفضه يترتب عليه صيرورة الحكم الإجرائي باتا ، فإذا كان الحكم المطعون فيه هو حكم صادر بعدم قبول الاستئناف أو ببطلانه أو باعتباره كأن لم يكن أو بسقوط الخصومة فيه فإن صدور حكم بعدم قبول الطعن بالنقض أو برفضه يؤدي إلى صيرورة الحكم الابتدائي باتا ولا يجوز طرح النزاع من جديد أمام المحاكم إذا كان الحكم الابتدائي صادرا في الموضوع ، أما إذا كان الحكم الابتدائي المطعون فيه بالاستئناف هو الآخر حكما إجرائيا فانه يصير باتا ولكن ذلك لا يمنع من طرح النزاع من جديد أمام محكمة الموضوع إذا لم يكن الحق الموضوعي قد انقضى بالتقادم.

١٠٥.ثانيا-قبول الطعن ونقض الحكم

قد تقبل محكمة النقض الطعن وتنقض الحكم وقد يكون النقض كليا وقد يكون جزئيا ، ويترتب على نقض الحكم زوال الحكم المطعون فيه واعتباره كأن لم يكن وعودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض(٢٨٠) ، فإذا كان النقض جزئيا فإن الحكم أو الجزء المنقوض فقط هو الذي يزول ، أما الأحكام الأخرى أو الأجزاء الأخرى من الحكم التي لم تنقض فإنها تبقى نافذة مرتبة لآثارها وتصبح باتة.

ولكن يستثنى من ذلك الاحكام او الاجزاء المعتمدة على الحكم

---

(٢٨٠)فاذا كان الحكم قد تم تنفيذه فإن الغاء الحكم يؤدي الي الغاء التنفيذ الذي تم استنادا اليه وازالة ما ينجم عن هذا التنفيذ من آثار وهو ما يقتضي اعادة تسكين الخصوم في ذات المراكز التي كانوا عليها قبل تنفيذ الحكم اللغي: راجع في ذلك احمد ماهر زغلول اثار الغاء الاحكام بعد تنفيذها ط١٩٩٢.

أو الجزء المنقوض من الحكم حيث أنها تزول بالتبعية لزوال الحكم أو الجزء المنقوض من الحكم وذلك بالتطبيق للمادة ٢٧١ مرافعات(٢٨١).

ولمعرفة اثر الحكم بنقض الحكم الإجرائي في إعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل نقض الحكم يتعين علينا أن نفرق بين الحكم الإجرائي المنهي للخصومة أمام محكمة الموضوع والحكم الإجرائي غير المنهي للخصومة وذلك على النحو التالي:-

١٠٦.١- إذا كان الحكم الفرعي منهيا للخصومة دون حكم في الموضوع

إذا نقضت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع الصادر في المسألة الإجرائية فانه يتعين التمييز بين ما إذا كان الحكم الفرعي المنهي للخصومة هو حكم في مسألة الاختصاص أو في غيرها من المسائل الإجرائية:-

١٠٧.أ-فإذا كان الحكم المنهي للخصومة والمطعون فيه بالنقض هو حكم بعدم اختصاص محكمة الموضوع بنظر الدعوى

فيجب التفرقة أيضا بين ما إذا كان حكم محكمة الاستئناف مؤيدا لحكم محكمة أول درجة القاضي بعدم الاختصاص أم انه ألغى حكم محكمة أول درجة الصادر في الموضوع وحكم بعدم اختصاصها بنظره:- ففي الفرض الأول: عندما يصدر حكم من محكمة أول درجة بعدم الاختصاص وتأيد هذا الحكم في الاستئناف وطُعن فيه بالنقض فقضت محكمة النقض بنقضه واختصاص المحكمة بالدعوى

(٢٨١)وينحصر نطاق هذا الاستثناء في خصوص الاحكام الصادرة من محكمة النقض فلا ينطبق على الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او التماس اعادة النظر. انظر احمد ماهر زغلول اثار الغاء الاحكام بند٨٨

فإنها تقتصر في هذه الحالة على النقض دون إحالة(٢٨٢) ويجب على صاحب المصلحة أن يرفع الدعوى بإجراءات جديدة أمام محكمة أول درجة التي تلتزم بحكم محكمة النقض القاضي باختصاصها ، فلا يجوز لها أن تقضي من جديد بعدم الاختصاص وإلا فإنها تكون قد خالفت حكم النقض في المسألة القانونية ويمكن الطعن في حكمها بالاستئناف لمخالفته للقانون(٢٨٣). أما في الفرض الثاني عندما تُصدر

(٢٨٢)اذا قررت محكمة النقض مع ذلك الاحالة الى محكمة الاستئناف(رغم انه لم يكن يجوز لها ذلك) وعجل صاحب الشأن الخصومة أمام محكمة الاستئناف فإن الاخيرة تلتزم بالغاء الحكم الابتدائي الصادر بعدم الاختصاص وعليها ان تحيل الدعوى الي محكمة اول درجة للفصل فيها من جديد حتى لا تفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي.
أما اذا لم تعجل الخصومة خلال السنة فان الخصومة في الاستئناف تسقط ولكن حكم محكمة اول درجة القاضي بعدم الاختصاص لا يصبح نهائيا بل يزول هو الاخر لأنه قد الغي ضمنا بنقض حكم الاستئناف المؤيد له ، لأن العيب الذي نقض الحكم الاستئناقي من اجله قد شاب اصلا الحكم الابتدائي ، فزوال خصومة الاستئناف أمام محكمة الاحالة لا يهدر حكم محكمة النقض الذي يقرر تعييب الحكم الابتدائي فلا يتصور استقرار حجيته بعد صدور حكم النقض مقررا انه كان معيبا وواجب الالغاء من محكمة الاستئناف لهذا العيب ، مما يجعلنا نعتبر نقض الحكم الاستئناقي في هذه الحالة شاملا للحكم الابتدائي كذلك ، ولذلك فان سقوط الخصومة فى الاستئناف لا يمنع من رفع النزاع من جديد أمام محكمة اول درجة التي تلتزم بحكم محكمة النقض القاضي باختصاصها بنظر الدعوى.

(٢٨٣)وبصدور حكم النقض بنقض الحكم وباختصاص جهة القضاء العادي بالنزاع تبدأ مدة تقادم جديدة بالنسبة لأصل الحق بالتطبيق للمادة ٣٨٣ مدني اذ يوجد في هذه الحالة حكم بات باختصاص جهة القضاء العادي وهو حكم يحفظ ما للمطالبة القضائية من اثر قاطع للتقادم.

محكمة أول درجة حكما باختصاصها بالدعوى وتحكم في الموضوع ثم طُعن فيه بالاستئناف فحكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة أول درجة الصادر في الموضوع وبعدم اختصاصها بنظره ، ثم قضت محكمة النقض بالغاء حكم محكمة الاستئناف وباختصاصها بنظره ، فهنا نرى مع البعض(٢٨٤) انه يجب على محكمة النقض الا تكتفي بنقض الحكم بل يتعين عليها الإحالة إلى محكمة الاستئناف للحكم في الموضوع لأنها لم تستنفد ولايتها بصدده(٢٨٥).

١٠٨.ب- أما إذا كان الحكم المطعون فيه بالنقض هو حكم فرعي منهي للخصومة في غير مسألة الاختصاص

كما لو كان الحكم المطعون فيه هو حكم ببطلان صحيفة الاستئناف أو باعتبار الاستئناف كأن لم يكن او بسقوط الخصومة فيه أو بعدم قبول الاستئناف شكلا(٢٨٦) ، ونقضت محكمة النقض حكم

---

(٢٨٤)أبو الوفا الاشارة السابقة

(٢٨٥)ونعتقد في هذا الفرض انه سواء صدر قرار بالاحالة الى محكمة الاستئناف او لم يصدر هذا القرار فان الخصم صاحب المصلحة مكلف بتعجيل الخصومة امام محكمة الاحالة في خلال سنة من تاريخ صدور حكم النقض ، فاذا لم يعجلها خلال هذه السنة سقطت الخصومة أمام محكمة الاستئناف ويصبح الحكم الابتدائي باتا.

(٢٨٦)واذا كانت محكمة الاستئناف قد حكمت بتأييد الحكم الصادر من محكمة اول درجة باعتبار خصومة اول درجة كأن لم تكن او بسقوط الخصومة فيها او باعتبار المدعي تاركا دعواه ، فان نقض الحكم في هذه الحالة لتأييده لحكم محكمة اول درجة يوجب احالة القضية امام محكمة اول درجة للحكم في الموضوع ، فاذا احالت محكمة النقض القضية امام محكمة الاستئناف تعين على الاخيرة ان تحيلها الى محكمة اول درجة ولا يجوز لها ان تحكم في الموضوع والا فانها تكون قد فوتت على الخصوم درجة من درجات التقاضي.

محكمة الاستئناف القاضي في هذه المسألة الفرعية ، فإنها تحيل القضية إلى محكمة الموضوع للفصل فيه متبعة حكم محكمة النقض.

فإذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية فلمحكمة النقض الحق في التصدى للموضوع والحكم فيه(٢٨٧) ولو لم يكن قد سبق الفصل في

أما اذا كان حكم اول درجة صادرا في الموضوع والغته محكمة الاستئناف وحكمت بسقوط الخصومة امام محكمة اول درجة او باعتبارها كأن لم تكن ، فان الاحالة في هذه الحالة تكون لمحكمة الاستئناف لأن محكمة اول درجة استنفدت ولايتها بالحكم في الموضوع.

(٢٨٧) ويشترط لكى تتصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع: ١- ان يكون الطعن بالنقض للمرة الثانية ٢- ان يكون الطعن منصبا على ذات الحكم الذي نقض في المرة الأولى ، اما اذا كان منصبا على حكم آخر لم يكن هو محل الطعن والنقض في المرة الأولى فلا تتصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع وانما تحيل الموضوع لمحكمة الاحالة مرة ثانية.

ولكن لا يشترط ان تكون محكمة الاحالة قد وقعت في ذات العيب الذي نقض من اجله حكم محكمة الموضوع الأول ، كما لا يشترط أن يكون ما يعيب حكمها هو عدم التزامها بحكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي حسمتها عند نقض الحكم الأول ، وانما يكفي أن يكون النقض لأى سبب من أسباب النقض ، كما لا يشترط أن يكون الموضوع صالحا للحكم فيه ، فقد يكون الموضوع غير صالح للحكم فيه ويحتاج الى تحقيق بشأنه ومع ذلك تلتزم محكمة النقض بالتصدي له والحكم فيه واجراء ما يلزم من تحقيقات وتعتبر في هذه الحالة محكمة الموضوع بمعنى الكلمة ، وفي هذه الحالة فانها تلتزم بالمبدأ القانوني الذي قررته في حكمها الأول ولا يجوز لها مخالفته ولو كان قد صدر حكم من الهيئة العامة بالعدول عن هذا الرأى. ويكون للخصوم ذات المركز القانوني الذي يتمتعون به امام المحكمة قبل صدور الحكم المنقوض فلهم الحق في تقديم ما شاءوا من دفوع واوجه دفاع ما عدا تلك التي سقط الحق فيها ، ويكون من حقهم ابداء هذه الدفوع ولو لأول مرة ولو كان من شأن اثارة

الموضوع من محكمة الموضوع وانما اقتصر الأمر على الفصل في مسألة إجرائية كما لو حكمت المحكمة بعدم جواز الاستئناف ثم نُقض الحكم وقضت محكمة الإحالة للمرة الثانية بعدم جواز الاستئناف شكلا ، فإن محكمة النقض بعد نقض الحكم تحكم بقبول الاستئناف شكلا ويمكنها أن تفصل في موضوع الاستئناف رغم عدم سبق الفصل فيه من جانب محكمة الاستئناف ، وتتمتع محكمة النقض بما لمحكمة الاستئناف من سلطة بشأن الوقائع ، وليس في ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي لأن محكمة النقض تعتبر في هذه الحالة محكمة درجة ثانية(٢٨٨)(٢٨٩).

الدفع التعرض لوقائع لم تطرح على محكمة الموضوع من قبل ، بل ويكون لهم الحق في ابداء الطلبات التي كان لهم الحق في ابدائها أمام محكمة الموضوع ولهم الحق في تغيير سبب الدعوى. نبيل عمر المرجع السابق ص٤٢٧وما بعدها

(٢٨٨)نقض ١٠/٥/١٩٨٩ س٤٠ ص٢٤٣ .

(٢٨٩)ولكننا نعتقد ان الوضع يختلف لو ان الحكم الفرعي المنهي للخصومة كان في الاصل صادرا من محكمة اول درجة وايدته محكمة الاستئناف ثم نقضته محكمة النقض وعادت محكمة الاستئناف (الاحالة) وأيدت حكم محكمة اول درجة المنهي للخصومة امامها دون فصل في الموضوع وعلى نفس الاساس ، فهل نقض هذا الحكم للمرة الثانية من محكمة النقض يتيح لها التعرض للموضوع للحكم فيه رغم عدم استنفاد محكمة اول درجة لولايتها بشأنه وهو ما يؤدي بالفعل الى تفويت درجة من درجات التقاضي؟ نعتقد انه لا يجوز لمحكمة النقض ذلك ولكن يتعين احالة القضية مرة ثانية حتى لا تفوت على الخصوم الدرجة الاولى من درجات التقاضي وهو امر متعلق بالنظام العام.

٢.١٠٩-إذا كان الطعن بالنقض منصبا على الحكم الفرعي مع الحكم الصادر في الموضوع

إذا نقضت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع ، فإما أن يكون النقض بسبب رفض محكمة الموضوع للدفع أو بسبب متعلق بالموضوع ، فإذا نقضت محكمة النقض الحكم لأنه لم يقبل الدفع ترتب على ذلك أيضا نقض الحكم الصادر في الموضوع الذي اتخذ الحكم الصادر برفض الدفع أساسا له ويصبح حكم محكمة أول درجة باتا(٢٩٠). وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه يترتب على نقض الحكم الصادر بقبول الاستئناف شكلا والقضاء بعدم قبوله لرفعه بغير الطريق الذي رسمه القانون نقض الحكم الموضوعي الصادر في الاستئناف تبعا لذلك(٢٩١) ، كما قضت بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد طلب المستأنف عليه - في الجلسة الأولى التي

(٢٩٠)هذا ما لم يكن حكم محكمة اول درجة قد وقع في نفس العيب ونقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف لتأييده لحكم محكمة اول درجة حيث يترتب على نقض حكم محكمة الاستئناف نقض حكم محكمة اول درجة ايضا ، فاذا رفضت محكمة اول درجة دفعا باعتبار الدعوى كأن لم تكن وحكمت في الموضوع ، ثم طُعن في حكمها بالاستئناف وصمم المستأنف على التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، فرفضت محكمة الاستئناف الدفع وحكمت هي الاخرى في الموضوع ، ثم طعن فيه بالنقض فنقضت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف بسبب رفض الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن فيترتب على نقض الحكم برفض الدفع نقض حكم محكمة الاستئناف الصادر في الموضوع وكذلك نقض حكم محكمة اول درجة الصادر في الدفع والصادر في الموضوع وهو ما يعني اعتبار الدعوى كأن لم تكن.

(٢٩١)نقض ٢٤/١/١٩٦٣ س١٤ ص١٧٦ ، نقض ٩/٤/١٩٦٤ س١٥ ص٢٥٦
نقض ٣/٦/١٩٧٢ س٢٣ ص١٠٧١

حضرها – التأجيل للمذكرات والسكوت فيها عن التمسك باعتبار الاستئناف كأن لم يكن مسقطا لحقه في التمسك به وحجبه هذا النظر الخاطئ عن بحث ما تمسك به من بطلان إعلانه بصحيفة الاستئناف خلال الثلاثة شهور التالية لإيداعها قلم الكتاب وهو دفاع جوهري قد يترتب عليه الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون وعابه قصور في التسبيب يستوجب نقضه وتبعا فإن نقض الحكم المطعون فيه في هذا الجزء يترتب عليه نقض الحكم الصادر في الموضوع أخذا بنص المادة ٢٧١ مرافعات باعتباره مترتبا ومؤسسا على هذا الجزء المنقوض(٢٩٢).

وإذا كان الاستجابة للدفع يترتب عليه انتهاء الخصومة أمام محكمة الموضوع ، ونقضت محكمة النقض الحكم لعدم استجابته للدفع الإجرائي ، فإن نقض الحكم الصادر في الدفع يؤدي إلى انتهاء الخصومة أمام محكمة الاستئناف دون الحكم في الموضوع ، وهو ما يعني انه لم يبق شيء تحيله محكمة النقض إلى محكمة الإحالة كما أنه لم يبق شيء تتصدى له محكمة النقض للحكم فيه ، فمثلا إذا كانت محكمة النقض قد نقضت حكم محكمة الاستئناف لعدم استجابتها للدفع بسقوط الخصومة في الاستئناف أو باعتبارها كأن لم تكن فإنه يترتب على النقض اعتبار الاستئناف كأن لم يكن أو سقوط الخصومة فيه دون حاجة إلى صدور حكم من محكمة الإحالة بتقرير ذلك ، بل إن محكمة النقض نفسها يجوز لها أن تقضي بعد نقض الحكم بعدم قبول الاستئناف أو باعتباره كأن لم يكن أو سقوط الخصومة فيه... الخ ، وبذا يصبح الحكم الابتدائي باتا وليس هناك مجال للإحالة أمام محكمة الاستئناف لأنه ليست هناك خصومة يمكن الحكم فيها.

---

(٢٩٢)نقض ١٩٨١/٦/٣٠ الطعن رقم ١٣٥٩ س٤٧ق

أما إذا كانت الاستجابة للدفع الإجرائي لا يترتب عليه انتهاء الخصومة أمام محكمة الاستئناف ، فان نقض حكم محكمة الاستئناف لعدم استجابته لهذا الدفع لا يترتب عليه انتهاء الخصومة ولذلك يتعين على محكمة النقض بعد نقض الحكم إحالة القضية أمام محكمة الإحالة للحكم في موضوعها من جديد ، فإذا كانت محكمة النقض قد نقضت حكم محكمة الاستئناف لعدم استجابتها للدفع ببطلان إعلان المستأنف عليه بصحيفة الاستئناف أو لعدم استجابتها للدفع ببطلان تقرير الخبير أو لوجود عيب ذاتي في الحكم فإنه يتعين على محكمة النقض في هذه الحالة ان تقضي بالنقض والإحالة إلى محكمة الموضوع للحكم في الموضوع من جديد متبعة فيه رأي محكمة النقض بخصوص المسألة القانونية التي حسمتها.

الفرع الثالث
سلطة محكمة الإحالة في إعمال الجزاءات الإجرائية

١١٠.تقسيم

تتحدد الخصومة أمام محكمة الإحالة بنطاق الخصومة التي صدر فيها الحكم المنقوض ، ذلك أن نقض الحكم لا ينشئ خصومة جديدة أمام محكمة الإحالة بل انه يعيد الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ولذلك فالأصل أن تنطبق على الخصومة أمام محكمة الإحالة ذات القواعد التي تنطبق على الخصومة التي صدر فيها الحكم المنقوض ويجوز للخصوم في هذا النطاق أن يقدموا الدفوع واوجه الدفاع التي كان لهم تقديمها قبل صدور الحكم المنقوض كما أن من حقهم التمسك من جديد بالدفوع التي سبق لهم التمسك بها قبل الحكم المنقوض(٢٩٣) ، وهذا ما يحتم علينا أن نفرق بين فرضين:- الأول إذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالدفع الإجرائي أمام محكمة الموضوع ، الفرض الثاني الذي يتمسك فيه الخصم بالدفع الإجرائي لأول مرة أمام محكمة الإحالة ونتناول كل فرض منهما بالتفصيل فيما يلي:-

١١١.&-١- الدفوع التي سبق التمسك بها أمام المحكمة

إذا كانت القاعدة التي ترددها محكمة النقض والفقه أن نقض الحكم واحالة القضية إلى محكمة الإحالة يترتب عليه عودة إلى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض وتعود الحياة إلى كل ما كان الخصوم قد قدموه من وجوه الدفع واوجه الدفاع(٢٩٤) ، إلا أننا

---

(٢٩٣)راجع في ذلك فتحي والي الوسيط بند٤٠٨ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٣٩

(٢٩٤)فتحي والي المرجع السابق بند٤٠٨ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٦٣٩ ، نبيل عمر المرجع السابق بند٢٣٢ وما بعده ، محمد كمال

نعتقد أن هذه القاعدة إذا كانت صحيحة على إطلاقها بالنسبة لأوجه الدفاع الموضوعي ، فإنها تخضع لبعض القيود بالنسبة للدفوع الإجرائية حيث يجب التمييز في هذا الصدد بين الدفوع الإجرائية التي يتمسك بها الطاعن والدفوع الإجرائية التي يتمسك بها المطعون ضده وذلك على النحو التالي:-

١١٢.الدفوع التي يتمسك بها الطاعن

إذا كان الطاعن بالنقض قد سبق له التمسك بالدفع -سواء تعلق الدفع بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة - أمام المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض أو كانت المحكمة قد أثارت الدفع من تلقاء نفسها وصدر حكم فيه فيجب حتى يمكن للطاعن إثارة هذا الدفع من جديد أمام محكمة الإحالة أن يكون قد طعن في الحكم الصادر في الدفع بالنقض وصدر حكم من محكمة النقض بنقضه ، أما إذا لم يكن الخصم قد طعن في الحكم الصادر في الدفع بالنقض أو كان قد طعن فيه ورفض الطعن أو حكم بعدم قبوله صراحة أو ضمنا(٢٩٥) فإن الحكم الصادر في الدفع في هذه الحالة يكون حكما باتا ولا يجوز إثارة الدفع من جديد أمام محكمة الإحالة ولو كان متعلقا بالنظام العام.

١١٣.أما بالنسبة للمطعون ضده بالنقض

والذي سبق له التمسك بالدفع -سواء تعلق الدفع بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة - أمام المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض فانه يجوز له إبداء هذه الدفوع من جديد أمام محكمة الإحالة ما لم

عبد العزيز المرجع السابق ص١٩٩٩ ، نقض ١٩٦٢/٥/٣ س١٣ ص٥٩١ نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ س١٧ ص٩٣٨ ، نقض ١٩٧٧/٤/٢٧ س٢٨ ص١٠٨٠

(٢٩٥)فتحي والي المرجع السابق بند ٤٠٨ ص٨٤٠ ، احمد هندي آثار احكام محكمة النقض وقوتها ط١٩٩٧ ص١٧١.

يكن قد قبل الحكم الصادر فيها أو تنازل عن حقه في التمسك بها وهو يجوز له إبدائها أمام محكمة الإحالة **ولو لم يطعن في الأحكام** الصادرة فيها بالنقض طالما أنها متعلقة بالجزء المطعون فيه من الحكم وذلك لأن محكمة النقض إذا كانت قد استقرت في قضائها على حرمانه من التمسك بتلك الدفوع أمامها طالما أنها لم تكن محل طعن من جانب الطاعن ، إلا أنها أجازت له التمسك بها من جديد أمام محكمة الإحالة بعد نقض الحكم ، فقد قضت بأنه يترتب على نقض الحكم الصادر لمصلحة المطعون ضده أن **يعود له الحق في** التمسك أمام محكمة الموضوع بالدفع بعدم جواز الاستئناف وبعدم قبوله إذ لم يكن يجوز له عند الطعن بالنقض من جانب الطاعن أن يرفع طعنا آخر فيما قضى به هذا الحكم من رفض دفوعه المتعلقة بشكل الاستئناف لانعدام مصلحته في الطعن(٢٩٦). إذن فالحكم الصادر في هذه الدفوع ضد المطعون ضده بالنقض لا يصير باتا بعدم الطعن فيه بالنقض من جانب المطعون ضده بل تقف هذه البتية بالنسبة للمطعون ضده ويتجدد حقه في التمسك بهذه الدفوع من جديد - بعد نقض الحكم - أمام محكمة الإحالة.

٢-&.١١٤- التمسك بالدفع الإجرائي لأول مرة أمام محكمة الإحالة

١.١١٥-التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة أمام محكمة الإحالة.

الغالب أن حق الخصم في التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة يسقط بعدم إبدائه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض ولا يجوز له أثارته أول مرة أمام محكمة الإحالة ، ولكن توجد بعض الحالات التي يبقى فيها الحق في الدفع قائما لم يسقط ولم يتم تصحيح العيب بأي سبب من أسباب التصحيح ومثال ذلك حالة ناقص الأهلية أو الخصم الذي

---

(٢٩٦)نقض ١٩٧٢/٣/١ س٢٣ ص٢٧٧

لم يحضر أي جلسة من الجلسات التالية لنشأة حقه في التمسك بالدفع فهل يجوز له التمسك بهذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الإحالة؟ نعتقد أن الإجابة بالإيجاب فطالما لم يسقط حق الخصم في التمسك بدفع معين فلا يجوز حرمانه من إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام محكمة الاحالة ، فإذا كانت صحيفة الاستئناف قد أعلنت للمستأنف عليه بعد فوات ثلاثة اشهر من تاريخ إيداعها قلم الكتاب ونشأ له الحق في التمسك باعتبارها كأن لم تكن ولكنه لم يحضر ، فيجوز له أن يتمسك بهذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الإحالة.

٢.١١٦-التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام لأول مرة أمام محكمة الإحالة

إذا كان الدفع متعلقا بالنظام العام ولم يتمسك به الخصم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض كما لم تثره المحكمة من تلقاء نفسها لعدم وجود عناصره الواقعية في ملف الدعوى ، فلا يتصور أن يكون قد صدر حكم من المحكمة في الدفع ولا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض لاختلاطه بالواقع ، الا انه إذا نقضت محكمة النقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع لسبب آخر وأحالت الدعوى أمام محكمة الاحالة فيجوز - في اعتقادنا - التمسك لأول مرة أمام محكمة الإحالة بهذا الدفع المتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز القول بان الحق في التمسك بالدفع يكون قد سقط لعدم إبدائه أمام محكمة الموضوع لأن الحق في إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام لا يسقط لعدم إبدائه أمام درجة تقاضي معينة وانما يسقط بانغلاق طرق الطعن في الحكم وبحيازة الحكم البتوتية ، فإذا كانت الخصومة ما زالت قائمة ولو كانت أمام محكمة الإحالة فلا يسقط الحق في إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام كما تبقى سلطة محكمة الإحالة في اثارة الدفع من تلقاء نفسها طالما أن عناصره الواقعية مطروحة في الدعوى ، ولا يجوز القول بان الخصم قد نزل عنه اذ لا يجوز النزول عن التمسك بالجزاء المتعلق بالنظام العام وإذا نزل الخصم عن التمسك به فلا عبرة

بهذا النزول.

والوضع يختلف في القانون الفرنسي حيث تنص المادة ٧٤ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على وجوب إبداء جميع الدفوع الشكلية معا وقبل التكلم في الموضوع حتى لو كان الدفع متعلقا بالنظام العام . فإذا تكلم في الموضوع قبل إبداء الدفع بعدم الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام سقط حقه في التمسك به ولا يجوز له التمسك به بعد ذلك سواء أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة الإحالة.

المبحث الثاني
دراسة تطبيقية لسلطة القاضي بالنسبة لبعض الجزاءات الإجرائية

ونتناول هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول نتناول فيه دراسة بعض الجزاءات التمهيدية أو الابتدائية ، والمطلب الثاني نتناول فيه بعض الجزاءات الإجرائية الأخرى غير التمهيدية

المطلب الأول
دراسة تطبيقية لبعض الجزاءات التمهيدية

١١٧.تقسيم

قد يمنح المشرع القاضي الحق في إعمال الجزاء الإجرائي من تلقاء نفسه ولو لم يكن متعلقا بالنظام العام إذا كان هذا الجزاء الإجرائي مجرد جزاء تمهيدي أو تهديدي لا يؤدي إلى زوال الخصومة وبالتالي لن يهدد الحق الموضوعي ، وهنا يحاول المشرع تحقيق التوازن المأمول بين حماية الحق الموضوعي مما قد يتهدده بسبب الإجراءات والحرص قدر الإمكان على صحة الإجراءات وسلامتها ومنح القاضي دورا إيجابيا إزائها ، ويتجلى ذلك في ثلاثة صور هي الغرامة وشطب الدعوى والوقف الجزائي ونستبعد جزاء الغرامة لعدم إثارته صعوبات تستأهل الدراسة الخاصة ونتناول شطب الدعوى ووقفها جزاء لنتبين مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة إزاء كل منهما.

الفرع الأول
شطب الدعوى

١١٨.تقسيم

لكي نتعرف على سلطة القاضي في شطب الدعوى يتعين علينا أن نبدأ بتعريف الشطب ثم نتناول شروط الشطب ومدى ما يتمتع به القاضي من سلطة في التحقق من توافر هذه الشروط قبل أن يقضي بشطب الدعوى

١١٩.تعريف شطب الدعوى

لم يرد في قانون المرافعات المصري تعريفا للشطب ، ولقد استقر الفقه والقضاء على أن شطب الدعوى هو استبعادها من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة ووقف السير فيها(٢٩٧).

ومعنى ذلك أن الشطب لا يلغى الدعوى ولا يزيل الإجراءات بل تبقى الدعوى قائمة مرتبة لكافة آثارها الإجرائية والموضوعية ، ولذلك فقد ألمحنا إلى أن هذا الجزاء هو جزاء تهديدي أو تمهيدي أو ابتدائي(٢٩٨) وليس جزاء نهائيا(٢٩٩).

وإذا كان المشرع قد منح القاضي الحق في شطب الدعوى من

---

(٢٩٧)وجدي راغب المرجع السابق ص٥٢٧ ، فتحي والي المرجع السابق بند ٣١٣ ص٥٧٤ ، احمد السيد صاوي الرجع السابق بند٣٧٢ ، امينة النمر المرجع السابق ص٣٥٦

(٢٩٨)أحمد هندى شطب الدعوى ط١٩٩٣ ص١٢

(٢٩٩)لذلك باين المشرع بين سلطة المحكمة في الحكم بالجزاء في هذه الحالة عن سلطتها في الجزاء بالنسبة لإعتبار الدعوى كأن لم تكن عند عدم تجديدها من الشطب ، فهى تملك الحكم بالشطب من تلقاء نفسها في حين لا يمكنها القضاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا بناء على طلب من صاحب المصلحة.

تلقاء نفسه إلا انه لابد أن يتحقق القاضي من توافر عدة شروط جوهرية قبل الحكم بالشطب

١٢٠.شروط الشطب

يجب أن تتحقق المحكمة من تلقاء نفسها من توافر الشروط الآتية قبل الحكم بشطب الدعوى:-

١٢١.الشرط الأول: غياب جميع الخصوم

فيجب أن يتغيب عن الجلسة كل من المدعي والمدعى عليه(٣٠٠) حتى يجوز للمحكمة أن تقضي بشطب الدعوى ، المقصود

---

(٣٠٠)فاذا تعدد المدعين وغاب البعض وحضر البعض الاخر وغاب المدعى عليه وكانت الدعوى غير صالحة للحكم فيها بالنسبة للمدعين الغائبين فيثار التساؤل في هذه الحالة حول جواز شطب الدعوى بالنسبة للمدعين الغائبين والحكم فيها بالنسبة للمدعين الحاضرين؟ إختلف الفقه في هذا الصدد فالبعض يرى جواز الشطب الجزئي للخصومة فيقرر أنه من الجائز شطب الخصومة بالنسبة لواحد او أكثر من المدعين ، وذلك ما لم يكن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة إذ في هذه الحالة يتعين تأجيل الدعوى بالنسبة للجميع لإعادة إعلان المدعى عليه الغائب. انظر أحمد أبو الوفا المرافعات ص٥٧٤ هامش رقم ٤ ، الأحكام بند١٧٨ ص٣٨٦ ، نبيل عمر أصول بند٧٢٢ ص٨٠٨. بينما يرى البعض الآخر أنه لا يجوز الشطب الجزئي للخصومة ولو كان موضوعها مما يقبل التجزئة رمزي سيف المرجع السابق ص٥٤٦

وفي الحقيقة فإنه بإنعام النظر في هذا الفرض نجد أنه يجب أن نفرق بين أمرين إما أن المدعى عليه الغائب قد أعلن لشخصه أو أعيد إعلانه أي كانت الدعوى صالحة للحكم فيها حسب رأينا ، فيجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى رغم غياب بعض المدعين والمدعى عليه ولا مجال لتأجيل الدعوى لإعلان المدعين الغائبين سواء كان غيابهم بعذر أو بدون عذر ذلك أن صحيفة الدعوى تتضمن طلبات المدعى والأسانيد

هو الغياب الفعلي عن الحضور ، فالمدعى عليه يعتبر غائبا ولو كان قد أعلن بالدعوى ، كما يعتبر غائبا إذا حضر لكنه لم يثبت حضوره أو حضر ثم انسحب تاركا الدعوى للشطب(٣٠١) ، أما إذا حضر وأثبت حضوره ولم ينسحب فللمحكمة أن تقضي في الدعوى لأنها تعتبر صالحة للحكم فيها لحضور المدعى عليه ولو لاذ بالصمت وليس في ذلك أي إخلال بحقه في الدفاع.

١٢٢.الشرط الثاني: يجب أن يتأكد القاضي أن الدعوى غير صالحة للحكم فيها

ولقد اختلف الفقهاء فيما بينهم حول صلاحية الدعوى للحكم فيها ، فقد ذهب بعض الفقه(٣٠٢) إلى أن الدعوى لا تكون صالحة

التي يؤسس عليها دعواه ويكون بذلك قد أبدى ما لديه من أقوال وأوجه دفاع. وإما أن تكون الدعوى غير صالحة للحكم فيها بأن كان المدعى عليه الغائب لم يودع مذكرة بدفاعه ولم يعلن لشخصه ولم يعاد إعلانه وحضر بعض المدعين فقط ، فالصواب في إعتقادنا أن حضور أحد المدعين يحمي الخصومة من الشطب بالنسبة للجميع ، أي أن المحكمة لا يمكنها شطب الخصومة حتى بالنسبة للمدعين الغائبين ، كما أن المحكمة لا يمكنها من ناحية أخرى الحكم في الدعوى لعدم صلاحيتها للحكم فيها ، ولذلك يجب عليها تأجيلها إلى جلسة أخرى وذلك لإعادة إعلان المدعى عليه الغائب ، وتحكم المحكمة في الجلسة الجديدة في الدعوى وذلك سواء حضر المدعين والمدعى عليه أو بعضهم او لم يحضر أحد منهم ، وذلك لأن الدعوى بإعادة إعلان المدعى عليه الغائب أصبحت صالحة للحكم فيها. راجع المؤلف مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه بند ١٦٦ وما بعده

(٣٠١)وإذا حضر وطلب الشطب فلا يجوز للمحكمة أن تجيبه إلى طلبه أنظر أحمد مليجي ركود الخصومة الدنية ص٢٨.

(٣٠٢)احمد مسلم بند٤٩٢ ص٥٢٠ ، أحمد أبو الوفا المرافعات بند٤٤٤

للحكم فيها إلا إذا أبدى جميع الخصوم أقوالهم وطلباتهم ودفاعهم(٣٠٣) ، كما إذا كان كل منهم قد قدم مذكرة بدفاعه(٣٠٤). ويرتب هذا الرأي على ذلك انه إذا حكمت المحكمة في الدعوى على أساس ما قدمه المدعي وحده من مستندات فان حكمها يكون مبنيا على إجراءات باطلة ولو كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه(٣٠٥).

وذهب البعض الآخر(٣٠٦)- بحق - إلى أن الدعوى تكون

ص٥٧٥ ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الطبعة الخامسة ، وجدي راغب المرجع السابق ص٥٢٦، ، أحمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٧٢ ، ابرهيم النفياوي المرجع السابق ص ٤١١.

(٣٠٣)ويترتب على ذلك-طبقا لهذا الرأي-أنه إذا قضت المحكمة في الدعوى على أساس ما قدمه المدعى فقط من مذكرات ومستندات فإن حكمها يكون قد بنى على إجراءات باطلة ويكون قابلا للاستئناف ولو كان إنتهائيا عملا بالمادة ٢٢١، هذا ولو كان المدعى عليه قد اعلن لشخصه.

(٣٠٤)ويرى البعض(إبراهيم سعد المرجع السابق ج٢ بند٣٢٧ ص٦١)بأنه يقصد بصلاحية الدعوى للحكم فيها أن يكون كل من الخصمين قد أدلى بأقواله أو قدم مذكرة بدفاعه أو أن يكون المدعى عليه على الأقل قد اودع مذكرة بدفاعه قلم الكتاب قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى عملا بالمادة ٢/٦٥ مرافعات ، وذلك على تقدير أن صحيفة الدعوى تتضمن طلبات المدعى والأسانيد التي يؤسس عليها دعواه ويكون بذلك قد أبدى ما لديه من أقوال وأوجه دفاع

(٣٠٥)احمد ابو الوفا التعليق ص٤١٦ ، نبيل عمر سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ط١٩٨٤ بند٣٧٤

(٣٠٦)فتحي والي المرجع السابق بند٣١٣ ص٥٧٢ ، محمود هاشم قانون القضاء المدني ج٢ بند١٩٣ ، الدناصوري وعكاز التعليق ج١ ص٤٨٧ ، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٥٥١. ويرى المؤلف الاخير أن الرأى الأول فضلا عن افتقاره لسند من النص فإنه يودي بفاعلية النص الجديد

صالحة للحكم فيها ليس فقط عندما يبدي جميع الخصوم أقوالهم وطلباتهم أو عندما يودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه ، وإنما أيضا تكون صالحة للحكم فيها في حالتين أخريين: ١- إذا كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه. ٢-أو إذا كان قد أعلن مرتين بالدعوى إعلانا صحيحا. إذ انه يكفي بالنسبة للمدعى عليه(٣٠٧) أن يكون قد تمكن من إبداء دفاعه بأن يكون قد أعلن لشخصه أو أعيد إعلانه(٣٠٨).

ويُمكّن المدعى عليه من تعطيل الفصل في الدعوى وخاصة بعد أن ألغى القانون الجديد الأحكام الغيابية مكتفيا بإعلان المدعى عليه لشخصه أو بإعادة إعلانه. وأنظر عاشور مبروك النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني بند٦٠ ص١٠٩ حيث يقول إن الرأى الثاني أقرب إلى قصد المشرع حيث يرمي إلى سرعة الفصل في الخصومات وسد باب التحايل من قبل الأشخاص الذين يتلاعبون بوقت القضاة والمتقاضين ، ولكنه يعتقد ان أفضل حل لتلك المشكلة هو تركها كلية لتقدير المحكمة التي تأخذ في اعتبارها مدى مماطلة المدعى عليه أو حسن نيته.

(٣٠٧)يجب أن نلفت النظر إلى أن حضور المتدخل الانضمامي أو إيداعه مذكرة بدفاعه لا يجعل الدعوى صالحة للحكم فيها بالنسبة للخصم الاصلي الذي تدخل لمساعدته وذلك لأنه لا يمثله ولا يحل محله ولا يجوز له أن يتخذ موقفا يضر بمصالح من تدخل بجانبه.

(٣٠٨)والقول بغير ذلك يعنى أن الدعوى تكون صالحة للحكم فيها إذا كان المدعى عليه قد اعلن لشخصه او اعيد إعلانه وحضر المدعى ، وأنها لا تكون صالحة للحكم فيها في نفس هذين الفرضين عند غياب المدعى . فكأن حضور المدعى أو غيابه هو الذي يجعل الدعوى صالحة للحكم فيها من عدمه بالنسبة للمدعى عليه!. ولا شك أنه يجب أن تكون صلاحية الدعوى للحكم فيها بالنسبة للمدعى عليه لها نفس المفهوم سواء حضر المدعى أو غاب إذ أن غياب المدعى او حضوره لا يؤثر في شيئ في حقوق الدفاع بالنسبة للمدعى عليه. ناهيك عن أن الرأي الأول

وعلى أي حال فمسألة صلاحية الدعوى للحكم فيها هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع حيث أنها تتوقف على مدى توافر عناصر تكوين الرأي القضائي في الدعوى(٣٠٩).

فإذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها على هذا النحو وجب على المحكمة الحكم فيها ، الا أن ذلك لا يعني أنها تلتزم بالحكم فيها في نفس الجلسة بل يمكنها - حسب الظروف - أن تؤجل الفصل فيها إلى جلسة تالية.

ويرى البعض أن ذلك يعني أن القاضي يقوم من تلقاء نفسه بتقدير مسألة اختصاصه في الأحوال التي يجب عليه فيها القيام بذلك تلقائيا ، ويقوم أيضا بتقدير مسألة قبول الادعاء لمعرفة ما إذا كان مقبولا أم لا ، ويقوم أخيرا بتقدير مدى صلاحية الدعوى من حيث مدى قابلية المراكز الموضوعية المتنازع عليها للحكم فيها(٣١٠).

أما إذا كانت الدعوى غير صالحة للحكم فيها ، وهو ما يتحقق إذا كان المدعى عليه الغائب لم يعلن لشخصه ولم يُعاد إعلانه ولم يودع مذكرة بدفاعه ولم يسبق له الحضور. ففي هذه الحالة المدعى عليه الغائب لم يبد دفاعه كما انه لم يمكن من إبداء دفاعه ، لأن مجرد إعلانه في موطنه لغير شخصه لا يمكن اعتباره تمكينا له

يدفع المدعىعليه للتلاعب بوقت القضاء حيث يكفيه عدم تقديم مذكرة بدفاعه حتى تظل الدعوى غير صالحة للحكم فيها ، وذلك حتى لو كان قد أعلن لشخصه أو إعيد إعلانه عدة مرات.

(٣٠٩)وجدي راغب المرجع السابق ص٥٢٧ ، نبيل عمر المرجع السابق بند٣٧٥ ص٤٢٥ ،وانظر ايضا عاشور مبروك الاشارة السابقة.

(٣١٠)نبيل عمر المرجع السابق بند٣٧٤ وما بعده ، أحمد هندى المرجع السابق ص٦٢.

من إبداء دفاعه ، لأنه في كثير من الحالات لا يتصل علمه بالخصومة بهذا الإعلان وحده فيكون معذورا في عدم حضوره ، ولذلك فلا يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم في الدعوى بل يجب عليها شطبها.

١٢٣.الشرط الثالث: يجب أن يتأكد القاضي أن المدعي على علم بالجلسة

أما إذا لم يكن المدعي على علم بالجلسة(٣١١) فلا يجوز للمحكمة أن تقرر شطبها وإلا كان قرار الشطب باطلا(٣١٢)(٣١٣).

اما بالنسبة للمدعى عليه او المدعى عليهم فلا يلتزم القاضي بالتحقق من انهم قد أعلنوا إعلانا صحيحا بصحيفة الدعوى وهو بصدد إصدار قراره بشطب الدعوى(٣١٤) لأن الخصومة تبدأ بمجرد

---

(٣١١)ويكون ذلك في حالة ندب خبير من قبل المحكمة حيث لا يجوز شطب الدعوى قبل ابلاغ الخصوم بايداع الخبير لتقريره ، وكذلك اذا توفى المدعي قبل الجلسة حيث تنقطع الخصومة ولا يجوز شطبها حتى يعلم ورثة المدعي بالخصومة القائمة بين مورثهم والمدعى عليه.

(٣١٢)ولكن لا يجوز الطعن على استقلال في قرار الشطب لأنه ليس حكما منهيا للخصومة ، كما انه لا يدخل ضمن الاستثناءات الواردة في المادة٢١٢مرافعات ، اذ لا يمكن تكييفه على اساس انه حكم بوقف الدعوى مثلا. ولكن يجوز للمدعي المجادلة امام نفس المحكمة التي اصدرت قرار الشطب في صحة هذا القرار لأنه ليس حكما قطعيا فلا تستنفد به المحكمة ولايتها ، وبناء عليه يجوز لها العدول عنه اذا رأت انه باطل او مخالف للقانون. راجع في طبيعة قرار الشطب احمد هندي المرجع السابق ص١١٩ وما بعدها.

(٣١٣)فاذا جددت الدعوى من هذا الشطب الباطل بعد فوات الستين يوما فلا يجوز للمحكمة بالتالي ان تقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن ولو تمسك المدعى عليه بذلك: نقض ١٩٨١/٢/١٠ الطعن رقم١٩٣٠ س٤٧ق

(٣١٤)انور طلبه موسوعة المرافعات المدنية والتجارية ط١٩٩٤ ج٢ ص٧ ،

إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ومن تلك اللحظة من المتصور أن يرد عليها الشطب(٣١٥) ، ولذلك يجوز للقاضي شطب الدعوى ولو اكتشف أن إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلان باطل(٣١٦)

فإذا تحققت المحكمة من توافر هذه الشروط فعلى المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بشطب الدعوى ، فالأمر لا يتوقف على طلب من جانب الخصم صاحب الشأن ، بل أنه لا يتصور ذلك أصلا لأن المحكمة لا تقضي بالشطب إلا عند تخلف الخصوم جميعا عن الحضور ، ولا يجوز لها أن تفصل في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنها ، فلا يجوز لها مثلا أن تقضي ببطلان صحيفتها أو بعدم الاختصاص بها ولو تعلق الأمر بالنظام العام(٣١٧).

١٢٤.مقارنة بين شطب الدعوى في القانونين الفرنسي والمصري

تختلف حالات الشطب في القانون الفرنسي عنها بالنسبة

عكس ذلك أحمد هندي المرجع السابق ص٥٠ حيث يرى أن المحكمة يجب عليها أن تتحقق قبل النطق بالشطب من أن المدعى عليه قد أعلن بالدعوى إعلانا صحيحا وعلى علم بموعد الجلسة.

(٣١٥)والأمر هنا لا يختلف عنه بالنسبة لانقطاع الخصومة حيث أن الراجح ان الخصومة يمكن أن يرد عليها الانقطاع بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب ودون حاجة إلى اشتراط انعقادها بإعلان صحيفتها للمدعى عليه: أنظر أحمد أبو الوفا المرافعات بند٤٦١ ، الدفوع بند٢٩٧ ، فتحي والي المرجع السابق بند٣١٤ ، نقض ١٣-١-١٩٨١طعن ٢٢ س٤٧ق ، نقض٢٩-٦-١٩٨٨ طعن ١٤٧١س٥٤ق

(٣١٦)وإذا قام المدعى بتعجيل الدعوى في الميعاد وكان اعلان المدعى عليه - الذي تم قبل الشطب - باطلا وجب على المحكمة تأجيل الدعوى لإعادة إعلان المدعى عليه بها.

(٣١٧)محمد العشماوي المرجع السابق ج٢ بند٦٧٥ ص١٢٥

للقانون المصري ، فإذا كان شطب الدعوى في القانون المصري لا يكون الا في حالة غياب الخصوم فإن شطب الدعوى في القانون الفرنسي يكون في حالات عدة:-١- في حالة عدم قيام الخصوم بالإجراءات المطلوبة في الميعاد المحدد جاز للقاضي شطب الدعوى من تلقاء نفسه(انظر المواد ٤٧٠ ، ١/٧٨١ ، ٩١٥ من قانون المرافعات الفرنسي). ٢-في حالة عدم تعيين وكيل للدعوى أمام محكمة الاستئناف جاز للمحكمة أن تقضي بالشطب من تلقاء نفسها(انظر المادة ٢/٩٠) ٣- ونفس الأمر عند عدم تعيين محامي أو وكيل للدعوى أمام محكمة الاحالة فإن الدعوى تعتبر مشطوبة بقوة القانون دون حاجة لصدور قرار بالشطب من جانب المحكمة(انظر المادة ٣/٩٧). ٤- تنص المادة ٢/٣٧٦ على شطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن تجديد السير في الخصومة المنقطعة رغم دعوة القاضي لهم بالقيام بذلك . فرغم أن المشرع لم يصرح بأن الشطب يكون من تلقاء نفس المحكمة . إلا أن المتفق عليه أن الشطب هنا أيضا يتم من تلقاء نفس القاضي . والاختلاف بين هذه الحالة وحالة المادة ٤٧٠ ينحصر في أن القاضي يلتزم قبل الحكم بالشطب طبقا للمادة٢/٣٧٦ أن يحذر الخصوم وينبههم إلى أنه سيقضي بالشطب إذا لم يتم تعجيل الخصومة الراكدة(٣١٨).

وهكذا فإن القاضي سواء في القانون المصري أو في القانون الفرنسي له الحق من تلقاء نفسه بان يقضي بشطب الدعوى عند تحقق شروط الشطب.

وللقاضي - في القانون المصري - السلطة التقديرية في الحكم بالشطب أو عدم الحكم به رغم توافر موجباته . فللقاضي رغم غياب الخصوم جميعا وعدم صلاحية الدعوى للحكم أن ينظر الخصومة

---

(٣١٨)انظر SOLUS ET PERROT, op.cit, n1126,1148

وذلك بتأجيلها إلى جلسة أخرى(٣١٩)(٣٢٠)، فالشطب لا يقع بقوة القانون حتى يقال أن قرار القاضي هو قرار كاشف ويلتزم بإصداره عند توافر موجباته وإنما الشطب لا يقع الا بهذا القرار ويتمتع القاضي إزاءه كما قلنا بسلطة تقديرية(٣٢١)(٣٢٢).

أما الوضع في القانون الفرنسي فإن للقاضي السلطة التقديرية في إصدار قرار الشطب في الحالات المنصوص عليها في المواد ٢/٩٠ - ٤٧٠ - ٧٨١ - ٣٧٦ فالشطب في تلك الحالات لا يقع بقوة القانون حتى يكون القاضي ملزم بإصدار القرار بالشطب ، أما الشطب طبقا للمادة ٣/٩٧ فإنه يقع بقوة القانون وليس للقاضي أدنى سلطة تقديرية إزاءه. أما طبقا للمادة ٩١٥ مرافعات فرنسي فإن المشرع ألزم القاضي بإصدار قرار الشطب عند تخلف وكيل المستأنف عن إيداع مذكراته لدى قلم الكتاب خلال أربعة أشهر من التقرير بالاستئناف.

---

(٣١٩)ولا يلزم اعلان المدعي بالجلسة التي اجلت اليها الدعوى اذ أن القانون اوجب عليه متابعة الدعوى ، ولا يعتبر ذلك من قبيل انقطاع تسلسل الجلسات: انور طلبة المرجع السابق جـ٢ ص٩

(٣٢٠)ولكن لا يجوز له ان يحكم فيها الا بعد ان تصبح صالحة للحكم ، فاذا حكم فيها رغم عدم صلاحيتها للحكم فان حكمه يكون باطلا لاخلاله بحقوق الدفاع: فتحي والي المرجع السابق بند٣١٢ ص٥٧٤

(٣٢١)فتحي والي الاشارة السابقة . وأنور طلبة المرجع السابق ج٢ ص٩ ، احمد مليجي المرجع السابق ص٣٣.

(٣٢٢)أحمد هندي المرجع السابق ص٥٣ ، أنظر مع ذلك رمزي سيف ٥٤٥ بند ٤٣٤ والذي يرى أن الشطب وجوبي وأنظر أيضا نبيل عمر المرجع السابق بند٣٧٤.

الفرع الثاني
وقف الخصومة جزاء

١٢٥.تمهيد وتقسيم

حاول المشرع في قانون المرافعات تأكيد سلطة المحكمة في السيطرة على الإجراءات ومراقبة حسن سير الخصومة ، وفي سبيل ذلك منح القاضي دورا إيجابيا ومكّنه من إصدار أوامر واجبة التنفيذ سواء للخصوم أو للعاملين بالمحكمة ، ولتأكيد هذه السلطة ولحمل العاملين والخصوم على تنفيذ أمر المحكمة الذي قد يكون تنفيذه ضروريا لحسن سير الخصومة فلقد أعطاها المشرع الحق في توقيع جزاءات معينة عند تخلف العاملين بالمحكمة أو الخصوم عن تنفيذ أمرها بإيداع المستندات اللازمة للفصل في الدعوى أو القيام بإجراء من إجراءات المرافعات في ميعاد محدد وذلك بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه ، ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تجاوز ثلاثة شهور وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه.

ووقف الخصومة جزاء للمدعى لا يقع بقوة القانون وإنما هو وقف قضائي أي أنه لا يقع إلا بصدور حكم من القاضي بالوقف ويجب أن يتأكد القاضي أولا من توافر شروط الوقف :-

١٢٦.شروط الوقف الجزائي

يتعين على المحكمة قبل الحكم بوقف الدعوى جزاء أن تتحقق من توافر الشروط التالية :-

١.١٢٧- أن يمتنع المدعى عن تنفيذ أمر ما للمحكمة

فهذا الجزاء لا يوقع الا على المدعى ، أما المدعى عليه فلا يجوز وقف الدعوى بالنسبة له إذا امتنع عن تنفيذ أمر المحكمة وانما يجوز لها فقط الحكم عليه بغرامة.

٢.١٢٨-أن تسمع المحكمة أقوال المدعى عليه

فالمحكمة ملزمة قبل الحكم بالوقف جزاء للمدعى أن تسمع أقوال المدعى عليه(٣٢٣) لأنه قد يكون لديه مصلحة مشروعة في عدم الوقف ، وقد تقتنع المحكمة بوجهة نظره فتجد بعد سماع أقواله انه لا داعي للوقف.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه يجوز للمحكمة أن توقف الدعوى وقفا جزائيا دون أخذ رأي المدعى عليه ودون سماع أقواله ، والمدعى عليه وشأنه في الطعن بعد ذلك على حكم الإيقاف إذا كان لذلك وجه(٣٢٤).

إلا أن أغلب الفقه(٣٢٥) يرى أنه يجب على المحكمة أن تسمع أقوال المدعى عليه قبل الحكم بالوقف إذ أن ذلك واجب بنص المشرع وذلك لأنه قد تكون للمدعى عليه مصلحة في استمرار الخصومة والحكم فيها فيجب أن تسمع المحكمة أقواله حتى تستطيع أن توازن بين مصلحة المدعى عليه في استمرار الخصومة وضرورة توقيع جزاء على المدعى حتى يمتثل لأمرها.

---

(٣٢٣)واذا تعدد المدعى عليهم وأرادت المحكمة وقف الخصومة جزاء للمدعى الذي امتنع عن القيام بإجراء أمرته به فيجب عليها-في اعتقادنا-أن تسمع أقوال جميع المدعى عليهم حتى ولو كان هذا الإجراء يتعلق بواحد منهم فقط ، على أن المحكمة لها مطلق الحرية بعد ذلك في وقف الدعوى أو عدم وقفها ولو اعترض أحد المدعى عليهم. انظر المؤلف المرجع السابق بند ١٨١

(٣٢٤)عبد الباسط جميعي مبادئ المرافعات ط١٩٧٤ ص٣١١

(٣٢٥)فتحي والي المرجع السابق بند٣١٦ ص٥٨٥ ، وجدي راغب المرجع السابق ص٥٤٦ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٨٣ ، امينة النمر المرجع السابق ص٤٢٩

ولقد حاول فريق ثالث من الفقه التمييز -بحق - بين ما إذا كان المدعى عليه حاضرا في الجلسة أو غائبا. فإذا كان حاضرا وجب سماع أقواله وإن كانت المحكمة ليست ملزمة بإجابته إلى عدم الوقف أما إذ لم يكن المدعى عليه حاضرا في الجلسة فيكون للمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بالوقف بغض النظر عن عدم سماع أقواله فهو ليس حاضرا حتى تسمع أقواله ولا يقبل القول بأن تؤجل المحكمة الدعوى وجوبا إلى جلسة أخرى يعلن بها المدعى عليه لسماع أقواله بشأن الوقف لأن في ذلك تعطيل بلا مبرر وشل لسلطة المحكمة قانونا في تقدير الأمر بالوقف ، ولا نعتقد أن المشرع قد اعترف بهذه السلطة للمحكمة ثم علق استعمالها على مشيئة المدعى عليه(٣٢٦).

١٢٩.هل يلزم موافقة المدعى عليه على الوقف؟

يرى بعض الفقه(٣٢٧) انه يشترط ألا يعترض المدعى عليه على الوقف ، فإذا اعترض على الوقف فلا يجوز للقاضي في هذه الحالة الحكم بالوقف وإلا أصبح الحكم به عقوبة توقع على المدعى عليه بلا مبرر ، خاصة وأن الدعوى ليست ملكا للمدعى وحده وإنما هي ملك له وللمدعى عليه معا.

إلا أن الفقه الراجح يذهب - بحق - إلى أنه لا يشترط موافقة المدعى على الوقف لأن رأيه غير ملزم للمحكمة واشتراط موافقته يعني شل سلطة المحكمة في إعمال الجزاء إنفاذا لأمر أصدرته لمجرد اعتراض المدعى عليه ، كما أن المدعى عليه قد تكون له مصلحة غير

---

(٣٢٦)محمود هاشم المرجع السابق ص٣٢١ بند٢٠٢ ويقول على أن ذلك لا يمنع المحكمة - إن رأت وجها لذلك - أن تؤجل الأمر بالوقف حتى تسمع أقوال المدعى عليه فالأمر متروك لها في جميع الأحوال.

(٣٢٧)أبو الوفا المرافعات بند٤٥ ص٥٢٦ ، التعليق ص٣٥٤ ، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٦٠٢.

مشروعة في الاعتراض ، كما في حالة صدور أمر إلى المدعى بأن يدخل شخصا من الغير في الخصومة لصلحة العدالة أو لإظهار الخصومة وفقا للمادة ١١٨مرافعات ، وليس من المنطقي تعليق استعمال المحكمة لسلطتها على إرادة المدعى عليه ، ولو كان المشرع يريد ذلك لنص على عدم توقيع الوقف الجزائي إلا بناء على طلب المدعى عليه ، ولكن المشرع لم يشترط سوى سماع أقواله ولم يشترط موافقته أو تقديم طلب منه(٣٢٨).

فالمحكمة يمكنها أن تحكم بوقف الدعوى جزاء للمدعى وذلك من تلقاء نفسها ودون طلب من جانب المدعى عليه وإن كانت ملزمة بسماع أقواله إذا كان حاضرا ، فهي إذن تستطيع أن تحكم بالوقف رغم اعتراضه عليه ، وذلك لأن الجزاء لا يوقع لصالح المدعى عليه حتى يقال أنه يجب أن يطلب الوقف وأن يوافق عليه حتى تقضي به المحكمة ، بل هذا الجزاء مقرر للمصلحة العامة وكوسيلة فعالة في يد المحكمة لتتمكن بها من الضغط على المدعى لتنفيذ أوامرها ، ولذلك كان من المنطقي أن يكون توقيع مثل هذا الجزاء خاضع لسلطة المحكمة التامة سواء من حيث ملاءمة توقيعه أو عدم توقيعه أو من حيث توقيعه من تلقاء نفسها دون حاجة إلى موافقة المدعى عليه.

١٣٠.٣- يجب الا تزيد مدة الوقف الجزائي عن ثلاثة شهور

فالحد الأقصى الذي أجازه المشرع للوقف الجزائي هو ثلاثة شهور(٣٢٩) ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالوقف ثلاثة شهور دفعة

---

(٣٢٨)فتحي والي المرجع السابق بند٣١٢ ص٦٥٤ ، وجدي راغب المرجع السابق ص٥٤٧ ، امينة النمر المرجع السابق ص٤٢٩ ، أحمد مليجي المرجع السابق ص٤٧وما بعدها

(٣٢٩)وتبدأ مدة الوقف الجزائي من تاريخ صدور الحكم بالوقف ويحتسب هذا اليوم ضمن المدة لأن مدة الوقف الجزائي ليست من المواعيد الاجرائية.

واحدة ، كما يجوز لها أن تحكم بالوقف لمدد لا يتجاوز مجموعها ثلاثة اشهر ، ونرى - مع البعض - انه لا يوجد ما يمنع المحكمة من الحكم لمدة ثلاثة شهور أخرى إذا امتنع المدعى عن تنفيذ أمر آخر للمحكمة(٣٣٠).

والحكم الصادر بوقف الدعوى جزاء للمدعي هو حكم قطعي وصادر في مسألة متفرعة عن الخصومة فهو غير منه للخصومة ، الا انه يجوز - استثناء من القاعدة العامة(انظر المادة ٢١٢مرافعات) - الطعن المباشر فيه بمجرد صدوره ودون حاجة إلى انتظار الحكم المنهي لها(٣٣١).

١٣١.خاتمة المطلب

وهكذا ففي هاتين الحالتين (شطب الدعوى ووقفها جزاء) نجد أن للمحكمة الحق في الحكم بهذا الجزاء أو ذاك من تلقاء نفسها دون طلب من المدعى عليه ، وإن كانت المحكمة ملزمة بسماع أقوال المدعى عليه في حالة الوقف الجزائي إلا أنها يمكنها أن تقضي بالوقف رغم اعتراضه ، مما يعني أن سماع الأقوال هو مجرد طرح من جانبها لموضوع الجزاء للمناقشة حتى تكون قد احترمت حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة ، وبالرغم من أنه في الحالتين تقضي المحكمة بالجزاء من تلقاء نفسها لأنه مقرر لحماية المصلحة العامة الا ان أغلب النتائج التي يرتبها النظام العام لا تترتب هنا ، فالمحكمة ليست ملزمة بالحكم بالجزاء ، ولكن لها سلطة تقديرية في الحكم به أو عدم الحكم به رغم توافر شروطه ، كما أنه ليس لأي من الخصوم

---

(٣٣٠)احمد خليل قانون المرافعات ص٤٢١.

(٣٣١)امينة النمر المرجع السابق ص٤٢٩ ، فاذا لم يطعن فيه بمجرد صدوره وفات ميعاد الطعن حاز الحكم قوة الامر المقضي وامتنع اثارة الجدل حوله فيما بعد عند الطعن في الحكم المنهي للخصومة.

الحق في التمسك بالجزاء ، فالمدعى في الحالتين لا يستطيع أن يطلب توقيع جزاء الشطب أو وقف الدعوى أو التمسك بآثارهما فمثلا إذا امتنع المدعى عن تنفيذ أمر المحكمة في القيام بإجراء ما فلا يمكنه أن يطلب منها وقف الدعوى جزاء له على امتناعه ولو كان له مصلحة في ذلك.

ونعتقد أن المشرع منح المحكمة الحق في إعمال الجزاء في هاتين الحالتين على أساس أن هذه الجزاءات تعتبر جزاءات تمهيدية ولا خطورة فيها إذ لا يترتب عليها سوى وقف السير في الخصومة لمدة معينه مع بقاء هذه الخصومة قائمة ومرتبة لكافة آثارها الموضوعية والإجرائية.

وليس أدل على ذلك من أن الفقه والقضاء بالنسبة لاعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تعجيل الخصومة من الشطب أو الوقف اتفقا على أن الجزاء في هذه الحالة ليس من النظام العم رغم أن المحكمة توقع هذا الجزاء في الحقيقة استكمالا لسلطتها في توقيع الجزاء على المتخلف عن تنفيذ أمرها أي أنه في نفس الإطار الذي يحاول أن يؤكد به المشرع سيطرة المحكمة على الإجراءات ، ورغم ذلك فكل من الفقه والقضاء يرى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا بناء على المدعى عليه ، والسبب في ذلك يرجع في اعتقادنا إلى أن هذا الجزاء جزاء خطير إذ يؤدي إلى زوال الخصومة وزوال كافة آثارها الإجرائية والموضوعية وهو أمر يرى الفقه أنه لا يجوز للمحكمة إعماله إلا بالرجوع إلى إرادة الخصوم لأن الخصومة ملك خاص بهم ولا يمكن للمحكمة القضاء عليها رغم إرادتهم.

المطلب الثاني
دراسة تطبيقية لبعض الجزاءات الاجرائية غير التمهيدية

١٣٢.تقسيم

ونتناول في هذا المطلب البطلان بسبب نقص أهلية الخصم أو عدم صحة تمثيله القانوني ، واعتبار الدعوى كأن لم تكن واعتبار المدعي تاركا دعواه ولقد وقع اختيارنا على هذه الجزاءات الإجرائية الثلاثة لدراستها لأنه قد أثير التساؤل حول طبيعة هذه الجزاءات وهل هي متعلقة بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة لذلك كان من المتعين أن نجلي الغموض العالق بها ونحاول تحديد النظام القانوني الذي يحكمها

الفرع الأول
البطلان لنقص أهلية الخصم أو عدم صحة تمثيله القانوني

ويتعين علينا أن نتناول أولا تكييف الدفع بنقص الأهلية ثم نتناول نوع البطلان المترتب على نقص الأهلية وما يترتب على ذلك من نتائج وذلك على النحو التالي:-

١٣٣.تكييف الدفع بنقص الأهلية

اختلف الفقه في تكييف الدفع بنقص الأهلية ، فذهب بعض الفقه(٣٣٢) إلى أن الأهلية شرط لقبول الدعوى ، ولذا يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى . ويستند هذا الرأي إلى أن الأهلية مثل الصفة تتعلق بصلاحية الشخص للتداعي ، وأنه يترتب على تخلف الأهلية غالبا تخلف الصفة حيث يلزم أن يمثل الخصم المعيبة أهليته ممثله القانوني ، والصفة هي من شروط قبول الدعوى ، ويعارض هذا

---

(٣٣٢)محمد العشماوي ج١ ص٥٨٩ ، عبد الباسط جميعي ص٢٤١

الرأي فكرة البطلان على أساس أن الأهلية ليست مجرد شكلية إجرائية يترتب على تخلفها بطلان الإجراء . ولذا فإن التمسك بها لا يخضع لنظام الدفع الشكلي بالبطلان ، وإنما لنظام الدفع بعدم القبول ، فيجوز التمسك بعيب نقص الأهلية في أي حالة تكون عليها الإجراءات ، ويجوز للمدعى عليه الدفع بعدم قبول الدعوى المرفوعة من القاصر ، بينما يقتضي الأخذ بفكرة البطلان ألا يتمسك بهذا العيب إلا من تقرر لمصلحته وهو القاصر باعتباره بطلانا نسبيا.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الجزاء المترتب على تخلف أهليه أحد الخصوم هو بطلان الإجراءات(٣٣٣). وهذا الرأي هو الجدير بالتأييد لأنه يتمشى مع النظرية العامة للقانون التي تعتبر نقص الأهلية سببا لبطلان العمل القانوني ، كما أن الرأي الأول يؤخذ عليه فضلا عن عدم تمشيه مع النظرية العامة للقانون أنه لا يتمشى مع فكرة عدم القبول حيث أن هذه الفكرة تتعلق بشروط وجود الدعوى ، والأهلية ليست شرطا من شروط وجود الحق في الدعوى ، وإنما هي شرط لمباشرة نشاط أو عمل قانوني ، أو بمعنى آخر هي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها.

ويأخذ نفس الحكم (أي حكم البطلان لنقص الأهلية) البطلان الناتج عن اتخاذ الإجراء من غير الممثل القانوني أو في مواجهة غيره لأن القانون ينظم الصفة في التقاضي(الصفة الإجرائية) كوسيلة بديلة لأهلية التقاضي(٣٣٤) ، فيكون التمسك بانعدام صفة الممثل الإجرائي للخصم بالدفع ببطلان الإجراءات وليس بالدفع بعدم القبول.

---

(٣٣٣)أنظر رمزي سيف الوسيط ص١٣٧-١٣٨ رقم ١٠١، فتحي والي المرجع السابق بند٣٠٤ . وجدي راغب دراسات ص١٦١ بند٤٦

(٣٣٤)وجدي راغب واحمد ماهر زغلول دروس في المرافعات ص٢٢٤.

١٣٤.عدم خضوع البطلان لنقص الأهلية لقواعد البطلان لعيب شكلي

وإذا كان الدفع بنقص الأهلية أو بانعدام الصفة في تمثيل الخصم هو دفع ببطلان الإجراءات ، فان التساؤل الذي يثار هو ما إذا كان بالإمكان تطبيق النصوص التي تنظم البطلان لعيب شكلي على الدفع بالبطلان لنقص الأهلية أو لانعدام الصفة في تمثيل الخصم.

الرأي الراجح أن البطلان لنقص الأهلية هو بطلان موضوعي ، والبطلان للعيب الموضوعي لا يخضع لقواعد البطلان لعيب شكلي(٣٣٥) خاصة تلك التي تقضى بأنه لا يحكم بالبطلان -رغم العيب- إذا تحققت الغاية من الإجراء، وذلك لأن المشرع المصري حينما نظم القواعد التي تحكم البطلان في قانون المرافعات اقتصر على تنظيم القواعد التي تحكم البطلان لعيب شكلي(٣٣٦).

ولذلك تنطبق بصفة عامة قواعد القانون المدني في هذا الصدد مع مراعاة الطبيعة الخاصة للخصومة والأعمال الإجرائية(٣٣٧) ،

---

(٣٣٥)والتمييز في نظام البطلان بحسب اسبابه يجد اساسه وركيزته في طبيعة القواعد التي وقعت المخالفة بشأنها ، فالبطلان لاسباب شكلية يتقرر كجزاء لمخالفة قواعد شكلية ليست مقصودة لذاتها وانما مقررة لادراك غاية محددة أي انها تعتبر وسيلة ، ولذلك فاذا تحققت الغاية رغم تعيب الوسيلة فلا داعي للحكم بالبطلان. اما البطلان لأسباب موضوعية فيتقرر كجزاء لمخالفة قواعد موضوعية تتعلق بجوهر العمل ذاته ومقتضياته الموضوعية بحيث لا يستقيم قيامه صحيحا مرتبا لاثاره بتخلف هذا الجوهر او بتعيب مقتضياته الموضوعية ولذلك فلا يشترط لتقرير البطلان في هذه الحالة وقوع ضرر ولا يجدي لنفي البطلان اثبات عدم وقوع ضرر او تحقق الغاية رغم المخالفة. انظر فتحي والي نظرية البطلان بند٢٣٨ ص٤١٥

(٣٣٦)فتحي والي المرجع السابق بند ٢٣٦ ص٤١١

(٣٣٧)فتحي والي المرجع السابق بند٢٥٤ ص٤٤٠

فالخصومة باعتبارها مجموعة من الأعمال الإجرائية التي لا تحيا حياة مستقلة وإنما ترتبط ببعضها ارتباطا وثيقا ، فإن هذه الأعمال الإجرائية وان صدرت من جانب واحد ، الا أنها لا تنتج أثرها إلا بإبلاغها إلى الخصم الآخر ، ونتيجة لذلك يجب في العمل الإجرائي أن يقوم به شخص يتمتع بالأهلية الإجرائية أو ممثل تمثيلا قانونيا صحيحا وأن يوجه إلى خصم أهل أو ممثل تمثيلا إجرائيا صحيحا ، فالبطلان يترتب ليس فقط نتيجة نقص الأهلية أو انعدام التمثيل في شخص القائم بالعمل وانما أيضا نتيجة نقص أهلية أو انعدام تمثيل من يوجه إليه هذا العمل.

أساس ذلك هو حماية ناقص الأهلية الذي يعلن بعمل إجرائي قد يؤثر في مصالحه وهو في وضع لا يتمكن فيه من الدفاع عنها(٣٣٨).

١٣٥.الأصل ان البطلان لنقص الأهلية متعلق بالمصلحة الخاصة

والتساؤل الذي يثار في هذه الحالة لمعرفة نوع البطلان المترتب على تخلف أهلية التقاضي فهل البطلان في هذه الحالة متعلق بالنظام العام أم أنه مقرر للمصلحة الخاصة؟.

لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل في غاية الأهمية إذ سيترتب على معرفة نوع البطلان تحديد النظام القانوني الذي سيخضع له ، فإذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام جاز لأي طرف في الخصومة التمسك به ، ويجوز ذلك في أية حالة كانت عليها الإجراءات كما يجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . أما إذا كان البطلان خاصا فلا يجوز أن يتمسك به سوى الخصم الذي تقرر لمصلحته كما لا يجوز أن يتمسك به الخصم الذي نسب فيه ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا ولا يجوز لمحكمة أن تقضي

---

(٣٣٨)فتحي والي الاشارة السابقة

من تلقاء نفسها(٣٣٩).

الأصل أن قواعد الأهلية مقررة لحماية ناقص أو عديم الأهلية وتعتبر القواعد التي تقرر بطلان الأعمال القانونية التي يقوم بها ناقص الأهلية أو توجه إليه من القواعد المقررة لحماية ناقص الأهلية وإذا كانت الأعمال الإجرائية هي أعمال قانونية ، فإن بطلان الأعمال الإجرائية التي يقوم بها ناقص الأهلية أو توجه إليه يعتبر مقررا لحماية ناقص الأهلية.

وإذا كان هذا هو الأصل فإن النتيجة التي تترتب على ذلك هو اعتبار البطلان لنقص أو انعدام أهلية أحد الخصوم بطلانا مقررا للمصلحة الخاصة بما يترتب على ذلك من نتائج ، وهذا هو بالفعل ما قضت به محكمة النقض من أن بطلان الإجراءات التي تتم بعد قيام سبب انقطاع الخصومة (لفقد الأهلية) هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايتهم فلا يجوز لغيره التمسك بهذا البطلان ، ولذا فلا يجوز للخصم كامل الأهلية أن يتمسك ببطلان الحكم استنادا إلى نقص أو انعدام أهلية خصمه.

ونقص اهلية الخصم قد يؤدي الى بطلان العمل كما قد يؤدي الى انعدامه وذلك بحسب ما اذا كان نقص او فقد الاهلية قد تحقق اثناء سير الخصومة او قبل بدئها وهو ما يوجب علينا التفرقة بين الفرضين على النحو التالي:-

١٣٦.إذا فقد الخصم أهليته أو زالت صفته أثناء سير الخصومة(بطلان الحكم بطلانا متعلقا بالمصلحة الخاصة)

إذا كانت الدعوى قد رفعت من البداية من شخص أهل أو ممثل تمثيلا قانونيا صحيحا وضد شخص أهل أو ممثل تمثيلا قانونيا

---

(٣٣٩)وجدي راغب دراسات ص١٦٥.

صحيحا ثم فقد أحدهما أهليته فإن الخصومة تنقطع ، فإذا اتخذ أي إجراء من أو في مواجهة من فقد أهليته أو فقد صفته في تمثيل الخصم فإن الإجراءات تكون باطلة والحكم الذي يصدر بناء عليها يكون باطلا(٣٤٠) ، غير أن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي في مواجهة القاصر أو الخصم الحقيقي الذي فقد ممثله صفته في تمثيله أثناء سير الخصومة ، ولكن يجوز له الطعن فيه بالاستئناف والنقض(٣٤١) حسب الأحوال مع مراعاة وجوب التمسك بالبطلان في صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيه(٣٤٢) لأن البطلان في هذه الحالة متعلق بالمصلحة الخاصة ، كما أن هذا الحكم يتحصن ضد إمكانة الطعن فيه بفوات مواعيد الطعن او استنفادها(٣٤٣).

١٣٧.يصبح بطلان الاجراءات بسبب نقص الأهلية متعلقا بالنظام العام الوقائي اذا تم التمسك به أثناء سير الخصومة

ويختلف الامر اذا تم التمسك ببطلان الاجراءات اثناء سير الخصومة وقبل صدور الحكم اذ لا يمكن القول بقصر الحق في التمسك بالبطلان أثناء سير الخصومة على ناقص الأهلية ، إذ أن ذلك يعني إجبار الخصم كامل الأهلية وإجبار المحكمة ذاتها على السير في

---

(٣٤٠)احمد ابو الوفا الاحكام بند١٣٨

(٣٤١)ويجوز له الطعن بالاستئناف ولو كان صادرا في حدود النصاب النهائي لأنه حكم باطل وذلك بالتطبيق للمادة٢٢١ مرافعات ، كما يجوز الطعن فيه بالنقض طبقا للمادة ٢/٢٤٨ مرافعات.

(٣٤٢)نقض ١٩٨٨/٤/٦ الطعن رقم ١١٠٧ س ٥٥ق ؛ نقض ١٩٩٢/٢/٢٣ الطعن رقم١٩٠٩ س٥٩ق مشار اليهما في انو طلبه الطعن بالاستئناف والتماس اعادة النظر ص ١١٨٩، ١٢١٢

(٣٤٣)مع مراعاة ان ميعاد الطعن في هذا الحكم لا يبدأ الا من تاريخ اعلان الحكم للممثل القانوني للقاصر او لمن قام مقام من فقد صفته في تمثيل الخصم.

إجراءات مهددة بالزوال ، وازاء ذلك فقد استقر الفقه على أنه يجوز للخصم كامل الأهلية أن يتمسك أثناء سير الخصومة بالبطلان لنقص أهلية خصمه ، كما يجوز أن تقضي المحكمة بالبطلان لنقص الأهلية من تلقاء نفسها حتى تتفادى السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان(٣٤٤).

ولما كان نقص الأهلية عيب مستمر يصيب كل عمل من أعمال الخصومة فقد استقر الفقه أيضا على أن البطلان الناجم عنها هو بطلان متجدد يلحق الخصومة في جميع مراحلها فيجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الإجراءات.

وهذا هو بالفعل ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٢٠ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي تنص على أن المحكمة تقضي ببطلان الإجراء من تلقاء نفسها بسبب العيوب الموضوعية إذا كانت متعلقة بالنظام العام أو نتيجة تخلف الأهلية(٣٤٥). كما أنه أجاز إبداء الدفع بالبطلان لنقص الأهلية في أية حالة كانت عليها الدعوى مع جواز الحكم بالتعويض على من تأخر في إبدائها بقصد المماطلة(انظر المادة ١١٨من قانون المرافعات الفرنسي الجديد).

---

(٣٤٤)أنظر المادة الخامسة من مشروع قانون المرافعات السابق المقدم للبرلمان وجاء فيها أن على المحكمة في جميع الأحوال التثبت من توافر الأهلية أو من صحة التمثيل أو الإذن بالحضور وقد حذف هذا النص على تقدير أن القانون المدني في مادته الخامسة تناول موضوع الأهلية وأنه يتعين توحيد الحكم بصدده

(٣٤٥)ولقد كان الفقه والقضاء الفرنسي يرفض قبل هذا النص أن تحكم المحكمة بالبطلان للعيب الموضوعي من تلقاء نفسها:
انظر: Glasson Tissier et Morel- Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de comptence et de procédure civile, n. 261, Morel, traite elementaire de procedure civile ,2 ed, Sirey, 1949, p. 267 n,320 , SOLUS ET PERROT, droit judiciaire prive op.cit, tome 1 p.271 n. 293

ويتمتع البطلان في هذه الحالة بطبيعة خاصة حيث أن بعض الخصائص تتفق مع البطلان المتعلق بالنظام العام حيث يجوز لكافة الخصوم التمسك بالبطلان وفي أي حالة كانت عليها الاجراءات كما يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها. وبعض الخصائص الأخرى لا تتفق وهذه الصفة حيث يجوز لناقص الأهلية النزول عن هذا البطلان عند بلوغ سن الرشد كما يجوز لممثله القانوني النزول عن هذا البطلان ، واذا صدر الحكم فلا يجوز أن يتمسك ببطلانه سوى ناقص الاهلية نفسه او ممثله القانوني ، هذه الخصائص لا تتفق مع اعتباره بطلانا من النظام العام.

ويذهب الفقه(٣٤٦) في تفسير ذلك إلى أن النظام العام نسبي في أثره فهو لا يتدخل إلا بالقدر اللازم لحمايته فليس له أثر مطلق ، كما أنه يربط تعلق هذا البطلان بالنظام العام بالعلة من تقريره وإذا كانت العلة فيما نحن بصدده من اعتبار البطلان لنقص الأهلية متعلقا بالنظام العام هي عدم إجبار الخصوم والمحكمة على الاستمرار في خصومة مهددة بالزوال ، فإن هذه العلة تزول إذا وصلت الخصومة إلى نهايتها بصدور الحكم فيها.

وقريب من ذلك يرى جانب آخر من الفقه(٣٤٧) إن البطلان لتخلف أهلية التقاضي يكون أثناء الخصومة متعلقا بالنظام العام ويصبح بعد صدور الحكم مقررا للمصلحة الخاصة حيث تنشأ أثناء الخصومة مصلحة عامة وقائية في تفادى السير في إجراءات معيبة بعيب تخلف الأهلية تنتهي بحكم مهدد بالإلغاء بسبب هذا العيب وهذه المصلحة العامة هي التي تجعل عيب تخلف الأهلية متعلقا

---

(٣٤٦)فتحي والي المرجع السابق بند٣٠٩ ص٥٤٢ والتي تليها - أبو الوفا الدفوع بند٤٧٢ ص٨٥٨ والتي تليها .

(٣٤٧)وجدي راغب المرجع السابق ص١٦٨ والتي تليها

بالنظام العام أثناء سير الخصومة ، وترجع العلة في البطلان العام بالنسبة لهذه الحالات إلى استحالة تصحيح الإجراءات عن طريق التنازل عن البطلان أثناء سير الخصومة ، إذ أن نقص أهلية الخصم تحول دون تصحيح الإجراءات بالتنازل عن البطلان ، لأنه حتى لو تنازل ناقص الأهلية عن البطلان(٣٤٨) فان هذا التنازل ذاته باطل ولا ينتج أي اثر مما يعني بقاء الإجراءات معيبة.

وهكذا اتضح لنا اتفاق الفقه على أن للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بالبطلان نتيجة لنقص أهلية أحد الخصوم. والقاضي يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه في هذه الحالة بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الإجراء. فالبطلان الذي نحن بصدده بطلان لعيب موضوعي ولا تنطبق عليه نص المادة ٢٠ مرافعات ، أي أن القاضي يلتزم بالقضاء بالبطلان ولو أثبت المدعى تحقق الغاية من الإجراء(٣٤٩).

١٣٨.انعدام الخصومة المرفوعة بداية من أو ضد ناقص الأهلية

أما إذا رفعت الدعوى من البداية من أو ضد شخص ليس أهلا أو لم يمثل تمثيلا صحيحا فإن الإجراءات تكون منعدمة في هذه

---

(٣٤٨)اما إذا حضر الممثل القانوني لناقص الأهلية فإن ذلك يعتبر تصحيحا للإجراءات ولكن ليس لها أثر رجعي ولا تصبح الإجراءات السابقة صحيحة إلا بإقرار الخصم أو ممثله سواء كان هذا الإقرار صريحا أو ضمنيا. انظر ما يلي بند١٨٣ وما بعده

(٣٤٩)غير أن هذا البطلان يجوز تصحيحه بالتكملة طبقا للمادة ٢٣ وهذا التصحيح يكون اما بتوجيه الإجراءات إلى الممثل القانوني لناقص الاهلية او ببلوغ القاصر سن الرشد وتوجيه الإجراءات إليه.راجع ما يلي بند١٨٣ وما بعده

الحالة ، والحكم الذي يصدر بناء عليها يكون حكما منعدما(٣٥٠) ولا يحوز أية حجية في مواجهة ناقص الأهلية أو الخصم الحقيقي ، وذلك لأن أي منهما لا يعتبر خصما في الدعوى(٣٥١) أو ممثلا فيها(٣٥٢) ، كما لا يتحصن الحكم بفوات ميعاد الطعن فيه ، كما يجوز التمسك بانعدامه في أي حالة كانت عليها الإجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(٣٥٣) ، بل يجوز التمسك به بدعوى بطلان أصلية(٣٥٤) أو بالدفع ببطلان الحكم أو بالإشكال في تنفيذه.

---

(٣٥٠)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند١٣٨

(٣٥١)بل يعتبر من الغير بالنسبة لها: راجع نبيل عمر الطعن بالتماس اعادة النظر في المواد المدنية والتجارية ط١٩٨٨ بند١٨٧ وما بعده.

(٣٥٢)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض ان الاصل في صحة انعقاد الخصومة ان يكون طرفاها اهلا للتقاضي والا قام مقامهم من يمثلهم قانونا ، واذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه ان الطاعنة علمت علما يقينيا بقصر بعض خصومها وصفة من يمثلهم قانونا ولم تتخذ أي اجراء لتصحيح وضع الدعوى بتوجيهها الى هؤلاء القصر في شخص الوصي عليهم فإنهم يكونون غير ممثلين في هذه الخصومة نقض ١٩٦٣/٦/١٩ س١٤ ص٨٢٣ مجموعة القواعد الخمسين عاما ج٣ ص٣١٤٥ رقم١٥٩

(٣٥٣)ولكن لا يجوز التمسك بانعدام الحكم بسبب نقص الاهلية لأول مرة امام محكمة النقض لأنه يثير مسائل واقعية لم تطرح على محكمة الموضوع. راجع ما سبق بند١٠١.

(٣٥٤)وترفع دعوى البطلان الاصلية امام ذات المحكمة التي اصدرت الحكم المنعدم: احمد ابو الوفا المرافعات ص٤٢٧ ، ص٧٦٥ ، فتحي والي المرجع السابق بند٤٢٨ ، نبيل عمر اصول المرافعات بند١٠٦١ ، عكس ذلك احمد ماهر زغلول الحجية الموقوفة ط١٩٩٠ بند٨٦ حيث يرى ان المحكمة المختصة هي محكمة اول درجة بصرف النظر عن المحكمة التي اصدرت الحكم المنعدم.

ونعتقد أن ما نقول به لا يتعارض مع ما نص عليه المشرع في المادة ٢٤١/نمرة٧ من قانون المرافعات من جواز الطعن بالتماس إعادة النظر إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى(٣٥٥) ، فرغم أن القانون أجاز لهؤلاء الطعن بالتماس إعادة النظر ضد هذا الحكم ، فإن ذلك لا يعني أن المشرع يعترف بحجية هذا الحكم(٣٥٦) في مواجهة من لم يمثل في الدعوى تمثيلا صحيحا ، بل يبقى القول بحيازة الحكم لحجية الأمر المقضي أو عدم حيازته له خاضا للقواعد العامة ، ثم أن انعدام الحكم لا يمنع من الطعن فيه بكافة طرق الطعن(٣٥٧) فضلا عن إمكانية التمسك ببطلانه بدعوى أصلية، ولذلك فطريق الالتماس يعتبر في نظرنا طريق اختياري للشخص ، فيجوز له أن يطعن في الحكم بالالتماس كما يجوز له أن يرفع دعوى أصلية بالبطلان(٣٥٨) ؛

---

(٣٥٥)راجع في انتقاد موقف المشرع في هذا الصدد نبيل عمر الطعن بالتماس اعادة النظر بند١٨٧ وما بعده

(٣٥٦)حيث لا يوجد تلازم بين الطعن في الحكم وحيازته لحجية الامر المقضي حيث يجوز الطعن في الحكم متى توافر مفترضه ولو لم يكن يحوز حجية الامر المقضي: انظر: احمد ماهر زغلول اعمال القاضي بند٢٠٤ ص٤٠٨ هامش٢١٣.

(٣٥٧)فتحي والي المرجع السابق بند٤٢٧ ، وجدي راغب النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ط١٩٧٤ ص٤٠٧ ، احمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٢٠٤ وقد ذهبت محكمة النقض في بعض احكامها الى عكس ذلك حيث قضت بأنه لا يجوز الطعن في الحكم المنعدم ولو كانت مواعيد الطعن لم تنقض بعد. نقض ١٩٦٥/٣/٢٥ س١٦ ص٤١٣ ، نقض ١٩٧٥/١٢/٣ س٢٦ ص١٥٣٧

(٣٥٨)حول حق الشخص في التمسك بانعدام الحكم بالطعن فيه او رفع دعوى اصلية ببطلانه انظر: احمد ماهر زغلول الحجية الموقوفة بند٨٧ وما بعده.

ولذلك ففوات ميعاد الالتماس أو رفعه وانقضاء الخصومة فيه دون حكم في الموضوع لا يؤدي إلى تحصن الحكم ضد إمكانة رفع دعوى أصلية ببطلانه(٣٥٩)(٣٦٠).

وهذا هو بالفعل ما قضت به محكمة النقض في حكم هام حيث قضت بأنه لما كان البين من المفردات المنضمة أن الطاعنين كانا قاصرين وقت رفع الدعوى ٤٥٠٥ سنة ١٩٧٨ مدني الزقازيق الابتدائية -وهو ما لا يماري فيه المطعون ضده الأول -ورغم ذلك اختصمهما الأخير كبالغين ولم يختصم الممثل القانوني لهما . فإن **الحكم الصادر في تلك الدعوى يكون منعدما ، ولا يؤثر في هذا النظر ما قضى به في الاستئناف ٤٦٨ سنة ٢٢ق أو في التماس إعادة النظر ٢٠٠ سنة ٢٥ق من عدم قبولهما شكلا لرفع الأول من غير ذي صفة لعدم تقديم الوصية ما يدل على وصايتها على الطاعنين ولرفع الثاني بعد اكثر من أربعين يوما من صدور الحكم الأول ، إذ تنحصر حجية الحكمين الأخيرين وفقا للأساس القانوني المشار إليه آنفا على ما قضى به في الشكل ولا يحول دون الخصم الأصيل ومباشرة دعوى جديدة بطلب بطلان الحكم الابتدائي لانعدامه** على ما سلف بيانه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون

---

(٣٥٩)مثله في ذلك مثل أي حكم منعدم نتيجة لتخلف احد اركانه كما لو كان صادرا من قاض عزل قبل اصداره للحكم حيث يجوز للمحكوم عليه ان يطعن فيه باحد طرق الطعن المقررة ، كما يجوز له ان يرفع دعوى اصلية بالبطلان ، ولا يؤدي فوات مواعيد الطعن او رفعه للطعن وانقضاء الخصومة فيه دون حكم في الموضوع الى تحصنه ضد امكانة رفع دعوى اصلية ببطلانه.

(٣٦٠)وكذلك فان فوات ميعاد الاستئناف او النقض او رفع أي منهما وانقضاء الخصومة فيه دون حكم في موضوعه لا يؤدي الى تحصن الحكم المنعدم ضد امكانة رفع دعوى اصلية ببطلانه

والخطأ في تطبيقه وهو ما حجبه عن بحث دعوى رد وبطلان عقد البيع المنسوب لمورث الطاعنين بما يعيبه كذلك بالقصور في التسبيب(٣٦١).

كما قضت بأنه إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الاستئناف أن المطعون ضدهم اختصموا الطاعن الأول عن نفسه وبصفته وليا طبيعيا على بناته الطاعنات باعتبار أنهن قصر رغم بلوغهن سن الرشد قبل رفع الدعوى الحاصل في ١٩٨٥/١/٢٩ ، كما اختصموا الطاعن وليد في شخصه رغم انه قاصر دون توجيه الخصومة في شخص الطاعن الأول والده بصفته وليا طبيعيا عليه وقدموا شهادات قيد المواليد الدالة على صحة هذا الدفاع فإن مؤدى ما تقدم اعتبارهم **غير ممثلين في الخصومة تمثيلا صحيحا وتكون هذه الخصومة بالنسبة لهم غير ذي أثر ، وبالتالي تكون منعدمة** حتى ولو لم ينبه الخصوم المحكمة إلى صفة وضع هؤلاء الطاعنين(٣٦٢).

١٣٩.محكمة النقض ترفض اعتبار الدعوى المرفوعة على غير الممثل القانوني للشخص المعنوي دعوى منعدمة

ويبدو أن محكمة النقض تحاول إقامة تفرقة بين الدعوى المرفوعة على ناقص الأهلية والتي تعتبر منعدمة على ما سبق بيانه ، والدعوى المرفوعة على شخص لا يمثل الشخص المعنوي تمثيلا صحيحا حيث لا ترتب على ذلك انعدام الخصومة ولكن فقط بطلان الإجراءات بطلانا غير متعلق بالنظام العام ويقبل التصحيح.

---

(٣٦١)نقض ١٩٩٦/٢/٢٧ الطعن رقم ٢٥٠٩ س٦٠ ق راجع مجلة القضاة السنة ٢٨ سنة ١٩٩٦ ص ٤٨٥ رقم ٦٦

(٣٦٢)نقض ١٩٩٥/٢/٩ الطعن رقم ٢١٨٦ س٥٩ق راجع مجلة القضاة السنة ٢٨ سنة ١٩٩٦ ص ٤٨٤ رقم٦٤

فقد قضت محكمة النقض بعدم قبول الدعوى الأصلية بطلب بطلان الحكم الابتدائي تأسيسا على أن هذا الحكم قد صدر في دعوى رفعت على الحارس العام للشركة الذي فقد صفته في تمثيلها بعد تصفيتها(٣٦٣).

١٤٠.التمسك بالبطلان لنقص الأهلية أو عدم صحة التمثيل أمام محكمة الطعن

إذا طعن في الحكم ناقص الأهلية نفسه عادت المصلحة العامة الوقائية للظهور مرة أخرى وهى تجنب السير في إجراءات مهددة بالبطلان والزوال ولذا تحكم المحكمة ببطلان الطعن في هذه الحالة من تلقاء نفسها ويجوز للطرف الآخر التمسك به فإذا تنبهت محكمة الاستئناف وحكمت بالبطلان اختفت المصلحة العامة الوقائية ولم يعد أمامنا سوى المصلحة الخاصة للقاصر فلا يجوز الطعن فيه بالنقض إلا منه أو ممثله القانوني.

أما إذا صدر الحكم لصالح ناقص الأهلية وطعن فيه المحكوم عليه كامل الأهلية بالاستئناف ، فإذا وجه الاستئناف إلى ناقص الأهلية نفسه أو إلى شخص لا يعتبر ممثلا قانونيا له فان الاستئناف يكون باطلا(٣٦٤) في هذه الحالة وتحكم المحكمة بالبطلان من تلقاء

---

(٣٦٣)نقض ١٩٨٦/١٢/١ الطعن رقم ٧٠٠ س ٥٢ ق مشار اليه في احمد ابو الوفا التعليق ص٥٣٩.

(٣٦٤)وإذا حضر الممثل القانوني للقاصر-او حضرالقاصر بعد بلوغه سن الرشد- أثناء سيرخصومة الاستئناف ترتب علىذلك تصحيح خصومة الاستئناف ولكن ذلك لا يحول دون التمسك ببطلان الإجراءات السابقة على حضوره ، كما ان من حقه التمسك ببطلان او انعدام حكم اول درجة

نفسها(٣٦٥).

أما إذا رفع الاستئناف على الممثل القانوني لناقص الأهلية أو على القاصر بعد بلوغه سن الرشد فإن الاستئناف يكون صحيحا في هذه الحالة ، ولكن ذلك لا يمنع الممثل القانوني للقاصر أو القاصر نفسه الذي بلغ سن الرشد من التمسك أمام محكمة الاستئناف ببطلان أو انعدام حكم أول درجة(٣٦٦) لصدوره في مواجهة ناقص الأهلية.

---

(٣٦٥)وقد قضت محكمة النقض ببطلان الطعن بالنقض الذي تم توجيهه للقاصر في شخص الوصي رغم بلوغ القاصر سن الرشد. نقض ١٩٧٠/٥/١٩ س٢١ ص٨٥٣.

(٣٦٦)اما اذا تنازل الممثل القانوني للقاصر صراحة او ضمنا عن حقه في التمسك ببطلان حكم اول درجة او ببطلان الاجراءات السابقة على حضوره فإن حكم اول درجة يصبح صحيحا كما تصبح اجراءات الاستئناف السابقة على تدخله او حضوره صحيحة وذلك باثر رجعي.

الفرع الثاني
اعتبار الخصومة كأن لم تكن

١٤١.تقسيم

يعتبر جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن(٣٦٧) من أهم الجزاءات الإجرائية وأخطرها على الإطلاق لخطورة ما يترتب عليه من آثار حيث يؤدي إلى زوال الخصومة بكافة ما اتخذ فيها من إجراءات وإلى زوال كافة آثارها الموضوعية والإجرائية.

وهذا الجزاء لا يوقع إلا نتيجة لإهمال المدعى حيث أنه هو

---

(٣٦٧)يقابل هذا الجزاء في القانون الفرنسي بما يسمى بانعدام اثر صحيفة الدعوى ، ويثار التساؤل أيضا في هذا القانون عن مدى سلطه القاضى فى الحكم من تلقاء نفسه بانقضاء الخصومه كجزاء وذلك خلافا لرغبه الاطراف ، فقد نص القانون فى بعض الحالات علي ان الخصومه تنقضي نتيجه الحكم بانعدام الاثر الذى يقضي به القاضي من تلقاء نفسه(انظر SOLUS ET PERROT, droit judiciaire prive op.cit, n.1228 كما في الحاله التي يغيب فيها المدعى بدون عزر قانوني حيث يكون من حق القاضي ان يقرر انعدام اثر صحيفة الدعوى(انظر المرجع السابق N018) ، وكذلك في حاله عدم قيام الخصوم بايداع صحيفة افتتاح الدعوى قلم كتاب المحكمة خلال الميعاد المحدد يجوز للمحكمة (سواء كانت محكمة ابتدائية او محكمة استئناف) ان تقضي من تلقاء نفسها بانعدام اثر صحيفة الدعوى (انظر المادة ٢/٧٥٧ فيما يتعلق بالمحكمة الابتدائية ، والمادة ٩٠٥ فيما يتعلق بمحكمة الاستئناف) وانظر المرجع السابق n.321، ولكن فى غير تلك الحالات المنصوص عليها فانه يمكن القول بان عدم همة الاطراف لايمكن ان يؤدى الى انقضاء الخصومه ضد رغبتهم فلا يجوز الحكم باكثر من شطب الدعوى بمعني الوقف الادارى واذا استمر ذلك لمدة سنتين فان القاضى لايمكن ان يقضى بسقوط الخصومه بدون طلب.

الذي بدأ الخصومة وهو المكلف بتسييرها واتخاذ كافة الإجراءات وتنفيذ كافة الأوامر التي تكلفه بها المحكمة وذلك حتى تصل الخصومة إلى نهايتها الطبيعية بإصدار حكم في موضوعها ، فإذا أهمل المدعى في القيام بأي من هذه الأمور فإنه قد يتعرض للحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

وتختلف صور الإهمال التي يقع فيها المدعى والتي تستوجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن وهذه الصور أوردها المشرع على سبيل الحصر فهي واردة على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها وهي: ١-إهمال المدعى في تكليف الخصم بالحضور.٢-إهمال في تعجيل الخصومة المشطوبة.٣-عدم امتثاله لأمر المحكمة. فاذا توافر احدى هذه الصور الثلاث تحقق موجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن.

وهكذا فإن هذا الجزاء يختلف في أسبابه ، فكل صورة من هذه الصور الثلاثة يعتبر سببا مستقلا للحكم بالجزاء . كما أن هذا الجزاء تختلف أحكامه من صورة إلى أخرى ، فقد يقع هذا الجزاء بقوة القانون كما هو الحال في حالة إهمال المدعى في تعجيل الخصومة المشطوبة ، وقد لا يقع إلا بحكم من المحكمة كما هو الحال في الصورتين الأخريين.

وقد يكون توقيع الجزاء وجوبيا بحيث يتعين على المحكمة أن تقض به إذا طلبه المدعى عليه كما هو الحال في حالة إهمال المدعى في تعجيل الخصومة المشطوبة أو عدم امتثاله لأمر المحكمة ، وقد يكون جوازي بحيث يكون للمحكمة سلطة تقديرية في القضاء به من عدمه رغم طلبه من المدعى عليه ورغم توافر مقتضياته ، كما هو الحال بالنسبة لإهمال المدعى عليه في تكليف الخصم بالحضور طبقا للمادة ٧٠ مرافعات.

وإذا كان الاتفاق منعقد في الفقه على أنه لا يجوز للمحكمة توقيع جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن طبقا للمادة ٧٠ مرافعات إلا بناء على طلب المدعى عليه وذلك نظرا لصراحة النص الذي يقرر أنه يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن. فإن الفقه قد اختلف حول مدى سلطة الحكم في توقيع الجزاء بصدد الصورتين الأخريين ، وهذا الخلاف نتيجة طبيعية لاختلاف الفقه حول طبيعة الجزاء في هاتين الحالتين وما إذا كان متعلقا بالنظام العام أم غير متعلق به.

وإذا تركنا جانبا الجزاء المقرر في المادة ٧٠ حيث لا يثار بصدده مشاكل حول سلطة المحكمة في القضاء به من تلقاء نفسها لأن المشرع حسم الأمر وأشترط أن يقدم طلب من المدعى عليه يتمسك فيه بالجزاء حتى تستطيع المحكمة أن تقضي به. فإننا نتناول كل صورة من الصورتين الأخريين لمعرفة مدى ما تتمتع به المحكمة من سلطة في الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن في كل منها.

أولا
اعتبار الخصومة كأن لم تكن لإهمال المدعي في تعجيلها من الشطب

١٤٢.تقسيم

إذا شطبت الدعوى فيجب على المدعي تعجيلها خلال ستين يوما(٣٦٨) من تاريخ صدور قرار الشطب ، ويكون التعجيل بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وتعلن للمدعى عليه ، ويجب أن يقوم المدعي بالإجراءين معا(الإيداع والاعلان)خلال الستين يوما(٣٦٩) ،

---

(٣٦٨)وهذا الميعاد ميعاد ناقص ولذلك فهو يمتد بسبب المسافة والعطلات الرسمية.

(٣٦٩)فإذا تم إيداع صحيفة التعجيل خلال الستين يوما ولم تعلن إلى المدعى عليه إلا بعد فوات الستين يوما فيكون المدعي قد اخل بميعاد التعجيل ويستطيع المدعى عليه التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم

فإذا قام المدعي(٣٧٠) بتعجيل الخصومة المشطوبة خلال هذا الميعاد فيجب عليه بالإضافة إلى ذلك ان يحضر جلسة التعجيل وهنا فان الخصومة تعاود سيرها الطبيعي مرة أخرى وتلتزم المحكمة بإصدار حكم في موضوعها.

أما إذا لم يقم المدعي بتعجيل الخصومة خلال الستين يوما ، أو عجلها خلال هذا الميعاد ولكنه لم يحضر جلسة التعجيل فان الخصومة تتعرض لجزاء خطير وهو اعتبارها كأن لم تكن ؛ ويجب أن نفرق في هذا الصدد بين هذين الفرضين لاختلاف القواعد التي تحكم كل منهما وذلك على التفصيل التالي:-

١٤٣.الفرض الأول: انقضاء ستون يوما دون تعجيل الخصومة

إذا شطبت الدعوى وظلت مشطوبة ستين يوما ولم يعجلها أحد الخصوم اعتبرت الدعوى كأن لم تكن. ولقد اختلف الفقه حول طبيعة الجزاء في هذه الحالة فهل هو جزاء متعلق بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة؟ حيث يتنازع الفقه في هذا الصدد اتجاهان:-الاتجاه الأول(٣٧١) يذهب إلى اعتبار الجزاء في هذه الحالة متعلقا بالنظام

تعجيلها خلال الستين يوما.

(٣٧٠)ويجوز ايضا للمدعى عليه تعجيل الدعوى ، اذ انه يتمتع بمكنات الخصم ومن حق أي طرف في الخصومة ان يتخذ الاجراءات التي تؤدي الى سيرها نحو الفصل فيها ، فحق تعجيل الخصومة اذن ليس قاصرا على المدعي.

(٣٧١)محمود هاشم إعتبار الخصومة كأن لم تكن بند٢٩ ص٥٣ والتي تليها . وكذلك محاضرته الحضور أمام القضاء بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات – مركز السنهوري للدراسات والبحوث القانونية والشرعية جامعة القاهر ١٩٩٣ ص١٠ وما بعدها ومن هذا الرأى أحمد مليجي المرجع السابق ص١٤٠ وما بعدها ، عبد المنعم إسحاق خليل محمد اعتبار الدعوى كأن لم تكن في تعديلات قانون المرافعات مجلة هيئة

العام ، فيجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها فإذا لم تتنبه المحكمة للحكم بالجزاء فيجوز أيضا للمدعي وكذا المدعى عليه إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض.

ولقد ساق هذا الرأي الحجج التالية لتأييد رأيه:-

١-أن القاعدة المنصوص عليها في المادة ٨٢ تعتبر قاعدة آمرة سواء وفقا للمعيار الشكلي أو المعيار الموضوعي . فوفقا للمعيار الشكلي جاء النص قاطع الدلالة باعتبار الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون ومن المقرر أنه إذا دلت القاعدة بعباراتها وألفاظها على الوجوب فإنها تعتبر قاعدة آمرة . وهى آمرة وفقا للمعيار الموضوعي لأنها تستهدف حماية المصلحة العامة والتي تتمثل في سرعة الفصل في الخصومات وعدم تركها راكدة أمام القضاء مدة طويلة الأمر الذي يؤدي إلى تراكمها أمامه مما يعصف بمبدأ استقرار المعاملات.

٢-المغايرة التشريعية في النصوص بين نص المادة ٨٢، والمادة ٧٠ مرافعات ، وهذه المغايرة مقصودة فالجزاء في نص المادة ٨٢ يقع بقوة القانون لتعلقه بالنظام العام فيما الجزاء في النص ٧٠ لا يقع إلا بحكم من القضاء بناءا على التمسك بالجزاء من قبل المدعى عليه.

٣- انعدام مصلحة المدعى عليه في التمسك بالفصل في الخصومة فالمدعى عليه في الخصومة المشطوبة لم يكن قد أبدى طلبات أو دفوعا أو دفاعا بمذكرة قبل الجلسة الأولى أو في أي جلسة سابقة وهو والأمر كذلك لا تكون له أدنى مصلحة في الفصل في الدعوى. بل على العكس فإن مصلحة المدعى عليه تكون دائما في اعتبار الخصومة كأن لم تكن ، كما أن تمسك المدعى عليه بالفصل في الخصومة والحالة هذه يعتبر منه تعسفا في استعمال حقه.

قضايا الدولة ج١ سنة ٣٦ ١٩٩٢ عدد٤ ص٢٩.

٤-تعقيد الأمور وإطالة أمد النزاع بلا مبرر. وذلك في حالة ما إذا عجل المدعى الخصومة بعد انقضاء المدة المحددة ولم يحضر المدعى عليه في الجلسة ولم يكن قد تقدم بمذكرة بدفاعه قبل جلسة التعجيل فإن المحكمة ملزمة بالمضي -وفقا للرأي الراجح- في نظر الدعوى والفصل فيها رغم أن الخصومة تكون مهددة بالانقضاء إذا حضر المدعى عليه في جلسة أخرى أو في الجلسة الأخيرة وطلب الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن ويكون على المحكمة وجوبا أن تجيبه إلى ذلك ، بل يكون للمدعى عليه أن ينتظر حتى صدور الحكم في الدعوى بعد تعجيلها ثم يطعن فيها بالاستئناف مطالبا باعتبار الخصومة التي صدر فيها كأن لم تكن ويتعين على محكمة الاستئناف إجابته إلى طلبه.

لا شك لدينا في وجاهة الحجج التي يستند إليها صاحب هذا الرأي ، ورغم وجاهة هذه الحجج الا انه يمكن القول الرد عليها ، فكون النص آمر لا يعني بالضرورة أنه متعلق بالنظام العام ، فهناك الكثير من النصوص الآمرة لا تتعلق بالنظام العام ، كما أنه إذا كان الغالب أن ليست للمدعى عليه مصلحة في استمرار الخصومة لأنه لم يبدى طلبات أو دفوع ، إلا أن المدعى عليه قد يرى أن من مصلحته رغم ذلك الاستمرار في الخصومة لكي يصدر حكم يحسم النزاع في موضوع الدعوى ولا يجوز في باب توقيع جزاء معين على المدعي أن نعاقب أيضا المدعى عليه خاصة أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن لن يمنع المدعي من تجديد دعواه ضد المدعى عليه ، أما تعقد الأمور عند غياب المدعى عليه فإنها أيضا تتعقد باعتبار الجزاء متعلق بالنظام العام وترتيب كافة النتائج عليه حيث يجوز إبداء الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ؛ وإذا لم تتنبه المحكمة للحكم بالجزاء فيجوز أيضا للمدعي والمدعى عليه إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض ، وهذا من شأنه أن يجعل الأمر أكثر تعقيدا ويؤدي إلى ضياع وقت وجهد المحكمة ، وأخيرا فإن اعتبار الجزاء

متعلقا بالنظام العام يعني السماح للمدعى بالتمسك به وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا أراد ترك الخصومة ولم يوافق المدعى عليه على الترك فيمكنه طبقا لهذا الرأي أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن بدلا من ترك الخصومة ، وهو ما يعني مكافأة المدعى من حيث أراد المشرع مجازاته.

الاتجاه الثاني: يرى أن الدعوى تعتبر في هذه الحالة كأن لم تكن بقوة القانون(٣٧٢) إلا أن هذا الجزاء رغم وقوعه بقوة القانون فهو ليس متعلقا بالنظام العام(٣٧٣) ، ولذلك فلا يجوز للمحكمة أن

---

(٣٧٢)ولا شك أن تعبير بقوة القانون لا يعني بالضرورة تعلق الجزاء بالنظام العام بل كل ما يعنيه هو اكتساب الحق في الجزاء بمجرد تحقق شروطه بغير حاجة إلى التمسك به بطلب أو دفع. كما أن اعتبار جزاء معين من النظام العام لا يعني بالضرورة أنه يقع بقوة القانون ، فالعمل الباطل ولو كان من النظام العام يستمر في ترتيب آثاره الى ان يقضى ببطلانه ، فلا يقع البطلان في هذه الحالة بقوة القانون رغم تعلقه بالنظام العام. وعليه فإنه لا تلازم بين وقوع الجزاء بقوة القانون وتعلق هذا الجزاء في النظام العام فقد يقع الجزاء بقوة القانون ولا يكون مع ذلك متعلقا بالنظام العام كما أن الجزاء قد يكون متعلقا بالنظام العام ومع ذلك فهو لا يقع بقوة القانون.

(٣٧٣)أنظر في ذلك الإتجاة : محمد العشماوي المرجع السابق ج٢ بند٦٧٧ ص١٢٩ ، رمزي سيف الوسيط ٥٤٣ رقم ٤٢٥ ، أبو الوفا المرافعات ص٥٧٧ وما بعدها ، فتحي والي الوسيط ص٥٧٦ ، وجدي راغب مبادئ القضاء ص٥٢٨ وما بعدها ، ابراهيم سعد ج٢بند٣٢٧ ص٦٤ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٧٢ ، امينة النمر المرجع السابق ص٥٠١ ، ابراهيم النفياوي مبادئ المرافعات المدنية والتجارية ط١٩٩٥ ص٤١٥ ، ص٥١١ ، عاشور مبروك المرجع السابق ص٣٨، الدناصوري وعكاز المرجع السابق ص٤٩١ ، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق

تقضي به من تلقاء نفسها ، ولذلك فإذا عجل المدعى الدعوى بعد فوات الستين يوما ، وجب لتوقيع هذا الجزاء أن يتمسك المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن(٣٧٤) وهو دفع إجرائي يخضع للقاعدة الواردة في المادة ١٠٨ بحيث يلتزم المدعى عليه بإبدائه قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه ، كما يجوز للمدعى عليه النزول عنه صراحة أو ضمنا.

ومع تأييدنا لهذا الاتجاه فإننا نبدي الملاحظة التالية : انه في حالة غياب المدعى عليه فنعتقد أن الجزاء في هذه الحالة يصبح متعلقا بالنظام العام الوقائي الذي يستهدف منع السير في خصومة مهددة بالزوال ، حيث نكون إزاء حالة يستحيل فيها تصحيح الإجراءات بالتنازل عنها لغياب صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء لذلك يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن من تلقاء نفسها.

١٤٤.الفرض الثاني :- اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم حضور الطرفان بعد السير فيها.

وهذا الفرض استحدثه المشرع المصري بقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وهدف المشرع من ذلك هو سد الطريق على بعض المتقاضين الذين يرغبون في إطالة أمد النزاع بالتغيب عن الحضور ليتكرر شطب الدعوى ثم يطلب السير فيها في الأجل المحدد ، ثم يعود للتغيب

ص٦٠٦ ، نقض ١٩٨٩/١/٢٥ طعن ٤٩٧ س٥١ق ، نقض ١٩٨٤/٣/٢٨ طعن ٤٣٤ س٤٩ق.

(٣٧٤)ويجوز للمدعى عليه التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن على صورة دفع ، كما يجوز له التمسك به على صورة طلب بان يقوم هو نفسه بتعجيل الخصومة بعد فوات ميعاد الستين يوما ويتمسك في صحيفة التعجيل باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

فيتكرر الشطب عدة مرات ، ولذلك فقد حاول المشرع أن يصادر على هذا المتقاضي رغبته ويحظر على المحكمة شطب الدعوى مرة ثانية عند عدم حضور الطرفين بعد التعجيل.

١٤٥.شروط اعتبار الدعوى كأن لم تكن وفقا للفرض الثاني

ويشترط لاعتبار الدعوى كأن لم تكن وفقا لهذا الفرض الذي استحدثه المشرع الشروط الآتية :-

١.١٤٦- أن يتم تعجيل الدعوى من الشطب خلال الستين يوما

فيشترط لكي نكون بصدد الفرض الثاني أن يكون تعجيل الدعوى قد تم خلال الستين يوما(٣٧٥) ولو كانت الجلسة المحددة لها خارج هذا الميعاد ، أما إذا كانت الدعوى قد عجلت بعد فوات الستين يوما فنكون بصدد الفرض الأول.

٢.١٤٧- أن يتخلف الطرفان عن الحضور

فيشترط أن يتخلف الطرفان عن الحضور أو أن يتخلف المدعى وينسحب المدعى عليه بعد حضوره(٣٧٦) ، أما إذا حضر المدعى أو المدعى عليه فلا تحكم المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، كما لا يملك المدعى عليه أن يطلب الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن(٣٧٧) ، لأن المشرع يتطلب لاعتبار الدعوى كأن لم تكن أن

---

(٣٧٥)ويستوي أن يكون المدعى هو الذي قام بتعجيل الخصومة أو قام بذلك المدعى عليه لأن المشرع لم يشترط أن يكون طلب السير في الخصومة مقدم من المدعى.

(٣٧٦)ويرى البعض محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٥٦٢ أن ذلك يتحقق أيضا إذا حضر المدعى عليه وطلب اعتبار الدعوى كأن لم تكن لأن هذا الطلب يلتقي مع الانسحاب في الهدف منه بل هو اشد وضوحا.

(٣٧٧) وذلك لأن التعجيل من الشطب تم في الميعاد فلا يتوافر شروط اعتبارها كأن لم تكن.

يتغيب الطرفان معا.

٣.١٤٨- يجب أن يكون التخلف عن الحضور في جلسة التعجيل

ولقد اختلف الفقه حول هذا الشرط فهل يكفي أن يتخلف الطرفان عن الحضور في أي جلسة تالية ولو لم تكن هي الجلسة المحددة بصحيفة التعجيل ، أم يلزم أن يكون التخلف عن الحضور في الجلسة المحددة بصحيفة التعجيل؟

فيرى جانب من الفقه(٣٧٨) انه يكفي أن يتخلف الطرفان عن الحضور في أية جلسة تالية ولو لم تكن هي الجلسة المحددة بصحيفة التعجيل ، فالقاعدة - لدى هذا الرأي - هي انه لا يجوز شطب الدعوى الا مرة واحدة ، ولذلك فإذا حضر الطرفان جلسة التعجيل وأجلت المحكمة الدعوى لأي سبب وتخلف الطرفان عن الحضور في الجلسة الجديدة والدعوى مازالت غير صالحة للحكم فيها فلا يجوز للمحكمة أيضا أن تحكم بشطب الدعوى وانما يتعين اعتبار الدعوى كأن لم تكن.

---

(٣٧٨)نبيل عمر اصول المرافعات ص٤٧٢ ، وجدي راغب واحمد ماهر زغلول دروس ص٢٦٨ ، ابراهيم النفياوي المرجع السابق ص٤١٣ ، ويبدو ان هذا هو رأي أ.د احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٧٢

ويبدو ان هذا الرأى متأثر بما جاء بالمذكرة الإيضاحية من أن الشطب لا يكون إلا مرة واحدة وبما ورد في تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية من أن الحكم الذي جاءت به المادة ١/٨٢ في التعديل الاخير سيؤدي إلى عدم جواز شطب الدعوى لأكثر من مرة واحدة تمشيا مع قصد المشرع الذي يرمي من هذا التعديل إلى سرعة إتخاذ الإجراءات في إطار ضمان القدر اللازم من الجدية في مباشرة حق التقاضي. من تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلة هيئة قضايا الدولة - ملحق العدد سنة ٣٦ص١٠٣.

ويرى جانب آخر من الفقه - بحق - انه يلزم أن يكون الطرفان قد تخلفا عن الحضور في الجلسة المحددة بصحيفة التعجيل حتى يمكن القول باعتبار الدعوى كأن لم تكن لتخلف الطرفان ، فالقاعدة إذن انه لا يجوز الشطب بعد الشطب مباشرة(٣٧٩) ، أي أنه في أول جلسة بعد الشطب لا يمكن أن تشطب الدعوى مرة أخرى بل تعتبر الدعوى كأن لم تكن في هذه الحالة ، أما إذا حضر الخصوم جلسة التعجيل ثم تغيبوا بعد ذلك فيجوز للمحكمة أن تحكم بالشطب مرة ثانية(٣٨٠) إذا رأت أنها ما زالت غير صالحة للحكم فيها ، ولا يجوز لها أن تقضي باعتبارها كأن لم تكن.

١٤٩.طبيعة الجزاء في هذا الفرض

اختلف الفقه والقضاء حول طبيعة الجزاء في هذا الفرض: فذهب البعض (٣٨١) إلى أن الجزاء في هذه الحالة لا يتعلق بالنظام

---

(٣٧٩)فتحي والي المرجع السابق بند٣١٣ ص٥٧٦ ، احمد هندي المرجع السابق ص٦٩ ، احمد خليل المرجع السابق ص٤٠٥ ، انور طلبة المرجع السابق ج٢ ص١٥.

(٣٨٠)بل إنه إذا تخلف الطرفان عن الحضور في جلسة التعجيل ورغم ذلك أخطأت المحكمة فشطبت الدعوى وجددها أحد الخصوم وحضروا في جلسة التعجيل من الشطب الثاني الخاطئ فلا يجوز للمحكمة أن تقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن استنادا إلى واقعة تخلف الطرفان عن الحضور عند التجديد من الشطب الأول حيث أنها استنفدت ولايتها بالنسبة لهذه الواقعة ، ثم أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن جزاء على تكرار التخلف وليس على تكرار الشطب.محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٥٦٣ ، أنور طلبة المرجع السابق ج٢ص١٥

(٣٨١)فتحي والي المرجع السابق بند٣١٣ ص٥٧٦ ، أحمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٧٢ ، نبيل عمر المرجع السابق ص٤٧٠ ، احمد هندي المرجع السابق ص١١٥ ، محمد كمال عبد العزيز ص٥٦٢.

العام ولا تحكم المحكمة به من تلقاء نفسها ، إلا أن أصحاب هذا الرأي قد يتساءلوا في ظل صياغة نص المادة ٨٢ الحالية عما ستفعله المحكمة في جلسة التعجيل والتي لم يحضر فيها الطرفان إذ ليس من حقها أن تقضي من تلقاء نفسها باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، كما أنها لا يمكنها أن تقضي بشطب الدعوى مرة ثانية لأن القانون يمنعها من ذلك ، ولا يمكنها أيضا أن تقرر السير في الدعوى لأن الدعوى لأنها ممنوعة من الاتصال بالدعوى والحكم في موضوعها فأي إجراء تتخذه فيها يعتبر إجراء باطلا ، فالمحكمة لن تصدر أي قرار في الدعوى.

وذهب البعض الآخر إلى أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن في هذا الفرض المستحدث يعتبر متعلقا بالنظام العام ويتعين على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، حيث أن المشرع حظر على المحكمة الاتصال بالدعوى إذا لم يحضر الخصوم بعد تعجيلها من الشطب(٣٨٢)، لذا فليس أمام المحكمة سوى إنزال هذا الجزاء من تلقاء نفسها متى تحقق موجبه وتوافرت شروطه القانونية دون أن يتعلق أمر تقريره على طلب يبدى من الخصوم(٣٨٣).

والرأي الأخير هو الجدير بالتأييد فالجزاء متعلق بالنظام العام الوقائي في هذه الحالة ، لأن المحكمة تجد نفسها غير مؤهلة للسير في الخصومة وإلا كانت باطلة ، كما أن صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء وهو المدعى عليه متغيب بل أنه لو حضر لامتنع عليه التمسك بالجزاء لتخلف أحد شروطه ، فكيف يمكن أن نتصور أن

---

(٣٨٢)انور طلبة المرجع السابق ج٢ ص١٤، أنظر من هذا الرأى عبد المنعم إسحاق خليل محمد إعتبار الدعوى كأن لم تكن في تعديلات قانون المرافعات بجلسة هيئة قضايا الدولة س٣٦ العدد الرابع ص٢٩.

(٣٨٣)انور طلبة الاشارة السابقة ، عبد المنعم اسحاق خليل الاشارة السابقة

يمنح المشرع المحكمة من الحكم بالجزاء إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة في الوقت الذي يمنع فيه صاحب المصلحة من التمسك به لأنك أن وضع كهذا لا يمكن أن يكون قد قصده المشرع ، ولا يمكن أن يكون الحل هو في امتناع المحكمة عن إصدار أي قرار حيث أنها تعتبر – في اعتقادنا – منكرة للعدالة لامتناعها عن إصدار أي حكم في الدعوى ولو باعتبارها كأن لم تكن ، ولا يجوز التحدي بأن الدعوى اعتبرت كأن لم تكن بقوة القانون فلا حاجة إلى صدور حكم من جانب المحكمة لتقرر ما هو كائن ، إذ لهذا الحكم فائدة كبيرة.

ثانيا
اعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم امتثال المدعى لأمر المحكمة

١٥٠.تعريف

تنص المادة ٩٩ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون ١٩٩٢ على أنه إذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير في دعواه خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها ، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة ، حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن(٣٨٤)(٣٨٥).

قدمنا أن المشرع منح القاضي الحق في الحكم بوقف الدعوى كعقوبة للمدعى الذي امتنع عن تنفيذ أمر المحكمة ، وذلك تمكينا للمحكمة من القيام بوظيفتها وحتى يذعن المدعى لهذا الأمر. أما إذا استمر عناد المدعى وإصراره على عدم تنفيذ أمر المحكمة فلم ير المشرع بد من عقابه بالقضاء نهائيا على الخصومة التي بدأها المدعي ولم يشأ أن يسير فيها بما توجبه حسن النية فامتنع عن تنفيذ أمر المحكمة وأصر على هذا الامتناع بما يعوق المحكمة عن القيام بوظيفتها على الوجه اللائق وبما يعوقها عن القضاء في الموضوع وفقا لما توجبه العدالة.

---

(٣٨٤)وكان نص هذه الفقرة قبل التعديل كالآتي:-((فاذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي ما أُمرت به المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن)).

(٣٨٥)جاء بالمذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٢٣ لسنة١٩٩٢ اوجب المشروع على المحكمة الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن في حالة عدم تنفيذ المدعى ما أُمرت به المحكمة بعد ان كان هذا الامر جوازيا للمحكمة في القانون الحالي.

١٥١.شروط اعتبار الدعوى كأن لم تكن طبقا للمادة٩٩ مرافعات

يشترط للحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن طبقا للمادة ٩٩ مرافعات المعدلة ما يلي:-

١.١٥٢- أن يكون قد سبق للمحكمة الحكم بوقف الدعوى جزاء للمدعي الذي لم ينفذ أمرها

أما إذا كانت المحكمة قد عاقبت المدعي بعقوبة الغرامة فلا يجوز لها إذا أصر المدعي على عدم تنفيذ أمرها أن تحكم باعتبار دعواه كأن لم تكن لأن الحكم بالوقف يعتبر مقدمة ضرورية للحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن طبقا للمادة٩٩

٢.١٥٣- أن يصر المدعي على الامتناع عن تنفيذ أمر المحكمة

فإذا امتنع المدعي عن تنفيذ أمر المحكمة رغم الحكم عليه بالوقف فان ذلك يؤكد أن المدعي سيئ النية وانه يريد إطالة أمد القضية وتضييع وقت المحكمة وجهدها فيكون خير جزاء له هو القضاء على الخصومة باعتبارها كأُن لم تكن(٣٨٦).

---

(٣٨٦) واذا كان امر المحكمة هو اعلان المدعى عليه بصحيفة فيعتبر امر المحكمة قد نفذ اذا حضر المدعى عليه بالجلسة لأن الحضور طبقا للمادة ٦٨ مرافعات بعد تعديلها بقانون ١٩٩٢ حيث تنعقد الخصومة بالحضور ايضا ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه لئن كان يسوغ للمحكمة ان تقضي باعتبارالاستئناف كأن لم يكن عملا بنص المادة ٩٩ مرافعات جزاء لعدم تنفيذ ما أُمرت به المحكمة الا انه وقد حضر المستأنف عليهم بتلك الجلسة بوكيل عنهم فان الخصومة تكون قد انعقدت بالحضور وحده عملا بنص المادة ٣/٦٨ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ سنة ١٩٩٢ والمعمول به اعتبارا من ١٩٩٢/١٠/١ ، ومن ثم فان قضاء محكمة الاستئناف – مع ذلك – باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم تنفيذ أُمر المحكمة يعتبر خطأً من المحكمة حجبها عن نظر الاستئناف. نقض

٣.١٥٤- عدم تعجيل الدعوى خلال ثلاثين يوما التالية لانتهاء مدة الوقف الجزائي

ولقد أضافت الفقرة الثالثة من المادة٩٩ مرافعات فرض آخر تحكم فيه المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن حيث أوجبت على المدعي تعجيل دعواه من الوقف الجزائي خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء مدة الوقف وإلا تحقق أيضا موجب اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، فالمدعي يلتزم باحترام هذا الميعاد وتعجيل الدعوى خلاله وإلا تعرضت دعواه لهذا الجزاء ولو كان قد نفذ بالفعل أمر المحكمة ، فالجزاء في هذا الفرض هو نتيجة لعدم احترام المدعي لميعاد التعجيل وليس نتيجة لعدم تنفيذه لأمر المحكمة.

١٥٥.طبيعة الجزاء المقرر في المادة٩٩ مرافعات

ولقد كان الأمر في قانون المرافعات قبل تعديل المادة ٩٩ متروك للسلطة التقديرية للمحكمة بالحكم بهذا الجزاء أو عدم الحكم به حسب ما ترى من ظروف كل دعوى ومن طبيعة الأمر الذي أوجبه المدعى القيام بع ومدى تأثيره في سير الخصومة والفصل فيها بحيث إذا رأت أنه لا يمكن السير في الخصومة دون تنفيذ أمر المحكمة كما إذا أمرته بإيداع المستندات المؤيدة لادعاءاته أو أمرته باختصام أحد الأشخاص الذي ترى أن وجوده ضروري لحل النزاع فلم يمثل ففي هذه الحالة قد ترى المحكمة أنه ليس أمامها سوى الحكم باعتبارها كأن لم تكن . وقد ترى أن الأمر رغم عدم تنفيذه لن يعوق سير الخصومة وهنا يمكنها الاستمرار فيها والفصل في الموضوع(٣٨٧) ، إلا

١٩٩٥/٦/٢٢ الطعن رقم ٨٢٤٩ س٦٤ق مجلة القضاة س٢٨ ص٤٥٥

(٣٨٧)وهذه السلطة الممنوحة للمحكمة في الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن أو عدم الحكم تتمتع بها بصرف النظر عن موقف المدعى عليه فقد كان مكانها القضاء بهذا الجزاء ولا يشترط أن يتمسك المدعى عليه به كما أنها لم تكن ملزمة بإجابته إلى طلبه فقدتقضي بالجزاء رغم معارضته ولا

أنه بموجب تعديل القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ قد جعل المشرع الحكم بهذا الجزاء وجوبا على المحكمة بحيث يتحتم على المحكمة الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة رغم انقضاء مدة الوقف الجزائي أو إذا لم يعجل الدعوى خلال ٣٠يوما من انتهاء مدة الوقف الجزائي.

وإزاء هذا التعديل يثار التساؤل عما إذا كانت المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها ودون طلب من المدعى عليه ، ورغم أن ظاهر النص يوحي بأن المحكمة تستطيع أن تقضي من تلقاء نفسها بهذا الجزاء ولم يطلب المدعى عليه ذلك ، إلا أن اغلب الفقه يرى أنه – رغم هذا النص –فلا يجوز للمحكمة أن تقضي باعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا بناء على طلب المدعى عليه أو دفع من جانبه ، وذلك لأن للمدعى عليه الحق في بقاء الخصومة وصدور حكم فيها برفض الدعوى ، وليس للمحكمة بسبب خطأ صدر من المدعى – أن تحرم المدعى عليه من هذا الحق(٣٨٨).

وبناء عليه فهذا الجزاء مقرر المصلحة الخاصة للمدعى عليه ويجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمنا ، صراحة بتعجيله للدعوى وطلبه الحكم في موضوعها ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن تحكم بهذا الجزاء ، ونفس الأمر إذا عجل المدعى الدعوى بعد فوات

تقضي به رغم طلبه منها وموافقته عليه: أنظر محمود هاشم المرجع السابق ص٤٨. عكس ذلك احمد أبو الوفا المرجع السابق بند٤٥١ ، نقض مدني ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠٣٦ .

(٣٨٨)فتحي والي المرجع السابق بند ٣١٦ ص٥٨٦ ، محمد كمال عبد العزيز ص٦٠٦ والذي يرى أن هذا الرأى يتفق مع المستقر عليه في شأن الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها أو عدم تعجيلها من الإنقطاع وهو مقرر لمصلحة المدعى عليه.

ميعاد الثلاثين يوما دون أن ينفذ أمر المحكمة وتكلم المدعى عليه في الموضوع دون أن يتمسك بالجزاء ، وهكذا أصبح أمر توقيع الجزاء بيد المدعى عليه وحده دون أي سلطة تقديرية للمحكمة سواء في توقيعه أو عدم توقيعه ، فإذا شاء المدعى عليه أن توقع المحكمة هذا الجزاء فما عليه إلا أن يتمسك به في الميعاد المناسب ويجب على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه وتحكم بالجزاء دون أن يكون لها سلطة تقديرية في رفضه طالما توافرت شروط توقيعه ، وإذا أراد المدعى عليه عدم توقيع الجزاء فما عليه الا التنازل عن التمسك به صراحة أو ضمنا وهنا لا يجوز للمحكمة أن تقضي به فإن فعلت تكون قد أخطأت في تطبيق القانون.

الفرع الثالث
اعتبار المدعي تاركا دعواه

١٥٦.شروط اعتبار المدعي تاركا دعواه

أجاز المشرع للخصوم الاتفاق على وقف الخصومة(٣٨٩) لمدة لا تزيد عن ستة أشهر(٣٩٠) ، ولقد أوجب المشرع على المدعي تعجيل

---

(٣٨٩) فهو إذن تصرف قانوني إجرائي ولذلك يشترط له ما يشترط في التصرفات القانونية خاصة الشرط المتعلق بوجوب خلو الارادة من العيوب ، فإذا كانت ارادة احد الاطراف معيبة امكنه التمسك ببطلان الاتفاق على الوقف ، وهذا فرض نادر الحدوث لكون الاتفاق على الوقف يتم تحت رقابة المحكمة.

(٣٩٠)ويشترط لوقف الخصومة في هذه الحالة توافر الشروط التالية١- ان يتفق جميع الخصوم على الوقف ، فيجب اتفاق الخصوم على الوقف ، أي ان يتفق المدعى والمدعى عليه على الوقف ، اما اذا اعترض احدهما على الوقف فلا يوجد في هذه الحالة وقف اتفاقي لأن الاصل في الخصومة انها تسير حتى صدور حكم فيها فلا يجوز وقفها بالارادة المنفردة لأحد طرفيها ، وإذا تعدد الخصوم فلا يجوز وقف الخصومة إراديا إلا باتفاقهم جميعا بلا استثناء. ٢- الا تزيد مدة الوقف الاتفاقي عن ستة شهور ، فالحد الاقصى الذي يمكن الاتفاق على وقف الخصومة فيه هو ستة شهور ، فاذا اتفق الاطراف على وقف الخصومة اكثر من ستة شهور فان المحكمة يتوجب عليها انقاص المدة الى ستة شهور فقط ، ومن البديهي انه يجوز للاطراف الاتفاق على وقف الخصومة لمدة اقل من ستة شهور ، ويجوز الاتفاق على وقفها لمدة او مدد اخرى طالما ان ما اتفق عليه الخصوم في كل مرة لا يتجاوز الستة شهور. ٣- اقرار المحكمة للوقف: فللقاضي سلطة تقديرية في إقرار هذا الاتفاق ، فله ان يرفض إقراره إذا رأى أن الطلب إنما يرمي إلى إطالة أمد الخصومة ، لأن السماح للخصوم بالحق في وقف الخصومة - دون رقابة القاضي - يؤدي إلى إمكان الاتفاق على وقفها مرات متعددة دون سبب جدي مما

الخصومة من الوقف الاتفاقي في خلال ثمانية أيام من تاريخ انتهاء مدة الوقف وإلا اعتبر تاركا دعواه(٣٩١). ويجب على المدعي القيام بإجراءين وهما إيداع صحيفة التعجيل قلم كتاب المحكمة وقام بإعلانها في خلال الثمانية أيام ، فلا يكفي إيداع الصحيفة خلال الميعاد بل يلزم أيضا إعلان المدعى عليه بها في الميعاد ، لذلك يعتبر المدعى قد خالف الميعاد إذا لم يعلن المدعى عليه بالتعجيل الا بعد فوات الثمانية أيام ولو كان قد أودع صحيفة التعجيل خلالها. كما يتعين أن يكون هذا الإعلان قد تم صحيحا ، فإذا كان باطلا جاز للمدعى عليه أن يتمسك ببطلان إعلانه والتمسك بالتالي باعتبار المدعي تاركا دعواه لعدم إعلانه بها في الميعاد.

١٥٧.طبيعة الجزاء

يذهب جانب من الفقه(٣٩٢) إلى أن اعتبار المدعى تاركا دعواه

يعد إساءة في استخدام مرفق القضاء وشغله بقضايا دون الوصول فيها إلى حل ، وقرار المحكمة بالموافقة على الوقف هو حكم قطعي ، فلا يجوز للقاضي المساس به حال ثبات ظروف إصداره

(٣٩١)اعتبار المدعي تاركا دعواه والمستأنف تاركا استئنافه هو في حقيقته جزاء للمدعى الذي أهمل في تعجيل الخصومة الموقوفة في ميعاد الثمانية أيام التي حددها المشرع بعد انتهاء مدة الوقف الاتفاقي . ورغم أنه جزاء إلا أن المشرع قد أقحم فكرة الإرادة المفترضة للمدعى وهو في مجال مجازاته مع أنه لا محل لاقحام ارادة المدعى في هذا الصدد ذلك بأننا بصدد توقيع جزاء على المدعى لا بصدد تلمس ارادته وتفسير إهماله (أنظر أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية س٢٨.

(٣٩٢)وجدي راغب مبادئ الخصومة ص٣٣٨ ومبادئ القضاء ص٥٥٢- إبراهيم سعد ج٢ بند٣٤٣ ص١١٠ ، محمد محمود إبراهيم الوجيز في المرافعات ط١٩٨١ ص٨٠٢ وما بعدها ، أحمد مليجي المرجع السابق

والمستأنف تاركا استئنافه هو جزاء متعلق بالنظام العام ، لأن القول بغير ذلك يعني السماح للأطراف بوقف الخصومة ضمنا لأكثر من المدة المقررة في القانون.

وهذا الرأي يدفعنا للتساؤل عن الحل إذا كانت مدة الوقف الاتفاق أقل من ستة أشهر فهل يمكن القول في هذه الحالة أن الجزاء الذي يقع لعدم التعجيل خلال ٨ أيام يتعلق أيضا بالنظام العام ، لا شك أنه يصعب القول بذلك لأنه حتى لو افترض أن عدم التعجيل هو اتفاق ضمني على الوقف فإن هذا الاتفاق في هذا الفرض جائز لأن الأطراف لم يستغرقوا مدة الستة أشهر المسموح لهم بها وإذا جاز لهم الاتفاق على الوقف لمدة أخرى صراحة فيجوز لهم ذلك ضمنا من باب أولى.

ولعل ذلك هو ما دفع جانب آخر من الفقه إلى التفرقة بين فرضين: الأول إذا كان تعجيل الدعوى بعد انتهاء النهاية القصوى للمدة التي يجوز اتفاق الخصوم على وقف الدعوى فيها وهي ستة أشهر فيرى أن المحكمة تقضي في هذا الفرض من تلقاء نفسها بزوال الخصومة لأن عدم تمسك أي من الخصوم بانتهاء الخصومة يعتبر بمثابة اتفاق ضمني على مد مدة الوقف المتفق عليها وهو لا يجوز فيما يزيد على النهاية القصوى التي حددها القانون . والفرض الثاني هو إذا كان التعجيل بالرغم من حصوله بعد مضى ٨ أيام على انتهاء الأجل المتفق على وقف الدعوى فيه إلا أنه حصل قبل مضى النهاية القصوى التي يجوز الاتفاق فيها وهي ٦شهور كما لو كان الخصوم قد اتفقوا على وقف الدعوى مدة ٣شهور وعجلها أحدهم بعد مضى عشرين يوما من انتهاء مدة الوقف المتفق عليها فإنه لا يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تقضي من تلقاء نفسها بالجزاء لأن سكوت

ص١٣٦.

الخصوم عن التمسك بالجزاء يعتبر بمثابة اتفاق ضمني على مدة الوقف بما لا يجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون ومثل هذا الاتفاق جائز(٣٩٣).

ولا يمكننا الانحياز أيضا لهذا الرأي لأنه لا يمكن اعتبار نفس الجزاء مرة متعلقا بالنظام العام ومرة متعلقا بالمصلحة الخاصة فليس في نص المادة ١٢٨ مرافعات ما يسعف بتبني هذا الحل

ونرى مع الفقه الراجح أن اعتبار المدعى تاركا دعواه هو جزاء - حسب الوضع القانوني الراهن - غير متعلق بالنظام العام(٣٩٤) ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك المدعى عليه في الميعاد والترتيب المناسب بهذا الجزاء أي يجب عليه التمسك به قبل الكلام في الموضوع ، وهنا يجب على المحكمة إذا تحققت من توافر مقتضيات الجزاء أن تقضي به فليس لها أي سلطة تقديرية(٣٩٥).

---

(٣٩٣) رمزي سيف بند ٤٥٥ ص٥٧٢ وما بعدها

(٣٩٤)محمد العشماوي ج٢ بند٨٤٧ ص٣٧٨ عبد الباسط جميعي ص٣٠٩ ، احمد أبو الوفا الاشارة السابقة ،، أحمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٨٦ ص٥٧٦ .

(٣٩٥)ولا يمنع المحكمة من الحكم بالجزاء قيام مفاوضات الصلح بين طرفي النزاع إذ لا تعد هذه المفاوضات من قبيل القوة القاهرة التي تمنع من جريان مواعيد المرافعات. أنظر أحمد السيد صاوي الاشارة السابقة. نقض١٩٦١/١١/٢٩ ج١٢ ص٧٢١، نقض ١٩٦٢/١/٣١ ج١٣ ص١٤١ وعكس ذلك محمد عشماوي ج٢بند٨٤٧ ص٣٧٩ حيث يرى أنه إذا تبين للمحكمة على سبيل القطع أن ظروف الأحوال تدل على أن عدم تعجيل المدعى دعواه في المواعيد المذكورة كان مرجعه إلى قيام مفاوضات صلح متصلة إلى ما بعد فوات هذا الموعد فإنه يكون للمحكمة أن تعتبر

أما إذا تنازل المدعى عليه -صراحة أو ضمنا - عن التمسك بهذا الجزاء فلا يجوز للمحكمة - إزاء هذا التنازل - أن تحكم بالجزاء بل يجب عليها أن تنظر الدعوى وتصدر فيها حكما.

ولا يبقى إلا الحالة التي يغيب فيها المدعى عليه في جلسة التعجيل- رغم إعلانه إعلانا صحيحا بصحيفة التعجيل - في هذه الحالة تبدو المصلحة العامة الوقائية في عدم السير في إجراءات مهددة بالزوال في الوقت التي تفتقد فيه الخصومة الوسيلة التي يمكن بها تصحيح الإجراءات بالتنازل من جانب المدعى عليه صاحب المصلحة ولذلك يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تقضي من تلقاء نفسها باعتبار المدعى تاركا دعواه إذا تأكدت من توافر مقتضيات الحكم بهذا الجزاء وذلك حتى لا تضطر للسير في إجراءات باطلة مما يترتب عليه تضييع وقت وجهد القضاء والمتقاضين.

الترك غير قائم في هذه الحالة وأن تمضي في نظر الدعوى التي يعجلها المدعى بعد الميعاد بصرف النظر عن اعتراض المدعى عليه أو عدم اعتراضه على ذلك.

الفصل الثاني
سلطة القاضي في تفادي إعمال الجزاءات الإجرائية والحد من آثارها

١٥٨.تقسيم

الأصل انه إذا تحقق مفترضات إعمال جزاء معين وجب الحكم بهذا الجزاء ، ولكن المشرع وضع العديد من الأمور التي تؤدي إلى الإعفاء من الجزاء رغم توافر موجباته. كما أن المشرع حاول الحد من اثر الجزاء رغم الحكم به فقرر نظرية تحول العمل الإجرائي الباطل ونظرية انتقاص العمل الباطل ، كما انه فيما يتعلق بجزاء سقوط الخصومة وما في حكمه قرر الحد من آثار السقوط إذا توافرت شروط معينة ونتناول في مبحث أول القاضي والإعفاء من الجزاءات الإجرائية ونتناول في مبحث ثان القاضي والحد من آثار الجزاءات الإجرائية.

المبحث الأول
القاضي والإعفاء من الجزاءات الإجرائية

١٥٩.تقسيم

سبق أن بينا أن المشرع قد يقرر إعفاء الخصم من الجزاء رغم توافر موجباته ، ويعد ذلك من قبل المشرع تمشيا مع سياسته في الإقلال من الجزاءات الإجرائية فقرر المشرع إمكانة تصحيح الإجراء الباطل أو المعيب إذ يزول العيب في هذه الحالة ولا يكون هناك داعي للحكم بالجزاء ، كما قرر وقائع معينة يترتب على تحققها سقوط الحق في التمسك بالجزاء رغم بقاء العيب قائما دون تصحيح وتسمى بالوقائع المصححة ، ونتناول في مطلب أول الإعفاء من الجزاء الإجرائي بإزالة العيب وفي مطلب ثان الإعفاء من الجزاء الإجرائي مع بقاء العيب.

المطلب الأول
القاضي والإعفاء من الجزاء الإجرائي بإزالة العيب

١٦٠.تقسيم

قد يكون الجزاء المقرر لمخالفة العمل لنموذجه القانوني هو البطلان وقد يكون هو عدم الاختصاص ، كما قد يكون هو اعتبار الخصومة كأن لم تكن أو سقوطها أو تقادمها ، وليست كل هذه الجزاءات مما يمكن إزالة العيب العالق بها ، فبالنسبة لسقوط الخصومة أو تقادمها أو اعتبارها كأن لم تكن لا يمكن إزالة العيب الذي أدى إلى هذا الجزاء(٣٩٦) ، أما بالنسبة لجزائي البطلان وعدم الاختصاص فإنه يمكن إزالة العيب العالق بهما وهو ما سنتناوله كل في فرع على حدة

---

(٣٩٦)ولكن يمكن فقد الاعفاء من الجزاء مع بقاء العيب العالق بها وذلك ما

الفرع الأول
تصحيح البطلان بإزالة العيب

١٦١.تقسيم

إذا كان العيب الذي شاب الأجراء يؤدي إلى بطلانه فان المشرع قرر عدة وسائل يمكن بها تصحيح البطلان بإزالة العيب العالق بالإجراء ، فقرر المشرع إمكانة تصحيح انبطلان إذا تحققت الغاية من الأجراء المعيب ، كما يمكن تصحيح البطلان بإضافة المقتضيات الناقصة وهو ما يطلق عليه التصحيح بالتكملة ، وأخيرا فإنه يمكن تصحيح البطلان بالحضور ، وسنتناول الحالات الثلاثة للتصحيح بالتفصيل فيما يلي مبينين دور القاضي في ذلك:-

أولا
تصحيح البطلان بتحقق الغاية من الإجراء المعيب

١٦٢.معيار الغاية

تنص المادة ٢٠ من قانون المرافعات المصري الحالي على أن يكون الأجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

فمعيار الحكم بالبطلان أو عدم الحكم به طبقا للقانون المصري هو معيار الغاية . فإذا تحققت الغاية من الإجراء(٣٩٧) فلا يحكم

---

(٣٩٧)وهو اتجاه يتفق مع الاخذ بمبدأ نسبية الحقوق ، فالحق ليس غاية في ذاته وانما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة ، فاذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم تحقق الغاية من الشكل او البيان المطلوب فانه يعتبر استعمالا غير مشروع للحق لأنه لا يتمسك به بقصد تحقيق الغاية التي اعطي الحق من اجلها اذ الغاية قد تحققت. انظر المذكرة الايضاحية

بالبطلان ولو كان القانون قد نص على البطلان صراحة(٣٩٨) بل ولو كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، أما إذا لم تتحقق الغاية من الإجراء حكم بالبطلان ولو لم يكن القانون قد نص على البطلان صراحة أو لم يكن البطلان متعلقا بالنظام العام.

وبناء عليه تنحصر أهمية النص على البطلان في حالة معينة في عبء الإثبات(٣٩٩) ، فإذا كان القانون قد نص على البطلان لعيب شكلي معين(٤٠٠)، فالفرض أن الغاية من هذا الشكل قد تخلفت بمجرد حدوث المخالفة ، ولا يكون المتمسك بالبطلان في حاجة إلى إثبات عدم تحقق الغاية من الشكل المعيب ، وينقلب عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق من يريد تفادي الحكم بالبطلان بحيث يجب عليه أن يثبت أن الغاية من الإجراء قد تحققت رغم المخالفة.

أما إذا لم يكن القانون قد نص على البطلان لعيب معين(٤٠١)

---

(٣٩٨)وبذلك يكون المشرع المصري قد عدل عن البطلان الاجباري الذي يجب على القاضي الحكم به دائما عند النص عليه ، لأن الاخذ بهذا المذهب يؤدي احيانا الى الاضرار بالعدالة ، ولأن القاعدة القانونية هي قاعدة عامة بطبيعتها وعندما ينص القانون على البطلان في حالة معينة فانه يراعي في ذلك الظروف العادية ولكن من الناحية العملية اذا تحققت الغاية من الشكل في قضية معينة فان البطلان يصبح لا ضرورة له بل ينتهي الى ان يصبح سلاحا في يد سيء النية من الخصوم الذي يريد عرقلة الخصومة. أنظر المذكرة الايضاحية لقانون ١٩٦٨

(٣٩٩)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٤٧ ص٥٠٣

(٤٠٠)ومثال النص الصريح على البطلان نص المادة ١٩ بأنه يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والاجراءات المنصوص عليها في المواد٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣.

(٤٠١)ومثالها نقص احد بيانات صحيفة الدعوى حيث لم ينص القانون

فان عبء الإثبات يقع على عاتق المتمسك بالبطلان ، إذ يجب عليه أن يثبت أن الغاية من الإجراء في الحالة المعروضة لم تتحقق بسبب وجود المخالفة(٤٠٢) ، فلا يحكم بالبطلان الا إذا اثبت عدم تحقق الغاية.

١٦٣.المقصود بالغاية

المقصود بالغاية حسب المشرع المصري هي الغاية الموضوعية(٤٠٣) من الشكل أو البيان المطلوب(٤٠٤) كمقتض من مقتضيات العمل الإجرائي ، وليس المقصود بها الغاية من العمل الإجرائي ذاته(٤٠٥)

---

(٤٠٢)قارن محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٢٤٥ حيث يرى انه في حالة عدم النص على البطلان فلا يقع على المتمسك بالبطلان ان يثبت تخلف الغاية من الشكل في الحالة المعروضة ، بل عليه فقط بعد اثبات تعيب الشكل ان يثبت ان هذا العيب يؤدي في الصورة المجردة للخصومة الى تخلف الغاية الموضوعية التي يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب فان فعل كان العمل باطلا ، ما لم يثبت الطرف الاخر ان الغاية قد تحققت في الحالة المعروضة وبالتالي يصحح البطلان.

وفي الحقيقة فان هذا القول معناه اعفاء المتمسك بالبطلان تماما من عبء الاثبات لأن كل شكل يتطلبه القانون لغاية معينة فاذا لم يتحقق الشكل تخلفت حتما –من الناحية المجردة – الغاية منه. انظر في ذلك فتحي والي المرجع السابق بند٢٤٨ ص٤٠٤ هامش ٢

(٤٠٣)وذلك دون نظر للغاية الشخصية التي قد يستهدفها القائم بالعمل. انظر محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٢٤٤

(٤٠٤)فتحي والي المرجع السابق بند٢٤٨ ص٤٠٣ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٤٧ ص٥٠٦

(٤٠٥)وذلك رغم ان المادة ٢٠ مرافعات تشير الى الغاية من الاجراء الا ان المقصود بهذا –كما يتضح من الاعمال التحضيرية للمادة – هو الغاية من

وإذا كانت معظم الأشكال الإجرائية تتفق الغاية منها مع الغاية من العمل ذاته بحيث يترتب على تحقق الغاية من العمل ذاته تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب ، إلا أن هذا لا ينفي أن هناك أشكالا للعمل أو بيانات للورقة ترمي إلى تحقيق غايات معينة لا تتصل اتصالا مباشرا بالغاية من العمل ذاته(٤٠٦) ، وعلى ذلك إذا لم تتحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب وجب الحكم بالبطلان ولو تحققت الغاية من العمل ذاته(٤٠٧).

الشكل او البيان المطلوب.

(٤٠٦)بل ان هناك اشكالا لازمة دائما لتحقيق الغاية منها بمعنى ان الغاية لا يمكن ان تتحقق اذا تخلف الشكل. وتفسير ذلك ان الشكل اما ان يرمي الى تحقيق واقعة تتوافر بتحققها حماية قانونية معينة ، واما ان يكون هو نفسه الواقعة القانونية التي تحقق هذه الحماية ، ففي الحالة الاولى قد تتحقق هذه الواقعة المادية عن غير طريق الشكل المقرر ، ولذلك فان الغاية من الشكل تكون قد تحققت رغم تخلفه ، ومثال ذلك عدم بيان تاريخ الجلسة في ورقة الاعلان فهذا البيان يرمي الى تحقيق واقعة مادية معينة تتوافر بحضور المدعى عليه في الجلسة المحددة ، فاذا حضر المدعى عليه بالفعل في الجلسة المحددة رغم عدم بيان تاريخ الجلسة فان هذا يكفي لتحقيق الحماية ولا يجوز الحكم بالبطلان. اما في الحالة الثانية فان الشكل يكون هو نفسه الواقعة المادية التي لا تتحقق الحماية القانونية الا بها ، وعندئذ لا تتوافر هذه الحماية بغير هذا الشكل فيؤدي تخلف الشكل حتما الى تخلف الغاية. ومثال ذلك توقيع المحضر على ورقة الاعلان الذي يرمي الي اعطائه صفة الورقة الرسمية وهي غاية لا يمكن ان تتحقق عن طريق آخر غير توقيع المحضر فيؤدي تخلف التوقيع حتما الى تخلف الغاية والحكم بالبطلان. انظر فتحي والي المرجع السابق بند٢٤٨ ص٤٠٥

(٤٠٧)فتحي والي المرجع السابق بند٢٤٨ ص٤٠٣

ومن الأمثلة على ذلك توقيع المحضر على ورقة الإعلان فالغاية من توقيع المحضر على ورقة الإعلان هو إعطاء الإعلان صفة الورقة الرسمية ، أما الغاية من الإعلان فهو إيصال واقعة معينة إلى علم المعلن إليه ، ومع ذلك فانه إذا تحققت الغاية من الإعلان رغم عدم توقيع المحضر عليه فانه يجب الحكم بالبطلان لأن الغاية من توقيع المحضر لم تتحقق.

١٦٤.يجب على القاضي البحث عن الغاية في كل حالة على حدة

ويجب على القاضي أن يبحث في كل حالة على حدة عما إذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت أم لا(٤٠٨) ، فلا ينظر القاضي إلى أهمية الشكل في ذاته ، لأن نفس الشكل قد يكون جوهريا في حالة معينة وذلك إذا لم تتحقق الغاية منه وغير جوهري في حالة أخرى إذا تحققت الغاية منه.

وتحديد ماهية الغاية من الشكل تعتبر مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز لقاضي الموضوع أن يقرر أن الغاية من شكل معين هي غاية معينة تختلف عن الغاية التي أرادها القانون(٤٠٩).

أما تقدير تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها فهي مسألة

---

(٤٠٨)فتحي والي المرجع السابق بند٢٤٨ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٤٧ ص٥٠٧

(٤٠٩)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض ان التعرف على الغاية من الشكل او البيان وتحديد ماهية هذه الغاية مسألة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها ، فاذا جنحت عنها الى غاية اخرى وانتهت في حكمها الى ثبوت تحقق الغاية ورتبت على ذلك رفض القضاء بالبطلان لتحقق الغاية فان حكمها يكون قد اخطأ في تطبيق القانون. نقض ١٩٨٣/٤/١٠ طعن ١٧٢٨ س٤٩ق مجموعة نقض س٣٣ ص٩٢١.

موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما ان النتيجة التي توصل إليها قائمة على أسباب تسوغها.

١٦٥.هل يجوز للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه برفض الدفع بالبطلان إذا رأى أن الغاية من الإجراء قد تحققت

نعتقد أن القاضي يستطيع أن يقضي من تلقاء نفسه برفض الدفع بالبطلان إذا ثبت له من خلال وقائع الدعوى وبيانات العمل الإجرائي المتمسك ببطلانه أن الغاية من الشكل أو البيان الناقص قد تحققت رغم تغيب الشكل وذلك سواء تعلق البطلان بالنظام العام أم كان مقررا للمصلحة الخاصة للأفراد ، ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي الحكم بالبطلان رغم التمسك به.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا يجدي الطاعن التحدي بخلو صورة الصحيفة المعلنة من بيان صفة المخاطب معها وبعدم تأكد الحكم من تسليم الإخطار إليه ، مادام لم يدع أن هذه الأخيرة ليست تابعته وانه لم يتسلم هذا الإخطار ، بالإضافة إلى أن إغفال المحضر في الصورة المعلنة لفظ تابعة فقط دون بقية البيانات التي ضمنها أصل إعلان الصحيفة في هذا الشأن لم يؤثر على علم الطاعن بشخص من تسلمت الصورة عنه وهي تابعته المقيمة معه ، فتكون الغاية التي يبتغيها المشرع من بيان ذلك اللفظ في صورة الإعلان قد تحققت ، وبالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٢٠ مرافعات لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء لما كان ذلك **وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف فان النعي عليه بهذا الوجه يكون في غير محله**(٤١٠).

---

(٤١٠)نقض ١٩٧٨/١/١٤ س٢٩ ص١٩١

كما قضت بان التقرير بالطعن في الميعاد وتقديم المطعون ضدهم مذكرة بالرد على أسبابه في الميعاد تحقق به الغاية المبتغاة من إعلانهم ويكون التمسك ببطلان الإعلان في هذه الحالة غير مقبول(٤١١).

١٦٦.حالات استبعاد معيار الغاية

١- إذا كان الإجراء معدوما ، فإذا لم يكن الشخص قد قام بالإجراء أصلا فلا يجديه لنفي البطلان أن يثبت أن الغاية من الإجراء قد تحققت رغم عدم قيامه به ، فالمشرع ينظم في المادة ٢٠ بطلان الإجراء ، وهو يفترض أن الإجراء قد اتخذ ولكنه معيب . أما إذا لم يكن الإجراء قد اتخذ أصلا فان تحقق الغاية منه لا تصححه ، ولذلك فإذا لم يعلن المدعى عليه بصحيفة الدعوى فان حضور المدعى عليه لا يصحح الإعلان بحجة تحقق الغاية منه(٤١٢).

٢- إذا كان العيب الذي يشوب الإجراء عيب في مقتضى موضوعي ، كما لو كان القائم به ناقص أو عديم الأهلية أو وقع تحت إكراه اعدم إرادته إذ يعتبر العمل باطل في هذه الحالة بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية منه.

٣- إذا كان الجزاء المترتب على المخالفة جزاء آخر غير البطلان فلا يجوز إعمال معيار تحقق الغاية ، فلا يملك القاضي عند تمسك المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلانه بصحيفتها خلال ثلاثة شهور من تاريخ إيداعها قلم الكتاب أن يقرر أن الغاية قد تحققت بحضور المدعى عليه ، وذلك لأن فوات الميعاد يقطع في عدم تحقق الغاية من الشكل.

---

(٤١١)نقض ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩١٩.

(٤١٢)وجدي راغب مبادئ القضاء ص٣٦٢

ثانيا
تصحيح البطلان بالتكملة

١٦٧.المقصود بالتصحيح بالتكملة

يقصد بتكملة العمل الإجرائي الباطل إضافة المقتضى الشكلي أو الموضوعي الذي ينقصه ، ولم يعالج قانون المرافعات المصري السابق هذه المسألة ، ثم تدخل المشرع بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أضاف فقرة جديدة إلى المادة ٢٥ من قانون المرافعات السابق أجاز فيه تكملة العمل الإجرائي الباطل بما يؤدي إلى زوال هذا العيب ، ولقد أكد المشرع في قانون المرافعات الجديد هذا الحكم حيث نص في المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على انه ((يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه ، ولا يعتد بالإجراء الا من تاريخ تصحيحه.

١٦٨.هل يشترط إذن المحكمة للقيام بتصحيح الإجراء الباطل؟

نعتقد انه لا يشترط ذلك فيجوز للخصم أن يقوم بتصحيح الإجراء الباطل دون حاجة إلى استئذان المحكمة ، فلا يوجد في نص المادة ٢٣ مرافعات ما يوجب الحصول على هذا الإذن ، وإذا قام الخصم بتصحيح الإجراء تعين على المحكمة أن تعتد بالإجراء بعد تصحيحه ولا يجوز لها أن تغفله بزعم أن الخصم قد قام بالتصحيح دون الحصول على إذن منها. ولذلك إذا كان إعلان صحيفة الدعوى باطلا جاز للمدعي أن يقوم بإعادة إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلانا صحيحا دون إذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة بعد ذلك أن تأمره بتصحيح الإعلان من جديد.

١٦٩.إذا طلب الخصم الإذن تعين على المحكمة أن تجيبه

فالتصحيح من الحقوق الإجرائية المقررة للخصوم ولا يجوز

للمحكمة حرمانهم من هذا الحق ، ولذلك إذا طلب الخصم الإذن له بتصحيح إجراء معين ولم تأذن له المحكمة في القيام به وحكمت ببطلان الإجراء دون تمكينه من تصحيحه فإن حكمها ببطلان الإجراء يكون باطلا لإخلاله بحقوق الدفاع.

١٧٠.هل يجوز للقاضي أن يأمر بتصحيح الإجراء الباطل من تلقاء نفسه؟

يرى بعض الفقه انه لا يجوز للقاضي أن يأمر بالتصحيح من تلقاء نفسه دون طلب من الخصم وذلك مهما كان العيب الذي يشوب العمل(٤١٣).

ويرى البعض الآخر (٤١٤) انه لا يلزم لإصدار المحكمة أمرا بالتصحيح أن يكون ذلك بناء على طلب.

والرأي الأخير هو الراجح لدينا فيجوز للقاضي ان يأمر بتصحيح الاجراء الباطل من تلقاء نفسه دون أن ينتظر طلبا يقدم إليه من الخصم ولا يعتبر ذلك مخالفة لمبدأ حياد القاضي ولا توجيها للخصوم ، وانما هي محاولة من القاضي لتصحيح شكل الدعوى وردها إلى الوضع الطبيعي لها ، ويعد ذلك تمشيا مع اتجاه المشرع في تقرير دور فعال للقاضي إزاء الخصومة المعروضة عليه تخفيفا من حدة الشكليات ولأن الغاية من الإجراءات - بحسب ما ذهبت إليه بحق محكمة النقض - هي وضعها في خدمة الحق وذلك بتمكين الصحيح من الباطل فيصححه لا تسليط الباطل على الصحيح فيبطله ، ويجوز للقاضي أن يأمر بتصحيح الإجراء الباطل سواء تعلق هذا البطلان بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ، وذلك لأن التصحيح ذاته متعلق بالمصلحة العامة الوقائية ولو كان العيب المطلوب تصحيحه متعلق

(٤١٣)فتحي والي المرجع السابق بند٢٥٢ ص ٤١٤

(٤١٤) امينة النمر الدعوى واجراءاتها ص٤٠٦

بالمصلحة الخاصة ، فالمصلحة العامة الوقائية تقتضي عدم إجبار المحكمة على السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان ، وإذا كنا قد حرمنا القاضي من حقه في القضاء بالجزاء من تلقاء نفسه فلا اقل من منحه السلطة في رقابة الإجراءات لضمان صحتها وسلامتها.

١٧١.شروط التصحيح بالتكملة

وسواء كان التصحيح من تلقاء نفس الخصم أو بناء على إذن المحكمة أو تكليفها فيتعين على المحكمة أن تتحقق ومن تلقاء نفسها من توافر الشروط اللازمة لتمام التصحيح وإنتاجه لآثاره وهذه الشروط هي:-

١٧٢.الشرط الأول: أن يكون تصحيح العيب ممكنا

فيشترط أن يكون العيب الذي أصاب الإجراء من الممكن تصحيحه ، والعيوب الشكلية من الممكن دائما تصحيحها ، أما العيوب الموضوعية فقد تكون غير قابلة للتصحيح ، ومثال ذلك رفع الدعوى من شخص أو ضد شخص توفى قبل رفع الدعوى ، حيث أن البطلان الذي أصاب صحيفة الدعوى في هذا المثال لا يقبل التصحيح لأن المتوفى قبل رفع الدعوى يفقد وبصفة مطلقة ودائمة أهلية الاختصام ، ولا يكون ممكنا في هذه الحالة الا رفع دعوى جديدة من أو ضد الورثة لا باعتبارهم خلفا للمتوفى ولكن باعتبارهم الخصوم الأصليين في الدعوى(٤١٥).

(٤١٥)وتبدو اهمية التفرقة بين اعتبار الدعوى مرفوعة على الورثة باعتبارهم خلفا للمورث ام باعتبارهم خصوم اصليين في الحقوق التي لا يكتسب الورثة الحقفيها الا اذا كانت الدعوى قد رفعت من جانب المورث قبل موته ، كالحق في التعويض عن الضرر الادبي الذي اصاب المورث ، فاذا كان المورث قد رفع الدعوى قبل موته ثم مات انتقل الحق للورثة ، اما اذا كانت الدعوى قد رفعت باسم المورث بعد وفاته فلا يجوز تصحيح

ويتعين على المحكمة أن تتحقق من توافر هذا الشرط عند منحها الإذن للخصم أو تكليفها له بالقيام بالتصحيح فإذا وجدت أن تصحيح الإجراء غير ممكن وجب عليها أن ترفض الإذن بالتصحيح.

١٧٣.الشرط الثاني: أن يضاف إلى العمل الباطل ما ينقصه

ويجب أن تكون التكملة تامة بحيث يتوافر في العمل بعد تكملته مقتضيات العمل الإجرائي المصحح كاملة ، ولا يشترط في الإضافة أن تكون بنفس الوسيلة التي تم بها العمل المراد تكملته ما دامت الوسيلة المستعملة تؤدى إلى التكميل التام(٤١٦). إلا انه يتعين أن يكون الإجراء المكمل إجراء صحيحا حيث لا يصحح الإجراء الباطل بإجراء باطل مثله(٤١٧).

ويجوز تكملة الإجراء الباطل سواء كان البطلان نتيجة لتخلف مقتضى شكلي أو مقتضى موضوعي ، فمثلا إذا كان البطلان نتيجة توجيه الإجراء إلى القاصر نفسه فيجوز تصحيحه بتوجيه الإجراء إلى الممثل القانوني لهذا القاصر.

١٧٤.الشرط الثالث: يجب أن تتم التكملة في الميعاد

فإذا لم يكن للعمل ميعاد ينبغي القيام بالعمل خلاله فان المحكمة تعين ميعادا للتصحيح بحيث يلتزم صاحب المصلحة بالقيام بالتصحيح خلال هذا الميعاد وإلا تعرض للجزاءات المنصوص عليها في المادة ٩٩ مرافعات.

البطلان في هذه الحالة بقيام الورثة بمتابعة الاجراءات فيها كما لا يجوز للورثة رفع دعوى جديدة باسمهم للمطالبة بحق مورثهم في التعويض عن الضرر الادبي الذي اصابه.

(٤١٦)فتحي والي نظرية البطلان بند٣٤٣

(٤١٧)نقض ١٩٧٦/٢/٢١ س٢٧ ص٣٥٦.

ولا يشترط للتصحيح عدم التمسك بالبطلان ، فيجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد تمسك صاحب المصلحة ببطلانه طالما أن التصحيح تم في الميعاد(٤١٨).

ولا يكفي أن تتحقق المحكمة من أن الميعاد المقرر لاتخاذ الإجراء ما زال ساريا لم ينقضي عندما تأذن للخصم بتصحيح الإجراء وانما يتعين عليها أيضا التحقق من أن التصحيح قد تم بالفعل في الميعاد.

وبناء عليه إذا انقضى الميعاد قبل أن يقوم الخصم بتصحيح الإجراء الباطل وتمسك الخصم بالبطلان فلا يجوز تصحيح البطلان بعد ذلك ، ويجب في هذه الحالة على المحكمة القضاء بالبطلان سواء كان البطلان متعلقا بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة.

ولكن إذا انقضى الميعاد ولم يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان لغيابه(٤١٩) ، فإننا نعتقد بوجوب التفرقة بين ما إذا كان الميعاد الذي يجب اتخاذ الإجراء خلاله متعلقا بالنظام العام ، وكذلك ما إذا كان البطلان الذي شاب الإجراء متعلقا بالنظام العام أم مقررا للمصلحة الخاصة.

فإذا كان الميعاد المقرر لاتخاذ الإجراء متعلقا بالنظام العام وكان البطلان متعلقا بالنظام العام فانه يترتب على انقضاء الميعاد عدم إمكان تصحيح الإجراء الباطل. وتفريعا على ذلك إذا رفع استئناف

---

(٤١٨)ولقد كان يُشترط فى ظل القانون السابق أن يتم التصحيح قبل التمسك بالبطلان ، وذلك تطبيقا للقاعده العامه التى تقضى بأنه اذا قدم شخص طلبا او دفعا فان حقوقه تتحدد بوقت تقديمه لا بوقت الحكم فيه : انظر فتحي والي المرجع السابق بند٣٤٣

(٤١٩)اما اذا كان حاضرا وتنازل عن التمسك بالبطلان اذا كان متعلق بالمصلحة الخاصة فان التنازل يؤدي الى تصحيح البطلان

وشاب صحيفته عيب متعلق بالنظام العام كعدم توقيع محام على الصحيفة فانه يشترط لتصحيحها بالتكملة أن تتم هذه التكملة خلال ميعاد الاستئناف ، فإذا كان الميعاد قد انقضى فان التصحيح بالتكملة يصبح غير جائز(٤٢٠) ، ويجب على القاضي في هذه الحالة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسه ودون حاجة لتمسك أحد الخصوم به.

أما إذا كان الميعاد متعلقا بالنظام العام ولكن البطلان الذي شاب الإجراء متعلق بالمصلحة الخاصة ففي هذه الحالة يجوز تصحيح البطلان رغم فوات الميعاد ، ففي المثال السابق إذا كانت صحيفة الاستئناف باطلة لعدم بيان تاريخ الجلسة مثلا ، وكان ميعاد الاستئناف قد انقضى ، جاز رغم ذلك أن يطلب المستأنف تصحيح الصحيفة ، فقد يحضر المستأنف عليه ويتنازل عن حقه في التمسك ببطلان صحيفة الاستئناف مما يعنى اعتبارها صحيحة من تاريخ الإيداع وليس من تاريخ التصحيح حيث أن للتنازل في هذه الحالة اثر رجعي.

أما إذا كان الميعاد الواجب اتخاذ الإجراء خلاله غير متعلق بالنظام العام فان تصحيح البطلان جائز ولو بعد انقضاء الميعاد سواء كان البطلان الذي شاب الإجراء متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به لأن الخصم قد يحضر ويتنازل عن التمسك بالجزاء المقرر على فوات الميعاد. ولذلك إذا كان إعلان صحيفة الدعوى باطلا فإنه يجوز تصحيح البطلان ولو بعد انتهاء الثلاثة شهور المقررة لإعلان صحيفة الدعوى وذلك سواء كان البطلان الذي أصاب الإعلان متعلقا بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة(٤٢١).

---

(٤٢٠)فتحي والي المرجع السابق بند٣٣٤ ص٦١٢

(٤٢١) انظر ما يلي بند١٧٧ وما بعده

١٧٥.الشرط الرابع: أن يتم التصحيح في ذات درجة التقاضي

يجب على صاحب الشأن القيام بتصحيح الإجراء في ذات درجة التقاضي الذي اتخذ فيها الإجراء الباطل ، وذلك في الحالات التي لا يكون للعمل ميعاد يجب القيام به خلاله كما لم يحدد القاضي للخصم ميعادا للتصحيح ، فإذا صدر الحكم وانتهت الخصومة التي اتخذ فيها الإجراء الباطل امتنع تصحيح هذا البطلان أمام محكمة الدرجة الثانية.

فقد استقرت محكمة النقض المصرية يؤيدها الفقه(٤٢٢) على أن التصحيح يجب أن يتم في ذات درجة التقاضي(٤٢٣) ، فإذا صدر الحكم امتنع التصحيح سواء تعلق العيب بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة ، كما يستوي أن تكون المحكمة قد أصدرت حكم بصحة الإجراء الذي أصابه العيب أم أغفلت الفصل فيه.

فإذا تمت تكملة الإجراء الباطل على هذا النحو زال العيب فيعتبر العمل صحيحا وليس لأحد التمسك ببطلانه ، كما أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى ببطلان هذا الإجراء الذي صحح سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب صاحب المصلحة. ولكن التصحيح لا ينتج أثره الا من تاريخ التصحيح وليس من تاريخ القيام بالعمل الباطل(٤٢٤).

---

(٤٢٢)احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٥٣ ص٥١٩

(٤٢٣)نقض ١٩٧٦/٢/٢ س٢٧ ص٣٥٦ حيث قررت ان البطلان الناشئ عن عدم توقيع محام على صحيفة افتتاح الدعوى ينبغي ان يتم تصحيحه امام محكمة الدرجة الاولى وقبل صدور الحكم الفاصل في النزاع اذ بصدور هذا الحكم يخرج النزاع من ولاية المحكمة ويمتنع اجراء التصحيح.

(٤٢٤)ولقد كان التصحيح ينتج أثره فى ظل القانون السابق بأثر رجعى أى من تاريخ القيام بالعمل الباطل نفسه ، ولقد كان هذا هو الوضع الأمثل لأنه

تطبيقات
للتصحيح بالتكملة

١٧٦.تقسيم

وتوجد بعض التطبيقات الهامة للتصحيح بالتكملة قد تحتاج إلى بعض الإيضاح لأنها قد تختلف في بعض القواعد التي تحكمها عن القواعد العامة التي تحكم تصحيح البطلان ، وهذه التطبيقات هي حالة تصحيح إعلان صحيفة الدعوى عند غياب المدعى عليه وتصحيح الصفة الإجرائية وتصحيح البطلان بالتطبيق للمادة ٢/٢١٨ مرافعات وسنتناول هذه التطبيقات الثلاثة بالتفصيل فيما يلي :-

١-تصحيح إعلان صحيفة الدعوى عند غياب المدعى عليه

١٧٧.شروط تصحيح إعلان صحيفة الدعوى

إذا غاب المدعى عليه وتبينت المحكمة أن إعلانه بصحيفة الدعوى باطل فيجب عليها التأجيل لإعادة الإعلان ، فالمحكمة يجب عليها أن تفحص ورقة الإعلان من تلقاء نفسها لتراقب مدى توافر المقتضيات الشكلية والموضوعية التي تجعل الإعلان صحيحا ، فيشترط للأمر بالتأجيل لتصحيح الإعلان طبقا للمادة ٨٥ مرافعات الشروط الآتية :-

١٧٨.الشرط الأول:-أن يتبين للمحكمة تخلف أحد المقتضيات الشكلية أو الموضوعية اللازمة لصحة الإعلان

كما لو كان أحد البيانات ناقصا أو كان هناك عيب في خطوات

يأخذ بقاعده العمل التحفظى فيعتبر الاجراء الباطل الذى اتخذ اجراء تحفظيا يحفظ حق صاحبه لحين تصحيحه.

الإعلان(٤٢٥) فإنها تؤجل الدعوى من تلقاء نفسها وتأمر المدعى بتصحيح الإعلان ، أي بإعلان المدعى عليه من جديد إعلانا صحيحا(٤٢٦) بصحيفة الدعوى.

١٧٩.المحكمة ملزمة من تلقاء نفسها بفحص صحيفة الدعوى وإعلانها والتأكد من خلوهما من العيوب التي تؤدي إلي بطلانها

فالمحكمة ملزمة بأن تفحص صحيفة الدعوى من تلقاء نفسها كما أنها ملزمة بفحص إعلانها والبحث عن أي عيب يشوبها . لا فرق في ذلك بين عيب متعلق بالنظام العام وعيب متعلق بالمصلحة الخاصة(٤٢٧) ، والحكمة من ذلك هي حماية مصالح الخصم الغائب وحفظ حقه في الدفاع عن حقوقه . فالغائب غير قادر على التمسك بالبطلان وليس من العدالة أن يصدر حكم ضده بناء على إعلان معيب وقد يكون عيب الإعلان هو الذي أدي إلى غيابه ، ثم ان الاقتصاد في وقت وجهد المحكمة يستوجب التحقق من خلو صحيفة الدعوى وإعلانها من العيوب حتى لا تضطر المحكمة إلي السير في خصومة معرضة للبطلان إذا تمسك المدعى عليه في وقت لاحق أو حتى عند الطعن في الحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو إعلانها.

١٨٠.التزام المحكمة من تلقاء نفسها بالأمر بتصحيح الإعلان الباطل

إذا تبين للمحكمة بعد فحص صحيفة الدعوى أو إعلانها وجود

---

(٤٢٥)ونعتقد انه اذا وجدت المحكمة ان الدعوى موجهة للقاصر دون الوصي عليه فيمكنها بل يجب عليها تأجيل الدعوى لاعلان الممثل القانوني له

(٤٢٦)فاذا اعاد المدعي اعلان المدعى عليه ولكن كان الاعلان الجديد هو الاخر باطلا فيجب على المحكمة ان تؤجل الدعوى مرة اخرى لتصحيح الاعلان كما يجوز لها ان تحكم على المدعي بالجزاءات المقررة في المادة ٩٩ مرافعات

(٤٢٧)وجدي راغب واحمد ماهر زغلول المرجع السابق ص٢٦١

عيب يؤدي إلى البطلان فإنها تلتزم بتأجيل الدعوى(٤٢٨) والأمر بتصحيح الإعلان من تلقاء نفسها سواء تعلق البطلان بالمصلحة الخاصة(٤٢٩) أو بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان ولو في حالة من حالات النظام العام قبل أن تأمر بتصحيح الإعلان وإلا كان حكمها باطلا لإخلاله بحقوق الدفاع(٤٣٠).

١٨١.الشرط الثاني:-أن يتم التصحيح بإعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى من جديد وليس بمجرد تكليف بالحضور

وذلك لأنه يجب في التصحيح بالتكملة أن يضاف إلى العمل ما

---

(٤٢٨)ويجب على المحكمة ان تؤجل الدعوى وتأمر بتصحيح الاعلان الباطل حتى ولو كنا بصدد دعوى مستعجلة.

(٤٢٩)سواء كان المتسبب في البطلان هو المحضر أو المدعي او المدعى عليه لأن نص المادة ٨٥ مرافعات نص عام فلا يجوز تخصيصه بغير مخصص. احمد ابو الوفا التعليق ص٤٢٩

(٤٣٠)أنظر أنور طلبة المرجع السابق ج١ص٣٤٥، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض ان المشرع اوجب على المحكمة في المادة ٨٥ مرافعات من تلقاء نفسها عندما يثبت لديها بطلان اعلان صحيفتها حتى مع غياب المستأنف عليه تأجيل نظرها الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة خصمه- ودون الوقوف عند حد تقرير البطلان-توصلا لإصدار حكم صحيح في الخصومة المطروحة امامها بحسبان انها لا تستطيع التطرق الى ذلك ما لم تنعقد الخصومة امامها على النحو الذي يتطلبه القانون ، وكان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عند حد تقرير بطلان الصورة المعلنة للمستأنف عليه في صحيفة الاستئناف ورتب على ذلك قضاءه بعدم انعقاد الخصومة فيه دون اعمال ما توجبه المادة ٨٥ من قانون المرافعات في شأن ما يجب اتباعه لتصحيح الاجراء الباطل والذي ترتب عليه عدم انعقاد الخصومة في الاستئناف فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه نقض ١٩٩٥/٦/٧ مجلة القضاة س٢٨ ص٤٥٧

ينقصه ، ولما كان الإعلان الباطل هو إعلان صحيفة الدعوى فلا يكفي لتكملته إعلان بالتكليف بالحضور ، ولذلك يجب أن يتضمن الإعلان الجديد كافة بيانات صحيفة الدعوى وبيانات التكليف بالحضور في نفس الوقت.

١٨٢.هل يشترط أن يتم تصحيح الإعلان في الميعاد؟

إذا كان الأصل انه يجب أن يتم تصحيح العمل الإجرائي في الميعاد المحدد للقيام بهذا العمل ، فإن التصحيح طبقا للمادة ٨٥ مرافعات لا يشترط ان يتم خلال الثلاثة شهور المحددة لاعلان المدعى عليه فيها بصحيفة الدعوى ، ولذلك يجب على المحكمة إلزام المدعى بتجديد الإعلان الباطل ولو كان الميعاد الذي يجب ان يتم فيه الإعلان قد انقضى(٤٣١) ، ولذلك فاذا حدث وكان قد انقضى ثلاثة أشهر من إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب فإن هذا لا يحول دون إلزام المدعى بتصحيح الإعلان ، والقول بغير هذا يجعل نص المادة ٨٥ بغير فائدة؛ إذ عادة يكون ميعاد الإعلان قد انقضي.

كما لا يشترط أن يكون الإعلان الأصلي المطلوب تصحيحه قد تم خلال الثلاثة شهور ، فإذا كان المدعى قد أعلن المدعي عليه إعلانا باطلا بعد فوات الثلاثة شهور فيجب على المحكمة حتى في هذه الحالة تأجيل الدعوى لتصحيح هذا الإعلان(٤٣٢) ، لأن المحكمة حتى في هذه الحالة لا يمكنها أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الإعلان واعتبار الدعوى كأن لم تكن.

فإذا قام المدعى بإعادة الإعلان صحيحا فان هذا التصحيح لا

---

(٤٣١)فتحي والي الوسيط بند٢٧٠ ص٤٥٥ والتي تليها

(٤٣٢)قارن فتحي والي الاشارة السابقة حيث يرى انه يجب لإمكان التجديد بعد الميعاد القانوني للعمل أن يكون الاعلان المطلوب تجديده قد تم بمراعاة هذا الميعاد.

ينتج أثره الا من تاريخ القيام به ، ولذلك يجوز للمدعى عليه أن يحضر ويتمسك ببطلان الإعلان الأول ويتمسك كذلك باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا كان تصحيح الإعلان لم يتم الا بعد فوات الثلاثة شهور ، كما يجوز للمدعى عليه التنازل عن التمسك بالبطلان صراحة أو ضمنا وهو ما يحول بينه وبين التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن(٤٣٣).

أما إذا تقاعس المدعى ورفض تنفيذ أمر المحكمة بإعادة الإعلان فيجوز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة ، كما يجوز لها بدلا من الحكم بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى جزاء للمدعى ، ثم الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا استمر في إصراره على عدم تنفيذ أمر المحكمة(٤٣٤)(٤٣٥)..

---

(٤٣٣)فاذا تنازل المدعى عليه عن حقه في التمسك ببطلان الاعلان الاول فانه يتحول الى اعلان صحيح ويرتب اثاره منذ القيام به وليس منذ تصحيحه.

(٤٣٤)احمد أبو الوفا المرافعات بند٤٢٨ ص٥٢٤ ، عكس ذلك وجدي راغب مبادئ القضاء ص٥٢٠ حيث يرى ان المحكمة لا تملك الحكم بوقف الخصومة لأن القانون يشترط لوقف الخصومة جزائيا سماع اقوال المدعى عليه وهو ما لا يتسنى في هذه الحالة نظرا لغيابه كما يرى انه لا يجوز بالتالي الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن لأن هذا الجزاء مشروط بأن يسبقه وقف الخصومة ، ويرى سيادته ان الحل في هذه الحالة هو انه يجوز للمحكمة الحكم ببطلان الاعلان ثم الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن لفوات الميعاد المنصوص عليه في المادة ٧٠ وذلك حتى لا تضطر المحكمة الى السير في اجراءات معيبة حتى نهايتها.

(٤٣٥)ولكن لا يجوز لها ان تحكم في موضوع الدعوى رغم عدم اعلان صحيفتها للمدعى عليه والا كان هذا الحكم منعدما لصدوره في غير خصومة.

٢- تصحيح البطلان الناتج عن نقص الأهلية أو عدم صحة التمثيل القانوني

١٨٣.شروط تصحيح البطلان لنقص الأهلية

إذا كانت الإجراءات باطلة نتيجة للقيام بها من قِبَل أو في مواجهة خصم ناقص أو عديم الأهلية ، أو للقيام بها أو توجيهها إلى شخص لا يمثل الخصم تمثيلا قانونيا صحيحا ، فانه يجوز تصحيح الإجراءات بالتكملة ، ويشترط لتصحيح البطلان الناتج عن نقص الأهلية أو عدم صحة التمثيل القانوني للخصم ما يلي:-

١٨٤.الشرط الأول: -أن يكون عيب الأهلية أو الصفة الإجرائية قابلا للتصحيح

والأصل أن كافة العيوب الموضوعية قابلة للتصحيح . فإذا كان الإجراء معيبا لأن القائم به لا يتمتع بالصلاحية اللازمة لذلك بأن كان قاصرا فيجوز تصحيح هذا البطلان بأن يقوم به الممثل القانوني للقاصر ، ولكن توجد بعض الحالات التي يكون فيها تصحيح العيب الموضوعي غير ممكن ؛ ومثال ذلك إذا رفعت دعوى على شخص توفى قبل رفعها فلا يمكن تصحيح الدعوى في هذه الحالة ، لأن المتوفى لا يتمتع بصفة مطلقة ودائمة بأهلية الاختصام(٤٣٦).

١٨٥.اختصام الممثل القانوني لناقص الأهلية أو تدخله في الدعوى

ويعتبر ذلك تطبيقا للقواعد العامة في تصحيح البطلان بالتكملة حيث يجب طبقا لها أن يضاف إلى العمل الباطل ما ينقصه ، وما ينقص الإجراءات فيما نحن بصدده هو عدم اتخاذها في مواجهة الممثل القانوني لناقص الأهلية ، ولذلك فلا يتم تصحيح الإجراءات الا بتوجيهها إلى الممثل القانوني وذلك باختصامه في الدعوى ، ويكون ذلك بإعلانه بصحيفة الدعوى لشخصه أو في موطنه ، كما

---

(٤٣٦)فتحي والي نظرية البطلان بند٣٣٨ ص٦١٥ ، وراجع ما سبق بند١٧٢

يمكن تصحيح الإجراءات أيضا بتدخل الممثل القانوني لناقص الأهلية في الدعوى حيث لا يشترط أن يقوم بالتصحيح ذات الخصم الذي ارتكب المخالفة.

وتطبيقا لذلك قضي بأنه إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لرفعها على قاصر فان حضور الوصي يصحح البطلان ، وقضي بأنه إذا كانت الصحيفة باطلة لرفعها باسم شركة تحت التصفية دون ذكر المصفي الذي له تمثيلها القانوني أمام القضاء ، فان تدخل الممثل القانوني للشركة أثناء المرافعة يصحح البطلان(٤٣٧). وإذا كانت صحيفة الدعوى من شركة تجارية قد رفعها أحد مديري الشركة ، في حين أن الشركة لا يمثلها الا المديران معا ،فإن هذه الصحيفة تصحح بحضور المديرين أمام المحكمة عند نظر الدعوى.

١٨٦.الشرط الثاني:- يجب أن يتم التصحيح في الميعاد المحدد للقيام بالإجراء المعيب

فإذا كان للعمل الإجرائي ميعاد ينبغي القيام به خلاله فيجب تصحيح العيب الموضوعي في هذا الميعاد وإلا انقضت مكنة التصحيح فإذا رفع الطعن بالاستئناف ضد شخص ليست له صفة في تمثيل المحكوم له ، فيجب على المستأنف أن يقوم بتصحيح الاستئناف خلال ميعاد الاستئناف ، وذلك بتوجيه الاستئناف للممثل القانوني للمحكوم له وإلا سقط حقه في التصحيح.

وتطبيقا لذلك إذا صدر حكم لصالح القاصر في مواجهة ممثله القانوني ثم بلغ القاصر سن الرشد قبل رفع الطعن بالاستئناف فيجب على المحكوم عليه أن يرفع الاستئناف ضد القاصر الذي بلغ سن الرشد لأنه اصبح أهلا لمباشرة إجراءات الخصومة بنفسه ، فإذا رفع

---

(٤٣٧)استئناف مختلط ١٩٢٦/٢/٢٤ بيلتان ٣٨-٢٦٢ مشار اليه لدى فتحي والي المرجع السابق بند٣٣٤ ص٦١١والهامش.

الطعن ضد الولي رغم ذلك فانه يكون باطلا ويجب على الطاعن تصحيح الإجراءات بتوجيه الطعن ضد القاصر نفسه فان فعل ذلك في ميعاد الاستئناف ترتب على ذلك تصحيحه . أما إذا انقضى ميعاد الاستئناف دون توجيه الإجراءات للقاصر ترتب على ذلك سقوط حق المستأنف في التصحيح.

١٨٧.لا يشترط أن يتم التصحيح في ذات درجة التقاضي

إذا لم يكن للإجراء ميعاد يجب القيام به خلاله فيجوز تصحيح عيب نقص الأهلية أو عدم صحة التمثيل القانوني للخصم في أي حالة كانت عليها الإجراءات(٤٣٨) ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(٤٣٩) ، وعلة ذلك أن البطلان الذي يصيب الإجراءات نتيجة نقص الأهلية هو بطلان متجدد يلحق كافة الإجراءات ويشوب الخصومة في كافة مراحلها ، ولذلك فالتصحيح يكون للإجراءات اللاحقة دون الإجراءات السابقة(٤٤٠) ، ولذلك فإذا لم يكن حكم

---

(٤٣٨)فالبطلان الذي يصيب الخصومة نتيجة لعدم صلاحية القائم بالعمل هو بطلان متجدد ، ولذلك فان مكنة التصحيح في الاستئناف ترد على اجراءات خصومة الاستئناف ذاتها والتي يمكن ان يصيبها هي الاخرى البطلان اذا كان القائم بها لا يتمتع بالصلاحية الازمة لذلك.

(٤٣٩)بخلاف تصحيح العيب الشكلي الذي يجب ان يتم في نفس درجة التقاضي. راجع ما سبق بند١٧٥.

(٤٤٠)فالتصحيح في هذه الحالة لا يكون باعادة اتخاذ ذات الاجراء الباطل . حيث لا يجوز -ولو كانت المخالفة موضوعية - ان يعاد الاجراء الذي اتخذ امام محكمة اول درجة من جديد امام محكمة الاستئناف ، ولذلك فاذا كانت صحيفة الدعوى باطلة مثلا لرفعها في مواجهة القاصر فتصحيحها لا يكون الا باعادة رفع الدعوى في مواجهة الممثل القانوني للقاصر ، أما اذا صدر حكم فان الطعن فيه بالاستئناف في مواجهة الممثل القانوني للقاصر لا يعني ان المستأنف قام بتصحيح صحيفة

أول درجة قد صدر في مواجهة الممثل القانوني للقاصر ، فيجوز رغم ذلك تصحيح الإجراءات أمام محكمة الاستئناف بان يرفع الاستئناف على الممثل القانوني للقاصر(٤٤١) ، ويكون الاستئناف في هذه الحالة صحيحا ، ولكن ذلك لا يمنع الممثل القانوني للقاصر من التمسك ببطلان حكم أول درجة لعدم صدوره في مواجهته(٤٤٢) ، وانما ينبغي عليه التمسك به قبل الكلام في الموضوع أمام محكمة الاستئناف أما إذا تنازل الممثل القانوني للقاصر عن الدفع بالبطلان صراحة أو ضمنا بأن طلب مثلا تأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به فيكون قد اسقط بهذا التنازل حقه في التمسك ببطلان حكم محكمة أول درجة.

كما يجوز للممثل القانوني نفسه تصحيح الإجراءات لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك بان يقوم برفع استئناف عن حكم محكمة أول درجة(٤٤٣) ، وهذا الاستئناف يعتبر صحيحا في ذاته

الدعوى المرفوعة امام محكمة اول درجة ، ولذلك يجوز للممثل القانوني ان يتمسك امام محكمة الاستئناف ببطلان صحيفة الدعوى المرفوعة امام محكمة اول درجة والتي لم يلحقها أي تصحيح.

(٤٤١)اما اذا رفع الاستئناف على القاصر نفسه فان الاستئناف في هذه الحالة يكون باطلا لعدم رفعه في مواجهة صاحب الصفة الاجرائية ويجوز لكل ذي مصلحة الدفع بالبطلان كما يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها لأنه متعلق بالمصلحة العامة الوقائية راجع ما سبق بند٦١ هامش١٦٩.

(٤٤٢)وذلك اذا كان البطلان الذي اصاب حكم اول درجة نتيجة لفقد الاهلية اثناء سير الخصومة مما يؤدي الى انقطاع سير الخصومة وبطلان ما يتخذ فيها من اجراءات بما فيها الحكم. اما اذا كانت الدعوى قد رفعت من البداية من ناقص الاهلية او ضده فإنه يمكنه التمسك بانعدام الحكم في هذه الحالة: راجع ما سبق بند١٣٨

(٤٤٣)اما اذا رفع الاستئناف من القاصر نفسه فان هذا الاستئناف يكون باطلا

لأنه مرفوع من صاحب الصفة الإجرائية ، الا انه لا يترتب عليه زوال البطلان الذي أصاب الإجراءات أو زوال بطلان الحكم الصادر من محكمة أول درجة ، كما لا يعتبر الاستئناف في ذاته تنازلا عن حقه في التمسك بهذا البطلان ، ولذلك فان من حقه التمسك ببطلان حكم أول درجة ، ولكن يشترط أن يتمسك بهذا البطلان في صحيفة الاستئناف وإلا سقط الحق فيه.

والاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر في غير مواجهة الممثل القانوني للخصم يطرح على محكمة الاستئناف موضوع الدعوى ، فإذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الابتدائي فلا يصح إعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيها من جديد بل يتعين على محكمة الاستئناف أن تمضي في نظرها وان تفصل في موضوعها في مواجهة الممثل القانوني(٤٤٤)(٤٤٥).

بطلانا متعلقا بالمصلحة العامة الوقائية. راجع ما سبق بند١٤٠

الا ان ذلك لا يعني ان حكم اول درجة يصبح نهائيا حائزا لقوة الامر المقضي في مواجهة القاصر بل يبقى باب الطعن فيه مفتوحا لحين اعلان الممثل القانوني للقاصر بالحكم الصادر من محكمة اول درجة ولا يحوز الحكم قوة الامر المقضي في هذه الحالة الا بصدور حكم في الاستئناف المرفوع من الممثل القانوني للقاصر او بفوات ميعاد الطعن فيه محسوبا من تاريخ اعلان الممثل القانوني بالحكم.

(٤٤٤)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة اول درجة قد استنفدت ولايتها بالحكم في موضوع الدعوى ، وكانت محكمة الاستئناف قد رأت ان الحكم المستأنف باطل لصدوره في مواجهة شخص لا يمثل النقابة – بعد زوال صفة ممثلها السابق – فإنه لا يصح اعادة القضية الى محكمة اول درجة للفصل فيها من جديد بل يتعين على محكمة الاستئناف ان تمضي في نظرها وان تحكم في موضوعها نقض ١٩٧١/٥/٢٧ س٢٢ ص٧٠٢.

١٨٨.المحكمة ملزمة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر أهلية الخصوم والأمر باختصام صاحب الصفة الإجرائية

والمحكمة ملزمة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر أو عدم توافر أهلية الخصوم(٤٤٦) ، ومن باب أولى إذا طلب منها المدعي أجلا لتصحيح البطلان باختصام الممثل القانوني لناقص الأهلية فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان قبل تمكينه من التصحيح ، حيث يتعين عليها أن تضرب له أجلا يقوم فيه بتصحيح الإجراءات.

كما نعتقد انه يجوز للمحكمة أن تأمر المدعي من تلقاء نفسها بتصحيح هذا العيب الموضوعي(٤٤٧) وذلك بأن تأمر الخصم صاحب الصلحة باختصام(٤٤٨) الممثل القانوني لناقص الأهلية حتى يتم تصحيح البطلان الذي أصاب الإجراءات ، فإذا قام المدعي باختصام الممثل القانوني لناقص الأهلية ترتب على ذلك تصحيح شكل الخصومة.

١٨٩.تصحيح الصفة الإجرائية لا ينتج أثره الا من تاريخ القيام به

ولكن التصحيح لا ينتج أثره في هذه الحالة الا من تاريخ الاختصام أو التدخل ، فليس للتصحيح اثر رجعي(٤٤٩)(٤٥٠) ، لأن التصحيح باختصام أو بتدخل الممثل القانوني لناقص الأهلية يعتبر تصحيحا بالتكملة(٤٥١) ، ولذلك يجوز لصاحب الصفة

---

(٤٤٥)هذا ما لم يكن الحكم منعدما نتيجة لرفع الدعوى من البداية من او في مواجهة القاصر حيث يتعين على محكمة الاستئناف عندما تقضي بانعدام حكم محكمة اول درجة ان تقف عند هذا الحد فلا تحيل الدعوى الى محكمة اول درجة ولا تتصدى لنظر موضوع الدعوى.

(٤٤٦)أنظر المادة الخامسة من مشروع قانون المرافعات السابق المقدم للبرلمان وجاء فيها أن على المحكمة في جميع الأحوال التثبت من توافر الأهلية أو من صحة التمثيل أو الإذن بالحضور وقد حذف هذا النص على تقدير أن القانون المدني في مادته السادسة تناول موضوع الأهلية وأنه يتعين توحيد الحكم بصدده.

(٤٤٧)وليس ذلك بدعا من القول ففي القانون الايطالي تنص ١٨٢ مرافعات ايطالي على انه ((يتحقق القاضي من تلقاء نفسه من صحة حضور الخصوم ويدعوهم – اذا لزم الامر – الى تكملة او تصحيح الاعمال والمستندات التي يرى انها معيبة واذا تبين عيبا في التمثيل او المساعدة او الاذن فيمكنه ان يحدد للخصوم ميعادا لحضور الشخص الذي يقع عليه عبء التمثيل او للمساعدة او للحصول على الاذون الضرورية وذلك ما لم يتحقق سقوط)).انظر في ذلك: فتحي والي المرجع السابق بند٣٤٤

(٤٤٨) ويمكن تأسيس هذه المكنة المعطاه للمحكمة في الامر باختصام الممثل القانوني على المادة ١١٨ مرفعات التي تجيز للمحكمة ان تأمر باختصام من ترى ضرورة اختصامه لصلحة العدالة او لاظهار الحقيقة.

(٤٤٩)فالتصحيح بحضور الممثل القانوني للقاصر لا يعتبر تصحيحا للبطلان طبقا للمادة ١١٤مرافعات ، كما انه لا يعتبر تصحيحا بتحقق الغاية من الاجراء لأنه عيب موضوعي والعيوب الموضوعية لا يعمل فيها بمعيار تحقق الغاية. ولكنه تصحيح بالتكملة طبقا للمادة ٢٣ مرافعات

(٤٥٠)قارن في ظل القانون السابق الذي كان يجعل للتصحيح اثر رجعي نقض ١٩-٦-١٩٥٥ الطعن رقم١٣٦ س٢٢ق حيث جاء فيه أنه لما كانت المصلحة هى مناط الدفع كما هى مناط الدعوى ، فإنه لا يجوز لأحد الخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذوى الأهلية متى كان العيب الذي شاب تمثيل ناقص الأهلية قد زال ، إذ بزواله تصبح إجراءات التقاضي صحيحة ومنتجة لآثارها في حق الخصم على السواء منذ بدايتها وتنتفي كل مصلحة في الطعن عليها.

(٤٥١) فقد رأينا انه لا يلزم ان يقوم بالتصحيح نفس الشخص الذي قام بالعمل الباطل وانما يجوز ان يقوم به خصمه ، كما لا يلزم في التصحيح بالتكملة ان يتم بنفس الوسيلة التي تم بها العمل الباطل وانما يجوز ان

الإجرائية الذي اختصم أو تدخل أن يتمسك ببطلان الإجراءات السابقة على اختصامه أو تدخله ، فإذا تمسك بهذا البطلان وجب إجابته إلى طلبه ولا يجوز للمحكمة رفضه بزعم أن هذا البطلان قد تم تصحيحه باختصامه أو تدخله ، وتطبيقا لذلك قضي بأنه إذا صححت الدعوى بتوجيهها إلى الممثل القانوني للمدعى عليه ، فان التصحيح لا ينسحب أثره إلى تاريخ رفع الدعوى ولا يجعل رفع الدعوى قاطعا للتقادم من هذا التاريخ(٤٥٢).

غير انه يجوز للخصم أن يتنازل عن حقه في التمسك ببطلان الإجراءات السابقة على اختصامه أو تدخله ، ويجوز أن يكون هذا التنازل صريحا أو ضمنيا بكلامه في الموضوع مثلا ، فإذا تنازل عن البطلان أصبحت الإجراءات صحيحة بأثر رجعي وذلك نتيجة للتنازل وليس نتيجة للتصحيح.

١٩٠.مقارنة بين تصحيح الصفة الإجرائية وتصحيح الصفة في الدعوى

إذا كان الفقه قد فرق بين الصفة الإجرائية والصفة في الدعوى فالصفة في الدعوى هي التي تثبت لشخص الذي يكون من حقه أن يرفع دعوى للمطالبة بحماية حق أو مركز قانوني معين(٤٥٣) ، أما الصفة الإجرائية فهي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى الخاصة بغيره ، ويترتب على هذه التفرقة آثار هامة

يتم بوسيلة اخرى.

(٤٥٢)راجع فتحي والي المرجع السابق بند٣٤٣ ص٦٢٥

(٤٥٣)والصفة بهذا التعريف قد تكون صفة عادية وهي تثبت لصاحب الحق او المركز القانوني نفسه ، كما قد تكون صفة استثنائية حيث يكون من حق الشخص ان يرفع دعوى للمطالبة بحماية حق او مركز قانوني لشخص آخر كالدعاوى التي ترفعها النيابة العامة والدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن للمطالبة بحق لمدينه. احمد خليل المرجع السابق ص ٢١٨

حيث يكون التمسك بعدم توافر الصفة في الدعوى بدفع بعدم القبول أما التمسك بعدم توافر الصفة الإجرائية فيكون بدفع ببطلان الإجراءات ، كما أن زوال الصفة في الدعوى أثناء سير الخصومة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى ، أما زوال الصفة الإجرائية أثناء سير الخصومة فيؤدي إلى انقطاع الخصومة لحين تصحيحها في مواجهة من يقوم مقام صاحب الصفة الإجرائية التي زالت(٤٥٤).

وإذا كان القانون قد أجاز تصحيح الصفة في الدعوى، كما أجاز أيضا تصحيح الصفة الإجرائية ، فان أحكام تصحيح الصفة في الدعوى تختلف عن أحكام تصحيح الصفة الإجرائية ، ويترتب على ذلك آثار ونتائج هامة نحصيها فيما يلي:-

١.١٩١-اختلاف القواعد القانونية التي تحكم تصحيح الصفة الإجرائية عن تلك التي تحكم تصحيح الصفة في الدعوى(٤٥٥)

فتصحيح الصفة الإجرائية يخضع لقواعد تصحيح البطلان

---

(٤٥٤) وجدي راغب واحمد ماهر زغلول المرجع السابق ص١٣١ ، احمد خليل المرجع السابق ص٢١٩

(٤٥٥)يبدو ان هذه التفرقة غير واضحة في قضاء محكمة النقض فقد قضت بانه اذا قام المطعون ضده بالطعن على قرار لجنة الطعن بصفته الشخصية ثم قام بتصحيح شكل الطعن بصفته وليا طبيعيا بعد مضي الثلاثون يوما المحددة للطعن في قرار اللجنة فان حقه في الطعن يسقط ، ذلك ان تصحيح الصفة في الدعوى يجب ان يتم في الميعاد المقرر قانونا ودون اخلال بالمواعيد المقررة لرفع الدعاوى والطعون ومدد التقادم ، اذ لا يحدث التصحيح اثره الا اذا تم في الميعاد المحدد لرفع الدعوى او الطعن نقض ١٩٩٠/٢/٥ الطعن رقم ٣٨٦ س٥٤ق. وهذه النتيجة سليمة ، ولكن واضح ان الامر لا يتعلق بالصفة في الدعوى على نحو ما ذهبت اليه المحكمة في هذا الحكم ، ولكنه متعلق بالصفة الاجرائية في التمثيل القانوني وتحكمه المادة ٢٣ مرافعات وليس المادة٢/١١٥ مرافعات.

خاصة المادة ٢٣ مرافعات.

أما تصحيح الصفة في الدعوى فيخضع للمادة ٢/١١٥ مرافعات التي تنص على انه ((إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس اجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة)) وموجب هذا النص أن المحكمة التي تتبين – سواء من تلقاء نفسها(٤٥٦) أو بناء على دفع – أن المدعى عليه لا صفة له في الدعوى المرفوعة ضده فانه يمتنع عليها الحكم بعدم قبول الدعوى(٤٥٧) وانما ينبغي عليها تأجيل الدعوى وتأمر المدعي بتصحيح الصفة وذلك باختصام صاحب الصفة الحقيقي في الدعوى(٤٥٨).

---

(٤٥٦)ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تبحث ما اذا كانت الدعوى مرفوعة على صاحب الصفة الحقيقي ام مرفوعة على شخص ليست له صفة في الدعوى دون حاجة الى ان يتمسك احد الخصوم بذلك ولو لم تكن الصفة متعلقة بالنظام العام ، فاذا تبينت المحكمة ان المدعى عليه ليست له صفة في الدعوى فلا يجوز لها ان تقضي مباشرة بعدم قبول الدعوى وانما يتعين عليها ان تؤجل الدعوى لاختصام صاحب الصفة الحقيقي.

(٤٥٧)فتحي والي الوسيط بند٢٨٨ ص٤٩٨

(٤٥٨) فيشترط لتصحيح الصفة طبقا لهذا النص الشروط التالية :-١- ان ترفع الدعوى على شخص ليس له صفة في الدعوى المرفوعة ضده كما لو رفعت دعوى على الزوج لمطالبته بدين في ذمة زوجته ، فالزوج في هذه الحالة ليست له صفة لانه ليس هو المدين ، اما لو رفعت الدعوى على احد اصحاب الصفة فنعتقد مع بعض الفقه ان الدعوى في هذه الحالة تعتبر مقبولة ولكن الاجراءات ناقصة حيث يجب اختصام باقي اصحاب الصفة. ٢- ان يتم اختصام صاحب الصفة الحقيقي ، ولم تحدد المادة ٢/١١٥ من الذي يقوم باختصام صاحب الصفة الحقيقي ولكن طبقا لمبدأ ان الخصوم هم الذين يقومون بالاجراءات فان المدعي – وليس قلم الكتاب – هو الملتزم باختصام صاحب الصفة الحقيقي ، ولا يلزم ان يكون الاختصام بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، بل يكفي ان يقوم المدعي باعلان صاحب الصفة الحقيقي دون ان يلتزم بايداع صحيفة جديدة قلم الكتاب ، ويجب على المدعي ان يراعي في ذلك مواعيد الحضور ، كما يجب عليه ان يعلنه قبل انقضاء ثلاثة اشهر من تاريخ رفع الدعوى والا جاز له التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن. واذا حضر المدعى عليه الحقيقي في الجلسة وتنازل عن حقه في اعلانه بصحيفة الدعوى وتأكد انه هو المقصود بهذه الدعوى ترتب على ذلك تصحيح صفة المدعى عليه بحيث لا يوجد داعي لتأجيل الدعوى كما لا يجوز للمحكمة ان تقضي بعدم قبولها. ٣- يجب ان يكون تصحيح الصفة في ذات درجة التقاضي. انظر المتن.

(٤٥٩)أحمد أبو الوفا التعليق ص٥٣٨ ، وأنظر كذلك من هذا الرأى محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٧٢٢ ، احمد هندي قانون المرافعات الكتاب الأول ط١٩٩٥ ص٦٦١ ، عز الدين الدناصوري وحامد عكاز التعليق ص٦٥٣.

٢.١٩٢-يشترط أن يتم تصحيح الصفة الإجرائية في الميعاد ، أما تصحيح الصفة في الدعوى فلا يشترط أن يتم في الميعاد

فتصحيح الصفة الإجرائية يتعين أن يتم في خلال الميعاد المحدد للقيام بالإجراء لأنه تصحيح للبطلان وذلك على التفصيل السابق بيانه.

أما تصحيح الصفة في الدعوى فقد اختلف الفقه حول امكانة التصحيح بعد فوات الميعاد وذلك في الحالات التي يكون للدعوى ميعاد تقادم معين ، فذهب بعض الفقه(٤٥٩) إلى أن التصحيح طبقا للمادة ٢/١١٥ لا يخل بأي حال من الأحوال بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى سواء أكانت من مدد التقادم أو مواعيد السقوط أو الطعن في الأحكام بحيث يجب أن يتم ذلك التصحيح في الميعاد المقرر لرفع

الدعوى ، وهذا هو مذهب محكمة النقض حيث إنها تستقر في أحكامها على وجوب تصحيح الصفة أو اختصام باقي من يوجب القانون اختصامهم قبل انقضاء الميعاد المحدد لرفع الدعوى فقررت أن اختصام الشفيع في دعوى الشفعة لباقي المشترين بعد الميعاد المحدد لرفع الدعوى يترتب عليه سقوط حقه في الشفعة ولو سبق له اختصام الولي الشرعي عليهم في الميعاد رغم بلوغهم سن الرشد.

في حين ذهب البعض الآخر(٤٦٠) -بحق- إلى أنه إذا كانت الدعوى خاضعة لميعاد تقادم معين ورفعت الدعوى قبل تقادمها فإنها تحفظ حق المدعى فلا يتقادم فإذا حدث وكان المدعى عليه غير ذي صفة فإن قيام المدعى بإعلان ذي الصفة في الميعاد الذي حددته له المحكمة وفقا للمادة ٢/١١٥ يُبقى للدعوى أثرها ولا يحول دون ذلك أن يكون الميعاد قد انقضى بعد رفع الدعوى ، ذلك أنه برفع الدعوى لا ينقضي أي ميعاد نص عليه القانون ، وكذلك إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد على بعض ذي الصفة واختصم ذوي الصفة الآخرين ولو بعد الميعاد كانت الدعوى وفقا للمادة ٢/١١٥ مقبولة.

٣.١٩٣-تصحيح الصفة الإجرائية ليس له اثر رجعي ، أما تصحيح الصفة في الدعوى فله اثر رجعي

فتصحيح الصفة الإجرائية يحدث أثره من تاريخ التصحيح وليس من تاريخ رفع الدعوى ، إذ أن تصحيح البطلان سواء كان بطلانا شكليا أو موضوعيا ليس له أثر رجعي وذلك على التفصيل السابق دراسته.

أما تصحيح الصفة في الدعوى فينتج أثره من تاريخ رفع الدعوى وليس من تاريخ التصحيح

---

(٤٦٠)فتحي والي المرجع السابق بند٢٨٧ ص٤٩٦ هامش ٢

٤.١٩٤-لا يشترط أن يتم تصحيح الصفة الإجرائية في ذات درجة التقاضي بينما يتعين ذلك بالنسبة لتصحيح الصفة في الدعوى

فتصحيح الصفة الإجرائية يجوز أن يتم في أية حالة ولو كان لأول مرة في الاستئناف ، ولكن هذا لا يمنع من التمسك ببطلان الإجراءات السابقة على التصحيح ، فإذا كانت الإجراءات أمام محكمة أول درجة باطلة لاتخاذها في مواجهة القاصر فيجوز تصحيح الإجراءات أمام محكمة الاستئناف بان يرفع الاستئناف في مواجهة الممثل القانوني للقاصر ويكون الاستئناف صحيحا في هذه الحالة(٤٦١).

بينما تصحيح الصفة في الدعوى يجب أن يتم في ذات درجة التقاضي ، ولذلك فإذا أصدرت محكمة أول درجة حكما في الموضوع في مواجهة غير ذي صفة وتمسك هذا الشخص بانتفاء صفته أمام محكمة الاستئناف تعين على محكمة الاستئناف أن تقضي بعدم قبول الدعوى وتقف عند هذا الحد ولا يجوز لها أن تحكم في الموضوع في مواجهة صاحب الصفة الحقيقي ولو قام المدعي باختصامه أو تدخل هو من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف ، وذلك احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين الذي لا يجوز مخالفته أو الاتفاق على مخالفته لتعلقه بالنظام العام.

٣- تصحيح الإجراءات أمام محكمة الطعن طبقا للمادة ٣/٢١٨ مرافعات

١٩٥.مفترضات التصحيح طبقا لنص المادة٢/٢١٨مرافعات

إذا تعدد الخصوم في خصومة موضوعها غير قابل للتجزئة وطعن في الحكم الصادر فيها بالاستئناف فيجب اختصام جميع الخصوم الذين كانوا أطرافا في خصومة أول درجة امام محكمة

---

(٤٦١) راجع ما سبق بند١٨٧

الاستئناف ، وهذا الاختصام لازم وضروري لصحة إجراءات الخصومة أمام محكمة الاستئناف بحيث إذا لم يتم الاختصام ترتب على ذلك بطلان أو عدم قبول الاستئناف(٤٦٢).

وطبقا لنص المادة ٢/٢١٨ مرافعات يجب على الطاعن من تلقاء نفسه أن يقوم باختصام باقي المحكوم عليهم وباقي المحكوم لهم فان لم يفعل وجب على المحكمة أن تأمره باختصامهم.

وحق-بل واجب -الطاعن في اختصام باقي المحكوم لهم ينبع في الحقيقة من حق الخصم في تصحيح البطلان ، والتصحيح الذي يقوم به الطاعن هنا ليس تصحيحا للطعن المرفوع صحيحا على أحد المحكوم لهم - فهذا الطعن صحيح في ذاته ولا يحتاج إلى أي إجراء آخر- وإنما التصحيح لإجراءات الخصومة ، فهذه الخصومة ذات الموضوع الغير قابل للتجزئة تقتضي استكمال الإجراءات باختصام باقي المحكوم لهم إذ بدون هذا الاختصام تكون هذه الخصومة باطلة.

١٩٦.التزام المحكمة بتكليف الطاعن باختصام باقي الخصوم

فإذا لم يقم الطاعن من تلقاء نفسه بتصحيح الخصومة وذلك باختصام باقي أطراف خصومة أول درجة ، فيجب على المحكمة أن تأمره بالتصحيح او بالاختصام ، فالأمر بتصحيح البطلان في هذه الحالة ليس مجرد حق للمحكمة تقوم به من تلقاء نفسها بل هو واجب عليها بنص المشرع

ولذلك فإن المحكمة - في اعتقادنا - لا تستطيع أن تقضي بعدم القبول الطعن او ببطلانه إلا بعد الوفاء بالتزامها وهو الأمر بالاختصام ، ولا تعتبر المحكمة قد قامت بهذا الالتزام لمجرد إنها

---

(٤٦٢) راجع في الخلاف القائم في الفقه حول الجزاء المترتب نتيجة عدم اختصام جميع الاطراف في الموضوع غير القابل للتجزئة: للمؤلف المرجع السابق بند٩٠ ص١٣١ وما بعدها

نبهت الطاعن إلى ضرورة اختصام باقي الخصوم أو إلى أن له الحق في اختصامهم ، وإنما ينبغي أن يكون ذلك في شكل أمر من المحكمة باختصامهم.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم بعدم قبول الاستئناف لعدم قيام الطاعن باختصام أحد المحكوم لهم في دعوى غير قابلة للتجزئة **دون تكليفه باختصامه يعتبر خطأ** من المحكمة ، ولمحكمة النقض التصدي لهذا الأمر من تلقاء نفسها(٤٦٣)

كما قضت بأنه إذا كانت القاعدة القانونية التي تضمنتها المادة ٢/٢١٨ إنما تشير إلى قصد الشارع تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه التزاما بمقتضيات الصالح العام وتحقيقا للغاية التي هدف إليها وهو توحيد القضاء في الخصومة الواحدة ، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام بما لا يجوز مخالفتها أو الإعراض عن تطبيقها وتلتزم المحكمة بإعمالها سواء رفع الطعن صحيحا من أحد المحكوم عليهم أو ضد أحد المحكوم لهم(٤٦٤).

١٩٧.اختصام باقي الخصوم لا يخضع لأي ميعاد

وهذا التصحيح لا يخضع-في اعتقادنا-لأي ميعاد قانوني ، فيجوز للطاعن أن يقوم بهذا التصحيح في أية حالة كانت عليها الخصومة أمام محكمة الاستئناف ، وللمحكمة حسب نص المادة ٢٣ مرافعات مصري أن تحدد للطاعن ميعادا للتصحيح ولها أن تمنحه أكثر من ميعاد واحد إذا كان معذورا في عدم قيامه بالاختصام خلال

---

(٤٦٣)نقض ١٠-٤-١٩٨٨ طعن ٥٦١ س ٥١ ق

(٤٦٤)حكم الهيئة العامة ١٩٨٧/١٢/٢٦ طعن رقم ٧٠٠، ٤٠٩ س ٥٦ق ، ونقض ٨٨/٤/٢٦ طعن١٤٦٥س٥٣ق ، ونقض ١٩٩٢/٣/٣٠ طعن ٢٠٣٩ س ٥٦ق ، وأنظر انور طلبة المرجع السابق ص٣٤٢ .

الميعاد الأول ، فإن لم تحدد المحكمة ميعادا للتصحيح وجب أن يتم التصحيح في ذات درجة التقاضي.

وللمحكمة -في اعتقادنا - الحق في تطبيق الجزاءات المقررة في المادة ٩٩ مرافعات على الطاعن الذي لم ينفذ أمرها باختصام باقي الأطراف وذلك قبل الحكم بعدم القبول.

١٩٨.تدخل باقي الخصوم يؤدي إلى تصحيح البطلان

كما يمكن أن يتم تصحيح البطلان الذي شاب إجراءات خصومة الاستئناف بحضور باقي المحكوم لهم وتمكنهم من الدفاع عن حقوقهم منضمين للمستأنف عليه (ويجوز لهم ذلك طبقا للمادة ٢/٢١٨نفسها ، حيث أن هذا الحضور يصحح شكل الخصومة وتصبح منعقدة بين كافة أطرافها ، وبذلك يكون قد تحقق الهدف التي تسعى إليه المادة ٢/٢١٨ من وجوب اجتماع خصوم أول درجة أمام محكمة الطعن ، ولا يجوز لهؤلاء في هذه الحالة أن يتمسكوا ببطلان الطعن المرفوع ضدهم أو ببطلان الإعلان ، وذلك لأنه ليس مقصود المادة ٢/٢١٨ أن يقوم الطاعن بالذات باختصام المحكوم لهم وانما المقصود الأول هو أن يظهر في خصومة الطعن جميع الأطراف في أول درجة بحيث يكون لخصومة الطعن نفس الاتساع الذي كان لها -من حيث الأطراف - في أول درجة . فالوسيلة التي يمكن أن يظهر بها هؤلاء الأطراف ليست ذات أهمية فسواء تم ذلك باختصام الجميع في صحيفة الطعن ، أو بقيام الطاعن نفسه باختصامهم فيما بعد بمبادرة منه أو بناء على أمر المحكمة أو بقيام هؤلاء الخصوم أنفسهم بالانضمام للمطعون ضده . فكل هذه الوسائل تحقق الهدف وتكتمل الإجراءات وتستقيم للخصومة شكلها لكي يصدر فيها حكم واحد يحوز الحجية في مواجهة جميع الأطراف.

ثالثا
تصحيح البطلان بالحضور

١٩٩.تمهيد

تنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات على أن بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة او بإيداع مذكرة بدفاعه.

وطبقا لهذا النص فان حضور المدعى عليه يؤدي إلى تصحيح البطلان الذي يصيب صحيفة الدعوى أو إعلانها ويسقط حق المدعى عليه في التمسك بهذا البطلان

٢٠٠.شروط التصحيح بالحضور

٢٠١.الشرط الأول:- أن يكون العيب في الإعلان أو في بياني التكليف بالحضور:

فبالنسبة للعيب في الإعلان فليس المقصود به أي عيب يتعلق ببيانات الإعلان ، وانما يشمل فقط البيانات التي يتحقق الغاية منها بالحضور ، فيشمل هذا كل عيب يتعلق بتسليم صورة الإعلان كما لو سلمت الصورة للمدعى عليه في غير موطنه أو لشخص مما لا يجوز تسليم الصورة إليه أو لم يرسل المحضر خطابا موصى عليه للمعلن إليه بعد تسليم الصورة لجهة الإدارة أو إذا كان البيان متعلق بشخص المعلن إليه(٤٦٥). أما بقية البيانات مثل بيان تاريخ الإعلان

---

(٤٦٥)اذ الغرض من هذا البيان هو تعيين شخصية المعلن اليه فاذا حضر وتبين انه هو المدعى عليه المطلوب حضوره فقد تحققت الغاية من البيان. انظر فتحي والي المرجع السابق بند٢٦٩ ص٤٤٦ ، عكس ذلك احمد ابو الوفا المرجع السابق ص٥١٧ وما يليها حيث يرى ان العيب في بيان المعلن اليه لا يصححه الحضور.

او شخص المعلن أو توقيع المحضر أو البطلان لعدم الإعلان في الميعاد(٤٦٦) فلا يؤدي الحضور إلى تحقيق الغاية منها وبالتالي لا يصحح الحضور البطلان المتعلق بها.

أما بالنسبة لبياني التكليف بالحضور وهما بيان المحكمة وتاريخ الجلسة فهما في الحقيقة من بيانات ورقة صحيفة الدعوى وليسا من بيانات ورقة الإعلان ، ولا شك أن الحضور في الميعاد أمام المحكمة المرفوع أمامها الدعوى يحقق الهدف من هذين البيانين ، ولذلك فان الحضور في هذه الحالة يصحح البطلان الناتج عن تخلفهما.

٢٠٢.الشرط الثاني: حضور المدعى عليه

ويستوي أن يحضر بنفسه أو بوكيل عنه ، وإذا كان المدعى عليه لا يستطيع مباشرة الإجراءات بنفسه وانما بواسطة ممثل قانوني فان المعتبر هو حضور الممثل القانوني فحضور الأخير وحده هو الذي يصحح البطلان المتعلق بالإعلان ، أما حضور القاصر فلا يصحح البطلان ، وإذا تعدد المدعى عليهم فان حضور أحدهم لا يصحح البطلان الذي شاب إعلان مدعى عليه آخر ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة.

ويؤدي حضور المدعى عليه إلى تصحيح البطلان طبقا للمادة١١٤ مرافعات حتى ولو قام بعد حضوره بالانسحاب من الجلسة أو صرح انه لم يحضر الا للتمسك ببطلان إعلانه بصحيفة الدعوى.

ويقوم مقام الحضور إيداع المدعى عليه مذكرة بدفاعه لأن ذلك يحقق الغاية المقصودة من الإعلان.

---

(٤٦٦)نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ س٢٦ ص١٧٣٥

٢٠٣.الشرط الثالث: أن يكون الحضور بناء على الإعلان الباطل

فيجب أن يكون حضور الخصم بناء على الإعلان الباطل لأن الحضور في هذه الحالة يعتبر رد على الإجراء بما يفيد اعتباره صحيحا ، أما لو حضر من تلقاء نفسه أو بناء على إعلان آخر فلا يؤدي هذا الحضور إلى سقوط حقه في التمسك ببطلان الإعلان المعيب ولو لعيب في الإعلان أو في بيانات التكليف بالحضور لأن هذا الحضور لا يعتبر رد على الإعلان المعيب ولا يحقق الغاية منه.

ويكفي المدعي الذي يتمسك بسقوط حق المدعى عليه في الدفع بالبطلان أن يثبت تحقق الشرط الأول، أي أن يثبت أن العيب الذي أصاب الإعلان هو من العيوب التي تصحح بالحضور ، أما الشرط الثاني وهو حضور المدعى عليه فيثبت بقيام كاتب الجلسة بإثبات حضوره في محضرها ، كما يكفي القاضي للحكم بسقوط حق المدعى عليه التحقق من توافر هذين الشرطين ، أما الشرط الثالث فهو مفترض ولا يكلف المدعي بإثباته ولا يكلف القاضي بالتحقق من توافره ، ولكن يجوز للمدعى عليه أن يثبت تخلفه أي أن يثبت انه لم يحضر بناء على الإعلان الباطل وانما حضر من تلقاء نفسه ، وفي تلك الحالة فان الدفع بالبطلان يكون مقبولا.

ونعتقد انه يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط حق المدعى عليه في الدفع بالبطلان لحضوره ولو لم يتمسك المدعى بذلك ، لأن القاضي مكلف عند التمسك أمامه بجزاء معين أن يتحقق من تلقاء نفسه من توافر الشروط اللازمة لإعمال الجزاء ، فإذا وجد القاضي أن أحد هذه الشروط قد تخلف فلا يجوز له الحكم بالجزاء.

٢٠٤.اثر حضور المدعى عليه طبقا للقانون الجديد

تنص المادة ٣/٦٨ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم٢٣لسنة ١٩٩٢ على أنه (ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر الجلسة).

ولقد أثار هذا النص عدة تساؤلات: الأول: هل الحضور تنعقد به الخصومة ولو لم يعلن المدعى عليه إطلاقا بصحيفة الدعوى؟ الثاني: هل الحضور يمنع المدعى عليه من التمسك بالبطلان ولو في غير الحالات المنصوص عليها في المادة ١١٤؟. الثالث: لم ينص المشرع على إيداع مذكرة بالدفاع فهل معنى ذلك أن إيداع المذكرة لم يعد في القانون الجديد بمثابة حضور؟

بالنسبة للتساؤل الأول فنعتقد أن الحضور لا تنعقد به الخصومة بدون إعلان إلا بمراعاة عدة ضوابط(٤٦٧) ، فيجب أن

---

(٤٦٧)وانظر ايضا المذكرة الايضاحية للقانون الجديد انها تبغي من النص المستحدث تقنين قضاء محكمة النقض والتي انتهت فيه بحكم الهيئة العامة الى ان المواجهة هي مناط انعقاد الخصومة وانه وان كان الاعلان الصحيح هو الوسيلة المثلى لعلم المدعى عليه بالدعوى بما يتحقق معه مبدأ المواجهة ، الا ان هذا الاعلان اذ شرع لمصلحته فيجوز له التنازل عنه صراحة او ضمنا فتنعقد الخصومة عندئذ بحضوره متى كان دالا على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وقبوله التصدي للدفاع فيها دون ما حاجة لتكليف المدعي او قلم المحضرين باعلانه بصحيفتها نقض ١٩٩٢/٣/٨ س٣٨ ص٣ ، ومع ذلك فقد خالفت محكمة النقض في حكم حديث لها هذا النظر وقضت بان نص المادة ٦٨ قد جاء واضحا جليا يدل على ان المشرع ارتأى اعتبار الخصومة منعقدة في الدعوى باحد امرين: اولهما اعلان صحيفتها للمدعى عليه والثاني هو حضور المدعى عليه بالجلسة ، ووردت العبارة الخاصة بالحضور بصيغة عامة مطلقة دون قيد او شرط ، الا ان المذكرة الايضاحية لهذا القانون اوردت تفسيرا لهذا النص جاء فيه ان المقصود بالحضور في هذا المقام هو ان يحضر المدعى عليه دون اعلان بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها ويتنازل صراحة او ضمنا عن حقه في اعلانه بصحيفتها كأن يقر باستلامه صورة منها او يتسلم هذه الصورة بالجلسة دون اعتراض منه او يبدي دفاعا في الموضوع او يطلب اجلا لابدائه ، الا ان نص الفقرة الثالثة المستحدثة على انعقاد الخصومة ايضا بالحضور قد تجاوز عن تلك الفروض جميعها اذ تنعقد به الخصومة سواء تنازل المدعى عليه صراحة او ضمنا عن حقه في اعلانه بصحيفتها او لم يتنازل عنه فلا يلزم اقراره باستلامه صورة الصحيفة او يتسلمها في الجلسة دون اعتراض منه وسواء تقدم بدفاع او مستندات او لم يقدم ، بما مفاده ان المشرع افترض علم المدعى عليه بالخصومة وبالطلبات فيها بمجرد مثوله امام المحكمة دون ما حاجة لتوافر أي شرط او اتخاذ أي مجابهة. نقض ١٩٩٤/١/٦ الطعن رقم ٤٩٤٦ س٦١ق. مشار اليه لدى محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٤٩٢ وما يليها.

(٤٦٨)وفي اعتقادي انه لا يجوز للمدعى عليه الاعتراض على تسلم الصورة في الجلسة اذا القاعدة انه يجوز تسليم الاعلان للمدعى عليه في أي مكان ، ويعتبر مبالغة في التمسك بالشكليات ان يتمسك بحقه في اعلانه في موطنه ، الا انه من ناحية اخرى فللمدعى عليه الحق في الحصول على اجل لاعداد دفاعه ولا يجوز للمحكمة ان تعترض على ذلك.
قارن فتحي والي المرجع السابق بند٢٦٩مكرر ص٤٥٤ والذي يرى انه يشترط الا يعترض المدعى عليه على تسليمه صورة من الاعلان ، ولذلك فلا يجوز للمحكمة ان تلزمه بتسلم صورة من الاعلان ولا ان تأمر المدعى او قلم الكتاب بتسليمه صورة منها في الجلسة فان فعلت فان للمدعى عليه الحاضر الامتناع عن تسلمها. ذلك ان القانون اوكل مهمة تسليم صورة الاعلان الى المحضرين دون غيرهم ، ووفقا لإجراءات الاعلان التي نص عليها.

يكون المدعى عليه قد تنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في الإعلان ، ومثال التنازل الضمني أن يقر باستلامه صورة من ورقة الإعلان أو أن يتسلم هذه الصورة في الجلسة(٤٦٨) أو أن يبدي دفاعه في الموضوع أو يبدي دفعا بعدم القبول أو أن يطلب أجلا لإبداء هذا الدفع على نحو يدل على إحاطته بموضوع الدعوى وبالطلبات فيها وبمركزه القانوني

بين أطراف الخصومة(٤٦٩).

أما إذا حضر المدعى عليه ولم يتسلم صورة من الإعلان ولم يتنازل عن حقه في الاعلان فلا تنعقد الخصومة - رغم حضوره - الا بإعلانه إعلانا صحيحا بصحيفة الدعوى.

أما بالنسبة للتساؤل الثاني فنعتقد انه يجب التفرقة بين ما إذا كان الحضور بناءً على الإعلان الباطل أم من تلقاء نفس المعلن إليه وليس بناءً على الإعلان الباطل.

ففي الحالة الأولى - أي في حالة الحضور بناء على الإعلان الباطل- يكون من حقه التمسك ببطلان الإعلان أو صحيفة الدعوى في غير الحالات المنصوص عليها في المادة ١١٤ لأنه لم يحضر إلا للتمسك ببطلان إعلانه فإذا تنازل عن البطلان انعقدت الخصومة ، غير أنها تنعقد بالإعلان - وليس بالحضور - الذي أصبح صحيحا حيث زال البطلان بالتنازل عنه.

أما في الحالة الثانية - والتي حضر فيها من تلقاء نفسه وليس بناء على الإعلان الباطل - فمن حقه التمسك بعيوب الإعلان سواء تعلقت هذه العيوب بالحالات الواردة في المادة ١١٤ أو بغيرها من حالات البطلان ، لأن الخصومة لا تنعقد في هذه الحالة بحضوره الا بمراعاة الضوابط السابقة ومنها أن يتنازل عن حقه في الإعلان أو أن يتسلم صورة من الإعلان أو أن يسير في الدعوى ويتكلم في الموضوع ، وطالما انه تمسك ببطلان الإعلان فيدل ذلك على عدم تنازله عن حقه في الإعلان. كما يجوز له التمسك ببطلان صحيفة الدعوى نفسها ،

---

(٤٦٩)انظر من هذا الرأي فتحي والي المرجع السابق بند٢٦٩مكرر ص٤٥٣ ، أحمد السيد صاوي المرجع السابق البنود ١٨٠ مكرر، ١٨١مكرر، ١٨٢، محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق ص٤٨٩. وفي انتقاد هذا الرأي راجع عز الدين الدناصوري وحامد عكاز ص٤٥٠

مثله في ذلك مثل حضوره بناء على إعلان صحيح حيث أن ذلك لا يحرمه من حقه في التمسك ببطلان صحيفة الدعوى رغم انعقاد الخصومة بالإعلان ، كما يمكنه التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلانه بصحيفة الدعوى خلال ثلاثة شهور.

وبالنسبة للتساؤل الثالث: فنعتقد انه إذا كانت الخصومة لا تنعقد الا بإجراءين فقط هما إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى أو حضوره بالجلسة وان إيداع مذكرة بالدفاع لا تنعقد بها الخصومة ، إلا أن هذا النص لا يعني أكثر من ذلك. ولذلك فإن إيداع المدعى عليه مذكرة بدفاعه يجعل الخصومة حضورية في حقه ولو لم يحضر ، كما أن إيداع المدعى عليه لمذكرة الدفاع يعفى المدعى من إعادة إعلانه ولو لم يكن قد أعلن لشخصه ، كما تعتبر الدعوى صالحة للحكم فيها بالنسبة للمدعى عليه.

الفرع الثاني
تصحيح الاختصاص بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة

٢٠٥.تمهيد

إذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة فإن الإجراءات تكون معيبة بعيب موضوعي وهو عدم صلاحية المحكمة للحكم في هذه الدعوى لأنها غير مختصة ولذلك يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها بهذه الدعوى(٤٧٠).

ولقد كان المقتضى الطبيعي لحكم المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى هو زوال الخصومة وزوال ما ترتب عليها من آثار ، ولا شك أن ذلك يؤدي إلى عديد من السلبيات حيث انه يضطر المدعي إلى رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة بما يتضمنه ذلك من مضيعة للوقت ومضاعفة للجهد والنفقات، كما أن المدعي قد يتعرض للحكم عليه في دعواه الجديدة بعدم الاختصاص مرة أخرى وهو ما يؤدي إلى نشوء حالة من التنازع السلبي على الاختصاص وهو وجه من وجوه إنكار العدالة حيث لا يجد المدعي محكمة تنظر دعواه(٤٧١).

ولذلك فقد بذل المشرع محاولات عديدة(٤٧٢) للحد من الآثار

---

(٤٧٠)وتقضي المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها اذا كان الاختصاص متعلقا بالنظام العام كالاختصاص الوظيفي والنوعي ، اما اذا كان الاختصاص متعلقا بالمصلحة الخاصة كالاختصاص المحلي فان المحكمة لا تقضي بعدم اختصاصها الا بناء على طلب الخصم.

(٤٧١)احمد ماهر زغلول دروس في المرافعات ج١ بند٣٧١ ص ٤٦٢

(٤٧٢)فقد نصت المادة ٣٨٣ من القانون المدني على انقطاع التقادم ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، كما كان المشرع في قانون المرافعات السابق ١٩٤٩ ينص في المادة ١٣٥ على انه ((يجوز للمحكمة اذا حكمت بعدم اختصاصها ان تأمر باحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة)) فقد كانت الاحالة طبقا لهذا النص جوازية ، ثم اصبحت بالتعديل الذي تضمنه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وجوبية ، وهو ما اكدته المادة ١١٠ من قانون المرافعات الجديد.

السلبية التي تترتب على الحكم بعدم الاختصاص ، ولقد وصلت المحاولات مداها فتنص المادة ١١٠ من مجموعة المرافعات الجديدة على انه ((على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها)).

٢٠٦.التزام المحكمة بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة عند الحكم بعدم الاختصاص

وطبقا لهذا النص فان المحكمة حينما تقضي بعدم اختصاصها فانه يتعين عليها أمران أن تحدد المحكمة المختصة بنظر الدعوى وان تحيل الدعوى إليها ، وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بحكم الإحالة وهو ما يعني أن اختصاصها بالدعوى لم تحدده هي وانما قام بتحديده محكمة أخرى وهذا يتضمن خروجا على القواعد العامة في التنظيم القضائي حيث المبدأ أن لا تحدد محكمة اختصاص محكمة أخرى ، إذ كل محكمة مختصة بتحديد اختصاصها بنظر دعوى معينة ، ويؤدي إلزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها إلى القضاء على صور التنازع السلبي على الاختصاص ، كما أنه يؤدي من ناحية أخرى إلى تصحيح شكل الدعوى حيث تصبح المحكمة المحال إليها الدعوى مختصة بنظرها.

٢٠٧.شروط الإحالة لعدم الاختصاص

ويشترط لكي تقضي المحكمة بإحالة دعوى معينة إلى محكمة أخرى طبقا للمادة ١١٠ مرافعات أن تتوافر الشروط التالية:-

١.٢٠٨-أن تحكم المحكمة بعدم الاختصاص

فلا تحكم المحكمة بالإحالة طبقا للمادة ١١٠مرافعات الا إذا حكمت بعدم الاختصاص ، اما اذا حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى فلا يجوز لها احالتها الى محكمة اخرى(٤٧٣) ، وكذلك فاذا رأت المحكمة احالة الدعوى لمحكمة اخرى للارتباط أو لقيام ذات النزاع فإن ذلك لا يخضع للمادة ١١٠ مرافعات ، وبناء عليه يجوز للمحكمة المحال اليها أن تقضي بعدم الاختصاص بهذه الدعوى المحالة(٤٧٤).

ويمكن أن يكون عدم الاختصاص متعلقا بالاختصاص الوظيفي أو النوعي أو القيمي أو المحلي ، ففي جميع الحالات يتوجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص والإحالة ، ويستوي أن تكون المحكمة قد حكمت بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، كما يستوي أن تكون قواعد الاختصاص متعلقة بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة.

غير انه يترتب على اعتبار الاختصاص متعلقا بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة اثر هام ، فإذا كان الاختصاص متعلقا بالنظام العام كالاختصاص الوظيفي والنوعي والقيمي فيجوز بل يجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تبحث مسألة الاختصاص هذه وتقضي فيها سواء باختصاصها أو بعدم اختصاصها وإحالة الدعوى للمحكمة المختصة ، وتكون في الحالتين قد قامت بتصحيح الاختصاص. أما إذا كان الاختصاص غير متعلق بالنظام العام كالاختصاص المحلي ولم يتمسك الخصم صاحب المصلحة بعدم اختصاص المحكمة فلا يجوز للمحكمة أن تبحث مسألة الاختصاص المحلي بحيث لا يجوز لها أن تقضي باختصاصها محليا بنظر الدعوى كما لا يجوز لها أن تقضي بعدم الاختصاص المحلي وبالتالي يبقى عيب الاختصاص قائما دون تصحيح ويجوز للخصم بالتالي أن يثير هذه المسألة فيما بعد ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ويستوي أن تكون الإحالة من محكمة إلى محكمة أخرى من ذات الطبقة والدرجة(٤٧٥) أو من ذات الدرجة ولو اختلفت الطبقة(٤٧٦) أو الإحالة من محكمة إلى محكمة أخرى مختلفة في الطبقة والدرجة(٤٧٧).

---

(٤٧٣)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى المتعلقة بالمنازعات الزراعية قبل طرح المنازعة على اللجنة وصدور قرارها فيه أمر ينصب على قبول الدعوى أو عدم قبولها ولا يتصل بمسألة من مسائل الاختصاص المتعلقة بولاية المحاكم: نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ س٢٠ ص١٢٧٦

(٤٧٤)ولذلك فاذا رفع امام المحكمة الجزئية طلب عارض لا يدخل في اختصاصها ورأت المحكمة ان تحيل الطلبين الاصلي والعارض للمحكمة الابتدائية فان احالة الطلب العارض وحده يكون طبقا للمادة ١١٠ اما احالة الطلب الاصلي فيكون طبقا للمادة ٤٦ مرافعات.

(٤٧٥)كالاحالة من محكمة جزئية الى محكمة جزئية اخرى او من محكمة ابتدائية الى محكمة ابتدائية اخرى ، أو الاحالة من محكمة استئناف الى محكمة استئناف اخرى.

(٤٧٦)كالاحالة من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية او العكس. وكذلك الاحالة من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية الى محكمة الاستئناف العالي او العكس. وليس في الاحالة من المحكمة الابتدائية بهئية استئنافية الى محكمة الاستئناف العالي تسليط للقضاء الادنى على القضاء الاعلى: انظر نقض ١٩٧٦/٣/٢٦ س٢٧ ص٧٧٩

(٤٧٧)كالاحالة من محكمة الاستئناف الى محكمة اول درجة في الحالة التي تلغي فيها حكم محكمة اول درجة القاضي باختصاصها بنظر الدعوى اذ نرى مع جانب من الفقه -بحسب ما هو وارد في المتن - ان لمحكمة

ويرى بعض الفقه أن الإحالة لا تكون الا ذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها هي بنظر الدعوى ، أما إذا قضت المحكمة بعدم اختصاص محكمة أخرى بنظر الدعوى كما لو قضت محكمة الطعن بعدم اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه فلا تلتزم محكمة الطعن في هذه الحالة بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة(٤٧٨). في حين يرى جانب آخر من الفقه -بحق- أن محكمة الطعن تلتزم من باب أولى إذا قضت بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى أن تحيل الدعوى إلى المحكمة التي تراها مختصة(٤٧٩).

أما إذا كانت مسألة الاختصاص متعلقة بالاختصاص الدولي للمحاكم فلا تجوز الإحالة ، وانما تقتصر المحاكم المصرية على الحكم بعدم الاختصاص ؛ كذلك إذا كانت الهيئة المختصة بالدعوى لا تعتبر محكمة بالمعنى الدقيق فلا يجوز الإحالة منها أو إليها ، ولذلك لا يجوز الإحالة من أو إلى هيئة تحكيم اختياري أو إجباري.

٢.٢٠٩-أن يبقى بعد الحكم بعدم الاختصاص موضوعا صالحا للفصل فيه

أما إذا كان الحكم بعدم الاختصاص هو بمثابة حكم برفض الدعوى فلا يجب الإحالة في هذه الحالة ، وتتحقق هذه الصورة في حالة الحكم الصادر من القضاء المستعجل بعدم الاختصاص بالدعوى المستعجلة لعدم توافر شروط اختصاصه كعدم توافر شرط الاستعجال

الاستئناف الحق في احالة الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى التي ترى انها مختصة بالدعوى.

(٤٧٨)ابراهيم سعد المرجع السابق بند٢١٣ ؛ احمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٣٧٢ ص٤٦٤

(٤٧٩)احمد ابو الوفا الاحكام بند١٤٤ ص٢٨٤

حيث يعد هذا القضاء في نفس الوقت حكما في الموضوع برفضه أي برفض منح الحماية الوقتية لعدم توافر شروطها ، فلا يبقى في هذه الحالة موضوعا يمكن الفصل فيه حتى تلتزم المحكمة المستعجلة بإحالته.

فإذا توافر هذين الشرطين فان المحكمة يتعين عليها أن تقضي بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة(٤٨٠) ، والمحكمة تحكم بالإحالة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك ، بل ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالمصلحة الخاصة كعدم الاختصاص المحلي(٤٨١) ، والحكم بالإحالة وجوبي على المحكمة ، فليس لها أدنى سلطة تقديرية في الحكم بالإحالة من عدمه ، ولذلك لا يجوز لها أن تقتصر على الحكم بعدم الاختصاص وإلا كان حكمها مخالفا للقانون ويجوز الطعن فيه.

٢١٠.انتقال الدعوى بحالتها إلى المحكمة المحال إليها والتزامها بحكم الإحالة

ولا يترتب على صدور حكم بعدم الاختصاص والإحالة زوال الدعوى ، وانما يترتب عليه انتقالها بحالتها إلى المحكمة المحال إليها ، ولذلك فان الدعوى تبقى قائمة مرتبة لآثارها من تاريخ رفعها أمام المحكمة المحيلة وليس من تاريخ إحالتها ، فيبقى التقادم منقطعا ، وهذا هو ما تنص عليه صراحة المادة ٣٨٣ مدني.

---

(٤٨٠)ويجوز الطعن المباشر في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والاحالة وذلك بالتطبيق للمادة ٢١٢ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، ويتعين على المحكمة المحال اليها الدعوى ان توقف نظر الدعوى الى حين فوات ميعاد الطعن او صدور حكم من محكمة الطعن.

(٤٨١)طالما ان الخصم صاحب المصلحة قد دفع بعدم اختصاص المحكمة محليا بنظر الدعوى.

كما تبقى جميع الآثار التي اتخذت أمام المحكمة المحيلة صحيحة ومرتبة لآثارها أمام المحكمة المحال إليها ، فإذا كانت الدعوى قد أعلنت للمدعى عليه لشخصه فلا يلزم إعادة إعلانه ، كما أن الدفوع التي سقط الحق فيها لا تعود للحياة من جديد ولا يجوز لصاحبها التمسك بها من جديد ، كما تلتزم المحكمة المحال إليها بالأحكام التي سبق أن صدرت في الدعوى قبل الإحالة طالما أنها أحكام قطعية ، وتلتزم كذلك بالأوصاف والتكييفات القانونية التي تضمنتها هذه الأحكام ولو بنيت على أسباب غير صحيحة في القانون(٤٨٢).

كما تلتزم المحكمة المحال إليها بحكم الإحالة ولو كانت المحكمة المحيلة قد أخطأت في تطبيق قواعد الاختصاص ، ومثال هذا إذا أخطأت المحكمة المحيلة في تقدير قيمة الدعوى وحكمت بعدم الاختصاص القيمي ، ففي هذه الحالة تلتزم المحكمة المحال إليها بتقدير المحكمة المحيلة ولا يجوز لها أن تحكم من جديد بعدم الاختصاص القيمي بالدعوى. الا انه يجوز لها أن تحكم بعدم الاختصاص لسبب آخر كما لو حكمت بعدم الاختصاص الوظيفي أو المحلي.

أساس التزام المحكمة المحال إليها بحكم الإحالة هو أن الحكم في هذه الحالة يحوز حجية الأمر المقضي به رغم انه حكم إجرائي - ويعد ذلك استثناء على القاعدة العامة المعتمدة في التشريع المصري والتي لا يحوز بموجبها الحجية سوى الأحكام الفاصلة في

---

(٤٨٢)احمد ماهر زغلول اعمال القاضي بند٨٢ هامش١٩٩ ، نقض ١٩٨١/١١/٣ الطعن رقم ١١٧٢ س٤٧ق ، نقض ١٩٨٢/١/٤ مجموعة القواعد ١-١ -١٠٦٨

الحقوق والمراكز الموضوعية(٤٨٣).

---

(٤٨٣)احمد ماهر زغلول المرجع السابق بند٢٧ وما بعده

المطلب الثاني
الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

ونتناول هذا المطلب في فرعين نتناول في الفرع الأول النزول عن التمسك بالجزاء ونتناول في الفرع الثاني سقوط الحق في التمسك بالجزاء:-

الفرع الأول
النزول عن التمسك بالجزاء

٢١١.تمهيد

يجوز للخصم التنازل عن حقه في التمسك بالجزاء الإجرائي ما لم يكن الجزاء متعلقا بالنظام العام ، فالجزاء المتعلق بالنظام العام لا يجوز النزول عنه(٤٨٤). أما الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة فيجوز للخصم صاحب الحق في التمسك به أن يتنازل عنه، ويكون ذلك بإعلان إرادته عن النزول عن التمسك بالجزاء ، أيا كانت طريقة التعبير عن إرادة النزول سواء كان تعبير صريح أو تعبير ضمني ، ولكن في كافة الأحوال يجب أن تكون هناك إرادة النزول ، وسنتناول أنواع التنازل وشروطه وآثاره لنبين مدى الدور الذي يقوم به القاضي في ذلك:-

٢١٢.&-١- أنواع التنازل

النزول عن الحق في التمسك بجزاء معين قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا

٢١٣.النزول الصريح

يجوز للشخص أن ينزل صراحة عن حقه في التمسك بجزاء

---

(٤٨٤)فاذا نزل احد اصحاب المصلحة عن الجزاء المتعلق بالنظام العام فلا ينتج هذا النزول اثره ولا يمنع ذلك باقي اصحاب المصلحة او المحكمة من الحكم بالجزاء من تلقاء نفسها غير عابئة بهذا النزول.

معين ولا يشترط في النزول الصريح شكل خاص فيمكن أن يتم شفاهة في الجلسة ويمكن أن يكون بمذكرة تعلن للخصم الآخر ، ولا يشترط أن يتم التنازل عن الجزاء في ألفاظ معينة كل ما في الأمر انه يتعين أن يكون اللفظ دالا بصورة صريحة وجازمة على إرادة التنازل ، والقاضي هو الذي يقوم بتفسير عبارات التنازل حسب ظاهر مدلولها دون رقابة من محكمة النقض طالما أن تفسيره سائغا ، إلا انه لا يجوز له العدول عن المدلول الظاهر لهذه العبارات الا إذا بين سبب عدوله عن هذا المدلول الظاهر.

٢١٤.النزول الضمني

النزول الضمني هو اتخاذ الخصم موقف يدل على إرادته النزول عن حقه في التمسك بالجزاء ، فيجب أن يكون هناك سلوك معين للخصم سواء كان هذا السلوك إيجابيا أو سلبيا ، أما مجرد السكوت المحض فلا يدل على أي إرادة ،ويرى البعض(٤٨٥) أن افتراض نزول الخصم عن التمسك بالجزاء يتحقق في كل حالة يتم فيها الرد على الإجراء المعيب باعتباره صحيحا أو القيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك . وذلك دون بحث عن إرادة من له الحق في التمسك بالجزاء ودون حاجة للتأكد من افتراض نزوله عن حقه في التمسك بالجزاء ، أي أن مجرد الرد على الإجراء الباطل لدى هذا الفقه يعتبر في ذاته تنازل مفترض عن حقه في التمسك ببطلانه على أساس علم مفترض بالإجراء وبمواطن البطلان فيه،وبناء عليه فإذا تمسك صاحب المصلحة بالجزاء رغم أنه رد على الإجراء الباطل فعلى القاضي أن يقضي من تلقاء نفسه بسقوط حقه في الجزاء وذلك بتنازله الضمني المفترض عنه.

---

(٤٨٥)أبو الوفا الدفوع بند٤٩ ص١٠٦

ويرى البعض الآخر(٤٨٦) - بحق - أن على القاضي أن يبحث عن إرادة النزول في سلوك الخصم صاحب الحق في التمسك بالجزاء فيبحث عما إذا كان العمل الذي يراد اعتباره نزولا يمكن أن يتفق في ذهن من قام به مع إرادة التمسك بالبطلان أم لا ، فإذا وجد أن العملان يمكن أن يتوافقا دون أن يكون في هذا مخالفة للمنطق فلا يفترض في هذه الحالة وجود نزول ضمني عن الحق في التمسك بالبطلان ، أما إذا كان سلوك الخصم اللاحق على نشوء حقه في التمسك بالبطلان يعني بالضرورة أن من قام به قد أراد النزول فلا يقبل من بعده التمسك بالبطلان.

٢١٥.&-٢- شروط النزول

٢١٦.الشرط الأول: أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالجزاء

فيجب على القاضي أن يتأكد أن التنازل عن الجزاء قد تم من جانب صاحب الحق في التمسك به(٤٨٧) ، ويستوي أن يكون النزول

---

(٤٨٦)فتحي والي نظرية البطلان بند٣٦٥ ص٦٧٥

(٤٨٧)وقانون المرافعات هو الذي يحدد صاحب الصفة في التمسك بالجزاء الإجرائي ، وصاحب الصفة في التمسك بالجزاء هو نفسه صاحب الصفة في التنازل عنه ، ولذلك فصاحب الصفة في التنازل عن البطلان هو من شرع البطلان لمصلحته نبيل عمر المرجع السابق ص واذا تعدد اصحاب الصفة في التمسك بالجزاء جاز لبعضهم التمسك به وجاز للاخرين التنازل عنه.

كما يجب على القاضي ان يتأكد ان التنازل تم في مواجهة صاحب الصفة فاذا تعددوا جاز التمسك بالجزاء في مواجهة احدهم والتنازل عنه في مواجهة الاخر ، اما اذا كان المشرع يوجب التمسك بالجزاء في مواجهة الجميع فيجب التنازل ايضا في مواجهتهم جميعا حتى ينتج التنازل اثره.

من الخصم نفسه أو من وكيله ، ولقد اختلف الفقه فيما إذا كان النزول عن الحق في الجزاء يحتاج إلى وكالة خاصة أم تكفي بالنسبة له الوكالة العامة ، والرأي الراجح هو أن الوكالة العامة تعتبر كافية لمنح الوكيل الحق في النزول عن التمسك بجزاء أجرائي معين إذ أن الوكالة العامة تعطي للوكيل الحق في التصرف في الخصومة على النحو الذي يراه مناسبا ، ويرجح نص المادة ٧٦ مرافعات هذا الرأي لأنه يحدد الحالات التي يلزم فيها تفويض أو وكالة خاصة لمباشرة بعض أعمال الخصومة وليس بين هذه الحالات النزول عن الحق في التمسك بجزاء إجرائي معين.

وفي حالة تعدد الخصوم فلا يجوز أن يتمسك بالجزاء الا الخصم صاحب المصلحة في التمسك به دون باقي زملائه ، وتفريعا على ذلك لا يجوز أن يتنازل عن التمسك بالجزاء الا صاحب الحق في التمسك به.

٢١٧.الشرط الثاني:- أن تتوافر في النازل أهلية النزول

والأهلية المطلوبة هي أهلية التقاضي وليست أهلية التبرع لان النازل لا ينقل حقه الذي تنازل عنه للغير(٤٨٨) ، ويتعين على القاضي أن يتحقق من تلقاء نفسه من مدى توافر أهلية النزول لدى المتنازل ، فإذا وجد انه غير أهل للتنازل قضى ببطلان التنازل.

٢١٨.الشرط الثالث:- أن تتوافر في النازل إرادة النزول

فإذا لم تكن هذه الإرادة موجودة فلا يمكن الكلام عن نزول ، ولذلك فإذا كان النازل عن جزاء معين لا يعلم بالعيب الذي يمنحه الحق في التمسك بهذا الجزاء فلا يوجد نزول ، وكذلك الشخص الذي يتخذ سلوكا معينا مع التحفظ بحقه في التمسك بالجزاء فان هذا

---

(٤٨٨)فتحي والي المرجع السابق بند٣٦٦ ص٦٨٠

التحفظ ينفي إرادة النزول ، والقاضي هو الذي يستخلص إرادة النزول طبقا لما سبق إيضاحه.

ولا يلزم أن يوافق الطرف الآخر على النزول حيث لا توجد له مصلحة في الرفض(٤٨٩)

٢١٩.&-٣- اثر النزول

إذا نزل الخصم عن التمسك بالجزاء ترتب على ذلك عدم إمكان تمسكه بالجزاء بعد ذلك أبدا سواء أمام نفس المحكمة التي تم التنازل أمامها أو أمام أي درجة أخرى من درجات التقاضي. ولذلك فإذا كان المدعى عليه قد تنازل عن حقه في التمسك ببطلان إعلانه بصحيفة الدعوى فلا يجوز له أن يعود ويتمسك أمام محكمة الاستئناف ببطلان إعلانه بهذه الصحيفة.

٢٢٠.نسبية التنازل

فإذا تعدد أصحاب الحق في التمسك بالجزاء فالقاعدة أن التنازل نسبي في أثره ، فلا يسقط الا حق من تنازل دون حق زملائه وتفريعا على ذلك إذا تنازل البعض عن حقه ترتب على هذا التنازل سقوط حقه وحده في التمسك بالجزاء ، أما الآخرين فيكون من حقهم التمسك بالجزاء ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط حقهم في التمسك به بسبب نزول زميلهم عنه ، وإلا فان المحكمة تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه ، فإذا كان إعلان صحيفة الدعوى باطلا بالنسبة للمدعى عليهم وتنازل واحد منهم عن حقه في التمسك بالبطلان فيصبح إعلان صحيفة الدعوى صحيحا بالنسبة له أما الآخرين فيجوز لهم التمسك بالبطلان.

٢٢١.انطباق قاعدة نسبية التنازل في حالتي التضامن وعدم التجزئة

وتنطبق قاعدة نسبية اثر التنازل ولو كان هناك تضامن بين الخصوم وذلك لأن القاعدة التي اقرها المشرع واستقر عليها الفقه(٤٩٠) أن المتضامن ينوب عن زميله فيما ينفع لا فيما يضر.

كما تنطبق قاعدة نسبية اثر التنازل عن الحق في الجزاء ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة فلا يجوز أن يضر المتنازل بحقوق زملائه بزعم عدم القابلية للتجزئة ، ويكون الحل في هذه الحالة أن التنازل لا يكون له أي اثر بالنسبة لباقي الشركاء في الموضوع غير القابل للتجزئة ، وإذا تمسك أي منهم بحقه في الجزاء فان هذا الجزاء يفيد الجميع بما فيهم من تنازل عن حقه في التمسك به. وتطبيقا لذلك إذا سقطت الخصومة في حق جميع المدعى عليهم وأراد بعضهم التمسك بالسقوط وتنازل البعض الآخر وأراد تعجيل الخصومة فهنا لا عبرة بهذا التعجيل ويجب الاستجابة لطلب السقوط وتسقط الخصومة بالنسبة للجميع ، وإذا شطبت الدعوى ولم يعجلها المدعى إلا بعد فوات الميعاد في حق جميع المدعى عليهم وتمسك بعضهم باعتبار الدعوى كأن لم تكن وتنازل الآخر عن التمسك بهذا الجزاء فلا عبرة بهذا التنازل ويجب على المحكمة الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لجميع المدعى عليهم ، وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة بالنسبة لجميع المدعى عليهم وتمسك بعضهم ببطلان صحيفة الدعوى وتنازل البعض الآخر عن التمسك بهذا البطلان فلا عبرة بهذا التنازل فيجب الحكم ببطلان صحيفة الدعوى بالنسبة للجميع.

---

(٤٩٠)ابو الوفا المرجع السابق بند٤٧ ص١٠٤ ، أحمد مليجي التعليق على

الفرع الثاني
سقوط الحق في التمسك بالجزاء

٢٢٢.تمهيد وتعريف

سقوط الحق في التمسك بعمل معين هو سحب مكنة القيام بهذا العمل بسبب تجاوز الحدود التي قررها المشرع للقيام بالعمل(٤٩١).

فالمشرع لا يترك للأشخاص مكنة مباشرة الإجراءات دون أن يضع حدودا معينة لمباشرتها ، لأن ذلك يؤدي إلى تراخي الخصوم وطول أمد التقاضي ، ولذلك قرر المشرع جزاء السقوط عند تجاوز الخصوم لهذه الحدود ، ونتناول أسباب السقوط وحالاته وأحكامه لنبين مدى الدور الذي يقوم به القاضي في ذلك:-

٢٢٣.أولا: أسباب السقوط

تتعدد أسباب السقوط بتعدد الحدود التي وضعها المشرع لممارسة المكنات الإجرائية وذلك على النحو التالي:

١- عدم مراعاة المواعيد الإجرائية: فيترتب السقوط على عدم مراعاة المواعيد الناقصة أو المواعيد المرتدة(٤٩٢). فبالنسبة للمواعيد الناقصة إذا لم يقم الخصم بالإجراء خلال الميعاد سقط حقه في القيام به فإذا لم يستأنف المحكوم عليه الحكم خلال أربعين يوما سقط حقه في الاستئناف ، وبالنسبة للمواعيد المرتدة إذا لم يقم الشخص بالإجراء قبل بدء الميعاد سقط حقه في القيام به ، ومثاله ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع ، فإذا لم يقدم الشخص اعتراضه على قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات بثلاثة أيام سقط حقه في تقديم الاعتراض.

٢- عدم احترام الترتيب الذي وضعه المشرع للقيام بالإجراء: فمثلا يوجب المشرع إبداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع فإذا أبدى الدفع الشكلي بعد ترتيبه أي بعد الكلام في الموضوع سقط حقه في إبداء الدفوع الشكلية.

٣- التنازل عن الحق في الإجراء: فإذا تنازل أحد الخصوم - صراحة أو ضمنا - عن حقه في القيام بإجراء معين فان هذا التنازل يترتب عليه سقوط حقه في الإجراء. وقد سبق لنا دراسة التنازل بالتفصيل في الفرع الأول من هذا المطلب.

٤- استنفاد المحكمة سلطتها بالنسبة للإجراء: يرى بعض الفقه(٤٩٣) أن استنفاد سلطة المحكمة بالنسبة للإجراء يعتبر من أسباب سقوط الحق في الإجراء ، فإذا أصدرت المحكمة حكما قطعيا في الإجراء فان هذا يؤدي إلى استنفاد سلطة المحكمة بالنسبة للإجراء مما يؤدي إلى سقوط مكنة اتخاذه مرة أخرى.

٢٢٤.ثانيا: حالات السقوط

لم يضع المشرع قاعدة عامة تحكم جزاء السقوط كما فعل في المادة ٢٠ المتعلقة بالبطلان ، وبداهة لا يجوز القياس على تلك القاعدة لان السقوط يختلف عن البطلان إذ يحكم بالسقوط بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الإجراء ، لذلك فمعيار الغاية لا يصلح بالنسبة لجزاء السقوط ولابد من البحث عن معيار

---

(٤٩١)فتحي والي الوسيط بند٢٥٦ ، وجدي راغب مبادئ القضاء ص٣٧٢

(٤٩٢)اما المواعيد الكاملة وهي التي يجب اتخاذ الاجراء بعد انقضائها فلا يترتب على مخالفتها سقوط ، فمثلا ميعاد التنفيذ يجب الانتظار يوم كامل من تاريخ اعلان السند التنفيذي قبل القيام بالتنفيذ فاذا قام بالتنفيذ قبل انقضاء اليوم فلا يترتب على ذلك سقوط حقه في التنفيذ بعد ذلك وانما فقط بطلان التنفيذ ويستطيع ان يقوم بالتنفيذ من جديد بعد انقضاء اليوم.

(٤٩٣)وجدي راغب المرجع السابق ص٣٧٣

آخر وهذا المعيار يتمثل فيما يلي:-

١- من المسلم به الحكم بالسقوط في كل حالة ينص فيها المشرع صراحة على السقوط ومثال ذلك نص المادة ٢١٥ ، ٤٢٢ ، كذلك يكون هناك سقوط في الحالات التي ينص فيها المشرع على انه لا يقبل أو لا يجوز كما في نص المادة ١٢٣ لا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة ، والمادة ٢١١ لا يجوز الطعن في الحكم ممن قبله.

٢- كما أن الفقه متفق على انه يمكن الحكم بالسقوط في غير تلك الحالات أي ولو لم ينص القانون عليه ، الا أن الفقه اختلف حول المعيار الواجب الأخذ به في هذا الصدد.

والرأي الراجح لدينا أن السقوط هو الجزاء الحتمي كلما ربط القانون حقا إجرائيا بميعاد أو ترتيب زمني معين ، وذلك دون نظر لما إذا كان الميعاد جوهريا أو غير جوهري متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به ، ودون نظر إلى الغاية من الميعاد وهل يرمي إلى تعجيل السير في الخصومة أو إلى استقرار الأحكام أو إلى غير ذلك من الغايات(٤٩٤)، وذلك لأن الغاية التي يرمي إليها المشرع تتخلف بمجرد عدم احترام الميعاد أو الترتيب المقرر ، ولا يرد على هذه القاعدة استثناء الا حيث يقر المشرع جزاء آخر غير السقوط أو إذا تعلق الأمر بميعاد تنظيمي

٢٢٥.ثالثا: أحكام السقوط

٢٢٦.مدى تعلق السقوط بالنظام العام .

قد يتعلق الميعاد أو الترتيب بالمصلحة الخاصة وقد يتعلق بالنظام العام ، ونتيجة لوصف الميعاد أو الترتيب بهذا الوصف أو

---

(٤٩٤)فتحي والي المرجع السابق بند٢٥٧ ص٤٢١

ذاك يوصف السقوط المترتب جزاء له(٤٩٥).

فإذا تعلق الميعاد او الترتيب بالنظام العام كان السقوط من النظام العام وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وليس للمستفيد من السقوط النزول عنه ويمكن التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى.

وبناء عليه فالحق الذي يسقط سقوطا متعلقا بالنظام العام لا يمكن أن يعود للحياة بمجرد حصول السقوط ولا يستطيع صاحبه أن يستعمله بعد فوات الميعاد وتحقق السقوط ، وإذا فرض واستعمله فان الإجراء الذي قام به يعتبر باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام فيجب على القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

ومثال ذلك ميعاد الطعن ، فميعاد الطعن متعلق بالنظام العام ، ولذلك فإذا فات الميعاد سقط حق الخصم في الطعن ، وهذا السقوط متعلق بالنظام العام بحيث يجب على القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، كما لا يجوز للخصم الآخر التنازل عن حقه في التمسك بالسقوط ، فإذا حدث ورفع الخصم الطعن بعد فوات الميعاد وجب على القاضي من تلقاء نفسه أن يحكم بعدم قبول أو ببطلان هذا الطعن لأنه مرفوع بعد الميعاد ، فان لم يفعل يكون قد خالف القانون مما يعرض حكمه للنقض.

ومثال ذلك أيضا الترتيب الذي قرره المشرع في المادة ١٠٨ لإبداء الدفوع الإجرائية(٤٩٦) ، فهذا الترتيب الذي أوجبه المشرع يعتبر متعلقا بالنظام العام ، لذلك يتعين على المحكمة ومن تلقاء

---

(٤٩٥)انظر فتحي والي المرجع السابق بند٢٥٨ ، وجدي راغب المرجع السابق ص٣٧٦ ، احمد السيد صاوي المرجع السابق بند٣٥٦ ، نبيل عمر المرجع السابق ص١٠٥١ ، أحمد هندي المرجع السابق ص٤٢٠.

(٤٩٦)راجع ما سبق بند٣٣ وما بعده

نفسها أن تقضي بسقوط الحق في إبداء الدفع الإجرائي بسبب الإدلاء به بعد التكلم في الموضوع أو بعد الإدلاء بدفع إجرائي آخر(٤٩٧) أو بسبب عدم الإدلاء به في صحيفة الطعن(٤٩٨) ، فمثلا إذا تمسك المدعي عليه بعدم اختصاص المحكمة محليا بنظر الدعوى وجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تتحقق من أن حق المدعى عليه في التمسك بعدم الاختصاص المحلي لم يسقط بسبب التكلم في الموضوع أو بسبب الإدلاء بدفع إجرائي آخر(٤٩٩).

وكذلك فإن القاضي هو الذي يقوم بتكييف الطلبات المطروحة عليه قبل إبداء هذه الدفوع لبيان ما إذا كانت هذه الطلبات تعتبر تعرضا لموضوع الدعوى من عدمه(٥٠٠) ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يبديها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضا لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه في التمسك بهذه الدفوع وهو في هذا التكييف

---

(٤٩٧)امينة النمر المرجع السابق ص١٧٧ ، ص١٧٩

(٤٩٨)امينة النمر المرجع السابق ص١٨٠

(٤٩٩)ولذلك اذا تمسك المدعى عليه بدفع شكلي في غياب المدعي كان على المحكمة ان تتحقق من تلقاء نفسها من توافر صفة من يتمسك باعمال الجزاء وان تتحقق من ان حقه في التمسك بالجزاء لم يسقط ، فاذا كان قد تكلم في الموضوع وجب عليها ومن تلقاء نفسها الحكم بسقوط الحق في ابداء الدفع الاجرائي بسبب الادلاء به بعد التكلم في الموضوع أو بسبب الادلاء به بعد دفع اجرائي آخر ، وليس معنى تخلف المدعى عن الحضور ان يهدر خصمه القواعد الأساسية المقررة للتمسك بالجزاء فتهدر حقوق الغائب: أنظر ابو الوفا الدفوع بند٨٠ ص١٨٦ والتي تليها .

(٥٠٠)أنظر محمد محمود ابراهيم التكييف ص٣٧

يخضع لرقابة محكمة النقض(٥٠١).

أما إذا تعلق الميعاد أو الترتيب بالمصلحة الخاصة فان السقوط المترتب على تجاوزه يكون مقررا للمصلحة الخاصة ، فلا يجوز لغير من تقرر لمصلحته الميعاد أو الترتيب التمسك بهذا السقوط ، ويجوز لصاحب الحق في التمسك بالسقوط أن يتنازل عن التمسك به ، وفي هذه الحالة يجوز ممارسة الحق الإجرائي من جانب الخصم الآخر ولو بعد فوات الميعاد المحدد لممارسته ويعتبر الميعاد ممتدا في هذه الحالة(٥٠٢).

ومن أمثلة السقوط المتعلق بالمصلحة الخاصة سقوط الحق في تصحيح الإجراءات الباطلة بعد فوات ميعاد التصحيح ، فإذا فرض وقام الخصم بتصحيح الإجراء بعد فوات الميعاد ولم يتمسك خصمه بسقوط حقه في التصحيح فان الإجراء يصبح صحيحا من تاريخ التصحيح.

٢٢٧.يجب على المحكمة أن تقضي بالسقوط عند توافر مفترضاته

فالأصل أن الحكم بالسقوط وجوبي على المحكمة متى توافرت شروطه ، الا أن القانون قد يترك الأمر جوازي للمحكمة في بعض الحالات الاستثنائية ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٤ إثبات من أن على الخصوم في دعوى تحقيق الخطوط أن يحضروا في الموعد المحدد لمباشرة التحقيق لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق

---

(٥٠١)نقض ١٩٧١/٤/٢٧ س٢٢ع ص٥٥٨

(٥٠٢)انظر نبيل عمر سقوط الحق في اتخاذ الاجراء في قانون المرافعات ط١٩٨٩ ص١٧٣ ويرى ان امتداد الميعاد ناشئ عن تنازل صاحب الحق عن التمسك بالسقوط ، فكأن هذا التنازل قد ادى الى احياء الحق الاجرائي من جديد وهو يعود للحياة مجرد من ميعاده ويجوز استعماله في اجل غير محدد.

على ما يصلح منها لذلك ، فإذا تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات.

٢٢٨.السقوط لا يخضع للتصحيح بالتكملة

إذا تحقق السقوط فلا يجوز القيام بالعمل بعد ذلك بإجراءات جديدة كما لا يجوز تصحيحه بالتكملة(٥٠٣).

(٥٠٣)فتحي والي المرجع السابق بند٢٥٨ ص٤٢٣ ، وجدي راغب مبادئ القضاء ص٣٧٤

المبحث الثاني
الحد من آثار الجزاء الإجرائي

ونتناول هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول نتناول فيه الحد من آثار جزاء البطلان والمطلب الثاني نتناول فيه الحد من آثار الجزاءات الإجرائية الأخرى غير البطلان.

المطلب الأول
الحد من آثار جزاء البطلان

٢٢٩.تقسيم

اذا كانت القاعدة أن بطلان العمل الإجرائي يؤدي إلى زواله وزوال ما ترتب عليه من آثار ، الا أن هذه القاعدة ليست مطلقة حيث أن المشرع رتب في بعض الحالات على العمل الباطل آثار قانونية إذا كان هذا العمل الباطل صالحا باعتباره عملا قانونيا آخر صحيحا وهو ما يسمى بتحول العمل الإجرائي كما أن المشرع قد يرتب على العمل الباطل بعض الآثار التي ينتجها عندما يكون صحيحا وهو ما يسمى انتقاص العمل الإجرائي الباطل وسنتناول تحول الإجراء الباطل في فرع أول وانتقاص الإجراء الباطل في فرع ثان محاولين معرفة مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة إزاءهما.

الفرع الأول
تحول الإجراء الباطل(٥٠٤)

٢٣٠.مفترضات التحول

تنص المادة ٢٤ مرافعات على انه إذا كان الإجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فانه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذي توافرت عناصره.

فالإجراء قد يكون باطلا لوجود نقص في أحد مقتضياته فيمكن أن نأخذ به باعتباره إجراء آخر وذلك بشرطين: الأول: أن يكون العمل باطلا لتخلف أحد مقتضياته ، أما إذا لم يكن العمل قد اتخذ أصلا فلا محل لتحوله إلى عمل آخر. ثانيا: أن تتكون من المقتضيات المتبقية غير المعيبة عناصر عمل إجرائي آخر صحيح ، أما إذا لم تتوافر فيه مقتضيات عمل إجرائي آخر فلا محل للحديث عن التحول وكذلك إذا توافرت فيه بعض مقتضيات هذا العمل الإجرائي فقط فلا يمكن أن يتحول إلى ذلك العمل.

ولا يشترط لتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح طبقا للمادة ٢٤ أن تنصرف نية من قام به إلى ذلك ، بل يكفي أن تتوافر في العمل المعيب عناصر عمل إجرائي آخر صحيح فيعتبر صحيحا باعتباره العمل المحول ولو ثبت أن نية من قام بالعمل المعيب ما كانت لتنصرف إلى العمل الصحيح فيما لو علم بالبطلان(٥٠٥)

---

(٥٠٤)اخذ المشرع في قانون المرافعات بفكرة التحول التي يأخذ بها القانون المدني وذلك باعتبار فكرة التحول نظرية عامة تسري على كل الوقائع القانونية وليس فقط على العقد فهي مجرد تكييف للمقتضيات المتبقية غير المعيبة من الواقعة القانونية المعيبة. فتحي والي نظرية البطلان بند٤٣٤ ص٨٢٠

(٥٠٥)وهذا الشرط ضروري لكي يكون هناك تحول بالنسبة للعقد حيث يشترط

٢٣١.هل يجوز للقاضي أن يقضي بتحول الإجراء الباطل من تلقاء نفسه

يرى البعض(٥٠٦) أنه إذا تعلق البطلان بالنظام العام تصدت المحكمة من تلقاء نفسها للبطلان وللتحول ، أما إذا كان البطلان غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز التمسك به إلا ممن تقرر لمصلحته فإذا تمسك به فإن تحول الإجراء بدوره لا يكون متعلقا بالنظام العام ومن ثم لا تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ويتعين عليها الأخذ بالدفع والقضاء ببطلان الإجراء إلا إذا تمسك مباشر الإجراء بتحوله إلى إجراء آخر صحيح وحينئذ يلتزم ببيان العناصر التي تؤدي إلى ذلك فإن لم يفعل قضت ببطلان الإجراء.

ولكننا نعتقد أن القاضي يملك من تلقاء نفسه - ودون حاجة إلى التمسك بذلك من قبل صاحب الشأن - أن يقضي بتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح إذا رأى أنه تتوافر فيه عناصر الإجراء الصحيح ، وهو يملك ذلك سواء تعلق البطلان بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة ، وذلك لأن تحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح لا يعدو أن يكون تكييفا للمقتضيات الصحيحة المتبقية من هذا الإجراء ولا شك أن عملية التكييف مما يدخل في صميم عمل القاضي. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن العبرة في تكييف الإجراء هو بحقيقة وصفه القانوني وباستيفائه للأوضاع والشروط التي حددها القانون لا بما يسبغه عليه القانون أو قلم الكتاب من أوصاف

لتحول العقد الباطل الى عقد صحيح ان يتبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام العقد الاخر. ولهذا السبب نعتقد مع بعض الفقه انه اذا كان العمل الاجرائي المحول اليه العمل الباطل يعتبر تصرفا قانونيا اجرائيا فيجب ان تتجه نية القائم به الى هذا التصرف الاجرائي: وجدي راغب المرجع السابق ص٣٧٠

(٥٠٦)أنور طلبة المرجع السابق ج١ص٣٤٥.

وإذن فمتى كان الثابت بالأوراق انه بعد أن شطبت دعوى الشركة المطعون ضدها في ١٩٦٥/١١/٢٣ أعلنت للطاعنين في ١٩٦٨/١/٩ بصحيفة استوفت جميع الشروط اللازمة لصحيفة افتتاح الدعوى فلا **تثريب على المحكمة أن هي أنزلت عليها الوصف القانوني الصحيح باعتبارها دعوى جديدة ولا يؤثر على ذلك أن يكون قلم الكتاب قد قيدها بالجدول بذات رقم الدعوى المشطوبة او برقم** جديد(٥٠٧).

كما قضت بأنه وان كان لا يجوز للمحكمة أن توثق عقد الصلح المبرم بين الطرفين متى رجع أحدهما فيه ، **الا أن لها أن تعتبره سندا في الدعوى يجوز لها أن تحكم بما تضمنه** ، وإذا كان قد ثبت على ما سلف البيان عدم وقوع إكراه على إرادة الطاعن وكان عقد الصلح الذي طلب المطعون ضده اخذ الطاعن به يعتبر بيانا كتابيا صريحا موقعا عليه من الطرفين يقرر فيه كل منهما ترك الخصومة في الاستئناف على نحو تتحقق به إحدى الطرق التي تتطلبها المادة ٣٠٨ من قانون المرافعات السابق في شأن ترك الخصومة ، وكان الثابت أن الطاعن قرر ترك الخصومة في استئنافه بعد أن كان ميعاد الطعن بالاستئناف قد انقضى فان هذا الترك يتم وينتج أثره دون

---

(٥٠٧)نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ س٢٦ ص١٦٤٦، وكان الطاعن في هذا الحكم ينعى على المحكمة الخطأ في تطبيق القانون حيث انه تمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها في الميعاد الا ان الحكم المطعون فيه قضى برفض هذا الدفع استنادا الى اعتبار هذا التجديد دعوى جديدة في حين ان الشركة المطعون ضدها اشارت في صحيفتها الى مراحل الدعوى المشطوبة وطلباتها فيها كما ان قلم الكتاب قيدها بذات رقم الدعوى السابقة مما يدل على انه اعتبرها تجديدا لها ، الا ان محكمة النقض اعتبرت هذا النعي مردود للاسباب الواردة في المتن

حاجة لقبول يصدر من الطرف الآخر(٥٠٨).

وتقدير كفاية العناصر التي تؤدي إلى تحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض(٥٠٩).

٢٣٢.أمثلة للتحول

ومن أمثلة تحول العمل الإجرائي الباطل إلى عمل آخر صحيح

١- إذا كان الاستئناف المقابل باطلا نظرا لبطلان الاستئناف الأصلي فان الاستئناف المقابل يمكن ان يتحول إلى استئناف اصلي صحيح وذلك إذا توافرت فيه عناصر الاستئناف الأصلي بان كان قد رفع في ميعاد الاستئناف الأصلي وبإجراءاته(٥١٠)

٢- إذا كان الطلب العارض باطلا نتيجة لبطلان صحيفة الطلب الأصلي فانه يتحول إلى طلب أصلي صحيح إذا كان قد رفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

---

(٥٠٨)نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ س٢٤ ص٣٣٦ ، وكان الطاعن في هذا الحكم قد نعى على محكمة الاستئناف مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه حيث ان المطعون ضده قد طلب من المحكمة ان تأخذ الطاعن بعقد الصلح ، فيكون على المحكمة ان تجيبه الى طلبه وتقر عقد الصلح او ان تستمر في نظر الاستئناف. غير ان المحكمة في هذه القضية لم تأخذ بطلب المطعون ضده ولم تستمر في نظر الاستئناف بل أخذت من تلقاء نفسها بنظرية تحول العمل الاجرائي فقد اعتبرت عقد الصلح غير الموثق تركا للخصومة من قبل الطاعن وقبول لهذا الترك من قبل المطعون عليه ولقد اقرتها محكمة النقض على هذا النظر.

(٥٠٩)أنور طلبة المرجع السابق ج١ص٣٤٥.

(٥١٠)وفي الحقيقة فان هذا الاستئناف المقابل المرفوع في الميعاد وباجراءات الاستئناف الاصلي هو استئناف اصلي ولا يتبع الاستئناف الاصلي

٣-إذا كان الصلح غير الموثق من المحكمة باطلا لعدم توقيع أحد أطرافه عليه فانه يتحول إلى بيان كتابي صريح يقرر فيه المدعى بموافقة المدعى عليه ترك الخصومة.

٤- إذا كان حلف اليمين الحاسمة باطلا لعيب شكلي فانه يتحول إلى إقرار قضائي صحيح

٥- إذا كان تجديد الدعوى من الشطب باطلا لبطلان صحيفة الدعوى الأصلية فانه يعتبر صحيحا باعتباره دعوى جديدة إذا كان قد استوفى بيانات صحيفة الدعوى.

الفرع الثاني
انتقاص الإجراء الباطل(٥١١)

٢٣٣.مفترضات الانتقاص

تنص عليه المادة ٢٤ الفقرة الثانية من قانون المرافعات الجديد إذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل فالقاعدة طبقا لهذا النص أن الجزاء نسبي في أثره(٥١٢) أي أنه إذا كان الإجراء باطلا في شق منه فقط أو بالنسبة لبعض الخصوم فقط فإنه يبطل بالنسبة لهذا الشق وحده أو بالنسبة لهذا الخصم وحده.

ينبغي أولا أن نشير إلى انه إذا كان العمل الإجرائي عملا بسيطا لا يتكون الا من جزء واحد فقط فلا يمكن الكلام بالنسبة له عن الانتقاص. أما بالنسبة للأعمال الإجرائية المركبة من عدة أجزاء ، بحيث يكون أحد هذه الأجزاء باطلا والجزء أو الأجزاء الأخرى صحيحة فان العمل في هذه الحالة يمكن انتقاصه بحيث يكون الشق المعيب وحده هو الذي يبطل وتظل باقي الأجزاء صحيحة منتجة

---

(٥١١)وفكرة انتقاص الاجراء الباطل مأخوذة ايضا من فكرة انتقاص العقد

(٥١٢)أحمد أبو الوفا المرجع السابق بند٢١ ص٥٢

لآثارها(٥١٣).

ولا يشترط أن تتجه نية القائم بالعمل إلى بعض آثار العمل الباطل في شق منه لأنه ليس تصرفا قانونيا.

ومن الأمثلة لانتقاص العمل الإجرائي

١- إذا كانت المطالبة القضائية باطلة لتخلف بعض المقتضيات الا أنها ترتب التزاما على القاضي بإصدار حكم ببطلانها وإلا اعتبر منكرا للعدالة.

٢- وكذلك الحكم الذي يقضي في طلبين كالحكم بفسخ العقد والتعويض عن الضرر ، فلو جاء الحكم بالفسخ مسببا تسبيبا كافيا دون الحكم بالتعويض كان شق الحكم المتعلق بالفسخ صحيحا وشقه المتعلق بالتعويض باطلا(٥١٤).

٣- وإذا كانت صحيفة الدعوى معيبة بالنسبة لأحد المدعى عليهما وصحيحة بالنسبة للآخر ، فإنها تبطل بالنسبة للمدعى عليه الأول وتبقى صحيحة بالنسبة للمدعى عليه الآخر

٢٣٤.تلتزم المحكمة بإعمال اثر الانتقاص من تلقاء نفسها

إذا كان الإجراء باطلا في شق من أو بالنسبة لأحد الخصوم وصحيحا في شقه الآخر أو بالنسبة للخصم الآخر فان المحكمة تلتزم

---

(٥١٣)والفارق بين الانتقاص والتحول هو انه في التحول تكفي الاجزاء غير المعيبة لتكوين عمل اجرائي آخر غير العمل الباطل وتترتب اثار هذا العمل الاجرائي الآخر وليست آثار العمل الباطل ، أما في الانتقاص فان الاجزاء غير المعيبة لا تكفي لانتاج عمل اجرائي آخر صحيح وانما تصلح هذه الاجزاء لانتاج بعض آثار العمل التي ينتجها لو كان صحيحا بكامله. فتحي والي الوسيط بند٢٥٤ ص٤١٧

(٥١٤)وجدي راغب واحمد ماهر زغلول دروس ص٨٢

بأن تأخذ في اعتبارها الشق الصحيح من الإجراء بحيث تلتزم بنظر الدعوى بالنسبة للخصم الذي صح الإجراء المتعلق به ، فإذا خالفت هذا النظر وحكمت بامتداد البطلان للإجراء كله أو بالنسبة للخصوم كلهم فإنها تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان موضوع الاستئناف مما يقبل التجزئة فإن اعتبار الاستئناف كأن لم يكن بالنسبة لأحد المستأنف عليهم لا يستتبع اعتباره كذلك بالنسبة لباقي المستأنف عليهم ، وإذ **قضى الحكم المطعون فيه باعتباره كذلك بالنسبة لهم يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه**(٥١٥). كما قضت بأنه لما كان الطعن الماثل مما يقبل التجزئة باعتبار أن الحكم المطعون فيه صادر في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع عن أطيان زراعية قابلة بطبيعتها للتجزئة ، فلا يكون من شأن القضاء ببطلان الطعن المرفوع من أحد الخصوم أي أثر بالنسبة للطعن المرفوع من الآخر بصفته الشخصية(٥١٦).

٢٣٥.مدى انطباق فكرة انتقاص البطلان في حالة التضامن وعدم التجزئة

إذا كان يوجد بين الخصوم تضامن أو كان الموضوع غير قابل للتجزئة فإن فكرة نسبية اثر الجزاء تثير بعض المشاكل ، ونتناول اثر الجزاء في موضوع التضامن ثم اثر الجزاء في الموضوع غير القابل للتجزئة :-

٢٣٦.مدى انطباق الفكرة في موضوع التضامن

يذهب الفقه(٥١٧) إلى أن المتضامن يستفيد من الجزاء الذي

---

(٥١٥)نقض ٢٧-٣-١٩٦٩ طعن٢٠٩ س ٣٥ ق

(٥١٦) نقض ١١-١-١٩٨٣ طعن رقم٥٣٧ س ٤٢ ق

(٥١٧) ابو الوفا المرجع السابق بند٤٧، أحمد مليجي المرجع السابق ص٤٠٤

تقرر لمصلحة زميله ولا يضار من الجزاء المقرر ضده.

ونعتقد أن ما ذهب إليه الفقه صحيح فقط في الحالة التي يكون فيها أحد المتضامنين هو المختصم وحده في الدعوى وظل الباقون خارجها ،حيث يجب في هذه الحالة تطبيق المادة ٢٩٦ مدني(٥١٨).

أما إذا كان جميع المتضامنين موجودين في الخصومة فلا توجد بينهم أية نيابة لا فيما ينفع ولا فيما يضر ، ويمارس كل منهم مركزه في الخصومة مستقلا عن زملائه سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالتمسك بالجزاء أو بآثار الجزاء أو بالطعن في الحكم. ولذلك فالحكم ببطلان صحيفة الدعوى بالنسبة لأحد المتضامنين لا يترتب عليه بطلانها بالنسبة للباقين بل تبقى صحيحة بالنسبة لهم مرتبة لآثارها وكذلك فإن بطلان الحكم بالنسبة لأحد المتضامنين أيا كان سبب البطلان لا يترتب عليه بطلانه بالنسبة للباقين .

٢٣٧.مدى انطباق الفكرة في الموضوع غير القابل للتجزئة

إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة وكان الإجراء باطلا بالنسبة لأحد الخصوم صحيحا بالنسبة للباقين فلا شك أنه يجب أن يكون الحل واحدا بالنسبة لجميع الخصوم حيث إن وحدة الحل من مقتضيات الموضوع غير القابل للتجزئة ، ولكن ما هو الحل الواحد الذي يجب تقريره بالنسبة للجميع ، يتجاذب الفقه والقضاء في هذا الصدد رأيان فيما يتعلق بجزاء البطلان وهو ما ينطبق على كافة الجزاءات الإجرائية.

---

(٥١٨)ويجري نص المادة ٢٩٦ مدني على النحو التالي اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين. اما اذا صدر الحكم لصالح احدهم فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه.

٢٣٨.الرأي الأول: بطلان الإجراء بالنسبة للجميع

يذهب أصحاب هذا الرأي(٥١٩) إلى أن بطلان الإجراء بالنسبة لبعض الخصوم يترتب عليه بطلانه بالنسبة للجميع ، وذلك لأنه إذا كان الإجراء غير قابل للتجزئة تعين أن يتم صحيحا بالنسبة لجميع جزئياته وبالنسبة لجميع الخصوم. وهذا هو ما تأخذ به محكمة النقض المصرية حيث إنها قررت أن قبول الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لأحد الخصوم يستتبع قبوله بالنسبة للآخرين(٥٢٠). كما قررت أن بطلان حكم مرسي المزاد بالنسبة للبعض يؤدي إلى بطلانه بالنسبة للجميع(٥٢١).

كما كانت تتجه إلى وقت قريب إلى أن بطلان الاستئناف بالنسبة لأحد المستأنف عليهم يؤدي إلى بطلانه بالنسبة للجميع لأن حق الأولين وقد استقر بحكم حائز لقوة الأمر المقضي أولى بالرعاية من أمل الطاعن في كسب الطعن(٥٢٢).

٢٣٩.الرأي الثاني: صحة الإجراء بالنسبة للجميع

وقد ذهب البعض الآخر إلى أنه إذا كان موضوع الدعوى أو الطعن غير قابل للتجزئة وكان الإجراء باطلاً بالنسبة للبعض صحيحاً بالنسبة للبعض الآخر فإنه يجب اعتبار هذا الإجراء صحيحا بالنسبة للجميع ، أي أنه يجب تغليب موجبات صحة الإجراء على موجبات بطلانه. وهذا هو الرأي الذي تبناه القضاء الفرنسي من قديم خاصة فيما يتعلق ببطلان صحيفة الاستئناف ، فقد أكد أن الاستئناف المرفوع صحيحاً من أحد المحكوم عليهم يصحح الاستئناف المرفوع باطلا أو بعد الميعاد من جانب محكوم عليه آخر(٥٢٣) ، وكذلك فإن الاستئناف المرفوع في الميعاد ضد أحد المحكوم لهم يجعل الاستئناف المرفوع بعد الميعاد ضد محكوم له آخر صحيحا ومقبولا(٥٢٤)

وهذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية - فيما يتعلق بتطبيق المادة ٢/٢١٨ فقط- فقررت بأن مفاد نص المادة ٢/٢١٨ أنه إذا كان المحكوم عليهم قد طعنوا في الحكم بطعن واحد رفع صحيحا من بعضهم وباطلا من الآخرين فإن ذلك لا يؤثر في شكل الطعن المرفوع صحيحا من الأولين على أن يكون لأولئك الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم أن يتدخلوا منضمين إلى زملائهم في طلباتهم بحيث إن عدلوا عن ذلك وجب علي المحكمة أن تأمر الطاعن باختصامهم فيه وذلك تغليبا من المشرع لموجبات صحة إجراءات الطعن على أسباب بطلانها وقصورها باعتبار أن الغاية من الإجراءات هي وضعها في خدمة الحق وذلك بتمكين الصحيح من الباطل

---

(٥١٩)أبو الوفا المرجع السابق بند٢٤ ، فتحي والي نظرية البطلان بند٤٤٦.

(٥٢٠)الطعن رقم٦٩٨ س ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٧ س٢٨ ص١٢٣٠ .حيث قضت بأن اعتبار الاستئناف كأن لم يكن - في موضوع غير قابل للتجزئة - لمن لم يعلن من المستأنف عليه في الميعاد المحدد يقتضي اعتباره كذلك بالنسبة لباقي المستأنف عليهم . وأنظر أيضا نقض ١٨-٣-١٩٨٢الطعن رقم٧٧ س٤٣ق.

(٥٢١)نقض ٣-١١-١٩٥٥ س٦ ص١٤٤٦.

(٥٢٢)نقض ٢٥-٣-١٩٤٨تشريع وقضاء ١-٣٢١-٣٢٣

(٥٢٣) -Civ 14-11-1892.s.1893.1.58 ; Req 3-12 1923D.H.192t4.87.civ 29-4-1958 D.1958 P.432,J.C.P.1958.11.1070, note M.Esmein

(٥٢٤) -Civ.12-6-1872.D.P.1873.1.22.Civ.30-12 1908.S.1910.1/81 -Civ.11-4-1922..S.1923. civ,16-11; 2.20-, Civ13-3-1928.S.1928.1.172 -1932.D.H.1933.4; civ,7-3-1963.J.C.P.1963.IV.49

ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح فيبطله(٥٢٥)

وأساس هذا الحل لدى هذا الرأي هو العدالة إذ من الظلم إبطال الطعن المرفوع صحيحا في الميعاد وإهدار ما يرتبه من آثار ، لذلك وجب أن يكون الإجراء صحيحاً بالنسبة للجميع.

٢٤٠.رأينا الخاص:ضرورة التمييز بين فرضين

الفرض الأول: تعدد مُتخذي الإجراء:- إذا تعدد متخذي الإجراء وكان الإجراء صحيحا بالنسبة للبعض باطلا بالنسبة للبعض الآخر ، فإن الإجراء الذي تم صحيحا من جانب البعض يجب أن يظل صحيحاً مرتباً لآثاره ويجب ألا يتأثر ببطلان الإجراء الذي اتخذه البعض الآخر ، ذلك لأن من قام بالإجراء صحيحا يكون قد قام بكل ما هو ضروري لحماية حقوقه ، فيكون من الظلم البين تحميله مغبة إهمال غيره ، كما أن في توقيع الجزاء عليه مخالفة لقاعدة أنه يجب التمسك بالجزاء في مواجهة من تسبب في المخالفة التي استوجبت الجزاء ، فضلاً عن أن تقرير البطلان بالنسبة للجميع ليس مما تقتضيه عدم التجزئة ، فعدم التجزئة تقتضي فقط وحدة الحل وليس حلاً بعينه ، ولما كان تقرير البطلان بالنسبة للجميع فيه ظلم بيِّن ، فيجب تقرير الحل الآخر وهو صحة الإجراء بالنسبة للجميع ، ويكون الأمر كذلك إذا كان البعض قد قام بالإجراء ولم يقم به البعض الآخر ، وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض الفرنسية أن إعلان الحكم من جانب أحد المحكوم لهم يجري ميعاد الطعن لصالح الجميع.

الفرض الثاني: تعدد من أتُّخِذ الإجراء في مواجهتهم: إذا أتخذ الإجراء صحيحا في مواجهة البعض باطلاً في مواجهة لبعض

---

(٥٢٥). نقض ٩-٢-١٩٨٠ الطعن رقم ١٠٣٩ سنة ٤٥ ق

الآخر فإنه يكون باطلا بالنسبة للجميع(٥٢٦) ، وهذا عكس الحل الذي تبنيته في الفرض السابق.

والسبب في تباين الحل في الفرضين أنه في الفرض الذي نحن بصدده فإن متخذ الإجراء يمكن أن ننسب إليه تقصير ، حيث إنه ليس ملتزم باتخاذ الإجراء صحيحا في مواجهة البعض فقط ولكنه ملتزم باتخاذه صحيحا في مواجهة الجميع والقول بغير ذلك معناه إعفاء متخذ الإجراء من القيام به في مواجهة الجميع إذ يكفيه أن يقوم به في مواجهة البعض حتى يرتب آثاره بالنسبة للجميع ولا يخفى ما في ذلك من إخلال خطير بحقوق الدفاع بالنسبة لهؤلاء ومخالفة لمبدأ المواجهة حيث سيحتج عليهم بآثار إجراء لم يتخذ في مواجهتهم.

المطلب الثاني
الحد من آثار الجزاءات الإجرائية الأخرى غير البطلان

٢٤١.تمهيد

إذا كان الجزاء الإجرائي هو سقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن أو اعتبار المدعي تاركا دعواه فان هذا الجزاء يترتب عليه زوال الخصومة وزوال ما ترتب عليها من آثار ، ولذلك فبسقوط الخصومة لم تعد هناك دعوى مرفوعة أمام المحكمة ولا تلتزم المحكمة بالفصل فيها ولا تعتبر بذلك منكرة للعدالة، كما لا يجوز الإحالة من تلك المحكمة او إليها للارتباط أو لقيام ذات النزاع ، كما يزول أثر الدعوى في قطع التقادم فتعتبر مدة تقادم الحق كأنها لم

---

(٥٢٦)هذا مع مراعاة نص المادة ٢/٢١٨ والتي إنتهينا في تفسيرها إلى أنه يكفي ان يكون هناك طعن واحد صحيح مرفوع من أحد المحكوم عليهم ضد أحد المحكوم لهم حتى تنعقد خصومة الطعن مع وجوب إختصام باقي الخصوم وإلا كان الطعن غير مقبول او باطلا بالنسبة للجميع.

تنقطع ويدخل في حسابها المدة التي استغرقتها نظر الدعوى قبل سقوطها(٥٢٧) ، كما تسقط الأحكام غير القطعية(٥٢٨) ، فتسقط الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لأنها وان كانت تشف عن اتجاه رأي المحكمة في الدعوى الا أنها ليست قطعية إذ يجوز للمحكمة العدول عنها ولذلك فبسقوط الخصومة تسقط هذه الأحكام ، كما تسقط الأحكام الإجرائية غير القطعية لأنه ليس لها كيان مستقل عن الخصومة.

ولقد كان مقتضى سقوط الخصومة أن تزول كل الأحكام التي صدرت فيها ولو كانت أحكاما قطعية موضوعية كانت تلك الأحكام أو إجرائية طالما أنها لم تنهي الخصومة أمام المحكمة كما كان مقتضى ذلك أيضا زوال إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت وكذلك إقرارات الخصوم والأيمان التي حلفوها ، الا أن المشرع انطلاقا من سياسته في الحد من آثار الجزاءات الإجرائية قرر انه لا أثر لسقوط الخصومة على الأحكام القطعية سواء كان حكما موضوعيا أو إجرائيا كما لا يتأثر بالسقوط إجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي تمت أو إقرارات الخصوم والأيمان التي حلفوها

---

(٥٢٧)اما الاجراءات السابقة على رفع الدعوى فلا تسقط بسقوط الخصومة ، ولذلك فالانذار الذي وجهه البائع للمشتري في تاريخ سابق على رفع الدعوى يظل صحيحا منتجا لاثاره القانونية. نقض ١٩٦٤/٧/٧ س١٥ ص٩٤٧

(٥٢٨)اما الاحكام الوقتية فيرى البعض انها تسقط ايضا بسقوط الخصومة اذ من غير المعقول ان يبقى حكم وقتي بنفقة وقتية مثلا رغم سقوط الخصومة في الدعوى الاصلية.

٢٤٢.&-١- لا يتأثر بسقوط الخصومة الأحكام القطعية الصادرة في الخصومة

فلا تتأثر بسقوط الخصومة جميع الأحكام القطعية التي صدرت فيها قبل تحقق موجبات السقوط ، سواء كانت هذه الأحكام موضوعية أو إجرائية.

فإذا كان قد صدر حكم موضوعي في الخصومة فلا يسقط هذا الحكم بسقوط الخصومة سواء كان هذا الحكم يقبل التنفيذ الجبري أو لا يقبله ، كما لو صدر حكم بإقرار حق المدعى في التعويض مع ندب خبير لتقديره ، فان هذا الحكم لا يسقط ، ويجوز للمدعي أن يرفع دعوى جديدة ليطالب فيها بتقدير المبلغ دون إمكان المنازعة من جديد في مبدأ التعويض لأنه قد صدر به حكم حاز حجية الأمر المقضي ولم يسقط بسقوط الخصومة التي صدر فيها.

كذلك الأحكام القطعية الإجرائية لا تسقط بسقوط الخصومة ، ومثال ذلك الحكم بوقف الدعوى تعليقا لحين صدور حكم في مسألة أولية ، والحكم الصادر بعدم قبول بعض الطلبات أو الحكم الصادر بعدم اختصاص محكمة معينة بالدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى فإذا سقطت الخصومة أمام محكمة الإحالة فلا يسقط الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، بحيث إذا رفع المدعى دعوى جديدة أمام نفس المحكمة المحال إليها الدعوى فيجب عليها أن تلتزم بحكم الإحالة فلا يجوز لها أن تقضي بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لنفس السبب.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم قطعي في الدعوى فان هذا الحكم لا يسقط بسقوط الخصومة أو انقضائها بمضي المدة ولو كان صادرا في مسألة متعلقة بسير الخصومة ، كما أن الإجراءات السابقة عليه تظل قائمة وبمنأى عن السقوط والانقضاء بمضي المدة ومن ذلك صحف الدعاوى والاستئناف ، ولما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تعليق أمر الفصل في الدعوى حتى

يفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها ، والحكم بوقف الدعوى لهذا السبب يجعل حكم الوقف حكما قطعيا فيما تضمنه ، فان مؤدى ذلك الا يترتب على انقضاء الخصومة بمضي المدة سقوط مثل هذا الحكم بل يبقى قائما هو والإجراءات السابقة عليه ومنها صحيفة الدعوى أو صحيفة الاستئناف مما يترتب عليه عدم اعتبار الحكم الابتدائي الصادر في هذه الدعوى انتهائيا لتوقف حجيته برفع الاستئناف عنه وبقاء صحيفة الاستئناف قائمة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقم اعتبارا لما حكم به من وقف الخصومة في هذا الاستئناف وعدم سقوط هذا الحكم هو والإجراءات السابقة عليه ومنها صحيفة الاستئناف ، ورتب الحكم على ذلك أن النزاع بين الطاعن والمطعون عليه حول ملكية العقار قد فصل فيه نهائيا ، وقضى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون بما يقتضي نقضه(٥٢٩).

---

(٥٢٩)نقض ١٩٧٠/٢/٢٤ س٢١ ص٣١٢

٢٤٣.ويترتب على بقاء الحكم القطعي رغم سقوط الخصومة عدة نتائج هامة

٢٤٤.تبدأ بصدور الحكم القطعي في الخصومة الساقطة مدة تقادم جديدة هي خمسة عشر سنة(٥٣٠) ، (٥٣١).

وذلك أيا كانت مدة تقادم الحق الموضوعي المرفوع به الدعوى ، كما تبقى الإجراءات السابقة على صدور الحكم القطعي قائمة مرتبة لآثارها(٥٣٢) ، فيكون من الجائز تجديد ذات الدعوى أمام ذات المحكمة التي قضت بسقوطها(٥٣٣) ، وذلك في أي وقت في خلال الخمس عشرة سنة وتستأنف الدعوى سيرها اعتدادا بهذا الحكم القطعي(٥٣٤).

٢٤٥.يجوز الطعن في الحكم القطعي الموضوعي

فطالما أن الحكم القطعي يبقى رغم سقوط الخصومة أو انقضائها

---

(٥٣٠)وتبدأ هذه المدة من تاريخ صيرورة الحكم القطعي نهائيا سواء بالطعن فيه وصدور الحكم او بفوات ميعاد الطعن

(٥٣١)قارن فتحي والي الوسيط بند ٣٢٣ ، احمد خليل المرجع السابق ص٤٤٦ حيث يرى اصحاب هذا الرأي ان بقاء الحكم القطعي والاجراءات السابقة عليه لا يؤدي الى قطع التقادم حيث ان بقاء الاجراءات السابقة على الاحكام القطعية ليس له اهمية الا كضرورة لامكان بقاء الحكم القطعي الذي تعتمد عليها ، فلا يكون لهذه الاجراءات أي اثر الا باعتبارها مفترضا لهذا الحكم.

(٥٣٢)احمد ابو الوفا المرجع السابق بند ٣٣٨ ص٦٦٠ ، التعليق ص٦١٢ نبيل عمر الطعن بالاستئناف واجراءاته في المواد المدنية التجارية ط١٩٨٠ ص٤٤١

(٥٣٣)وذلك سواء كانت هذه المحكمة هي محكمة اول درجة او محكمة ثاني درجة.

(٥٣٤)احمد ابو الوفا التعليق ص٦١٣ ، نبيل عمر الاشارة السابقة.

فلا شك ان هناك مصلحة في الطعن في الحكم القطعي الموضوعي(٥٣٥) ولو لم يُستأنف الحكم الصادر بسقوط الخصومة(٥٣٦) ، ولذلك يجوز للمدعى عليه - في حالة عدم استئناف المدعي للحكم بسقوط الخصومة - أن يستأنف الحكم القطعي الصادر في الموضوع بأحقية المدعي في التعويض ، وينحصر نطاق الاستئناف في هذه الحالة في تأييد حكم أول درجة أو إلغاؤه دون التعرض لمسألة سقوط الخصومة لأنها لا تعتبر مستأنفة باستئناف الحكم الصادر أثناء سير الخصومة ولذلك فنعتقد أن حكم محكمة أول درجة بسقوط الخصومة يحوز قوة الأمر المقضي ورغم ذلك تبقى المسألة الموضوعية المحكوم فيها قبل الحكم بالسقوط مطروحة أمام محكمة الاستئناف ، فإذا أيدت حكم أول درجة القاضي بأحقية المدعي في التعويض فإنها تقف عند هذا الحد ولا تقوم بتقدير التعويض ولا تعيد القضية لمحكمة أول درجة لأن الخصومة سقطت ، والمدعي وشأنه في رفع دعوى جديدة أمام محكمة اول درجة للحكم في مسألة مقدار التعويض ، وإذا حكمت المحكمة بإلغاء الحكم القاضي بأحقية المدعي في التعويض فهذا يعني رفض الدعوى وهو ما لا يجوز معه للمدعي أن يرفع دعوى جديدة مطالبا بالتعويض.

---

(٥٣٥)اما الحكم القطعي الاجرائي غير المنهي للخصومة فلا يجوز استئنافه وحده دون استئناف الحكم المنهي للخصومة لعدم وجود مصلحة في الطعن عليه وحده دون الحكم المنهي للخصومة. راجع في تفصيل ذلك وفي الرأي المخالف ما سبق بند٦٧ هامش١٧٩.

(٥٣٦)اما اذا استأنف الحكم الصادر بسقوط الخصومة فإن استئنافه يؤدي الى استئناف الاحكام القطعية الصادره اثناء سير الخصومة ، وذلك سواء كانت موضوعية او فرعية. راجع ما سبق بند٦٧.

٢٤٦.&- ٢- كما لا يتأثر بسقوط الخصومة الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها

حيث يحتفظ إقرار الخصم أو اليمين الذي حلفه بقوته في الإثبات في أي خصومة جديدة تنشأ بين أطراف الخصومة التي سقطت(٥٣٧)

٢٤٧.&-٣-كما لا يتأثر بسقوط الخصومة إجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي تمت

ويمكن التمسك بها في خصومة لاحقة ، ولكن تبقى هذه الإجراءات خاضعة لتقدير المحكمة التي تنظر الخصومة الجديدة. ولكن يشترط لبقاء هذه الإجراءات أن تكون قد تمت صحيحة.

٢٤٨.هذه الأحكام والإجراءات تبقى قائمة مرتبة لآثارها دون حاجة إلى تقرير ذلك من جانب المحكمة التي قضت بالسقوط.

ولا يلزم أن تقرر المحكمة في حكمها القاضي بسقوط الخصومة عدم تأثر الأحكام القطعية والأيمان والإقرارات بالسقوط ، لأن هذا الأثر يرتبه القانون دون حاجة إلى تقريره من جانب المحكمة ، كما يجوز للمحكمة الاعتماد على تلك الأحكام والإجراءات عند نظرها لدعوى جديدة بذات الموضوع(٥٣٨) ، ومن ناحية أخرى لا يجوز للمحكمة أن تقرر عندما تقضي بسقوط الخصومة سقوط الأحكام القطعية التي صدرت فيها لأن المحكمة بذلك تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه مما يجيز الطعن في حكمها الذي قرر سقوط الأحكام القطعية بسقوط الخصومة.

---

(٥٣٧)فتحي والي المرجع السابق بند٣٢٣ ص٦٠٦

(٥٣٨)نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ س٢٦ ص١٦٤٦ مشار اليه

٢٤٩.&- ٤- انطباق القاعدة السابقة في كافة حالات انقضاء الخصومة انقضاء مبتسرا

وتنطبق القاعدة السابقة في كل الحالات التي تنقضي فيها الخصومة انقضاء إجرائيا مبتسرا كما في حالة اعتبارها كأن لم تكن أو اعتبار المدعي تاركا دعواه والمستأنف تاركا استئنافه أو انقضاء الخصومة بمضي المدة ففي كل تلك الحالات لا يؤدي انقضاء الخصومة إلى زوال الأحكام القطعية التي صدرت فيها بل تبقى قائمة هذه الأحكام مرتبة لآثارها كما تبقى ولا تتأثر بالسقوط إقرارات الخصوم والأيمان التي حلفوها أو إجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي تمت(٥٣٩).

---

(٥٣٩)وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن وسقوط الخصومة هما لونان من الوان الجزاء قررهما المشرع لحكمة واحدة هي تقصير المدعي في موالاة السير في الدعوى ، ولما كان المشرع قد رتب على الحكم بسقوط الخصومة الغاء جميع اجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى ، الا انه مع ذلك لم يسقط الاحكام القطعية الصادرة فيها ولا الاجراءات السابقة على تلك الاحكام واجاز للخصوم التمسك باجراءات التحقيق واعمال الخبراء التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها فإن هذه الاحكام تسري بدورها في حالة اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، اذ ليس في نصوص قانون المرفعات ما يمنع من تطبيقها أو يدل على أن المشرع أراد ان يرتب على اعتبار الدعوى كأن لم تكن آثارا اشد من الآثار التي رتبها على سقوط الخصومة ، كما ان الحكمة التي املت على المشرع تقريره لهذه الاحكام بالنسبة لسقوط الخصومة متحققة كذلك في حالة اعتبار الدعوى كأن لم تكن نقض: ١٩٧٥/١٢/٢٢ س ٢٦ ص١٦٤٦.

٢٥٠.نتائج البحث

ها قد وصل البحث الى نهايته حيث يمكننا أن نجمل نتائجه فيما يلي:-

١- ان المشرع افرد للجزاءات الاجرائية معاملة خاصة توخى فيها عدم التضحية بالحقوق والمراكز الموضوعية للخصوم ولو ترتب على ذلك عدم فاعلية الجزاء الاجرائي ، وتبدو سياسة المشرع في امرين:-

الامر الاول: انه اوجب التمسك بالجزاء الاجرائي بطريقة صريحة وجازمة ، ولقد تجاهل كل من الفقه والقضاء فكرة الدفع الضمني - على خلاف الحال بالنسبة للطلبات - فلا يجوز للخصم ان يزعم عند تمسكه بدفع معين بصفة صريحة انه قد تمسك بصفة ضمنية بدفع آخر متضمنا في الدفع صريح الذي تمسك به.

الامر الثاني: انه فيما عدا الدفوع الاجرائية المتعلقة بالنظام العام قيد المشرع التمسك بالدفوع الاجرائية المتعلقة بالمصلحة الخاصة بمجموعة من القيود الزمنية يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في التمسك بها ، فأوجب التمسك بالدفع الاجرائي قبل الكلام في الموضوع ، كما أوجب ابداء جميع الدفوع الاجرائية معا وابداء جميع وجوه الدفع الاجرائي معا ، ويجب على المحكمة ان تتحقق من تلقاء نفسها من عدم وجود أي من المسقطات المتقدمة قبل ان تحكم بالجزاء وهكذا فقد خالف المشرع الوضع العادي للامور التي تقتضيها وظيفة القاضي حيث الاصل ان القاضي مكلف ان يتحقق من تلقاء نفسه من خلو الاعمال الاجرائية التي تتم في الخصومة من العيوب التي تؤدي الى بطلانها أو عدم قدرتها على انتاج اثارها وذلك لأنه المنوط به مراقبة صحة الخصومة وسلامة ما يتخذ فيها من اجراءات ، فنجد المشرع يقلب الامور ويطالب القاضي بأن يغض الطرف عن أي عيب في الاجراءات طالما ان الخصم لم يتمسك به هذا لو كان

العيب باديا للقاضي وعينه به بصيرة ، اما بصدد توقيع الجزاء عند تمسك الخصم به فإن المشرع عاد ومنح القاضي الحق في التحقق من توافر شروط اعمال الجزاء من تلقاء نفسه بحيث اذا تبين له تخلف احد هذه الشروط فعليه ان يرفض توقيع الجزاء ولو كان الخصم قد تمسك به والمخالفة المرتكبة ثابتة.

اما الجزاء الاجرائي المتعلق بالنظام العام فيجوز التمسك به في أي حالة كانت عليها الاجراءات كما يجوز للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها بشرط ان تكون عناصره الواقعية موجودة في ملف الدعوى وان تحترم المحكمة حقوق الدفاع.

كما تبرز للوجود فكرة النظام العام الوقائي والتي يمكن تطبيقها في الحالات التي يشوب فيها الخصومة بعض العيوب التي تفتقد الى من يتمسك بها او يقوم بتصحيحها حيث تتجلى في هذه الحالة المصلحة العامة الوقائية التي تتيح للمحكمة ان تقضي بالجزاء من تلقاء نفسها حتى لا تضطر الى السير في خصومة مهددة بالزوال ، ومن ابرز الحالات التي تتحقق فيها المصلحة العامة الوقائية حالة نقص الاهلية وحالة غياب الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء.

٢- بالنسبة للتمسك بالجزاء الاجرائي امام محكمة الاستئناف

اولا: الدفوع التي سبق للخصم التمسك بها امام محكمة اول درجة فانها تعتبر مطروحة من تلقاء نفسها امام محكمة الاستئناف دون حاجة الى معاودة التمسك بها من جديد امام محكمة الاستئناف ولكن يشترط لاعتبار هذه الدفوع مطروحة امام محكمة استئناف ١-الا يكون الحكم الصادر فيها مما يقبل الطعن المباشر فلو كانت تقبل الطعن المباشر تعين استئنافها صراحة وفي الميعاد ٢- والا يكون الخصم قد تنازل عن حقه في التمسك به صراحة او ضمنا ٣- وان يكون متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم ٤- والا يترتب عليه الاساءة الى مركز المستأنف.

وتلتزم محكمة الاستئناف بالفصل في تلك الدفوع رغم ان الخصم لم يجدد التمسك به امامها ، وتتخلص محكمة الاستئناف من هذا الالتزام اذا تعرضت لهذه الدفوع وفصلت فيها صراحة او ضمنا ، أما إذا اغفلت الفصل فيها او الرد عليها كلية فإن حكمها يكون باطلا لقصور في اسباب الحكم الواقعية ولاخلاله بحقوق الدفاع وهو ما يتيح للخصم مكنة الطعن فيه بالنقض.

اما الدفوع الاجرائية التي تمسك بها الخصم واغفلت محكمة اول درجة الرد عليها او الفصل فيها صراحة او ضمنا فان ذلك يؤدي الى بطلان حكم محكمة اول درجة ويجيز الطعن فيه بالاستئناف ولو كان صادرا في حدد النصاب النهائي للمحكمة.

ثانيا: التمسك بالدفوع الاجرائية لأول مرة امام محكمة الاستئناف: فقد انتهينا الى انه يجوز للخصم التمسك بالدفع الاجرائي لأول مرة امام محكمة الاستئناف سواء تعلق الدفع بعيوب في الحكم ذاته او بعيوب اخرى متعلقة باجراءات سابقة على الحكم بشرط ان يتمسك بها في صحيفة الاستئناف والا سقط حقه في التمسك بها.

٣- بالنسبة للتمسك بالجزاء الاجرائي امام محكمة النقض

اولا: بالنسبة للدفوع التي سبق للخصوم التمسك بها امام محكمة الموضوع فقد انتهينا الى ضرورة التمييز بين الطاعن بالنقض والمطعون ضده

فبالنسبة للطاعن يجوز له التمسك بدفوعه الاجرائية التي سبق له التمسك بها امام محكمة الموضوع بشرط ان يتم التمسك بها في صحيفة الطعن بالنقض -ما لم تكن متعلقة بالنظام العام - حيث لا يعتبر الدفع مطروحا بقوة القانون على محكمة النقض ولو كان متعلقا بالحكم المطعون فيه.

اما بالنسبة للمطعون ضده بالنقض فلا يجوز له التمسك امام محكمة النقض بدفوعه الاجرائية التي سبق له التمسك بها امام محكمة الموضوع ولو كانت هذه الدفوع متعلقة بالجزء المطعون فيه من الحكم سواء كانت هذه الدفوع متعلقة بالمصلحة الخاصة او بالنظام العام ، لأن ذلك يؤدي حسب الفقه والقضاء الى توسيع نطاق قضية النقض وهو ما لا يجوز.

ثانيا: بالنسبة للتمسك بالدفوع الاجرائية لأول مرة امام محكمة النقض فقد انتهينا الى انه وفيما عدا الدفوع الاجرائية المتعلقة بالنظام العام لا يجوز للطاعن التمسك بالدفوع الاجرائية لأول مرة امام محكمة النقض الا اذا كانت متعلقة بعيب ذاتي في الحكم نفسه ، اما الدفوع الاجرائية المتعلقة بالاجراءات التي سبقت صدور الحكم فلا يجوز التمسك بها لأول مرة امام محكمة النقض ولو كان حق الشخص في التمسك بها لم يسقط بل ولو كان البطلان او العيب الذي اصاب الاجراءات لم يتم تصحيحه بأي سبب من اسباب التصحيح.

٤-وبالنسبة للتمسك بالجزاء الاجرائي امام محكمة الاحالة

اولا: الدفوع التي سبق للخصوم التمسك بها امام المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض فقد انتهينا ايضا الى ضرورة التمييز بين الطاعن بالنقض والمطعون ضده

فالنسبة للطاعن بالنقض فلا يجوز له التمسك امام محكمة الاحالة بالجزاء الاجرائي الذي سبق له التمسك به امام المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض الا اذا كان قد طعن في الحكم الصادر في الدفع ونقضته محكمة النقض صراحة او ضمنا.

اما المطعون ضده بالنقض فيجوز له التمسك امام محكمة الاحالة بالدفوع الاجرائية التي سبق له التمسك بها امام المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض ولو لم يكن قد طعن في الحكم الصادر في هذه الدفوع بالنقض.

ثانيا: التمسك بالدفوع الاجرائية لأول مرة امام محكمة الاحالة فقد انتهينا الى انه يجوز للطاعن والمطعون ضده التمسك لأول مرة امام محكمة الاحالة بالدفوع الاجرائية المتعلقة بالاجراءات التي اتخذت امام المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض طالما ان حقهم في التمسك بها لم يسقط.

٥- على صعيد الدراسة التطبيقية لسلطة القاضي في اعمال الجزاءات الاجرائية تبين لنا ان القاضي يجوز له شطب الدعوى ووقفها جزاء من تلقاء نفسه دون حاجة الى تقديم طلب بذلك من الخصم اللهم الا ضرورة سماع اقوال المدعى عليه بالنسبة للوقف الجزائي

كما تبين لنا ان البطلان لنقص الاهلية هو دفع بالبطلان الموضوعي الذي يتميز بنظام قانوني خاص حيث يجوز الدفع به في أي حالة كانت عليها الاجراءات كما يجوز للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، بل ان هذا العيب قد يؤدي الى حد انعدام الخصومة اذا كانت قد بدأت من ناقص الاهلية او في مواجهته ، وانعدام الخصومة على هذا النحو يتيح للممثل القانوني لناقص الاهلية مكنة المطالبة بانعدام الحكم سواء عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المتاحة الاستئناف او التماس اعادة النظر او النقض ، كما يتيح له التمسك بالانعدام بدعوى بطلان اصلية ، على انه تجدر الاشارة الى ان محكمة النقض لا تطبق هذا الحل عندما ترفع الدعوى في غير مواجهة الممثل القانوني للشخص المعنوي.

اما فيما يتعلق باعتبار الدعوى كأن لم تكن سواء لعدم تجديدها من الشطب في الميعاد او لعدم امتثال المدعي لأمر المحكمة فإن الاصل هو بقاء الجزاء متعلقا بالمصلحة الخاصة ، مع الاخذ في الاعتبار الحالة التي يغيب فيها صاحب الحق في التمسك بالجزاء حيث

يصبح الجزاء في هذه الحالة متعلقا بالمصلحة العامة الوقائية

اما فيما يتعلق باعتبار الدعوى كأن لم تكن عند غياب الطرفان بعد تجديدها من الشطب بموجب التعديل الذي ادخله القانون رقم٢٣ لسنة ١٩٩٢ فانه يتعلق بالمصلحة العامة وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

وبالنسبة لجزاء اعتبار المدعي تاركا دعواه فقد انتهينا ايضا الى انه حسب الوضع القانوني الراهن يعد متعلقا بالمصلحة الخاصة ولا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

٦- أما بالنسبة للفصل الثاني فقد كشفت هذه الدراسة النقاب عن ان جزاء البطلان ليس هو وحده الذي حباه المشرع بقواعد تؤدي الى تفادي الحكم به او الحد من آثاره ولكن ايضا الجزاءات الاخرى تتمتع في حدود معينة بهذه العناية.

٧- فاذا كان يجوز تصحيح البطلان بتحقق الغاية منه او بالتكملة او بالحضور فإنه يجوز تصحيح عيب الاختصاص بالتكملة ايضا وذلك باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة.

٨- كما اوضحت الدراسة انه يجوز تصحيح الاجراء الباطل دون اذن من المحكمة ، واذا طلب الخصم اذن المحكمة تعين عليها ان تمنحه الاذن بالتصحيح والا فانها تكون قد اخلت بحقه في الدفاع وتبين ايضا انه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تأمر الخصم بتصحيح الاجراء الباطل ، بل ان ذلك قد يرقى الى مرتبة الالتزام اذا نص القانون كما هو الحال في نص المادتين ٨٥ ، ٢/٢١٨ مرافعات، ويتمشى ذلك مع ما للقاضي من دور ايجابي في الخصومة المدنية في القانون الحديث ولا يستطيع القاضي ممارسة هذا الدور الا اذا كان من حقه مراقبة صحة الاجراءات وسلامتها والامر بتصحيح ما هو معيب منها.

٩- كما اوضحت هذه الدراسة ايضا ان هناك تطبيقات هامة

لتصحيح البطلان بالتكملة فنص المشرع على الزام المحكمة عند غياب المدعى عليه على ضرورة تأجيل الدعوى والامر بتصحيح الاعلان الباطل ، واتضح لنا ايضا ان هذا التصحيح يمكن ان يتم رغم فوات الميعاد.

١٠- كما ان تصحيح الصفة الاجرائية هو نموذج لتصحيح البطلان الموضوعي بالتكملة وبينا ان التصحيح يتم باختصام المثل القانوني للخصم او بتدخله كما اوضحنا ان التصحيح يمكن ان يتم في أي حالة كانت عليها الاجراءات ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف ، ولكن ذلك لا يمنع الممثل القانوني للخصم من التمسك ببطلان بل وبانعدام حكم اول درجة حيث ان تصحيح الصفة الاجرائية ليس له اثر رجعي.

وقد اوضحت الدراسة اوجه الخلاف بين تصحيح الصفة الاجرائية وتصحيح الصفة في الدعوى حيث ان الاولى تتم طبقا لقواعد تصحيح البطلان المنصوص عليها في المادة ٢٣ مرافعات في حين ان الثانية تتم طبقا للمادة٢/١١٥ مرافعات ،كما أن تصحيح الصفة الاجرائية يمكن ان يتم في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف،أما تصحيح الصفة في الدعوى فيجب ان يتم في ذات درجة التقاضي،وعلة ذلك ان تصحيح الصفة الاجرائية ليس له اثر رجعي لذلك يجوز التمسك ببطلان الاجراءات السابقة على التصحيح،في حين ان تصحيح الصفة في الدعوى له اثر رجعي لذلك يؤدي اجازة تصحيح الصفة في الدعوى في الاستئناف الى تفويت الدرجة الاولى من درجات التقاضي على الخصوم وهو ما لا يجوز.

١١- اما ما يتعلق بتصحيح الاجراءات امام محكمة الطعن طبقا للمادة ٢/٢١٨ مرافعات فيكون باختصام او تدخل باقي اطراف خصومة اول درجة في أية حالة كانت عليها الاجراءات امام محكمة الاستئناف وان الامر بالتصحيح هنا هو التزام يثقل كاهل المحكمة ولا تتحلل المحكمة منه الا اذا كانت قد كلفت الطاعن بالاختصام

بالفعل والا تعرض حكمها للطعن فيه بالنقض.

١٢- كما ان العيب الذي شاب الاجراء يتم تصحيحه بسقوط الحق في التمسك بالجزاء سواء بنزول صاحب الحق عن التمسك به او بعدم تمسكه به في الميعاد او الترتيب المناسب او بصدور حكم بصحة الاجراء ورفض الحكم بالجزاء.

١٣- وفيما يتعلق بالحد من اثر الجزاء فإنه ايضا يمتد ليشمل اغلب الجزاءات الاجرائية وليس فقط جزاء البطلان.فقد قرر المشرع نظرية تحول العمل الباطل وانتقاصه وذلك في محاولة منه للحد من اثار البطلان.

١٤- ففيما يتعلق بتحول الاجراء الباطل الى اجراء صحيح فقد اكدت هذه الدراسة ان التحول ما هو الا تكييف للمقتضيات الصحيحة المتبقية من الاجراء المعيب ولذلك فقد انتهينا الى انه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه ان يقرر تحول الاجراء الباطل الى اجراء اخر صحيح اذا تأكد من توافر مقتضيات الاجراء الصحيح فيه سواء كان البطلان الذي شاب الاجراء متعلقا بالنظام العام ام بالمصلحة الخاصة.

١٥- وفيما يتعلق بانتقاص الاجراء الباطل فقد اكدت الدراسة ايضا حق بل التزام القاضي بالاخذ بنظرية الانتقاص من تلقاء نفسه بحيث لا يجوز له ان يحكم بامتداد البطلان للاجراء كله او بالنسبة للخصوم كلهم والا فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه.

١٦- كما قرر المشرع من ناحية اخرى الحد من آثار سقوط الخصومة او اعتبارها كأن لم تكن حيث قرر ان سقوط الخصومة لا يؤثر على الاحكام القطعية التي صدرت قبل تحقق موجب السقوط كما انه لا يؤثر على اقرارات الخصوم والايمان التي حلفوها واخيرا فإنه لا يؤثر على اجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي تمت.

قائمة بأهم المراجع

إبراهيم نجيب سعد

- القانون القضائي الخاص الجزء الأول ١٩٧٣ منشأة المعارف الإسكندرية
- القانون القضائي الخاص الجزء الثاني ١٩٨٠ منشأة المعارف الإسكندرية

إبراهيم النفياوي

- مسئولية الخصم عن الإجراءات رسالة ١٩٩١ أسيوط
- قواعد المرافعات المدنية والتجارية

أحمد أبو الوفا

- المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٠ ط١٥ منشأة المعارف الإسكندرية
- التعليق على نصوص قانون المرافعات١٩٨٧طه منشأة المعارف الإسكندرية
- نظرية الدفوع في قانون المرافعات ١٩٨٨ ط٨ منشأة المعارف الأسكندرية
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات ١٩٨٩ ط٦ منشأة المعارف الإسكندرية
- انقضاء الخصومة بغير حكم

أحمد السيد صاوي

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤ دار النهضة العربية القاهرة
- اثار الاحكام بالنسبة للغير

احمد خليل

- المرافعات المدنية والتجارية بالاشتراك مع أ.د نبيل عمر ط١٩٩٧
- تعارض الاحكام القضائية ط١٩٩٨

أحمد ماهر زغلول

- أعمال القاضي التي تحوز الحجية ط١٩٩٠ دار النهضة العربية
- الحجية الموقوفة ط ١٩٩٠ دار النهضة العربية
- أثر إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ط١٩٩٢ دار النهضة العربية
- مراجعة الاحكام بغير الطعن فيها ط١٩٩٣
- دروس في المرافعات د ، ج٢ بالاشتراك مع أ.د. وجدي راغب

أحمد مسلم

- أصول المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٨ دار الفكر العربي
- التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة-مجلة العلوم القانونية والإقتصاديةالسنة الثانية ١٩٦٠ العدد الأول ص٦٧

أحمد مليجي

- التعليق على قانون المرافعات جـ١ لم يذكر سنة النشر

- ركود الخصومة المدنية ١٩٩١ دار النهضة العربية القاهرة
- الطعن بالاستئناف

أحمد هندي
- قانون المرافعات المدنية والتجارية١٩٩٥دار الجامعة الجديدة للنشر الأسكندرية
- شطب الدعوى ١٩٩٣ مكتبة ومطبعة الإشعاع الأسكندرية
- آثار احكام محكمة النقض وقوتها ط١٩٩٧ دار الجامعة الجديدة للنشر

الانصاري حسن النيداني
- مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات رسالة المنوفية ١٩٩٦
- قواعد المرافعات الكتاب الثاني مبادئ الخصومة المدنية ط ١٩٩٩

السيد تمام
- النظرية العامة للدعاوى المرتبطة ١٩٩١
- الوجيز في قانون المرفعات ج١التنظيم القضائي والاختصاص

أمينة مصطفى النمر
- قوانين المرافعات ثلاث كتب ١٩٨٢ منشأة المعارف الأسكندرية
- الدعوى وإجراءاتها ١٩٩٠ منشأة المعارف الأسكندرية

أنور طلبة
- موسوعة المرافعات المدنية والتجارية أربع مجلدات ١٩٩٤ دار المطبوعات الجامعية الأسكندرية

حامد فهمي ومحمد حامد فهمي
- النقض في المواد المدنية والتجارية ١٩٣٧

حسن كيرة
- المدخل إلى القانون ١٩٧١ الأسكندرية

سمير عبد السيد تناغو
- النظرية العامة للقانون ط ١٩٩٤

عاشور مبروك
- النظام القانوني لمثول الخصوم امام القضاء المدني الجلاء الجديدة المنصورة١٩٨٨

عبد الباسط جميعي
- مبادئ المرافعات ١٩٨٠ دار الفكر العربي

عبد الرزاق السنهوري
- الوجيز في شرح القانون المدني ج١ط ١٩٩٧ دار النهضة العربية

عبد الفتاح السيد بك
- الوجيز في المرافعات المصرية ١٩٢٤

عبد المنعم حسني
- طرق الطعن في الأحكام ط٢ ١٩٨٣
- التعليق على قانون المرافعات
- الإستئناف في الأحكام المدنية والتجارية ١٩٨٩

عز الدين الدناصوري وحامد عكاز
- التعليق على قانون المرافعات ط ٨ ١٩٩٤ جـ١ ،جـ٢مركز الدلتا للطباعة الأسكندرية

عزمي عبد الفتاح
- قانون القضاء المدني المصري جـ١ ١٩٩٣ دار النهضة العربية القاهرة
- التزام القاضي بتحقيق مبدأ المواجهة
- التمييز بين الواقع والقانون

على الشيخ
- الحكم الضمني في قانون القضاء المدني ط١٩٩٧

رمضان ابو السعود وهمام محمود
- المدخل الى القانون ط ١٩٩٧

رمزي سيف
- الوسيط في شرح قانون المرافعات ط٨ ١٩٦٩ دار النهضة العربية
- إعتراض الخارج على الخصومة مجلة القانون والإقتصاد س٩ سنة١٩٤٩ العدد الأول والثاني ص١٤٦
- طرق الطعن في الأحكام في مشروع قانون المرافعات مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية ١٩٤٣ العدد الأول ص١٢١

فتحي والي
- قانون القضاء المدني ط١ جـ ١ ١٩٧٣
- الوسيط في قانون القضاء المدني ١٩٨٧ دار النهضة العربية القاهرة
- نظرية البطلان في قانون المرافعات ط١٩٩٧

محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي
- قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن جـ١ ،٢مكتبة الآداب ١٩٥٨

محمد حامد فهمي
- المرافعات المدنية والتجارية جـ١ ،٢ ١٩٤٧

محمد كمال عبد العزيز
– تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء مكتبة وهبة ١٩٧٨
– الجديد في قانون المرافعات

محمد محمود إبراهيم
– الوجيز في المرافعات ١٩٨١
– النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ١٩٨٢ دار الفكرالعربي القاهرة
– معيار الأحكام الغير منهية للخصومة ١٩٨٦ دار الفكر العربي القاهرة

محمد نصر الدين كامل
– عوارض الخصومة المدنية ١٩٩٠ منشأة المعارف الأسكندرية
– الإستئناف في المواد المدنية والتجارية ١٩٩٤منشأة المعارف الأسكندرية

محمود محمد هاشم
– قانون القضاء المدني دار الفكر العربي ١٩٨١
– إعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات ١٩٨٦
– إستنفاد ولاية القاضي المحاماة س٦١ ١٩٨١ العددان ٥،٦ ص٢٦

مصطفى كيرة
– النقض المدني ١٩٩٢الهيئة المصرية العامة للكتاب

نبيل إسماعيل عمر
– أصول المرافعات المدنية والتجارية منشأة المعارف الأسكندرية ١٩٨٦
– النظرية العامة للطعن بالنقض منشأة المعارف الأسكندرية ١٩٨٠
– الطعن بالإستئناف منشأة المعارف الأسكندرية ١٩٨٠
– الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني منشأة المعارف الأسكندرية ١٩٨٢
– إلتماس إعادة النظر منشأة المعارف الأسكندرية ١٩٨٣
– سلطة القاضي التقديرية منشأة المعارف ط١– ١٩٨٤
– عدم فاعلية الجزاءات الاجرائية : منشأة المعارف لم تذكر سنة النشر

وجدي راغب فهمي
– مبادئ القضاء المدني دار الفكر العربي ١٩٨٧
– دراسات في مركز الخصم اما القضاء المدني مجلة العلوم القانونية والإقتصادية السنة ١٨ – ١٩٧٦ للعدد الأول ص٧١
– مبادئ الخصومة المدنية ١٩٧٨

مراجع فرنسية

Cadiet (L.)
- droit judiciaire privé,1992,Litec

Glasson Tissier et Morel
- Traité théorique et pratique d'organisation judic - iaire de compétence et de procédure civile , 3 éd Sirey, 1925-1936

Heron J
droit judiciaire privé montchrestien 1991

Miguet
- Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J, 1977

Morel
- Traité élémentaire de procédure civile,2 éd Sirey, 1949

Motulsky
- Ecrits Etudes et Notes de procédure civile Dalloz 1973 Préface de
- principes d'une réalisation méthodique du droit privé thèse Lyon 1948

Normand (J.)
- Le juge et litige , L.G.D.J.1965
- principes directeurs du procès jur .clas.proc.civ. fasc 151- Rev. qirt, dr privé, 1969. P. 515,S)

Perrot (R.),
-droit judiciaire privé,Les cours de droit 1981Paris

Solus (H.) et Perrot (R.)
-droit judiciaire privé,Sirey.T.1,introduction notions fondamentales 1961,
- T.2 La compétence 1973
- T.3 procédure de première instance, 1991

Vincent (J.) et Guinchard (S.)
- procédure civile 22 éd 1991 Dalloz

فهرس بالموضوعات

البند ..... الصفحة
مقدمة ١
١ -الجزاء القانوني ١
٢ -الجزاء الاجرائي ٢
٣ -الجزاءات الاجرائية المتعلقة بالخصومة كوحدة ٢
٤ -الجزاءات الاجرائية المتعلقة بالعمل الاجرائي ٤
٥ -تقسيم ٤

فصل تمهيدي

دور القاضي في الخصومة المدنية

٦ -تقسيم ٧

المبحث الاول

دور القاضي في مجال الوقائع

٧ -&-١-مبدأ الطلب ٧
٨ -نتائج التزام القاضي بمبدأ الطلب ١٢
٩ -حالات استثنائية يتحرر فيها القاضي من مبدأ الطلب ١٤
١٠ -مدى سريان مبدأ الطلب بالنسبة للدفوع الموضوعية ١٥
١١ -اما بالنسبة للدفوع بعدم القبول ١٧
١٢ -&-٢- مبدأ امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ١٨

المبحث الثاني

دور القاضي في مجال القانون

١٣ -القانون مهمة القاضي ٢٠
١٤ -قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون ٢١
١٥ -هل يجوز للقاضي ان يطلب من الخصوم ايضاحات بشأن القانون؟ ٢٢
١٦ -هل يتقيد القاضي بما يقدمه الخصوم من اوجه القانون؟ ٢٣
١٧ -شروط تطبيق القاضي للقانون من تلقاء نفسه ٢٣
١٨ -الشرط الأول : - أن تكون الوقائع التي يطبق القاضي القانون عليها مطروحة في الدعوى ومتمسك بها من قبل الخصوم. ٢٤
١٩ -الشرط الثاني :- إلتزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة بصدد ما لم يستند إليه الخصوم بصفة خاصة. ٢٦

الفصل الاول

سلطة القاضي في توقيع الجزاءات الاجرائية

المبحث الاول

دراسة تحليلية لسلطة القاضي في توقيع الجزاءات الاجرائية

المطلب الاول

سلطة قاضي اول درجة في توقيع الجزاءات الاجرائية

٢٠ تقسيم ٢٩

الفرع الاول

مدى انطباق المبادئ العامة التي تحكم دور القاضي في الخصومة على الجزاءات الاجرائية

٢١ -&-١-مدى انطباق مبدأ الطلب بالنسبة للدفوع الاجرائية ٣٠
٢٢ -هل تكييف الخصوم للدفوع يلزم القاضي ٣١
٢٣ -هل تنطبق قاعدة العبرة بالطلبات الختامية على الدفوع ٣٢
٢٤ -هل تنطبق قاعدة الطلبات الضمنية على الدفوع؟ ٣٣
٢٥ -&-٢- مدى سريان مبدأ عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي بالنسبة للدفوع ٣٥
٢٦ -&- ٣- مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة في تطبيق القانون من تلقاء نفسه بالنسبة للمسائل الاجرائية ٣٦
٢٧ -بالنسبة للجزاءات الاجرائية المتعلقة بالنظام العام ٣٦
٢٨ -اما بالنسبة للدفوع الاجرائية المتعلقة بالمصلحة الخاصة ٣٧
٢٩ -انتقاد موقف الفقه والقضاء ٣٨

الفرع الثاني

سلطة القاضي بالنسبة للجزاءات الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام

٣٠ -تقسيم ٤١
٣١ -اولا : التمسك بالجزاء ٤١
٣٢ -&-١-: ضرورة التمسك بالجزاء من جانب الخصم ٤١
٣٣ -&-٢-وقت إبداء الدفع الاجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة ٤٥
٣٤ -أ-وجوب إبداء الدفوع الإجرائية قبل الكلام في الموضوع() ٤٥
٣٥ -ب-وجوب ابداء كافة الدفوع الاجرائية معا جملة واحدة ٤٧
٣٦ -جـ- وجوب ابداء جميع الأوجه التي يؤسس عليها الدفع الإجرائي معا ٤٩
٣٧ -&-٣- صاحب الصفة في التمسك بالجزاء الإجرائي ٥١
٣٨ -التمسك بالجزاء عند تعدد الخصوم ٥٢
٣٩ -القاعدة الأولى: لا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا صاحب الصفة في التمسك به ٥٣
٤٠ -١-التمسك بالجزاء من جانب أحد الملتزمين في الموضوع غير القابل للتجزئة وفي الدعاوى التي يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين:- ٥٤
٤١ -٢-التمسك بالجزاء من جانب احد المتضامنين ٥٧
٤٢ -القاعدة الثانية: لا يجوز التمسك بالجزاء إلا في مواجهة ذات الخصم الذي تسبب في المخالفة ٥٨
٤٣ -١-التمسك بالجزاء ضد أحد المتضامنين ٥٩
٤٤ -٢-التمسك بالجزاء ضد أحد الملتزمين في الموضوع غير القابل للتجزئة ٦٠
٤٥ -ثانيا:- كيفية الفصل في الدفع ٦١
٤٦ -كيفية فصل المحكمة في الدفوع الاجرائية عند تعددها ٦٢
٤٧ -ثالثا- مدى استنفاد المحكمة لولايتها ٦٣
٤٨ -مدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للدفع ٦٣
٤٩ -استثناء:- قرار الشطب لا تستنفد به المحكمة ولايتها ٦٤
٥٠ -مدى استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للموضوع ٦٥
٥١ -رابعا:- مدى حجية الحكم الصادر في الدفع ٦٦
٥٢ -استثناء:- الحكم بعدم الاختصاص والاحالة يحوز حجية الامر المقضي ٦٧

الفرع الثالث

سلطة القاضي في توقيع الجزاءات الاجرائية المتعلقة بالنظام العام

٥٣ -تعريف وتقسيم ٦٨
٥٤ -طبيعة قواعد قانون المرافعات ٦٩
٥٥ -خصائص الجزاء المتعلق بالنظام العام ٧٠
٥٦ -إثارة الجزاء الاجرائي المتعلق بالنظام العام هو واجب على المحكمة في القانون المصري بخلاف القانون الفرنسي ٧٢
٥٧ -الشروط اللازم توافرها لاثارة القاضي للجزاء المتعلق بالنظام العام ٧٦

الفرع الرابع

سلطة القاضي في الحكم بالجزاء عند غياب صاحب المصلحة في التمسك به

٥٨ -تقسيم ٧٧
٥٩ -سلطة القاضي في اعمال الجزاءات الاجرائية في حالة غياب المدعى عليه في القانون الفرنسي ٧٧
٦٠ -سلطة القاضي في اعمال الجزاءات الاجرائية عند غياب المدعى عليه في القانون المصري ٨٠
٦١ -مدى حق المحكمة في اثارة الجزاء من تلقاء نفسها عند غياب صاحب المصلحة ٨١
٦٢ -ملامح النظام العام الوقائي ٨٣

المطلب الثاني

سلطة محكمة الطعن في اعمال الجزاءاالاجرائية

الفرع الاول

سلطة محكمة الاستئناف في اعمال الجزاءات الاجرائية

٦٣ -تقسيم ٨٤
٦٤ -&-١- الدفوع التي سبق التمسك بها امام محكمة اول درجة وفصلت فيها

المحكمة ٨٤
٦٥ -١-الاحكام الفرعية الصادرة في المسائل الاجرائية التي يجوز الطعن المباشر فيها بالاستئناف ٨٤
٦٦ -معيار استئناف الاحكام الصادرة في الدفوع الاجرائية المنهية للخصومة ٨٦
٦٧ -نطاق خصومة استئناف الحكم الصادر في الدفع الاجرائي المنهي للخصومة ٨٨
٦٨ -٢-الاحكام الفرعية الصادرة في المسائل الاجرائية التي لا تقبل الطعن المباشر٩٣
٦٩ -الشروط الواجب توافرها لاعتبار الاحكام الصادرة في الدفوع الاجرائية مستأنفة
بقوة القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة ٩٦
٧٠ -الشرط الاول: الا يكون المحكوم عليه قد قبل الحكم الصادر اثناء سير الخصومة صراحة او ضمنا ٩٦
٧١ -الشرط الثاني: الا يكون من الاحكام التي تقبل الطعن المباشر ٩٧
٧٢ -الشرط الثالث :- ان يكون الحكم الفرعي متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم المنهي للخصومة ٩٨
٧٣ -الشرط الرابع :-الا يضار المستأنف من استئنافه ٩٩
٧٤ -النتائج المترتبة على اعتبار الاحكام الصادرة في الدفوع الاجرائية مستأنفة بقوة
القانون باستئناف الحكم المنهي للخصومة ٩٩
٧٥ -١-التزام محكمة الاستئناف بالفصل في الدفع صراحة او ضمنا ١٠٠
٧٦-٢-يجوز للخصوم الطعن بالنقض على حكم محكمة الاستئناف اذا اغفل الرد على دفوعهم التي تمسكوا بها امام محكمة اول درجة ١٠١
٧٧ -&-٢- اذا اغفلت محكمة اول درجة الفصل في الدفع الاجرائي ١٠٢
٧٨ -&- ٣ - التمسك بالدفع الاجرائي لأول مرة امام محكمة الاستئناف ١٠٥
٧٩ -١-التمسك بالدفع الاجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة امام محكمة الاستئناف ١٠٥
٨٠ -٢-التمسك بالدفع الاجرائي المتعلق النظام العام لأول مرة امام محكمة الاستئناف ١٠٧
٨١ -حكم محكمة الاستئناف في الدفع الاجرائي ١٠٨
٨٢ -١-اذا انحصر نطاق الاستئناف في المسألة الاجرائية ١٠٨

٨٣ -٢-اذا كان الاستئناف مرفوعا عن الحكم الاجرائي مع الحكم الصادر في الموضوع ١١٠

الفرع الثاني

سلطة محكمة النقض في اعمال الجزاءات الاجرائية

٨٤ -تقسيم ١١٥
٨٥ -&-١- اذا كان الخصم قد سبق له التمسك بالجزاء امام محكمة الموضوع وفصلت فيه المحكمة ١١٥
٨٦ -١-اذا كان الحكم يقبل الطعن المباشر بالنقض ١١٥
٨٧ -شروط الطعن في الحكم الاجرائي بالنقض ١١٧
٨٨ -هل يجوز الطعن بالنقض في الحكم الاجرائي لمخالفته لحكم اجرائي اخر حائز لقوة الامر المقضي ١١٩
٨٩ -٢-اذا كان الحكم الصادر في الدفع الاجرائي لا يقبل الطعن المباشر ١٢٢
٩٠ -المطعون ضده بالنقض لا يمكنه التمسك بدفوعه الاجرائية -حتى المتعلق منها بالنظام العام-التي سبق ان تمسك بها امام محكمة الموضوع وقضت برفضها١٢٣
٩١ -الطعن بالنقض في الحكم المنهي للخصومة وحده لا يستتبع الطعن في الحكم الصادر اثناء سيرها ١٢٤
٩٢ -&-٢- اذا اغفلت محكمة الاستئناف الفصل في الدفع الاجرائي ١٢٦
٩٣ -&- ٣ - التمسك بالجزاء الاجرائي لأول مرة امام محكمة النقض ١٢٧
٩٤ -١- التمسك بالدفع المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة امام محكمة النقض١٢٧
٩٥ -العيب الذاتي في الحكم يجوز التمسك به لأول مرة امام محكمة النقض... ١٢٧
٩٦ -لا يجوز التمسك بغير ذلك من العيوب المتعلقة بالمصلحة الخاصة لاول مرة امام محكمة النقض ١٢٨
٩٧ -يجوز التمسك بالعيب المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة امام محكمة النقض اذا كان على محكمة الموضوع التزام بتصحيح الاجراء الباطل ١٣٠
٩٨ -٢- التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام لأول مرة امام محكمة النقض ١٣١
٩٩ -شروط التمسك بالدفع الاجرائي المتعلق بالنظام العام لأول مرة امام محكمة النقض ١٣١
١٠٠ -الشرط الاول :- ان تكون عناصر الدفع الواقعية موجودة في ملف الدعوى١٣٢

١٠١ -لا يجوز التمسك بالانعدام لأول مرة امام محكمة النقض ١٣٤
١٠٢ -الشرط الثاني :- ان يكون الدفع متعلقا بالجزء المطعون فيه من الحكم... ١٣٤
١٠٣ -حكم محكمة النقض في الدفع الاجرائي ١٣٦
١٠٤ -اولا- عدم قبول الطعن بالنقض او رفضه ١٣٦
١٠٥ -ثانيا-قبول الطعن ونقض الحكم ١٣٧
١٠٦ -١- اذا كان الحكم الفرعي منهيا للخصومة دون حكم في الموضوع ١٣٨
١٠٧ -أ-فاذا كان الحكم المنهي للخصومة والمطعون فيه بالنقض هو حكم بعدم اختصاص محكمة الموضوع بنظر الدعوى..... ١٣٨
١٠٨ -ب- اما اذا كان الحكم المطعون فيه بالنقض هو حكم فرعي منهي للخصومة في غير مسألة الاختصاص ١٤٠
١٠٩ -٢-اذا كان الطعن بالنقض منصبا على الحكم الفرعي مع الحكم الصادر في الموضوع ١٤٣

الفرع الثالث

سلطة محكمة الاحالة في اعمال الجزاءات الاجرائية

١١٠ -تقسيم..... ١٤٦
١١١ -&-١- الدفوع التي سبق التمسك بها امام المحكمة ١٤٦
١١٢ -الدفوع التي يتمسك بها الطاعن..... ١٤٧
١١٣ -دفوع المطعون ضده بالنقض ١٤٧
١١٤ -&-٢- التمسك بالدفع الاجرائي لأول مرة امام محكمة الاحالة..... ١٤٨
١١٥ -١-التمسك بالدفع الاجرائي المتعلق بالمصلحة الخاصة لأول مرة امام محكمة الاحالة..... ١٤٨
١١٦ -٢-التمسك بالدفع المتعلق بالنظام العام لأول مرة امام محكمة الاحالة ... ١٤٩

المبحث الثاني

دراسة تطبيقية لسلطة القاضي بالنسبة لبعض الجزاءات الاجرائية

تقسيم ١٥١

المطلب الاول

دراسة تطبيقية لبعض الجزاءات التمهيدية

١١٧ -تقسيم ١٥١

الفرع الاول

شطب الدعوى

١١٨ -تقسيم ١٥٢
١١٩ -تعريف شطب الدعوى ١٥٢
١٢٠ -شروط الشطب ١٥٣
١٢١ -الشرط الاول : غياب جميع الخصوم..... ١٥٣
١٢٢ -الشرط الثاني : ان يتأكد القاضي أن الدعوى غير صالحة للحكم فيها..... ١٥٤
١٢٣ -الشرط الثالث : ان يتأكد القاضي ان المدعي على علم بالجلسة..... ١٥٨
١٢٤ -مقارنة بين شطب الدعوى في القانونين الفرنسي والمصري..... ١٥٩

الفرع الثاني

وقف الخصومة جزاء

١٢٥ -تمهيد وتقسيم..... ١٦٢
١٢٦ -شروط الوقف الجزائي ١٦٢
١٢٧ -١- ان يمتنع المدعى عن تنفيذ امر ما للمحكمة ١٦٢
١٢٨ -٢-ان تسمع المحكمة اقوال المدعى عليه ١٦٣
١٢٩ -هل يلزم موافقة المدعى عليه على الوقف؟..... ١٦٤
١٣٠ -٣- يجب الا تزيد مدة الوقف الجزائي عن ثلاثة شهور..... ١٦٥
١٣١ -خاتمة المطلب..... ١٦٦

المطلب الثاني

دراسة تطبيقية لبعض الجزاءات الاجرائية غير التمهيدية

١٣٢ -تقسيم ١٦٨

الفرع الاول

البطلان لنقص اهلية الخصم اوعدم صحة تمثيله القانوني

١٣٣ -تكييف الدفع بنقص الاهلية ١٦٨
١٣٤ -عدم خضوع البطلان لنقص الاهلية لقواعد البطلان لعيب شكلي ١٧٠
١٣٥ -الاصل ان البطلان لنقص الاهلية متعلق بالمصلحة الخاصة ١٧١
١٣٦ -اذا فقد الخصم اهليته او زالت صفته اثناء سيرها(بطلان الحكم بطلانا متعلقا بالمصلحة الخاصة) ١٧٣
١٣٧ -يصبح البطلان لنقص الاهلية متعلقا بالنظام العام الوقائي اثناء سير الخصومة ١٧٤
١٣٨ -انعدام الخصومة المرفوعة بداية من او ضد ناقص الاهلية ١٧٧
١٣٩ -محكمة النقض ترفض اعتبار الدعوى المرفوعة على غير الممثل القانوني للشخص المعنوي دعوى منعدمة ١٨٠
١٤٠ -التمسك بالبطلان لنقص الاهلية او عدم صحة التمثيل امام محكمة الطعن ١٨١

الفرع الثاني

اعتبار الخصومة كأن لم تكن

١٤١ -تقسيم ١٨٣
أولا: إعتبار الخصومة كأن لم تكن لإهمال المدعى في تعجيلهامن الشطب ١٨٥
١٤٢ -تقسيم ١٨٥
١٤٣ -الفرض الأول: انقضاء ستون يوما دون تعجيل الخصومة ١٨٦
١٤٤ -الفرض الثاني :- إعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم حضور الطرفان بعد السير فيها. ١٩٠
١٤٥ -شروط اعتبار الدعوى كان لم تكن وفقا للفرض الثاني ١٩١
١٤٦ -١- أن يتم تعجيل الدعوى من الشطب خلال الستين يوما ١٩١
١٤٧ -٢- أن يتخلف الطرفان عن الحضور ١٩١
١٤٨ -٣- يجب ان يكون التخلف عن الحضور في جلسة التعجيل ١٩٢
١٤٩ -طبيعة الجزاء في هذا الفرض ١٩٣
ثانيا: إعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم امتثال المدعى لأمر المحكمة ١٩٦

١٥٠ -تعريف ١٩٦
١٥١ -شروط اعتبار الدعوى كأن لم تكن طبقا للمادة٩٩ مرافعات ١٩٧
١٥٢ -١- ان يكون قد سبق للمحكمة الحكم بوقف الدعوى جزاء ١٩٧
١٥٣ -٢- ان يصر المدعي على الامتناع عن تنفيذ امر المحكمة ١٩٧
١٥٤ -٣- عدم تعجيل الدعوى خلال ثلاثين يوما التالية لانتهاء مدة الوقف الجزائي ١٩٨
١٥٥ -طبيعة الجزاء المقرر في المادة٩٩ مرافعات ١٩٨

الفرع الثالث

اعتبار المدعي تاركا دعواه

١٥٦ -شروط اعتبار المدعي تاركا دعواه ٢٠١
١٥٧ -طبيعة الجزاء ٢٠٢

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تفادي اعمال الجزاءات الاجرائية والحد من آثارها

١٥٨ -تقسيم ٢٠٧

المبحث الاول

القاضي والاعفاء من الجزاءات الاجرائية

١٥٩ -تقسيم ٢٠٨

المطلب الاول

الاعفاء من الجزاء الاجرائي بازالة العيب

١٦٠ -تقسيم ٢٠٨

الفرع الاول

تصحيح البطلان بازالة العيب

١٦١ -تقسيم ٢٠٩
اولا: تصحيح البطلان بتحقق الغاية من الاجراء المعيب ٢٠٩

١٦٢ -معيار الغاية ٢٠٩
١٦٣ -المقصود بالغاية ٢١١
١٦٤ -يجب على القاضي البحث عن الغاية في كل حالة على حدة ٢١٣
١٦٥ -هل يجوز للقاضي ان يقضي من تلقاء نفسه برفض الدفع بالبطلان اذا رأى ان الغاية من الاجراء قد تحققت ٢١٤
١٦٦ -حالات استبعاد معيار الغاية ٢١٥
ثانيا :تصحيح البطلان بالتكمله ٢١٦
١٦٧ -المقصود بالتصحيح بالتكملة ٢١٦
١٦٨ -هل يشترط اذن المحكمة للقيام بتصحيح الاجراء الباطل؟ ٢١٦
١٦٩ -اذا طلب الخصم الاذن تعين على المحكمة ان تجيبه ٢١٦
١٧٠ -هل يجوز للقاضي ان يأمر بتصحيح الاجراء الباطل من تلقاء نفسه؟ ٢١٧
١٧١ -شروط التصحيح بالتكملة ٢١٨
١٧٢ -الشرط الاول: أن يكون تصحيح العيب ممكنا ٢١٨
١٧٣ -الشرط الثاني: أن يضاف الى العمل الباطل ما ينقصه ٢١٩
١٧٤ -الشرط الثالث: يجب أن تتم التكملة فى الميعاد ٢١٩
١٧٥ -الشرط الرابع: ان يتم التصحيح في ذات درجة التقاضي ٢٢٢
تطبيقات للتصحيح بالتكملة ٢٢٣
١٧٦ -تقسيم ٢٢٣
١-تصحيح اعلان صحيفة الدعوى ٢٢٣
١٧٧ -شروط تصحيح اعلان صحيفة الدعوى ٢٢٣
١٧٨ -الشرط الاول:-ان يتبين للمحكمة تخلف احد المقتضيات الشكلية او الموضوعية اللازمة لصحة الاعلان ٢٢٣
١٧٩ -المحكمة ملزمة من تلقاء نفسها بفحص صحيفة الدعوى واعلانها والتأكد من خلوهما من العيوب التي تؤدي الى بطلانها ٢٢٤
١٨٠ -التزام المحكمة من تلقاء نفسها بالامر بتصحيح الاعلان الباطل ٢٢٤
١٨١ -الشرط الثاني:-ان يتم التصحيح باعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى من جديد وليس بمجرد تكليف بالحضور ٢٢٥
١٨٢ -هل يشترط ان يتم تصحيح الاعلان في الميعاد؟ ٢٢٦

٢- تصحيح البطلان الناتج عن نقص الاهلية أو عدم صحة التمثيل القانوني ٢٢٨
١٨٣ -شروط تصحيح البطلان لنقص الاهلية ٢٢٨
١٨٤ -الشرط الاول: -ان يكون عيب الاهلية او الصفة الاجرائية قابلا للتصحيح ٢٢٨
١٨٥ -اختصام الممثل القانوني لناقص الاهلية او تدخله في الدعوى ٢٢٨
١٨٦ -الشرط الثاني:- يجب ان يتم التصحيح في الميعاد المحدد للقيام بالاجراء المعيب ٢٢٩
١٨٧ -لا يشترط ان يتم التصحيح في ذات درجة التقاضي ٢٣٠
١٨٨ -المحكمة ملزمة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر اهلية الخصوم والامر باختصام صاحب الصفة الاجرائية ٢٣٣
١٨٩ -تصحيح الصفة الاجرائية لا ينتج اثره الا من تاريخ القيام به ٢٣٤
١٩٠ -مقارنة بين تصحيح الصفة الاجرائية وتصحيح الصفة في الدعوى ٢٣٥
١٩١ -١-اختلاف القواعد القانونية التي تحكم تصحيح الصفة الاجرائية عن تلك التي تحكم تصحيح الصفة في الدعوى ٢٣٦
١٩٢ -٢-يشترط ان يتم تصحيح الصفة الاجرائية في الميعاد ، اما تصحيح الصفة في الدعوى فلا يشترط ان يتم في الميعاد ٢٣٨
١٩٣ -٣-تصحيح الصفة الاجرائية ليس له اثر رجعي ، اما تصحيح الصفة في الدعوى فله اثر رجعي ٢٣٩
١٩٤ -٤-لا يشترط ان يتم تصحيح الصفة الاجرائية في ذات درجة التقاضي بينما يتعين ذلك بالنسبة لتصحيح الصفة في الدعوى ٢٤٠
٣- تصحيح الاجراءات امام محكمة الطعن طبقا للمادة٢/٢١٨ مرافعات ٢٤٠
١٩٥ -مقترضات التصحيح طبقا لنص المادة٢/٢١٨ مرافعات ٢٤٠
١٩٦ -التزام المحكمة بتكليف الطاعن باختصام باقي الخصوم ٢٤١
١٩٧ -اختصام باقي الخصوم لا يخضع لأي ميعاد ٢٤٢
١٩٨ -تدخل باقي الخصوم يؤدي الى تصحيح البطلان ٢٤٣
ثالثا :تصحيح البطلان بالحضور ٢٤٤
١٩٩ -تمهيد ٢٤٤
٢٠٠ -شروط التصحيح بالحضور ٢٤٤
٢٠١ -الشرط الأول:- ان يكون العيب في الاعلان او في بياني التكليف بالحضور ٢٤٤

٢٠٢ -الشرط الثاني: حضور المدعى عليه
٢٠٣ -الشرط الثالث: ان يكون الحضور بناء على الاعلان الباطل
٢٠٤ -اثر حضور المدعى عليه طبقا للقانون الجديد

الفرع الثاني

تصحيح الاختصاص باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة

٢٠٥ -تمهيد
٢٠٦ -التزام المحكمة باحالة الى المحكمة المختصة عند الحكم بعدم الاختصاص
٢٠٧ -شروط الاحالة لعدم الاختصاص
٢٠٨ -١-ان تحكم المحكمة بعدم الاختصاص
٢٠٩ -٢-أن يبقى بعد الحكم بعدم الاختصاص موضوعا صالحا للفصل فيه
٢١٠ -انتقال الدعوى بحالتها الى المحكمة المحال اليها والتزامها بحكم الاحالة

المطلب الثاني

الاعفاء من الجزاء رغم بقاء الغيب

الفرع الاول

النزول عن التمسك بالجزاء

٢١١ -تمهيد
٢١٢ -&-١-انواع التنازل
٢١٣ -النزول الصريح
٢١٤ -النزول الضمني
٢١٥ -&-٢-شروط النزول
٢١٦ -الشرط الاول: ان يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالجزاء
٢١٧ -الشرط الثاني:- ان تتوافر في النازل اهلية النزول
٢١٨ -الشرط الثالث:- ان تتوافر في النازل ارادة النزول
٢١٩ -&-٣-اثر النزول
٢٢٠ -نسبية التنازل
٢٢١ -انطباق قاعدة نسبية التنازل في حالتي التضامن وعدم التجزئة

الفرع الثاني

سقوط الحق في التمسك بالجزاء

٢٢٢ -تمهيد وتعريف
٢٢٣ -اولا: اسباب السقوط
٢٢٤ -ثانيا: حالات السقوط
٢٢٥ -ثالثا: احكام السقوط
٢٢٦ -مدى تعلق السقوط بالنظام العام
٢٢٧ -يجب على المحكم ان تقضي بالسقوط عنه توافر مفترضاته
٢٢٨ -السقوط لا يخضع للتصحيح بالتكملة

المبحث الثاني

الحد من اثار الجزاء الاجرائي

المطلب الاول

الحد من آثار جزاء البطلان

٢٢٩ -تقسيم

الفرع الاول

تحول الاجراء الباطل

٢٣٠ -مفترضات التحول
٢٣١ -هل يجوز للقاضي ان يقضي بتحول الاجراء الباطل من تلقاء نفسه
٢٣٢ -امتلة للتحول

الفرع الثاني

انتقاص الاجراء الباطل

٢٣٣ -مفترضات الانتقاص
٢٣٤ -تلتزم المحكمة باعمال اثر الانتقاص من تلقاء نفسها
٢٣٥ -مدى انطباق فكرة انتقاص البطلان في حالة التضامن وعدم التجزئة
٢٣٦ -مدى انطباق الفكرة في موضوع التضامن

٢٣٧ -مدى انطباق الفكرة في الموضوع غير القابل للتجزئة ٢٨٠
٢٣٨ -الرأي الأول: بطلان الإجراء بالنسبة للجميع ٢٨١
٢٣٩ -الرأي الثاني: صحة الإجراء بالنسبة للجميع ٢٨١
٢٤٠ -رأينا الخاص: ضرورة التمييز بين فرضين ٢٨٣

المطلب الثاني

الحد من اثار الجزاءات الاجرائية الاخرى غير البطلان

٢٨٤ .....
٢٤١ -تمهيد ٢٨٦
٢٤٢ -&-١- لا يتأثر بسقوط الخصومة الاحكام القطعية الصادرة في الخصومة ٢٨٦
٢٤٣ -ويترتب على بقاء الحكم القطعي رغم سقوط الخصومة عدة نتائج هامة.. ٢٨٨
٢٤٤ -تبدأ بصدور الحكم القطعي في الخصومة الساقطة مدة تقادم جديدة هي
خمسة عشر سنة ٢٨٨
٢٤٥ -يجوز الطعن في الحكم القطعي الموضوعي ٢٨٨
٢٤٦ -&- ٢- كما لا يتأثر بسقوط الخصومة الاقرارات الصادرة من الخصوم او
الايمان التي حلفوها ٢٩٠
٢٤٧ -&-٣-كما لا يتأثر بسقوط الخصومة اجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي
تمت ٢٩٠
٢٤٨ -هذه الاحكام والاجراءات تبقى قائمة مرتبة لاثارها دون حاجة الى تقرير
ذلك من جانب المحكمة التي قضت بالسقوط ٢٩٠
٢٤٩ -&- ٤- انطباق القاعدة السابقة في كافة حالات انقضاء الخصومة انقضاء
مبتسرا ٢٩١
٢٥٠ -نتائج البحث ٢٩٢
قائمة بأهم المراجع ٣٠٠
فهرست بالموضوعات ٣٠٤

BIBLIOTHECA ALEXANDRINA
مكتبة الاسكندرية

رقم الايداع
١٩٩٩ / ٣٩٦١
الترقيم الدولى I.S.B.N.
977-04-2576-1

مطبعة حمادة بقويسنا ت : ٣٧٤٧٢٢