

فكرة القانون الإجرائي (الأساس – المضمون – الخصائص)

الدكتورة هبة بدر أحمد

قسم قانون المرافعات

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

العدد الثاني

السنة السادسة والخمسون - يوليو ٢٠١٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي الْآخِرَةِ وَهُوَ
الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ (١) يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ
وَمَا يَعْرَجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ (٢) "

صدق الله العظيم

سورة سبأ

المقدمة

منذ كان الإنسان ، وحتى يكون ، كان العدل ، وسيبقي ، حلم حياته ، وأمل مفكره ، وجوهر شرائعه ، وسياج أمنه . كذلك كان ، وسيبقي ، رائداً لركبه علي طريق الرخاء والتقدم والسلام ، وصانع الحضارات وحارسها وغاية الغايات ، لنضال صفوف لا تنتهي ، من الشهداء والشرفاء ، نضالاً باسلاً ، شجاعاً ، لم تخمد له جذوة ، عبر أجيال غير ذات عدد ، من أجل مجتمع ، الأنفع ، والأكرم والأسمى .

علي أن الحق الذي لا مرية فيه ، أن ليس عدلاً بحال ، ذلك الذي يأتي بعد الأوان ، فإن هو فعل فهو إلي الظلم أدني ، وبه أشبه . كذلك ليس عدلاً ، ذلك الذي يرهق كاهل المستجير به ، المتطلع إليه ، بئس غال ، يبذله - صاغراً - من جهد أو مال (١).

ونظراً لما تقوم به التشريعات الإجرائية من دور رئيسي في تحقيق أمن واستقرار المجتمع باعتبار أن العدالة هي غاية أي مجتمع وأساس استقراره وسيله في تحقيق الأمن ؛ فمهما نجح المشرع في وضع نصوص موضوعية لحماية الحقوق والمصالح الاجتماعية فلا تكون لها أي قيمة ما لم يضع المشرع تنظيماً إجرائياً فعالاً لكفالة تطبيق هذه النصوص الموضوعية ويضمن تحقيق الهدف منها.

وإذ يعكس التنظيم الإجرائي في أي دولة الصورة الدقيقة لمدي الحقوق والحريات في هذه الدولة يستوي في ذلك القوانين المنظمة للإجراءات أمام القضاء الجنائي أو القوانين المنظمة للقضاء المدني أو القضاء الإداري .

بيد أن ذلك يتضح أكثر ما يتضح في الإجراءات الجنائية باعتبار أنها ليست وسائل فنية بحتة ، بل هي أعمال تمس الحرية الشخصية عند مباشرتها في مواجهة المتهم ، إذ أن التنظيم الإجرائي الجنائي قد يستهدف تحقيق مصلحة الدولة في الكشف عن الحقيقة لإقرار سلطتها في العقاب ، مضحياً بالحرية الشخصية للمتهم ، ومن ثم تكون سلطة الدولة قد بلغت ذروتها في التفوق علي مصالح الأفراد . وهو ما يتحقق في النظم التسلطية وذلك بخلاف الحال في النظم الديمقراطية الحرة ، ففيها يضمن التنظيم الإجرائي حرية المتهم ويوازن بينها وبين

١ - المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

مصلحة الفرد . وهو في جميع الأحوال يتأثر بالنظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تحكم شكل الدولة وعلاقة الفرد بها (٢).

كذلك قد تمس الإجراءات أمام القضاء الإداري بحقوق الأفراد وحررياتهم إذ أن أحد أطراف المنازعة الإدارية علي الدوام جهة إدارية ، أي شخص من أشخاص القانون العام له كل مميزات السلطة العامة ، وغالباً ما تكون في مركز المدعي عليه ، وبالتالي فإن طرفي النزاع ليسا علي قدم المساواة . الأمر الذي يقتضي أن يتم صياغة التنظيم الإجرائي - أيأ كان نوعه - علي نحو يحقق التوازن بين مصالح أطراف الخصومة دون التضحية بمصالح طرف لحساب الطرف الأخر .

ومن هنا تحتل القواعد الإجرائية أهمية قصوى في كل من الفكر القانوني والعمل القضائي باعتبارها تتولي تحديد وسيلة اتصال القضاء بالمنازعات وسبيله إلي تحري العدالة ثم إقرارها ؛ تلك العدالة التي ينبغي أن تكون غاية ما يستهدفه ليس القضاء فحسب ، وإنما القانون أيضاً في كل مجتمع أراد القائمون عليه أن يرقى إلي مصاف الأمم المتحضرة . ومن هنا كان اهتمام المشتغلين بالقانون جميعهم بهذه القواعد الإجرائية سواء وردت في قانون المرافعات أو في غيره من القوانين .

ورغم سعي فقه القانون الإجرائي الدعوب نحو صياغة نظريات عامة لتأصيل بعض أفكار علم القانون الإجرائي إلا أننا لم نجد أي محاولة لتأصيل فكرة القانون الإجرائي ذاتها ، ربما يرجع ذلك إلي حداثة ذلك الفرع من القانون فهو لم يظهر في فرنسا إلا من حوالي ما يقرب من الثلاثين عاماً فقط (٣) ، وهو ما حدا بنا إلي محاولة بحث فكرة القانون الإجرائي من حيث أساسها ومضمونها وخصائصها ؛ باعتبار أن ذلك هو السبيل نحو تقدم علم القانون الإجرائي ، بل

٢ - أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة

العربية - ١٩٨١ - ص ٣٤ .

٣ - Emmanuel Jeuland , Droit processuel général , Montchrestien , 2012 , p.11.

ولمزيد من التفاصيل حول تاريخ نشأة القانون الإجرائي في فرنسا : يراجع : Serge Guinchard , Droit processuel , Dalloz , 2009 , p. 1 et s .

وباعتبارها الأساس الذي تستند إليه كافة النظريات والأفكار العامة في فقه القانون الإجرائي.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في أنه يرتبط بالقوانين المنظمة للقضاء ؛ أحد قلاع الحق والعدل والحرية في أي دولة ترغب في أن ترقى إلي مصاف الأمم الديمقراطية المتحضرة .

وقد أثرنا استخدام المنهج التحليلي التأسيلي في هذه الدراسة , إذ يمكننا المنهج التحليلي من دراسة وتحليل مختلف النصوص القانونية وآراء الفقه كما يمكننا من دراسة وتحليل مختلف الأحكام القضائية ، ومن ناحية أخرى تمكنا النظرة التأسيلية من الدراسة الشمولية لأساس القانون الإجرائي ومضمونه وخصائصه.

خطة البحث : وأخيراً رأينا تقسيم الدراسة علي النحو التالي :

مبحث أول أساس فكرة القانون الإجرائي ومضمونه

مطلب أول أساس فكرة القانون الإجرائي

مطلب ثان مضمون القانون الإجرائي

مبحث ثان فروع القانون الإجرائي وخصائصه

مطلب أول فروع القانون الإجرائي

مطلب ثان خصائص القانون الإجرائي

الخاتمة

المبحث الأول

أساس فكرة القانون الإجرائي ومضمونه

دراسة فكرة القانون الإجرائي تقتضي التعرض أولاً لأساس فكرة القانون الإجرائي (مطلب أول) ، ثم التعرض لمضمون القانون الإجرائي (مطلب ثان).

المطلب الأول

أساس فكرة القانون الإجرائي

يرجع أساس فكرة القانون الإجرائي إلي فكرة الدولة القانونية وظهور التمييز بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي وهو ما سنعرض له علي النحو التالي:

الفرع الأول فكرة الدولة القانونية

الفرع الثاني ظهور التمييز بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي

الفرع الأول

فكرة الدولة القانونية (٤)

٤ - وتجدر الإشارة إلي أن الأفراد في الدولة القانونية يتمتعون بالحقوق والحريات بناء علي إرادة المشرع الدستوري لا بناء علي أفكار القانون الطبيعي وحدها . ولقد كان مذهب القانون الطبيعي يري أن هناك نوعاً من الحقوق لا يحتاج إقرارها إلي إرادة المشرع لأنها طبيعية ، تنشأ للإنسان بحكم طبيعته الإنسانية ، وتعتبر حقوقاً أساسية لأنه لا يمكن للفرد أن ينعم بحياته داخل المجتمع بدون احترام هذه الحقوق .

وقد قيل بأنه يمكن التعرف علي هذه الحقوق بالعقل فلا يجوز لأية سلطة وضعية أن تخالفها وإلا كان القانون المخالف لها غير شرعي . كما قيل بأنه نظراً إلي أن هذه الحقوق الطبيعية يتبينها العقل فإنها تنصف بالعالمية ، ولذلك فإن القانون الوضعي في تحديده للحقوق والحريات يخضع للقانون الطبيعي ، ومن ثم نهض القانون الوضعي بدور فعال في حماية هذه الحقوق الطبيعية بما يوفره لها من حماية قضائية تكفل احترامها إذا ما تعرضت للانتهاك .

يراجع حمدي ياسين - الحماية القضائية لحقوق الإنسان (دراسة موجزة حول دور القضاء المصري في حماية حقوق الإنسان) - مجلة المحاماة - العدد الأول - ٢٠٠١ .

علي أن فكرة القانون الطبيعي هي من الأفكار التي أثارت جدلاً كبيراً في الفقه بين منكر ومؤيد لها. إذ لا يزال التساؤل قائماً حول ما إذا كانت العدالة تجد سندها في القانون الوضعي أي في إرادة الأفراد أم تتعلق بمصدر يعلو علي الإرادة الإنسانية أو ما يطلق عليه بالقانون الطبيعي ؟ وإذا كانت الإجابة هي أن قانوناً طبيعياً هو المرجعية التي يجب الرجوع إليها في شأن العدالة

من الحقائق الاجتماعية التاريخية الثابتة أن الإنسان اجتماعي بطبعه ، ومن هنا كانت استجابته منذ فجر تاريخه لمقتضيات طبيعته بالسعي الدائم إلي العيش في جماعة ، يبادل أفرادها المنافع والحاجات . غير أن تحقق تلك الحتمية الاجتماعية لم تكن تخلو من المشاكل بالنسبة لمجموع الأفراد المتواجدين في إقليم واحد ، ففي فكر الإنسان جنوح إلي التسلط ، وفي عواطفه تطرف ، أو إفراط ، يدعوه إلي الانسياق خلف غرائزه . ويؤدي هذا التسلط ، أو ذلك الإفراط ، إلي أن يسعى الإنسان إلي تحقيق مصالحه متجاهلاً مصالح الآخرين . فيحدث الصدام بين أفراد الجماعة . وكان علي الإنسان أن يجرب لفض منازعاته أسط الوسائل وأكثرها بدائية ، ومنها الالتجاء إلي العنف ، ليحقق مصالحه بوسائله الخاصة .^(٥)

وإذ ثبت للإنسان في المجتمعات البدائية أن منطق العنف لا يمكن أن يحقق الاستقرار والأمن اللازمين لأي جماعة بشرية ، فاضطر إلي الاتفاق - أو إلي التوافق - مع غيره من الأفراد علي اتباع قواعد للسلوك ، لتبين لكل فرد حدود ما له وما عليه إزاء الآخرين . وتتمثل في هذه البذرة الأولى أول بشائر ما نسميه بالقاعدة القانونية . ولكي يتحقق لقاعدة السلوك تلك طابع الفعالية الكافية ، لفرض وجودها بين أفراد الجماعة ، كان لابد أن يناط تطبيقها واحترامها بسلطة لها القدرة علي الأمر والنهي وتوقيع الجزاء ، لذلك تلازم وجود قاعدة السلوك الاجتماعي مع انخراط الجماعة في إطار مجتمع منظم إلي حد ما ، في صورة الأسرة ، أو العشيرة ، أو القبيلة ، أو الإقطاعية ، أو الدولة في شكلها الحديث.

بيد أن الحكام في الماضي كانوا يمارسون السلطة السياسية علي أنها امتياز شخصي لهم ، فلم يكن هناك تمييز بين الحاكم والسلطة ، بل كانت السلطة

فهنا يثور التساؤل ثانية عن مصدر قواعد هذا القانون ، وهل هذه القواعد نظام من أنظمة العقل الإلهي الكلي ؟ أم هي نظام مائل في طبيعة الأشياء ، وتعبيراً ضرورياً عن الإنسان الطبيعي للوجود ، ويستخلصها العقل من هذا النظام الطبيعي أم هي تعبير عن طبيعة الإنسان العاقلة والاجتماعية ؟ .

يراجع في هذا الشأن : طه عوض غازي - دروس في فلسفة القانون - دار النهضة العربية -

٢٠٠٤ - ص ٦ .

٥ - حمدي عبد الرحمن - نظرية القانون - ٢٠٠٤ - ص ٣ .

مندمجة في شخص الحاكم ، ولم يكن هناك تفريق بين الحاكم الذي يباشر السلطة وحق الحاكم . ومعني هذا أن اندماج السلطة السياسية في شخص يعني زوالها ، إلا أن تقدم الوعي السياسي للأفراد جعلهم لا يقبلون بهذا الوضع الذي من شأنه تركيز السلطة في يد فرد يلجأ إلي الاستمرار في الحكم للبطش والتحكم والاستبداد ، لهذا كان لابد من إيجاد وسيلة وفكرة تؤديان إلي اعتبار أن السلطة السياسية لا يصح اعتبارها امتيازاً لفرد في الجماعة ، وإنما يجب أن تكون منفصلة عن شخص من يمارسها ، ويجب أن تسند إلي شخص دائم مجرد ومستقل عن أشخاص الحكام ، لهذا نشأت فكرة الدولة الشخص المعنوي الذي هو مستودع السلطة ومستقرها ، فالدولة باقية وإن تغير أشخاص الحاكمين الذين يتولون تلك السلطة ، لهذا أصبحت السلطة لصيقة بفكرة الدولة وركناً من أركانها وأصبح الحاكم فرداً يعهد إليه بممارسة السلطة باسم الدولة لتحقيق النفع للجماعة السياسية ، فالدولة توجد حيث توجد السلطة السياسية سند في شخص معنوي مجرد له طابع الاستقرار والدوام ومستقل عن أشخاص الحكام وبالإمكان تعريف الدولة " بأنها جماعة من الناس تقيم علي إقليم معين ، وتخضع لسلطة سياسية تتولي شؤونها " (١).

٦ - حسن الحسن - الأنظمة السياسية والدستورية في لبنان وسائر البلدان العربية - بيروت - ١٩٦٧ - ص ١٧ .

فقد كان مبدأ تركيز السلطة هو السائد في المجتمعات البدائية القديمة ، كما هو الحال في المجتمعات القبلية ، والتي تعد أول تجمع إنساني ، حيث كان شيخ القبيلة يمثل السلطة السياسية فيها بكل مظاهرها ، نظراً لقلّة عدد سكانها من جهة ، ومحدودية مشاكلها من جهة ثانية ، ومحدودية الأرض من حولهم من جهة ثالثة . فلم تكن هناك حاجة إلي توزيع سلطات ؛ بل إن العقل البشري حينها لم يرتق إلي حد التفكير في ذلك .

ثم تطورت أنظمة الحكم مع تطور الحياة البشرية ، فقامت أنظمة الحكم الإقطاعية مع نشأة الإقطاع ، وكذلك الملكيات المستبدة ، والتي حرص ملوكها علي أن تكون إرادتهم هي المرجع النهائي في كل ما يتعلق بشئون الدولة . فكانت شئون الحكم والسياسة ملكاً للحاكم ، وامتيازاً شخصياً له اكتسبه بمواهبه الفذة ، فلا يجوز لأحد مناقشته ، أو مشاركته في هذا الحق . وظل مبدأ تركيز السلطات في يد الحاكم هو السائد . يجمع في يده التشريع والتنفيذ والقضاء ، ولا غرابة في ذلك فالسلطة قديماً كانت ملكاً لمن يمارسها تمتزج به ويمتزج بها ، وهم فوق القانون .

وقد تثار التساؤل حول ما إذا كان وجود الحياة الاجتماعية يقتضي في حد ذاته وجود القانون أم أنه يلزم بالإضافة إلي ذلك ، أن ينتظم هذا المجتمع في إطار الدولة كوحدة سياسية ؟
وقد ذهب اتجاه إلي أن القانون لا يتصور إلا في حالة وجود الدولة ، وبالتالي لا وجود له في المجتمعات البدائية .

في حين ذهب اتجاه آخر إلي أن أية جماعة يمكن أن تخلق لنفسها قواعد قانونية بالمعني الصحيح . ويؤيد هذا الاتجاه الأخير علماء الاجتماع الذين يلاحظون أن استعراض واقع التطور الاجتماعي يثبت أن القواعد القانونية قد وجدت ، وتوجد خارج نطاق السلطة السياسية ، وأن لهذه الحقيقة بعض المظاهر في المجتمع الحديث : فالقواعد الدينية تنظم ، في بعض المجتمعات ، شئون الحياة ، مع أنها لم تصدر عن السلطة السياسية ، كذلك الحال بالنسبة لقواعد التنظيم الدولي (٧).

وإذا كان التطور الذي لحق بالقواعد القانونية لا بد وأن يصاحبه تطور موازي علي مستوي القضاء ، فقد كان المبدأ السائد في المجتمعات البدائية ، أن

ولم يقتصر سريان مبدأ تركيز السلطة علي العصور القديمة والوسطى وعصر النهضة فحسب ؛ بل امتدت إلي القرن العشرين عندما قامت أنظمة الحكم الديكتاتورية في كل من : ألمانيا النازية علي يد هتلر ، وإيطاليا الفاشية علي يد موسوليني ، وأسبانيا علي يد فرانكو ، حيث قامت تلك الأنظمة الفردية علي وحدة الحزب والزعيم ، فتجمعت السلطات التشريعية والتنفيذية في يد الرئيس أو الزعيم .

وقد أدي تركيز السلطات في يد فرد أو هيئة في تلك الفترات إلي الظلم واستبداد الحكام ، ومصادرة حقوق الأفراد وحررياتهم . فمبدأ تركيز السلطات يعد بحق مبدأ سيئاً ، يؤدي إلي عواقب أكثر سوءاً وفساداً . وكما قال اللورد أكتون أحد كبار الساسة والمفكرين البريطانيين : (إن السلطة مفسدة ، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة) ، ومقولة عالم الاجتماع جوستاف لوبون : (إن للسلطة نشوة تعبت بالرووس).

أنظر : رجب محمد عبد الله - العلاقة بين رئاسة الدولة والقضاء - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ٣ وما بعدها .

٧ - يراجع في شأن هذا الخلاف : حمدي عبد الرحمن - نظرية القانون - ٢٠٠٤ - ص ٣ .

القوة هي التي تنشئ الحق وتحميه ، وقد سمي القضاء وقتئذ بالقضاء الخاص "La Justice Privée" ، حيث كانت إقامة العدالة مرهونة بإرادة الأفراد في مثل هذه المجتمعات وتعتمد بصفة أساسية على قوتهم الخاصة .

وإذ ثبت لدى هذه المجتمعات أن نظام القضاء الخاص ، والذي يعتمد على القوة ، لم يعد يحقق العدل والأمن اللازم لاستقرارها ، فقد ظهر التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد والعشائر .

ولم يكن نظام التحكيم بالصورة التي كان عليها ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات في هيئة دول . إذ أنه مع ظهور الثورة الصناعية انتقلت المجتمعات طفرة واحدة من صورة المجتمعات البسيطة إلي صورة المجتمعات المعقدة التي تتشعب فيها العلاقات وتتنوع بين أفرادها المنازعات ، وتطورت وظيفة الدولة فأخذت تتكفل وحدها بإقامة العدل بين مواطنيها .

وهكذا تطور القضاء من قضاء خاص يتولاه الأفراد إلي قضاء عام تتولاه الدولة وتشرف عليه . ولتحقيق ذلك ، صدرت التقنيات المختلفة التي تنظم سلوك الإنسان وتحكم أوجه نشاطه ، وأنشئت المحاكم ، وتتنوع بتنوع المصالح التي تحميها . وصاحب ذلك صدور القوانين التي تعني بكيفية التقاضي أمام هذه المحاكم ، وكيفية الفصل فيما يطرح عليها من منازعات ، وكيفية الاستفادة بما تصدره من أحكام .^(٨)

وقد صار القضاء - بعد انتظام المجتمعات في شكل دول - من واجبات الدولة وإحدى وظائفها الأساسية ، وهو في الوقت ذاته مظهراً لسيادتها . ولم يعد يتفق مع ذلك أن يمارس القضاء غير أعضاء الدولة *Organes étatiques* الذين تعينهم لهذا الغرض وتزودهم بالسلطة والصفة اللازمتين لذلك^(٩).

فحل بذلك القضاء العام *La Justice Publique* ، والذي تباشره الدولة بواسطة السلطة القضائية محل كل من القضاء الخاص *La Justice Privée* وكذلك محل التحكيم *L'arbitrage* .

٨ - أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠١١ - ص ٥ .

٩ . أحمد ماهر زغلول . أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية ٢٠٠١ - ص ٩ بند ٢ .

وهكذا أصبح القضاء أحد وظائف الدولة بل ومن واجباتها تجاه أفراد المجتمع ، وأصبح حق اللجوء إلي القضاء^(١) من الحقوق الدستورية التي تحرص جميع الدول علي النص عليه في دساتيرها باعتبار أن القضاء هو حامي الشرعية وحسن الحقوق والحريات ، إذ يناط به إقامة العدالة والحكم وفقاً لنصوص القانون والدستور ، وهي قيم مثلي لا يستقيم بغيرها حكم ولا يطمئن بغيرها مجتمع^(١).

وقد مر القضاء بمراحل مختلفة علي مر العصور والأزمنة وذلك علي النحو التالي :

أولا القضاء في العصور القديمة

حاول الإنسان منذ زمن بعيد ، البحث عن النظام الذي ينظم علاقته بغيره داخل المحيط الذي يحيا فيه . وإقامة التوازن بين هذه العلاقات ، والحد من طغيان كل فرد من الأفراد نتيجة لما يتمتع به من نفوذ يمكنه من إلحاق الأذى بغيره والإضرار به ، أو استغلاله والسيطرة علي حريته وحقوقه . لاسيما في العهود الأولى للمجتمعات البشرية إذ مضت الإشارة إلي أن مبدأ القوة هو السائد ، وهو الأساس الذي تقوم عليه العلاقات بين الناس ، وذلك هو ما أدت إلي انتظام الناس في مجموعات صغيرة ، ينظم العلاقات فيها مجموعة من العادات والتقاليد ، ترسخت مع الزمن ، مما أكسبها إحترام هؤلاء الأفراد وشعورهم بأنها ملزمة لهم . وقامت علي أساسها الأنظمة المتعلقة بالأسرة والملكية وسلطات رئيس القبيلة أو العشيرة ، وقد أمكن استقرار السلطة لرئيس الجماعة إيجاد نوع من التنظيم للجزاءات المفروضة وفق المتطلبات والظروف الإقتصادية والإجتماعية للجماعة ، وهذا التطور في بحث الإنسان عن السلطة التي تحميه قد انتهى إلي رئيس الجماعة أو رجال الدين الذين كانوا يمثلون هذه السلطة ، ويحلون المنازعات التي

١٠ - وفي ذلك تنص المادة ٩٧ من دستور ٢٠١٤ في مصر بأن التقاضي حق مصون ومكفول للكافة ، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي ، وتعمل علي سرعة الفصل في القضايا ، ، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي ، والمحاكم الاستثنائية محظورة ((

١١ - قارب :

André Pouille , Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux , Masson , 1985 , P. 11 .

تنشأ بينه وبين غيره من الأفراد دون أن تكون هناك قواعد سابقة ومحددة يلجأون إليها ، وذلك هو ما عرف بالتحكيم الذي عرفته مجتمعات بابل وآشور والقبائل الجرمانية ، وبذلك بدأ الأفراد في التخلي عن اللجوء إلي القوة كوسيلة محل المنازعات فيما بينهم .

وهذا معناه أن وظيفة القضاء كانت في تلك المرحلة من تاريخ الإنسان ، مندمجة مع غيرها من السلطات في شخص رئيس القبيلة أو رئيس الجماعة أو شخص رجل الدين ، وكان القاضي يحكم في المنازعات التي تثور بين الأفراد - سواء كانت متعلقة بالمعاملات فيما بينهم أو غيرها - بسلطة تقديرية واسعة لا يحكمها إلا المبادئ والقيم التي استقرت عليها الجماعة دون وجود قواعد محددة سلفاً^(١٢) .

وقد تطور الأمر في مرحلة لاحقة ، حيث اندمجت الجماعات مع بعضها مما أدى فيما بعد إلي وجود نظام الدولة ، وقد ورث رئيسها نفس الإختصاصات التي كان يتمتع بها رئيس الجماعة ، سواء كانت قضائية أو تنفيذية أو سياسية ، وبمقتضى السلطة القضائية كان يقوم بنفسه أو بواسطة معاونيه بالفصل في الخصومات ، بسلطة واسعة في التقدير دون معقب خصوصاً في تلك الشعوب التي وصلت في درجة انصياعها لحكامها إلي حد " تأليهم " حال حياتهم كما كان الحال في مصر وبابل وروما .

ففي مصر الفرعونية كان نظام الحكم ملكياً قائماً علي فكرة ألوهية الملك فقد نظر إلي الفرعون علي أنه إله وله علي شعبه حق السمع والطاعة . وظل الملك وحده هو صاحب السلطة القضائية فيتولاها بنفسه أو يعهد بها إلي وزيره أو إلي قضاة ينوبون عنه ويحكمون باسمه .

إلا أن هذا الوضع قد تغير بظهور طبقة الأشراف والنبلاء بزوال الأسرة الرابعة حيث تمتع هؤلاء وبعض كبار الموظفين والكهنة - باعتبارهم من الأتباع - بالعديد من الامتيازات وعلي رأسها أنهم لا يخضعون للقضاء العادي ولكن لمحكمة خاصة مكونة من الأشراف برئاسة الملك .

١٢ - عباس مبروك - دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون - رسالة - جامعة عين

شمس - ص ٨٥ وما بعدها .

وقد اتسم القضاء آنذاك بوحدة القضاء بالنسبة لجميع المصريين ، وتعدد درجات النفاضي حيث وجدت بكل إقليم محكمة تعلوها المحكمة العليا الاستثنائية بالعاصمة وذلك فضلاً عن تعدد الهيئات التي يتشكل منها هذا النظام حيث وجد ما أطلق عليه القضاء العام - العادي - الذي يخضع له جميع المصريين دون استثناء حيث تعرض عليه جميع المنازعات العادية ، وكان علي مرحلتين الأولى ابتدائية والثانية استئنافية أمام محكمة عليا ، كما وجد بجوار القضاء العام ما أطلق عليه القضاء الخاص أو غير العادي ومن أبرز صوره المحاكم الإقطاعية والمحاكم الدينية والمحاكم الاستثنائية (١٣).

نخلص من ذلك إلي أنه نظراً لعدم وجود قواعد محددة بطريقة مسبقة تمكنه من الفصل فيما يعرض عليه من منازعات سوي مجموعة من الأعراف والتقاليد السائدة فقد كان القاضي يتمتع في هذه العصور بسلطات واسعة ، وهذا ما يمكننا من القول بأن القضاء في تلك الفترة يعتبر مصدراً أساسياً من مصادر القانون (١٤).

وفي عهد البطالمة كانت السلطة القضائية تتبع أيضاً من الملك الذي يهيمن علي جميع السلطات فهو صاحبها والذي يباشرها بنفسه باعتباره القاضي الأعلى في البلاد إلي أن اتسعت الدولة وتشابكت المصالح فاضطر الملوك إلي تنظيم القضاء ، وذلك في ضوء التركيز علي أنهم مصدر السلطة القضائية ولهم الحق في النظر في أي تظلم يرجع إليهم أو التدخل لرفع أي ظلم يقع علي أحد المواطنين .

وقد قسم البطالمة المحاكم إلي محاكم مصرية ومحاكم إغريقية ومحاكم مختلطة وفي القمة يوجد الملك . وكان تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوي كان يستند إلي جنسية أطراف النزاع والقانون الذي يخضعون له ، حيث تشكل كل

١٣ - صوفي أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - طبعة ١٩٧٥ - ص ١٦٠

وما بعدها .

١٤ - عباس مبروك - دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون - رسالة - جامعة عين

شمس - ص ٨٥ وما بعدها .

محكمة من المحاكم سالفة الذكر من قضاة من ذات جنسية المتقاضين أمامها، كما تطبق عليهم القانون الخاص بهم (١٥).

وفي مصر الرومانية قام النظام القضائي علي أساس من توحيد السلطة القضائية إذ كان الوالي هو الممثل الأصيل للإمبراطور وهو المهيم علي الوظيفة القضائية بنفسه أو بمن ينوب عنه ، مستعيناً في ذلك بمجموعة من المستشارين الذين يشكلون مجلسه الخاص ، كما كان القاضي يعين من قبل السلطة الحاكمة لينظر في سائر المنازعات التي تعرض عليه ، فلم يعرف هذا النظام ما أطلق عليه القضاء الخاص وهو الذي يجري بمعرفة من يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع للفصل في دعواهم ، كما لم يعرف تجزئة مراحل الدعوي إلي وقائع وحكم وبالتالي تعدد الهيئات التي تتولي نظر كل مرحلة علي حدة (١٦) .

ثانياً القضاء عند العرب

عرف القضاء عند العرب قبل الإسلام بالقضاء العشائري الذي يقوم علي أساس الفصل في الخصومات بواسطة رئيس القبيلة ، ويعتمد في الفصل فيها علي أساس مفهوم العدالة الفطري السائد في المجتمع العائلي ، بالإضافة إلي مجموعة الأعراف المتفق علي احترامها بين القبائل .

وكان من ضمن هذه الأعراف :

- البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر .
 - أن دية المجني عليه تتحملها قبيلة الجاني إعمالاً للتضامن بين أفراد القبيلة.
 - التحكيم قرار يتخذه أطراف النزاع ، يعرضان نزاعهما علي شخص يختارانه لهذه المهمة ، فيصدر المحكم وجهة نظره لحل النزاع .
- كما كان القضاء عند العرب قبل الإسلام يسمي حكومة ، ولم تكن الحكومة عملاً مستقلاً قائماً بذاته إلا في قريش ، وكان لكل قبيلة حاكم يلجأون إليه ، وأحياناً كانوا يتحاكمون إلي من يقومون باختياره وينزلون علي حكمه كما حدث في

١٥ - صلاح جودة - القاضي الطبيعي - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٤١ وما بعدها .

١٦ - فتحي المرصفاوي - فلسفة نظم القانون المصري - دار الفكر العربي - ص ٧٠ ومشار إليه بمؤلف صلاح جودة سالف الإشارة .

تحكيمهم للرسول الكريم قبل البعثة فيما تنازعوا فيه حول وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة ، ورضوا بتحكيمة حينما وضع الثوب علي الأرض ، وحمل الحجر ووضعه فوق الثوب وأمر أطراف النزاع أن يحمل كل منهم طرفاً من الثوب وبهذا حملوا جميعاً الحجر ووضعه في المكان المراد وضعه ، وبهذا التحكيم صان الرسول الكريم دماء القبائل من أن تجري أنهاراً^(١٧).

علي أن ظهور الإسلام أدي إلي الفصل بين عهدين مختلفين من عصر التاريخ القانوني ، عهد الفطرة الذي لا يسود فيه قانون شامل ، ولا يؤدي تقاليده من جزاء سوي القوة الفردية ، وعهد النظام الذي يخضع فيه الجميع إلي شريعة عامة واحدة تؤيدها العقيدة ، وتتكفل بنفاذها السلطة الحاكمة^(١٨).

ولهذا مع ظهور الإسلام تغيرت تماماً ملامح فكرة القانون ، فلم يعد الأمر يدور حول القانون العادل وكيف يمكن أن يكون القانون عادلاً ، وما هي العلاقة بين الدولة والفرد ؟ وما هي الشروط الموضوعية والشكلية للقانون .

فالإسلام حسم قضية القانون ، فجعله فكرة دينية إلهية مصدرها الوحي الإلهي ، سواء أكان قرآناً أم سنة . والدولة والفرد ما هما إلا وسيلتان لتطبيق القانون .

وهكذا فمسألة العدالة ارتفعت من مصاف العدالة الإنسانية إلي دائرة العدالة الإلهية التي تتجسد في النص الإلهي الذي يجسد فكرة القانون^(١٩).

وإذا كان القرآن الكريم هو الأصل في التشريع الإسلامي ، فقد أصبح للعرب بنزوله شريعة ، فرض عليهم إتباع أحكامها . وكان الرسول الكريم هو المرجع الأول في تطبيقها . وبذلك خاطبه ربه : ((إن أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله)) . وبذلك تعين أن يكون الرسول هو القاضي في كل ما يقع بين أهل المدينة من المسلمين واليهود وغيرهم من المشركين . وكان حكم الرسول أقرب إلي التحكيم الذي ألغاه العرب ، غير أنه كان تحكيمياً إجبارياً

١٧ - أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٢٣ وما بعدها .

١٨ - علي بدوي - أبحاث في تاريخ الشرائع والشريعة الإسلامية - مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٣١ - ص ٣٤١ .

١٩ - فايز حسين - فلسفة القانون - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٧ - ص ١٤٠ .

انتقل به العرب من التحكيم الاختياري . وامتنع فيه استعمال القوة لإنشاء الحق وحمائته . فأصبح الإيمان لا القوة ، هو الضامن لنفاذ الأحكام (٢٠).

بل ويجد القضاء أساساً شرعياً في العديد من الآيات التي وردت بالقرآن الكريم إذ يقول المولي عز وجل ((إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلي أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً)) . (سورة النساء : آية ٥٨).

كما يقول سبحانه وتعالى في سورة الحديد آية ٢٥ ((لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ، وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب إن الله قوي عزيز)) . كما حفلت السنة المطهرة بالعديد من الأحاديث القولية بالإضافة إلي مسلك الرسول صلي الله عليه وسلم في مباشرته للقضاء في الإسلام .

فقد روي عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلي الله عليه وسلم سمع جلبة خصم عند باب حجرته فخرج عليهم فقال : " إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض ، فأحسب أنه صادق فأقضي له فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو يذرها . كما قال الرسول الكريم ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)) .

كما في أحاديث الرسول الكريم ما يدل علي أهمية القضاء وسمو منزلته ومنها قوله صلي الله عليه وسلم ((لا حسد إلا في اثنتين : رجل آتاه الله مالاً فسلطه علي هلكته في الحق وآخر آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها)) . وقد مارس الرسول الكريم القضاء منذ الوهلة الأولى لتأسيس الدولة الإسلامية ، فكان يفصل في الخصومات ، ويصدر أحكاماً متضمنة عقوبات ، وينفذ هذه الأحكام ، أو يأمر بتنفيذها . صادعاً لأمر ربه ، سبحانه وتعالى : " فلا وربك لا يؤمنون حتي يحكموك فيما شجر بينهم " (سورة النساء من الآية ٦٥) . كما أمره المولي سبحانه وتعالى أن يحكم بينهم بما أنزل الله ، وفي ذلك يقول

تعالى : " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله " (سورة النساء من الآية ١٠٥) (٢١).

وكان الخصوم يسعون إلي الرسول الكريم مختارين دون إكراه ليفصل فيما بينهم من نزاعات أو رد اعتداءات عنهم في عرض أو نفس أو مال أو عقل ، وانطلاقاً من خلقه العظيم كان يسمع كلام كل خصم برحابة صدره كما تمثلت طرق الإثبات عنده في البينة واليمين والإقرار والفراسة .

ونتيجة لاتساع رقعة الدولة الإسلامية في عهده صلي الله عليه وسلم ، لزم الأمر إيفاد بعض الصحابة رضوان الله عليهم لكي يتولوا أمور المسلمين من جباية الزكاة ، أو ولاية أو معلمين في أمور الدين أو قضاة .

وقد بعث الرسول الكريم ، معاذ بن جبل إلي اليمن وحضرموت ، معلماً وقاضياً ، وقال له الرسول مبيناً له منهج القضاء ووضعه في حالة اختبار ، ليتبين مدى صلاحيته للحكم بين الناس : " كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال أقضي بسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو فضرب الرسول الكريم علي صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله " (٢٢).

ونظراً لأن الدولة الإسلامية قامت علي أساس الخلافة ، والخلافة نيابة عن صاحب الشرع في الدعوة والدين والمحافظة عليه ، وسياسة أمور الناس به ، ويقوم الخليفة بأمر عشرة ترجع كلها إلي حراسة الدين وسياسة الدنيا به ، ومن هذه الأمور القضاء . فولاية القضاء إذن هي حق للخليفة بل هي واجب عليه لكونه مأموراً بأن يقوم بكل ما يقتضي تدبير شئون المسلمين (٢٣).

٢١ - محمود هاشم - القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - عمادة شئون المكتبات - ١٩٨٨ - ص ٢٩ وما بعدها .

٢٢ - أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٢٤ وما بعدها .

٢٣ - محمود هاشم - القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - عمادة شئون المكتبات - ١٩٨٨ - ص ٢٩ .

فبعد وفاة الرسول الكريم تولى أبو بكر الصديق الخلافة وأرسي منهجه في الحكم والقضاء بمقولته الشهيرة " الضعيف فيكم قوي عندي حتي آخذ الحق له ، والقوي فيكم ضعيف عندي حتي آخذ الحق منه إن شاء الله " .

كما عهد إلي عمر بن الخطاب بمباشرة القضاء وظل ما يقرب من عامين لا يتنازع إليه اثنان في حق من الحقوق نظراً لالتزام المسلمين النهج الذي وضع أسسه الرسول صلي الله عليه وسلم ، وحرصاً منهم علي تحقيق العدالة بينهم ، واستخلاص الحقوق بالاتفاق دون لجوء إلي القضاء .

ولما ولي عمر بن الخطاب أمر المسلمين واتسعت الفتوحات في عهده شرقاً وغرباً ، وكثرت أعباء الخليفة وتوعدت المسؤوليات من حكم ، وإدارة ، وقضاء ، رأي عمر وهو الحصيف والمتفهم العميق لروح الشريعة ، ومقاصدها أن يفصل وظيفة القضاء عن بقية وظائف الدولة ، بمعنى أنه ولي القضاء في الأمصار قضاة غير الولاة ، وغير جامعي الزكاة ، لكي يتفرغ كل شخص لمهام محدودة لا يشغله عنها مهام أخرى . أو إنابة الولاة عنه في تولية القضاء في جهاتهم .

ومما يدل علي حرص عمر بن الخطاب علي توفر عنصر العدالة في القضاء وحسن مباشرته وممارسته والوصول بهذه الممارسة إلي أفضل النتائج والأهداف المرجوة من وراء تشريع القضاء في الإسلام - يدل علي ذلك - رسالته في القضاء التي بعث بها إلي أبي موسى الأشعري والتي تعتبر أصلاً فيما تضمنه من فصول القضاء ومعاني الأحكام ، وقد تلقاها العلماء بالقبول وجعلوها أساساً لهم في أصول الحكم في القضاء (٢٤) .

٢٤ - وقد جاء في هذه الرسالة :

" بسم الله الرحمن الرحيم "

من عمر بن الخطاب أمير المؤمنين .

إلي عبد الله بن قيس .

سلام عليك . فأني أحمد الله الذي لا إله إلا هو ،

أما بعد :

فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، أسي الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتي لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك .

وقد سار كل من عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب علي نهج عمر بن الخطاب في شأن القضاء وتعيين القضاة في الأمصار المختلفة . وكان القاضي آنذاك يحكم بما ورد في كتاب الله ، فإن لم يجد حكماً التمس الحكم في سنة رسول الله ، فإن لم يجد سأل في قضاء من سبقوه ، فإن لم يجد يجتهد .

وقد ظل القضاء مستقلاً في عهد الأمويين ، فكانت كلمة القضاء نافذة علي الولاية وعمال الخراج ، غير أن النظام القضائي قد تطور في عهد العباسيين ، فظهرت المذاهب الأربعة . وأصبح القاضي ملزماً بأن يصدر حكمه وفق أحد المذاهب فكان القاضي في العراق يحكم وفق مذهب أبي حنيفة ، وفي الشام وفق مذهب مالك ، وفي مصر وفق المذهب الشافعي .

البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً . أو حرم حلالاً .

ومن ادعي حقاً أو بينة . فاضرب له أمداً ينتهي إليه ، فإن بينه أعطيته بحقه ، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية ، فإن ذلك هو أبلغ للحدز وأجلي للقضاء .

ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم ، لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

والمسلمون عدول بعضهم علي بعض ، إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد ، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالي تولي من العباد السرائر ، وستر عليهم الحدود ، إلا بالبينات والأيمان .

ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك ، مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما تري إلي أحبها إلي الله وأشبهها بالحق .

وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتتكبر عند الخصومة " أو الخصوم " فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ، ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته في الحق ولو علي نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس في نفسه شأنه الله فإن الله لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً .

والسلام عليكم ورحمة الله .

راجع : أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٣١ وما بعدها.

كما تأثر القضاء في هذا العصر بالسياسة لأن الخلفاء العباسيين ، كانوا يريدون أن يكسبوا أعمالهم الصفة الشرعية ، فعملوا علي حمل القضاة علي السير وفق رغباتهم في الحكم ، حتي امتنع كثير من الفقهاء عن تولي القضاء ، خشية أن يحملهم الخلفاء علي الإفتاء بما يخالف الشريعة الإسلامية ، وهذا لا يتفق مع ذممهم .

واستمر الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية حتي في مرحلة التنظيمات القانونية في الدولة العثمانية ولكن بإعادة صياغة هذه الأحكام بشكل أكثر حداثة وتنظيماً .

وأهم القوانين التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية وقننت وفق أسلوب حديث هي مجلة الأحكام العدلية التي صدرت عام ١٨٧٦ وقانون العائلة الصادر عام ١٩١٧ (٢٥).

٢٥ - يراجع في ذلك : عباس العبودي - تاريخ القانون - ١٩٨٨ - ص ٢١٩ وما بعدها .

الفرع الثاني

التمييز بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي

مضت الإشارة إلي أن انتظام المجتمعات في شكل دول وظهور مبدأ الفصل بين السلطات أدى إلي أن أصبحت إحدى وظائف الدولة سن القوانين والتشريعات تمارسها من خلال سلطة مخصصة لهذا الغرض وهي السلطة التشريعية في كل دولة .

إذ أن انتشار الأفكار والمبادئ الديمقراطية التي نادي بها الفلاسفة أدى إلي قيام الثورات ضد الملكيات المطلقة والديكتاتوريات المستبدة والإطاحة بها ، كما أدى إلي ظهور مبدأ الفصل بين السلطات ليحل محل مبدأ تركيز السلطة ، وأصبح القضاء سلطة من سلطات الدولة (٢٦) ، وصار التنظيم القضائي بمثابة مجموعة القواعد التي تنظم هيئات السلطة القضائية في الدولة وولايتها .

٢٦ - وقد ثار خلاف حول ما إذا كان القضاء سلطة ثالثة إلي جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية أم أنه يعد أحد فروع السلطة التنفيذية .

إذ يذهب اتجاه إلي أن وظيفة القضاء لا تتميز عن وظيفة التنفيذ إذ أنها لا تعدو أن تكون مظهراً مؤقتاً لوظيفة التنفيذ ، فحيث يكون هناك شك أو تردد حول طريقة تنفيذ القانون يتدخل الحكم القضائي لحسم هذا الشك أو التردد . ولكنه لا يعدو أن يكون التفكير الذي يسبق التنفيذ المادي . لذا فإن الحكم القضائي لا يعد إلا أحد العناصر المعنوية للوظيفة التنفيذية .

ويؤيد هذا الاتجاه الذي ينكر وصف السلطة علي القضاء من يري أن المجتمعات الحديثة لا توجد بها إلا سلطتان : الأولى : التشريعية ، ومهمتها سن التشريعات ، والثانية : هي التنفيذية ، ومهمتها تطبيق القوانين ، وتنقسم إلي هيئات تختلف مسمياتها ، فإذا ما كانت توجه الشئون السياسية فهي الحكومة ، وإذا ما كانت تنظم تفصيلات الحياة العامة فهي الإدارية ، أما إذا كانت تفصل في المنازعات فهي القضاء ، وهي لا تعمل إلا عند وجود شك أو تردد حول طريقة تنفيذ القانون ، حيث تهض بوظيفتها القضائية لحسم هذا الخلاف أو الشك .

في حين يذهب رأي آخر إلي أن القضاء سلطة ثالثة بجوار السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وأن اعتبار القضاء سلطة أصبح ضرورة من ضرورات الدولة القانونية ، ولضمان حريات الأفراد وحقوقهم ، ولضمان أداء الوظيفة القضائية علي الوجه الأكمل . ومن ناحية أخرى أن فصل السلطات أصبح ضرورياً لاستقلال القضاء ولحماية العمل القضائي . فالقضاء ليس وظيفة تتولاها المحاكم فقط . وإنما يجب أن يصدر العمل القضائي من سلطة مستقلة تقف علي قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية حتي يمكن المحافظة علي سلامة الوظيفة القضائية .

كما ترتب علي ظهور مبدأ الفصل بين السلطات تمايز الأنظمة فيما بينها في الأخذ به ، مما أدي إلي ظهور نظم سياسية جديدة مثل النظام الرئاسي والنظام البرلماني والنظام المجلسي ، حيث أخذت بعض الدول بالفصل المطلق أو الجامد بين السلطات مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، وبعضها الآخر أخذ بالفصل المرن مع قيام نوع من التعاون والرقابة فيما بينها . علي أن الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الفصل بين السلطات هو محاربة الظلم ومنع الاستبداد ، بحيث تخصص كل سلطة من سلطات الدولة بعمل معين لضمان عدم تجاوز أية سلطة علي اختصاصات وصلاحيات بقية السلطات مع وجود رقابة متبادلة فيما بينها .

وسواء أخذت بعض الدول بالفصل المطلق أو المرن بين السلطات فإن الحقيقة والواقع أثبتا أن هناك علاقات بين جميع السلطات ، ولكن يختلف مداها من نظام لآخر ، إذ لا يمكننا تصور وجود فصل تام بينها ، لأن جميع السلطات قائمة في نسيج واحد يقال له الدولة ، ولابد أن يكون بينها مجالات للتعاون حتي تسير بكيانها إلي مرتبة الرقي والتقدم (٢٧) .

لمزيد من التفاصيل بشأن هذا الخلاف يراجع : عماد الدين عبد الله - الانحراف بالسلطة القضائية - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٧ - ص ١ وما بعدها .

وجدير بالذكر أن اعتبار القضاء أحد سلطات الدولة قد أضحى من الأمور المستقر عليها ، إذ أن مبدأ الفصل بين السلطات يعد أحد المبادئ التي تقوم عليها الدولة القانونية وقد نصت أغلب الدساتير الحديثة علي استقلال القضاء . إذ تنص المادة ٦٤ فقرة ١ من الدستور الفرنسي علي أن " يضمن رئيس الجمهورية استقلال السلطة القضائية " .

" Le président de la république est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire " .

كما تنص المادة ١٦٦ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ علي أن ((القضاء مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون . ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة)) . وأكد علي مبدأ الاستقلال الدستور الذي تم إقراره في ديسمبر ٢٠١٢ إذ تنص المادة ١٦٨ منه علي أن " السلطة القضائية مستقلة ، تتولاها المحاكم علي اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون.... ((. كما أكد عليه أيضاً الدستور الذي تم إقراره في يناير ٢٠١٤ إذ نص في المادة ١٨٤ منه علي أن " السلطة القضائية مستقلة ، تتولاها المحاكم علي اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون ، ويبين القانون صلاحياتها ، والتدخل في شئون العدالة أو القضايا جريمة لا تسقط بالتقادم " .

٢٧ - رجب محمد عبد الله - العلاقة بين رئاسة الدولة والقضاء - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ١ وما بعدها .

ولا يعد مبدأ الفصل بين السلطات وسيلة للحد من سلطات الحاكم ومنعه من الاستبداد بثئون الحكم والإضرار بحقوق الأفراد وحررياتهم فحسب ؛ بل يعد أيضاً حامياً لمبدأ الشرعية الذي يستلزم اتصاف قواعد التشريع بالعمومية والتجريد دون النظر للحالات الفردية .

وإذا كان القانون يعرف ^(٢٨) دائماً بأنه مجموعة قواعد عامة مجردة فلا تتصرف أحكامه إلي وقائع معينة بالذات أو إلي أشخاص معينين بذواتهم وإنما تتصرف إلي حالات نموذجية مجردة مكونة من أركان معينة يترتب علي توافرها نشوء الحق . فكل حق إذن يستند في وجوده إلي القانون . ولذلك يعتبر القانون هو المصدر الأول لجميع الحقوق ووسيلة القانون في تقرير هذه الحقوق هو أن الوقائع أو الأحداث أو الأعمال التي يترتب علي تحقيقها وجود الحق وهي الأمور التي تعتبر أسباباً لنشوء الحق أي المصادر المباشرة للحقوق ، وتسمى الوقائع

٢٨ - وتجدر الإشارة إلي أن الأفراد في الدولة القانونية يتمتعون بالحقوق والحریات بناء علي إرادة المشرع الدستوري لا بناء علي أفكار القانون الطبيعي وحدها . ولقد كان مذهب القانون الطبيعي يري أن هناك نوعاً من الحقوق لا يحتاج إقرارها إلي إرادة المشرع لأنها طبيعية ، تنشأ للإنسان بحكم طبيعته الإنسانية ، وتعتبر حقوقاً أساسية لأنه لا يمكن للفرد أن ينعم بحياته داخل المجتمع بدون احترام هذه الحقوق .

وقد قيل بأنه يمكن التعرف علي هذه الحقوق بالعقل فلا يجوز لأية سلطة وضعية أن تخالفها وإلا كان القانون المخالف لها غير شرعي . كما قيل بأنه نظراً إلي أن هذه الحقوق الطبيعية يتبينها العقل فإنها تتصف بالعالمية ، ولذلك فإن القانون الوضعي في تحديده للحقوق والحریات يخضع للقانون الطبيعي ، ومن ثم نهض القانون الوضعي بدور فعال في حماية هذه الحقوق الطبيعية بما يوفر لها من حماية قضائية تكفل احترامها إذا ما تعرضت للانتهاك .

يراجع حمدي ياسين - الحماية القضائية لحقوق الإنسان (دراسة موجزة حول دور القضاء المصري في حماية حقوق الإنسان) - مجلة المحاماة - العدد الأول - ٢٠٠١ .

علي أن فكرة القانون الطبيعي هي من الأفكار التي أثارت جدلاً كبيراً في الفقه بين منكر ومؤيد لها . إذ لا يزال التساؤل قائماً حول ما إذا كانت العدالة تجد سنداً في القانون الوضعي أي في إرادة الأفراد أم تتعلق بمصدر يعلو علي الإرادة الإنسانية أو ما يطلق عليه بالقانون الطبيعي ؟ وإذا كانت الإجابة هي أن قانوناً طبيعياً هو المرجعية التي يجب الرجوع إليها في شأن العدالة فهنا يثور التساؤل ثانية عن مصدر قواعد هذا القانون ، وهل هذه القواعد نظام من أنظمة العقل الإلهي الكلي ؟ أم هي نظام مائل في طبيعة الأشياء ، وتعبيراً ضرورياً عن الإنسان الطبيعي للوجود ، ويستخلصها العقل من هذا النظام الطبيعي أم هي تعبير عن طبيعة الإنسان العاقل والاجتماعية ؟ .

يراجع في هذا الشأن : طه عوض غازي - دروس في فلسفة القانون - دار النهضة العربية -

القانونية ، ولكن يبقى القانون من وراء هذه المصادر مصدراً غير مباشر لجميع الحقوق^(٢٩).

ومن هنا يبدو التلازم والتكامل بين القانون والحق ، فالقاعدة القانونية هي التي تبين الحقوق وتحددها وتحميها . إذ يستهدف القانون تنظيم روابط الأفراد فيما بينهم ، ووسيلته في ذلك هو فرض قواعد سلوكية تحدد للفرد ما له وما عليه وبذلك يعد القانون ضرورة من ضرورات المجتمع المنظم . وإذا كان الأصل هو النفاذ التلقائي للقواعد القانونية ، حيث تطبق تطبيقاً إرادياً من منطلق مبدأ سيادة القانون وهو أحد المبادئ الدستورية الهامة في المجتمعات المتحضرة ، فقد أصبح دور القضاء في هذه المجتمعات يتمثل في كفالة احترام ونفاذ القواعد القانونية .

ويتفرع القانون الوضعي السائد في بلد معين إلي عدة فروع تبعاً لنوعية العلاقة التي يحكمها كل فرع من هذه الفروع . وينقسم القانون الوضعي ابتداءً إلي قسمين رئيسيين : القانون العام والقانون الخاص .

والمناطق في هذا التقسيم هو من ناحية ، وجود الدولة كطرف في العلاقة القانونية التي يحكمها كل فرع . فالقانون العام يضم القواعد التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة في المجتمع ، أما العلاقات التي لا تكون الدولة طرف فيها (العلاقات بين الأشخاص العاديين) أو تكون كذلك ولكن بوصفها شخصاً عادياً لا بوصفها صاحبة سلطة ، فيحكمها القانون الخاص .

ومن ناحية أخرى ، فإن غاية كل فرع تختلف عن غاية الفرع الآخر . فالقانون يستهدف إشباع المصلحة العامة للمجتمع ، وهو ما يتوخي هذه الغاية في تنظيمه لسلطات الدولة والمرافق العامة . أما القانون الخاص فهو يستهدف إشباع المصالح الخاصة في المقام الأول .

لذلك فإن قواعد القانون العام هي في الغالب الأعم قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق علي مخالفتها ؛ في حين أن الأصل في قواعد القانون الخاص هو جواز

٢٩ - أحمد شرف الدين والسيد عيد نايل - المدخل لدراسة القانون - الجزء الثاني - ٢٠٠٢

الاتفاق علي مخالفتها . وبمعني آخر فإن دور الإرادة في الأول ضيق إلي أبعد الحدود ، مع أنه في الثاني فسيح المجال (٣٠).

وقد ثار التساؤل في الفقه القانوني عما إذا كان هناك مراكز قانونية موضوعية ، ومراكز قانونية إجرائية . وللإجابة علي هذا التساؤل تقتضي التعرض للوضع في القانون الروماني ثم بعد ذلك سنعرض للاتجاهات الفقهية .

**** الوضع في القانون الروماني :**

عني المشرع في القانون الروماني عناية خاصة بنظام الدعاوي الذي ورد في الألواح الثلاثة الأولى من قانون الألواح الاثني عشر ، حيث تقررت دعاوي محددة علي سبيل الحصر علي نوعين :

دعاوي تقريرية : يقصد بها الحصول علي إقرار من الخصم بالحق المدعي به ، أو الحصول علي حكم قضائي يقرر أحقية الشخص فيما يدعيه .

ودعاوي تنفيذية : تهدف إلي تمكين من حكم لصالحه أو من كان بيده سند تنفيذي من التنفيذ علي جسم المدين أو علي ماله .

ثم بذل البريتور " الحاكم القضائي " جهداً مضنياً لقبول دعاوي هي في الأصل غير مقبولة بمقتضي هذا القانون ، أو لعدم قبول دعاوي هي في الأصل غير مقبولة فيه ، وذلك ليتمشي مع مبادئ العدالة وروح القانون الطبيعي ، وليعطي كل صاحب حق حقه .

وفي المقابل منح البريتور دفوعاً مختلفة للمدعي عليهم ؛ لتفادي الحكم عليهم في دعاوي أقيمت عليهم ظلماً ، وذلك تحقيقاً للعدالة ورفع الظلم . وهكذا، أنشأ البريتور وسيلة لحماية الحق - إلي جانب الدعوي - هي الدفع ، أي دفع دعوي الخصم بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه ، ومع مرور الزمن أصبحت حماية الحقوق بالدعاوي (أي بالطلبات) وبالدفوع .

بيد أنه لم يكن في النظام القانوني الروماني تمييز بين الحق الموضوعي ووسيلة حمايته بل احتوت الوسيلة الحق الموضوعي ، فكانت الدعاوي جزءاً من القانون المدني الذي كان يتحدث عن الأشخاص والأموال والدعاوي ، فالدعاوي كانت شعبة من أصل ذي ثلاث شعب.

**** الاتجاهات الفقهية في مدي وحدة النظام القانوني أو تعدده :**

٣٠ - أنظر : حمدي عبد الرحمن - نظرية القانون - ٢٠٠٤ - ص ١٠ وما بعدها .

انقسم الفقه إلي اتجاهين (٣١) سنقوم بعرضهما علي النحو التالي :

**** الاتجاه الأول : نظرية وحدة النظام القانوني**

ارتبط تخلف العلم الإجرائي بدراسة الإجراءات كمجموعة من الشكليات الخادمة أو التابعة للقانون الموضوعي المدني والتجاري . ووجدت آراء لا تري في قانون المرافعات قواعد قانونية بمعنى الكلمة ، وإنما مجرد قواعد فنية لتحقيق قواعد السلوك (الموضوعية) .

وهي تستمد من هذه القواعد الأخيرة قوتها الملزمة .

وكان طبيعياً في هذه الظروف اعتبار القانون الموضوعي هو النظام القانوني الأوحد وتجاهل أي وجود للمراكز الإجرائية . وصورت الدعوي كحالة من حالات الحق أو عنصر فيه . وفي ظل هذه النظرية ليس هناك قانون موضوعي وقانون إجرائي ، وإنما يوجد قانون مدني وإجراءات مدنية وهذه هي التسمية السائدة حتي الآن .

ويبني اتجاه وحدة النظام القانوني علي نحو مغاير . إذ يبنون هذه الوحدة علي إنكار قانونية القواعد الموضوعية بذاتها . ويرون أنه بدون القانون الإجرائي والحماية القضائية التي يكفلها لا يمكن الكلام عن قانونية النظام الموضوعي . فالقاضي هو المكلف مباشرة بالقانون ، وهو الذي يخصصه في الحالة الواقعية . والحق لا يمكن تصوره إلا بناء علي نظرة شاملة جامعة للنظام القانوني . وأنه بدون الدعوي يفقد الحق قانونيته .

ولا يمكن الكلام بالتالي عن نظام قانوني موضوعي مستقل عن النظام القانوني الإجرائي .

بل ويري الفقيه كلسن أن القانون الموضوعي لا يطبق بدون أن يطبق القانون الإجرائي في نفس الوقت . حيث إن تطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع يستتبع منطقياً تطبيق القانون الإجرائي الذي ينظم إجراءات تطبيق هذا القانون الموضوعي ويحدد إجراءات إصدار الأحكام القضائية والأعمال الإدارية .

فالقانون الموضوعي لا يطبق بدون الإجرائي ، والعكس أيضاً صحيح . فكل تطبيق للقانون الإجرائي يعني تطبيق للقانون الموضوعي وبالتالي فإن القانون

٣١ - يراجع في هذه الاتجاهات : وجدي راغب فهمي - النظرية العامة للعمل القضائي في

قانون المرافعات - منشأة المعارف - ١٩٧٤ - ص ١٥٠ وما بعدها .

الموضوعي والإجرائي يتحدان اتحاداً لا فكاك منه ، ولذلك فالتفرقة بينهما غير لازمة حيث إن كافة الفروض القانونية تحتوي علي عناصر مزدوجة منهما ويجمعها وصف الضوابط القانونية المتماثلة^(٣٢).

** الاتجاه الثاني : نظرية ازدواج النظام القانوني

صاحب تقدم العلم الإجرائي الاهتمام بدراسة القواعد الإجرائية كقواعد قانونية بذاتها . ولا تصح مجرد أشكال . وإنما تقوم بتنظيم مجموعة من الأعمال القانونية من حيث شكلها ومضمونها . وترتب علي القيام بها مراكز قانونية ذات طبيعة إجرائية . وهكذا استحكمت هذه القواعد تسميتها بالقانون الإجرائي . ولكن القانون الإجرائي يفترض منطقياً وجود القانون الموضوعي . ويتمثل هذا القانون في مجموعة من القواعد الملزمة بذاتها ، تنظم الروابط الاجتماعية . وهي تتخصص تلقائياً مجرد تحقق وقائعها الأساسية الخاصة ، وتوجه أوامرها إلي الأفراد وتجد نفاذها في أغلب الحالات عن طريق نشاطهم الأصيل ، دون حاجة إلي القانون الإجرائي . أما حيث لا يتم هذا النفاذ التلقائي يتدخل القانون الإجرائي الذي يوجه أوامره إلي القاضي والأفراد . وهكذا يزدوج النظام القانوني إلي قانون موضوعي وقانون إجرائي . تربطهما علاقة وظيفية غائية وليست علاقة بنائية . وبهذا أعلن استقلال الدعوي كمركز إجرائي ، عن الحق الموضوعي باعتبار أن كلا منهما ينتمي إلي قانون مستقل .

علي أنه إذا نظرنا للموضوع من وجهة نظر وظيفية خارجية وجب الاعتراف بوحدة النظام القانوني في الدولة . وينبغي بناء الحق بالتالي ، كفكرة مركبة من العلاقة الموضوعية والحماية القضائية التي يكفلها القانون الإجرائي لهذه العلاقة . فلا تكتمل فكرة الحق إلا باجتماع عنصره الموضوعي والإجرائي .

وهذه النظرة هي التي تفسر إدخال الحماية القضائية أو الدعوي كعنصر في الحق . والواقع أنه لا يمكن من وجهة نظر خارجية وظيفية تصور وجود الحق أو المركز القانوني . الأمر الذي يحتم إدماجهما في فكرة واحدة وليدة نظام قانوني واحد قوامه القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية معاً .

٣٢ - يراجع في ذلك : طه عوض غازي - دروس في فلسفة القانون - دار النهضة العربية -

٢٠٠٤ - ص ١٧١ وما بعدها .

إلا أن هذه ليست نظرة فنية صالحة لحاجات التطبيق العملي . فالقواعد القانونية ليست مجرد أحكام نظرية تستخدم كأداة لمعرفة الحقيقة في ذاتها . بل هي أداة للحياة الاجتماعية لا تحقق وظيفتها بمجرد وجودها بل بتطبيقها العملي علي علاقات هذه الحياة ، وتحقيقها في الواقع . ولذا فإن أي دراسة فنية يجب أن تقوم علي تحليل الظاهرة القانونية من الداخل ، بحيث تكون الأفكار والتقسيمات مجرد أدوات نسبية تستجيب لحاجات التطبيق العملي للقانون . وبهذا تصبح فكرة الحق أو المركز القانوني بل فكرة القاعدة القانونية ذاتها مجرد أدوات فنية لتطبيق القانون . وتقودنا هذه النظرية الفنية الداخلية إلي استقلال القانون الإجرائي عن القانون الموضوعي . إذ أن قواعد كل منهما يكون أداة قائمة بذاتها عند التطبيق في الحياة القانونية العملية .

** وهكذا انتهى الفقه الإجرائي الحديث إلي أن القانون قبل أن ينقسم إلي قانون عام وقانون خاص ، ينقسم إلي قانون موضوعي وقانون إجرائي^(٣٣) ، وأن القانون الموضوعي هو ذلك الذي ينظم العلاقات الاجتماعية تنظيمياً أولاً ومباشراً ، وهو الذي ينقسم إلي قانون عام وقانون خاص حسبما كانت العلاقة التي ينظمها علاقة عامة أي مظهراً لسلطة عامة ، أو كانت علاقة خاصة توازن المصالح الخاصة لأطرافها . أما القانون الإجرائي ، فهو ليس قانوناً للعلاقات الاجتماعية ، وإنما مجرد قانون خادم يرمي إلي نفاذ وتطبيق القانون الموضوعي ولذلك فإنه لا يحكم مباشرة علاقة خاصة أو علاقة عامة وإنما ينظم وسائل الحماية القانونية لهذه العلاقة . فالقانون الإجرائي هو قانون الوسائل وليس قانون الغايات ، ولذلك فهو ينشغل في إعداد وترتيب وتنظيم الوسائل وضمان كفايتها وفعاليتها . ذلك

٣٣ - بل إن بعض الفقه يتكلم حالياً عن فرع ثالث من القانون وهو القانون القضائي Le droit jurisprudentiel أي القواعد القانونية المستقاة من الأحكام القضائية من منطلق الدور الواقعي للقاضي في خلق وتفسير القانون .

يراجع في ذلك :

Mauro Cappelletti , Le pouvoir des juges , Economica , 1999 , p.27 .

الذي يرمى إلى تطبيق ونفاذ القانون الموضوعي ،حيث إنه ينظم وسائل الحماية القانونية لهذه العلاقة أو تلك (٣٤) .

بل إن هذا الاتجاه يجد دعماً متتامياً في الدراسات القانونية الحديثة ، إذ نجد في فرنسا كتب للفقهاء الفرنسي تحمل اسم القانون الإجرائي Le Droit Processuel وتعرض للأسس والقواعد المشتركة للقوانين الإجرائية (٣٥) . وهو ما أخذ به المشرع المصري إذ سطرت مقدمة المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه ولئن كانت التشريعات الموضوعية ، هي موطن العدل بمضمونه وفحواه ، فإن التشريعات الإجرائية هي إليه ، الطريق والأداة . ذلك أن الرسالة الأولى والأخيرة ، للتشريعات الإجرائية ، أن تكون أداة طيعة ومطية ذلولاً ، لعدم سهل المنال ، مأمون الطريق ، لا يحفل " بالشكل " ، ولا يلوذ به ، إلا مضطراً ، يصون به حقاً ، أو يرد به باطلاً . عدل حريص علي سد الذرائع التي يتسلل منها المبطلون ، من محترفي الكيد ، وتجار الخصومة.

٣٤ - وجدي راغب فهمي . مبادئ القضاء المدني . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ . ص ١٠ ؛ أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ . ص ١٨ وما بعدها .

٣٥ - يراجع مؤلفات الفقه الفرنسي في هذا الصدد بالمكتبات القانونية الفرنسية منها : Hervé Croze , Le droit processuel ; Pascal Labbé , Introduction au droit processuel , Presses universitaires de Lille , 1995 .

المطلب الثاني

مضمون القانون الإجرائي

كثيراً ما نقرأ في كتب فقه قانون المرافعات اصطلاح العمل الإجرائي والعمل القضائي ، الأمر الذي يدعو للتساؤل عما إذا كان هناك فارق بين المصطلحين أم أن الاثنين مترادفان لمصطلح واحد . وإذا ما انتهينا إلي استقلال فكرة العمل الإجرائي عن فكرة العمل القضائي فإنه يثور التساؤل أيضاً عن العلاقة بينهما وأيهما يعد مضموناً (موضوعاً أو محلاً) للقاعدة الإجرائية .

ومن ناحية أخرى إذا كان القانون الموضوعي ينظم حقوقاً ومراكز قانونية موضوعية ، فما موضع الحق الإجرائي من مضمون قاعدة القانون الإجرائي . ومن ناحية ثالثة إذا كانت قواعد القانون الإجرائي قواعد قانونية فإنه لا بد أن يثور التساؤل عن موضع الجزاء الإجرائي من مضمون قاعدة القانون الإجرائي . هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال التعرض لفكرة العمل الإجرائي ، وفكرة العمل القضائي ، وفكرة الحق الإجرائي وكذلك فكرة الجزاء الإجرائي ، وذلك بتحليل آراء وشروح وكتابات فقه قانون المرافعات في هذا المضمار .

وقد آثرنا تقسيم الدراسة في هذه المسألة علي النحو التالي :

الفرع الأول بين فكرة العمل الإجرائي وفكرة العمل القضائي ومضمون القاعدة الإجرائية

الفرع الثاني فكرة الحق الإجرائي ومضمون القاعدة الإجرائية .

الفرع الثالث فكرة الجزاء الإجرائي ومضمون القاعدة الإجرائية .

الفرع الأول

العمل الإجرائي والعمل القضائي ومضمون القاعدة الإجرائية

وسنتعرض لدراسة مسألة بين فكرة العمل الإجرائي وفكرة العمل القضائي من خلال دراسة فكرة العمل الإجرائي أولاً ثم فكرة العمل القضائي علي النحو التالي :

أولاً فكرة العمل الإجرائي (الإجراء القضائي)

إذا كان تقدم العلم القانوني ، شأنه شأن أي علم ، يقتضي اهتمام الباحثين فيه بالبحث عن قواعد عامة كلية تحكم الظواهر المتشابهة. فإن فكرة العمل الإجرائي تعد أحد الأفكار القانونية في علم قانون المرافعات التي حاول الفقه

تأصيلها وتمييزها عن غيرها من الأفكار القانونية ووضع القواعد العامة التي تحكمها (٣٦) .

علي أن دراسة العمل الإجرائي تقابل صعوبات لم يقابلها فقه القانون الموضوعي عند تأصيله للتصرف القانوني ويرجع البعض (٣٧) هذه الصعوبات إلي أمرين :

أ- تنوع الأعمال الإجرائية : فهذه الأعمال أعمال متنوعة يقوم بها أشخاص مختلفون . فبعضها يقوم بها موظف عام ، وبعضها يقوم بها الخصم ، وبعضها يقوم بها الغير . ومن ناحية أخرى فإن بعضها يمثل استعمالاً لوظيفة قضائية أو لائتية أو إدارية ، وبعضها يمثل استعمالاً لحق أو لسلطة أو قياماً بالتزام أو بواجب أو بعبء . وهذا التنوع يؤدي إلي صعوبة وضع قواعد عامة تحكمها .

ب- عدم استقلال العمل الإجرائي : فالأعمال الإجرائية تكون أجزاء من خصومة واحدة ، وهو ما يؤدي إلي تأثر العمل الإجرائي بالأعمال الأخرى في الخصومة . مما يصعب معه النظر إلي العمل الإجرائي مستقلاً ودرسته في ذاته .

وإذا كان الفقه قد انقسم علي نفسه عند تحديد طبيعة العمل الإجرائي فمنهم من يعتبر العمل الإجرائي تصرفاً قانونياً ويرتب علي هذا التكيف خضوعه للقواعد العامة في التصرف القانوني . في حين ينكر اتجاه آخر ذلك لأن الإجراء القضائي يخضع لقواعد المرافعات وتتميز هذه القواعد بأهمية الشكل القانوني في الإجراء

٣٦ - ويعد أستاذنا الدكتور فتحي والي أول من استعمل اصطلاح " العمل الإجرائي " في اللغة القانونية العربية في رسالته للدكتوراة بعنوان " نظرية البطلان في قانون المرافعات " ١٩٨٥ - جامعة القاهرة . أنظر : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٩٣ - ص ٣٤٩ هامش ١ .

٣٧ - فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٩٣ - ص ٣٤٩ ؛ قارب وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ - ص ٣٨٩ .

القضائي مما يفقد عنصر الإرادة أهميتها . كما تتميز برقابة القاضي وإشرافه على أعمال الخصومة . وهذا كله يحول دون تطبيق قواعد التصرف القانوني عليه (٣٨) . ويذهب اتجاه ثالث (٣٩) إلى أن الإجراء القضائي يعد عملاً قانونياً بالمعنى الواسع ، وكما انتهى الفقه إلى تنوع العمل القانوني بين أعمال مادية وتصرفات قانونية وقرارات قانونية ، فإن الفقه الإجرائي يقسم الإجراءات القضائية إلى أعمال مادية إجرائية ومثالها الإعلان والحضور . وتصرفات إجرائية يقوم بها الخصوم مثلها الإحالة الاتفاقية وترك الخصومة والإقرار القضائي وتوجيه اليمين الحاسمة ، وقرارات قضائية مثلها ما يصدر من القاضي من أحكام . بل انتهى أيضاً إلى ضرورة تأثر الأعمال الإجرائية بالقواعد العامة للتصرف القانوني والقرار القانوني . كما أنه يمكن القول بأن أهمية التمييز بين هذه الأنواع تبدو خاصة في الاعتداد بعيوب الإرادة والسبب . فلا يعتد بعيوب الإرادة أو السبب في العمل المادي الإجرائي بينما يعتد بها في حدود معينة في القرار القضائي ، ويعتد بها بصورة عامة في التصرف الإجرائي . ولكن هذا الاعتداد مقيد بالحدود والطرق التي بينها قانون المرافعات.

وأياً ما كان الخلاف حول تحديد طبيعة العمل الإجرائي ، وإذا كان بعض الفقه في فرنسا يعرف الإجراءات بأنها الشكل الذي يجب أن يتم من خلاله رفع الدعوي إلى القضاء والدفاع أمامه والتدخل والتحقيق والحكم والظعن فيه وتنفيذه (٤٠) ، فإن الفقه الإجرائي في مصر (٤١) مستقر على تعريف العمل الإجرائي بأنه ذلك العمل الذي يترتب عليه القانون أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من خصومة .

٣٨ - يراجع في ذلك : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٩٣ - ص ٣٤٩ ؛ إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . منشأة المعارف . ١٩٧٤ ص ٦٧٣ . وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ - ص ٣٨٩ .

٣٩ - وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ - ص ٣٨٩ وما بعدها .

٤٠ - Christophe Lefort , Procédure civile , Dalloz , 2009 , p. 1 . où il écrit ((La procédure est définie comme la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice , y défendre , instruire , juger , se pourvoir contre les jugements et les exécuter)) .

٤١ - جميع المراجع العربية سألغة الإشارة .

فيجب لاعتبار عمل ما عملاً إجرائياً :

أ- أن يكون عملاً قانونياً : فأعمال الذكاء المحضة مثل قيام القاضي بدراسة أوراق القضية عملاً إجرائياً .

ب- أن تترتب عليه مباشرة آثار إجرائية : والآخر الإجرائي هو الأثر المتعلق بالخصومة سواء ببديئها أو بالمشاركة في سيرها أو تعديلها أو إنهاءها . ويجب أن يكون هذا الأثر مباشراً . ولهذا فإنه لا يعتبر عملاً إجرائياً النزول عن الحق الموضوعي ، ذلك أن الأثر الإجرائي المترتب علي هذا النزول - وهو انتهاء الخصومة - ليس أثراً مباشراً للعمل ، وإنما يترتب كنتيجة لأثر موضوعي هو زوال الحق .

ج- أن يكون جزءاً من خصومة : لهذا لا تعتبر أعمالاً إجرائية تلك التي تكون خارج الخصومة سواء تمت قبل بدء الخصومة أو أثناءها ولو ترتبت عليها آثار إجرائية . ولهذا لا يعتبر عملاً إجرائياً : طلب إحدي الوثائق من إحدي الهيئات الإدارية لتقديمه في الخصومة أو عقد الوكالة بالخصومة .

ثانياً فكرة العمل القضائي

مضت الإشارة إلي أن تقدم العلم القانوني ، شأنه شأن أي علم ، يقتضي اهتمام الباحثين فيه بالبحث عن قواعد عامة كلية تحكم الظواهر المتشابهة . لذلك كان سعي فقه القانون الإجرائي الدعوب نحو صياغة نظريات عامة لتأصيل بعض أفكار علم القانون الإجرائي ومن ذلك فكرة العمل القضائي ، فهذه الفكرة تعد من الأفكار التي شغلت ليس فقه قانون المرافعات فحسب بل أيضاً جميع فقهاء القانون ، وذلك من أجل تمييز العمل القضائي عن العمل التشريعي أو العمل الإداري .

وقد صاغ الفقه العديد من النظريات في هذا الشأن ، بحيث لا يخلو مؤلف في قانون المرافعات من محاولة وضع معيار لتمييز العمل القضائي وتحديد طبيعته ، الأمر الذي يجعلنا نقرر - وبحق - أنه ما من فكرة من أفكار علم قانون المرافعات حظيت بمثل ما حظيت به فكرة العمل القضائي من بحث واهتمام .

وقد أثرنا التعرض لبعض اتجاهات الفقه في هذا الصدد حتي نتمكن من تحديد المقصود بالعمل القضائي .

ويتناول بعض الفقه (٤٢) العمل القضائي من خلال التفرقة بين نوعين متميزين من الأعمال التي تصدر من العضو القضائي؛ الأعمال التي تصدر استناداً إلى سلطته القضائية وهي تشكل جوهر نشاطه القضائي والأعمال الإدارية التي تصدر بغرض تنظيم العمل في مرفق القضاء وترمي إلى تيسير أداء خدمة العدالة. وهذه الأخيرة يطلق عليها أعمال الإدارة القضائية *Actes (d'administration judiciaire)*.

أي أنه يصنف النشاط الذي يباشره العضو القضائي للدولة في طائفتين أساسيتين: النشاط القضائي الذي يستند في مباشرته إلى السلطة القضائية لهذا العضو ويرتبط مباشرة بوظيفته القضائية، والنشاط غير القضائي الذي يمارس بغرض تيسير أداء النشاط القضائي وتحسين ظروف مباشرته.

وينتهي هذا الرأي إلى التفرقة بين الأعمال القضائية الأصلية وهي (أعمال - غاية) (*Acte - but*)؛ أي أعمال الحماية القضائية التي يباشر بمقتضاها القاضي وظيفته القضائية، والأعمال القضائية التبعية وهي (أعمال - وسيلة) (*Acte - moyen*)؛ أي الأعمال الإجرائية التي يباشرها القاضي باعتبارها الوسيلة أو المنهج أو الشكل الذي يفرضه القانون لتحقيق أعمال الوظيفة القضائية.

أي أن هذا الرأي يربط بين الوظيفة القضائية والعمل القضائي، إذ يمكن أن نستنتج من التقسيم سالف الذكر تعريفاً للعمل القضائي بأنه أعمال الحماية القضائية التي يؤديها القاضي والأعمال التي تمكن من الوصول لهذه الحماية. كما يري أن الوظيفة القضائية هي وظيفة قانونية بحتة تتجسد في حماية النظام القانوني وكفالة نفاذه وفاعليته بإزالة العوارض والعقبات التي تعترض تطبيقه الإرادي وتحول دون نفاذه وإعماله. ومن المؤكد أن لقيام هذه العوارض آثارها السلبية الاجتماعية والاقتصادية والنفسية. فيكون إذن لمباشرة النشاط القضائي أثر أو مردود إيجابي على الحياة الاجتماعية والاقتصادية والنفسية في المجتمع. ولكن هذا الأثر غير المباشر يعد نتيجة للنشاط القضائي وليس غاية مباشرة له.

٤٢ - أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات. دار النهضة العربية. ٢٠٠١. ص

٨٨١ وما بعدها.

ويري اتجاه آخر في مؤلفه القيم عن العمل القضائي (٤٣) - بعد أن حدد طبيعة العمل القضائي كقرار إجرائي ذي وظيفة قانونية كاشفة - أن مضمون العمل القضائي يتمثل في إعلان عن إرادة القاضي تقييد الخصوم برأيه في إدعاءاتهم القانونية . كما يري أن تحليل العمل إلي أركانه الموضوعية والشكلية هي السبيل إلي تعريفه .

وذهب إلي أن الأركان الموضوعية للعمل القضائي هي الإرادة والمحل والسبب . أما الأركان الشكلية للعمل القضائي فتتمثل في الشخص والمفترض والشكل بالمعني الفني الدقيق . ورأي أن العمل القضائي يقوم علي إرادة قاطعة ظاهرة للقاضي . ويتطلب القانون لصحتها أن تكون مبرأة من غلط في الواقع ينشأ عن أحد الأسباب التي حددها . أما المحل فتجعله الطبيعة الإجرائية للعمل القضائي متطوراً ، بحيث يبدأ بالدعوي ، وينتهي بالأمر المقضي . ويري أن طبيعة مركز الدعوي لا يمكن أن تتضح إلا من خلال علاقتها بالعمل القضائي . وليست مسألة قبول الدعوي ، إلا تعبيراً عن قابليتها لأن تكون محلاً له .

وتكشف هذه العلاقة - في نظره - عن شروط قبول الدعوي . وهي أساساً أن تكون للمدعي مصلحة في اليقين القانوني الذي يحققه هذا العمل . كما يجب أن تكون الدعوي قانونية ، وللخصوم صفة فيها .

أما المحل النهائي للعمل القضائي - وهو الأمر المقضي - فيتطلب القانون لصحته أن يتحد في نطاقه مع الدعوي ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون أخيراً موافقاً للقانون .

وفيما يتعلق بالسبب لا بد أن يقوم العمل ذاته من حيث المضمون علي سبب موضوعي يبرره . هو تحقيق الواقعة الأساسية للأمر المقضي تحقيقاً كافياً ومنطقياً خلال الإجراءات .

ولكن القانون يعتد أيضاً بالسبب النفسي ، أي الباعث علي العمل . ولذا فإن انحراف القاضي عن وظيفته ، في صورة غش أو تدليس أو غدر يؤثر في صحة هذا العمل .

٤٣ - وجدي راغب فهمي - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - منشأة المعارف - ١٩٧٤ - ص ٦٩٨ وما بعدها .

أما عن الأركان الشكلية للعمل القضائي فيجب أن يصدر من القاضي (شخص العمل القضائي) . والقاضي هو عضو الدولة المحايد المستقل المزود بسلطتها الأمرة ، والذي يخوله القانون القيام بالعمل القضائي . وحتى يتوافر هذا الركن يجب أن يصدر من عضو قضائي للدولة يعمل في حدود ولايتها القضائية . ويتطلب القانون لصحته صحة تكوين العضو واختصاصه فضلاً عن صفة القاضي الشخصية للحكم في الدعوي.

ويفترض العمل القضائي - كقاعدة - المطالبة به . وهو ما يقوم به الأشخاص استعمالاً لحقهم في الالتجاء إلي القضاء وتحريكه . ويتطلب القانون لصحة المطالبة القضائية إرادة القيام بها ، فضلاً عن أهلية أو ولاية القائم بها ، وأن تتم وفقاً للأوضاع الشكلية التي يفرضها . وفي النهاية يفرض القانون شكلاً إجرائياً عاماً للعمل القضائي هو الخصومة .

ويقضي لصحة هذا الشكل أن تسير إجراءاته وفقاً لنظام معين وبالشكل الذي يحدده . ولكنه لا يعتد كقاعدة بتخلف هذا الشكل الأخير ، إذا كانت الغاية منه في الإجراءات قد تحققت في الواقع .

وتتضمن الخصومة إجراء هاماً بالنسبة للعمل القضائي ، هو إصدار الحكم وتوثيقه . وهذا الإجراء يجسم العمل في ورقة الحكم ، بحيث تعكس في النهاية كافة أركانه الشكلية والموضوعية . ولذا فإن القيام بهذا الإجراء لازم لوجود العمل القضائي ذاته . كما أن القيام به وفقاً للشكل القانوني لازم لصحته . وانتهى هذا الاتجاه إلي أن الموضوع المباشر لإجراءات العمل القضائي هو العمل القضائي ذاته بأركانه المختلفة . أما الحقوق والمراكز الموضوعية فليست سوي موضوع غير مباشر لها .

في حين ذهب اتجاه ثالث^(٤٤) - وذلك بعد أن عرض عرضاً تفصيلياً للنظريات التي قيلت في شأن تمييز العمل القضائي في الفقه الفرنسي والإيطالي

٤٤ - إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . منشأة المعارف . ١٩٧٤ - ص ٨١ وما بعدها .

(٤٥) - إلي أن العمل القضائي هو العمل الذي يحسم مركزاً خلافاً ناتجاً عن تطبيق القانون في الحياة العملية ، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير في نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة .

ويبري أنه يجب أن تتوفر ثلاثة عناصر لكي يعتبر العمل قانونياً :

- ١- وجود نزاع أو مركز خلافي يتطلب تدخل القاضي .
- ٢- هيئة من الغير تحسم النزاع .
- ٣- الإجراءات القضائية التي تكفل حماية كافية للأفراد وتضمن لهم الدفاع عن حقوقهم .

تعقيب تحليلي :

إذا كان الرأي الأول لم يتعرض صراحة لتعريف العمل القضائي ، إلا أنه من خلال تقسيمه للأعمال القضائية أمكنا الوصول إلي استنتاج لما يمكن أن يقصد به العمل القضائي وانتهينا إلي أنه يمكن تعريف العمل القضائي بأنه ذلك الذي يصدر من العضو القضائي مباشراً به وظيفته القضائية المتمثلة في حماية النظام القانوني بإزالة عوارضه .

وإذ يركز هذا الاتجاه علي شخص العمل القضائي وموضوعه فقط ، ورغم أهمية هذين العنصرين في تمييز العمل القضائي إلا أنه توجد عناصر أخرى ينبغي أن تبين عند تحديد المقصود بالعمل القضائي .

وإذا كان الاتجاه الثالث أكد علي عنصر المنازعة لتمييز العمل القضائي رغم ما وجه لنظرية حسم المنازعات من انتقادات كفيلا بعدم تبنيتها ، فضلاً عن أنه يفهم من رأيه ضرورة صدور العمل بإجراءات الخصومة القضائية رغم أن العمل القضائي قد يصدر بإجراءات الأوامر ودون تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم .

لذلك فإننا نؤيد ما انتهى إليه الرأي الثاني من ضرورة تعريف العمل القضائي من خلال أركانه الموضوعية والشكلية مع اختلافنا معه في بعض التفاصيل الدقيقة .

٤٥ - سبق لنا عرض العديد من هذه النظريات في بحث لنا بعنوان الحجية المتعدية للأحكام القضائية - محكم ومقبول للنشر بمجلة كلية الحقوق - جامعة عين شمس في ٢٠١٣ ، لذلك فإننا نحيل إلي ما جاء بشأنها في هذا البحث صفحة ١١ وما بعدها .

* * فالعمل القضائي هو ذلك العمل القانوني الصادر من قاضي في حدود الولاية القضائية للدولة بناء على مطالبة قضائية ، وبإتباع الإجراءات القانونية ، ويتضمن حماية قضائية للحقوق والمراكز القانونية (الأمر المقضي) في شكل حكم قضائي أو أمر قضائي^(٤٦) .

ولكن لا يمكن اعتبار الدعوي محلاً للعمل القضائي - كما انتهى الرأي الثاني - إذ أنه لو قصد بالدعوي الإدعاء المعروض علي القضاء . فكيف يمكن اعتبارها إذن محلاً للعمل الصادر من القضاء الذي ربما يصدر بعدم صحة هذا الإدعاء وعدم أحقية صاحبه ، أو بصحته وأحقية صاحبه . إذ لو سايرنا هذا الرأي لكان العمل القضائي دائماً هو الإدعاء القانوني المعروض علي القاضي دون أن يكون للقاضي رأي حاسم فيه وهذا ما لم يقل به أحد .

وإذا قصد بالدعوي حق الدعوي أي الحق في أن يسمع القاضي موضوع الإدعاء ويتوقف علي توافر شروط قبول الدعوي فكيف يمكن اعتبارها أيضاً محلاً للعمل القضائي الذي يصدر إما بعدم قبول الدعوي أو بقبولها وبأحقية رافعها أو بعدم أحقيته .

إذ لو سايرنا هذا الرأي لكان العمل القضائي دائماً هو الحكم بقبول الدعوي إذ أن محل العمل القضائي هو حق الدعوي وهذا ما لم يقل به أحد أيضاً . لذلك إن شئنا الدقة يمكن القول بأن محل العمل القضائي هو الأمر المقضي في هذا الإدعاء .

٤٦ - قارب :

Pascal Labbé , Introduction au droit processuel , Presse universitaire de Lille , 1995 , p.11 .

حيث انتهى إلي أن العمل القضائي لا بد أن يصدر من جهاز معترف به لتطبيق القانون مسبقاً بإجراءات ومناقشة في منازعة حقيقية مستنداً علي أساس قانوني للنصوص المطبقة .

((Il est certain que l'acte juridictionnel ne peut émaner que d'un organe qualifié , habilité , et reconnu . Il faut que cet organe ait vocation à " dire le droit " . il faut qu'un processus préalable soit suivi rendant compte d'un véritable débat . Il faut qu'il y ait un véritable litiges pour lequel est demandée une réponse fondé sur une analyse juridique des textes applicables)) .

كما يصح القول أيضاً أن محل العمل القضائي هو إرادة أو قرار القاضي في هذا الإداء .

كذلك لا يمكن اعتبار الخصومة شكلاً للعمل القضائي لأن هناك عمل قضائي بالمعنى الفني الدقيق ولا يصدر بإجراءات الخصومة القضائية ، وهو أوامر الأداء .

ومن ناحية أخرى ، إذا كانت الخصومة القضائية هي مجموعة من الإجراءات التي تبدأ بالمطالبة القضائية وتستمر بهدف الحصول علي حكم في الموضوع . وإذا كانت المطالبة هي الإجراء الافتتاحي للخصومة ، كما أن الحكم هو الإجراء الختامي لها ، فإذا أمكن اعتبار الخصومة شكل للمطالبة فإنه يمكن اعتبار الخصومة شكل للحكم أو للعمل القضائي . وهذا ما لم يقل به أحد .

لذلك رأينا أن العمل القضائي قد يصدر بإجراءات الخصومة أو بإجراءات الأوامر علي العرائض (أوامر الأداء) . لذلك فهو قد يتخذ شكل الحكم القضائي وهو الإجراء الختامي في الخصومة القضائية أو يتخذ شكل أمر الأداء .

ثالثاً العلاقة بين كل من العمل الإجرائي والعمل القضائي ومضمون القاعدة الإجرائية

مضت الإشارة إلي أن العمل الإجرائي هو ذلك العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من خصومة . وأن العمل القضائي هو ذلك العمل القانوني الصادر من القاضي في حدود الولاية القضائية للدولة بناء علي مطالبة قضائية ، وبإتباع الإجراءات القانونية ، ويتضمن حماية قضائية للحقوق والمراكز القانونية (الأمر المقضي) في شكل حكم قضائي أو أمر قضائي .

فيعد العمل القضائي بذلك أحد أنواع العمل الإجرائي وذلك في الفرض الذي يصدر فيه العمل القضائي بإتباع إجراءات الخصومة القضائية . إذ مضت الإشارة إلي أن الفقه الإجرائي الحديث يقسم الإجراءات القضائية إلي أعمال مادية إجرائية ومثالها الإعلان والحضور . وتصرفات إجرائية يقوم بها الخصوم مثالها الإحالة الاتفاقية وترك الخصومة والإقرار القضائي وتوجيه اليمين الحاسمة ، وقرارات قضائية مثالها ما يصدر من القاضي من أحكام .

بيد أنه لا يمكن إيجاد ثمة صلة بينهما إذا كان العمل القضائي صادراً بإجراءات الأوامر علي العرائض ودون تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم . إذ أن العمل الإجرائي لا بد أن يكون جزءاً من خصومة في حين أن العمل القضائي قد

صدر في هذا الفرض في شكل أمر علي عريضة وبإجراءات الأوامر علي العرائض .

وإذا كان الفقه التقليدي في قانون المرافعات يقوم علي دراسة النظام القضائي ، والاختصاص ، والدعوي وإجراءات الخصومة ، والحكم ، وطرق الطعن ، ثم إجراءات التنفيذ . ويتناول كل من هذه الموضوعات علي حدة . إلا أن المدرسة الإجرائية الحديثة قد خطت خطوة هامة بالانتقال من هذه الدراسة التحليلية الجزئية ، إلي دراسة تأصيلية عامة للإجراءات ، بحيث أصبحت نظرية الإجراء أو الإجراءات ، هي الموضوع الأساسي لدراسة قانون المرافعات . بل ويعرف الفقه الحديث^(٤٧) في فرنسا القانون الإجرائي بأنه النظرية العامة للإجراءات التي تطبق داخل الدولة .

Il est possible de définir le droit processuel comme étant la théorie générale de la procédure applicable dans un pays .

وبالبناء علي ما تقدم يمكن القول أن كل من العمل القضائي والعمل الإجرائي يصلح موضوعاً للقانون الإجرائي . ومن ثم يمكن تعريف القانون الإجرائي من هذه الزاوية بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العمل القضائي سواء صدر بإجراءات الخصومة القضائية أو بإجراءات الأوامر علي العرائض ، وكذلك القواعد القانونية التي تنظم الأعمال القضائية التبعية وهي الأعمال الإجرائية التي يباشرها القاضي باعتبارها الوسيلة أو المنهج أو الشكل الذي يفرضه القانون لتحقيق أعمال الوظيفة القضائية .

وجدير بالذكر أن الأعمال القضائية التبعية تنقسم إلى ثلاث طوائف (٤٨)

:

** الأعمال التي يقوم بها القاضي لإزالة عائق مادي أو قانوني يحول دون تتابع الإجراءات أو انعقاد الخصومة أو تواصلها كالإذن بالإعلان القضائي في الأحوال التي تقتضيه ، أو الأمر بإخطار النيابة العامة بوجود دعوى أو مسألة

47- Emmanuel Jeuland , Droit processuel général , Montchrestien , 2012 , p. 14 .

٤٨ . أحمد ماهر زغلول . أصول وقواعد ...مرجع سابق . ص ١٠٦٦ وما بعدها بند ٤٨٧ .

مطروحة عل المحكمة ينص القانون على تدخلها فيها (المواد ٨٨ وما يليها من مجموعة المرافعات).

** الأعمال التي تهدف إلى الفصل في العوائق الإجرائية التي تحول دون سير الخصومة والفصل في موضوعها كالأحكام التي تفصل في الدفوع الإجرائية (عدم الاختصاص . الإحالة . بطلان عمل إجرائي . . الخ) أو في الدفوع بعدم القبول .

** إجراءات التحقيق والإثبات كالإحالة إلى التحقيق أو انتداب خبير أو الانتقال للمعاينة أو الاستجواب أو توجيه اليمين الحاسمة .

هذه الأعمال التبعية هي أعمال قضائية يخضع كل منها لنظام قانوني يتفق مع طبيعة الدور الذي يقوم به كل عمل وتنظمها أيضاً القاعدة القانونية الإجرائية .

الفرع الثاني

فكرة الحق الإجرائي ومضمون القاعدة الإجرائية

كثيراً ما يتكلم الفقه الإجرائي^(٤٩) عن حق الدعوي ، وحق الخصم في تسيير الخصومة ، وحقوق الدفاع ، وحق الخصم في التصرف في الخصومة أو في إجراءاتها ، والحق في الطعن ، والحق في التنفيذ باعتبارها حقوق إجرائية ينظمها القانون الإجرائي . كما تكلم أيضاً عن واجبات وأعباء إجرائية كعبء الإثبات ، وعبء الحضور . إلا أنه لم يحدد علي وجه الدقة ما المقصود بكل هذه المصطلحات ، لذلك يثور التساؤل عن ما المقصود بالحق الإجرائي وفيما يتفق أو يختلف مع الحق الموضوعي . وأخيراً إذا ما انتهينا إلي معني محدد للحق الإجرائي والمركز الإجرائي لابد أن يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن أن يشكلا بدورهما محلاً للقاعدة الإجرائية .

الإجابة علي كل هذه التساؤلات تقتضي التعرض لحق الدعوي وهو أحد الحقوق الإجرائية التي ثار الخلاف حول تحديد طبيعته (١) ثم بعد ذلك محاولة تحديد المقصود بالحق الإجرائي (٢)

أولاً النظريات التي قبلت في تحديد طبيعة حق الدعوي

٤٩ - وجدي راغب فهمي - دراسات في مركز الخصم أمام القضاء - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ١٨ - العدد الأول - يناير - ١٩٧٦ - ص ١٦ وما بعدها .

إذا كان الفقه الإجرائي الحديث (°) يعتبر حق الدعوي من الحقوق الإجرائية إلا أنه قد ثار خلاف فقهي حول هذا الحق . وسبب الخلاف هو مدي صلة حق الدعوي بالحق الموضوعي المرفوعة به الدعوي فتعددت النظريات في هذا الصدد علي النحو الآتي :

النظرية التقليدية (نظرية التوحيد أو الاندماج)

نظرية الازدواج (حق الدعوي هو حق الحصول علي الحماية القضائية للحق الموضوعي).

النظرية المجردة الإجرائية (حق الدعوي هو مكنة الحصول علي حكم في الموضوع)(^١).

*** النظرية التقليدية وتري أن الدعوي هي ذات الحق . فالحق يبقي ساكناً هادئاً ما لم يعتد عليه فإذا تم الاعتداء فقد الحق سكونه وهدوءه وتحرك في صورة دعوي . ويستوي في ذلك أن تكون الدعوي مظهراً من مظاهر الحق بأن تكون الدعوي هي الحق الموضوعي في حالة حركة ، أو أن تكون الدعوي عنصراً من عناصر الحق وهو عنصر الحماية القانونية في الحق ، أو تكون الدعوي امتياز من امتيازات الحق ، فحق الملكية يخول المالك مثلاً استعمال المال واستغلاله والتصرف فيه، كذلك يخوله حق الدعوي دفاعاً عن حق الملكية. ويترتب علي هذا التصور إنه لا توجد دعوي دون أن تستند إلي حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوي ، ومضمون الحق هو نفسه مضمون الدعوي.

٥٠ - إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - منشأة المعارف - ١٩٧٤ - ص ١٢٨

؛ وجدي راغب فهمي - مبادئ القضاء المدني - دار النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ١٠٤

؛ قارب فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ص ٤٨ وما بعدها .

٥١ - يراجع في شأن هذه النظريات وجدي راغب فهمي - - مبادئ القضاء المدني - دار

النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ١٠٤ ؛ أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون

المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠١١ - ص ٢١٨ وما بعدها .

*** نظرية الازدواج (الدعوي هي حق الحصول علي الحماية القضائية للحق الموضوعي):

انتقد الفقه الحديث النظرية التقليدية التي تجعل حق الدعوي هو ذاته الحق الموضوعي علي أساس أنه قد يوجد الحق دون أن يتوافر لصاحبه حق الدعوي . فالالتزام الطبيعي يقرر حقاً يترتب عليه القانون آثاراً. فهذا الحق يصلح سبباً للالتزام مدني ، وإذا وفي به المدين اختياراً كان هذا الوفاء صحيحاً. ورغم ذلك فليس لصاحب هذا الحق أن يرفع دعوي ليطالب به. ومن أمثلة ذلك أيضاً الملكية إذا لم يعكر أحد ملكية المالك أو ينازعه فيها، وكذلك حق الدائنية قبل حلول أجل الدين. ففي كل هذه الحالات يوجد حق موضوعي بغير حق الدعوي.

كما أنه قد يوجد حق الدعوي دون أن يستند إلي حق موضوعي بمعنى الكلمة، مثل دعاوي الحيازة حيث يتمسك المدعي فيها بمركز واقعي، والدعاوي التقريرية السلبية كدعوي براءة الذمة ودعوي نفي حق ارتفاق ، أو الدعوي باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي.

ومن ناحية أخرى تختلف الدعوي عن الحق الموضوعي من حيث سببه ومضمونه وأشخاصه.

فمن حيث السبب : سبب الحق هو العقد أو الفعل الضار أو غير ذلك من مصادر الالتزام ، أما سبب الدعوي فهو الاعتداء علي الحق أو واقعة تجهيله بصفة عامة .

ومن حيث المضمون : فالحق الشخصي مضمونه إلزام شخص بتقديم أداء معين للدائن. والحق العيني مضمونه الحصول مباشرة علي منفعة مال معين. أما الدعوي، فإن مضمونها - أياً كان الحق الذي تحميه - هو دائماً الحصول علي حكم من القضاء إما بتأكيد الحق أو المركز القانوني، أو بالتعديل فيه، كما قد تتضمن إلزاماً بأداء معين .

ومن حيث الأشخاص: لا يتفق دائماً أشخاص الحق مع أشخاص الدعوي. فحق الملكية حق للمالك قبل الكافة. بينما ترفع دعوي الملكية قبل شخص معين هو المدعي عليه. كذلك فإن المدعي في دعوي المطالبة بالدين، قد يكون شخصاً غير الدائن، كما هو الحال في الدعوي غير المباشرة مثلاً ، حيث يرفعها دائن الدائن.

لكل ما سبق فإن أنصار هذه النظرية يرفضون نظرية التوحيد أو الاندماج ويعتبرون الدعوي حق مستقل له كيان قائم بذاته ومتميز عن الحق الموضوعي. ولكن ذلك لا يمنع من وجود صلة وثيقة بين الحق والدعوي. فالدعوي هي توأم الحق. فهي مجرد وسيلة لحماية الحق الموضوعي المدعي. ولذا يعرف حق الدعوي بأنه سلطة أو مكنة يعترف بها قانون المرافعات لصاحب الحق الموضوعي تخوله الحصول علي الحماية القضائية لهذا الحق. ولذا يجعل أنصار هذه النظرية الحق أو المركز الموضوعي شرطاً من شروط الدعوي. فالقانون لا يعترف بحق الدعوي للمدعي إلا إذا كان محقاً في دعواه.

*** النظرية المجردة الإجرائية:

نظراً لأن نظرية الازدواج تؤدي إلي نتيجة غير منطقية. وهي أنه لا يمكن التحقق من شروط الدعوي إلا بعد انقضاء حق الدعوي. وذلك لأنه لا يتأكد وجود الحق الموضوعي للمدعي إلا بالحكم في موضوع الدعوي. ولكن الحكم في موضوع الدعوي يؤدي إلي انقضائها ويحول دون مباشرتها من جديد بناء علي حجية الأمر المقضي.

وفي عبارة أخرى تعلق هذه النظرية قبول الدعوي علي وجود حق للمدعي، وهو ما يصعب التسليم به ، لأن ذلك لا يتأتي إلا بعد مباشرة الدعوي والفصل في موضوعها بعد توافر شروط قبولها ابتداء. كما أنها تخلق بين الغاية التي يستهدفها المدعي من دعواه وبين وسيلة تحقيق هذه الغاية.

إزاء هذه الانتقادات التي وجهت إلي نظرية الازدواج، اتجهت النظرية المجردة الإجرائية إلي اعتبار الدعوي حق إجرائي أو سلطة إجرائية للحصول علي حكم قضائي في الموضوع.

هذه النظرية تؤكد علي استقلال الدعوي عن الحق الموضوعي. فالدعوي حق قائم بذاته ، وهي حق للمدعي في أن يعرض إدعائه علي القضاء، طالبا الحكم في موضوع هذه الإدعاء، سواء كان في صالحه أو في غير صالحه. ولما كان الإدعاء إنما يكون بحق أو مركز قانوني. فإن القانون لا يعترف بحق الدعوي إلا لصاحب الصفة بالنسبة للحق أو المركز الذي يحميه المشرع. ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الشخص صاحب الحق بالفعل أم لا. إذ أن ذلك لا يثبت إلا بعد

الفصل في الموضوع . وتكون الدعوي مقبولة إذا توافرت فيها الشروط التي ينص عليها القانون، والتي ليس من بينها وجود الحق الموضوعي. وهكذا يربط أنصار هذه النظرية بين حق الدعوي باعتباره حقاً إجرائياً قائماً بذاته وبين مسألة قبول الدعوي، وهي مسألة سابقة علي الفصل في موضوع الدعوي ، ومتى حكم القضاء بقبول الدعوي ، فإنه بذلك يكون قد أكد حق الدعوي بالنسبة للمدعي. أي أكد حقه في أن تتظر دعواه، وبالتالي حقه في أن يصدر القضاء حكماً في موضوعها. علي أن ذلك لا يعني ضرورة أن يصدر الحكم في صالحه، فقد يصدر الحكم في غير صالحه، رغم سبق تأكيد القضاء لحقه في الدعوي. وهذا دليل أكيد علي عدم ارتباط الدعوي بالحق الموضوعي. أما إذا لم تتوافر شروط قبول الدعوي ، فلا ينشأ للمدعي حق الدعوي ، أي حقه في أن تتظر دعواه من القضاء ليحصل علي حكم في موضوعها.

ثانياً تحديد المقصود بالحق الإجرائي

ينعقد الإجماع في مختلف النظم القانونية الحديثة علي الاعتراف لأفراد المجتمع المدني بحقوق إجرائية ، علي أن يكون ذلك مقابل تحملهم بواجبات إجرائية في ذات الوقت ، أو أعباء إجرائية ، غايتها الأساسية حسن سير العدالة وكفالة احترام الحقوق الموضوعية لأفراد المجتمع ، كما تعد فكرة القضاء الأصل الذي تقوم عليه كافة القواعد الإجرائية(٥٢) .

وقد مضت الإشارة إلي أن الفقه الإجرائي تكلم كثيراً عن الحقوق الإجرائية كحق الدفاع ، والحق في تسيير الخصومة ، ورغم أن الفقه الإجرائي بدأ ينشغل بالتأصيل لنظريات علم القانون الإجرائي ، إلا أننا لم نجد الكثير منهم قد انشغل بفكرة الحق الإجرائي ومحاولة تأصيله نظرياً .

ويذهب البعض في دراسته للحق الإجرائي إلي أن الحق الإجرائي (٥٣) هو مكنة تثبت لشخص علي وجه التخصص والإنفراد ، وتتيح له سلطات إجرائية تمكنه من تكوين الرأي القضائي لصالحه وتحصيل حقه الموضوعي ويحدد هذا الحق ويحكم قواعده قانون المرافعات المدنية والتجارية .

٥٢ - رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ٤ .

٥٣ - رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ٣٩٥ .

في حين يذهب البعض في دراسته لحقوق الإنسان الإجرائية (٥٤) - بعد تعداده شبه الحصري للحقوق الإجرائية - وذلك دون تحديد المقصود بها - إلي أن قانون المرافعات ، وكذلك قانون الإجراءات الجنائية هما المعنيان بدراسة هذه الحقوق ، وأن لهذين القانونين دور أساسي ومباشر في تأصيل هذه الحقوق وإبراز المحتوى الحقيقي لحقوق الإنسان ، ذلك أنه مهما انصرف الاهتمام إلي إعلاء حقوق الإنسان في الجانب الموضوعي من خلال القوانين القاعدية وتأكدت الحريات وسعت التشريعات إلي الحفاظ علي حقوق الإنسان ، فإنه لا شك أن تفعيل هذه القوانين وإعطاءها قيمتها القانونية لا سبيل إليه إلا بإعلاء الحقوق الإجرائية للإنسان .

* ونري أن الحق الإجرائي هو سلطة يستمدها الشخص من القانون الإجرائي تخول صاحبها إمكانية اتخاذ الإجراءات القضائية وإجراءات الإثبات القضائي ، وأياً كان نوع القضاء ، وسواء القضاء العادي أو القضاء الإداري أو القضاء الاستثنائي ، لتكوين رأي قضائي لصالحه في خصومة قضائية قائمة بالفعل .

والحق الإجرائي ينشأ بداخل الخصومة القضائية أو بسببها (٥٥) ، فلا مجال للحديث عن حق إجرائي دون وجود إجراءات قضائية ؛ إذ يرتبط الحق الإجرائي بالإجراءات القضائية . فلا يتصور القول بوجود حق الدعوي للمدعي ، وهو الحق في يسمع القضاء موضوع إدعائه دون وجود الدعوي ذاتها . كما أن التثبت مما إذا كان للشخص حق إجرائي - كحق الدعوي أو حق الدفع أو حق الطعن - من عدمه ، لا يتحقق إلا إذا كانت هناك دعوي مرفوعة بالفعل أمام القضاء ، أو في إجراءات قضائية منعقدة فعلاً .

كذلك حق الدفاع وهو من أهم الحقوق الإجرائية المكفولة للإنسان والدعامة الأساسية للعدل القضائي ، بل أن السلطة القضائية ما وجدت إلا لكي تسهر علي

٥٤ - حسام العطار - حقوق الإنسان الإجرائية - رسالة - عين شمس - ٢٠١٣ - ص ١٣٠١ .

٥٥ - أسامة المليجي - الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٢٢ .

تفعيله وتكفل تطبيقه واحترامه ، قد نشأ بتواجد الخصومة التي يمكن القول - كما يري البعض^(٥٦) - أنها صاحبت وجود الخليقة بما لازمها من حق الدفاع . كما يجد الحق الإجرائي مصدره وسنده في القانون الإجرائي . فقانون المرافعات مثلاً هو الذي يحدد شروط قبول الدعوي والتي يتوقف عليها الحق في الدعوي . فلا يتوافر هذا الأخير إلا لمن له مصلحة وصفة في الدعوي . كذلك ينظم قانون المرافعات وكذلك قانون الإجراءات الجنائية في المواد الجنائية الطعن في الأحكام وبالتالي يحدد كل منهما من له الحق في الطعن وشروطه .

وتجدر الإشارة إلي أن التنظيم القانوني لممارسة الحق الإجرائي قد مر بمرحلتين ، تأثرت كل منها بالفلسفة السائدة آنذاك :

المرحلة الأولى : وهي التي أعقبت نجاح الثورة الفرنسية التي جسدت مبادئها في الحرية والإخاء والمساواة ، وجسدتها أيضاً مقولة الفقيه الإنجليزي " كينز " في النظام الاقتصادي " دعه يعمل دعه يمر " . وفي تلك المرحلة منح الأفراد حرية كاملة في اتخاذ الإجراءات وتوجيهها والسير فيها أو إعاقتها وفقاً لما يتواءم مع مصلحتهم ، وهو ما يعبر عنه المبدأ التقليدي بأن " الخصومة ملك الخصوم " ، وقد لقي هذا الاتجاه رواجاً كبيراً خلال القرنين السابع والثامن عشر .

المرحلة الثانية : وهي التي أعقبت نجاح الثورة البلشفية في روسيا القيصرية ، حيث سيطرت الاشتراكية بمبادئها القانونية علي الفكر القانوني ، وأثرت علي فكرة الحرية الشخصية ، وتولدت علي آثارها فلسفة الاهتمام بصالح الجماعة قبل صالح الأفراد أو - علي الأقل - أن يكون صالح الجماعة مع صالح الفرد وقد يسبقه .

ولقد وجد هذا الاتجاه صدي واسعاً في التشريعات الحديثة ، انطلاقاً من أن القضاء وظيفة عامة ولا يمكن أن يترك نشاطه في يد الأفراد . وأضحى للقاضي

٥٦ - انتصار نسيم - ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي - محاضرات الدورة التدريبية لمشروع دعم القدرات في مجال حقوق الإنسان - الطبعة الثانية - ٢٠٠٦ - ٣٧٣ .

وأعوانه دور إيجابي في مشاركة الخصوم في توجيه الإجراءات القضائية لصالح الحقوق المتنازع عليها وصولاً إلى الاستقرار القانوني^(٥٧).

وتبني المشرع المصري هذه الاتجاهات الحديثة، حيث أعطي المحكمة سلطة فعالة في توجيه الدعوي وتسييرها ، وأباح للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من تري إدخاله لمصلحة العدالة ، أو لإظهار الحقيقة ليكون لها بذلك وسيلة لتصحيح شكل الدعوي وردها إلي الوضع الطبيعي الذي يجب أن ترفع به لولا عنت الخصوم أو إهمالهم أو تعسفهم (م ١١٨ مرافعات).

ورغم ذلك لا يزال الخصوم هم سادة الخصومة فهم الذين يبدونها ويحددون نطاقها من حيث الموضوع والسبب والأطراف ، كما أن لهم الحق في التنازل عنها أو تركها تسقط بمضي المدة ، وهذا الأمر يستند في الحقيقة إلي أن الخصومة هي الوسط الإجرائي الذي تعيش فيه الحقوق الخاصة للأطراف ، وطالما أن هذه الحقوق الخاصة ملكاً لأصحابها ، فالخصومة التي تعتبر الوعاء الذي يحمل هذه الحقوق يجب أن تبقي ملكاً خاصاً لهم^(٥٨).

وأخيراً إذا كان الحق الإجرائي مكنة أو سلطة تخول صاحبها اتخاذ ومباشرة الإجراءات القضائية ، فإنه يشكل أيضاً محلاً لقاعدة القانون الإجرائي .

٥٧ - رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ٦

وما بعدها .

٥٨ - الأنصاري حسن النيداني - القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات - الطبعة

الأولي - ١٩٩٩ - ص ٧ .

الفرع الثالث

فكرة الجزاء الإجرائي ومضمون القاعدة الإجرائية

إذا كان الجزاء القانوني هو الأثر الذي يرتبه القانون نتيجة مخالفة قواعده . فالقاعدة القانونية قاعدة ملزمة أي تقترن بجزاء يوقع علي المخالف من المخاطبين بها .

وإذا كان الجزائي القانوني يتنوع بحسب نوع القاعدة التي تمت مخالفتها إلي جزاء جنائي وجزاء تأديبي وجزاء مدني ، فإن مخالفة قواعد القانوني الإجرائي ترتب بدورها جزاء إجرائياً علي من يخالفها من المخاطبين بأحكامها .

علي أنه من الملاحظ أن تطبيق القانون الإجرائي لا يؤدي فحسب إلي تطبيق فكرة الجزاء الإجرائي بل نجد أن الجزاء القانوني بجميع صوره وأنواعه يمكن أن يجد تطبيقاً بصدد الإجراءات القضائية . فيمكن توقيع الجزاء الجنائي سواء علي القاضي أو الخصوم علي حد سواء . فالقاضي الذي يمتنع عن الحكم يعد مرتكباً جريمة إنكار العدالة ، كما يجوز للمحكمة أن تحكم علي 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 عشرين جنيهاً ولا تزيد عن مائتي جنيه م ٩٩ من قانون مرافعات . وكذلك وفقاً للمادة ١٠٤ من قانون المرافعات يكون لرئيس المحكمة في سبيل ضبط الجلسة وإدارتها أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها ، فإذا لم يمثل وتمادي كان للمحكمة أن تحكم علي الفور نهائياً بحبسه أربعاً وعشرين ساعة أو بتغريمه مائة جنيه . فإذا كان الإخلال موقع ممن يؤديون وظيفة في المحكمة كان لها أن توقع أثناء انعقاد الجلسة ما لرئيس المصلحة توقيع من الجزاءات التأديبية وللحكمة أن ترجع عن الحكم الذي تصدره إلي ما قبل انتهاء الجلسة .

كذلك ومن أمثلة الجزاءات المدنية التي يمكن أن توقع بمناسبة الإجراءات القضائية أو بسببها ما يمكن الحكم به من تعويض علي القاضي الذي ارتكب أحد الأفعال التي تجيز رفع دعوي بمخاصمته^(٩) .

٥٩ - فقد خص المشرع القضاة بنظام خاص لمساءلتهم مدنياً عن الأخطاء التي يرتكبونها في أداء وظيفتهم القضائية، لأنه لو ترك الأمر لحكم القواعد العامة في المسؤولية المدنية لأدي ذلك

وإذا كان الجزاء الإجرائي يعرف بأنه ذلك الأثر الذي يربته القانون الإجرائي علي مخالفة النموذجي القانوني لقاعدة قانونية معينة من قواعده (٦٠).
وإذ يعرف قانون المرافعات العديد من الجزاءات الإجرائية ومنها ما يتعلق بالخصومة كوحدة ، مثل شطب الدعوي واعتبارها كأن لم تكن ووقف الخصومة وسقوطها . ومنها ما يتعلق بالعمل الإجرائي كبطلان الإجراء وسقوط الحق في اتخاذه .

وإذا كان قانون المرافعات هو الشريعة العامة للقوانين الإجرائية فإن الكثير من الجزاءات التي يقرها يمكن أن تجد تطبيقاً بصدد الإجراءات القضائية أمام الأنواع الأخرى للقضاء. لذلك فإن بعض الجزاءات الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات تعد قواعد إجرائية عامة تصلح للانطباق علي الإجراءات القضائية أياً كان نوعها كالبطلان والسقوط الإجرائي .
فجزاء البطلان الذي تقرره المادة ٢٠ من قانون المرافعات يمكن أن يجد تطبيقاً بصدد الإجراءات القضائية أمام القضاء الإداري والقضاء الدستوري وكذلك القضاء الجنائي إذ يعد البطلان الإجرائي بمثابة نظرية عامة تصلح للانطباق علي الإجراءات القضائية في عمومها أياً كانت طبيعتها .

إلي أن القاضي سيتفرغ للدفاع عن نفسه في دعاوي التعويض المرفوعة عليه، إذ من النادر أن يقتنع المحكوم عليه أنه لم يكن علي حق.
لذلك نظم المشرع نظام خاص يكفل حماية القاضي من دعاوي الخصوم التعسفية ويسمح في ذات الوقت بمساءلة القاضي مدنياً وذلك عن طريق دعوي المخاصمة. وتعرف دعوي المخاصمة بأنها دعوي تعويض ترفع علي القاضي من الخصم الذي يدعي ضرراً أصابه بسبب خطأ ارتكبه ذلك القاضي أثناء تأدية وظيفته أو بسببها.
وحالات دعوي المخاصمة واردة علي سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها. وقد عدتها المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات.

٦٠ - قارب : الأنصاري حسن النيداني - القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - ص ٢ . إذ يعرف سيادته الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات بأنه ذلك الأثر الذي يربته قانون المرافعات في مواجهة الخصم الذي خالف النموذجي القانوني لقاعدة قانونية معينة من قواعد قانون المرافعات ، وهذا الجزاء قد يتعلق بالخصومة كوحدة وقد يتعلق بعمل إجرائي معين في الخصومة .

بل يتمسك القاضي الإداري تماماً بما جاء بنص المادة ٢٠ من قانون المرافعات من عدم الحكم بالبطلان إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء . وفي ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا إلي أن ((إغفال إعلان المتهم في الدعوي التأديبية والسير في إجراءات المحاكمة دون مراعاة أحكام القانون يترتب عليه بطلان هذه الإجراءات ...))(٦١).

وفي حكم آخر أكدت علي أن المعول عليه في أعمال جزاء البطلان هو عدم تحقق الغاية من الإجراء إذ قضت المحكمة الإدارية العليا بأن ((ومن حيث أن الطعن يقوم علي مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، ذلك أن المادة ٢٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص علي أن يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة علي بطلانه أو إذا شابهه عيب لم تتحقق به الغاية من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ، وأنه إذا كانت المادة ٨٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ قد رتب البطلان علي عدم توقيع محام مقبول للمرافعة أمام محكمة الاستئناف ولما كانت المادة ٢٥ من قانون مجلس الدولة أو غيرها من مواد هذا القانون لم ترتب البطلان علي تخلف الإجراءات أو الأشكال المنصوص عليها فيها ، والتي من بينها أن تكون صحيفة الدعوي الموقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة المختصة . فمن ثم لا يجوز الحكم بالبطلان لتخلف هذا الإجراء عملاً بنص المادة (٢٠) من قانون المرافعات إلا إذا وجد عيب لم تتحقق به الغاية من هذا الإجراء ، ولما كانت الغاية من توقيع المحامي علي صحيفة الدعوي في ضوء المذكرة الإيضاحية لقانون المحاماة وقضاء كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض هي التحقق من إشراف المحامي علي تحرير الصحيفة والوثوق من صياغته لها ، وكان الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه ومن أوراق الدعوي أن هذه الغاية قد تحققت بحضور محامي المدعي جلسات التحضير أمام مفوضي الدولة لدي الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري)) (٦٢).

٦١ - الطعن رقم ٣ لسنة ٨ ق جلسة ٢٩ / ٥ / ١٩٦٥ .

٦٢ - المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٢٨ ق - جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٨٤ .

كذلك في الإجراءات أمام القضاء الجنائي يعد البطلان أداة الرقابة القضائية علي مشروعية الإجراءات الجنائية ، ورغم ذلك فقد انقسمت المذاهب التشريعية في بطلان الإجراء الجنائي ، إلي ثلاثة مذاهب (٦٣): المذهب الشكلي ويقرر أن البطلان يقع نتيجة مخالفة أي قاعدة إجرائية تنظم إجراءات الخصومة.

ومذهب البطلان القانوني ويقرر أن أنه لا بطلان بغير نص أي أن المشرع هو الذي يحدد حالات البطلان بالنص عليه صراحة .

وأخيراً مذهب البطلان الذاتي ومقتضاه منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد القواعد التي يترتب علي مخالفتها البطلان ويفرق بين القواعد الجوهرية وهي تلك التي يترتب علي مخالفتها البطلان ، والقواعد غير الجوهرية وهي التي لا يترتب علي انتهاكها البطلان .

وقد أخذ المشرع المصري بهذا المذهب الأخير إذ نصت المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجنائية علي أن ((يترتب البطلان علي عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري)) .

ويترتب علي ذلك أن القواعد الإجرائية التي تحمي حرية الأفراد الشخصية أو سلامة الجسم أو حرمة الحياة الخاصة ، يترتب عليه البطلان بقوة القانون كجزاء علي مخالفة قاعدة إجرائية دون حاجة إلي النص عليها في القانون .

كذلك يمكن تطبيق البطلان الإجرائي أمام القضاء العسكري إذ يمكن الطعن في الحكم الصادر من المحكمة العسكرية أمام المحكمة الأعلى درجة لبطلان شاب أي من إجراءات المحاكمة.

إذ تتدرج المحاكم العسكرية إلي محكمة العسكرية للجناح ، ومحكمة العسكرية للجناح المستأنفة ، المحكمة العسكرية للجنايات ، المحكمة العسكرية العليا للطعون (م ٤٣ من قانون القضاء العسكري مستبدلة بمقتضي القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤) .

كذلك الحال بالنسبة للسقوط الإجرائي وهو أحد الجزاءات الإجرائية التي يقرها قانون المرافعات ويعني انقضاء حق القيام بإجراء معين بسبب تجاوز

٦٣ - لمزيد من التفاصيل بشأن هذه المذاهب يراجع : أسامة عبد الله قايد - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ - ص ٦ وما بعدها .

الحدود التي رسمها القانون لمباشرته ، يعد نظرية عامة تصلح لأن تنطبق علي الإجراءات القضائية رغم تنوعها أياً كان نوعها .

وتجد نظرية السقوط الإجرائي تطبيقات لها في مجال الإجراءات القضائية أمام القضاء الإداري ، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٢٤ / ١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ من أن ميعاد رفع الدعوي أما المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية ، أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن . وبالتالي يترتب علي انقضاء ميعاد رفع الدعوي ، سقوط الحق في رفعها ، فلا تقبل دعوي الإلغاء حتي ولو كان القرار معيباً . بل ويتعين علي المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوي شكلاً لرفعها بعد الميعاد ، وهو من الدفوع المتعلقة بالنظام العام (٦٤) .

كما تجد نظرية السقوط الإجرائي تطبيقات في الإجراءات القضائية أمام القضاء الجنائي إذ تنص المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية علي انقضاء الدعوي الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة وفي مواد الجرح بمضي ثلاث سنين ، وفي مواد المخالفات بمضي سنة ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك .

وبالتالي يسقط الحق في تحريك الدعوي الجنائية بمضي المدد سالفة الذكر ويعد ذلك تطبيقاً للسقوط الإجرائي .

كذلك بالنسبة للجرائم التي يتوقف تحريكها علي شكوى من المجني عليه مثل زنا الزوجة وزنا الزوج ، والفعل الفاضح غير العلني ، يسقط الحق في تقديم الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمرتكبها ما لم ينص

٦٤ - كما يترتب علي تحصن القرار ، وانغلاق طريق الطعن القضائي فيه ، امتناع سحبه ، لأن السحب يدور مع إمكانية جواز الطعن القضائي في القرار المطعون لأن المقصود منه تفادي الإلغاء القضائي ، هذا مع ملاحظة أن الفقه والقضاء ، قد استقرا علي استثناء قرارات الفصل من الخدمة ، وقرارات الجزاء التي توقع علي الموظفين بالنسبة للسحب بعد الميعاد ، لاعتبارات العدالة .

يراجع في ذلك : عبد الرؤوف هاشم - المرافعات الإدارية - دار الفكر العربي - ٢٠٠٧ - ص

القانون علي خلاف ذلك (م ٣ / ٢ من قانون الإجراءات الجنائية). ويعد ذلك تطبيقاً لنظرية السقوط الإجرائي في الإجراءات أمام القضاء الجنائي .
كذلك انقضاء المواعيد المقررة قانوناً للطعن في الحكم الجنائي يؤدي إلي سقوط الحق في الطعن وعدم قبوله .

أما عن القضاء الدستوري ومدى إمكان تطبيق نظرية السقوط الإجرائي نجد - علي سبيل المثال - المادة ٢٩ / ب من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص علي أنه ((إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوي أمام المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوي ، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوي بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوي في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن)) .

بما مفاده أن الميعاد المحدد لرفع الدعوي الدستورية هو من المواعيد الحتمية التي يتعين أن يتم اتخاذ الإجراءات خلاله ، وإلا سقط الحق في اتخاذه ، أي يتعين رفع الدعوي الدستورية خلال ثلاثة أشهر ، وإلا كانت الدعوي غير مقبولة وتحكم المحكمة بعدم القبول من تلقاء نفسها .

بل تجد نظرية السقوط الإجرائي صدي كبيراً في أحكام المحكمة الدستورية العليا (٦٥) إذ أكدت علي عدم قبول الدعوي الدستورية عند عدم بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي مخالفته وأوجه المخالفة . وفي ذلك قضت بأن ((ومن ثم فإن قرار الإحالة - قد خلا من بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي مخالفته وأوجه

٦٥ - وعلي الرغم من أننا لم نجد تطبيقات لنظرية البطلان الإجرائي في نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا أو في الأحكام الصادرة منها ، بيد أن ذلك لا يمنع من إمكان تطبيقها إذ تنص المادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا علي أنه ((فيما عدا ما نص عليه هذا الفصل تسري علي قرارات الإحالة والدعاوي والطلبات التي تقدم إلي المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها)) .

المخالفة - يكون قد جاء قاصراً عن بيان ما أوجدته المادة ٣٠ من قانون المحكمة ، وبالتالي تكون الدعوي الدستورية غير مقبولة ((٦٦) .

كذلك جميع المواعيد الخاصة بالطعون أمام القضاء العسكري هي مواعيد حتمية يتعين الطعن في الحكم خلالها وإلا سقط الحق في الطعن وتعين عدم قبوله (المواد ٢ من القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام قانون القضاء العسكري والتي تقرر ميعاداً للطعن أمام المحكمة العسكرية العليا للطعون بستين يوماً من تاريخ العمل بهذا القانون ، ٤٣ مكرر من قانون القضاء العسكري ومضافة بمقتضى القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧ بشأن القواعد والإجراءات أمام المحكمة العسكرية العليا للطعون والتي أحالت للقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض) . ولا شك أن ذلك يعد تطبيقاً للسقوط الإجرائي بصدد الإجراءات أمام القضاء العسكري .

بيد أنه ليست كل الجزاءات الإجرائية التي يقرها قانون المرافعات يمكن أن تنطبق علي أنواع القضاء الأخرى كالقضاء الجنائي أو القضاء الإداري أو القضاء الدستوري . ومن ذلك شطب الدعوي إذ تقرر المادة ٨٢ من قانون المرافعات شطب الدعوي إذا لم يحضر المدعي ولا المدعي عليه وكانت الدعوي غير صالحة للحكم فيها . إذ أن الشطب لا يجد تطبيقاً أمام القضاء الإداري ، فلا تعرف إجراءات الدعوي الإدارية نظام شطب الدعوي إذ تأتي طبيعتها تطبيق نظام شطب الدعوي - لا سيما دعوي الإلغاء - دعوي عينية تخاصم قراراً إدارياً استناداً إلي مبدأ المشروعية الذي يوجب أن تكون جميع الأعمال الإدارية مطابقة للقانون نصاً وروحاً ، لذلك كثيراً ما يطلق علي قضاء الإلغاء بأنه قضاء المشروعية. كما أن أحد الأصول الثابتة التي يقوم عليها النظام القضائي الإداري هو نظام تحضير الدعوي إذ يعهد إلي هيئة المفوضين بمهمة تحضير الدعوي وتهيئتها للفصل فيها قبل طرح المنازعة علي محاكم قضاء مجلس الدولة (٦٧) .

٦٦ - المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٤٠ لسنة ٦ ق - جلسة ١ / ٦ / ١٩٨٥ .

٦٧ - قارب حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٥٠١ لسنة ٦ ق جلسة ٢٢ / ٣ /

بل إن صدور الحكم دون أن يكون في الدعوي تقرير من هيئة مفوضي الدولة يجعله مشوباً بالبطلان باعتبار أن وجوب تحضير الدعوي إجراءً جوهرياً^(٦٨).

وهو ما عليه الحال أيضاً أمام المحكمة الدستورية العليا إذ يعهد إلي هيئة مفوضي الدولة بمهمة تحضير الدعاوي وتهيئتها للفصل فيها قبل طرح الدعوي الدستورية علي قضاء المحكمة الدستورية . بل أن نص المادة ٤٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا صريح في ذلك إذ بمقتضاه ((لا تسري علي الدعاوي والطلبات المعروضة علي المحكمة قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية)) .

كذلك تأتي الدعاوي الجنائية تطبيق نظام شطب الدعاوي إذ أن أحد أطراف الدعوي الجنائية دائماً وأبداً النيابة العامة ، فالنيابة العامة هي المنوط بها تحريك الدعوي الجنائية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي باعتبار أنها تمثل المجتمع ، وإذ من غير المتصور غياب النيابة العامة فلا يتصور أيضاً تطبيق نظام شطب الدعوي .

كذلك فيما يتعلق بالوقف الجزائي للخصومة تنص المادة ٩٩ من قانون المرافعات علي أن ((تحكم المحكمة علي من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تجاوز مائتي جنية ويكون ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق ولكن للمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً

ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم علي المدعي بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوي لمدة لا تجاوز شهراً بعد سماع أقوال المدعي عليه))

وإذا كان أحد أطراف الدعوي الإدارية دائماً هو الجهة الإدارية وهي الخصم القوي التي تملك كافة الوسائل التي يمكن أن تدعم موقفها ، لذلك يمكن إجراء جزاء الشطب في الدعوي الإدارية وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن ((يجوز للمحكمة أن

٦٨- المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الأولى - الطعن رقم ٦٤٨٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢١

توقف الطعن طبقاً لنص المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذا طلبت من الجهة الطاعنة تقديم بعض المستندات المهمة للحكم في الطعن ولم تقم بذلك (((٦٩).

كما قضت بأنه ((وقد جري قضاء هذه المحكمة علي أن طبيعة المنازعة الإدارية لا تتأبي عن إعمال نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات سواء في مرحلة الدعوي أو في مرحلة الطعن باعتبارها خصومة قضائية مناطها قيام النزاع واستمراره بين طرفيها ومن حيث إنه سبق للمحكمة أن طلبت من الطاعن بجلسة ١-٩-٢٠٠٢ تقديم بيان بما تم في المحضر رقم إداري الفيوم ، إلا أنه لم يحضر بنفسه أو بوكيله ولم يقدم عذراً لذلك رغم تأجيل نظر الطعن لعدة جلسات تالية ، مما لا مناص معه من الحكم بوقف الطعن لمدة شهر إعمالاً لحكم المادة ٩٩ المشار إليها)) (٧٠) .

بل واشترطت المحكمة الإدارية العليا للحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن - وهو أحد الجزاءات الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات - أن يكون قد استبقه حكم صحيح قانوناً بوقف الدعوي جزائياً ومضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في الدعوي خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء مدة الوقف أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة وكان سبباً للوقف (٧١) .

غير أن الوقف الجزائي لا يمكن تصور إعماله في الدعوي الجنائية إذ هي وسيلة الدولة لاقتضاء حقها في العقاب فأحد أطرافها دائماً النيابة العامة التي تقف في مركز الإدعاء ، إذ أن الخصم في الدعوي الجنائية هو الهيئة الاجتماعية التي تمثلها النيابة العامة .

كما لا يتصور إعماله في الدعوي الدستورية إذ تأتي طبيعتها تطبيق هذا الجزاء إذ هي دعوي عينية تهدف إلي حماية القواعد الدستورية وصيانتها وعدم السماح بمخالفتها .

٦٩ - الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١٦ ق جلسة ١٨ / ٢ / ١٩٧٩ .

٧٠ - المحكمة الإدارية العليا -الدائرة الأولى - الطعن رقم ٣٤٦٦ لسنة ٤٦ ق. جلسة ١٧ /

١ / ٢٠٠٤ ؛ المحكمة الإدارية العليا -الدائرة الثالثة - الطعن رقم ٤١٢٨ لسنة ٤٤ ق.

جلسة ٢١ / ٣ / ٢٠٠٦

٧١ - المحكمة الإدارية العليا -الدائرة الثالثة - الطعن رقم ١٢٠١٢ لسنة ٤٧ ق. جلسة ٣١ /

١٠ / ٢٠٠٦ .

وجدير بالتبويه أنه إذا كانت القواعد الإجرائية ترتبط بفكرة الجزاء الإجرائي الذي يترتب علي مخالفتها ، فإن هذا الجزاء قد يتوقف إعماله في بعض الحالات علي تمسك الخصم صاحب المصلحة به (في الحالات التي لا تتعلق فيها القاعدة الإجرائية بالنظام العام) مثل البطلان الإجرائي الذي لا يتعلق سببه بالنظام العام . كما أن هناك بعض القواعد الإجرائية التنظيمية التي لا يترتب علي مخالفتها جزاء إجرائي ومن ذلك ميعاد تسليم أصل صحيفة الدعوي وصورها لقم المحضرين للإعلان (م ٦٧ من قانون المرافعات) .

المبحث الثاني

فروع القانون الإجرائي وخصائصه

دراسة فروع القانون الإجرائي وخصائصه تقتضي التعرض لفروع ذلك القانون (مطلب أول) ثم بعد ذلك التعرض لخصائصه (مطلب ثان) .

المطلب الأول

فروع القانون الإجرائي

مضت الإشارة إلي أن انتظام المجتمعات في صورة دول أدي إلي أن أصبحت إحدي وظائف الدولة الأساسية إقامة العدل بين مواطنيها ، فأنشئت المحاكم ، وتنوعت بتتوع المصالح التي تحميها . وصاحب ذلك صدور القوانين التي تعني بكيفية التقاضي أمام هذه المحاكم ، وكيفية الفصل فيما يطرح عليها من منازعات ، وكيفية الاستفادة بما تصدره من أحكام .

ونظراً لأن التنظيم القانوني للقضاء لا يتسم بوحدة قواعده نظراً لتنوع المصالح محل الحماية القضائية وهو ما اقتضى تنوعاً موازياً في القضاء وفي أسلوب مباشرة نشاطه . فأصبح للقضاء الجنائي قواعده الخاصة به وهي قواعد قانون الإجراءات الجنائية ، وكذلك القضاء الإداري (٧٢) .

وإذا كان نفاذ القانون الموضوعي يعد الغاية التي يسعى إليها القانون الإجرائي فإنه يتأثر به علي سبيل الحتم . فالغاية تؤثر في الوسيلة مضموناً واتجاهاً . ولذا فإن القانون الإجرائي ينقسم بحسب هذا العامل إلي قانون المرافعات الذي ينظم

٧٢ - علماً بأنه لم يصدر قانون خاص ينظم الإجراءات الإدارية أمام قضاء مجلس الدولة حتى الآن ، لذلك تطبق قواعد قانون المرافعات على الإجراءات أمام مجلس الدولة فيما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات التي ينظرها القضاء الإداري .

أسلوب ووسائل حماية الحقوق الناشئة عن المعاملات والروابط الخاصة ، وقانون الإجراءات الجنائية الذي ينظم وسائل ممارسة سلطة العقاب ، وقانون القضاء الإداري (مجلس الدولة) الذي ينظم وسائل حماية شرعية النشاط الإداري^(٧٣) . وهذا معناه تعدد فروع القانون الإجرائي باختلاف المصالح المطلوب حمايتها إجرائياً (قضائياً) وهو ما يقتضي التعرض لدراسة هذه الفروع . وإذ تتعدد فروع القانون الإجرائي فإنه قد يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن اعتبار قوانين التوثيق والشهر العقاري أحد فروع القانون الإجرائي من منطلق أنها قوانين ذات صبغة إجرائية بحتة .

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تقسيم الدراسة علي النحو التالي :

الفرع الأول تعدد فروع القانون الإجرائي .

الفرع الثاني مدي اعتبار قوانين التوثيق والشهر فرعاً للقانون الإجرائي .

الفرع الأول

تعدد القوانين الإجرائية

إذا كان الفقه الإجرائي الحديث انتهى إلي أن القانون الإجرائي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العضو القضائي في الدولة وتحدد مباشرته لنشاطه ، فإن هذا القانون تتعدد فروعه بتعدد المصلحة التي يراد حمايتها قضائياً وذلك علي النحو التالي :

أولاً قانون المرافعات:

يعد قانون المرافعات فرعاً من فروع القانون الإجرائي ، حيث إنه مجموعة القواعد القانونية المنظمة للقضاء المدني أي القضاء في المعاملات المدنية والتجارية وغيرها من المعاملات الخاصة . إذ ينظم قانون المرافعات وسائل حماية الحقوق الناشئة عن المعاملات الخاصة^(٧٤) .

٧٣ - أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية - ٢٠٠١ . ص ١٩ .

٧٤ - وجدير بالتنويه أن أول قانون للمرافعات في مصر صدر في ١٦ سبتمبر ١٨٧٥ للعمل به أمام المحاكم المختلطة ، وقد تأثر واضعه بالقانون الفرنسي فجاء مشابهاً له في الكثير من أحكامه . وقد أظهر العمل به الكثير من المساوئ فكان محلاً لتعديلات عديدة منها : تعديل ٥ ديسمبر ١٨٨٦ الذي بسط إجراءات الحجز العقاري وألغى الرهن القضائي واستبدل به نظام

اختصاص الدائن بعقارات مدينه . والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩١٣ الذي وضع قواعد لتقدير الدعاوي وعدل أحكام دعوي الاسترداد .

ولما أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ صدر قانون المرافعات الأهلي في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ للعمل به أمام هذه المحاكم ، وقد جاء مشابهاً لقانون المرافعات المختلط في الكثير من أحكامه ، وكان بدوره محلاً لتعديلات عديدة لتلأفي ما أظهره العمل به من قصور .

غير أن هذه التعديلات التي أدخلت علي قانون المرافعات الأهلي والمختلط علي كثرتها ، لم تقض علي أسباب القصور فيهما . فأصبح من الضروري تعديل نصوص قانون المرافعات تعديلاً شاملاً يسد أوجه النقص ويقتضي علي ما يكتنف نصوص القانون القديم من بطء وتعقيد .

وقد ظهرت أول محاولة لذلك في سنة ١٩٠٧ حيث صدر قرار وزير الحاقية بتشكيل لجنة لتتقح قانون المرافعات ، وقد وضعت هذه اللجنة مشروعاً عدل عنه بعد ذلك ، ثم شكلت لجنة أخرى في ٢١ نوفمبر ١٩١٣ إلا أن اندلاع الحرب العالمية الأولى أوقف عملها ، فشكلت لجنة أخرى في ١٥ مايو سنة ١٩٢٨ لمواصله العمل إلا أنه أعيد تشكيلها سنة ١٩٢٩ ثم سنة ١٩٣٢ ثم سنة ١٩٣٦ وتتابع إعادة تشكيل هذه اللجنة إلي أن انتهت سنة ١٩٤٣ إلي وضع مشروع لقانون المرافعات ، ثم شكلت لجنة فنية في ٣٠ يناير سنة ١٩٤٤ كانت مهمتها بحث الملاحظات التي أبدت علي هذا المشروع ، وقد أدخلت هذه اللجنة تعديلات جوهرية علي مشروع سنة ١٩٤٣ وانتهي عمل هذه اللجنة بمشروع جديد مخالف للمشروع السابق الذي تقدمت به الحكومة للبرلمان ؛ حيث كان محلاً لمناقشات عديدة صدر بعدها في ٢٩ يونية ١٩٤٩ قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، ونص فيه علي أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد تضمن قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ مزايا عديدة مثال ذلك : ما أورده من نصوص خاصة بقبول الدعوي ، كما حرص علي إظهار دور القاضي في الخصومة فأعطاه الحق في أن يدخل في الخصومة من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً فيها منعاً لتلاعب الخصوم ، كما تجنب تقطيع أوصال الخصومة ، فنص علي منع الطعن في الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الدعوي أيأ كان نوعها ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الطعن في الحكم الصادر قي الموضوع ، كما استحدث نظاماً مختصراً لاستيفاء الديون الصغيرة الثابتة بالكتابة ، واستحدث نظام عدم صلاحية القاضي للفصل في الدعوي ، كما أجاز الطعن في الأحكام

الإنتهائية الصادرة من محكمة الدرجة الأولى إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، كما أجاز أيضاً اعتراض الخارج عن الخصومة علي الحكم الصادر فيها . إلا أنه رغم هذه المزايا العديدة كان بدوره محلاً لتعديلات جزئية كثيرة تمت سنة ١٩٥٢ ، ١٩٥٣ ، ١٩٥٥ ، ١٩٥٦ ، ١٩٥٩ ، ثم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وقد استهدفت هذه التعديلات معالجة ما أظهره القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ من أوجه قصور في التطبيق . ثم دعت الضرورة بعد ذلك إلي إعادة النظر من جديد في نصوص قانون المرافعات وتعديلها تعديلاً شاملاً يتفق ونظام المجتمع الجديد فصدر في ٧ مايو ١٩٦٨ قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

علي أن أبرز الملامح الرئيسية التي استحدثها قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ هي علي النحو التالي أولاً : الاعتراد بدور المجتمع في الخصومة وتمثل ذلك في إنشاء مجالس صلح بمقر المحاكم الجزئية تتولي التوفيق بين الخصوم في الدعاوي التي تدخل في إختصاص القاضي الجزئي . ومن ناحية أخرى التوسع في الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة في الدعاوي المدنية فأجاز لها التدخل في كل دعوي تتعلق بالنظام العام أو الآداب كما أوجب عليها هذا التدخل كلما عرضت في الدعوي مسألة من هذا القبيل ورأت المحكمة مناسبة تدخل النيابة العامة فيها فأرسلت إليها ملف القضية ، كما أجاز لها الطعن في الأحكام التي تصدر في القضايا التي يوجب القانون أو يجيز لها التدخل فيها ولو لم تكن قد تدخلت فيها وذلك إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام . كما استحدث نظام الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون لمواجهة صعوبات تعرض في العمل وتؤدي إلي تعارض القضاء في المسألة القانونية الواحدة ولا يكون من سبيل إلي عرضها علي المحكمة العليا لتقول كلمة القانون فيها فتضع حداً لتضارب الأحكام ، فحول النائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الإنتهائية أياً كانت المحكمة التي أصدرتها وذلك في الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها وفي الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن أو نزلوا فيها عنه علي ألا يفيد الخصوم من هذا الطعن .

ثانياً : التعجيل بحسم المنازعات وتمثل ذلك بصفة أساسية في تعلق حجية الأحكام بالنظام العام عملاً علي استقرار الحقوق لأصحابها ومنعاً من تأبيد المنازعات . كما تمثل ، من ناحية أخرى ، في النص علي عدم جواز الطعن الفوري في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوي ولا تنتهي بها الخصومة وذلك تجنباً لتقطيع أوصال القضية الواحدة ، وتجميعاً لعناصر الخصومة أمام

وقضت محكمة النقض بأن " القضاء العادي - وعلي ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية وأي قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية ولا يخالف به أحكام الدستور - يعتبر استثناءً وارداً علي أصل عام ومن ثم يجب عدم التوسع في تفسيره (٧٥) .

وإذا كان قانون المرافعات بالمعني الواسع يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تعني بالنظام القضائي للدولة وتنظيم التقاضي أمام المحاكم المدنية . لذلك تتضمن دراسته مجموعة القواعد والقوانين التي تتعلق بالنظام القضائي ؛ أي الأسس التي يقوم عليها النظام القضائي وأنواع المحاكم وتشكيلها وشروط تعيين القضاة وترقيتهم ونقلهم وعزلهم وضمائهم ، كما تعني بمن يسهمون مع القضاة في تحقيق العدالة وهم : أعضاء النيابة العامة والمحامون والكتبة والمحضرون .

كما تتضمن دراسة قانون المرافعات من ناحية أخرى ، مجموعة القواعد والقوانين التي تتعلق بالاختصاص .

هذا ومن ناحية ثالثة تتضمن دراسة قانون المرافعات والقوانين المتعلقة بالإجراءات التي يجب إتباعها أمام المحاكم في الدعاوي المدنية والتجارية ودعاوي الأحوال الشخصية .

المحكمة . ومن ناحية ثالثة أوجب علي المحاكم إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوي بحالتها إلي المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلق بالولاية وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوي بنظرها وعلي ذلك تجب الإحالة إذا صدر حكم بعدم الاختصاص من جهة قضاء إلي جهة قضاء أخرى .

هذا وقد تم تعديل هذا القانون بدوره عدة مرات لمواجهة ما أظهره من قصور في التطبيق من أهمها تعديله بالقوانين أرقام ٢٥ لسنة ١٩٧١ و ١٣ لسنة ١٩٧٣ و ٧٥ لسنة ١٩٧٦ و ٩٥ لسنة ١٩٧٦ و ٦٥ لسنة ١٩٧٧ و ٩١ لسنة ١٩٨٠ و ٢١٨ لسنة ١٩٨٠ و ٦ لسنة ١٩٩١ والقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ و ٨١ لسنة ١٩٩٦ ورقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

يراجع في هذا التطور التاريخي لقانون المرافعات محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ ص ١٨ وما بعدها ؛ أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠١١ - ص ١٧ وما بعدها .

٧٥ - نقض مدني الطعن رقم ٤٤٩٨ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٠/٢/٢٠٠٧ .

وتجدر الإشارة إلي أن إلي قواعد النظام القضائي قد وردت في قانون السلطة القضائية ، أما الاختصاص والإجراءات فقد وردت قواعدهما في قانون المرافعات ويطلق عليهما قانون المرافعات بالمعني الضيق .

وتجدر الإشارة إلي الاتصال الوثيق بين قواعد النظام القضائي وقواعد الاختصاص والإجراءات . فتشكيل المحاكم مثلاً (وهو من قواعد النظام القضائي) وثيق الصلة بقواعد الاختصاص ، كما أن قواعد الإجراءات توضح الجزاء علي مخالفة قواعد الاختصاص (٧٦).

كما يجدر التنويه أنه إذا كانت قواعد قانون المرافعات ترد بحسب الأصل في مجموعة قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون السلطة القضائية ، فإن الكثير من قواعده قد ترد في القوانين الموضوعية . فمثلاً ترد إجراءات الإفلاس في القانون التجاري ، كما ترد إجراءات الشفعة (المادة ٩٤٠ وما بعدها من القانون المدني) ، وكذلك الاختصاص بدعاوي الإعسار في القانون المدني (المادة ٢٥٠ من القانون المدني) .

وإذا كان قانون المرافعات يعد فرعاً من فروع القانون الإجرائي ، إلا أنه بحكم أسبقيته التاريخية قد تضمن العديد من القواعد التي ترقى إلي مصاف المبادئ الأساسية Principes Fondamentaux التي تحكم القضاء أياً كان نوعه ، كالقواعد المتعلقة بالإعلان القضائي ، وباستقلال القاضي وحياده وأحوال صلاحيته وقواعد مخاصمته أو رده ، والضمانات الأساسية للخصوم كحق الدفاع ، وتشكل هذه المبادئ ما يمكن تسميته بالقواعد العامة للقانون الإجرائي. وبهذه الصفة فإن مجال تطبيق هذه المبادئ أو القواعد العامة يعم ليشمل كافة أنواع القضاء (٧٧) .

وفي ذلك سطرت مقدمة المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أن قانون المرافعات هو حجر الزاوية في بناء القوانين الإجرائية يتعين أن تمتاز نصوصه بالدقة والشمول والمرونة حتي تتيح للقاضي من وضوح الرؤية ما يمكنه من إنزال حكم القانون علي الروابط القانونية علي نحو يجعل الحقيقة القضائية التي يعلنها

٧٦ - يراجع أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية -

٢٠١١ - ص ٦ وما بعدها .

٧٧ - أحمد ماهر زغلول . أصول وقواعد المرافعات- مرجع سابق . ص ٢٠ بند ٨ .

في أحكامه أقرب ما تكون إلي الحقيقة الواقعية ، حتي يفسح مجال الإفادة منه للقوانين الإجرائية الأخرى وحتى يكون مضمونه قريباً من إدراك كل مواطن فلا يتخذ سلعة لإستغلاله أو وسيلة لضياح حقه .

وجدير بالذكر أن القاعدة تكون عامة إذا لم يوجد نص خاص يستبدها صراحة أو ضمناً في فرع من الفروع الإجرائية الأخرى ، وحيث لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة لكل قضاء على حدة^(٧٨) . وفي معنى آخر أن قانون المرافعات لا يطبق علي الدعاوي الإدارية والجنائية إلا في حدود ما يتفق وطبيعة القانون الإداري والقانون الجنائي .

ويترتب علي ذلك نتيجتان أساسيتان :

أ-في حدود ما يتضمنه من قواعد عامة ، فإن قانون المرافعات يسد النقض في القوانين الأخرى فحيث لا يوجد نص في هذه القوانين ، فإن قواعد قانون المرافعات تكون هي القواعد واجبة التطبيق . وفي هذا الإطار فإنه يصدق وصف قانون المرافعات بأنه الشريعة العامة الواجبة التطبيق علي القضاء أياً كان نوعه حال تخلف النصوص .

ب-أنه إذا وردت إحالة بصفة عامة إلي قانون المرافعات لكي يطبق علي نوع آخر من القضاء ، فإنه لا يطبق من قواعده إلا القواعد العامة أي تلك التي لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة بهذا القضاء . ويعمل بهذه القاعدة سواء نص في قانون الإحالة (م ٥١ من قانون المحكمة الدستورية العليا) أو لم ينص فيه علي ذلك (م ٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بإصدار قانون مجلس الدولة) . ولا يستثني من أعمال هذه القاعدة إلا في الحالات التي ترد فيها إرادة تشريعية صريحة بذلك . كما في حالة الإحالة الخاصة أي الإحالة إلي قاعدة معينة في قانون المرافعات . فيجري تطبيق القاعدة المحال إليها علي القضاء الذي وردت الإحالة في شأنه حتي ولو لم تكن من قواعد المرافعات العامة^(٧٩) .

٧٨ - وجدي راغب فهمي . مبادئ القضاء المدني - مرجع سابق - ص ١٢ .

٧٩ - أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ . ص ٢١ وما بعدها .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن للقضاء الإداري نظرياته التي يستقل بها ، فلا يأخذ من أحكام القانون الخاص إلا لضرورة وبقدر ، وحيث لا يكون في القاعدة المستوردة أي افتتات علي كيان القانون الإداري أو استقلاله ^(٨٠) . وبالمثل يسير القضاء الإداري علي هذا المنهاج في مجال الإجراءات اللازمة لسير الدعوي والطعن في الأحكام فيؤكد امتناع القياس بين أحكام المرافعات والإجراءات في القضاء الإداري لوجود الفارق بين إجراءات القضاء الإداري وإجراءات القضاء المدني ، إما من النص وإما من اختلاف طبيعة كل منهما اختلافاً مرده أساساً إلي تغاير نشاط المحاكم أو إلي التباين بين طبيعة الروابط التي تنشأ فيما بين الأفراد في مجالات القانون العام وتلك التي تنشأ فيما بين الأفراد في مجالات القانون الخاص ^(٨١) .

وإذا كان المشرع المصري قد واطب على تسمية ذلك الفرع من القانون الذي ينظم القضاء المدني بقانون المرافعات فإن هذه التسمية قد انتقدت ، نظراً لما يشوبها من إبهام وقصور في الدلالة عن مضمون هذا القانون .
ففي اللغة الدارجة إن لفظ المرافعة إنما يعنى الأقوال التي يبديها الخصوم أو ممثلوهم أمام القاضي أو المحكمة لشرح وتأييد دعاويهم ، وهو ما يعجز بالتالي عن الإحاطة بكافة موضوعات هذا القانون والدلالة عليها ^(٨٢) .
كما نجد أنه قد اختلفت التسميات أيضاً في فرنسا ، فأحياناً يسمى بقانون الإجراءات المدنية Procédure civile ^(٨٣) وأحياناً نجد في كتب الفقه تسمية القانون القضائي Droit Judiciaire ، أو القانون القضائي الخاص Droit Judiciaire Privé وذلك نسبة إلى القضاء في المعاملات الخاصة.

٨٠ - المحكمة الإدارية العليا - ٢٣ - ١١ - ١٩٦٣ - القضية رقم ١٠٦٣ السنة السابعة ق - مشار إليه بمؤلف أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠١١ - ص ١١ .

٨١ - أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠١١ - ص ١١ وما بعدها .

٨٢ - أحمد ماهر زغلول . أصول وقواعد المرافعات - مرجع سابق . ص ١٦ بند ٦ .

٨٣ - حيث يطلق علي قانون المرافعات في فرنسا كود الإجراءات المدنية : Code de Procédure Civile .

وإذا كان قانون المرافعات هو قانون القضاء المدني ، فإنه يثور التساؤل حول ما إذا كانت كل قواعد هذا القانون هي قواعد آمرة ، وبالتالي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها أو الإتفاق على عكسها ، كما أنه إذا كان المرجع في تحديد طبيعة القاعدة الآمرة هو معيار النظام العام والذي ينظر من خلاله إلى الهدف الذي تسعى إليه القاعدة القانونية لتحقيقه ، والذي ينبغي أن يكون حماية المصالح العليا للمجتمع .

وبتطبيق ذلك على قواعد قانون المرافعات فنجد أن هذا القانون ينظم نشاط السلطة القضائية وبهذا يحقق مصلحة عامة ، لذلك فإن أغلب قواعده تتعلق بالنظام العام ، كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنظيم القضائي ، حيث إنها تنظم مرفقاً من مرافق الدولة قصد من إنشائه تحقيق العدالة على خير وجه (٤) .

وكذلك فإن قواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة وقواعد الاختصاص النوعي هي من القواعد المتعلقة بالنظام العام أما قواعد الاختصاص المحلي ، فإنه ينظر إلى الهدف من القاعدة وهل هو تحقيق مصلحة خاصة تتمثل في التيسير على المتقاضين ومراعاة مصالحهم الخاصة ، فهنا يجوز الإتفاق على عكسها ، كما أن المشرع منع الإتفاق مقدماً على مخالفة بعض قواعد الاختصاص المحلي وذلك تحقيقاً لاعتبارات معينة قدرها المشرع عند تنظيمه لهذه القواعد . كذلك فيما يخص إجراءات الخصومة القضائية ، نجد أن هناك قواعد آمرة تتصل بالمبادئ الأساسية للتقاضي كمبدأ تسبب الأحكام وعلانية الجلسات واحترام حقوق الدفاع .

ويترتب على اعتبار القاعدة القانونية من النظام العام ، أنه لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ، كما يجوز لأي خصم أن يتمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها .

وأخيراً تجدر الإشارة إلي أنه إذا كانت مجموعة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وإن كانت تعد المصدر الأساسي للقواعد المنظمة للقضاء المدني في مصر ، إلا أنها لا تعد - مع ذلك - مصدرها الوحيد . وبناء على ذلك فإنه يجري استكمال هذه القواعد بالرجوع إلي التشريعات الأخرى

٨٤ - إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . منشأة المعارف . ١٩٧٤ ص ٢٤ .

والنصوص التي تضمنتها والتي تعد مكملة في هذا الخصوص لقانون المرافعات^(٨٥).

ثانياً قانون الإجراءات الجنائية

يتولى قانون الإجراءات الجنائية مهمة تحديد التنظيم الإجرائي ، إذ تتجلى أهميته في تطبيق قانون العقوبات بتحديد الوسائل اللازمة لتطبيقه . إذ أن قواعد قانون الإجراءات الجنائية هي قواعد تابعة فلا يتصور أن تؤدي وظيفتها التي شرعت من أجلها إلا بافتراض وجود نوع آخر من القواعد القانونية تعتبر - بالنسبة لها - قواعد أصلية محددة للموضوع . فالدعوي الجنائية موضوع قانون الإجراءات الجنائية هي التتمة التي لا غني عنها للجريمة وحلقة الوصل بين الدعامتين الرئيسيتين في القانون الجنائي وهما الجريمة والعقوبة^(٨٦) . لأنه إذا كان قانون العقوبات يحدد أنواع السلوك الذي ينهي عنه المجتمع والعقوبات المقررة جزاء اتباع هذا السلوك ، فإن قانون الإجراءات الجنائية يكفل بيان الإجراءات الواجب إتباعها عند وقوع الجريمة والجهات القضائية التي يجب أن تفحصها وتفصل فيها .

فالقاعدة أنه لا عقوبة بغير دعوي جنائية ، وهو ما يعرف بمبدأ الشرعية الإجرائية ، إذ أن سلطة الدولة في العقاب تتطوي علي مساس جسيم بحرية المتهم

٨٥ - ومن التشريعات التي تعد مكملة لقانون المرافعات التشريعات الآتية :

- ١- قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والذي يتولى ترتيب المحاكم وتنظيمها وتحديد ولايتها وتنظيم النيابة العامة ، كما يتضمن القواعد المتعلقة بشؤون القضاة من تعيين وترقية ونقل وشؤون الجهاز المعاون لهم من كتبة ومحضرين ومترجمين .
- ٢- قانون الخبراء رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ والقوانين المعدلة له ، وينظم الخبرة أمام المحاكم .
- ٣- قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ويتضمن تنظيماً لمهنة المحاماة .
- ٤- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته .
- ٥- قانون الحجز الإداري رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ وتعديلاته .
- ٦- قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ وتعديلاته ويتضمن أسس وقواعد الرسوم الواجبة عن الإجراءات القضائية .
- ٨٦ - جلال ثروت - نظم الإجراءات الجنائية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٧ - ص ٢٨ وما بعدها.

، وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديده إلا من خلال إجراءات معينة تكشف الحقيقة وتحدد القدر اللازم للعقاب .

ويري البعض أن هناك تلازم بين الدعوي الجنائية وسلطة الدولة في العقاب ، فلا عقوبة بغير دعوي جنائية . ويختلف هذا المبدأ عما هو مقرر في قانون المرافعات ، إذ أن الحق في الدعوي المدنية له كيان مستقل عن الحق الموضوعي ، بناءً على أنه قد يوجد الحق دون أن تحميه دعوي ، ذلك أنه يمكن الوفاء بالحق الموضوعي بطريق الاختيار بدون حاجة إلي دعوي وبدون اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري . كما أن هناك بعض الدعاوي مثل دعوي الحيازة لا تستند إلي حق موضوعي (٨٧) .

وأعتقد أن قانون الإجراءات الجنائية لا يختلف عن قانون المرافعات في هذا الشأن ، إذ قد توجد سلطة الدولة في العقاب بأن ترتكب جريمة ما ولا يبلغ المجني عليه عنها .

ومن ناحية أخرى فإنه في حالات كثيرة قد تحرك الدعوي الجنائية ويصدر الحكم فيها بالبراءة .

وتعد الإجراءات الجنائية الوجه العملي أو التطبيقي لقاعدة التجريم والعقاب لكي ينتقل قانون العقوبات من دائرة التجريد إلي دائرة التطبيق العملي ، وإلا أصبحت نصوص قانون العقوبات صماء لا قيمة لها . فمهما نجح المشرع في وضع نصوص عقابية لحماية المصالح الاجتماعية فلا قيمة لهذه النصوص إذا لم يكفل المشرع تنظيمياً إجرائياً فعالاً يكفل تطبيقاً لتحقيق هذه الحماية ويضمن تحقيق الهدف من العقاب (٨٨) .

كما أن قانون الإجراءات الجنائية يكمل قانون العقوبات ، إذ يرسم حدود سلطة القاضي في القضاء بما ينص عليه هذا القانون . هذا بالإضافة إلي ما يقرره من حجية الأمر المقضي للأحكام الجنائية متى توافرت شروط معينة ، مهما

٨٧ - يراجع في ذلك : أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الجزء

الأول - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ١٥ .

٨٨ - أسامة عبد الله قايد - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة

العربية - ٢٠٠٣ - ص ٤ وما بعدها .

كان هذا الحكم مشوباً بالخطأ في تطبيق قانون العقوبات . ففي هذه الحالة يؤثر قانون الإجراءات الجنائية في النطاق الفعلي لتطبيق هذا القانون .
ويتميز قانون الإجراءات الجنائية بطبيعة مزدوجة ، فهو من ناحية يعتبر من قوانين التنظيم القضائي في المواد الجنائية ، إذ ينتمي إلي طائفة القوانين المنظمة للقضاء لأنه يهدف إلي إيجاد الوسائل اللازمة لتطبيق قانون العقوبات . والقضاء هو السلطة المختصة بتطبيق هذا القانون ، لأنه لا عقوبة بغير دعوي جنائية .

كما أنه ، ومن ناحية أخرى ، يعتبر من القوانين المنظمة للحرية الشخصية إذ تعد الإجراءات الجنائية ضماناً أساسية لحماية الحريات الفردية فهي الصورة الحقيقية للحريات في الدولة . وفي ذلك تختلف الأنظمة الديمقراطية عن الأنظمة التسلطية إذ يتأثر قانون الإجراءات الجنائية بالاتجاهات السياسية في الدولة (٨٩) .
وأخيراً تجدر الإشارة إلي أنه إذا كان الأصل في الإنسان البراءة وهو المبدأ الأصولي في كافة الدساتير بل والقوانين الوضعية ، ذلك الأصل الذي يؤسس علي الفطرة التي جبل الإنسان عليها ، فقد ولد حراً مبرراً من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض علي امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامناً فيه مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال (٩٠) ، لذلك تأخذ العديد من التشريعات بالنظام المختلط التتقيبي الاتهامي ومن ذلك النظام القانوني الفرنسي (٩١) ، وهو ما أخذ به أيضاً قانون الإجراءات الجنائية المصري (٩٢) إذ تبني النظام المختلط ، فهو تتقيبي في مرحلة التحقيق الابتدائي واتهامي في مرحلة المحاكمة .

٨٩ - أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ١٥ .

٩٠ - المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية - جلسة ٢ مايو ١٩٩٥ .

91- André Pouille , Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux , Masson , 1985 , p. 215 . où il écrit ((la procédure pénale a toujours été en France du type inquisitoire , au moins au stade de l'instruction et accusatoire au cours se l'audience des plaideurs)) .

٩٢ - كما تجدر الإشارة أيضاً إلي التطور التاريخي لقانون الإجراءات الجنائية المصري إذ وضعت في عهد محمد علي بعض القواعد التشريعية المنظمة للإجراءات الجنائية ، بيد أنها لم تكن تختلف عن النظم السائدة في الدولة العثمانية ، وكانت تجمع بين أحكام قانون العقوبات

والإجراءات والأحكام المالية . وفي سنة ١٨٧٥ بدأ الإصلاح القضائي بإنشاء المحاكم المختلطة ووضعت مجموعة لقانون الإجراءات الجنائية سنة ١٨٧٥ (قانون تحقيق الجنايات المختلط) ثم تلتها مجموعة لقانون الإجراءات الجنائية سنة ١٨٨٣ تطبق علي الوطنيين (قانون تحقيق الجنايات الأهلي) وكلا القانونين مستمد من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر سنة ١٨١٠ . وأهم ما أخذت به هاتان المجموعتان هو الأخذ بمبدأ فصل التحقيق عن الاتهام . فالتحقيق يقوم به قضاة للتحقيق والاتهام تتولاه النيابة العامة . وقد ظل القانون المختلط حتي إلغاء المحاكم المختلطة سنة ١٩٤٩ مبقياً علي هذه التفرقة . أما القانون الأهلي فقد عدل سنة ١٨٩٥ وبمقتضي هذا التعديل أعطيت للنياية سلطة التحقيق فجمعت بذلك بين وظيفتي الاتهام والتحقيق . وفي سنة ١٩٠٤ عدل قانون تحقيق الجنايات الأهلي تعديلاً شاملاً وصدر قانون جديد لتحقيق الجنايات الأهلي يقر مبدأ الجمع بين سلطة الاتهام والتحقيق في يد النيابة العامة . وبمناسبة إلغاء المحاكم المختلطة وتوحيد جهات القضاء الأهلي والمختلط قامت حركة لوضع قوانين جديدة تحكم المصريين والأجانب علي السواء وتؤكد سيادة الدولة في أمور القضاء . ولهذا صدر قانون للإجراءات الجنائية في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ ونفذ اعتباراً من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ - وكانت أهم الإصلاحات التي أتى بها القانون الجديد أنه أعاد العمل بنظام قاضي التحقيق تطبيقاً لمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، كما جمع هذا القانون عديداً من قوانين الإجراءات الخاصة التي صدر في الفترة من سنة ١٩٠٤ إلي سنة ١٩٤٥ (مثل قانون تشكيل محاكم الجنايات الصادر ١٩٠٥ والمرسوم بقانون الصادر سنة ١٩٢٦ بشأن التجنيح والمرسوم بقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١ بشأن إعادة الاعتبار والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٤١ الخاص بالأوامر الجنائية) .

لكن قانون الإجراءات الجنائية لم يسلم من التعديلات بعد صدوره ، ولم يتحقق له طابع الاستقرار بل تعرض لسلسلة متتالية من التعديلات من بينها أهم الأسس التي قام عليها وهو الفصل بين سلطة التحقيق وسلطة الاتهام فصدر القانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ الذي أعاد سلطة التحقيق إلي النيابة العامة بدلاً من قاضي التحقيق . كما صدر القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٥ بتعديلات أخرى هامة تناولت تنظيم سلطة قاضي التحقيق في الأمر الصادر بالإحالة إلي المحكمة .

وكذلك فعل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٨ والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، والقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ . وبمقتضي هذا القانون الأخير استبدل بنظام غرفة الاتهام مستشار الإحالة وغرفة المشورة ، وأدخل نظام المستشار الفرد للفصل في الجنايات المنصوص عليها بالقانون رقم ٣٩٤

إذ يقوم هذا النظام علي فكرة التوفيق بين حق الدولة في العقاب واحترام الحرية الشخصية للمتهم ، الذي لم يستطع أياً من النظامين التقيبي أو الاتهامي تحقيقه بالتطرف في ترجيح جانب أحد طرفي الدعوي الجنائية ، فلم ينجح أحدهما في إقامة هذا التوازن تحقيقاً للمصلحة العامة .

ففي مرحلة التحقيق الابتدائي تتولي النيابة العامة - كقاعدة عامة - مباشرة التحقيق الابتدائي منذ لحظة إخطارها بارتكاب الجريمة ، وجمع الأدلة وتقييمها وتتسم هذه المرحلة بالسرية والتدوين ، فليس من حق جمهور الناس الحضور أثناء التحقيق .

بيد أنه لا يهدر حق المتهم تماماً في حضور بعض إجراءات التحقيق مع تزايد ضمانات المتهم في هذه المرحلة وحق اطلاعه علي إجراءات التحقيق . أما النظام الاتهامي فقد أخذ عنه القانون المصري بعض خصائصه ، فجعل الأصل في التحقيق أن يكون بحضور الخصوم ووكلائهم وأعطى لهم الحق في الاطلاع علي الأوراق وفي أخذ نسخ منها وأوجب علي المحقق إخطارهم بزمان مباشرة الإجراءات ومكانها حتي يتمكنوا من حضورها . كذلك أعطي لهم حق إبداء الطلبات والدفع وحق الطعن في قرارات التحقيق سواء بالاستئناف أو بالنقض .

لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر ثم ألغي نظام المستشار الفرد ، كما ألغي اختصاص محاكم الجنج بنظر بعض الجنايات ، ثم عدل قانون الإجراءات مرة أخرى ، فأصبح للنيابة العامة سلطة التحقيق في الجنايات وإن أعطيت الحق في طلب ندم قاض لإجراء التحقيق ، كما منحت سلطة التصرف في التحقيق بإصدار أمر بالألا وجه لإقامة الدعوي أو أمر بالإحالة إلي محكمة الجنايات . كما صدر القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢ بتعديل المادة ٢٥٠ من قانون الإجراءات الخاصة بنظر طلب رد القاضي والحكم فيه ، والقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ الذي وسع من سلطات مأموري الضبط القضائي في جرائم الإرهاب ، ونص علي عدم سريان قواعد التقادم علي هذا النوع من الجرائم ، واستثني هذه الجرائم من قواعد الاختصاص المكاني المنصوص عليها في المادة ٢١٧ إجراءات ونص علي إختصاص محاكم أمن الدولة المنشأة بدائرة محكمة استئناف القاهرة بنظر هذه الجرائم ، كما نص علي اختصاص هذه المحكمة بالفصل أيضاً فيما يرتكبه الأحداث من هذه الجرائم.

يراجع في ذلك التطور التاريخي : جلال ثروت - نظم الإجراءات الجنائية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٧ - ص ٦٥ .

علي أن الخصائص الكاملة للنظام الاتهامي إنما تتحقق أمام المحكمة . فهذا التحقيق أساسه علانية الجلسة وشفوية المرافعة وحضور الخصوم جميعهم^(٩٣).

ثالثاً قانون الإجراءات أمام القضاء الإداري تجدر الإشارة إلي أن ولاية القضاء الإداري (مجلس الدولة) في مصر تتحدد بالفصل في سائر المنازعات الإدارية وذلك بمقتضي نص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة .

بل وتنص المادة ١٩٠ من دستور ٢٠١٤ علي أن ((مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه ، كما يختص بالفصل في الدعاوي والطعون التأديبية ، ويتولي وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون ، ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية ، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى)) .

وفي ذلك تنص المادة ١/١٥ من قانون السلطة القضائية أيضاً علي أنه " فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص " .

وإذا كان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة بالفصل في جميع الدعاوي إلا التي تدخل في ولاية جهة قضائية أخرى .

لذلك فقد أصبح المسلم به فقهاً وقضاً أن القضاء العادي (جهة المحاكم) يعد الجهة القضائية ذات الولاية العامة أما القضاء الإداري فهو جهة قضاء محدود الولاية .

ومع ذلك يجدر التنبيه إلي أن القول بأن القضاء الإداري محدود الولاية لا يقصد به أنه محدود الولاية بالنسبة للمنازعات الإدارية ، فمن المسلم به أن القضاء الإداري بالنسبة لهذه المسائل صاحب ولاية عامة ، وإنما المقصود أنه بمقابلة القضاء العادي بالقضاء الإداري يبين أن ولاية القضاء العادي أشمل وأعم لأنه

٩٣ - جلال ثروت - نظم الإجراءات الجنائية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٧ - ص ٦٨ ؛ أسامة عبد الله فايد - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ - ص ٢٤ .

يختص بمحاكمه المدنية ، بالفصل في كافة المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية كما يختص بمحاكمه الجنائية بالفصل في المسائل الجنائية في حين يقتصر اختصاص القضاء الإداري علي الفصل في المسائل الإدارية .

كما تجدر الإشارة أيضاً إلي أن قضاء مجلس الدولة يشمل الآتي :

** قضاء الإلغاء : ويستهدف رقابة القرارات الإدارية ؛ بقصد التوصل إلي إلغاء غير المشروع منها بأثر قبل الكافة ، ويضمن إعدام القرارات الإدارية المعيبة ؛ حماية لحقوق الأفراد ومراكزهم القانونية .

** قضاء التعويض : ويستهدف ليس فقط بحث مشروعية العمل الإداري ، وإنما يتضمن أيضاً تعديله والحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه ، أو تنفيذ العقود الإدارية ، أو أعمال الإدارة المادية التي تضر بحقوق الأفراد ، تصحيحاً لمراكزهم القانونية ؛ وذلك تحقيقاً للمبدأ الذي يردده الكثير من الدساتير من ضرورة مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة وهو المبدأ الذي تقررت بناء عليه مسئولية الإدارة عن تصرفاتها غير المشروعة ، عدولاً عن نظرية سيادة الدولة في مدلولها المطلق إثر انتشار نظم الحكم الديمقراطي في الكثير من بلدان العالم . إلا أن نطاق تلك المسئولية وأساسها وجهات الاختصاص بتقريرها ، كانت محلاً لاختلافات كثيرة في تشريعات بلدان العالم ، إذ يؤثر في تحديد تلك المسئولية تاريخ كل دولة وظروفها الاجتماعية وما مرت به من أحداث ، والأيديولوجية التي تصدر عنها .

** قضاء التأديب : ويستهدف مراقبة سلطة الإدارة العامة في توقيع العقاب علي الخارجين علي مبدأ المشروعية ، وتوقيع الجزاء الإداري المناسب للمخالفات الإدارية طبقاً للقانون ، ويحافظ من ناحية أخرى علي حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية ضد عسف الإدارة أو جورها . ولقد أصبح ذلك القضاء جزءاً لا يتجزأ من القضاء الإداري بمقتضي قانون مجلس الدولة .

ولئن كان الحال في بلادنا أنه لم يصدر قانون إجرائي إداري مستقل ينظم مباشرة الإجراءات الإدارية أمام مجلس الدولة في عمومه ، علي عكس التشريع الإيطالي ، إلا أنه عملياً يتم مراعاة حقوق المتقاضين الإجرائية . وقد يحتاج الأمر

عناية فقه القانون الإداري وقواعده ، دون الاهتمام التفصيلي بالإجراءات الإدارية وضمانات وحقوق الخصوم خلال ممارستهم لتلك الإجراءات (٩٤) .

وتنص المادة الثالثة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بإصدار قانون مجلس الدولة علي أن ((تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون ، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص وذلك إلي أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائي)) .

بيد أنه علي الرغم من عدم وجود قانون في مصر حتي الآن ينظم الإجراءات القضائية أمام مجلس الدولة إلا أنه صدر قانون ينظم الإجراءات السابقة علي رفع الدعاوي الإدارية وهو القانون المعروف باسم قانون إنشاء لجان التوفيق في المنازعات الإدارية رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ .

وبمقتضي المادة الأولى من هذا القانون ينشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها ، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة.

وإذا كان الهدف الأساسي لإنشاء هذه اللجان حرص الدولة علي تحقيق عدالة ناجزة ، تصل بها الحقوق إلي أصحابها دون الإضرار إلي ولوج سبيل التقاضي بل وتبسيط إجراءات حصول المختصين معها علي حقوقهم ، ومن خلال أداة سهلة وبإجراءات مبسطة لا تحفل بالشكل (٩٥) ، إلا أن الواقع العملي

٩٤ - رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص ١١ وما بعدها .

٩٥ - إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون إنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها أنه ((في نطاق اهتمام الدولة بتحقيق عدالة ناجزة ، تصل بها الحقوق إلي أصحابها دون الإضرار إلي ولوج سبيل التقاضي وما يستلزمه في مراحل المختلفة من الأعباء المادية والمعنوية ، وما يصاحبه في أحيان كثيرة من إساءة استغلال ما وفره القانون من أوجه الدفاع والدفع اتخذها سبيلاً للكيد وسيلة لإطالة أمد الخصومات ، علي نحو يرهق كاهل القضاة ويخلق الظلم بالمتقاضين ما دامت حقوقهم ، نتيجة تلك الإساءة ، لا تصل إليهم إلا بعد الأوان .

أثبت أن هذه اللجان أدت - عكس ما استهدف منها - إلي إطالة أمد التقاضي دون مبرر إذ أن الطابع غير الإلزامي لتوصيات هذه اللجان جعل أغلب المنازعات تعرض علي القضاء ، علي نحو أضحت معه هذه اللجان عديمة الجدوى . بل ومن ناحية أخرى ، اختلف حول بعض المنازعات من حيث مدي حتمية اللجوء بصدها إلي لجان التوفيق وبالتالي قد ترفع الدعوي مباشرة دون اللجوء إلي لجان التوفيق ويصدر حكماً بعدم القبول ، علي نحو يؤدي إلي تعقيد إجراءات التقاضي وإطالتها . الأمر الذي دفع بكثير من المتقاضين إلي التحايل بتضمين صحيفة الدعوي شقاً مستعجلاً بغية تفادي اللجوء إلي هذه اللجان . لذلك نري أنه كان الأجدر بالمشرع المصري أن يستصدر قانوناً ينظم الإجراءات أمام القسم القضائي بمجلس الدولة بدلاً من إنشاء لجان للتوفيق ثبت عدم جدواها من الناحية الواقعية.

وفي إطار حرص الدولة علي أن تأخذ زمام المبادرة في تبسيط إجراءات حصول المختصين معها علي حقوقهم ، ومن خلال أداة سهلة وبإجراءات مبسطة لا تحفل بالشكل ولا تلوذ به إلا صوتاً لضمانات الدفاع ومبادئه الأساسية وبمراعاة إرادة طرفي الخصومة ودون المساس بحق التقاضي الذي يكفله الدستور في المادة ٦٨ منه والذي لا ينال منه وفق ما قضت به المحكمة الدستورية العليا - الإلزام بعرض الطلبات في شأن بعض الحقوق علي لجنة ينص عليها القانون ، وذلك قبل تقديمها إلي القضاء لطلبها ، وقولاً من المحكمة الدستورية العليا أن المشرع يكفل بذلك مصالح التوفيق وقد تأكل حطبها من خلال حداثها وأن تسوية الحقوق المتنازع عليها ودياً من خلال هذه اللجنة قد يبسر أمرها لأصحابها .

وانطلاقاً من تلك المعاني وتوفيراً للوقت والجهد لأطراف المنازعات المدنية والتجارية الناشئة بين الوزارات والأشخاص الاعتبارية وما يتأتى عن ذلك من تخفيف للعبء عن القضاة نتيجة الحد من المنازعات التي تطرح علي المحاكم ، فقد أعد مشروع القانون المرافق الذي يستحدث آلية جديدة للتوفيق بين أطراف تلك المنازعات تتمثل في لجان تكون رئاستها لأحد رجال القضاء أو الهيئات القضائية السابقين أو الحاليين يلزم عرض تلك المنازعات عليها بطلبات من ذوي الشأن وذلك قبل اللجوء إلي القضاء .

يراجع : عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة ، حسين إبراهيم - موسوعة الإجراءات السابقة علي رفع دعاوي الإدارية - المركز القومي للإصدارات القانونية - ٢٠١٣ - ص ١٧ .

إذ لا يليق أن يمر ما يزيد علي نصف قرن علي إنشاء مجلس الدولة المصري وممارسته لوظائفه ، وهو الجهة القضائية صاحبة ولاية الفصل في سائر المنازعات الإدارية ، دون صدور قانون ينظم الإجراءات أمامه .
 رابعاً قوانين الإجراءات أمام المحاكم الخاصة
 دراسة قوانين الإجراءات أمام هذه المحاكم تقتضي التعرض لأساس مشروعيتها ثم صور المحاكم الخاصة في مصر (٩٦) .

٩٦ - عرف النظام الإسلامي قضاء استثنائياً ظهر إلي جانب القضاء العادي ، وتمثل في ولاية المظالم وولاية الحسبة .
 فولاية المظالم هي قضاء كامل وفعال يفوق في الغالب في اختصاصاته وتأثيره ، كثيراً من النظم القضائية .

وتشبه هذه الولاية القضاء من حيث إنها تهدف إلي إنصاف المظلومين ورد حقوقهم إليهم ، وهي تتميز عنها بكونها لا تخضع لأية قواعد تقيدها ، فيكفي أن يتظلم أحد الناس إلي ولي الأمر ، خليفة أو أميراً ، حتي ينظر في ظلامته ويعمل علي إنصافه بما له من هيبة الحكم وقوة الزجر ، بل يكف أن يطلع ولي الأمر علي ظلم واعتداء ، ليدفعه أو يمنعه .
 وقد أنشئت ولاية المظالم في عهد الأمويين ، حين جار عمالهم في الأقاليم وأخذوا يغتصبون أموال الناس ويمنعون نفاذ أحكام القضاء ، فقد كان القضاة يعجزون عن تنفيذ أحكامهم إذا كان الخصم من أصحاب النفوذ والسلطة .

يراجع : عباس العبودي - تاريخ القانون - ١٩٨٨ - ص ٢٢٠ وما بعدها .
 وقد اختلفت تكييفات الباحثين لولاية المظالم ، فالبعض يري أنها تشبه محكمة الاستئناف ، كدرجة أعلي من درجات التقاضي بعد الدرجة الأولى ، لأن الغرض منها إنصاف المظلومين ورد حقوقهم إليهم علي نحو ما أسلفنا . بل كان البعض ممن يلجأ إلي ولاية المظالم من كان يتظلم من القضاء لأنهم لم ينصفوهم في أحكامهم .

في حين يري البعض الآخر أن ولاية المظالم ليست ولاية قضائية بحتة كما أنها ليست وظيفة من وظائف السلطة التنفيذية البحتة ، وإنما هي ذات طبيعة مزدوجة من هاتين السلطتين التنفيذية والقضائية ويستدل علي هذا الرأي ، بأن اختصاصات والي المظالم واسعة تشمل ما يدخل في صلاحية وسلطة القضاة ، كما تشمل ما يدخل في اختصاص رجال السلطة التنفيذية.

في حين يذهب اتجاه إلي أن ولاية المظالم تمثل ديواناً للمظالم يجمع بين القضاء العادي والقضاء الإداري ، والقضاء التأديبي وجهات التنفيذ والسلطة الرئاسية والإدارية ، والرقابة علي أعمال الإدارة

ويري البعض أن ولاية المظالم تتحو نحو ما يسمى بالقضاء الإداري لأن الهدف الأسمى من وجودها هو محاكمة من يستغلون السلطة والجاه والنفوذ ، ممن لا يستطيع القضاء العادي ، أو القاضي العادي محاكمتهم أو فرض التنفيذ عليهم .

أنظر في هذه الاتجاهات : أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٢٥٩ وما بعدها .

وأخيراً يري البعض أن المتأمل في المسائل التي تدخل في ولاية المظالم يجدها جميعاً تتدرج فيما نسميه اليوم المنازعات الإدارية والتأديبية ، والتي تفصل فيها جهة قضاء مستقلة في الأنظمة المعاصرة هي جهة القضاء الإداري .

أنظر : محمود هاشم - القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - عمادة شئون المكتبات - ١٩٨٨ - ص ٣١ وما بعدها .

ونحن نؤيد ما انتهى إليه البعض من أن ولاية المظالم تعد قضاء استثنائياً إذ لا يلجئ إليه إلا في حالات محددة كما أسلفنا ، ولا يمكن اعتباره بمثابة القضاء الإداري ، إذ ليس من اختصاصات القضاء الإداري - كما نعهد في أغلب دول العالم - النظر في التظلم من أحكام القضاة لعدم إنصاف المظلومين .

ويتألف مجلس المظالم ممن يمثل السلطة العامة وهو الخليفة ، أو الوزراء والأمراء ، ويضم المجلس أيضاً الفقهاء والقضاة للإدلاء برأيهم فيما يعرض من ظلمات . أما وظيفة المجلس فهي :

- ١- النظر في تعدي الولاة وأصحاب النفوذ واغتصابهم أموال الناس .
- ٢- جور العمال فيما يجبون من الخراج .
- ٣- تظلم أصحاب الاستحقاق في بيت المال من نقص أرزاقهم أو تأخيرهم تأديتها عنهم.
- ٤- مقاضاة الأقوياء وأصحاب النفوذ ، ممن يعجز القاضي عن إحضارهم إلي مجلسه أو تمنعه قوتهم من تنفيذ الحكم عليهم .

وإلي جانب هذه الإختصاصات ، فإنه يحق لوالي المظالم أن يتخذ أي تدبير آخر ، قد يراه مناسباً لمنع وقوع الضرر ، فإذا كانت المنازعة مثلاً تتعلق بدين وكان هذا الدين موثقاً بسند

أ- أساس مشروعية المحاكم الخاصة

ينظم القانون محاكم خاصة أو استثنائية خارج نطاق جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري . وتتحصّر ولايتها في نوع في نوع معين من القضايا أو فئة معينة من الناس . ومثال المحاكم الخاصة في مصر المحكمة الدستورية العليا ،

كتابي ، وأنكر المدعي عليه توقيعه ، فالمدعي أن يرفع الأمر إلي والي المظالم فيختبر الوالي المدعي عليه بخطوطه التي يكتبها لغرض معرفة التصنع الوارد فيها ، فيجمع بين الخطين ، فإذا تشابها حكم عليه بما احتواه السند .

أما ولاية الحسبة فتقوم علي مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . وقد عرفها بعض فقهاء المسلمين بأنها أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله . ذلك أن الإسلام يقيم بناء المجتمع علي قواعد البر ، ويلزم الأفراد علي التعاون فيه ، ليرتد نفعه عليهم . ومن الأمور التي ينظر فيها المحتسب مراعاة أحكام الشرع والنظر في الآداب العامة ، وفي البيوع الفاسدة . وأحياناً يقوم بمراقبة القضاة دائمة المساجد والأطباء والمعلمين والصناع ، كما ينظر في أمور الزنا والغش وفي محاسبة أصحاب السحر .

- أنظر : عباس العبودي - تاريخ القانون - ١٩٨٨ - ص ٢٢٠ وما بعدها .

ويري البعض أن الحسبة من السلطات التي لها شبه بالقضاء ولا يدرسها في القضاء وذلك علي أساس أنه ليس للمحتسب سلطة سماع الدعاوي التي تخرج عن نطاق المنكرات الظاهرة ، مثل الدعاوي المتعلقة بالعقود والمعاملات ، وسائر الحقوق ، والمطالبات .

ومن ناحية أخرى ، أن الحسبة لا تشمل سوي الحقوق المعترف بها ، أما الحقوق التي يدخلها التجاحد والتناكر ، ويجري فيها التداعي والتدافع ، فلا يجوز للمحتسب النظر فيها ، لأن الحاكم فيها يحتاج بصدد تقرير العدالة فيها إلي سماع بينة أو أحلاف يمين ، ولا يجوز لوالي الحسبة سماع بينة علي إثبات حق ، ولا أن يحلف يميناً علي نفي حق . علاوة علي أن الحسبة عبارة عن فصل في مسائل مستعجلة لا تحتل ذلك كله .

أنظر : أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٣٠٨ وما بعدها .

ولعل ما ساقه الرأي سالف الذكر من حجج لنفي اعتبار ولاية الحسبة قضاء هو ما يجعلنا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن ولاية الحسبة تعد بمثابة قضاء استثنائي يتحدد اختصاص بمسائل محددة علي سبيل الحصر وإلا عد متجاوزاً سلطته .

ومحكمة القيم (القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠)^(٩٧) ، ومحاكم أمن الدولة (القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠)^(٩٨) ، ومحاكم القضاء العسكري (قانون الأحكام الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦) .

وتتميز المحاكم الخاصة عن المحاكم العادية بأنها تنشأ بقانون خاص يحدد لها تشكيلاً خاصاً يضم أحياناً شخصيات غير قضائية ، كما يحدد لها بعض القواعد الإجرائية الخاصة ، وهي لا تدخل في ترتيب المحاكم العادية ، فلا يطعن في أحكامها أمام هذه المحاكم كما لا يطعن في أحكام المحاكم العادية أمامها . وهي دائماً ذات ولاية محدودة تتعلق بطلبات واردة علي سبيل الحصر أو متعلقة بفئة معينة من الناس .

ويميز بعض الفقه- وبحق - بين المحاكم الخاصة والمحاكم الاستثنائية علي أساس أن الثانية محاكم مؤقتة بظروف معينة ولا تنشأ عادة بالأداة التشريعية التي تنشأ بها محاكم القانون العام ، ولا تخضع لإجراءات المحاكمة العادية المقررة في هذه المحاكم ، وتشكل عادة من غير القضاة (٩٩) .

٩٧ - وتجدر الإشارة إلي أن مجلس الشوري قد وافق بتاريخ ١١ يونية ٢٠٠٨ علي إلغاء جهاز المدعي العام الاشتراكي و محكمة القيم تنفيذاً للتعديلات الدستورية وذلك تكريساً لسلطة القضاء ووقوف المواطن أمام قاضيه الطبيعي علي أن تستمر محكمة القيم حتي تصفية القضايا المقيدة بجداولها .

٩٨ - وتختص محكمة أمن الدولة العليا بنظر الجنايات المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني مكرر والثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية ، والجرائم التي تقع بالمخالفة للقانون الخاص بشأن التموين والقانون الخاص بالتسفير الجبري .

وتختص محاكم أمن الدولة الجزئية بالجرائم التي تقع بالمخالفة للمرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ والمرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ ، كما تختص بالجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن والعلاقة بين المؤجر والمستأجر .
وجدير بالذكر أن محاكم أمن الدولة طوارئ قد تم إلغائها عام ٢٠٠٣ .

٩٩ - أحمد فتحي سرور- الشرعية والإجراءات الجنائية- دار النهضة العربية- ١٩٧٧ - ص

إذ في الغالب تنشأ المحاكم الاستثنائية في فترات ما بعد القيام بالثورات مثل محكمة الثورة^(١٠٠) ، ومحاكم الغدر في مصر^(١٠١) التي أنشئت عقب ثورة يوليو ١٩٥٢ ، حيث أنشئت هذه المحاكم لظروف استثنائية طارئة ولم تتصف بالدوام^(١٠٢).

١٠٠ - أنشئت محكمة الثورة بموجب الأمر الصادر عن مجلس قيادة ثورة يوليو ١٩٥٢ في مصر بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٥٣ وكانت تشكل من ثلاثة من أعضاء قيادة الثورة . وكانت تختص بالنظر في الأفعال التي تعتبر خيانة للوطن أو ضد سلامته في الداخل والخارج ، والنظر في الأفعال التي تعتبر موجهة ضد نظام الحكم أو ضد الأسس التي قامت عليها الثورة وكذلك الأفعال التي ساعدت علي إفساد الحكم وتمكين الاستعمار بالبلاد وكل ما من شأنه إفساد الحياة السياسية أو استغلال النفوذ دون مراعاة صالح الوطن سواء كان ذلك بالتحايل علي أحكام الدستور أو غير ذلك من الوسائل ولو كانت قد وقعت قبل العمل بهذا الأمر وتختص بالنظر فيما يري مجلس قيادة الثورة عرضه عليها من القضايا أياً كان نوعها حتي ولو كانت منظورة أمام المحاكم العادية أو غيرها من جهات التقاضي الأخرى ما دام لم يصدر فيها حكم ، وتعتبر هذه المحاكم أو الجهات متخلفة عن القضية فتحال إلي محكمة الثورة بمجرد صدور الأمر من مجلس قيادة الثورة بذلك .

١٠١ - وتشكل محكمة الغدر برئاسة مستشار بمحكمة النقض وعضوية مستشارين من محكمة استئناف القاهرة يعينهم وزير العدل وأربعة من ضباط عظام لا تقل رتبة كل منهم عن الصاغ يعينهم القائد العام للقوات المسلحة (م ٣ من المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ بإنشاء محكمة الغدر) . وترفع الدعوي إلي محكمة الغدر بناء علي قرار من إحدى لجان التطهير المشكلة طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٢ في شأن تطهير الإدارة الحكومية ، أو بناء علي طلب النيابة العامة من تلقاء نفسها أو استناداً إلي بلاغ مقدم إليها . ولا يجوز الطعن في أحكامها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية (م ٤ ، ٦ من المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ بإنشاء محكمة الغدر) .

١٠٢ - وجددير بالذكر أن المجلس العسكري في مصر إبان ثورة يناير ٢٠١١ قام بتعديل قانون الغدر وقام بتغيير مسماه إلي قانون إفساد الحياة السياسية .

وجدير بالتنويه أن الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ قد نص علي حظر المحاكم الاستثنائية فلا يحاكم الشخص إلا أمام قاضيه الطبيعي (م ٩٧ من الدستور المصري ٢٠١٤).

كما تجدر الإشارة إلي أنه قد ثار الخلاف حول سلطة المشرع في إنشاء محاكم خاصة بخلاف المحاكم التي سماها الدستور صراحة.

ويري البعض أنه لا يجوز إنشاء محكمة خاصة أو استثنائية ما لم يوجد نص يجيزها في الدستور مثل النصوص التي تتبني محاكم أمن الدولة ، والمحكمة الدستورية العليا ، والقضاء العسكري . وينتهي هذا الرأي إلي عدم دستورية التشريع الذي ينشئ محكمة خاصة دون نص دستوري باعتبار أنه يمثل عدواناً من المشرع علي استقلال السلطة القضائية لأنه ينتقص من ولايتها . بينما يتجه اتجاه آخر إلي جواز إنشاء هذه المحاكم بقانون دون نص خاص يجيزها في الدستور علي أساس أن الدستور المصري حول المشرع سلطة تحديد الهيئات القضائية واختصاصها (م ١٦٧ من دستور ١٩٧١).

ويري البعض أن المحاكم الاستثنائية تغتال القضاء الطبيعي ، وتهدر الضمانات التي يقوم عليها وتخل بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء ، بحرمانها بعض المتقاضين من اللجوء إلي قاضيهم الطبيعي ومن ثم حرمانهم من حقهم في المحاكمة العادلة ، وينتهي إلي وجوب إلغاء هذه كل هذه الأنواع من المحاكم والرجوع إلي القضاء الطبيعي إعلاء لكلمة الحق ، وإعمالاً لأحكام الدستور ، واتساقاً مع ما قرره الميثاق الدولية وإعلانات الحقوق العالمية والإقليمية. ولا ينال من ذلك التذرع بأن المبرر الوحيد لإنشاء بعض المحاكم الخاصة أو الاستثنائية هو الرغبة في تحقيق ضرورات أمنية وحماية مصالح الوطن لا مصالح معينة إذ أن مصلحة الوطن العليا في إقرار العدالة والتماس السبل المؤدية إليها (١٣) .

في حين يذهب اتجاه رابع - وبحق - إلي أن التوسع في إنشاء هذه المحاكم أمر غير مرغوب فيه من الناحيتين السياسية والفنية لأنها تؤدي إلي إختلاف الضمانات القضائية بإختلاف المحكمة وإجراءاتها ، وفي ذلك مساس بالمساواة بين المواطنين وانتقاص من ضمانات البعض نتيجة حرمانه من قاضيه

١٠٣ - صلاح سالم جودة - القاضي الطبيعي - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ١٧٧

الطبيعي ، وهو من ناحية أخرى يمس السلطة القضائية للمحاكم ويثير تعقيدات إجرائية في مسائل الاختصاص المتعلقة بالولاية (١٠٤) .

وينبغي علي أي حال مراعاة أن العلاقات التي تربط المحاكم الخاصة أو الاستثنائية بالقضاء العادي هي علاقة الاستثناء بالقاعدة . فتتصر ولاية هذه المحاكم في حدود المسائل والقضايا التي عدتها النصوص علي سبيل الحصر . ويترتب علي ذلك أثران متكاملان : فكما أنه لا يكون للمحاكم الاستثنائية ولاية خارج حدود ولايتها المقررة قانوناً ، فإن ولاية جهة المحاكم تنتقي في خصوص المسائل التي يدرجها القانون في ولاية إحدى المحاكم الخاصة أو الاستثنائية .

ب- صور المحاكم الخاصة في مصر

وقد رأينا قصر دراستنا علي نوعين فقط من هذه المحاكم وهي المحكمة الدستورية العليا (١٠٥) ، القضاء العسكري باعتبارهما من صور المحاكم التي أثارت جدلاً كبيراً لا سيما فترة ما بعد ثورة يناير ٢٠١١ في مصر .

١- المحكمة الدستورية العليا

يعد القضاء الدستوري *la justice constitutionnelle* نوعاً جديداً من القضاء تتبناه بعض الدول بهدف الحد والرقابة علي السلطة السياسية في هذه الدول (١٠٦) .

وتعتبر مصر من الدول التي أخذت بفكرة القضاء الدستوري ، وكان يسمي بالمحكمة العليا وهي المنشأة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والتي كان من اختصاصها الرقابة علي دستورية القوانين . ثم بعد ذلك حلت المحكمة الدستورية العليا محلها لتمارس ذات اختصاصاتها .

١٠٤ - يراجع في شأن هذه الاتجاهات : وجدي راغب فهمي - مبادئ القضاء المدني - دار النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ٢٥٩ .

١٠٥ - أنظر للمؤلفة هبه بدر أحمد مؤلف حياض القاضي والعمل السياسي . وقد تعرضنا فيه لطبيعة المحكمة الدستورية العليا ومدى إمكان اعتبارها محكمة سياسية .

106 - Mauro Cappelletti , Le pouvoir des juges , Economica , 1999 , p. 252 .

((un type nouveau de normes , institution et procédures constitutionnelles , visant à effectuer une limitation et un contrôle du pouvoir politiques)) .

وتنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ علي أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:

أولاً : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.

ثانياً : الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كلتاها عنها.

ثالثاً : الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.

كما تنص المادة ٢٦ من ذات القانون علي أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها .

وتنص المادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا علي أنه ((فيما عدا ما نص عليه هذا الفصل تسري علي قرارات الإحالة والدعاوي والطلبات التي تقدم إلي المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها)) . وقد رددت المادة الأولى من قانون إصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ نفس الحكم بتقريرها أنه ((يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، ويستهدي فيما لم يرد بشأنه نص في قانون المحكمة والرسوم أو في هذا القانون بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها)) .

يستفاد من النصوص السابقة أن الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا ينظمها قانون المحكمة الدستورية العليا فالفصل الثاني من الباب الثاني منه مخصص للإجراءات أمام المحكمة الدستورية فتبين المادة ٣٤ وما بعدها كيفية رفع الدعاوي وإيداع المستندات والمذكرات وتحضير الدعوي.

وجدير بالذكر أنه يناط بهيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا مهمة تحضير الدعوي الدستورية إذ تنص المادة ٣٩ / ٢ من قانون المحكمة الدستورية

العليا علي أن ((تتولي هيئة المفوضين تحضير الموضوع ، ولها في سبيل ذلك الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول علي ما يلزم من بيانات أو أوراق ، كما لها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم ما تري من وقائع وتكيفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي تحدده . ويجوز للمفوض أن يصدر قراراً بتغريم من يتسبب في تكرار تأجيل الدعوي مبلغاً لا يجاوز عشرين جنيهاً ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً ، كما يجوز له إقالته من هذه الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدي عذراً مقبولاً)) . وبعدما تنتهي هيئة المفوضين من تحضير الدعوي تعد تقريراً بذلك تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة في الدعوي علي أن يكون هذا التقرير مسبباً (م ٤٠ من ذات القانون).

علي أن الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوي الدستورية أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتي ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده (١٠٧).

والأصل أن المحكمة الدستورية تحكم في الدعاوي والطلبات بغير مرافعة ، مع ذلك إذا رأَت المحكمة ضرورة للمرافعة الشفوية تقدرها فلها حينئذ أن تأذن بسماع مرافعة محامي الخصوم وممثل هيئة المفوضين وليس للخصوم الحضور أمام المحكمة الدستورية العليا من غير محام معهم . وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم أو هيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها .

ولما كان الأصل هو اتباع الإجراءات المكتوبة أمام المحكمة الدستورية العليا ورغم النص الصريح علي الاستهداء بقواعد قانون المرافعات في حالة عدم وجود نص في قانون المحكمة الدستورية العليا إلا أن ذلك مشروط بعدم التعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها . لذلك إذا تغيب الخصم فلا تحكم المحكمة بشطب الدعوي إذ لا تسري علي الدعاوي والطلبات المعروضة علي المحكمة قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٥ من قانون المحكمة الدستورية .

٢- محاكم القضاء العسكري

القضاء العسكري هو نوع من القضاء الخاص (المحاكم الخاصة) الذي يتسم بالدوام والاستمرار . وقد نص في الدستور المصري لعام ٢٠١٤ علي أن القضاء العسكري جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في كافة الجرائم المتعلقة بالقوات المسلحة وضباطها وأفرادها ، ومن في حكمهم ، والجرائم المرتكبة من أفراد المخابرات العامة أثناء وبسبب الخدمة .

ولا يجوز محاكمة مدني أمام القضاء العسكري إلا في الجرائم التي تمثل اعتداء مباشراً علي المنشآت العسكرية أو معسكرات القوات المسلحة أو ما في حكمها ، أو المناطق العسكرية أو الحدودية المقررة كذلك ، أو معداتها أو مركباتها أو أسلحتها أو ذخائرها أو وثائقها أو أسرارها العسكرية أو أموالها العامة أو المصانع الحربية أو الجرائم المتعلقة بالتجنيد ، أو الجرائم التي تمثل اعتداء مباشراً علي ضباطها أو أفرادها بسبب تأدية أعمال وظائفهم . ويحدد القانون تلك الجرائم ، ويبيّن اختصاصات القضاء العسكري الأخرى (م ٢٠٤ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤) .

وينظم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦^(١٠٨) ، كما يخضع لأحكام هذا القانون ضباط القوات المسلحة الرئيسية والإضافية والفرعية ، ضباط الصف وجنود القوات المسلحة عموماً ، طلبة المدارس ومراكز التدريب المهني والمعاهد والكليات العسكرية (م ٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦) . ووفقاً للمادة الخامسة من القانون سالف الذكر تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب إحدى الجرائم الآتية :

- ١- الجرائم التي ترتكب ضد أمن أو سلامة أو مصالح القوات المسلحة .
- ٢- الجرائم المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية .
- ٣- الجرائم التي تقع في المعسكرات أو الثكنات أو المؤسسات أو المصانع أو السفن أو الطائرات أو المركبات أو الأماكن أو الأشياء أو المحلات التي يشغلها العسكريون لصالح القوات المسلحة أينما وجدت .

^{١٠٨} - وقد تم تغيير تسمية قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بمقتضي القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧ إذ وفقاً للمادة الأولى من هذا القانون تم استبدال عبارة قانون القضاء العسكري بعبارة قانون الأحكام العسكرية أينما وردت هذه الأخيرة.

وقد بين قانون القضاء العسكري تفصيلاً إجراءات الضبط والتحقيق في القسم الثاني منه ، كما تضمن بيان لاختصاصات النيابة العسكرية وكذلك بيان لمحاكم القضاء العسكري وأنواعها وتشكيلها واختصاصاتها وإجراءات المحاكمات العسكرية ، وكيفية إصدار الأحكام العسكرية والتصديق عليها وتنفيذها . كما بين الجرائم العسكرية والعقوبات المقررة لها .

وحسناً فعل تعديل قانون القضاء العسكري عام ٢٠١٤ بالنص في المادة ٧٦ مكرر علي سريان أحكام قانون الإجراءات الجنائية علي إجراءات المحاكمة وجلساتها فيما لم يرد في شأنه نص خاص في قانون القضاء العسكري (م ٧٦ مكرر مضافة بمقتضي القرار بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤) .

ووفقاً لنص المادة ٤٨ من قانون القضاء العسكري فإن السلطات القضائية العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخلياً في اختصاصها من لا . ولا شك أن هذا النص يوحي بأن القضاء العسكري يعد بمثابة قضاء أصيلاً وما القضاء العادي إلا استثناء .

ووفقاً لتعديل قانون القضاء العسكري عام ٢٠١٤ أصبحت المحاكم العسكرية هي المحاكم العسكرية العليا للطعون ، المحكمة العسكرية للجنايات ، المحكمة العسكرية للجنح المستأنفة ، المحكمة العسكرية للجنح (م ٤٣ من قانون القضاء العسكري مستبدلة بمقتضي القرار بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤) .

وإذا كان قانون القضاء العسكري قد اشترط أن يكون كل من مدير القضاء العسكري وكذلك مدير النيابة العسكرية الذي يمثل المدعي العام من الضباط المجازين في الحقوق إلا أنه لم يشترط هذا الشرط (التكوين القانوني) لأي من ممثلي النيابة العسكرية أو القضاة العسكريين . وهذه - في نظرنا - سقطة تعيب قانون القضاء العسكري رغم أن العمل قد جري علي اختيار أعضاء النيابة العسكرية والقضاء العسكري من الحاصلين علي ليسانس الحقوق ، إلا أن قانون القضاء العسكري اعتبر أن ضباط القضاء العسكري نظراء للقضاة المدنيين وبالتالي ينبغي أن ينص في هذا القانون علي إجازة الحقوق كأحد مقتضيات شغل هذه الوظائف ، إذ أننا بصدد إجراءات قانونية (ضبط قضائي - تحقيق - محاكمة) لا يتصور أن يتولاها غير القانونيين .

إلا أن تعديل قانون القضاء العسكري عام ٢٠٠٧ وذلك بمقتضي القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧ قد تلافي هذه السقطة بالنص علي أن القضاء العسكري

يتكون من رئيس وعدد كاف من الأعضاء يتوافر فيهم فضلاً عن الشروط الواردة بقانون شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٩ ، الشروط الواردة بقانون السلطة القضائية الصادر بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ (م ٢ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون القضاء العسكري) .

إذ أن أحد الشروط التي وضعتها المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية سألقة الذكر فيمن يولي قاضياً ؛ أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق بجامعة جمهورية مصر العربية أو على شهادة أجنبية معادلة لها وأن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان المعادلة طبقاً للقوانين واللوائح الخاصة بذلك .

ويري البعض (١٠٩) - وذلك قبل التعديلات العديدة التي لحقت بقانون القضاء العسكري - أن القضاء العسكري قضاء استثنائي يصطدم بحق الانتجاع إلي القضاء الطبيعي وينتهك ما يقوم عليه هذا الأخير من مقومات وما يستند إليه من ضمانات وبالتالي يتعين إضافة نصوص تكفل للقضاء العسكري مقومات القضاء الطبيعي وضمائنه. وانتهى إلي ضرورة تخصيص دائرة بمحكمة النقض للنظر في الطعون في الأحكام العسكرية وفقاً للإجراءات العادية .
وأري أن التعديلات التي لحقت بقانون القضاء العسكري قد اتجهت إلي تحقيق العديد من الضمانات التي تكفل حيده واستقلال قضائه .

إذ نص في تعديل ٢٠٠٧ علي أن القضاة العسكريون مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، وضباط القضاء العسكري ، عدا عضو النيابة العسكرية برتبة ملازم ، غير قابلين للعزل إلا من خلال الطريق التأديبي طبقاً للقانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٩ في شأن شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة .

بل أن دستور ٢٠١٤ قد نص أيضاً علي أن أعضاء القضاء العسكري مستقلون غير قابلين للعزل ، وتكون لهم كافة الضمانات والحقوق والواجبات المقررة لأعضاء السلطة القضائية (م ٢٠٤ / ٤ من دستور ٢٠١٤) .

كما أنه وفي غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض علي ضابط القضاء العسكري وحسبه احتياطياً إلا بعد الحصول علي إذن من لجنة هيئة القضاء العسكري (م ٣ من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون القضاء العسكري) .

كما أنه تم إضافة المادة ٤٣ مكرر بمقتضي القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام قانون القضاء العسكري ، والتي تنص علي إنشاء المحكمة العليا للطعون العسكرية والتي تغيرت تسميتها إلي المحكمة العسكرية العليا للطعون بمقتضي القرار بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٤ ، والتي يكون مقرها القاهرة وتصدر أحكامها من خمسة قضاة عسكريين . وتختص دون غيرها بنظر الطعون المقدمة من النيابة العسكرية أو من المحكوم عليه في الأحكام النهائية التي تصدرها كافة المحاكم العسكرية في جرائم القانون العام علي العسكريين أو المدنيين وتسري علي هذه الطعون القواعد والإجراءات الخاصة بالطعن بالنقض في المواد الجنائية المنصوص عليها في القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون وتكون أحكامها باثة دون حاجة لأي إجراء .

كما تختص هذه المحكمة دون غيرها بنظر طلبات إعادة النظر التي تقدم في أحكام المحاكمة العسكرية الصادرة في جرائم القانون العام وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات الخاصة بطلب إعادة النظر المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية .

الفرع الثاني

مدي اعتبار قوانين التوثيق والشهر العقاري

أحد فروع القانون الإجرائي

ينظم الشهر العقاري القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ونص في مادته الأولى علي أن ينشأ في المديرية و المحافظات مكاتب للشهر العقاري تتولى شهر المحررات التي تقضى القوانين بتسجيلها أو بقيدها الوزارة التي تتبعها مصلحة الشهر العقاري ومكاتبها وتتبع هذه المكاتب (وزارة العدل) و يعين بمرسوم مقر كل منها و دائرة اختصاصه و يلحق بكل مكتب مأموريات يعين بقرار

وزاري مقر كل منها و دائرة اختصاصه مقر المكتب الرئيسي المصلحة الشهر العقاري واختصاصه .
وإذ يبين هذا القانون المحررات واجبة الشهر (١١) كما يبين الإجراءات والمستندات اللازمة لشهر المحررات التي تثبت التصرفات القانونية (المواد ٢١

١١٠ - إذ تنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري علي أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله و كذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق (التسجيل) و يدخل في هذه التصرفات الوقف و الوصية و يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين الشأن ولا بالنسبة إلى غيرها ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن و يجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائي مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى به ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة . و يجوز لمن حصل على حكم نهائي لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة ولا تسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من (عقود المقايضة) (البديل وتنص المادة ١٠ علي أن ((جميع التصرفات و الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها و يترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير و يسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا مورثة ، و يجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائي بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوخ ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة .
وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التي تقع بدائرتها باقي العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك)). وتنص المادة ١١ علي أن ((يجب تسجيل الإيجارات و السندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات و الحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، و كذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك و يترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات و السندات وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات و الحوالة والتسجيل حجة على الكافة)). وأخيراً تنص المادة ١٢ علي أن ((جميع التصرفات

وما بعدها من قانون الشهر العقاري)، لذلك يثور التساؤل عن مدى إمكان اعتبار قانون الشهر العقاري أحد فروع القانون الإجرائي .

و يذهب رأي - بعد تعريفه القانون الإجرائي (الشكلي) بأنه ذلك الذي يبين الإجراءات الواجبة الإتباع ، والكفيلة بوضع قواعد القانون الموضوعي موضع التنفيذ - إلي أن الدراسة العلمية الشاملة للحقوق الإجرائية يجب أن تشمل علي دراسة الإجراءات المنظمة لمباشرة الحقوق الإجرائية أمام جهات تنتمي إلي الجهاز القضائي أو تعاونه ، وقد تقترب في طبيعتها منه مثل مصلحة التوثيق والشهر العقاري ، أو مثل مصلحة الخبراء أو الطب الشرعي^(١١) .

ونري أن إجراءات الشهر العقاري تتم أمام جهة إدارية وليس أمام جهة قضائية ، وأن القانون الإجرائي مقصور علي القوانين التي تنظم النشاط القضائي أي كل ما يتعلق بمباشرة الإجراءات القضائية وإجراءات الإثبات أمام القضاء أيضاً كان نوعه^(١٢) . ومن ثم لا يعد قانوناً إجرائياً تلك القوانين التي تنظم إجراءات

المنشأة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها و كذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد و يترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ما لا يجوز إثبات تاريخه))

١١١ - رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص

١٢ .

١١٢ - قارب :

Emmanuel Jeuland , Droit processuel général , Montchrestien , 2012 , p. 24 .

إذ يري أن القانون الإجرائي هو ذلك الذي ينظم الإجراءات القضائية فقط . وبالتالي لم يقبل النظرية التي صاغها أحد فقهاء القانون الإيطالي التي تري ضرورة النظرة الشمولية لجميع الإجراءات القانونية وبالتالي تدخل في فكرة القانون الإجرائي الإجراءات التشريعية والإجراءات الإدارية . كما انتهى أيضاً إلي أن مبادئ المحاكمة العادلة يمكن أن تطبق في غير الإجراءات القضائية ، فالمواطن الأوربي له الحق في مواجهة المؤسسات الأوربية في أن يعامل في كل شئونه بحياد وبعادلة وفي مدة معقولة ، كما يمكن تطبيقها أيضاً في الإجراءات الجزائية الخاصة كاستبعاد فرد من مجموعة .

((A vrai dire , il faut nuancer car il apparaît que les principes du procès équitable s'appliquent parfois à des procédures non juridictionnelles .

شهر التصرفات القانونية حتي ولو كانت هذه الإجراءات تتم أمام جهات إدارية تابعة لوزارة العدل . وبالتالي لا يعد قانون الشهر العقاري فرعاً من فروع القانون الإجرائي .

المطلب الثاني

خصائص القانون الإجرائي

وتتمثل أبرز خصائص القانون الإجرائي في أن قواعده تعد قواعد قانونية شكلية ، وأنه قانون وسيلي تابع للقانون الموضوعي ، وأخيراً أنه قانون تنظيم النشاط القضائي ، وهو ما سنعرض له علي النحو التالي :

الفرع الأول

قواعد القانون الإجرائي قواعد قانونية شكلية

إذا كانت القاعدة القانونية هي الوحدة التي يتكون منها القانون ، وتتضمن عنصرين الأول هو الفرض ويتمثل في واقعة معينة أو ظاهرة بذاتها . والعنصر الثاني هو الأثر الذي ترتبه القاعدة القانونية إذا تحققت الواقعة أو الظاهرة التي تضمنتها .

وتتسم القاعدة القانونية بأنها قاعدة اجتماعية وعامة ومجردة . فهي قاعدة اجتماعية ومرد ذلك أن القانون ظاهرة اجتماعية ، فهو لا يتصور إلا في مجتمع ، لأن هدف القانون هو تنظيم العلاقات والوقائع الناشئة عن تعايش أكثر من شخص في مجتمع علي قدر من التنظيم .

بل إن القانون في صياغته لقواعده وأهدافه إنما يتعامل مع الواقع الاجتماعي متمثلاً في عنصرين أساسيين : العنصر البشري وعنصر الحقائق المادية ، والاقتصادية ، والاجتماعية ، والسياسية الخ .

كما أنها تتسم بالعمومية والتجريد فالقاعدة القانونية توجه خطابها إلي كافة الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط انطباقها . فهي لا تخاطب شخصاً بعينه أو مجموعة من الأشخاص المعينين بذواتهم .

Ainsi tout citoyen européen a droit à ce que ses affaires soient traitées impartialement , équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions européens . De même , les principes du procès équitable s'appliquent aux procédures privées de sanction comme par exemple l'exclusion d'un membre d'un groupement)) .

وتعد عمومية القاعدة القانونية أحد مظاهر مبدأ المساواة ، ذلك المبدأ الذي تقره أغلب دساتير دول العالم . فحين يقرر الدستور مبدأ المساواة فلا بد أن يكون المواطنون متساوون أمام القانون .

وأخيراً تتسم القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة أي أنها مقترنة بجزاء يوقع علي من يخالفها . وقد صاحبت فكرة الجزاء فكرة القانون منذ بداية نشأته في صورة أعراف المجتمعات البدائية والقبلية .

ففي المجتمعات البدائية والقبلية ، شاع نظام الأخذ بالثأر والانتقام من المعتدي ، سواء في نطاق الاعتداء علي الأشخاص ، أو في نطاق الاعتداء علي الأموال .

ومع اتجاه هذه المجتمعات نحو قدر من التنظيم ، ظهر نظام التحكيم للفصل في المنازعات بين الخصوم وفقاً لإجراءات محددة ، إلي أن تطور الأمر إلي منع نظام الثأر ومنع القضاء الخاص .

ومع إقرار مبدأ القضاء الخاص ، أصبح القضاء إحدوي وظائف الدولة ، وأصبحت الدولة هي التي تتولي أعمال عنصر الإلزام في القاعدة القانونية ، وهي تتولي باستخدام وسائل الإلزام التي ينظمها النظام القانوني .

ومع ذلك يتعين أن نلاحظ أن تدخل الدولة لإلزام الأفراد علي طاعة القانون لا تعني أن احترام القانون لا يتحقق بغير استخدام هذا الطريق فعلاً ، فالأصل ، بل والغالب ، أن ينصاع الأفراد لحكم القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم - وهو ما يعبر عنه - بالإنفاذ التلقائي للقانون علي نحو ما أسلفنا ، بحيث يمثل الإلزام ، وتوقيع الجزاء ، أوضاعاً استثنائية تمثل حالات مرضية عارضة (١١٣) .

ويرجع الإنفاذ التلقائي للقانون من ناحية إلي الوازع الأخلاقي لدي أفراد المجتمع أو ربما إلي علمهم بوجود جزاء يمكن فرضه عن طريق الدولة عند مخالفة قواعده . حيث تطبق تطبيقاً إرادياً من منطلق مبدأ سيادة القانون وهو أحد المبادئ الدستورية الهامة في المجتمعات المتحضرة .

وقد أصبح دور القضاء في هذه المجتمعات يتمثل في كفالة احترام وإنفاذ القواعد القانونية .

١١٣ - راجع حمدي عبد الرحمن - نظرية القانون - ٢٠٠٤ - ص ١٠٦ وما بعدها

ليس ذلك فحسب ، بل وبحسب تعبير أحد الفقهاء فإن أحد الأجهزة الأساسية لابتداع القانون يمكن أن تكون بل وغالباً ما تكون القضاء . باعتبار أن القاضي هو من له الكلمة الأخيرة فيما يعتبر قانوناً للدولة من عدمه . ففي كل مرة يفسر القاضي عقداً أو يحكم في علاقة متعلقة بالأموال فهو يتصل بالضرورة بالنظام القانوني للعناصر الأساسية لنظام الفلسفة الاجتماعية السائد في المجتمع (١١٤).

لذلك نجد أن أحد النظريات الحديثة في فكرة القضاء انتهت إلي أن القضاء إنما يجد فكرته في حماية النظام القانوني عن طريق إزالة ما يعترض تطبيقه الإرادي من عوارض وتبديد ما يحول دون سيره ونفاذه التلقائي من عقبات ومشاكل . فترتبط الوظيفة القضائية "بفكرة عوارض النظام القانوني" Incidences de l'ordre Juridique فهي تباشر كأثر لقيام العارض وترمي إلى إزالته بغرض انتظام التطبيق القانوني .

وتتنوع في الواقع عوارض النظام القانوني ، فلكل منها أسبابه ، كما أن لكل منها آثاره ، وهو ما يكشف عن وجه خصوصية فيه يقتضي تمييزه وعزله عن العوارض الأخرى . والنتيجة الحتمية لتنوع عوارض النظام القانوني هي تعدد وتنوع أعمال الوظيفة القضائية بحيث يكون لكل منها خصائصه المميزة وأحكامه الخاصة التي تختلف عن خصائص الأعمال الأخرى وأحكامها ، وتتلاءم في توافق مع مفترضات المشكلة المناط به مواجهتها بحيث تمكنه من التعامل والتغلب عليها بالفاعلية المطلوبة فخصوصية العارض القانوني تفرض خصوصية للعمل القضائي المرصود لمواجهته .

فالحماية القضائية هي حماية مرنة ومتحركة لا تنحصر أو تنصب في نموذج أو شكل واحد ولا تتجسد في صورة واحدة ، وإنما تتعدد في صورها وأشكالها وتتنوع في نماذجها بما يكفل فاعليتها في مواجهة المشاكل الواقعية للتطبيق

114 - Mauro Cappelletti , Le pouvoir des juges , Economica , 1999 , p. 23 .

Où il écrit ((Les organes principaux de création du droit peuvent être et sont souvent les juges , du fait que ceux – ci ont le dernier mot pour dire ce qu'est le droit dans leurs Etat . toutes les fois qu'il interprètent un contrat ou se prononcent en matière de procédure Ils injectent de façon nécessaires dans l'ordre juridique des éléments qui ressortissent d'un système de philosophie sociale)) .

القانوني وبتيح لها إمكانيات تجاوزها والتغلب عليها وهكذا فإنه يوجد أعمال قضائية متعددة وليس عمل قضائي واحد ، فالمبدأ المعتمد هو تعدد أعمال الوظيفة القضائية (١١٥) .

ومن الجدير بالذكر أن عوارض النظام القانوني ليست قاصرة على مخالفة القانون كما يبدو للوهلة الأولى ، بل توجد عوارض أخرى لا تقل خطورة عنها مثل تجهيل المراكز القانونية وخطر التأخير والقصور القانوني . وهكذا تختلف أعمال القضاء من حيث طبيعتها باختلاف دورها القانوني . فالقضاء الموضوعي يعمل لإزالة تجهيل المراكز القانونية والتنفيذ القضائي يواجه مخالفة القانون . والقضاء الوقتي يسعى للوقاية من خطر التأخير أما القضاء الولائي فيعالج القصور القانوني (١١٦) .

وإذا كان كل ما سبق يكشف - وبجلاء - عن أن القاعدة الإجرائية هي قاعدة اجتماعية ، باعتبار أنها القاعدة التي تنظم العمل القضائي ، وأن القضاء لا يتدخل إلا في حالة عدم النفاذ التلقائي للقواعد القانونية أي حالة وجود عارض من عوارض النظام القانوني .

بل وترتبط القاعدة الإجرائية ارتباطاً وثيقاً بالثقافة السائدة في المجتمع ، فإذا كانت الثقافة هي الوسيلة التي تحقق نوعاً من تعايش المجموعة ، فإن الإجراءات التي تحل منازعات هذه المجموعة تشكل جزءاً من هذه الثقافة وأحد أدواتها (١١٧) . ومن ناحية أخرى فإن القاعدة الإجرائية شأنها شأن كل قاعدة قانونية تتركب من واقعة أساسية مجردة هي غالباً عمل قانوني ، إجراء أو عمل إجرائي ، وأثر قانوني يتمثل في إنشاء أو إنهاء مكنة أو واجب أو عبء القيام بإجراء أو عمل إجرائي معين وهكذا بحيث يترتب علي مجرد تحقق الواقعة الأساسية وجود المركز الإجرائي الذي تفرضه القاعدة .

١١٥ . أحمد ماهر زغلول - الإشارة السابقة

١١٦ - وجدي راغب فهمي . مبادئ القضاء المدني - مرجع سابق - ص ٤٣ .

117 - Emmanuel Jeuland , Droit processuel général , Montchrestien , 2012 , p. 21. ((Culture et procédure paraissent ainsi étroitement liées . La culture peut être vue comme la manière dont se maintient la cohésion d'un groupe . les procédures qui résolvent les litiges au sein d'un group font partie de la culture et en constituent peut-être même l'armature)) .

وللقاعدة الإجرائية ذات خصائص القاعدة القانونية فهي قاعدة عامة ، إذ يتوجه خطابها إلي كافة الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط انطباقها . فهي لا تخاطب شخصاً بعينه أو مجموعة من الأشخاص المعينين بذواتهم . وإذا كان القانون الإجرائي ينظم العمل القضائي ، لذا كان من الطبيعي أن يكون المخاطب بأحكامه الخصوم والقضاة وأعاونهم .

لذلك يري البعض^(١١٨) أن قواعد قانون الإجراءات الجنائية من طبيعة نسبية إذ لا يستهدف المشرع من هذه القواعد تحقيق نتائج مطلقة بالنسبة إلي كافة ولا يخاطب بها جميع المواطنين كما هو الشأن في قواعد قانون العقوبات ، بل أنه يقتصر في توجيه الخطاب علي أشخاص الإجراءات الجنائية ويطلق عليهم اصطلاحاً بالأشخاص الإجرائيين . مثال ذلك القواعد التي تنظم سلطة النيابة العامة في الاتهام والتحقيق الابتدائي ، والقواعد التي تنظم سلطة المحكمة عند المحاكمة فهي جميعاً قواعد نسبية لا تخاطب غير الأشخاص المكلفين بمباشرة هذه الإجراءات وهي الاتهام والتحقيق الابتدائي والمحاكمة بحسب الأحوال .

علي أن نسبية قواعد القانون الإجرائي لا تنفي عمومية هذه القواعد إذ أنها الخطاب فيها موجه إلي كل من تتوافر فيهم شروط تطبيقها ممن يباشرون الإجراءات القضائي أياً كان نوعها .

كما تتسم القاعدة الإجرائية بأنها قاعدة ملزمة أي أنها مقترنة بجزاء يوقع علي من يخالفها.

علي أن عنصر الإلزام في القاعدة الإجرائية يمكن أن يتحقق بطريق القهر المادي أو الجزاء العقابي أو الجزاء المدني أو الجزاء الإداري فضلاً عن الجزاء الإجرائي .

والقهر المادي يتحقق في الإجراءات الجنائية ويتمثل في القواعد المنظمة لضبط المتهم وإحضاره بالقوة أمام المحقق إذا رفض الحضور من تلقاء نفسه .

والجزاء العقابي ويتمثل في الغرامة التي يمكن الحكم بها حال مخالفة بعض القواعد الإجرائية التي تنص علي الحكم بالغرامة علي المخالف . ومن أمثلة ذلك المادة ٩٩ من قانون المرافعات التي تخول المحكمة سلطة الحكم علي من يتخلف

١١٨ - أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار

النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ٤٥ .

علي العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تجاوز مائتي جنية .

والجزء الإداري يتمثل فيما يتعرض له الموظفون العموميون المكلفون بتطبيق القانون الإجرائي من جزاءات إدارية عند مخالفة هذا القانون .
والجزء الإجرائي هو ذلك الأثر الإجرائي المترتب في مواجهة المسئول عن مخالفة قواعد القانون الإجرائي .

وقد مضت الإشارة إلي أنه إذا كان قانون المرافعات هو الشريعة العامة للقوانين الإجرائية ، فإن الكثير من الجزاءات التي يقرها يمكن أن تجد تطبيقاً بصدد الإجراءات القضائية أمام الأنواع الأخرى للقضاء. لذلك فإن بعض الجزاءات الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات تعد قواعد إجرائية عامة تصلح للانطباق علي الإجراءات القضائية أياً كان نوعها كالبطلان والسقوط الإجرائي .

ليس ذلك فحسب ، بل تتسم القواعد الإجرائية بأنها قواعد أمرة imperative إذ لا يترك للمتقاضين إختيار القضاء المختص أو الإجراءات التي يمكن أن يتبعوها ، بل إن هذه الطبيعة الأمرة للقواعد الإجرائية تترجم أحياناً بتعلقها بفكرة النظام العام ، ومن ذلك القواعد المتعلقة بممارسة الدعوي والتنظيم القضائي هي من النظام العام (١٩).

وأخيراً تجدر الإشارة إلي أن القواعد الإجرائية ذات طابع شكلي caractère formalist . لذلك كثيراً ما يخسر الخصم دعواه رغم أنها مؤسسة جيداً من حيث الموضوع وذلك بسبب عيب في الإجراءات . وتهدف هذه الشكلية إلي حماية المتقاضين . ويبرر الفقيه الألماني الكبير هذه الشكلية بأنها الأخت التوأم للحرية ((La forme est la soeur jumelle de la liberté)) (٢٠).

119 - Jean Vincent et Serge Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1999 , p. 19 ; Gérard Couchez , Procédure civile , Armand Colin , 2004 , p. 2 .

120 - Gérard Couchez , Procédure civile , Armand Colin , 2004 , p. 2 ; Christophe Lefort , Procédure civile , Dalloz , 2009 , p. 8 .

الفرع الثاني

القانون الإجرائي قانون وسيلي تبعي

وإذ يبين القانون الموضوعي الحقوق والواجبات المختلفة ، فإن القانون الإجرائي يبين الإجراءات الواجبة الإتباع ، والكفيلة بوضع قواعد القانون الموضوعي موضع التنفيذ . فالقانون الإجرائي وسيلة لتطبيق القانون الموضوعي إذ لا يتصور وجود قانون إجرائي بدون قانون موضوعي .
ويعبر الفقه الفرنسي عن ذلك بالقول :

((La procédure permet , grâce à l'intervention de juridictions spécialisées , de vérifier la régularité ou l'irrégularité de toute situation juridique ; elle assure en outre la réalisation concrète des droits))⁽¹²¹⁾.

فقانون العقوبات يبين حدود سلطة الدولة في العقاب بينما ينظم قانون الإجراءات الجنائية كيفية الوصول إلي هذه السلطة بالوسائل التي تكفل حماية الحرية الشخصية أي في إطار الشرعية الإجرائية .

كما يبين القانون المدني والتجاري حقوق الأفراد والتزاماتهم بينما ينظم قانون المرافعات إجراءات حماية هذه الحقوق بالوسائل التي تكفل تطبيق القانون.

فالتمييز بين كل من التشريعات الموضوعية والتشريعات الإجرائية يبني علي جوهر أساسي يتعلق بالفارق بين الهدف والوسيلة . فإذا كان الحق الموضوعي هدفاً في ذاته ، فإن أداة حمايته والوسيلة إليها هي الحق الإجرائي الذي تنظمه التشريعات الإجرائية بين نصوصها (١٢٢).

لذلك فإن القانون الإجرائي هو قانون الوسائل وليس قانون الغايات ، إذ ينشغل بإعداد وترتيب وتنظيم الوسائل وضمان كفايتها وفعاليتها . ذلك الذي يرمى إلى تطبيق ونفاذ القانون الموضوعي ، حيث إنه ينظم وسائل الحماية القضائية

121 - Jean Vincent et Serge Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1999 , p. 13 .

١٢٢ - رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ - ص

للروابط والعلاقات القانونية – أياً كان أطراف هذه العلاقة أو القانون الذي يحكمها أو مضمونها – وضمان كفايتها وفعاليتها (١٢٣) .

ويعبر الفقه الفرنسي عن ذلك بالقول بأن :

((La procédure superpose au droit substantiel et oblige celui qui s'y intéresse à pousser ses investigations dans toutes les branches du droit ; la procédure n'existe jamais pour elle – même)) (124) .

علي أن اعتبار القانون الإجرائي قانون الوسائل لا يقلل من أهمية هذا القانون ذلك أن الحقوق تتأثر تماماً من خلال الإجراءات المقررة للوصول إليها . فالإجراءات هي الوسيلة الضرورية لتطبيق القانون الموضوعي ونقله من حالة السكون إلي حالة الحركة .

وإذا ما انتهينا إلي أن الإجراءات هي وسيلة تحقيق أعمال القانون الموضوعي لذلك يجب أن تكون هذه الوسيلة متوافقة مع فروع القانون الذي تخدمه (١٢٥) .

ومهما نجح المشرع في وضع قانون موضوعي يبين الحقوق والواجبات علي وجه الدقة والتحديد ويكفل الحماية القانونية للمصالح التي يقرها^{١٢٦}، فإن هذا

١٢٣ - أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية - ٢٠٠١ . ص ١٨ وما بعدها ؛ أحمد ماهر زغلول - أسس تطوير تدريس القوانين الإجرائية في كليات الحقوق لتفعيل تنظيم ممارسة النشاط القضائي لمواكبة تحديات القرن الجديد - أوراق المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة - ص ٩٦ .

124 - Jean Vincent et Serge Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1999 , p. 12 .

125 - Christophe Lefort , Procédure civile , Dalloz , 2009 , p 4 .

١٢٦ - علي أنه لا ينبغي تجاهل أثر الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية في عقيدة كل قاضي في هذا الصدد ، فالأحكام التي تصدرها المحاكم في مسألة متعلقة بالنظام الاقتصادي والاجتماعي إنما تعتمد علي الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها .

يراجع في ذلك :

Mauro Cappelletti , Le pouvoir des juges , Economica , 1999 , p. 23 .

النجاح يظل محصوراً في دائرة ضيقة ما لم يكفل المشرع تنظيمًا إجرائياً فعالاً يكفل تحقيق هذه الحماية ويضمن تحقيق الهدف من القانون الموضوعي .
علي أنه لا يمكن تجاهل الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية في تكوين كل قاضي وأثرها في النظام القانوني ، فالأحكام التي تصدرها المحاكم في مسألة متعلقة بالنظام الإقتصادي والإجتماعي إنما تعتمد علي الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها .

علي أن قواعد القانون الموضوعي تجد ابتداء تطبيقاً مستقلاً تماماً عن أي قاعدة إجرائية . فتطبق متي تحققت الواقعة الأساسية الموضوعية الخاصة . وينشأ الحق أو المركز القانوني كأثر لها دون حاجة إلي القانون الإجرائي . بما مفاده أن الإجراءات وإن كانت وسيلة للقانون الموضوعي إلا أنها ليست وسيلته الضرورية . إذ يبدأ القانون الإجرائي من أزمة القانون الموضوعي لينتهي بحل هذه الأزمة ، يستخدم فيه قاعدة القانون الموضوعي . ولكن يظل من الملائم فنياً تمييز القاعدة الإجرائية التي تحكم تطبيق القانون الموضوعي عن القاعدة المطبقة ذاتها .

كما تجد بعض قواعد القانون الإجرائي تطبيقاً مستقلاً تماماً عن القواعد الموضوعية في النشاط القضائي . وهي القواعد المتعلقة بسير الإجراءات وهي قواعد إجرائية بحتة أو ما يسمى بالقانون الإجرائي الشكلي . وذلك كالقاعدة المنظمة لإعلان صحيفة الدعوي أو أي إجراء آخر وكذا القواعد المنظمة لسير الإجراءات أو انقضائها كوحدة . وذلك كقواعد وقف الخصومة أو انقطاعها أو تركها أو سقوطها أو انقضائها ، ففي كل هذه الحالات لا تتدخل القواعد الموضوعية عند تطبيق القاعدة الإجرائية .

وأخيراً يجدر التنويه إلي أن هناك بعض القواعد يمكن تسميتها بالقانون الإجرائي الموضوعي وهي القواعد المنظمة لمضمون النشاط القضائي كالقاعدة المنظمة لشروط قبول الدعوي أو الحكم في موضوعها . وهذا هو مجال التقاء القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية . إذ يتطلب التحقق من شرط المصلحة في الدعوي أو شرط الصفة الرجوع إلي قواعد القانون الموضوعي المجردة . وكذا

Où il écrit ((Les décision rendues par les tribunaux sur des questions d'ordre économique et sociale sont dans la dépendance de leur philosophie économique et sociale)) .

يقتضي الحكم في الموضوع تطبيق القانون الموضوعي علي الوقائع الثابتة بحيث تستند أسباب الحكم إلي قواعده .

الفرع الثالث

استقلال وذاتية القانون الإجرائي باعتباره قانون تنظيم النشاط القضائي

مضت الإشارة إلي تعدد فروع القانون الإجرائي بسبب اختلاف المصلحة المطلوب حمايتها قضائياً الأمر الذي يتوقف علي نوع القضاء ، فإن كل قانون إجرائي يكون محصوراً في تطبيقه علي المجال الخاص به ، فلا يمكن تطبيقه خارج حدود هذا المجال . هذه قاعدة أساسية تسري في شأن قانون المرافعات كما تسري في شأن غيره من القوانين الإجرائية^(١٢٧).

وإذ يعد القضاء أصل من أصول الدولة القانونية إذ أن حق اللجوء إلي القضاء من الحقوق التي قررتها أغلب دساتير دول العالم ، إلا أنه قد تعددت النظريات في محاولة للبحث عن فكرة القضاء ما بين النظرية التقليدية التي انتهت إلي أن وظيفة القضاء هي حسم المنازعات ، والنظريات الحديثة والتي من أهمها نظرية إزالة عوارض النظام القانوني ، والتي تري أن القضاء إنما يجد فكرته في حماية النظام القانوني عن طريق إزالة ما يعترض تطبيقه الإرادي من عوارض وتبديد ما يحول دون سيره ونفاذه التلقائي من عقبات ومشاكل (١٢٨).

بل وينظر الفقه الفرنسي للإجراءات القضائية علي أنها ضمانات للسلام الاجتماعي فلها مكانة متميزة في كل نظام قانوني .

((La procédure est gage de paix social . Elle occupe dans tout système , une place de premier plan))⁽¹²⁹⁾ .

١٢٧ - أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ . ص ٢٠ .

١٢٨ - لمزيد من التفاصيل بشأن هذه النظريات يراجع للمؤلفة هبه بدر أحمد مؤلف الحجية المتعدية للأحكام القضائية - ص ١١ وما بعدها .

129 - Jean Vincent et Serge Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1999 , p. 13.

وفي مصر لم تسترد السلطة القضائية صفتها الوطنية إلا بعد صراع سياسي واجتماعي دام ما يقرب من قرن من الزمان نتيجة الاحتلال البريطاني لمصر ومنح الامتيازات للأجانب .

ففي القرن التاسع عشر لم تكن المحاكم كلها وطنية ، بل كان الأجانب يتقاضون - وفقاً للامتيازات المعترف بها لهم - أمام محاكمهم القنصلية . ثم بعد ذلك أنشئت المحاكم المختلطة تختص بنظر المسائل المدنية والتجارية بين المصريين والأجانب ، أو بين الأجانب مختلفي الجنسية . كما ظلت المحاكم القنصلية تباشر اختصاصها في نظر المسائل المدنية والتجارية غير العقارية إذا اتحد الخصوم في الجنسية وكذلك مسائل الأحوال الشخصية والجرح والجنایات التي تقع من الأجنبي .

وهكذا ظل القضاء الوطني محروماً من النظر في المنازعات التي يكون الأجانب طرفاً فيها إلي أن ألغيت الامتيازات الأجنبية بمقتضى معاهدة مونترية التي أبرمت ١٩٣٧ . وقد استردت مصر سيادتها الوطنية بإلغاء المحاكم المختلطة ونقل جميع اختصاصاتها إلي المحاكم الوطنية عام ١٩٤٩ (١٣٠) .

وفي عام ١٩٤٦ أنشئ مجلس الدولة المصري للفصل في المنازعات الإدارية ، وطرأت التعديلات التشريعية بمقتضى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المنظم لمجلس الدولة . وقد ألغي هذا القانون بدوره وحل محله القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

وبذلك يكون المشرع المصري قد اعتمد نظام تعدد جهات القضاء لكل منها ولاية قضائية ، وتصبح بالتالي ولاية كل جهة نصيبها من ولاية قضاء الدولة في عمومه .

فتتعلق الولاية إذن بتوزيع ولاية قضاء الدولة علي جهات القضاء فيها وبهذا تختلف الولاية عن الاختصاص . حيث إن الأخير المقصود به نصيب كل محكمة داخل الجهة القضائية من قدر ولاية القضاء التي تثبت قانوناً لهذه الجهة القضائية التي تتبعها. أي أن الاختصاص يتعلق بتوزيع ولاية كل جهة علي المحاكم التابعة لها.

١٣٠ - لمزيد من التفاصيل بشأن هذا التطور التاريخي يراجع : إبراهيم نجيب سعد . القانون

القضائي الخاص . منشأة المعارف ١٩٧٤ - ص ٣٤٤ وما بعدها .

وعلي ذلك وبمقتضى نصوص الدستور وكذلك المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة تتحدد ولاية مجلس الدولة في مصر بالفصل في المنازعات الإدارية . أما القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة بالفصل في جميع الدعاوي إلا التي تدخل في ولاية جهة قضائية أخرى .

وفي ذلك تنص المادة ١/١٥ من قانون السلطة القضائية علي أنه " فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص " .

وهكذا تدخل في ولاية المحاكم كافة الدعاوي المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأحوال الشخصية. فكل ما لا يدخل في ولاية محاكم القضاء الإداري أو المحاكم الخاصة أو الاستثنائية يدخل في ولاية جهة المحاكم.

لذلك أصبح من المسلم فقهاً وقضاء أن القضاء العادي (جهة المحاكم) يعد الجهة القضائية ذات الولاية العامة أما القضاء الإداري فهو جهة قضاء محدود الولاية .

وفي فرنسا كان المنهج المتبع في دراسة القانون الإجرائي يتمثل بحسب الأصل في الدراسة المقارنة للإجراءات المدنية والإدارية والجنائية في فرنسا فقط , ولكن أنشئت أنواع أخرى للقضاء أو تم تطويرها فعلي المستوي الأوروبي توجد محكمة الخصومة الأولى ، محكمة العدل الأوروبية ، المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان . وعلي مستوي فرنسا فيوجد المجلس الدستوري ، وبعض السلطات الإدارية المستقلة . وبالتالي فإن نطاق الإجراءات التي تدخل في المقارنة لتكوين منهج القانون الإجرائي قد اتسعت إلي حد كبير^(١٣١) .

131 - Emmanuel Jeuland , Droit processuel général , Montchrestien , 2012 , p. 14 . ((La méthode du droit processuel consistait à l'origine à comparer les seules procédures civiles , pénales , administratives françaises . Mais d'autres juridictions ont été créées et se sont développées on peut citer au plan européen le tribunal de première instance , la cour de justice de l'Union européenne et la cour européenne des droits de l'homme , et au plan français , le conseil constitutionnel et certaines autorités administratives indépendantes . si bien que le champ des procédures à comparer s'est élargi .

وفي ذات هذا المعني أيضاً أنظر :

Serge Guinchard , Droit processuel , Dalloz , 2009 , 54 .

وقد مضت الإشارة إلي أن التنظيم القانوني للقضاء لا يتسم بوحدة قواعده نظراً لتنوع المصالح محل الحماية القضائية وهو ما اقتضى تنوعاً موازياً في القضاء وفي أسلوب مباشرة نشاطه. فأصبح للقضاء الجنائي قواعده الخاصة به وهي قواعد قانون الإجراءات الجنائية، وكذلك القضاء الإداري .

كما تجدر الإشارة إلي أنه إذا كان القضاء الجنائي مختلف في ترتيب محاكمه وتشكيلها وكذلك في الإجراءات المتبعة أمامه وطرق الطعن في أحكامه عن القضاء المدني، فإن هذا الاختلاف لا يفيد مع ذلك في ترتيب استقلاله عن القضاء المدني. ويعود ذلك إلي وحدة الأصل بينهما، فالمحاكم الجنائية تشتق من المحاكم المدنية، كما يجد الطعن في أحكامها مآله في النهاية أمام محكمة النقض ، وهي المحكمة التي توجد علي رأس القضاء العادي. ولذلك فإن المحاكم الجنائية تمتاز مع المحاكم المدنية وتشكل معها جهة قضائية واحدة قائمة بذاتها ، تقف علي استقلال في مواجهة جهات القضاء الأخرى في الدولة . وعلي النقيض من ذلك فإن محاكم القضاء الإداري وهي محاكم غير مشتقة من المحاكم العادية كما لا تنتهي في ترتيبها أو في أحكامها إلي محكمة النقض ، تتجمع لتشكيل جهة قضائية قائمة بذاتها، تقف علي استقلال في مواجهة جهة القضاء العادي(١٣٢).

كما تبدو ذاتية الإجراءات أمام القضاء الجنائي عن الإجراءات أمام القضاء المدني في أن الدعوي الجنائية بوصفها عملاً من أعمال الدولة لحماية المصلحة العامة ومن ثم يتطلب القانون أن تشارك المحكمة بصورة إيجابية في معرفة الحقيقة وإصدار حكم يحقق الحماية الاجتماعية . فبينما تعتبر الدعوي المدنية بحسب الأصل عملاً من أعمال الأفراد (١٣٣) فإن الدعوي الجنائية تعتبر عملاً من أعمال الدولة .

١٣٢ - أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد ... مرجع سابق - ص ٣٦٢ وما بعدها.

١٣٣ - يراجع في ذلك :

Pascal Labbé , Introduction au droit processuel , Presse universitaire de Lille , 1995 , P. 15 .

حيث يري أن وظيفة القاضي المدني هي الفصل في النزاع بين أفراد وبالتالي فإن الدعوي هي شأن لهم .

La mission des juridictions civiles est de trancher , pour l'essentiel des litiges entre des personnes privées . Le rôle des plaideurs en litiges sera

ويترتب علي ذلك أن تحريك الدعوي الجنائية ورفعها أمام القاضي واجب علي الدولة عن طريق سلطتها في الإدعاء (النيابة العامة) ولا يجوز لها التنازل عنها . وتظل الدولة طرفاً في هذه الدعوي حتي ولو سمح القانون - علي سبيل الاستثناء - للمجني عليه بتحريكها عن طريق الإدعاء المباشر ، ولهذا فإن ترك هذه الدعوي من المجني عليه لا يؤثر في دخولها حوزة المحكمة طالما أن النيابة العامة تحتفظ بمركزها كطرف أصيل فيها، إذ أن النيابة العامة عليها واجب أصيل بمباشرة الدعوي الجنائية ولا تملك التصرف فيها ولا التنازل عنها . في حين أن الخصوم في الدعوي المدنية لهم كامل الحرية في إيداء طلباتهم والتمسك بها وتقديم الأدلة لإثباتها والتنازل عنها .

وفيما يتعلق بالإثبات ، فإن الإثبات الجنائي لا يقيد بوجه عام بأدلة معينة ، فللقاضي أن يكون اقتناعه من أي دليل يقدم إليه . ولا حجية لاعتراف المتهم ، فقد يطرحه أو يجزئه . هذا بخلاف الحال في الإثبات المدني ، فإن القاضي مقيد بالاقتناع إذا قدمت إليه أدلة معينة كالإقرار واليمين الحاسمة (١٣٤) .

ويشترك القضاء الإداري مع القضاء الجنائي في ذلك ، فكلاهما يهدف إلي حماية المصلحة العامة ، كما أن مراكز الخصوم غير متكافئة ، حيث تكون الدولة ممثلة في هيئاتها المختلفة بأحد طرفي الدعوي .

كما تختلف الدعوي الإدارية عن الدعوي المدنية من حيث موضوعها إذ هو حق من الحقوق الإدارية ، أي تلك التي تنشأ بسبب علاقة بين الشخص العام من ناحية والشخص الخاص من ناحية أخرى

كما أن القضاء الإداري يختلف عن القضاء العادي فبينما تتحصر مهمة القضاء العادي في تطبيق القانون والبحث عن نية المشرع ، فإن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي ، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد ، وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص ،

donc déterminant dans l'engagement et le déroulement du processus tendant au règlement du litige . Le procès devant ces juridictions sera l'affaire des parties) .

١٣٤ - أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ٢٧ .

ومن ثم ابتدع القانون الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن وذلك كله يقتضي من القائمين بأمر القضاء الإداري مجهوداً شاقاً ومضنياً في البحث والتمحيص والتأصيل ، ونظراً ثاقباً بصيراً باحتياجات المرافق العامة ، للمواءمة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة (١٣٥)

١٣٥ - عبد الرؤوف هاشم بسيوني - المرافعات الإدارية - دار الفكر العربي - ٢٠٠٧ - ص ١١ وما بعدها.

الخاتمة

تحدد موضوع هذه الدراسة بفكرة القانون الإجرائي من حيث أساسها ومضمونها وخصائصها . وباستخدام المنهج التحليلي التأصيلي في البحث خلصنا إلي النتائج الآتية :

- أساس فكرة القانون الإجرائي إنما يرجع إلي فكرة الدولة القانونية وظهر التمييز بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي .

- أن العديد من الأفكار في فقه القانون الإجرائي ارتبطت بمضمون القانون الإجرائي ، ومن ذلك فكرة العمل الإجرائي وفكرة العمل القضائي وفكرة الحق الإجرائي ، وأن هذه الأفكار من أكثر أفكار القانون الإجرائي التي يكتنفها الكثير من الخلاف وعدم الاتفاق حول معني محدد لها .

- يمكن تعريف القانون الإجرائي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العمل القضائي سواء صدر بإجراءات الخصومة القضائية أو بإجراءات الأوامر علي العرائض ، وكذلك القواعد القانونية التي تنظم الأعمال القضائية التبعية وهي الأعمال الإجرائية التي يباشرها القاضي باعتبارها الوسيلة أو المنهج أو الشكل الذي يفرضه القانون لتحقيق أعمال الوظيفة القضائية .

- لا مجال للحديث عن حق إجرائي دون وجود إجراءات قضائية ؛ إذ يرتبط الحق الإجرائي بالإجراءات القضائية ، وبالتالي ترتبط فكرة الحق الإجرائي كذلك بمضمون القاعدة الإجرائية ، إذ أن الحق الإجرائي يجد مصدره وسنده في القانون الإجرائي .

- القاعدة الإجرائية هي قاعدة شكلية وتتسم بذات خصائص القاعدة القانونية من حيث إنها قاعدة اجتماعية عامة ومجردة ومقترنة بجزاء .

علي أن عنصر الإلزام في القاعدة الإجرائية يمكن أن يتحقق بطريق القهر المادي أو الجزاء العقابي أو الجزاء المدني أو الجزاء الإداري .

كما إذا كان القانون الإجرائي له جزاءاته الإجرائية التي تميزه والمنصوص عليها - بصفة أساسية - في قانون المرافعات ، والتي يصلح بعضها للانطباق علي الإجراءات القضائية أياً كان نوعها كالبطلان والسقوط الإجرائي إذ تعد قواعد إجرائية عامة .

بيد أنه ليست كل الجزاءات الإجرائية التي يقرها قانون المرافعات يمكن أن تنطبق علي أنواع القضاء الأخرى كالقضاء الجنائي أو القضاء الإداري أو القضاء

الدستوري مثل شطب الدعوي والوقف الجزائي للخصومة ، فقد انتهينا إلي أن الشطب لا يمكن تطبيقه بصدد الإجراءات أمام القضاء الإداري أو الدستوري أو الجنائي إذ تتنافي الإجراءات القضائية مع نظام شطب الدعوي . أما الوقف الجزائي للخصومة فقد انتهت المحكمة الإدارية العليا إلي إمكان تطبيقه كجزاء للجهة الإدارية التي لم تقم بتقديم المستندات التي طلبتها منها المحكمة .

- أن المعيار الذي يجب أن يعول عليه في تحديد ما إذا كانت القاعدة القانونية من قواعد القانون الإجرائي أم من قواعد القانون الموضوعي هو مضمون القاعدة وهل يتعلق بتنظيم عمل من أعمال النشاط القضائي أم لا .

- القانون الإجرائي يعد قانوناً للوسائل القضائية من أجل نفاذ القانون الموضوعي ، لذلك كان لابد من وجود تأثير لطبيعة القواعد الموضوعية المستهدفة علي القواعد الإجرائية ؛ فالغاية تؤثر في الوسيلة وتحدد اتجاهها ، لذا تنقسم قواعد القانون الإجرائي إلي قانون للقضاء المدني وقانون للقضاء الجنائي وقانون للقضاء الإداري ، وقانون للقضاء الخاص (دستوري - عسكري ... الخ) .

ويترتب علي اعتبار القانون الإجرائي قانون وسيلي ، وأن قواعده ليست غاية في حد ذاتها بل هي أداة لتطبيق قواعد القانون الموضوعي ، نتيجة هامة تتعلق بتفسير قواعد القانون الإجرائي ، وهي أنه يجب علي المفسر أن يعمل علي جعل الأداة أكثر تحقيقاً للهدف منها ، وضرورة تبني مبدأ الاقتصاد في الإجراءات ؛ بمعنى النظر إلي تحقيق الغاية بأقل الإجراءات^(١٣٦) .

وأخيراً يمكن أن نخلص إلي التوصيات الآتية :

١- ضرورة إصدار قانون ينظم الإجراءات أمام القضاء الإداري ، إذ كان الأجدر بالمشروع المصري أن يصدر قانوناً ينظم الإجراءات أمام القسم القضائي بمجلس الدولة بدلاً من أن يكلف نفسه عناء إصدار قانون بإنشاء لجان توفيق لا طائل من ورائه سوي إطالة أمد التقاضي ، وهو الأمر الذي حدا بكثير من المتقاضين إلي التحايل بتضمين صحيفة الدعوي طلب وقف التنفيذ لتفادي اللجوء إلي هذه اللجان التي تصدر توصيات تفتقد طابع الإلزام .

^{١٣٦} - فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ١٩٩٣ - ص ١١ .

علي أن مطلب إصدار قانون ينظم الإجراءات القضائية أمام مجلس الدولة قد أضحى مطلباً ضرورياً إذ مر علي إنشاء مجلس الدولة المصري ما يزيد علي نصف قرن دون صدور هذا القانون .

٢- ضرورة النظرة الشمولية لكل فروع القانون الإجرائي و ضرورة الاتجاه نحو جمع الأسس العامة والأصولية التي تقوم عليها القوانين الإجرائية وجمعها في دراسة موحدة ، إذ تعد أصولاً للتقاضي أياً كان نوع القضاء ، باعتبار أن ذلك يعد أحد وسائل تقدم علم القانون الإجرائي .

وهذا يقتضي أيضاً جمع كل فروع القانون الإجرائي وهي القوانين المعنية بتنظيم النشاط القضائي وكذلك القوانين التي تنظم الإثبات أمام القضاء - ويستوي في ذلك الإثبات المدني والإثبات الجنائي - في قسم واحد وهو قسم القانون الإجرائي وتدرّس كل هذه القوانين معاً ، علي أن يعهد بتدريسها للأساتذة المتخصصين في القانون الإجرائي (١٣٧) باعتبار أن ذلك يحقق مبدأ التخصص وهو وسيلة تحقيق الجودة والإتقان.

إذ أن فكرة الضمانات القضائية تهيمن علي القانون الإجرائي أياً كانت طبيعة العلاقة الموضوعية التي يستهدف حمايتها . فحقوق الدفاع تكاد تتساوي في أنواع القضاء المختلفة ، ومبدأ المساواة بين الخصوم من المبادئ التي تقوم عليها أسس التنظيم القضائي أياً كان نوع القضاء (قضاء جنائي - قضاء مدني - قضاء إداري - قضاء دستوري - قضاء عسكري -) وأياً كان الخصم فرداً أو دولة (النيابة العامة في القضاء الجنائي - الإدارة في القضاء الإداري) ، إذ هو أحد الأصول الدستورية الهامة التي لا بد أن يكون لها صدي في مجال الإجراءات القضائية .

والله الموفق والمستعان

المؤلفة الدكتورة هبة بدر أحمد

القاهرة في أبريل ٢٠١٤

١٣٧ - قارب: أحمد ماهر زغلول - أسس تطوير تدريس القوانين الإجرائية في كليات الحقوق لتفعيل تنظيم ممارسة النشاط القضائي لمواكبة تحديات القرن الجديد - أوراق المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة.

قائمة بأهم المراجع

أولاً المراجع باللغة العربية

- ◆ إبراهيم نجيب سعد . القانون القضائي الخاص . منشأة المعارف . ١٩٧٤ .
- ◆ أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ٢٠١١ .
- ◆ أحمد شرف الدين والسيد عيد نايل - المدخل لدراسة القانون - الجزء الثاني - ٢٠٠٢ .
- ◆ أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ١٩٨١ .
- ◆ أحمد رسلان - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ .
- ◆ أحمد ماهر زغلول
- ◆ أصول وقواعد المرافعات . دار النهضة العربية ٢٠٠١ .
- ◆ أحمد ماهر زغلول - أسس تطوير تدريس القوانين الإجرائية في كليات الحقوق لتفعيل تنظيم ممارسة النشاط القضائي لمواكبة تحديات القرن الجديد - أوراق المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة
- ◆ الأنصاري حسن النيداني - القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ .
- ◆ جلال ثروت - نظم الإجراءات الجنائية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٧ .
- ◆ حمدي عبد الرحمن - نظرية القانون - ٢٠٠٤ .
- ◆ حمدي ياسين - الحماية القضائية لحقوق الإنسان (دراسة موجزة حول دور القضاء المصري في حماية حقوق الإنسان) - مجلة المحاماة - العدد الأول - ٢٠٠١ .
- ◆ رجب محمد عبد الله - العلاقة بين رئاسة الدولة والقضاء - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ .
- ◆ رجب محمد مرعي - الحق الإجرائي - رسالة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٩ .

- ◆ صلاح جودة - القاضي الطبيعي - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ .
- ◆ أسامة عبد الله قايد - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الأول - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ .
- ◆ عباس العبودي - تاريخ القانون - ١٩٨٨ .
- ◆ عباس مبروك - دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون - رسالة - جامعة عين شمس .
- ◆ عبد الرؤوف هاشم - المرافعات الإدارية - دار الفكر العربي - ٢٠٠٧ .
- ◆ عزمي عبد الفتاح - واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع - مؤتمر حق الدفاع - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - أبريل ١٩٩٦ .
- ◆ محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ .
- ◆ محمود هاشم - القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية - عمادة شؤون المكتبات - ١٩٨٨ .
- ◆ وجدي راغب فهمي
- مبادئ القضاء المدني . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ .
- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - منشأة المعارف - ١٩٧٤ .

ثانياً المراجع باللغة الأجنبية

- ◆ André Pouille , Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux , Masson , 1985 .
- ◆ Christophe Lefort , Procédure civile , Dalloz , 2009 .
- ◆ Emmanuel Jeuland , Droit processuel général , Montchrestien , 2012.
- ◆ Gérard Couchez , Procédure civile , Armand Colin , 2004 .
- ◆ Jean Vincent et Serge Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1999 .
- ◆ Mauro Cappelletti , Le pouvoir des juges , Economica , 1999 .
- ◆ Pascal Labbé , Introduction au droit processuel , Presse universitaire de Lille , 1995 .
- ◆ Serge Guinchard , Droit processuel , Dalloz , 2009 .