

الأمانة الإجرائية

Le Loyauté en procédure civil

دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي

الدكتور

حسام أحمد محمد صبحي العطار

مدرس بقسم قانون المرافعات

بحقوق عين شمس

العدد الثاني

السنة السادسة والخمسون - يوليو ٢٠١٤

مقدمة

كثيراً ما تحدث الفقه الإجراءي المصري والمقارن منذ أمد طويل في الأمانة الإجرائية وهي ما يعبر عنها أحياناً بأمانة التقاضي، وينصرف مدلول هذه الأمانة إلى ما هو متطلب من كل طرف من أطراف القضية في مباشرة الإجراءات بحسن النية وألا يقصد الإساءة بالأطراف الأخرى بأي وسيلة من الوسائل أو بالأخص بالجوء إلى الغش أو التدليس^(١). من أجل ذلك نصت بعض القوانين الإجرائية المقارنة على فرض هذا الالتزام القانوني على من يكون خصماً في الدعوى، ومن ذلك ما جاء في المادة ١/٨٨ من قانون المرافعات الإيطالي، حيث أوجب المشرع على الخصوم وعلى محاميهم أن يسلكوا في الخصومة مسلك النزاهة والإخلاص وأن يراعوا أمانة التقاضي والأمانة الإجرائية^(٢).

أولاً: الأمانة الإجرائية في نصوص القانون الإجراءي المصري:

(١) من الفقهاء في الفقه الإجراءي من يرد الالتزام بالأمانة الإجرائية إلى طبيعة العلاقة القانونية المترتبة على المركز القانوني لأطراف الخصومة؛ إذ يرى مثلاً الأستاذان "Jean Vincent et Serge Guinchard" في الفقه الفرنسي أنه إذا اختصم شخصين بشأن علاقة تعاقدية وطرح أمر النزاع إلى القضاء فإن ذلك يترتب عليه نشوء مركز قانوني جديد لأطراف العقد هما مركز المدعي والمدعى عليه وهذه العلاقة تختلف تماماً عن العلاقة العقدية سبب النزاع وهي تولد للالتزامات جد مختلفة. راجع في عرض ذلك بقدر أوفى من الإيضاح والتفصيل: Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure civile. 22^e edition Dalloz. P 257. No. 346.

(٢) وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعطي الأستاذ Beth Walston – Dunham للأمانة الإجرائية مدلول أكثر اتساعاً ومدى أكثر شمولاً إذ يرى أن الأمانة والأخلاق هما ما ينبغي توافره في كل مشتغل في القانون. لذا فإن العمل في العلم القانوني يرتبط أشد الارتباط بعلم الأخلاق وفي ذلك يقول الفقيه:

"the practice of law is one of the very few professions that maintain a comprehensine set of legal and ethical standards that can result in professional discipline.

Bethe Walston- Dunham; Introduction to law. Fremont, راجع: Nebraska. Third Edition. P. 499.

بالرغم من أن المشرع المصري لم يقنن هذه القاعدة بموجب نص قانوني صريح يفرض فيه على أطراف القضية مراعاة واجب الأمانة الإجرائية، إلا أن هناك مفترضات قانونية عديدة ونصوص إجرائية مستقرة في قانوننا الحالي تعلي من قدر الأمانة وتحقق موجباتها، ويمكن أن نلمس ذلك مثلاً فيما هو مقرر في المادة ١٢ من قانون المرافعات حيث أوجب المشرع على الخصم أن يراعي الأمانة بتعيين موطن مختار، فإن لم يفعل أو كان بيانه ناقصاً أو غير صحيح، جاز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي يصح إعلانه بها في الموطن المختار^(١). وإذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار فإن من موجبات الأمانة أن يخبر خصمه بذلك وهو إن أخل بهذا الواجب القائم على الأمانة الإجرائية، فقد أقر المشرع بصحة إعلانه فيه مع تسليم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة^(٢).

كذلك أوجب المشرع في المادة ١٤ من قانون المرافعات على الخصم ألا يلجأ إلى الغش أو التلبيس للإضرار بمن كان طرفاً في خصومة ما أو كان هو المعلن في إعلان ما وذلك بتعمد نكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول

(١) وتمشياً مع ذلك قال الأستاذ "G. Couchez" في الفقه الفرنسي: إن الإعلان هو الوسيلة المعتمدة للعلم بالإجرائي. وحينما يكون الإعلان على يد المحضر - بموجب المادة ١/٦٥١ من قانون المرافعات الفرنسي. فإنه يسمى بالإعلان القضائي:

la notification est le moyen utilisé pour porter les actes à la
Connaissance des intéressés. Lorsqu' une notification est faite par acte
d'huissier, on parle de signification.

راجع:

Gérard Couchez; Procédure civile. 10 édition. Sirey p. 137 No 180.

(٢) وبموجب الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون المرافعات فإنه: إذا ألغى الخصم موطنه المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه، ولقد قصد المشرع بذلك إلزام الخصم بإخبار خصمه بإلغاء موطنه المختار وتوقيع الجزاء عليه إذا تخلف عن اتخاذ هذا الإجراء بأن اعتبر إعلانه صحيحاً. وهذا الإلزام والجزاء المترتب عليه عدم الاستجابة له أن يتعلق بالموطن المختار دون الأصلي. راجع في ذلك الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر ص ٦٢٩.

الإعلان إليه^(١). وقد رتب المشرع على ذلك الغرامة. كما أجاز المشرع في المادة ١٨٨ من قانون المرافعات للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، كما يجوز للمحكمة مع عدم الإخلال بذلك أن تقضي بالغرامة المعينة قانوناً بين حديها الأدنى والأقصى على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً أو دفاعاً بسوء نية^(٢).

وفي مقام اتخاذ التماس إعادة النظر كطريق غير عادي من طرق الطعن في

(١) وتمشياً مع ذلك نجد المشرع الفرنسي قد كفل علم الخصم بأمر الدعوى "حيث قرر في المادة ١٤ مرافعات أنه:

"Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.

ويقول الأستاذ كوشيه أن هذا النص يستهدف إتاحة الفرصة لكل خصم لي طرح ادعاءه ودفاعه أمام القضاء:

Ce texte exprime une règle fondamentale; si l'on veut que le juge saisi d'une affaire ait une vue aussi complète que possible de celle-ci, il est indispensable qu'il connaisse le point de vue de chacun des intéressés.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 184. no 239. وانظر كذلك:

Couchez; "Principe de la Contradiction" J. class. Proc. Civ. Fasc. 114. وانظر كذلك:

Normand: les droits de la defense devant les juridictions du travail; Semaine Sociale lamy, suppl. No. 410, 24 mai 1988 D. 51 ets.

(٢) وقد حذت بعض القوانين المقارنة حذو المشرع المصري، ومن ذلك ما جاء في المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات اللبناني، وكذلك الحال في المادة ٣٧٠ من قانون المرافعات البلجيكي. كذلك نص المشرع الفرنسي في قانونه الصادر في عام ١٩٧٥ على جواز الحكم بالتعويض في حالة التعسف في استعمال الحق الإجمالي. كذلك أجاز المشرع المصري فكرة التعويض في حالة التعسف في استعمال الحق الإجمالي منذ زمن طويل حيث كان يقرر ذلك في المادة ١١٥ من قانون المرافعات الأهلي وفي المادة ١٢٠ من القانون المختلط وفي المادة ٣٦١ من قانون المرافعات الصادر في عام ١٩٤٩.

الأحكام، بنى المشرع مجالات هذا الطريق على عدم مراعاة الأمانة الإجرائية^(١)، لذا جاء في المادة ٢٤١ من قانون المرافعات الحالي أنه للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية (١) إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم (٢) أو إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها (٣) أو إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة (٤) أو إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها (٥) أو إذا كان قد صدر في الدعوى حكم اعتبره الشخص حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأطئه أو إهماله الجسميم.

كما أوجب المشرع الأمانة في الإجراءات حينما قرر في المادة ٢١ مرافعات بأنه لا يجوز للخصم أن يتمسك بالبطلان إذا كان هو من تسبب فيه ما لم يكن البطلان متعلقاً بالنظام العام. وحينما قرر في المادة ٦٠ من ذات القانون باختصاص المحكمة التي تنتظر في الدعوى الأصلية الفصل في الطلبات العارضة وأنه يجوز للمدعى عليه في طلب الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته، كما صرح المشرع بوجود الأمانة الإجرائية في فعل المدعي حينما أشار في المادة ٧٠ مرافعات إلى أنه يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعي^(٢).

(١) وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٨١/٢/٢٥ (الطنين رقم ١٧١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ أن الغش الذي يبني عليه التماس إعادة النظر بالمعنى الذي تقصده المادة ١/٢٤١ من قانون المرافعات هو الذي يقع ممن حكم لصالحه في الدعوى بناء عليه، ولم يتح للمحكمة أن تتحرى عند أخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه وتزويرها في حقيقة شأنه لجهله به وخفاء أمره عليه بحيث يستحيل كشفه، فإذا كان مطلعاً على أعمال خصمه ولم يناقشها أو كان في وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يفصح أمره أو كان في مركز يسمح له بمراقبة تصرفات خصمه ولم يبين أوجه دفاعه في المسائل التي يتظلم فيها فإنه لا وجه للالتماس.

(٢) والواقع أن المشرع حينما يقرر ميعاد معين فإنه يجب على الخصوم احترام الميعاد إذ يعد هذا الاحترام مظهراً من مظاهر الأمانة الإجرائية، والمواعيد أنواع ثلاث منها الميعاد الإجرائي

وبالمثل أوجب المشرع في المادة ٩٧ من قانون المرافعات على كل من المدعي أو المدعى عليه بأن يراعي الأمانة والنزاهة الإجرائية وذلك بأن يتقدم بالمستندات في الجلسة الأولى حيث تجري المرافعة فيها وذلك مراعاة بالميعاد المقرر في المادة ٦٥ من القانون ومع ذلك فإنه إذا تقدم أيهما بالمستند وقبلته المحكمة وترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى، كان عليها أن تحكم بالغرامة مادام مرد قبول المستند هو تحقيق العدالة^(١).. وبالمثل دعت مقتضيات مراعاة الأمانة الإجرائية المشرع في المادة ٩٩

=

ومواعيد التقادم ومواعيد السقوط، ومن النوع الأول الميعاد المحدد لإيداع صحيفة الدعوى في قلم الكتاب، ومن المواعيد الإجرائية ما يتعين اتخاذ الإجراء في خلالها. ومنها ما يجب اتخاذ الإجراء قبلها وهي المواعيد المتردة. راجع في الإشارة إلى المواعيد الإجرائية الدكتور وجدي راغب في مبادئ الخصومة المدنية. الطبعة الأولى، الناشر دار الفكر العربي ص ٤٣، وراجع أيضاً الدكتور أحمد أبو الوفا في مرجعه المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٧٧ ص ٤٢٦، وكذلك الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات ص ٣٦٤ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه: التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية ص ٢٧٥، وراجع أيضاً الدكتور فتحي والي في الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية ص ٣٦٣، وما بعدها.

(١) وكان المشرع قد نص في المادة ١/٦٥ من قانون المرافعات - معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - على أن على قلم الكتاب أن يقيد الدعوى بشرط أن تكون مصحوبة بما يدل على سداد الرسوم المقررة قانوناً أو إعفاء المدعي منها وصورة من الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم فضلاً عن صورتين لقلم الكتاب وأصول المستندات المؤيدة للدعوى أو صورة منها تحت مسؤولية المدعي وما يركن إليه من أدلة لإثبات دعواه ومذكرة شارحة للدعوى أو قرار باشتمال صحيفة الدعوى على شرح كامل وصورة من المذكرة أو الإقرار بقدر عدد المدعى عليهم، وبموجب المادة ٣/٦٥ مرافعات فإنه على قلم الكتاب بعد قيد الدعوى أن يرسل إلى المدعى عليه خلال ثلاثة أيام من تاريخ قيدها كتاباً موصى عليه بعلم الوصول، مرفقاً به صورة من صحيفة الدعوى ومن المذكرة الشارحة أو الإقرار، يخطر فيه بقيد الدعوى واسم المدعي وطلباته والجلسة المحددة لنظرها ويدعوه للاطلاع على ملف الدعوى وتقديم مستنداته ومذكرة بدفاعه وفي هذه الحال يجب على المدعى عليه أن يودع في قلم كتاب

=

من القانون بالنص على أنه على المحكمة أن تحكم على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حدته له المحكمة بالغرامة التي تتراوح وفقاً للمادة بين حدين أدنى وأقصى ويكون ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية^(١).

كذلك وجدت الأمانة الإجرائية مجالاً آخر في التطبيق في نص المادة ١٠٥ من قانون المرافعات حيث ورد فيها أن للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للأداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات، وعلّة ذلك هو ما قدره المشرع من وجوب احترام الخصوم جميعاً لأمانة التقاضي واقتران هذه الأمانة بحسن الخلق وعدم الإساءة للآخرين وعدم اتخاذ المقاضاة أو التداعي أمام القضاء وسيلة للكيد أو المساس بالاحترام والاعتبار الواجب من جانب أي طرف من الأطراف في الدعوى^(٢).

المحكمة مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته أو صورة منها تحت مسؤوليته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل وذلك ما لم تكن الدعوى من دعاوى المستعجلة أو التي انقضى ميعاد الحضور فيها. راجع في عرض ذلك بقدر أوفى من الشرح والتفصيل الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية ص ٥٧٢ وما بعدها، وراجع كذلك الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٣، الناشر دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ص ٥٤٥ وما بعدها، رقم ١٩٧.

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور سيد أحمد محمود في التقاضي بقضية بدون قضية في المواد المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٤٧.
(٢) ولقد أخذ المشرع المصري في هذا المقام بما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ٢٤ من قانون المرافعات حيث أورد الإشارة إلى أنه:

Le juge peut, suivant la gravité des manquements, pronocer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements.

راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح:

Gérard, Couchez; op. cit. p. 186. No. 242

كما دعت موجبات الأمانة بالمشروع أن ينص في المادة ١٠٧ من قانوننا الحالي على أنه مع مراعاة أحكام قانون المحاماة، للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء انعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بالمحكمة وتحكم عليه فوراً بالغرامة، وللمحكمة أيضاً أن تحاكم من شهد زوراً بالجلسة وتحكم عليه بالعقوبة المقررة لشهادة الزور، ويكون حكم المحكمة في هذه الأحوال نافذاً ولو حصل استئنافه، ولقد دلل هذا النص على أن المشروع يوجب الحفاظ على الأمانة الإجرائية مما يجب معه اتباع الأسلوب والسلوك القويم في توقيف المحكمة في هيئتها وأعضائها والعاملين بها كما توجب الأمانة عدم الشهادة الزور، ولقد صرح المشروع بهذا النص بتقرير سلطة المحكمة في محاكمة من شهد زوراً بالجلسة لأن وجه التخلي عن الأمانة يبدو ظاهراً وشاخصاً مما يوجب "العقوبة المقررة لشهادة الزور" ولقد قرن المشروع ذلك بأن يكون حكم المحكمة نافذاً ولو حصل استئنافه كيما تنتج العقوبة أثرها في إظهار عدم الأمانة الإجرائية^(١).

ومن تطبيقات مراعاة الأمانة الإجرائية أيضاً ما قرره المشروع في المادة ١٢٢

وانظر أيضاً: Perrot, Rev. trim. Dr. civ. 1982. 466 et 1983. 194 et 590
وانظر أيضاً:

Bolard; les juges et les droit de la défense" Etudes Bellet. P. 49 ets.

(١) ومن الثابت في مجال تقدير المحكمة لأقوال الشاهد أن تقدير الشهادة أمر يستقل به قاضي الموضوع دونما معقب عليه من محكمة النقض، لأن الاطمئنان إلى شهادة الشهود أو عدم الاطمئنان إليها مرده وجدان القاضي وشعوره، وعليه فإنه لا تثريب على المحكمة إذا هي طرحت شهادة الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم ولذلك فلا تثريب على المحكمة إن هي صدقت شاهداً في بعض أقواله دون البعض الآخر لأنها غير ملزمة بتصديق الشاهد في كل أقواله، ولها أن تطرح منها ما لا تظمن إليه وجدانياً وحسبها أن تكون أوردت في حكمها كل أقوله وأشارت إلى ما فيها من تناقض ثم عولت على ما صدقته منها، انظر نقض مدني في ٩ مارس ١٩٧٢، مجموعة النقض ٢٣ ص ٤٣٩ ق ٥٥ وكذلك نقض مدني في ١٣ يناير ١٩٧٠ مجموعة النقض ٢١ ص ٧٠ ق ١٢، ونقض مدني ٢٤ إبريل ١٩٤٧ مجموعة النقض في ٢٥ عاماً ص ٥١ ق ٢٠١ ونقض مدني ٢١ مارس ١٩٧٢، مجموعة النقض ٢٣ ص ٤٣٩ ق ٧٠.

من قانون المرافعات، حيث نص فيها على أنه إذا رأت المحكمة أن طلب الضمان لا أساس له جاز لها الحكم على مدعي الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية إذا كانت الأمانة الإجرائية تقتضي عدم طلب الضمان من مدعيه مما يسبب تأخير الفصل في الدعوى الأصلية.

كما يعد من موجبات الأمانة كذلك ما جاء في المادة ١٤٢ مرافعات من وجوب ألا يكون القصد من الدفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى المحكمة مرة أخرى أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك.. منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى.. حيث لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله، ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه على الترك إلا في الحالات التي عينها المشرع في المادة.

ولقد كانت الأمانة الإجرائية كذلك هي الضابط والعلّة في صياغة المشرع لحكم المادة ١٨٥ مرافعات والتي ورد فيها أنه: للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه^(١). أو إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات.

كذلك أسس المشرع حكم المادة ٢٢٨ مرافعات على حالة صدور حكم بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بسبب عدم إظهار ورقة قاطعة في الدعوى احتجزها الخصم وأوضح أن من آثار ذلك ألا يبدأ ميعاد استئنافه إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ٣٥٧ من قانون المرافعات السابق تنص على أن يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها وكان ما تشترطه المادة ٣٥٨ من القانون المذكور الحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها أن يكون الحق مسلماً به من المحكوم عليه. وإذا استند الحكم المطعون فيه في إلزام الطاعنين بمصروفات الدعوى التي أقاموها لإثبات دفع المقابل إلى أن مصلحة الضرائب قد وقتت منها موقفاً سلبياً وهو أمر لا يعتبر مجرد تسليم من المصلحة للطاعنين بحقهم الذي حكم به، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعنين بالمصروفات على هذا الأساس فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. نقض ١٩٧٢ / ٣ / ٢٢ السنة ٢٣ ص ٤٥٧.

فاعله أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة التي احتجزت^(١).

كما رتب المشرع في المادة ٢٧٠ مرافعات حكماً إجرائياً لعدم مراعاة الأمانة بأن نص على أنه: إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره حكمت على رافعه بالمصاريف فضلاً عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها، وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد، فلها أن تحكم بالتعويض للمدعى عليه في الطعن^(٢).

(١) ومن الملاحظ أن عدم الأمانة الإجرائية قد ينصرف إلى تعمد الإساءة بعدم مراعاة القواعد الشكلية التي يتطلبها المشرع في قانون المرافعات وعندئذ قد يترتب جزاء إجرائي مباشر على الإخلال بالقاعدة التي خولفت ويتمثل ذلك في البطلان dans la nullité du dite acte وقد يكون الإجراء الذي لم يتبع جوهرياً أو غير جوهرية تبعاً لجسامة أو ضآلة نتائجه وعادة ما يعتمد على صفة الإجراء ذاته، وفي ذلك يقول الأستاذ كوشيه:

C'est une simple irrégularité de forme qui affecte l'acte en question sans doute les prescriptions de forme ont-elles leur importance: elles Sont Souvent protectrices des droits de la défense, et, à ce titre, ne peuvent être considérées comme négligeables. Cependant leur inobservation ne se traduit pas nécessairement par un prejudice pour celui qu' elles tendent a' protéger, et l'on peut hésiter à prôner un système qui Sanctionnerait toute irrégularité d'un acte de procédure par la nullité de celui-ci.

راجع: Gérard Couchez, op. cit. p. 144 No. 188.

(٢) ومن المعلوم بالضرورة أنه قبل إيداع صحيفة الطعن يكون على الطاعن أن يودع في خزانة محكمة النقض على سبيل الكفالة المبلغ المحدد قانوناً. والعلة من هذا الإيداع هو ضمان جدية الطعن. ولذلك فإنه إذا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره، فإن عليها أن تحكم بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها وذلك إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ٢٧٠ مرافعات ويكون مصادرة الكفالة لحساب الخزانة العامة، ومع ذلك فإنه يعفي الطاعن من إيداع هذه الكفالة إذا كان معفى من أداء الرسوم، كما لو كان رفع الطعن من النيابة العامة أو إذا كان قد تقرر للطاعن مساعدة قضائية، وإذا ما تعدد الطاعنون وكانوا قد =

وفي مجال التنفيذ الجبري عول المشرع على الأمانة الإجرائية حيث قررت المادة ٣٥٢ من قانون المرافعات أنه يعاقب المحجوز لديه بعقوبة خيانة الأمانة إذا بدد الأسهم والسندات وغيرها من المنقولات المحجوز عليها تحت يده إضراراً بالحاجز. كما حرص المشرع على اعتبار الأمانة الإجرائية منوطاً لضبط قواعد الإثبات^(١). وهذا ما نجد مثلاً له فيما ورد في المادة ٦٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨

أقاموا طعونهم في صحيفة واحدة فإنهم لا يلتزمون الإيداع كفالة واحدة هذا وإن اختلفت أسباب الطعن. راجع نقض مدني في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ - مجموعة النقض - ٢٤ - ١٣٧١ - ٢٣٥، ونقض أحوال في ٢٠/٦/٢٠٠٦ في الطعن رقم ٣٠٩ - ٦٦ ق. (١) ويحكم طرح النزاع على المحكمة عدة أسس إجرائية قوامها مراعاة الأمانة لذا فإنه من قبيل الأمانة أن تقسح المحكمة للخصوم الفرصة الكافية لمباشرة حق الادعاء أو الدفاع وليس للمحكمة أن تقبل أية أوراق أو مذكرات من الخصوم في غير الجلسة وبدون اطلاع الخصم الآخر عليها، وحتى إذا قبلت المحكمة هذه المذكرة أو المستند فإنه ليس لها أن تعول عليها في حكمها وإلا كان هذا الحكم باطلاً، وإذا أودع الخصم مذكرة بدون حضور الخصم الآخر كان عليه إعلان ذلك، ويجب أن يكفل للخصم الفرصة الكافية للاطلاع، ومن الأمانة أنه إذا قدم الخصم دفاعاً لم يدلل عليه فإنه على المحكمة ألا تعول عليه. ومن الأمانة ألا يتجاوز الخصم حقه في الدفاع فيعرض أمور شائنة تمس كرامة الخصم أو تتال من شرفه أو اعتبره وإلا كان مسئولاً عن خطئه، وإذا قدمت مذكرة بعد الميعاد كان على المحكمة أن ترفض قبولها، ومن الأمانة الإجرائية مادامت المحكمة قد أفسحت المدى المعقول لتمكين الخصم من الدفاع فيجب ألا يطلب الخصم التأجيل لأمد طويل لإيداع دفاع أو تقديم مذكرة بهدف تعطيل الفصل في الدعوى.

كذلك فإنه من الأمانة الإجرائية أن يقدم الخصم منذ الجلسة الأولى أية مستندات إذا لم يترتب عليها تعمد التأجيل بقصد الإساءة أو التعطيل، كما أن على الخصم أن يقدم المستندات التي ما كان يستطيع تقديمها في الميعاد عند بدء نظر الدعوى كما لو كان المستند لم يحصل عليه إلا بعد رفع الدعوى وبموجب المادة ٩٧ مرافعات فإن المستندات التي كان يستطيع الخصم تقديمها في الميعاد وقدرت المحكمة صيانة لحق الدفاع قبول المستند وترتب على ذلك التأجيل للاطلاع على المستند والرد عليه، فعندئذ يجب على المحكمة الحكم على من قدم المستند بغرامة حددها المشرع ويكون التأجيل عندئذ لمرة واحدة

- وهو قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وحيث قررت هذه المادة مراعاة الموظفين والمكلفين بخدمة عامة للأمانة بعدم الشهادة - ولو بعد تركهم العمل - عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنتشر بالطريق القانوني، وورد في المادة ٦٦ من ذات القانون أنه: لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصود به ارتكاب جناية أو جنحة، وقررت المادة ٦٧ من القانون ذاته أنه: لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما^(١). كذلك

ولمدة لا تتجاوز الأسبوعين.

كذلك فإنه يعد من قبيل الأمانة الإجرائية عدم سحب المستندات قبل انقضاء ميعاد الطعن، كذلك فإنه في مجال المرافعة يعد من الأمانة الإجرائية ألا يقاطع الخصم خصمه ومنها أيضاً ألا يستطرد الخصم في المرافعة بما هو غير مفيد؛ لأن الأمانة تستوجب الاقتصاد في الخصومة، وعلى المحكمة أن تتبه الخصم أو محاميه إلى عدم استعمال عبارات جارحة أو مخالفة للآداب أو النظام العام وللمحكمة أن تأمر بمحو أية عبارة من العبارات إذا كانت قد وردت في ورقة من مرافعات المرافعات أو المذكرات، راجع نقض مدني ٥ إبريل ١٩٦٢، مجموعة النقض ١٣ - ٤١٤ - ٦١، وكانت محكمة النقض المصرية قد قضت في حكم لها في ١٥ يناير ١٩٨٩ بأنه أسوأ استعمل القاضي هذه السلطة أو لم يستعملها فإن هذا لا يخل بحق كل من أصابه ضرر من توجيه هذه العبارات دون مقتضى أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.. الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٦ قضائية.

(١) ومن الثابت أن المحامي ملتزم دائماً بالحفاظ على أسرار عملائه باعتبار ذلك من الأمانة لذا قيل إنه يجب عليه الحفاظ على تلك الأسرار التي يعلمها عن طريق مهنته أو بسببها ولا يجوز له الإفصاح عنها إلا بشروط حددها القانون، ويقصد بالسر المهني ما علم به الشخص بسبب ممارسته لمهنة أو حرفة أو وظيفة تتطلب إيداع أسرار الآخرين لديه ومن ثم لا يحق له أن يفشي هذا السر بأي طريقة كانت سواء بالقول أو الكتابة أو الإشارة أو النقل أو غير ذلك من الطرق، وبالتالي فإن الالتزام بالحفاظ على السر المهني هو التزام بتحقيق نتيجة.. راجع الدكتور أحمد سليمان حسن أحمد في رسالته للدكتوراه "مسئولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية في قانون دولة الإمارات العربية - دراسة مقارنة رسالة دكتوراه

أرسى المشرع في قانون الإثبات قاعدة إجرائية قوامها مراعاة الأمانة وذلك في المادة ٨٦ حيث نص فيها على أنه على الشاهد أن يحلف يمينا أن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة.. كذلك اعتمد المشرع على فكرة الأمانة في شأن أداء اليمين الحاسمة في نص المادة ١١٤ من قانون الإثبات حيث يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه وبموجب المادة ١١٦ من القانون فإنه لا يجوز لمن يوجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف، ووفقاً للمادة ١١٧ فإنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه. وبالمثل قررت المادة ١١٩ أنه للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين.

وفي مجال أعمال الخبرة التي يؤديها الخبير كوسيلة من وسائل الإثبات، أوجب المشرع على الخبير مراعاة الأمانة، وهو إن تخلى عنها فقد أجازت المادة ١٤١ من قانون الإثبات رده إذا كان له قريب أو صهر لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته، أو إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنوناً وراثته له بعد موته، أو إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة، أو إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز^(١).

حقوق عين شمس، ٢٠٠٨، ص ١٨٢، وانظر كذلك الدكتور عبد العزيز المرسي حمود، في الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى - دراسة مقارنة، بدون دار نشر ١٩٩٥ ص ٨٦.

ويلاحظ أنه يجوز للقاضي حتى ولو توافرت شروط اليمين أن يمنع توجيهها إذا كان طالبها متعسفاً في طلبه كما إذا قصد بها إهانة الخصم أو الحط من كرامته بين أهله وعشيرته، راجع د. أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية ص ٦٨٩.

(١) ويلاحظ في كل الأحوال أن المحكمة ليست ملزمة بمناقشة الخبير الذي عينته في الدعوى

وفي مقام الصياغة الحالية لنصوص قانوننا المدني اعتمد المشرع الأمانة الإجرائية كمناط الاستعمال الحق الإجرائي في العديد من النصوص، ومن مظاهر ذلك ما قننه المشرع في المادة ٥ من القانون حيث نص فيها على أن استعمال الحق يكون غير مشروع (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) أو إذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.. كما صرح المشرع في المادة ١٦٣ من القانون بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولا ريب في أن نص هذه المادة له مجال عام في التطبيق لأنها وإن بدت للوهلة الأولى قاعدة موضوعية تؤسس وتأصل مبدأ المسؤولية عن العمل غير المشروع إلا أنها تصلح تماماً للتطبيق في المجال الإجرائي حيث قد تتوافر عناصر الخطأ في الخروج عن أمانة التقاضي بين الخصوم أو الأطراف في الخصومة^(١).

ثانياً: موقف فقهاء المرافعات في مصر من منظومة الأمانة الإجرائية:

يعلي فقهاء المرافعات في مصر مبدأ الأمانة الإجرائية أو أمانة التقاضي باعتباره من المبادئ الأصولية السديدة والعتيقة منذ أمد طويل^(٢). وكان أن تعرض

وإنما لها مطلق التقدير في إجراءاتها من عدمه. نقض مدني في ١٨ نوفمبر ١٩٦٥، مجموعة النقض ١٦ ص ١١٠٥، ق ١٧٢.

(١) ومن المسلم به أن الحكم بالتعويض يتطلب دائماً ثبوت الضرر المترتب على الإخلال بالأمانة الإجرائية إذ بدونه لا يمكن ثبوت المسؤولية، وينوه الفقهاء في فقه المرافعات المصري بأنه إذا كان القانون الإجرائي قد تضمن بعض القواعد التي تجيز الحكم بالتعويض، فإنه لم يهتم بتنظيم هذه المسألة لذا يحسن عرض حدود التعويض في ضوء القواعد العامة المقررة في القانون المدني والتي تنظم التعويض في المسائل غير التعاقدية مع الاهتمام بإبراز الجوانب التي تتميز بها التعويضات في المجال الإجرائي. انظر الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته للدكتوراه - حقوق عين شمس في موضوع مسؤولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة في قانون المرافعات، ١٩٨٧، بدون اسم ناشر ص ٨٧١ وما بعدها.

(٢) وبالمثل يقر الفقه الإجرائي المصري بأن المركز القانوني للخصم يفرض عليه عدداً من الواجبات منها ما يتعلق بحسن سير مرفق القضاء وسير الإجراءات كما قد تستهدف هذه

غالبية الفقه المصري للأمانة المنشودة باعتبارها من الواجبات الملقة على عاتق الأطراف جميعاً في كل خصومة أيا كان موضوعها، وكان أن تساءل الفقهاء عما إذا كان مبدأ الأمانة يوجب على الخصوم ووكلائهم قول الحقيقة في وقائع الدعوى^(١).

الواجبات مراعاة حق الخصم الآخر ومن ذلك مثلاً احترام حقوق الدفاع وإعلام الخصم بالإجراءات والمعونة في الإثبات، وعدم عرقلة نظر الدعوى، وأيضاً متابعة سير الإجراءات وتعجيلها كلما أصابها الركود، وترجع مصادر هذه الواجبات إلى القانون ومنها ما يكون مصدره العقد ومنها أيضاً ما يرد لمبادئ حسن النية وحسن الأخلاق والالتزام بعدم الإضرار بالغير كما قد ترد إلى رابطة الخصومة.. راجع الدكتور إبراهيم أمين النفيوي في رسالته للدكتوراه في مسئولية الخصم عن الإجراءات، دراسة مقارنة في قانون المرافعات، رسالة حقوق عين شمس ١٩٨٧، ص ٤٦٣ وما بعدها.

وراجع أيضاً: الدكتور فتحي والي في الوسيط حيث يصرح بأنه "يوجد الالتزام الإجرائي إذا أمر القانون خصماً باتباع سلوك معين لإشباع مصلحة الغير مضحياً بمصلحته الخاصة." راجع الوسيط في قانون القضاء المدني، الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص ٢٩٩ رقم ١٩٦. وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود في التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢٤٧.

(١) راجع الدكتور وجدي راغب في مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات" الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، الناشر دار النهضة العربية ص ٥٢٨ حيث يشير الفقيه إلى واجب الخصم السلوك في الخصومة بحسن نية لأنه إذا كان الأصل أن الخصم حر في مباشرة حقوقه الإجرائية، فإن هذه الحرية ليست مطلقة، ويحكم القضاء بالتعويض عن الدعاوى أو الدفاع الكيدي باعتباره تعسفاً في استعمال حق الدعوى أو حق الدفاع.. وينوه الفقيه إلى أنه بموجب النص الوارد في المادة ١١٨ مرافعات فإن هناك واجب على الخصم بأن يباشر الإجراءات بحسن نية، ويمكن أن نستنتج على سبيل القياس واجب الخصم السلوك في الخصومة عموماً بحسن نية بحيث يلتزم أيضاً بالألا يمتنع بسوء نية عن اتخاذ إجراء أو تقديم دليل، وذلك لأن واجب حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم ويقيد سلوك الخصم الإيجابي والسلبى في إطار هذا المركز، ومع ذلك فإن واجب حسن النية لا يلزم الخصم بالصدق المطلق في الخصومة، بحيث يلتزم مثلاً بأن يقدم العناصر والحجج التي في صالحه أو في

ومن المؤكد بالإجماع أنه يجب أن توضع الجزاءات الصارمة على كل خصم استعمل الكذب أو الخداع بأن أكد فعلاً غير حقيقي أو أنكر أمراً حقيقياً.. على أن الأمانة المطلوبة ليس مرادها أن يعاقب الخصم أو غيره من أطراف القضية على الخطأ أو الإهمال أو النسيان، وإنما "يعاقب على ما عقد عليه الأقوال أو الإيمان، إذ لا يصح أن يستحل المرء الكذب أمام القضاء ليخلص مما عليه من الواجبات أو ليقضى له بحقوق ليست له"، لذا "إن الجزاءات التي توجه على المدين الذي ينكر ديونه عمداً - وإن لم تطبق كثيراً - فإنها تنبه الخصوم إلى أنه ليس من المباح لهم أن يدافعوا عن أنفسهم بكل الوسائل حتى الكذب"^(١).

ويرد الفقهاء في فقهننا الإجرائي المصري التزام الخصم بقول الحقيقة على أساس من مبدأ حسن النية في التقاضي وفي سير القضية أمام القضاء لأن من دواعي حسن النية عدم الكذب أو الغش أو التحايل، كما وأن الالتزام بتسيير القضية وتسهيل نظرها أمام القضاء هو التزام عام مفروض على من كان خصماً في القضية أو طرفاً فيها^(٢). وعلاوة على ذلك يرد الفقهاء مقتضى الأمانة أيضاً

صالح خصمه، إذ لا يتمشى هذا الواجب الأخلاقي مع فكرة المواجهة في الخصومة.. الواقع أنه إذا فرض هذا الواجب، فإنه لن يحترم من الناحية العملية في أغلب الأحوال، ولن يؤدي إلا إلى إحراج الخصم النزيه.. راجع د. وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني ص ٥٢٩، راجع في هذا المعنى أحمد أبو الوفا في مرجعه نظرية الأحكام في قانون المرافعات طبعة ١٩٧٧ ص ١٦٠ وما بعدها.

(١) راجع الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر، طبعة ١٩٢١، ص ١١٠، رقم ٨٩.

(٢) ويعطي الفقهاء للغش أو التدليس المنافي للأمانة الإجرائية أمثلة عديدة منها اللجوء إلى الطرق الاحتيالية التي يستخدمها الخصم لتضليل المحكمة وإيقاعها في الخطأ ومن ذلك أيضاً السكوت عمداً عن واقعة وملابسة منتجة في الدعوى أو العمل على عدم وصول الإعلان إلى المعلن إليه أو سرقة المراسلات التي يبعث بها الخصم إلى محاميه أو الاتفاق مع محامي الخصم على إهدار مصالح موكله أو حلف اليمين المتممة كذباً أو تقديم ورقة مزورة مع العلم بكونها كذلك أو الاستعانة بشاهد زور أو أن يحول الخصم دون تقديم خصمه لورقة قاطعة في الدعوى، راجع الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح

إلى ضرورة عدم التسبب في إحداث أضرار متعمدة بين الأطراف إذ لا ضرر ولا ضرار.

ويؤكد الفقهاء في فقه المرافعات المصري على أن الأمانة الإجرائية ترتب نتائج عديدة توجه بالضرورة مسلك الخصم إذ "يجب أن يسلك في المرافعات - شفوية أو كتابية - سبيل الصراحة والاستقامة والولاء، ويجب ألا تكسب القضايا بالمهارة أو المباغته، كما يجب أن تكون النية الحسنة أساساً للمرافعات، فلا يسمح مثلاً لمحام أن يؤخر التمسك بدفوعه الفرعية أو الموضوعية كلها أو بعضها إلى جلسة يباغت فيها الخصم مباغته كان من الممكن تجنبها لو قدمها وقت تحضير القضية أو في مذكراته المحررة من قبل، فإن غرض المرافعات إظهار الحقائق، ويجب ألا تكون درعاً يستعمله المتعنت أو سيء النية للتغلب على خصمه"^(١).

ويضرب الفقهاء أمثلة عديدة لوجوب مراعاة الأمانة الإجرائية، فمثلاً لا يجوز للمدين أن يماطل في التنفيذ أو أن يهرب أمواله بسوء نية، وإذا كان القانون يحمي المدين في أجرته أو في بعض منقولاته فيجعلها في مأمن من الحجز فإن ذلك لا يجب أن يغدو مدعاة إلى الاحتيال في الفرار من الأحكام الصادرة عليه أو الاستهزاء بالقضاء، أو بتهريب أمواله وترك الدائنين في حيرة من أمرهم لا يلوون على شيء.. كذلك تدعو الأمانة الإجرائية إلى عدم التعسف في استعمال حق التقاضي ومن ثم قيل بأنه ينبغي أن يقرر القانون صراحة أنه يجوز الحكم بالتعويضات على كل شخص أساء استعمال حق أباحه المشرع في قانون المرافعات في رفع الدعاوى أو دفعها وتنفيذ الأحكام مادامت لم تستعمل هذه

=

قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية ص ٩٠٧ رقم ٥٥٣.
(١) راجع الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق الإشارة إليه ص ١١٠، رقم ٨٩.. ومن المستقر في فقه المرافعات أن المرافعة هي الشرح الشفوي للخصم أو محاميه للدعاءات أو أوجه الدفاع وأسانيدها أمام المحكمة، والأصل أن تسمع المحكمة أولاً مرافعة المدعي أو محاميه ثم تسمع مرافعة المدعى عليه أو محاميه، وللمحكمة أن تسمع إلى أيهما أكثر من مرة وفقاً لما تراه حتى تتضح لها الحقيقة بما فيه الكفاية، على أنها يجب أن تراعي القيد المقرر في المادة ١٠٢ من قانون المرافعات والذي من مقتضاه أن يكون المدعى عليه هو آخر من يتكلم. راجع في عرض ذلك بمزيد من الشرح والإيضاح الدكتور فتحي والي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٤٧٦ رقم ٢٨٤.

الحقوق إلا نكاية بالخصم، على أن يكون الحكم بهذه التعويضات علاوة على ما يقضي به من مصاريف الدعاوى، بحيث تقابل هذه التعويضات ما لحق الخصم من ضرر^(١). كذلك فإن المشرع الإجرائي قد يفرض جزاءات متنوعة على عدم الأمانة الإجرائية في الخصومة ومن ذلك ما يقرره من بطلان الإجراء أو الغرامة أو التعويض^(٢).

ولا ينبغي الاعتقاد في أن الأمانة الإجرائية متطلبة كمبدأ أساسي يلتزم به الخصوم وحدهم، بل إنها متطلبة أيضاً فيما يباشره القاضي من أعمال قضائية سواء أكنّا إزاء القضاء القطعي أو الولائي؛ لذا تحتم الأمانة على القاضي أن يحكم بالذمة والصدق وهو ما استوجبه المشرع عندما أوجب على القاضي تأدية اليمين^(٣). ثم إن

(١) راجع الدكتور عبد الحميد أبو هيف في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٩٨.. وراجع في هذا المجال نص المادة ٢٣٥ مرافعات حيث جاء فيها أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد. وراجع أيضاً المادة ٢٧٠ مرافعات في شأن الطعن بالنقض حيث نصت على أنه إذا رأت محكمة النقض أن الطعن أريد به الكيد، فلها أن تحكم بالتعويض للمدعى عليه في الطعن.

(٢) ومن الملاحظ أن المشرع قد يرتب على عدم الأمانة الإجرائية في مجال مراعاة الشكل بعض الآثار القانونية منها مثلاً ما نص عليه في المادة ٢٠ مرافعات من بطلان الإجراء أو سقوط الحق في اتخاذ الإجراء أو سقوط الحق في تقديم الدفوع المتعلقة بالإجراءات طبقاً للمادة ١٥١ مرافعات أو سقوط الحق في الطعن إعمالاً للمادة ٢١٥ مرافعات أو اعتبار الإجراء كأن لم يكن طبقاً للمادة ٢/٣٢٠، والمادة ٣٧٥ مرافعات.

(٣) لذا قيل وبحق: لا يكفي أن تكون أحكام القضاء عادلة، بل يجب أن تكون بعيدة عن مظنة التحيز لتصبح موضع الطمأنينة والاحترام ولذلك أباح القانون للخصوم أن يطلبوا امتناع القاضي عن سماع خصوماتهم والحكم فيها إذا أثبتوا أن هنالك أسباباً وبواعث قد تجعل الحكم موضع شبهة وغير خال من شوائب التحيز أو الانتقام، راجع محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، مكتبة الآداب ومطبعتها ١٩٥٨، ص ٤٥١ رقم ٩٠١.

ويمكن أن تجد ذات المبادئ المؤسسة على الأمانة الإجرائية للقضاة في مختلف الأنظمة الإجرائية المقارنة. لذا قال الأستاذ Beth Walston – Dunham في الفقه الأمريكي أن مهمة القاضي هي حل النزاع القائم بين طرفين لدى كل منهما تفسير مختلف للقانون وعلى

على القاضي واجباً تقتضيه الأمانة بأن يحكم بمقتضى القانون بمصادره المقررة تشريعياً وألا يعتذر بعدم وجود قاعدة قانونية فينكر العدالة^(١). ولقد بلغ حد استتكار المشرع لعدم الأمانة في هذا المجال إلى حد تجريم إنكار العدالة من القاضي، كذلك تلزم الأمانة القاضي بالأ يتولى نظر دعوى ما لو كان له فيها مصلحة أو كان ارتباطه بأحد الخصوم مما يؤثر على حياده وعدم الانحياز. من أجل ذلك قرر المشرع في الباب الثامن من قانون المرافعات المصري حالات لعدم صلاحية القاضي أو لرده أو تحييته، فالقاضي عليه أن يراعي الأمانة فيكون غير صالح لنظر الدعوى وممنوع من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى

=

القاضي أن يقيم موقف كل منهما ويمحص الوقائع ويبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وعليه أن يطبق القانون على النزاع.

Jurists – Commonly Called Juges – are individuals who resolve disputes between parties who have different interpretations of the circumstances of the parties. The juge determines which legal standards are most appropriate.

راجع:

Beth Walston – Dunham; Introduction to law. Third Edition. Fremont, Nebraska. P. 486.

(١) وجددير بالذكر أن دور القاضي لم يعد يقتصر على الحياد باعتبار أن الخصومة ملك للخصوم وحدهم وإنهم هم من يحددون موضوعها محلاً وسبباً عن طريق ما يقدمونه من دفوع وإنهم من يقدمون الأدلة التي يحققها القاضي، ذلك أن الأمانة الإجرائية قد أصبحت تقضي على القاضي أن يشارك في الخصوم في توجيه الخصومة لذا قيل وبحق أن حياد القاضي لا يتنافى مع سلوكه الإيجابي في توجيه سير الخصومة، وتطبيقاً لذلك خول المشرع القاضي تكليف الخصوم بإيداع المستندات أو القيام بإجراء في ميعاد معين وإلا فرض عليهم جزاءات معينة كما خوله سلطة اختصام الغير من تلقاء نفسه إذا رأى ذلك لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة وكذلك سلطة وقف الخصومة... راجع الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٣٧٧.

أو مع زوجته، أو إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنونة وراثته له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة^(١). أو إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة أو حتى إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها. ولقد رتب المشرع على عدم مراعاة القاضي لهذه الحالات وإخلاله بالأمانة أثراً قانونياً حددته المادة ١٤٧ من قانون المرافعات حيث ورد فيها النص على أنه: يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم.. ويقع هذا البطلان إذا كان الحكم قد صدر من محكمة النقض، حيث يجوز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى، ولما كان من المتصور ألا يراعي القاضي واجب الأمانة في الحالات التي أقر فيها المشرع بعدم صلاحيته لنظر الدعوى فقد أورد في المادة ١٤٨ مرافعات حالات تجيز رد القاضي^(٢). حيث إنه

(١) وإذا كان المشرع يقرر وجوب مراعاة القضاة للأمانة الإجرائية فإنه يمكن مساءلتهم تأديبياً، وتمشياً مع ذلك ورد في القانون رقم ٥٨ - ١٢٧٠ الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ في فرنسا في المادة ٤٣ أنه:

"Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire.

وبموجب الفقرة الأولى من المادة ١١ من القانون الفرنسي رقم ٥٨ - ١٢٧٠ والصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ فإنه:

Ne Sont responsables que de leurs fautes personnelles... que la responsabilité de ceux d'entre eux qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat.

(٢) وإذا كان المشرع حريصاً على حماية حيده القاضي، فإنه في نفس الوقت لم يغفل عن حق المتقاضي إذا كانت لديه أسباب تدعو إلى مظنة التأثير في هذه الحيده ووجد السبيل ليحول بين من قامت في شأنه هذه المظنة وبين القضاء في دعواه، ومن هنا قام حق رد القاضي

يجوز رده إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا جدد لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة عليه ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه أو إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده، أو إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده أو إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

وكنتيجة حتمية لإلزام القاضي بالحكم بالنزعة والصدق أوجب المشرع عليه أن يحافظ على أسرار المداولات، ويعد الحفاظ على هذه السرية من طبيعة عمل القاضي حتى ولو لم يكن هناك نص قانوني يفرض عليه هذا الالتزام لذا كان الفقهاء في ققهن الإجرائي المصري يسلمون باعتبار الحفاظ على سرية المداولات من الالتزامات الملقاة بالضرورة عند أدائه لليمين القانونية بأن يؤدي عمله بأمانة وبالرغم من أن قانون المرافعات المصري القديم لم يكن قد قنن هذه القاعدة إلا أن محتواها كان مسلماً به في الفقه بالإجماع، ولقد قيل وبحق بأنه وإن لم يرد به نص صريح في القوانين المصرية، إلا أنه يجب مراعاته في نظام قضائي أخذ نقلاً عن النظام الفرنسي الذي يدخل فيه هذا الواجب ضمن ما يحلف به القاضي عند استلامه وظيفته". ومع ذلك فإن المشرع الإجرائي المصري كان قد تدخل عند إصداره لللائحة محاكم الأخطاط في المادة ٥٢ ليقرر وجوب المداولة سراً ثم استقر هذا المبدأ القائم على واجب الأمانة في نص المادة ١٦٦ من قانون المرافعات الحالي التي ورد فيها الإشارة إلى أن "تكون المداولة في الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين"^(١). ونص في المادة ١٦٧ على أنه "لا يجوز

عن نظر نزاع بعينه كحق من الحقوق الأساسية التي ترتبط بحق التقاضي ذاته، راجع في عرض ذلك الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٣، الناشر دار الجامعة الجديدة، ص ٨٥، رقم ٢١.

(١) والأصل أنه يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم في الجلسة، كما وأن لها أن تؤجل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى وهي بذلك تحجز القضية للحكم، وقد تنطق المحكمة بالحكم في الجلسة المحددة ثم تؤجل إصداره إلى جلسة أخرى وهذا ما يعرف بمد

أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً، وبالمثل قرر المشرع في المادة ٧٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ أنه "لا يجوز للقضاة إنشاء سر المداولات". كما كانت الأمانة الإجرائية هي السبب المبرر لمنع المشرع في المادة ٧٥ من هذا القانون الأخير من أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية. كما لا يجوز أن يكون ممثل النيابة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه ممن تربطهم الصلة المذكورة بأحد القضاة الذين ينظرون الدعوى، ولا يعتد بتوكيل المحامي الذي تربطه بالقاضي الصلة المذكورة إذا كانت الوكالة لاحقة لقيام القاضي بنظر الدعوى.

وبالمثل أوجب المشرع الأمانة الإجرائية على المحامين حيث قرر في المادة ٦٢ من قانون المحاماة الحالي أنه على المحامي أن يلتزم في سلوكه المهني والشخصي بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها

=

أجل الحكم وقد تفتح المحكمة باب المرافعة إذا تبين لها وجود أسباب تدعو إلى ذلك، وإذا انتهت المحكمة في نظرها للدعوى تكون القضية في مرحلة المداولة، والمداولة معناها تبادل وجهات النظر بين القضاة الذين استمعوا للمرافعة إذا تعددوا، والأصل أنه لا يجوز في فترة المداولة الاستماع إلى أحد الخصوم إلا بحضور الخصوم الآخرين كما لا يجوز تقديم مذكرات أو أوراق، ومن الثابت في قانون المرافعات أنه يجب أن يكون القضاة المشتركون في المداولة هم من سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً.. راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح والتفصيل الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، طبعة ١٩٨٠. الناشر دار الفكر العربي ص ٥١٢، ٥١٣. وراجع كذلك الدكتورة أمينة النمر في أصول المحاكمات المدنية، طبعة ١٩٨٨ الناشر الدار الجامعية ص ٢٠٧ رقم ١٨٠، وحيث تشير إلى أنه إذا كانت المحكمة مشكلة من قضاة متعددين، فإن المداولة أو المذاكرة تجري فيما بين القضاة للوصول إلى الحكم الذي يتم النطق به، والمداولة هي التشاور فيما بين هيئة المحكمة للوصول إلى القرار الذي يكون حكماً في الدعوى.. وأن تكون المداولة سرية فيما بين أعضاء المحكمة التي تصدر الحكم، فلا يشترك فيها غيرهم ولو كانوا من أعضاء السلطة القضائية. وكل إفشاء لسرية المداولة أو المذاكرة يشكل الجرم المعروف بانتهاك سرية المهنة..

عليه القانون والنظام الداخلي للنقابة ولوائحها وآداب المحاماة ونقائدها^(١). كما قرر في المادة ٦٥ من ذات القانون أنه: على المحامي أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته^(٢). ونص في المادة ٨٠ على أنه على المحامي أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل المشورة لخصم موكله في النزاع ذاته أو في نزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى فيه رأياً للخصم أو سبقت له وكالة عنه فيه

(١) ومن المعلوم أن المحاماة هي مهنة حرة وأن المحامين أعوان القضاة وهدفهم تحقيق العدالة وتأكيد فاعلية القانون وسيادته وهم من يناط بهم مساعدة المتقاضين ومباشرة الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية فضلاً عن صلاحيتهم في إبداء المشورة أو النصح في القانون، راجع في مهمة المحامي الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧، ص ٤٥٩ وما بعدها.. ومن الثابت في قانون المحاماة أنه يجب على المحامي أن يلتزم في سلوكه المهني والشخصي بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة ويجب عليه أن يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه القانون وأيضاً النظام الداخلي لنقابة المحامين. كما لا يجوز للمحامي أن يمثل مصالح متعارضة ولا يحق له أن يشتري الحقوق المتنازع عليها ولو كان ذلك باسم مستعار، كما وأن المحامي ملتزم بعدم إفشاء أسرار المهنة كما يجب عليه الامتناع عن سب الخصوم أو ذكر ما يسيء إليهم أو اتهامهم بما يمس اعتبارهم أو شرفهم أو يحط من كرامتهم، ومن مقتضيات الأمانة في المحامي أن يرد الأوراق والمستندات الأصلية إلى موكله عند انتهاء الوكالة كما يجب عليه ألا يمارس المحاماة عن طريق الدعاية أو الترغيب أو ممارسة المهنة عن طريق وسطاء... راجع في الإشارة إلى واجبات المحامي:

Beth Walston – Dunham; Introduction to law. Third Edition p. 489.

(٢) راجع في الإشارة إلى تعريف مهنة المحامي وما يمارسه من أعمال قانونية متعددة:

Smith and Bailey, on the modern English legal system. Third Edition.
Sweet and Maxwell. P. 113.

وحيث الإشارة إلى أن:

"the title "lawyer" is reserved for those who have achieved the special status of membership of the "legal profession" It is not a straight forward job description: many non- lawyers perform legal tasks, some of them full-time..

ثم تتحى عن وكالته، وبصفة عامة لا يجوز للمحامي أن يمثل مصالح متعارضة. كذلك حظر المشرع في المادة ٨١ من قانون المحاماة على المحامي أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها إذا كان يتولى الدفاع.

كما فرض المشرع واجب الأمانة الإجرائية على العاملين في المحاكم من كتاب ومحضرين و مترجمين حيث قرر في المادة ١٥٨ من قانون السلطة القضائية أن "يلحف الكتاب والمحضرون والمترجمون أمام هيئة المحكمة التابعين لها في جلسة علنية ميمناً بأن يؤدوا أعمال ووظائفهم بالذمة والعدل"، وجاء في المادة ١٦٠ من ذات القانون أن العاملين بالمحاكم ممنوعون من إذاعة أسرار القضايا، وليس لهم أن يطلعوا عليها أحداً من غير ذوي الشأن أو من تبيح القوانين أو اللوائح أو التعليمات اطلاعهم عليها". كما ورد في المادة ١٦٢ من ذات القانون أنه: يجب على العاملين بالمحاكم المؤتمنين على نفود أو أمانات أو مهمات أو أشياء أخرى ذات قيمة أن يقدموا ضماناً في حدود القانون المالي والتعليمات المالية وتقديم هذا الضمان لا يخلي رؤساء الكتاب ورؤساء المحضرين الذين يتبعهم هؤلاء المستخدمين من المسؤولية في حالة حصول إهمال من الرؤساء المذكورين^(١).

(١) وبموجب قانون السلطة القضائية يوجد بكل محكمة مكتب يطلق عليه قلم الكتاب ويتكون هذا القلم من كبير الأمانة ورؤساء الأقسام وأمناء السر والكتاب ويقوم قلم الكتاب باستلام صفح الدعاوى وقيدها وتقدير الرسوم القضائية وتحصيلها، كما يقوم بتسليم أصول وصور صفح الدعاوى إلى قلم المحضرين لإعلانها، ويعد قلم الكتاب محلاً احتياطياً للخصوم يعلنون فيه بالأوراق والإجراءات القضائية في حالات معينة قانوناً، أما المحضرون فهم موظفون مختصون بإعلان للأوراق القضائية على اختلاف أنواعها، وقد أوجب القانون أن يعين لكل محكمة ابتدائية كبير للمحضرين، ولا يجوز - بموجب المادة ٢٦ مرافعات - للكتابة ولا لغيرهم من أعوان القضاء أن يباشروا عملاً يدخل في حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم وأصهارهم للدرجة الرابعة وإلا كان العمل باطلاً..

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ينظم القانون الأمريكي أعواناً للقضاة وهم

Billing clerk, law office administrator, law clerk, filing clerk, receptionist , librarian, legal investigator ..

راجع في الإشارة إلى ذلك والإشارة إلى العمل المنوط بكل منهم:

Beth Walston – Dunham; Introduction to law. Third Edition. P. 498.

ثالثاً: الأمانة الإجرائية في التشريع والفقہ الإجرأئى الفرنسى:

تعد الأمانة الإجرأئىة مفترضاً أسمى من المفترضات التى أسس عليها المشرع الفرنسى قانونه الإجرأئى فى المرافعات بصفة عامة. لذا نجد المشرع يعتمد بمبدأ جماعية القضاء *la formation ordinaire du tribunal de grande instance est collégiale* بما يعنى تشكيل كل دائر من الدوائر القضائية من عدد مفرد من القضاة حتى تكون فى جماعتهم ضمانة لإعلاء النزاهة والاستقامة والأمانة^(١). من أجل ذلك أوجب قانون المرافعات الفرنسى أن تتكون المحكمة الابتدائية من دوائر وفى كل دائرة ثلاثة من القضاة - كذلك اعتنق المشرع مبدأ علنية المحاكمة حتى يتسنى لعامة الأفراد تتبوع أداء العدالة ومراقبة الأمانة لدى القضاة والأطراف فى الخصومة، وجعل من المداولة شرطاً لازماً يسبق إصدار الأحكام حيث تتكشف رؤية كل قاض ويبرر الاقتناع القضائى بالحكم فى أسبابه ومنطوقه.

وبقصد تقرير موجبات الأمانة لدى القاضى كفل المشرع الفرنسى الاستقلال للقضاة عن السلطة التنفيذية حيث أعلى المشرع مبدأ خضوع القضاة إلى المجلس الأعلى للقضاء *a' assure une véritable independance de celui-ci par rapport au gouvernement* بحيث يكون هذا المجلس هو المعنى بشئونهم^(٢)؛ لذلك توسع المشرع الدستورى الفرنسى بموجب القانون المكمل للدستور رقم ٩٣ - ٩٥٢ والصادر فى ٢٧ يوليو عام ١٩٩٣ من اختصاصات ذات المجلس بالنسبة لأعضاء النيابة العامة *à étendre la compétence du conseil supérieur de*

(١) ويصرح الأستاذان G. Cornu et J. Foyer فى الفقہ الفرنسى أن مبدأ جماعية القضاء

هو مبدأ مقرر منذ ٢٧ فنتوز من العامن الثامن للثورة الفرنسية وفى ذلك يقولان:

Chaque tribunal civil est une juridiction collégiale. Siégeant à l'audience, il doit comprendre 3 juges au moins [1.27 ventôse an VIII, a.16] assistés d'un greffier et doit délibérer en nombre impair

راجع:

Gérard Cornu et Jean Foyer; Procédure civile Presses universitaires de France. 1958 p. 155.

(٢) راجع:

Gérard Couchez; Procédure Civile. 10e éd Sirey. P.84 No. 112 bis.

la magistrature aux magistrats du parquet^(١). وترجع العلة في ذلك إلى رغبة المشرع الفرنسي تحقيق الاستقلال الأمثل للنيابة العامة عن السلطة التنفيذية ثم إن في هذا الاستقلال تحقيق لموجبات الأمانة لأن التبعية للسلطة التنفيذية ربما كان عاملاً مؤثراً سلباً في النزاهة والأمانة المنشودة في أي من القضاة أو أعضاء النيابة^(٢).

وفي فقه المرافعات الفرنسي يؤكد الفقهاء على ضرورة استقلال القضاة تماماً عن السلطة التنفيذية لما لذلك من أثر في تعزيز التشبث في أداء العمل القضائي برمته بالاستقامة والأمانة، وبنوه الفقهاء الفرنسيين من أمثال الأستاذ Gérard Couchez إلى أن الدستور الفرنسي الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨ قد عهد في المادة ٦٥ منه إلى رئيس الجمهورية بتعيين أعضاء مجلس القضاء الأعلى وأوضح كيفية تشكيله، ومع ذلك ينتقد "كوشيه" ما قرره الدستور من أن يتولى وزير العدل أو نائبه رئاسة هذا المجلس باعتبارهما من أعضاء السلطة التنفيذية مما قد لا يحقق الاستقلال اللازم^(٣).

(١) راجع في الإشارة إلى اختلاف عمل القضاء الجالس عن النيابة العامة الأستاذ "كوشيه"

حيث ينوه إلى أن القضاء الجالس بحاجة مطلقة إلى خاصية الاستقلال وفي ذلك يقول:

Les premiers – qui ont à juger les affaires – doivent en effet bénéficier de règles tendant à garantir leur indépendance

أما أعضاء النيابة العامة فإن لهم صفة السلطة التنفيذية التي تمثل المجتمع أمام المحاكم:

En qualité d'agents du pouvoir exécutive auprès des tribunaux

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 83 No. 112.

(٢) ومن المقرر في النظام الإجرائي الفرنسي أن النيابة العامة إما أن تكون خصماً أصلياً في

الدعوى وهي قد تكون مدعية أو مدعى عليها، وقد تكون خصماً منضماً، وتكون هي آخر

من يتكلم في المرافعة. راجع:

ع:

Jean Vincent et Serge Guinchard: procédure Civile. 22^e edition

Dallaoz. P. 401 No 531.

وفي ذلك يقول الفقيهان:

"On rappelle que si le ministère public est partie principale, il prend la

=

وعلى كل حال فإن النظام الإجرائي الفرنسي يكفل موجبات استقلال القضاة ويتشدد في حماية القضاة مما يؤثر في أمانتهم؛ لذا ورد في المادة ٦٤ من دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ النص على أن القضاة غير قابلين للعزل "les magistrats du siège sont inamovibles" لأن القاضي إذا ما جاز عزله خضع للخشية وغلبته المصالح وتجرد من الموضوعية وفقد سلطان العدل ونازعته الأهواء وأثر السلامة والحفاظ على مورد الرزق، وفي ذلك ما يعصف بالنزاهة ويخل بالأمانة المطلوبة في كل عمل من أعماله^(١).

parole comme un plaideur ordinaire, en qualité de demandeur ou de défendeur, En revanche, lorsque le ministère public est partie jointe, il prend la parole le dernier.

(٣) وفي ذلك يقول الفقيه:

il faut remarquer qu'il s'est agi, avant même d'étendre la compétence du conseil supérieur de la magistrature, de reformer Cet organe de manière à assure une véritable indépendance de celui – ci par rapport au gouvernement, c'est qu'en effet ledit conseil ne peut vraiment garantir l'indépendance des magistrats, notamment par rapport au pouvoir executife, que s'il est lui- même... indépendant d'un tel pouvoir!

راجع كوشيه في المرجع السابق الموضوع السابق.

(١) ويصرح الأستاذ "موريل" بأن عدم قابلية القضاة للعزل تعني عدم جواز إبعادهم عن عملهم القضائي ومن ثم لا يجوز للمشرع أن يضع ضوابط تجيز هذا العزل كما لا تملك السلطة التنفيذية عزل القضاة ولو بطريق غير مباشر:

L' inamovibilité des juges Consiste en ce que ceux- ci ne peuvent être privés ou suspendus de leurs fonctions, si ce n'est dans les formes et sous les conditions determinées par la loi.

ولا تعد عدم القابلية للعزل ميزة للقاضي إنما هي مبرر لاستقلاله ولحسن أداء العدالة وتحقيق المصلحة العامة، ولقد نص المشرع الدستوري الفرنسي على هذه القاعدة في دستور ١٩٤٦

كذلك حدثت الاعتبارات الموجبة لكفالة الأمانة في القضاة إلى ألا تكون ترقية القضاة بيد السلطة التنفيذية ولا تكون مساءلتهم جائزة أمام هذه السلطة وإنما أمام مجلس تأديب خاص يشكله مجلس القضاء الأعلى، كما حظر عليهم المشرع القيام بأعمال تتنافى مع استقلالهم أو تؤثر في أدائهم لعملهم بالأمانة، لذا لا يجوز لهم مباشرة التجارة أو الجمع بين تولي القضاء والتمثيل النيابي.

وإذا كان ما تقدم هو موقف المشرع الفرنسي في موجبات أمانة القضاة، فإن "للأمانة الإجرائية" مجال آخر أكثر توسعاً ومدى في التطبيق، ألا وهو الأمانة بين الخصوم أنفسهم، إذ الأمانة مطلوبة في كل أداء للعمل الإجرائي وهي المبدأ الراسخ الذي يسود في العلاقة بين الخصوم بعضهم البعض، ولها مجال مطلق في التطبيق في مجال "مبدأ المواجهة بين الخصوم" *Principe de la contradiction* وهو المبدأ اللازم في شأن القضاء القطعي، وفي ذلك يقول الأستاذ "كوشيه" أن: "la procédure contentieuse doit avoir un caractère contradictoire, ou du moins tout doit être fait pour qu' elle ait un tel caractère"^(١).

ويمكن رد لزوم الأمانة الإجرائية في هذا المجال إلى ما تقتضيه المواجهة بين الخصوم من عرض كل خصم لأسانيده وحججه. من أجل ذلك قنن المشرع في المواد من ١٤ إلى ١٧ من قانون المرافعات الفرنسي عدة ضوابط مؤسسة في جوهرها على وجوب إعلاء الأمانة، لذلك أوجبت الأمانة المساواة بينهم^(٢) *a pour*

وكان مقررًا في دستور ١٨٤٨ ودستور ١٨٥٢ ومع ذلك لم يرد النص عليه في دستور عام ١٨٧٥ وكان مؤدى هذا الدستور الأخير جواز عزل القضاة... راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح:

René Morel, *Traité Élémentaire de procédure Civile*. Deuxième édition., Recueil sirey. P. 133 No. 138.

(١) راجع: Gérard Couchez op. cit. p. 188 No. 238.

(٢) ولا ريب في أن خاصية المساواة بين الخصوم هي من مقتضيات الأمانة الإجرائية ليس فحسب في ظل النظام الإجرائي الفرنسي، بل في ظل كل نظام إجرائي مقارنة لذا اقتضت المساواة إعلاء مبدأ المواجهة بين الخصوم في المحاكمة في المحاكم الإنجليزية وفي ذلك يقول الأستاذان Smith and Bailey أن:

but d'assurer une égalité في المراكز وكان أن قرر المشرع البطلان كأثر للإخلال بهذا الحق المتحقق بالأمانة، كما يعد البطلان من النظام العام *Consideré Comme d'ordre public* كما يجب أن تتصرف الأمانة إلى احترام حقوق الدفاع "respect des droits de la défense"^(١). ولا يقتصر ذلك على احترام حقوق المدعي في دفاعه عما يدعيه وإنما احترام حقوق المدعى عليه في نفي ما يدعي عليه به. كما وأن الأمانة الإجرائية تمتد لتشمل مراعاة موجباتها من جانب القاضي في تسببيه للأحكام.

وتعد الأمانة الإجرائية شرطاً متطلباً في كل قضية منذ بدء التداعي أمام القضاء وهي تصاحب استهلال الدعوى بإعلام الخصم خصمه ببدء الإجراءات القانونية^(٢). وهذه الأمانة هي ما اقتضاها المشرع الفرنسي في المادة ١٤ من قانون

=

"Adversarial procedure is the fundamental, characteristic feature of English civil justice. "you have two adversaries in every civil dispute – Someone asserting a right, Someone denying it, someone contending for one thing, someone contending against it.

راجع:

Smith and Bailey; on the modern English legal system. Third Edition p. 783

وراجع في هذا المعنى كذلك:

Sir Jack I. H. Jacob, "the Adversary System of Civil litigation" 1983. City of London law Review, 17, 18.

وانظر كذلك:

N. Andrews, Principles of civil Procedure. 1994, chap. 3 and Woolf Report 1995 p. 29.

(١) راجع: Gérard Couchez, Procédure Civile. Op. cit. p. 183 No. 238.

(٢) راجع في إظهار معنى الأمانة الإجرائية في هذا المجال:

Couchez; "Principe de la contradiction", J. class. procédure, civ. Fasc. 114.

=

المرافعات التي ورد فيها النص على أنه لا يمكن أن يحكم على شخص لم تسمع ادعاءاته أو دفاعه.

"la nécessité d'informer l'adversaire de l' existence de la procédure engagée contre lui est affirmée a' l' article 14 du nouveau code" Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée"⁽¹⁾.

ومن نتائج مبدأ الأمانة في مجال المواجهة أن يبسط كل خصم حجه أو أسانيده أمام الخصم الآخر. ولذلك شق إيجابي كما وأنه له شقاً سلبياً، ويتحقق الأول بوضوح الادعاء أو الدفاع وظهوره وعدم المباغته أو المراوغة أو المواربة أو التجهيل أو تعمد الإبهام أو الغموض، أما الثاني فهو الامتناع عن الملاحقة وعدم التمكين من الرد. وعلى القاضي أن يراقب هذه الأمانة ويتيح فرص المساواة والتكافؤ بين الخصوم جميعاً إذ بذلك يتحقق الحد الأدنى من الأمانة الإجرائية المطلوبة في المباراة أمام القضاء⁽²⁾. ولقد عرضت محكمة النقض الفرنسية لدواعي الأمانة في هذا المقام في حكم قديم لها وكان أن عزته لقواعد القانون الطبيعي وفي ذلك تقول المحكمة في حكمها في ٧ مايو ١٨٢٨ أن:

La défense etant un droit naturel énonçait- elle alors, personne ne doit condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de sa fëndendre.

ويتفرع عن واجب الأمانة الإجرائية في مجال المواجهة ما يتعين أن يراعيه الخصم - كل خصم - من ميعاد للحضور أمام المحكمة: observation des délais de Comparution وينوه الأستاذ "كوشيه" في الفقه الفرنسي إلى الصلة بين ميعاد الحضور وبين موجبات المواجهة. فمثلاً لا ينبغي أن يكون الميعاد المقرر لنظر

وانظر كذلك:

Normand: "les droits de la défense devant les juridictions du travail"

Semaine Sociale lamy, Suppl. No. 410, 24 mai 1988 D. 51 ets.

(١) راجع "كوشيه" في المرجع السابق ص ١٨٤.

(٢) حكم نقض فرنسي في ٧ مايو ١٨٢٨، مدني. سيري ١٨٢٨ - ١ - ٩٣.

Civ. 7 mai 1828, S. 1828. I. 93.

الدعوى قصيراً بما يتعذر معه على المدعى عليه الاستعانة بمحام أو إعداد دفاعه، ولقد أوجب المشرع في المادة ٢/٧٥٢ من قانون المرافعات ألا يقل ميعاد الحضور عن خمس عشر يوماً والعلة في تقرير هذا الميعاد هو عدم مباغثة المدعى عليه أو مفاجأته وفي ذلك ما يقتضيه أمانة التقاضي.

وتعد الأمانة الإجرائية واجباً يلزم الحفاظ عليه في كل إجراء من الإجراءات المتبعة أثناء نظر الدعوى *Déroulement de l'instance* إذ يجب على الخصم أن يتيح لخصمه الفرصة الكافية ليعلم هذا الأخير القاضي بالعناصر والوقائع والظروف والملابسات المفيدة في نظر الدعوى وأن يتخذ الإجراء المفيد في الدعوى المطروحة في الوقت المناسب بحيث تتحقق الغاية المرجوة منه^(١). ويعد الالتزام بعرض الخصم لعناصر ادعاءاته أمام القاضي وفي حضوره التزام تبادلي بين الخصوم في القضية. لذا قيل بأن إتاحة الفرصة في إبداء الأسانيد والحجج أمام القاضي يعد من الإجراءات الجوهرية المتصلة بالنظام العام وهي الأساس المحقق لمبدأ المواجهة بمعناه المنضبط

La liberté pour chaque partie de porter à la connaissance du juge tous les éléments susceptibles d'étaler le bien – fondé de ses prétentions est fondamentale: cette liberté est en effet la condition préalable de toute discussion contradictoire

(١) راجع في الإشارة إلى هذا المعنى الأستاذان Gérard Cornu et Jean Foyer حيث يشير الفقيهان إلى أن للخصوم أن يضعوا تحت نظر القاضي كل ما يرونه مفيداً ومثمراً في نظر الدعوى ومع ذلك فإذا وجد القاضي أن ما في النزاع من أوجه دفاع ما يحمل إهانة للخصم إزاء الخصم أن يحول دون الإبقاء على ذلك في أوراق الدعوى:

Les parties ont encore la liberté de faire connaître au juge toute ce qui peut servir au succès de leur prétention. La liberté de la discussion trouve sa limite dans le pouvoir reconnu au juge de supprimer, même d'office, des écrits, de dire des discours jugés calomnieux ou excédant les besoins de la défense.

راجع:

Gérard Cornu et Jean Foyer, Procédure Civile Presses universitaires de France. 1958. p. 371.

véritable⁽¹⁾.

(١) ومن الجدير بالاعتبار أن المشرع الفرنسي قد نص في المادة الثانية من قانون المرافعات على مبدأ توجيه الخصوم للقضية حيث أشار إلى أنه:

"les parties conduisent l'instance sous les charges qui incombent

كما جاء في المادة الثالثة الإشارة إلى مبدأ مشاركة القاضي للخصم في توجيه الخصومة وفي ذلك تقول المادة:

"le juge veille au bon déroulement de l' instance, il a le pouvoir d' impartir les délais et d' ordonner les mesures nécessaires"

راجع في مقتضى هذه القاعدة وفي الإشارة إلى سلطة القاضي في قبول أو رفض إعادة الدعوى للمرافعة مرة أخرى:

Cabannes. J. C. P. 1990. II 21407 note cadiet. D. 1990. J. 429, note Julien. Rev. trim. Dr. civ. 1990. 145 obs. Perrot.

وراجع في الإشارة إلى حدود سلطة القاضي في تضمين حكمه على ما أثاره الخصوم أنفسهم إعمالاً للفقرة الأولى من المادة ٧ من قانون المرافعات الفرنسي والتي تنص على أنه:

"le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat"

وذلك ما جاء في الفقرة الأولى من المادة ٧ من قانون المرافعات الفرنسي حيث الإشارة إلى سلطة القاضي في أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم في المواجهة كتعزيز دفاعهم حيث تصرح المادة بأنه:

"parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en consideration même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ..

راجع:

J. Normand "le Juge et le fondement du litige "Mélanges Hébraud, p. 595.

وراجع أيضا:

R. Martin "le juge et le fondement de la prétention". D. 1987. ch. 35
=

ولقد حمى المشرع حق الخصم فيما يعرضه من أسانيد أو حجج لدفاعه وكان أن أضفى عليها صفة الإباحة في التقاضي *immunités Judiciaires* - بموجب المادة ٤١ من قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١ - ويستوي في هذا الصدد أن يكون عرض الحجج أو الأسانيد عبر المرافعات الشفوية أو المكتوبة^(١).

وكثيراً ما تساءل الفقهاء في فرنسا عما إذا كانت الأمانة الإجرائية تقتضي حتماً من الخصم قول الصدق وعدم الكذب أثناء مباشرته لحقه في عرض ادعاءاته أو مبررات دفاعه، والسائد لدى الغالبية وجوب مراعاة الخصم للحد الأدنى للصدق^(٢).

adde: civ. 3^e, 21 Janv. 1987. D. 1987. J. 597 note R. martin.

وانظر كذلك: Gérard Couchez; op. cit. p. 185. No. 241.

(١) ومن المقرر في فقه المرافعات الفرنسي أن الأمانة الإجرائية تقتضي إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم بحيث يتاح للخصم إذا كان هو المدعي أن يعرض أسباب ادعائه وأسانيده فيما يدعيه وذلك في مواجهة خصمه في مجلس القضاء وبالمثل يتاح للخصم المدعى عليه الفرصة الكافية للرد على الادعاء وإظهار الدفاع وفي ذلك تجسيد لما عناه المشرع الفرنسي بحق المواجهة والدفاع. راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح والتفصيل:

Motulsky: "le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle" - in le respect des droits de la défense" Mélanges Roubier, t. 2 p. 175 ets.

وراجع كذلك:

Wiederkehr; le principe du contradictoire, à propos du décret du 17 déc. 1973 "D. 1974. chron, 95 "Droits de la défense et procédure civile" D. 1978, chronq. 36.

(٢) راجع في الإشارة إلى ضرورة الأمانة في مجال الحصول على دليل الإثبات في القضاء الفرنسي في حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مارس ١٩٧٥:

Cass. Civ. 12 mars 1975. J.C.P. 1975 III. 16551 obs. J.A. Rev. trim. Dr. civ. 1976. 199.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه كان قد صدر في فرنسا مرسوم في عام ١٦٦٧ يوجب على الخصوم مراعاة الصدق في الإثبات ولو كان الدليل في غير صالح الخصم، ولم يضمن القانون الفرنسي الصادر في عام ١٨٠٦ التزاماً بذلك ومع ذلك مال البعض من

الأدنى لا يماثل بالضرورة مراعاة الحقيقة المطلقة وإنما الحقيقة كما يراها أو يتفهمها الخصم، وبالرغم من أن المشرع الفرنسي لم يورد في نصوص قانون المرافعات قاعدة مباشرة لإلزام الخصم بالصدق في المواجهة ومع ذلك فإن هذه الأمانة تدخل في مقتضيات احترام العدالة إذ إن العدالة تضار كلما تعمد الخصم الكذب أو تخلى عن الصدق، ولقد عبر الأستاذ "كوشيه" عن جوهر هذا المعنى حين تساءل الفقيه قائلاً *une déloyauté n' est elle pas contraire au respect dû à la justice?* وفي ظل هذا الفهم يجب اعتماد المعنى السائد لمدلول الحفاظ على العدالة واحترام مقتضاها الذي عناه المشرع الفرنسي في المادة ٢٤ من قانون المرافعات التي جاء فيها النص على أنه: *Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la*

الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن الالتزام بالصدق هو من النتائج المباشرة لمبدأ حسن النية؛ لأن هذا المبدأ يوجب بالضرورة النزاهة والاستقامة والأمانة. راجع:

Jean Vincent et. S. Guinchard op. cit. p. 736. No 1114 -1

وبموجب المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات - في مجال الإثبات أوجب المشرع على الخصم أن يبادر إلى عدم احتجاز الأوراق أو المحررات التي تكون في حوزته أو الكذب والصمت حولها، كما أجاز المشرع توجيه اليمين بشأن الوقائع المطروحة في الدعوى وفي ذلك حث على قول الصدق وإلا كان في الكذب وعدم إظهار الحقيقة ما يؤدي إلى التعرض لعقوبة جنائية.. كذلك يعتبر الفقهاء من قبيل تلمس القاضي للصدق في الادعاء أو الدفاع ما يعطيه له القانون من صلاحية في إجراء التحقيق في الدعوى وكذلك الاستعانة بالخبراء أو إجراء المعاينة.

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 185 No. 241.

وانظر كذلك: A. Kohl, Procés civil et sincérite. Liege. 1971. p. 44.
وانظر كذلك:

E. le Gall, le devoir de Collaboration des parties à la manifestation de la Verité, thèse. Paris 1967 p. 240.

justice وهكذا فإن على الخصوم جميعاً أن يراعوا الاحترام الواجب للعدالة^(١). وفي الفقه الإجرائي الفرنسي يعطي الفقهاء للأمانة الإجرائية بعداً أكثر شمولاً واتساعاً في مجال المواجهة بين الخصوم إذ تفرض الأمانة على كل خصم أن يتواصل مع خصمه في أثناء نظر الدعوى، ومؤدى ذلك أن يحقق الخصم العلم المتبادل لأسانيد وحجج الادعاء ومبررات الدفاع، مع اتباع الوسائل القانونية المقررة قانوناً في الإثبات على أن يكون إثبات الادعاء أو الدفاع بإيضاح الحقائق الواقعية أو الوقائع في الدعوى فضلاً عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وعادة ما يشير الفقه الفرنسي إلى ما جاء في المادة ١٥ من قانون المرافعات الفرنسي التي جاء فيها النص على أنه:

Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.^(٢)

وإذا ما عرض الخصم - وكان هو المدعي - لأسباب الادعاء وبسط الأسانيد على بساط المواجهة فإن الأمانة تقتضي منه أن يمكن المدعي عليه من إعداد وترتيب دفاعه^(٣). وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة ١٥ من قانون المرافعات

(١) ومن الملاحظ أن المشرع النمساوي قد أوجب على الخصوم ذكر الحقيقة وعدم الكذب وذلك في المادة ١٧٨ من قانون المرافعات. ذكره A. Kohl في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) راجع "كوشيه" في المرجع السابق، الموضوع السابق.

(٣) ولعل ذلك هو ما نجد تطبيقاً له في النظام الإجرائي الإنجليزي وفقاً لما يعرف بنظام المكاشفة ومن مقتضاها أن يعرض كل خصم ما يدعيه من ادعاءات أو أوجه دفاع وهو يلتزم في ذلك بالأمانة الإجرائية، وفي الإشارة إلى هذه المرحلة من مراحل الدعوى في إنجلترا يشير الأستاذان P. St. J. Langan and D. G. Lawrence إلى أنه:

"After the close of pleadings in an action begun by writ there shall... be discovery by the parties to the action of the documents which are or have been in their possession, custody or power relating to matters in =

بعبارة التمكين من ترتيب الدفاع d'organiser sa défense وهذا ما يجعل للمواجهة جدوى، ثم إن من الضوابط اللازمة في هذا المقام أن يلتزم المدافع بأمانة التقاضي بأن يجعل المواجهة في "الوقت المناسب" وهو ما قصده المشرع وعناه عند صياغته للمادة^(١).

وينوه العديد من الفقهاء في الفقه الإجرائي الفرنسي إلى أنه على القاضي التزام باحترام مبدأ المواجهة وكفالة الأمانة الإجرائية فيها، والقاضي حين أن يباشر هذه الضمانة فإنه يراقب حقوق الدفاع بذاته كما وأنه معني بتحقيق الرقابة على الأمانة الإجرائية بين الخصوم بعضهم والبعض الآخر^(٢).

=

question in the action.

راجع:

P.St. J. langan and D.G. Lawrence. Civil procedure. London sweet and Maxwell. 1976. p.143.

(١) ولعلنا نستظهر موقف المشرع الفرنسي في المادة ١٥ من قانون المرافعات حيث تطلب الأمانة الإجرائية من الخصوم جميعاً وتطلب منهم واجب المعاونة mutuellement في الوقت المناسب في طرح أوجه الادعاء والدفاع بما يساعد كل خصم على تحقيق الاستفادة من المواجهة..

(٢) وجدير بالاعتبار أن الأمانة الإجرائية تقتضي من كل خصم أن يعرض أسانيد ادعائه أو دفاعه مما لديه من أوراق أو مستندات وذلك باختياره، وذلك ليتوصل إلى اقتناع القاضي بصحة ادعائه أو دفاعه، ويقول الأستاذان فانساه وجويشار أن التزام المدعي بذلك يرد إلى وجوب إثبات ما يدعيه، أما التزام المدعي عليه به فمرده مباشرة حق الدفاع وفي هذا المقام يتحقق موجب المواجهة بين الخصوم:

En Principe, la partie qui détient une telle pièce ne la retient pas et la produit volontairement pour convaincre le juge du bien fondé de sa demande ou de sa defense. La production ne se confond pas avec la communication: la première Concerne l' administration de la preuve, la Seconde vise à satisfaire le principe du respect des droits de la défense.

=

ويصف الفقهاء الرقابة "الحالة" Garantie "immédiate" للقاضي بالإشارة لما قننه المشرع في الفقرة الأولى من المادة ١٦ من قانون المرافعات حيث ورد النص فيها على أنه:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui même le principe de la contradiction.^(١)

وهو على هذا النحو يراقب بذاته أمانة المواجهة بين الأطراف كما أنه يتيح لهم هم بأنفسهم رقابة هذه الأمانة.

وفي صدد رقابة القاضي بذاته لضمانات المواجهة تتحقق الأمانة الإجرائية بتثبته من تلقاء نفسه من السلامة الإجرائية للشكل واستيفاء الإجراء لعناصره واكتمال محتواه^(٢). كما وأنه معني بمراقبة اتصال علم كل خصم بكل ما اتخذه أو يتخذه الخصم أو الخصوم الآخرين من إجراءات وكذلك مراقبة ميعاد الحضور وطرح الدليل في الميعاد المناسب الذي يحقق جدواه، وله في ذلك أن يصدر أوامره القضائية التي يخولها له القانون كما يكون عليه أن يتثبت من تبادل الخصوم لمذكراتهم المكتوبة عند تقديمها في الجلسة ضماناً للعلم بها، وقد يصدر القاضي أمره بالغرامة التهديدية ليحث الخصم على تنفيذ واجبه في إعلام الخصم بالإجراء وذلك وفقاً للمادة ١٣٤ من قانون المرافعات الفرنسي وله في هذا الصدد أن يقرر ما يراه من جزاءات إجرائية مناسبة لعدم مراعاة الأمانة الإجرائية ومن ذلك عدم الاعتماد بالإجراء الذي لم يعلم به الخصم في الوقت المناسب (إعمالاً للمادة ١٣٥ مرافعات فرنسي) ويقول الأستاذ كوشيه في فقه المرافعات الفرنسي أن للقاضي صلاحية مراقبة الطابع الجدلي في المواجهة وذلك في مجال الحق في الإثبات le juge a également à veiller au Caractère Contradictoire des procédure de preuve^(٣). وهو في كافة الأحوال من يراقب الأمانة الإجرائية

راجع: Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 736 No. 1114 -1

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 186 No. 242.

(٢) انظر:

Bolard; "les juges et les droits de la défense" Etudes Bellet. P. 49 ets.

(٣) راجع "كوشيه" في المرجع السابق، الموضوع السابق، ويراعى أن المشرع الفرنسي قد وضع في المواد من ١٣٢ حتى ١٣٧ قواعد تمكن الخصم من الاطلاع على المستندات المقدمة

من أجل الحفاظ على مبدأ المواجهة بين الخصوم.

وفي مقام التعرض لضرورة إتاحة القاضي للخصوم حق مراقبة الأداء الإجرائي لبعضهم البعض بحيث يكتمل للمواجهة جدواها وفائدتها. يشير الفقهاء في فرنسا إلى الفقرة الثانية من المادة ١٦ من قانون المرافعات والتي جاء فيها النص على أنه:

"ne peut fonder sa decision sur les moyens de droit qu' il a relevés d' office ou sur les explications complémentaires qu' il a demandées sans avoir au préalable invité les parties à presenter leurs observations.

وبموجب هذا النص لا ينبغي للقاضي أن يؤسس حكمه إلا على ما طرح في الجلسة وكان معروضاً لدى الخصوم جميعاً وكان بوسعهم إبداء ملاحظاتهم عليه. وعلى كل حال فإن رقابة القاضي للأمانة الإجرائية بين الخصوم لا تقف عند حد المراقبة الذاتية له لهذه الأمانة كما وأنها لا تقتصر على تمكين الخصوم بهذه المراقبة المتبادلة، وإنما يمكن مراقبة هذه الأمانة من خلال الطعن في الأحكام سواء بالمعارضة أم الاستئناف أو النقض^(١).

=

من الخصم أو الخصوم الآخرين، ومن ذلك ما قرره المشرع من وجوب بقاء الأوراق أو المستندات قائمة خلال مدة نظر الدعوى حيث لا يجوز للخصم أن يسحب المستند الذي قدمه واحتج به، كما يتعين على القاضي أن يمكن الخصم من الاطلاع باعتباره حقاً من حقوقه.. وإذا قدم المستند في غير الوقت المناسب المحقق للفائدة منه جاز للقاضي أن يأمر باستبعاده، راجع في الإشارة إلى ذلك: "فانساه.." المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٣٧ رقم ١١١٧.

(١) لذا أشار الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي إلى المواجهة بين الخصوم قد لا تتحقق في الواقع العملي بسبب عدم مثول الخصم أمام المحكمة، ومن ثم لا يباشر حقه في الدفاع بسبب تخلي المدعي عن واجب الأمانة في الإعلان بالدعوى، وهكذا يتاح للمدعي الفرصة الكافية لتأكيد ادعائه دون مباشرة المدعى عليه لحقه في الدفاع، ولهذا الاعتبار يسمح المشرع للخصم بالطعن في الحكم الصادر ضده عن طريق المعارضة

au benefice de la personne condamnée par défaut d' une voie de

=

من لهم مال هم أمناء عليه لأن فيه حقاً معلوماً للسائل والمحروم.. وجاء في سورة الأعراف - الآية ٨٩ - قوله تعالى: ↓ ﴿لَا يَأْتِيهِمْ فِيهَا مَالٌ فَخَبَّرُوا بِاللَّذِّ عَلَيْهِمْ صُلْحٌ عَلَيْهِمُ يُصَلِّونَ فِيهَا وَنُحِبُّونَ﴾^(١)

وقال الحق في سورة النساء - الآية ٥٨ ↓ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا حُكِمَ عَلَيْكُمْ فِيمَا كُنْتُمْ بَيْنَهُمْ أَمْوَالٌ مُقْتَضِيَةٌ لَكُمْ فَخُذُواهَا مِنْهُمْ حَقًّا إِنَّهُ سَوْفَ يَرْضَى﴾

وقال تعالى في سورة المائدة - الآية ٨ ↓ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا حُكِمَ عَلَيْكُمْ فِيمَا كُنْتُمْ بَيْنَهُمْ أَمْوَالٌ مُقْتَضِيَةٌ لَكُمْ فَخُذُواهَا مِنْهُمْ حَقًّا إِنَّهُ سَوْفَ يَرْضَى﴾

(١) وفي مقام الإشارة إلى هذه الآية الكريمة قال الفقهاء بأن آيات القرآن الكريم لم تكفل فحسب إقامة القضاء، بل إنها أمرت أولي الأمر أن يكون الحكم العادل، ولا يكون كذلك إلا إذا كان القاضي متجرداً من الهوى وبعيداً عن المطامع مطبقاً لأمر الله سبحانه وتعالى في القضية المعروضة عليه.. وفي ذلك ما يحقق موجبات الأمانة الإجرائية ويعلي من قدرها، راجع الدكتور سعيد خالد علي الشرعبي، في رسالته للدكتوراه في حق الدفاع أمام القضاء المدني، طبعة ١٩٩٧ ص ١٣١.

الخصوم؛ لذا قال صلى الله عليه وسلم: "إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر وقد يكون أحدكم ألحن بحجته فأقضي على نحو ما أسمع منه.. فمن قضيت إليه من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه إنما أقطع له قطعة من النار"^(١).

كما تعد الأمانة خاصية أساسية في القاضي؛ لذلك روي عن علي بن أبي طالب قوله: "بعثني رسول الله إلى اليمن قاضياً، فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء، فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقض حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء"^(٢).

وبالمثل يعتبر عدم التعسف في استعمال الحق في التقاضي من قبيل الأمانة وكذلك من صورها عدم الكذب في الادعاء، ودليل ذلك ما قاله رسولنا صلى الله عليه وسلم: "من ادعى ما ليس له فليس منا وليتنبأ مقعده من النار"^(٣). وقال كذلك

ظلمة وضياح حقه، راجع ابن قيم الجوزية في أعلام الموقعين عن رب العالمين، للإمام محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، مطبعة دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، الجزء الأول، ص ٨٩.

(١) وكثيراً ما أكد فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء على وجوب الأمانة عند المجادلة والمناظرة وعند المواجهة بين الخصوم في مجلس القضاء، وفي ذلك قال ابن العربي بأن المجادلة هي: "دفع القول على القول على طريق الحجة بالقوة". راجع ابن العربي (أبو بكر محمد بن عبد الله) في أحكام القرآن، مطبعة دار الجيل، بيروت ١٩٨٨، الجزء الثاني، ص ١٠٣.

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك د. سعيد خالد علي الشرعبي في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٩٩.

(٣) يؤكد الفقهاء وبحق على الأمانة في الخصومة الشرعية؛ لذا قيل بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر مبدأ عدم التعسف في استعمال حق الدفاع وكذلك مبدأ قول الصدق في الخصومة الشرعية، فالمدعي يجب أن تكون دعواه قائمة على حق، فإذا لم يكن ادعاؤه على حق، فقد جاء في ذلك تهديد ووعيد.. راجع الدكتور سعيد خالد علي الشرعبي، سابق الإشارة إليها ص ١٠٢، وفي تخريج الحديث انظر ابن ماجه في السنن، سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني ص ٧٧٧.

- ويمكن الاعتقاد بأن القاضي العادل الراعي للأمانة يحث بأمانته الخصوم كذلك على

"من أعان على خصومة بغير حق كان في سخط الله حتى ينزع".
وفي مجال النظر في فعل الصحابة رضوان الله عليهم يمكن لنا استظهار صفة الأمانة في كل إجراء يتبع أمام القاضي عند نظر الدعوى. ولقد أشير إلى ذلك بالأخص فيما يعرف اصطلاحاً بالرسالة العمرية التي بعث بها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى عبد الله بن قيس حيث جاء فيها: إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، أس بين الناس في وجهك، وعدلك ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يبأس ضعيف في عدلك، البينة على المدعى، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه اليوم عقلك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعته خير من التماذي في الباطل، والفهم الفهم فيما تلجج في صدرك، مما ليس في كتاب ولا سنة، ثم اعرف الأشباه والأمثال، وقس الأمور بنظائرها، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بنيته أخذت له بحقه، وإن عجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ للعدو وأجلى للعمى، المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجرباً عليه شهادة زور، أو مجلوداً في حد، أو ظنيماً في ولاء أو قرابة، فإن الله تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان، وإياك والغضب، والقلق، والضجر، والتأذي بالناس، والتكر عند الخصومة، فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر، ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على 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. فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، والسلام عليك ورحمة الله وبركاته^(١).

مراعاة الاستقامة ودليل ذلك أنه لما عهد سيدنا أبو بكر الصديق إلى عمر بن الخطاب - وهو العادل الأمين المتمسك بالحق - يتولى القضاء في المدينة ليفصل في بعض القضايا الصغيرة فظل عامين، وفي هذه المدة لم يأت به أي متخاصم.. راجع في ذلك نصر فريد واصل، في السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مطبعة الأمانة بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٩٧٧، ص ٦١.

(١) راجع في عرض هذه الرسالة العمرية الدارقطني: سنن الدارقطني، للإمام أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد الشهير بالدارقطني، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٦،

كذلك اشترط الصحابة في القضاة النزاهة، والنزاهة من الأمانة، لذى روي عن عمر بن الخطاب قوله "يتعين أن يكون في القاضي ثلاث خصال: لا يضارع، ولا يصانع، ولا يتبع المطامع"، وقد اشترط على شريح عند توليه القضاء ألا يشتري ولا يبتاع ولا يرتشي وكان قد أوصى قضاة وعماله بعدم قبول الهدية رشوة، وأفتى سيدنا عمر رضي الله عنه بأن القاضي لا يقضي بعلمه ولا لنفسه^(١).

ومن الأمانة كذلك وجوب مراجعة القاضي لحكمه بما يعني كفالة الطعن في الأحكام لذا لا ضير إذا حكم القاضي حكماً وتبين له فيما بعد أنه مخالف للكتاب أو السنة أن يرجع عن قضاة لأن الحق قديم قدم اجتهاد القاضي وهو الأولى بالاتباع^(٢).

وطرح في الفقه الإجرائي الإسلامي التساؤل عما إذا كانت الأمانة لا تتعارض مع اقتضاء الفرد لحقه بدون اللجوء إلى القضاء، وهناك اتفاق على أنه لا يجوز استيفاء الحق من غير قضاء مهما كان الحق إذا ترتب على ذلك مفسدة، وفيما عدا ذلك ففي بعض الحالات خلاف إذ يجوز استيفاء الحق بدون اقتضاء إذا كان المحل عين مغصوبة، أو إذا أرادت الزوجة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها هي وأولادها بدون اقتضاء^(٣). ودليل ذلك ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول

=

الجزء الثاني ص ٢٧٩. وراجع أيضاً ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، الجزء الأول ص ٦٥.

(١) انظر الدكتور سعيد خالد علي الشرعبي في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٠٦، وفي الإشارة إلى ذلك راجع عبد المنعم البهي من طرق الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٣٨.

(٢) راجع ابن قيم الجوزية في مرجعه السابق، الجزء الأول، ص ٣٠٥.

(٣) والسائد لدى الفقهاء أن الشريعة الإسلامية قد كفلت حق التقاضي لجميع الناس وأوجب على كل صاحب حق إذا أراد استيفاءه أن يرفع ذلك إلى القضاء، هذا هو الأصل في الشريعة الإسلامية، فلا يوجد فيها ما يسمى بالعدالة الخاصة التي تتيح للفرد أخذ حقه بنفسه دون قضاء من الدولة، انظر د. سعيد خالد الشرعبي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٣٥.

"القضاة ثلاثة، قاضيان في النار، وقاض في الجنة، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق وقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار"^(١).

وترتبط الأمانة في القاضي والخصوم جميعاً باتصافهم بالعدل، وتعد الاستقامة من موجبات العدل والأمانة والاستقامة هي "هيئة راسخة في النفوس يترتب عليها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والبعد عن كل ما يخل بالمروءة"^(٢).. وقال الماوردي "والعدالة أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً المآثم بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودينياه، فإذا تكاملت فيه، فهي العدالة التي تجوز بها شهادته، وتصح معها ولايته

(٩)، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

في الآية ٣٦ من سورة الأحزاب ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

كذلك قوله تعالى ﴿وَالْقَضَاةَ أَلْفَاظًا مَوَدَّةً بَيْنَهُمْ يَتَّقُونَ كُلَّ مَقْرَبٍ وَلَا يَتَّبِعُونَ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُمْ وَلَا يَتَّبِعُونَ الْهَوَىٰ بَيْنَهُمْ وَأُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُونَ﴾

(١) وكان المتبع عند سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجوب مراعاة الأمانة في اختيار

القاضي حيث قال: من استعمل فاجراً وهو يعلم، فهو فاجر مثله، كما يروي عنه قوله: من

أمر أميراً أو استقضى قاضياً محاباة إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم.

(٢) ويقصد تحري الأمانة لدى القاضي اتفق الفقهاء في الفقه الإسلامي على ضرورة توافر

شروط في القاضي منها البلوغ والعقل والإسلام وسعة العلم وكونه مجتهداً وكونه سميحاً

بصيراً ناطقاً.

الحق، أو اللدد في الخصام وإلا كان على القاضي أن يزجره^(١). ومن الفقهاء من يذكر في باب اللدد المذموم في الخصومة بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله أن دية جنينها غرة - عبد أو وليدة - وقضى بدية المرأة على عاقلتها، فقام حمل بن النابغة - وهو زوج القاتلة، فقال: يا رسول الله كيف يغرم من لا شرب ولا أكل، ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما هذا من إخوان الكهان". ودل ذلك على أن الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر السجع في مجلس القضاء من اللدد في الخصومة، ووجه ذلك أنه عارض حكم الشرع وأراد إبطاله^(٢).

وهكذا يبين لنا إعلاء الشريعة الإسلامية لأصول الأمانة في كل عمل من الأعمال الإجرائية.

(١) ويقتضي واجب الأمانة على القاضي أن يسمع أولاً إلى المدعي ثم المدعى عليه وألا يستمع للخصم إلا في حضور خصمه ويجب على القاضي عدم الضجر أو الضيق أو التكرار للخصوم أثناء المرافعة، كما يجب عليه أن يمنع الخصم من مقاطعة خصمه.

(٢) انظر العسقلاني في فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لشيخ الإسلام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٩، الجزء ١٥ ص ٢٧٦.

ومن الأمانة ألا يخرج الخصوم عن الدعوى وألا يقوموا بالتقاذف أو تبادل القول السيئ وإلا كان على القاضي أن يمنعهم من ذلك، كما وأنه يحق للقاضي أن يحبس أي من الخصوم إن هو اعتدى على حرمة المجلس، ويجب على القاضي أن يسمع الخصوم في علانية، وألا يستمع لما يقدم من مرافعة خارج مجلس القضاء، وهو مقيد بالأدلة التي عرضت عليه، ويجب عليه أن يراعي ويراقب الخصوم أثناء المرافعة، لذا قيل وبحق أنه: يجب عليه (القاضي) إذا كان أحد الخصوم لم يأت بحجة أو جاء بحجة ناقصة أن ينبهه إلى ذلك، لأنه قد تكون له حجة وهو لم يقدمها حتى لا يفاجأ بصدور الحكم بعد استيفاء حجته. راجع الدكتور سعيد خالد الشرعبي في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٥٩١.

الفصل الأول أصول الأمانة في العمل الإجرائي

تقوم الأمانة في العمل الإجرائي على أساس من الاستقامة والنزاهة^(١). وهي غاية مطلوبة وواجبة في مختلف الإجراءات القضائية، وهي ما تقترب بالحماية القانونية للحقوق، وهي من واجبات الأطراف جميعاً في كل قضية أياً ما كان نوعها أي سواء أكان إزاء دعوى مدنية أم تجارية أم إدارية أم جنائية، وسواء أكان الخصم مدعى أو

(١) ويمكن التساؤل في هذا المقام عن مفهوم العمل الإجرائي، وبالرغم من الاختلاف الفقهي حول مدلول هذا العمل، إلا أنه يمكن تعريفه بأنه ذلك العمل ذو الطبيعة القانونية الذي يترتب عليه المشرع أثراً إجرائياً وهو يرتبط بفكرة الخصومة، ويعد العمل الإجرائي عمل قانوني لأنه منظم من حيث الشكل والمضمون بموجب النصوص القاعدية الإجرائية في قانون المرافعات، كذلك يتميز هذا العمل بأنه يترتب عليه آثار إجرائية ترتبط بالخصومة، ويرى الرأي الغالب في الفقه أن العمل الإجرائي هو تصرف قانوني قد يصدر إما من القاضي أو من أطراف الخصومة أو من الغير، وهو قد يصدر من القاضي لأنه يقدر ظروف الدعوى ثم يعمل إرادته الأمرة باسم القانون، أما الخصوم فإن العمل الإجرائي يصدر عن إرادة من يباشر الإجراء منهم، على أن إعمال الإرادة يجب أن يكون بالوسيلة والشكل الذي ارتضاه القانون، وإذا ارتضى المشرع في الإجراء شكلاً معيناً، فإنه لا يجوز للخصوم تعديل هذا الشكل لأن الشكلية في الإجراء ترتبط بالمصلحة العامة إذ إن المشرع يفرض الشكلية إعلاء لمكانة الإجراء وفي ذلك ما يفيض على الإجراء القانوني قيمته.. أما الأعمال التي تصدر عن الغير فمثالها الأعمال التي يباشرها الخبراء أو الشهود أو المترجمون أو معاونو القضاة.. راجع في فكرة العمل الإجرائي الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٥١، رقم ٢٢١. وراجع أيضاً:

De lacharrière, le Contrôle hiérarchique de l' administration en la forme juridictionnelle. Thèse. Paris 1937.

وانظر أيضاً: lampué, la notion d' acte juridictionnel; RDP. 1946 p.5
وراجع كذلك:

Hébraud; l' acte juridictionnel et la classification des contentieux, Rec. ac, leg. Toulouse 1949. p. 131 – 206.

مدعى عليه، وسواء أكان طرفاً منضمّاً أو مدخلاً في الدعوى^(١)، كما وأنها سلوك مطلوب في مرحلة التنفيذ سواء عند من يطلب التنفيذ أو من تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهته^(٢).

ويجب أن تلازم الأمانة الإجرائية حق التقاضي في ذاته لأنه إذا كان هذا الحق قد شرع لحكمة قانونية هي تمكين المعتدي على حقه من حمايته للحق أو المركز القانوني فإن هذه الحماية تتيح المطالبة أمام القضاء عن طريق الدعوى وبذا تصاحب الدعوى الحق إذ تكفله وتجعله مجدياً ومحققاً للمصلحة منه^(٣). كما وأن الدعوى تعد

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما يؤكد الأستاذان G. Cornu et J. Foyer في فقه المرافعات الفرنسي من أنه من المتصور وجود علاقات متشابكة بين الأشخاص في المجتمع ويهتم القانون بنوع معين من هذه العلاقات ألا وهي المنازعات *méritent le nom de litige* والمنازعة ظاهرة قانونية لأنها منظمة في القانون، ولذلك لا يهتم القانون بالأخلاق إلا في الحدود اللازمة لحسن الأداء القانوني. راجع في هذا المعنى، وفي الإشارة إلى الأطراف الأصلية للخصومة من مدعي ومدعى عليه وهي ما يطلق عليه في الفقه القضية البسيطة واحتمال تعدد الأطراف.. انظر:

Gérard Cornu et Jean Foyer; Procédure civile. Op. cit. p. 33 et 379.

(٢) انظر في الإشارة إلى هذا المعنى الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه بعنوان "الإساءة في المجال الإجرائي" (إساءة استعمال الحق.. في التقاضي وفي التنفيذ) دروس لطلبة الدكتوراه بحقوق عين شمس، ١٩٨١، دروس على الآلة الكاتبة، ص ١.

(٣) ويلاحظ أن الدعوى فكرة قانونية وفي الفقه اختلاف حول مفهوم الدعوى إذ إنها تعني المطالبة أمام القضاء، وقد يطلق تعبير الدعوى للدلالة عن الادعاء ذاته كما قد يقصد بها الحق في الحكم بمضمون معين لصالح المدعي كما قد تعني الدعوى مجموعة الإجراءات التي يجب اتباعها أمام القضاء كما قيل بأنها الحق في الحصول على الحماية القضائية، وفي الفقه تفرقة بين الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء كما يقيم البعض التمييز بين الدعوى والادعاء ويميز البعض بين الدعوى والحق في رفع الدعوى، وعلى كل حال إن المجمع عليه في الفقه أن الدعوى ليست الحق الموضوعي كما وأنها ليست عنصراً من عناصره، بل إن الحق في الدعوى مستقل عن الحق الموضوعي، راجع الدكتور فتحي والي في الوسيط ص ٤٥ وما بعدها. وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي وفقاً لقانون

الوسيلة الفعالة للحماية وهي ما تمثل ركن الجزاء في القاعدة القانونية، ومع ذلك فإن اقتضاء الحق والذود عنه وحمايته يجب أن يكون محل عناية ورعاية من الجوانب الأخلاقية المؤسسة على الأمانة والاستقامة والنزاهة^(١).

ولا ريب في اعتقادنا في أن الأمانة تعد متطلباً في الحفاظ على الحق حتى ولو لم تكن هناك دعوى تحميه؛ لذا فإن قواعد الأمانة وموجبات الضمير وضرورات العدالة المجردة قد تدعو الفرد إلى الوفاء بما التزم به في الذمة بعد أن أصبح الالتزام طبيعياً مثلما هو الحال بشأن الدين الساقط بالتقادم حيث تتحسر الحماية القانونية عن هذا الحق، ومع ذلك يغدو التزاماً طبيعياً يوجب الأداء أمانة، ومع ذلك يختلف الأثر المترتب على عدم مراعاة الأمانة في مثل هذا الالتزام الطبيعي عن عدم مراعاة الأمانة في شأن الحق المحمي بالدعوى لأن الأمانة في الالتزام الطبيعي لا ترتب الأثر المعتاد للإخلال بها بينما أن عدم مراعاة الأمانة في الالتزام المدني قد يرتب التعويض أو الحكم بمصاريف الدعوى أو أحياناً الغرامة^(٢).

المرافعات، طبعة ٢٠٠٥ بدون اسم ناشر ص ١٥١، وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور وجدي راغب فهمي في رسالته للدكتوراه في موضوع "النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، جامعة عين شمس ١٩٦٧، ص ٤٣٧ وما بعدها، وانظر كذلك الدكتور عبد الحميد أبوهيف، في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٣١٥ رقم ٣٩٥.

(١) لذا قيل وبحق بأن حق التقاضي هو حق من الحقوق العامة ومكفول للناس كافة، ولا يسأل الشخص عما يترتب على استعمال هذا الحق من ضرر إلا إذا تعسف أو أساء استعمال حقه. وهذا الحق لا يجوز النزول عنه ولا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء. راجع د. أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٣، الناشر دار الجامعة الجديدة، ص ٢٧٨، رقم ١٠٦.

(٢) وتمشياً مع ذلك فإنه من الملاحظ أنه قد يسبق رفع الخصومة للقضاء أن يلجأ الخصم قبل رفع خصومته للقضاء إلى المطالبة الودية وذلك تجنباً للخصومة ونفقاتها؛ ولأنه قد يكون لدى الخصم استعداد طيب للوفاء بالتزامه أو للكف عن المنازعة إذا ما طلب إليه الخصم ذلك دون حاجة لخصومة تعرض على القضاء.. راجع في هذا المعنى محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء

المبحث الأول
الأمانة في مجال حق اللجوء إلى القضاء
المطلب الأول
أمانة المشرع في كفالة حق الفرد
في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي

يعد الحق في اللجوء إلى القضاء من أعلى مراتب الأمانة المتطلبة في كل نظام قانوني متحضر، ويقع عبء تحمل هذه الأمانة على عاتق المشرع، لذا تحفل النصوص القانونية في مختلف الدساتير على كفالة حق الأفراد في التقاضي، وتحظر هذه الدساتير تشييد المحاكم غير العادية أو الاستثنائية، ولعل ذلك هو ما عناه الدستور المصري الصادر في ٢٠١٢ حيث ورد في المادة ٧٥ منه أن: التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة، كما ورد في المادة ٧٨ أن: حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، ويضمن القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع أمامه عن حقوقهم^(١).

وترجع العلة في كفالة المشرع للأفراد حق التقاضي إلى ما قدره المشرع الدستوري من وجوب تحمل القانون العادي بمختلف درجاته لأمانة تأمين هذا الحق للأفراد، ذلك أن حق التقاضي هو من الحقوق العامة، وهو حق يثبت لكل فرد

الثاني، الناشر مكتبة الآداب ومطبعتها، طبعة ١٩٥٨، ص ٤ رقم ٦١٥.

(١) وتجدر الإشارة إلى الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٢ قد أوقف العمل به مؤقتاً في ٣ يوليو ٢٠١٣. كما تجدر الإشارة إلى أن الدستور المصري الذي صدر في عام ١٩٧١ كان قد نُص فيه في المادة ٦٨ على أن: التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء كما جاء في المادة ٦٩ منه النص على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم.

طبيعي يتمتع بالشخصية الطبيعية وهو يستأهل هذه الحقوق باعتباره كائناً حياً وعاقلاً، ويستوي في هذا المقام أن يتمتع بهذه الحقوق من كان له أهلية أو ناقصها، وإن باشرها هذا الأخير من خلال ممثله القانوني.

وبالمثل فإن سبب تحمل المشرع لأمانة كفالة حق التقاضي مرده أن الحقوق السياسية *Droits politiques* يتمتع بها الفرد بسبب انتمائه إلى دولة ما أو بلد معين ويترتب على ذلك اكتسابه لصلاحيات معينة يتحقق من خلالها الصالح العام^(١). ومن المعتبر لدى الفقهاء وصف هذه الحقوق بأنها وظائف سياسية تستهدف مشاركة الفرد في الشأن العام، وفي إدارة شؤون الجماعة والغاية منها تحقيق النفع العام وتعميق مبادئ الديمقراطية القائمة على حكم الشعب لنفسه بنفسه، كما وأن من خصائص هذه الحقوق أنها ذات طابع نفعي عام وهي تعزز انتماء الفرد للجماعة وتعطيه الدور الواقعي لمشاركته في إدارة أمور المجتمع

(١) وفي ظل بعض المذاهب الفلسفية يرد البعض من الفلاسفة حق التقاضي إلى فكرة العقد الاجتماعي، ومقتضى ذلك أن الفرد كان يعيش في العهود البدائية في حالة الفطرة، ولما قامت الدولة أبرمت عقداً مع كل فرد بالتبادل ومن مشتتات هذا العقد ألا يباشر الفرد حقه في رد الاعتداء على حقه إلا باللجوء إلى القضاء، كما تكفل الدولة للأفراد وتضمن لهم الذود عن حقوقهم عند الاعتداء عليها، وعلى العكس من ذلك قال البعض الآخر بأن الحق في التقاضي هو حق من الحقوق الطبيعية اللصيقة بالذات الإنسانية، ولهذا الاعتبار يتعين على الدولة أن تضمن للأفراد هذا الحق، لذا قيل في التعبير عن هذا المذهب "فقد بات السبيل الوحيد أمام الفرد للدفاع عن حقوقه وحرياته هو أن يلجأ إلى محاكم الدولة لإنصافه ورد الاعتداء". راجع الدكتور صلاح الدين جودة في رسالته للدكتوراه في "القاضي الطبيعي". رسالة دكتوراه ١٩٩٧، الناشر دار النهضة العربية، ص ٧٨ وما بعدها، وانظر في إظهار العلاقة بحق التقاضي وأثر ذلك على الإجراءات في المرافعات المدنية:

Jean Vincent et Serge Guinchard; Procédure Civile. 22^e edition Précis Dalloz; p. 8 ets.

وراجع أيضاً:

E. du Rusquec "Vers une nouvelle definition de la procédure civile"
Gaz. Pal. 17 Janv. 1989 Doct.

فيحقق ذاته ويبلغ الصالح العام غايته المنشودة^(١).

كذلك فإن مرد تحمل السلطة العامة بأمانة تمكين الأفراد من الالتجاء إلى القاضي الطبيعي هو ما يفرضه مذهب القانون الطبيعي نفسه^(٢). ويقصد بهذا القانون تلك القواعد غير المكتوبة وغير القابلة للتغيير باختلاف الأزمان أو الأمكنة. أنها القانون السرمدى غير المكتوب الذي يحكم حياة الإنسان منذ بدء الخليقة والمكتوب لها الاستمرار حتى فناء الإنسان والإنسانية، إنه قانون الطبيعة لأنه قانون من نسيج الطبيعة وصنعها، وهو قانون خالد يماثل القوانين الطبيعية الأخرى التي تحكم الإنسان والعالم في مجالات أخرى أبعد من القانون^(٣).

وتكشف قواعد هذا الناموس عن أن من حق كل إنسان أن يحمي حقه باللجوء إلى القضاء وأن من الأمانة كفالة هذا الحق لأن القوانين أيا ما كان مصدرها من نصوص أو عرف أو مبادئ عدالة اجتماعية أو تعبير عن رؤى سياسية، لن تكتب لها الغلبة على هذا القانون، كما وأن كل قانون وضعي أيا ما

(١) راجع في الإشارة إلى التفرقة بين الحقوق العامة والخاصة الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تتاغو في النظرية العامة للقانون ١٩٨٦ ص ١٣، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور جلال العدوي والدكتور رمضان أبو السعود والدكتور محمد حسن قاسم: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، طبعة ١٩٩٦، ص ٨ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور في نظرية الحق، طبعة ١٩٥٣ ص ٣٨، وما بعدها. وانظر كذلك:

Jerome J. Shestack; the jurisprudence of human Rights; p. 75 – 76.

(٢) راجع في الإشارة إلى فكرة القانون الطبيعي:

Theodor Meron; Human Rights in international law; legal and policy issues. Oxford. P. 25.

R. W. M. Dias; Jurisprudence. London. 1964. p. 494. وانظر كذلك:
وانظر أيضاً:

M. Jacques Flour; Cours d' introduction à l' etude du droit et droit civil. 1968 p. 3. ets.

(٣) راجع الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري والأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في أصول القانون والمدخل لدراسة القانون، ١٩٥٠ ص ٤٤. وراجع أيضاً.

Henri Capitant; Introduction à l' etude du droit civil. 5^é éd. P. 31.

كانت مرتبته أو أهميته هو رهن بالتوافق معه، ولقد أكد أستاذنا الدكتور السنهوري هذا المعنى حيث صرح بأنه: كلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان أقرب إلى الكمال^(١).

وخاصية القانون الطبيعي أن له جذوراً تاريخية عميقة، إذ آمن به فقهاء الإغريق عند اليونان وأدركوا خصائصه من سمو أو علو ومن وجوده في كل زمان ومكان وكون منبعه العقل البشري، وبالمثل أدرك القانون الروماني هذا القانون وكان أن ميز الفلاسفة في روما بينه وبين قانون الشعوب وبين القانون المدني، فهذا القانون الأخير هو قانون روما القديمة والذي حكم أهل المدينة في بدء ظهورها، أما قانون الشعوب فهو القانون الحاكم للأجانب^(٢). بينما القانون الطبيعي فهو القانون الحاكم للكائنات بأسرها، ويذكر الفقهاء ممن درسوا تاريخ هذا القانون عند الرومان بأن هؤلاء قد استمدوا أحكامه من الإغريق وأنه صار واقعاً عملياً في روما في مرحلة ما من تطورها التاريخي، وفي العصور الوسطى اعتنق آباء الكنيسة فكر القانون الطبيعي وإن أضفوا عليه الطابع الديني، وقد ظل لهذا القانون نصيب وافر من الهيمنة على العلاقات القانونية في مستهل العصر الحديث، وأصبح لهذا الفكر إسهامات عديدة في مجال إبراز حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي لذا غدا من الأسس الكبرى الصالحة لتأسيس أمانة كفالة هذا الحق للإنسان.

وبالإضافة إلى ما تقدم فإنه بالإمكان أن نرد الأساس المنطقي أو الفلسفي للالتزام المشرع بأمانة كفالة حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي إلى مذهب المصلحة^(٣). وربما اقتربت هذه الفكرة مع أفكار العلامة "أهرنج" لأن الإقرار بالحق في الاقتضاء فيه مصلحة يحميها القانون وهو ليس بمنحة من إرادة السلطة^(٤)

(١) راجع في ذلك الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري والأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في أصول القانون، سابق الإشارة إليه ص ٤٤.

(٢) انظر: Henry Capitant; Introduction à l' etude du droit civil 5^e éd. P 32.

(٣) راجع: M. Jacques Flour; Cours; op. cit. p. 44 – 45.

وانظر أيضاً

Jerome J. Shestback; the jurisprudence of human Rights. P. 74 – 75.

(٤) وجددير بالإشارة إلى أن "أهرنج" هو صاحب نظرية المصلحة ومحور هذه النظرية هي أن الحق لا يرتبط بالسلطة الإرادية للفرد وإنما الحق هو مصلحة يحميها القانون ويراعيها ويرى

وجدير بالمشرع أن يحمي هذه المصلحة وأن يعلي من شأنها لأنها مصلحة مشروعة وفيها تلتي المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة^(١). إذ ما الحماية القضائية المقررة للحق إلا مصلحة عامة تستمد مكوناتها من المصلحة الخاصة أي مصلحة الأفراد كل منهم على حدة، وهكذا يكون على المشرع دائماً وأبداً أن يعترف بهذا الحق لكل فرد لا بل الأمانة لا تقف عند هذا الحد إذ هي تلزم المشرع أيضاً بأن ييسر سبل التقاضي وأن يقربه للأفراد ويزيل عقباته، وربما كان هذا المعنى هو ما بلغه المشرع الدستوري عندنا في دستور عام ٢٠١٢ حيث أعلى في المادة ٧٥ منه التزام الدولة بتقريب التقاضي وسرعة الفصل في القضايا، كما ظهر تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء^(٢).

الفرع الأول

خروج المشرع عن قواعد الاستقامة

عند تحصيل بعض القوانين من اللجوء بشأنها إلى القضاء

تقتضي قواعد الاستقامة وهي من عناصر الأمانة ألا يخطر المشرع أو يقيد

أنها جديرة بالحماية، ومن ثم فإن المشرع يسمح للأفراد بالاستفادة بالحماية التي يقرها القانون للأفراد، وهكذا يرى "الهرنج" أن المصلحة هي جوهر الحق ومضمونه، ويقول الفقهاء بأن مذهب "الهرنج" يقيم التفرقة بين الحق والمصلحة المشروعة لاعتبار أن الحق مصلحة يحميها القانون بصفة عرضية في الحدود التي يتفق معها مع المصلحة العامة. راجع الأستاذ الدكتور إسماعيل غانم في مرجعه: محاضرات في النظرية العامة للحق. الطبعة الثانية ص ١١، ١٢ وراجع كذلك الدكتور جميل الشرقاوي في دروس في أصول القانون، طبعة ١٩٦٦، ص ٥.

وراجع أيضاً: R. W. Dias; op. cit. p 518 – 519.

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك وإلى التقريب مع مذهب "أوستن" في إنجلترا:

R. W. Dias. P. 351

(٢) ويلاحظ أن دستور عام ٢٠١٢ كان قد أوقف مؤقتاً العمل به اعتباراً من ٣ يوليو ٢٠١٣ وكانت المادة ٦٨ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ تنص على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

القانون حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ومع ذلك لعننا نصادق في بعض القوانين المصرية هذا الخطر المتعارض مع الاستقامة المطلوبة في القانون^(١).

ومن ذلك مثلاً ما جاء في القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ من نص يقرر أنه "لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو إقرار، وبوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية، وذلك سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو بسحبه أو بتعديله، أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة

(١) ولا ريب في أنه إذا كان ينبغي على المشرع حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، فإنه يجب أيضاً أن يكفل المشرع دائماً وأبداً المحاكمة العادلة المنصفة؛ لأن القضاء يضطلع بدور حيوي وجوهري باعتباره المنوط به تفسير القانون وتطبيقه على وقائع النزاع المعروض عليه؛ لذا قال الأستاذان Jean Vincent et S. Guinchard أن وظيفة القضاء تتعلق بالسلام الاجتماعي. راجع في هذا المعنى:

Jean Vincent et S. Guinchard; op. cit. p. 3 No. 4 – 1.

ولعل هذا المعنى هو أيضاً ما بلغه ابن خلدون حين قال إن: القضاء قيس من نور الله الحق؛ لأنه القوام على إقامة العدل، به بعث أنبيأؤه ورسله ليقيموا حجته على خلقه حيث قال تعالى: ↓

﴿مَنْ يَدْعُ إِلَى تَبَاطُحٍ فَابْتِغَا فِيهَا عِزًّا وَإِنَّ عِزَّهُمْ إِلَيْنَا كَالسَّيْلِ الْمُرَّةِ وَالْجَنَّةِ كَالْحَمِيمِ﴾
﴿وَمَا يَدْعُ إِلَى تَبَاطُحٍ فَابْتِغَا فِيهَا عِزًّا وَإِنَّ عِزَّهُمْ إِلَيْنَا كَالسَّيْلِ الْمُرَّةِ وَالْجَنَّةِ كَالْحَمِيمِ﴾
﴿وَمَا يَدْعُ إِلَى تَبَاطُحٍ فَابْتِغَا فِيهَا عِزًّا وَإِنَّ عِزَّهُمْ إِلَيْنَا كَالسَّيْلِ الْمُرَّةِ وَالْجَنَّةِ كَالْحَمِيمِ﴾
﴿وَمَا يَدْعُ إِلَى تَبَاطُحٍ فَابْتِغَا فِيهَا عِزًّا وَإِنَّ عِزَّهُمْ إِلَيْنَا كَالسَّيْلِ الْمُرَّةِ وَالْجَنَّةِ كَالْحَمِيمِ﴾

الإشارة إلى ذلك الدكتور محمد كامل عبيد في رسالته للدكتوراه في استقلال القضاء دراسة مقارنة، طبعة ١٩٩١ بدون اسم ناشر ص ١٢. وراجع أيضاً ابن خلدون حيث يشير إلى أن القضاء من الوظائف الداخلة تحت الخلافة؛ لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع بالأحكام الشرعية المنتقاة من الكتاب والسنة، فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها. انظر عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي في مقدمة ابن خلدون طبعة دار الشعب، القاهرة، ص ١٩٦.

بالتعويض^(١).

ومن ذلك أيضاً ما جاء في المادة الثانية من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٣ من أنه: "استثناء من أحكام المادة ١٢ من قانون القضاء وأحكام المواد ٣، ٤، ١٠ من قانون مجلس الدولة، لا يجوز الطعن بإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام هذا القانون، وكذلك لا يجوز سماع الدعاوى الخاصة بالتعويض عنها وذلك أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها"^(٢).

ومنه أيضاً ما جاء في المادة ٣٨ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة حيث ورد النص على أنه: وعلى الوزارة أو المصلحة المختصة إخطار من تتخطاهم في الترشيح للترقية بالاختيار من هؤلاء الموظفين، ولهم التظلم إلى الوزير خلال شهر من إخطارهم وتكون قرارات الوزير في هذا الشأن نهائية وغير قابلة للطعن أمام أية جهة كانت ذلك استثناء من أحكام المواد... من القانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥^(٣).

(١) راجع الأستاذ الدكتور فؤاد عبد الله العطار في بحثه بعنوان "كفالة حق التقاضي" بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. العدد الثاني، السنة الأولى ١٩٥٩ ص ٣٢ وما بعدها، وراجع في هذا المقام العميد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة ص ٨٣ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور محمد عبد الجواد محمد في بحثه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد، عدد سبتمبر ١٩٦٧، العدد الثالث السنة ٣٧ ص ١٥٤.

(٢) راجع في الإشارة إلى منع القضاء من النظر في المسائل المتعلقة بأعمال السيادة، الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، طبعة ١٩٨٠ الناشر دار الفكر العربي ص ١٢٥، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٥ ص ٥٦٥، وانظر كذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب وسيد أحمد محمود في قانون المرافعات الكويتي وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، طبعة ١٩٩٤، ص ١٦٥.

(٣) ويمكن لنا التساؤل عما إذا كان استحداث المشرع للجان التوفيق التي أنشأها للتوفيق في المنازعات التي تنشأ بين أحد الأشخاص الاعتبارية العامة وبين العاملين فيها أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة، مثلما هو الحال في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ والصادر في ٤ إبريل ٢٠٠٠، فهل يعد ذلك عقبة تحول دون اللجوء إلى القضاء الطبيعي، ويمكن لنا

ومنه كذلك ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ٣١ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٧ حيث قررت: إن القرار الصادر من وزير الداخلية بفصل العمدة أو الشيخ إدارياً.. يكون نهائياً وغير قابل للطعن أمام أية جهة قضائية.

وكذلك قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٧ في خصوص التماس إعادة النظر في قرارات وأحكام المجالس العسكرية وحيث جاء في مادته الأولى أن "المجالس العسكرية، محاكم قضائية استثنائية لأحكامها قوة الشيء المحكوم فيه ولا يجوز الطعن في قراراتها أو أحكامها أمام أي هيئة قضائية أو إدارية خلاف ما نص عليه في هذا القانون".

ومن ذلك أيضاً ما تضمنه القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الخارجية حيث أشار إلى أنه: لا يجوز الطعن بإلغاء أو وقف تنفيذ القرار الجمهوري الصادر بإعادة تعيين أعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي والقرار الجمهوري بالتعيين في الوظائف الأخرى^(١).

الاعتقاد بأن التنظيم التشريعي لهذه اللجان وعدم إلزام الإدارة بما تصدره من قرارات يعد بالحق عقبة في سبيل تيسير القضاء .

(١) ويجب الإشارة في هذا المقام إلى أنه إذا كان على المشرع ألا يمنع الأشخاص من اللجوء إلى القضاء لأن الاستقامة توجب ذلك، فإنه لا غضاضة في أن يمنع المشرع اللجوء إلى القضاء بشأن الدعاوى الملوثة، والدعاوى الملوثة تعبير شائع في فقه المرافعات يقصد به الحالة التي يستهدف فيها الشخص الاقتضاء بسبب مصلحة غير مشروعة وهي تكون كذلك إذا كانت مخالفة للأداب العامة أو النظام العام، ذلك أن مقتضيات الأمانة الإجرائية ألا يلجأ الشخص إلى القضاء بدعوى تهدف إلى حماية حق غير مشروع، ولقد استقرت هذه القاعدة منذ أمد طويل إذ كانت مقررة في القانون الروماني إعمالاً للقاعدة القائلة بأنه: *Nemo auditor prorium turpitem allegans*.. ولقد وردت الإشارة إلى ذات القاعدة في قانون المرافعات الإيطالي. ويسلم الفقهاء في فقه المرافعات المصري بأن المشرع وإن لم يقنن هذه القاعدة بموجب نصوصه القانونية، إلا أنها ما تقتضيه حكم القواعد العامة في المصلحة كشرط للدعوى أو الطعن، ومن أمثلة عدم جواز المصلحة غير المشروعة أن يكون موضوع الدعوى المطالبة مطالبة المدعى عليه بسداد مبلغ من الرشوة المتفق عليه مسبقاً بين شخص وآخر، أو أن تكون الدعوى مطالبة سيدة بمبلغ من المال متفق عليه

ومنه أيضاً قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٩ بضم قسم قضايا وزارة الأوقاف إلى إدارة قضايا الحكومة حيث أوضحت المادة الرابعة منه أن تكون القرارات الصادرة بالتعيين أو تحديد الأقدمية وفقاً لأحكام المادة السابقة نهائية وغير قابلة لأي طعن أو مطالبة أمام أية جهة قضائية^(١).

مسبقاً مع شخص نظير معاشرته غير أخلاقية، راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح والتفصيل المستشار محمد عزمي البكري في الدفوع في قانون المرافعات فقهاً وقضاء، طبعة ١٩٩٦، الناشر دار محمود للنشر والتوزيع ص ٩٧٨ رقم ٤٦٨، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٩٥ ص ٤٦٧، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد محمد حشيش في نظرية وظيفة القضاء، طبعة ٢٠٠٢، الناشر دار الفكر العربي ص ٥٦ وما بعدها فقرة ٢٢، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤، ص ١١٣، ١١٤. وانظر كذلك:

Gérard Cornu et Jean Foyer; procédure civile. 1958. press. Univ. de france. P. 298.

وانظر أيضاً: Jean Vincent et Serge Guinchard . op. cit. p52. No. 36. (١) وربما ثار التساؤل حول حكم الحالة التي ينظر فيها القاضي في دعوى حظر المشرع النظر فيها على القضاء، ويرى الرأي الغالب في الفقه أن الحكم الذي يصدره القاضي في هذه الحالة يكون منعدياً لأنه يجاوز حدود سلطة ولايته القضائية ولا ينصرف الأثر القانوني لذلك لمجرد البطلان، وعلّة الانعدام في أن القاضي هو ممثل الدولة ومن ثم لا يجب عليه النظر فيما هو محظور عليه تشريعياً حتى ولو برضاء الأطراف، راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور وجدي راغب فهمي في رسالته للدكتوراه في موضوع النظرية العامة للعمل القضائي، سابق الإشارة إليه ص ٥٨٦، وراجع كذلك الدكتور محمد عبد الجواد محمد في بحثه السابق الإشارة إليه ص ١٥٤، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور فؤاد العطار في بحثه بعنوان "كفالة حق النقاضي" بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بحقوق عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى ١٩٥٩ ص ٣٢ وما بعدها، وانظر أيضاً العميد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة ص ٨٣ وما بعدها.

وإذا كان ما تقدم هو نماذج لحظر المشرع اللجوء إلى القضاء الطبيعي وهو حظر يحول بين الفرد وحقه الطبيعي في الاقتضاء، فإن خروج المشرع عن ضوابط الاستقامة التشريعية الواجبة قد يدعو أحياناً إلى خطر الطعن في بعض الأحكام القضائية بالرغم مما هو مسلم به من أن مباشرة حق الطعن هو أيضاً من المبادئ العليا التي تعبر عن الحق في التقاضي، ذلك أن الطعن في الأحكام هو الوسيلة المثلى لكفالة السلامة للأحكام، لأن الأحكام تصدر عن القضاة، وهم عرضة للصواب وعرضة للخطأ أيضاً. ومن المتصور أن يعتمد الأطراف في الخصومة إلى الكيد أو الغش أو تحريف الحقائق مما قد يؤثر في إفساد الأمور وعدم بلوغ العدالة لنصابها⁽¹⁾؛ لذا كان في إعادة طرح الأمر على القضاء قضاء على الريب أو الظنون، وتحقيق للاستقرار والثبات في المراكز القانونية ومن ثم يغدو الحكم عنواناً للحقيقة وضماناً للسلامة؛ لذا قيل وبحق:

Les voies de recours constituent des moyens dont l' utilisation permet d' obtenir éventuellement l' annulation ou la reformation totale ou partielle d' une decision de justice. Elles sont considerees Comme des garanties de bonne justice dans la mesure ou leur exercice entraine un nouvel examen de l' affaire ayant donne lieu à la decision attaquée.⁽²⁾

(1) راجع الدكتور عبد التواب مبارك في مؤلفه "الوجيز في أصول القضاء المدني (قانون المرافعات) الطبعة الأولى ٢٠٠٥ الناشر دار النهضة العربية ص ٥٤٦ وما بعدها بند ٢٩٧. وراجع أيضاً الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر ص ٨٤٨.

وانظر كذلك الدكتور محمود هاشم في بحثه بعنوان استنفاد ولاية القاضي المدني، مجلة المحاماة س ٦١ سنة ١٩٨١ العدد ٣، ٥، ٦.. وراجع أيضاً الدكتور الكوني علي حيث يقيم العلاقة بين الطعن في الأحكام وحسن أداء العدالة مما يفسر تبني المشرع لمبدأ التقاضي على درجتين ويشير إلى أن "مبدأ التقاضي على درجتين من الضمانات الجوهرية التي تحرص قوانين نظام القضاء على تبنيها حرصاً على سلامة القضاء وإبعاد له عن الزلل قدر الإمكان" انظر الدكتور الكوني علي أعبوده في مؤلفه قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية) الجزء الأول ١٩٨٨ ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 315

=

أما إذا حظر المشرع الطعن في بعض الأحكام وكان في ذلك طابع التحكم فإنه يكون قد خرج وشذ عن ضوابط الاستقامة^(١).. ويمكن أن نجد لذلك أمثلة عديدة منها أن المشرع المصري ما كان يسمح بالطعن في أحكام محكمة الثورة التي أنشئت عام ١٩٥٣ بأي طريق من طرق الطعن وإن أجاز لرئيس الجمهورية سلطة تخفيف العقوبة أو حتى إلغائها أو حفظ الدعوى، كذلك حظر المشرع بموجب القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الطعن في أحكام محكمة أمن الدولة العليا^(٢)، إذ جعل أحكام هذه المحكمة نهائية ولا سبيل لاستئناف أحكامها لا بالنقض أو التماس إعادة النظر. وبالمثل حظر المشرع المصري بموجب المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة الغدر^(٣). بأية وسيلة من وسائل الطعن العادية أو غير العادية، كما جعل المشرع

=

وانظر كذلك: Emmanuel Blanc; la nouvelle Procédure civile. 1973 p. 111.

(١) ولذلك فإن المشرع المصري لم يكن يسمح مثلاً بالطعن في القرارات التي تصدر من لجان التطهير التي أنشئت بموجب القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٢ وحيث جاء في هذا القانون الإشارة إلى أنه "لا يقبل الطعن بأي طريق في قرارات هذه اللجان" وكذلك الأمر بالنسبة لمحكمة الوزراء التي أنشأها القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ بشأن محاكمة الوزراء، راجع الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٦٨٧ رقم ٧٧١.

(٢) ولذلك نجد في فرنسا أن المشرع أصدر قانونه المؤرخ في ٢٩ يوليو ١٩٣٩ بحظر الطعن في بعض الأحكام الخاصة بالمحاكم البحرية - التجارية ذات الاختصاص الجنائي. راجع في الإشارة إلى ذلك:

G – Stefani – G. levasseur; procédure Pénale. 9^e éd p. 330 No. 342.

(٣) راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور صلاح سالم جودة في القاضي الطبيعي، الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٧ ص ١٦٢. وراجع أيضاً سيد أحمد سند في رسالته للدكتوراه في موضوع الجريمة السياسية، حقوق القاهرة ١٩٨٣ ص ٦٥٣، وراجع أيضاً الدكتور جميل يوسف قدورة في مؤلفه نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، جامعة القاهرة، ١٩٨٧ ص ٣٢٤، وانظر كذلك الدكتور أسامة الشناوي في رسالته عن المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٨٧ ص ١٤١ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور محمد كامل عبيد في استقلال القضاء، رسالة دكتوراه ١٩٩١، ص ٥٧٩.

ولقد تعرضت هذه المحكمة للنقد حيث قيل: لا يستطيع المرء أن يفسر العلة من تشكيل

=

المصري القرارات الصادرة عن لجنة الأموال المصادرة لأسرة محمد علي - والتي شكلت في أعقاب ثورة ١٩٥٢ - مما يمكن الطعن فيها خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها وذلك أمام لجنة عليا تشكل بقرار من مجلس قيادة الثورة، ويكون لهذه اللجنة صلاحية تأييد قرار لجنة المصادرة أو تعديله أو إلغائه، كذلك نجد مثالا آخر في هذا المجال بشأن الأحكام التي كانت تصدر عن المحكمة الخاصة بفرض الحراسة إعمالاً لنصوص القانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ وحيث وردت الإشارة في هذا القانون إلى أن أحكام محكمة فرض الحراسة هي أحكام نهائية ولا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، هذا وإن أجاز المشرع لمن فرضت الحراسة على أمواله - بعد مرور عام من تاريخ صدور الحكم - أن يتظلم منه أو من إجراءات تنفيذه^(١).

وفي القانون الفرنسي وجدت أمثلة أيضاً لحالات حظر فيها المشرع الفرنسي الطعن في الأحكام. ومن ذلك ما جاء في القانون الصادر هناك في ٢٩ يوليو ١٩٣٩ بشأن المحاكم البحرية - التجارية ذات الاختصاص الجنائي حيث حظر قانون إنشاء هذه المحاكم الطعن بأي طريق من الطرق فيما يصدر عنها من

=

محكمة الغدر المصرية بالطريقة المنصوص عليها في المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢، فليست العلة قطعاً هي عدم الثقة في القضاء المصري ورجاله وقد أثبتوا في جميع العهود أنهم فوق متناول الشبهات بما أظهروه من كفاءة وشجاعة أدبية ومقدرة، وليست العلة سوى السيطرة على الأحكام لأن الأصوات تعد ولا توزن" من مرافعة الدكتور وحيد رأفت أمام هذه المحكمة، جريدة الأهرام في ١٣ يوليو ١٩٥٣.

(١) كذلك تحسن الإشارة في هذا المقام لما كان قائماً في مصر بموجب القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٠ في إنشاء مجلس للغنائم في مصر في مدينة الإسكندرية وحيث ألحق هذا المجلس بمجلس الوزراء وكان الهدف من وراء إنشائه الفصل بإحكام في ضبط المهربات الحربية والسلع الغذائية رغبة في عدم مد الدولة اليهودية بأية مساعدات في أعقاب حرب عام ١٩٤٨. وهو مجلس قضائي محدد المدة واختصاصاته محددة، كما وأن الأحكام التي تصدر عنه لا تقبل الطعن، كما وأن الدولة لا تسأل عما يصدره هذا المجلس من أحكام، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٣٨ لسنة ٣ قضائية في جلسة ٢٩ مارس ١٩٥٨، مجموعة المكتب الفني رقم ١٠٨ ص ٩٨٩ وما بعدها. وراجع أيضاً الدكتور أسامة الشناوي في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٦١، ١٦٢.

أحكام، وبالمثل لم يجز المشرع الفرنسي الطعن في بعض القرارات الصادرة بالعقوبة عن اللجان الإدارية، ومن ذلك الأحكام الجنائية التي كانت تصدر عن المحاكم الإدارية les tribunaux administratifs والتي حلت في عام ١٩٥٣ محل مجالس الأقسام واختصت بالفصل في مخالفات السكك الحديدية والملاحة النهرية ومخالفات المسطحات المائية النهرية أم البحرية، ومن صور حظر الطعن في بعض الأحكام في فرنسا حظر الطعن في أحكام المحكمة العليا للعدالة التي أقامتها حكومة فيشي والتي أنشئت لمحاكمة أعضاء الحكومة في الجمهورية الفرنسية الثالثة، وكذلك المحكمة التي أقامها رئيس الدولة الفرنسي بموجب الأمر الدستوري الذي صدر في ٢٧ يناير ١٩٤١ لمحاكمة مؤيدي وأنصار حكومة فيشي^(١) ومن ذلك أيضاً حظر الطعن في أحكام المحاكم الخاصة التي تكونت في فرنسا في ٢٤ إبريل ١٩٤١ لمحاكمة أصحاب الاعتداءات الليلية على عامة الشعب، ومن ذلك أيضاً حظر الطعن في أحكام المحاكم العسكرية التي أنشئت في ١٤ أغسطس عام ١٩٤١ للنظر في جرائم الفوضى والإرهاب واعتداء الشيوعيين. كما حظر المشرع الطعن في أحكام المحاكم العسكرية التي أنشئت في ٢٧ إبريل ١٩٦١ إبان حرب الجزائر، وحظر الطعن في أحكام المحكمة الخاصة بمحاكمة المتمردين في الجزائر بموجب قانون ١٨ مارس ١٩٦٢ كما حظر الطعن في

(١) كذلك حظر المشرع الفرنسي الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة أمن الدولة الفرنسية وهي المحاكم التي أنشئت بموجب القانون ٦٣ - ٢٢ في ١٥ يناير ١٩٦٣ وهي محكمة وحيدة وكان المشرع قد أنشأ هذه المحكمة لترث اختصاصات المحاكم العسكرية التي كانت قائمة من قبل، وكان قد عهد إلى هذه المحكمة المحاكمة عن جرائم أمن الدولة من جهة الخارج والجنائيات التي تختص بأمنها من جهة الداخل، وتتكون هذه المحكمة من رئيس للمحكمة وعدد من القضاة والضباط كذلك يوجد في المحكمة دائرة مؤقتة وبها هيئة تحقيق مكونة من ثلاثة ضباط هم قضاة تحقيق. راجع في الإشارة إلى هذه المحكمة:

Jean – Claude Soyer; Droit pénal et procédure Pénale. 4^e éd p. 311 No. 533.

وانظر كذلك:

G. Briere de l' Isle, P. Cogniart; Procédure Pénale. Tome 2. p. 263.

وراجع أيضاً:

A. Vitu; Une nouvelle juridiction d' exception; la Cour de Sûreté de l' état. Revue de Science Criminal (R. S. C) 1964 p. 2 etss.

أحكام المحكمة العسكرية للعدالة والتي كانت قد أنشئت في أول يونية ١٩٦٢^(١).

الفرع الثاني

خروج المشرع عن الاستقامة

عند تشييد محاكم استثنائية

توجب أصول الأمانة الإجرائية على المشرع ألا يشيد محاكم استثنائية وإنما يقتصر في تنظيمه على المحاكم العادية بحيث تصبح هذه المحاكم هي وحدها صاحبة الاختصاص العام المحدد نوعاً أو مكاناً في نظر مختلف القضايا وفقاً لقواعد الاختصاص التي يتكفل المشرع في قانون المرافعات ببيانها^(٢).

وترجع العلة في ذلك إلى أن سعي المشرع إلى تشييد المحاكم الاستثنائية فيه مظنة البعد عن العدالة أو المساواة بين الأفراد^(٣). ووجه ذلك هو ما يستهدفه

(١) كذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي كان قد أنشأ بعض المحاكم الأخرى ولم يكن تنظيمه لها مما يخضع لا لقانون المرافعات أو قانون الإجراءات الجنائية بسبب طبيعتها الاستثنائية ولم يكن يسمح بالطعن في أحكام هذه المحاكم ومن ذلك المحكمة المنشأة عقب إعلان حالة الطوارئ بموجب قانون ٥ إبريل ١٩٥٥ وكذلك المحكمة التي أوجدها المشرع هناك بموجب الأمر الذي صدر في ٨ أكتوبر ١٩٥٨ بشأن قمع الجرائم المتعلقة بتقديم المساعدة للمتمردين في الجزائر.. كذلك لم يجز القانون الفرنسي الطعن في أحكام المحاكم العسكرية التي قرر إقامتها في عام ١٩٨٢ بموجب القانون ٨٢ - ١٦٢ في حالة الحرب.

(٢) وتتميز المحاكم العادية بجملة خصائص تحقق مفهوم الأمانة الإجرائية منها مثلاً إعلاء مبدأ المساواة بين المتقاضين واحترام حرية الدفاع وإعلاء نزاهة القاضي وحياده وتحقيق مبدأ علنية المحاكمة وتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم وعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي وكفالة طرق الطعن في الأحكام، راجع في الإشارة إلى هذه المبادئ ومدى اتصالها بالأمانة الإجرائية الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه "التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٩ الناشر دار النهضة العربية ص ٢٢٧ وما بعدها. وراجع أيضاً:

René Morel; Traité Elementalre de procédure civile.

Recueil Sirey. Deuxième edition. P. 112 No 110 etss.

(٣) والأصل أن يتضمن تشكيل كل محكمة عناصر معينة تضفي عليها صفة القضاء الطبيعي

المحقق للعدالة والمساواة بين الخصوم، ويشير الأستاذ "موريل" في هذا المقام إلى أن كل

=

هذا الإنشاء من اختصاص المحكمة الاستثنائية بمحاكمة أشخاص معينين دون غيرهم أو المحاكمة في قضايا معينة بذاتها دون غيرها^(١). كما قد يكون وجه الاستثناء في هذا القضاء كون قضاة هذه المحكمة كلهم أو بعضهم من غير القضاة المؤهلين بالعلم القانوني للفصل في الدعاوى، كما لو دخل في تشكيل المحكمة قضاة من العسكريين أو من الشخصيات العامة، أو أن تكون المحكمة مؤقتة بحيث يتبدد وجودها بمجرد استنفاد الغرض من إنشائها^(٢).

=

محكمة عادية يجب أن تتكون من عنصرين هما القاضي أو القضاة في حالة تعددهم والكتاب، ومن خصائص القضاء العادل القائم على الأمانة الإجرائية تشكيل الدائرة القضائية بموجب مبدأ الجماعةية *la collégialité* وفي ظل أعمال هذا المبدأ لا يجري تقسيم العمل في نظر الدعوى بين القضاة وإنما يشاركون جميعهم بالنظر في القضية، ولا ريب في أن جماعة القضاة تتيح الأمانة حيث تنصهر إرادة القضاة في القرار الذي ينتهي إليه الحكم، ولهذا يقول "موريل" إن القاضي الفرد هو قاضي ظالم: *juge unique, juge inique*. راجع موريل في المرجع السابق ص ١١٣، ١١٢، ١١٣.

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما يقيمه المشرع الفرنسي من قضاء نوعي خاص؛ لأن القاضي العام في قانون المرافعات الفرنسي هو من ينصب عمله إلى الفصل في نزاع قانوني. على أنه قد يحتاج أمر تولي قضاء معين بذاته إحاطة القاضي في عمله بمعلومات خاصة مستقاة من طبيعة ونوعية المنازعة، كأن يكون القاضي من التجار أو العمال وعندئذ يسمى بالقاضي العرضي: *juges occasionnels*. راجع:

Gérard Couchez; op. cit. p. 18.

(٢) ومما لا ريب فيه أن تزويد القاضي بالعلم القانوني يعد متطلباً جوهرياً في ممارسته لعمله في القضاء وهذا التزويد له دور كبير في التحقق من أمانته القانونية. لذا لا يصح أن يتولى القضاء من لم يكن من الدارسين دراسة كافية للقانون، ومن أجل تعزيز ذلك تكفلت وزارة العدل في مصر بإنشاء مركز قومي للدراسات القضائية بموجب القرار الجمهوري رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٨١ ولقد ورد في المادة الثانية من هذا القرار أن الهدف من إنشائه هو إعداد وتدريب أعضاء الهيئات القضائية وتأهيلهم علمياً وتطبيقاً لممارسة العمل القضائي والارتقاء بالمستوى الفني والعملية لأعوان القضاء والعاملين بالجهات المعاونة للهيئات القضائية. وجمع ونشر وحفظ الوثائق والتشريعات والأبحاث والمعلومات والمبادئ القانونية وغير ذلك

=

في هذه الحالات تعد المحاكم الاستثنائية عقبة تحول دون تحقيق العدالة وهي محاكم تثير الشكوك والريب طالما أن الأصل العام يوجب دائماً ضرورة وجود المحكمة قبل اللجوء إليها كما وأن اللجوء إلى القضاء العادي في مختلف المحاكم تحكمه قواعد عامة مجردة تحكم اختصاصه بحيث يتاح لكل فرد أن يعلم مسبقاً المحكمة المختصة بنظر دعواه وإلا كان في غير ذلك مدعاة للاعتقاد بعدم حياد المحكمة أو القضاة ومن ثم تفرغ المحكمة من مضمونها وتغدو ذات طابع شكلي بحت وفي ذلك إضرار مؤكد بالعدالة وتخلي عن ضمانات الحق في اللجوء إلى القضاء الطبيعي^(١).

ويمكن أن نجد تطبيقات عديدة لهذه المحاكم الاستثنائية منها محكمة الغدر وهي المحكمة التي أنشئت بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ غداة قيام ثورة ١٩٥٢ في مصر وقد حدد القانون اختصاص هذه المحكمة وكان أن نص على أن يمثل أمامها الوزراء السابقون والموظفون العامون وكل من كان عضواً في أحد مجالس البرلمان أو أحد المجالس البلدية والقروية أو مجالس المديرية. وبصفة

مما يساعد على حسن إدارة العدالة، ويتكون هذا المركز من مجلس إدارة ومدير ووحدات الاختيار والتدريب لأعضاء الهيئات القضائية ووحدات اختبار وتدريب أعوان القضاء والعاملين بالجهاز المعاون للهيئات القضائية ووحدة للبحوث والدراسات القضائية والتوثيق فضلاً عن عدد كاف من العاملين يصدر بتعيينهم أو ندهم قرار من وزير العدل.

(١) وتأكيداً لذلك قال الفقهاء بأن القضاء الاستثنائي فيه انتزاع لدعوى من يد قاضيها الأصلي وجعلها من اختصاص قاض آخر، وهذا الانتزاع المفتعل للدعوى أو الإضفاء المصطنع للاختصاص ينطوي بالضرورة على مساس باستقلال القاضي الأصلي صاحب الولاية في الدعوى التي انتزعت منه، كما ينطوي حتماً على مساس آخر باستقلال وحياء القاضي الثاني الذي أصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الافتعال، وعلّة ذلك أن التدخل في شؤون القضاء على هذا النحو ينطوي على تحية قاض عن دعواه وتخصيص قاض آخر للفصل فيها، ولذلك فإن مبدأ القاضي الطبيعي يكمل مبدأ استقلال القضاء وحياده، ويوضح أن كلا من هذه المبادئ الثلاثة تكمل بعضها الآخر وإن كان مبدأ استقلال القضاء هو الأصل العام الذي تفرع عنه المبدأ الآخر.. راجع الدكتور محمد كامل عبيد في استقلال القضاء. دراسة مقارنة ١٩٩١ بدون اسم ناشر، ص ٥٧٠ رقم ٦٧٩.

عامة كل شخص كان مكلفاً بخدمة عامة وله صفة نيابية - الذين تعتبرهم لجان التطهير التي جرى تشكيلها بالمرسوم بقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٢ من المفسدين الذين قاموا بإفساد الحياة السياسية أو استغلال النفوذ أو التدخل في أعمال القضاء أو العمل على رفع الأسعار وخفضها خدمة لمصالحهم الشخصية^(١).

وقد تجلت الصفة الاستثنائية في هذه المحكمة فيما قرره المرسوم بقانون سند إنشائها من أن لها اختصاص رجعي مما يخرج عن مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية فيما هو أسوأ للمتهم، كما تميزت هذه المحكمة بطابع التأقيت^(٢)؛ لأنها كانت رهناً لظروف إنشائها وينحصر اختصاصها على ما أحيل إليها، ثم إن المرسوم بقانون المذكور أشار إلى أنها تتكون من ثلاثة مستشارين وأربعة ضباط من القوات المسلحة يعينهم القائد العام للقوات المسلحة ولا تسري على هؤلاء القضاة ضمانات العزل.

كذلك يعد من المحاكم الاستثنائية أيضاً محكمة الثورة التي أقر بإقامتها مجلس قيادة الثورة عقب قيامها في ١٣ سبتمبر ١٩٥٣ ولقد تحدد اختصاص هذه المحكمة بالنظر فيما يقدم إليها من متهمين بالعمل ضد مصلحة البلاد وضد كيان الثورة وتصدر أحكامها باسم مجلس الثورة ولا محل لترك ذلك للقضاء العادي وللمحاكم العادية، ولقد حدد المشرع تشكيل هذه المحكمة إذ إنها تتكون من ثلاثة من أعضاء مجلس قيادة الثورة وبموجب الأمر المشار إليه فإنه لا يجوز المعارضة في هيئة المحكمة أو أحد أعضائها بما يعني عدم جواز الرد حتى ولو قامت موجبات الرد المقررة في قانون المرافعات^(٣).. أما في شأن اختصاصات هذه

(١) ولا يمكن اعتبار هذه المحكمة من القضاء الطبيعي لأن هذا القضاء يقتضي أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون كما يجب أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قد تم قبل نشوء الدعوى وأن تكون المحكمة دائمة وأن يكون قضاتها من الهيئة القضائية ممن يتمتعون بالاستقلال والحيدة كما يجب أن تكفل في المحاكمة كافة حقوق الدفاع و ضماناته.. راجع في ضمانات حياد القاضي واستقلاله كمظهر للقضاء الطبيعي: د. وجدي راغب فهمي في رسالته عن: النظرية العامة للعمل القضائي. رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٦٧ طبعة منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٧٤ ص ٥٦٤ - ٥٧٧.

(٢) ومظهر التأقيت هنا ما أوكله المشرع لهذه المحكمة من مهمة بحيث تتقضي وتتلاشى المحكمة بمجرد إصدارها لحكمها.

(٣) انظر في ذلك لمزيد من الإيضاح والتفصيل الدكتور محمد كامل عبيد في رسالته السابق

المحكمة فهي النظر 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 وكذا الأفعال التي ساعدت على إفساد الحكم وتمكين الاستعمار بالبلاد وكل ما من شأنه إفساد الحياة السياسية أو استغلال النفوذ دون مراعاة صالح الوطن سواء أكان ذلك بالتحايل على أحكام الدستور أو غير ذلك من الوسائل ولو كانت قد وقعت قبل العمل بهذا الأمر. وتختص بالنظر فيما يرى مجلس قيادة الثورة عرضه عليها من القضايا أياً كان نوعها حتى ولو كانت منظورة أمام المحاكم العادية أو غيرها من جهات التقاضي الأخرى مادام لم يصدر فيها حكم^(١). وتعتبر هذه المحاكم أو الجهات متخلفة عن القضية، فتحال إلى محكمة الثورة بمجرد صدور الأمر من مجلس قيادة الثورة بذلك.

وبموجب الأمر المشار إليه حدد القانون كيفية سير الإجراءات أمام المحكمة

=

الإشارة إليها حول استقلال القضاء. دراسة مقارنة، سابق الإشارة إليها ص ٥٧٩.

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما يصرح به الأستاذ "موريل" في الفقه الفرنسي حيث يوضح ما للمحاكم العادية من طبيعة التدرج النوعي بالرغم من عدم خضوعها للتبعية الإدارية. فإذا كان المشرع قد أنشأ محاكم جزئية ثم كلية أو استئناف ثم محكمة للنقض فإن ذلك لا يعني تبعية المحكمة الأدنى للأعلى وإن كان ذلك هو ما كان قائماً قبل الثورة الفرنسية:

aujourd' hui. Le principe du double degré de juridiction, n' est pas fondé sur une idée de dépendance hiérarchique. Tout juge ne relève que de la loi et de sa conscience.

ثم إن المساواة بين المتقاضين يساندها المبدأ الموجب لعدم مساءلة القاضي من جانب جهة تعلقه:

Le juge ne répond pas de ses jugements devant ses supérieurs hiérarchiques et ceux – ci ne peuvent lui donner d' ordres pour la solution des procès.

راجع في الإشارة إلى ذلك "موريل" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٠٧ وفي ذات

المعنى انظر: Cézár – Bru; Sur Garsonnet. 3^é éd. T. VI nos 34 ets.

ونص في المادة السادسة منه على أن للمحكمة صلاحية تقرير ما يتبع بعض الإجراءات الأخرى إذا ما رأته وجهاً لذلك. كما جعل أمر أحكام هذه المحكمة بيد مجلس قيادة الثورة الذي يملك التصديق عليها، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المحكمة كانت مشكلة تشكيلاً عسكرياً بحتاً.

وفي مجال المحاكم الاستثنائية في مصر يمكن أن نرصد أيضاً المحكمة التي أنشأها المشرع بموجب القانون ٢٤٧ لسنة ١٩٥٦ لمحكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونوابهم، وقد أنشئت هذه المحكمة بموجب دستور ١٩٥٨ حيث ورد في المادة ٥٨ منه النص على أنه: تكون محاكمة رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة ينظم القانون تشكيلها وإجراءات المحاكمة أمامها^(١). وبموجب ذلك كان المشرع قد أورد في القانون رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٥٦ النص على أن: تتولى محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء محكمة عليا تشكل من اثني عشر عضواً ستة من مستشاري محكمة النقض ومحاكم الاستئناف يختارون بطريقة القرعة أيضاً من بين مستشاري محكمة النقض وأقدم ثلاثين مستشاراً من محاكم الاستئناف ويختار بطريق القرعة، كذلك عدد مساو من أعضاء مجلس الأمة والمستشارين بصفة احتياطية، ويرأس المحكمة أقدم المستشارين، وأسند القانون مهمة الاتهام أمام هذه المحكمة إلى ثلاثة من أعضاء في مجلس الأمة ينتخبهم المجلس بالاقتراع السري

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه لما قامت ثورة ١٩٥٢ في مصر أعقب ذلك إصدار مجلس قيادة الثورة في ١٣ سبتمبر ١٩٥٣ أمراً بإنشاء محكمة للثورة وقد بين هذا الأمر قواعد تشكيلها والأفعال التي تختص بها وقد استند هذا الأمر إلى الإعلان الدستوري الذي صدر في ١٠ فبراير ١٩٥٣ والذي جاء فيه أنه "يتولى قائد الثورة أعمال السيادة العليا ويفوض في اتخاذ التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم من المؤامرات التي تحيها الرجعية وأعداء الثورة، وقد ورد في التصريح الذي أعلن به الأمر الصادر بتشكيل محكمة الثورة أن العلة من إنشاء هذه المحكمة هو أنها "ستتظر فيما يقدم إليها من متهمين بالعمل ضد مصلحة البلاد وضد كيان الثورة وستصدر أحكامها باسم مجلس الثورة، ولا محل لترك ذلك للقضاء العادي وللمحاكم العادية، وأنه مع احترامنا الشديد لجهتنا القضائية التي نكن لها كل إجلال وإكبار ونحب أن نحيطها بهالة من الهيبة والوقار، فإنه لم يحدث في تاريخ ثورة من الثورات أن احتكمت إلى القضاء العادي في أمور حياتها، فللقوانين العادية قيودها وحدودها ولا يمكن لقضاتها أن يتعدوا هذه القيود والحدود لأنها شرعت لظروف الحياة الطبيعية.

بأغلبية الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس وذلك بعد صدور قرار الاتهام ويجوز أن يعاونهم محام عام يندبه النائب العام بناء على طلب مجلس الأمة.. وموجب المادة ١٦٠ من الدستور ورد النص على أن تكون محاكمة الوزير وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الوجه المبين بالقانون، وتسري هذه الأحكام على نواب الوزراء.. وبموجب المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ - بشأن محاكمة الوزراء - تتولى محاكمة الوزراء محكمة عليا تشكل من اثني عشر عضواً ستة منهم من أعضاء مجلس الأمة يختارون بطريق القرعة وستة من مستشاري محكمة النقض ويختار بذات الطريقة عدد مساو من أعضاء مجلس الأمة والمستشارين بصفة احتياطية، وفي حالة غياب أحد الأعضاء الأصليين أو قيام مانع يحل محله أقدم الأعضاء الاحتياطيين، إذا كان من المستشارين وأكبر الأعضاء سناً إذا كان من أعضاء مجلس الأمة ويرأس المحكمة أعلى المستشارين في الدرجة والأقدمية.

ويمكن أن تعد محكمة الحراسة صورة أخرى للمحاكم الاستثنائية حيث جاء في المادة العاشرة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بشأن تنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب أنه تفصل في دعاوى الحراسة محكمة تشكل بقرار رئيس الجمهورية برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشاري محاكم الاستئناف وثلاثة من المواطنين المشتغلين بالمهنة أو الصناعة أو العمل الأساسي الذي يعول عليه المطلوب فرض الحراسة عليه^(١). وقد أوضح المشرع أن مهمة هذه المحكمة هي فرض الحراسة على أموال الشخص كلها أو بعضها لدرء خطره على المجتمع إذا قامت دلائل جديّة على أنه أتى أفعالاً من شأنها الإضرار بأمن البلاد من الخارج أو الداخل أو بالمصالح الاقتصادية للمجتمع الاشتراكي أو بالمكاسب الاشتراكية للفلاحين والعمال أو إفساد الحياة السياسية في البلاد أو تعريض الوحدة الوطنية للخطر. أو إذا قامت دلائل جديّة على أن تضخم أمواله قد تم بالذات أو بواسطة الغير بسبب من الأسباب التي حددتها المادة الثالثة من القانون.

كذلك يمكن اعتبار محكمة القيم التي أنشأها المشرع بموجب القانون رقم ٩٥

(١) راجع في الإشارة إلى هذه المحكمة الدكتور محمد كامل عبيد في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٥٣٩. كذلك في هذا المقام لذات المؤلف إشارته إلى المحاكم العسكرية ومحاكم أمن الدولة ومحكمة القيم ومحكمة الأحزاب.

لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب نوع آخر من المحاكم الاستثنائية إذ انحصر اختصاصها في مسائل المسؤولية السياسية وكان المشرع قد عهد إلى هذه المحكمة إلى المدعي العام الاشتراكي ليتولى مهمة الادعاء أمامها^(١).
كذلك تعتبر محكمة الأحزاب المنشأة بموجب القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ من المحاكم الاستثنائية حيث عهد المشرع في شأن تشكيل هذه المحكمة إلى الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا التي يرأسها رئيس مجلس الدولة وذلك حي تنظر في طعون الإلغاء في قرارات لجنة شؤون الأحزاب السياسية.

(١) ويجدر بنا الإشارة في هذا المقام إلى ما قال به الأستاذ "موريل" في فرنسا من أن التعرف على المحكمة العادية يمكن أن يتم بموجب عدة معايير أو خصائص أولها أن المحكمة العادية تتميز بأنها محكمة دائمة les tribunaux sont permanents ويعني كونها مستمرة، أي أن يكون انعقاد المحكمة دائماً على مدار العام ولا يؤثر في ذلك أن يحظر المشرع انعقاد المحكمة في أيام العطلات أو الأجازات الرسمية، لذا لا يؤثر في صفة المحكمة العادية ما كان قد صدر في فرنسا بموجب قانون 17 thermidor an 11 du 18 germinal an x من عدم عقد المحكمة يوم الأحد من كل أسبوع، ولا يؤثر أيضاً في صفة المحكمة أن يتعطل العمل بها أثناء الأجازة القضائية: il existe, pour certains tribunaux, des vacances judiciaires مثلما هو الحال في الأجازة القضائية لمحكمة النقض الفرنسية من ١٥ أغسطس حتى ١٥ أكتوبر من كل عام والأجازة القضائية لمحاكم الاستئناف من أول أغسطس حتى أول أكتوبر، وهذا الحال بالنسبة للمحاكم الكلية.. كذلك تتميز المحكمة العادية بأن يكون انعقادها في حدود اختصاصها الإقليمي، ويقول "موريل" إن هذه الخاصية ربما لم تكن محل اعتبار بسبب بعض الظروف. كذلك تتميز المحكمة العادية بكون جلساتها علانية Publicité des audiences وفي ذلك تأكيد على القاعدة الإجرائية الأصولية القائلة بأن:

Les débats doivent avoir lieu en audience publique et les jugements doivent être rendus publiquement.

راجع في ذلك:

René Morél; Traité élémentaire de procédure civile; deuxième édition.

Recueil Sirey. Op. cit. p. 117 No 117 etss.

وإذا كان ما تقدم هو نماذج للمحاكم الاستثنائية في مصر، فإن المشرع الفرنسي قد أنشأ هو أيضاً بعض من هذه المحاكم ومن ذلك محكمة أمن الدولة الفرنسية *La cour de sûreté de l' etat* التي أنشأها بموجب القانونين ٦٣ - ٢٢ الصادرين في فرنسا في ١٥ يناير ١٩٦٣، وقد أنشئت لترث اختصاص المحاكم العسكرية التي كانت قائمة من قبل^(١). ولقد عهد المشرع لهذه المحكمة بالمحاكمة عن جرائم أمن الدولة من جهة الخارج، ومحكمة الجنايات كانت تختص من جهة الداخل، وتتكون هذه المحكمة من رئيس للمحكمة وعدد من القضاة والضباط، وكذلك يوجد في المحكمة دائرة مؤقتة كما يوجد بها هيئة للتحقيق مكونة من ثلاثة من القضاة يطلق عليهم تسمية قضاة التحقق، ويرأس هذه اللجنة أحد المستشارين ويعاونه اثنان، وكان المشرع الفرنسي لا يجيز الادعاء المدني أمام هذه المحكمة إلا أنه قد عدل عن ذلك فيما بعد، وتختص محكمة أمن الدولة الفرنسية بالنظر في كل جنائية أو جنحة إذا وقعت في فترة السلم وكانت مما يتعلق بأمن الدولة من ناحية الداخل أو الخارج وذلك بالإضافة إلى بعض الاختصاصات المحددة على سبيل الحصر.

وتختلف هذه المحكمة عن المحاكم العسكرية التي قرر المشرع الفرنسي إقامتها في عام ١٩٨٢ بموجب القانون رقم ٨٢ - ١٦٢ لسنة ١٩٨٢ في حالة الحرب حيث إذا قامت هذه الحالة تنشأ على الفور محاكم عسكرية خاصة بالنظر في جرائم أمن الدولة التي تقع إبان هذه الحالة، وعلى كل حال فإن الفقه الفرنسي يجمع على احتساب محكمة أمن الدولة الفرنسية من صور المحاكم غير العادية، وأياً ما كان قد قيل بشأن دواعي وجود هذا القضاء إلا أنه يمكن وبحق اعتباره مما يتعارض مع حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، كما وأن في الإبقاء على هذه المحكمة في غير حالة الحرب فيه إهدار للحقوق.

المطلب الثاني

(١) ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يكن يقرر اختصاص المحاكم العسكرية بمحاكمة المدنيين، حيث سائر في ذلك ما هو قائم في القضاء الإنجليزي حيث يقتصر اختصاص المحاكم العسكرية *The Courts - Martial* على العسكريين دون المدنيين سواء أكان ذلك في الظروف العادية أو غير العادية. راجع:

Dicey; Introduction to the study of the Constitution, First edition, Macmillan, London 1959 p. 294.

أمانة الفرد في عدم إساءة استخدام حق التقاضي

من الحقائق المؤكدة في منظومة العمل الإجرائي أنه إذا كان على المشرع أن يتيح للأفراد مباشرة الحق في التقاضي بحيث لا يجوز اقتضاء الحق إلا باللجوء إلى القضاء، فإنه لا يعد من الاستقامة التشريعية أن يحظر المشرع على الأفراد اللجوء إلى القضاء في منازعات معينة أياً ما كانت دواعي ذلك، كما لا يجوز للمشرع أن ينشئ محاكم استثنائية. ثم إن الأمانة الإجرائية تتطلب بالمقابل ألا يستخدم الفرد حقه في التقاضي ليلحق بذلك ضرر بالغير^(١)، ذلك أن الأمانة تتطلب بالضرورة بعدم الإساءة أو الإضرار بالآخرين لأنه لا ضرر ولا ضرار كما وأنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق^(٢)، ولقد أكدت المادة الخامسة من القانون

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه حيث يوضح أن المدعي قد يكون متعنناً في رفع دعواه أو سيء النية يريد مجرد النكاية بخصمه، أو بمعنى آخر يسيء استعمال حق التقاضي الذي شرعه القانون لأرباب الحقوق دون غيرهم *abus du droit d' agir en justice* ومثال ذلك ما إذا رفع شخص على محام دعوى مدنية بطلب تعويض منه لأنه قصر أو أهمل أو غش في الدفاع وكان باتهامه بذلك في غير محله، أو إذا أوقع شخص حجراً تحت يد آخر على أموال مملوكة لخصمه بقصد تعطيلها عند الغير بغير حق، أو طلب شخص إفلاس شخص آخر بلا مسوغ، ولقد أجاز القانون في هذه الحالة للقضاء أن يحكم عليه بتعويضات في مقابل المصاريف التي لم يحكم بها، فإذا أصاب الخصم الآخر ضرراً في ماله أو سمعته من هذه الدعوى المرفوعة لمجرد المعاكسة أو الإضرار به فله - طبقاً لقواعد المسؤولية العامة - أن يطلب الحكم له بتعويض هذا الضرر طبقاً للقانون المدني. راجع الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف ص ٣٢٢ رقم ٤٠٨. وراجع أيضاً محمد صبري أبو علم في رسالته بعنوان "تطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق على إجراءات المرافعات وطرق التنفيذ، طبعة ١٩١٥ ص ٢ وما بعدها.

(٢) انظر في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٥٨٥ رقم ٣٣٢ هامش ٣ حيث يوضح أنه وفقاً للمادة ١/١٨٨ مرافعات فإنه إذا كان الخصم قد قدم الطلب أو الدفع بسوء نية بقصد الكيد لخصمه، فإن للمحكمة إلزام مقدم الطلب بدفع جميع النفقات التي تحملها خصمه، وفي هذه الحالة لا يكون أساس الإلزام واقعة الخسارة، بل المسؤولية عن تعويض الضرر، ولهذا فإن المحكمة لا تقضي بها إلا بناء على

المدني الحالي هذا الأصل، وكان أن شيدت نظرية كاملة متكاملة في عدم التعسف في استعمال الحق حيث أورد المشرع في المادة الخامسة النص على أنه: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من الضرر بسببها.
(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

لذا توجب الأمانة الإجرائية على الفرد ألا يستخدم التقاضي كوسيلة للكيد أو الإساءة وإن كان هناك من الفقهاء المحدثين من ينهه وبحق إلى انتشار الدعاوى الكيدية حتى قيل "انتشرت الدعاوى الكيدية والإجراءات الكيدية والدفع الكيدية ووجوه الدفاع الكيدية وغدا من الضروري تمييز الخبيث من الطيب ومعرفة حكم الخبيث في القانون"^(١). ولا ريب في أن الاستعانة بالدعاوى الكيدية بقصد الإضرار قد يعرزه ما هو ملاحظ في الوقت الحاضر من بطء التقاضي^(٢). إذ كثيراً ما يمتنع المدين عن أداء دينه ويصارع دائته بأن بإمكانه المطالبة عن طريق القضاء قاصداً التنكيل به

=

طلب.

(١) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمعي في بحثه بعنوان الإساءة في المجال الإجرائي. بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد. مجلة حقوق القاهرة، عدد خاص، العيد المنوي لكلية الحقوق، ١٩٨٣ ص ٥.

(٢) ولذلك قيل وبحق بأن سبب ظاهرة البطء في التقاضي يرجع إلى بعض الخصوم الذين استغلوا القوانين ووظفوها لخدمة مصالحهم الخاصة ولو تعارضت مع تحقيق العدالة في الخصومات المطروحة أمام القضاء، فإذا كان من المقرر أن حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من يلجأ إلى القضاء متمسكاً بحق أو زوداً عن حق إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، وهكذا فإن إساءة استخدام الحق إما أن تكون من جانب المدعي وإما أن تكون من جانب المدعى عليه.. راجع الدكتور أحمد صدقي محمود في بحثه بعنوان "المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي" الناشر دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١١، ١٢.

لما هو معلوم عند الكافة من شيوع ظاهرة البطء في التقاضي بحيث قد لا يجد الدائن بدأً من تسوية المديونية بالتنازل الودي عن قدر كبير منها خشية الاستيفاء المتأخر للدين تمشياً مع القول المألوف لدى العامة من أن "مصالحة بغبن خير من قضية رابحة"^(١).

وإذا كانت الأمانة الإجرائية توجب على الفرد ألا يسئ استخدام حقه في التقاضي بأن يتخذ ذلك وسيلة للمغالبة. فإن الأمانة الإجرائية توجب بالمثل مراعاة الصدق في مسائل التنفيذ لذا لا يجوز مثلاً لمن صدر الحكم النهائي لمصلحته أو إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل أن يكيد في التنفيذ أو يتعنت، وينصرف الالتزام بالأمانة في هذا المجال لكل من طالب التنفيذ ومن يجري التنفيذ ضده^(٢).

وفيما يتعلق بالإخلال بالأمانة الإجرائية في مجال إساءة اللجوء إلى القضاء يضرب الفقهاء أمثلة عديدة توضح مدلول ومعنى الكيد، ومن صور ذلك أن يستهدف المدعي بدعواه التشهير بالمدعى عليه رغم علمه بعدم وجود حق أو

(١) راجع في هذا المعنى الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في أصول المحاكمات المدنية، الناشر الدار الجامعية، طبعة ١٩٨٨، ص ٨٦ رقم ٧١، وحيث تشير إلى أنه إذا كان المشرع قد قيد اللجوء إلى القضاء بقيود معينة إلا أن هذه القيود المحددة قانوناً لا تكفي؛ إذ لا يكفي منع الكيد والإضرار وتقاضي الدعاوى الكيدية "فالأشخاص قد يلجأون إلى القضاء ويقيمون دعاوى لا تتوافر فيها الشروط اللازمة قانونياً لقبولها أمام المحكمة لمجرد التشهير بخصومهم والإضرار بهم من إقامة الدعاوى ضدهم، كما أن بعض الأشخاص قد يقيمون دعاوى للمطالبة بمزايا تفوق كثيراً الأضرار التي تلحق بغيرهم من جراء الحكم لهم بهذه المزايا.. ولتقاضي التعسف في استعمال الدعوى وإساءته تقرر بعض التشريعات جزاءات خاصة توقع على الشخص في هذه الأحوال بصفة خاصة دون الاكتفاء بالنصوص العامة التي قد تكون مقررّة فيها لمنع التعسف في استعمال الحقوق.. وتشير إلى ما ذكره المشرع اللبناني في المادة ١٠ من قانون المرافعات من أن حق الادعاء وحق الدفاع مقيدان بحسن استعمالهما، فكل طلب أو دفاع أو دفع يدلي به تعسفاً يرد ويعرض من يقدم به للتعويض عن الضرر المتسبب فيه.

(٢) راجع في الإشارة إلى هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه بعنوان الإساءة في المجال الإجرائي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، العيد المئوي لحقوق القاهرة، ١٩٨٣، ص ٧.

مركز قانوني مطلوب حمايته في مواجهة ثمة اعتداء، ومن ذلك أيضاً أن يسعى المدعي إلى التعنت فيطالب بالدعوى بحق رغم علمه بانقضائه أو أن تكون المطالبة ليست بحق أو أن يكون الحق ثابتاً للمدعى عليه بلا نزاع، ومنه أيضاً ما يصح وصفه بالكيد الإجرائي" ومن صورته أن يرفع المدعي دعواه ويتعمد عدم وصول الإعلان للمدعى عليه بالاتفاق مع المحضر الذي يثبت في إعلان الصحيفة - على خلاف الحقيقة - أنه انتقل للمكان ووجده مغلقاً وأجرى الإعلان عن طريق الإدارة^(١). كما يتخذ الكيد صورة الدعوى الصورية التي ترفع من شخص على آخر ويكون بينهما اتفاق على أن يقر المدعى عليه اتفاقاً بحق هو ليس للمدعي وإنما للغير ثم يفاجأ هذا الأخير بصدور حكم لا يعلم عنه شيئاً ويمس بحق من حقوقه على عقار أو منقول.

(١) ويتعين الإشارة في هذا المقام إلى ما يصرح به الأستاذان Gérard Cornu et Jean Foyer في فقه المرافعات الفرنسي من أن من القضايا التي تعرض أمام القضاء ما يرد سببها إلى الشك حول انطباق قاعدة قانونية ما على وقائع محل نزاع وذلك الغالب:

Souvent le litige naît d' un doute sur l' application de la règle de droit.. chose litigieuse parce que douteuse, et les raisons de douter sont nombreuses

ويضيف الفقيهان لذلك القول بأن سبب المنازعة قد يكون سوء النية في التقاضي حيث يعمد المدعي إلى الدعوى الكيدية ويقصد المشاغبة والإساءة أو يعمد المدعى عليه إلى ذلك في دفاعه:

une question peut devenir litigieuse encore que non douteuse raisonnablement. La malignité suscite, Seule, la querelle, soit que d' un emette une prétention téméraire, qu' il sait pertinemment mal fondée, par esprit de chicane ou pour obtenir un avantage sans droit, soit que l' autre oppose à une prétention qu' il sait légitime, une résistance purement dilatoire, tactique ou malveillante.

راجع:

Gérard Cornu et Jean Foyer; Procédure civile. 1958. Presse universitaires de France. P. 34.

ومن صور الإخلال بالأمانة الإجرائية أيضاً أن يرفع المدعي دعواه بموجب ورقة مزورة رغم علمه بكونها كذلك أو أن يدعي بورقة مزورة منسوبة لمورث المدعى عليه رغم كونها مصنعة^(١).

كذلك تعد "دعاوى المسخرين" من صور إساءة استعمال الحق في التقاضي، ومن الإخلال بالأمانة الإجرائية. ويقصد بدعاوى المسخرين أن يرفع المدعي دعواه مع شخص آخر بالتواطؤ مع هذا الأخير بهدف تثبيت الملكية على مال ليس لهما صلة به وإنما إضراراً بالمالك الأصلي^(٢)، وقد يتحقق التواطؤ أيضاً على نفس النحو في شأن دعوى صحة التعاقد، وقد يتحقق التواطؤ مع غير المدعى عليه ويتجسد الإخلال بالأمانة في مجال الإعلان بدعوى ويكون ذلك بالاتفاق مع الغير للظاهر عند التوقيع على الإعلان بأنه المعلن إليه حال كونه غير ذلك مما يترتب عليه صدور الحكم في مواجهة المضرور من الإعلان المسمى "بالأمريكاني"^(٣).

(١) راجع الدكتور أبو الوفا في نظرية الأحكام، طبعة ١٩٧٧ ص ١٦٤ هامش ٤.
(٢) ويرجع السبب في عدم مراعاة الأمانة الإجرائية في هذا المقام إلى ما تقتضيه هذه الأمانة بواجب إعلام الخصم بكل إجراء يتخذ في مواجهته حتى يتصل بالدعوى وتسمع أقواله ويتمكن من استعمال حقه في الدفاع ولولا ذلك ما كان بإمكان الخصم استعمال حقه في المواجهة أو الدفاع، ولنضف إلى ذلك أن وسيلة العلم إما أن تكون بالإعلان القضائي أو خلال المواجهة الشفوية بالجلسة أو عن طريق تمكين الخصم من الاطلاع على الأوراق أو المستندات أو المذكرات المكتوبة، وتأكيداً لذلك أكدت حكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة في حكمها الصادر في ١٩٤٧/٤/٨ - س ٢٨. مدونة الفقه والقضاء ج ١ ص ٣٣١ أن المادة الأولى من قانون المرافعات (القديم) إذ تكررت كل إعلان أو إخبار يقع من بعض الخصوم يكون بواسطة المحضرين، بناء على أمر المحكمة التابعين هم لها أو بناء على طلب الخصوم، لم يقصد سوى أن الإعلان على يد محضر هو الوسيلة الأصلية في إحاطة الخصم علماً بما يعلنه به خصمه ولكن ليس معنى هذا أنها الوسيلة الوحيدة في هذا الشأن، فقد يقرر القانون من الوسائل الأخرى ما يكفل هذا الإخبار حتى لو لم يحصل بالإعلان على يد محضر، كما هو الحال مثلاً في تبادل المذكرات الكتابية بين أطراف الخصومة في النقض، إذ يكفي الإيداع في قلم كتاب المحكمة في الميعاد القانوني.

(٣) وقد تتحقق عدم الأمانة الإجرائية بسبب إساءة استعمال قواعد الإعلان على يد المحضر إذا لم يكن الإعلان قد تم لشخص المعلن إليه وإنما لمن يحدده القانون بدلاً عنه، مثلما هو

ولا ينبغي الاعتقاد في أن الإخلال بالأمانة في مجال الإساءة في استعمال حق التقاضي هو أمر قاصر على الوضع العملي في النظام الإجرائي المصري وحده، بل إن الإخلال بواجب الأمانة في هذا المجال هو أمر ثابت ومؤكّد في الأنظمة الإجرائية المقارنة قاطبة.. ففي إنجلترا ينوّه الفقه الإجرائي إلى أمثلة عديدة للاستعمال السيئ للدعاوى التي يستهدف بها المدعي الكيد أو بعبارة أخرى تلك الدعاوى التي ترفع بسوء نية *not bona fide vexations, frivolous or scandalous actions* ويندرج فيها أيضاً تلك الدعاوى التي يتعمد فيها المدعي مضايقة أو إزعاج المدعى عليه *merely wishes to annoy or embarrass his opponent* ويدخل فيها أيضاً تلك الدعاوى التي يرفعها المدعي بسوء قصد بسبب سبق الفصل فيها بواسطة محكمة مختصة^(١).

الأمر عند التلاعب في صفة مستلم صورة الإعلان خاصة في حالة التسليم لأحد الأزواج أو الأقارب أو الأصهار مع الأخذ بعين الاعتبار ما قرره محكمة النقض واستقرت عليه من أن المحضر غير مكلف بالتحقق من شخصية أو صفة مستلم الصورة في موطن المعلن إليه، حيث يكفي لصحة الإعلان أن تسلم صورته إلى أحد المقيمين مع المراد إعلانه حال غيابه، لذا فإننا نؤيد ما اقترحه الأستاذ الدكتور أحمد صدقي محمود من وجوب إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات وذلك بالنص على أنه: "وفي جميع الأحوال يجب على المحضر أن يتحقق من شخصية من يتسلم منه ورقة الإعلان وتحديد صلته بالمعلن إليه، راجع الأستاذ الدكتور أحمد صدقي محمود في بحثه في "المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي. سابق الإشارة إليه ص ٢٢.

(١) ويلاحظ في النظام الإجرائي الإنجليزي ضرورة اشتمال صحيفة الدعوى *the writ* على عدة عناصر جوهرية أولها تحديد المحكمة والقاضي المرفوع أمامه الدعوى

the Division of the high court in which the action is being brought

وضرورة تحديد أسماء الخصوم، ويتعين في هذا المقام ذكر اسم المدعي دون أي تحديد لوضعه الوظيفي:

the names of the parties. The plaintiff should set his own name out in full, but without any reference to his occupation

وكذلك بيان واضح لأسماء المدعى عليهم، ويوجب القانون الإنجليزي تحديد وصف الخصوم وما

وفي النظام الإجرائي السوداني المتأثر بالقانون الإنجليزي أشار الفقهاء من شراح هذا القانون إلى أن إساءة استعمال الإجراءات أو الإخلال بالأمانة الإجرائية يعطي للمحكمة سلطة طبيعية في منع الخصم من الإساءة وهي تملك ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ويشار في هذا المقام للحالات العديدة التي يسئ المدعي فيها للأمانة. ومن ذلك أن يعتمد إلى رفع الدعاوى الكيدية بقصد الإضرار بالمدعى عليه^(١). ومن هذا أيضاً أن يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة بقصد تحمل المدعى عليه عناء السفر ومشقة الحضور أمام هذه المحكمة غير المختصة ليثبت لها أنها غير مختصة بنظر هذه الدعوى.. وفي هذه الحالات وما يشابهها تأمر المحكمة بعدم قبول الدعوى، كما يكون لها أن تأمر برفضها إذا اتضح لها أن الغرض من رفعها كيدي محض، ويكون استعمال المحكمة لذلك بموجب ما كان منصوص عليه بموجب المادة ٢٢٦ من قانون القضاء المدني السوداني^(٢).

إذا كان المدعي رجلاً أو امرأة وكذلك الحال بالنسبة للمدعى عليه. وفي سبيل إيضاح شكل الإعلان يقول الأستاذان P. St. J. Langan and D. G. Lawrence أنه يجب أن تتضمن ورقة الدعوى البيانات الجوهرية مثل:

The Supreme Court Practice... Between Peter John Hohnstone Plaintiff and (1) Ellen Smithe (2) John Bernard Smith (a minor) and (3) Smith' s the Cleaners (a Company limited by guarantee) Defendants.

وتجب أن تعلق الصحيفة إشعار بأنها موجهة باسم
the name of the lord chancellor

راجع: P. St. J. langan and D. G. Lawrence. P. 37 - 39

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور محمد عبد الجواد محمد في مرجعه: شرح قانون المرافعات المدنية السوداني. الجزء الأول، النظام القضائي، الاختصاص، إجراءات التقاضي، الناشر الهيئة العامة للكتاب، والأجهزة العلمية، ١٩٦٨ ص ١٥٠ رقم ١٣٧.

(٢) راجع:

Odgers: Principles of Pleading and Practice in Civil Actions in the

وبالمثل يصرح فقه المرافعات السوداني في هذا المقام بأن القانون الإنجليزي كان قد أعطى للنائب العام the attorney – General الحق في طلب عدم قبول هذه المنازعات أمام المحاكم، طبقاً للمادة ٥١ من الأمر التشريعي الصادر سنة ١٩٢٥ 1925 the Judicature Act، وكذلك فإن المادة الأولى من الأمر التشريعي الصادر سنة ١٩٥٩ كانت تعطي للمحكمة سلطة عدم قبول مثل هذه المنازعات والدعاوى، وإيقافها إذا كانت قد قبلت فعلاً بمجرد تأكدها من أن الغرض من رفعها هو الكيد أو الإضرار بالمدعى عليه.

وفي النظام الإجرائي الإنجليزي ينوه الفقهاء إلى العديد من صور عدم الأمانة الإجرائية عند إساءة استعمال حق التقاضي ومجال ذلك الإساءة في أوراق التكليف بالحضور Summons سواء أكان ذلك عند تكليف المدعى عليه أو تكليف الشاهد، كما ينوه الفقهاء في هذا المقام لأمثلة أخرى مستمدة من القضاء الهندي للدلالة على الكيد أو الإساءة في التقاضي بسوء نية وعدم أمانة، ومن ذلك حالة استعمال قاعدة إجرائية للحصول على كسب بدون حق.

Gaining an unfair advantage by the use of a rule of procedure.⁽¹⁾

ومنه كذلك التواطؤ بين الخصوم أثناء سير الخصومة Fraud of Collusion in Court Proceeding as between parties الاحتفاظ بمبلغ مالي سلم عن خطأ Retention of a benefit wrongly received والانحراف بنصوص قانونية بطريق غير مباشر^(٢).

High court of Justice (Eighteenth Edition, London 1963. p. 36.

(١) مشار إلى Mulla في القانون الهندي لدى الدكتور محمد عبد الجواد محمد في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ١٥١ فقرة ١٣٧.

(٢) ويشير الدكتور محمد عبد الجواد محمد إلى أن القضاء السوداني يشترط لإثبات إساءة استعمال الإجراءات أن يكون قد ثبت سوء نية الخصم الذي باشر الإجراء، لذلك اتجهت محكمة الاستئناف إلى أنه حتى يمكن اعتبار عمل البروتستو قبل تاريخ استحقاق السند من قبيل استعمال الإجراءات المدنية على نحو كيدي، فإنه يجب إثبات سوء نية القائم بالإجراء.. وعلى كل حال فإن القضاء الإنجليزي وكذلك الهندي يعول على قصد الخصم للوقوف على استعمال الإجراءات استعمالاً عادياً أو إساءة استعمالها، وتتضمن الأحكام القضائية عبارات

Circumventing of the law by indirect means كما قد تتحقق الإساءة في إجراءات التنفيذ حيث قد يلجأ المحكوم عليه إلى استعمال الإجراءات للتهرب أو المماطلة في تنفيذ الحكم الصادر ضده بالحجز على أمواله أو بيعها، وعلى كل حال فإن معيار الإساءة أو الكيد في مجال التقاضي هو سوء نية الخصم وهذا المعيار هو الذي تبناه القضاء في السودان وفي إنجلترا وفي الهند وأيضاً في مصر حيث قننه المشرع في المادة ٥ من القانون المدني الحالي^(١).

المطلب الثالث

الأمانة الإجرائية عند استعمال حق الإبلاغ
عن الجرائم أو استعمال الادعاء المباشر

توجب الأمانة الإجرائية على كل شخص ألا يلجأ إلى السلطات العامة للإبلاغ عن جريمة ما لم يكن هذا الإبلاغ صحيح أي حقيقي وغير مقترن بكذب بسوء قصد أو كيد^(٢). ولقد قنن المشرع في المادة ٢٥ من قانون الإجراءات

تشير إلى الدعوى الكيدية، ويمكن في ظل الفهم السليم للقضاء السوداني كفهم ذات المعيار الذي تبناه المشرع المصري في المادة الخامسة من القانون المدني التي حدد فيها المشرع حالات الاستعمال غير المشروع للحق، كما يمكن كذلك الاقتداء بمسلك المشرع المصري إذ افترض سوء النية في دعوى إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم وكذلك في حالة دعوى التزوير وقد يتحقق سوء استعمال الحق في الدعوى عند مباشرة دعوى رد القاضي عن الحكم أو مخاصمته بدون مبرر أو في حالات التماس إعادة النظر وكذلك في مجال دعوى استرداد الأشياء المحجوزة حيث يجيز القانون إذا خسر المسترد دعواه الحكم عليه بالغرامة مع عدم الإخلال بالتعويضات إذا كان لها وجه.. راجع الدكتور محمد عبد الجواد محمد في شرح قانون المرافعات المدنية السوداني، سابق الإشارة إليه ص ١٥٢ رقم ١٣٨.

(١) راجع في هذا المعنى أيضاً الدكتور محمد عبد الجواد محمد في المرجع السابق ص ١٥١ رقم ١٣٧.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه السابق الإشارة إليه ص ٧، حيث يشير إلى أن حق التبليغ هو ادعاء وهو إن كان لا يرفع إلى القضاء في هيئة دعوى وإنما يقدم إلى الشرطة أو النيابة العامة فإنه يتضمن اتهام الخصم بارتكاب جريمة أو فعل شائن.. راجع الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه في الإساءة في المجال الإجرائي بحث منشور

الجنائية هذا الحق حيث نص على أنه: لكل من علم بوقوع جريمة، يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو إحدى مأموري الضبط القضائي عنها، كما ورد في المادة ٢٦ من ذات القانون النص على أنه: يجب على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب أمور من مأموري الضبط القضائي. وأجازت المادة ٢٧ من القانون لكل من يدعي حصول له من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية في الشكوى التي يقدمها إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي^(١).

وطبقاً للنصوص المتقدمة يتضح أن المشرع الإجرائي قد أجاز الإبلاغ عن الجريمة وجعل ذلك واجباً على "كل من علم" ومع ذلك فإن على من يتقدم بالإبلاغ أن يراعي الأمانة الإجرائية، ومفادها ألا يكون الإبلاغ عن أمر لا يعد جريمة في الواقع وألا يستهدف المبلغ بالإبلاغ مجرد إزعاج السلطات أو الكيد والإساءة للآخرين بسوء نية للتنكيل بهم أو التشهير وقد أوضح المشرع الأثر المترتب على الكيد أو عدم الأمانة في هذا المجال بأن أوضح في المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات أنه: لا يعاقب كل من أخبر بالصدق وعدم سوء القصد الحكام القضائيين أو الإداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعلة، وفي المادة ٣٠٥ من القانون نص المشرع على أنه: أما من أخبر بأمر كاذب مع سوء القصد فيستحق العقوبة ولو لم

=

في مجلة حقوق القاهرة، عدد خاص، العيد المنوي لحقوق القاهرة ١٩٨٣ ص٧.

(١) وبموجب المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية فإنه يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ويجب عليهم وعلى مرءوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم أو التي يعلمون بها بأية كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم مبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة.

يحصل منه إشاعة غير الأخبار المذكورة ولم تقم دعوى بما أخبر به.
وإذا وقع التبليغ الكيدي بقصد الإساءة فإنه يستوي أن يتخذ ذلك صورة
"الإبلاغ" أو "الشكوى"، ووجه التقارب بينهما أن كل منهما يعد إخطاراً في شأن
جريمة، ومع ذلك فإن الإبلاغ هو إخطار يتقدم به أي شخص أما الشكوى فهي
إخطار بالجريمة يقدمه المجني عليه أو المضرور في الجريمة، وفي كلتا الحالتين
تتحقق الأركان القانونية لجريمة البلاغ الكاذب.

وبالمثل تقع الأمانة الإجرائية كواجب يتعين أن يراعيه من يباشر "الادعاء
المباشر" ويمكن تعريف هذا الادعاء بأنه طريق أجازة المشرع للمضرور من
الجريمة ليحرك الدعوى الجنائية أمام المحكمة المختصة بعد أن كان الأصل العام
يقضي أن تباشر النيابة العامة هذا الحق بذاتها بموجب سلطاتها التقديرية في
الالتزام وهو حق استثنائي أجازة المشرع الإجرائي للمضرور إذا ما تعسفت النيابة
العامة أو تقاعست عن مباشرة واجبها في تحريك الدعوى الجنائية. ولقد أجاز
المشرع للمضرور هذا الحق بموجب المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية
حيث ورد فيها النص على أنه: تحال الدعوى إلى محكمة الجناح والمخالفات بناء
على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة
المشورة أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة
العامة أو من المدعي بالحقوق المدنية^(١). ونص المشرع في المادة ٢٣٢ من ذات
القانون على أنه "يكون تكليف الخصوم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة
بيوم كامل في المخالفات، وبثلاثة أيام على الأقل في الجناح غير مواعيد مسافة
الطريق، وذلك بناء على طلب النيابة العامة أو المدعي بالحقوق المدنية.

على أنه لما كان من الملاحظ في الواقع العملي تعمد البعض استخدام
"الادعاء المباشر" كوسيلة للكيد والإساءة حيث يعد مجرد توجيه الاتهام بموجبه
لشخص ما بمثابة الإضرار والكيد إذا كان هذا الادعاء غير صحيح، لذا فإن
المشرع الإجرائي المصري قد تدخل في العديد من مراحل التشريع ليلغي "الادعاء
المباشر" ويجعل الادعاء قاصراً على النيابة العامة^(٢). إلا أن المشرع قد عاد في

(١) راجع في عرض نظام الادعاء المباشر في النظام الإجرائي الفرنسي:

Gaston Stefani, Georges levasseur et Bernard Bouloc, Procédure
Pénale 1993, No. 132. P. 119.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة،

ظل القانون الإجرائي الحالي لتبني هذا النظام وإن تشدد في مواجهة من لا يراعي الأمانة الإجرائية فيه. لذا فإن من يثبت سوء نيته في ادعائه أو يثبت خطؤه أو تعسفه في استعمال حقه، فهو مسئول مدنياً بموجب القواعد العامة ومن ثم يتعين عليه تعويض الضرر الذي أصاب المتهم من جراء الادعاء، ولقد نص المشرع في المادة ٢٦٧ إجراءات جنائية على أنه: "للمتهم أن يطالب المدعي بالحقوق المدنية أمام المحكمة الجنائية بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية عليه إذا كان لذلك وجه" وينوه الفقهاء في فقهننا الإجرائي المصري إلى أن أهمية هذا النص ترجع إلى أنه يجيز للمحكمة الجنائية أن تحكم بهذا التعويض على الرغم من أنه قد لا يكون ناشئاً بالضرورة عن جريمة، وهو بذلك يوفر على المتهم مشقة الالتجاء إلى المحكمة المدنية للمطالبة بهذا التعويض، ويسأل المدعي المدني جنائياً إذا توافرت بادعائه الأركان القانونية لجريمة البلاغ الكاذب^(١).

١٩٩٨، الناشر دار النهضة العربية، ص ١٩٣، رقم ١٩٤، وراجع حكم محكمة النقض المصرية في ٨ إبريل ١٩٦٨، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٩ رقم ٧٦ ص ٤٠٢، وكذلك نقض في ٢٦ يونية سنة ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٢١٣ ص ٩٥٣ وحيث ترى محكمة النقض أنه إذا ثبت سوء نية المدعي في الادعاء المباشر أو إذا ثبت خطؤه أو تعسفه في استعمال حقه، فإنه يكون مسئولاً مدنياً طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

(١) وفي مجال البلاغ الكاذب يجب أن يسأل المبلغ مدنياً عن الضرر الذي تسبب فيه، على أنه إذا كان لابد للعقاب على صفة "الكذب" في البلاغ فإن الأمر يختلف بالنسبة للتعويض المدني وذلك في الحالة التي يعتقد فيها المبلغ في صدق بلاغه غير أنه يتسرع بتقديمه ويتبين له فيما بعد أن الواقع يخالف ما تصوره؛ إذ جوهر الركن المادي يقوم على الكذب. بينما يصح التعويض وتقوم المسؤولية المدنية المؤسسة على الضرر في حالة التسرع في الإبلاغ وعدم التروي دون مبرر مقبول، راجع نقض في ٢٤ يونيو ١٩٠٨، المجموعة الرسمية - ١٠ - عدد ٣٤ - صفحة ٨١ وراجع نقض جنائي في ٢١ مايو ١٩٤٥، الطعن رقم ١٠٦٦ سنة ١٥٠٥ ق مجموعة النقض رقم ٥٢.

وراجع كذلك الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه بعنوان "الإساءة في المجال الإجرائي: سابق الإشارة إليه ص ٨، وحيث يصرح بأن البلاغ الكاذب يقتضي لتوقيع العقوبة أن يكون المبلغ عالماً بكذب الوقائع التي بلغ عنها كما يقتضي نية الكيد، أي أن يكون

المبحث الثاني

موقف المشرع في قانون المرافعات المصري عند الإخلال بالأمانة في الدعوى والكيد في الدفاع

تناول المشرع المصري في المادة ١٨٨ من قانون المرافعات بيان الأثر المترتب على إساءة استعمال حق التقاضي بالكيد في الدعوى والكيد في الدفاع^(١). حيث صرح في هذه المادة بأنه "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد. ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة، يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل.. ولا تجاوز.. على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً بسوء نية..". ولقد ورد في المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة أن "المشرع قد استحدث في المادة ١٨٨ منه حكماً جديداً يخول المحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في

=

التبليغ حاصلاً بسوء قصد، أي أن المبلغ كان ينتوي الإضرار بمن بلغ في حقه، فإذا لم تتوافر هذه العناصر يحكم بالبراءة، ولكن الحكم بالبراءة لا يحول دون إلزام المبلغ بالتعويض إذا ما ثبت أن التبليغ قد تم بدون ترو، وفي هذا ما يدل على أن الخطأ المدني يختلف عن الخطأ الجنائي.

(١) ويلاحظ أن المشرع قد أورد تعديلاً في المادة ١٨٨ مرافعات بموجب القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ حيث كانت هذه المادة قبل التعديل تعاقب بالغرامة الواردة في الفقرة الثانية في إحدى الحالات التي بينتها المادة بغرامة لا تقل عن جنبيين ولا تجاوز عشرين جنياً فزادها المشرع في حديها الأدنى والأقصى إلى عشرة أمثالها، فأصبحت لا تقل عن عشرين جنياً ولا تجاوز مائتي جنيه وقد بررت المذكرة الإيضاحية ذلك بانخفاض قيمة العملة.

وراجع في الإشارة إلى أن المحكمة تستند في تقديرها للكيد على حكم المادة الخامسة من القانون المدني التي سردت حالات سوء استعمال الحق وهذه المادة يسري حكمها على مختلف فروع القانون لذا فهي تسري على الدعوى الكيدية والطلب الكيدي والدفع الكيدي، راجع في الإشارة إلى هذا المعنى الدكتور عبد الحميد أبوهيف في بند ٤٠٨ وكذلك أحمد أبو الوفا في نظرية الأحكام ص ١٥٢، وراجع كذلك الدكتور أحمد مليجي في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض. الجزء الثاني بدون اسم ناشر وبدون سنة نشر، ص ٢٤١، ٢٤٢ رقم ٦٩٧.

الموضوع أن تحكم بالغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً بسوء نية^(١).

(١) ومن المتصور أن تنتوع الطلبات التي لا يراعي فيها الخصم الأمانة الإجرائية إذ تنصرف إلى الطلبات الأصلية أو الفرعية أو التبعية، والطلب في معناه العام هو كل ما يتمسك به أي طرف من أطراف القضية سواء أكان هو المدعي أو المدعي عليه أم الخصم المتدخل أو المدخل، وهكذا ينصرف مدلول الطلب إلى الطلبات الأصلية أو الفرعية أو التبعية أو العارضة، ولقد جرى العمل على التعبير بكلمة الطلب للدلالة على كل ما يتمسك به الخصوم أمام القضاء وينصرف هذا المدلول إلى الوسائل المتعلقة بالدفاع، أما الطلب الأصلي فهو الطلب الصادر عن المدعي وينتفي به الحكم لصالحه وهو ما يتمسك به من حق أو مركز إما لتقريره أو لإنشائه أو لإلزام المدعي عليه به.. أما الطلبات الفرعية فإنها تلك التي تتضمن تعديلاً في الطلب الأصلي أو تكون مترتبة على هذا الطلب ومن هذه الطلبات ما يطلق عليها بالطلبات الملحقة أو المندمجة أو الاحتياطي أو التخيري أو طلب الضمان أو الاستحقاق الفرعي والختامي، أما الطلبات التبعية فإنها تلك التي تكون تابعة للطلب الأصلي وهي ترتبط بوجود الأول أو يكون لها صلة به ومثالها الطلبات التبعية التي يلزم الفصل فيها كالمسائل الأولية، ويقصد بالطلبات العارضة فإنها ما تقدم من المدعي فتكون من الطلبات الإضافية إذا كانت مرتبطة بالطلب الأصلي زيادة أو نقصاناً، أو إذا كانت أثناء سير الخصومة وتكون إضافية أو للتنازل، أما إذا كانت مقدمة من المدعي عليه فإن الطلبات العارضة قد تكون أثناء سير الخصومة، كذلك قد تقدم الطلبات العارضة من الغير أثناء سير الخصومة فتسمى طلب التدخل وقد تكون للإدخال، راجع في الإشارة إلى هذه الطلبات الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه "أصول التقاضي" وفقاً لقانون المرافعات طبعة ٢٠٠٥ ص ٥٠٥، وما بعدها، وراجع كذلك في الإشارة إلى هذه الطلبات "كوشيه" حيث يعرض للطلب ويوضح أن الطلب الأصلي هو ما يحمل الادعاء الأولي أمام القاضي

la demande en justice est définie Comme "l'acte juridique par lequel une personne soumet au juge une prétention

وهو ما ورد ذكره في المادة ٥٣ من قانون المرافعات الفرنسي باعتباره ما يرد بداية في صفحة افتتاح الدعوى بالنص على أنه:

=

ويبدو للوهلة الأولى في صياغة هذه المادة أن المشرع لم يعالج فيها حكم مصاريف الدعوى إذ سبق أن أورد في المادة ١٨٤ مرافعات الأسس القانونية التي تقوم عليها المصاريف ويتصدرها أن يتحمل من خسر الدعوى عبء المصاريف. على أن المصاريف تختلف عن التعويض الذي عناه المشرع في المادة ١٨٨ إذ أساسه "الضرر" الذي لحق بالخصم من جراء الدعوى الكيدية أو الإجراء الكيدي في مجال الدفاع أو الدفع ومن ثم يتحمل الخصم المتسبب في الضرر عبء التعويض عنه^(١). وعلة ذلك هو ما قدره المشرع من تحول الحق في الدعوى أو

est celle par laquelle une plaideur prend l' initiative d' un procès en
Soumettant au juge ses prétentions

أما الطلبات العارضة les demandes incidents فهي ما تقدم أثناء نظر الدعوى.

Les demandes incidents Sont Celles qui interviennent alors que l'
instance est déjà engagée et qui viennent donc se greffer sur le procès
en cours.

بينما تعد الطلبات المقابلة وسيلة من وسائل الدفاع:

la demande reconventionnelle est souvent présentée tout autant
comme un moyen de défense

والطلبات الإضافية كما عرفها المشرع في المادة ٦٥ مرافعات فرنسي فهي:

la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures
أما طلبات التدخل فهي كما عرفها المشرع في المادة ٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي فهي
الطلبات التي يتدخل بمقتضاها أحد من غير أطراف الخصومة الأصليين للتدخل في
خصومة منظورة بالفعل أمام المحكمة:

L' intervention est une demande dont l' objet est de rendre une tiers
partie au procès engage entre les parties originaires

وفي جميع هذه الطلبات على كل خصم أن يراعي الأمانة الإجرائية.. راجع:

Gérard Couchez; Procédure civile. 10^e Edition. P. 123 No. 159.

(١) ولذلك فإنه من المسلم به في قانون المرافعات فإن الفصل في مصاريف الدعوى لا يستند
إلى طلبات الخصوم بصددها وإنما تفصل فيها المحكمة من تلقاء نفسها عند إصدارها الحكم

إساءة استعمال الحق في التقاضي أو الحق في الدفاع أو الدفع إلى "مخبثة"^(١) بسبب الخروج عن مقتضيات الأمانة الإجرائية وهي أمانة يتطلبها القانون ويشدد في التأكيد عليها.

ولا يقف الكيد المعتبر كمخبثة عند حد التخلي عن الأمانة في استعمال الحق في التقاضي أو عند مجرد رفع الدعوى بسوء نية بقصد الإضرار بالمدعى عليه، إنما ينصرف مدلول ومدى الكيد إلى نطاق ومدى أوسع يشمل رفع طعن بسوء نية أو إذا صاحبت النية السيئة إجراء من إجراءات التنفيذ.

على أن المشرع وإن أجاز في المادة ١٨٨ مرافعات للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن الدعوى أو الدفاع أو الدفع التي أبدت فإنه قد أوجب أن يتوافر "قصد الكيد"، ومن ثم لا وجه للتعويض إذا لم يتوافر هذا القصد بامتناع نية الإضرار وعدم الكيد، أما عن الأساس القانوني للتعويض فهو اعتبار الكيد في التقاضي وسوء الأمانة صورة من صور الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية^(٢).

المنهي للخصومة وطبقاً للقواعد التي نصت عليها المادة ١٨٤ وما بعدها في قانون المرافعات. راجع نقض في ١٢/٦/١٩٧٩، سنة ٣٠ العدد الثالث ص ١٧١. كذلك نص المشرع في المادة ١٨٥ مرافعات على أنه للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه أو إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات.

(١) ولذلك رأى القضاء المصري أن الكيد يتحقق معناه عند الإدلاء بطلب أو دفع يكون عند رفع الطعن في الحكم أو عند اتخاذ إجراء من إجراءات التنفيذ أو عند استصدار أمر من قاضي الأمور الوقفية أو من غيره أو عند تنفيذ الأمر. راجع في الإشارة إلى ذلك د. أحمد مليجي في التعليق على قانون المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٢٤١، وراجع أيضاً حكم استئناف مختلط في ١٣/٦/١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء، السنة ٥١ ص ٣٧٥ حيث قضت المحكمة بمسئولية الدائن بتعويض الضرر المادي والأدبي الذي لحق خصمه من جراء توقيع الحجز على منقولات لا يملكها مدينه.

(٢) راجع في هذا المعنى الدكتور عبد الحميد أبو هيف في مرجعه السابق الإشارة إليه بند

ومن صور الكيد ما ينصرف إلى الدفع التي يبيدها الخصم، سواء أكانت هذه الدفع من الدفع الشكلية أو الموضوعية أو دفع عدم القبول^(١). وإذا تبين للمحكمة أن الخصم قد قصد بأي من هذه الدفع الكيد كان لها أن تقضي بالتعويض للمضرور، كما أجازت المادة ١٨٨ مرافعات أن تقضي بالغرامة بين حديها الأدنى والأقصى. وإن كان مقدار الغرامة ضئيلاً إذ إنه لا يتمشى مع سوء النية أو الإخلال بالأمانة وهي لا تعادل مقدار ما لحق بمرفق العدالة من أضرار.

ومن الفقهاء من تساءل عن مدلول "سوء النية" الذي عناه المشرع في صياغته للمادة ١٨٨ مرافعات، ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمادة هذا المدلول، إذ معناه أن يكون الخصم قد تعمد رفع الدعوى حال علمه بأنه لا ثمة اعتداء لحق بحق من حقوقه أو بمركزه القانوني وإنه إنما لجأ إلى ذلك بقصد الإضرار بالمدعى عليه، أو إذا انصرف قصده السيئ إلى إلحاق الضرر بالخصم الآخر أو تعمد تعطيل الفصل في الدعوى. أو أن يكون قد تعمد التشهير أو التكتيل بالخصم أو جلب ضرر له أو إذا قصد التحايل على القانون^(٢).

وقد يثار التساؤل عن حكم الكيد أو الإخلال بالأمانة كسبب موجب للتعويض عن الأضرار الأدبية التي لحقت بالخصم المضر، ولا ريب في أن الضرر المادي يجيز التعويض، أما الضرر الأدبي فقد كان في قانون المرافعات القديم - في ظل المادة ١١٥، ١٢٠ منه - محل خلاف، إذ لم يكن المشرع يصرح بالتعويض عن الضرر الأدبي، ومع ذلك فقد مال الرأي الراجح وقتئذ بقبول التعويض عن هذا الضرر وعلى كل حال فإن الضرر الأدبي لم يعد يثير

=

٤٠٨ وراجع أيضاً أحمد أبو الوفا في نظرية الأحكام ص ١٥٢.

(١) ويقصد بالدفع الإجرائي الاعتراض الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة بهدف الحصول على حكم منهي لها، أما الدفع الموضوعي فهو ما يعني الاعتراض الذي يبيده الخصم على الحق أو المركز الموضوعي المدعى به وهو قد يكون سلبياً كالإنكار أو إيجابياً إذا قصد به التأكيد على واقعة مانعة لنشوء الحق أو المركز القانوني المدعى بالاعتداء عليه، أما الدفع بعدم القبول فهو الاعتراض على حق الدعوى للخصم لعدم توافر المصلحة أو الصفة، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٥ بدون اسم ناشر ص ٥٣٧.

(٢) راجع نقض في ٢٤ مارس ١٩٨٣ طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ قضائية.

جدالاً^(١). لأن المشرع قد أورد الإشارة إليه في المادة ٢٢٢ من القانون المدني الحالي حيث قطعت الفقرة الأولى من هذه المادة بأنه "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً.."^(٢).

وكثيراً ما تعرضت محكمة النقض المصرية في أحكامها القديمة والحديثة على حد سواء بإثبات الأحقية في التعويض عند الكيد في الدعوى، لذا صرحت مثلاً في حكم لها في ١٩٦٧/١٢/٢٨ بأن: حق التقاضي وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق^(٣).. كما

(١) راجع الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته مسئولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة في قانون المرافعات، جامعة عين شمس ١٩٨٧ ص ٨٩٠.

(٢) ومن أمثلة الأضرار الأدبية تلك التي تلحق بالخصم في سمعته أو شرفه أو اعتباره أو مركزه الاجتماعي. وهذا النوع من الضرر لم يكن يلق قبولاً لدى البعض من الفقهاء في مصر قبل النص عليه صراحة في المادة ٢٢٢ من القانون المدني؛ إذ مثلاً كان قد قضى بأن الأضرار الأدبية المجردة عن أي أثر مادي هي أمور اعتبارية محضة يستحيل على المحاكم تقويمها وليس هناك أساس لزنتها، بل على القضاء أن يعالج كل حالة على حدة، وعلى أساس أنه مادام الضرر أدبياً فيجب أن يكون التعويض كذلك، ويكفي فيه إقرار القضاء بخطأ الخصم لأن الشرف لا يقوم بمال، راجع حكم المنيا في ٢٦ أكتوبر ١٩٣١، القضاء ص ١٩٩٢، وفي الإشارة إلى ما كان قائماً من جدل في الفقه قبل صياغة المشرع في المادة ٢٢٢ مدني للتعويض عن الأضرار الأدبية، راجع الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته بعنوان مسئولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة في قانون المرافعات، سابق الإشارة إليها ص ٨٩٠.

(٣) والأصل أن يتم تحديد مقدار التعويض إما بموجب الاتفاق أو التعاقد بين الطرفين وإما بواسطة القانون أو بموجب ما يلمسه القاضي من عناصر الضرر ومقداره، والأصل أن يكون قدر التعويض متناسباً مع قدر الضرر ويدخل في عناصره المصاريف القضائية حتماً على القاعدة القاضية بتحمل الخاسر للمصاريف، ويدخل في التعويض أصلاً جسامته الضرر المترتب على الدعوى وقدر الخسارة الإجرائية والنفقات التي تحملها الخصم بالنسبة للرسوم والنفقات التي تكون قد أدبت للشهود أو أمانة الخبير ونفقات انتقال المحكمة للمعاينة =

صرحت المحكمة في حكم آخر لها بأن: حق التقاضي والدفاع من الحقوق التي تثبت للكافة، فلا يسأل من ولج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه، إلا أنه إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت من وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، فإنه تحقق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق هذا الخصم بسبب إساءة استعمال هذا الحق. وتقدير قيام التعسف والغلو في استعمال الحق وثبوت الضرر الناتج عن هذا التعسف والذي يلحق طالب التعويض فيه هو مما تستقل به محكمة الموضوع مادامت قد أبانت عناصره ووجه أحقية طالب التعويض فيه^(١). وقالت المحكمة في حكم آخر لها في ١٠/٤/١٩٥٢ أنه: متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعاً بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من

وأتعاب المحامين والنفقات التي أنفقت بشأن الإجراءات التحفظية، ولا يدخل البعض من الفقهاء في هذه النفقات ما يسمى بالنفقات النثرية مثل النفقات التي أنفقها المضرور للإقامة والانتقال وكتابة المذكرات واستخراج الوثائق أو الأوراق وكذلك نفقات الخبير الاستشاري أو النفقات التي أنفقها المضرور لقاء الفتاوى القانونية أو الرسوم الهندسية، ومع ذلك فإن الاعتقاد السائد لدينا يوجب احتساب هذه النفقات النثرية ضمن عناصر التعويض ما لم يكن بها مبالغة لأن كل ما كان لازماً لدعوى رفعت لدرء الكيد يجب ألا يتحمل المضرور تبعاتها، ثم إن هذه العناصر كانت متوقعة سلفاً لدى الخصم المسيء استعمال الإجراءات، ويجد هذا الرأي في اعتقادنا سنده في أن "الضرر يزال".

راجع في الإشارة إلى أن من النفقات التي لا تدخل في نطاق المصاريف الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٨٨٨.

(١) انظر نقض في ١٠/٤/١٩٥٢، مجموعة النقض في ٢٥ سنة جـ ٢ ص ٩٧٧ قاعدة رقم ٥٧. كذلك كانت محكمة النقض قد قضت بأن بطلان الإجراء لا يستتبع حتماً المساءلة بالتعويض إلا إذا ترتب عليه لمن وقعت المخالفة في حقه ضرر بالمعنى المفهوم في المسؤولية التقصيرية ومن ثم لا يكفي توافر الضرر في معنى المادة ٢٥ مرافعات التي يتمخض في ثبوته تخلف الغاية من الإجراء الجوهري الذي نص عليه المشرع، إذ إن الضرر بهذا المعنى شرط لترتيب بطلان الإجراء وعدم الاعتداد وليس للحكم بالتعويض. راجع نقض في ١٦/١١/١٩٦٥، المكتب الفني، السنة السادسة عشرة ص ١٠٧٥.

الطاعن والتواطؤ معه إضراراً بالمطعون عليه كما استدلّت على كيدية الدعاوى التي رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه في التقاضي رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطيان موضوع النزاع رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطيان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه، فإنه يكون في غير محله النعي على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطأ في مسئولية الطاعن^(١).. وقالت المحكمة أيضاً في حكمها الصادر في ١٩٧٧/٣/٢٨ أنه: لا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى الكيد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن الحق المكفول في التقاضي والدفاع إلى الكيد والعنت واللد في الخصومة، فإنه يكون فضلاً عما شابه من القصور فإنه أخطأ في تطبيق القانون^(٢).. وقررت المحكمة

(١) نقض في ١٩٧٧/٣/٢٨، طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ قضائية، ومن المعلوم بالضرورة أن القاضي هو من يناط به تقدير التعويض القضائي في غير الحالات التي يتولى فيها المشرع تحديده، وذلك إعمالاً للمادة ١٧٠ من القانون المدني والتي صرح فيها المشرع بأن مدى التعويض الذي لحق بالمضرور يقدره القاضي إعمالاً لحكم المادتين ٢٢١ و٢٢٢ على أن يراعى في هذا الصدد الظروف الملابسة. وبموجب المادة ٢٢١ مدني، فإنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وبمقتضى المادة ٢٢٢ مدني: يشمل التعويض الضرر الأدبي ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء.

(٢) نقض في ١٩٧٧/٣/٢٨ طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ قضائية.. ومن المتصور أن يثار في هذا المقام التساؤل عن المحكمة المختصة بطلب التعويض عن الدعوى أو الإجراء الكيدي، وفي الفقه المصري ذهب رأي إلى أن المحكمة المختصة هي المحكمة المعقود لها الاختصاص وفقاً للقواعد العامة، وذهب رأي آخر إلى أنها المحكمة المختصة بالفصل في الطلب الأصلي. راجع في الإشارة إلى ذلك وإلى تفضيل الاتجاه الأخير، الدكتور إبراهيم =

في حكمها الصادر في ١٩٨٣/٦/١ بجواز الحكم بالتعويض مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد به الكيد إعمالاً للمادة ١٨٨ من قانون المرافعات إذ إن ذلك لا يحول بين المضرور ورفع دعوى بالتعويض وفقاً للقانون المدني، وقررت محكمة النقض كذلك في حكمها الصادر في ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ أن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضرة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض، وسواء في هذا الخصوص أن يقتصر هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لمن تقترب به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضرة الخصم، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم^(١).

كذلك أسست محكمة النقض العديد من الأحكام على وجوب مراعاة الأمانة الإجرائية عند اللجوء إلى التقاضي وألا يساء استعمال هذا الحق بقصد الكيد والإضرار. ومن ذلك ما صرحت به المحكمة من أن المقرر في قضاءها أن حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق المكفولة للكافة ومن ثم فلا يكون من استعمله مسئولاً عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضرة الغير، وهكذا فإن وصف محكمة الموضوع للأفعال المؤسس عليها طلب التعويض بأنها خطأ أو ليست كذلك هو من المسائل التي تخضع لرقابة محكمة النقض، ولما كان ذلك وكان الطاعن الأول قد أسس طلب الحكم بإلزام المطعون ضده الأول بالتعويض المطالب به على أن الأخير قد اختصمه في الدعوى رغم عدم وجود أية علاقة له بموضوع النزاع سوى أنه كان محامياً لأحد أطرافها ودون أن يوجه أية طلبات إليه فيها واقتصر على القول بصحيفة إدخاله بأن القصد من إعلان المدعى عليه الثالث (الطاعن الأول) أنه هو الرأس المدبرة والمفكرة ويدير الأمور ويساعد باقي الشركاء بخبرته، وهو أيضاً الذي يقيم بتوجيههم للاستيلاء على ملك خمسة مواطنين بطرق منافية للقانون ومخالفة للنظام العام وملتوية، وذلك بعدما نسب

أمين النفايوي في رسالته في مسئولية الخصم عن الإجراءات، دراسة مقارنة في قانون المرافعات، رسالة حقوق عين شمس ١٩٨٧ ص ٩٠٦، وما بعدها.

(١) راجع نقض في ١٥ أكتوبر ١٩٥٩، مجموعة المكتب الفني السنة العاشرة ص ٥٧٤.

بصحيفة الإدخال إلى من أسماهم بالشركاء، ارتكاب جريمة تزوير بيانات مساحية وأوراق أخرى كما ورد بمذكرتين قدمتا منه أن الطاعن الأول يساعد موكله الخصم الأصلي في التزوير، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة على سند من قوله بأن البادي من ظروف الدعوى وملابساتها أن المستأنف عليه (المطعون ضده الأول) لم يكن إلا في موقف المدافع عن حقوقه المهددة بالضياع وهو في استعماله لحقه في الدفاع عن نفسه وماله لم يعتمد إلى التشهير بالمستأنف (الطاعن الأول) أو النيل منه وهو أيضاً لم يتجاوز الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه في مقاضاة من يرى له مصلحة في مقاضاته سواء باختصامه أمام القضاء، ذلك أن حق التقاضي وحق الشكوى مكفولان للجميع ولا على متقاض أو على شاك، طالما أنه لم يتجاوز حدود الدفاع عن نفسه وماله ولم يعتمد إلى مجرد الكيد إلى خصمه أو مجرد التشهير به أو النيل منه، وما فعله المستأنف عليه - وهو المطعون ضده الأول - حسبما تنبئ عنه ظروف الدعوى وملابساتها إلا استعمالاً لحقه في التقاضي وفي الشكوى دون تعمد الإضرار بالمستأنف ودون انحراف عن السلوك المألوف في مثل هذه الظروف، فإن الحكم الطعون فيه لم يفصح عن ماهية هذه الظروف والملابسات التي استظهر منها عدم توافر سوء القصد لدى المطعون ضده الأول في إدخال الطاعن الأول خصماً في الدعوى، وأن ما وجهه إليه من عبارات لا يشكل قذفاً أو سباً في حقه مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة الوصف القانوني لهذه الأفعال وما إذا كانت تعد خطأ موجباً للمسئولية، فإن الحكم المطعون فيه قد شابه قصور في التسبب مما يوجب نقضه في هذا الخصوص^(١).

(١) راجع حكم محكمة النقض في ٢٨ يناير ١٩٨١، طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٤٧ قضائية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه إذا كان إساءة استعمال حق التقاضي يعد سبباً للإخلال بالأمانة الإجرائية مما يتيح للمضرور المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ومع ذلك فإن الإخلال بالأمانة الإجرائية قد يترتب عليها أثر إجرائي آخر ألا وهو البطلان، فعدم الأمانة قد يرد على العمل القانوني المخالف للنموذج الإجرائي الذي ارتضاه المشرع بما يفقد الإجراء لأثره، وقد يرتبط مظهر عدم الأمانة ويتجسد في عدم توافر أحد العناصر الموضوعية اللازمة حتى لا يقر المشرع باعتبار الإجراء باطلاً وقد يرد البطلان بنص إجرائي كما قد يتولى القضاء تحديده، وفي هذه الحالة الأخيرة يترك للقاضي

السلطة التقديرية في تقدير مدى أهمية المخالفة الإجرائية، ولقد صاغ القضاء معياراً للبطلان هو مدى مخالفة الشكل الجوهري، أما في فرنسا فقد أسس القضاء الفرنسي البطلان على أساس من الأثر الضار للإجراء، أما في إيطاليا فقد أسست المادة ١٥٦ مرافعات البطلان على عدم توافر الغاية من الإجراء، وبموجب المادة ٢٠ من قانون المرافعات فإن الإجراء يكون باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء، هذا وقد أورد المشرع الإجرائي حالات معينة نص فيها على البطلان.

وقد ترتب عدم الأمانة الإجرائية أحياناً بأنواع البطلان إذ قد يكون البطلان عام أو خاص وفي الحالة الأخيرة يرتبط البطلان بالمصلحة الخاصة، أما العام فهو ما يرتبط بالنظام العام، وتوجد أهمية للترقية بين البطلان الخاص والبطلان العام لأن البطلان الخاص لا يجوز أن يتمسك به إلا الخصم الذي شرع البطلان لمصلحته، أما العام فيجوز أن يتمسك به أي طرف من الأطراف، وإذا كان البطلان خاصاً فإنه يجوز للنياية العامة أن تتمسك به ولو كانت طرفاً منضماً في الخصومة، بينما يجوز لها بل يجب عليها أن تتمسك بالبطلان إذا كان عاماً، كذلك فإن البطلان الخاص لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، أما إذا كان عاماً فيجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وبالمثل فإن البطلان الخاص يعد التمسك به من الدفوع الشكلية المقررة لمصلحة خاصة، ولذلك يجب إيدأؤه قبل الدفوع الموضوعية، لذلك قد يترتب على عدم الأمانة الإجرائية انعدام الإجراء، وينصرف مفهوم الانعدام إلى الحالات التي لا يتخذ فيها الإجراء أو إذا اتخذ وانعدم من حيث الإرادة أو المحل، ويترتب على عدم مراعاة الأمانة في حالات ترتيب القانون للبطلان آثار أولها التمسك به إما عن طريق الدفع به أو الطعن في الحكم كما يعد الحكم بالبطلان من آثاره، كذلك يمكن أن يترتب على البطلان اعتبار الإجراء كأن لم يكن أو بطلان الإجراءات اللاحقة إذا كانت مبنية عليه.. كذلك قد يتسم الإجراء بعدم الأمانة الإجرائية ويرتب البطلان ومع ذلك يمكن تقييد الفرصة على من اتخذ الإجراء غير الصحيح وذلك عن طريق تصحيح الإجراء الباطل إعمالاً للمادة ٢٣ مرافعات حيث نصت على أنه يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً

المطلب الأول

الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في مجال

رفع الدعوى بالاستناد إلى اليمين الحاسمة وحدها

اليمين الحاسمة وسيلة من وسائل الإثبات التي عني المشرع بتنظيم أحكامها في الباب السادس من قانون الإثبات في المواد من ١١٤ حتى ١٣٠ منه حيث نصت المادة ١١٤ على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر.. على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان

=

لتصحيحه، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه، كذلك أجازت المادة ١/٢٤ من قانون المرافعات تحول الإجراء الباطل حيث ورد فيها أنه إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر، فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توافرت عناصره، كما أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٤ انتقاص الإجراء الباطل وذلك حيث قررت أنه: وإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه، فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل.

راجع في الإشارة إلى بطلان الإجراء: الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، الناشر دار الفكر العربي، ١٩٧٨ ص ٧٧ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور سيد أحمد محمود في أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ٢٠٠٥، ص ٤٦٧ وما بعدها، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٩٩ رقم ٢٤٦، وراجع أيضاً محمد كمال عبد العزيز في مؤلفه - تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، الطبعة الثانية، ١٩٧٨ بدون اسم ناشر ص ١٠٦، وراجع كذلك الدكتور إبراهيم نجيب سعد في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، ١٩٧٣، إسكندرية، ص ٧٤٥ وما بعدها، وراجع أيضاً:

René Morel; Traité élémentaire de procédure civile deuxième Edition.

Op. cit. p. 325 No. 406 etss.

وانظر أيضاً:

Anselin; l' automatisme des nullités de procédure G. P. 1951. I. doct.

14.

الخصم متعسفاً في توجيهها.. ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين^(١).

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن المشرع قصد باليمين الحاسمة أن يتيح للخصم - كل خصم - توجيه هذا اليمين إلى خصمه حسماً للنزاع إذا ما أعوزه دليل آخر، تاركاً الأمر في النهاية للضمير وذمة وتدين خصمه^(٢).

(١) ومن الفقهاء في فقه المرافعات المصري من أشار وبحق إلى أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها، ولقد أجاز المشرع المصري لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، ومع ذلك فإنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين، راجع في الإشارة إلى هذا المعنى محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٦٢١ نبذة ١٠٢٠، وراجع في الإشارة إلى الحكمة في إجازة المشرع للخصم أن يطلب من المحكمة أن تأمر خصمه بحلف اليمين لما في ذلك من إعانة على إثبات صحة ما يدعيه إذ الحلف إشهاد الله سبحانه وتعالى على صدق ما يقوله الحالف بقصد تقوية ما يقوله وبعضه وهو وسيلة للاحتكام إلى الضمير واستنهاض للوازع الديني والأخلاقي حيثما يعوز الدليل، راجع الدكتور سحر عبد الستار إمام يوسف في رسالتها للدكتوراه بعنوان: دور القاضي في الإثبات. دراسة مقارنة. الناشر دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٢ ص ٤٢٥ رقم ٢٤٩.

(٢) وتجد اليمين الحاسمة أساساً صحيحاً لها في الفقه الإجرائي في الشريعة الإسلامية لأنه إذا عجز المدعي عن تقديم البينة أو امتنع عنها وطلب من المدعى عليه، فقد وجب عليه ذلك، والسند في اليمين ما روي عن أن ابن حجر قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله: إن هذا غلبنني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا. قال "فلك يمينه".. كذلك يستدل في هذا المقام بقول الترمذي: "جرى العمل عند أهل العلم أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"..

وفي القانون الفرنسي رخص المشرع الإثبات بالبينة في حالات خاصة ومن ذلك ما جاء في

والأصل أن يراعي الخصم الأمانة في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، فلا يسيء استعمال ما أجاز له القانون في ذلك، فإن هو خرج عن هذا المقتضى فرفع دعواه حال علمه بعدم أحقيته في الحق المدعى به أو إذا كان قد استهدف التشهير أو التكتيل بالخصم الآخر عد ذلك خروجاً عن الأمانة وهو ما يصح وصفه أنه "مخبثة" إجرائية وهو خطأ يقيم عناصر الفعل الضار وإذا ما اقترن بسوء القصد وجب ثبوت التعويض عنه^(١).

ومن الفقهاء من فقهنا الإجمالي المصري من ينبه إلى تأكيد الصفة الكيدية للدعوى التي يستعمل فيها رافعها اليمين الحاسمة بسبب ظروف ذات طبيعة خاصة في الخصم ويشار في هذا المقام لحالة من يرفع الدعوى لمجرد إرهاب الخصم أو إجراجه لكون المدعى عليها سيدة من "المحجبات" سليلة الأسر العريقة في إقليم محافظ ويطلب المدعي من المدعى عليها اليمين للتدليل على ادعائه، ومن ثم فإنها إن امتنعت عن الحضور أمام المحكمة اعتبرت ناكلة، كما وأنها إن حضرت وامتنعت عن أداء اليمين بسبب المعتقدات الغالبة في وسطها الاجتماعي

المادة ١٧١٥ من القانون المدني والتي نص فيها في مجال إيجار أرض زراعية ما، فإن سداد الإيجار بدون إيصال مثبت لواقعة السداد يكون بتوجيه اليمين للخصم المنكر للواقعة، كذلك الأمر في المادة ١٣٦٩ مدني فرنسي.

(١) وكثيراً ما أكدت محكمة النقض المصرية على أنه لا يجوز للخصم أن يتعسف في طلبه، كما لو استهدف باليمين الإساءة إلى الخصم ذاته أو للغير؛ لذا قررت المحكمة أنه إذا كانت المحكمة قد أقامت حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين، فهذا قصور منها في التسبب، لأن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية، انظر حكم نقض جنائي في ٣٠ مايو ١٩٤٦، مجموعة النقض في ٢٥ عاماً ص ٨٢ ص ٣٩٩.. وعلى كل حال فإن القاضي إذا لجأ إلى توجيه اليمين المتممة بقصد تكملة الأدلة الناقصة وحتى يقوى اقتناعه بالدليل، فإن الحكم الصادر عن المحكمة بالنسبة لهذه اليمين هو تعلقها بإجراءات الإثبات وهو حكم صادر قبل الفصل في الدعوى وهو بالأحرى حكم تمهيدي. من أجل ذلك يملك القاضي العدول عن تنفيذه، وأن القاضي غير ملزم بالتقيد بنتيجته ولا يختلف الحال لو كان من اقتراح اليمين المتممة هو أحد الخصوم.

- حيث يوصي العرف في هذا الوسط بعدم أداء المحجبات لليمين على وجه الإطلاق - يكون عليها أيضاً عدم إسماع صوتها إلى أحد الغرباء عنها وفي هذه الحال يكون طلب أداء اليمين طلباً كيدياً يتجرد عن الأمانة عندما يصاحبه سوء القصد^(١).

وينوه الفقهاء من سدنة الفقه الإجرائي المصري إلى أن محكمة قنا الكلية، كانت قد اعتبرت توجيه اليمين في هذه الحال بمثابة الطلب الكيدي^(٢). كذلك كانت محكمة الاستئناف المختلط قد قضت في ١٧ إبريل ١٩١٧ بأن للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان القصد من ذلك كيدياً لاستغلال ورع الخصم وشدة تدينه أو إذا كان القصد منه التشهير أو الإساءة، ولقد صرح الأستاذ الدكتور السنهوري بأن قضاء محكمة النقض كان لا يتوسع كثيراً في تفسير التعسف في توجيه اليمين في عهد التقنين المدني السابق^(٣). وعلى كل حال فإننا نؤيد موقف المشرع في المادة ١١٤ من قانون الإثبات حيث أجاز النص للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً كما أننا نؤيد ما قدره أستاذنا الدكتور عبد الباسط جميعي من أنه إذا كان للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الذي يوجهها متعسفاً، فإنه ينبغي على القاضي أيضاً ألا يسرف في استعمال هذه الرخصة.

المطلب الثاني

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه في الإساءة في المجال الإجرائي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، العيد المئوي لكلية الحقوق، ١٩٨٣ ص ١٠ من البحث.

(٢) ومن الثابت في نصوص قانون الإثبات المصري أن المشرع قد أوجب ألا يطلب الخصم اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام ولا يجوز توجيهها في غير الوقائع المتعلقة بالدعوى لأنه لا يصح المطالبة بأداء اليمين في مسائل القانون وهي لا توجه إلا عن الوقائع المرتبطة بشخص من طلبت منه.. ولليمين الحاسمة صيغة محددة صرح بها المشرع في المادة ١٢٧ من قانون الإثبات وهي صيغة تحفز على الأمانة والصدق، ولقد جاء في هذه المادة أن تكون الصيغة بما يلي: يقول الحالف "أحلف" ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة.. وعلى كل حال فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأن استظهار نية ما لدى الخصم، كمطالبتة بأداء اليمين عن حسن نيته أو أنه لم يحدث التصرف بسوء النية أو بقصد الإضرار.

(٣) مشار إليه لدى الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه السابق الإشارة إليه ص ١١.

الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية عند رفع الدعوى

بالاستناد لورقة مزورة مع العلم بتزويرها

توجب الأمانة الإجرائية ألا يحتج أي من المدعي أو المدعى عليه بأي محرر مزور مع العلم بكونه كذلك^(١) وذلك سواء أكانت المحررات أو الأوراق التي ترفع بها الدعوى أمام القضاء أو يقدمها الخصوم أثناء نظر الدعوى هي من الأوراق أو المحررات الرسمية أو العرفية^(٢). ويقصد بالمحررات الرسمية تلك التي

(١) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمعي في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٢ وراجع أيضاً الدكتور أحمد أبو الوفا في نظرية الأحكام، طبعة ١٩٧٧ ص ١٦٤ هامش ٤، والأصل أن الأمانة الإجرائية تقتضي من كل خصم ألا يطرح في الدعوى أية مستندات أو أوراق غير صحيحة لأن في ذلك إخلالاً جوهرياً بالثقة المفروضة في المحررات التي يدخلها القاضي في حسابه ويقوم عليها اقتناعه ومن هنا توجب الأمانة الإجرائية تنقية الدليل، هذا وجدير بالاعتبار أنه لما كان الاطلاع وسيلة فعالة يتمكن الخصم بموجبها من التثبت من الأوراق والمستندات المقدمة في الدعوى. فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على إعمال حكم المادة ١٦٨ مرافعات، حيث لا يجوز قبول أية منكرة أو الاعتماد عليها في حكم دون اطلاع الخصم عليها حتى ولو كانت المحكمة هي من أدنت للطاعن بتقديم المذكورة في ملف الدعوى دون إعلان خصمه إذ من شأن هذا أن يغير من قواعد وضعت لكفالة عدالة النقاضي ولعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفاً فيها، راجع حكم نقض في ١٩٧٨/٤/٢٠، الطعن رقم ٢٣٠ س ٤٦ قضائية، وراجع كذلك نقض في ١٩٨٣/٦/٢١، طعن ١٦٣٧ س ٤٩ ق غير منشور.

(٢) والثابت قانوناً أن المشرع يحمي الثقة القائمة في المحررات الرسمية بقدر ما هو يحمي الثقة في المحررات العرفية، والأصل في شأن المحررات أو الأوراق أو المستندات المقدمة في الدعوى الصحة والصدق فإذا ما جحد الخصم محرراً عرفياً تقدم به خصمه الآخر، كان على هذا الأخير أن يثبت صحته بإجراءات تحقيق الخطوط، وفي المادة ٢٩ من قانون الإثبات أشار المشرع إلى أن إنكار الحظ أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما الادعاء بالتزوير فإنه يرد على المحررات الرسمية أو العرفية على حد سواء، هذا ولم يشأ المشرع أن يعطل مصلحة الخصم أو يعرقل حقه في الإثبات بالكتابة بدون مقتضى، لذا جاء في المادة ٢٨ إثبات أنه إذا قدم المحرر الرسمي أو العرفي إلى المحكمة وكان به عيب =

يحررها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية طبقاً للأوضاع المحددة قانوناً وفي حدود سلطته واختصاصه، والأصل أن يكون للورقة الرسمية حجية على الكافة، أما الورقة العرفية فهي التي يحررها ذوو الشأن وتوقع بإمضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم، ويعد المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة^(١).

وتقضي القواعد الأصولية في الإثبات أن الورقة الرسمية لا تسقط حجيتها إلا إذا طعن من يحتج عليها بها بتزويرها وأثبت هذا التزوير بينما يكفي في الورقة

شكلي مثل الكشط أو المحو أو التحشير، جاز لها أن تقدر ما يترتب على ذلك من قيمته في الإثبات أو ينتقص من حجيته.

هذا ولقد ظهرت رغبة المشرع جلية في حماية الخصم من الكيد أو الإنكار الذي يترتب عليه تعطيل الفصل في الدعوى، لذا فإنه إذا تبين صحة المحرر، كان للمحكمة أن تقضي على المنكر بالغرامة، أما إذا تبين عدم الصحة، قضت المحكمة باستبعاده، كذلك أجاز المشرع رفع دعوى تحقيق الخطوط الأصلية.

(١) وغني عن البيان أن المشرع الفرنسي كان قد أقر بحق الخصوم جميعاً بالإثبات بالدليل الكتابي، بل إنه من أقوى أدلة الإثبات في المجال المدني، ولهذا أقر المشرع بحق كل خصم بالإثبات بالدليل الكتابي كما أقر بحق كل خصم في الحق في الحصول على الدليل الكتابي *la production et l' obtention de pièces*. كذلك أجاز المشرع لكل خصم أن يطلع على المستندات والأوراق المقدمة في الدعوى وأن يكون متصلاً بهذه الأوراق، ومن ناحية أخرى فإن للمستندات المكتوبة المقدمة في الدعوى أهمية كبرى في تكوين اقتناع القاضي. هذا وإن كان التمسك بالمحررات هو أمر اختياري لا إجبار فيه

il s' agit d' une production volontaire .

راجع في هذا المعنى. Gérard Couchez; op. cit. p. 245، هذا وإن كان في بعض الأحوال يوجد التزام على الخصم بأن يقدم ما تحت يده من دليل وللخصم أن يطلب ذلك من القاضي الذي يأمر به.

راجع: Del Vecchio; la justice, la vérité; 1955 p. 129

وانظر كذلك:

Daire; la production forcée de pièces dans le procès civil. P.U.F. 1979. P. 122.

العرفية أن ينكرها من يحتج بها عليه وذلك بإنكار خطه أو توقيعه أو ختمه أو بصمته، وفي هذه الحال يقع عبء إثبات صحتها على من يتمسك بها بإجراءات تحقيق الخطوط^(١). كذلك نص المشرع في المادة ٢٩ من قانون الإثبات على أن إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فهو يرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية، ومفاد هذا النص أن المشرع جعل لا سبيل لمن يطعن في صحة الورقة الرسمية إلا باتباع طريق الطعن بالتزوير أما الورقة العرفية فيجوز إنكارها أو الادعاء بشأنها بالتزوير^(٢).

وتوجب الأمانة الإجرائية على كل خصم عدة التزامات تتعلق بالاحتجاج بالمحررات الرسمية أو العرفية على حد سواء وأول هذه الالتزامات هي عدم الاحتجاج على وجه الإطلاق بالمحرر المزور حال العلم بكونه كذلك.. لذا يعتبر فقه المرافعات من قبيل الكيد تلك الدعوى التي يرفعها صاحبها بموجب ورقة مزورة مع علمه بتزويرها مما يدل على سوء نيته^(٣).

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما ينوه إليه الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي حيث يوضح أنه على القاضي ألا يصدر قراره بإلزام الخصم أو الغير بتقديم مستند تحت يده إلا إذا كان هذا المستند متعلقاً بالوقائع محل الدعوى وكان منتجاً فيها. راجع: Gérard

Couchez; op. cit. p. 383 No. 478.

(٢) وجدير بالاعتبار في هذا المقام ما أشار إليه المشرع في المادة العاشرة من القانون المدني الفرنسي، حيث أوجب على كل خصم يلجأ إلى القضاء أن يراعي إظهار الحقيقة والمصادقية:

Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

(٣) ومن المسلم به في فقه المرافعات الفرنسي أن الأمانة الإجرائية هي حق متبادل بين الخصوم جميعاً وأنه من النتائج الحتمية لهذه الأمانة أن للخصم حقاً في سلامة المستندات والمحررات التي يقدمها أو يحتج بها عليه من جانب الخصوم الآخرين، كما وأن من حق كل خصم أن يتثبت من هذه السلامة Sincerité وعليه فإنه إذا ثار الشك حول صحة المحرر، فقد نظم قانون المرافعات الفرنسي إجراءات خاصة للتحقق من هذه الصحة وهي إجراءات تنظيم تنقية الدليل الكتابي سواء أكان من المحررات العرفية أو الرسمية، ولذلك جاء في المادة ٢٨٧ من قانون المرافعات الفرنسي أنه إذا احتج خصم على آخر بورقة أو مستند عرفي وأنكر هذا الأخير المستند أو أنكر علمه به يكون على القاضي أن يتولى فحص

ومن ناحية ثانية فإن الأمانة الإجرائية توجب ألا ينكر الخصم المحرر إذا كان الإنكار كيدي قصد به تعطيل الفصل في الدعوى أو إطالة أمد التقاضي، لذا فإنه إذا أنكر خصم ورقة نسبت إليه أو طعن فيها بالتزوير وقضي بصحتها فإنه يجب عليه التعويض إذا طلب خصمه ذلك، لأنه لا عذر له في أن ينكر ورقة وقع عليها بنفسه بخلاف ما إذا كانت الورقة المطعون فيها بالإنكار أو التزوير ليست صادرة من المنكر أو الطاعن كما إذا كانت صادرة من مورثه أو من سلفه وكان يجهل التوقيع عليها ممن أسندت له، فلا مؤاخذة عليه إن هو أنكرها أو طعن فيها بالتزوير حتى ولو قضي بصحة الورقة^(١). وإذا اعتمد خصم على ورقة تبين أنها مزورة كان سيء النية إلا إذا أثبت أنه وقت استعمالها لم يكن عالماً بما يعيها^(٢).

=

المستند من الناحية الظاهرية، وله كافة الصلاحيات في تحقيق هذا المستند أو الورقة ويكون له أن يطلب من الخصوم من أوراق أو مستندات تفيد في مضاهاة المستند محل التحقيق ويجري المقارنة بين المستندات ويتبين الشكل الظاهري الخارجي لكتابة الحروف وأسلوب كتابتها *leur faire Composer, Sous sa dictée, des echantillon d'écriture* ثم يتوصل القاضي بقراره بشأن المحرر.

(١) ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أجاز تحقيق الورقة العرفية بصورة أصلية بموجب دعوى خاصة وهي دعوى وقائية يراد بها تحقيق صحة المستند في حد ذاته حتى ولو لم يكن مطروحاً في دعوى منظورة أمام القضاء ويطلق على هذه الدعوى تسمية الدعوى الأصلية لتحقيق المستند *Vérification principale* وهذه الدعوى تتيح لمن ادعى عليه وأقر بصحة الورقة أو تخلف عن الحضور أن يحكم القاضي بصحتها، ويسند قانون المرافعات الفرنسي الاختصاص بهذه الدعوى للمحكمة الابتدائية وإذا حكم القاضي بسلامة الورقة أصبحت ورقة رسمية بالنظر للحكم الصادر بشأنها.

(٢) وغني عن البيان أن المشرع المصري يعاقب على استعمال المحررات المزورة مع العلم بكونها مزورة حيث أشار في المادة ٢١٤ من قانون العقوبات إلى أنه "من استعمل الأوراق المزورة المذكورة في المواد الثلاث السابقة وهو يعلم بتزويرها يعاقب بالسجن، ونص في المادة ٢١٤ مكرراً على أن كل تزوير أو استعمال يقع في محرر لإحدى الشركات المساهمة أو إحدى الجمعيات التعاونية أو النقابات.. وجاء في المادة ٢١٥ أن كل شخص ارتكب تزويراً في محررات أحد الناس بواسطة إحدى الطرق السابق بيانها أو استعمل ورقة مزورة

=

كما لو كان قد تلقاها من الغير وإذا ثبت أن الدعوى ليست إلا تجديداً لنزاع سبق الفصل فيه أو الصلح فيه وجب الحكم على المدعي بتعويض الضرر الناشئ عنه، وكانت محكمة النقض المصرية قد صرحت بأنه إذا أنكر أخ أخته التي نشأت معه، فلا يحمل الإنكار إلا على محمل الكيد والعنت، وعلى كل حال فإن المحكمة هي من يقدر الدليل الذي يقدم إليها وتستخلص منه حسن النية أو سوءها، وإذا كان للمحكمة أن تقضي بالتعويض بناء على طلب المضرور فإن لها أن تحكم بالغرامة.

وإذا قدم محرر ما إلى المحكمة وكان من المحررات الرسمية أو العرفية، فقد أجاز المشرع للمحكمة أن تتبين ما اعتراه من عيب مادي أو كشط أو محو أو تحشير أو تعيبب أو إتلاف ولها أن تقدر ما يترتب على ذلك من أثر في إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها، كذلك للمحكمة إذا ثار لديها الشك ورأت الثبوت منه كان لها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه المحرر إذا كان من الأوراق الرسمية، كما لها أن تستدعي محرر المحرر إذا كان عرفياً ولها سلطة - الحكم بتزوير الورقة أو أن تقضي بسلامتها بدون حاجة إلى إجراء تحقيق.. ومع ذلك فإن للمحكمة أن تجري تحقيقاً للخطوط *La Vérification d'écriture* ويتم تحقيق الخطوط إما بإجراءات فرعية أو بدعوى أصلية، ويقصد بالتحقيق الفرعي للخطوط ذلك التحقيق الذي تأمر به المحكمة أثناء نظر دعوى أصلية لإثبات صحة الورقة العرفية التي تمسك بها أحد الخصوم فأنكرها من نسبت إليه، على أن الملاحظ أن مجرد إنكار الورقة العرفية لا يلزم المحكمة بإجراء التحقيق إلا إذا كانت الدعوى منتجة في الدعوى ولم تكن وقائع الدعوى أو مستنداتها كافية لتكوين عقيدة المحكمة^(١). أما إذا كان المحرر عرفي وقبل الخصم أن يناقش موضوعه فإنه لا

وهو عالم بتزويرها يعاقب بالحبس مع الشغل.

(١) والأصل في مجال الإثبات هو تمتع الخصم بحقه في مباشرة وسائل الإثبات المقررة قانوناً، وعلى القاضي أن يمكن الخصم من تقديم ما عنده من أدلة عند نظر الخصومة إذ لا يجوز حرمان الخصم من تقديم دليل ما أو إلزامه بتقديم دليل دون سواه. راجع الدكتور وجدي راغب في بحثه بعنوان: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بحقوق عين شمس، السنة ١٨ العدد الأول ١٩٧٦ ص ١٣٨.

ويمكن التساؤل حول ما إذا كانت الأمانة الإجرائية تستوجب على المحكمة أن تستهض

يجوز له - بموجب المادة ٣/١٤ من قانون الإثبات - إنكاره من بعد ذلك^(١).

انتباه الخصم وترشده إلى تقديم الدليل أو أن يوضح للخصم عدم كفاية الدليل، وترجع العلة في إثارة هذا التساؤل إلى ما هو مستقر في ظل النظرة الحديثة لدور القاضي خاصة وأن من بعض التشريعات الإجرائية المقارنة - مثلما هو الأمر في القانون الأنجلو أمريكي - ما يستوجب على القاضي أن يؤدي هذا الدور. وعلى كل حال ذهب الرأي الغالب في فقهننا الإجرائي إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يطلب للإثبات من الخصوم وهو إن امتنع عن ذلك لم يكن هناك إخلال بواجب الأمانة، ومع ذلك كانت محكمة النقض المصرية قد ذهبت إلى أنه قد تترى المحكمة استجواب الخصم لسؤاله ومناقشته للحصول على إقراره أو على الأقل إذا لم تسفر المناقشة عن إقراره ليكن ذلك لتوضيح المسائل التي تبدو غامضة، ولعلنا نعتقد أن الاستجواب وسيلة فعالة تعين فيها المحكمة الخصم في الإثبات، راجع نقض مدني في ٢ ديسمبر ١٩٦٥، مجموعة النقض س ١٦ ص ١١٨٤ ق ١٨٥.

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الدليل الكتابي يؤدي دوراً مغايراً في الدعوى الجنائية عنه في الدعوى المدنية لأنه في الدعوى الجنائية لا يعدو أن يكون دليل إثبات مما يخضع لمبدأ اقتناع القاضي لذا لا توجد أوراق ذات حجية مطلقة بحيث تستلزم المحكمة بأن تأخذ بعكس ما أثبت في المحرر ولا يمتنع عن الخصوم إثبات عكس ما جاء في المحرر ولو كان ذلك بمحرر آخر أو بأي دليل آخر من أدلة الإثبات؛ لذا كانت محكمة النقض المصرية قد قضت مثلاً في حكمها الصادر في ٣ إبريل سنة ١٩٣٩ - مجموعة القواعد القانونية - ج ٤ رقم ٣٧٣ ص ٥١٤ بأن "محاضر التحقيق التي يجريها البوليس أو النيابة وما تحويه من اعترافات المتهمين ومعاينات المحققين وأقوال الشهود هي عناصر إثبات تخضع في كل الأحوال لتقدير القاضي، وتحتمل الجدل والمناقشة كسائر الأدلة، فللخصوم أن يفندوها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك سبيل الطعن بالتزوير، وللمحكمة بحسب ما ترى أن تأخذ بها أو أن تطرحها.

وفي قضاء محكمة النقض أحكام قضائية عديدة تحكم القوة التدليلية للمحررات منها أنه لا يجوز للمحكمة أن تكون عقيدتها بناء على سند أو ورقة اطلعت عليها دون أن يكون الخصوم قد اطلعوا عليها ولم تتح لهم فرصة مناقشتها في الجلسة، راجع حكم نقض في ٢٧ نوفمبر ١٩٣٣ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ١٦٨ ص ٢١٧، وكذلك نقض في ٢٨ مايو ١٩٥١

وإذا أمرت المحكمة بالتحقيق فإن لها إما مضاهاة الورقة من حيث الخط أو الإمضاء أو التوقيع أو البصمة المنكرة ومقارنة ذلك بخط أو إمضاء أو توقيع أو بصمة صحيحة للمنكر وذلك عن طريق أحد خبراء الخطوط، وقد ترى المحكمة السماع لأقوال الشهود فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع فيما يخص إثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع ممن نسب إليه أيأ كانت قيمة الحق الثابت في الورقة المنكرة.

أما دعوى تحقيق الخطوط الأصلية فهي الدعوى التي يرفعها ابتداء من كان المحرر بيده إذا كان هذا المحرر من المحررات العرفية وكان مثبتاً لحق لم يحل أجل الوفاء به على من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطئه أو بإمضائه أو بختمه أو بصمة إصبعه.

وإذا كان المشرع يعلي مبدأ الأمانة الإجرائية في المحررات ولم يكن الخصم قد راعى هذه الأمانة فإنه يجوز قانوناً اتخاذ إجراءات الادعاء بالتزوير وذلك إذا كانت الورقة رسمية أما الأوراق العرفية فيكفي أن ينكرها من نسبت إليه أو أن يتخذ بشأنها أيضاً إجراءات الادعاء بالتزوير^(١).

مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ رقم ٤٢٠ ص ١١٥١. كذلك فإن للمحكمة أن تعول على صورة المحرر عند عدم وجود أصله إذا اطمأنت إلى مطابقتها للأصل. راجع نقض جنائي في ٢٦ إبريل ١٩٦٠، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١١ رقم ٧٥ ص ٣٧٢، ومع ذلك فإنه لا يجوز للمحكمة أن تكون عقيدتها بناء على ورقة أو مستند حصل عليه من تمسك به بطريق غير مشروع، وذلك إعمالاً لقاعدة مشروعية الدليل.

(١) وفي مجال الدعوى الجنائية أيضاً تكلم المشرع الإجرائي عن دعوى التزوير الفرعية حيث ورد في المادة ٢٩٥ النص على أنه للنياية العامة ولسائر الخصوم في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يطعنوا بالتزوير في أية ورقة من أوراق القضية ومقدمة فيها، وتقرر المادة ٢٩٦ من قانون الإجراءات أنه: يحصل الطعن بتقرير في قلم كتاب المحكمة المنظور أمامها الدعوى، ويجب أن تعين فيه الورقة المطعون فيها بالتزوير والأدلة على تزويرها، وبموجب المادة ٢٩٧ إجراءات فإنه إذا رأت الجهة المنظور أمامها الدعوى وجهاً للسير في تحقيق التزوير تحيل الأوراق إلى النياية العامة ولها أن توقف الدعوى إلى أن يفصل في التزوير من الجهة المختصة إذا كان الفصل في الدعوى المنظورة أمامها يتوقف على الورقة

ويجيز المشرع في أي حالة تكون عليها الدعوى الادعاء بالتزوير وذلك بتقرير في قلم كتاب المحكمة ويشمل هذا التقرير بيان مواضع التزوير المدعى به وإلا كان الادعاء به باطلاً، وعلى المدعي أن يعلن خصمه خلال الثمانية أيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير من وقائع وقرائن وأمارات وظروف تدل عليه، كما يجب أن يبين فيها إجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه وذلك وفقاً للمادة ٢/٤٩ من قانون الإثبات.

وإذا ما ادعى الخصم بالتزوير كان عليه أن يسلم المحرر المزور إلى قلم الكتاب إن كان تحت يده أما إذا كان تحت يد المحكمة فقد أوجبت المادة ٥٠ من قانون الإثبات إيداعه في ذات القلم وإذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد الاطلاع على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم هذا المحرر أو ضبطه وإيداعه في قلم الكتاب وقد يمتنع الخصم عن تسليم المحرر أو قد يتعذر ضبطه وفي هذه الحال يعد المحرر غير موجود وإن كان ذلك لا يحول دون ضبطه من بعد ذلك إن أمكن^(١).

وبالإضافة لما تقدم قد أجاز المشرع لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من كان بيده هذا المحرر ومن يفاد منه ليسمع الحكم بتزويره ويكون ذلك بموجب دعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى وتسمى هذه الدعوى "بدعوى التزوير الأصلية" وفي هذه الحال تراعي المحكمة في تحقيقها للدعوى والحكم فيها ذات الضوابط المقررة في دعوى التزوير الفرعية وما يتبع في شأن تحقيق الخطوط^(٢).

المطعون فيها.

(١) وفي هذه الحال فإنه بإمكان المحكمة أن تجري تحقيقاً في مسألة التزوير إذا كان الادعاء به منتجاً في النزاع وكانت مستندات الدعوى غير كافية، راجع نقض مدني في ٢٥ مارس ١٩٩٨، الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٦٢ق.

(٢) راجع في عرض هذه الدعوى الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٦٧٠ رقم ٤٢٣، وراجع المادة ٥٩ من قانون الإثبات حيث صرح المشرع بأنه يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة، وتراعي المحكمة في تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها في هذا الفرع والفرع السابق

مقتضيات الأمانة في المحررات في قانون المرافعات الفرنسي:

من المسلم به في فقه المرافعات الفرنسي أنه يجب على كل خصم أن يراعي الأمانة في المحررات أو الأوراق أو المستندات وأنه لا يجوز بأي وجه من الوجوه الاحتجاج بورقة مزورة مع العلم بوصفها كذلك^(١).

والأصل في المحرر الصحة ومع ذلك قد يتبين للخصم بأن الورقة التي يحتج بها عليه غير صحيحة وعندئذ يمكن اتباع القواعد والضوابط الإجرائية المحددة قانوناً في هذا الشأن *Contestations relatives à la preuve littérale*، ومن الفقهاء الفرنسيين من يسوق في هذا المقام الحالة التي يتبين فيها لمن يحتج عليه بورقة أمام المحكمة أن الورقة منسوبة إليه ومسندة إسناداً غير صحيح أو أن التوقيع ليس توقيعه أو أن بها تزويراً^(٢).

عليه. وراجع في الإشارة إلى حكم هذه القواعد الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية ١٩٦٠ الناشر دار النهضة العربية ص ٦٥٦.

(١) ويكشف الأستاذان Jean Vincent et Serge Guinchard عن خاصية الأمانة الإجرائية في المحررات حيث يشيران إلى أن لكل خصم أن يقدم ما يراه محققاً لدعواه أو دفاعه وذلك بلا إيجاب وبالمقابل فإن لكل خصم حق الاطلاع على المستندات والأوراق والمحررات المقدمة في الدعوى، وفي هذا المقام يتقابل الحق في الإثبات مع الحق في الاتصال بالدعوى، ويعد الاتصال بعناصر الدعوى صورة واضحة للتعبير عن المواجهة بين الخصوم.

La communication des pièces, expression du principe du Contradictoire.

وإظهاراً لطابع الأمانة الإجرائية يقول الفقيهان بأن مبدأ المواجهة بين الخصوم يقتضي ألا يطرح أي دليل كتابي في الدعوى ما لم يكن هناك علم به من جانب الخصوم:

le principe du contradictoire exige qu' aucune pièce ne puisse être remise à un tribunal sans avoir été au préalable portée à la connaissance de l' adversaire.

راجع: Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 736.

(٢) وينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار ما أشار إليه الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي من

وفي الفقه الإجرائي الفرنسي قال الأستاذ "كوشيه" أن الإجراءات المتبعة في قانون المرافعات الفرنسي تسمح بفحص المحرر والتأكد من سلامته لتبين ما قد يكون به من تزوير *elles tendent soit à permettre la vérification d'écriture*⁽¹⁾.

أنه كلما ينتج المحرر أثره كدليل من أدلة الإثبات فإنه يجب أن يطرح أمام الخصوم وإلا فإنه لا ينبغي أن يعتد القاضي بهذا المحرر أو أن ينبني عليه اعتناقه أو يقيم عليه أسباب حكمه، والأصل أن يكون المحرر صحيحاً، وأن يودعه الخصم بإرادته *il s'agit d'une production volontaire*. ومع ذلك فقد لا يكون المحرر بحوزة الخصم أو تحت يده أو قد يكون لدى الغير، عندئذ هل يمكن أن يطلب من القاضي أن يأمر بطرح هذا المحرر في الدعوى؟ يثير هذا التساؤل ما يسمى بالطرح الإجباري للمحرر. ولم يكن المشرع الفرنسي يأخذ بذلك إلا من عهد قريب، لكن يمكن الاعتقاد بأن الأمانة الإجرائية هي ما دفعت المشرع الفرنسي إلى استحداث ذلك حيث استحدث المشرع نص المادة العاشرة من القانون المدني والتي جاء فيها النص على أنه:

chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité

راجع:

Gérard Couchez; Procédure Civile. 10^e Edition. Sirey P. 246. No. 323.

(1) ولما كانت الأمانة الإجرائية توجب على من يتقدم بمسند أمام المحكمة أن يسمح بإيداعه الاطلاع عليه للخصوم الآخرين حتى يتحقق اتصالهم به وذلك بموجب الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي حيث ورد النص على أنه

La partie faisant état d'une pièce s'obligeant par la même a' la communiquer a' toute autre partie a' l'instance

فإنه إذا تخلى من أودع المحرر عن واجبه في ذلك جاز للخصوم الآخرين أن يطلبوا من القاضي عدم الاعتبار بالمسند ويكون على القاضي ألا يقيم عليه أسباب حكمه.. راجع في الإشارة إلى ذلك:

Gérard Couchez; procédure civile. Op. cit. p. 249 No. 328.

أو لاتخاذ الإجراءات الأصلية المقررة لإثبات ما بالمحرر من عوار أو تزوير.. وبموجب الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ من قانون المرافعات الفرنسي فإن الطعن بالتزوير في المحررات العرفية بصورة أصلية لا يكون إلا أمام المحكمة الكلية

La vérification des écritures sous seing privé est exclusivement de la compétence du tribunal de grande instance lorsqu' elle a un caractère principal.⁽¹⁾

وفي الفقه الفرنسي أيضاً قال الأستاذ "موريل" أن اطلاع الخصوم على كل المستندات والأوراق التي تقدم في الدعوى يعد نتيجة حتمية وجوهية لإعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم، وهو مبدأ لازم بالضرورة لحسن أداء العدالة وتحقيق معنى المحاكمة، وإذا كان المشرع الفرنسي لم ينص على هذه القاعدة العليا في قانون المرافعات الفرنسي فإنها تجد أساسها في المجال الجنائي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان il est proclamé par la déclarations des Droits de l' Homme حيث جاء فيه أنه لا يمكن إدانة شخص دون أن يعلم ما يدعى عليه به ودون أن يتمكن من إظهار دفاعه وهذا المبدأ هو من أساسيات حق الدفاع وهذه القاعدة تسري كذلك في دعاوى المدنية:

Nul ne peut être condamné être entendu, ni appelé. C' est le principe du droit et de la liberté de la defense, le principe n' est pas moins fundamental en matière civile.

راجع:

René Morel: Traité élémentaire de procédure civile op. cit. p. 346. No. 426

(١) ويقول الأستاذ "كوشيه" أنه من المتصور أن يودع في الدعوى مستند ما ويتبين للخصم المراد الاحتجاج بهذا المستند ضده أن هذا المستند غير صحيح لأنه غير صادر عنه وأن ما به من بيانات ضرورة وفي هذه الحال للخصم أن يفحص هذا المستند ليتبين ما به من عوار:

Il arrive qu' au cours d' un procès un plaigneur auquel est opposé un acte écrit en conteste l' origine ou la "Sincérité" en Soutenant par

أما إذا لم يكن هناك ثمة طعن بالتزوير في هذه المحررات، فإن تحقيق المستند أو الورقة العرفية يكون أمام القاضي الذي تنتظر أمامه الدعوى أياً ما كان اختصاصه النوعي، وفيما يتعلق بالمحررات الرسمية، فإن الطعن فيها يكون دائماً أمام المحكمة الكلية.

L'inscription de faux contre un acte authentique relève en principe de la seule compétence du tribunal de grande instance.

ويستوي في هذا الصدد أن يكون القصد هو تحقيق ذات الورقة بصورة عرضية أم بالطعن فيها بالتزوير^(١).

وينظم المشرع في قانون المرافعات الفرنسي الإجراءات المتبعة في شأن تحقيق المستندات ويعد الفحص الظاهري للمستند أول الإجراءات. لذا ورد في المادة ٢٨٧ مرافعات فرنسي أنه إذا أنكر أحد الخصوم مستنداً نسب إليه أو دفع بالجهالة من يحتج به عليه، يكون على القاضي أن يتثبت من صحة المستند، وله في هذا الشأن كافة الصلاحيات اللازمة للتأكد مما ادعي على المحرر به:

"si l' une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaître celle qui est attribuée à son auteur, le Juge vérifie l' écrit Contesté à moins qu' il ne puisse stutuer sans en tenir compte."^(٢)

exemple que ce document qu' on lui attribue pas de lui, qu' il n' en reconnait pas l' écriture, ou encore qu' il a été falsifié.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 250 No. 330

(١) ومن المسلم به في قانون المرافعات الفرنسي أنه يمكن الادعاء بالتزوير بموجب دعوى أصلية، راجع في الإشارة إلى ذلك وفي الدعوى الأصلية للتزوير بشأن ورقة أو مستند كان قدم للمحكمة دون الادعاء بالتزوير فيه:

Civil 2^e 10 juill 1996. D. 1996 Som. 349. obs. Julien, Rev. trim. Dr. civ. 1996. 984 obs. Perrot.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 251 – 252 No. 332.

وإذا قدر القاضي أن الفحص الظاهري للمحرر غير كاف لتبين ما به من عوار كان له أن يطلب من أحد الخصوم أن يودع في السكرتارية محرراً يستعان به لإجراء المضاهاة، كما يجوز بموجب المواد من ٢٩٠ حتى ٢٩٣ من قانون المرافعات أن يأمر القاضي بإجراءات أكثر توسعاً في سبيل تحقيق المستند منها أن يأمر بحضور المنسوب إليه المستند بشخصه واستكتابه وأيضاً الاستعانة بخبير الخوط: ou ordonner toute mesure d' instruction, par exemple la comparution personnelle des parties ou le recours à un technicien^(١).

وإذا ما أصدر القاضي قراره بشأن المحرر محل التحقيق كان حكمه في هذا الصدد نهائياً حائزاً لحجية الشيء المقضي به، وإذا ما تبين للقاضي أن المحرر الذي أنكره الخصم المنسوب إليه أو جرده هو محرر صحيح ولا مجال للتزوير فيه كان له أن يقضي بالغرامة بخلاف التعويض عن الأضرار إذا ما طالب به المضرور من الادعاء.

S' il est jugé que la pièce a été écrite ou signée par la personne qui l' a déniée, celle – ci est condamnée a' une

(١) وبموجب المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات الفرنسي فإنه إذا طرح أثناء نظر الدعوى محرر عرفي وادعي بتزويره فإنه يجب فحص المستند وفقاً للقواعد المقررة في المواد من ٢٨٧ حتى ٢٩٥ من القانون، وهذه القواعد تنظم إجراءات محددة لفحص المستند المدعى بتزويره، وإذا ما قدم الادعاء بالتزوير بصفة أصلية فإنه بموجب المادة ٣٠٠ مرافعات على المدعي بالتزوير أن يعين وسيلة التزوير وأن يتيح للمدعي عليه به فرصة تسمح له بعدم التمسك بالمحرر المدعى بكونه مزوراً وفي ذلك تقرر المادة:

L' assignation doit indiquer les moyens de faux et faire sommation au défendeur de déclarer S' il entend ou non faire usage de l' acte prétendu faux ou falsifié

وبموجب المادة ٣٠١ من القانون فإنه إذا لم يتنازل مقدم المحرر عنه وأصر الخصم المدعي بكون المحرر مزوراً كان على القاضي أن يعمل نصوص المواد من ٢٨٧ إلى ٢٩٥ بشأن فحص المستند:

le juge procède Comme en matière d' incident de vérification d' ecriture.

amende civile de 10 à 10000 F. sans préjudice des dommages intérêts qui seraient réclamés (art. 295).⁽¹⁾

والى جانب ما تقدم قد يكون الادعاء بالتزوير بموجب دعوى تزوير أصلية.

La vérification d'écriture demandée à titre principal:

وفي هذه الحال لا يكون الادعاء بالتزوير مثاراً بشأن دعوى منظورة بالفعل أمام القضاء ويكون مثار الادعاء ما دفع به خصم من الخصوم بكون المحرر المراد الاحتجاج به عليه مزور وإنما نكون إزاء دعوى أصلية يستهدف رافعها بلوغ حكم قضائي يثبت أن المحرر موضوع الدعوى صادر عن شخص ما:

Il s'agit alors qu'aucun procès n'est engagé d'introduire une instance tendant à ce que soit déclaré que tel document émane bien de telle personne.⁽²⁾

وخاصية هذه الدعوى أنها دعوى وقائية *une action préventive* وهي نموذج قلما يوجد له تطبيق في نظرية الدعوى في النظام الإجرائي الفرنسي، ولقد نظم المشرع أحكام هذه الدعوى في المواد من ٢٩٦ حتى ٢٩٨ من قانون المرافعات وبموجب هذه النصوص يجب التفرقة بين حالتين هما حضور المدعى عليه أو عدم حضوره وفي الحالة الأولى فإنه إما أن يقر بنسبة المحرر إليه وإما أن ينكر ذلك أو يدفع بالجهالة وفي هذه الحال يخضع المحرر لإجراءات التحقيق، أما إذا لم يحضر فإنه يجب التفرقة بين حالتين أولهما أن يكون المحرر منسوباً إلى الشخص بتوقيعه وثانيهما ألا يكون له توقيع يفيد الإسناد، وفي الحالة الأولى على القاضي أن يقضي بكون المحرر معترف به *"le juge tient l'écrit"*

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 253.

(٢) وتجب الإشارة في هذا المجال لما يقول به الأستاذان Jean Vincent et Serge Guinchard من أن الادعاء بالتزوير في المحرر قد يترتب عليه اتخاذ إجراءات جنائية إزاء من باشر التزوير وإزاء الشركاء *dirigées contre les auteurs et les complices du faux* وفي هذه الحال يتعين إيقاف النظر في الدعوى المدنية إعمالاً للقاعدة الإجرائية القائلة بأن الجنائي يوقف المدني ولقد قنن المشرع هذه القاعدة في المادة ٣١٢ مرافعات فرنسي.. راجع:

Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 750 No. 1149

pour reconnu أما في الحالة الثانية يجب اتخاذ إجراءات التحقيق في المحرر
موضوع الدعوى^(١).

المطلب الثالث

الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في دعاوى المسخرين

من الفقهاء في فقهننا الإجمالي المصري من يطلق تعبير "دعاوى المسخرين
للدلالة على حالة تتعارض فيها دواعي الأمانة الإجرائية عن طريق استخدام
شخص آخر بالتواطؤ معه للإضرار بالغير، وتعد هذه الدعوى من الدعاوى الكيدية
ويصح وصفها بأنها دعاوى صورية لا يبتغى فيها تحقيق الدعوى للغاية المشروعة
منها وهي حماية الحق أو المركز القانوني لمن اعتدي على حقه أو مركزه^(٢).

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع الفرنسي قد استحدث نظام دعوى التزوير
والدفع به أمام ذات المحكمة التي تختص بنظر الدعوى بموجب ما أدخله بالقانون الصادر
في ١٧ ديسمبر ١٩٧٣ حيث كان المتبع قبل ذلك وجوب الادعاء بالتزوير لمن يدعي به
بموجب دعوى أصلية.. ويقول الأستاذان "فانساه وجويشنار" بأن الفضل فيما استحدثه
المشرع في هذا المجال هو أنه أجاز نظر مسألة التزوير أمام القضاء المدني:

Le mérite de la reform a été de permettre d'agir en faux à titre
principal sur le plan civil

راجع "فانساه" في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٤٦ رقم ١١٣٦.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه بعنوان الإساءة في المجال الإجرائي.
بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة. عدد خاص، العيد المئوي لحقوق
القاهرة - ١٩٨٣ ص ١٣.

ولا ريب في أن الاستعانة بشخص آخر لتوجيه الخصومة الصورية إليه بقصد الإضرار
بشخص معين بذاته يعد إهداراً جسيماً لأصول الأمانة الإجرائية، إذ لا يجوز على الإطلاق
توجيه إجراءات الدعوى أو القضية بقصد الإضرار وآية ذلك أن المشرع يوجب كفالة علم
المدعى عليه في كل إجراء يتخذ حتى يباشر حقه في الدفاع ويباشر حقه في الإثبات مما
يوجب العلم بحجج المدعي في دعواه وأسائده، ولقد كفل المشرع طرق معينة للعلم
بالإجراءات وأولها الإعلان القضائي، ويتجرد هذا الإعلان في جدواه عند الاستعانة بالغير
لمنع حدوثه، وبموجب المادة ٨ من قانون المرافعات فإنه إذا تراءى للمحضر وجه في
الامتناع عن الإعلان وجب عليه عرض الأمر فوراً على قاضي الأمور الوقفية ليأمر بعد
=

ومن الممكن أن تتعدد وسائل الاستعانة بالآخر كوسيلة شاذة أو ملتوية تستهدف إهدار الضمانات القانونية التي قررها المشرع لمن يكون خصماً في دعوى ما، ومن ذلك أن يتعمد رافع دعوى ما أن يعلن مدعى عليه في موطن يعلم أنه متغيب عنه - أو أن يعلنه على موطن آخر رغم علمه بوجوده في موطن غيره وقت الإعلان - ويتفق في هذه الحال بأن يسخر بعض الأشخاص لاستلام الإعلان نيابة عن المعلن إليه رغم أن أي منهم لا يعد من أقاربه وغير مقيمين معه^(١). وقد يتحقق ذلك بصورة أخرى تتجسد في التواطؤ مع المحضر لمباشرة ما

سماع طالب الإعلان، بإعلان الورقة أو بعدم إعلانها أو بما يرى إدخاله عليها من تغيير، وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر إلى المحكمة الابتدائية في غرفة المشورة لتفصل نهائياً في التظلم بعد سماع المحضر والطالب..

كذلك فإن الاستعانة بالغير في دعاوى المسخرين تحرم من كان يجب الادعاء في مواجهته في مباشرة المواجهة الشفوية وهو حق أصيل، لذا أوجب المشرع إعلام الخصم بالحضور إذا تعيب عن حضور الجلسة التي أجلت فيها القضية إلى جلسة أخرى، كذلك فإنه في دعوى المسخرين يحرم الشخص من حق الاطلاع وأيضاً يحرم من الإعلام بكل إجراء يتخذ في الجلسة وفي هذه الحال لا تقوم موجبات عدم الحكم على الخصم دون أن يكون قد تم الاستماع إليه أو دعوته، وهذه القاعدة العليا هي ما قننها المشرع في المادة ١٤ من قانون المرافعات الفرنسي حيث نصت على أنه:

Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendu ou appelée

(١) ولا ينبغي الاعتقاد في أن عدم الأمانة الإجرائية تتصرف فحسب للمدعي عند تسخيره للغير بالدعاوى الصورية، لأن ذلك قد يقع أيضاً من جانب المدعى عليه ومن صور الإخلال بالأمانة من جانب المدعى عليه إساءة استعمال حقه في العلم بالإجراءات في مجال استلام الإعلان القضائي حيث قد يخفي المعلن إليه شخصيته للمحضر عند تسلمه للإعلان أو يدعي أنه ليس المدعى عليه وإنما شخص آخر ممن لا يجيز القانون استلامه للإعلان، ومن صور ذلك أيضاً حالة من يعمد إلى غلق المكان فور حضور المحضر فيضطر المحضر بذلك إلى إعمال حكم المادة ١١ من قانون المرافعات والتي نص المشرع فيها على أنه إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه

يسمى "بالإعلان الأمريكي" مما يترتب عليه عدم وصول علم الدعوى لشخص المعلن إليه، مما قد يؤدي إلى استصدار حكم ضده خلسة ثم يفاجأ المحكوم عليه بإجراءات التنفيذ في مواجهته^(١).

أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال، وعلى المحضر - خلال أربع وعشرين ساعة - أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة، ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته.. وفي هذه الصورة من الإخلال بالأمانة الإجرائية ما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع خاصة في ظل المادة ٨٤ من قانون المرافعات والتي نصت على أنه إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه، حكمت المحكمة في الدعوى، فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم في الحالتين حكماً حضورياً.. لذا قيل وبحق: والحق أن تطلب مثل هذا الإجراء - أي إعادة الإعلان - قد أضحى وبحق مجالاً خصباً لتعطيل الفصل في الدعوى، كما قيل أيضاً: كثرت المنازعات وازدادت تعقيداً واختلاف الناس عما كانوا عليه من فطرة سليمة وازدادوا رياءً ومكراً وباتت تظهر صوراً مختلفة من الالتجاء إلى الحيل القانونية والمراوغة ومحاولة طمس الحقيقة وحل اللدد في الخصومة محل السماحة والتسليم بما هو حق وعدل وإزاء ذلك كله ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد جديدة تكفل ما يمكن أن يسمى بأمن الخصومة، راجع الدكتور أحمد صدقي محمود في بحثه: المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي بدون سنة نشر، والناشر دار النهضة العربية ص ٢٨، وكذلك راجع في ذات المرجع ص ٦. وراجع أيضاً المستشار عبد المنعم عبد العظيم جبرة في بحثه "موضوعات علم القضاء والمرافعات في الفقه الإسلامي". بحث منشور له في مجلة المحاماة ١٩٩٤، ص ٢٢٣.

(١) راجع في هذا المعنى الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي - قانون القضاء المدني الكويتي - الطبعة الأولى ٢٠٠٧ الناشر مؤسسة دار الكتب. ص ٤٥٣ حيث يشير إلى أن الإعلان لا يحقق الغاية منه في حالة حدوث غش من المعلن كما لو أعلن شخص شخصاً آخر على موطنه الأصلي رغم علمه يقيناً أنه يقيم في الخارج أو وجه

وعادة ما توصف دعاوى المسخرين بأنها نموذج واقعي لعدم الأمانة الإجرائية. لذا قيل وبحق: "ومن أمثلة الإساءة في التقاضي والتنفيذ التحايل بالقانون على القانون أو في التنفيذ كتعدد إشكالات التنفيذ من الغير لوقف التنفيذ. والدعاوى الصورية ودعاوى المسخرين والدعاوى غير المألوفة والملتوية بقصد الإساءة أو التشهير بالخصوم.. وغير ذلك"^(١).

وإذا ما كانت الدعوى من دعاوى المسخرين كان في ذلك سوء نية في التقاضي^(٢). ولقد عبرت المذكورة الإيضاحية في شأن المادة ١٨٨ مرافعات عن

المعلن الإعلان بطريقة تتطوي على غش حتى لا يصل الإعلان إلى علم المعلن إليه. (١) راجع الدكتور أحمد مليجي في التعليق على قانون المرافعات. سابق الإشارة إليه ص ٢٤٢.. كذلك يلاحظ أن صحيفة الدعوى تعد من الأوراق الرسمية لذا فإنه إذا أثبت المحضر في ورقة ذهب ليعلمها في موطن الشخص المراد إعلانه أنه وجد موطنه مغلقاً ولم يجد به أحد ممن يجوز تسليم الورقة له، فلا يجوز إثبات عدم صحة هذه الوقائع إلا بالطعن بالتزوير لأنها وقائع شاهدها المحضر بنفسه مما يدخل في اختصاصه. راجع حكم محكمة المنيا الابتدائية في ٢٦ أكتوبر ١٩٤٠ منشور في مجلة المحاماة س ٢١ صفحة ٣٤٩.. كذلك كانت محكمة النقض المصرية قد قضت في حكمها الصادر في ٩ من إبريل ١٩٥٣ (منشور في مجلة المحاماة س ٣٥ ص ٢٦١) أنه إذا أثبت المحضر في الورقة أنه انتقل إلى منزل الشخص المراد إعلانه وأنه خاطب شخصاً ذكر اسمه زعم أنه قريب المعلن إليه ويساكنه، ثم سلمه صورة الإعلان، فإن الادعاء بأن المحضر لم ينتقل إلى منزل المعلن إليه ولم يسلم صورة الورقة لشخص زعم أنه قريبه وأنه يساكنه يجب إثباته بسلوك سبيل الادعاء بالتزوير ولا يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات. (٢) راجع في الإشارة إلى الضوابط القانونية التي أحاط بها قانون المرافعات الفرنسي إعلان الأوراق القضائية ضمناً لسلامتها:

Gérard Couchez; op. cit. p. 136. ets. No. 180

راجع في الإشارة إلى القاعدة القائلة بأن صورة الإعلان القضائي التي استلمها المعلن إليه

تماثل الأصل: la copie: tient lieu d' original

Cass. Civ. 1^{er}, et 5 févr. 1997, Bull. Civ. I. no. 312 p. 248

وكذلك تعليق على حكم نقض فرنسي في ١٥ يونيو ١٩٩٧ في المجلة الفصلية للقانون

مدلول سوء النية حيث صرحت بأن يكون الخصم عندما يتخذ إجراء أو طلباً أو دفاعاً عالمياً بأنه لا حق له فيه، وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر.. والأصل أنه إذا تعدد من وجه الدعوى جاز الحكم عليهم بالتعويض بالتضامن وذلك إعمالاً لحكم المادة ١٦٩ من القانون المدني حيث وردت فيها الإشارة إلى أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر^(١).

وعلى كل حال فإنه حتى تقضي المحكمة بالتعويض عن الدعوى الكيدية، فإنه يجب أن تكون هي المختصة بذلك اختصاصاً وظيفياً ونوعياً باعتبار هذا الاختصاص أو ذاك من النظام العام^(٢). لذا مثلاً فإنه إذا طلب التعويض أمام محكمة جزئية، فإنها لا تكون مختصة إلا إذا كانت قيمة التعويض المطلوب لا يتعدى نصاب الاختصاص القيمي لهذه المحكمة حتى ولو كانت الدعوى الكيدية قد رفعت أمامها لأن الاختصاص القيمي هو اختصاص يتعلق بالنظام العام.

وإذا كانت دعوى المسخرين قد رفعت أمام محكمة الدرجة الأولى ثم علم بها المدعى عليه المضرور وتراخى عن طلب التعويض والدعوى في مرحلة الاستئناف، كان عليه أن يتقدم بطلبه للتعويض إلى محكمة الدرجة الأولى حتى تستنفذ هذه المحكمة ولايتها وحتى لا يفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي^(٣). أما إذا كان الإجراء الكيدي قد اتخذ في الاستئناف، كما لو رفع

المدني، تعليق للأستاذ "بيروت"

Cass. Civ. 18 juin 1997, J.C.P. 1997 IV. 2881, Rev. trim. Dr. civ. 1997. 991 obs. Perrot.

(١) راجع في الإشارة إلى هذا المعنى أيضاً الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه بعنوان: الإساءة في المجال الإجرائي. سابق الإشارة إليه ص ٩.

(٢) راجع الدكتور أحمد أبو الوفا في نظرية الأحكام. سابق الإشارة إليه ص ١٦٦، وراجع كذلك الدكتور أحمد مليجي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٢٤٤.

(٣) راجع أحمد أبو الوفا في نظرية الأحكام ص ١٦٦ بند ٦٣.. وكانت محكمة النقض المصرية قد قضت في حكم لها في ١٩٨٣/٦/١ - الطعن رقم ١٤٥٦ لسنة ٤٩ قضائية - ونقض في ١٩٨٣/٣/٢٤ - الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ قضائية - بأنه يجوز الحكم بالتعويض المقرر بموجب المادة ١٨٨ مرافعات حيث إن هذا النص لا يحول دون طلب التعويض وفقاً

الاستئناف كيداً فإن المحكمة المختصة هي الاستئنافية.. وقد لا يتبين الكيد أو سوء النية إلا بعد الفصل في الدعوى ومن ثم تكون الخصومة قد انقضت. كما لو كان قد صدر فيها حكم بعدم الاختصاص، فلا تملك المحكمة الفصل في طلب التعويض عن الدعوى الكيدية ويكون للمضرور أن يرفع دعوى مبتدأة أمام المحكمة المختصة مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه نتيجة للكيد^(١).

المطلب الرابع

الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في مجال الدفاع

يجب أن تتوفر الأمانة الإجرائية في مجال الدفاع ودليل ذلك هو ما ورد في المادة ١٨٨ من قانون المرافعات حيث أشار المشرع إلى أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد ومع عدم الإخلال بحكم هذه الفقرة، يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة حددها النص بين حدين أدنى وأقصى على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً بسوء نية^(٢).

للقانون المدني وتأسيساً على ذلك فإن للمضرور رفع دعوى التعويض وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص.. على أنه إذا ما أنكر الخصم ورقة نسبت إليه وطعن فيها بالتزوير وقضى بصحة الورقة، فإنه يجب الحكم عليه بالتعويض إذا ما طلب الخصم ذلك لأنه لا عذر له في إنكار ورقة سبق أن وقع عليها بنفسه.

(١) انظر الدكتور أحمد مليحي في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٢٤٤.

(٢) وغني عن البيان اختلاف التعويض المستحق نتيجة لسوء نية الخصم وتسببه في الإضرار بغيره من الخصوم الآخرين عن القاعدة الأصولية القاضية بأن يتحمل الخاسر مصاريف القضية، لأن في هذه الحالة الأخيرة ترجع المسؤولية لواقعة معينة بذاتها هي خسارة القضية وذلك بغض النظر عن حسن نية الخصم الخاسر أو سوء نيته وبذلك لا تقوم المسؤولية عن المصاريف بسبب ارتكاب ثمة خطأ وإنما أساس هذه المسؤولية هو القانون وترجع العلة في ذلك فيما قدره المشرع من أن العدالة تقتضي عدم تحميل المصاريف لمن كسب القضية لأنه صاحب الحق والأولى أن يتحملها الخاسر حملاً على أنه من تسبب فيها بدون وجه حق.

والأصل في تحمل الخصم الخاسر للمصاريف أنه إذا تعدد المحكوم عليهم فإنه يجب تقسيم

ومن الممكن أن يثار التساؤل في هذا المقام عما إذا كان الخصم قد اعتصم بالإنكار عما نسب إليه أو ادعاه المدعى عليه، فهل يعد مجرد الإنكار إخلالاً بواجب الأمانة بحيث لا يجوز لمن ادعى عليه بادعاء صحيح أن ينكره أم يصح هذا الإنكار دون أن يعد خطأً موجباً للتعويض؟^(١). في الواقع إن المسلم به فقهاً هو أن الإجابة على الدعوى بإنكارها ليست من قبيل الكيد أو الخروج على الأمانة الإجرائية^(٢). إذ الإنكار حق مشروع لكل مدعى عليه مادام الأصل أن على

=

المصاريف بينهم وذلك ما لا يكون في شأن تحمل التعويض بسبب سوء نية الخصم والكيد في التقاضي. وهكذا يمكن أن تجزئ المحكمة المصاريف إذا لم يلتزم المحكوم عليهم بها على وجه التضامن إلا إذا كان بينهم تضامن في الالتزام موضوع الحكم وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٨٤ مرافعات.

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه بعنوان الإساءة في المجال الإجرائي سابق الإشارة إليه ص ١٤ حيث يوضح الصلة بين حق الادعاء والدفاع وأن الإنكار يشمل إنكار الدعوى والأوراق المقدمة فيها لأن المدعى هو المكلف قانوناً بإثبات ما يدعيه أما المدعى عليه "فليس مكلفاً بتقديم أي دليل وحسبه أن يقف موقفاً سلبياً بحثاً (وهو موقف الإنكار) حتى يهب خصمه - المدعى إلى إثبات دعواه وفقاً لما تقضي به قواعد الإثبات.

(٢) والإنكار تعبير يقابل الإقرار، وإذا أقر الخصم بما يدعيه خصمه عليه عد ذلك من قبيل التصرف القانوني وفي هذه الحال فهو يتضمن تنازل من جانب المقر عن مطالبة خصمه بإثبات الحق الذي يدعيه قبله. وذلك إعمالاً في حكم المادة ١٠٤ من قانون الإثبات التي وردت فيها الإشارة إلى أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ومن ثم لا يستطيع المقر العدول عنه كما وأن القاضي لا يملك أن يطلب من الخصم الذي صدر الإقرار لمصلحته أن يقدم دليلاً، كما لا يملك القاضي إلا أن يحكم لمصلحة من صدر له الإقرار وعلى هذا النحو لا يمكن تجزئة الإقرار أو الرجوع فيه.. ويختلف الأمر بالنسبة للاعتراف في الدعوى الجنائية لأن إقرار المتهم بالجريمة هو مما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي. وفقاً لقاعدة الأصولية التي تقرر "الاقتناع القضائي". كذلك لا يعد سكوت المتهم قرينة على ثبوت التهمة ضده، انظر نقض جنائي في ١٨ مارس ١٩٧٣، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ٧٣ ص ٣٣٧ وترجع العلة في عدم جواز تجزئة الإقرار في المجال المدني لما قرره الفقرة الثانية

=

المدعي أن يثبت دعواه وهو إن خاب في سعيه حكم عليه بالمصاريف، أما إذا تمادى المدعى عليه في الإنكار أو غالى فيه أو تحايل بقصد إلحاق الضرر بالخصم، فإن هذا الحق - حق الإنكار - ينقلب إلى "مخبة" مما يجوز التعويض عنه^(١).

لكن يمكن أن يثار التساؤل حول الحدود المبررة للإنكار الجائز وغير الجائز، أو بعبارة أخرى متى يكون الإنكار كيدياً لا يتفق والأمانة الإجرائية ومتى يكون مشروعاً؟ لعلنا نعتقد في هذا المقام أن الإنكار كحقيقة قانونية ووسيلة للدفاع يجوز بتوافر عناصر ثلاثة: أولها ألا يخرج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضرة خصمه، وثانيها ألا يكون الإنكار فعلاً ضاراً وثالثها ألا يترتب على الإنكار ضرر ويجب ألا يترتب على الإنكار ضرر يرتبط سبباً بنتيجة ضارة تتمثل في الحكم على الخصم.

وكثيراً ما أعملت محكمة النقض المصرية هذا الضابط في الإنكار الكيدي

من المادة ١٠٤ من قانون الإثبات والتي ورد فيها الإشارة إلى أنه "ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجوده في الوقائع الأخرى، وذلك ما يسري سواء أكان الإقرار بسيطاً أو موصوفاً أو مركباً. ولقد صرحت محكمة النقض المصرية في حكمها - بأن "قاعدة عدم تجزئة الاعتراف في المسائل المدنية لا يمكن الأخذ بها في المسائل الجنائية حيث لقاضي الموضوع - فيما عدا بعض مسائل مستثناة - كامل الحرية في تكوين عقيدته من جميع عناصر التقدير التي تعرض عليه وعلى الأخص من أقوال المتهمين وإقراراتهم وبياناتهم فله أن يأخذ منها أو يستبعد ما شاء في مجموعها أو في جزء منها بحسب ما يراه من مطابقتها أو مخالفتها للواقع في نظره، انظر نقض جنائي في ١٣ يونية ١٩٨٥ س ٣٦، مجموعة أحكام محكمة النقض رقم ١٤٠ ص ٧٩٦، وكذلك نقض جنائي في ٢ نوفمبر ١٩٨٩ س ٤٠ رقم ١٣٩، ص ٨٤٤ وأيضاً أول مارس ١٩٩٠ س ٤١ رقم ٧٧ ص ٤٦١.

(١) لذا قيل وبحق "أن الالتزام بقول الحقيقة يعني من جانبنا واجب كل طرف في القضية أن يدلي بالمعلومات التي تطابق الحقيقة والواقع، ومع ذلك أليس لكل طرف حقيقته الخاصة به أو مفهومه الخاص عن الحقيقة". راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في أصول النقاضي، سابق الإشارة إليه ص ٣٩٩.

أو غير الكيدي، حيث صرحت بأن: الإجابة على الدعوى بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به إلزام خصمه بإثبات مدعاه، فإن سعى بإنكاره في رفع الدعوى وخاب سعيه فحسب الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ مرافعات (أهلي) المقابلة للمادة ٣٥٧ مرافعات، أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتماادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحايل به ابتغاء مضرة خصمه، فإن هذا الحق يقلب مخبثة تجيز للمحكمة طبقاً للمادة ١١٥ مرافعات (أهلي) المقابلة للمادة ٣٦١ الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي يحملها خصمه بسوء فعله هو^(١). وكانت محكمة النقض قد قررت في حكم

(١) راجع نقض في ١١/٩/١٩٣٣، مجموعة النقض في ٢٥ سنة، الجزء الثاني ص ٩٧٦ قاعدة رقم ٥٤.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المركز القانوني في الادعاء قد يتغير بين كل من المدعي الأصلي أو المدعى عليه. إذ قد يكون المدعى عليه هو المدعي في شأن إثبات واقعة ما يدعيها بينما يكون المدعي هو المدعى عليه بخصوص الواقعة المدعى عليه بها، وفي كل الأحوال تسري القاعدة المقررة في الإثبات ومن مقتضاها أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن الأهمية بمكان وجوب تعيين أو تحديد الواقعة محل الادعاء أي تلك المراد إثباتها أو إثبات عكسها، وتطبيقاً لذلك كانت محكمة النقض المصرية قد حكمت في حكمها الصادر في ٩ إبريل ١٩٧٤ - مجموعة الأحكام - السنة ٢٥ ص ٦٥٨ - بأنه: إذا كان الثابت أن الطاعن لم يقف عند حد الدفع بعدم علمه بتوقيع مورثه على الإقرار أو إنكاره ذلك التوقيع، وإنما ذهب إلى الادعاء بتزويره، فإن الحكم إذ قصر بحثه على الادعاء بالتزوير وألقى على الطاعن عبء الإثبات وأيده في ذلك الحكم المطعون فيه، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات.

والأصل أنه إذا ثبتت واقعة ما فإنها تعد الأصل الذي تبنى عليه ضوابط الإثبات، ويكون على من يدعي مخالفة ذلك أن يثبت عكس ما غدا قائماً، ويجب أن ينظر في شأن حدود الإثبات إلى حكم المجرى العادي المألوف للأمور حيث يشمل إثبات الواقعة إثبات آثارها المباشرة المقترنة بها والداخلية فيها، ولا يشمل الإثبات ما عدا ذلك لأن ما هو ليس من الواقعة ولا يكون ملازماً لها يكون بحاجة إلى إثبات آخر هو إثبات العكس، وإذا ما ثار الجدل حول حدود الواقعة المطلوب إثباتها كان على القاضي أن يعين حدود وملاحم ما يجب إثباته أو إثبات عكسه إذ ذلك مما يستوعبه الدور الإيجابي للقاضي، وفي كل الأحوال فإن الأثر =

آخر لها بأن العبرة في تحديد نطاق الدفاع في الدعوى، وما يعد تجاوزاً له بموضوع الخصومة المطروحة وما يستلزمه اقتضاء الحقوق المدعى بها أو دفعها هو أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع بغير تعصب من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة^(١). كما كانت المحكمة قد قررت في حكم لها أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بمسئولية الطاعن على ثبوت خطئه بما أورده بالمذكرة المقدمة منه في الدعوى من عبارات نسبها إلى المطعون ضده الأول تشكل اعتداء على شرفه وسمعته مجاوزاً بها حق الدفاع في الدعوى وكان مجرد ادعاء الطاعن وجود صلة بين خصومه وبين المطعون ضده الأول لا يدحض تجاوزه حق الدفاع، فإن تعلله بذلك الادعاء يكون دفاعاً غير جوهري لا يلزم الرد عليه استقلاً^(٢). كذلك قالت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها

=

الإجرائي المترتب على عدم قيام الخصم بالإثبات أو تقديمه الدليل منقوصاً هو اعتبار الواقعة المدعاة غير حقيقية، راجع في هذا المعنى الدكتور وجدي راغب في بحثه في فكرة الخصم في قانون المرافعات ص ٨٨.

(١) نقض في ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ قضائية. وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه يجب على المحكمة أن تتيح للخصوم جميعاً الفرصة لإبداء ما لدى كل منهم من دفوع مادام لم يكن قد سقط الحق في إبدائها، ومادام باب المرافعة لا يزال مفتوحاً وإتاحة الفرصة لهم بذلك قد يكون من خلال المرافعة الشفوية أو المذكرات المكتوبة، كذلك من الواجب على المحكمة أن تتنبه للخصم لاستكمال دفاعه وأن تمنحه الفرصة لذلك، وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٨ فبراير ١٩٤٣ - مجلة المحاماة ٢٤ ص ٣٤٩ - أنه: إذا كان قضي له نهائياً بحقه في الأطيان المخلفة عن عمه وببطلان العقد الصادر من هذا الأخير إلى زوجته وقد رفع دعوى المطالبة ببيع نصيبه في الميراث، فقضي ابتدائياً برفعها استناداً إلى توافر حسن النية لدى الزوجة فرفع استثناءً على الحكم فقضى فيه بقبول الاستئناف ونفت المحكمة في حكمها حسن النية، ثم انتقلت إلى الكلام في البيع دون أن تكون قد ناقشت الخصوم فيه، وقامت بتقديره تقديراً لم تحصله من عناصر الدعوى، بل على أساس الثمن، فإن هذا إخلال منها بحق الدفاع، إذ كان من الواجب عليها حين خالفت المحكمة الابتدائية في وجهة نظرها ألا تفصل في الدعوى إلا بعد أن تكون قد أتاحت للخصوم فرصة الكلام في البيع.

(٢) نقض في ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ قضائية.

أنه: لئن كان الدفاع في الدعوى حقاً للخصم، إلا أن استعماله له مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها، فإذا هو انحرف استعماله عما شرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبة أمور شائنة لغيره ماسة باعتباره وكرامته كان ذلك منه خطأ يوجب مسؤوليته عما ينشأ عنه من ضرر ولو كانت هذه الأمور صحيحة مادام الدفاع في الدعوى لا يقتضي نسبتها إليه، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعن تجاوز حق الدفاع في الدعوى وهو ما يتوافر به ركن الخطأ الموجب للمسئولية التي لا يدرؤها في هذا الخصوص إثبات صحة ما نسبته الطاعن إلى المطعون ضده الأول مجاوزاً به حق الدفاع^(١).

وبموجب الأحكام القضائية المتقدمة يمكن تحديد وجه الإساءة في التقاضي من جانب المدعى عليه إن هو تجاوز حقه في مباشرة الدفاع، ذلك أن المعلوم بالضرورة أن من يقف موقف المدعى عليه في الدعوى يصح له قانوناً مباشرة حقه في الدفاع.. لأن هذا الحق هو من الحقوق الأصلية للإنسان لأنه الحق المرتبط بالصفة الإنسانية وهو المحقق لسلامة الوجود والحياة، لذا يعد من الحقوق المقدسة التي لا يمكن أي قانون إجرائي أن يحرم الفرد من مباشرتها كما وأنه الحق المقابل للحق في الدعوى حيث يتعين أن نأخذ بعين الاعتبار أنه إذا كان لكل إنسان حق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، فإن للمدعى عليه الحق في الدفاع^(٢).

(١) راجع ذات حكم النقض السابق الصادر في ١٩٨٣/٣/٢٤ الطعن رقم ٤٦١ السنة ٤٨ قضائية.

(٢) لذا أشار الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي إلى أنه من المسلم به أن الحكم الصادر عن المحكمة لا ينبغي صدوره إلا إذا تحققت المواجهة بين الخصوم بحيث يتاح لكل خصم أن يبسط حججه ويتمكن من الدفاع وهذا ما يعبر عنه بمبدأ المواجهة، وقد نظم المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المواد من ١٤ حتى ١٧ من قانون المرافعات الفرنسي:

"il est essentiel que le jugement n' intervienne qu' après une libre discussion entre les parties au procès, chacune de celles – ci ayant pu faire valoir ses arguments et discuter ceux présentés par l' autre.. ces règles experiment le principe de la contradiction...

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 183. No. 238.

ومع ذلك فإن وسيلة درء الادعاء بالاعتداء على الحق أو المساس بالمركز القانوني هو إنكار هذا الادعاء جملة وتفصيلاً إذ حسب المدعى عليه أن يعتصم بالإنكار، ومن ثم فإنه يقعد عن السعي إلى إثبات ما يدعي عليه به بمجرد السكوت، ولا يعني سكوته الإقرار بالادعاء؛ إذ يجب على المدعي أن يباشر الإثبات ويقدم الدليل على صحة الدعوى، حيث يعلو في هذا الصدد القاعدة الأصولية المقررة في الإثبات والقائلة بأن البينة على من ادعى. وقد يرى المدعى عليه تعزيز دفاعه بالإنكار بالحلف أو اليمين، هذا وإن ظل الإنكار وسيلة وأساس لرد الادعاء، وهو من أسمى حقوق الدفاع كما وأنه الوسيلة المثلى للتخلص من الادعاء كما وأنها وسيلة مباشرة وكافية لإنجاز الموقف والتخلص مما يدعيه المدعي.

لكن قد يرى المدعى عليه عدم الاكتفاء بالإنكار وإنما قد يعمد إلى إثارة أوجه مختلفة للدفاع وهو إن رأى ذلك وجب عليه أن يراعي الغاية أو الحكمة التي يقضيها الدفاع ألا وهي صد الادعاء وتأكيد الإنكار وتعزيز سبيله^(١). ولا غرو في

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن إنكار الخصم بواقعة ما يقابل إقراره لها والإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة وكذلك الأمر بشأن الإنكار، على أن الإنكار قد يكون من الخصم عند الاستجواب. إذ الاستجواب هو سؤال للخصم ومناقشته في إقراره حتى تتضح الوقائع وتتجلى الأمور الغامضة اللازمة في الفصل في الدعوى.. ولقد نص المشرع في المادة ١٠٥ من قانون الإثبات على قواعد استجواب الخصوم حيث ورد فيها أنه: للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر وبموجب المادة ١٠٦ إثبات فإنه للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار.. ويمكن أن يقع الإنكار عند استجواب من يكون نائباً عن الخصم عديم الأهلية أو ناقصها، كذلك قد يكون الإنكار عند استجواب الممثل القانوني للشخص الاعتباري. وينظم المشرع إجراءات الاستجواب حيث أوضح في المادة ١٠٩ من قانون الإثبات أنه: يوجه الرئيس الأسئلة التي يراها إلى الخصم ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها، وتكون الإجابة في الجلسة ذاتها إلا إذا رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة.. وتدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكتاب

أن صد الادعاء يجب ألا يجافي العرف أو يخالف الأمانة الإجرائية حينما يعمد المدعى عليه إلى مباشرة الدفاع، ويكون عليه ألا يتعنت أو يسيء لحقه في مباشرة هذا الحق، ومن ذلك مثلاً إذا قصد اللدد في الخصومة أو مضرة خصمه أو

والمستجوب. وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو من التوقيع ذكر في المحضر امتناعه وسببه، وإذا كان للخصم عذر يمنعه عن الحضور للاستجواب جاز للمحكمة أن تتدب أحد قضائها لاستجوابه، وإذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك.

ولا يختلف الأمر فيما هو مقرر في قانون المرافعات الفرنسي، فالمشرع نظم الاستجواب وإجراءاته على نحو مماثل لما هو قائم في قانون الإثبات المصري، وفيما يتعلق بإنكار الخصوم لواقعة ما في الاستجواب يقول الأستاذ "كوشيه" أن موقف الخصوم إذا ما دعوا للاستجواب وللحضور بشخصهم إما أن يكون موقفاً إيجابياً حيث تكون الإجابة على الأسئلة التي يطرحها القاضي، وقد يكون الموقف سلبياً - بالمعنى الواسع - يشمل رفض الحضور، أو الحضور ورفض الاستجواب، أو رفض ما يوجهه إليهم القاضي من أسئلة، وفي هذه الحال يمكن للقاضي أن يستمع للشهود أو القرائن.

L' attitude des parties appelées à comparaître personnellement peut être positive ou au contraire négative au sens large (celles - ci refusent de Comparaitre ou s' abstiennent en tout cas de le faire, ou bien encore acceptent de se presenter devant le juge mais refusent de répondre à ses questions). il appartient au juge de tirer toute consequence de droit des déclarations des parties, de l' absence ou du refus de répondre de l' une d' elles, avec Cette précision remarquable que l' attitude des personnes qui ont été appelées à comparaître pourra être Considérée Comme equivalent à comparaître pourra être Considérée Comme equivalent à un Commencement de preuve par acrit.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 263 No. 353.

التكيل أو إطالة أمد التقاضي.. إلخ^(١). إذ في هذه الحال ينقلب حق الدفاع - كما قالت محكمة النقض - إلى مخيثة^(٢).

وربما أمكن استخلاص ذلك من حكم قديم لمحكمة النقض المصرية صدر في ٩ نوفمبر ١٩٣٣ ويشار إليه باعتباره الأصل الكاشف عن ماهية الإنكار الكيدي المعدود من صور الإخلال بالأمانة الإجرائية في مجال الدفاع^(٣). إذ في هذا الحكم جرت الوقائع على وجود خصومة قامت بين عدة أشخاص على أسس من ادعاء بحق إرث في تركة شخص توفي، وكان أن أنكر بعضهم صفة الآخرين مما اضطر هؤلاء إلى اللجوء للمحاكم الشرعية والأهلية والمختلطة، وأوجب ذلك عليهم التعاقد مع بعض المحامين لمباشرة هذه القضايا ودفع مبالغ مالية، وكان أن قضت محكمة الاستئناف بالتعويض حملاً على وقوع ضرر بسبب الإجراءات التعسفية التي اتخذت لعرقلة سير الدعوى ولعدم الأمانة في الإقرار بصفة المدعى عليها مما اضطرها هي وشقيقتها إلى ولوج طريق القضاء والاستعانة في هذا الخصوص بمحام، وقد تلا ذلك الطعن في الحكم بالنقض، وكان أن أرسدت المحكمة قضاءها في حدود الإنكار المشروع حيث قررت صراحة أنه: وحيث إن الإجابة على الدعوى بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي بها إلزام خصمه بإثبات مدعاه - فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لقانون المرافعات، أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحايل ابتغاء مضره خصمه، فإن هذا الحق ينقلب عندئذ مخيثة تجيز للمحكمة الحكم عليه بالتعويضات في مقابل المصاريف الناشئة عنه والمترتبة عليه بالتطبيق لقانون المرافعات.

وقد استطرقت المحكمة وأحسننت في بيان مستلزمات الأمانة الإجرائية اللازمة حيث صرحت بأن الإنكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة هي خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضره خصمه، وثانيها كون

(١) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه: الإساءة في المجال الإجرائي. سابق الإشارة إليه ص ١٦.

(٢) راجع نقض في ١١/٩/١٩٣٣ مجموعة النقض في ٢٥ سنة، الجزء الثاني ص ٩٧٦ قاعدة رقم ٥٤.

(٣) راجع الحكم السابق لمحكمة النقض.

هذا الإنكار ضار فعلاً، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلاً وكان بينه وبين الإنكار علاقة سببية.

وفي حكم آخر سارت المحكمة على ذات المنوال حيث رأت أنه إذا كان قد حكم على خصم في الدعوى بدفع مبلغ معين للخصم الآخر تعويضاً عن إجراءات معنية واعتبرتها المحكمة كيدية، وكان كل ما أسند إلى المحكوم عليه هو أنه أنكر بقاء زوجة أبيه في عصمته حتى وفاته وأنه دفع دعواه في ذلك بأن أباه طلقها بمقتضى ورقة مكتوبة بخطه وعليها إمضاءه والتاريخ، ثم لما كلف بإثبات دفعه هذا رغم ادعاء المدعية أنه دفع حيلي حكم بعدم التعويض عليه للعجز عن إثباته وكلفت الزوجة بإثبات بقاء عصمتها بالبينة الشرعية فأثبتتها وحكم لها بناء على ذلك. وإذا كان هذا وكان الثابت من ظروف الدعوى الشرعية المبنية بالحكمين الشرعيين الصادرين فيها أنها سارت سيرها العادي وأن المدعى عليه فيها - وهو المحكوم عليه بالتعويض - كان يستعجل الفصل فيها وأن إنكاره بقاء الزوجة ودفعه الدعوى بالطلاق لم تتشعب بها الخصومة ولم تتكبد بسببها المدعية مصاريف خاصة فإن هذا الحكم يكون خاطئاً لعدم توافر أركان الكيدية فيما وقع من المحكوم عليه والطريق الذي كان سلوكه هو مطالبة المدعية المدعى عليه بالمصاريف تأسيساً على قانون المرافعات لأن الحكم المستفاد من هذا القانون هو أن من سعى في إنكار دعوى خصمه فخاب سعيه بعجزه عن إثبات الدفع الذي تدرع به ويلزم بالمصاريف.. وهكذا تكون المحكمة قد اعتبرت الإجراء الذي اتبعه المدعي هو من الإجراءات المألوفة مما يوجب رفض التعويض. هذا وإن كان القضاء المصري قد اعتبر أن الدفاع يكون كيدياً إذا قصد به التكيل بالخصم أو الإخلال بالأمانة الإجرائية باستعمال أساليب المماطلة والعناد بسوء نية، كما اعتبر القضاء أن الطعن بالتزوير أو إنكار الإمضاء يوجب التعويض إذا كان بسوء نية وبدون مسوغ وإنما بالرغبة في الكيد^(١).

(١) كذلك قد تتبدى عدم الأمانة الإجرائية حينما يتعمد المدعى عليه - أو حتى المدعي - طلب تأجيل نظر الدعوى بدون سبب واقعي، وفي ذلك إساءة لمقصد المشرع وحرماه في المادة ٩٧ من قانون المرافعات التي قررت أنه تجري المرافعة في أول جلسة، وإذا قدم المدعي أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى وإلا حكمت عليه بغرامة، ومن الفقهاء من يرى وبحق ملامح عدم الأمانة الإجرائية في إساءة استعمال هذه =

ولو انتقلنا إلى النظام الإجرائي الفرنسي أمكن أن نلاحظ اقتضاء الأمانة

المادة. إذ كثيراً "ما يحضر الخصمان عند نظر الدعوى في الجلسة الأولى وكل منهما غير عالم بما يخفى له خصمه من الأدلة وما يستشهد به من حجج.. "وإذا كان المشرع قد حدد الجزاء المترتب على عدم تقديم المستندات قبل الجلسة الأولى فإن هذا الجزاء يبدو ضئيلاً على نحو يغري بمخالفة ما قصده المشرع". كذلك قد تتبدى عدم الأمانة الإجرائية في إساءة استعمال الحق في طلب تأجيل نظر الدعوى ولو لمرة واحدة إعمالاً لنص المادة ٩٧، ٩٨ مرافعات حيث ورد في المادة الأولى النص على أنه يجوز للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الخصوم أن تقرر تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى وذلك إما قبل البدء في نظر الدعوى أو في أثناء نظرها وأشارت المادة ٩٨ إلى أنه لا يجوز للمحكمة تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على ألا تتجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع راجع الدكتور أحمد صدقي محمود في بحثه في: المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي، الناشر دار النهضة العربية، بدون سنة نشر ص ٣٣، وما بعدها.

كذلك يعد رد القاضي بدون سبب قانوني مظهراً آخر من مظاهر الأمانة الإجرائية، إذ قد لا تتوافر أسباب الرد المقررة في المادة ١٤٨ من قانون المرافعات ومع ذلك يعتمد أحد الخصوم إلى طلب الرد بغية تعطيل الفصل في الدعوى وتأخير صدور الحكم وربما فطن المشرع إلى ذلك فكان أن أصدر القانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ ليقيد حالات الرد ويشدد جزاء الرد لذا جاء في المادة ١٥٩ من قانون المرافعات أنه: تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله على الطالب بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على مائة جنية وبمصادرة الكفالة.. وفي حالة ما إذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ وحكم برفضه فعندئذ يجوز إبلاغ الغرامة إلى مائتي جنية وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم وفي حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة، وقد تلا ذلك أن عدل المشرع نص المادة ١٥٩ مرافعات التي قضى فيها المشرع بأنه: تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه على طالب الرد بغرامة لا تقل عن مائتي جنية ولا تزيد على ألفي جنية وبمصادرة الكفالة وفي حالة ما إذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ من هذا القانون يجوز إبلاغ الغرامة إلى ثلاثة آلاف جنية، ومع ذلك فإن الجزاء الحالي لطلب الرد غير كاف لردع حالات إساءة استعمال هذا الحق على وجه التعسف.

الإجرائية في مجال الدفاع لأنه إذا كان من مقتضى المادة الأولى من قانون
seules les mrافعات أن الخصوم هم من يملكون تحديد موضوع الدعوى
parties introduisent l' instance وأن القاضي لا يحكم من تلقاء نفسه le
juge ne se saisit pas d' office^(١). ومن ثم فإن على المدعي أن يأخذ بداية
زمام المبادرة، إلا أن على الخصوم دائماً أن يراعوا الأمانة سواء في الادعاء أو في
الدفاع.

وعادة ما يعالج فقه المرافعات الفرنسي مسألة الأمانة الإجرائية في مجال
مباشرة الحق في الدفاع حينما تجري معالجة مبدأ المواجهة بين الخصوم^(٢). Le
principe de la contradiction. ذلك أن الخاصية الأصلية في القضاء
contentieuse غير الرجائي هي قيامه على المواجهة والمبارزة بين

(١) ومن الثابت أن هذه القاعدة تسري أيضاً في مجال التحكيم لذا يقول الأستاذان Gérard
Cornu et Jean Foyer في فقه المرافعات الفرنسي: أن أي من المحكم أو القاضي له
ذات المهمة وهي الفصل في منازعة ولا يمكن إنكار مهمة التحكيم كعمل قضائي لذا جاء
في القانون رقم ١٦ - ٢٤ الصادر في عام ١٧٩٠ أن التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملاءمة
للفصل في المنازعات بين الأفراد، وهكذا فإن المحكم يتولى عملاً قضائياً وهو قضاء قطعي
وليس رجائي:

L' arbitre et le magistrat ont la même fonctions: Celle de juge. Le
caractère juridictionnel de la mission des arbitres ne pourrait être nié
qu' au mépris de termes de la loi et de la notion pure de fonction
juridictionnelle. S' il est vrai, comme en disposait l' a. 1^{er} de la loi du
16 - 24 août 1790 que "a arbitrage est le moyen le plus raisonnable de
terminer les contestations entre citoyens," l' arbitre comme un juge
ordinaire, fait bien oeuvre de Juridiction, de Juridiction contentieuse

وهكذا تسري على التحكيم ذات المبادئ المتعلقة بالأمانة الإجرائية: راجع:

Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 48.

(٢) راجع في الإشارة إلى مبدأ المواجهة:

Motulsky; le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle et les
points de droit. Mélanges Roubier. T. 2 P. 175 ets.

الخصوم، فليعرض كل خصم ادعاءه ويظهر الآخر دفاعه، ولذا قيل وبحق:

Chacune de celles – ci ayant pu faire valoir ses arguments, et discuter ceux présentés par l' autre.⁽¹⁾

وتعد هذه القاعدة من النظام العام، ومع ذلك فإن المواجهة والحق في الدفاع يعلوهما الأمانة الإجرائية إذ ترتبط هذه الأمانة بصورة تلقائية دائماً بضرورة احترام حقوق الدفاع التي أقرها المشرع في قانون المرافعات الفرنسي حيث أكد على:

l' expression traditionnelle de ' respect des droits de la défense.⁽²⁾

ويرى الأستاذ "كوشيه" في الفقه الفرنسي أنه إذا كان لكل خصم أن يحمل إلى علم القاضي كل عناصر النزاع، فإن القيد الواجب مراعاته هو أن يتم ذلك بأمانة والأمانة تتطلب أساساً في كافة مراحل الدعوى وفي أثناء المواجهة وحتى يتم قفل باب المرافعة، لذا أضفى المشرع في قانون المرافعات الفرنسي صفة الإباحة على كل وسائل الدفاع المشروعة وأحاط حرية الدفاع بسياج من الحماية⁽³⁾. وما رآه المشرع الفرنسي في ذلك هو ما استقر عليه القضاء هناك منذ أمد طويل la dite liberté est d' ailleurs garantie par des immunités

(١) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 183.

(٢) وإذا كان المشرع الفرنسي قد أورد في قانون المرافعات مبدأ المواجهة حين تحدث عنه في ضرورة "احترام حقوق الدفاع" les droits de la defense إلا أن من الفقهاء الفرنسيين من رأى وبحق أن استعمال المشرع لهذا المعنى يثير قدراً من الغموض وهو بحاجة للتكملة، ومن حيث الغموض فإنه يدعو المجال قائماً في الاعتقاد بأن الحق في المواجهة يحمي فحسب مصلحة المدافع المدعى عليه وحده، بينما أن المواجهة لها فائدة مماثلة بالنسبة للمدعي ذاته، أما في كون العبارة قاصرة فذلك لأن المواجهة لا تعكس دور القاضي في القضية، لذا ناصر الأستاذان Jean Vincent et S. Guinchard ما كان قد أيده العميد le doyen le principe de la vizioz حين عرف المواجهة باعتبارها الضمانة اللازمة للعدالة le principe de la contradiction "Constitue la garantie nécessaire d' une élémentaire justice".

راجع: Jean Vincent et S. Guinchard; op. cit. p. 318 No. 394.

(٣) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 184.

Judiciaries لذا لا يسأل الخصم عما يورده في دفاعه من سب أو قذف أو إساءة غير متعمدة سواء في مرافعته الشفوية أو المكتوبة وكل ذلك بالضرورة رهن بمراعاة الأمانة، وما قيل به في الفقه في هذا المجال يندرج تحت نص المادة ٢٤ من قانون المرافعات الفرنسي حيث صرحت بأن:

"les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice".⁽¹⁾

وينوه الأستاذ "كوشيه" Gérard Couchez إلى أن الأمانة الإجرائية وإن كانت التزام ملقى على عاتق الخصوم جميعاً فإن حدود هذا الالتزام لا تصل إلى حد الالتزام بالصدق أو الكشف المطلق للحقيقة:

Cette obligation, a – t – on relevé, ne devant pas cependant être entendue Comme de devoir de dire la Vérité.⁽²⁾

(١) ويشير الأستاذان "فانساه وجويشنار" في الفقه الفرنسي أن مبدأ المواجهة يعد عاملاً هاماً لتحقيق الأمانة الإجرائية وهذه الأمانة يراقبها القاضي في كل مراحل نظر القضية وفي كل إجراء يتخذ فيها:

Le principe du contradictoire est un élément fondamental de la loyauté de l' instance que s' impose non seulement aux parties, mais aussi au juge et en toutes matières.

راجع: Jean Vincent et S. Guinchard; op. cit. p. 319 No. 395.

وانظر في ذات المعنى حكم محكمة رنز:

Reins, 13 juill. 1983, Gaz. Pal. 1983, 691. note Naget.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 185. No. 241

ويعطي الأستاذان "فانساه وجويشنار" في فقه المرافعات الفرنسي للقاضي دوراً هاماً في مراقبة الأمانة لدى الخصوم أثناء نظر الدعوى. لذا يشير الفقيهان إلى ما أدخله المشرع الفرنسي من تعديل في المادة ١٦ من قانون المرافعات الفرنسي - بموجب قانون ٩ سبتمبر ١٩٧١ والتي ورد فيها أن على القاضي في كافة الأحوال أن يتيح للخصوم تتبع المواجهة وأن يراقب بذاته مباشرة هذا الحق من الخصوم:

Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui – même le principe de la contradiction"

=

وإنما ينبغي عدم التماذي في الإنكار أو بلوغ الإنكار مرحلة الكيد أو اللدد في الخصومة وهو ما يتحقق في حالة سوء النية في الدفاع^(١).

وإذا كان ما تقدم هو موقف المشرع أو الفقه الإجرائي الفرنسي من الأمانة الإجرائية فإن الأمر لا يختلف عما هو مقرر ومتبع في النظام الإجرائي الإنجليزي أيضاً إذ الأمانة الإجرائية سمة مطلوبة في كل إجراء يتخذ أمام القاضي الإنجليزي في مختلف مراحل الدعوى، وعند تحقيق المواجهة بين الخصوم، وأساس ذلك مثلاً ما قال به الأستاذ Robin C. A. white في إنجلترا من أن النظام القانوني للإجراءات القضائية يقوم على أساس من المواجهة بين الخصوم ويحكم هذه المواجهة عدة ضوابط يستعان بها كيما يعرض الخصم ادعاءه ليجادل فيها الخصم الآخر:

The English System of civil procedure is based upon the adversary principle: a series of statements of fact are forward

ومؤدى هذا النص القائم على وجوب مراقبة الأمانة في التقاضي أنه على القاضي أن يراقب هذه الأمانة، كما أن عليه أن يتيح للخصوم مباشرة حق المواجهة على نحو تبادلي وذلك مع يفرضه المركز القانوني لكل منهم من واجبات *les parties respectent scrupuleusement leur obligations*

راجع: Jean Vincent et S. Guinchard; op. cit. p. 319 No. 396.

(١) ولا ريب في أن إلزام الخصم بالصدق وعدم تضليل العدالة يساعد على تحقيق مبدأ المعاونة في الإثبات إذ من مقتضيات الأمانة ألا يلجأ الخصم إلى وسائل غش أو خداع أو كذب مما قد يترتب عليه تحديد جوهر الحق المتنازع عليه أو المركز القانوني محل التنازع أو مما قد يترتب عليه زيادة النفقات أو إطالة أمد التقاضي، وربما فطن المشرع المقارن في بعض القوانين المعاصرة إلى تقنين الالتزام بإظهار الصدق وعدم الكذب باعتباره من الالتزامات المتبادلة بين الخصوم، وهذا ما نجد مثلاً له في المادة ١٧٨ من قانون المرافعات النمساوي وإن قيد المشرع ذلك ببعض القيود ولم يوجه في هذه الحالات مثلما هو الأمر إذا قصد الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالدولة أو بأسرار المهنة، راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في المرجع السابق ص ٢٤٦.

by one party to be attacked by the opposing party.⁽¹⁾

ويكون على القاضي أن يتيح لكل خصم القدر المناسب والمتساوي لعرض الادعاء لحججه وأسانيده وليتولى المدعى عليه الدفاع، لذا يجب أن تكفل في المحاكمة المواجهة بين الخصوم أو المحامين الوكلاء عنهم، ولقد عني القانون الإجرائي الإنجليزي هذه المواجهة وهي ما قننها المشرع الإنجليزي في مدونة العمل أمام المحكمة العليا وهي ما تسمى لدى المحامين بالكتاب الأبيض: the supreme court practice (known among lawyers as the white book) ويكملها القواعد الإجرائية المعمول بها في المحاكم العادية المسماة county Court Practice والمعروفة لدى المحامين بتسمية الكتاب الأخضر known among lawyers as the Green Book وتتضمن هذه القواعد وتلك الضوابط اللازمة للتأكد من أن الوقائع المدعاة صحيحة وأنها معلومة لدى الخصوم فضلاً عن التثبت من وجود القاعدة القانونية الصحيحة القابلة للتطبيق⁽²⁾. ولا ريب في أن ما صاغه المشرع الإنجليزي في هذا المجال هو إعمال وتأكيد على الأمانة الإجرائية في مختلف إجراءات الدعوى سواء فيما يتعلق بالادعاء أو الدفاع.

(١) راجع:

Robin C. A. White; the English legal system in Action – the Administration of justice 3rd. Edition. Oxford p. 233.

وراجع:

J. Jacob. The Fabric of English civil justice – London. Stevens, 1987. p. 200.

وانظر:

Final Report of the committee on supreme court practice and procedure [Evershed Cmmittee] London HMSO, 1953, cmd. 8878. Report of the committee on Personal Injuries litigation (winn committee).

(٢) راجع:

Justice, Going to law. A Critique of English civil Procedure [London: Justice, 1974], para. 50.

المطلب الخامس

الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في مجال التنفيذ

تعد الأمانة الإجرائية متطلباً جوهرياً في مجال التنفيذ الجبري في ظل قانون المرافعات المصري الحالي وأيضاً في ظل كل قانون مرافعات من القوانين المقارنة. وترجع أهمية التنفيذ إلى ما هو معلوم بالضرورة من أن المشرع حينما يتيح القضاء للكافة ويسمح لهم باللجوء إلى المحاكم بمختلف أنواعها، وفي خلال المحاكمة تمحص الوقائع وتعرض الدعوى بين الخصوم ويتاح لكل خصم أن يبسط ادعاءه ويقدم دفاعه أو دفوعه، فإذا ما انتهت المحكمة من نظر الدعوى وأصدرت حكمها فإن هذا الحكم لا يكفي بذاته لكفالة الحق أو للإقرار بالمركز القانوني وإنما ينبغي أن يكفل المشرع لمن صدر الحكم لصالحه أن ينتفع به، ولا يتحقق هذا الانتفاع إلا بتنفيذ الحكم^(١). ويستوي في هذا المقام أن يكون التنفيذ إرادياً أو جبرياً. وعلى كل

(١) وكان المشرع المصري قد أدخل بعض التعديلات في أحكام قانون المرافعات فيما يخص إدارة التنفيذ وذلك بموجب القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ حيث أورد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد الإصدار لهذا القانون أنه "تستبدل عبارة إدارة التنفيذ بعبارة قاضي التنفيذ الواردة كعنوان للفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية وفي المواد ٣٥٦، ٣٥٨، ٣٦٥، ٣٦٧، ٣٧٦، ٣٧٩، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٨، ٤٨٢، ٤٨٣ من ذات القانون وعبارتنا معاون التنفيذ ومعاوني التنفيذ بكلمتي المحضر والمحضرين أينما وردت أي منهما في الكتاب الثاني المشار إليه. وقد ذكر المشرع في المادة ٢٧٤ من القانون - بعد تعديله - أنه يجري التنفيذ تحت إشراف إدارة التنفيذ التي تنشأ بمقر كل محكمة ابتدائية، يجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع لها بدائرة محكمة جزئية، ويرأس إدارة التنفيذ قاض بمحكمة الاستئناف، يعاونه عدد كاف من قضاتها ينتدبهم وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، وقضاة من المحاكم الابتدائية بدرجة رئيس محكمة على الأقل، تختارهم الجمعية العامة للمحكمة، ويلحق بالإدارة عدد كاف من معاوني التنفيذ والموظفين يحدد بقرار من وزير العدل قواعد اختيارهم وتنظيم شؤونهم، ولمدير إدارة التنفيذ أو من يعاونه من قضاتها إصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، ويكون التظلم من هذه القرارات والأوامر بعريضة ترفع لمدير إدارة التنفيذ ويعتبر القرار الصادر منه في التظلم نهائياً، ويصدر بتنظيم إدارة التنفيذ قرار من وزير العدل، وبموجب المادة ٢٧٥ يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقوتية أيا كان

حال فإنه يشترط دائماً وأبداً لبلوغ مرحلة التنفيذ أن يكون الحكم نهائياً - أي حائزاً لقوة الأمر المقضي به - أو أن يكون ابتدائياً مشمولاً بالنفاذ المعجل - وأن يكون الحكم إلزامياً وليس تقريرياً أو منشئاً، كما يتعين أن يذيل بالصيغة التنفيذية التي تجعل منه سنداً تنفيذياً يخول صاحبه مكنة الحجز على أموال مدينه وبيعها جبراً واستيفاء حقه النقدي من حصيلة البيع الجبري^(١).

ومن المسلم به في فقه المرافعات أن الحق في التنفيذ الجبري هو حق إجرائي يعطيه المشرع بموجب النصوص القاعدية لقانون المرافعات وذلك لصالح من يكون بيده السند التنفيذي ويكون له أن ينتفع بمزايا حقه ولو لم يراع المدين ذلك، وتكون الوسيلة المقبولة قانوناً في هذا المجال هو اللجوء إلى قضاء التنفيذ^(٢).

قيمتها، ويفصل قاضي التنفيذ في المنازعات المتعلقة بالتنفيذ بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة وبموجب المادة ٣٧٧ مرافعات تستأنف أحكام قاضي التنفيذ في المنازعة الوقتية والموضوعية أيا كانت قيمتها أمام المحكمة الابتدائية.

(١) وبموجب المادة ٣٧٥ من قانون المرافعات فإن قاضي التنفيذ يباشر اختصاصاته المتعلقة بالتنفيذ الجبري وهو من هذا المنطلق يباشر الأعمال التنفيذية المتعلقة بالإشراف على المحضرين ومتابعة أعمالهم، كذلك يباشر قاضي التنفيذ الحماية التنفيذية وهو يفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية، كما وأنه يعد قاضياً للأمر المستعجلة عندما يفصل في إشكالات التنفيذ الوقتية ومنازعاته المستعجلة، وهو أيضاً قاضي الحماية القضائية الولائية عندما يصدر الأوامر على العرائض. راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور أحمد ماهر زغلول، والدكتور يوسف يوسف أبو زيد في أصول وقواعد المرافعات، دروس مقررة على طلاب حقوق عين شمس بدون اسم ناشر أو سنة نشر ص ٧٠٣، رقم ٣٣٦، وفي ذات المعنى راجع الدكتور أحمد أبو الوفا في التعليق على نصوص قانون المرافعات، الجزء الثاني بدون سنة نشر، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٩٩٠.

(٢) وكانت محكمة النقض المصرية قد حكمت في حكم لها في ١٤/٤/١٩٧٠ - ٢١ - ٦١١ - أنه إذا كان اتخاذ الدائن لإجراءات التنفيذ الجبري على أموال مدينه هو حق مقرر له لا يستوجب مسئوليته، إلا أن عليه أن يراعي الإجراءات التي فرضها القانون في التنفيذ على أموال المدين ذاتها بحيث لا يسند إليه الخطأ العمد أو الجسيم، وفي ذلك تأكيد لضرورة

ويعد الحق في التنفيذ بمثابة الحق الإجرائي الخاص، وهو حق يقبل التنازل عنه أو التصرف فيه^(١). وخاصية هذا الحق أنه يؤدي عند ممارسته إلى تحريك النشاط القضائي في الدولة، وممارسة الحق في التنفيذ قد يكون إما عن طريق التنفيذ المباشر أو غير المباشر وهو يتخذ المال محلاً وإن كان محله أحياناً الأشخاص، كما وأن خاصية الحق في التنفيذ هو الحصول على الحق وتحقيق الحماية التنفيذية.

وأياً ما كان من أمر الحق في التنفيذ وكونه يتم من خلال إجراءات معينة

=

الأمانة الإجرائية، فإن هو قارف ذلك ثبت في حقه ركن الخطأ الموجب للمسئولية عن هذه الإجراءات فيما ترتب عليه إلحاق الضرر بالغير.. كذلك الأمر بالنسبة للمحضر أو من يتولى مباشرة إجراءات التنفيذ إذ قالت محكمة النقض أن مفاد المادة ٧ من القانون أن المحضرين إنما يقومون بإجراءات التنفيذ الجبري بناء على توجيه من الخصوم لهذه الإجراءات، فإذا ما عين الخصوم إجراءات التنفيذ التي يطلبون اتخاذها اعتبر المحضر أو من يباشر إجراء التنفيذ الجبري ممن أجاز لهم القانون ذلك وكلاء عن طالب التنفيذ الذي يسأل مسؤولية مباشرة عن توجيه هذه الإجراءات فيما لو ترتب على ذلك الإضرار بالغير، نقض في ١٤/٤/١٩٧٠ - ٢١ - ٦١١.

(١) وتنص المادة ٢٨٣ من قانون المرافعات على أنه من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن في حقه حل محله فيما اتخذ من إجراءات التنفيذ. وتدل هذه المادة على أن المشرع قد حرص على أن يخول من حل محل الدائن الحاجز - سواء أكان هذا الحل قانونياً أم اتفاقياً - الحق في الحل محله فيما اتخذ من إجراءات التنفيذ، وذلك سواء أكان الدائن الحاجز هو الدائن مباشر الإجراءات أو أحد الدائنين الحاجزين الآخرين، وسواء أكان التنفيذ بطريقة حجز المنقول لدى المدين أو حجز ما للمدين لدى الغير أو بطريق التنفيذ على العقار، وسواء أكان الحجز تحفظياً أم تنفيذياً، وحكمة هذا النص هي تفادي إعادة إجراءات التنفيذ مرة أخرى ممن حل محل الدائن، واقتصاداً في المصروفات التي يتحملها في النهاية المدين المحجوز عليه، وفي جميع الأحوال على من حل محل الدائن الحاجز أن يراعي الأمانة الإجرائية، كذلك فإنه إذا حدث الحل محل دائن غير الدائن مباشر الإجراءات فإن المحال يحل محل هذا الدائن وهو يستفيد من الإجراءات التي اتخذها الدائن مباشر الإجراءات وإن كان عليه أيضاً مراعاة الأمانة الإجرائية.

يحددها القانون وأياً ما كانت مباشرة هذا الحق فإنه لا ينبغي بأي حال من الأحوال أن تتحقق به الإساءة الإجرائية وإنما يجب مراعاة موجبات الأمانة وذلك من جانب من يباشر هذا الحق في جانبه الإيجابي أو من يباشره في جانبه السلبي وهو من يجري التنفيذ ضده^(١).

وترجع الاعتبارات الداعية إلى التأكيد على أهمية الأمانة الإجرائية في مجال التنفيذ الجبري إلى ضرورة تفهم الدور الواقعي للمشرع في صياغته للقواعد القانونية المنظمة له، ذلك أنه وإن كان مما لا ريب فيه أن المشرع يسعى دائماً وأبداً إلى سد الثغرات التي يسعى إليها من يباشر التنفيذ أو التي يسعى إليها من يجري التنفيذ ضده^(٢). فإن سعى المشرع في هذا الصدد لا يحقق الغاية المنشودة ما لم تكن هناك أمانة إجرائية، لذا قيل وبحق أنه "ومهما بلغت درجة إنقارن التشريع وما يحمله من قواعد، فإن المشرع لا يستطيع أن يتخيل كل ما ينتفق عنه تفكير الأفراد، وما قد يبتكرونه من حيل ووسائل لتحقيق مآربهم الخاصة وتجاهل القواعد

(١) من أجل ذلك مثلاً يكون على المدين أن يراعي الأمانة الإجرائية عند إعمال نص المادة ٣١١ مرافعات التي وردت فيها الإشارة إلى أنه: لا يجوز للمدين ولا للقضاة الذين نظروا بأي وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها ولا للمحاميين الوكلاء عن يباشر الإجراءات أو المدين أن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم وإلا كان البيع باطلاً، وترجع العلة في منع المدين من المزايدة أو تسخير الغير لهذا الغرض إلى أنه يسأل شخصياً عن الديون الحاصل تنفيذ اقتضاء لها، وأولى به دفع هذه الديون، ثم إن هذا الشراء لا يحول دون المضي في التنفيذ عليه.

(٢) ومن ذلك مثلاً ما استحدثه المشرع في المادة ٣١٢ مرافعات من النص على أنه لا يترتب على تقديم أي إشكال آخر وقف التنفيذ ما لم يحكم قاض التنفيذ بالوقف، ويسري حكم الفقرة السابقة على أول إشكال يقيمه الطرف الملتزم في السند التنفيذي إذا لم يكن قد اختصم في الإشكال السابق، وترجع العلة في استحداث المشرع لحكم الفقرة الأخيرة من هذه المادة إلى الرغبة في عدم التحايل من جانب صاحب الحق الثابت في سند تنفيذي على القانون فيوعز إلى شخص آخر برفع إشكال قبل أن يرفع الملتزم في السند التنفيذي إشكاله ويمنع بذلك وقف التنفيذ - كذلك قرر المشرع في ذات المادة أنه لا يترتب على تقديم أي إشكال آخر وقف التنفيذ وذلك تحسباً لعدم مراعاة الأمانة الإجرائية.

القانونية^(١).

صحيح أن المشرع قد أقام تنظيمياً متكاملًا للتنفيذ الجبري في المواد ٢٧٤ وما بعدها من قانون المرافعات - المعدل بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ حيث صرح في هذه المادة ٢٧٤ بأن يجري التنفيذ تحت إشراف إدارة للتنفيذ تنشأ بمقر كل محكمة ابتدائية، ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع لها بدائرة محكمة جزئية، كما أوضحت المادة ٢٧٥ من ذات القانون أنه يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية أيا كان قيمتها، ويفصل قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقائية بوصفه قاضٍ للأمر المستعجلة، وبموجب المادة ٢٧٨ من قانون المرافعات - معدلة بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ - فإنه يعد بكل إدارة تنفيذ سجل خاص تقيّد فيه طلبات التنفيذ التي تقدم إلى مدير إدارة التنفيذ، ووفقاً للمادة ٢٧٩ يجري التنفيذ بواسطة معاوني التنفيذ وهم ملزمون بناء على طلب ذي الشأن متى سلم السند التنفيذي لإدارة التنفيذ^(٢). وجاء في المادة ٤٧٩ من القانون أنه إذا لم تتيسر التسوية الودية لاعتراض بعض ذوي الشأن يأمر مدير إدارة التنفيذ بإثبات مناقضاتهم في المحضر ويحيل الاعتراض إلى

(١) راجع المستشار الدكتور فحي أنور عزت في قضاء التنفيذ أمام إدارة التنفيذ والحلول العملية للأحكام والقرارات التنفيذية الوقائية والموضوعية. طبعة ٢٠٠٨، دار النهضة العربية، ص ٦. وراجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمعي في بحثه "الإساءة في المجال الإجرائي" سابق الإشارة إليه، ص ٢٣. وحيث يشير إلى أن الإساءة في مجال التنفيذ تنفرج إلى فرعين أولهما الإساءة في التنفيذ من الجانب الإيجابي، أي من ناحية مباشرة التنفيذ وثانيهما الإساءة في التنفيذ من الجانب السلبي، أي من ناحية من يجري التنفيذ ضده.

(٢) والأصل أن يجري التنفيذ بواسطة المحضرين وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب ذي الشأن متى سلمهم السند التنفيذي، وعلى المحضر أن يراعي الأمانة الإجرائية. وهو إذا امتنع عن القيام بأي إجراء من إجراءات التنفيذ كان لصاحب الشأن أن يرفع الأمر بعريضة إلى قاضي التنفيذ، وترجع العلة في إلزام المشرع المحضرين بإجراء التنفيذ عند تسلم السند التنفيذي إلى إعلاء القاعدة القاضية بأنه لا يجوز للدائن أن يقتضي حقه من مدينه بنفسه حتى لا يظلمه أو يكون في ذلك أثر سيء في إذلاله، وحتى لا يكون هناك إخلال بالأمن أثناء التنفيذ، لذا أجاز المشرع للدائن أن يستعين بالسلطة العامة بهدف استيفاء الحق وعلى هذه السلطة أن تعينه بما لديها من قوة.

قاضي التنفيذ الذي ينظر فيه على الفور، ولا يجوز إبداء مناقضات جديدة بعد هذه الجلسة^(١).

ومهما يكن من أمر القواعد الموضوعية التي أوردها المشرع في قانون المرافعات في خصوص التنفيذ الجبري فإن الأمانة الإجرائية تستوجب وتقضي ألا يسيء طالب التنفيذ إلى من يجري التنفيذ ضده، وبالمثل ألا يسيء هذا الأخير لمن يباشر ذلك، وإذا خرج أي منهما عن مقتضيات الأمانة كان هناك وجه للتعويض^(٢). لذا كانت محكمة النقض المصرية قد حكمت مثلاً في حكم لها في أول فبراير ١٩٥٢ بأنه: متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التي أقامها المستأجر على المؤجر وطلب فيها الحكم بالتعويض عما لحقه من أضرار بسبب الحجز الذي أوقعه هذا الأخير على مزروعاته قد أقام قضاؤه على أن الحجز لم يكن كيدياً، وأن الأضرار التي يجب توافرها عند من ينسب إليه التعسف في استعمال الحق منعدمة على أساس أن المستأجر كان متأخراً في دفع بعض الأجرة المستحقة عليه عند توقيع الحجز، وأن المستأجر هو الذي أهمل في طلب رفع الحجز بعد دفعه كامل الأجرة دون المصروفات المستحقة عليه، كان في ذلك جميعاً ما يكفي لحمل قضاؤه برفض الدعوى، ولم يكن بعد في حاجة إلى بحث ما إذا كان قد أصاب المستأجر ضرر من الحجز، لأن هذا البحث يكون بعد ذلك

(١) انظر الدكتور أحمد أبو الوفا في التعليق على نصوص قانون المرافعات، الجزء الثاني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٤٧٩.

(٢) ومن ذلك مثلاً ما أورده المشرع في المادة ٣١٥ من قانون المرافعات بشأن الاستشكال في التنفيذ حيث نص في هذه المادة على أنه إذا خسر المستشكل دعواه جاز الحكم عليه بغرامة لا تقل عن حد أقصى أو أدنى حددته المادة وذلك "مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها وجه، ولقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن المشرع قد استحدث نص هذه المادة ليجب الحكم على المستشكل بالغرامة عند خسرانه استشكاله قياساً على الحكم الذي أورده القانون القائم بالنسبة لمن يخسر دعوى الاسترداد في المادة ٥٤٢ منه وذلك للحد من المماطلة والكيد، ولقد ورد في تقرير اللجنة التشريعية بشأن هذه المادة أن اللجنة قد استبدلت بكلمة "وجب" الواردة في هذه المادة كلمة "جاز" وذلك حتى يكون الحكم على المستشكل بالغرامة جوازيماً للقاضي فيقدر مدى تعنت المستشكل أو حسن نيته، ونضيف في هذا المقام كذلك أمانته الإجرائية.

تزيدياً غير لازم في الدعوى، ومن ثم فإن نعي المستأجر عليه القصور استناداً إلى أنه أغفل التحدث عما قدمه من أوراق تثبت حصول الضرر - هذا النص يكون غير منتج^(١).

وفي حكم آخر لمحكمة النقض أرست المحكمة مبدأ عدم التعويض عن الإساءة المعدودة من صور الكيد الإجرائي وأعلت ضرورة ثبوت انعدام الأمانة الإجرائية، حيث نوهت المحكمة أنه إذا كان الثابت بالحكم المطعون فيه أن الحجز الذي أوقعه بنك التسليف على زراعة قطن هو حجز باطل لتوقيعه على غير الزارع، وأن المحكمة حملت البنك المسؤولية عن ذلك ثم عن تبديد القطن المحجوز عليه على أساس أنه لولا وقوع الحجز لما وقع التبديد، فإن هذا الحكم يكون باطلاً لقصور أسبابه عن بيان السند الذي رتب عليه المسؤولية عن فعل التبديد، إذ إن تأسيس هذه المسؤولية على مجرد توقيع الحجز فيه غموض بين، لأن فعل التبديد مستقل عن الحجز، وقد تكون الصلة معدومة بين المبدد ومن أوقع الحجز، فرابطة السببية إذن غير مبينة بياناً كافياً^(٢).

ولقد سارت محكمة النقض المصرية على ذات المنوال، حيث قررت في حكم لها أن توقيع الدائن حجزاً على ما للمدين لدى الغير لا يستوجب مسؤوليته إلا إذا كان قد أساء استعماله بارتكابه خطأ لا يصح التسامح فيه، فإذا كانت المحكمة قد رفضت دعوى التعويض المرفوعة من المدين على الدائن الحاجز بعد أن فحصتها من جهة تأسيسها على الخطأ المسند إلى الدائن في توقيعه الحجز تحت يده ويد غيره على مبالغ مستحقة للمدين، وخلصت إلى الاقتناع بأن الحاجز كان

(١) نقض مدني في ١/ فبراير/ ١٩٥٢ طعن ٨٠ س ١٩ق.

ولا ريب في أن القاعدة العامة التي صاغتها محكمة النقض في العديد من أحكامها بوجوب عدم الاستعمال الكيدي لأي إجراء من إجراءات الدعوى يسري سواء أكان أمام القضاء الموضوعي أم قضاء التنفيذ، لذا تسري في كل الأحوال ما كانت قد صرحت به محكمة النقض في ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٩٤٣، وكذلك حكمها في ١٢/٢٨/ ١٩٦٧ طعن ٥٦٦ س ٤١ق وفيهما تقرر المحكمة أن: حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضره الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق..

(٢) نقض في ٣/٢/ ١٩٨٣ طعن ٣٤ س ٧ق.

لديه من المسوغات ما يبرر توقيعه الحجز بدليل تثبته، والحكم له ابتدائياً واستثنائياً على المدين بالتعويض، وأنه إذا كانت محكمة النقض قد رأت بعد ذلك عدم استحقاق الدائن للتعويض فلا تأثير لها لأن الأمر كان من الدقة وصعوبة التقدير من الوجهة القانونية بحيث إن الدائن يعد معذوراً إذا هو في سبيل المحافظة على حقوقه قد عمد إلى ما له من حق قانوني في توقيعه الحجز على ما لمدينه لديه ولدى الغير، فإن قضاءها بذلك يكون قد جاء على أساس سليم من الوقائع ومن القانون^(١).

وفي حكم آخر لمحكمة النقض قالت المحكمة أن القول بأن الحجز الواقع بسوء نية على مال غير المدين حكمه حكم الغصب تماماً واعتباره الموظف الذي يباشر عملية هذا الحجز غاصباً مسؤولاً عن هلاك الشيء المحجوز عليه في يد حارسه غير صحيح على إطلاقه، ذلك أن الغاصب في عرف القانون هو الشخص الذي يستولي على مال غير مملوك له جبراً عن صاحبه أو في غفلته بقصد امتلاكه وحرمان صاحبه من ملكيته له ومن الانتفاع به، أما الموظف الذي يباشر الحجز بناء على طلب الدائن ولمصلحته وتنفيذاً لسند واجب التنفيذ، فلا يستفيد لنفسه شيئاً من المحجوز، إذن فالحكم باعتباره غاصباً لوضعه الحجز على شيء يعلم أنه غير مملوك للمدين المطلوب التنفيذ عليه ومساءلته على هذا الأساس عن هلاك المحجوز بدون بيان توافر رابطة السببية بين خطئه والهلاك يكون حكماً مخطئاً في تطبيق القانون، والصحيح أن مسؤولية الموظف هو والجهة التي يتبعها لا تكون إلا مسؤولية تقصيرية لا يصح أن يقضي بها بناء عليها

(١) نقض في ١٥/٤/١٩٤٣، طعن ٦٦ س ١٢ق، ويلاحظ أن المشرع قد نظم حجز ما للمدين لدى الغير في المادة ٣٢٥ وما بعدها من قانون المرافعات حيث أشار إلى أنه يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات أو الديون، ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، ويتناول الحجز كل دين ينشأ للمدين في ذمة المجوز لديه إلى وقت التقرير بما في ذمته ما لم يكن موقفاً على دين بذاته، وقد وردت الإشارة إلى هذا الحجز في الفصل الثاني تحت عنوان "حجز ما للمدين لدى الغير"، ولم يجعل المشرع عنوان هذا الفصل "في التنفيذ بطريق حجز ما للمدين لدى الغير من المنقولات وفي الحجز على ذلك تحفظاً - كما كان الأمر في قانون المرافعات القديم لأن المشرع لم ير محلاً للتمييز بين حجز ما للمدين لدى الغير بوصف بأنه تنفيذي وبين حجز آخر يوصف بأنه تحفظي.

بالتعويض إلا إذا توافرت جميع عناصرها القانونية وأهمها علاقة السببية بين الخطأ والضرر^(١).

وكثيراً ما تعرض الفقهاء في فقه المرافعات لأمثلة عديدة تتوافر فيها الإساءة في مجال التنفيذ من جانب من يباشره ومن ثم لا تتحقق الأمانة الإجرائية ومن ذلك مثلاً حالة من يتخذ إجراءات التنفيذ لاقتضاء دين زهيد ويعمد إلى الحجز على أموال المدين جميعها حال كونها مودعة في أحد البنوك بحيث لا يتوافر أدنى قدر من التناسب بين المال المحجوز عليه والمحجوز من أجله، ومن ثم يتوافر التعسف أو الإساءة، ووجه ذلك رجحان الضرر الذي يجري التنفيذ من أجله بالمصلحة التافهة التي تعود على الدائن^(٢).

وإذا كان البعض من الفقهاء في مصر قد اعتبر هذه الحال من حالات الإساءة في التنفيذ، ومن ثم إخلال بواجب الأمانة، فلعلنا لا نرى ذلك؛ لأن الأمانة الإجرائية لا تعني "المثالية" أو أثرة الغير على الفرد، وآية ذلك أن المشرع قد أورد في المادة ٣٠٣ مرافعات نص مقتضاه أنه يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضي التنفيذ في أية حالة تكون عليها الإجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز ويترتب على هذا الإيداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانقله إلى المبلغ المودع، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم به بثبوته^(٣).. فإذا أضفنا إلى ذلك ما هو معلوم كأصل عام من أن للدائن حق الضمان العام على أموال مدينه، ومن ثم يكون له حق الحجز على ما يشاء من أموال المدين، في هذه الحال لا يكون هناك تخلٍ عن الأمانة وإنما امتثال للمثالية وهي غير متطلبة بالضرورة كيما

(١) نقض في ١٠/٦/١٩٣٤ طعن ١١ س ١٣ق.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمعي في بحثه السابق الإشارة إليه ص ٢٣.

(٣) وهذا الحكم المقرر بموجب المادة ٣٠٣ مرافعات ينصرف إلى جميع الحجوز وهو حكم يفيد كل من الحاجز والمحجوز عليه وهو لا يضر بمصلحة أي منهما. ومن الفقهاء من يرى أنه لا يوجد ما يمنع أن يأمر القاضي بإيداع المبلغ المخصص للوفاء بدين الحاجز لدى أي شخص يعين لهذا الغرض بدلاً من إيداعه خزانة المحكمة وذلك لأن المادة لم تقصد قصر الإيداع على خزانة المحكمة، وإنما تكررت الحالة الغالبة ولم تقصد حرمان الخصم من إيداع المبلغ لدى أمين ما لو كان بنك أو مؤسسة، راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا في التعليق على نصوص قانون المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ١١٣٦.

بنأى الفرد بنفسه عن الإساءة الإجرائية في مجال التنفيذ وذلك طالما كان بوسع المدين أن يودع المبلغ المطلوب منه في خزينة المحكمة مع تخصيصه على ذمة النزاع كما يمكنه أن يطلب تقدير مبلغ يودع لهذا الغرض وفي هذا الحال يتبع ما هو مألوف من نظام الكف عن البيع عند الحجز على المنقول إعمالاً للمادة ٣٩٠ مرفعات^(١). التي ورد الإشارة فيها إلى أنه: يكف المحضر عن المضي في البيع إذا نتج منه مبلغ كاف للوفاء بالديون المحجوز من أجلها هي والمصاريف، وما يوقع بعد ذلك من الحجز تحت يد المحضر أو غيره ممن يكون تحت يده الثمن لا يتناول إلا ما زاد على وفاء ما ذكر.. كذلك يكون بإمكان المنفذ ضده في التنفيذ العقاري الاعتماد على المادة ٤٢٤ مرفعات التي نص فيها المشرع على أنه: لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على عقار أو أكثر من العقارات المعنية في التنبيه إذا أثبت أن قيمة العقار الذي تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه تكفي للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين وجميع الدائنين الذين صاروا طرفاً فيها وفقاً للأحكام المبينة في المادة ٤١٧، ويعين الحكم الصادر في هذا الاعتراض العقارات التي تقف الإجراءات مؤقتاً بالنسبة إليها، ولكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمضي في التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكف ثمن ما يبيع للوفاء بحقه^(٢).

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه كان قد صدر حكم محكمة الأمور المستعجلة في الإسكندرية مؤرخاً في ٢٨ يونية ١٩٥٤ في القضية رقم ١٩٠٥ سنة ٥٤ مدني مستعجل الإسكندرية، وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا كان القاضي المستعجل يملك تقدير مبلغ تافه يكاد يكون صورياً إذا ما استبان من ظروف الحال أن إجراءات الحجز تسمح بذلك كيسار المحجوز عليه أو بطلان إجراءات الحجز وكانت المحجوز عليها شركة ظاهرة اليسار فأولى به أن يدخل في سلطته التقديرية إمكان حصول الإيداع بالمبلغ المحجوز من أجله بمقتضى ورقة الضمان من أحد البنوك عوضاً عن المبلغ نفسه، وفي هذا رد على ما يذهب إليه الحاجز من أن النص لا يسمح إلا بإيداعه المبلغ نقداً بخزانة المحكمة.

(٢) وجدير بالاعتبار الإشارة إلى أن المشرع كان قد أضاف نص المادة ٤٢٤ مرفعات المقابلة للمادة ٦٤٥ من القانون القديم حيث أجاز إبداء طلب وقف إجراءات التنفيذ على بعض العقارات، وطلب تأجيل إجراءات البيع عند كفاية صافي ما تغله أموال المدين للوفاء بحقوق الدائن الحاجزين إلى ما قبل اعتماد العطاء، فقد تجد ظروف تمكن من سداد ديون الدائنين من

وإذا كان ما تقدم وكان من القواعد المقررة في التنفيذ الجبري أن للدائن حقاً مقررراً قانوناً في أن يباشر التنفيذ على أموال تزيد على ما هو حق له خاصة وأن الحجز لا يترتب عليه خروج المال من ملك المدين وأخذاً بعين الاعتبار بأنه يمكن للدائنين الآخرين أن يزاحموا الدائن الحاجز في الحجز على ذات الأموال التي قام هو بالحجز عليها مما يعرضه لخطر المزاحمة وبالتالي قسمة الغرماء، وربما تضاعف نصيبه في حصيلة التوزيع ولا يستوفي القدر المطلوب له من الحق، لذا لا غضاضة إن هو باشر التنفيذ على مال لا يتناسب مع قدر الدين إذ لا إساءة في ذلك ولا إخلال بالأمانة، ولا يصح أن توصف إجراءات الدائن بأنها تعسفية أو أنه قد قصد التشهير أو التنكيل، إذ هو يباشر حقاً مشروعاً قدره المشرع وتقبله ولو أن المشرع قد رأى غير ذلك لكان قد ضمن في قانون المرافعات نصاً يقيد الحجز على المال في هذه الحال^(١).

لهذه الاعتبارات فإننا نعتقد أنه ليس مما يخل بالأمانة الإجرائية وهو لا يعد من قبيل التعسف أو الإساءة الإجرائية قيام الدائن القائم بالتنفيذ إن هو أوقع الحجز على ما للمدين لدى الغير على نحو أكبر من أموال مدينه، وتمكن على هذا النحو بتجميد هذا المال وتعطيل الانتفاع به لفترة قد تطول زمنياً بسبب حبسه بسبب دين ضئيل أو تافه، هذا وإن كان القضاء الفرنسي لم ير ذلك إذ اعتبر الدائن متعسفاً في هذا المقام وهو أيضاً ما ذهب إليه القضاء المصري في البعض من أحكامه القديمة، ومن ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلط الصادر في ٦ إبريل عام ١٩٣٦^(٢).

ومن المتصور أن يختلف أمر الأمانة الإجرائية والتساؤل حول مدى توافرها إذا ما تعمد الدائن أن يجري التنفيذ بأسلوب لا يتفق وصحيح القانون وكانت هذه الإجراءات ملتوية بقصد الإضرار بمن يباشر التنفيذ ضده^(٣). لا ريب أنه من

غلة العقار التي ظلت محجوزة من بدء الإجراءات وهذا هو ما جرى عليه التشريع الإيطالي الذي يرخص في تأجيل بيع العقار في هذه الأحوال لبضع سنوات.

(١) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه السابق الإشارة إليه ص ٢٣، ٢٤.

(٢) مشار إلى هذا الحكم في مجلة المحاماة، السنة ١٧ العدد التاسع، صفحة ١١٠٨.

(٣) كذلك فإن الأمانة الإجرائية تجد تطبيقاً لها بالنسبة للجميع ممن أوجب المشرع عليهم أن يتعاونوا لإجراء التنفيذ بالقوة، وتأويل ذلك هو ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٢٧٩

الصحيح وجوب تأييد موقف الفقه الإجماعي المصري والمقارن في هذا المجال إذ تقتضي الأمانة ألا يلجأ من يباشر التنفيذ إلى أي من الوسائل التعسفية بهدف التشهير أو الإضرار أو تعمد الإيذاء. ويعطي الفقهاء وبحق أمثلاً لذلك بحالة من يوقع الحجز قبل إعلان الحكم أو السند التنفيذي إلى المحكوم عليه أو قبل مضي المدة القانونية بعد ذلك الإعلان^(١). كما يمكن أن نعتبر من ذلك مخالفة الحاجز للمادة ٣٤١ من قانون المرافعات التي نص فيها المشرع على أنه: إذا توفي المحجوز لديه أو فقد أهليته أو زالت صفته أو صفة من يمثله، كان للحاجز أن يعلن ورثة المحجوز لديه أو من يقوم مقامه بصورة من ورقة الحجز ويكلفه التقرير بما في الذمة خلال خمسة عشر يوماً^(٢)، ويعد كذلك من قبيل التعنت أيضاً أن

مرافعات حيث نص المشرع على أنه: إذا وقعت مقاومة أو تعد على المحضر، وجب عليه أن يتخذ جميع الوسائل التحفظية وأن يطلب معونة القوة العامة والسلطة المحلية، وترجع العلة في ذلك إلى أنه إذا كان المشرع يمنع الأشخاص من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، فإنه يتعين عليه أن يعينهم في الحصول عليه.

(١) وفي هذا المقام يشير الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي إلى أن ما يقال عن التنفيذ يصدق على طرق التحفظ كاستصدار أمر حجز تحفظي عن منقولات أو حجز ما للمدين لدى الغير تحفظياً أو أمر بالاختصاص ببعض عقارات المدين، إذا ما تبين أن الدائن قد وقع الحجز وفاء لدين متنازع فيه أو وفاء لمبلغ يزيد عن القدر الثابت له أو غلا في استعمال حقه أو تحيل به ابتغاء مضرة خصمه أو أوقع الحجز متسرعاً دون روية أو لم يلجأ للحجز ليحفظ به حقاً وإنما ليوقع به أذى لأن التعجيل بالحق بقصد الإضرار خطأ يستوجب المؤاخذه دون جدال، راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه السابق الإشارة إليه ص ٢٩.

(٢) وكان المشرع قد استحدث حكم المادة ٣٤١ مرافعات ليعالج حالات وفاة المحجوز لديه أو فقده أهليته أو زوال صفة من يمثله بأن أجاز للحاجز أن يعلن ورثة المحجوز لديه أو من يقوم مقامه بصورة من محضر الحجز ويكلفه التقرير بما في الذمة خلال خمسة عشر يوماً، وتعالج هذه المادة حالة هامة تسبب في العادة وقف إجراءات الحجز وبذا يتمكن الحاجز من استكمال إجراءاته بإعلان الحجز إلى ورثة المحجوز لديه، ومن يقوم مقامه، وهي تقتضي من الحاجز أن يراعي الأمانة الإجرائية حتى لا يستمر في مباشرة إجراءات الحجز إزاء ورثة

يعمد المحكوم له إلى مخالفة قواعد الاختصاص بقصد إرهاق المحكوم عليه فلا يراعي ما هو مقرر في المادة ٢٧٦ مرافعات التي ورد فيها الإشارة إلى أن يكون الاختصاص عند التنفيذ على المنقول لدى المدين لمحكمة التنفيذ التي يقع المنقول في دائرتها^(١). وفي حيز ما للمدين لدى الغير لمحكمة موطن المحجوز لديه، كما قد تتحقق الإساءة والبعد عن الأمانة الإجرائية عند تعمد المحكوم له مخالفة الفقرة الثانية من المادة ٢٧٦ التي أشار فيها المشرع إلى أنه: ويكون الاختصاص عند التنفيذ على العقار للمحكمة التي يقع العقار في دائرتها، فإذا تناول التنفيذ عقارات في دوائر محاكم متعددة كان الاختصاص لإحداها.

كذلك يعد من قبيل الإخلال بالأمانة الإجرائية حالة من يعمد إلى التنفيذ على شخص لم يكن طرفاً في الحكم ويتسلم بذلك العقار من تحت يد شخص لم يصدر عليه الحكم، ويدخل الفقهاء في هذه الحالة صورة من يسخر شخص برفع دعوى ضده يزعم أنه مستأجر من الباطن فيقضي فيها للمدعي بالتسليم ويقوم بتنفيذ الحكم ويستلم الأرض من المستأجر السابق^(٢). وهكذا.

المحجوز لديه أو من يقوم مقامه دون علم هذا الأخير .

(١) وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه يكون الاختصاص عند التنفيذ على العقار للمحكمة التي يقع العقار في دائرتها فإذا تناول التنفيذ عقارات تقع في دوائر محاكم متعددة كان الاختصاص لإحداها، ويدل ظاهر هذه المادة على أن المشرع قد رأى أن يفصل هذه القاعدة في فقرتين، خصص الأولى للتنفيذ على المنقول مبرزاً أن محل المال المحجوز عندما يكون مالياً في ذمة الغير هو موطن المحجوز لديه، وأفرد الحالة الثانية للتنفيذ على العقار مضيفاً إلى القاعدة الأساسية قاعدة أخرى مقتضاها أنه إذا تعددت العقارات محل التنفيذ وكانت تتبع محاكم مختلفة انعقد الاختصاص لإحداها وذلك بصرف النظر عن قيمة كل عقار، وقد أخذ المشرع حكم هذه المادة من المادة ٦١٢ مرافعات القديمة لذا فهو لم ير الأخذ بما تنص عليه بعض القوانين الأجنبية من جعل الاختصاص لمحكمة أكثر العقارات قيمة حتى لا تتور منازعات فرعية حول قيمة العقارات.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في بحثه المشار إليه فيما تقدم ص ٢٦، ومن ذلك أيضاً أنه يعد سلباً للحيازة حالة من يقوم بتنفيذ حكم صدر في غفلة من الحائز لاتباع إجراءات باطلة في إقامة الدعوى، وقد قضت محكمة النقض بأن سلب الحيازة قد يقع خلسة

وبالمثل قد يقع الإخلال بالأمانة الإجرائية ممن يجري التنفيذ ضده إذ قد يعمد إلى الإساءة بأن يسرف في الاعتراض على التنفيذ بما يخرج حق الاعتراض عن غايته التي توخاها المشرع، ذلك أن الاعتراض على التنفيذ يجب أن يكون لأسباب معقولة تبرره ومع ذلك فهو قد يتخذها كوسيلة لعرقلة التنفيذ أو الإضرار بالقائم بالتنفيذ إما بتكبيده المشقة أو بتعطيل الإجراءات أو تحمل نفقات لا طائل منها ولا فائدة، وفي ذلك إلحاق الضرر وإثبات للإساءة ومن ثم تتوافر موجبات الإخلال بالأمانة الإجرائية مما يجيز التعويض^(١).

ويعطي الفقهاء للإساءة في هذا المقام صوراً عديدة منها مثلاً اللجوء إلى الإشكال الصوري، أو تسخير الغير للإشكال، وحسناً فعل المشرع في نصوص قانون المرافعات إذ لم يرتب على الإشكال الثاني وقف التنفيذ ولولا ذلك لكان هناك تمادياً في الإساءة ومبالغة في الإخلال بالأمانة الإجرائية، ولقد أوردت المذكرة

=

أو بالخداع أو الحيلة. راجع حكم محكمة النقض المصرية في ١٢/٦/١٩٥٢. كذلك فإنه يعد من صور الإخلال بالأمانة الإجرائية في مجال التنفيذ أن تصدر من المحجوز عليه بعض التصرفات التي تؤدي إلى عدم إمكانية حجز على المال المحجوز أو الانتقاص من قدرته على سداد حق الدائن المنفذ أو يكون من شأن التصرف الإضرار بمركز الدائن الحاجز، ومن قبيل التصرفات التي يترتب عليها منع التنفيذ على المال بيعه أو مقاضيته أو هبته أو الوصية به، ومن صور التصرفات التي يترتب عليها الانتقاص من قيمة المال المحجوز ترتيب حق ارتفاق عليه أو استعمال أو سكنى، ومن قبيل التصرفات التي من شأنها الإضرار بالدائن الحاجز إذا كان عادياً ترتيب حق رهن رسمي أو حيازي أو اختصاص أو امتياز.

(١) ومن صور الإخلال بالأمانة الإجرائية في هذا المقام مثلاً حالة ما إذا لم يقر المحجوز لديه بما في ذمته على النحو وفي الميعاد المبين في المادة ٣٣٩ من قانون المرافعات أو إذا ما غير المحجوز لديه الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب عليه إيداعها لتأييد التقرير وفقاً للمادة ٣٤٣ مرافعات، وفي هذه الحال أجاز المشرع الحكم عليه للدائن الذي حصل على سند تنفيذي بدينه بالمبلغ المحجوز من أجله وذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة، ويجب في جميع الأحوال إلزام المحجوز لديه بمصاريف الدعوى وبالتعويضات المترتبة على تقصيره أو تأخيره.

الإيضاحية للمادة ٣١٢ مرافعات الإشارة إلى أن المشرع قد ابتغى من إضافة الفقرة الأخيرة من هذه المادة ألا يتحايل صاحب الشأن في السند التنفيذي على القانون، فيوعز إلى شخص آخر بأن يرفع إشكالاً قبل أن يرفع الملتزم في السند التنفيذي إشكالاً فيتمكن بذلك من أن يوقف التنفيذ.

ويعد التحايل على قواعد التنفيذ الجبري من جانب المنفذ ضده صورة بالغة الوضوح من إهدار الأمانة الإجرائية ومن ثم تصح المطالبة بالتعويض عن ثبوت الخطأ التقصيري وارتباط ذلك برابطة السببية المادية بالضرر. وعلى المحكمة أن تستظهر بموجب سلطتها التقديرية وتقدر مدى جسامته الإخلال المتمثل في التحايل عند تحقق الإشكال الكيدي، لذا نجد مثلاً للكيد فيما قالت به محكمة النقض من أن: المحكمة التي تقضي بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المحكوم لصالحه بسبب الدعاوى الكيدية التي رفعت بإيعاز من الطاعن قد أوردت البيان الكافي لعناصر الضرر الذي قضت بالتعويض عنه حيث قررت أن مسلك الطاعن استنفذ من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشيء الكثير ليجابه نشاط خصمه، وإن هذه الإجراءات الكيدية التي عانى منها المطعون عليه وأقلقت باله في مدى أحد عشر عاماً - تقدر المحكمة عنها المبلغ الذي قضت به^(١).

ولقد أكد الفقه المصري وأيد وناصر هذا الحكم على اعتبار أن الإشكالات الكيدية ودعاوى الاسترداد الكيدية وغيرها من المنازعات التنفيذية متى اتضح أن القصد منها هو إرهاب الخصم وعرقلة حصوله على حقه، إنما تشكل صورة بالغة من صور الإساءة في استخدام الحق في المجال الإجرائي، ومن ثم فإنها صورة مؤكدة للإخلال بالأمانة الإجرائية^(٢).

(١) نقض في ١٠ إبريل ١٩٥٢ - الطعن رقم ٢٦٩ سنة ٢٠٠٠، مجموعة المكتب الفني السنة الثالثة، صفحة ٩٢١، ٩٢٢.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور عبد الباسط جمعي في بحثه المشار إليه فيما تقدم ص ٣٢، ٣٣. لذلك من الفقهاء من يشير إلى أن التخلي عن الأمانة الإجرائية قد تتخذ صورة إساءة استعمال الحق في الطعن سواء أكان ذلك عند ولوج الطاعن طريق الطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض، وعلة ذلك أن المشرع وإن كان قد أجاز الطعن، فإن استعمال هذا الحق يجب ألا يخرج عن المألوف أو المعتاد بالأخص إذا قصد الطاعن إطالة أمد التقاضي أو تعطيل بلوغ الحكم النهائي أو البات أو السعي إلى عرقلة التنفيذ لذا قضت محكمة الاستئناف المختلط في ١٣/١٢/١٩٣٠ - مشار إليه لدى الدكتور أبو الوفا في الأحكام -

الفصل الثاني

الأثر الإيجابي للأمانة الإجرائية في الخصومة

الأمانة صفة شخصية تتعلق بالفرد وتضبط سلوكه الاجتماعي وتوجه تعامله مع أقرانه، وهي الأصل المفترض في كل تنظيم قانوني سواء تعلق هذا التنظيم بالقواعد الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية أو كان متعلقاً بالتنظيم الإجرائي، وآية ذلك ما أورده المشرع في المادة الخامسة من القانون المدني المصري حيث صاغ المفهوم المتكامل للأمانة وتطلب في استعمال الفرد لحقه ألا يقصد به الإضرار بالغير^(١). كما أوجب في الفرد حسن النية؛ لذا لا يعد استعمال الفرد لحقه

هامش ١ ص ١٦٠.. قضت المحكمة بجواز إلزام المستأنف بالتعويض إذا ما رفع استئنافاً غير مبني على اعتبارات جدية، وكان حكم محكمة أول درجة قد جاء واضحاً في تحديد حقوق كل خصم وتقديرها.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن ما أشارت إليه الفقرة الرابعة من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات من أنه "يجوز للمحكمة - الاستئنافية - أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد". وكذلك نصت المادة ٢٧٠ من ذات القانون على أنه: إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره حكمت على رافعه بالمصاريف فضلاً عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها، وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد فلها أن تحكم بالتعويض للمدعى عليه في الطعن.

(١) وفي الفقه الفرنسي قال الأستاذ "كوشيه" أنه وإن كان المشرع يجيز للشخص حق اللجوء إلى القضاء فإن تعبير الحق في هذا المقام دلالة على الصفة الإرادية في مباشرته وهذا ما يعني أنه حق يتسم بحرية التصرف وفي ذلك ما يبرر جواز المساءلة عن إساءة استعمال حق التقاضي خاصة وأن الحق في التقاضي لا يتيح الفرصة للتحكم، من أجل ذلك طبق القضاء الفرنسي فكرة إساءة استعمال الحق في حال "إساءة الحق في التقاضي":

Si le droit d' agir est libre, il n' est pas pour autant discrétionnaire. C' est qu' en effet, il convient de relever tout d' abord que la jurisprudence fait application en la matière de la théorie de l' abus des droits, se montrant cependant relativement exigeante lorsqu' il s' agit de caractériser l' abus d' ester en justice.

هو استعمال مشروع إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، كما يعد استعمال الحق غير جائز إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة^(١).

=

راجع: Gérard Couchez; Procédure civil; op. cit. p. 118 No. 150. وتمشياً مع ذلك كانت محكمة النقض الفرنسية قد أكدت في العديد من أحكامها أن استعمال الشخص لحق التقاضي لا يمكن أن يكون خطأ غير مشروع في حد ذاته مما يجوز التعويض عنه ما لم يكن هناك سوء قصد أو نية سيئة:

L' exercice d' une action en justice ne peut constituer une faute susceptible de donner lieu à des damages – intérêts que s' il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi.

راجع حكم نقض فرنسي في ٢١ يناير ١٩٩٨. دالوز ١٩٩٨ inf. Rap. 47 وفي حكم آخر تتطلب أن يكون هناك خطأ جسيم معادل للتعمد "une erreur grossière équipollente au dol". راجع حكم نقض فرنسي. Cass. Civ. 1er, 5 Juill 1965. J.C.P. 1965. II. 14402. وبموجب الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون المرافعات يجيز المشرع الحكم بالتعويض عن إساءة استعمال حق التقاضي بالغرامة التي تتراوح بين ١٠٠ حتى ١٠٠٠٠٠٠ فرنك.

(١) ويعطي الفقهاء أمثلة عديدة لحالات لا تتوافر فيها الأمانة الإجرائية حيث يستهدف الخصم الإضرار بغيره من الخصوم ومن ذلك حالة من يعمد إلى رفع دعوى بقصد التشهير أو التشويش على سمعة المدعى عليه، كما قد يتخذ التعسف صورة المبالغة في الادعاء، ومن قبيل الإضرار أيضاً ما يحدث عندما يتخذ المدعي الادعاء القضائي وسيلة للتهرب من الالتزام. راجع الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته للدكتوراه بعنوان: مسؤولية الخصم عن الإجراءات.. سابق الإشارة إليها. ص ٢٣٢ وراجع أيضاً حكم نقض في ٢ يناير ١٩٧٤ مجموعة النقض السنة ٢٥ ص ٢٠٨، حيث قالت محكمة النقض "إن الدائن الذي يهدد مدينه بالتنفيذ عليه إنما يستعمل وسيلة قانونية للوصول إلى غرض مشروع، فلا يعتبر الإكراه قد وقع منه بغير حق، إلا أنه إذا أساء الدائن استعمال الوسيلة المقررة قانوناً بأن استخدمها للوصول إلى غرض غير مشروع، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد عن

=

وإذا كان المشرع قد صاغ نص المادة الخامسة من القانون المدني على هذا النحو في الأحكام العامة لهذا القانون في مقام بيان العلاقة بين القانون والحق إلا أن حكم هذه المادة هو حكم عام يسري على كل استعمال لحق ما من الحقوق دون تفرقة بين الحق الموضوعي أو الإجرائي^(١). من أجل ذلك كانت الأمانة الإجرائية هي ما ينبغي أن توجه سلوك الفرد حين يشارك الخصوم في القضية بعضهم البعض في تسيير إجراءات الدعوى كما تحقق الأمانة الإجرائية دوراً مؤثراً في الواجب الملقي على عاتق الخصوم جميعاً في تحقيق واجب الكشف عن الحقيقة.

ويمكن لنا التساؤل عن الدور الذي تؤديه الأمانة الإجرائية في مجال مشاركة الخصوم بعضهم البعض لتسيير الخصومة^(٢). ويصح القول في هذا المقام بأنه من المستقر في فقه المرافعات أن الخصومة ملك للخصوم وأنهم من يملكون البدء فيها باتخاذ طريق الدعوى بالمطالبة القضائية، وهم من يملكون مباشرة إجراءات القضية بإرادتهم وهم من يملكون السير في الإجراءات أو وقفها كما وأنهم من يملكون تركها وهم من لهم صلاحيات أن يحددوا موضوعها من حيث المحل والسبب ووسيلتهم في ذلك ما يقدمونه من طلبات أو دفوع وهم أيضاً من يقدمون الأدلة سواء أكانت أدلة إثبات أو نفي، وفي هذا المقام تبدو الخصومة كما قيل وبحق "مبارزة" بين الخصوم، ويصح لنا أن نصف هذه المبارزة بأنها مبارزة تحكمها الأمانة وهدفها بلوغ الحقيقة وإحقاق الحق وكفالة حمايته دون جور أو

حقه، فإن الإكراه في هذه الحالة يكون واقعاً بغير حق.

(١) وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أن الدعوى المقامة عن نية سيئة ويقصد إيقاع الضرر يجب أن ترد، ويجوز أن يحكم عليه ببطل العطل والضرر لمصلحة المدعى عليه، وبالعكس فإن من يعارض عن نية سيئة في طلب ظهرت صحته يجوز أن يحكم عليه ببطل العطل والضرر لمصلحة المدعي، وجاء في المادة ٣٢ من ذات القانون أنه يجوز أيضاً في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة أن يحكم على الفريق السيئ النية علاوة على ما تقدم بغرامة.

(٢) راجع في عرض فكرة مشاركة الخصوم بعضهم البعض في تسيير الخصومة: الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، طبعة ١٩٨٨ بدون اسم ناشر ص ٣٥.

ظلم^(١).

كذلك تحقق الأمانة الإجرائية دورها المؤثر في إظهار مبدأ حسن النية في الخصومة، ذلك أنه وإن كان لكل فرد في المجتمع أن يدعى أمام القضاء فإن هذا الحق لا يتيح له بلوغ غايته بأي وسيلة كانت، إذ الغاية لا تبرر الوسيلة لو كانت غير مشروعة، وكذلك هو الحال بالنسبة للمدعى عليه إذ لا يجوز له مباشرة الدفاع عما ادعى عليه به إلا بطريقة مشروعة قوامها حسن النية^(٢)؛ لذا يفرض القانون الإجرائي على الخصوم جميعهم واجباً تبادلياً مؤداه أن يسلك كل منهم سلوك المشروعية وحسن النية، ولقد حرصت بعض القوانين الإجرائية المقارنة على تأكيد هذا المبدأ. ومن ذلك مثلاً ما نص عليه قانون المرافعات الإيطالي في المادة

(١) وتتجسد هذه المباراة بالأخص في فكرة المواجهة بين الخصوم، لذا قال الأستاذ كوشييه:

La procédure Contentieuse doit avoir un caractère contradictoire, ou du moins tout être fait pour qu' elle ait un tel caractère.

راجع: Gérard Couchez; Procédure civil. Op. cit. p. 183. No. 238

وراجع في الإشارة إلى فكرة المباراة القضائية الأستاذ الدكتور وجدي راغب في مبادئ الخصومة المدنية - دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ص ١٧.

وراجع أيضاً: René Morel. Traité élémentaire. Op. cit p. 344 No. 425.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية ١٩٦٠ الناشر دار النهضة العربية ص ١٢٤، ١٢٥، رقم ١٠٢، وراجع أيضاً المذكورة الإيضاحية في المادة ١٨٨ حيث ورد فيها: استحدثت المشرع في المادة ١٨٨ منه حكماً جديداً يخول المحكمة عند إصدار الحكم الفصل في الموضوع أن تحكم بغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دعواً أو دفاعاً بسوء نية، والمقصود بسوء النية في هذا المقام هو أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء أو طلباً أو دفاعاً عالمياً أن لا حق له فيه وإنما قصد بأدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر.. وراجع أيضاً حكم محكمة النقض المدنية في ١٠ إبريل ١٩٥٢ في مجلة المحاماة س ٣٤ ص ٤٣٢ وفيه تقول المحكمة بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق بشأن المدعى عليه في حالة اللدد في الخصومة وإسرافه في مضرة المدعي واتخاذ الخصومة أداة للكيد له ووسيلة لإيذائه والانتقام مما يعتبر خطأ موجبا للتعويض.

٨٨ منه والتي صرح فيها المشرع بأنه يجب على الخصوم جميعاً وعلى محاميهم أن يسلكوا في الخصومة مسلكا يتسم بالإخلاص والنزاهة، ويشير الفقهاء في فقهنها الإجرائي المصري إلى أن المشرع قد قنن ذات المبدأ في المادة ١٨٨ من قانون المرافعات التي وردت فيها الإشارة إلى أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد. كما صرحت المادة بأنه مع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بالغرامة بين حديها الأدنى والأقصى المقرر قانوناً وذلك على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً أو دفاعاً بسوء نية، ولا ريب في أن إخلال الخصم بهذا الالتزام هو خروج عن الأمانة الإجرائية، كما وأن الأمانة ينصرف مدلولها إلى ما هو أبعد من ذلك لتشمل بوجه عام كل سلوك في الخصومة أيّاً ما كان متعلقاً بإجراء معين بذاته أو متعلق بالإثبات^(١).

وكثيراً ما طرح في الفقه الإجرائي المصري والمقارن على حد سواء التساؤل عما إذا كانت الأمانة الإجرائية توجب على الخصم الصدق المطلق وتبدو أهمية هذا التساؤل بالنظر إلى أنه من مؤداه أن يطرح كل خصم حججه وأسانيده التي تؤيد موقفه القانوني في الوقائع المطروحة على المحكمة وهو يلتزم أيضاً بطرح ما لا يؤيد موقفه بحيث يبدو الهدف الأسمى الذي يتغياه الخصوم جميعاً هو الفصل في المنازعة المطروحة أمام المحكمة على نحو يحقق العدالة^(٢). وفي هذه الحال

(١) لذا قيل وبحق بأن النزاهة تعني توافر الحد الأدنى من الاستقامة الخلقية في الخصومة يتمثل في أن يشهد في سلوك الخصم فيها تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقة نزيهة، فإذا باشر إجراء أو قدم طلباً أو دفاعاً أو مستنداً وهو يعلم بعدم الحق فيه، فإن قصد به مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر يكون قد أخل بهذا الواجب.. إن الالتزام بقول الحقيقة يؤسس على مبدأ الأمانة الإجرائية التي تفرض على الأطراف قانونياً. بالترام حسن النية في سير القضية أمام القضاء وذلك بعدم تعطيل سير القضاء وعدم التسبب في إحداث أضرار متعمدة للطرف الآخر". راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في مؤلفه التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية ص٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) ويرد الفقهاء من أنصار المذهب الموجب للتطابق بين قول الحقيقة أو الصدق وبين الأمانة أساس هذا المذهب إلى اتحاد ووحدة هذا الأساس إذ قول الحقيقة يتطابق في معناه والأمانة =

يبلغ الخصوم حد المثالية في أداء واجب الأمانة.. من الفقهاء من يرى أن الأمانة الإجرائية لا تبلغ هذا الحد إنما يكفي فيها الحد من الاستقامة الخلقية وهو حد يستهدف فيه الخصم تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقة نزيهة^(١). أما إذا استهدف تحقيق هذه المصالح بوسائل معيبة بقصد حرمان الخصم من الدفاع كان في ذلك افتتات على الأمانة.. كذلك وصف البعض من الفقهاء القدر المطلوب من الأمانة وقول الصدق بأن يكون هو المعبر عن الرؤية الذاتية للشخص للحقيقة^(٢). وفي البعض من القوانين المقارنة مثلما هو الحال في القانون الإنجليزي

وإلا كيف توجد الأمانة بدون الحقيقة أو مع الكذب!! إن الحقيقة هي عين الأمانة، وهي ما يجب أن يسلكه كل خصم من الخصوم، بل إن الحقيقة ترتبط أيضاً بالاستقامة والنزاهة، ومن ثم هي واجب على الشهود أو الخبراء أو أعوان القاضي، ولا يصح في هذا المقام الادعاء بأن التخلي عن الحقيقة يعد وسيلة للدفاع أو أنها مما يدخل فيما يملكه الخصوم باعتبار الخصومة ملك لهم لأن التضليل أو الغش أو الكذب وعدم الصدق يتعدى كثيراً ما يملكه الخصوم أنفسهم.

والواقع في اعتقادنا أن هذا الرأي يتمشى مع الواجب الملقى على عاتق الخصوم جميعاً بعدم الكذب أو الغش إذ ذلك يعد من الأمور التي من شأنها التأثير في القضاة الذين يناط بهم الفصل في الدعوى المطروحة أمام الجهة القضائية أو مما يؤثر في رجال القضاء والنيابة خاصة وقد نصت المادة ١٨٧ من قانون العقوبات على أنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من ذكر أمور من شأنها التأثير في القضاة.

(١) وتعبيراً عن هذا المذهب قيل: ولا يعني هذا أن واجب حسن النية يلزم الخصم بالصدق المطلق في الخصومة، بحيث يلتزم مثلاً بأن يقدم العناصر والحجج التي في صالحه أو في صالح خصمه، إذ لا يتمشى هذا الواجب الأخلاقي مع فكرة المواجهة في الخصومة وإنما يعهد إلى كل خصم في الدفاع عن ادعاءاته، والواقع أنه إذا فرض هذا الواجب فإنه لن يحترم من الناحية العملية في أغلب الأحوال ولن يؤدي إلا إلى إحراج الخصم النزيه". راجع د. وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة ٢٠٠٤ الناشر دار النهضة العربية ص ٥٢٩.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في النقاضي بقضية وبدون قضية، سابق الإشارة

أجاز القانون للمدعى عليه الإنكار، ومع ذلك لم يجز المراوغة^(١). ولعل ذلك هو ما أخذ به المشرع الهندي وما كان قائماً في قانون المرافعات السوداني القديم.

وفي قانون المرافعات المصري الحالي لعلنا نلاحظ نماذج وأمثلة عدة تظهر موقف المشرع من اقتضاء الصدق الإجرائي بين الخصوم، وهذا ما نلمسه في المادة ١٤ من قانون المرافعات التي صرح فيها المشرع بأن للمحكمة أن تقضي بالغرامة بين حدين أدنى وأقصى على طالب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح بقصد عدم وصول الإعلان إليه^(٢). كذلك أورد المشرع في المادة ١٨٥ مرافعات مثلاً آخر لعدم الصدق الإجرائي فيمن يسلك بسوء نية بهدف تضليل الخصم الآخر بإخفاء المستندات القاطعة في الدعوى لمجرد الإضرار به حيث صرح المشرع بأن للمحكمة أن تلزم الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بضمون تلك المستندات^(٣). كذلك يصح اعتباره من الكذب الإجرائي عدم إخبار الخصم للمحكمة بأي سبب من أسباب انقطاع الخصومة متى علم به؛ لأن الأمانة توجب ألا يخفي علمه بوفاة أحد الخصوم الآخرين مثلاً أو أن يخفي علمه ببلوغ خصمه لسن الرشد أو أن يخفي الخصم عن المحكمة أن وليه أو

=

إليه ص ٢٤٩، وانظر في هذا المعنى الأستاذ "كوشيه" حيث يشير إلى أن:

C' est ainsi que pèse sur les plaideurs l' obligation d' observer un minimum de layauté. Cette obligation, a – t – on relevé, ne devant pas cependant être entendue Comme le devoir de dire la vérité

انظر: Gérard Couchez; procédure Civile. Op. cit. p. 185 No. 241.

(١) راجع:

D. E. Casson J. H. Dennis, odgers principles of pleading and prac. 21 ed. London 1973. p. 211.

(٢) راجع في هذا المعنى الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية ص ٣٧١، رقم ٢٣٠.

(٣) راجع في الإشارة إلى ذلك محمد عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ٧١٥، وراجع أيضاً الدكتور أحمد مليجي في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض، بدون سنة نشر ولا اسم ناشر ص ٢٢٨.

وصيه الذي يمثله قد فقد صفته، ومن الفقهاء من رأى وبحق أن انعدام الصدق الإجرائي في مثل هذه الحالات هي ما يترتب عليها حرمان الخصم من الطعن في الحكم الصادر في هذه الخصومة استناداً إلى انقطاعها^(١).

وتلقي الأمانة الإجرائية بظلمها المؤثر في تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم إذ يجب على كل خصم أن يكون أميناً في مواجهته لغيره من الخصوم، وأن يكون أميناً في دفاعه؛ لذا يجب أن يعلم كل خصم بطلبات خصم، ولولا ذلك فقد الحق في الدفاع أهميته، إذ ما جدوى إتاحة فرص مناقشة الادعاء لو كان المدعى عليه لا يعلم بهذه الطلبات وما أهمية أن يتاح للخصم مباشرة حقه في الإثبات، وعدم العلم بالطلبات لا يسمح بمباشرة هذا الحق، كما وأنه مما يعصف بالطابع الجدلي للمواجهة^(٢) إذ لا يتحقق التواصل بين الخصوم، كما وأنه يؤدي إلى عدم اكتشاف القاضي لحقيقة الوقائع المطروحة عليه من خلال الأضواء المتعارضة^(٣).

من أجل ذلك ويقصد كفالة العلم بالطلبات أوجب المشرع توجيه الطلبات من المدعي إلى المدعى عليه بإعلان صحيفة الدعوى، وحينما يبدي الخصم طلباته شفاهة في الجلسة فقد أوجب المشرع (في المادة ١٣٣ مرافعات) أن يكون إبداء هذه الطلبات في حضور الخصوم^(٤). كما أوجب المشرع إعلان منطوق الأحكام

(١) راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب في مبادئ. سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٠.

(٢) لذا أشار الأستاذ "كوشيه" في الفقه الفرنسي إلى أن العلم بالطلبات هو تطبيق للمادة ١٤ من قانون المرافعات والتي نص فيها المشرع على أنه:

"Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.

راجع: Gérard Couchez; procédure Civile. Op. cit. p. 184 No 239.

(٣) راجع في الإشارة إلى الدور الإيجابي للقاضي في توجيه الخصومة: الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، الناشر دار الفكر العربي، ص ١٧.

(٤) ويقصد بالطلب ذلك الإجراء الذي يعرض به الشخص على القضاء ادعاءه طلباً للحكم له بما يدعيه على الخصم وهو يختلف عن الدفع إذ هو الإجراء الذي يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد منع الحكم عليه بطلبات خصمه، وهكذا فإن محصلة الدفع الإيجاب الخصم بما يطلبه خصمه، وتعد الطلبات وسائل للهجوم أما الدفع فهي وسائل للدفاع.

ومن المقرر في قانون المرافعات أن الطلبات الأصلية تبدى بالإجراءات العادية لرفع

=

الصادرة بإجراء من إجراءات الإثبات لمن لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك إعلان الأوامر الصادرة بتعيين إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلاً وذلك بموجب المادة ٥ من قانون الإثبات، كما أوجب المشرع تمكين الخصوم من الاطلاع على ما يقدمه كل خصم من أوراق ومستندات ومذكرات إعمالاً للمادة ١٦٨ مرفعات^(١).

الدعوى، ووسيلة ذلك ورقة التكاليف بالحضور ويجري إعلانها للمدعى عليه، أما الطلبات العارضة فإنه لا يشترط أن تبدي في ورقة التكاليف حيث يجوز إيدؤها شفويًا في الجلسة في حضور الخصم الآخر مع إثباتها في محضر الجلسة، أما إذا لم يكن الخصم الآخر حاضراً فلا يجوز إبداء الطلب العارض شفويًا في الجلسة وإنما يجب تقديمه بإعلان على يد المحضر، راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٦٠ رقم ٣٣١.

وراجع أيضاً الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧ بدون اسم ناشر، ص ١١٤ وما بعدها، وراجع أيضاً الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٣ الناشر دار الجامعة الجديدة ص ٤٢٣، رقم ١٤٤ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في مؤلفها الدعوى وإجراءاتها، طبعة ١٩٩٠ ص ١٢٥، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور نبيل عمر في قانون المرافعات ١٩٩٣، ص ٣١٤ رقم ٣١٥ وما بعدها.

(١) وكان قد جاء في تقرير اللجنة التشريعية بشأن المادة ١٦٨ مرفعات - وهي ما تقابل المادة ٣٤٠ من القانون السابق - أن اللجنة أضافت إلى نص المادة ١٦٨... التي لا تجيز للمحكمة أثناء المداولة سماع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، كما لا تجيز لها قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها عبارة "وإلا كان العمل باطلاً" وذلك حتى يكون الأصل عند حدوث المخالفة هو بطلان العمل فلا تقع على المتمسك بالبطلان عبء الإثبات عدم تحقق الغاية". وتطبيقاً لهذه المادة كانت محكمة النقض المصرية قد قضت في حكمها الصادر في ١٩٩٣/٦/٢٩، الطعن رقم ١٥٠٥ لسنة ٥٧هـ أنه من المقرر، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن ما ترمي إليه المادة ١٦٨ من قانون المرافعات من عدم جواز قبول مستندات أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها إنما هو ألا يمكن أحد الخصوم من إبداء دفاع لم تتح الفرصة لخصمه للرد عليه - كما قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٨٤/١/٢٦، طعن رقم ٤٣٢

وفي مقام التأكيد على مبدأ المواجهة بين الخصوم، تحقق الأمانة الإجرائية دوراً مؤثراً في تحقيق قاعدة المرافعة الشفوية، إذ من الأمانة حضور الخصوم وتمكينهم من ذلك ومنها أيضاً أن يصغي كل خصم لخصمه الآخر وألا يقاطعه وأن يكون المترافع شفاهة عفيفاً في مرافعته وألا يسترسل فيها بدون موجب كما يجب أن يراعي أمانة القول ويتجنب تجريح الخصم والإساءة إليه أو الطعن في شرفه أو النيل من كرامته^(١). وعلى المدعى عليه أن يتيح للمدعي إظهار ادعائه وطرح أسانيده وتبرير مطالبته، كما ينبغي على المدعي أن يتيح للمدعى عليه بسط دفاعه وتقديم مبرراته في دفع الادعاء وإظهار أدلة الإثبات، وفي مراعاة الخصوم لهذه الضوابط أبلغ الأثر في حسن أداء القاضي لعمله إذ الخصوم هم من يزودوا القاضي بوسائل اكتشافه للحقيقة في الخصومة.

وإذا كان المشرع قد أورد في المادة ١٠٢ من قانون المرافعات إشارته إلى حق الخصم في المرافعة الشفوية، ومن ثم ينبغي على كل الخصوم مراعاة الأمانة الإجرائية في المرافعة الشفوية، فإن الأمانة هي أيضاً واجب يتعين مراعاته في المذكرات المكتوبة المتبادلة بينهم^(٢). إذ يجب على الخصم ألا يطلب أجلاً لتقديم

لسنة ٥٠ قضائية، ونقض في ١٩٨٢/٣/٢٤ طعن رقم ٦١٦ لسنة ٤٥ قضائية أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى إذا انتهت المرافعة فيها ثم أجلت للنطق بالحكم من غير أن يرخص لأحد من الخصوم بتقديم مذكرات، فإن المحكمة لا يجوز لها أن تقبل مذكرة من أي منهم ولا أن تعير ما فيها التفاتاً إذا حصل أنها اطلعت عليها، كذلك قالت المحكمة أن شرط تقديم مستندات في فترة حيز الدعوى للحكم هو أن تكون المحكمة قد صرحت بتقديمها واطلع الخصوم عليها، وليس يكفي في ذلك إعلان الحافظة ولو تضمنت فحوى المستند مادام لم يثبت اطلاع الخصم عليه بذاته (نقض في ١٩٧٨/٥/٣١ سنة ٢٩ العدد الأول ص ١٢٦٧).

(١) راجع في الإشارة إلى القواعد المتبعة في المرافعة الشفوية في فرنسا:

Jean Vincent et Serge Guinchard; procédure civil. 22 édition p. 395
No. 524.

وراجع أيضاً: Gérard Couchez; op. cit. p. 207 No. 269.

(٢) وجدير بالاعتبار أن الأصل يقضي أن تتم المرافعة في الدعوى شفوية في الجلسة، وبموجب نص المادة ١٠٢ من قانون المرافعات المصري يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم حال

مذكرات مكتوبة حال علمه بأنه لن يتقدم بثمة مذكرات ثم لا يتقدم بها بالفعل بغية إطالة أمد التقاضي، وإذا تقدم الخصم بالمذكرة وجب أن يلتزم بالأمانة في أسلوب العرض فلا يعتمد إلى المراوغة أو الإساءة أو الكيد للخصم أو يورد بالمذكرة ما يعد سباً أو قذفاً، وإذا قررت المحكمة منح الخصمين أجلاً ليقدم كل منهم مذكرات وجب على المدعي أن يراعي الميعاد وكذلك الأمر بالنسبة للمدعى عليه وهو آخر من يتكلم^(١).

وتؤدي الأمانة الإجرائية دورها المؤثر في وجوب أداء الخصم لواجبه في المعاونة في الإثبات بما يؤدي إلى عدم تعمد إخفاء ما تحت يده من أوراق أو مستندات تساعد في كشف الحقيقة^(٢). من أجل ذلك نوه المشرع في المادة ٢٠ من

المرافعة ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع، وبموجب المادة ١٠٥ من القانون فإن للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للأداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات.. وعادة ما يشير الفقهاء إلى أن زيادة عدد القضايا في الجلسة الواحدة أدى إلى تقليل دور المرافعة الشفوية لذا يزيد الاعتماد على المرافعة المكتوبة، أي المذكرات. راجع في الإشارة إلى المرافعة الشفوية والمذكرات المكتوبة والضوابط التي تحكم كل منهما الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، طبعة ١٩٨٨ بدون اسم ناشر ص ١٩٦ وما بعدها.

(١) وبموجب المادة ١٠٢ مرافعات "يكون المدعى عليه آخر من يتكلم" ومن الملاحظ أن مقاطعة المحامي أو منعه من الاستمرار في الاسترسال في المرافعة مرهون بخروجه عن موضوع الدعوى؛ لذا أشارت محكمة النقض إلى أن المحكمة لا تكون ملزمة باستماع أوجه دفاع ليست في حاجة إليها بعد أن تكون قد تنورت في الدعوى، بل إن لها الحق في أن تطلب من الدفاع الكف عن الاسترسال في بيان نقط قد ظهرت لديها ظهوراً جلياً. نقض في ١٨ يناير ١٩٢٩، مجموعة القواعد القانونية، ج ١ رقم ٢٣٦ ص ٢٧٣.

(٢) والجدير بالاعتبار أنه مما يدخل في الأمانة أو الاستقامة الإجرائية أن يراعي الخصم ومحاميه القواعد المقررة في المادة ١٠٤ من قانون المرافعات بخصوص ضبط الجلسة وإدارتها إذ ذلك منوط برئيس المحكمة. راجع في القواعد الواجبة بخصوص ضبط الجلسة الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٧

قانون الإثبات إلى التزام الخصم بتقديم ما تحت يده من محررات منتجة في الدعوى وفي ذلك دلالة على رغبة المشرع في إظهار الخصوم للحقيقة وتعاونهم في تحديد وجه الحق في الدعوى ولقد أكدت المادة ٢٧ من قانون الإثبات ذلك حيث صرح المشرع فيها بدعوى العرض إذا كان المعروض شيئاً ضرورياً للبت في الحق المدعى به، وبالمثل حرص المشرع على واجب الأمانة الإجرائية حين عالج حالات التماس إعادة النظر وحدد من بين هذه الحالات جواز هذا الطعن غير العادي من طرق الطعن على الأحكام وكان من أولها مجافاة الخصم للأمانة وتعمده الغش وهو صورة جسيمة من صور الإخلال بالنزاهة أو الاستقامة^(١).

لذا أجاز المشرع التماس إعادة النظر في الحكم الذي يبنى على غش أو تدليس أو كذب أثر في عقيدة المحكمة أو أثمر خداعاً في اعتقادها أو إذا كان عدم الأمانة الإجرائية قد تجسد في أعمال احتيالية أو كان الخصم قد اتبع أسلوب المراوغة في نفي وقائع ما أو تأكيد ما هو غير صحيح منها، بل إن من الأحكام القضائية ما اعتبر أن مجرد سكوت الخصم بالنسبة لوقائع معينة بقصد الخداع يعد غشاً وهو من باب أولى يعد إهداراً للأمانة^(٢).

بدون اسم ناشر ص ٧٣٩، وراجع أيضاً الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ٦٠٧ رقم ٣٧٧ وما بعدها، ويراعي أن المشرع قد أوجب على الخصم أن يقدم المحررات الموجودة تحت يده إذا كانت من المحررات المنتجة في الدعوى، فإن تخطى عن واجب الأمانة في هذا المقام فقد صرحت المادة بأنه يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه (ب) إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه. (ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

(١) انظر محمد العشاوي وعبد الوهاب العشاوي، الجزء الثاني، سابق الإشارة إليه ص ٩٢٧.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور رمزي سيف حيث يشير إلى أنه إذا كان مجرد الكذب من الخصم لا يعتبر غشاً يبرر الطعن في الحكم بالالتماس، وإذا كان على الخصم أن يفند أقوال خصمه ويبين ما فيها من مجافاة للحقيقة، إلا أن القضاء يميل إلى اعتبار الكذب المتعمد في رواية الوقائع الهامة وإخفاء الحقائق القاطعة المجهولة من الخصم الآخر غشاً مفسداً للحكم يجيز الطعن فيه، راجع د. رمزي سيف في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٨١ رقم ٧١١.

كذلك اعتبر القضاء من صور الغش حالة تعمد الخصم الاتفاق مع وكيل خصمه للإضرار به أو لحرمانه من فرص الدفاع أو للعبث بالمحركات أو الأوراق أو حتى لا يتقدم الوكيل بالمذكرات المؤثرة في عقيدة المحكمة ووجدانها، ومن صور عدم الأمانة الإجرائية حالة تعمد الخصم إغواء الشهود أو تهديدهم أو الاستعانة بالشهود الزور^(١).

ويورد الفقهاء في فقه المرافعات المصري أمثلة عديدة تساق في هذا المجال للدلالة على مجافاة الخصم للأمانة ولخروجه وابتعاده عن النزاهة أو الاستقامة أو الإخلاص، إذ قيل بأن من ذلك مثلاً حالة ما إذا تعمد الخصم منع وصول الإعلانات الرسمية إلى المقصود إعلانهم^(٢). وحالة ما إذا حال الخصم دون إرسال خصمه لتعليماته لوكيله أو أ تلف الأوراق الهامة المزمع تقديمها في الدعوى^(٣).

(١) ومن ذلك أيضاً أن يكون الغش قد صدر من أشخاص يعملون لدى الخصم أو باعتبارهم نواب عنه أو شركاء له، كذلك يعتبر في حكم الغش التواطؤ بين الخصم وبين أشخاص هو مسئول عنهم، كذلك يعد من قبيل الخروج عن الأمانة أن يتقدم الخصم بورقة مزورة ويستوي في هذا المقام أن يكون الحكم قد بني على هذه الورقة أم لم يكن كذلك، ويلاحظ أن الأمانة الإجرائية تتعدم في حالة الاحتجاج بوسيلة إثبات غير سليمة ولا يشترط أن يبلغ الأمر حد الغش المؤثر بحيث إن القاضي لو علم بحقيقة الأمر لاتجه في حكمه اتجاهها مخالفاً أو مغايراً.

(٢) ويمكن أن تعد من قبيل الإخلال بالأمانة الإجرائية حالة الخصم الذي يلتزم السكوت بالنسبة لواقعة معينة بقصد الخداع، وكان القضاء الفرنسي قد اعتبر هذه الحالة من صور الغش في الحالة التي يبدو فيها السكوت على نحو يؤكد صحة الواقعة بقصد الوصول إلى النتيجة التي يرغب الخصم في الاستفادة منها، ويستوي في نظر هذا القضاء أن يكون هذا السكوت أو التأكيد من الخصم أو من وكيله في الدعوى، راجع محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي في المرجع السابق الإشارة إليه، الجزء الثاني ص ٩٢٩، رقم ١٢٨٩.

(٣) ويمكن الإشارة إلى ما ذكره محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي من أنه يعد غشاً إذا حال الخصم دون وصول الإعلانات الرسمية إلى المقصود إعلانهم أو إذا حصل على التعليمات التي بعثها الخصم إلى المحامي عنه وحال دون وصولها إليه، إذ لاشك في أن الغش في هذا المقام يدخل من باب أولى في باب الإخلال بالأمانة الإجرائية، راجع محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي في المرجع السابق، ص ٢٩٢ رقم ١٢٩٨.

كذلك يعد من صور عدم الأمانة الإجرائية حالة إساءة الخصم لاستعمال حقه في الادعاء

=

ومن ذلك حالة من يرفع الدعوى ضد آخر مع سبق رفعها ضد مورث هذا الأخير وخسرانها، ومن أمثلة ذلك أيضاً حالة ما إذا تنازل الخصم بطريقة صورية عن دعوى حتى يوهم الخصم الآخر بعدوله عن النزاع غير أنه يعود إلى المخاصمة مرة أخرى بعد ضياع وسائل الدفاع أو الأوراق أو المستندات التي يمكن الاستعانة بها لبلوغ حقيقة الدعوى، ومن أمثلة ذلك أيضاً حالة من يحصل على حكم بإلغاء بيع بدعوى أنه صدر من قاصر ثم يتبين بعد ذلك أن هذا القاصر كان بالغاً، ومنه أيضاً حالة حصول صلح بين الخصوم مما يترتب عليه أن يعتقد بعضهم أن النزاع قد انتهى بعقد الصلح وينقطع عن الحضور إلى المحكمة غير أن الخصم ينتهز فرصة عدم حضور خصمه ويتراجع في الدعوى دونما إشارة للصلح الذي أجره ويترتب على ذلك أن تقضي له المحكمة بطلانته^(١).

بالتزوير، خاصة وقد يستهدف الخصم بذلك تعطيل الفصل في الدعوى، ولقد أجاز المشرع الادعاء بالتزوير مادام النزاع قائماً أمام المحكمة وفي أي حالة تكون الدعوى فيها مطروحة أمام محكمة الموضوع، بل قد يعتمد الخصم إلى هذا الادعاء لأول مرة أمام محكمة النقض، وكانت محكمة النقض قد قضت في حكمها الصادر في جلسة ١١ يناير ١٩٩٠، الطعن رقم ٥٤٤ س ٥٤٤ق بأنه إذا كان الأصل عدم جواز الادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض على الأوراق والمستندات التي كانت مطروحة أمام محكمة الموضوع ولو لم يكن قد طعن فيها بالتزوير باعتباره سبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض، إلا أنه استثناء من هذا الأصل إذا بنى الطعن على وقوع بطلان جوهري في الحكم المطعون فيه مرده وقوع تزوير في محضر جلسة المرافعة الختامية المتضمن إثبات حجز الدعوى للحكم وتحديد الأجل المصرح للخصوم بتقديم منكرات الدفاع وكان قد ترتب على هذا التزوير إخلال المحكمة - محكمة الاستئناف - بحث دفاع أحد الخصوم، فإنه لهذا الخصم الذي تعذر عليه اكتشاف التزوير قبل صدور الحكم المطعون فيه أن يسلك طريق الادعاء بالتزوير.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي كان قد قنن حالات التماس لإعادة النظر على نحو مشابه للتنظيم القانوني المقرر لهذه الحالات في قانون المرافعات المصري، ومعظم هذه الحالات أسسه المشرع الفرنسي على عدم الأمانة الإجرائية في الأحوال التي يتبين فيها غش أحد الخصوم غش مؤثر في الحكم الذي غدا من غير الجائز الطعن فيه بأي طريق عادي من طرق الطعن في الأحكام، ولقد ورد في المادة ٥٩٥ من قانون المرافعات الفرنسي النص على أنه:

وإذا كان مما لا خلاف فيه أن الكذب يعد خروجاً عن الأمانة الإجرائية أياً ما كانت صورته، أي سواء أكان كذباً مجرداً أم مقترناً بطرق احتيالية.. فإن الكذب لا يعد غشاً في كل الأحوال؛ لذا كان قد قضى بأن تأكيد الأمر الكاذب لا يعد غشاً شخصياً إلا إذا كان هذا التأكيد قد حصل بحالة أثرت فيمن أصدر الحكم حتى انبنى عليه وحده ذلك الحكم، وكان هذا الغش قد صدر من الطرف الآخر بحالة لا تمكنه من رد هذا التأكيد وبيان فساده، وفي بعض الأحكام القضائية القديمة قضى بأنه في صدد بيان العلاقة بين الكذب والغش لا يمكن إطلاق القول باعتبار الكذب غشاً، إذ لا بد من بحث كل حالة على حدة والتحقق من وجود ظروف خاصة جعلت لهذا الكذب تأثيراً في اتجاه الحكم، فليس كل دفاع أو قول غير صحيح يصدر من الخصم يجيز التماس إعادة النظر ما لم يكن ذلك الخصم في حالة استحيل فيها الرد عليه وتفنيده ببيان وجه عدم الصواب في.

كذلك فإنه لئن كان من المؤكد أن الحنث باليمين الحاسمة يعد إخلالاً جسيماً بالأمانة الإجرائية فإنه لا يعد كذلك من قبيل الغش الذي يجيز التماس إعادة النظر لأن مواجه اليمين لا يملك إثبات كذبها ويتقيد بنتائج الحلف ولو كان كاذباً، وذلك ما لم يكن توجيه اليمين نتيجة أعمال الغش الصادرة من خصمه، وعكس الحال في اليمين المتممة فهي تعد خروجاً مطلقاً عن الأمانة الإجرائية في حالة الكذب وإن اعتبرها البعض من الفقهاء من صور الغش المبرر لالتماس إعادة النظر.

S' il se révèle, après le jugement, que la decision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue... si, depuis le jugement, il a été recouvré des pieces décisives qui avaient été retenues par le fait d' une partie.. s' il a été juge sur des pieces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement.. s' il a été jugé sur des attestations, témoignages au serments judiciairement declares faux depuis le jugement.

المبحث الأول

مكانة الأمانة الإجرائية في اشتراك الخصوم في توجيه الخصومة

يمكن تعريف الخصومة في معناها الاصطلاحي بأنها مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الخصوم وممثلوهم، وقد يباشرها الغير كما يقوم بها القاضي وأعوانه والتي تهدف إلى تحقيق الحماية القانونية عن طريق القضاء^(١). وهي تختلف عن الدعوى لأن المقصود بها الحق في الحماية القضائية ذاتها، وهي كما يقول الأستاذان "فانساه وجوينشار" مجموعة الأعمال الإجرائية التي تبدأ بالمطالبة أمام القضاء وحتى بلوغ مرحلة إصدار الحكم أو ترك الادعاء والتخلي عنه.

L' instance, se présente comme une série d'actes de procédure allant de la demande en justice jusqu' au jugement ou à l' abandon de la prétention par un désistement.⁽²⁾

ولعل هذا المعنى هو ما أكده الأستاذ "كوشيه" حين أشار إلى أن الدعوى هي الفترة الزمنية التي تتخذ فيها إجراءات قانونية بين الخصوم محددين عند بدايتها أو أثناء نظرها وحتى مرحلة إصدار الحكم كنهائية طبيعية لها.

(١) راجع: Vizioz; Etudes de procédure. P. 150. وانظر كذلك:

Scelle, principes de droit public. Cours doctoral. 1944 – 1945 p. 196.

(٢) انظر:

Jean Vincent et Serge Guinchard; procédure... op. cit. p. 274 No. 345.

وانظر أيضاً:

M. Anquetil; Ttude comparée de l' instruction en matière civile et pénale. Th. Rennes 1970.

ويقول الأستاذان "فانساه وجوينشار" أنه كثيراً ما طرح التساؤل حول الطبيعة القانونية للعلاقة التي تنشأ عن الدعوى في لحظة بدايتها إذا نظرت أمام جهة قضائية، ولدى البعض فإن هذه العلاقة هي علاقة تعاقدية، de nature Contractuelle ولدى البعض الآخر فإنها علاقة شبه تعاقدية ou quasi contractuelle ومع ذلك يحسن وصف هذه العلاقة بأنها علاقة قانونية وهي تقوم بين الخصوم بعضهم البعض وبينهم وبين الدولة ممثلة في القاضي وهي قد ترتب آثاراً تخص الغير، راجع المرجع السابق ص ٢٧٥ رقم ٣٤٦.

L' instance s' entend d' une période pendant laquelle les personnes concernées par le procès accomplissent les actes de procédure que celui – ci suppose, cette période commençant avec la demande en justice et s' étendant normalement jusqu' au jugement.⁽¹⁾

وعبر المراحل المختلفة في الدعوى يلتزم الخصوم جميعاً بالتزامات معينة كالحضور والمثول أمام المحكمة وإبداء ما يقدمونه من ادعاء أو طلبات أو دفوع أو دفاع، كما يلتزم القاضي بإصدار حكمه فيها، وعادة ما يعبر الفقهاء عن العلاقة القائمة بين الخصوم أثناء نظر الدعوى بأنها علاقة إجرائية ذات طابع قانوني شكلي "إجرائي": "Celui – ci est un rapport ou lien d' instance. Celui – ci est un rapport juridique d' ordre formel et non substantiel. Cette relation juridique d' ordre formel est la relation juridique d' ordre formel qui existe entre les parties au procès. Elle est la relation juridique d' ordre formel qui existe entre les parties au procès. Elle est la relation juridique d' ordre formel qui existe entre les parties au procès." الأصلية للخصومة وهما المدعي والمدعى عليه وقد يتعدد [ou processuel] كل منهما كما قد تمتد الخصومة أثناء نظر الدعوى لتشمل أشخاص آخرين كالخصم المتدخل أو المدخل فيها.

ومادامت العلاقة القائمة بين أطراف الخصومة هي علاقة قانونية ذات طابع إجرائي، فإن ترك هذه العلاقة لا يكون بالإرادة المنفردة إذ يجب أن يصادف ذلك قبولاً من جانب المدعى عليه "l' acceptation du défendeur est nécessaire" ولعل ذلك هو ما يتمشى لدى البعض من الفقهاء ممن رأوا الطبيعة التعاقدية في الدعوى⁽²⁾. كما يعزز هذا النظر تأكيد مبدأ المواجهة ويعزز أيضاً ما

(١) انظر: Gérard Couchez; procédure civil. Op. cit. p. 169. No. 218.

وفي عرض فكرة الدعوى راجع أيضاً: Perrot; Rev. Trim. Dr. civ. 1987. p. 601.

(٢) ويقول الأستاذ "موريل" في الفقه الفرنسي بأن الدعوى تقيم علاقة قانونية لأنه إذا وجدت منازعة بين شخصين أو أكثر دون التوصل فيما بينهم لصلح أو حل ودي لم يكن هناك بد من اللجوء إلى القضاء والمدعي هو من يباشر ذلك أولاً وهو حين يدعي يكون عليه التزام قانوني بأن يبسط ادعاءه أمام خصمه وهو المدعى عليه وأيضاً أمام المحكمة، وعندئذ تقوم علاقة "قانونية" يعبر عنها برابطة الدعوى، والدعوى إذن مجموعة من الأعمال الإجرائية التي قد تكون متعاقبة ومتعددة أو غير ذلك ومن هذه الأعمال ما يأتيه المدعي ومنها ما يحدثه المدعى عليه وأيضاً منها ما تباشره المحكمة المنوط بها الفصل في الادعاء بموجب الحكم وأول هذه الأعمال المتعددة هي الطلب الأولي "صحيفة الدعوى" وهي تنتهي بالحكم أو

يشير إليه الأستاذ "كوشيه" في الفقه الفرنسي من أن الطبيعة التعاقدية في الدعوى تقتضي الاتفاق المتبادل بين الأطراف، وهذه الخاصية اللازمة في علاقة الدعوى هي القاعدة العامة في كل تعاقد حسبما أوضحت الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، وعلى كل حال فإن العلاقة القانونية في كل دعوى تتضمن الأشخاص اللازم قيام الخصومة فيما بينهم في القضاء القطعي كما تتضمن العناصر الموضوعية موضوع الدعوى أو سببها وهي تلك الادعاءات المطروحة أمام القاضي، كذلك لا يمكن أن تقوم الدعوى في مجال القضاء القطعي إلا فيما بين طرفين على الأقل عند بدايتها، أولهما المدعي le demandeur وثانيهما هو المدعى عليه le défendeur والمدعي هو صاحب الطلب الأولي في الدعوى فيما يورده في صحيفة الدعوى، أما المدعى عليه فهو من يواجهه هذه الادعاءات^(١). وكما يقول "كوشيه" فإنه من المتصور أن يتعدد المدعون في بداية

بالترك وفيما بين الطلب القضائي والحكم تتحقق مجموعة من الأعمال التي يباشرها الأطراف في الخصومة أو تباشرها المحكمة إذ يكون على المدعي أن يحدد طلباته وعلى المدعى عليه أن يباشر الدفاع ودفعه ويعين دفعه عدم القبول، وإذا رأت المحكمة وقدرت أن الدعوى بحاجة للفصل في الطلبات سلباً أو إيجاباً أن تقضي بالتحقيق فيها وإما بالمعينة أو بالاستعانة بالخبير..

Lorsqu' un litige s' élève entre deux ou plusieurs personnes et qu'aucune solution amiable n' intervient, l' une d' elles saisit la justice pour lui demander de consacrer sa préention, de rendre une décision qui s' impose a' son adversaire. Cette demande en justice crée un état de droit; l' instance. L' instance comporte une Série d' actes, plus ou moins nombreux, Suivant les cas effectués soit les parties, Soit par le tribunal, et qui tendent à la solution du litige..

راجع:

René Morel; Traité élémentaire de procédure civile; op. cit. p.259 No. 309

وراجع أيضاً: Gérard Couchez; op. cit. p. 169.

(١) وفي قانون المرافعات المصري تترتب على المطالبة القضائية أن تبدأ الخصومة بما يعني أن تتابع الإجراءات المعتادة فيها ويترتب على ذلك جملة آثار منها إلزام القاضي بالفصل في

الدعوى كما قد يتعدد المدعى عليهم، ومع ذلك فقد يشارك في الخصومة آخرون فيكون تدخلهم بموجب عملهم الإرادي، أو إدخالهم بدون إرادتهم.

La pluralité de parties peut exister dès l' introduction de l' instance, mais il arrive aussi que certaines personnes S' associent ou soient contraintes de s' associer au procès en cours d' instance alors que, par hypothèse, elles étaient des tiers au moment où le procès a été engagé, on parle alors d' intervention.⁽¹⁾

الخصومة، وبموجب الفقرة الثانية من المادة ٦٧ مرافعات يجب على قلم الكتاب تسليم أصل صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها، وبموجب الفقرة الأولى من المادة ٦٨ مرافعات يجب على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى للمدعى عليه، كذلك يترتب على المطالبة أن يكتسب المدعي والمدعى عليه صفة الخصوم في الدعوى كما يكون على المحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها وقت المطالبة، وبالمطالبة تنتقطع مدة التقادم حتى ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك إعمالاً لحكم المادة ٣٨٣ من القانون المدني، كذلك فإنه بموجب المادة ٢٢٦ من القانون المدني تسري الفوائد التأخيرية للدين من تاريخ المطالبة، راجع في عرض ذلك الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في منكرات في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، طبعة ١٩٨٨ بدون اسم ناشر ص ١٣٥، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٣، الناشر دار الجامعة الجديدة ص ٤٢٤ رقم ١٤٥ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور نبيل عمر في قانون المرافعات طبعة ١٩٩٣ سابق الإشارة إليه ص ٣١٤ وما بعدها، وانظر كذلك الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في الدعوى وإجراءاتها، سابق الإشارة إليه ص ١٢٧، وانظر الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٢٦٢ رقم ١٣٥ وما بعدها، وراجع كذلك محمد حامد فهمي في المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠ بند ٣٧٥.

(١) انظر: Gérard Couchez; Procédure civile. Op. cit. p. 170 No. 219.

وفي ذات المعنى يقول الأستاذان "فانساه وجويشار":

Ce lien d' instance puet atteindre éventuellement de tiers, soit que ceux – ci interviennent à l' instance volontairement, soit qu' ils y soient

المطلب الأول
الأمانة الإجرائية في المطالبة
القضائية كموضوع للخصومة

للطلب في مجال الدعوى مفهوم ضيق وآخر واسع وهو في معناه الضيق دلالة عن العمل الإجرائي الذي يحمل بمقتضاه المدعي دعواه أمام القضاء وهو ما تتضمنه صحيفة الدعوى وهو ما يطلق عليه "المطالبة"، دلالة عن الادعاء الأول في الخصومة، ومن ذلك مثلاً أن يكون موضوع الدعوى هو مطالبة بتنفيذ شرط تعاقدية لم ينفذه المدعى عليه أو المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بالتعويض عن الفعل الضار أو المطالبة برد المنقولات، ويعد هذا الموضوع هو سبب الدعوى أو النطاق الأولي المرسوم لها، وفي ذلك يقول الأستاذ "كوشيه":

la demande en justice, c' est – à – dire l' acte par lequel le demandeur concretise son droit d' action a un objet qui consiste la prétention emise.⁽¹⁾

أما الطلب في معناه الواسع فهو تعبير عن رغبة أحد الخصوم في إصدار حكم معين لصالحه ومن الطلبات ما هو موضوعي ينصرف إلى تقرير حق أو إلزام الخصم به أو تغييره ومنها ما هو إجرائي مثل طلب وقف الخصومة أو

appelès comme garant, comme témoin.

راجع:

Jean Vincent et Serge Guinchard; procédure civile op. cit. p. 276 No – 346.

وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٣٧٧ رقم ٣٤٤. وأيضاً محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، الجزء الثاني سابق الإشارة إليه، بند ٣٨٠، وانظر أيضاً محمد حامد فهمي سابق الإشارة إليه ص ٥٢١، ود. أبوهيف في مرجعه السابق الإشارة إليه بند ١٠٢٨.

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 174

وانظر أيضاً:

Jean Larguier; procédure civile. Droit judiciaire privé. Douzième édition p. 55.

سقوطها كما يتسع هذا المعنى العام للطلب ليشتمل ما قد يقدمه الخصوم كدفع
مثل طلب الحكم بعدم الاختصاص أو الإحالة بسبب الارتباط.

ويتميز موضوع الطلب بمعناه الضيق أو الواسع عن المسائل الفرعية وعن
الدفع^(١). إذ قد يثار أمام المحكمة مسألة فرعية لها طبيعة إجرائية مثل طلب
التأجيل أو الوقف أما الطلب فهو ما يختلف عن الدفع إذ هو وسيلة هجومية بغية
الحصول على الحماية القضائية للحق أما الدفع فهو وسيلة دفاعية تستهدف
الحيلولة دون بلوغ الحماية المنشودة..

والأصل أن الطلب الذي تنشأ به الخصومة هو الطلب الأول في الدعوى
ومع ذلك قد تتعدد الطلبات الأصلية حيث يمكن اشتغال صحيفة الدعوى على عدة
طلبات بينها ارتباط بحيث تشتمل الدعوى على هذه الطلبات ويجري ضمها لو
كانت كلها منظورة أمام محكمة واحدة أو مرفوع بشأنها دعاوى أخرى أمام محاكم
مختلفة^(٢).

وفي مختلف الأحوال على الخصم أن يراعي الأمانة الإجرائية في موضوع
المطالبة حتى ولو تعددت الطلبات وكان بينها ارتباط، كذلك يجب مراعاة الأمانة
الإجرائية بالنسبة للطلبات العارضة، ويستوي في هذه الأخيرة أن تكون من الطلبات

(١) راجع: Gérard Cornu et Jean Foyer, Procédure civile. P. 454.

(٢) وعادة ما يطلق الفقه اصطلاح الطلبات للدلالة على الطلبات التي وردت في صحيفة
الدعوى. وهذه الطلبات هي ما تدور بشأنها المرافعة في موضوع الدعوى، إذ قد ينكرها
المدعى عليه في أصلها، أو ينكر بقاءها بسبب كونه قد وفى بها أو بسبب أنها انقضت لأي
سبب آخر، وقد ينكر المدعى عليه سبب التزامه بها أصلاً، والمدعى عليه لا يخرج في هذا
المقام عن موقف الدفاع إذ إنه يتخذ من الدفع التي يتقدم بها وسيلة للدفاع، ويشير الفقهاء
إلى أن المدعى عليه لا يخرج بذلك عن موقف الدفاع لأنه إنما يدافع عن نفسه بتلك الدفع
ليتوصل إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها، راجع الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في
أصول المرافعات، التنظيم القضائي، طبعة ١٩٦١، بدون اسم ناشر ص ٥٥٧، وانظر كذلك
الدكتور وجدي راغب فهمي، الدكتور سيد أحمد محمود والدكتور سيد أبو سريع في مبادئ
المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٥، الطبعة الأولى، الجزء الأول ص ٥٠٥، وما
بعدها.

الأصلية أو الرئيسية أو من الطلبات الملحقة أو التابعة^(١). كما تجب الأمانة بخصوص الطلبات الاحتياطية وهي تلك التي لا تلتزم المحكمة بالفصل فيها ومثالها طلب تقرير الملكية الشائعة في العين وذلك إذا قدم معه طلب احتياطي بتقرير الملكية التامة المفردة للعين.

وإذا كان المشرع قد أجاز في قانون المرافعات للخصم أن يقدم الطلبات العارضة باعتبارها طلبات جديدة فإنه يجب عليه مراعاة الأمانة الإجرائية بحيث لا يؤدي الطلب العارض إلى تغيير محل الخصومة، وعلّة التمسك بهذه الأمانة ما فطن إليه المشرع من إجازة الطلبات العارضة بالرغم من أنه ما كان ينبغي بحسب الأصل تغيير محل الخصومة الذي جرى تحديده بموجب المطالبة الأصلية إعمالاً لمبدأ "تركيز الخصومة". فإذا سمح المشرع بهذه الطلبات بقصد التيسير على الخصوم فيجب عليهم عدم إساءة استعمال هذه الرخصة أو الخروج عن مقتضيات الأمانة؛ لأن الاستقامة تستوجب من الخصوم مراعاة ما قصده المشرع من تيسير وتبسيط في الإجراءات بحيث تؤدي الطلبات العارضة إلى تصفية المنازعات المرتبطة بالنزاع الأصلي، ومن ثم يخف عبء التقاضي عن كاهل المتقاضين ويقل عدد القضايا^(٢).

(١) ومن المسلم به أن للمدعي بعد رفع الدعوى أن يقوم بتعديل طلباته بالنقص أو الزيادة وإذا كان ذلك بالنقص كنا أمام ترك أو تنازل عن الطلب وإذا كان بالزيادة سمي بالطلب العارض لأنه جاء عارضاً بعد رفع الدعوى، ولقد أجاز المشرع للمدعي كما أجاز للمدعى عليه تقديم طلبات عارضة بعد رفع الدعوى وأيضاً أثناء نظرها وطريقة تقديم الطلبات العارضة من المدعي تكون إبدائها في الجلسة ويكون ذلك عن طريق صحيفة تعلن إلى المدعي عليه على يد المحضر، ويترتب على تعديل الطلبات أن يتغير نطاق الدعوى بما قد يؤدي إلى تغيير الاختصاص إذا أدى التعديل إلى زيادة قيمة الدعوى أو نقصها.

وللمدعي حقوق وواجبات ترتبط بالأمانة الإجرائية فهو أول من يتكلم، ويجب عليه أن يترك الفرصة لخصمه للرد عليه، ويجب عليه أن يتيح الفرصة للمدعى عليه للدفاع والاطلاع على المستندات والأوراق.. راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي في مبادئ المرافعات، طبعة ١٩٨٠، الناشر دار الفكر العربي ص ٤٥٨.

(٢) وتأكيداً لذلك قيل وبحق أن من مظاهر تركيز الخصومة ما يورده القانون من قيود على

من أجل ذلك يعد من الأمانة الإجرائية للخصوم أن يراعي كل منهم نطاق أو حدود الطلب العارض بأن تكون هذه الطلبات في حدود معينة وذلك بمراعاة ما بين الطلب الأصلي والطلبات العارضة من ارتباط^(١).

ويستوي في هذا الشأن أن يكون الخصم المتقدم بالطلب العارض هو المدعي أو المدعى عليه، وإن جاز تسمية الطلبات العارضة التي يقدمها المدعي بالطلبات الإضافية وتسمية الطلبات العارضة التي يتقدم بها المدعى عليه بالطلبات المقابلة أو هي "دعاوى المدعى عليه"^(٢).

على المدعي إذن أن يراعي الأمانة الإجرائية، فلا يتقدم بطلبات إضافية إذا لم تكن مرتبطة بالطلب الأصلي وذلك إعمالاً لحكم المادة ١٢٤ من قانون المرافعات، وهو إذا شاء أن يقدم طلبه العارض لتصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى فلا يجب أن يستهدف

تغيير موضوع الخصومة أو أشخاصها حتى لا تصبح صراعاً مائعاً يطول أجله ولا يسهل فضه، ولذا يقرر القانون عدم قبول الطلبات العارضة ما لم تكن هناك علاقة ارتباط بينها وبين الطلب الأصلي، كذلك فإنه يضع ضوابط لتدخل الغير أو اختصاصه. راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، الناشر دار الفكر العربي، ص ٢٢.

(١) ويجب أن يراعي حكم المادة ٢٣٥ من قانون ٢٣٥ من قانون المرافعات التي حظرت قبول أي طلب جديد أمام محكمة الاستئناف وأوجب المشرع على المحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، ومع ذلك لا يسري هذا الحظر على حق الأطراف في إبداء دفاع جديد أو دفع جديدة لم يكن قد سبق لهم إبدائها أمام محكمة أول درجة، ولا يعد من هذا القبيل بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله مع تغيير سببه أو الإضافة إليه مادام الهدف هو التوصل إلى ذات الغاية أو الهدف في الطلب الأصلي المطروح على قاضي الدرجة الأولى.

(٢) وكان المشرع قد حدد في المادة ١٢٤ من قانون المرافعات الطلبات الإضافية التي يجوز تقديمها وهو يشترط وجود ارتباط بين الطلب العارض والأصلي، وذلك من حيث المحل والسبب ويترك قبول الطلب الإضافي لتقدير المحكمة حتى لا يسيء المدعي استخدام هذه الطلبات كوسيلة كيدية ضد الخصوم، راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٢٨٠.

مثلاً الكيد للخصم الآخر - المدعى عليه - أو يطيل أمد التقاضي، وبالمثل فإنه إذا ابتغى بطلبه الإضافي إضافة أو تغيير سبب الدعوى يجب عليه أن يراعي الأمانة بما تفرضه عليه المادة ١٢٤ مرافعات من وجوب الارتباط ووجوب بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله^(١). ولا ريب في اعتقادنا أن المشرع وإن أجاز في المادة ١٢٤ مرافعات للخصم أن يطلب من المحكمة أن تأذن له بتقديم ما يراه من طلبات إضافية فإن عليه أن يراعي الارتباط بين الطلب الإضافي والأصلي. ولقد قصد المشرع بتقرير السلطة التقديرية للمحكمة في قبول هذا الطلب مباشرتها للرقابة على الأمانة الإجرائية للمدعي. لذا قال الفقيه وبحق: "حتى لا يستخدم المدعي هذه الطلبات كوسيلة للكيد للخصم بإرباك دفاعه وإطالة أمد الخصومة"^(٢). ولا يختلف أمر الطلبات العارضة التي يقدمها المدعى عليه وهي ما يقال عنه "دعاوى المدعى عليه" من وجوب عدم استعمالها كوسيلة للكيد أو تأخير الفصل في الدعوى، ف شأن هذه الطلبات أنها تزود المدعى عليه بالدفع والطلبات المقابلة ويعني كونها من الدفع استعمالها كوسيلة دفاعية يستهدف بها المدعى عليه رفض طلبات المدعي باعتبار أن الهجوم خير وسيلة للدفاع كما يعني كونها من الطلبات المقابلة استعمالها كوسيلة إجرائية لإضافة طلبات جديدة إضافة للطلب الأصلي^(٣).

(١) وعلى كل حال فإن الأمانة الإجرائية تقتضي دائماً قول الصدق وعدم الكذب، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما ذكره الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف حيث تساءل عما إذا كان المشرع المصري يبيح الكذب والبهتان ويجب على ذلك بقوله إنه كمن يبيحهما لأنه لا ينص على عقوبات مخصوصة على من يرتكبهما كما فعل في الشهادة الزور وذلك بعكس القانون النمساوي الذي قرر عقوبات صارمة على الخصوم أو وكلائهم الذين لم يسلكوا في دفاعهم سبيل الشرف والصدق والذمة، راجع الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٥٤٢ رقم ٧٤٦.

(٢) انظر الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه، ص ٤٧٩.
(٣) وتجدر الإشارة إلى أن من الفقهاء من يعلي من شأن الأمانة الإجرائية وواجب الصدق والاستقامة حتى يرى بأن مهمة قواعد قانون المرافعات تجنب طغيان الشكل على الحق فيضيعه، وليس أصح من قول "بنتمام" أن قانوناً يضيع فيه حق مقرر مدنياً بغلظة في المرافعات لهو قانون سيء رديء. كذلك ينبغي أن يعطى للقاضي سلطة في تقدير أوجه

وإذا كان المشرع قد أتاح الطلبات الإضافية للمدعي وأوجب عليه مراعاة الأمانة الإجرائية فيها، فإنه يجب أيضاً على المدعى عليه أن يراعي هذه الأمانة في طلباته المقابلة، ووجه الاستقامة في تقديم المدعى عليه لطلبه المقابل أن يراعي الغاية التي قصدها المشرع في المادة ٤/١٢٥ مرافعات حين أوجب بأن يكون هناك ارتباط بين الطلب المقابل والطلب الأصلي وأن تتصرف النية الحسنة إلى تحقيق الغاية المبتغاة عند المشرع وهي عدم التشعب في الطلبات وجمعها في خصومة واحدة بما يعد تيسيراً على الخصوم لا الكيد لهم، وربما قصد المشرع مراقبة المدعى عليه في استعمال هذه الرخصة بأمانة، فاشتراط أن تأذن بها المحكمة، لذا قيل وبحق بأن المشرع ترك مثل هذه الطلبات لتقدير المحكمة "حتى لا يستخدم المدعى عليه هذه الطلبات كوسيلة لتأخير الفصل في الدعوى"^(١).

الثبوت ويتعين على قواعد المرافعات المراد بها تسهيل ثبوت الحقيقة ألا تكون مانعاً من ثبوتها بكل الوجوه الممكنة لأن الحقيقة القضائية ليست صنفاً مستقلاً من الحقائق يخالف الحقيقة المعتادة.. إن الطرق العلمية المعاصرة لا تسمح بوجود عوائق تحول دون إيجاد الحقيقة.. ويجب أن يلزم الخصوم ووكلائهم بقول الحقيقة في كل وقائع الدعوى ويجب أن توضع الجزاءات الصارمة على كل خصم استعمل الكذب أو الخداع بأن أكد فعلاً غير حقيقي أو أنكر أمراً حقيقياً.. راجع الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، سابق الإشارة إليه ص ١٠٩ رقم ٨٦ وما بعدها.

(١) راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٤٨٣.. وفي قانون المرافعات الفرنسي اشترط المشرع أيضاً الارتباط بين الطلبات الإضافية والطلب الأصلي، حيث تشير المادة ٢/٧٠ من هذا القانون إلى أنه:

En vertu de l' article 70, on n' autorisera comme demandes additionnelles que celles qui se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

راجع في الإشارة إلى ذلك:

Jean Vincent et Serge Guinchard. Op. cit. p. 800. No. 1253.

المطلب الثاني

أثر الأمانة الإجرائية في استقامة الدفوع

التمسك بدفع أمام المحكمة وسيلة إجرائية يستهدف بها الخصم تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه أو تأخير الحكم، وهو حق لكل خصم على قدم المساواة إذ يعد وسيلة قانونية من وسائل الدفاع^(١).

وتعد الدفوع وسيلة المدعى عليه لرد الادعاء عليه بالدعوى من جانب المدعي وبموجبها يتمكن - المدعى عليه - الاعتراض على الادعاء أو على الإجراءات المتبعة في الدعوى، فالدفوع بالنسبة للمدعى عليه هي الأداة المقابلة لحق الادعاء وهي أيضاً ما يجوز للمدعي استعمالها لرد ما يدعيه المدعى عليه عند تقديمه للطلبات العارضة، وفي هذه الحال الأخيرة يقال عن الدفوع أنها وسيلة للدفاع كما تستعمل الدفوع في هذا المقام بمعناها الواسع^(٢).

وتنقسم الدفوع les défenses - les exceptions إلى أنواع ثلاث هي

(١) ومن الدفوع ما يعد من طبيعة شكلية أو إجرائية، ويستهدف بها تعطيل نظر موضوع القضية أو منع هذا النظر لعدم الاختصاص أو العوار الذي أصاب إجراءات الخصومة، ومن هذه الدفوع الدفع بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة الدعوى أو الدفع بالإحالة، ومن المسلم به فقهاً أن هذه الدفوع لم ترد على سبيل الحصر في القانون.. أما الدفوع بعدم القبول فهي ما يستهدف بها منع القاضي من النظر في الطلب المقدم إليه وهي تحقق بذلك مبدأ الاقتصاد في الخصومة بحيث يبتغي توفير الجهد والمصاريف.. راجع في الإشارة إلى الدفوع الشكلية: موريل في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٥١ رقم ٤٨ حيث يوضح ذلك بقوله:

L' exception est un moyen par lequel le défendeur, sans s' attaquer au fond du droit, sans contredire la prétention de son adversaire ni y acquiescer, demande au juge, soit de repousser la demande parce que l' instance a été mal engage, qu' elle a été porter devant lun juge incompetent au qu' elle est entachée d' une irrégularité de procedure, soit de surseoir à statuer pendant un certain délai, ou jusqu' a ce qu' un fait accompli.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط في قانون القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٤٨٦ رقم ٢٨٨ وما بعدها.

الدفع الموضوعية والدفع الإجرائية ودفع عدم القبول، وفي كل الأحوال يشترط لقبول أي منها ذات الشروط المتطلبة لقبول الدعوى، إذ يجب توافر المصلحة - حيث نص المشرع في المادة ٣ من قانون المرافعات على أنه لا تقبل أي دعوى، كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون - كما يجب أن يكون الدفع قانونياً ومفاد ذلك أن يكون التمسك به لحق أو مركز قانوني وينبغي أن يكون جوهرياً كما يجب توافر الصفة^(١).

أ - **وتعد الدفع الموضوعية:** وسيلة دفاع مباشرة حيث يستهدف بها المدعى عليه نفي الادعاء الموجه إليه باعتدائه على الحق أو المركز القانوني المدعى به، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ "كوشيه" في الفقه الإجرائي الفرنسي وبحق:

La défense au fond, par un tel moyen de défense, son auteur conteste directement le bien fondé de la prétention de l'adversaire, donc le droit fondamental, substantiel invoque' par celui - ci.⁽²⁾

ولقد أحسن المشرع الفرنسي حين عرف في المادة ٧١ من قانون المرافعات هذه الدفع بأنها ما يتمسك به المدعي عليه في سبيل دفع ما يدعي عليه به من الناحية الموضوعية ومن ثم يتوصل إلى عدم صحة ما يدعيه المدعي إزاءه.

"qui tend à faire rejeter comme non justifiée la prétention de l'adversaire.

ولما كان لهذه الدفع الموضوعية من أهمية كبرى فإنه يمكن الدفع بها في أي حالة كانت عليها الدعوى les défenses ou fond peuvent être proposées en tout état de cause كما وأنه يجوز للخصم أن يتمسك بها

(١) انظر الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، الطبعة الأولى، الناشر مؤسسة دار الكتب ص ٤١٣ وما بعدها.

(٢) انظر الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠٩ الناشر دار النهضة العربية ص ٣٢٢ وما بعدها.

وانظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 116.

أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الاستئناف^(١).

وتتنوع الدفوع الموضوعية بين دفع سلبية وأخرى إيجابية، وينصرف معنى ما يكون سلبياً منها إلى إنكار الوقائع أو إنكار أثرها القانوني مثل إنكار حدوث الفعل الضار أو إنكار علاقة السببية بينه وبين الضرر المدعى به الموجب للتعويض، ومن ذلك أيضاً أن ينكر المدعى عليه واقعة التعاقد غير المكتوب، وفي هذه الحالات وما يشابهها من صور الإنكار يجب على المدعى عليه مراعاة الأمانة وعدم الكذب وعدم تأييد الإنكار بطرق أو وسائل احتيالية أو مجرد الكذب المجرد^(٢).

(١) راجع في الإشارة إلى هذه الدفوع الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، سابق الإشارة إليه ص ٤١٤، وحيث يعرف هذه الدفوع بأنها الوسيلة التي يسعى بها المدعي عليه إلى رفض طلب خصمه لأنه غير مؤسس قانوناً إما لأن الحق المدعى به غير موجود أصلاً أو بسبب انقضائه ومن هذه الدفوع الموضوعية الدفع بالتقادم وهو دفع جائز في القوانين الوضعية إلا أنه غير جائز في الشريعة الإسلامية.. وانظر في الإشارة إلى النظام القانوني لهذه الدفوع:

Teysse: Droit et pratique de la procédure civile. 2000 No. 2001 etss.

وراجع أيضاً الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات. سابق الإشارة إليه ص ٥٤٦ رقم ٥٢٩. وحيث يعرف الدفع الموضوعي بأنه إنكار المدعى عليه لادعاءات المدعي كلها أو بعضها بالمنازعة في صحة التزامه أو مده أو منازعته في بقاءه.. وراجع الأستاذ الدكتور محمد حامد فهمي في مؤلفه في المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٤٢٣ رقم ٣٧٨ وحيث يوضح الفقيه بأن الدفع بسقوط الدين بالتقادم أو بسبق الحكم فيه أو الصلح عنه من الدفوع الموضوعية.. وفي عكس ذلك انظر الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في المرجع السابق، الموضوع السابق حيث ينوه إلى أن المدعي عليه في هذا الدفع لا يتعرض إلى الإقرار بأصل الحق أو إنكاره.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، سابق الإشارة إليه ص ٢١١.

ومما هو جدير بالاعتبار أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يترتب عليه استنفاد سلطة المحكمة بالنسبة لموضوع الدعوى، لذا فإنه إذا ما طعن في هذا الحكم أمام المحكمة الاستئنافية ورأت هذه الأخيرة إلغاء حكم محكمة أول درجة لوجود عيب شكلي مثلاً فإنه لا =

أما الدفوع الإيجابية فهي ما تتضمن تأكيد واقعة مانعة أو منهيّة للحق المدعى به، مثل تأكيد عدم مشروعية سبب العقد المدعى بعدم الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه أو تأكيد الوفاء أو حدوث المقاصة القانونية، وفي خصوص هذه الدفوع توجب الأمانة كذلك جدية الدفع وصحته وأن يكون تأكيده متفق مع الواقع، كما توجب الأمانة عدم استعمال هذه الدفوع بقصد إطالة أمد التقاضي أو التكتيل بالخصم^(١).

ب - أما الدفوع الشكلية: فهي ما يوجهها الخصم إلى إجراءات الخصومة بغية استصدار حكم منهي لها دون الفصل في موضوعها أو بما يؤدي إلى تأخير الفصل فيها، ولقد عرفت المادة ٧٣ من قانون المرافعات الفرنسي هذه الدفوع بقولها إنه يعد دفعاً شكلياً كل دفع يتمسك به الخصم لتقرير عدم الانتظام في الإجراءات أو بما يؤدي إلى تأخير الفصل في الخصومة:

"Constitue une exception de procedure tout moyen qui tend soit à faire déclarer irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours".

يعاد نظر الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى التي فصلت فيه وإنما يكون على المحكمة الاستثنائية أن تتولى الفصل في الموضوع.. كذلك يترتب على وصف الدفع الموضوعي بأنه سلبى أو إيجابى يعين من يكون عليه الإثبات؛ لأنه إذا اكتفى المدعى عليه بالإنكار السلبى كان على المدعى أي يثبت هو ما يدعى المدعى عليه إنكاره لأن الإنكار لا ينشئ وضع جديد يجب إثباته، أما إذا كان الدفع الموضوعي إيجابى من جانب المدعى عليه، كان على هذا الأخير إثبات الوقائع التي يدعيها إعمالاً للقاعدة القاضية بأن البنية على من ادعى. (١) ومن المقرر في الفقه الإجرائي أن المدعى عليه لا يتقيد بترتيب معين بشأن الدفوع الإيجابية أو السلبية حيث يجوز له أن يبيدها في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ومن ثم فإنه لا يجب أن نستخلص اتباع المدعى عليه بترتيب معين في هذه الدفوع كيما نستخلص تنازله ضمناً عن بعضها دون الآخر. راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور رمزي سيف في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٦٠ رقم ٣٣١. وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، سابق الإشارة إليه ص ٢١٣.

ومن ذلك مثلاً الدفع بعدم الاختصاص أو بالإحالة أو بطلان الإجراء أو الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو سقوط الخصومة أو انقضائها بالتقادم.. وخاصة هذه الدفوع - كما يقول الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي - أنها لا تتعلق بالموضوع وإنما بالإجراءات^(١). كما ينوه الفقيه إلى أن مصطلح "الدفع" له معاني متعددة إذ قد ينصرف إلى ما يتعلق بالدفوع الموضوعية كما لو كان الدفع بالمقاصة. وقد ينصرف إلى وسائل الدفاع حينما يتعلق الأمر مثلاً بإعمال القاعدة القائلة بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع *le juge de l' action est juge de l' exception* ومع ذلك فإن الدفوع الشكلية هي دفوع أكثر صرامة عن الدفوع الموضوعية؛ لأن الشكلية تستهدف مباشرة استصدار الحكم المنهي للخصومة دون الفصل في موضوعها ومن ثم لا يجد مبدأ المواجهة بين الخصوم مجاله المعتاد في التطبيق، ولقد أوجب المشرع الفرنسي في المادة ٧٤ مرافعات أن تبدي الدفوع الشكلية معاً وأن تكون سابقة على الدفوع في الموضوع ودفوع عدم القبول وفي ذلك تقول المادة:

Les exceptions doivent, à peine d' irrecevabilité, être soulevés simultanément et avant toute défense au fond au fin de non - recevoir.⁽²⁾

(١) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p.126 No. 162.

ويشير الأستاذ "كوشيه" إلى أن الدفوع الشكلية تخضع لنظام أكثر صرامة من الدفوع الموضوعية لأن من يثير هذه الدفوع الإجرائية يدل بهذه الإثارة على رغبته في عدم إثارة الدفوع الموضوعية أو أوجه الدفاع، من أجل ذلك صرحت المادة ٧٤ من قانون المرافعات الفرنسي بأن:

Les exceptions doivent, à peine d' irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non - recevoir.

(٢) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 127.

ومن البديهي أنه يجب على الخصم إذا دفع بأسباب عدم القبول أن يراعي الأمانة الإجرائية ومؤدى ذلك بالضرورة أن تتوافر الأسباب القانونية المبررة للدفع، ذلك أن إثارة هذه الدفوع وإن كان الهدف منها عدم قبول الدعوى بما يغني عن التعرض للموضوع إلا أنه يجب مثلاً جدية الدفع بعدم توافر الصفة في الخصم أو عدم توافر المصلحة أو عدم مشروعيتها أو

وتوجب الأمانة الإجرائية على الخصم مراعاة الضوابط المنظمة للدفع الشكالية بما يبسر نظر المحكمة للدعوى. لذا فإن على المدعى عليه أن يبدي الدفع الإجرائية عند بدء الخصومة. ويجب إبداء الدفع الشكالية قبل الكلام في الموضوع أو قبل الدفع بعدم القبول، ويجب على الخصم عدم إبداء أي من هذه الدفع الشكالية بغية المماطلة أو إطالة أمد النزاع حال علمه بعدم توافر أي مبرر لها^(١).

ج - أما الدفع بعدم القبول: فهي تلك الدفع التي توجه إلى الحق في الدعوى بما يحول دون إمكانية الحصول على الحكم فيها، ومؤدى هذه الدفع أن يتمسك الخصم بعدم توافر شروط الدعوى سواء أكانت من الشروط العامة أو الخاصة أو كانت من الشروط الإيجابية أو السلبية، ولقد عرف المشرع الفرنسي هذه الدفع في المادة ١٢٢ من قانون المرافعات بذكره أنه:

"Constitue une fin de non – recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l' adversaire irrecevable en sa demande, sans

كون الدعوى قد انقضت بالتقادم أو انقضاء المدة التي قد يعينها المشرع أو سبق الفصل في الخصومة ذاتها ولذلك قيل وبحق بأن الخصم إذا ما دفع بعدم القبول فإنه يستهدف بذلك دون إمكان نظر الدعوى أمام المحكمة:

La partie qui oppose une fin de non – recevoir à son adversaire conteste le droit d' action de celui – ci.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 128. No. 164

وانظر في الإشارة إلى طبيعة الدفع بعدم القبول:

Normand; Rev. trim. De. Dr. civil. 1981 p. 684.

(١) لذا قد يتعمد الخصم عدم إثارة الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام قبل الدفع الموضوعية ثم يثير هذا الدفع – كالدفع بعدم الاختصاص النوعي – بعد أن تكون المحكمة قد أجرت تحقيقاً في الموضوع وإحالة الدعوى إلى الخبير ويكون ما ابتغاه المدعى عليه من إرجاء الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي إطالة أمد النزاع بدون موجب، كذلك يعد من قبيل إساءة الأمانة أن يتعمد المدعي رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة مكانياً حتى يحمل الخصم المدعى عليه مغبة ومشقة الحضور لإبداء الدفع الشكلي.

examen au fond, pour défaut de droit d' agir, tel le défaut de qualité, le défaut d' intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée".⁽¹⁾

كذلك تعرض المشرع المصري لحكمها في المادة ١١٥ مرافعات حيث أوضح أن: الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها، فأفاد النص أن الحق في هذه الدفوع لا يسقط قبل الكلام في الموضوع حيث يجوز للخصم أن يبيديه في أية مرحلة تكون عليها الإجراءات، حتى ولو كانت الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية.

ومن الفقهاء في فقه المرافعات من تساءل حول الطبيعة القانونية للدفوع بعدم قبول الدعوى، ويذهب غالبية الفقه إلى أن لهذه الدفوع طبيعة مزدوجة nature mixte: فهي من ناحية تقترب من الدفوع الشكلية لأن عدم توافر مقتضاها لا يتيح للقاضي التعرض لموضوع الخصومة وهي إن قبلت تسمح للقاضي الاقتراب من موضوع الدعوى بما يجعلها من الدفوع الموضوعية - وفي ذلك قال الأستاذ "كوشيه":

cette - ci paraît en effet proche de l' exception de procédure... mais par ailleurs lorsqu' elle est accueillie, ses effets énergique permettent de la rapprocher de la défense au fond.⁽²⁾

وفيما يتعلق بالقيمة القانونية لهذه الدفوع فإن موقف المشرع الفرنسي قد تغير في هذا المجال: لأنه قبل الأمر بقانون الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥ كان المشرع يعتبرها من ذات طبيعة الدفوع الشكلية ومن ثم تأخذ حكمها لذا كان المتعين إبداء الدفوع الشكلية وعدم القبول قبل الموضوعية، على أن المشرع قد عدل عن هذه الوجهة من النظر حيث أورد في الفترة اللاحقة لذات التاريخ تعديلاً في نص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات وكان قد ضمن هذه المادة إشارته إلى أن دفوع عدم القبول يجوز إبدائها في أي مرحلة في الدعوى مما جعلها مما تسري

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 128.

(٢) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 128.

وفي هذا المعنى راجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية، سابق الإشارة إليه ص ٢١٩.

عليه قواعد الدفوع الموضوعية:

"les fins de non – recevoir peuvent être proposées en tout état de cause... " ces moyens de défense étant donc traits en principe, quant au régime juridique, comme des défenses au fond.⁽¹⁾

وبموجب هذا التعديل الأخير ساير المشرع الفرنسي ما كان – ولازال قائما – في المادة ١١٥ من قانون المرافعات المصري والتي صرحت بأن هذه الدفوع يجوز إبدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى. ويقول الأستاذ "كوشيه" في الفقه الفرنسي أن المشرع إذ أجاز إثارة هذه الدفوع في أية حالة كانت عليها الدعوى فإن ذلك قد يؤدي إلى إساءة استعمالها إذ قد يعتمد أحد الخصوم إلى عدم إثارتها عند بداية نظر الدعوى رغم علمه بسببها ثم يتمسك بها فيما بعد مما يحقق المماطلة في التقاضي والكيد للخصوم الآخرين، وربما حاول المشرع الفرنسي التخفيف من الآثار المترتبة على ذلك إذ أوجب التمسك ببعض من هذه الدفوع حال نظر الدعوى وإلا سقط الحق في ذلك، كما يجب على كل خصم أن يراعي واجب الأمانة الإجرائية بشأن دفع عدم القبول ومن أوجه الأمانة في هذا المقام ألا يعتمد التراخي في إثارة الدفع لما بعد بقصد الإضرار بالخصوم الآخرين، ولقد قنن المشرع الفرنسي هذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة ١٢٣ من قانون المرافعات حيث أورد فيها الإشارة إلى أن:

le juge peut condamner à des dommages – intérêt ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de... soulever plus tôt une fin de non - recevoir.⁽²⁾

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 128 No 164. وانظر أيضا:

Desdevises; "l'abus de droit d'agir en justice avec Succès". Dalloz 1979, chr. 21.

وراجع كذلك:

E. Blary – clement. "spécificité et sanctions des manoeuvres dilatoires dans le procès civil". J.C.P. 1991. I. 3534.

(٢) ويشير الأستاذ "كوشيه" في هذا المقام أيضاً إلى أن القاضي بإمكانه أن يرتب الآثار القانونية اللازمة على الدفع بعدم القبول في بعض الحالات التي ترتبط بالنظام العام وذلك =

كذلك فإن إخلال الخصم بالأمانة الإجرائية هو ما حدا بالمشرع الفرنسي إلى أن يفصل القاضي من تلقاء نفسه في حالات بعينها من عدم القبول إذا اعتبرها من النظام العام وهذا ما يجوز للقاضي مثلاً عند عدم مراعاة الخصم للميعاد المقرر قانوناً للطعن في الأحكام:

le juge doit relever d' office les fins de non – recevoir ayant un caractère d' ordre public "notamment lorsqu' elles resultent de l' inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l' absence d' ouverture d' une voie de recours.⁽¹⁾

المطلب الثالث

أثر الأمانة الإجرائية في مبدأ المواجهة بين الخصوم

من المسلم به في فقه المرافعات أن المواجهة بين الخصوم تعد من المبادئ الأساسية في الخصومة القضائية⁽²⁾. ولا قيمة لإعلاء المواجهة وتحقيقها الهدف

من تلقاء نفسه.. فهو مثلاً يقضي بعدم القبول في الحالات التي يكون الخصم فيها لم يراع الميعاد المقرر قانوناً لمباشرة إحدى طرق الطعن، وله أن يقضي كذلك بعدم القبول في الحالات التي يتبين له فيها امتناع المصلحة. وهو في هذا المجال يطبق نصوص قانونية أخرى مثلما هو الحال بالنسبة للمادة ١٢٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٧٩ - ٩٤١ - والصادر في ٧ نوفمبر ١٩٧٩.

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 129.

(٢) وفي هذا المقام قال الأستاذ "موريل" بأن مبدأ المواجهة هو مبدأ أساسي يلزم في حسن الأداء للعدالة وهذا المبدأ وإن لم يرد النص عليه بموجب نص قانوني مباشر في قانون المرافعات إلا أن له تطبيقات عديدة وأصول توجه الأداء المطلوب في العديد من الإجراءات التي اقتضاها القانون، كما وأن مبدأ المواجهة مبدأ مقنن في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إذ لا يمكن إدانة أحد دون محاكمته أو الاستماع إليه، ويعد هذا المبدأ قرين الحق في الدفاع وحرية حق الدفاع وهو واجب التطبيق تماماً في المرافعات المدنية:

Le principe n' est pas moins fundamental en matière civile.

لأن القاضي إذا ما حكم عند الاقتصار على أقوال الخصم بمفرده فإن حكمه لا يلبي العدالة.. ويترتب على مبدأ المواجهة عدة نتائج منها أنه لا يمكن الحكم على شخص لم تتح

المنشود منها ما لم تقيد المواجهة بالأمانة الإجرائية^(١). وتظهر أهمية ذلك إذا لاحظنا الحقيقة المؤدية إلى اعتبار المواجهة هي الوسيلة العملية لحرية الدفاع بما يعني أنه يجب أن يتاح لكل خصم أن يبدي دفاعه في الخصومة وأن يسمح له بحق مناقشة الخصوم بحيث تغدو الخصومة منهجاً جدلياً^(٢). يكشف للقاضي عن حقيقة الدعوى عبر المناقشات المتعارضة التي يقدمها كل خصم، وفي جميع الأحوال يجب أن يراعي كل خصم الأمانة في المناقشة وألا يعتمد إلى الإساءة إلى خصمه ومن أجل ذلك وحتى تتحقق ضرورات واعتبارات المواجهة فيجب توجيه المطالبة إلى الخصم الآخر عن طريق إعلان صحيفة الدعوى.. وإذا كانت

=

له فرصة المواجهة وإظهار ادعائه وحجج دفاعه، وثانيها أن لكل خصم الحق المطلق في الاتصال بالقضية والاطلاع على المستندات والأوراق، وان يعلم بكل ما اتخذ من إجراءات فيها، ثم إن القاضي لا يجوز له أن يحكم إلا بعد المواجهة أمامه.. راجع في عرض ذلك بقدر أوفى من التفصيل:

René Morel; Traité élémentaire.. op. cit.. p. 346. No. 426.

(١) لذا صاغ المشرع الفرنسي عدة مبادئ إجرائية تعلي من قدر الأمانة ومن ذلك مثلاً ما أورده في المادة الرابعة من قانون المرافعات والتي أشار فيها إلى أن موضوع النزاع يتحدد بما يقدمه الخصوم من ادعاءات، ولا ريب في أن هذه الادعاءات يجب أن تتفق مع مقتضيات الأمانة، كذلك جاء في المادة الخامسة النص على أنه يجب على القاضي أن يحكم في كل ما طلب منه الفصل فيه ولا يفصل فقط إلا فيما يطلب منه، وورد في المادة السابعة من ذات القانون أنه يمتنع على القاضي أن يقيم حكمه على وقائع غير معروضة في الجلسة.. وكل ذلك مشروط بدهاء بمراعاة الأمانة الإجرائية.

(٢) ويظهر الطابع الجدلي في الخصومة في العديد من نصوص قانون المرافعات المصري ومن ذلك مثلاً ما ورد في المادة ٩٧ منه التي جاء فيها: يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة.. ونصت المادة ١٦٨ على أنه لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم عليها، وورد في المادة ٦٩ من قانون الإثبات أنه: إذا أذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق.. ويشير الأستاذ الدكتور محمد نور شحاتة - الوسيط - ص ٧٢٤ إلى أن المواجهة بين الخصوم غايتها التزام بحد أدنى من الأمانة.

الطلبات عارضة فيجب أن يكون ذلك في حضور الخصوم في حالة الطلبات العارضة الشفاهية^(١). كذلك تقتضي الأمانة إعلان منطوق الأحكام التي تصدر بإجراء من إجراءات الإثبات إلى من لم يحضر جلسة النطق بها وأيضاً إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلاً وفقاً للمادة ٥ من قانون الإثبات، كما يتعين تمكين الخصوم بالاطلاع على الأوراق والمذكرات التي يقدمها الخصم الآخر^(٢).

(١) وبموجب المادة ١٢٣ من قانون المرافعات يكون تقديم الطلب العارض بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل الجلسة بما يقتضيه ذلك من إيداع صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ثم إعلانها للمدعى عليه مع مراعاة ميعاد الحضور أو قد يكون الطلب العارض شفاهة في الجلسة في حضور الخصم وإثباته في محضر الجلسة وفي كل الأحوال يجب احترام الأمانة الإجرائية بالحفاظ على حقوق الدفاع ومنح المدعى عليه مهلة للرد على الطلب العارض، وتسري ذات القواعد بخصوص الطلبات العارضة في قانون المرافعات الفرنسي، لذا قال "موريل" إذا قبل الطلب العارض فإنه لا يجوز تقديمه بعد قفل باب المرافعة، وعلى المحكمة أن تتبين الصلة أو الارتباط بين الطلب الأصلي والعارض، وإذا تبين للمحكمة أن الفصل في الطلب العارض يعطل الفصل في الطلب الأصلي كان لها أن تقصر حكمها على الأصلي ثم تقضي من بعد ذلك بالطلب العارض، وإذا لم يلق الطلب الأصلي قبولا من المحكمة لمثل عدم الاختصاص سقط العارض من تلقاء نفسه ipso facto وحينئذ لا يصح اعتبار الطلب العارض كأصلي.. راجع: R. Morél; p. 297. No. 362.

(٢) وبموجب المادة ٢/٥، ٦ من قانون الإثبات وحيث يوجب المشرع إعلان منطوق الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات إلى من لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها، فإنه يجب أن يتم الإعلان قبل التاريخ المحدد بيومين بناء على طلب قلم الكتاب.. هذا وتعتبر الأحكام الصادرة بشأن إجراءات الإثبات أحكاماً تحضيرية، ولذلك يصح للمحكمة أن تعدل عنها شريطة أن توضح أسباب العدول بالمحضر.

ويراعى أنه وإن كان من حقوق كل خصم الحق في التأجيل إلا أنه لا ينبغي إساءة استعمال هذا الحق بالأخص في الحالات التي لا يكون فيها التأجيل وجوبياً ومن ذلك مثلاً أن يعتمد المدعى عليه الغياب في الجلسة الأولى مما يترتب عليه التأجيل الوجوبي عملاً للمادة ٨٤ مرافعات أو أيضاً التأجيل لاستكمال ميعاد الحضور أو التأجيل لتنازل المحامي عن التوكيل إذا كان ذلك بالاتفاق بين الخصم ومحاميه لإطالة أمد النزاع، ومن ذلك أيضاً إذا تعمد

ومن دواعي الأمانة الإجرائية في مقام المواجهة أن يراعي كل خصم مبدأ المساواة بينه وبين غيره من الخصوم لأن حقوق الدفاع لا تؤسس إلا على المساواة والعدل^(١). كما توصي الأمانة مراعاة القاضي لمبدأ الحياد بين الخصوم والتكافؤ بينهم كافة^(٢). كما تقضي اعتبارات الأمانة أن يكفل الخصم لخصمه حقه في الرد، ولقد تكفل المشرع بإظهار ذلك في المادة ٢/٩٧ من قانون المرافعات حيث أجازت هذه المادة للخصم سواء أكان هو المدعي أو المدعى عليه أن يقدم ما يراه من مستندات رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة، كما أظهر المشرع ذلك أيضاً بموجب المادة ٦٩ من قانون الإثبات حيث أبانت هذه المادة بأن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق.

ومن دواعي الأمانة الإجرائية في مجال المواجهة تحقيق مبدأ تركيز الخصومة وما يستتبعه من الاقتصاد في الإجراءات^(٣). والغاية من أداء الخصوم لهذه الأمانة تمكين القضاء من الفصل في القضايا في الوقت المناسب كما تحقق

الخصم طلب التأجيل للرد على طلب عارض بينما يكون بإمكان الخصم تقديم الرد دون تأجيل، وعلى كل حال فقد سعى المشرع إلى الحد من فرص التأجيل التي تستهدف بطء التقاضي، لذا نصت المادة ٩٨ من قانون المرافعات على أنه لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على ألا تتجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع. وعلى كل حال فإن هذه القاعدة من القواعد التنظيمية إذ لا يترتب على مخالفتها البطلان.

(١) وتحسن الإشارة في هذا المقام إلى ما أورده المشرع في المادة ١٠٥ من قانون المرافعات والتي أوردت فيها الإشارة إلى أن للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بمحو العبارات الجارحة أو المخالفة للأداب أو النظام العام من أية ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات.

(٢) ومن مظاهر ذلك مثلاً ما نلمسه من مساواة بين الخصوم عندما تقرر المحكمة قفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم لذا لا يجوز للخصوم - على قدم المساواة - تقديم دفوع جديدة أو طلبات عارضة كما لا يجوز تدخل النيابة العامة أو الغير كطرف منضم ولا يجوز تقديم أدلة من أحد الخصوم دون باقيهم.

(٣) انظر في الإشارة إلى هذا المبدأ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ الخصومة المدنية.

سابق الإشارة إليه ص ٢٢.

هذه الأمانة فائدة عظمى للخصوم جميعاً مادام الأصل أن الحماية البطيئة للحق فيه أضرار بالغة، لذا يعد من قبيل الأمانة إلزام الخصوم بتقديم دفاعهم ومستنداتهم المؤيدة قبل الجلسة المحددة لها، ومن ثم يتعين على المدعي أن يودع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرته الشارحة مع صحيفة الدعوى بقلم الكتاب وأن يودع المدعي عليه مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل، كما يعد من موجبات الأمانة قبول الطلبات العارضة والمرتبطة للفصل في جميع أوجه النزاع في خصومة واحدة كما يقرر المشرع عدم قبول الطلبات العارضة غير المرتبطة بالطلب الأصلي كما أوجب المشرع مراعاة ضوابط تدخل الغير، ومن مقتضيات الأمانة أيضاً أن يراعي كل خصم وحدة الخصومة فلا يعمد إلى الطعن في الأحكام غير المنهية للخصومة إلا مع الطعن في الحكم المنهية لها (إعمالاً للمادة ٢١٢ مرافعات) حتى لا تتشتت أوصال القضية بين المحاكم المختلفة.

وتدعو موجبات الأمانة الإجرائية الخصم لأن يراعي مبدأ العلانية ووجه ذلك متابعته الحضور في الجلسات وألا يطلب من المحكمة بأن تأمر بالسرية بدون موجب مثل ادعائه باتصال الخصومة بالنظام العام أو الآداب أو حرمة الأسرة بينما هي غير ذلك^(١). كما تفرض الأمانة الإجرائية أن يراعي كل خصم ضوابط النزاهة والتعفف في المرافعة الشفوية وفي المذكرات المكتوبة^(٢). وفي هذا المقام يجب عدم الإساءة بالقول للخصوم الآخرين، وعدم الاسترسال في أقوال بلا مقتضى وعدم التكرار أو الإهانة للخصم أو الغير ولو لم يكن خصماً، إذ الأمانة توجب التعفف ومراعاة أصول الأدب والاحترام والهدف منها تنوير المحكمة وإظهار الحقيقة جلية بلا تزويد أو إطالة غير مرجوة، لذا قيل وبحق: يتيح القانون للمدعي

(١) والقاعدة المستقرة في حكم المادة ٧٢ مرافعات أنه يجوز للخصوم توكيل من يحضر عنهم لذا فإنه لا يلزم حضور الخصم شخصياً وإنما يجوز حضوره عن طريق وكيل بالخصومة، ومع ذلك فإنه يجوز للمحكمة أن تأمر بإحضار الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ومن الأمانة أن يليي الخصم طلب المحكمة بالحضور.

(٢) ومن موجبات الأمانة الإجرائية اطلاع الخصم على كل مذكرة يقدمها الخصم الآخر ويتم هذا بدون حاجة إلى إعلان المذكرة إعلاناً قضائياً. وبموجب المادة ١٦٨ مرافعات فإنه لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً.

حق الدفاع عن دعواه، كما يتيح للمدعى عليه حق الدفاع للرد على الدعوى، ويقتضي هذا تمكين الخصوم من تقديم الدفوع والأسانيد المثبتة لحقهم والمرافعة أمام المحكمة لشرح دعواهم أو دفوعهم^(١).

الفرع الأول

أثر مراعاة الأمانة الإجرائية في توجيه سلوك
الخصم منذ بدء الخصومة

يولي الفقه أهمية كبرى لاستظهار الأمانة الإجرائية في توجيه سلوك الخصم منذ بدء الخصومة لأن المواجهة بين الخصوم يجب أن تقام على أساس من الاستقامة والنزاهة منذ الانعقاد الإجرائي الأول للخصومة، لذا يؤكد الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي أنه يجب عند بدء الدعوى بالمطالبة إعلام الخصم بالوجود الإجرائي لها *l' information relative à l' existence d' une procédure*. ومرد مراعاة الأمانة الإجرائية المطلوبة في هذا المقام هو ضرورة مراعاة الالتزام القانوني الذي قرره المشرع في المادة ١٤ من قانون المرافعات الفرنسي والتي ذكر فيها المشرع أنه لا يجوز أن يحكم على أي خصم دون أن يُصغي إليه ودون أن يبدي دفاعه: "Nuelle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée"^(٢).

(١) راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في المبادئ، سابق الإشارة إليه ص ٣٧٩.. وكثيراً ما يربط الفقه الإجرائي بين المواجهة وبين حق الدفاع، بل إن هناك من يرى المبالغة في هذا الحق الأخير فيوصف بأنه من قبيل الحرية، ومن مقتضاه تمكين المدعي من بسط ادعاءاته وتدعيمها بالأدلة مع تمكين المدعى عليه هو الآخر بشرح دفاعه وتدعيمه بما لديه من أدلة مضادة، راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في مرجعه السابق الإشارة إليه ص ٣٦٨ رقم ٢٣٩. وراجع أيضاً:

Jean larguier; procédure civile, droit judiciaire privé. op. cit. p. 66.

وانظر كذلك:

Gérard Cornu et Jean Foyer; procédure civil op. cit. p. 368 etss.

وانظر أيضاً:

Del Vecchio, la justice, la vérité. 1955 p. 129.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 184.

=

ويعد هذا النص إعمالاً وتأكيداً لقاعدة إجرائية عتيقة مستقرة في كل نظام إجرائي من موجبها أنه لا يمكن للقاضي أن ينتهي من نظره لدعوى ما ولا أن يفصل في خصومة مطروحة أمامه إلا إذا تمكن كل خصم في إبداء وإظهار ادعاءه أو عرض مبررات دفاعه^(١). ولا مناص من تحقيق ذلك إلا إذا أتيح للمدعي بسط أسباب ادعائه ومناقشته في ذلك من جانب المدعي عليه الذي يجب أن يتاح له هو الآخر استعمال حقه في الرد والمواجهة والدفاع^(٢).

ولا ينبغي الاعتقاد بأن جوهر الأمانة الإجرائية يقتصر فحسب على أمانة المواجهة والعلم المتبادل للادعاء أو الدفاع، وإنما من دواعي الأمانة أن يعلم كل خصم بكل إجراء يتخذ في الدعوى، لذا فإنه من دواعي الأمانة أن يعلم المدعي عليه بالأوراق والمستندات التي قدمها المدعي وإذا تقدم المدعي بمذكرات مكتوبة فيجب إطلاع الخصم المدعي عليه بها وبالمثل فإن المدعي عليه إن قدم ثمة

وانظر كذلك:

Odent; les droits de la défense, conseil d' Etat, Etudes et documents
1954. 55.

وراجع:

Jeanneau; les principes généraux de droit dans la jurisprudence
administrative, 1954 p. 78 ets.

(١) لهذا الاعتبار ساد في الفقه الإجرائي مبدأ المرافعة الشفوية وهو مبدأ يوجب على القاضي أن ينظر الدعوى في حضور الخصوم أو من يمثلهم لذا صاغ المشرع حكم المادة ١٦٧ من قانون المرافعات التي منع فيها القاضي الذي لم يسمع المرافعة من الاشتراك في المداولة أو في الحكم في الدعوى، ومن ناحية أخرى قررت المادة ١٠٢ مرافعات أنه يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة، ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها.

(٢) وتؤدي فكرة المواعيد الإجرائية دوراً فعالاً في كفالة حق الرد والمواجهة والدفاع، وبعض هذه المواعيد يفرضه القانون ويحدده بموجب النصوص مثلما هو الأمر بالنسبة لمواعيد الحضور في المادة من ٦٦ إلى ٦٩ مرافعات، وبعض هذه المواعيد يترك لتقدير القاضي كالحال في التأجيل والاستعداد والاطلاع على المستندات المقدمة من الخصم والرد عليها.

دفاع أو دفع وجب أن يحاط المدعي علماً بها^(١). ولكل من الطرفين حق الرد وحق الدفاع وبالمثل ينصرف جوهر هذا الحق وموجبات المواجهة إلى من كان خصماً منضماً أو مدخلاً في الدعوى، إذ المواجهة ليست فحسب للمدعي أو المدعى عليه وإنما للأطراف الأخرى الخصوم في القضية.. ويقول الأستاذ "كوشيه" في مقام استظهار مبدأ المواجهة بين الخصوم بأن محكمة النقض الفرنسية قد دأبت على التأكيد عليه منذ مطلع القرن التاسع عشر وأنه مبدأ يؤكد الحق في الدفاع:

Aussi bien la cour de cassation n' a – t – elle pas hésité à affirmer dès le xix^e siècle qu cette règle puisait sa force dans le droit naturel: "la défense étant un droit naturel, énonçait – elle alors, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis demeure de se défendre"⁽²⁾.

ويضيف الأستاذ "كوشيه" إلى أن الأمانة الإجرائية المطلوبة لتحقيق مبدأ المواجهة تستوجب مراعاة الخصم لميعاد الحضور observation des délais de comparution وفائدة مراعاة الأمانة الإجرائية في هذا المجال هو كون هذا الميعاد ضماناً لاستعداد المدعى عليه وتهيئة للدخول في المواجهة وحتى لا يتحقق ضرر المواجهة المباغتة أو المفاجئة وفي ذلك ما يعزز القدرة على الدفاع

(١) وتأكيداً لذلك قررت المادة ١٥ من قانون المرافعات الفرنسي أن:

Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu' elles produisent et les moyens de droit qu' elles invoquent, afin que chacune soit à même d' organiser sa défense.

(٢) راجع حكم نقض فرنسي: 93. I. 1828. s. 7 mai 1828. civ.

وراجع في الإشارة إلى ضرورة مراعاة الأمانة عند الحصول على أدلة الإثبات:

civ. 12 mars 1975. J.C.P. 1975. IV. 6551

وفي التعليق على هذا الحكم راجع المجلة الفصلية للقانون المدني:

Rev. Trim. Dr. civ. 1976. 199.

والتمكن منه^(١).. ولقد فطن المشرع الفرنسي لأهمية هذا الميعاد وكان أن أقره في الفقرة الثانية من المادة ٧٥٢ من قانون المرافعات الفرنسي حيث ورد فيها الإشارة إلى أن ميعاد الحضور أمام المحكمة الابتدائية هو خمس عشرة يوماً من تاريخ الإعلان، ولقد أوجب المشرع تعيين تاريخ هذا الإجراء في البيانات المتطلبة في الإعلان كيما تتحقق الرقابة على أمانة الإجراء^(٢).

الفرع الثاني

أثر مراعاة الأمانة الإجرائية

في المواجهة أثناء نظر المحكمة للخصومة

وتؤدي الأمانة الإجرائية دوراً فعالاً في توجيه الخصومة وتحقيق المواجهة بصورة إيجابية طويلة المدة الزمنية التي يستغرقها نظر الدعوى، ويؤكد الأستاذ

(١) راجع: Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 453 etss.

وعادة ما يعرف الفقه ميعاد الحضور بأنه الميعاد الذي يتعين أن ينقضي بين إعلان المدعى عليه أو ممثله بصحيفة الدعوى المتضمنة تكليفه بالحضور للمحكمة وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى، وقد حدد المشرع في المادة ٦٦ من قانون المرافعات هذا الميعاد وهو يختلف حسب نوع الدعوى لأنه في الدعوى المستعجل ٢٤ ساعة أياً ما كانت المحكمة التي تنتظر في الدعوى، أما في دعاوى غير المستعجلة فإن ميعاد الحضور هو ثمانية أيام بالنسبة للمحكمة الجزئية وهو خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف، ويعد ميعاد الحضور ميعاداً كاملاً.. ويختلف ميعاد الحضور عن ميعاد إعلان صحيفة الدعوى للمدعى عليه حيث أوجب القانون بعد إيداع قلم كتاب المحكمة إعلان الصحيفة ويكون على قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر من الإيداع بتسليم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين وعلى قلم المحضرين أن يقوم بالإعلان خلال ثلاثين يوماً من تسلمه الأوراق... راجع في عرض ذلك بمزيد من الإيضاح والتفصيل الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٣٩ رقم ٢٢٦ وما بعدها. وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه صفحة ٥٣٦ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور نبيل عمر في الوسيط، طبعة ١٩٩٩، سابق الإشارة إليه ص ٣٩٢.

(٢) راجع في الإشارة إلى ضوابط تحديد الميعاد في قانون المرافعات الفرنسي:

Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 418 etss.

"كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي على أن الأمانة الإجرائية تستوجب - كلما كانت الدعوى مطروحة على المحكمة - كفالة حقوق كل خصم بأن يحيط القاضي علماً بالوقائع أو الظروف أو العناصر المادية التي يرى كونها مفيدة في بلوغ الحكم العادل المنشود والمحقق لرسالة المحكمة^(١). وعلى ضوء ما تقدم فإن الأمانة توجب إتاحة الفرصة للمدعي لإظهار أسباب الادعاء ودواعيه، وفي هذا المقام يتصل الحق في الادعاء بالحق في الدفاع عن الحق أو المركز القانوني المدعى المساس به أو المراد حمايته^(٢). وتعد أسباب الدعوى المقدمات الأولى التي تدور حولها فكرة المواجهة، أو هي النطاق الأولي للمناقشة والجدل والأصل استمرار المواجهة مادامت الدعوى منظورة أمام المحكمة وحتى صدور الحكم فيها وعادة ما يحيط وبحق المشرع المواجهة بأسباب للإباحة القضائية بما يعني عدم المسؤولية عما يبيده الخصم في الخصومة من أسباب لازمة لحماية الحق أو المركز القانوني مادامت هذه الأسباب مسوغة ومبررة قانوناً ومن ثم لا يسأل الخصم عما يبيده من أقوال تكون الأركان القانونية لجريمة القذف أو السب ويستوي في هذا المقام أن ترد هذه الأقوال خلال المرافعة الشفوية أو المذكرات المكتوبة^(٣).

(١) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 184.

وراجع أيضاً الأستاذان "كارنو وفوييه" حيث يشيران إلى أنه لا يجوز أن يحكم على شخص لم يستمع القاضي إلى دفاعه، وقد استقرت هذه القاعدة منذ القانون الروماني حيث شاع القول بأنه: *Audiatur et altera pars* وهي تعد ضماناً كبيراً لصحة أداء العدالة.. لذا لكل خصم أن يحتاج خصمه:

Chaque partie soit à même de contredire l' autre dans ses prétentions

راجع: Gérard Cornu et Jean Foyer; op. cit. p. 369.

(٢) والأصل أنه برفع الدعوى تترتب آثار خطيرة إذ توجد الخصومة وتنشأ فكرة الحق المتنازع فيه ويكون على المشرع أن يحمي الخصم من تصرفات خصمه في الشيء المتنازع فيه بعد رفع الدعوى، كما يترتب على ذلك أيضاً أنه يتعين على المحكمة أن تفصل في الخصومة ويكون على الخصوم أن يخضعوا لقضائها.

(٣) ومن الشائع في الفقه التذكير بأن حق المناقشة بين الخصم مكفول لهم جميعاً، والأصل في المرافعة أنها شفوية *principe du débat oral ou de l' oralité* وفي القانون الفرنسي كان المشرع قد أضفى صفة الإباحة عليه ويلزم في الدفاع أمام المحكمة منذ القانون الصادر في

ولا قيد يرد على حرية الدفاع أمام المحكمة سوى ما تقتضيه الأصول والضوابط القانونية من ضرورة مراعاة الحد الأدنى من الأمانة وهو حد لا يبلغ مرحلة الالتزام بالصدق المطلق في ذكر الحقيقة، لأن التخلي عن الحقيقة المجردة لا يعد خروجاً عما استوجبه المشرع وفرضه على الخصم بأن يحترم العدالة في صياغته للمادة ٢٤ من قانون المرافعات التي نص فيها على أنه:

"les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice".

وينوه الفقهاء في فقه المرافعات الفرنسي إلى أن النطاق الواقعي للأمانة الإجرائية ينصرف في مرحلة المواجهة إلى أمانة التواصل بين الأطراف الخصوم، ولقد عني المشرع الفرنسي بتقنين هذه القاعدة في المادة ١٥ من قانون المرافعات التي ضمنها الإشارة إلى أنه:

"les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétention de preuve qu'elles produisent et les moyen de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense"..^(١)

٢٩ يوليو ١٨٨١ في المادة ٤١ منه لذا أكد الأستاذ كوشيه على أنه:

La dite liberté est d'ailleurs garantie par des immunités judiciaire en diffamation, injure ou outrage les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.

راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 185 No. 241.

(١) ويشير الأستاذ "كوشيه" في هذا المقام إلى أن الالتزام التبادلي الملقى على عاتق كل خصم بأن يعلم الخصوم الآخرين بالعناصر المتعلقة بالنزاع تسمح للأطراف بتحقيق مبدأ المواجهة، ثم إن هذا الالتزام ذاته يحقق مزية للخصوم جميعاً إذ سيكون على كل خصم من الخصوم أن يرتب وينظم ويظهر بانتظام عناصر الادعاء والدفاع، لذا فرض المشرع هذا الالتزام التبادلي على الخصوم جميعاً وأوجب أن يكون العلم اللازم في الوقت المناسب، ثم أوجب النص كذلك أن يكون ما يحيط الخصم علم خصمه به "منتجاً" في النزاع وفي ذلك إشارة إلى وجوب عدم تشتيت الخصم أو الخروج عن مبدأ تركيز الخصومة، كما وأن هذه الصياغة

وبموجب هذا النص يكون المشرع الفرنسي قد ألزم كل خصم - في كل خصومة - بأن يحمل لعلم غيره من الخصوم ما يؤيد ادعاءه ودفاعه بما يكفل المواجهة الفعلية الفعالة. ويقول الأستاذ "كوشيه" أنه مما لا ريب فيه أن الواجب الملقى على عاتق المدعي بأن يعرض أسباب ادعاءه فيه تأكيد للحق في الحماية القانونية للحق كما وأن فيه أيضاً تأكيد بحق المدعي عليه بالدفاع^(١). وفي كل الأحوال فإنه لا ينبغي الالتفات عما اقتضاه المشرع في النص بأن يكون تحقيق العلم لدى الخصم في الوقت المناسب en temps utile لأن المواجهة لا تكتمل فائدتها لو جاء هذا العلم متأخراً بما يفقده الأثر الإيجابي المبتغى في تحقيق الصورة المثلى للمواجهة، وفي كل الأحوال توجب الأمانة الإجرائية على الخصم بأن يتجنب عدم الابتعاد عن الوقائع المثارة في الدعوى إذ يجب دائماً وأبداً أن ترتبط بنطاق الدعوى وتكون منتجة فيها^(٢).

تساعد القاضي في الوقوف بدقة على حقيقة النزاع ويساعده على سرعة إصدار حكمه المطابق للعدالة. راجع:

Gérard Couchez; op. cit. p. 186. No. 242.

(١) وتأكيداً لذلك أشار الأستاذان "فانسان وكوينشار" إلى الواقع العملي لنظر الدعوى حيث أوضحوا أن يتولى رئيس الدائرة إدارة الجلسة وتوجيه إجراءات الخصومة فيعطي للمدعي - أو من يمثله قانوناً أو وكيله - الفرصة أولاً لبسط الادعاء مع بيان أسانيد وججته ثم يوجز الطلبات ويولي ذلك أن يباشر المدعي عليه أو من يمثله أو وكيله أوجه الدفاع، وإذا كان المحامي عن المدعي عليه قد أعد لمصلحة موكله دوسيه بشأن وقائع النزاع، فيجب إيداع هذا الدوسيه في الجلسة وقد يودعه المحامي قبل الجلسة في بعض الأحوال.. وعلى رئيس الجلسة أن يصغي بإنصات للأطراف على قدم المساواة وأن يصدر ما يراه لازماً من قرارات.. راجع:

Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 397 No. 526.

(٢) ويعد عدم الابتعاد عن الوقائع المثارة في الدعوى تأكيداً للمبدأ السائد في الخصومة ومن مقتضاه تركيز الخصومة لأنه إذا كان المشرع يورد قيود على تغيير موضوع الخصومة أو أشخاصها بحيث لا تصبح صراعاً مائعاً يطول أجله ويضيع معه الحق الموضوعي، وغذا كان المشرع لا يجيز قبول الطلبات العارضة ما لم تكن هناك صلة وارتباط بينها وبين الطلب الأصلي فإن ذلك يوجب من باب أولى على الخصم عدم الابتعاد عن الوقائع المثارة

المبحث الثاني

الأمانة الإجرائية وواجب الكشف عن الحقيقة

كثيراً ما يورد فقه المرافعات الإشارة إلى أن الخصومة ملك للخصوم^(١). ومع ذلك يجب على كل خصم أن يراعي حسن النية والاستقامة بحيث يتخذ موقفاً إيجابياً يستهدف كشف الحقيقة وعدم الغش أو الخداع وأن يولي كل خصم أهمية كبرى لعدم إضاعة وقت التقاضي أو أن يعتمد إطالة أمد الدعوى، من أجل ذلك تقوم الصلة والارتباط بين الواجب الملقى على عاتق كل خصم بالمعاونة في الإثبات وبين واجب الكشف عن الحقيقة؛ إذ في كل الأحوال يجب أن يتجه القصد المشترك لكل خصم لأن تبلغ المحكمة عين الحقيقة في الدعوى سواء من حيث تعيين الوقائع أو القانون الواجب التطبيق^(٢).

ويقول الأستاذان Jean Vincent et Serge Guinchard في فقه المرافعات الفرنسي بأن المشرع وإن عهد للقاضي بصلاحيه تحقيق الوقائع منار النزاع وفقاً لما قرره المادة ١٠ من قانون المرافعات، إلا أنه من الحقوق المقررة قانوناً لكل خصم أن يثبت وفقاً للقانون الوقائع اللازمة لتأييد ادعائه وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها ومن ذلك مثلاً ما قرره في حكمها الصادر في ١٥ يناير ١٩٧٤ حيث تصرح بأن *chaque partie devant prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès*

في الدعوى. راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 184 No. 239.

(١) ولقد عبر المشرع الفرنسي في المادة ٤ من قانون المرافعات عن هذه القاعدة حيث أورد فيها:

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

وفي الفقرة الثانية من هذه المادة أوضح المشرع أن ادعاءات المدعي تتحدد بموجب العمل الإجرائي الأول لافتتاح الخصومة ووفقاً لما يرد في الطلبات الختامية للدفاع - راجع:

R. Martin; "le double langage de la prétention" J.C.P. 1981. I. 3024.

وراجع أيضاً:

R. Martin; le juge devant la prétention. Dalloz 1987, chron, 85.

(٢) وتأكيداً لذلك قال الأستاذان "فانساه وكونيشار":

"la demande en justice tend vers une certaine fin.."

راجع: Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 294 No. 370.

de sa prétention^(١). وربما استندت المحكمة في هذا القضاء المستقر على نص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي والتي نص فيها على أن الوقائع التي يتوقف عليها الفصل في الخصومة، يجوز للخصوم أن يطلبوا من تلقاء ذاتهم أن تكون محلاً للتحقيق المقبول قانوناً:

"les faits dont depend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d' office, être l' objet de toute mesure d' instruction légalement admissible".^(٢)

ولقد أرفد المشرع لذلك ذكره بأن للمحكمة أن تأمر في كل حال تكون فيها الدعوى بإجراء التحقيق إذا تبين للقاضي لزومه للفصل في الخصومة:

"les mesures d' instruction peuvent être ordonnées en tout état de Cause, dès lors que le juge ne dispose pas d' éléments suffisants pour statuer".

وفي كل الأحوال يجب مراعاة المادة ٢٠ من القانون التي أجازت للقاضي أن يصغي للخصوم بأنفسهم:

Le juge peut toujours entendre les parties elles – mêmes.

على أن أقوال الخصوم يجب أن تعبر عن الأمانة والصدق، لأن ذلك ما يرتضيه القانون ويحث عليه عندما اقتضى أن يكون ما يثيره الخصوم متفقاً مع القانون Conformément à la loi مادام الأصل أن القانون لا يقبل الخروج عن الأمانة وإنما يحث على الصدق ويدعو إلى واجب الكشف عن الحقيقة. وفي ضوء ذلك يتحدد الإطار الواقعي المقبول لإعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم لأنه إذا كانت المواجهة تلبي حق الدفاع وتعزز وسائله وتقيم حرية مباشرته، إلا أن حق الدفاع ليس حقاً مطلقاً إنما هو مقيد بموجبات الأمانة الإجرائية التي يجب أن

(١) انظر : Cass. Civ. 15 janv. 1974. J.C.P. 1975. II. 18107 Note R. Martin

(٢) راجع:

J. B. Denis; "quelques aspects de l' evolution récente du système des preuves en droit civil" Rev. Trim. 1977. 671

وراجع أيضاً حول الإشارة إلى حكم الكذب في الدعوى المدنية:

Godé; le mensonge dans le procès civil. Mélanges weill, p. 259.

يراعيا كل خصم في خصومته القائمة على حسن النية وسمو الخلق وصحة المقاصد^(١). لذا يقول الأستاذان J. Vincvent et S. Guincahrd بأن مبدأ المواجهة لا يتيح لكل خصم أو يمنحه الحرية المطلقة في إظهار ادعائه أو دفاعه أيا ما كانت الغاية، وإنما حق الدفاع السليم مقيد بما هو واجب في الكشف عن الحقيقة.. ولقد قصد المشرع ذلك حين أجاز للخصم أن يستعين بالمستندات أو الأوراق وأمد الخصم بالحق في طلب الاستماع إلى الشهود أو طلب الخبراء أو التحقيق إذ هذه الإجراءات وما يماثلها تعد وسائل معينة للكشف عن الحقيقة. وما لهذا الكشف من غاية إلا بلوغ العدالة ومراعاة الأمانة في التقاضي بين الخصوم جميعاً. سواء من كان منهم من المدعين أم المدعي عليهم^(٢).

(١) ولا ريب في أن واجب الكشف عن الحقيقة هو واجب مفروض على الخصم سواء أكننا إزاء النظام الاتهامي أو التتقيبي. لأنه في ظل النظام الاتهامي يتعاظم دور الخصوم في توجيه الخصومة ويكونون هم المعنيون بجمع الأدلة وفي هذا المجال تبدو الخصومة "كـمبارزه Comme un duel" بين الخصوم بينما يقعد القاضي عن مباشرة أي دور إيجابي وإنما يكون دوره سلبياً مقصوراً على تقييم أدلة الإثبات التي قدمها الخصوم، كذلك يجب أن يتعاون الخصوم أيضاً في إظهار الحقيقة في ظل النظام التتقيبي ومفاده أن يتعاظم دور القاضي باعتباره يؤدي خدمة عامة تدور على إحقاق الحق وإعلاء شأن العدالة، ولا ينبغي الاعتقاد في هذه الحال بأن الخصوم لا دور لهم في تقديم الأدلة بموجب سعيهم الإيجابي وإنما عليهم أيضاً مباشرة هذا الدور. راجع في الإشارة إلى دور القاضي والخصوم في ظل النظام الاتهامي والتتقيبي في الخصومة:

Le procédure dite accusatoire et celui de la procédure dité inquisitoire:

انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 176. No. 227.

(٢) راجع: Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 318.

ومن الفقهاء في فقه المرافعات المصري من يرتب نتائج عدة على الواجب الملقى على عاتق الخصوم في الكشف عن الحقيقة إذ من ناحية أولى حث المشرع الخصم على أن يقدم ما في حوزته من أدلة ووسائل إثبات حيث قررت المادة ٢٠ من قانون الإثبات التزام الخصم بتقديم محرر منتج في الدعوى، وقد أجازت المادة ٢٧ من ذات القانون دعوى العرض وبالمثل أوجب المشرع على الخصم تنفيذ أوامر المحكمة ومن هذه الأوامر ما يتعلق بواجب الكشف عن الحقيقة ومن ذلك أن تكلف المحكمة إيداع مستند ما أو مباشرة ثمة إجراء معين،

وإذا كان المشرع الفرنسي لم يورد في نصوصه نص صريح يوجب الالتزام بالمعونة في كشف الحقيقة كما وأنه لم يضمن النصوص قاعدة موضوعية تفرض الأمانة الإجرائية بصورة مباشرة، إلا أن هذا الواجب هو ما يتضمنه كل إجراء قرره القانون، ولعل ذلك ما يظهر أثره حينما يفرض النص ثمة أثر إجرائي على مخالفة الإجراء ويكون مرد هذا الجزاء التخلي عن موجبات الأمانة أو عزوف الخصم عن واجبه في المعونة على كشف الحقيقة^(١).

ومن السائد في الفقه المرافعات الفرنسي أن المشرع إذ استهدف تحقيق الخصم للأمانة في المعونة على كشف الحقيقة، فقد فتح المجال الواقعي للمعونة على إظهار الحقيقة. لذا راعت المادة ١٤ من قانون المرافعات الفرنسي لزوم الأجل الزمني المناسب للمعونة وهو ما عناه النص بضرورة ألا يصدر الحكم بدون الاستماع لأقوال الخصم أو ادعائه أو دفاع المدعى عليه، وقد قيد المشرع الخصوم بهذا القيد المنضبط بمثل ما قيد به القاضي أيضاً وبقول الأستاذين "فانساه وجويشار"^(٢). بأن من مقتضيات هذا النص كفالة التواصل والمجادلة اللازمة للفصل في الدعوى على النحو المحقق لعرض أسانيد الادعاء أو مبرراته وإظهار الدفاع لحججه وأسانيده ومن ثم تتقابل الإرادات وتتجه إلى المعونة في الكشف عن الحقيقة.

وإذا كان ما تقدم هو إيضاح لموقف المشرع الفرنسي من الواجب الملقى على عاتق الخصوم في الكشف عن الحقيقة وما يستلزمه الأمر دائماً من مراعاة الأمانة الإجرائية. فإن الأمر لا يختلف في هذا المجال عما هو مقرر في النظم الإجرائية

كذلك يفرض واجب السلوك بحسن النية الكشف عن الحقيقة ومفاد ذلك بالضرورة عدم الكذب أو الافتراء.

(١) ويشير الأستاذان "فانساه وجويشار" إلى أن مبدأ المواجهة بين الخصوم يقتضي ألا يطرح أمام المحكمة مستنداً أو محرراً ما لم يكن علم به أحد الخصوم في الدعوى ومن ثم يجب أن تتاح الفرصة للمعونة في كشف الحقيقة بشأن هذا المستند المطروح أمام المحكمة. راجع:

Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p 736. No. 1114.

(٢) ويشير الأستاذ فانساه إلى أن هذه القاعدة تسري بموجب المادة ٧٤٩ في شأن كل محاكمة سواء كانت في شأن الدعاوى المدنية أو التجارية أو الاجتماعية أو العمالية، راجع ص ٧٣٤ رقم ١١١١.

المقارنة.. لذا تشدد المشرع الإنجليزي في إتاحة الفرصة للأمانة الإجرائية وكان أن استقر العرف القضائي الإنجليزي على التأكيد على المكاشفة بين الخصوم Discovery وهي مرحلة هامة في الدعوى يتاح فيها لكل خصم أن يطلع على الأوراق أو المستندات والادعاءات التي يقدمها الخصم الآخر. ويقول الأستاذان: P.St.J. langan and D.G. lawrence⁽¹⁾. في فقه المرافعات الإنجليزية بأنه

(١) كذلك راجع في الإشارة إلى نظام المكاشفة في الفقه الإجرائي الإنجليزي:

Smith and Bailey; on the Modern English legal system third Edition S.
H. Bailley and M. J. Gunn. P. 621.

وحيث يشير الفقيهان إلى أنه يجب على كل خصم أن يودع ما يتعلق بالخصومة وذلك بموجب النظام المقرر وهو ما يطلق عليه المكاشفة، وتنتهي المكاشفة بصورة تلقائية عند قفل باب نظر الدعوى:

each party may be aware of documents relating to issues in the case, reules requiring "Discovery" of those documents place an obligation on the litigants To disclose their content.

ويشير الفقيهان في الفقه الإنجليزي إلى أنه يجب على كل خصم أن يضمن دوسيه المكاشفة كل مستند أو محرر يكون تحت يده وفي حوزته متى كان متعلقا بموضوع النزاع.

وفي إشارة إلى حافظة أوراق المكاشفة يشار إلى البيانات التي تتضمنها هذه الحافظة على النحو الآتي: "حافظة مستندات أمام المحكمة العليا للتاج: in the high court of justice – queen Benth بين كل من Between.. plaintiff... and defendant ثم

بيان وصف المستندات list of documents

ويذكر في بيانات الحافظة أنه: the following is a list of the documents relating to the matters in question in this acton which are or have been in the possession, custody or power of the above named..

ويجري إعداد جدول لوصف المستندات والتي قد تكون عبارة عن

(أ) صورة للخطابات المتبادلة بين المدعي أو أحد تابعيه والمدعى عليه أو أحد تابعيه:

Copy of letters between plaintiff' s solicitors and defendant à solicitors

(ب) بعض المستندات المثبتة للحق المدعى به مثل: Receipts for l.100 signend by..

=

إذا انتهت فترة التداعي في الدعوى المقدمة إلى المحكمة كتابة انتقلت إلى مرحلة المكاشفة وفيها يعرض كل خصم على غيره الأوراق والمستندات والمكاتبات التي بحوزته والتي تفيد ادعاءه أو دفاعه:

After the close of pleadings in an action begun by writ there shall... be discovery by the parties to the action of the documents which are or have been in their possession, custody or power relating to matters in question in the action.⁽¹⁾

ويشير القاضي Megarry⁽²⁾ إلى أهمية المكاشفة بذكره أنه يجب على المحامي أن يتخذ خطوة إيجابية للتدليل على صدق موكله في الدعوى وذلك بمجرد طرح مكاتبة الدعوى على المحكمة وذلك بتقديم المستندات أو المذكرات أو الأوراق التي بحوزته والتي تساعد في كشف الحقيقة والتي تعد بمثابة وسائل الإثبات اللازمة في استظهار الحقيقة ولهذه الأوراق دور في تكوين عقيدة المحكمة، كما يجب على الخصم أن يكشف هو الآخر الخصم بما لديه من أوراق، وإذا كانت الدعوى قاصرة على طرفين فحسب دون غيرها تكون المكاشفة خلال أربعة عشر يوماً من الادعاء وفي هذه الحال يطلق عليها "المكاشفة التبادلية" this is sometimes called "automatic discovery" ويولي الفقه الإنجليزي

(ج) وحساب جاري للمدعى عليه صاحب المشروع account of suttan riding

Enterprises

(د) والمكاتبات الصادرة من المدعى عليه للمدعي letter from defendants to

plaintiff

(هـ) وصور ضوئية لمرسلات من المدعي للمدعى عليه: copy letter from plaintiff

to defendants

راجع في هذا المقام: p. 621 - 622 Smith and Bailey..

(١) انظر: P.St.J. langan and D. G. lawrence. P. 143.

(٢) راجع: Megarry J. حيث يشير إلى أنه:

necessary for solicitors to take positive steps to ensure that their clients appreciate at an early stage of the litigation, promptly after writ issued

للمكاشفة أهمية كبرى في التدليل على واجب المعاونة في الإثبات ولما يجب أن يكون من أمانة إجرائية في التبادل الإجرائي للمستندات والأوراق التي يطرحها الخصوم في الدعوى^(١).

كذلك تعد الاستقامة الإجرائية من خصائص الخصومة في النظام الإجرائي الإنجليزي ومن مظاهر ذلك تنظيم هذا النظام "للمذكرات المكتوبة" إذ تؤدي هذه المذكرات دوراً مؤثراً في الفصل في الخصومة، لذا يقضي المبدأ العام المقرر في إنجلترا أن يوضح المدعي أسباب دعواه تحديداً لا لبس فيه وأن يضمه مذكرته التي تتضمنها ادعاءه وطلباته "Written Statements" وكذلك الأمر بالنسبة للمدعى عليه الذي يتعين عليه تعيين أوجه دفاعه، وفي الإشارة إلى أهمية ذلك يقول Mulla أن القضاء الإنجليزي يعزز هذه القاعدة^(٢):

The whole object of pleadings is to bring the parties to an issue and the meaning of the rules (relating to pleadings) was to prevent the issue being enlarged, which would prevent either party from knowing when the cause came on for trial, what the real point to be discussed and decided was, in fact, the whole meaning of the system is to narrow the parties to definite issues and thereby to diminish expense and delay, especially as regards the amount of testimony required on either side at the hearing.⁽³⁾

(١) ومن المتبع في النظام الإجرائي الإنجليزي أنه إذا كانت الدعوى بين خصمين وقررت المحكمة قفل باب نظر الدعوى ولم تكن قد أمرت الخصوم بتقديم أية مستندات، إذ في هذه الحالة يجوز المكاشفة الاختيارية بين الخصوم خلال أربعة عشر يوماً ويتولى كل خصم دحض أدلة خصمه الآخر وتفنيدها.

(٢) وفي هذا المجال يتعرض الأستاذ Mulla لما هو متبع في عرف المحاكم الإنجليزية من أن القانون العرفي يوجب أن يكون الأمر المعروض عليه مؤكداً وواضحاً لذا يكون على المدعي أن يوضح طلباته وأن يتولى المدعى عليه إظهار أوجه دفاعه. راجع:

Mulla; the code of civil procedure, being act of 1908 p. 288.

(٣) راجع:

A. I. R. Commentaries; the Civil Code of Procedure with exhaustive,
=

ويعد النظام الإنجليزي مثلاً يحتذى به في دقة المذكرات المكتوبة لما لها من دور في إظهار الادعاء والدفاع وإظهار لموقف كل خصم وعرض أمين لأسانيده ومبررات نفي الادعاء^(١).

وإذا كان النظام الإجرائي الإنجليزي يتيح للمدعى عليه أن ينكر ما يدعيه المدعي، فإن للإنكار ضوابط تعين على إيضاح الأمانة لذا فإنه من المسلم به أنه لا يجوز الإنكار المطلق للادعاء وإنما يجب أن يكون صريحاً وواضحاً، ولا يجوز المراوغة Evasive denial التي تعني التهرب من الادعاء. وذلك إعمالاً للقاعدة المستقرة الفاضية بأن:

Where a defendant denies and allegation of fact in the
plaint, he must not do so evasively but answer.⁽²⁾

وفي القضاء الهندي المتأثر بالنظام الإنجليزي نماذج عدة للإنكار المقترن بالمراوغة ومن ذلك مثلاً أن يدعي المدعي أنه قد جرى بينه وبين المدعى عليه اتفاق وينكر المدعى عليه أن شروط الاتفاق بينه وبين المدعي قد أصبحت نهائية إذ يكون الإنكار مراوغة حيث كان عليه أن ينكر أي اتفاق أو شروط للاتفاق تلك التي حدثت بينه وبين المدعي إذا أراد الإنكار الكامل^(٣).

analytical and critical commentaries, 2, p. 2177 – 2178.

(١) وعادة ما يشار في شأن إظهار أهمية المذكرات المكتوبة بالقاعدة المستقرة في القضاء الإنجليزي والتي من مقتضاها أن:

The plaintiff and defendant may by leave of the court and if required by the Court, shall, at or before the first hearing or within such time as the court may permit, present a written statement of claim or statement of defense respectively.

(٢) وفي الإشارة إلى الإنكار المراوغ في القضاء الهندي راجع الدكتور محمد عبد الجواد محمد في شرح قانون المرافعات المدنية السوداني، الجزء الأول، طبعة ١٩٦٨ الناشر الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية. ص ٣٣٢.

(٣) راجع: P.St.J. langan and D. G. Lawrence. Civil procedure p. 100 – 101.

المطلب الأول

الأمانة ومراعاة الشكلية الإجرائية

تعد الشكلية خاصية جوهرية في العمل الإجرائي^(١). لأن الإجراء هو عمل خارجي يعبر عن الإرادة وهو عمل يتفق مع القانون وتنظمه قواعده المنضبطة، ومن ثم تنتج إرادة المشرع إلى ترتيب الآثار الإيجابية على الإجراء عندما يعكس حركة الإرادة الفاعلة الدالة على العمل القانوني المطلوب. من أجل ذلك يتميز العمل القضائي بأنه عمل شكلي، وتعد الشكلية من خصائصه الهامة حتى إنها تغلب على هذا العمل في حد ذاته وتغذو من مستلزماته الأساسية بل إنها تقترن أحياناً بحقيقة وجوده ومن ثم تتحد في الجوهر مع مضمونه وحقيقته.

وتختلف الشكلية في العمل الإجرائي عن تلك التي قد يتطلبها المشرع المدني أحياناً في إظهار الرضائية في التصرف ومن ذلك مثلاً ما قد يستوجبه المشرع من الرسمية في الهبة ووجه الاختلاف يتعلق بالعلة المقررة للشكلية، إذ إنها مما تحقق المصلحة العامة في العمل الإجرائي، بينما تتحقق المصلحة الخاصة في الدلالة على الرضائية.

وتتصرف الشكلية الإجرائية من الناحية التحليلية إلى جملة الأعمال ذات المنهج الإجرائي التي يباشرها الأفراد خلال الخصومة القضائية^(٢). وهي تتميز

(١) ويمكن تعريف الشكل الإجرائي بأنه الفعل أو النشاط الحركي الدال والمعبر عن الإرادة المحركة له والمتخذ من الترتيب الزمني خاصية أساسية له، لذا ارتبطت فكرة الشكلية بالتتابع الزمني وهو تتابع منطقي يؤدي إلى إحداث الأثر القانوني، والشكلية تختلف عن العشوائية في العمل، لذا لا يترك قانون المرافعات للأفراد حرية مطلقة في الإجراء المتطلب قانوناً وهو يستهدف بذلك تحقيق المصلحة العامة، لأن الشكلية النمطية تحقق العلم المسبق لكل فرد إن أراد إحداث العمل المقرر قانوناً ومن ثم فإن ما يرسمه المشرع من "أنماط إجرائية" يقتحم فكرة النظام وفي هذا المقام تتحقق المساواة بين الأفراد وكذلك تتحقق العلة المبتغاة بالإجراء في حد ذاته.. لذا قيل وبحق بأن المشرع لم يترك تكوين العمل القضائي لمحض تقدير القاضي، بل وضع تنظيمياً تفصيلاً لوسيلة تكوينه وهذا هو الشكل الإجرائي للعمل القضائي.. راجع الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في رسالته السابق الإشارة إليها ٦٣٠.

(٢) وفي مجال إظهار الشكلية في العمل الإجرائي قال الأستاذ "كوشيه" بأن كل عمل إجرائي يجب أن يكون مكتوباً باللغة الفرنسية وأن يكون من عدة نسخ بعدد من يخصهم الإجراء ويلزم علمهم به، وعادة ما يشار إلى أوراق المحضرين كعمل إجرائي شكلي مكتوب، ولقد

بالتتابع الزمني المقرر قانوناً وفقاً لغاية مبتغاه من المشرع الإجرائي أو وفقاً للترتيب المنطقي المحدد للغاية من الإجراء في حد ذاته، ثم إن الشكلية الإجرائية ليست عملاً عشوائياً غير محدد المعالم أو الخطوات دائماً هي مجموعة الأعمال المتتالية التي تهدف في بدايتها إلى التسلسل المرتب لنتائج وفي نهايتها إلى القرار الملزم للأطراف سواء أكنّا في مرحلة المحاكمة أو التنفيذ^(١).

ومن المتصور التساؤل عما إذا كانت الشكلية عقبة في مزولة الخصومة على اعتبار أنها خاصة لازمة في العمل القضائي، وفي هذا المجال تحسن الإشارة إلى أن الشكلية ليست قيمة مجردة في حد ذاتها إذ إنها ليست جامدة

حرص المشرع في المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي على بيان البيانات الواجب توافرها من أوراق المحضرين إذ يجب أن يتصدرها تاريخ العمل الإجرائي مع ذكر اسم اليوم والشهر والسنة وبيان المدة الزمنية التي كان من المتعين اتخاذ الإجراء فيها وإيضاح ما إذا كان قد اتخذ خلال هذه المدة وبيان بيانات طالب الإجراء من حيث الاسم والوظيفة ومحل الإقامة وما إذا كان من الأشخاص الطبيعيين أم شخص معنوي وفي هذه الحالة الأخيرة بيانات هذا الشخص وصفته وهيئته، كما يتعين ذكر بيانات المحضر القائم بالإجراء وقد صرح المشرع في المادة ٦٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي ما يترتب على تخلف أي من هذه البيانات من أثر وهو البطلان. راجع في الإشارة إلى ذلك: Gérard Couchez; op.

cit. p. 136 No. 178 etss.

(١) ومتى تخلف تحقق الشكلية في الإجراء فإن ذلك يستتبعه ترتيب الأثر القانوني لهذا التخلف وهو البطلان، ومع ذلك فإن البطلان لا يعد دائماً النتيجة الحتمية لفقدان الشكل لجوهره إذ قد يتخلف الشكل ومع ذلك تظل الغاية قائمة بمعنى ألا يمس البطلان الجوهر أو يعصف بالحقيقة الإجرائية ككل وفي هذه الحال يسمى البطلان بالبطلان النسبي بينما يكون البطلان المطلق هو ما يعصف بالقيمة القانونية للعمل الإجرائي، وقد يتولى المشرع بنفسه بيان حالات البطلان بموجب نصوصه بينما يتولى الفقه والقضاء بيان ذلك. وفي الحالات الأولى نجد مثلاً لما ورد في المادة ١٥٦ من قانون المرافعات الإيطالي التي بين فيها المشرع أنه لا يجوز الحكم بالبطلان لمخالفته أي شكل من أشكال الإجراء ما لم يكن القانون قد نص عليه، ولا يجوز مطلقاً الحكم بالبطلان إذا كان العمل قد حقق الغاية المستهدفة منه وحينئذ يتعين إعمال القاعدة القاضية بأنه لا بطلان بلا ضرر.

مقصودة لذاتها، وإنما هي الوسيلة المعينة على الأداء السليم للعمل، ذلك أنه لما كانت الحماية القانونية للحق تستوجب دائماً إضفاء طبيعة خاصة في إقرار الحماية المقبولة قانوناً فإن المشرع لا يقنع بأن يقرر الحماية على أي نحو كان وبأي وسيلة كانت^(١). وإنما مقتضى الحماية القضائية أن يلج الخصوم العمل وقد تهيأت له شكلية، وعلّة ذلك كون الحماية المطلوبة هي حماية "قانونية" ومفادها أنها الحماية المقبولة عند المشرع حينما يتولى القضاء حماية الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، فمثلاً قد يعمد الشخص إلى حماية حقه أو الزود عن مركزه القانوني خارج نطاق اللجوء إلى القضاء.. وفي هذه الحال لا تلزم الشكلية ولا تكون هناك حاجة للتشبيث بها. فمثلاً إن من يدافع عن حقه دفاعاً شرعياً لا ينبغي له بالضرورة أن يقيم هذا الدفاع على أساس شكلي معين بذاته، أما حينما يرتضي الفرد اتباع "الحماية القضائية" يكون عليه أن يرتضي في هذا الاتباع انتهاج الشكلي المعين قانوناً^(٢). من أجل ذلك قال الفقهاء وبحق بأنه لا محل للشكوى من الشكل باعتباره معطلاً للحصول على الحماية ومعرقلاً لبلوغ غايتها،

(١) وتمشياً مع ذلك قال الأستاذ "موريل" إن المشرع تكفل في قانون المرافعات بتنظيم الشكل الإجرائي وهو الوسيلة المثلى لحسن أداء العدالة:

On sait quelle est l' importance du formalisme en procédure, la forme, à la condition de n' en pas pousser le souci à l' excès, est indispensable à une bonne administration de la justice.

راجع:

René Morel; Traité élémentaire de procédure op. cit. p. 312 No. 383.

(٢) لذا قال الأستاذ "فانشاه وجويشار" إن الصفة الشكلية في الإجراء وتقيده بميعاد معين هما من أدق الأوصاف التي تحكم العمل الإجرائي وفي هذا الإطار تتحدد الخطوات الواجبة الاعتبار في كل سلوك أو خطوة يخطوها الخصم إزاء خصمه لأن العمل الإجرائي عمل مرتب وفيه يستهدف المشرع تحقيق غاية معينة.

Ce formalisme se traduit d' abord par la nécessité d' intégrer toutes les démarches des parties, toutes les opérations juridiques faites pour elles dans des actes rédigés d' une certaine manière.

راجع: Jean Vincent et Serge Guinchard; op. cit. p. 335 No. 417.

لأن الشكل يحول دون التحكم وهو يقف عقبة تحول دون هوى الخصوم وتمنع تحايلهم، ومن أجل ذلك يتعين الإعلاء دائماً من قيمة الشكل وتغليبها^(١).

وتدل النظرة المتفحصة للشكل اللازم في الإجراء في العصر الحاضر إلى أنها ليست الشكلية الجامدة التي تحيل الإجراء إلى طقس من "الطقوس" تجعله غاية منشودة في حد ذاتها، إذ ذلك هو ما كان قائماً في العهود البدائية حيثما كان السائد إعلاء مبدأ "الشكل لمجرد الشكل" أو الشكل المقدس، وفي هذه الحال كان فقدان الشكل لوجوده عقبة تحول دون الحماية القانونية للحق^(٢).

فالشكل في الوقت المعاصر له وظيفة اجتماعية أو هو بالأحرى "مصلحة اجتماعية" يدرکها المشرع ويتقهم مقتضاها، ومن ثم يصح وصف الشكل بصفة المرونة بحيث تغلب غايات العلة من تقريره، وهو إن توافرت حكمته بأسلوب أو آخر جاز الإجراء وما أصابه العوار.. ومتى استقر هذا الفهم لمدلول المرونة في الشكل كان من السهل الميسور إدراك الحقيقة الإجرائية التي تتيح كفالة "الشكل المتعدد" للإجراء، لذا قيل وبحق بأن "الشكلية الإجرائية في القانون الحديث تختلف عن الشكلية الجامدة المعروفة في القوانين القديمة، ولا يرتب القانون دائماً على تخلفها البطلان، بل ترتبط إلى حد كبير بغايتها"^(٣). "وللدلالة على طابع المرونة في الشكل المعاصر للإجراء يقول الفقهاء مثلاً بأنه كثيراً ما يخير المشرع الأطراف

(١) ولذا تعد مثلاً أوراق المرافعات من الأوراق الشكلية، ويمكننا تعريف هذه الأوراق بأنها الأوراق المتضمنة لإجراءات المرافعات سواء ما اتخذ منها قبل الدعوى وقيام الخصومة أو كانت مما تقوم به الخصومة كصحائف الدعاوى ومنها ما يتخذ أثناء الخصومة وأخيراً منها ما يتخذ بعد انتهاء الخصومة كمحاضر الحجز والبيع وخاصة هذه الأوراق كونها شكلية بما يعني ضرورة تحريرها على نحو معين واشتمالها على بيانات محددة وتعد هذه الأوراق من الأوراق الرسمية، ومنها ما يحررها الخصوم بأنفسهم أو من ينوب عنهم ومنها ما يحرره أعوان القاضي كالكتابة والمحضرين والخبراء، راجع في الإشارة إلى أوراق المرافعات الدكتور رمزي سيف في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٤٥٧ رقم ٤٠٥، وانظر كذلك الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات. سابق الإشارة إليه ص ٣٨١، رقم ٣٥٣ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور وجدي راغب فهمي في رسالته للدكتوراه، سابق الإشارة إليها ص ٦٣١.

(٣) راجع الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي، سابق الإشارة إليها ص ١١٦، وما بعدها.

بين طريقتين أو أكثر في الأداء الإجرائي، فالطلب العارض يصح إعلانه على يد المحضر، كما يصح إبداءه شفاهة أو تقديمه في الجلسة في مواجهة الخصم.

وفي ظل هذه الحقيقة المؤكدة حدثنا الفقه الإجرائي الحديث عن فكرة "وسيلية الأشكال" وهي فكرة من صنع هذا الفقه وإن وجدت منبعها الأصلي من نصوص مختلفة لقوانين المرافعات، وفحواها عدم إبطال الإجراء إذا كانت الغاية التي توخاها المشرع قد تحققت في الواقع^(١). من أجل ذلك يفرض المشرع شكلاً معيناً في إجراء بقصد كفالة مبدأ المواجهة أو تحقيق الحق في الدفاع، فإن تبين أن الإجراء قد حقق هذه الغاية رغم عدم اكتمال الشكل المطلوب قانوناً فلا شائبة ولا بطلان لأن تحقق الغاية هي العلة التي قرر المشرع من أجلها الشكل^(٢).

ومن الفقهاء من يرد العلة في مبدأ وسيلية الإجراء إلى القاعدة العتيدة المستقرة في كل نظام قانوني وإجرائي، ألا وهي قاعدة عدم التعسف في الحق ومدلول انعدام التعسف يوجب عدم التشبث بالبطلان مادام الغاية قد تحققت^(٣). كذلك لا ضرر ولا ضرار، بل وأكثر من ذلك فإن تحقيق الإجراء لغايته رغم الخلل

(١) لذا قال الفقه المصري منذ أمد طويل بأن النقص في البيانات يجوز أن يغتفر إذا دل على الشيء المطلوب معرفته أو المشكوك فيه بعض البيانات الأخرى لأن ما يكتب في الورقة جميعه يعتبر بعضه متمماً للبعض الآخر والعبارة فيه بأن البيان الواجب وجوده في الورقة يكون أتياً بشكل لا يحتمل الشك بصرف النظر عن موضعه أو ترتيبه أو أنه مذكور بصفة تبعية.. راجع الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف في المرافعات المدنية والتجارية.. ص ٤٨١ رقم ٦٦٣.

(٢) راجع الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته للدكتوراه في موضوع مسئولية الخصم عن الإجراءات. سابق الإشارة إليه ص ٧٥١ وما يليها.

(٣) وقد أورد المشرع موجب هذه القاعدة في المادة ١/٢٤ من قانون المرافعات حيث أشار فيها إلى أنه إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر، فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توافرت فيه عناصره، ويمكن الاعتقاد بأن المشرع قد استمد حكم هذه المادة من القانون المدني المصري بشأن تحول العقد ومع ذلك فوجه الاختلاف ما يشترط من وجوب اتجاه نية المتعاقدين إلى التصرف الصحيح لا الباطل، ومن أمثلة ذلك في قانون المرافعات في شأن انتقاص بطلان الأحكام ذلك أن يصدر حكم واحد متضمناً الفصل في أكثر من طلب ويكون معيباً في أحد الطرفين لعدم كفاية الأسباب وصحياً في قضائه في شقه الآخر.

الذي اعترى الشكل يفتح الباب لإعمال قاعدة التحول الإجرائي والتي من مقتضاها أنه حيثما يفرض المشرع الإجراء ولا يكتمل الشكل اللازم قانوناً له، فإنه بالإمكان التحول الذاتي من الإجراء إلى عمل آخر تتوافر فيه العناصر اللازمة قانوناً. وفي هذه الحال يفتح المشرع الباب للاستفادة الإجرائية كلما أمكن^(١).

ومن الأهمية بمكان أن نتساءل عن الطابع الشكلي في القواعد الإجرائية التي ينظمها المشرع في قانون المرافعات، ومن الحقائق المؤكدة أن المشرع يضمن قواعد المرافعات قواعد شكلية وهي قواعد ملزمة للأفراد ويترتب على عدم اتباعها جزاء إجرائي أغلبه البطلان، لذا نجد المشرع وقد نص في المادة ٢١٥ من قانون المرافعات على أنه "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن". كذلك نصت المادة ١٩ من القانون على أنه "يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد ٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣" كما صرحت المادة ١٧٨ منه بأنه يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم، وينبه الفقهاء في فقهننا المصري إلى أن الشكلية في قانون المرافعات تؤدي وظيفة تتعلق بالمصلحة العامة^(٢). باعتبار القواعد الإجرائية مما يؤدي إلى حسن سير القضاء، فلا يترك الأمر لأكيد الخصوم أو تعنتهم أو تحكم القضاة كما أنها تحقق مصلحة خاصة للخصوم بظمنتهم على حقوقهم إذا ما اتبع الشكل المقرر قانوناً.

وما قيل به في فقه المرافعات المصري هو ما يقرره الفقه المقارن بإجماعه، لذا يشير الأستاذ René Moréel بأن قانون المرافعات الفرنسي يعتني عناية بالغة بطابع الشكل لما له من لزوم في حسن أداء العدالة، لأن الشكل وسيلة لتبنيه

(١) وبموجب الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون المرافعات فإنه: إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه، فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل، كذلك كانت المادة ٢٣ من ذات القانون تنص على أنه يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء يعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٥.

الخصم لما يباشره غيره من الخصوم فيعزز العلم الإجرائي لدى كل منهم ويمكنهم من أداء حقهم في الدفاع، لذا يعد الشكل مانعا من المباغته وتأكيدا على الأمانة الإجرائية كما تعد المواعيد وسيلة أخرى تستهدف ذات الغاية أو الحكمة في الشكل:

Ces Règles sont indispensables pour éviter les surprises et assurer la défense en justice et la loyauté des débats. Les délais ont aussi leur utilité, qui n' est pas moindre que celle des formes.⁽¹⁾

على أنه من المتعين تحديد من يجب عليه ضبط البنيان الإجرائي للشكل هل هو الخصم أو القاضي أو المشرع، ويقول "موريل" أنه يحسن إناطة تعيين الشكل للأطراف الخصوم أنفسهم لما لذلك من فضل المرونة الإجرائية سواء انصرف الأمر إلى ذاتية الشكل أو المواعيد، ومع ذلك يخشى أن يستتبع إناطة ذلك للخصوم ما يحقق إضرارا لبعضهم البعض. أما إذا كان القاضي هو من يتولى تقدير الشكل، فقد تؤثر السلطة التقديرية له في التحكم أو التعسف من جانبه وإن كان لإسناد التحديد القانوني للشكل مزية تقدير ما هو مناسب للخصومة أو النزاع ومع ذلك ففي الغالب يجب إسناد أمر تحديد الشكل للمشرع ذاته، وهو في هذا المقام من يقيم التوازن بين مصالح الخصوم وبين الغاية المطلوبة من وراء الشكل..

C' est donc le législateur qui fixera les formes et délais de procédure. Système moins souple parce que nécessairement plus uniforme, mais de l' arbitraire du juge ou de celui du législateur, c' est encore ce dernier qui a le moins⁽²⁾ d'

(١) انظر: René Morel; op. cit. p. 311.

(٢) راجع: R. Moré; op. cit. p. 310.

ويصرح الأستاذ "موريل" بأن الأعمال الإجرامية منها ما تكتسب هذه الصفة بمعناها الواسع ومنها أعمال القاضي كالأحكام أو الأوامر على العرائض والمحاضر والتحقيق ويدخل فيها أيضاً الأعمال التي يأتيها الخصوم أنفسهم أو موكلهم وهذه الأعمال الأخيرة هي ما ينصرف إليها المعنى الضيق وبشأن هذا النوع الأخير من الأعمال يدخل:

Dans un sens plus étroit, l' on reserve l' appellation d' actes de procédure aux actes accomplis, au nom des parties, par les différents

inconvenient.

وعلى كل حال وأياً ما كان الأمر فإن الأمانة الإجرائية تعد عاملاً مؤثراً في تحقيق الشكل لغايته، ومن ثم يجب على كل خصم ألا يسعى إلى الالتفاف حول الشكل الذي عينه القانون أو أن يتقاده، كذلك يجب أن يحترم كل خصم المواعيد الإجرائية^(١). ولما كان المشرع يقتضي في أوراق المحضرين أن تكون مكتوبة بشكل معين، يجب اتباع هذا الشكل.. على أن ذلك لا يعني على الإطلاق أن الأمانة تقتضي التمسك التام بالبيانات اللازمة في هذه الأوراق. إذ يكفي أن تؤدي البيانات وظيفتها في تحقيق المراد. وفي ذلك يقول الأستاذ "موريل" أن:

les actes de procédure (et cela est surtout vrai des actes des huissiers) doivent contenir certaines mentions généralement exigées à peine de nullité. Sans doute, notre droit n' exige pas que les actes soient rédigés en termes sacramentels; on peut, dans la rédaction d' un acte se servir d' expressions équivalentes, pourvu qu' elles énoncent clairement les mentions exigées par la loi. C' est le principe des equivalents ou des equipollents.⁽²⁾

ويشير الفقيه إلى ما اعتادت محكمة النقض الفرنسية على تأكيده بشأن مبدأ

auxiliaires de la justice, auxquels elles doivent recourir: huissiers, greffiers, avoués, avocats à la cour de cassation.

راجع: R. Morél; op. cit. p. 313 No. 385.

(١) ومن أمثلة الإخلال بالأمانة بالإجرائية في هذا المجال مثلاً ما قد يعتمد إليه المدعي في ترك الخصومة راكدة دون أن يبادر إلى اتخاذ الإجراءات التي تؤدي إلى معاودة سير الخصومة من جديد بعد زوال السبب الذي أدى إلى ركودها، إذ قد تتحقق في هذه الحالة مسئولية بفعله أو امتناعه حتى تتقضي المدة المقررة للسقوط وهي مدة ستة أشهر تبدأ من تاريخ آخر إجراء صحيح قام به المدعي أو المدعى عليه أو القاضي أو أحد معاونيه وذلك وفقاً لأحكام قانون المرافعات المصري.

(٢) انظر: Réne Morél.. op. cit. p. 314.

التكافؤ في البيانات، ومن ذلك مثلاً حكمها الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٢٧^(١).

المطلب الثاني

الأمانة الإجرائية وواجب الحضور أمام المحكمة

توجب الأمانة الإجرائية على الخصوم في الدعوى الحضور أمام المحكمة في اليوم والساعة المحددين في صحيفة افتتاح الدعوى، لما لحضورهم من أهمية في عرض مفردات الادعاء وتقديم الطلبات والدفع^(٢). وإذا كان حضور الخصم بذاته أمام القاضي لا يعد شرطاً دائماً إذ لا يجبر الخصم على المثول قانوناً أمام المحكمة ما لم تأمر المحكمة بذلك لاستجوابه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم آخر. ففي هذه الحال يتعين على من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه في الجلسة المعينة في القرار وذلك إعمالاً للمادة ١٠٦ من قانون الإثبات، ما لم يكن هناك عذر يحول دون حضوره أو إذا امتنع عن الإجابة إذ في هذه الحالة الأخيرة يجوز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي لم يكن من المقبول فيها ذلك^(٣).

ولا يعد خروجاً عن مقتضى الأمانة أن يحضر من يوكله الخصوم عنهم من محامين^(٤). كما يكون للمحكمة أن تقبل في النيابة عن الخصم من يوكله من أزواج أو أقارب أو أصهار إلى الدرجة الثالثة^(٥). والأصل أن الأمانة تقتضي ألا يكون من الوكلاء عن أحد الخصوم أحد القضاة أو النائب العام أو أحد العاملين

(١) راجع حكم نقض فرنسي في 150 1. sirey 1928. Cass. Civ. 27, dec. 1927.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 185. No. 240.

(٣) ولا ريب في أن الأمانة الإجرائية تقتضي من الخصم أن يحضر بنفسه أو أن يوكل محامياً عنه أخذاً بعين الاعتبار أنه لا يجوز إحضار الخصوم جبراً عنهم لأن الحضور هام للاستماع للأقوال أو لتقديم الطلبات وإذا غاب فإن ذلك لا يمنع المحكمة من الحكم في الدعوى أو شطبها. راجع في مدلول حضور الخصم في الجلسة الدكتور محمد نور شحاتة في الوسيط في قانون المرافعات، سابق الإشارة إليه ص ٧٥٠ وما بعدها.

(٤) كذلك فإنه إذا قبل المحامي الوكالة فإنه ينبغي عليه أن يبذل قصارى جهده لكسب القضية، ولا يجوز له أن يمثل المصالح المعارضة ولو من الباطن.

(٥) انظر الأستاذ الدكتور سيد أحمد محمود في النقاضي بقضية وبدون قضية، سابق الإشارة إليه ص ٩٥.

في المحاكم إذ ليس لأحد من هؤلاء الحضور عن الخصم أو مباشرة المرافعة الشفوية أو الكتابية له أو حتى الإفتاء^(١).

وحيثما يتطلب المشرع أن تكون المرافعة أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا من أحد المحامين المقبولين أمام محكمة النقض فإن الأمانة تقتضي أن يكون المحامي المائل أمام المحكمة من المقبولين أمام النقض^(٢). كذلك الأمر بشأن صحيفة الطعن بالنقض إذ ينبغي أن تكون موقعة من أحد المحامين المقبولين أمام محكمة النقض، لذا لوحظ في بعض الأحوال أن يكون من صاغ أسباب النقض أحد المحامين غير المقبولين للمثول أمام محكمة النقض ثم يستعين قبل تقديم الأسباب بقلم الكتاب بتوقيع أحد محامي النقض بقصد تجاوز وتغطية الشرط الشكلي اللازم قانوناً ولا ريب في أن ذلك أفتتات على مقتضيات الأمانة الإجرائية.

ومن متطلبات الأمانة الإجرائية ألا يتعمد الخصم الغياب عند نظر الدعوى والأمانة المتطلبية في هذا المقام هي أمانة كل خصم سواء أكان هو المدعي أم المدعى عليه.

ومع ذلك يقتضي الأمر التساؤل حول حكم حالة تعمد أي من المدعي أو المدعى عليه الغياب فهل يغلب المشرع حق الدفاع بما يقتضي ألا يحكم على شخص لم يسمع ادعاءه أو لم يستمع لدفاعه، قد يقال بأن من يتعمد الغياب يجب أن يتحمل مغبة تغيبه، ثم إن في القول بغير ذلك مدعاة لتعطيل الفصل في الدعاوى كما قد يغلب اعتبار آخر هو ضرورة كفالة المواجهة والدفاع بين الخصوم^(٣).

(١) راجع الأستاذ الدكتور رمزي سيف في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٥٤٢ رقم ٤٥٨، وراجع أيضاً الدكتور وجدي راغب فهمي في مذكرات في إجراءات التقاضي، سابق الإشارة إليه ص ١٥٠.

(٢) انظر في وجوب التوقيع على صحيفة الطعن بالنقض من محام مقبول أمام محكمة النقض الأستاذ الدكتور أحمد هندي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه ص ١٠٦٧ وما بعدها.

(٣) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن غياب الخصم لا يعني تسليمه بطلبات خصمه ومن ثم لا يلزم دائماً أن يؤدي نظر الدعوى في غيبة الخصم إلى الحكم في الموضوع لغير =

وربما سعى المشرع المصري للتوفيق بين هذين الاعتبارين إذ إنه يفرق في الحكم بين: (أ) حالة غياب المدعى والمدعى عليه، و (ب) حالة غياب المدعى وحضور المدعى عليه. و(ج) حالة غياب المدعى عليه وحضور المدعى.

ففي الحالة الأولى يتعين التفرقة بين الحالة التي تكون الدعوى صالحة للفصل فيها، ومن ثم يتعين على المحكمة أن تفصل. بينما في الحالة الثانية التي يتضح فيها للمحكمة أن الدعوى غير صالحة للفصل، فمن المتعين أن تحكم بـ "شطبها" فإذا ما ظلت مشطوبة لمدة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم خلال هذه المدة السير فيها اعتبرت كأن لم تكن^(١).

وفي الحالة الثانية فإنه إذا غاب المدعى أو المدعون وحضر بعضهم وغاب البعض الآخر وكان المدعى عليه حاضراً فإنه بموجب المادة ٣/٨٢ مرافعات على المحكمة أن تحكم في الدعوى^(٢).

وفي الحالة الثالثة حينما يغيب المدعى عليه ويحضر المدعي فإن الأمر يختلف في حالة تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه إذ يعد عالماً بالدعوى ومن ثم يجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى ويكون حكمها حضورياً في حقه، أما إذا لم يكن قد أعلن لشخصه ولم يودع مذكرة بدفاعه فإنه يجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة أن توجل نظر الدعوى لجلسة تالية لإعادة إعلانه فإن تخلف من بعد ذلك اعتبر الحكم حضورياً في حقه وإذا تبين تعدد المدعى عليهم وكان بعضهم قد أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن بشخصه وتغيّبوا جميعاً أو تغيّب من لم يعلن لشخصه، فإنه يجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين فإن تخلف الجميع في الجلسة الجديدة أو حضر من سبق تخلفه وتخلف من سبق

=

صالحه.

(١) راجع الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية.. سابق الإشارة إليه ص ٥٩٤ وما بعدها رقم ٣٧٢.

(٢) انظر الأستاذ الدكتور وجدي راغب فهمي في مبادئ القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٦٢١ وما بعدها، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور فتحي والي في الوسيط في قانون القضاء المدني، سابق الإشارة إليه ص ٣٠٥ وما بعدها رقم ٢٩٤.

حضوره، فإن الحكم يعتبر حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً^(١). ولو انتقلنا للوضع القائم في النظام الإجرائي الفرنسي، لاتضح لنا أيضاً ما توجبه الأمانة الإجرائية من ضرورة حضور الخصم بشخصه إذا أمرت المحكمة بذلك، ولقد نظم قانون المرافعات الفرنسي في المواد من ١٨٤ حتى ١٩٨ ضوابط الحضور الشخصي للخصم والمتبع أن يكون الحضور في هذه الحال إما بناء على الأمر الصادر من القاضي تلقائياً أو بناء على طلب أحد الخصوم في الدعوى، ويكون حضور الخصم بشخصه لتمكين المحكمة من التحقيق في الدعوى. وفي ذلك يقول الأستاذ Gérard Couchez أنه:

Lorsque la comparution personnelle des parties est ordonnée, Celles – ci doivent se présenter elles – mêmes devant le juge afin d' être entendues par lui sur les faits du procès... la comparution personnelle, peut être ordonnée en tout matière, mais elle ne peut l' être que par la formation de jugement ou par celui des membres de cette formation qui est chargé de l' instruction de l' affaire. Le juge peut faire comparaitre personnellement toutes les parties, mais il peut aussi n' faire comparaitre qu' une.⁽²⁾

(١) ومن المقرر قانوناً أن حضور الخصم الغائب قبل انتهاء الجلسة يؤدي إلى اعتبار كل حكم صدر عليه فيها كأن لم يكن كذلك فإنه إذا كان المدعي والمدعى عليه قد علما بتاريخ الجلسة ولم يحضرا ولم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها، على المحكمة أن تقرر شطب الدعوى Radiation ويقصد بالشطب استبعاد الدعوى من جدول القضايا المتداولة.. راجع في الإشارة إلى ذلك بقدر أوفى من التفصيل والإيضاح الأستاذ الدكتور عزمي عبد الفتاح في الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، سابق الإشارة إليه ص٦٥٦، وراجع الأستاذة الدكتورة أمينة النمر في أصول المحاكمات المدنية، سابق الإشارة إليه ص١٧٢، وراجع أيضاً الدكتور عبد الباسط جمعي في مبادئ المرافعات سابق الإشارة إليه ص٤١٩ وما بعدها.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 263.

وانظر أيضاً الأستاذان "فانساه وجويشار" في مرجعهما السابق الإشارة إليه ص ٧٦٦ رقم ١١٨١ حيث يشير الفقيهان إلى أن المشرع الفرنسي قد نظم حضور الخصم بشخصه =

ومن المقرر بموجب المادة ١٩٧ من قانون المرافعات الفرنسي أن للقاضي أن يأمر بالحضور الشخص للخصم فاقد الأهلية عند التحقيق إذا ارتأى أن ذلك مقيد في استظهار الحقيقة ويمكن أن يكون طلب الحضور موجه أيضاً للمسئول عن فاقد الأهلية كما يجوز للقاضي أن يطلب الحضور الشخصي لممثل الشخص المعنوي أو أن يكون الطلب موجهاً إلى أحد الأفراد ممن يتكون منهم هذا الشخص وفي ذلك قررت الفقرة الثالثة من ذات المادة بأنه:

le juge peut en outre faire comparaitre tout membre ou agent d' une personne moral pour être interrogé tant sur les faits qui lui sont personnels que sur ceux qu' il a connus en raison de s qualité.⁽¹⁾

أما عن العلة في اعتبار الحضور أمام المحكمة من قبيل الأمانة الإجرائية فإن الحكمة في ذلك كون حضور الخصم وعدم تعيبيه مما يحقق مبدأ المواجهة^(٢). إذ يتعذر مواجهة الخصوم وهم في حالة غياب، كما وأن في الحضور فائدة مباشرة للخصم الحاضر لأنه بذلك يتمكن من العلم بوجود الإجراء وبالمطالبة الأولى وفي ذلك ما يحقق الهدف الذي ابتغاه المشرع في المادة ١٤ مرافعات فرنسي والتي نص فيها على أنه:

بموجب القانون الصادر في ١٩٤٢ حيث لم يفرض هذا الحضور إجباراً، وهكذا أصبح الحال في قانون المرافعات الحالي بموجب المادة ١٨٤، ويخضع الحضور لضوابط ثلاث أولها أنه يجوز في أي محاكمة أياً ما كانت الدعوى وثانيها أنه للمحكمة أن تقرر إحالة الدعوى للتحقيق مع حضور الخصم بشخصه وثالثها أن حضور الخصم بشخصه جائز سواء أكانت الدعوى في المحكمة الجزئية أو الابتدائية أو الاستئناف.

(١) انظر: Gérard Couchez; op. cit. p. 262.

(٢) وبموجب المادة ١٨٩ مرافعات فرنسي فإنه إذا حضر الخصوم جميعاً جاز للمحكمة أن تستجوبهم في حضورهم معاً وإلا جاز لها أن تستجوب أحدهم في غير حضور الباقيين. وللخصوم ومحاميهم أن يطلبوا من القاضي توجيه الأسئلة المتعلقة بموضوع الدعوى ويترك تقدير ذلك للقاضي، وعند الحضور الشخصي لا يجوز للخصم أن يجيب عن الأسئلة في التحقيق بمجرد مذكرة مكتوبة.

"Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée."⁽¹⁾

كما وأن أمانة الحضور وعدم التحايل أو تعمد التغييب عن الجلسات تأكيد لمبدأ المرافعة الشفوية إذ هذه المرافعة هي الأصل في تفعيل المواجهة. وفي إظهار ذلك قال الأستاذ "كوشيه" في فقه المرافعات الفرنسي أن المرافعة الشفوية تؤدي دوراً بالغ الأهمية في إعلاء مبدأ المواجهة المباشرة وفي ذلك ما يعين القاضي على الفصل في الدعوى:

L'oralité offre l'avantage d'une contradiction vivante et directe et permet au juge de mieux saisir les grandes lignes d'une affaire que ne le lui permet la lecture d'un dossier qui peut être volumineux.⁽²⁾

ولنضف إلى ذلك ما تقتضيه الأمانة الإجرائية على كل خصم من عدم الإخلال بواجبه في الإثبات لأن الحضور أمام المحكمة لا يعد غاية في حد ذاته وإنما هو الوسيلة المباشرة لأداء الخصم لواجبه في الإثبات، ولقد عين المشرع الدور المرجو من كل خصم في الإثبات وفقاً لمركزه القانوني وما إذا كان هو المدعي أم المدعى عليه إذ جاء في المادة الأولى من قانون الإثبات المصري أنه "على المدعي إثبات الالتزام وعلى المدعى إثبات التخلّص منه" ولقد قدر المشرع دور كل من المدعي والمدعى عليه في الإثبات وأوجب المكاشفة بينهم بغية استخلاص الحقيقة. لذا أوجبت المادة ٦٥ مرافعات على المدعي أن يرفق بصحيفة دعواه جميع المستندات المؤدة لها ومذكرة شارحة وعلى المدعى عليه أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفع بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر

(١) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 181.

(٢) راجع في الإشارة إلى ذلك الأستاذ "جيرار كوشيه" حيث يوضح الآثار الإيجابية للمرافعة الشفوية حيث يتمكن القاضي من إصدار حكمه بالاستتارة بهذه المرافعة وأنها تحول دون مباغته الخصم لخصمه، ومن ثم فإنه لا يكفي أن يصدر القاضي حكمه بموجب الاطلاع على الدوسيه أو الأوراق أو المذكرات المكتوبة ثم إن المرافعة تعين على تفهم الأوراق. راجع:

Gérard Couchez; op. cit. p. 207 No. 269.

وفي الإشارة إلى حق المرافعة الشفوية في قضاء محكمة النقض الفرنسية.

راجع: Cass. 24 Nov. 1989. D. 1990 – J.. 25.

الدعوى بثلاثة أيام على الأقل، ولا ريب في أن العلة التي رعى إليها المشرع من ذلك هي حث الخصوم على المكاشفة والتعاون في الإثبات وعدم تعطيل الفصل في الدعوى.. وعلى كل حال فإنه لئن كان المشرع لم يرتب على عدم تقديم المستندات حسبما قرر سقوط الحق في ذلك إذ اكتفى بالغرامة المقررة في المادة ٩٧ من قانون المرافعات المصري، غير أن الأمانة الإجرائية تعد هدفاً أسمى يوجب المكاشفة بالرغم من ضآلة الغرامة^(١).

وبالمثل تقضي الأمانة الإجرائية على الخصم أن يحضر شاهده أو يكلفه بالحضور إلى الجلسة المحددة لسماع شهادته إعمالاً لحكم المادة ٧٦ من قانون الإثبات، وهنا تحسن الإشارة إلى ما قرره المشرع من جزاء على عدم مراعاة الخصم للأمانة حيث أشارت المادة المذكورة إلى أنه: إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه الحضور في الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضي المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرى مادام الميعاد المحدد لإتمام التحقيق لم ينقض. فإذا لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به ولا يخل هذا بأي جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير^(٢).

كذلك توجب الأمانة الإجرائية على الخصم ألا يطلب إحالة الدعوى إلى الخبير بغية إطالة أمد النزاع خاصة وقد لوحظ في الواقع العملي تعدد إطالة النزاع والتكثير بالخصم بطلب إحالة الدعوى للخبير بدون مقتضى^(٣). لما لذلك من أثر في إطالة النزاع بسبب ازدياد عدد القضايا المحالة للخبير وعدم استيعاب الخبراء للعدد المتزايد من القضايا.

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته "مسئولية الخصم عن الإجراءات، سابق الإشارة إليه ص ٦٠٣.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٧٦ رقم ٤٢٧.

(٣) ويعد خروجاً عن الأمانة الإجرائية عدم إيداع الخصم المكلف بإيداع أمانة الخبير للأمانة حتى يتمتع الخبير عن أداء الأمورية المكلف بها ومن ثم يطول أمد النزاع علماً بأن الخبير غير ملزم بأداء الأمورية وقد تقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذي لم يقم بدفع الأمانة في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت المحكمة أن الأعذار التي أبدتها غير مقبولة.

كما توجب الأمانة الإجرائية تعاون الخصم مع الخبير بمثل ما ينبغي عليه التعاون في استظهار أدلة الإثبات أمام المحكمة.. وفي هذا المقام يجب مراعاة حكم المادة ١٤٦ من قانون الإثبات التي ورد فيها أنه يتعين على الخصوم الحضور أمام الخبير بناء على دعوته في الموعد الذي يحدده لبدء عمله.. وعلى كل حال فإن للمحكمة سلطة تقديرية فيما يبديه الخصم من طلب الإحالة للخبير إن تبين لها أن هذا الطلب مقترن بسوء قصد أو بقصد إطالة أمد الدعوى.

وبالمثل تفرض الأمانة الإجرائية على كل خصم واجب المعاونة في الإثبات، بل إن من قوانين المرافعات المقارنة ما تفرض هذه الأمانة وتقررها بموجب النصوص الإجرائية^(١). لذا تجد مثلاً المشرع البلجيكي وقد أورد في المواد من ٨٧١ إلى ٨٧٧ نصوص تلزم الخصم بتقديم كل أو بعض وسائل الإثبات التي توجد بحوزته. كما نظم المشرع الفرنسي هذا الواجب بموجب المادة ٦٢٩ مرافعات بخصوص دعوى العرض حتى وإن كانت الأوراق أو الأدلة المعروضة تضر بمصلحة الخصم^(٢).

(١) راجع في الإشارة إلى ذلك الدكتور إبراهيم أمين النفاوي في رسالته للدكتوراه "مسئولية الخصم عن الإجراءات" دراسة مقارنة في قانون المرافعات، سابق الإشارة إليها ص ٦٤٩ وما بعدها، وراجع أيضاً الأستاذ الدكتور وجدي راغب في مبادئ الخصومة المدنية، سابق الإشارة إليه ص ٢٢، ومن مظاهر واجب المعاونة في الإثبات إن عجز الخصم عن إثبات ما يدعيه من وقائع يترتب عليها اعتبارها غير حقيقية، ويقول الأستاذ الدكتور إبراهيم أمين النفاوي أن هناك جزاءات أخرى قد يتحملها الخصم المكلف بواجب الإثبات ليس نتيجة لعجزه أو عدم قيامه بهذا الواجب، وإنما يرتبط الجزاء في هذه الحالات بمسلك الخصم في قيامه بواجب الإثبات، راجع د. إبراهيم أمين النفاوي في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٦٠٢.

(٢) راجع: Gérard Couchez; op. cit. p. 245. No 322.

وانظر كذلك:

J.J. Daigre, la production forcée de pièces dans le procès civil. P.U.F. 1979

وانظر أيضاً:

G. Couchez; "Production Focrée de pièces "Juris class. Procédure.

=

وفي قانون الإثبات المصري قرر المشرع في المادة ٢٠ منه إلزام الخصم بتقديم المحرر المنتج في الدعوى إذا كان المحرر تحت يده كما ورد في المادة ٢٧ تنظيماً قانونياً لدعوى العرض إذا كان عرض الشيء لازماً للبت في الحق المدعى به^(١). وفي هذا المجال أيضاً أورد المشرع المادة ١١٤ من قانون الإثبات في شأن توجيه اليمين إلى الخصم بغية الحصول على الدليل كما أشارت المادة ١٠٥ إثبات إلى استجواب الخصم من أجل الحصول على بيانات وإيضاحات تتعلق بالوقائع.. ومع ذلك فطن المشرع إلى أن واجب الأمانة قد يقتضي أحياناً عدم تقديم الدليل بسبب الموانع المادية أو القانونية أو بفعل الخصم نفسه.

=

Civ. Fasc. 623.

(١) راجع الأستاذ الدكتور أحمد السيد صاوي في الوسيط، سابق الإشارة إليه ص ٦٥٥ رقم ٤٠٦ وما بعدها، كذلك أجاز المشرع للخصم أن يختصم الغير في الدعوى ليعاون في إثباتها بما تحت يده من مستندات وذلك إعمالاً لحكم المادة ٢٦ من قانون الإثبات.

خاتمة البحث

الأمانة صفة أصيلة من صفات حسن الخلق والأخلاق وهي صفة جوهرية يجب أن تتوفر في الإنسان ككائن اجتماعي في كل مجتمع من المجتمعات، وعليها يقوم البنيان القانوني بأسره، فالقانون أي قانون يضع في الاعتبار ما جبل عليه الإنسان من أمانة واستقامة وحسن الخلق، ومن ثم يقوم التنظيم القانوني للعلاقات بين الأفراد بمفترض من الأمانة كما يعلو في كل نظام قانوني أياً ما كان مجاله أو محله القاعدة القاضية بحسن النية ووجوب إرساء مبدأ ألا ضرر ولا ضرار.

وانطلاقاً من هذه المسلمة الأولى اعتبرت الأمانة والاستقامة من ضرورات كل نظام إجرائي سليم وكان أن اعتد الفقهاء بهذه المسلمة ويات من المسلم به لديهم وجوب عدم الغش الإجرائي أو الإساءة في الخصومة، وبالرغم من أن هذه القاعدة ليست مما هو مقنن صراحة في قوانين المرافعات المقارنة، إلا أن مقتضاها مفترض بالضرورة بدون حاجة إلى النص المباشر، ومع ذلك فقد حرصت بعض قوانين المرافعات المعاصرة إلى تأكيدها، ومن ذلك ما وردت الإشارة إليه في الفقرة الأولى من المادة ٨٨ من قانون المرافعات الإيطالي حيث أوجب المشرع على الخصوم وعلى محاميهم أن يسلكوا في الخصومة مسلك النزاهة والإخلاص وأن يراعوا أمانة التقاضي والأمانة الإجرائية.

وفي قانون المرافعات المصري حفلت النصوص بالعديد من القواعد التي تحث على ضرورة النزاهة، ففي المادة ١٢ أوجب المشرع على الخصم أن يراعي الأمانة عند تعيين موطن مختار له، وفي المادة ١٤ أوجبت المادة على الخصم ألا يلجأ إلى الغش أو التدليس للإضرار بالخصم إذا كان هو المعلن في إعلان ما.. وفي المادة ١٨٨ مرافعات أجاز المشرع للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد كما يجوز للمحكمة مع عدم الإخلال بذلك أن تقضي بالغرامة المعينة قانوناً بين حديها الأدنى والأقصى على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفاعاً أو دفاعاً بسوء نية.

وفي مجال التماس إعادة النظر كطريق غير عادي من طرق الطعن في الأحكام، بنى المشرع مجالات هذا الطريق على عدم مراعاة الأمانة أو الاستقامة الإجرائية كما عالجت المادة ٢١ مرافعات حكماً خاصاً بالبطلان إذ لا يجوز للخصم أن يتمسك به لو كان هو من تسبب فيه - ما لم يكن من النظام العام - وفي المادة ٩٧ مرافعات حث المشرع كل من المدعي والمدعى عليه بالاستقامة والأمانة بتقديم المستندات في الجلسة الأولى مع مراعاة ما هو مقرر في المادة

٦٥، وفي المادة ١٠٧ مرافعات راعت المادة ما تقتضيه الأمانة إذ يكون للمحكمة أن تحاكم من تقع منه أثناء انعقادها جنحة تعد على هيئتها أو على أحد أعضائها أو أحد العاملين بها وفي المادة ١٨٥ قرر المشرع أن للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه أو إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة منها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من مستندات قاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات، وفي المادة ٢٢٨ عالج المشرع حكم حالة صدور حكم بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو بناء على شهادة مزورة أو بسبب عدم إظهار ورقة قاطعة في الدعوى احتجزها الخصم وأوضح أن من أثار ذلك ألا يبدأ ميعاد استئنافه إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوتيه أو الذي حكم فيه على الشاهد الزور أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة التي احتجزت.

وللأمانة الإجرائية مكانة سامية في نصوص قانون الإثبات؛ لذا جاء مثلاً في المادة ٦٥ أنه يجب مراعاة الموظفين والمكلفين بخدمة عامة للأمانة بعدم الشهادة ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني وورد في المادة ٦٧ منه أنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما - كذلك اعتمد المشرع على الأمانة حين نظم أداء اليمين الحاسمة في المادة ١١٤ من قانون الإثبات حيث أجاز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر.

وفي مجال أعمال الخبرة أوجب المشرع على الخبير مراعاة الأمانة ومن ثم فإنه إن تخلى عنها أجازت المادة ١٤١ رده للأسباب التي عينها المشرع في المادة.

وإذا كان ما تقدم هو موقف المشرع المصري في مسائل الأمانة الإجرائية فإن الأمر لا يختلف عنه لدى الفقهاء إذ هي واجب على كل خصم وقد أسس الفقهاء دواعي الاستقامة على أساس من مبدأ حسن النية في التقاضي وكان أن ترتب على ذلك نتائج عديدة سواء في شأن استعمال حق التقاضي والأمانة في المواجهة وفي المرافعة الشفوية والكتابية وفي مجال الدفع والدفاع وفي خصوص تنفيذ الأحكام.

ولقد كشفت لنا الدراسة المستفيضة للأمانة الإجرائية إلى أنها مقوم أساسي ورئيسي والتي قامت عليها كافة المعاملات في الشريعة الإسلامية وأيضاً مجالات

التقاضي، إذ القضاء في حد ذاته أمانة والقضاة أمناء على العدل لذا فإن عليهم أن يحكموا بالعدل إذا حكموا ولا يجرمهم شنآن قوم على ألا يعدوا لأن العدل أقرب للتقوى، ولقد حفلت السنة النبوية المطهرة بالإشارة إلى الأمانة في نظر الخصومة وحثت على شرفها، إذ قد يحتكم الخصمان إلى القاضي وهو بشر ويكون أحدهما ألحن بحجته فيقضي له على نحو ما سمع وهو إن قضى إليه من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه لأنه إنما يقطع له قطعة من النار.

وفي فعل وقول الصحابة رضوان الله عليهم ما يعزز ضرورات الأمانة لذا روي عن عمر بن الخطاب أنه يتعين أن يكون في القاضي ثلاث خصال: لا يضارع، ولا يصانع، ولا يتبع المطامع، واشترط عمر رضوان الله عنه على شريح عند توليه القضاء ألا يشترى ولا يبتاع ولا يرتشي، وقد أوصى قضاة وعماله بعدم قبول الهدية رشوة. وفي الفقه الإسلامي قال الفقهاء بأن الأمانة والاستقامة هيئة راسخة في النفوس يترتب عليها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والبعد عن كل ما يخل بالمروءة، وقال الماوردي: والعدالة أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة، عفيفاً عند المحارم، متوقفاً المآثم بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب.. وساد لدى الفقهاء في الفقه الإسلامي أنه يجب على الخصم أن يراعي الأمانة في المواجهة فلا يكون ملتوياً عن الحق أو ألد الخصام وإلا كان على القاضي أن يزرجه.

وفي سبيل التعرض للأمانة الإجرائية خصصنا الفصل الأول لأصولها ورأينا أن للأمانة مجالاً أصيلاً ومؤكداً في مجال حق اللجوء إلى القضاء إذ إنها تحقق للفرد حقه في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ومن ثم أوضحنا أن خروج المشرع عن قواعد الاستقامة يتحقق ظاهراً عند تحصين بعض القوانين من اللجوء بشأنها إلى القضاء كما يعد تشييد المحاكم الاستثنائية خروجاً آخر عن الاستقامة، كذلك تناولنا أمانة الفرد في عدم إساءة استخدام حق التقاضي، إذ التقاضي ليس وسيلة للكيد أو الإساءة أو الإضرار لذا نبه الفقهاء إلى انتشار الدعاوى الكيدية والإجراءات الكيدية والدفع الكيدية ووجوه الدفاع الكيدية وغدا من الضروري تمييز الخبيث من الطيب ومعرفة حكم الخبيث في القانون.. ويضرب الفقهاء أمثلة عديدة توضح مدلول الكيد ومعنى الإساءة ومن ذلك استعمال حق الدعوى في التشهير واللجوء إلى التعنت بمطالبة بحق رغم العلم بانقضائه، ومن صور ذلك أيضاً التلاعب في وصول الإعلان للمعلن إليه واستعمال "دعاوى المسخرين".. ولقد عرفت الأنظمة الإجرائية المقارنة العديد من صور الإساءة في التقاضي لذا رأينا الإشارة في هذا المقام للوضع في السودان وأيضاً إنجلترا حيث يوضح الفقهاء الإنجليز أمثلة

عدة للإساءة وعدم الأمانة.

وفي مجال التعمق في ظاهرة الإساءة الإجرائية عرضنا بدراسة خاصة لاستعمال حق الإبلاغ عن الجرائم مع استعمال الادعاء المباشر في واقع نظامنا الإجرائي المصري كما أوضحنا موقف المشرع في قانون المرافعات المصري عند الإخلال بالأمانة في الدعوى والكيد في الدفاع كما ألقينا الضوء على الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في مجال رفع الدعوى بالاستناد إلى اليمين الحاسمة وحدها، وأيضاً أشرنا إشارة واجبة إلى مدى الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية عند رفع الدعوى بالاستناد لورقة مزورة مع العلم بتزويرها، ولقد اتجهت بنا الدراسة في هذا المجال للتقصي عن التخلي عن الأمانة الإجرائية في شأن المحررات في قانون المرافعات الفرنسي.

ولما كان قد شاع في الوقت الراهن الخروج عن الأمانة الإجرائية في دعاوى المسخرين فقد اتجه بنا المقام للتعرض للإساءة الإجرائية في شأن هذه الدعاوى وحكمها في المذكرة الإيضاحية في خصوص المادة ١٨٨ مرافعات وحيث أوضحت هذه المذكرة مدلول سوء النية وجسده في أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء أو طلباً أو دفاعاً عالمياً بأنه لا حق له فيه وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى والإضرار بالخصم الآخر.

كذلك اتجه بنا مقام البحث إلى دراسة الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في مجال الدفاع وأيضاً الإخلال بواجب الأمانة الإجرائية في مجال التنفيذ.

وفي الفصل الثاني من هذا البحث اتجه بنا المقام إلى بيان الأثر الإيجابي للأمانة الإجرائية في الخصومة وكان أن درسنا مكانة الأمانة الإجرائية في اشتراك الخصوم في توجيه الخصومة كما تناولنا الأمانة الإجرائية في مجال المطالبة القضائية كموضوع للخصومة ثم درسنا أثر الأمانة الإجرائية في استقامة الدفوع وذلك بالنسبة للدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية ودفوع عدم القبول، كذلك عرضنا لأثر الأمانة الإجرائية في مبدأ المواجهة بين الخصوم وألقينا الضوء على أثر مراعاة الأمانة الإجرائية في توجيه سلوك الخصم منذ بدء الخصومة وأثر مراعاة الأمانة الإجرائية في المواجهة أثناء نظر المحكمة للخصومة وكانت الدراسة شاملة لقانون المرافعات المصري والفرنسي وفي بعض الدول الأنجلوسكسونية وبالأخص في إنجلترا.

ثم استقر بنا المقام عند دراسة الأمانة الإجرائية وعلاقتها بالاستقامة والنزاهة الإجرائية ولزوم ذلك للكشف عن الحقيقة، وأوضحنا ما هو قائم في فقه المرافعات من أن الخصومة ملك للخصوم وأنه ينبغي أن يتجه القصد المشترك لكل خصم

لأن تبلغ المحكمة عين الحقيقة في الدعوى سواء من حيث تعيين الوقائع أو القانون الواجب التطبيق، ولقد حفلت نصوص قانون المرافعات المصري وقانون الإثبات كذلك بنصوص تحث على الكشف عن الحقيقة كما كرست نصوص قانون المرافعات الفرنسي هذه الحقيقة بالأخص في نص المادة ١٤ مرافعات والتي راعى فيها المشرع ألا يصدر الحكم بدون سماع أقوال الخصم أو ادعائه أو دفاع المدعى عليه، وقد قيد المشرع ذلك بلزوم الأجل الزمني المناسب.. وفي النظام الإجرائي الإنجليزي أكد التنظيم القانوني على نظام المكاشفة بين الخصوم ووردت قواعد عدة تنظم أحكامه وتدل على فاعليته في كشف الحقيقة.

ثم انتقلنا إلى دراسة الأمانة الإجرائية وضرورات مراعاة الشكل الإجرائي، وأوضحنا في هذا المجال حقيقة الشكل وماهيته وعلته وجدواه وأثره وما أصابه من تطور من الجمود إلى تحقيق الغايات المصلحية الاجتماعية وإعلاء فكرة النظام وأثر ذلك في حسن سير القضاء والمساواة في الخصومة، كما عرضنا للأمانة الإجرائية وواجب الحضور إما بشخص الخصم أو موكله وأوضحنا ما يترتب على الغياب من آثار تعرقل نظر الخصومة، لذا كان من اللازم التنويه والتنبيه إلى ارتباط الحضور أمام المحكمة - وأيضاً أمام الخبير - بالأمانة الإجرائية ومراعاة المواعيد.

وبعد وقد انتهينا من دراستنا الحالية فقد خلص لنا بما لا يدع مجالاً للشك أن الأمانة الإجرائية منظومة متكاملة وهي الوسيلة الفعالة في القضاء على مثالب كل نظام قضائي وهي الوسيلة المثلى لتجنب ظاهرة بطء التقاضي وهي الحقيقة المؤكدة في مجال العدالة.

قائمة المراجع

١ - مراجع باللغة العربية

١. د. إبراهيم أمين النفيراوي: الإخلال بالواجب الإجرائي - دراسة في قانون المرافعات للواجب الإجرائي من حيث مصدره وطبيعته وصور الإخلال به والأثر المترتب عليه، طبعة ٢٠١١، الناشر دار النهضة العربية.
٢. د. إبراهيم أمين النفيراوي: مسئولية الخصم عن الإجراءات، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه حقوق عين شمس، ١٩٨٧.
٣. د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، ١٩٧٣، الإسكندرية.
٤. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله: في أحكام القرآن، مطبعة دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨. الجزء الثاني.
٥. ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، للإمام محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، مطبعة دار الجيل، ببيروت، ١٩٧٣ الجزء الأول.
٦. ابن ماجة: في سننه: سنن ابن ماجة للإمام محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، مطبوعات دار الحديث بالقاهرة، بدون سنة نشر، الجزء الثاني.
٧. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، طبعة ١٩٧٧.
٨. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٠، الناشر دار النهضة العربية.
٩. د. أحمد سليمان حسن أحمد: مسئولية المحامي عن أخطائه المهنية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ٢٠٠٨.
١٠. د. أحمد صدقي محمود: المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي، الناشر دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
١١. أحمد عبد المنعم البهي: طرق الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة بدون سنة نشر.
١٢. د. أحمد محمد عبد الصادق: المرجع القضائي في قانون المرافعات، ٤

- أجزاء طبعة ٢٠٠٨ الناشر دار النهضة العربية.
١٣. د. أحمد مسلم: أصول المرافعات - التنظيم القضائي، طبعة ١٩٦١ بدون اسم ناشر.
١٤. د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات بأراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض، بدون سنة نشر، ولا اسم ناشر.
١٥. د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٣، الناشر دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية.
١٦. د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي: قواعد الإجراءات المدنية والتنظيم القضائي طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.
١٧. د. إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق. الطبعة الثانية.
١٨. الإمام الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٣٩.
١٩. الدارقطني: سنن الدارقطني، للإمام أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد الشهير بالدارقطني، الجزء الثاني، الناشر عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦.
٢٠. د. الكوني علي أعبودة: قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية) الجزء الأول ١٩٨٨.
٢١. د. أمينة النمر: أصول المحاكمات المدنية، طبعة ١٩٨٨، الناشر الدار الجامعية.
٢٢. د. جلال العدوي ود. رمضان أبو السعود ود. محمد حسن قاسم: الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، ١٩٩٦.
٢٣. د. جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، طبعة ١٩٦٦.
٢٤. د. جميل يوسف قدورة: نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
٢٥. د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية ١٩٦٠، الناشر دار النهضة العربية.
٢٦. د. سحر عبد الستار إمام: دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢.
٢٧. د. سعيد خالد علي الشرعبي: حق الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة

- دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٩٧.
٢٨. د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، طبعة ١٩٨٦.
٢٩. د. سيد أحمد سند: الجريمة السياسية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ١٩٨٣.
٣٠. د. سيد أحمد محمود: التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.
٣١. د. صلاح الدين جودة: القاضي الطبيعي، رسالة دكتوراه، ١٩٩٧، الناشر دار النهضة العربية.
٣٢. د. عبد الباسط جميعي: الإساءة في المجال الإجرائي (إساءة استعمال الحق في التقاضي وفي التنفيذ) دروس لطلبة الدكتوراه بحقوق عين شمس، ١٩٨١ بدون اسم ناشر.
٣٣. د. عبد الباسط جميعي: الإساءة في المجال الإجرائي بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، مجلة حقوق القاهرة، عدد خاص، العيد المنوي لحقوق القاهرة ١٩٨٣.
٣٤. د. عبد الباسط جميعي: مبادئ المرافعات الجديد، طبعة ١٩٨٠، الناشر دار الفكر العربي.
٣٥. د. عبد التواب مبارك: الوجيز في أصول القضاء المدني - قانون المرافعات، الطبعة الأولى ٢٠٠٥، الناشر دار النهضة العربية.
٣٦. د. عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر، بمصر، طبعة ١٩٢١.
٣٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري والأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت: في أصول القانون والمدخل لدراسة القانون، ١٩٥٠.
٣٨. د. عزمي عبد الفتاح: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي - قانون القضاء المدني الكويتي، الطبعة الأولى، الناشر مؤسسة دار الكتب.
٣٩. د. علي عبد الحميد تركي: الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف في مجال الدعاوى المدنية والتجارية والأحوال الشخصية. دراسة تحليلية مقارنة طبعة ٢٠٠٩، دار النهضة العربية.

٤٠. د. **علي عبد الحميد تركي**: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية.
٤١. د. **عبد محمد القصاص**: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٥، دار النهضة العربية.
٤٢. د. **مستشار فتحي محمد أنور عزت**: قضاء التنفيذ أمام إدارة التنفيذ والحلول العملية للأحكام والقرارات التنفيذية الوقتية والموضوعية، طبعة ٢٠٠٨، دار النهضة العربية.
٤٣. د. **فتحي والي**: الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠٩، الناشر دار النهضة العربية
٤٤. د. **فؤاد عبد الله العطار**: كفالة حق التقاضي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٥٩.
٤٥. **محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي**: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، مكتبة الآداب ومطبعتها ١٩٥٨.
٤٦. د. **محمد حامد فهمي**: المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ١٩٤٠.
٤٧. د. **محمد سامي مذكور**: نظرية الحق، طبعة ١٩٥٣.
٤٨. د. **محمد عبد الجواد محمد**: شرح قانون المرافعات المدنية السوداني، الجزء الأول، النظام القضائي - الاختصاص، إجراءات التقاضي، الناشر الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية، ١٩٦٨.
٤٩. د. **محمد نور شحاتة**: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٧، بدون اسم ناشر.
٥٠. د. **محمود هاشم**: استنفاد ولاية القاضي المدني، مجلة المحاماة س ٦١ سنة ١٩٨١ العدد ٣، ٥، ٦.
٥١. د. **نبيل عمر**: قانون المرافعات، طبعة ١٩٩٣.
٥٢. **نصر فريد واصل**: السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مطبعة الأمانة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٧٧.
٥٣. د. **وجدي راغب فهمي**: مبادئ الخصومة المدنية والتجارية، طبعة ١٩٧٧.
٥٤. د. **وجدي راغب فهمي**: مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات، الطبعة

الرابعة ٢٠٠٤، الناشر دار النهضة العربية.
٥٥. د. وجدي راغب وسيد أحمد محمود: قانون المرافعات الكويتي وفقاً
لأحدث التعديلات التشريعية طبعة ١٩٩٤.

٢ - مراجع باللغات الأجنبية:
أولاً: مراجع باللغة الإنجليزية:

1. **Beth Walston - Dunham**; Introduction to law, Fremont, Nebraska. third Edition.
2. **Dicey**; Introduction to the study of the Constitution, First edition, Macmellon, London 1959.
3. **Jerome J. Shestack**; the jurisprudence of human Ritgts.
4. **Mulla**; the code of civil Procedure Being act of 1908.
5. **Odgers**; Principles of Pleading and Practice in Civil Actions in the High court of Justice (Eighteenth Edition, London 1963.
6. **P.St. J. langan and D.G. Lawrence**; Civil procedure. London sweet and Maxwell. 1976.
7. **Robin C. A. White**; the English legal system in action. The Administration of justice. 3rd Edition Oxford.
8. **Smith and Bailey**; on the modern English legal system. Third Edition. Sweet and Maxwell.

ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية:

1. **A. Kohl**; Procés civil et sincérite. Liege. 1971.
2. **A. Vitu**; Une nouvelle juridiction d' expection; la Cour de Sûreté de l' état. R.S.C. 1964.
3. **Ad Braas**; précis de procédure civil. 1929.
4. **Anselin**; l' automatisme des nullités de procédure G. P. 1951.
5. **Bolard**; les juges et les droit de la défense" Etudes Bellet.
6. **Couchez**; "Principe de la Contradiction" J. class. Proc. Civ. Fasc.
7. **Daigre**; la production forcée de pièces dans le procès P.U.F. 1979.

8. **De lacharrière;** le Contrôle hiérarchique de l'administration en la forme juridictionnelle. Thèse. Paris 1937.
9. **Del Vecchio;** la justice, la vérité; 1955.
10. **E. du Rusquec;** "Vers une nouvelle définition de la procédure civile" Gaz. Pal. 17 Janv. 1989 Doct.
11. **Emmanuel Blanc;** la nouvelle procédure civil 1973.
12. **Erwan la Gall;** le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité. These. Paris 1967.
13. **G – Stefani – G. levasseur;** procédure Pénale. 9^e éd.
14. **Georges Ripert;** la regle morale dans les obligations civiles. 4^{éd} 1949.
15. **Gérard Cornu et Jean Foyer;** Procédure Civile. presses Universitaires de France 1958.
16. **Gérard Couchez;** Procédure Civile. 10^e édition. Sirey.
17. **Hébaud;** l' acte juridictionnel et la classification des contentieux, Rec. ac. Leg. Toulouse 1949.
18. **Henri Capitant;** Introdction à l' etude du droit civil. 5^é éd.
19. **J. Normand;** "le Juge et le fondement du litige "Mélanges Hébraud.
20. **Jaques Mesnard;** l' abus du droit en matière de droit judiciaire privé. thèse. Paris 1952.
21. **Jean – Claude Soyer;** Droit pénal et procédure Pénale – Tome 2.
22. **Jean Vincent et Serge Guinchard;** Procédure civile. 22^e édition Dalloz.
23. **L. Champion;** la théorie de l' abus des droits de l' exercice antisocial des droits subjectis, Bruxelles

- 1925.
24. **lampué;** la notion d' acte juridictionnel; RDP. 1946.
 25. **Léon Rene sultan;** L' abus des droit, thèse alger. 1926.
 26. **M. Anquetil;** Etude Comparée de l' instruction en matière civile et pénale. Th. Rennes 1970.
 27. **Mario Rotondi;** le role de la notion de l' abus du droit, Rev. trim. 1980.
 28. **Milivoie Markovitch;** la théorie de l' abus des droits en droit comparé. These. Lyon 1936.
 29. **Motulsky;** "le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle" – in le respect des droit de la défense" Mélanges Roubier.
 30. **Normand;** les droits de la défense devant les juridictions du travail; Semaine Sociale lamy, suppl. No. 40.
 31. **Odent;** les droits de la défense, Conseil de l' Etat etudes et documents. 1954.
 32. **R. Martin;** "le juge et le fondement de la prétention". Dalloz. 1987.
 33. **R. Martin;** le double langage de la prétention. J.C.P. 1981.
 34. **René Morel;** Traité élémentaire de Procédure Civile Deuxième Edition. Recueil sirey.
 35. **Teyssie;** Droit et pratique de la procédure civile. 2000.
 36. **Wiederkehr;** le principe du contradictoire, à propos du décret du 17 déc. 1973 "D. 1974. chron, 95 "Droit de la défense et procédure civile" Dalloz. 1978, chronq. 36.