الإجراء الضمني في القضية

"دراسة تحليلية مقارنة"

للوقوف على تطبيقات الإجراءات الضمنية في الدعوى والخصومة القضائية في النظامين المصري والسعودي

دكتــور

محمود علي عبدالسلام وافي

أستاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية المساعد

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

١٤٤٤هـ / ٢٠٢٢م

ملخص

يتلخص هذا البحث في الوقوف على حقيقة "إجراءات التقاضي الضمنية"، سواء ما يتخذ منها من خلال القاضي كممثل للسلطة القضائية، أو من خلال الخصوم أو الغير، وذلك في خصوص إجراءات التقاضي العادية، برصد جوهر هذه الإجراءات، وتحديد الآثار القانونية لها، وآلية التمسك بها، وذلك مقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي.

وينطلق البحث من التساؤل عن ماهية الإجراءات الضمنية، والآثار القانونية لها؟ وجاء في مبحثين: الأول منهما تمثل في تأصيل فكرة الإجراء الضمني في القضية، وذلك من حيث التأصيل القانوني والفقهي للإجراء الضمني، ثم خصصت الثاني منهما لتطبيقات الإجراء الضمني، باستعراض تطبيقات القرار القضائي الضمني، والإجراء الضمني من الخصوم.

وخلصت إلى عدة توصيات كان من أهمها في خصوص القانون المصري تعديل نص المادة ٢٢٩ والمادة ٢٥٣ مرافعات بتبني فكرة القبول الضمني للحكم كمانع من الاعتراض عليه، وتعديل قانون الإثبات بإضافة النص على أن: "لا تقبل شهادة الأصل للفرع، وشهادة الفرع للأصل، وشهادة أحد الزوجين للآخر ولو بعد افتراقهما، وشهادة الولي أو الوصي للمشمول بالولاية أو الوصاية".

وفي خصوص النظام السعودي تمثلت في: ١- تبني أحكام التنازل الضمني عن البطلان المقررة في قانون المرافعات المصري. ٢- الاعتداد بالتعبير الضمني عن إرادة التنازل عن الإجراء ومساواته في الأثر بالتعبير الصريح. ٣- تبني فكرة سقوط حق الطعن عمن سبق له قبول الحكم صراحة أو ضمنًا ٤- تبني الأثر القانوني الموضوعي للتنازل عن الحكم القضائي من قِبَل المحكوم لصالحه.

Abstract of the Research

This research aims to identify the reality of "implied litigation procedures", what is taken by the judge as a representative of the judiciary, or what is taken by the parties or by others, in normal litigation procedures, by Observe the core of these procedures and determining the legal effects and the mechanism of sticking to it, in a comparative study between Egyptian and Saudi laws.

The research stems from the question about the concept of the implicit procedures, and what are its legal effects? The research included two topics: The first of them consisted in rooting the idea of the implicit procedure in the case, in terms of the legal and jurisprudential rooting of the implicit procedure, the second of them is devoted to the practical reality of the implicit procedure, by reviewing the reality of the implicit judicial decision and the implicit procedure of the parties.

I reached several recommendations, the most important of which was in the Egyptian law to amend the text of Articles 229 and 253 of the Code of Procedure; by Adoption the idea of implicit acceptance of the judgment as a reason not to object to it. and amending Evidence code by adding the text that: "The testimony of origin for the descendant, the testimony of the descendant for the origin, the testimony of one spouse to the other even after their divorce, and the testimony of the guardian or trustee of the person under guardianship or trusteeship shall not be accepted".

In Saudi law, they are: "1- Adoption of the implicit waiver rules applicable in the Egyptian Code of Procedure. 2- Reliance on the implicit expression of the will to waive the procedure and equating it in effect with the explicit expression. 3- Adoption of the idea of loss the right of appeal from those who had previously accepted the judgment explicitly or implicitly. 4- Adopting the objective legal effect of waiving the judgment by the person in favor of him".

تمهيد وتقسيم

أولاً: تحديد موضوع ونطاق البحث

يتمثل موضوع هذا البحث في الوقوف على حقيقة "إجراءات التقاضي الضمنية"، سواء ما يتخذ منها من خلال القاضي باعتباره ممثل السلطة القضائية، أو من خلال الخصوم في القضية، أو الغير "كما في طلبات التدخل"، وذلك برصد جوهر هذه الإجراءات، وكيفية رصدها والوقوف عليها، وتحديد الآثار القانونية لها، وآلية التمسك بها.

ولتحديد موضوع البحث لابد لنا أن ننطلق من المعنى المصطلحي لاصطلاحات القضية، الدعوى، الخصومة، الإجراءات العادية، والإجراءات غير العادية، ذلك لتحديد ما إذا كان محل البحث يتسع ليشمل الإجراءات العادية وغير العادية على السواء أم ينحصر في إحداهما؟ فضلاً عن تحديد ما إذا كان البحث ينحصر في الإجراءات الضمنية ضمن الخصومة القضائية بمفهومها الفني الدقيق أم يتسع ليشمل الإجراءات الضمنية في الدعوى القضائية؟

فالدعوى بوصفها ادعاء قانوني أمام القضاء، وهي الوسيلة الإجرائية لاستخدام حق أساسي لكل شخص وهو حق اللجوء لقاضية الطبيعي، والذي يعبر عنه إجرائيًا بحق الدعوى، وهو ما يختلف عن محل الدعوى الذي ينصرف للمركز القانوني أو الحق الموضوعي المطلوب الحصول على الحماية القضائية له، تتعلق بها العديد من الإجراءات الضمنية منها القضاء الضمني في الطلبات، ومنها ما يمكن تسميته بالحجية الضمنية.

أما الخصومة فبوصفها إجراءات عرض الدعوى على القضاء والحصول على حكم في موضوعها، ولكونها تنصرف إلى مجموعة الإجراءات المقررة نظامًا لنظر الدعوى والفصل فيها، فيتعلق بها طائفة أخرى من الإجراءات الضمنية، منها القضاء الضمني في مسائل الولاية والاختصاص، الانعقاد الضمني للخصومة القضائية، والقضاء الضمني في الدفوع الإجرائية، والتنازل الضمني عن الحق الإجرائي.

بينما تشمل القضية كل من الدعوى والخصومة، إذ تمثل الخصومة شكل القضية وإجراءاتها، بينما تمثل الدعوى محلها وموضوعها.

وعلى ذلك لابد –تحديدًا لموضوع البحث– من حسم مجال البحث وما إذا كان سيتعلق فقط بالإجراء الضمني في الخصومة القضائية، أم بالإجراء الضمني في الدعوى القضائية، أم بالإجراء الضمني في كليهما "الإجراء الضمني في القضية".

وجوابًا على ذلك، واستكمالاً للفائدة، فسوف يشمل مجال البحث الإجراء الضمني في الخصومة والدعوى على السواء أي "الإجراء الضمني في القضية".

أما تمييز الإجراءات العادية عن الإجراءات غير العادية –كمفترض لتحديد موضوع البحث– فينصرف إلى بيان المنهج الإجرائي لطلب الحماية القضائية "الموضوعية، الوقتية، الولائية، والتنفيذية" الذي سيتم رصد الإجراء الضمني فيه، فالإجراءات العادية هي إجراءات الخصومة القضائية التي تعد المنهج الإجرائي الأصيل والعام لمنح الحماية القضائية، وتقوم على تقديم طلب "مطالبة قضائية" للمحكمة، يتم ننظره وفق مبادئ التقاضي والتي من أهما مبدأ المواجهة بين الخصوم، ثم يصدر فيه حكم "بوصفه الشكل العام والأصيل لإصدار القرار القضائي المتضمن على منح الحماية القضية المطلوبة أو رفضه"، أما الإجراءات غير العادية فهي إجراءات خاصة يتم من خلالها طلب الحماية القضائية دون التقيد بمعظم مبادئ التقاضي الأساسية، حيث يتم تقديم طلب لقاضي بالمحكمة، في غيبة الخصم ودون علمه، ثم يصدر أمر بمنح الحماية القضائية المطلوبة أو رفضها.

فالإجراءات العادية تتم أمام محكمة بيد أن الإجراءات غير العادية فتتم أمام قاضي، كما أن الإجراءات العادية تتم في مواجهة الخصم أما الإجراءات غير العادية فدون مواجهته، وتباشر الإجراءات العادية وفق منهج الخصومة القضائية بينما تباشر الإجراءات غير العادية وفق منهج الأوامر على العرائض، وأخيرًا يتم منح الحماية القضائية أو رفضها في الإجراءات العادية بحكم بينما في الإجراءات غير العادية بأمر على عريضة.

وعلى ذلك لابد –تحديدًا لموضوع البحث– من حسم مجال البحث وما إذا كان سيتعلق فقط بالإجراء العادية "إجراءات الخصومة القضائية"، أم بالإجراءات غير العادية "الأوامر على العرائض"، أم بكليهما "جميع إجراءات التقاضي".

وجوابًا على ذلك، وتركيزًا لموضوع البحث، وجريًا على الغالب، فسوف ينحصر مجال البحث على الإجراء الضمني في الإجراءات العادية "إجراءات الخصومة القضائية" دون الإجراءات غير العادية "الأوامر على العرائض".

هذا: وسيتضمن البحث دراسة مقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي، فلاختلاف المدرسة القانونية والبيئة التشريعية لكلا النظامين يتوافر مقتضى الدراسة المقارنة، ولاختلاف المنهج العملي والتطبيقات القضائية بينهما تبدو فائدة هذه المقارنة.

وسأعمد إلى إضافة مصطلح التنظيم القانوني السعودي المغاير لاصطلاح التنظيم القانوني المصري بين قوسين ضبطًا للصياغة وتحديدًا للمعنى، وأهمش على ذلك قدر الضرورة البحثية فوجب التنويه.

ثانيًا: سبب اختيار موضوع البحث "أهمية موضوع البحث"

يشهد الواقع العملي اضطرابًا في العديد من المسائل الإجرائية ينبع من عدم وضوح فكرة الإجراء القضائي الضمني؛ بما يترتب على هذا الاضطراب من الآثار الإجرائية السلبية، التي من أهمها:

١- سقوط حقوق إجرائية تبعًا لمواقف إجرائية ضمنية يتخذها الخصوم يترتب عليها سقوط بعض الحقوق الإجرائية الهامة دون أن ينتبه الخصم لذلك.

٢- وجود اضطراب وتردد فيما يتعلق بحدود حجية الأمر المقضي للأحكام القضائية، فإذا كان الثابت والمقطوع به ثبوت هذه الحجية للقضاء الموضوعي الوارد بالحكم القضائي بغض النظر عن موقعه في هذا الحكم؛ فتثب حجية الأمر المقضي لكل قضاء موضوعي يتضمنه الحكم القضائي سواء ورد هذا القضاء في حيثيات الحكم أو في منطوقه؛ بما يستتبعه ذلك من ترتيب الآثار الإيجابية والسلبية المقررة لحجية الأمر المقضي، إلا أن ما يثار بشأنه التساؤل ويحتاج إلى بحث هو بيان القضاء الموضوعي الضمني الذي يتضمنه الحكم القضائي دون إفصاح، إذ لابد من تحديده ورصده لإضفاء حجية الأمر المقضي عليه، ومن ثم ترتيب كافة الآثار السلبية والإيجابية لهذه الحجية؛ بحيث نستطيع القول بأن تحديد إطار القضاء الضمني يسهم في تحديد المجال القانوني لحجية الأمر المقضي.

٣- إن عدم تحديد فكرة القضاء الضمني يستتبع رفع دعاوى عن موضوعات سبق أن حسمت بقرارات قضائية ضمنية، بما يستتبعه ذلك من خروج عن مبدأ "عدم جواز نظر الدعوى السابق الفصل فيها" وإهدار لوقت القضاء، وبما يتعارض مع فكرة حجية الأحكام القضائية ذاتها، فضلاً عما يترتب على ذلك من فتح الباب أمام تعارض الأحكام القضائية، وهذا كله يمكن تجنبه من خلال بلورة فكرة القضاء الضمني، وبيان جوهرها، وحدودها، وآثارها؛ ومن هنا كانت فكرة هذا البحث.

ثالثًا: مشكلة البحث

من تحديدنا لموضوع البحث وبيان أهميته تبرز لنا مشكلته والتي يمكن لنا صياغتها في السؤال الآتي "**سؤال البحث**":

ما هي الإجراءات الضمنية، وما هي الآثار القانونية لها؟

رابعًا: تحديد عنوان البحث

ارتكز تحديد عنوان البحث –كفرع عن تحديد موضوعه– على تمايز المعنى المصطلحي لاصطلاحات القضية، الدعوى، الخصومة، الإجراءات العادية، والإجراءات غير العادية، على نحو ما تقدم في تحديد موضوع البحث؛ ولذا فقد ترددت بين عدة عناوين لموضوع هذا البحث، كان منها: "**الإجراء القضائي الضمني**" ورأيت أن هذا العنوان يتوسع عما يتضمنه موضوع البحث الذي ينحصر في إجراءات التقاضي العادية "الخصومة القضائية"، فلا يتسع موضوع البحث –على خلاف هذا العنوان– ليشمل إجراءات التقاضي غير العادية، أو إجراءات التنفيذ القضائي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن وصف "القضائي" الوارد بهذا العنوان ينصرف لكل إجراء يتم في خصومة قضائية، فكل إجراء يتم ضمن المنظومة الإجرائية للخصومة القضائية هو إجراء قضائي، بيد أن العكس ليس بصحيح إذ ليس كل إجراء قضائي يدخل ضمن المنظومة الإجرائية للخصومة القضائية؛ وعليه فلم أرى تناول هذا البحث تحت عنوان "الإجراء القضائي الضمني".

ثم كان مقترح عنوان آخر لهذا البحث يتمثل في: "**الإجراء الضمني في الخصومة القضائية**"، بيد أن هذا العنوان بدوره لم يسلم من النقد، ذلك أنه لا يتسع ليشمل جميع جوانب موضوع هذا البحث، ذلك أن البحث ينصرف لجميع الإجراءات الضمنية التي تتم ضمن إجراءات التقاضي العادية، سواء ما يتعلق منها بالجانب الإجرائي "الإجراءات الضمنية في الخصومة القضائية"، أو ما يتعلق منها بالجوانب الموضوعية "الإجراءات الضمنية في الدعوى القضائية"؛ وعليه فلم أرى مناسبة عنوان: "الإجراء الضمني في الخصومة القضائية".

لما تقدم فقد رأيت أن العنوان الأنسب والأدق لموضوع هذا البحث هو: "**الإجراء الضمني في القضية**".

خامسًا: مصطلحات البحث

يقصد بهذه المصطلحات المعنى المقابل لها أينما وردت في هذه الدراسة:

١- **قانون المرافعات أو مرافعات مصري:** قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، وفقاً لآخر تعديل له في ٥ سبتمبر عام ٢٠٢٠م.

٢- **نظام المرافعات أو مرافعات سعودي:** نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ وفق آخر تعديل بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٤٣)، وتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ.

٣- **القانون المدني أو مدني مصري:** القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، وفقاً لآخر تعديل له في ١٣ أكتوبر عام ٢٠٢١م.

٤- **مشروع نظام المعاملات:** مشروع نظام المعاملات المدنية السعودي، والذي لم يصدر حتى كتابة هذا البحث.

٥- **قانون الإثبات أو إثبات مصري:** قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م، وفقاً لآخر تعديل له في ٦ يونية ٢٠٠٧م.

٦- **نظام الإثبات أو إثبات سعودي:** نظام الإثبات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣)، وتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ.

سادسًا: تقسيم موضوع البحث

انطلاقًا من تحديد موضوع البحث على النحو السابق فسأحاول تناول موضوعه من خلال مبحثين أساسيين يتمثل المبحث الأول منهما في "تأصيل فكرة الإجراء الضمني في القضية"، وذلك من حيث التأصيل القانوني للإجراء الضمني "مطلب أول"، بالتأصيل القانوني للإجراء الضمني في القانون الموضوعي "فرع أول" والتأصيل القانوني للإجراء الضمني في القانون الإجرائي "فرع ثانٍ"، وكذلك من حيث التأصيل الفقهي للإجراء الضمني "مطلب ثانٍ"، ببحث مدى توافر مفترضات العمل الإجرائي في الإجراء الضمني، "فرع أول"، ثم ببحث مدى تولد آثار العمل الإجرائي عن الإجراء الضمني "فرع ثانٍ".

ثم يأتي المبحث الثاني متضمنًا "تطبيقات الإجراء الضمني في القضية"، وذلك من حيث الوقوف على القرار القضائي الضمني "مطلب أول"، برصد تطبيقات القرار القضائي الضمني في الخصومة القضائية "فرع أول"، ثم تطبيقاته في الدعوى "فرع ثانٍ"، وكذلك من حيث الوقوف على الإجراء الضمني من الخصوم "مطلب ثانٍ"، وذلك في خصوص القبول الضمني للإجراء "فرع أول"، والتنازل الضمني عن الحق الإجرائي "فرع ثانٍ".

ثم نختم هذا البحث بملخصه، وأهم نتائجه، وأبرز توصياته إن وجدت.

المبحث الأول: تأصيل فكرة الإجراء الضمني في القضية

يقتضي تأصيل فكرة الإجراء الضمني في القضية إجراء بحث تأصيلي من التقنين الإجرائي من ناحية، والتطبيق القضائي من ناحية ثانية، والفقه الإجرائي من ناحية ثالثة وأخيرة، بيد أنه من الأنسب ضبطًا للصياغة وتجنبًا للتكرار تناول التأصيل القضائي ضمن موضوعات الجزء الثاني من هذه الدراسة والذي يعني بالجانب التطبيقي؛ وعليه نقتصر في هذا المقام على تأصيل هذه الفكرة من ناحيتي التقنين والفقه الإجرائي.

هذا: وقد جرى العمل البحثي على تناول موضوعات التقنين تحت اصطلاح "قانوني"، وهو ما لا ينفي القانونية عن غيرها من الموضوعات؛ ولذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التأصيل القانوني للإجراء الضمني.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للإجراء الضمني.

المطلب الأول: التأصيل القانوني للإجراء الضمني

تضمنت النظم القانونية تنظيمًا واسعًا لفكرة التعبير الضمني عن الإرادة بصورة يعتد بها قانونًا، وبالطبع فإن هذه الفكرة ليست حبيسة تنظيم إجرائي دون سواه، فكما أصلت لها نظم القانون الموضوعي، فهي من مفردات نظم القانون الإجرائي كذلك، وإن كانت نظم القانون الموضوعي هي أساس تبني في فكرة التعبير الضمني عن الإرادة والأسبق بحكم اللزوم المنطقي في هذا الخصوص.

تفصيل ذلك أن تطبيقات الإرادة القانونية تتسع لتعم كلا النظامين القانونيين الموضوعي والإجرائي على السواء، ولما كان هذا الأخير وسيليًا وخادمًا للقانون الموضوعي فإن التعبير عن الإرادة أسبق تنظيمًا وتأصيلاً في القانون الموضوعي، ومن المقرر في نظم هذا القانون الأخير أن التعبير عن الإرادة يأخذ أحد صورتين هما التعبير الصريح والتعبير الضمني.

الفرع الأول: التأصيل القانوني للإجراء الضمني في القانون الموضوعي

تعددت التنظيمات القانونية للاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة في نظم القانون الموضوعي، وعلى رأسها نظم القانون المدني، بيد أن هذا لا يعني منح التعبير الضمني ذات القيمة القانونية المقررة للتعبير الصريح عن الإرادة القانونية، إذ يبقى لهذا الأخير الصدارة في التنظيم القانوني من حيث الاعتداد به وترتيب آثاره، وهو ما نعرض له على النحو التالي:

الغصن الأول: الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة القانونية

ينطوي التعبير الضمني عن الإرادة في نظم القانون الموضوعي وبخاصة القانون المدني "المعاملات المدنية" على بيان للإرادة بطريق غير مباشر عن طريق الاستنباط، بحيث يستدل على إرادة أمر ما من التعبير المباشر عن إرادة أمر آخر، فالشخص يأتي أفعالًا لا تعد بذاتها تعبيرًا مباشرًا عن الإرادة، ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها[١].

وقد تبنى القانون المدني المصري التعبير الضمني عن الإرادة صراحة في المادة (٢/٩٠) منه والتي تنص على أنه: "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا"، كما أصل لفكرة الشواهد القاطعة على دلالة المعنى في أساليب التعبير عن الإرادة الضمنية في الفقرة الأولى من ذات النص حين قرر أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود".

وفي النظام السعودي لا يصح تصور عدم وجود تقنين يقر مثل هذا الحكم، وإن كانت قواعد الفقه الإسلامي التي جرى العمل على تبنيها واتباعها تضمنت تأصيلاً للتعبير الضمني عن الإرادة فاق التقنينات المقارنة، حيث إن فقهاء الشريعة الإسلامية أصَّلوا للتعبير الضمني عن الإرادة في جميع أنواع المعاملات أيما تأصيل[٢].

---

١ سليمان مرقس: شرح القانون المدني، ج٢، المطبعة العالمية بالقاهرة، ١٩٦٤، ص٤٩، ثروت حبيب: المصادر الإرادية للالتزام، ١٩٧٢م، ص٨٤، أنور العمروسي: التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، الطبعة الأولى، ١٩٧٨م، ص١٩٦.

٢ محمد أمين بن عمر "ابن عابدين ": حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ج٥، ص٤٢٣، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، ج٢، ص١٩٤، كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام: فتح القدير، دار الفكر، ج٢، ص٩٩، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري "الجمل": فتوحات العجيلي "حاشية الجمل على شرح المنهج الطلاب لزكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري"، وهو مختصر منهاج الطالبين لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٣، ص١١، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (الشافعي الصغير): نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي، وبهامشه حاشية أحمد بن عبدالرزاق بن محمد بن أحمد (المغربي الرشيدي)، الناشر مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، عام ١٣٥٧هـ/ ١٩٣٨م، ج٣، ص٣٧٤، مصطفى بن سعد بن عيدة الرحيباني: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الناشر المكتب الإسلامي، ج٣، ص٥٠، محمد بن أحمد بن محمد (عليش): منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ج٧، ص٥٠.

ذلك أن هناك أنظمة صدرت مؤخرًا تبنت فكرة التعبير الضمني عن الإرادة بصورة واضحة، كما أن هناك مشاريع أنظمة تحت الإعداد اتبعت ذات المنهج، فقد جاء نظام الإثبات السعودي الجديد متبنيًا ذات المنهج[٣]، كما تضمن مشروع نظام المعاملات حكمًا مماثلاً لما ورد في المادة (٢/٩٠) مدني مصري[٤].

ولا تقع تطبيقات الإرادة الضمنية في إطار القانون الموضوعي بصفة عامة والمعاملات المدنية على وجه الخصوص تحت حصر، ومنها استمرار طرفي العقد الزمني (كالإيجار والعمل) في تنفيذه بعد انتهاء مدته، فبقاء المستأجر منتفعًا بالعين المؤجرة ومسددًا للأجرة في مواعيدها بعد انتهاء عقد الإيجار إيجابًا ضمنيًا على تجديد العقد بذات شروطه، كما يعد سكوت المؤجر عن بقاء المستأجر في العين المؤجرة وقبضه الأجرة المقررة في هذا الفرض قبولًا ضمنيًا منه بتجديد العقد بذات شروطه[٥]، وهكذا بقاء العامل ورب العمل في تنفيذ عقد العمل بعد انتهاء مدته[٦].

بل ذهبت نصوص القانون المدني "مبادئ المعاملات المدنية" إلى أبعد من ذلك، حيث تقرر إبرام العقد ابتداءً بدلالة التعبير الضمني، فتنص المادة ٩٨ منه على أنه: "(١) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحًا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب

---

٣ تنص المادة السادسة عشرة من نظام الإثبات السعودي على أن: "يكون الإقرار صراحة أو دلالة، باللفظ أو بالكتابة".

٤ شرفت بالمساهمة في صياغة ومراجعة مشروع نظام المعاملات المدنية السعودي، والذي لم يصدر حتى الآن، وقد وقع المشروع –وفق مقترحه الأول– في سبع مائة وثمانية وثلاثين مادة، وما يخصنا في هذا البحث ما يتعلق بالتعبير الضمني عن الإرادة، وقد تعددت تطبيقات الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة، منها ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الثانية والثلاثين من هذا المشروع فيما قررته من النص على أن: "يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحًا أو ضمنيًا، وذلك ما لم تقتض الأحكام النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملات خلاف ذلك".

٥ تنص المادة ٥٩٩ من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه: "إذا انتهي عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعًا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى".

وتنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة والثلاثون بعد المائة من مشروع نظام المعاملات المدنية على أنه: "إذا انتهى عقد الإيجار واستمر المستأجر في الانتفاع بالمأجور برضى المؤجر الصريح أو الضمني عد العقد مجدد بشروطه وتأميناته".

٦ تنص المادة ٢/٦٨٠ من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان العمل قابلاً بطبيعته لأن يتجدد، واستمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه، اعتبر العقد قد تجدد تجديداً ضمنياً المدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرى".

وفي ذات السياق تنص المادة ١/٥٥ من نظام العمل السعودي على أن: "ينتهي عقد العمل المحدد المدة بانقضاء مدته، فإذا استمر طرفاه في تنفيذ عُدَّ العقدُ مجدداً لمدة غير محددة".

في وقت مناسب. (٢) ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"[٧].

وكذلك في دلالة التعبير الضمني في الإيجاب والقبول كركنين أساسيين في جميع العقود، فنصوص القانون المدني المصري تبنت الاعتداد بالتعبير الضمني في هذا الخصوص[٨]، وهو ما تبناه مشروع نظام المعاملات[٩].

كما تقرر –في كلا النظامين المصري والسعودي– الاعتماد على الإرادة الضمنية في إجازة العقود تمامًا كالإرادة الصريحة، إذ تنص المادة (١/١٣٩) من القانون المدني المصري على أن: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة او الضمنية"، وهو ما جرى عليه العمل في النظام السعودي استنادًا للفقه الإسلامي[١٠]، وما تضمنه مشروع نظام المعاملات[١١].

وأيضًا ساوى القانون المدني المصري بين التعبير الصريح والضمني عن الإرادة في إبراء الذمة فقرر في المادة ٢/١٥٥ منه أنه: "لا يترتب على المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنًا على خلاف ذلك"[١٢].

كما قررته نصوص القانون المدني في خصوص تحديد المقابل المالي للوكالة في المادة ١/٧٠٩ أن: "الوكالة تبرّعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحةً أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل"، والتزامات المودع في عقد الوديعة إذ تنص المادة ٧١٩ على أن: "(١) على المودع عنده أن يتسلّم الوديعة. (٢) وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له

٧ وهو نفس ما قررته المادة السادسة والثلاثون من مشروع نظام المعاملات المدنية السعودي.

٨ نص في المادة ٩٦ منه على أنه: "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا".

٩ ينص في المادة (١/٣٥– ب) أن: "يسقط الإيجاب إذا رفضه من وجه إليه صراحة أو ضمنًا، وأي تعديل يتضمنه القبول يعد رفضًا يتضمن إيجابًا جديدًا".

١٠ راجع في تفصيل ذلك شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ج٤، ص٣٥، فتح القدير، ج٢، ص٩٩، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص١١.

١١ وهو نفس ما قررته المادة الخامسة والسبعون من مشروع نظام المعاملات المدنية السعودي.

١٢تنص المادة ٢/٩٩ من المشروع على أنه: "لا يترتب على نقض الاشتراط براءة ذمة المتعهد تجاه المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنًا على براءته".

المودع في ذلك صراحةً أو ضمناً"، واستلزام التأشير بالتصرفات العقارية إذ تنص المادة ١١١٥ منه على عدم استلزام التأشير في هامش "إذا جدد الإيجار تجديدًا ضمنيًا".

وكذلك يوجد في النظام السعودي العديد من التطبيقات التي اتخذت من التعبير الضمني ذات دلالة التعبير الصريح في معظم أنواع المعاملات المدنية، كما في التعهد عن الغير وتحديد وقت سريان أثر القبول[١٣]، وكذلك تبني فكرة الإعذار الضمني للمدين[١٤]، وإسقاط الحق في الفسخ[١٥]، والاشتراط الضمني في الهبة[١٦].

فالفارق بين الإجراء الصريح والضمني ينبع عن الفارق بين التعبير الضمني والتعبير الصريح عن الإرادة القانونية، وهذا الفارق الأخير إنما يتولد عن أسلوب التعبير عن الإرادة وما إذا كان مباشرًا بصورة واضحة في الدلالة عن المعنى والمقصود، أم بصورة غير مباشرة ومستترة بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير عن الإرادة إلا عن طريق الاستنتاج والاستدلال.

فإذا ما تم رصد التعبير عن الإرادة بصورة قاطعة لا ريب فيها ولا شك ولا تأويل ترتبت جميع الآثار القانونية بغض النظر عما إذا كان التعبير المرصود صريحًا أم ضمنيًا، ذلك أن المعول عليه مدى وجود إرادة صحيحة، وما التعبير عنها سوى وسيلة للوقوف على هذه الإرادة، التي لا يلزم الوقوف عليها بأسلوب معين دون سواه.

الغصن الثاني: القيمة القانونية للتعبير الضمني عن الإرادة القانونية

يتضح لنا مما تقدم أن القانون الموضوعي وبخاصة في مجال المعاملات المدنية اعتد بالتعبير الضمني عن الإرادة تمامًا كالتعبير الصريح عنها، فكليهما يكشفان عن إرادة قانونية موجودة وصحيحة ومعتبرة، ولكن هذا لا ينفي وجود تدرجًا للقوة القانونية لكلا صورتي التعبير عن الإرادة، بحيث يأتي التعبير الصريح عن الإرادة في مرتبة أعلى من

١٣تنص المادة ٢/٩٧ من مشروع نظام المعاملات المدنية على أنه: "إذا قبل الغير التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرًا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنًا أن يستند أثر هذا القبول إلى وقت التعهد".

١٤تنص المادة ١٧٢/أ من مشروع نظام المعاملات المدنية على أنه: "لا يشترط إعذار المدين إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنًا على عد المدين معذرًا بمجرد حلول الأجل".

١٥تنص المادة ٣٠٦ من مشروع نظام المعاملات المدنية على أنه: "إذا أسقط المشتري حقه في الفسخ صراحة أو ضمنًا....".

١٦تنص المادة ٢/٣٧١/ج من مشروع نظام المعاملات المدنية على أنه: "إذا لم يقبل الموهوب له رد الموهوب فللواهب أن يطلب ذلك من المحكمة إذا كانت الهبة مشروطة صراحة أو ضمنًا بالتزام على الموهوب له وأخل به".

مرتبة التعبير الضمني عنها، وهو ما يتضح لنا من النسق القانوني لتنظيم الأحكام القانونية للتعبير الضمني عن الإرادة مقارنة بذات النسق المقرر للتعبير الصريح عنها، ويبدو ذلك من عدة أوجه، نرصدها فيما يلي:

أولاً: استلزام التعبير الصريح عن الإرادة في بعض الفروض وعدم الاعتداد بالتعبير الضمني

من تطبيقات ذلك في القانون المصري ما تقرره المادة ٢/٨٤٤ من القانون المدني المصري من أنه: "لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه"؛ بما مؤداه أن التعبير عن إرادة الإعفاء من الضمان لا يعتد به ما لم يكن صريحًا.

كذلك ما يقرره ذات القانون في المادة ٩٩٧ من أنه: "لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال وحق السكنى إلا بناء على شرط صريح"؛ بما مؤداه أن التعبير عن إرادة النزول للغير عن حق الاستعمال وحق السكنى لا يعتد به ما لم يكن صريحًا.

وأيضًا ما يقرره ذات القانون في المادة ٢/١٠١٧ من أنه: "إذا انتقل العقارين إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتيهما عد الارتفاق مرتبًا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك"؛ وهو ما يستلزم للاعتداد بالتعبير عن الإرادة في هذا الخصوص أن يكون صريحًا.

ومن تطبيقات ذلك في النظام السعودي ما يقرره مشروع نظام المعاملات في المادة ١/١١ بخصوص تحديد نطاق الموطن المختار من أنه: "يجوز اتخاذ موطن مختار لعمل معين، ويكون هو الموطن لكل ما يتعلق بهذا العمل، ما لم يشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى"، وفي المادة ١٠٥ بخصوص الإعفاء من الإعذار في الفسخ التلقائي "غير القضائي" للعقد من أنه: "يجوز الاتفاق على أن يكون للدائن حق فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه دون حاجة إلى حكم قضائي، ولا يعفي هذا الاتفاق من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

كذلك وفي ذات السياق تضمن المشروع في المادة ٢/٦٢٦ النص على أنه: "ليس للمتقاسم الرجوع بضمان الاستحقاق إذا كان هناك اتفاق يقضي بالإعفاء منه إذا نشأ بسبب محدد صراحة في الاتفاق".

ثانيًا: جعل التعبير الصريح عن الإرادة هو الأصل والتعبير الضمني عنها هو البديل

من تطبيقات ذلك ما يقرره القانون المدني المصري في المادة ٢/٩٠ من أنه: "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا".

فهذا النص أورد حكمًا عامًا في أسلوب التعبير عن الإرادة الذي يعتد به قانونًا، فجعل من التعبير الصريح أصلاً عامًا ثم أجاز التعبير الضمني عن الإرادة إلا إذا وجد نص أو اتفاق يستبعد التعبير الضمني فهنا لابد أن يكون التعبير صريحًا.

وقد يقال للوهلة الأولى أن مفاد هذا النص كون التعبير الضمني عن الإرادة أصلاً عامًا بدليل أنه استلزم لاستبعاده اتفاقًا خاصًا أو نصًا قانونيًا صريحًا، بيد أن هذا القول مردود عليه بأن النص على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا"، يقطع بأن التعبير الصريح عن الإرادة هو الأصل ذلك أن الجواز لا يأتي على أصل وإنما على ما يعد خروجًا عن الأصل العام، كما أن إباحة استبعاد التعبير الضمني بالنص أو الاتفاق يؤكد ذات المعنى إذ أن الأصل لا يستبعد حكمه.

ويعتمد القضاء السعودي مذهب الفقه الإسلامي من أن التعبير الصريح عن الإرادة لازم في بعض الفروض ولا يغني عنه التعبير الضمني، كما أن التعبير الصريح عند وجوده مقدم على التعبير الضمني؛ ولذا تضمنت مجلة الأحكام العدلية في المادة الثالثة عشرة منها النص على أنه: "**لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح**"[١٧]، كما أن مشروع نظام المعاملات تبنى ذات الحكم في نص المادة ٧١٧ التي تنص في فقرتها الثانية على أنه: "**لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح**".

الفرع الثاني: التأصيل القانوني للإجراء الضمني في القانون الإجرائي

على غرار نظم القانون الموضوعي –وبخاصة ما يتعلق بالمعاملات المدنية– سارت نظم القانون الإجرائي –وعلى رأسها قواعد المرافعات– على ذات النسق في تبني فكرة التعبير الضمني عن الإرادة في كثير من تنظيماتها، واعتدت بهذا التعبير، ورتبت عليه العديد من الآثار الإجرائية الهامة، كما مايزت في القيمة القانونية بين التعبير الضمني والتعبير الصريح، وذلك على النحو التالي:

---

١٧ راجع في الفقه الحنبلي على بن سليمان المرداوي: الفروع، تحقيق أبى الزهراء حازم القاضي، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج١٠، ص٩٣٣، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي: الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج٧، ص ٣٥٩، وفي الفقه الشافعي بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي: بداية المحتاج في شرح المنهاج، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ج١، ص٥٠٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٢٢، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج٥، ص٤٨١، وفي الفقه الحنفي فتح القدير، ج٩، ص٢٩٧، وفي الفقه المالكي بلغة السالك، ج٢، ص٣٤٨.

الغصن الأول: الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة القانونية

تضمنت نصوص المرافعات بصورة صريحة تقنينًا للتعبير الضمني والاعتداد به، ومن أبرز هذه التنظيمات في مجال إجراءات التقاضي العادية ما يلي:

أولاً: المساواة في الحكم بين التعبير الضمني والتعبير الصريح عن الإرادة فيما يتعلق بالتنازل عن الحق في البطلان، إذ تنص المادة ٢٢ مرافعات مصري على أن: "يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنًا"[١٨].

لم يتبنى نظام المرافعات هذا الحكم رغم أهميته، فاقتصر في تقريره على تصحيح الإجراء الباطل على ما ضمنه نص مادته الخامسة من أنه: "لا يحكم بالبطلان –برغم النص عليه– إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء"، وإن كان هذا النص يشمل في تطبيقه حالة النزول الضمني عن البطلان، حينما يتم تحقيق الغاية من خلال مسلك إجرائي يؤدي إلى تحقيق الغاية من الإجراء، بما يكيف على أنه نزول ضمني عن البطلان، فالمدعى عليه الذي يحضر الجلسة بناءً على تبليغ باطل يتحقق بحضوره الغاية من التبليغ بما يحول دون الحكم ببطلانه، بيد أن هذا لا ينفي تضييق مجال التنازل الضمني عن البطلان في النظام السعودي كثيرًا عما هو مقرر في القانون المصري، فمثلاً حضور المدعى عليه دون تبليغ في النظام السعودي يحول دون اتصال المحكمة بالدعوى لانعدام التبليغ الذي تنعقد به الخصومة، على خلاف ما استقر عليه العمل القضائي في مصر استنادًا على نصوص قانون المرافعات من انعقاد الخصومة رغم انعدام الإجراء متى حضور المدعى عليه[١٩].

---

١٨ فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٥٩م، ص٩٤.

١٩ قضت محكمة النقض بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع بين في قوانين المرافعات كيفية رفع الدعوى أمام القضاء وإعلام الخصوم بها، وأوجب على المحكمة ألا تقضى فيها إلا إذا رفعت بالطريق الذى رسمه القانون وأعلن بها المدعى عليه وذلك تنظيماً للتقاضي من ناحية وتوفيراً لحق الدفاع من ناحية أخرى، وإذ كان المشرع في قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ قد عدل عن اتجاهه في قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بما أورده في المادتين ٦٧، ٦٨ منه فأصبحت الدعوى في ظل القانون الحالي تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب، أما إعلان الخصوم بها فقد أصبح إجراءً منفصلاً عن رفع الدعوى وتالياً له قصد به المشرع إعلامه بها وبطلبات المدعى فيها وبالجلسة المحددة لنظرها كي يعد دفاعه ومستنداته فإن هو أعلن قانوناً بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها سواء علم فعلاً أو لم يعلم وإيذاناً للقاضي بالمضي في نظرها سواء مثل المدعى عليه في الجلسات المحددة لنظرها بنفسه أو من ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً أما إذا حضر دون إعلان بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها وتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحيفتها كأن أقر باستلامه صورة منها أو تسلم هذه الصورة بالجلسة بغير اعتراض منه أو

وهو ما لا يمكن تطبيقه في النظام السعودي استنادًا على تحقق الغاية من الإجراء ذلك أن مفترض تحقق الغاية من الإجراء يكمن في وجود إجراء معيب أما انعدام الإجراء فلا يدخل ضمن حالات تحقق الغاية وفق المسقر عليه إجرائيًا في هذا الخصوص، وهو ما نقترح معه إجراء تعديل في نظام المرافعات وفق ما سنورده في توصيات هذا البحث.

ثانيًا: الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة فيما يتعلق بقبول ولاية القضاء الوطني، وترتيب ذات آثار التعبير الصريح عن الإرادة، فتنص المادة ٣٢ مرافعات مصري على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً"، والقبول الضمني يكون بعدم التمسك بانتفاء الولاية القضائية رغم تحقق موجبه.

ورغم عدم ورود هذا النص في نظام المرافعات صراحة إلا أنه ورد ضمن مفهوم نص المادة الثامنة والعشرون التي تنص على أنه: "فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة، تختص محاكم المملكة بنظر الدعوى إذا قبل المتداعيان ولايتها ولو لم تكن داخلة في اختصاصها"، ذلك أن هذا النص يشمل حالة ما إذا رفع المدعي الدعوى غير الداخلة في ولاية القضاء السعودي ثم قبل المدعى عليه عقد الولاية للقضاء السعودي بمثوله أمام المحكمة ومباشرته إجراءات التقاضي دون التمسك بانتفاء الولاية، وهو ما يوصف بالقبول الضمني الذي تضمنه نص المادة ٣٢ مرافعات مصري بصورة صريحة.

ثالثًا: الاعتداد بالتعبير الضمني عن إرادة الخصم في التنازل عن إجراء أو مستند ذو قيمة إجرائية، ومساواته بالتعبير الصريح من حيث الأثر القانوني، حيث تنص المادة ١٤٤ مرافعات مصري على أنه: "إذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمنًا اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم يكن"، ولا وجود لمثل هذا الحكم في نظام المرافعات.

رابعًا: افتراض تحقق الإرادة ورسم آلية التعبير الضمني عنها، حيث افترض القانون الإجرائي وجود إرادة حقيقية معتبرة وإن لم يتم التعبير عنها بصورة مباشرة وصريحة، وحدد وسيلة التعبير الضمني عنها، ورتب ذات الآثار القانونية

أبدى دفاعاً في الموضوع أو طلب أجلاً لإبدائه بما يدل على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وبطلبات المدعى فيها وبمركزه القانوني كان ذلك كافياً للمضي في نظر الدعوى دون ما حاجة لتكليف المدعى أو قلم المحضرين بإعلانه بصحيفتها". حكمها في الطعن رقم ٧٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٨.

المترتبة على التعبير الصريح والمباشر عن هذه الإرادة، إذ تنص المادة ٢/١٢٨ مرافعات مصري على أنه: "إذا لم تعجل الدعوى في الثمانية الأيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعى تاركًا دعواه".

وهو ما قرره نظام المرافعات في الفقرة الثالثة من المادة السادسة والثمانون منه التي تنص على أنه: "إذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل، عُدَّ المدعي تاركًا دعواه".

فالمدعي في الدعوى الموقوفة اتفاقًا يحق له تعجيل الإجراءات ومن ثم معاودة السير فيها، كما يحق له ترك الإجراءات ومن ثم زوالها وكأنها لم تكن، وقد يعبر عن هذا الترك صراحة وفق أحكام الترك المقررة وفق نص المادة ١٤١ مرافعات مصري التي تقرر أن: "يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفوياً في الجلسة وإثباته في المحضر"، وقد يعبر عنه ضمنًا وذلك بالامتناع عن اتخاذ الإجراء اللازم لتعجيل الإجراءات في الموعد المحدد.

وعلى ذلك إذا أراد المدعي ترك دعواه كان بالخيار بين التعبير الصريح عن إرادة ترك الخصومة[٢٠]، وبين التعبير الضمني عن هذه الإرادة[٢١]، وكليهما تعبيرًا قانونيًا عن إرادة حقيقية معتبرة قانونًا، مناطها ترك الخصومة.

هذا: وينبغي وزن التعبير الضمني عن الإرادة بميزان المنطق والعدالة في الوقت ذاته، فلا يتوسع في افتراض هذه الإرادة والاستناد على أية مظاهر للقول بتوافر دلالتها، بل يجب أن يوجد من المظاهر والشواهد والدلائل ما يقطع بما لا يدع مجالاً للشك بوجود هذه الإرادة، ذلك أن التعبير الضمني عن الإرادة يدلل على إرادة حقيقة موجودة، فالإرادة ليست محتملة وإنما مقطوع بوجودها، فإذا لم يكن هناك من الدلائل ما يقطع بوجود إرادة حقيقية فلا يمكن في مثل هذا الفرض –والحال كذلك– الحديث عن تعبير ضمني عن الإرادة.

يبدو لنا جليًا هذا المعنى بإجراء مقابلة بين نصوص المرافعات التي تضمنت تحديد الأثر القانوني للتنازل عن الحكم القضائي، وتلك التي عالجت الأثر القانوني للتنازل عن إجراءات الخصومة القضائية.

فالمادة ١٤٣ مرافعات مصري تنص على أنه: "يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى"، وهو ما قررته بصورة شبه حرفية نص المادة الثالثة والتسعون من نظام المرافعات.

---

٢٠ وفق نص المادة ١٤١ مرافعات مصري، ونص المادة ٩٢ مرافعات شرعية سعودي.

٢١ وفق نص المادة ٢/١٢٨ مرافعات مصري، والمادة ٢/٨٦ مرافعات شرعية سعودي.

أما في خصوص التنازل عن الحكم فتنص المادة ١٤٥ مرافعات مصري على أن: "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به"، أما نظام المرافعات ورغم تبنيه فكرة التنازل عن الحكم إلا أنه لم يتضمن نصًا صريحًا – على غرار قانون المرافعات– يقرر أثر هذا التنازل، وإن كان الأثر تقتضيه القواعد العامة وأصول المنطق[٢٢].

والفارق في الأثر بين التنازل عن الخصومة والتنازل عن الحكم واضح فالأول لا يمس بأصل الحق محل الدعوى بينما الثاني ينطوي على تنازل عن الحق محل الدعوى، رغم أن الحكم ما هو إلا إجراء من إجراءات الخصومة القضائية.

بيد أن هذا التمايز الكبير في الأثر له ما يبررهن فالتارك للخصومة يستدل من تركه على وجود إرادة حقيقة لدية بالتنازل عن جميع إجراءات الخصومة وإلا ما تركها، كما أن المتنازل عن الحكم بتنازله عن الحكم الصادر لصالحه والقاطع بحقه يعبر عن إرادة حقيقية جازمة بتنازله عن الحق الموضوعي الثابت له بموجب هذا الحكم، إذ لا يمكن فصل الحكم عن محله وموضوعه، فالتنازل عن الحكم يعني في ذات الوقت وبذات القدر التنازل عن محله وموضوعه، أي عن الحق الموضوعي الثابت به.

ولا شك أن ترك إجراءات الخصومة لا يمكن أبدًا حمله على تنازل المدعي عن الحق محل الدعوى، بل وعلى العكس من ذلك غالبًا ما يأتي تركه للخصومة تشبثًا بهذا الحق، فقد يكون الدافع للترك استشعار المدعي أن حقه الموضوعي معرض للفقد إذا استمر في الإجراءات نظرًا لضعف موقفه في الوقت الراهن، فيؤثر التريث لحين الاستيثاق للحق محل الدعوى بصورة أقوى ثم يعاود المطالبة القضائية بحقه، ذلك أن ترك الخصومة كما هو مقرر لا يحول دون تجديد إجراءات المطالبة بذات الحق مرة أخرى، وقد تكون إجراءات الخصومة القضائية معيبة إجرائيًا بما يهدد مستقبلها ويخشى المدعي تأخر الحصول على الحماية القضائية للحق محل الدعوى، فيعمد إلى ترك الخصومة لبدء إجراءات صحيحة ومنضبطة ضمانًا لسرعة الوصول إلى الحماية القضائية المنشودة لحقه الموضوعي محل الدعوى؛ وعلى ذلك فلا يمكن البتة الاستدلال بترك الخصومة على إرادة التارك التنازل عن حقه الموضوعي محل المطالبة القضائية.

---

٢٢ في تبنيه لفكرة التنازل عن الحكم القضائي ينص نظام المرافعات الشرعية في المادة الحادية والخمسين منه –في معرض بيانه لحدود تمثيل الوكيل للموكل– على أن: "كل ما يقرره الوكيل في حضور الموكِّل يكون بمثابة ما يقرره الموكِّل نفسه، إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة نفسها. وإذا لم يحضر الموكِّل فلا يصح من الوكيل الإقرار بالحق المدعى به، أو التنازل، أو الصلح، أو قبول اليمين، أو توجيهها، أو ردها، أو ترك الخصومة، أو التنازل عن الحكم –كليًا أو جزئيًا– أو عن طريق من طرق الطعن فيه، أو رفع الحجر، أو ترك الرهن مع بقاء الدين، أو الادعاء بالتزوير أو رد القاضي أو اختيار الخبير أو رده ما لم يكن مفوضًا تفويضًا خاصًا بذلك في الوكالة"، فتضمن النص الإشارة إلى "التنازل عن الحكم –كليًا أو جزئيًا–".

وهنا يبدو الفارق جليًا، فرغم أن الحكم القضائي أحد إجراءات الخصومة القضائية، بل هو إجراءها الأهم والمتمم لها، إلا أن التنازل عن الخصومة –قبل صدور الحكم بالطبع– لا يفيد ذات دلالة التنازل عن الحكم، رغم وحدة الفلسفة الإجرائية بينهما؛ ولذا كانت المفارقة في الحكم بين على نحو ما تقدم تأكيدًا لأن التعبير الضمني له مؤشراته وشواهده التي تقطع بوجود إرادة حقيقية وليس مجرد تخمين أو تكهن أو استدلالات احتمالية.

الغصن الثاني: القيمة القانونية للتعبير الضمني عن الإرادة القانونية

يتضح لنا مما تقدم أن التقنين الإجرائي –تمامًا ولا غرار نظم القانون الموضوعي– اعتد بالتعبير الضمني عن الإرادة تمامًا كالتعبير الصريح، ورتب عليه ذات الآصار القانونية المقررة للتعبير الصريح عن الإرادة في المجال الإجرائي، كون كلا التعبيرين يكشفان عن إرادة قانونية موجودة وصحيحة ومعتبرة، بيد أن هذا لا ينفي تبني هذا التقنين –على غرار ما هو مقرر في نظم القانون الموضوعي– تدرجًا للقوة القانونية لكلا أسلوبي التعبير عن الإرادة، بحيث يأتي التعبير الصريح عن الإرادة في مرتبة أعلى مما عليه الحال في خصوص التعبير الضمني عنها، وهو ما يبدو لنا جليًا فيما استلزمته قواعد المرافعات من استلزام التعبير الصريح عن الإرادة في كثير من المواطن وعدم الاعتداد بالتعبير الضمني، ومن أمثلة ذلك:

أولاً: استلزام التعبير الصريح عن إرادة ترك الخصومة

استلزمت نصوص المرافعات في كلا النظامين المصري والسعودي التعبير الصريح عن إرادة المدعي ترك الخصومة[٢٣].

٢٣ ينص قانون المرافعات في المادة رقم ١٤١ منه على أن: "يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفوياً في الجلسة وإثباته في المحضر"، وتنص المادة الثانية والتسعون مرافعات شرعية سعودي على أنه: "يجوز للمدعي ترك الخصومة بتبليغ يوجهه إلى خصمه، أو تقرير منه لدى الكاتب المختص في المحكمة، أو بيان صريح في مذكرة موقع عليها منه، أو من وكيله، مع اطلاع خصمه عليها، أو بإبداء الطلب شفهيًا في الجلسة وإثباته في ضبطها"، وتنص المادة ٢/٩٢ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على أن: "يكون تبليغ المدعي لخصمه بترك الخصومة وإطلاعه على مذكرة الترك وفق الإجراءات الواردة في المادة الحادية عشرة من هذا النظام، وتزود الدائرة بنسخة من ذلك لتدوينه في ضبط القضية".

وهو ما يعني عدم الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة في ترك المدعي للخصومة القضائية؛ وعلى ذلك فلا يعد مجرد غياب المدعي وإن تكرر تعبيرًا عن إرادته ترك الخصومة إذ لابد أن يصرح برغبته في الترك إن اتجهت إرادته إلى ذلك.

وهنا تبدو المفارقة واضحة في الحكم بين هذا الحكم وحكم شطب الدعوى لغياب المدعي وعدم صلاحيتها للحكم[٢٤].

فمجرد التغيب عن الحضور من قبل المدعي لا ينهض لاعتباره تعبيرًا ضمنيًا عن رغبته ترك الخصومة وأقصى ما يترتب عليه شطب الدعوى.

وإذا امتنع الخصمان عن تعجيلها بعد شطبها خلال الموعد المقرر للتعجيل فهنا أتى المدعي امتناعان **الأول** عن الحضور بما استتبع الشطب **والثاني** عن التجديد خلال الموعد المحدد، كما أتى المدعى عليه مسلكان الأول عدم الحضور أو الحضور والانسحاب للشطب، والثاني عدم التعجيل، ومن هذان الامتناعان للمدعي والمسلكان للمدعى عليه يتكون التعبير الضمني برغبة طرفا الخصومة في التخلص من إجراءاتها، بوصفه اتفاق ضمني على عدم استمرار السير في الإجراءات؛ ولذا قررت قواعد المرافعات –في كل من مصر والسعودية– اعتبار الدعوى كأن لم تكن، وكأن هذه القواعد ترى أن أحد الامتناعان من المدعي منفردًا وكذا أحد المسلكان المذكوران من المدعى عليه ينطوي على ظنية الدلالة على التخلص من الإجراءات لا قطعيتها، بيد أن اجتماع الامتناعان من المدعي والمسلكان المذكوران من المدعى عليه تتبدد به ظنية الدلالة وتنهض به قطعية الدلالة على وجود إرادة حقيقية معتبرة قانونًا لدى كلا الطرفين (المدعي والمدعى عليه) على التخلص من الإجراءات؛ ولذا فقد تقرر اعتبار الدعوى كأن لم تكن.

ويلاحظ على الأثر الإجرائي المذكور "اعتبار الدعوى كأن لم تكن" ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: أن قواعد المرافعات لم تعتبر المدعي تاركًا دعواه؛ ذلك أنها استلزمت –كما ذكرنا منذ قليل– لذلك التعبير الصريح عن إرادة الترك ولم تكتفي بالتعبير الضمني مهما كانت قوة دلالته.

---

٢٤ تنص المادة ٨٢ مرافعات مصري على أنه: "إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه، حكمت المحكمة في الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها، فإذا انقضى ستون يومًا ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها، اعتبرت كأن لم تكن"، وقريب من هذا الحكم ذهبت المادة ٥٥ مرافعات شرعية سعودي "معدلة بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٤١/٣/٣٠هـ، لتكون بالنص الآتي: "إذا لم يحضر المدعي أي جلسة من جلسات الدعوى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة، فلها أن تقرر شطبها. فإذا انقضت (ستون) يوماً ولم يطلب المدعي السير فيها بعد شطبها، أو لم يحضر بعد السير فيها، عُدَّت كأن لم تكن".

الملاحظة الثانية: أن الأثر يخص كلا الخصمين لتولده عن تعبير ضمني عن إرادتهما معًا، فالتعبير الضمني من المدعي تمثل في الامتناعين المذكورين، والتعبير الضمني من المدعى عليه تمثل في المسلكين الإجرائيين المشار إليهما، وهو ما يمكن تسميته بالاتفاق الإجرائي الضمني؛ ولذا جاء الأثر مراعيًا ذلك فتمثل في اعتبار الدعوى كأن لم تكن وليس اعتبار المدعي تاركًا دعواه، كون الترك بالإرادة المنفردة بينما الحالة القائمة اتفاق إجرائي ضمني بتلاقي التعبير الضمني عن إرادتي طرفا الدعوى.

ثانيًا: استلزام التعبير الصريح عن قبول الحكم المانع من الاعتراض عليه

ينص قانون المرافعات في المادة ٢٢٩ منه على أن: "استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة"؛ وهو ما يعني أن سقوط حق الطعن في الأحكام السابق صدورها في ذات القضية ومن ثم عدم استئنافها مع الحكم المنهي للخصومة لابد أن يأتي بناء على تعبير صريح عن إرادة الصادر ضده هذه الأحكام بقبولها والتنازل عن حقه الإجرائي في الاعتراض عليها، فإرادة القبول المانع من استئناف هذه الأحكام تبعًا لاستئناف الحكم المنهي للخصومة لابد أن يتم التعبير عنها صراحة ولا يعتد بالتعبير الضمني عنها.

وهو نفس ما قرره قانون المرافعات في المادة رقم ٥/٢٥٣ منه التي تنص على أنه: "إذا أبدى الطاعن سبباً للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق على صدور الحكم المطعون فيه في ذات الدعوى اعتبر الطعن شاملاً للحكم السابق ما لم يكن قد قبل صراحة".

ولم يتبنى نظام المرافعات هذا الحكم، فوفق الفصل الأول "أحكام عامة" من الباب الحادي عشر "طرق الاعتراض على الأحكام"، يجوز لكل محكوم عليه الاعتراض، ولم يتضمن هذا الفصل منع الاعتراض ممن قبل الحكم صراحة أو ضمنًا.

ثالثًا: استلزام التعبير الصريح عن إرادة منع الموكل من توكيل غيره

ينص قانون المرافعات في المادة ٧٨ منه على أنه: "يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعًا من الإنابة صراحة في التوكيل"؛ بما مؤداه أن إرادة الموكل في منع الوكيل من توكيل غيره لا يمكن التعبير عنها إلا صراحة، فإن تخلف هذا التعبير الصريح فلا يمكن البحث عن هذه الإرادة من دلالات أو شواهد تفيد بالتعبير الضمني عنها.

وفي النظام السعودي استلزمت اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة التعبير الصريح عن الإرادة في ذات السياق ولكن ليس لمنع المحامي من توكيل غيره بل للسماح له بذلك، فقد تبنى المنع وشرط الجواز بالتعبير الصريح بخلاف القانون المصري الذي تبنى الإباحة واشترط للمنع التعبير الصريح[٢٥].

كما ينص قانون المرافعات في المادة ٧٦ منه على أنه: "لا يصح **بغير تفويض خاص** الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضي ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلي ولا قبوله ولا أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً"، وهو نفس ما قرره نص المادة الحادية والخمسون من نظام المرافعات.

وهو ما يستلزم اتخاذ التعبير عن الإرادة في جميع هذه الحالات مفترضان الأول أن يكون صريحًا والثاني أن يصدر في شكل محدد، وهو ما لا يمكن معه الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة.

ويستفاد مما سبق أن الأعمال الإجرائية الأشد خطورة لا يعتد فيها بالتعبير الضمني ويلزم لها التعبير الصريح في أقصى صور صراحته؛ بما يستفاد منه –بما لا يدع مجالاً للشك– أن التعبير الصريح أعلى رتبة وأقوى دلالة من التعبير الضمني.

رابعًا: استلزام التعبير الصريح عن الإرادة في بعض إجراءات الإثبات القضائي

"الإثبات روح الحق"، و"الحق بلا إثبات جسد بلا روح"، هاتين العبارتين تدلان على أهمية الإثبات بالنسبة للحق[٢٦]، وهو ما يعني بالتبعية ضرورة الاهتمام بالتعبير عن الإرادة الخاصة "للخصوم" والعامة "للقاضي بوصفه ممثل السلطة العامة" في الإثبات، ويثار التساؤل عما إذا كان هناك استلزام للتعبير الصريح عن الإرادة في مجال الإثبات وعدم الاعتداد بالتعبير الضمني؟

---

٢٥ تنص المادة ٢/١١ من اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة السعودي (الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٤٦٤٩ وتاريخ ١٤٢٣/٦/٨هـ وفق آخر تعديل بالقرار الوزاري رقم ٣٤٥٣ وتاريخ ١٤٤٢/١٢/٢٤هـ) على أن: "على المحامي أن يباشر المهنة بنفسه، وألا يوكل عن موكله فيما وكل فيه أو بعضه إلا إذا جعل ذلك إليه صراحة في صك الوكالة".

٢٦ راجع في تفصيلات ذلك بصفة عامة سحر عبدالستار إمام يوسف: دور القاضي في الإثبات "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ص٣٥.

وإجابة على هذا التساؤل ومراعاة لخطورة إجراءات الإثبات وتبعاتها فقد استلزمت قواعد الإثبات القضائي –في كل من القانون المصري والنظام السعودي– التعبير الصريح عن الإرادة في بعض أحكام الإثبات، ومن قبيل ذلك ما استلزمته لدحض حجية المحررات العرفية "العادية" من ضرورة تعبير الخصم صراحة عن إرادته جحد ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة وعدم تبني التعبير الضمني عن الإرادة في هذا الخصوص[٢٧].

وهو ما تتعدد تطبيقاته في جميع إجراءات الإثبات التي تتباين بتباين أدلة الإثبات نفسها، وما تقتضيه من التمييز في الحكم القانوني لكل منها بحسب خطورته وأهميته وآثاره[٢٨].

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للإجراء الضمني

إذا كان الإجراء الضمني إجراء قضائي، بمعنى أنه إجراء ضمن مجموعة إجراءات قضائية، وهو كما تقدم محل تنظيم قانوني اعتد به أسلوبًا معتبرًا للتعبير عن الإرادة في المجال القانوني بما يستتبعه ذلك من نتائج؛ وهو ما يعني توافر جميع عناصر وأركان الإجراء القضائي في الإجراء الضمني، فهو بالأخير إجراء قضائي كما ذكرنا؛ وعليه فلابد لضبط التأصيل الفقهي للإجراء الضمني من بيان توافر أركان وشروط الإجراء القضائي فيه بالصورة التي تخدم موضوع هذا البحث.

ورغبة في التركيز على جوهر موضوع هذا البحث فسأقتصر في التأصيل الفقهي للإجراء الضمني على القانون الإجرائي دون القانون الموضوعي، وذلك من خلال بحث مدى توافر مفترضات العمل الإجرائي في الإجراء الضمني، ثم بيان تولد آثار العمل الإجرائي عن الإجراء الضمني، وذلك على النحو التالي:

---

٢٧ نص المادة ١٤ من قانون الإثبات المصري، والمادة ٢٩ من نظام الإثبات السعودي.

٢٨ لا يتوقف الأمر فقط على التمييز بين أحكام الإثبات في مدى استلزام صراحة التعبير عن الإرادة أو ضمنيته، بل في كثير من الأمور منها مدى استلزام تسبيب القرارات القضائية الصادرة في مسائل الإثبات، ومدى قطعيتها بمعنى مدى جواز العدول عنها، ونطاق حجيتها في الإثبات.

تدليلاً على ذلك في خصوص الشهادة كأحد أدلة الإثبات راجع عبد الحكيم عباس قرني عكاشة: إجراءات الإثبات بالشهادة أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية بحقوق بني سويف، المجلد١٨، العدد٢، ٢٠٠٤م، ص٦١.

الفرع الأول: توافر مفترضات العمل الإجرائي في الإجراء الضمني

يقصد بمفترضات العمل الإجرائي الأركان والشروط اللازم توافرها لتكوين العمل الإجرائي حتى يكتمل البناء القانوني له بالوجه الذي يترتب عليه توليد آثاره القانونية، وهذه المفترضات منها ما هو من مقدمات وممهدات العمل الإجرائي، ومنها ما هو من ماهية العمل الإجرائي، أو من مكوناته الطبيعية، ومنها ما هو شكلي[٢٩].

ويعمد الفقه إلى تقسيم مفترضات العمل الإجرائي إلى مفترضات موضوعية وأخرى شكلية، بيد أني أرجح ما ذهب إليه البعض الآخر من أن مقتضيات العمل الإجرائي منها ما هو موضوعي، أي ما يتعلق بموضوع العمل الإجرائي، سواء ما يلزم منها لوجود العمل الإجرائي (الإرادة والمحل والسبب)، أو لصحته (صلاحية القائم بالعمل الإجرائي)، ومنها ما هو إجرائي، سواء ما يتعلق منها بمقدمات لازمة وضرورية قبل الشروع في العمل الإجرائي، أو ما يتعلق بالشكل اللازم توافره حال إتيان العمل الإجرائي؛ ولذا نعرض لمقتضيات العمل الإجرائي في نقطتين على التوالي، هما المقتضيات الموضوعية والمقتضيات الإجرائية[٣٠]، وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول: توافر المفترضات الموضوعية للعمل الإجرائي

يلزم لوجود العمل الإجرائي توافر عدة مقتضيات موضوعية تتمثل في الإرادة والمحل والسبب والصلاحية، وجميعها متوافر في الإجراء الضمني، وذلك على نحو ما يلي:

---

٢٩ سيد أحمد محمود: أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م، ص٤٢٢، وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص٣٩٠.

٣٠ في المقتضيات الموضوعية والإجرائية للعمل الإجرائي انظر سيد أحمد محمود: أصول، ص٤٢٥، وجدي راغب فهمي: مبادئ، ص٣٩٠، وانظر لسيادته كذلك النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٦٧م، ص٣٥٦، نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩، ص٤٦٥، عبد المنعم أحمد الشرقاوي وفتحي والي: المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦/١٩٧٧، الكتاب الثاني، ص٤٠، أيمن أحمد رمضان: الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٢٣.

وفي عناصر العمل الإجرائي انظر محمد الصاوي مصطفى إبراهيم: الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق، ١٩٩٢، ص٦٠.

أولاً: توافر صلاحية القيام بالعمل الإجرائي في الإجراء الضمني

يقصد بصلاحية القيام بالعمل الإجرائي توافر أهلية القيام به ممن يباشره، أو توافر السلطة والقدرة على القيام بالعمل الإجرائي، مع ملاحظة أن هذه الصلاحية تختلف تبعًا لتحديد من يباشر العمل الإجرائي، ففي خصوص الخصوم، ولكي يقوم الخصم بالعمل على نحو يعتد به القانون الإجرائي، يجب التمتع بأهليتي التقاضي والاختصام، كما يجب أن يكون العمل مما يجوز لهذا الخصم القيام به دون استلزام الاستعانة بمحامٍ[٣١].

وعلى ذلك فلا صلاحية للخصم في تقديم طعون بنفسه على الأحكام وفق قانون المحاماة المصري الذي يستلزم ضرورة توقيع محامٍ على صحفها[٣٢].

وفي النظام السعودي لا يجوز رفع الدعاوى التجارية والاعتراض على الأحكام الصادرة فيها كقاعدة إلا من خلال محامٍ[٣٣].

أما إذا كان القائم بالعمل ممثلاً للخصم فيجب أن تتوافر لديه الصفة في التقاضي، أي أن يكون ممثلاً للخصم الذي يتخذ الإجراء باسمه ولصالحه تمثيلاً قانونيًا صحيحًا[٣٤].

---

٣١ الأصل مباشرة الخصم الإجراءات أصالة عن نفسه دون استلزام الاستعانة بمحام، في تأصيل هذه الفكرة وتطبيقاتها في القانون الفرنسي وبخاصة في المجال التجاري راجع سحر عبدالستار إمام يوسف: محاكم التجارة في القانون الفرنسي، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص٨٤٤

٣٢ تنص المادة رقم (٥٨) من قانون المحاماة المصري (الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م وفقاً لآخر تعديل له في ٨ يوليو ٢٠٢٠م) على أنه: "لا يجوز في غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير. كما لا يجوز تقديم صحف الاستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإداري إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها. وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل. وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المشتغلين وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أو أمر الأداء خمسين جنيها. ويقع باطلاً كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة".

٣٣ ينص نظام المحاكم التجارية في الفقرة الأولى من مادته العشرين على أن: "ترفع الدعوى بصحيفة تودع لدى المحكمة، وتحدد اللائحة الدعاوى التي يجب رفعها من محامٍ"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النظام في المادة الحادية والخمسين منها على أنه: "يجب أن يكون رفع جميع الدعاوى التي تختص بنظرها المحكمة وجميع طلبات الاستئناف من محامٍ ويستثنى من ذلك..."، وهو ما يعني أن الأصل في المسائل التجارية أصبح أن يتم التقاضي من خلال محامٍ.

وإذا كان العمل الإجرائي مما يقوم به القاضي أو أعوانه، فيجب أن تتوافر الصلاحية العامة والخاصة للقيام بهذا العمل، ويقصد بالصلاحية العامة أن يكون القائم بالعمل متمتعًا بصفة موظف من الفئة التي يصدر عنها العمل المراد القيام به، وأما الصلاحية الخاصة فيقصد بها أن يكون القائم بالعمل ممن يصلح للقيام بهذا العمل بالذات، فإذا أنيط بموظف ما سلطة القيام بعمل معين فقد توافرت الصلاحية العامة في حقه، فإذا انتفت لديه موانع القيام بهذا العمل فقد توافرت الصلاحية الخاصة في شأنه، وباجتماعهما معًا تتحقق له صلاحية القيام بالعمل على نحو يعتد به قانونًا.

وعلى ذلك إذا كان العمل الإجرائي مما لا يصدر إلا من قاضٍ (كالأحكام) فيجب لصحته أن يصدر من قاض مختص على رأس العمل، مع انتفاء أسباب عدم الصلاحية، فإذا صدر الحكم من غير قاض أضحى منعدمًا، أما إذا صدر عن قاض غير صالح للفصل في النزاع المعروض صار باطلًا[٣٥].

كما أن العمل الذي عهد به للمحضر فيجب أن يقوم به من يتمتع بصفة محضر، وأن يتم في حدود اختصاصه القانوني، مع توافر صلاحيته الشخصية للقيام بهذا العمل، كذلك الحال في خصوص باقي أشخاص الخصومة القضائية كالشهود، فلكي تتوافر في الشاهد صلاحية الإدلاء بالشهادة يجب أن يكون أهلاً لذلك، بأن يكون مكتملاً الأهلية اللازمة قانونًا للإدلاء بالشهادة حتى تكون معتبرة[٣٦].

بالإضافة إلى انتفاء موانع أداء الشهادة في الواقعة المعروضة، فالمهني يمتنع عليه الإدلاء بالشهادة فيما نمى إلى علمه من معلومات خلال مباشرته مهنته، إذ يمتنع عليه إفشاء أسرار المهنة إلا بالضوابط التي حددها القانون[٣٧]،

---

٣٤ راجع سيد أحمد محمود: أصول، ص٤٢٥، وجدي راغب فهمي: النظرية العامة، ص١٠٠، نبيل عمر: الوسيط، ص٤٦٥، عبد المنعم الشرقاوي وفتحي والي: المرافعات، ص٤٠، محمد الصاوي: الشكل في الخصومة المدنية، ص٦٠.

٣٥ يلاحظ أن اتجاهًا في الفقه يذهب إلى عدم وجود ما يسمى بالانعدام في القانون الإجرائي، وأن الأمر في جميع الحالات لا يعدو أن يكون بطلاناً، ولكن هذا الأخير قد يكون عامًا (مطلقًا) أو خاصًا (نسبيًا)، راجع للباحث المسؤولية الإجرائية والمدنية للمحكم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٠، ص٣٣٥.

٣٦ يتحقق الرشد للشاهد ببلوغه خمس عشرة سنة سليم الإدراك غير مصاب بعاهة (م/١٦٤ إثبات مصري، م/٧٠ إثبات سعودي).

٣٧ المادة ٦٦ إثبات مصري.

وإن لم يتضمن نظام الإثبات حكمًا مماثلاً إلا أن هذا لا يعني عدم امتناع الشهادة على المهني حفاظًا على أسرار المهنة، حيث يتم تنظيمها في كل مهنة على حدة، فنظام المحاماة (الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٨ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ وفق آخر تعديلاته بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٦٦) وتاريخ ١٤٤٣/٧/١٥هـ) قرر ذات الحكم في خصوص المحامي في نص المادة الثالثة والعشرين منه التي

والموظفين العموميين والمكلفين بخدمات عامة يمتنع عليهم كل شهادة تنطوي على إخلال بالتزامهم بالسرية[٣٨]، كما أن القرابة مانع من موانع الشهادة[٣٩].

وهذا الضابط –بجميع متطلباته– متحقق في الإجراء الضمني، ذلك أن هذا الإجراء لا يعتد به إلا إذا اتخذ ممن تحققت فيه صلاحية القيام به، فالقبول الضمني للحكم القضائي المانع من الطعن عليه لا يعتد به إلا إذا صدر من الخصم المحكوم ضده، والامتناع عن تعجيل إجراءات الخصومة القضائية المستدل به على وجود إرادة ضمنية مفترضة بقوة القانون تتمثل في ترك الخصومة لا يعتد به إلا في خصوص الخصم صاحب صلاحية التعجيل إذا امتنع عن التعجيل في الموعد، وهكذا لا يتصور القول بوجود تعبير ضمني عن إرادة إجرائية بما ينهض به الوجود القانوني للإجراء الضمني إلا ممن تثبت له قانونًا صلاحية القيام بهذا الإجراء.

ثانيًا: توافر سبب العمل الإجرائي في الإجراء الضمني

تتعدد الاستعمالات الإجرائية لفكرة السبب في رحاب القانون الإجرائي، حيث يرى البعض أن سبب العمل الإجرائي هو الحصول على الحماية القضائية، وذلك انطلاقًا من أن المقصود بسبب العمل الإجرائي هو الغاية أو الهدف، كما يذهب آخرون إلى أن سبب العمل الإجرائي يكمن في حق التقاضي، وذلك بالنظر إلى المقصود بسبب العمل الإجرائي الأساس القانوني له، كما قيل بأن مقصود السبب في هذا السياق هو الحق الإجرائي والسلطة، وذلك انطلاقًا من أن سبب العمل الإجرائي ينصرف إلى المصدر أو المنبع الذي يستقى منه العمل الإجرائي[٤٠].

تنص على أنه: "لا يجوز للمحامي أن يفشي سرًا اؤتمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد انتهاء وكالته ما لم يخالف ذلك مقتضى شرعيًا".

٣٨ المادة ٦٥ إثبات مصري، المادة ٣/٧١ إثبات سعودي.

٣٩ تنص المادة ٢/٧١ من نظام الإثبات السعودي على أنه: "لا تقبل شهادة الأصل للفرع، وشهادة الفرع للأصل، وشهادة أحد الزوجين للآخر ولو بعد افتراقهما، وشهادة الولي أو الوصي للمشمول بالولاية أو الوصاية"، ولا وجود لمثل هذا النص في القانون المصري.

وفي التأصيل الفقهي لهذه الموانع راجع عبد الحكيم عكاشة: إجراءات الإثبات بالشهادة، ص٦٩.

٤٠ سيد أحمد محمود: أصول، ص٤٢٧، وجدي راغب فهمي: مبادئ، ص٣٩٣.

وفي بيان هذه الآراء وأدلتها راجع للباحث رسالة المسؤولية الإجرائية، ص٣٢٠، وفي عرض فكرة السبب بين القانون العام والخاص انظر أشرف عبد الفتاح أبو المجد: موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م، ص٣٠.

وأرى أن فكرة السبب في العمل الإجرائي تنصرف إلى الأساس القانوني دون سواها من المعاني المذكورة، ذلك أن مشروعية الغاية أو الهدف من العمل الإجرائي لا تدخل في فكرة السبب وإنما تتجاوزه إلى اعتبارها ضابطًا من ضوابط مباشرة العمل القضائي بصفة عامة.

وعلى ذلك فإن السبب كركن في العمل الإجرائي يتمثل في الأساس القانوني الذي يبنى عليه، فمثلاً يجب أن يؤسس الحكم القضائي –كعمل إجرائي– على أسباب منطقية وكافية لحمله، وإلا لحقه عيب القصور في التسبيب، كما يجب توافر الانسجام بين أسباب الحكم، إذ لا يجوز تأسيس الحكم على أسباب متعارضة يدحض بعضها بعضًا، وأخيرًا يجب أن تكون الأسباب مؤدية –بحكم اللزوم العقلي والمنطقي– إلى ما انتهى إليه الحكم، وإلا شابه عيب الفساد في الاستدلال.

ولا شك في استلزام هذا الضابط في الإجراء الضمني، ذلك أن هذا الإجراء لا يعتد به إلا إذا استند على سبب قانوني صحيح، وإلا فلن يعتد به تمامًا كالإجراء الصريح بلا فارق يذكر، وسيتضح لنا الأمر بصورة أكثر تفصيلاً حال تعرضنا لتطبيقات الإجراء الضمني في الجزء الثاني من هذه الدراسة.

ثالثًا: إرادة العمل الإجرائي

هذا المفترض هو الأهم على الإطلاق من بين مفترضات العمل الإجرائي للإجراءات الضمنية، ذلك أن العمل الإجرائي –سواء تم التعبير عنه صراحة أو ضمنًا– يعد عملاً قانونيًا؛ فيجب أن يصدر عن إرادة صحيحة ممن له سلطة وصلاحية القيام به؛ وعلى ذلك فيتعين وجود هذه الإرادة مع استلزام صحتها وخلوها من كل عيب ينال منها، وهو ما يعد ركنًا في العمل الإجرائي ينعدم بتخلفه ويبطل بتعيبه، فصدور العمل عن عديم الإرادة يعني انعدامه بما يترتب على ذلك من نتائج، سواء صدر العمل بتعبير صريح أو ضمني من عديم الإرادة، كصدور العمل عن مجنون أو عديم التمييز.

كما يجب خلو الإرادة مما قد يشوبها من عيوب تنال من صحتها، وهذا من شروط صحة العمل الإجرائي، فإذا وجدت إرادة معيبة بغلط أو إكراه –أثر على صحتها دون أن يعدمها– أو تدليس أو استغلال ترتب على ذلك بطلان العمل الإجرائي[٤١].

٤١ سيد أحمد محمود: أصول، ص٤٢٧، وجدي راغب فهمي: مبادئ، ص٣٩٣.

هذا: ويجوز التمسك بعيوب الإرادة لإبطال الأعمال الإجرائية التي تعد من قبيل التصرفات القانونية بغض النظر عما إذا كان التعبير عن الإرادة تم بصورة صريحة أو ضمنية.

ومن أمثلة بطلان العمل الإجرائي الصادر عن إرادة معيبة تم التعبير عنها بصورة صريحة تمسك المقر قضائيًا بتعيب إرادته حال الإقرار، وكذلك بعض حالات إبطال القرارات القضائية الصريحة فيما لا يتعارض والحجية القضائية تأسيسًا على تعيب إرادة القاضي في التعبير عن القرار القضائي، ومن تطبيقات ذلك الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية استنادًا على وقوع غش من الخصم أثر في الحكم، أي دلس على القاضي فعيَّبَ إرادته[٤٢].

ومن أمثلة بطلان الإجراء القضائي "العمل الإجرائي" الصادر عن إرادة معيبة تم التعبير عنها بصورة ضمنية تمسك من اعتبرت الدعوى في حقه متروكه لعدم التعجيل خلال الأجل المقرر قانونًا بتعيب إرادته بالإكراه الذي حال بينه وبين تعجيل الإجراءات في موعدها؛ بما يفتح أمامه موعد التعجيل من وقت زوال هذا الإكراه.

إذ إن التأصيل المنطقي لعدم اعتبار المدعي تاركًا دعواه في هذا الفرض يكمن في تعيب إرادته المعبر عنها ضمنًا برغبته في الترك، إذ لا يمكن مع وجود الإكراه المذكور اعتبار امتناع المدعي عن التعجيل في الموعد تعبيرًا ضمنيًا عن إرادته في الترك.

ومن أمثلة بطلان الإجراء القضائي الصادر بصورة ضمنية عن إرادة معيبة كذلك إبطال القرارات القضائية الضمنية من خلال الطعن عليها، ونرى دخول هذه الحالة ضمن عموم نص المادة ١/٢٤١ مرافعات مصري الذي يقرر الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية إذا وقع من الخصم غش أثر في الحكم، كون النص شامل لكل القرارات القضائية التي تصدر بناءً على غش سواء أكانت قرارات صريحة أو ضمنية على نحو ما سنبين تفصيلاً – بعون الله– حال استعراض التطبيقات العملية للقرارات القضائية الضمنية.

والجدير بالذكر تصور أن القانون الإجرائي حينما يستلزم من الناحية الإجرائية أشكالاً معينة للقيام بالعمل الإجرائي فإن هذا يعد مستوجبًا لصراحة التعبير عن الإرادة بما مؤداه عدم تصور وجود إجراءات ضمنية في هذا الإطار، تأسيسًا على أن استلزام الشكلية والضمنية لا يجتمعان في إجراء واحد، وهذا التصور ليس صحيحًا على إطلاقه، ذلك أنه حتى في إطار الشكلية الإجرائية يوجد مجالاً رحبًا للإجراءات الضمنية، فمن ناحية أولى توجد أعمال إجرائية ضمنية معتبرة،

---

٤٢ تنص المادة ١/٢٤١ مرافعات مصري على أن: "للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية: ١- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم"، وهو نفس ما قررته المادة ١/٢٠٠-ج من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

ومن ناحية ثانية فإن التنازل الضمني عن الشكلية قائم ومعتبر، وهو ما سوف نعرض لتطبيقاته تفصيلاً في الجزء الثاني من هذه الدراسة[٤٣].

وتدليلاً على ذلك نشير إلى ما قررته محكمة النقض من أن: "مثول الطاعن أمام محكمة أول درجة وإبداؤه دفاعاً في موضوع دعوى مفاده علمه اليقيني بطلبات المدعى فيها. أثره اعتباره تنازلاً ضمنياً في إعلان صحيفتها إليه قانونًا"[٤٤].

رابعًا: محل العمل الإجرائي

يقصد بمحل العمل الإجرائي موضوعه، فالدعوى هي محل المطالبة القضائية، إذ إن موضوع المطالبة القضائية ادعاء قانوني أمام القضاء، ومحل شهادة الشاهد أقواله بصدد الواقعة موضوع الشهادة، والأمر المقضي هو محل حجية الحكم القضائي[٤٥].

ويجب في محل العمل الإجرائي أن يكون موجودًا ومعينًا أو قابلاً للتعيين وإلا عد المحل منعدمًا؛ بما يرتب انعدام العمل الإجرائي، كذلك يجب أن يكون المحل ممكنًا ومشروعًا، فإذا كان محل العمل مستحيلاً أدى ذلك إلى انعدام العمل، سواء كانت الاستحالة مادية، كشهادة فاقد البصر برؤية واقعة معينة، أو فاقد السمع بسماع أمر ما، أو كانت استحالة قانونية، كشهادة الممنوعين من الشهادة فيما منعوا الشهادة فيه، كذلك إذا كان محل العمل غير مشروع ترتب على ذلك بطلان العمل، كالمطالبة بدين قمار، أو بمقابل عن علاقة غير مشروعة قانونًا.

هذا: وقد يشترط القانون في محل عمل إجرائي معين شروطًا خاصة به، فيجب توافر هذه الشروط، فإذا ما تخلفت قعد العمل الإجرائي عن ترتيب آثاره المقررة له قانونًا، كاستلزام شروطًا خاصة في دعوى الحيازة، إذ إن عدم توافر أي من هذه الشروط يستتبع عدم قبول الدعوى، أي عدم منح الحماية القضائية المطلوبة للحيازة.

فإذا توافرت في محل العمل الإجرائي شروطه العامة –من الوجود والتعيين أو القابلية للتعيين والمشروعية والإمكان– وشروطه الخاصة –والتي قد يستلزمها القانون في بعض الأعمال الإجرائية– تحقق الوجود القانوني للمحل؛

---

٤٣ في تأصيل فكرة الشكل في قواعد المرافعات وأحكامها راجع محمد الصاوي مصطفى إبراهيم: الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق، ١٩٩٢م، ص٦٣.

٤٤ حكمها في الطعن رقم ٧٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٨م.

٤٥ أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧١م، ص٤٧.

بما يؤدي إلى اكتمال البناء القانوني للعمل الإجرائي –بعد استكمال باقي عناصره ومقتضياته– بغض النظر عن طريقة التعبير عنه وما إذا كانت صريحة أو ضمنية.

الغصن الثاني: توافر المفترضات الإجرائية للعمل الإجرائي

تتمثل المفترضات الإجرائية للعمل الإجرائي فيما استلزمته قواعد المرافعات من ضرورة القيام ببعض المقدمات ليتسنى مباشرة هذا العمل، أو مراعاة تتابع إجرائي معين حال مباشرته، وكذلك استلزام اتباع شكل معين حال القيام بالعمل الإجرائي، فهل يلزم توافر هذه المقدمات أو المفترضات الإجرائية في الإجراء الضمني تمامًا كما ينبغي تحققها في الإجراء الصريح؟ هذا ما سوف نجيب عليه فيما يلي:

أولاً: مقدمات العمل الإجرائي

لا تعد مقدمات العمل الإجرائي جزءًا منه أو عنصرًا فيه، بل إنها خارجة عنه وسابقة عليه، ورغم ذلك فهي لازمة له؛ ولذا فهي تدخل في مقتضياته، ويطلق عليها البعض مفترضات العمل الإجرائي[٤٦].

فالمقنن الإجرائي انتهج نهجًا خاصًا بالعمل الإجرائي اختط فيه خطًا يقوم على التسلسل المنطقي والتتابع الزمني وفقًا لنظام إجرائي محكم ومنضبط، جعل فيه كل إجراء أثرًا قانونيًا لإجراء سابق عليه ولازمة ضرورية –في الوقت ذاته– لإجراء لاحق عليه؛ ولذا تظهر الخصومة كمجموعة من الإجراءات المتتابعة زمنيًا ومنطقيًا وفقًا لنظام إجرائي رسمته قواعد المرافعات، تبدأ بالمطالبة القضائية وتستمر بغية الحصول على حكم فاصل في الموضوع.

أي أن القانون اشترط لاتخاذ الإجراء أن تسبقه إجراءات أخرى، وهو ما يعد مفترضات إجرائية يستند عليها الإجراء؛ وترتيبًا على ما سبق يجب أن تقدم المطالبة القضائية قبل إعلان "تبليغ" الخصم؛ وعليه يبطل الإعلان "التبليغ" إذا لم تسبقه مطالبة قضائية، كما يجب أن يسبق الحكم العديد من الإجراءات –هي جميع إجراءات الخصومة قبل الحكم– منها المطالبة القضائية وانعقاد الخصومة، وتفعيل حق الدفاع إجرائيًا ... إلخ؛ ولذا يبطل الحكم إذا لم تسبقه مطالبة قضائية صحيحة.

ومن تطبيقات ذلك ما استلزمته قواعد الإثبات القضائي فيما يتعلق بأعمال الخبرة من وجوب صدور قرار قضائي بندب الخبير وتحديد صلاحياته قبل مباشرة الخبير عمله[٤٧].

---

٤٦ مقدمات العمل الإجرائي على هذا النحو تشبه –مع الفارق– الوضوء بالنسبة للصلاة، إذ لا صلاة بغير طهور، بيد أن الوضوء ليس ركنًا في الصلاة، ولا عنصرًا فيها، ولا مكونًا من مكوناتها، بل هو أمر خارج عنها سابق عليها.

وكذلك ما استلزمته هذه القواعد –في القانون المصري– من ضرورة دعوة الخبير للخصوم بخطابات مسجلة قبل قيامه بمهمته بسبعة أيام على الأقل وإلا كان عمله باطلاً[٤٨].

وإذا كان المنطق يقتضي وجود إجراءين يخرجان حتمًا عن هذه المنهجية، فالإجراء الأول لا تسبقه إجراءات يتأسس عليها، كما أن الإجراء الأخير لا يعد أساسًا لإجراءات أخرى، بيد أنه بإمعان النظر يتضح لنا عدم دقة هذا المنطق على إطلاقه، فالمطالبة وإن تعذر القول بوجود إجراء سابق تتأسس عليه كونها الإجراء الأول في الخصومة القضائية، بيد أنها لا تقوم بدون مفترضات إجرائية، ذلك أن المطالبة القضائية تقوم على مفترضات إجرائية عديدة، إذ يلزم لها توافر السلطة والصلاحية في من يقوم بها، وكذلك يلزم لها وجود تنظيم قانوني يحدد كيفية القيام بها، ووجود جهة يناط بها تلقي المطالبات القضائية، وكذلك وجود حق الدعوى لمن يقدمها، ولعل جميع هذه المفترضات يسبقها مفترض وجود سلطة قضائية يعهد إليها بمهمة الفصل في الخصومات، فضلاً عن وجود قواعد للولاية والاختصاص القضائيين، على أن المفترض الأول لإيجاد هذه المنظومة وضبط نظامها وجود دولة بالمفهوم القانوني لهذه الفكرة، بيد أن كل هذه المفترضات لا تعبر عن أعمال إجرائية سابقة على المطالبة القضائية وإن تضمنت مفترضات إجرائية.

كذلك فإن الحكم القضائي –وهو آخر إجراءات الخصومة القضائية– يعد أساسًا إجرائيًا لما يعقبه من إجراءات تنفيذ، ذلك أن الحكم القضائي ليس هدفًا إجرائيًا في ذاته، وإنما هو وسيلة للحصول على الحماية القضائية التي تحتاج إلى إجراءات تنفيذية تالية على الحكم القضائي، وإن كان البعض يرى عدم استقلال إجراءات التنفيذ عن إجراءات الحكم "الخصومة القضائية"، إذ يعتبرها استكمالاً لها، ويمكن وفق هذا التصور وصفهما معًا بإجراءات الحصول على الحماية القضائية؛ وهنا لا يعد الحكم القضائي الإجراء الأخير، وإن كان هذا التصور لا يغير من الأمر محل البحث شيئًا إذ يحيلنا إلى إجراء أخير لا إجراء بعده، وهو آخر إجراء من إجراءات التنفيذ.

والشاهد من هذا العرض أن جميع المقدمات اللازمة للعمل الإجرائي إنما هس لازمة لهذا العمل بغض النظر عن وسيلة التعبير عنه، وما إذا كانت صريحة أو ضمنية.

ثانيًا: شكل العمل الإجرائي

---

٤٧ المادة ١٣٥ إثبات مصري، والمادة ١١٠ إثبات سعودي، وراجع سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، ص٢٩١.

٤٨ نص المادة ١٤٦ إثبات مصري، وفي النظام السعودي كانت المادة الرابعة والثلاثون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية تتضمن حكمًا قريبًا من ذلك، إلا أنه تم إلغاء هذه المادة ضمن إلغاء الباب التاسع (إجراءات الإثبات) من نظام المرافعات بصدور نظام الإثبات، والذي جاء الباب العاشر منه الخاص بتنظيم الخبرة خاليًا من هذا الحكم.

يبدو للوهلة الأولى عدم تصور الجمع بين شكلية العمل الإجرائي والضمنية في العمل الإجرائي، يقصد بشكل العمل الإجرائي المظهر الخارجي والطريقة التي يجب أن يؤدى وفقًا لها، وإذا كان الأصل في القانون الموضوعي هو سيادة مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية ويعد الالتزام بشكلية معينة خروجًا على هذا الأصل، إلا أن الوضع بخلاف ذلك في القانون الإجرائي، إذ إن الشكلية فيه أصل عام، حيث تستلزم قواعد المرافعات –باعتبارها المظلة العامة للقوانين الإجرائي– وسائل محددة للقيام بالعمل من خلال شكلية مقررة سلفًا، وذلك بالإضافة إلى المقتضيات الموضوعية حتى يرتب العمل آثاره القانونية[٤٩].

ولكن الشكلية في النظم الإجرائية المعاصرة ذات فلسفة تختلف كثيرًا عنها في ظل النظم القديمة وذلك من عده نواحٍ:

فأولاً: لم يعد وجود العمل الإجرائي وترتيب آثاره مرتبطًا وجودًا وعدمًا بالشكلية وحدها، فمن ناحية لم يعد الشكل وحده كافيًا لوجود العمل الإجرائي، إذ إن هذا العمل –باعتباره عملاً قانونيًا– يجب أن يتوافر فيه –فضلاً عن المقتضيات الشكلية– مقتضيات موضوعية؛ وعليه فمن المتصور تقرير عدم صحة العمل الإجرائي رغم توافر شكله إذا لم تتحقق مفترضاته الموضوعية[٥٠].

وثانيًا: تتسم الشكلية في النظم الإجرائية الحديثة بالمرونة خلافًا لما كان مقررًا في هذه النظم قديمًا، ومن قبيل ذلك أن قواعد المرافعات حين تستلزم شكلية معينة في العمل الإجرائي تترك للقائمين بهذا العمل حرية اختيار أسلوب التعبير عن هذا الشكل، فلا يلزم التقيد بذات العبارات أو الألفاظ التي ذكرتها هذه القواعد، ومن قبيل ذلك إجازة التعبير الضمني.

وثالثًا: تعتبر الشكلية في النظم الإجرائية الحديثة مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة، وهو ما يعرف بمبدأ "**وسيلية الأشكال**"، ومؤدى ذلك عدم إبطال العمل الإجرائي لمجرد تخلف شكله متى تحققت الغاية المتوخاة من هذا الشكل[٥١].

---

٤٩ راجع في تفصيل ذلك وجدي راغب فهمي: النظرية العامة، ص١٣٠، محمد الصاوي: الشكل، ص٩٤.

٥٠ راجع في تفصيل ذلك وجدي راغب فهمي: النظرية العامة، ص١٣٠، محمد الصاوي: الشكل، ص٩٤.

٥١ تنص المادة ٢٠ من قانون المرافعات المصري على أن: "يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء. ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء"، وهو ما قرره نص المادة الخامسة مرافعات شرعية سعودي.

وما يخص موضوع بحثنا أن كل إجراء لا تستلزم طبيعته التصريح بالتعبير عن إرادته يمكن التعبير الضمني عنه، ويرتب آثاره كاملة، حتى وإن كان من شكليته التصريح بالتعبير عنه، لأن مجرد تخلف الشكل كما ذكرنا لا يستتبع بطلان العمل الإجرائي، إذ المعول عليه تحقق الغاية، فإن تحققت الغاية تقرر صحة الإجراء، وهو ما يقطع بعدم التعارض بين استلزام الشكل وفكرة الإجراء الضمني.

وتأكيدًا لهذا المعنى فإن من المقرر أن الطلبات تقدم بصورة شكلية وصريحة، سواء كتابة بصحيفة تودع لدى المكتبة، أو مشافهة مع إثباته في محضر الجلسة "ضبط القضية"، ومع ذلك فمن الجائز نظريًا والواقع عمليًا تقديم الطلبات بصورة ضمنية، وهو ما سوف نتناول تطبيقاته تفصيلاً في القسم الثاني من هذه الدراسة[٥٢].

الفرع الثاني: ترتيب جميع آثار العمل الإجرائي عن الإجراء الضمني

نظرًا لكونه عملاً قانونيًا إجرائيًا فإن تحقق مفترضات الإجراء الضمني واكتمال أركانه وشرائطه يستتبع تولد كافة الآثار القانونية للعمل الإجرائي، تمامًا كما هو الحال في شأن أي عمل إجرائي صريح، وبالنظر إلى التنظيم القانوني للعمل الإجرائي بصفة عامة نجد أن اكتمال مفترضاته يرتب مجموعة آثار موضوعية وإجرائية.

هذا: وتجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين آثار العمل الإجرائي وجزاء مخالفة مفترضاته، إذ إن مخالفة مفترضات العمل الإجرائي تستتبع عدم اكتمال البناء القانوني له؛ ومن ثم عدم ترتيب كل أو بعض آثاره بحسب الأحوال، وهو ما يخرج عن محل الدراسة، فمحل البحث تأكد تولد الآثار الموضوعية والإجرائية للعمل الإجرائي على الإجراء الضمني تبعًا لتحقق مفترضات العمل الإجرائي فيه.

الغصن الأول: ترتيب الآثار الإجرائية للعمل الإجرائي

تتعدد وتتباين الآثار الإجرائية للإجراءات الضمنية بتعددها وتباينها، فليس هناك مجموعة محددة وثابتة من الآثار الإجرائية يمكن رصدها كآثار إجرائية للإجراء الضمني، إذ إن لكل عمل إجرائي ضمني مجموعة آثار إجرائية خاصة

---

٥٢ قضت محكمة النقض بأن: "الثابت من الحكم المطعون فيه أنه قضى بصحة عقد شركة التضامن المبرمة فيما بين طرفي الدعوى وذلك بعد طعن الطاعن بالإنكار على هذا العقد، وأقام ذلك القضاء استناداً إلى خلو بنود وأركان العقد من ثمة بطلان ينال منه، ثم أجاب المطعون ضدهما لطلبهما رد حصتهما المدفوعة منهما مناصفة في تلك الشركة، وهو طلب ضمني ببطلان الشركة، وكان ذلك تطبيقاً منها للحق المقرر لأى من الشركاء في الشركة بالتمسك قبل الباقين ببطلانها لعدم شهرها، وكان خبير الدعوى قد أثبت في تقريره قيام الشركة فعلياً وتحقيقها لأرباح منذ تكوينها، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من تناقض يكون نعياً غير صحيح ومن ثم غير مقبول".

به تختلف عن الآثار الإجرائية التي تترتب على غيره من الأعمال الإجرائية الضمنية الأخرى، فالحكم القضائي الضمني له من الآثار الإجرائية ما يختلف عن الآثار الإجرائية لترك المدعي الخصومة ضمنيًا.

ونظرًا لتعدد الأعمال الإجرائية الضمنية؛ وبالتالي تعدد آثارها الإجرائية، بما لا يمكن حصره بل وبما يجاوز حدود هذه الدراسة كون المطلوب تأكيده والوقوف عليه ترتب الآثار الإجرائية للعمل الإجرائي على الإجراء الضمني تمامًا كما تترتب على الإجراء الصريح فنحيل إلى الجزء الثاني من هذه الدراسة المتعلق بتطبيقات الإجراء الضمني.

الغصن الثاني: ترتب الآثار الموضوعية للعمل الإجرائي

نظرًا لتعلقه مباشرة بالحقوق والمراكز القانونية الموضوعية، وتبعًا لأن قواعد المرافعات –باعتبارها المظلة العامة للقانون الإجرائي– تعد قواعد خادمة للقانون الموضوعي "المعاملات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية"؛ فإن العمل الإجرائي يرتب بعض الآثار الموضوعية التي تجد انعكاسًا مباشرًا لها في نظم القانون الموضوعي، ونظرًا لكونه عملاً قانونيًا إجرائيًا فإن للإجراء الضمني –تمامًا كالإجراء الصريح– قسطًا من هذه الآثار الموضوعية.

وتتعدد الآثار الموضوعية للإجراءات الضمنية في القضية العادية بما لا يقع تحت حصر، وتمثيلاً لذلك فإن كل قضاء ضمني في طلب موضوعي –سواء بإجابته أو برفضه– يستتبع آثارًا موضوعية، كما أن القضاء الضمني في طلب التدخل الهجومي –سواء بإجابته أو برفضه– يستتبع كذلك الكثير من الآثار الموضوعية المعروفة كقطع التقادم واعتبار الحق متنازعًا عليه في حق طالب التدخل، بل إن القضاء الضمني في الطلبات الإجرائية –والتي سوف نعرض لمقصودها فيما بعد– يستتبع ترتيب العديد من الآثار الموضوعية المباشرة تبعًا لذلك كطلب الصلح، وطلب إجراء من إجراءات الإثبات.

هذا: ويلاحظ تعدد الآثار الموضوعية للأعمال الإجرائية الضمنية الصادرة من الخصوم، كالقبول الضمني لإجراءات الإثبات والتنازل الضمني عنها؛ وما يستتبعه هذا وذاك من آثار مباشرة على الحق الموضوعي أو المركز القانوني محل الدعوى، وكالقبول الضمني للحكم القضائي؛ وما يستتبعه ذلك من بدء سريان الآثار الموضوعية للحكم متمثلة في القوة التنفيذية لحجية الأمر المقضي، وكذلك التنازل الضمني عن الحق الإجرائي، فللتنازل الضمني عن حق

الدعوى آثاره الموضوعية الواضحة، والتنازل الضمني عن الطلب الموضوعي يعني –في كثير من الأحوال– التنازل عن الحق الموضوعي ذاته بما يستتبعه ذلك من آثار[٥٣].

وضبطًا للموضوع ومنعًا من التكرار فسوف نعرض للآثار الموضوعية للأعمال الإجرائية الضمنية تفصيلاً حين تناولنا تطبيقات الإجراء الضمني في القضية، وذلك على النحو التالي:

المبحث الثاني: تطبيقات الإجراء الضمني في القضية

يقتضي تتمة بحث فكرة الإجراء الضمني في القضية –وبعدما عمدنا إليه من تأصيل لهذه الفكرة– الوقوف على التطبيق العملي لها، وانعكاساتها في الواقع، وما تثيره من مسائل قانونية، وما تولده من نتائج عملية، وهو ما يكتمل به تأصيل هذه الفكرة في التطبيق القضائي من ناحية، وتكملة الجوانب القانونية لها من ناحية ثانية.

وعلى ذلك سنعمد إلى بحث تطبيقات الإجراء الضمني العملية الصادرة عن ممثل السلطة القضائية في الدولة وهو القاضي، وطرفا أو أطراف القضية وهم الخصوم؛ وذلك في مطلبين على النحو التالي: المطلب الأول: القرار القضائي الضمني، المطلب الثاني: الإجراء الضمني من الخصوم.

المطلب الأول: القرار القضائي الضمني

نقصد بالقرار القضائي الضمني ما يصدر عن القضاء من قرارات في صورة ضمنية غير صريحة، ذلك أن العديد من القرارات القضائية في الخصومة يتم التعبير عنها بصورة ضمنية، وترتب آثارها ويعتد بها تمامًا كالتعبير الصريح.

وقد ينصب القرار القضائي الضمني على الجوانب الإجرائية للقضية أي على "الخصومة القضائية"، وقد ينصب على الجوانب الموضوعية منها أي على "موضوع القضية" أو بالأحرى على "الدعوى القضائية"؛ ولذا ينبغي استعراض تطبيقات القرار القضائي الضمني فيما يخص الخصومة القضائية والدعوى القضائية كل على حدة، وهو ما نعرض له على النحو التالي:

---

٥٣ لا يخفى ضرورة تمييز الحق الموضوعي محل الدعوى عن حق الدعوى، فالأول ذو طبيعة موضوعية بخلاف الثاني ذو الطبيعة الإجرائية البحتة، في تأكيد هذا المعنى والتطور التاريخي له وأهم ضوابط التمييز بين هذين الحقين ومظاهره راجع عزمي عبد الفتاح إبراهيم عطية: الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد٩، العدد٣، ١٩٨٥، ص٨٦.

الفرع الأول: القرار القضائي الضمني في الخصومة القضائية

الخصومة القضائية هي المنهج الإجرائي لنظر القضية، وتمثل شقها الشكلي، وتتكون من مجموعة إجراءات متتابعة زمنيًا ومنطقيًا وفق ترتيب محكم رسمته قواعد المرافعات، تبدأ بالطلب القضائي وتستمر بهدف الحصول على حكم في موضوع القضية، ولرصد تطبيقات القرار القضائي الضمني في هذا الخصوص يمكننا تقسيم هذه التطبيقات إلى طائفتين، تتمثل الطائفة الأولى منهما في القضاء الضمني فيما يخص اتصال المحكمة بالقضية، والتي تنصرف إلى القضاء الضمني في إجراءات اتصال المحكمة بموضوع القضية، بينما تتمثل الطائفة الثانية منهما في القضاء الضمني في إجراءات نظر موضوع القضية بعد تمام اتصال المحكمة بالدعوى وحتى الفصل فيها، وهو ما نتناوله على النحو التالي:

الغصن الأول: القضاء الضمني فيما يخص اتصال المحكمة بالدعوى

أولاً: القضاء الضمني في مسائل الولاية والاختصاص

استقر قضاء محكمة النقض على أن تطرق المحكمة لموضوع القضية ينطوي على قضاء ضمني بثبوت الولاية والاختصاص القضائيين؛ ومن ثم يخضع لرقابة محكمة النقض، تمامًا على غرار ما هو مقرر في خصوص القضاء الصريح؛ بما يستتبعه ذلك من تأييد القضاء الضمني الصحيح بثبوت الاختصاص، وإلغاء القضاء الضمني المعيب بثبوت الاختصاص.

فقضت بأنه لما كان الفصل في طلبات المدعي لا يستدعي تطبيق أي من القوانين الواردة على سبيل الحصر بالمادة السادسة من قانون المحكمة الاقتصادية مما ينحسر عنه اختصاص المحاكم الاقتصادية بنظرها، وينعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية، وإذ خالف الحكم هذا النظر وفصل في موضوعها بما ينطوي على قضاء ضمني باختصاص المحكمة الاقتصادية بنظرها فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه"، حكمها في الطعن رقم ١١٤٨٦، س٨٤ق، جلسة ٢٠١٦/٨/٢٩م.

كما قضت ببطلان القضاء الضمني الصادر من الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية باختصاصها قيمياً بنظر موضوع القضية المتولد عن تعرضها للموضوع بما يفيد اختصاصها به، وبما يتعارض مع قضاء المحكمة الجزئية بإحالة الدعوى إلى الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية الفاصل في مسألة الاختصاص القيمي والحائز لقوة الأمر المقضي نظرًا لعدم الطعن عليه بالاستئناف في الموعد المقرر قانونًا، ولا يغير من ذلك تعلق قواعد الاختصاص

بالنظام العام ذلك أن قوة الأمر المقضي تعلو على اعتبارات الصالح العام، (حكمها في الطعن رقم ٤٨٠، س٨٤ق، جلسة ٢٠٢٠/١/١٥م).

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن مسائل الولاية والاختصاص قائمة ومطروحة دائماً على محكمة الموضوع لتعلقها بالنظام العام، فالحكم الصادر في موضوع الدعوى يشتمل حتماً على قضاء ضمني بثبوت الولاية والاختصاص؛ ورتبت المحكمة أثرًا على ذلك متمثل في أن الطعن على الحكم الصادر في الموضوع ينسحب بالضرورة وبطريق اللزوم على القضاء في مسائل الولاية والاختصاص، وذلك بغض النظر عما إذا أثاره الخصوم أو لم يثيروه، وسواء تضمنته أسباب الطعن أم لم تتضمنه، فواجب المحكمة يقتضيها أن تتصدى له من تلقاء نفسها[٥٤].

بل إن محكمة النقض قررت استخلاص القضاء الضمني بعدم الاختصاص أو انتفاء الولاية القضائية من مجرد وقف السير في القضية، ففي دعوى قسمة عرضت فيها مسألة الملكية كمسألة أولية فأوقفت المحكمة الجزئية نظر الدعوى، فاستخلصت محكمة النقض أن هذا الوقف لا يكون إلا إذا كانت المسألة الأولية التي رأت المحكمة الجزئية تعليق حكمها على الفصل فيها خارجة عن اختصاصها الوظيفي أو النوعي، وأن قضاء المحكمة الجزئية بوقف السير في دعوى القسمة ينطوي على قضاء ضمني بعدم اختصاصها وإلا فلو أنها رأت نفسها مختصة بنظر هذا النزاع لفصلت فيه ولما لجأت لوقف السير في الدعوى حتى يفصل فيه من محكمة أخرى[٥٥].

وأكدت على ترتيب الأثر الإجرائي على القرار الضمني في مسألة الاختصاص القضائي، حيث استقر قضاءها على أن: "قرار المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة المختصة لا يعتبر قراراً إدارياً وإنما هو

---

٥٤ أحكامها في الطعون أرقام ٢٩٤٤، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٧/٤/١، ١٠٢٤، س٨٤ق، جلسة ٢٠١٦/٢/٢٢، ٢٢٦٥، س٦٤ق، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٨، ١٩٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٢/٢/١٣، ٣٤، س٧١ق، جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧، ١٠٥٢٨، س٦٦ق، جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٨، ١٦٣٢، س٧٠ق، جلسة ٢٠٢٠/١٢/٢١، ٣١٣٨، س٦٩ق، جلسة ٢٠٢٠/١٢/٢١، ٤٢٧٥، س٧٠ق، جلسة ٢٠٢٢/١/١٧، ١١٠٥٨، س٨٥ق، جلسة ٢٠٢١/١٢/٢٠، ٢٨٩٧، س٨٦ق، جلسة ٢٠٢١/١١/١٧، ٣٦٢٠، س٨٦ق، جلسة ٢٠٢١/١١/١٧، ١٩٩٠، س٨٢ق، جلسة ٢٠٢١/٦/٢، ٣٩٨٣، س٦٧ق، جلسة ٢٠٢١/٦/٢، ١٩٤٠٤، س٨٥ق، جلسة ٢٠٢١/٦/١٩، ١٢٢١٢، س٨٥ق، جلسة ٢٠٢١/٥/٢٢، ١٥٦٠٨، س٨٤ق، جلسة ٢٠٢١/٥/١٨، ٢١٤١٩، س٨٨ق، جلسة ٢٠٢١/٣/١٧، ٤٣٨٩، س٦١ق، جلسة ٢٠٢١/٢/٢١، ٣٠٦١، س٦٩ق، جلسة ٢٠٢١/٢/١٦، ١٧٧٤٠، س٨٠ق، جلسة ٢٠٢١/٢/١٥، ٣٤٤٦، س٧٢ق، جلسة ٢٠٢١/٢/١٥، ٦٢٠، س٦٢ق، جلسة ٢٠٢١/١/٢٧، ٣٣٩٠، س٦٨ق، جلسة ٢٠١٦/٢/١٨.

٥٥ حكمها في الطعن رقم ٢٣٢، س٣٣ق، جلسة ١٩٦٧/٣/١٦.

في حقيقته قضاءً ضمنيًا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى؛ ويخرج به النزاع من ولايتها؛ وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها إعمالاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة ١١٠ من قانون المرافعات"[٥٦].

أما في القضاء السعودي فقد جرى العمل في كثير من الأحيان على أن الحكم بعدم الاختصاص وكذلك انتفاء الولاية يأتي بعد قضاء ضمني بثبوت الاختصاص والولاية القضائية، وذلك استنادًا على أن مسائل الولاية والاختصاص من النظام العام فتبقى مطروحة دائمًا على المحكمة، ولها في أية حالة كانت عليها الإجراءات إلغاء قضاءها الضمني بثبوت الولاية والاختصاص والقضاء مجددًا بانتفاء الولاية أو بعدم الاختصاص، وذلك من المحكمة ذاتها التي تنظر موضوع الدعوى ولا يلزم الأمر إلغاء القضاء الضمني بثبوت الولاية والاختصاص من محكمة الطعن[٥٧].

ويأتي هذا المنطق من أساس قضائي ثابت ومستقر في القضاء السعودي على خلاف معظم النظم القضائية المعاصرة ومنها القضاء المصري ألا وهو جواز إلغاء القرار القضائي القطعي من ذات المحكمة التي أصدرته سواء قبل انتهاء خصومة الدعوى أمام نفس المحكمة أو بعد انتهائها.

فيجوز في النظام القضائي السعودي للمحكمة العدول عن حكم قطعي قضت به لم تنتهي به الإجراءات، كأن تحكم بثبوت ولايتها واختصاصها وبعد عدة جلسات تتراجع عن قضائها الأول وتقضي بانتفاء الولاية أو بعدم الاختصاص، بل يجوز لها بعد إصدار الحكم المنهي للخصومة الفاصل في كل القضية أن تتراجع عنه بعد دراسة الطعن المقدم من المحكوم عليه، ذلك أن الطعن على الحكم يقدم لذات المحكمة التي أصدرته والتي لها بعد الاطلاع عليه أن تتراجع عن حكمها إن رأت وجاهة للطعن، ولها التمسك بحكمها ومن ثم تحيل الطعن للمحكمة المختصة بنظره.

وموقف القضاء السعودي في هذا الخصوص لا ينبع من اجتهاد قضائي وإنما من أساس نظامي قررته نصوص نظام المرافعات التي قررت أن: "١- يحصل الاعتراض بطلب الاستئناف أو التدقيق بمذكرة تودع لدى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم، مشتملة على بيان الحكم المعترض عليه ورقمه وتاريخه والأسباب التي بني عليها الاعتراض

---

٥٦ حكمها في الطعن رقم ٩٤٠، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠٠/٥/٨.

٥٧ راجع في تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي السعودي ما تضمنته مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، الصادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل السعودية، والمنشورة لدى مكتبة الملك فهد الوطنية في عام ١٤٣٦هـ، المجلد الثامن والعشرون، تصنيف اختصاص، بدءًا من ص٣١ وحتى ص٢٦٧.

وطلبات المعترض وتوقيعه وتاريخ إيداع مذكرة الاعتراض. ٢- تقيد إدارة المحكمة مذكرة الاعتراض في يوم إيداعها في السجل الخاص بذلك، وتحال فورًا إلى الدائرة التي أصدرت الحكم"[٥٨].

و"بعد اطلاع الدائرة التي أصدرت الحكم المعترض عليه على مذكرة الاعتراض يجوز لها أن تعيد النظر في الحكم من ناحية الوجوه التي بني عليها الاعتراض من غير مرافعة ما لم يظهر مقتض لها، وعليها أن تؤكد حكمها أو تعدله حسب ما يظهر لها، فإذا أكدت حكمها رفعته مع صورة ضبط القضية ومذكرة الاعتراض وجميع الأوراق إلى محكمة الاستئناف، أما إن عدلته فيبلغ الحكم المعدل للخصوم، وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة"[٥٩].

و"١- إذا اطلعت الدائرة على مذكرة الاعتراض ولم تجد فيها ما يؤثر على ما حكمت به، فعليها تدوين ذلك في ضبط القضية والشرح بذلك على المذكرة. ٢- في حال انتهت ولاية قاضي الدائرة أو قضاتها أو بعضهم فيتولى من يحل محلهم إجراء ما ورد في المادة بما في ذلك تعديل الحكم إن ظهر ما يوجب ذلك"[٦٠].

وهذا الوضع المتفرد للنظام القضائي السعودي دفع الباحث إلى دراسة مفهوم فكرة استنفاد الولاية بين القانون المصري والنظام السعودي، وتبعاتها على التطبيق القضائي وآثاره الواقعية، وذلك في بحث متخصص يمكن الرجوع إليه لتمام الفائدة[٦١].

وما يعنينا منه في هذا الخصوص أن موقف القضاء السعودي من فكرة استنفاد الولاية جاء على عكس ما استقر عليه العمل في الأنظمة القضائية المقارنة من تعطيله لفكرة استنفاد الولاية القضائية بصورة شبه كلية، وأن موقفه هذا جاء انعكاسًا لمنهج المنظم السعودي في معالجته لهذه الفكرة، وأن لهذا التفرد أثره الإيجابي في التطبيق العملي على سرعة الفصل في القضايا وتلبية مبدأ الاقتصاد في الإجراءات، من خلال التوصل لحماية قضائية أسرع للحقوق والمراكز القانونية.

---

٥٨ المادة ١٨٨ مرافعات شرعية.

٥٩ المادة ١٨٩ مرافعات شرعية.

٦٠ المادة ١٨٩ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

٦١ تحت عنوان: استنفاد ولاية الفصل في الدعوى بين النظرية والتطبيق (في مجالي القضاء والتحكيم)، وهو بحث مُحكَّم ومنشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٩م، ومنشور على الموقع الإلكتروني للمجلة على الرابط:

https://lalexu.journals.ekb.eg/article_233806.html

ثانيًا: الانعقاد الضمني للخصومة القضائية

"**تبدأ الخصومة القضائية بالطلب القضائي وتنعقد بالإعلان (التبليغ) أو الحضور**"، هذه القاعدة العامة في انعقاد الخصومة القضائية[٦٢].

وهو ما يعني أن انعقاد الخصومة القضائية في الدعوى يتم بصورة صريحة من خلال الإعلان أو بإجراء ضمني يتمثل –رغم عدم الإعلان– في حضور المدعى عليه الجلسة المحددة لنظر الدعوى.

فرغم خطورة تقرير انعقاد الخصومة وأهميته، لما يستتبعه عدم الانعقاد من انعدام أية إجراءات قد تتخذ في الخصومة، وبالرغم من أن قواعد المرافعات أوجبت على المدعي إعلان "تبليغ" الخصم بصحيفة الدعوى حتى تنعقد الخصومة القضائية في مواجهته، وفصل في أحكام الإعلان "التبليغ" حرصًا على وصوله للمعلن إليه "المبلغ" سواء كان مقيم داخل الدولة أو خارجه، وسواء كان معلوم الموطن "مكان الإقامة" أو غير معلوم، كما أوجبت إعادة إعلان "تبليغ" المدعى عليه الذي يتخلف عن حضور الجلسة الأولى رغم صحة إعلانه "تبليغه" بها، كما أوجبت قواعد المرافعات إعلان "تبليغ" من صاحب الصفة الذي يقوم مقام الخصم الذي زالت صفته حتى تستأنف الخصومة سيرها، بل وألزمت بضرورة التحري عن موطن "مكان إقامة" المدعى عليه والاستعانة في ذلك بالجهات الرسمية المختصة ضمانًا لإتمام الإعلان "التبليغ"[٦٣].

بالرغم من كل ذلك إلا أن قواعد المرافعات والتطبيق القضائي في مصر تضمنا تقرير صحة اتصال المحكمة بالدعوى وانعقاد خصومتها ولو لم يتم إعلان المدعى عليه أصلاً بالدعوى، إذا ما تحققت الغاية من الإعلان بتحقق العلم اليقيني للمدعى عليه بالدعوى وموضوعها، من خلال حضوره الجلسة المحددة لنظر الدعوى[٦٤].

---

٦٢ الأساس القانوني لهذه القاعدة في القانون المصري نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ مرافعات المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، والتي تنص على أنه: "ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى، إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة".

٦٣ نصوص المواد من المادة ٦ إلى المادة ١٤، والمواد ٦٧ و٦٨ و٨٤ و١٣٣ من قانون المرافعات، ونصوص المواد من المادة ١١ حتى المادة ٢٢ من نظام المرافعات ولائحته، والمادتان ٢٥ و٤١ من لائحة نظام المرافعات، والمواد ٤٢ و٥٧ و٥٨ من نظام المرافعات واللائحة، والمادة ٧٢ من هذه اللائحة، والمادة ٢/٧٦ من هذا النظام.

٦٤ سبقت الإشارة إلى ما قضت به محكمة النقض في هذا الخصوص، ونظرًا لأهميته نورده في هذا الموضع، غذ قضت بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع بين في قوانين المرافعات كيفية رفع الدعوى أمام القضاء وإعلام الخصوم بها، وأوجب على المحكمة ألا تقضى فيها إلا إذا رفعت بالطريق الذى رسمه القانون وأعلن بها المدعى عليه وذلك تنظيماً للتقاضي من ناحية وتوفيراً لحق

وقد مر التطبيق العملي لهذا المنهج من الاعتداد بالانعقاد الضمني للخصومة القضائية في مصر بتطور ملحوظ، إذ بدأ الأمر بتقرير انعقاد الخصومة بالإعلان الباطل إذا تحققت الغاية منه أو تنازل المدعى عليه ضمنيًا عن التمسك به، ولكن لم يكن للخصومة أن تنعقد لو انعدم الإعلان بالكلية، ثم آلت الأمور إلى صحة انعقاد الخصومة ولو انعدم الإعلان ولم يتم أصلاً إجراءه إذا تحققت غايته أو تنازل المدعى عليه ضمنيًا عن التمسك بعدم انعقاد الخصومة لانعدام الإعلان، بموجب بعض التطبيقات القضائية المتفرقة إلى أن تم إضافة نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ لقانون المرافعات بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

أما في القضاء السعودي فالأمر فيه اختلاف من ناحيتين:

الناحية الأولى: جواز اتصال المحكمة بالدعوى باتفاق الخصوم، حيث تنص المادة (٤٧) مرافعات شرعية على أنه: "إذا حضر المدعي والمدعى عليه أمام المحكمة من تلقاء نفسيهما –ولو كانت الدعوى خارج اختصاصها المكاني– وطلبا سماع خصومتهما فتسمع المحكمة الدعوى في الحال إن أمكن وإلا حددت لها جلسة أخرى"، وتنص اللائحة التنفيذية لهذا النص على أنه: "يشترط لسماع الدعوى الواردة في هذه المادة أن تكون داخلة في الاختصاص النوعي للمحكمة"، وإن كانت هذه الحالة تخرج عن فكرة انعقاد الخصومة بإجراء ضمني إلا أنه تعين ذكرها لبيان حالات انعقاد الخصومة القضائية بغير إعلان "تبليغ" في النظام السعودي.

الناحية الثانية: أن تبني فكرة التقاضي عن بعد في النظام القضائي السعودي حاليًا، واعتمادها منهجًا إجرائيًا أصيلاً في التقاضي أمام جميع المحاكم حتى الجزائية عدا المحكمة العليا يعيد هيكلة النظرة التقليدية لفكرة انعقاد الخصومة، وفكرة العلم بالإجراءات بصورة كلية وشاملة.

الدفاع من ناحية أخرى، وإذ كان المشرع في قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ قد عدل عن اتجاهه في قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ بما أورده في المادتين ٦٧، ٦٨ منه فأصبحت الدعوى في ظل القانون الحالي تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب، أما إعلان الخصوم بها فقد أصبح إجراءً منفصلاً عن رفع الدعوى وتالياً له قصد به المشرع إعلامه بها وبطلبات المدعى فيها وبالجلسة المحددة لنظرها كي يعد دفاعه ومستنداته فإن هو أعلن قانوناً بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها سواء علم فعلاً أو لم يعلم وإيذاناً للقاضي بالمضي في نظرها سواء مثل المدعى عليه في الجلسات المحددة لنظرها بنفسه أو من ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً أما إذا حضر دون إعلان بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها وتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحيفتها كأن أقر باستلامه صورة منها أو تسلم هذه الصورة بالجلسة بغير اعتراض منه أو أبدى دفاعاً في الموضوع أو طلب أجلاً لإبدائه بما يدل على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وبطلبات المدعى فيها وبمركزه القانوني كان ذلك كافياً للمضي في نظر الدعوى دون ما حاجة لتكليف المدعى أو قلم المحضرين بإعلانه بصحيفتها". حكمها في الطعن رقم ٧٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٦/٦/٨.

ذلك أنه وفق مقتضيات التقاضي عن بعد لا تنعقد الخصومة إلا بإثبات كامل بيانات المدعى عليه الممكنة من التواصل إلكترونيًا معه، من رقم الهوية الوطنية للمواطنين ورقم الإقامة للمقيمين ورقم الجوال أو الهاتف، ومن هذه البيانات تستطيع إدارة المحكمة إيصال معلومة رفع الدعوى إلى المدعى عليه عبر عدة وسائل مجتمعة، هي رسالة على رقم جوالة المعتمد لدى وزارة الداخلية بمنصة "أبشر" الإلكترونية، وإشعار إلكتروني عبر بوابة "ناجز" الإلكترونية، المربوطة تقنيًا ببوابة "أبشر" الإلكترونية، وهو ما ينطوي على تغير ملموس في إجراءات التقاضي سواء فيما يتعلق بوسائل الإعلان "التبليغ" القضائي، أو فيما يخص فكرة انعقاد الخصومة ومن ثم اتصال الدعوى بالمحكمة بصورة معتبرة نظامًا، بما يترتب على ذلك من نتائج[٦٥].

ثالثًا: القرار القضائي الضمني في قبول الدعوى

لما كان الفصل –إيجابًا أو سلبًا– في موضوع الدعوى لا يمكن إلا إذا توافرت شروط قبولها، أي شروط سماعها، فإن كل قضاء للمدعي بطلبه أو ضد المدعي برفض طلبه يتضمن في طياته قضاءً ضمنيًا بتوافر شروط قبول "سماع" الدعوى، سواء الشروط العامة كالصفة أو الخاصة كالميعاد في بعض الدعاوى[٦٦]، أو الشروط الإيجابية كالصفة والمصلحة أو السلبية كعدم سبق الفصل في ذات الدعوى وعدم وجود شرط تحكيم.

وهو ما يستتبع الكثير من التبعات الإجرائية منها أن الطعن "الاعتراض" على القضاء الفاصل في الدعوى يتضمن طرحًا لقضاء المحكمة الضمني بتوافر شروط قبول الدعوى، ولو لم يتمسك به الطاعن "المعترض"، بما يبيح لمحكمة نظر الطعن "الاعتراض" الحكم بعدم قبول الدعوى إن تبين لها تخلف أحد شروط قبول "سماع" الدعوى.

٦٥يمكن الاطلاع على الخدمات الإلكترونية لخدمات أبشر من خلال الرابط:

https://www.absher.sa/portal/landing.html

كما يمكن الاطلاع على الخدمات الإلكترونية لخدمات ناجز عبر النفاذ الوطني الموحد من خلال الرابط:

النفاذ الوطني الموحد(iam.gov.sa)

٦٦ في إشارة إلى بعض الشروط الخاصة الأخرى لقبول بعض الدعاوى راجع سحر عبد الستار إمام يوسف: ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١١، ص٢٩١.

وقد جرى العمل القضائي في مصر على الاعتداد بالقضاء الضمني بقبول الدعوى؛ وترتيب آثاره، فقضت محكمة النقض المصري بأن قضاء الحكم في موضوع الدعوى يتضمن قضاءً ضمنياً بتوافر الصفة للخصوم في الدعوى[٦٧].

وكذلك قضت بثبوت الصفة في الطعن استنادًا على القضاء الضمني، إذ قررت أنه وإذا كان المقرر في الطعن بالنقض عدم جواز اختصام من لم يكن خصماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، إلا أن القضاء الضمني من محكمة الاستئناف بعدم قبول طلب التعويض عن الأرض المستولى عليها قبل هيئة الإصلاح الزراعي لرفعها على غير ذي صفة أثره ثبوت الصفة لها في الطعن بالنقض[٦٨].

وفي القضاء السعودي وإن لم يتضمن إشارة صريحة للقضاء الضمني في مسألة قبول الدعوى إلا أنه يبدو جليًا من تطبيقاته في خصوص قبول الدعوى، وان اختلفت استعمالاته الاصطلاحية عما هو مستقر في النظم الإجرائية المقارنة ومنها النظام الإجرائي المصري، وذلك بحكم البيئة الخاصة بالقضاء السعودي وتأثرها الشديد بالفقه الإسلامي واصطلاحاته، فهو يستعمل أحيانًا للتعبير عن قبول الدعوى اصطلاح "سماع الدعوى"، واصطلاح "نظر الدعوى"؛ وتبعًا لذلك يعبر عن عدم القبول باصطلاح "صرف النظر"، واصطلاح "عدم سماع الدعوى"، واصطلاح "رد الدعوى لعدم توجيهها" أي لرفعها على غير ذي صفة، وإن كان الاصطلاح الأكثر ذيوعًا في تطبيقات القضاء السعودي منذ العام ١٤٣٥هـ هو "قبول الدعوى" و"عدم قبول الدعوى"[٦٩].

---

٦٧ حكمها في الطعن ٢٠٠٧٧، س٨٤ق، جلسة ٢٠٢١/٢/١٧م.

٦٨ الطعن رقم ٨٧٤٥، س٩٠ق، جلسة ٢٠٢١/٢/٢١م.

وفي تأصيل فكرة اختصام الغير راجع أحمد عوض عبد المجيد هندي: سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٧م، ص٢٧.

٦٩ راجع في تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي السعودي ما تضمنته مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، المجلد الثامن والعشرون، تصنيف الصفة في الدعوى، بدءًا من ص٢٧٠.

الغصن الثاني: القضاء الضمني في إجراءات نظر الدعوى

أولاً: القضاء الضمني في الدفوع الإجرائية

استقر قضاء محكمة النقض على أن إدارة المحكمة لإجراءات القضية على خلاف مقتضى الدفع ينطوي على قضاء ضمني برفضه، فالمضي قدمًا في نظر الإجراءات قضاء ضمني برفض كل دفع يرمي إلى وقف أو تعطيل أو إلغاء الإجراءات، كالدفع ببطلانها، والدفع بعدم الاختصاص.

ولذا وضعت قاعدة عامة في هذا الخصوص فقضت بأن: "المقرر بقضاء هذه المحكمة أنه إذا قُدم دفاع أمام محكمة الموضوع فلم تتعرض له صراحة في حكمها، ولكن كان يستفاد من بيانات هذا الحكم أن المحكمة قضت ضمناً برفضه فليس ذلك مما يعاب على الحكم"[٧٠].

كما أكدت أنه من: "المقرر –في قضاء محكمة النقض– أن إقامة الحكم على اعتبارات تبرره يعتبر رداً ضمنياً على ما أثير من دفاع"[٧١]، وأن: "محكمة الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في كافة مناحي دفاعهم والرد عليها استقلالاً"، وأن: "استخلاصها للحقيقة التي أوردت دليلها فيه الرد الضمني المسقط لما عداها"[٧٢].

وفي القضاء السعودي يمكن رصد موقف مشابه في تطبيقات محكمة الاستئناف التي لا تعتد بما يثيره الخصوم من دفوع لم ترد عليها محكمة الدرجة الأولى متى تأسس حكمها على ما يكفي لحمله وتبريره، ولم يوجد ما يقدح فيه من مآخذ شرعية أو نظامية، خاصة وأن الأصل في الحكم القضائي الصحة والسلامة من المآخذ[٧٣].

ثانيًا: القاعدة العامة في القضاء الضمني بصحة الإجراء

قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم في الموضوع يعد قضاءً ضمنيًا بصحة إجراءات الخصومة القضائية الصادر فيها الحكم[٧٤].

---

٧٠ حكمها في الطعن رقم ٣٥٢، س٧٣ق، بجلسة ٢٠٠٥/٤/١٤، والطعن رقم ١٥، س٢ق، جلسة ١٩٣٢/٦/٢م.

٧١ حكمها في الطعن رقم ٥٨٠٨، س٨٩ق، جلسة ٢٠٢٠/٢/٢٢.

٧٢ حكمها في الطعن رقم ٦٤٢٢، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٨/٥/١٠.

٧٣ راجع في تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي السعودي ما تضمنته مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، المجلد الخامس، بدءًا من ص٣٠٩.

الفرع الثاني: القرار القضائي الضمني في الدعوى

لما كانت الدعوى –بوصفها أداء قانوني أمام القضاء– تعبر عن الشق الموضوعي في القضية، وكانت حجية الأمر المقضي ترتبط بالقضاء الموضوعي وتدور معه وجودًا وعدمًا، إذ لا قضاء موضوعي بلا حجية ولا حجية بلا قضاء موضوعي[٧٥]؛ فإن تناول القرار القضائي الضمني في الدعوى يستلزم تناول القضاء الضمني في الطلبات، ثم القضاء الضمني بالحجية، وهو ما نتناوله على النحو التالي:

الغصن الأول: القضاء الضمني في الطلبات

الطلب القضائي بمعناه الفني الدقيق هو وسيلة إجرائية هجومية تمكن المدعي من التعبير عن رغبته في الحصول على حماية قضائية محددة لحق أو مركز قانوني معين، وبمطالعة الواقع العملي يتبين لنا أن الطلبات المتعلقة بالدعوى منها ما هو موضوعي بحت بالمعنى الفني المذكور، ومنها ما قد ينصب على عمل إجرائي معين لدعم الطلب الموضوعي، كطلب إجراء من إجراءات الإثبات، وكطلب إدخال خصم أو ضامن[٧٦]، وهو ما لا يمكن وصفه بالطلب وفق معناه الفني الدقيق، كما لا يصح وصفه بالدفع، ذلك أن الدفع بمعناه الفني الدقيق ما هو إلا وسيلة إجرائية يرد من خلالها المدعى عليه على القضية، إما في أساسها "حق الدعوى"، أو في شقها الموضوعي "الدعوى أو الطلب القضائي"، أو في شقها الإجرائي "إجراءات الخصومة القضائية"، فما يوجه منها إلى حق الدعوى تمسكًا بنفيه فيسمى دفعًا بعدم القبول، وما يوجه منها إلى الحق أو المركز محل الدعوى تمسكًا بعدم وجوده أو بعدم استمراره أو منازعة في مقداره فيسمى دفعًا موضوعيًا، أما ما يوجه منها إلى إجراءات الخصومة القضائية تمسكًا ببطلانها أو بتعيبها أو بعدم مراعاة مقتضاها فيسمى بالدفع الإجرائي.

ونرى تسمية ما ينصب من الطلبات على أعمال إجرائية دعمًا للطلب الموضوعي بالطلب الإجرائي.

---

٧٤ حكمها في الطعن رقم ١٢٠، س٨١ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٤.

٧٥ أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية، ص٨٦.

٧٦ أحمد عوض عبدالمجيد هندي: سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص١٠٢.

علمًا أن الطلبات الإجرائية بهذا المفهوم تعبر عن سلطات إجرائية مقررة للخصم تساعده وتمكنه من الحصول على الحماية القضائية المتوخاة للحق الموضوعي أو المركز القانوني محل الدعوى[٧٧].

وعلى ذلك نتناول القضاء الضمني في الطلبات بنوعيها الطلبات الموضوعية البحتة والطلبات الإجرائية على نحو ما بينا، وذلك على النحو التالي:

أولاً: القضاء الضمني في الطلبات الموضوعية

ينطوي الحكم القضائي في العديد من تطبيقاته على أكثر من قضاء، بعضها يكون ضمنيًا إما بتلبية الطلب أو برفضه؛ ولذا يتعين النظر إلى أسباب الحكم ومنطوقه لبحث ما إذا كانت المحكمة قد قضت صراحة أو ضمناً برفض الطلب أو إجابته، فإن لم تكن فصلت فيه صراحة أو ضمنًا فقد أغفلت الفصل في الطلب، مما يتم مواجهته بتقديم طلب بالفصل فيما أغفلته من طلبات، أما إن تبين أنها فصلت في الطلب صراحة أو ضمنًا فإن وسيلة التظلم من ذلك تكون بالطعن في الحكم إن كان قابلاً له.

وعلى ذلك فقد يكون القضاء الضمني في الطلب القضائي بإجابته أو رفضه وذلك على النحو التالي:

١- القضاء الضمني بإجابة الطلب الموضوعي

تعددت تطبيقات القضاء الضمني بإجابة الطلب الموضوعي في القضاء المصري، ومن قبيل ذلك قضاء محكمة النقض بأنه: "إذ كان الثابت أن محكمة النقض قد استبعدت –في حكمها السابق– قيام الشركة بين الطرفين وقررت أن ما تم بينهما لم يجاوز مرحلة المفاوضات، وأن مسئولية المدعى عليه لا تقوم في هذه الحالة على الخطأ العقدي وإنما في الخطأ التقصيري طبقاً للمادة ١٦٣ من القانون المدني، وانتهت إلى تقدير التعويض المستحق للطالب على هذا الأساس الذي رأته، فإنها بذلك تكون قد فصلت في طلب التعويض موضوع الدعوى الذي يعتبر طلباً واحداً وإن تعددت عناصره؛ مما يمتنع معه على المحكمة إعادة النظر فيه"[٧٨].

٢- القضاء الضمني برفض الطلب الموضوعي

---

٧٧ في تأكيد هذا المعنى راجع أحمد هندي: سلطة الخصوم، ص٢٦.

٧٨ حكمها في الطعن رقم ٥١٤، س٣٧ق، جلسة ١٩٧٣/٢/١٠م.

أكدت محكمة النقض بأن ما تضمنه الحكم من عبارة "ورفض ما عدا ذلك من الطلبات"، يقطع بالرفض الضمني لكل طلب تقدم به المدعي بخلاف ما قضت له به، ثم أعملت محكمة النقض ذلك بما قررته من ثبوت القضاء الضمني برفض طلب الفوائد استنادًا على أن: "المحكمة بعد أن قضت للخصم بالمبلغ الذي قدرته له رفضت القضاء له بالفوائد بقولها "ورفض ما عدا ذلك من الطلبات"[٧٩].

٣- القضاء الضمني في طلب التدخل الهجومي

طلب التدخل "أو التداخل في النظام السعودي" هو تعبير شخص من غير الأطراف في خصومة قائمة عن رغبته في الاشتراك في هذه الخصومة، إما للتمسك بحق ذاتي له في مواجهة طرفي الخصومة وهو ما يسمى بالتدخل الهجومي أو الاختصامي، أو للوقوف بجانب أحد الخصوم وتدعيم موقفه في مواجهة الخَصم الآخر، وهو ما يسمى بالتدخل الانضمامي أو الدفاعي[٨٠].

وبالنظر إلى تقسيم الطلبات إلى موضوعية وإجرائية وتطبيق فلسفته ومنطقه على طلبات التدخل نخلص بحكم المنطق إلى أن طلب التدخل الهجومي "الاختصامي" هو محض طلب موضوعي بالمعنى الفني الدقيق، بيد أن التدخل

---

٧٩ حكمها في الطعن رقم ٢١٨، س٢٢ق، جلسة ١٩٥٥/٦/١٦م.

٨٠ قضت محكمة النقض بأن: "اقتصار المتدخل على إبداء دفاعًا يؤيد به طلب المدعي دون أن يبدي طلبًا يتمسك فيه بالحكم لنفسه بحق ذاتي يدعيه في مواجهة طرفي الخصومة فإن تدخله على هذا النحو أيًا كانت مصلحته فيه لا يعد تدخلاً هجوميًا بل يعد تدخلاً انضماميًا يجوز طلبه ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف". (حكمها في الطعن رقم ٢٢٦، س٣٠ق، جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠، وحكمها في الطعن رقم ١١٨٢، س٥٥ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٢٩).

وفي الفقه الإجرائي في القانون المصري راجع عيد محمد عبد الله القصاص: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص٣٢٠، أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية،٢٠٠٠م، ص٣٢٩، نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩م، ص٢٩٧، أحمد خليل: قانون المرافعات المدنية والتجارية، الخصومة والحكم فيها، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦م، ص٢٩٧.

وفي الفقه الإجرائي في النظام السعودي راجع عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، الرياض، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ص٢٨٣، عبد الله بن محمد بن سعد بن آل خنين: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، ج١، دار التدمرية بالرياض، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ص٢٩٤، علي رمضان علي بركات: الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد، مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص٣٠٢.

الانضمامي ولأنه لا يتضمن طلب حماية قضائية جديدة أو مستقلة فإنه يدخل ضمن الطلبات الإجرائية وفق التقسيم المذكور؛ ولذا نتناول القضاء الضمني في طلب التدخل الهجومي ضمن القضاء الضمني في الطلبات الموضوعية، على أن نتناول القضاء الضمني في طلب التدخل الانضمامي فيما بعد ضمن تناولنا للقضاء الضمني في الطلبات الإجرائية[٨١].

هذا: وقد أكدت محكمة النقض بأن الفصل في طلب التدخل الهجومي بالقبول أو الرفض كما يكون صريحاً يكون ضمنيًا، وأنه لا يمكن القول بأن محكمة أول درجة أغفلت الفصل في طلب التدخل الهجومي في الدعوى، ذلك أن مناط الأخذ بطلب الإغفال أن تكون المحكمة قد أغفلت عن سهو أو غلط الفصل في طلب موضوعي إغفالاً كلياً يجعل الطلب باقياً معلقاً أمامها لم يقض فيه قضاءً ضمنياً[٨٢].

٤- مفترض القضاء الضمني في الموضوع

القضاء الضمني لا يُفْتَرض، ولكن لابد أن يقوم عليه من الدلائل والشواهد ما يقطع بوجوده بصورة حتمية لا ريب فيها ولا شك، فالحكم بالتطليق قاطع الدلالة على القضاء الضمني بثبوت علاقة الزوجية إذ لا طلاق إلا عن زواج، والحكم بنفقة الصغير يتضمن قطعًا قضاءً ضمنيًا بثبوت نسبه، إذ لا نفقة لصغير إلا بعد تأكد ثبوت نسبه من المحكوم بإلزامه بالنفقة كأب، وهكذا فإن التسليم بالقضاء الضمني لا يبيح التوسع فيه بافتراض قضاء المحكمة فيما لا يتوافر فيه ما ذكر من حتمية القضاء في مسألة محددة بعينها.

وهو ما أكدته محكمة النقض في الكثير من أحكامها، إذ ألغت العديد من الأحكام لافتراضها وجود قضاء ضمني رغم عدم توافر مفترضه ومقتضاه، ومن قبيل ذلك ما قضت به من أنه: "إذ كان الثابت من مدونات الحكم الصادر في الاستئناف رقم ... أنه قضى برفض دعوى المطعون ضدهن إلزام الهيئة بتحرير عقد إيجار لهن امتدادًا لعقد الإيجار تأسيسًا على أن النزاع خاضع لأحكام القانون المدني وليس لأحكام قوانين الإيجار الاستثنائية، وأن عقد الاتفاق المؤرخ ... هو الواجب التطبيق بين طرفي النزاع بما تضمنه من عدم التزام الهيئة بشرط المساحة والأجرة السابقة، فطعنت عليه المطعون ضدهن بالنقض رقم ... وقضي بعدم قبوله، وإذ خالف الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي هذا النظر وقضى بأحقية المطعون ضدهن في الانتفاع بمحل النزاع المؤجر مستخلصًا خطأً أن الحكم السابق قضى

---

٨١ أحمد هندي: سلطة الخصوم، ص٩٣.

٨٢ حكمها في الطعن رقم ٨٣٣٩، س٨٩ق، بجلسة ٢٠٢٠/٢/٤.

ضمنيًا بالامتداد القانوني للعقد، وهو ما لم تفصل فيه المحكمة بالفعل على نحو ما سلف، فإنه يكون قد خالف حجية الأمر المقضي في المسألة الأساسية التي فصل فيها وخالف الثابت بالأوراق"[٨٣].

كما قضت بأنه: "من المقرر –في قضاء محكمة النقض– أن القضاء النهائي لا يحوز قوة الأمر المقضي إلا فيما يكون قد فصل فيه بين ذات الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية سواء في المنطوق أو في الأسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها، وما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي"[٨٤].

ثانيًا: القضاء الضمني في الطلبات الإجرائية

إذا كان المعني الفني الدقيق للطلب القضائي ينصرف إلى طلب الحماية القضائية لحق أو مركز قانوني، بيد أن الخصم قد يلتمس من المحكمة اتخاذ إجراء ما لتقوية موضوع طلبه القضائي، وهو ما اصطلح على تسميته طلب رغم انصرافه لمسألة إجرائية وعدم تضمنه طلب حماية قضائية لحق موضوعي أو مركز قانوني، ومن أمثلة ذلك طلب استجواب الخصم، وطلب إدخال ضامن، وطلب إعادة فتح باب المرافعة، وطلب سماع شاهد، وطلب إجراء معاينة.... إلخ، وهو ما يمكن تسميته بالطلبات الإجرائية[٨٥].

وقد جرى العمل القضائي على تمييز هذه الفئة من الطلبات عن الطلبات الموضوعية بالمعنى الفني الدقيق، والدفوع[٨٦].

وقد استقر قضاء النقض على أن الفصل في هذه الطائفة من الطلبات –إيجابًا أو سلبًا– قد يكون صريحًا وقد يكون ضمنيًا، مع ترتيب ذات الأثر القانوني في الحالتين.

---

٨٣ حكمها في الطعن رقم ١٣٤٢، س٧٩ق، جلسة ٢٠٢١/٢/٢٠م

٨٤ حكمها في الطعن رقم ٢٤٩٧، س٧٢ق، جلسة ٢٠١٥/٤/٨م.

٨٥ في بيان طلب الخصم من المحكمة الإثبات بالشهادة وأحكامه وفق قواعد المرافعات راجع عبد الحكيم عكاشة: إجراءات الإثبات بالشهادة، ص٥٦.

٨٦ في تأكيدها لهذا المعنى فإنها تتحدث في قضائها عن "وسائل الدفاع المتعددة التي يلجأ إليها المدعى تأييداً لطلبه، كطلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات" حكمها في الطعن رقم ١٩٢٤، س٥٢ق، جلسة ١٩٩١/٥/٢٨، بما مؤداه أن الطلبات الإجرائية وسط بين الطلبات والدفوع بالمعنى الفني الدقيق لكل منهما، فلا هي بالطلب لعدم تضمنها تمسكًا بحماية قانونية لحق أو مركز قانوني، وليست هي بدفع لعدم تضمنها اعتراضًا موجه لأي من الحق الموضوعي "الدفع الموضوعي"، أو الحق في الدعوى "الدفع بعدم القبول"، أو إجراءات نظر الدعوى "الدفوع الإجرائية".

ومن قبيل ذلك القضاء الضمني في طلب التدخل الانضمامي، حيث أكدت محكمة النقض بأن تراخي المتدخل انضماميًا في سداد الرسوم القضائية أو تقديم مذكرة بدفاعه لا يعد تخليًا منه عن طلب التدخل، وأن القضاء ضمنًا بقبول التدخل الانضمامي للطاعنة التي رفضت دعواها أثره اعتبار المتدخل محكومًا عليه؛ بما يثبت له الصفة في الطعن[٨٧].

ومن قبيل ذلك أيضًا ما قررته من أن المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب استجواب الخصم إذا كانت لا تجد حاجة إليه لتوافر العناصر الكافية في الدعوى لتكوين رأيها، وإذن فمتى كانت المحكمة أقامت قضاءها على الأسباب السائغة التي أوردتها فإنها تكون قد قضت ضمنًا برفض طلب الطاعن استجواب المطعون عليه لتوافر العناصر الكافية لتكوين رأيها ولا مخالفة في هذا للقانون[٨٨].

كما قضت في ذات السياق بأنه لما كان تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة شرط أساسي لقبول دعوى الإخلاء لعدم سداد الأجرة، فإن مسألة التكليف بالوفاء تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائماً على محكمة الموضوع، وعليها أن تقضي من تلقاء نفسها في صحة أو بطلان هذا التكليف، ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملاً على قضاء ضمني في هذه المسألة؛ ومن ثم فإن الطعن بالنقض على الحكم بالإخلاء للتأخر في سداد الأجرة يعتبر وارداً على القضاء الضمني في مسألة التكليف بالوفاء سواء أثارها الخصوم أم لم يثيروها، ثم خلصت محكمة النقض إلى إبطال الحكم لقضائه على خلاف ذلك[٨٩].

ومن تطبيقات ذلك أيضًا ما انتهت محكمة النقض إليه من صحة القضاء الضمني برفض طلب إعادة فتح باب المرافعة، حيث أكدت بأنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي لم تجب طلب فتح باب المرافعة والتصريح بتقديم مستندات كون ذلك من إطلاقات سلطتها التقديرية، وأن إغفال الحكم الإشارة إلى الطلب يعتبر بمثابة رفض ضمني له، وانتهت إلى عدم قبول الطعن على الحكم الذي رفض ضمنيًا طلب إعادة الدعوى للمرافعة خلال فترة حجز الاستئناف للحكم لوجود مستندات تثبت التصالح والسداد من البنك المطعون ضده[٩٠].

---

٨٧ حكمها في الطعن رقم ١٠٣٠، س٥٢ق، جلسة ١٩٨٩/١٢/٦.

٨٨ حكمها في الطعن رقم ٢٥٦، س٢٠ق، جلسة ١٩٥٢/١٢/١١.

٨٩ أحكامها في الطعون أرقام ١٧٣٩، س٧٠ق، جلسة ٢٠٠١/٥/١٠، ٩٤٠، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠٠/٥/٨، ٩٢٨، س٦٩ق، جلسة ٢٠٠٠/٤/٥، ٩٢٨، س٦٩ق، جلسة ٢٠٠٠/٤/٥.

٩٠ حكمها في الطعن رقم ١٠٣٤٦، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٦/١٠/٢٧م.

وفي تكييفها لما يتمسك به الخصم والتمييز بين ما يعد منها دفعًا أو طلبًا بالمعنى الدقيق وما يعد من قبيل الطلبات الإجرائية على النحو المبين في الفقرات السابقة، وترتيبها الأثر القانوني على ذلك قضت محكمة النقض بأن: "مناط الإغفال وفق نص المادة ١٩٣ من قانون المرافعات أن تكون المحكمة قد أغفلت سهواً أو خطأ الفصل في طلب موضوعي إغفالاً كلياً يجعل الطلب باقياً معلقاً أمامها لم يقض فيه قضاء ضمنياً ومن ثم فلا محل لتطبيق هذه المادة إذا أنصب الإغفال على وسائل الدفاع المتعددة التي يلجأ إليها المدعى تأييداً لطلبه، كطلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو على دفع شكلي أو موضوعي أو دفع بعدم القبول، إذ يعتبر رفضاً له، وتكون وسيلة التظلم من ذلك بالطعن في الحكم إن كان قابلاً له"، ثم أكدت تبعًا لذلك بأن: "التمسك بعدم الدستورية لا يعتبر طلباً موضوعياً مستقلاً وإنما وسيلة دفاع قضت المحكمة ضمنًا برفضها بموجب الحكم الصادر برفض الدعوى برمتها، وتكون وسيلة التظلم من ذلك الطعن في الحكم إن كان قابلاً له لا التقدم للمحكمة التي أصدرته بطلب جديد بدعوى أنها أغفلت الفصل فيه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بوقف الدعوى حتى يفصل في الدفع بعدم الدستورية فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[٩١].

ثم إنها وضعت قاعدة عامة وشاملة في هذا الخصوص إذ قضت بأنه: "من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن محكمة الموضوع لها السلطة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي تقديرها ما يقدم لها من أدلة وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله، وهي غير ملزمة بأن تتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وترد استقلالاً على كل حجة أو قول أثاروه مادام قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج"، ثم إنها أكدت على أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة أي طلب إجرائي "متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها"، وأن "قضاؤها دون إشارة إليه يعتبر قضاءً ضمنياً برفضه"[٩٢].

---

٩١ حكمها في الطعن رقم ١٩٢٤، س٥٢ق، جلسة ١٩٩١/٥/٢٨م.

٩٢ حكمها في الطعن رقم ٦١٣، س٥٣ق، جلسة ١٩٨٧/٥/٦، ٧٩٩، س٤٦ق، جلسة ١٩٨٠/١١/١٢.

وفي تطبيقات القضاء السعودي ذات الصلة راجع حكم المحكمة العامة بمكة المكرمة الصادر بالصك رقم ٣٤٢٢٠٥٧٣ وتاريخ ١٤٣٤/٥/٢٢هـ، المصدق والمنشور بمجموعة الأحكام القضائية، المجلد الثامن، تصنيف مطالبة بقيمة أتعاب، ص١١٠.

الغصن الثاني: الحجية الضمنية

من المقرر أن حجية الأمر المقضي قوة إجرائية تلحق بالقرار القضائي الموضوعي أي الصادر في موضوع القضية "أي في الدعوى"، فتضفي عليه حصانة تجعله غير ممكن التراجع عنه في الإجراءات التي صدر فيها، وغير قابل للمنازعة في مضمونه خارج هذه الإجراءات؛ بما يحقق للقرار القضائي فاعليته في إزالة عوارض النظام القانوني[٩٣].

وهو ما يعني أن حجية الأمر المقضي ذو أثران، أحدهما إيجابي يتمثل في التزام المحكمة التي أصدرت القرار القضائي الموضوعي بمضمونه، وتقيد الخصوم الصادر بشأنهم هذا القرار بمضمونه، كما أنه إذا أثير موضوعه في دعوى أخرى كمسألة أولية وجب التسليم به والحكم وفقًا له، والآخر سلبي يكمن في أنه إذا رفعت ذات الدعوى الصادر فيها هذا القرار تعين الامتناع عن نظرها لسبق الفصل فيها[٩٤].

وقد تقررت الحجية بنصوص قانونية، فضلاً عن أنها من مبادئ التقاضي التي لا تحتاج إلى نص[٩٥].

ومن الأهمية بمكان الوقوف على التطبيق العملي لحجية الأمر المقضي في القضاء الضمني في الطلبات، وذلك بالتأكيد على تمتع القضاء الموضوعي الضمني بذات الحجية المقررة في خصوص القضاء الموضوعي الصريح، ويرتب ذات الآثار المقررة لهذه الحجية، كما يتقيد بقيودها[٩٦].

---

٩٣ راجع في تفصيلات ذلك وجدي راغب فهمي: مبادئ، ص٥٢، ولسيادته كذلك النظرية العامة، ص٢٣٩، سيد أحمد محمود: أصول، ص٧٣٦.

٩٤ أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية، ص١٥٢، أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ١٩٩٠، دار النهضة العربية، ص١٤٣، هامش رقم١٥٦.

٩٥ ينص قانون الإثبات المصري في المادة ١٠١ منه على أن: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

وينص نظام الإثبات السعودي في المادة السادسة والثمانون منه على أن: "الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي حجةٌ فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية. ولا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بالحق ذاته محلاً وسبباً. وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

ولا شك أن المطلع على العمل القضائي يلمس تأكيده ثبوت حجية الأمر المقضي لكل قضاء ضمني وترتيب آثارها الإجرائية عليه[٩٧].

ففي النظام القضائي المصري قضت محكمة النقض بأن حجية الحكم النهائي تنصرف لما فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية، سواء في المنطوق، أو الأسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها[٩٨].

وتأكيدًا لذلك قضت بأنه: "وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة متى قضت المحكمة الاستئنافية بقبول الاستئناف شكلاً كان قضاؤها هذا قضاء ضمنياً بجواز الاستئناف يحوز قوة الأمر المقضي، ويحول دون العودة إلى إثارة النزاع أمامها في شأن جواز الاستئناف أو عدمه"[٩٩].

كما قررت أنه لما كان طلب الحكم ببطلان الرهن مقصوده القضاء ضمناً ببطلان القرض، فإذا ما قضي برفض طلب بطلان الرهن كان هذا قضاءً ضمنياً بصحة القرض المضمون بالرهن، فإذا عاد المدعى إلى طلب الحكم ببطلان

---

٩٦ راجع في تأكيد هذا المعنى أحمد عوض عبدالمجيد هندي: أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٩، ص٣١.

٩٧ ويتفق الفقه الإجرائي على ثبوت الحجية لكل ما فصل فيه الحكم القضائي سواء في منطوقه أو حيثياته، بصورة صريحة أو ضمنية، أحمد هندي: أسباب الحكم، ص٣١.

٩٨ أحكامها في الطعون أرقام ٤٨٣٨، س٧٢ق، جلسة ٢٠٢٠/١٢/٢٠، ٨١٥٠، س٨٥ق، جلسة ٢٠٢٠/٢/١٦، ٩٢٧٧، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٩/٣/٢٥، ٨٥٢٠، س٨٧ق، جلسة ٢٠١٩/١/١٧، ٨٨٥٩، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٩/١/١٣، ١٣٢٦٣، س٨١ق، جلسة ٢٠١٨/١٢/١، ١٢٦٧١، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٨/١١/١٧، ٦٤٢٢، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٨/٥/١٠، ١٦٧٧٩، س٨٠ق، جلسة ٢٠١٨/٥/٧، ٢٩٤٤، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٧/٤/١٠، ١٠٢٤، س٨٤ق، جلسة ٢٠١٦/٢/٢٢، ٢٢٦٥، س٦٤ق، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٨، ١٩٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٢/٢/١٣، ٣٤، س٧١ق، جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧، ١٧٣٩، س٧٠ق، جلسة ٢٠٠١/٥/١٠، ٩٤٠، س٦٧ق، جلسة ٢٠٠٠/٥/٨، ٩٢٨، س٦٩ق، جلسة ٢٠٠٠/٤/٥، ١٩٢٤، س٥٢ق، جلسة ١٩٩١/٥/٢٨، ٦١٣، س٥٣ق، جلسة ١٩٨٧/٥/٦، ٥٢٠، س٥٣ق، جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٤، ٧٩٩، س٤٦ق، جلسة ١٩٨٠/١١/١٢، ٢٧، س٣٨ق، جلسة ١٩٧٣/٢/٢٠، ٥١٤، س٣٧ق، جلسة ١٩٧٣/٢/١٠، ٢٩١، س٣٦ق، جلسة ١٩٧١/٤/٢٧، ٥٧٧، س٣٤ق، جلسة ١٩٦٩/١/٣٠، ٢٣٢، س٣٣ق، جلسة ١٩٦٧/٣/١٦، ٤٧٨، س٢٥ق، جلسة ١٩٦١/١/٥، ٥٥، س٢٥ق، جلسة ١٩٥٩/٣/١٩، ٢١٨، س٢٢ق، جلسة ١٩٥٥/٦/١٦، ٤٤، س١٢ق، جلسة ١٩٤٣/٢/١٨.

٩٩ حكمها في الطعن رقم ٢٧، س٣٨ق، جلسة ١٩٧٣/٢/٢، والطعن رقم ٥٥، س٢٥ق، جلسة ١٩٥٩/٣/١٩.

عقد القرض نفسه وجب الحكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها بالقضاء الضمني بين الخصوم أنفسهم[١٠٠].

المطلب الثاني: الإجراء الضمني من الخصوم

تتعدد الإجراءات الضمنية من الخصوم وتتشعب، ونستطيع –على تعددها وتشعبها– تصنيفها ضمن تصنيفين أساسيين يتمثلان في القبول الضمني للإجراء والتنازل الضمني عن الحق الإجرائي، وهو ما نتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: القبول الضمني للإجراء

استقر العمل القضائي على ما يمكن تسميته بالقبول الإجرائي الضمني، وبما يترتب عليه كافة آثار القبول الإجرائي الصريح، سواء فيما يتعلق بالآثار الإجرائية المباشرة للقبول، وكذلك الآثار الموضوعية المتولدة عن القبول الإجرائي بصورة تبعية؛ بحيث يمكن القول برسوخ قاعدة عامة في القبول الضمني للإجراء، حيث جرى العمل القضائي على أن كل سكوت للخصم عن الاعتراض على الإجراء مع قدرته على إبدائه يعد قبولاً ضمنياً بصحة الإجراء وموافقة عليه.

ففي القضاء المصري قضت محكمة النقض بأن سكوت الخصم عن الاعتراض على الإجراء مع قدرته على إبدائه يعد قبولاً ضمنياً بصحة الإجراء[١٠١].

بيد أن من أهم تطبيقات هذا القبول الضمني للإجراءات القضائية ما يتعلق بإجراءات الإثبات وقبول الأحكام القضائية المانع من الاعتراض عليها، وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول: القبول الضمني لإجراءات الإثبات

في خصوص القضاء المصري استقر قضاء النقض على أن إحالة محكمة أول درجة الدعوى للتحقيق لإثبات أو نفي صورية عقد البيع سند الدعوى وعدم اعتراض المطعون ضدها على ذلك يعتبر قبولاً ضمنياً منها لمبدأ الثبوت

---

١٠٠ حكمها في الطعن رقم ٤٤، س١٢ق، جلسة ١٩٤٣/٢/١٨.

١٠١ حكمها في الطعن رقم ١١٧١٣، س٨٩ق، بجلسة ٢٠٢٠/٢/٢٧، ٦٨٨٧، س٧٢ق، جلسة ٢٠٢١/١/٢٣م.

بالبينة؛ بما يترتب عليه أن القضاء بعد ذلك برفض الدعوى لعدم وجود ورقة ضد تطبيقاً لمبدأ الثبوت بالكتابة يعد مخالف للقانون لتغاضيه عن القبول الضمني المشار إليه[١٠٢].

كما اعتبرت أن تقديم الخصم صورة ضوئية لمستند ما أمام محكمة أول درجة وقبول الخصم الآخر له ضمنيًا بعدم المنازعة في مطابقته للأصل يستتبع وجوب الاعتداد بهذه الصورة واعتبارها حجة عليه في الإثبات؛ وعليه انتهت إلى بطلان حكم الاستئناف الذي استند على جحد الخصم للصورة الضوئية أمامها[١٠٣].

وقد تضمن نظام الإثبات السعودي ذات الحكم فيما تضمنه نص المادة ٣/٢٧ من أن: "تعد الصورة الرسمية مطابقة للأصل؛ ما لم ينازع في ذلك أي من ذوي الشأن، فيجب مطابقتها للأصل"؛ بما يستفاد منه أن عدم المنازعة يفيد ضمنيًا بتسليم المحتج عليه بالصورة بصحتها.

الغصن الثاني: القبول الضمني للحكم القضائي

قررت نصوص قانون المرافعات في المادة ٢١١ عدم جواز الطعن في الحكم من المحكوم عليه الذي رضي بالحكم وقبله صراحة أوضمنًا؛ وهو ما يعني أن القانون ذاته اعتد بالقبول الضمني للحكم كمانع من الطعن عليه، وفي تطبيقها لحكم هذا النص أكدت محكمة النقض على أن نص المادة ٢١١ من قانون المرافعات صريح في أنه متى قبل الخصم الحكم الصادر في الدعوى قبولاً صريحاً أو ضمنياً سابقاً على الحكم أو لاحقاً له عد متنازلاً عن حق الطعن؛ بما أثره ألا يقبل منه بعد ذلك، إلا أنها اشترطت في هذا القبول أن يكون قاطع الدلالة على رضاء المحكوم عليه بالحكم وتركه الحق في الطعن[١٠٤].

كما أكدت على أن الشروع في تنفيذ الحكم لا يعد بذاته قبولاً ضمنيًا مانعًا من الطعن عليه، خاصة إذا بدأ بعد تقديم الطعن، فقضت بأنه: "متى وقع التنفيذ الجزئي للحكم في تاريخ تالٍ للطعن بالاستئناف، وجاءت الأوراق خلواً مما يفيد تنازل الطاعن عن طعنه تنازلاً صريحاً؛ فإن تنفيذ الحكم الابتدائي على هذا النحو لا يفيد بطريق اللزوم الحتمي قبول الحكم؛ ولا يحول دون استمرار نظر الاستئناف، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بعدم جواز

---

١٠٢ حكمها في الطعن رقم ٦٤٢٧، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٨/١٢/٢م.

١٠٣ حكمها في الطعن رقم ١٠٩٣١، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٨/١٠/١م.

١٠٤ حكمها في الطعن رقم ٦٣٨٨، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٦/٣/١٦م، ٤٢٤١، س٧٩ق، جلسة ٢٠١٦/١١/٢، ٥٢٥٧، س٨١ق، جلسة ٢٠٢٠/٢/٢٤م، ١٤٧٢٧، س٨٥ق، بجلسة ٢٠١٦/٥/١٨.

استئناف الطاعن بقالة أن تنفيذه للحكم الابتدائي يُعد قبولاً ضمنياً له لا يجيز الاستئناف، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق"[١٠٥].

الفرع الثاني: التنازل الضمني عن الحق الإجرائي

تتعدد في الواقع القضائي تطبيقات التنازل الضمني عن الحق الإجرائي، وبتأمل النظر في هذه لتطبيقات يمكننا استخلاص الأحكام القانونية للتنازل الضمني عن الحق الإجرائي، وهو ما نتناوله تباعًا فيما يلي:

الغصن الأول: تطبيقات التنازل الضمني عن الحق الإجرائي

أولاً: التنازل الضمني عن حق الدعوى

يعد التنازل الضمني عن حق الدعوى أقصى درجات التنازل الضمني عن الحق الإجرائي، لتعلقه بأقوى الحقوق الإجرائية وأعظمها على الإطلاق وهو حق الدعوى، إذ به لا يمكن لصاحب الحق طلب الحماية القضائية له أبدًا، وهو ما يعود على الحق الموضوعي ذاته بحرمان صاحبه منه من الناحية العملية.

القاعدة العامة: تراخي صاحب الحق في المطالبة بحقه يعد تنازلاً ضمنيًا منه عن حقه الإجرائي في طلب الحماية القضائية.

وهذه القاعدة العامة تجد لها العديد من التطبيقات في كل من النظام القضائي المصري والسعودي، وان اختلفت حالات تطبيقها وتباينت بين النظامين القضائيين، وإن تباين مجال انطباقها في كلا النظامين، فيلاحظ اتساع مجال تطبيقها في النظام القضائي المصري كثيرًا عما هو موجود في النظام القضائي السعودي، غير أن الشاهد يبقى قائم وهو تأكد هذه القاعدة وثبوتها في كلا النظامين القضائيين[١٠٦].

---

١٠٥ حكمها في الطعن رقم ٣٩٣٤، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٨/٣/٨م.

١٠٦ راجع في القانون المصري عيد القصاص: الوسيط، ص٢١٥، أحمد السيد صاوي: الوسيط، ص١٩٧، نبيل إسماعيل عمر: الوسيط، ص٢٠٥، أحمد خليل: قانون المرافعات، ص١٩٢، وفي النظام السعودي عبد الله الدرعان: المبسوط، ص٢٠٠، عبد الله آل خنين: الكاشف، ص١٩٢، علي بركات: الوسيط، ص١٩٧.

فمن شواهد اتساع مجال تطبيق القاعدة المذكورة في النظام القضائي المصري عما هو مقرر في النظام القضائي السعودي ما جرى عليه العمل في القضاء المصري من اعتبار تراخي صاحب الحق في المطالبة به نزولاً ضمنيًا عن طلب الحماية القضائية له في كثير من الفروض التي لا نجد لها تطبيقًا مماثلاً في القضاء السعودي، حيث أيدت محكمة النقض حكم الاستئناف المؤيد للحكم الابتدائي بإقرار التنازل الضمني عن حق الدعوى ترتيبًا على تأخر ممارسة هذا الحق، حيث قضت بأنه: "إذ كان البين من الأوراق ومن تقرير الخبير المودعة صورته من الطاعنة أن محكمة الأحوال الشخصية ونيابة الأحوال الشخصية قد وجهتا خطابين إلى شئون العاملين بالشركة الطاعنة وذلك بطلب التحري عن دخل المطعون ضده في الدعوى المقامة من زوجته ثابت بهما أن المطعون ضده يعمل لدى اتحاد الإذاعة والتليفزيون القنوات المتخصصة مما تستخلص منه المحكمة علم الطاعنة بعمله لدى جهة أخرى وتنازلها ضمنياً عن حقها في رفع دعوى الفصل لا سيما وأنها لم ترفعها إلا بعد مرور أكثر من أربع سنوات على علمها بعمل المطعون ضده لدى اتحاد الإذاعة والتليفزيون، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد الحكم الابتدائي في قضائه برفض دعوى الطاعنة بطلب فصل المطعون ضده من العمل لديها واستمراره في العمل وصرف مستحقاته، فإنه يكون قد وافق صحيح القانون"[١٠٧].

ومن تطبيقات ذلك أيضًا موقف كلا النظامين من مدى اعتبار تراخي صاحب المركز القانوني في المطالبة بالحماية القانونية المقررة له مدة زمنية معينة بمثابة تنازل ضمني عن حقه في طلب الحماية القضائية لهذا المركز أو ذلك الحق، فتراخي الحائز عن طلب الحماية القضائية لمركز القانوني "كحائز" مدة زمنية معينة بعد حصول الاعتداء على حيازته مع قدرته عليه يكيف في النظام المصري دون النظام السعودي على أنه تنازلاً ضمنيًا منه عن حق الدعوى.

ويأتي هذا الاختلاف في التطبيق القضائي ترتيبًا على وجود بعض الاختلافات في النصوص القانونية المنظمة للحيازة بين النظامين المصري والسعودي، وبخاصة فيما يتعلق بتقييد استعمال الحق في طلب الحماية المستعجلة للحيازة بقيد زمني.

ففي القانون المصري يتأسس التطبيق القضائي للتنازل الضمني عن الحق في طلب الحماية القضائية للحيازة بمرور الزمن على نصوص قانونية وضعت لمراعاة طبيعة الحيازة، وحماية للوضع الظاهر، فتراخي صاحب الحيازة

---

١٠٧ حكمها في الطعن رقم ٥٢٨٦، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٨/٣/٢٢م.

عن طلب حمايتها مدة معينة ينشئ وضعًا مستقرًا جديدًا للمعتدي على الحيازة تجدر حمايته وعدم المساس به وإن بقي إمكان مواجهته بدعوى حق لا بدعوى حيازة[١٠٨].

وانطلاقًا من هذه النصوص القانونية استقر القضاء المصري على أن عدم رفع دعاوى حماية الحيازة خلال المدة المقررة قانونًا من العلم بالاعتداء عليها يستتبع عدم قبول الدعوى، وكيف سقوط الحق في طلب الحماية القضائية في هذا الخصوص على أنه تنازل ضمني عن صاحب الحق في الحماية القضائية للحيازة عن هذه الحق[١٠٩].

ومن الممكن تكييف التمسك بالحق الإجرائي بعد التراخي في المطالبة به من تطبيقات التعسف في استعمال الحق الإجرائي[١١٠].

أما في خصوص النظام السعودي فينبغي التمييز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: في ظل نظام المرافعات الشرعية الملغي ولائحته التنفيذية

حيث كان يقيد طلب الحماية القضائية للحيازة بمدة زمنية محددة يسقط حق طلب الحماية القضائية بانقضائها، حيث كانت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السابق تنص على "ألا تقبل دعوى منع التعرض للحيازة في المنقولات بعد مضي خمسة عشر يومًا من تاريخ علم المدعي بالاعتداء، فإن مضت هذه المدة كان له أن يتقدم بدعوى

---

١٠٨ تنص المادة ٩٥٨ من القانون المدني المصري على أن: "١- لحائز العقار إذا فقد حيازته أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك"، وينص ذات القانون في المادة ٩٦١ منه على أن: "من حاز عقار واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض"، وفي المادة ٩٦٢ منه على أن: "١- من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة وخشى لأسباب معقوله التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له أن يرفع الأمر الى القاضي طالبًا وقف هذه الأعمال بشرط ألا تكون قد تمت وألا ينقضي عام على البدء في العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر".

١٠٩ أحكامها في الطعون أرقام ١٨٤٢، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٣/١/١٦م، ٦٥٨٨، س٦٥ق، جلسة ٢٠١٩/٦/٢، ٧٣١٧، س٦٣ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/١، ١٤٩٥، س٥٩ق، جلسة ٢٠٠١/٦/١٧، ٧٢٣، س٥٩ق، جلسة ١٩٩٣/٥/١٣، ٦٨١، س٥٤ق، جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦.

١١٠ في الوقوف على فكرة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية وتطبيقاتها راجع بصفة عامة أحمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٥م/ ١٤٢٦هـ.

غير مستعجلة في الموضوع"، ووحد النظام السابق في الحكم بين دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة[١١١]، وهذا القيد كان خاصًا بحيازة المنقول دون العقار، فدعاوى منع التعرض المتعلقة بالعقارات لم تكن تتقيد في رفعها بأية مدد زمنية.

وفي خصوص دعوى وقف الأعمال الجديدة فلم يكن النظام يقيد حق طلب الحماية القضائية المستعجلة لها بمدة زمنية معينة وإنما أن يتم طلب وقف الأعمال الجديدة أن تكون هذه الأعمال قد بدأت، ولكنها لم تتم، كما أكدت الفقرة الرابعة من ذات المادة نفس المعنى حين ذكرت أنه "إذا تمت الأعمال الجديدة قبل وقفها وفيها ضرر على المدعي فلا تكون من القضاء المستعجل، بل تكون من باب دعاوى إزالة الضرر وهي غير مستعجلة[١١٢].

المرحلة الثانية: في ظل نظام المرافعات الشرعية الحالي ولائحته التنفيذية

اختلف موقف النظام السعودي حاليًا اختلافًا بسيطًا عما كان عليه الحال في ظل نظام المرافعات الشرعية الملغي، فقد نظم الحماية القضائية للحيازة في نصي المادتين ٢٠٩ و٢١٠ من نظام المرافعات الشرعية الحالي ولائحته التنفيذية، ولم يقيد طلب الحماية القضائية بمدة زمنية معينة، بيد أنه قصر الحماية القضائية للحيازة على العقار دون المنقول[١١٣].

وهو ما يعني إبقائه على نفس منطق الحماية القضائية المستعجلة لحيازة العقارات الذي كان مقررًا في ظل النظام السابق، وما استحدثه فقط إلغاء هذه الحماية في خصوص المنقول، ولكن رغم بساطة هذا التعديل إلا أنه هام في خصوص موضوع هذه الدراسة، لأنه ألغى تطبيق التنازل الضمني عن طلب الحماية القضائية للحيازة كتطبيق كان موجودًا في ظل النظام الملغي ولم يعد له وجود في ظل النظام الحالي.

ولكن هذا لا يعني عدم تبني النظام القضائي السعودي لفكرة التنازل الضمني عن حق الدعوى، فهناك العديد من التطبيقات المشتركة بين كلا النظامين القضائيين –المصري والسعودي– في هذا الخصوص، ومن قبيل ذلك ما استقر عليه العمل القضائي من تنازل الشفيع عن حق المطالبة بالشفعة، ونقصد هنا حق الدعوى وليس الحق الموضوعي ذاته المتمثل في حق الشفعة.

---

١١١ نص المادة ٣/٢٣٤ من اللائحة التنفيذية للنظام الملغي.

١١٢ المادة ٢/٢١٠ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الملغي.

١١٣ تنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية الحالي في المادة ٧/٢٠٩ على أن: "لا تسري أحكام هذه المادة على المنقول".

إذ ينبغي التمييز بين سقوط الحق في الشفعة، وسقوط حق المطالبة بالشفعة، فالحق في الشفعة حق موضوعي، ينطلق من قاعدة موضوعية بحتة تنشئ لكل جار حقًا في تملك العقار المجاور إذا أراد مالكه بيعه، أما حق المطالبة بالشفعة فهو حق إجرائي متمثلاً في حق الدعوى، وله مفترضات إجرائية، وهذه المفترضات تعد بمثابة شرط قبول لدعوى الشفعة، فإن تخلفت قضي بعدم قبول الدعوى لسقوط حق الدعوى، فعدم إيداع الثمن خزينة المحكمة خلال ثلاثين يومًا يستتبع عدم قبول المطالبة بالشفعة، وهو ما كيفته تطبيقات القضاء المصري على أنه نزولاً ضمنيًا عن حق الدعوى[١١٤].

وقد تضمن مشروع نظام المعاملات صراحة النص على سقوط حق الشفيع بتنازله الضمني عن المطالبة بع قضاءً خلال مدة محددة[١١٥].

هذا: ويعد التقادم الإجرائي من أبرز تطبيقات التنازل الضمني عن حق الدعوى، إذ يستلزم القانون في بعض الحالات لمنح الحماية القضائية للحق الموضوعي أن يتم تقديم المطالبة القضائية به خلال مدة زمنية معينة وإلا سقط الحق في طلب الحماية القضائية؛ ومن ثم القضاء بعدم قبول الدعوى.

وهو ما تكيفه محكمة النقض بأنه تنازل ضمني عن حق الدعوى، وتستلزم له وجود دلائل قاطعة عليه، حيث استقر قضاءها بأن التنازل عن حق المطالبة بالشفعة: "يكون ضمنيًا باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على قصد التنازل"؛ ثم رتبت محكمة النقض النتائج على هذا التنازل الضمني بصورة صارمة، مقررة سقوط حق الدعوى وامتناع المطالبة بحق الشفعة بصورة نهائية[١١٦].

---

١١٤ قضت محكمة النقض بأن: "النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة قد يكون صريحاً أو ضمنياً، ومناطه إتيان الشفيع عملاً أو تصرفاً واتخاذه موقفاً يفيد حتماً رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو الكشف بوضوح في دلالته عن هذا النزول، وهو يختلف عن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة"، (أحكامها في الطعون أرقام ١٤٤٥١، س٨١ق، جلسة ٢٠٢٠/١/٢٧، ٧٦٠٥، س٨٨ق، جلسة ٢٠١٩/١/٨، ٣٢٦٩، س٦٢ق، جلسة ٢٠٠١/١/٣م، ٤١٤، س٣٨ق، جلسة ١٩٧٤/٣/١٤).

١١٥ تنص المادة ٦٦٠ من المشروع على أن: "تسقط الشفعة في الحالات الآتية: أ- إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو ضمنًا ولو كان ذلك قبل البيع... ج- إذا لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة خلال (ثلاثين) يومًا من تاريخ الإعلام الذي وجهه إلى البائع والمشتري"، وتنص المادة ٦٦١ من ذات المشروع على أن: "لا تسمع دعوى الشفعة بانقضاء (مائة وثمانين) يومًا من تاريخ تسجيل البيع".

١١٦ أحكامها في الطعون أرقام ١٠٨٧٢، س٧٥ق، جلسة ٢٠١٦/١٢/١٩، ٦٩٥٥، س٧٦ق، جلسة ٢٠١٦/١١/٢١، ١١٧٨٧، س٨٤ق، جلسة ٢٠١٦/٤/٦م.

وقد استقر القضاء السعودي على ذات المبدأ مقررًا أن تراخي المدعي في المطالبة بحقه في الشفعة يسقط حقه في المطالبة بها قضاءً؛ ويسستتبع رد دعواه "أي عدم قبولها"[١١٧]، مؤسسًا ذلك على ما ورد عن رسول الله ﷺ "الشفعة كحل العقال"[١١٨]، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها، وقوله ﷺ: "الشفعة لمن واثبها"[١١٩].

ومن أبرز تطبيقات التنازل الضمني عن حق الدعوى عدم رفع الدعاوى المشترط لقبولها رفعها خلال مدة زمنية معينة حتى انقضاء هذه المدة، إذ يترتب على ذلك سقوط حق الدعوى، وهو ما يعبر عنه في القضاء السعودي بعدم سماع الدعوى بمرور الزمن[١٢٠].

---

١١٧ راجع في تأكيد هذا المعنى في التطبيق القضائي السعودي حكم المحكمة العامة بالقوارة الصادر بالصك رقم ٣٤٢٨٩٢٠١ وتاريخ ١٤٣٤/٨/٦هـ، المصدق من محكمة استئناف القصيم بالصك رقم ٣٤٣٣٢٣٩٨ وتاريخ ١٤٣٤/١٠/١٨هـ، منشور بمجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، المجلد الثامن، تصنيف شفعة، ص٣٦٧.

١١٨ رواه ابن ماجة في سننه عن ابن عمر، الحديث رقم (٢٥٠٠).

١١٩ رواه ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج٢، ص٢٠٣.

١٢٠ راجع حامد زكي: التقادم في القانون ومضي المدة المانع من سماع الدعوى في الشريعة، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الشريعة والقانون بالأزهر، السنة الرابعة ١٩٢٤م، العدد الأول، ص٢٣.

وقد تضمنت نصوص مشروع نظام المعاملات المدنية عدة تطبيقات لفكرة عدم سماع الدعوى بانقضاء الوقت، إذ ينص في مادته ٧٦ على أن: "١- لا تسمع دعوى إبطال العقد إذا انقضت سنة من تاريخ العلم بسبب البطلان، وإذا كان إبطال العقد لنقص الأهلية أو الإكراه فبانقضاء سنة من تاريخ اكتمال الأهلية أو زوال الإكراه. ٢- فيما عدا حال ناقص الأهلية، لا تسمع دعوى إبطال العقد إذا انقضت عشر سنوات من تاريخ التعاقد"، ثم تضمنت المادة ٢/٧٨ من المشروع حكمًا عامًا لعدم سماع دعوى بطلان العقود بمرور الزمن فنصت على أن: "لا تسمع دعوى البطلان إذا انقضت عشر سنوات من تاريخ التعاقد"، كما تبنى المشروع ذات الحكم في خصوص عدم سماع الدعوى عن المسؤولية التقصيرية فضمن مادته رقم ١/١٣٩ النص على أن: "لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه. وفي جميع الأحوال لا تسمع الدعوى بانقضاء عشر سنوات من تاريخ وقوع الضرر"، وفي خصوص عدم النفاذ تنص المادة ١٨٤ من المشروع على أن: "لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء سنة من تاريخ علم الدائن بسبب عدم النفاذ، ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء عشر سنوات من تاريخ التصرف"، وينص في المادة ٢/٣١٨ على أن: "لا تسمع الدعوى بالفسخ او إنقاص الثمن أو إكماله إذا انقضت سنة من تاريخ تسليم المبيع"، وفي المادة ٦٨٧ على أن: "لا تسمع دعوى المطالبة بحق الانتفاع إذا انقضت على عدم استعماله مدة عشر سنوات"، وفي المادة ٧١١ على أن: "لا تسمع دعوى المطالبة بحق الارتفاق إذا انقضت على عدم استعماله مدة عشر سنوات".

وفي التطبيق القضائي المصري والسعودي يتم تكييف تراخي العامل في المطالبة بحقوقه العمالية مدة زمنية معينة بعد انقضاء علاقة العمل بمثابة تنازل ضمني عن حقه في طلب الحماية القضائية، وهو ما يعد تنازلاً ضمنيًا عن حق الدعوى، ويؤكد هذا المعنى اشتراط انتفاء العذر، فلو كان تراخي المطالبة لعذر مقبول فقد تبددت مظنة التنازل الضمني عن حق الدعوى[١٢١].

وقد استقر القضاء المصري على أن عدم مطالبة العامل بحقوقه المتولدة عن علاقة العمل حتى انقضاء المدة القانونية للمطالبة يعني سقوط حقه في المطالبة ويستتبع عدم قبول دعواه تأسيسًا على تنازله الضمني عن حق المطالبة قضاءً بحقه "التنازل الضمني عن حق الدعوى"[١٢٢].

وهو نفس ما تبناه النظام السعودي في مشروع نظام المعاملات تبنى قاعدة عامة بعدم سماع كل دعوى عن حق مالي مقطوع أو دوري "متجدد" بانقضاء مدة معينة تختلف بحسب نوع الحق المالي[١٢٣].

وفي ذات السياق ووصولاً لآفاق أبعد وأرحب لتبني التعبير الضمني عن الإرادة تبنى كلا النظامين المصري والسعودي الاعتداد بالتعبير الضمني القاطع لمدة تقادم سماع الدعوى، بمعنى أنه إذا كان عدم استعمال صاحب حق

---

١٢١ تنص المادة الرابعة والثلاثون بعد المائتين من نظام العمل السعودي المعدلة بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٤) وتاريخ ١٤٤٠/٢/٢٢هـ على أن: "أ- لا تقبل أمام المحاكم العمالية أي دعوى تتعلق بالمطالبة بحق من الحقوق المنصوص عليها في هذا النظام أو الناشئة عن عقد العمل بعد مضي اثني عشر شهراً من تاريخ انتهاء علاقة العمل، ما لم يقدم المدعي عذراً تقبله المحكمة، أو يصدر من المدعى عليه إقرار بالحق".

١٢٢ أحكامها في الطعون أرقام ١٩٠٣، س٧٢ق، جلسة ٢٠١٤/١١/٢، ٧٠٣، س٧٣ق، جلسة ٢٠١٥/٢/١٥، ٤٤٧٣، س٧٠ق، جلسة ٢٠١٤/٤/١، ١٠٤٧، س٦٧ق، جلسة ٢٠١٤/٢/٢.

١٢٣ تنص المادة ٢٩١ من مشروع نظام المعاملات المدنية على أن: "لا تسمع الدعوى على المنكر بانقضاء خمس سنوات في الحقوق الآتية: – حقوق المحامين والأطباء والمهندسين ونحوهم من أصحاب المهن الحرة عما أدوه من عمل متصل بمهنهم وما أنفقوه من نفقة. – الحقوق الدورية المتجددة، ويستثنى من ذلك إذا كان الحق ريعًا في ذمة حائز سيء النية أو ريعًا واجبًا على ناظر الوقف أداؤه للمستحق، فلا تسمع الدعوى بشأنه بانقضاء عشر سنوات".

المطالبة حقه لمدة زمنية معينة دلالة ضمنية على تنازله عن هذا الحق، فإنه وبالمقابل إذا أتى المدين ما يكيف على أنه تعبير ضمني قاطع للتقادم فتنقطع به مدة عدم سماع الدعوى[١٢٤].

ثانيًا: التنازل الضمني عن الحق في حسم النزاع من خلال التحكيم

يوجد خلاف فقهي حول تحديد طبيعة التمسك باتفاق التحكيم أمام القضاء لمنعه من نظر الدعوى، فقيل بأنه عدم قبول، وقيل بأنه عدم اختصاص، وهذا الخلاف الفقهي وإن كان يخرج عن محل البحث، بيد أنه يخصنا منه تحديد طبيعته لبيان طبيعة الإجراء الضمني في شأنه، والراجح عندي اعتباره دفعًا بعدم القبول، استنادًا على أنه من الشروط العامة السلبية لقبول الدعاوى أمام القضاء ألا يوجد بشأنها اتفاق تحكيم، أو بمعنى أدق ألا يتم التمسك بوجود شرط تحكيم، وسندي في هذا أن القول بعدم الاختصاص يتعارض مع ثبوت الاختصاص للقضاء للتدخل في مجال التحكيم حال مباشرة هيئة التحكيم اختصاصها بالفصل في موضوع النزاع، وذلك في الكثير من الحالات التي تصنف تحت تصنيفين كبيرين هما تدخل القضاء بالمساعدة وتدخل القضاء بالرقابة، ولو لم يكن القضاء مختصًا لما أبيح له التدخل في إجراءات التحكيم على هذا النحو.

وقد حسم القانون الإجرائي هذا الخلاف الفقهي في كل من مصر والسعودية، حين اعتبر الدفع باتفاق التحكيم دفعًا بعدم القبول.

حيث حسم قانون التحكيم المصري في مادته الثالثة عشرة وكذا نظام التحكيم السعودي في مادته الحادية عشرة الأمر محددين طبيعة التمسك بمنع القضاء من نظر النزاع لوجود اتفاق تحكيم بأنه دفع بعدم القبول، وإن كانا قد قررا له حكمًا خاصًا يختلف عن النظام القانوني المقرر للدفع بعدم القبول، إذ أخضعاه للنظام القانوني المقرر للدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام؛ فأوجبا على الخصم ضرورة التمسك به قبل الكلام في الموضوع أو إبداء أي دفاع[١٢٥].

---

١٢٤ تنص المادة ٣٨٤ من القانون المدني المصري على أن: "(١) ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارًا صريحًا أو ضمنيًا. (٢) ويعتبر إقرارًا ضمنيًا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونًا رهنًا حيازيًا تأمينًا لوفاء الدين"، وينص تضمنه مشروع نظام المعاملات المدنية السعودي في المادة ٢٩٧/أ منه على أن: "تنقطع مدة عدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بالحق صراحة أو ضمنًا".

١٢٥ تنص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري على أنه: "١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. ٢- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

وعليه فإن سكوت الخصم عن الدفع بعدم قبول الدعوى وتقديمه طلبات أو دفوع أمام المحكمة تخص القضية يعتبر تنازلاً ضمنيًا منه عن حقه الإجرائي في حسم النزاع تحكيميًا خارج ساحات القضاء[١٢٦].

وقد جاء التطبيق القضائي في كل من مصر والسعودية مؤكدًا لهذا المعنى، ففي مصر أكدت محكمة النقض في جميع أحكامها على هذا المعنى، فقضت بأن: "طلب الخصم أمام محكمة الدرجة الأولى ندب خبير في الدعوى تنازلاً ضمنيًا منه عن التمسك بعدم قبول نظر الدعوى أمام القضاء لوجود اتفاق تحكيم؛ بما يستتبع انعقاد الاختصاص لجهة القضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل"[١٢٧].

كما قضت بأنه: "وإذ أقامت الطاعنة دعوى الضمان الفرعية قبل المطعون ضدهما الثانية والثالثة والتي لم تبد دفعاً بعدم اختصاص المحكمة لسبق الاتفاق على التحكيم، ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر هذه الدعوى للقضاء العادي، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم اختصاصه ولائياً بنظر دعوى الضمان الفرعية المقامة من الطاعنة وإحالتها إلى هيئة التحكيم فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه"[١٢٨].

وقد اضطرد قضاء النقض على سقوط الحق في التمسك بعدم اختصاص القضاء العادي لوجود اتفاق تحكيم في كل حالة لا يبادر فيها المدعى عليه بهذا الدفع، مكيفة تراخي المدعى عليه في التمسك بهذا الدفع على أنه تنازل ضمني عن حقه في الإجرائي في التمسك بهذا الدفع حيث قررت صراحة أن: "النزول الضمني عن التمسك بشرط

وتنص المادة الحادية عشرة من نظام التحكيم السعودي على أنه: "١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى".

وإن كان نص النظام السعودي قد استعمل عبارة "عدم جواز نظر الدعوى" فهذا طبيعي لترادف هذا الاستعمال الاصطلاحي مع اصطلاح "عدم قبول الدعوى"، تأثرًا من المنظم السعودي باصطلاحات الفقه الإسلامي، راجع في بيان هذا المعنى للباحث رسالة المسؤولية الإجرائية ص٣٠٣ تحت عنوان: "عدم سماع الدعوى كمرادف لعدم القبول في فكر القانون الوضعي".

١٢٦ من الممكن تكييف تراخي المدعى عليه عن التمسك بشرط التحكيم أمام المحكمة حتى اقتراب الإجراءات من نهايتها من تطبيقات التعسف في استعمال الحق الإجرائي؛ ومن ثم تأسيس إسقاط حقه في هذا الدفع استنادًا عل ذلك، راجع لتأكيد هذا المعنى أحمد عبد التواب: النظرية العامة، ص٣٩.

١٢٧ حكمها في الطعن رقم ١٥٤١٩، س٩٠ق، جلسة ٢٠٢١/١٢/٧، ١٥٤١٩، س٩٠ق، جلسة ٢٠٢١/١٢/٧م.

١٢٨ حكمها في الطعن رقم ٣٤٣٧، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٥/١٢/١٥م.

التحكيم مناطه اتخاذ صاحب الحق موقفاً ينبئ عن عدم رغبته في طرح النزاع على هيئات التحكيم، تحققه بمناقشة موضوع الدعوى والأدلة المقدمة فيها"[١٢٩].

وفي القضاء السعودي تقرر صرف النظر عن كل دعوى يتمسك فيها المدعى عليه بوجود اتفاق تحكيم قبل الكلام في الموضوع وقبل إبداء أية دفوع، كما استقر العمل القضائي على سقوط حق المدعى عليه الذي يتراخى في تمسكه بهذا الدفع حتى يناقش الموضوع أو يقدم أية دفوع أمام المحكمة[١٣٠].

ثالثًا: التنازل الضمني عن الطلب الموضوعي

الطلب القضائي أو الدعوى ومن الفقه من يراه حقًا إجرائيًا للمدعي ومنهم من يكيفه على أنه سلطة إجرائية، ودون دخول في خلاف فقهي يخرج عن جوهر هذا البحث فإن الدعوى ملك للمدعي له أن يتنازل عنها وقتما شاء سواء بصورة صريحة أو ضمنية[١٣١].

ونقصد بالتنازل الضمني عن الطلب الموضوعي اتخاذ المدعي موقفًا إجرائيًا يستفاد منه دلالة قاطعة على تنازله إجرائيًا عن طلب موضوعي سبق أن تمسك به، ويعد تعديل الطلبات من أبرز تطبيقات التنازل الضمني عن الطلب، ذلك أن العدول عن الطلب الأصلي الوارد بالمطالبة القضائية المفتتح بها الدعوى إلى طلب آخر ينطوي على تنازل ضمني قاطع الدلالة جلي المعنى عن الطلب الأصلي؛ ويستتبع ترتيب جميع الآثار الإجرائية للتنازل عن الطلب ومنها

---

١٢٩ حكمها في الطعن رقم ٣٥١١، س٨٠ق، جلسة ٢٠١٤/٦/٢٣، وهو ما قررته في الطعون أرقام رقم ١٥٠٩٩، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٥/٢/١٧، ١٠٣٠٥، س٨٣ق، جلسة ٢٠٢١/١١/١٧، ١٧٦٨٤، س٨١ق، جلسة ٢٠٢٠/١٠/٢١.

١٣٠ حكم المحكمة العامة بجدة الصادر بالصك رقم ٣٤٦١٥٦٧ وتاريخ ١٤٣٤/٣/١٤هـ، مصدق ومنشور بمجموعة الأحكام القضائية، المجلد الثامن، تحت تصنيف مطالبة بقيمة أتعاب، ص٢٧٦، وحكم المحكمة العامة بالرياض الصادر بالصك رقم ٣٤٤٤٣٨٢ وتاريخ ١٤٣٤/٢/٢٣هـ، مصدق ومنشور بمجموعة الأحكام القضائية، المجلد الثامن والعشرين، تحت تصنيف اختصاص، ص١٠٠، وحكم المحكمة العامة بمكة المكرمة الصادر بالصك رقم ٣٤١٩٩٥٢ وتاريخ ١٤٣٤/١/٢١هـ، مصدق ومنشور بمجموعة الأحكام القضائية، المجلد الثامن والعشرين، تحت تصنيف اختصاص، ص١٨٧.

١٣١ في استعراض التصورين الفقهيين التقليديين حول طبيعة الدعوى وما إذا كانت حقًا أم سلطة، والحجج المؤيدة لكا التصورين، والآثار المترتبة على ذلك راجع عزمي عبد الفتاح: الطبيعة القانونية للدعوى، ص١٢٣.

ما يتعلق بتقدير قيمة الدعوى[١٣٢]، وما قد يستتبعه من نقل القضية من المحكمة التي تنظرها إلى محكمة أخرى انطلاقًا من تغير الاختصاص النوعي "القيمي" تبعًا لتعديل الطلبات، فضلاً عن تقيد المحكمة بالفصل في الطلب المعدول إليه وغض الطرف عن الطلب المعدول عنه إذ العبرة بالطلبات الختامية.

وهو ما يُكَيَّف على أنه تنازل ضمني عن الطلب الأصلي، والدلالة قاطعة على هذا التنازل، وقطعيتها نابعة من أنه لا يمكن الجمع بين الطلبين المعدول عنه والمعدول إليه، وفي ذات الوقت لا يمكن للمحكمة غض الطرف عن الطلب الجديد للمدعي لأن العبرة بالطلب الختامي، ولأن المحكمة لا يجوز لها أن تقضي بما لم يطلبه الخصوم، وعدول المدعي عن الطلب يسقطه فلا يبقى منه ما تستطيع المحكمة القضاء فيه.

وقد استقر القضاء في مصر على هذا المعنى، فقُضِيَ في مصر بأن: "تغيير سبب الدعوى يُعد تنازلاً ضمنيًا من قِبَل المدعى عن السبب الأصلي الوارد بالصحيفة؛ ومن ثم فهو في حقيقته بمثابة رفع دعوى جديدة تُرتب آثارها من تاريخ تغيير السبب بإحدى الطرق المُشار إليها (إبداؤه شفاهةً بالجلسة في حضور الخصم، أو في مذكرة تُسلم إليه أو وكيله، أو بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى)"[١٣٣].

رابعًا: التنازل الضمني عن إجراءات الإثبات

١٣٢ عول قانون الرسوم القضائية المصري رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤م وتعديلاته على الطلب الختامي، فاعتد بتعديل الطلب كموجب لتعديل قيمة الرسم المستحق بحسب الطلب المعدول إليه (نص المادتين الثانية والعاشرة)، وهو ما قررته المادة التاسعة من نظام التكاليف القضائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ١٤٤٣/١/٣هـ فيما تضمنته من النص على أنه: "إذا ترتب على الطلب تغير في تقدير قيمة الدعوى سواء بالزيادة أو النقص، فتُحسب التكاليف القضائية للدعوى بناء على تقدير القيمة الجديدة لها".

في بيان مفهوم مصاريف الخصومة القضائية وصورها وقواعد تقديرها وما يتعلق بها من أحكام راجع عبد الحكيم عباس قرني عكاشة: مصاريف التقاضي في الخصومة المدنية: دراسة تحليلية في ضوء قانوني الرسوم القضائية والمرافعات المدنية، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية بحقوق بني سويف، العدد الثلاثون، ٢٠١٧م، ص٣٥٠.

١٣٣ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٢٨٣، س٨٣ق، جلسة ٢٠٢٢/٢/١٧.

الإثبات حق موضوعي لدخوله ضمن عناصر الحماية القانونية الموضوعية للحق وصيانته، بيد أن التمسك به أمام القضاء محض حق إجرائي، ويسرى على التنازل الضمني عن الحق في الإثبات ما يسري على التنازل عن الحق الإجرائي بصفة عامة[١٣٤].

وتتعدد تطبيقات القضاء المصري على التنازل الضمني عن الحق الإجرائي في الإثبات، ومن قبيل ذلك ما جرى عليه قضاء النقض من أن: "عدم إبداء الدفع المتعلق بالإثبات "لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة" بعد انتهاء إجراءات التحقيق وسماع الشهود أمام محكمة أول درجة يعد تنازلاً ضمنياً عن إعمال هذه القاعدة، فإن أعمل الحكم مضمون هذه القاعدة فقد خالف القانون وأخطأ في تأويله"[١٣٥].

وفي خصوص النظام السعودي يستفاد من نصوص نظام الإثبات تقرير أحقية طالب في حضور أداءها، إلا إذا تنازل صراحة أمام المحكمة، أو ضمنًا بعدم الحضور مع علمه بموعد جلسة أداءها[١٣٦].

وفي ذات السياق قرر نظام الإثبات السعودي في المادة الحادية والستين منه أنه: "إذا امتنع أي من الخصوم عن تقديم ما طلبته المحكمة للتحقق من صحة الدليل الرقمي بغير عذر مقبول؛ سقط حقه في التمسك به أو عدّ حجة عليه بحسب الأحوال"

خامسًا: جواز التنازل الضمني عن كل حق إجرائي مقرر للمصلحة الخاصة

نستطيع باستقراء تطبيقات القضاء المصري والسعودي فيما يتعلق بالتنازل الضمني عن الحق الإجرائي استخلاص قاعدة عامة مفادها تحقق التنازل الضمني عن كل حق إجرائي مقرر للمصلحة الخاصة إذا تراخى أو امتنع الخصم المقرر له عن استعماله في التوقيت أو الترتيب المقرر له، أو في الترتيب والوقت المناسبين حال عدم استلزام قواعد المرافعات ترتيبًا معينًا أو توقيتًا محددًا لاتخاذه أو التمسك به.

والتطبيقات على هذه القاعدة من الكثرة والتنوع بما لا يمكن حصره، وننتقي من أشهرها وأكثرها ذيوعًا وتكرارًا في الواقع العملي ما يلي:

---

١٣٤ وهذا ما يبرر ورود قواعد الإثبات ضمن قواعد المرافعات في كثير من الأنظمة المعاصرة وكان منها النظام السعودي حتى قبل عدة أشهر "تاريخ سريان نظام الإثبات، كما يبرر اعتماد الإثبات ضمن مقررات المرافعات في معظم كليات الحقوق والقانون.

١٣٥ حكمها في الطعن رقم ٣٠٣٩، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٦/٤/٤م.

١٣٦ المادة ١٠٢ من نظام الإثبات.

١- التنازل الضمني عن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام

يأتي التنازل الضمني عن الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام من أهم وأبرز وأكثر التطبيقات القضائية للقاعدة المذكورة، ومن قبيل ذلك في تطبيقات القضاء المصري ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من أن الدفوع الشكلية "الإجرائية" –وهي التي تستهدف الطعن في صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها ومنها الدفع بسقوط الخصومة– يسقط الحق فيها بالتكلم في الموضوع، وأن التكلم في الموضوع المسقط للحق في التمسك بها مناطه إبداء طلب أو دفاع في الدعوى كتابة أو شفاهه يمس موضوعها أو مسألة فرعية فيها أو ينطوي على التسليم بصحتها ولو لم يقصد به النزول عن الدفوع أو لم ينتبه صاحبها إلى حقه فيها"[١٣٧].

كما قضت محكمة النقض بأن عدم إبداء الدفع بالبطلان في الوقت المناسب وقت تحقق مقتضاه مؤداه سقوط حق التمسك به[١٣٨].

٢- عدم التمسك بالعيب الإجرائي مع العلم به يعد تنازلاً ضمنيًا عنه

يستخلص من عدم التمسك بالعيب الإجرائي مع العلم به والاستمرار في الإجراءات التنازل الضمني عن التمسك بهذا العيب؛ بما يستتبع سقوط الحق الإجرائي في التمسك به، ومن ثم غض الطرف عن التمسك به فيما بعد، وتأكيدًا لها المعنى قضت محكمة النقض بأن: "عدم تمسك الطاعنة بالمخالفة التي تدعيها مع علمها بها واستمرارها في إجراءات التحكيم مؤداه اعتباره نزولًا عن حقها في إثارة هذا الاعتراض فيما بعد"؛ ثم أسست ذلك على أن: "البطلان المتعلق بهذه الحالة نسبى مقرر لمصلحة الخصوم؛ بما مقتضاه جواز النزول عنه صراحة أو ضمنًا، وانتهت إلى أن: "قضاء الحكم المطعون فيه برفض دفع الشركة الطاعنة في هذا الخصوص صحيح"[١٣٩].

الغصن الثاني: الأحكام القانونية للتنازل الضمني عن الحق الإجرائي

أولاً: المفترض القانوني للتنازل الضمني عن الحق الإجرائي

---

١٣٧ حكمها في الطعن رقم ١٤٥٨٣، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٦/٥/٧، وكذلك حكمها في الطعن رقم ٢٨٣٢، س٥٩ق، جلسة ١٩٩٨/٦/٤.

١٣٨ حكمها في الطعن رقم ٢٨١٧٢، س٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/١٠/١١.

١٣٩ حكمها في الطعن رقم ١٨٣٠٩، س٨٩ق، جلسة ٢٠٢٠/١٠/٢٧.

التنازل الضمني عن الحق الإجرائي لا يفترض، إذ لابد أن تقوم عليه من الدلائل والشواهد والأدلة والبراهين ما يقطع بوجوده بصورة حتمية لا ريب فيها ولا شك، فالدفع الموضوعي يفترض قطعًا التنازل عن كل دفع إجرائي قائم وغير متعلق بالنظام العام، وكذلك التمسك ببعض الدفوع الإجرائية دون سواها، كون القانون يستلزم التمسك بجميع الدفوع الإجرائية القائمة وغير المتعلقة بالنظام العام معًا وقبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، وهكذا، فيجب ألا يتصور بأن التسليم بفكرة التنازل الضمني عن الإجراء يبيح التوسع بافتراض هذا التنازل فيما لا يتوافر فيه ما ذكر من وجود دلالة حتمية على تنازل الخصم عن حقه الإجرائي بصورة قاطعة.

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن: "مجرد تقديم المدعى عليه طلب اطلاع على المستندات لا يمكن اعتباره بذاته تعرضاً منه لموضوع النزاع؛ وعليه فلا يكيف على أنه تنازلا ضمنياً عن الدفع بسقوط الخصومة بمضي المدة"، وانتهت إلى إبطال الحكم الذي افترض هذا التنازل الضمني دون توافر مسوغه[١٤٠].

وقد سبقت الإشارة إلى هذا المعنى عند تناول ضوابط القبول الضمني للحكم القضائي كمانع من الاعتراض عليه حيث ذكرنا تأكيد محكمة النقض على أن الشروع في تنفيذ الحكم الابتدائي لا يعد بذاته قبولاً ضمنيًا مانعًا من الطعن عليه بالاستئناف[١٤١].

وقضت محكمة النقض كذلك بأنه: "لا يعد تنازلاً عن شرط التحكيم قيام الخصم بجحد الصور الضوئية للمستندات المقدمة المحررة بلغة أجنبية، إذ لا يمكن من خلالها العلم بالدعوى وأدلتها باعتبار أن جحد المستندات يسقط أثرها في الاحتجاج بها بمجرد جحدها، وأن المعول عليه في هذا الخصوص هو ما تتضمنه أصول تلك المستندات المجحودة، كل ذلك شريطة أن تكون محررة بلغة عربية أو مترجمة إليها إن كان المحرر أو المستند مكتوب بلغة أجنبية لاكتمال مقومات قبولها شكلاً"[١٤٢].

ثانيًا: معيار التنازل الضمني عن الحق الإجرائي

١٤٠ حكمها في الطعن رقم ١١٣٣٨، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٥/١/٢٦م.

١٤١ حكمها في الطعن رقم ٣٩٣٤، س٨٢ق، جلسة ٢٠١٨/٣/٨م.

١٤٢ حكمها في الطعن رقم ١٥٨٦، س٨٩ق، جلسة ٢٠٢٠/١٢/٢م.

في بيانها للمعيار الفاصل بين مسلك الخصم المسقط لحقه الإجرائي بوصفه تنازلاً ضمنيًا عنه وبين ما لا يعد كذلك أكدت محكمة النقض أن: "ما يسقط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية التي تتعلق بالإجراءات وتستهدف الطعن في صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها ومنها الدفع بسقوط الخصومة هو التكلم في الموضوع، وهو ما يكون بإبداء طلب أو دفاع في الدعوى يمس موضوعها أو مسألة فرعيه فيها أو ينطوي على التسليم بصحتها، سواء أبدى كتابة أو شفاهة، وسواء قصد به النزول عن الدفوع أو لم يقصد، أو لم يتنبه صاحبها إلى حقه فيها، وذلك بتقدير أن تعرض صاحب الدفع لموضوع الدعوى يفصح عن تنازله الضمني عنه"[١٤٣].

ثالثًا: تأصيل التنازل الضمني عن الحق الإجرائي

نستطيع تأصيل فكرة التنازل الضمني بصفة عامة وعن الحق الإجرائي على وجه الخصوص بالاستناد على مجموعة أفكار إجرائية متجانسة ومتكاملة في تبريرها لهذه الفكرة، أولها فكرة العدالة الإجرائية، وما تقتضيه من عدم ترك الوسائل والمكنات الإجرائية سيفًا مسلطًا على الإجراءات إذا ما قيل ببقاء هذه المكنات وتلك الوسائل قائمة متى لم يتم التنازل الصريح عنها[١٤٤].

غير أنه برأيي تتأسس فكرة التنازل الضمني على الاعتداد بالإرادة القانونية، ذلك أن التنازل الضمني تمامًا كالتنازل الصريح ينبع عن إرادة قانونية قائمة وصحيحة ومعتبرة، بل إن النظام الإجرائي عرف ما يسمى بالعقد الإجرائي الضمني، والذي تتعدد صوره وتطبيقاته، بما مؤداه الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة في جميع صوره، سواء الإرادة المنفردة أو التقاء التعبير الضمني عن إرادتين أو أكثر؛ ففكرة الإجراء الضمني ذاتها تنبع من الاعتداد بالإرادة الضمنية أو بتعبير أدق الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة، وهكذا تتأسس فكرة التنازل الضمني عن الحق الإجرائي على الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة في المجال الإجرائي، تمامًا على غرار المستقر في نظم القانون الموضوعي.

وفي اعتمادها فكرة العدالة الإجرائية تأصيلاً لفكرة التنازل الضمني عن الحق الإجرائي عمدت محكمتنا العليا "محكمة النقض" إلى وضع تأصيل قضائي لفكرة التنازل الضمني عن الحق الإجرائي مقررة أن: "استمرار أحد طرفي

---

١٤٣ حكمها في الطعن رقم ١٤٥٨٣، س٨٣ق، جلسة ٢٠١٦/٥/٧م.

١٤٤ راجع في القانون المصري عيد القصاص: الوسيط، ص٢١٥، أحمد السيد صاوي: الوسيط، ص١٩٧، نبيل إسماعيل عمر: الوسيط، ص٢٠٥، أحمد خليل: قانون المرافعات، ص١٩٢، أحمد عبد التواب: النظرية العامة، ص١٣٩، وفي النظام السعودي عبد الله الدرعان: المبسوط، ص٢٠٠، عبد الله آل خنين: الكاشف، ص١٩٢، علي بركات: الوسيط، ص١٩٧.

النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام قانون التحكيم مما يجوز الاتفاق على مخالفته، عدم تقديمه اعتراضًا على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق مؤداه اعتباره نزولًا منه عن حقه في الاعتراض"، ثم أصلت ذلك بأن: "علة ذلك حماية إجراءات التحكيم من إساءة استغلال أحد أطراف النزاع"[١٤٥].

١٤٥ حكمها في الطعن رقم ١٨٣٠٩، س٨٩ق، جلسة ٢٠٢٠/١٠/٢٧م.

الخاتمة

في ختام هذا البحث أحاول رصد أهم نقاطه من خلال ملخص موجز له، ثم بيان أهم نتائجه، وأخيرًا تأتي ثمرة هذا البحث فيما يمكن اقتراحه من توصيات، وذلك على النحو التالي:

ملخص البحث

انطلق هذا البحث من ركيزة أساسية تتمثل في التأصيل القانوني لفكرة الإجراءات الضمنية، وبيان الآثار القانونية لها، وانحصر مجاله في استعراض الإجراء الضمني في الإجراءات العادية "إجراءات الخصومة القضائية" دون الإجراءات غير العادية "الأوامر على العرائض"، وتبنى منهج الدراسة المقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي، وذلك تحت عنوان "الإجراء الضمني في القضية".

وقد تناولت موضوع البحث في مبحثين تناولت في المبحث الأول منهما تأصيل فكرة الإجراء الضمني في القضية، وذلك من حيث التأصيل القانوني للإجراء الضمني، سواء في نظم القانون الموضوعي أو نظم القانون الإجرائي، وكذلك من حيث التأصيل الفقهي لهذه الفكرة ببحث مدى اشتمالها على مفترضات العمل الإجرائي، ومدى ترتيب آثار العمل الإجرائي عنها.

ثم خصصت المبحث الثاني لتطبيقات الإجراء الضمني في القضية"، وذلك باستعراض تطبيقات القرار القضائي الضمني، سواء في خصوص الخصومة القضائية أو في خصوص الدعوى القضائية، ثم باستعراض تطبيقات الإجراء الضمني من الخصوم، والتي من أهما القبول الضمني للإجراء، والتنازل الضمني عن الحق الإجرائي.

ومن تأصيل فكرة الإجراء الضمني في القضية والوقوف على تطبيقاتها خلصت إلى عدة نتائج تتمثل أهمها فيما يلي:

أهم نتائج البحث

أولاً: الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة القانونية في نظم القانون الإجرائي تمامًا على غرار ما هو مقرر في نظم القانون الموضوعي

على غرار نهج نظم القانون الموضعي –في القانون المصري والنظام السعودي– في المساواة بين التعبير الصريح والضمني عن الإرادة فإن نظم القانون الإجرائي قد ساوت بين التعبير الضمني والصريح عن الإرادة القانونية، فمتى تم رصد التعبير عن الإرادة بصورة قاطعة لا ريب فيها ولا شك ولا تأويل ترتبت جميع الآثار القانونية بغض النظر عما إذا كان التعبير المرصود صريحًا أم ضمنيًا، ذلك أن المعول عليه مدى وجود إرادة صحيحة، وما التعبير عنها سوى وسيلة للوقوف على هذه الإرادة.

ومن قبيل ذلك المساواة في الحكم بين التعبير الضمني والتعبير الصريح عن الإرادة فيما يتعلق بالتنازل عن الحق في البطلان، وفيما يتعلق بقبول ولاية القضاء الوطني، وفي التنازل عن إجراء.

ثانيًا: تدرج القوة القانونية لصورتي التعبير عن الإرادة

حيث يأتي التعبير الصريح في مرتبة أعلى من مرتبة التعبير الضمني عنها، ويبدو ذلك من عدة أوجه تتمثل في استلزام التعبير الصريح عن الإرادة في بعض الفروض وعدم الاعتداد بالتعبير الضمني، وجعل التعبير الصريح عن الإرادة هو الأصل والتعبير الضمني عنها هو البديل.

ومن تطبيقات ذلك استلزام التعبير الصريح عن إرادة ترك الخصومة، وقبول الحكم المانع من الاعتراض عليه، ومنع الموكل من توكيل غيره، وكذلك في بعض إجراءات الإثبات القضائي.

ثالثًا: تعدد الأسس القانونية للتأصيل القانوني لفكرة الإجراءات الضمنية

تتعدد الأسس القانونية الإجرائية التي يمكن الاستعانة بها لتأصيل وتأسيس فكرة الإجراء الضمني منها فكرة العدالة الإجرائية، بيد أن الأساس الأكثر منطقية برأيي هو الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة القانونية، ذلك أن الإجراء الضمني تمامًا كالإجراء الصريح ينبع عن إرادة قانونية قائمة وصحيحة ومعتبرة، كما أن النظام الإجرائي عرف ما يسمى بالعقد الإجرائي الضمني؛ بما مؤداه الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة في جميع صوره، سواء الإرادة المنفردة أو التقاء التعبير الضمني عن إرادتين أو أكثر؛ ففكرة الإجراء الضمني ذاتها تنبع من الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة.

رابعًا: انتفاء التعارض بين فكرتي الشكلية الإجرائية والإجراء الضمني

فلكلتا الفكرتين وجودها ضمن مبادئ القانون الإجرائي وقواعده، ولكل منهما انعكاساتها في تطبيقاته العملية، إذ لا يصح الانطلاق من أن الشكلية كأهم مفترضات القانون الإجرائي للقول باستلزام صراحة التعبير عن الإرادة؛ بما مؤداه

عدم تصور وجود إجراءات ضمنية في هذا الإطار، تأسيسًا على أن الشكلية والضمنية لا يجتمعان في تنظيم واحد، ذلك أنه حتى في إطار الشكلية الإجرائية يوجد مجالاً رحبًا للإجراءات الضمنية، فهناك العديد من الأعمال الإجرائية الضمنية المعتبرة، كما أن التنازل الضمني عن الشكلية قائم ومعتبر.

خامسًا: ضرورة وزن التعبير الضمني عن الإرادة بميزان المنطق والعدالة

ينبغي وزن التعبير الضمني عن الإرادة بميزان المنطق والعدالة، وذلك بعدم التوسع في افتراض هذه الإرادة بالاستناد على أية مظاهر للقول بتوافر دلالتها، وإنما يجب وجود مظاهر وشواهد ودلائل قاطعة بوجود هذه الإرادة بما لا يدع مجالاً للشك، ذلك أن التعبير الضمني عن الإرادة يدلل على وجود إرادة حقيقة معتبرة.

سادسًا: من أهم تطبيقات العمل الإجرائي الضمني العقد الإجرائي الضمني

لما كان التعبير الضمني عن الإرادة معتبر قانونًا، وذلك في حق جميع الخصوم، وكان العقد الإجرائي يتأسس على تلاقي التعبير عن إرادة الخصوم بقصد إحداث أثر قانوني إجرائي معين؛ فإن العقد الإجرائي الضمني له من التأصيل القانوني والتطبيق العملي ما لا يمكن غض الطرف عنه، ومن تطبيقاته امتناع كل من المدعي والمدعى عليه عن السير في إجراءات الخصومة الموقوفة؛ بما يتولد عنه ما يمكن تسميته بالاتفاق الإجرائي الضمني على إنهاء الإجراءات؛ ولذا جاء الأثر القانوني مراعيًا ذلك فتمثل في اعتبار الدعوى كأن لم تكن، وليس اعتبار المدعي تاركًا دعواه، كون الترك بالإرادة المنفردة بينما الحالة القائمة اتفاق إجرائي ضمني بتلاقي التعبير الضمني عن إرادتي طرفا الدعوى على إنهاء الإجراءات دون حكم.

سابعًا: توافر مفترضات العمل الإجرائي وترتيب آثاره في خصوص الإجراء الضمني

يتوافر في الإجراء الضمني ما يلزم لوجود العمل الإجرائي من توافر المقتضيات الموضوعية المتمثلة في الإرادة والمحل والسبب والصلاحية، وكذلك ما يلزم له مفترضات إجرائية تتمثل في المقدمات الإجرائية، والشكل.

وأثرًا لذلك يترتب على الإجراء الضمني ذات آثار العمل الإجرائي، وذلك نظرًا لكونه عملاً قانونيًا إجرائيًا فإن تحقق مفترضات الإجراء الضمني واكتمال أركانه وشرائطه يستتبع تولد كافة الآثار القانونية للعمل الإجرائي، تمامًا كما هو الحال في شأن أي عمل إجرائي صريح، وسواء في خصوص الآثار الموضوعية أو الإجرائية.

ثامنًا: اتساع فكرة الإجراءات الضمنية لتشمل ما يصدر عن القاضي والخصوم من أعمال إجرائية، كما تتسع لتستوعب الخصومة والدعوى على السواء

القرار القضائي الضمني هو ما يصدر عن القضاء من قرارات في صورة ضمنية غير صريحة، ويوجد العديد من القرارات القضائية –في الخصومة والدعوى– يتم إصدارها بصورة ضمنية، وترتب آثارها ويعتد بها تمامًا كالقرارات القضائية الصريحة.

ومن تطبيقات ذلك في خصوص القاضي القضاء الضمني في مسائل الولاية والاختصاص، والانعقاد الضمني للخصومة القضائية، والقضاء الضمني بقبول الدعوى، والقضاء الضمني في الدفوع الإجرائية، والقضاء الضمني بصحة الإجراء، والقضاء الضمني في الطلبات الموضوعية –بالإجابة أو الرفض–، وفي طلب التدخل الهجومي، وفي الطلبات الإجرائية؛ وهو ما يتولد عنه حجية قضائية ضمنية.

وأما فيما يتعلق بالإجراء الضمني من الخصوم فتتعدد تطبيقاته ومن أبرزها القبول الضمني للإجراء، بما يشمل القبول الضمني لإجراءات الإثبات، والقبول الضمني للحكم القضائي، وكذلك التنازل الضمني عن الحق الإجرائي، والذي من أهم تطبيقاته التنازل الضمني عن حق الدعوى، والتنازل الضمني عن الحق في حسم النزاع من خلال التحكيم، والتنازل الضمني عن الطلب الموضوعي، والتنازل الضمني عن إجراءات الإثبات، وما يحكم كل ذلك من قاعدة عامة تتمثل في جواز التنازل الضمني عن كل حق إجرائي مقرر للمصلحة الخاصة.

تاسعًا: الإجراءات الضمنية لا تفترض

من أهم الأحكام القانونية للإجراء الضمني أنه لا يفترض، إذ لا بد أن يقوم عليه من الدلائل والشواهد ما يقطع بوجوده بصورة حتمية لا ريب فيها ولا شك، ففي خصوص القضاء الضمني فإن الحكم بالتطليق قاطع الدلالة على القضاء الضمني بثبوت علاقة الزوجية إذ لا طلاق إلا عن زواج، والحكم بنفقة الابن يتضمن قطعًا قضاءً ضمنيًا بثبوت نسبه، إذ لا نفقة لطفل من أبيه إلا بعد تأكد ثبوت نسبه منه، وفي خصوص الإجراء الضمني من الخصوم فإن الدفع الموضوعي يفترض قطعًا التنازل عن كل دفع إجرائي قائم وغير متعلق بالنظام العام.

وعلى ذلك فإن التسليم بالإجراءات الضمنية لا يبيح التوسع فيها بافتراض قضاء ضمني أو إجراء ضمني دون تحقق مفترضه بصورة قاطعة.

أبرز توصيات البحث

أولاً: في خصوص القانون المصري

التوصية الأولى: تبني فكرة القبول الضمني للحكم كمانع من الاعتراض عليه، وذلك بتعديل نص المادة رقم (٢٢٩) والمادة رقم (٥/٢٥٣) من قانون المرافعات بإضافة مصطلح "أو الضمني"، ليصبح نص المادة رقم (٢٢٩): "استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية **ما لم تكن قد قبلت صراحة أو ضمنًا**"، ويكون نص المادة رقم (٥/٢٥٣): "إذا أبدى الطاعن سبباً للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق على صدور الحكم المطعون فيه في ذات الدعوى اعتبر الطعن شاملاً للحكم السابق **ما لم يكن قد قبل صراحة أو ضمنًا**"؛ بما مؤداه سقوط حق الطعن في الأحكام بقبولها سواء أكان هذا القبول ثابت بناء على تعبير صريح أو ضمني عن إرادة المحكوم ضده القابل للحكم.

التوصية الثانية: إضافة نص برقم (٦٧ مكرر) إلى قانون الإثبات يتضمن حكم المادة رقم (٢/٧١) من نظام الإثبات السعودي التي تنص على أن: "لا تقبل شهادة الأصل للفرع، وشهادة الفرع للأصل، وشهادة أحد الزوجين للآخر ولو بعد افتراقهما، وشهادة الولي أو الوصي للمشمول بالولاية أو الوصاية"، إذ لا وجود لمضمون هذا النص ضمن نصوص قانون الإثبات المصري رغم أهميته. (التأكد من هذا في ضوء مرجع الشهادة للدكتور عكاشة، ونشوف هل استقر عليه قضاء النقض لو كان نضيف عبارة بده).

ثانيًا: في خصوص النظام السعودي

التوصية الأولى: تبني أحكام التنازل الضمني عن البطلان المقررة في قانون المرافعات المصري، لأهميتها في تحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات، وتسهيلاً لعمل المحاكم، وتجنبًا لتعطل الإجراءات، ومراعاة لمبدأ "وسيلية الإجراءات"، والتي وردت بالمواد رقم (٢١) التي تنص على أنه: "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته. ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام"، ورقم (٢٢) التي تنص على أن: "يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام"، ورقم (٢٣) التي 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 ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه. ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه"، ورقم (٢٤) التي تنص على أنه: "إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره. وإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل. ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه".

(ملحوظة نقتصر على ما لم يرد من هذه النصوص في نظام المرافعات الشرعية وما يتعلق منها فقط بموضوع البحث بعد التأكد من عدم وجود هذه الأحكام).

التوصية الثانية: الاعتداد بالتعبير الضمني عن إرادة الخصم في التنازل عن إجراء أو مستند ومساواته بالتعبير الصريح من حيث الأثر القانوني، وذلك بتبني حكم المادة رقم (١٤٤) مرافعات مصري التي تنص على أنه: "إذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمنًا اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم يكن"، إذ لا وجود لمثل هذا الحكم في نظام المرافعات الشرعية السعودي. (ملحوظة يجب التأكد من عدم وجود هذه الأحكام).

التوصية الثالثة: تبني النص على سقوط الحق في الطعن ممن سبق له قبول الحكم، سواءً أكان هذا القبول صريحًا أو ضمنيًا، وذلك بتبني حكم نص المادة رقم (٢٢٩) والمادة رقم (٥/٢٥٣) من قانون المرافعات بعد التعديل المقترح عليهما وفق ما ورد بالبند أولاً من هذه التوصيات.

ذلك أن نظام المرافعات الشرعية السعودي لم يتبنى فكرة سقوط حق الطعن بالقبول السابق للحكم ولو كان صريحًا، فوفق الفصل الأول "أحكام عامة" من الباب الحادي عشر "طرق الاعتراض على الأحكام" من هذا النظام يجوز لكل محكوم عليه الاعتراض على الحكم، ولم يتضمن هذا الفصل منع الاعتراض ممن قبل الحكم صراحة أو ضمنًا.

التوصية الرابعة: تبني الأثر القانوني الموضوعي للتنازل عن الحكم القضائي من قِبَل المحكوم لصالحه، والذي تم النص عليه في المادة رقم (١٤٥) من قانون المرافعات المصري التي تنص على أن: "النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به"، حيث جاءت نصوص نظام المرافعات الشرعية خالية من هذا الحكم رغم تبنيها فكرة التنازل عن الحكم في ذاتها، فقد تضمنت النص على التنازل دون تقرير أثره.

فالمادة رقم (٥١) من نظام المرافعات الشرعية تنص على أنه: "إذا لم يحضر الموكِّل فلا يصح من الوكيل ... التنازل عن الحكم –كليًّا أو جزئيًّا ... ما لم يكن مفوضًا تفويضًا خاصًّا بذلك في الوكالة".

بيان بأهم المراجع

أولاً: المؤلفات العلمية:

١- المؤلفات الفقهية في القانون المصري:

_ **أحمد إبراهيم عبد التواب:** النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٥م/ ١٤٢٦هـ.

_ **أحمد السيد صاوي:** الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧١م.

: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية،٢٠٠٠م.

_ **أحمد خليل:** قانون المرافعات المدنية والتجارية، الخصومة والحكم فيها، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦م.

_ **أحمد عوض عبدالمجيد هندي:** أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٩م.

: سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٧م.

_ **أحمد ماهر زغلول:** أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

_ **سحر عبد الستار إمام يوسف:** ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١١م.

: دور القاضي في الإثبات "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

: محاكم التجارة في القانون الفرنسي، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠م.

_ **سيد أحمد محمود:** أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م.

_ **عبد الحكيم عباس قرني عكاشة:** إجراءات الإثبات بالشهادة أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية بحقوق بني سويف، المجلد١٨، العدد٢، ٢٠٠٤م.

: مصاريف التقاضي في الخصومة المدنية: دراسة تحليلية في ضوء قانوني الرسوم القضائية والمرافعات المدنية، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية بحقوق بني سويف، العدد الثلاثون، ٢٠١٧م.

_ **عزمي عبد الفتاح إبراهيم عطية:** الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد٩، العدد٣، ١٩٨٥م.

_ **عيد محمد عبد الله القصاص:** الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.

_ **فتحي والي:** نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٥٩م.

_ **محمد الصاوي مصطفى إبراهيم:** الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق الزقازيق، ١٩٩٢م.

_ **نبيل إسماعيل عمر:** الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩م.

_ **وجدي راغب فهمي:** النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٦٧م.

: مبادئ القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٢- المؤلفات الفقهية في النظام السعودي:

أ- مؤلفات الفقه الإسلامي:

_ **أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي:** بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.

_ **أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي:** المجموع شرح المهذب، دار الفكر.

_ **بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي:** بداية المحتاج في شرح المنهاج، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

_ **سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري "الجمل":** فتوحات العجيلي "حاشية الجمل على شرح المنهج الطلاب لزكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري"، وهو مختصر منهاج الطالبين لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

_ **شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي:** مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

_ **عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي:** الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

_ **علي بن سليمان المرداوي:** الفروع، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

_ **كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام:** فتح القدير، دار الفكر.

_ **محمد أمين بن عمر "ابن عابدين ":** حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الفكر.

_ **محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي:** نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الناشر مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، عام ١٣٥٧هـ/ ١٩٣٨م.

_ **محمد بن أحمد بن محمد (عليش):** منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر.

_ **مصطفى بن سعد بن عيدة الرحيباني:** مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الناشر المكتب الإسلامي.

ب- مؤلفات الفقه القانوني الإجرائي

_ **حامد زكي:** التقادم في القانون ومضي المدة المانع من سماع الدعوى في الشريعة، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الشريعة والقانون بالأزهر، السنة الرابعة ١٩٢٤م، العدد الأول.

_ **عبد الله بن عبد العزيز الدرعان:** المبسوط في أصول المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، الرياض، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.

_ **عبدالله بن محمد بن سعد بن آل خنين:** الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، دار التدمرية بالرياض، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

_ **علي رمضان علي بركات:** الوسيط في شرح نظام القضاء السعودي الجديد، مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.

ثانيًا: مجموعات الأحكام القضائية

_ أحكام محاكم جهة القضاء العادي في مصر على موقع محكمة النقض عبر الرابط: "https://www.cc.gov.eg/legislations".

_ **مجموعة الأحكام القضائية:** صادرة عن مركز البحوث بوزارة العدل السعودية، ومنشورة لدى مكتبة الملك فهد الوطنية في عام ١٤٣٦هـ.

_ **مدونة الأحكام القضائية:** تصدر عن الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل السعودية، الإصدار الثالث، بتاريخ ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.