

الاستحالة الإجرائية - الحق فى التقاضى نموذجاً

(دراسة تأصيلية تحليلية)

دكتورة

فاطمة عادل السيد عبد الغفار

مدرس قسم قانون المرافعات

كلية الحقوق جامعة عين شمس

ملخص

تناول هذا البحث موضوع التنظيم الإجرائي لاستحالة مباشرة الحق في التقاضي، وهو موضوع حيوي يتعلق بالحق في اللجوء إلى القضاء. يسلط البحث الضوء على أهمية توفير آليات قانونية تضمن تحقيق العدالة والفعالية في الإجراءات القضائية، بالإضافة إلى توفير فرص متساوية لجميع الأفراد للتمتع بحقوقهم القانونية، وذلك من خلال مبحثين: المبحث الأول: دراسة ماهية استحالة مباشرة الحق في التقاضي في إطار من النظريات المشابهة ثم دراسة العوامل المؤثرة في استحالة مباشرة الحق في التقاضي، مثل التكاليف المرتفعة والعقبات القانونية والواقعية مثل تكس القضايا وتأخير الفصل فيما وما من شأن استحالة مباشرة الحق في التقاضي في مفاقمة من جهة، والأساس الفني لمواجهة فروض استحالة مباشرة الحق في التقاضي من جهة آخر.

المبحث الثاني: دراسة التنظيم الإجرائي لاستحالة مباشرة الحق في التقاضي من خلال دراسة تأثيره على المواعيد الإجرائية من جهة، واجراءات التقاضي من جهة أخرى مع التفرقة في ذلك بين حالات استحالة مباشرة الحق في التقاضي العامة وحالات استحالة مباشرة الحق في التقاضي الفردية، ومدى فاعلية التحول إلى التقاضي الإلكتروني لمواجهة الاستحالة في الفرضين.

انتهاء إلى محاولة وضع إطار إجرائى منضبط لتنظيم حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى ضمانا للحق فى اللجوء إلى القضاء وفى ذات الوقت الحفاظ على حسن سير العدالة.

Summary

This research examines the procedural regulation of the impossibility of direct access to justice, a vital topic related to the right to access justice. It highlights the importance of providing legal mechanisms to ensure justice and efficiency in judicial proceedings, along with providing equal opportunities for all individuals to enjoy their legal rights.

The research addresses factors influencing the impossibility of direct access to justice, such as high costs and complex judicial procedures, and offers proposals to enhance the legal system and improve access to justice, Through two chapters:

Chapter One: Study the nature of the impossibility of direct access to justice within the framework of similar theories, then examine the factors influencing the impossibility of direct access to justice, such as high costs of Litigation, legal obstacles, and practical barriers e.g. case backlog and delayed adjudication. Additionally, analyze the technical basis to confront Cases of impossibility of direct access to justice.

Chapter Two: Study the procedural regulation of the impossibility of direct access to justice by examining its impact on procedural delays on one hand, and litigation procedures on the other hand. Make a distinction between cases of impossibility of direct access

to justice in general and cases of impossibility of direct access to justice for individuals. Also, assess the effectiveness of electronic litigation to Face impossibility in both scenarios.

Conclude by attempting to establish a structured procedural framework to regulate cases of impossibility of direct access to justice, ensuring the right to resort to the judiciary while simultaneously maintaining the proper functioning of justice.

مقدمة

يعتبر مصطلح استحالة مباشرة الحق فى التقاضى مصطلح عام وعلى قدر من الاتساع، ويختلف دلالاته باختلاف القوانين والنظم القانونية التى تطبقها، ولكن يمكن القول ان: استحالة مباشرة الحق فى التقاضى يشير إلى وجود عقبة أو عائق يمنع شخص ما من رفع دعوى قضائية مباشرة طلبا للحماية القضائية، وحماية لحق أو مركز قانونى معين، وتتعدد صور هذه العقبات أو الحالات، فقد تتوافر استحالة اللجوء إلى القضاء فى عدد من الفروض: من جهة أولى: لفوات الوقت، ويقصد بذلك مواعيد المرافعات، وذلك سواء قبل رفع الدعوى ابتداء أو بعد رفع الدعوى وحتى فى مرحلة الطعن فى الحكم وتنفيذه أى ما يتصل بالحق فى اللجوء إلى القضاء بمعناه العام.

ومن جهة ثانية: تتوافر الاستحالة بسبب انقضاء الحق، فبينما قد ينقضى الحق بصورة غير مباشرة بسبب مواعيد التقادم أو السقوط، فإن الاستحالة تتوافر حال انقضاء الحق بصورة مباشرة بسبب تنازل الشخص عن حقه، أو الموافقة على التسوية الودية أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات، فإنه من الصعب بل المستحيل المطالبة بالحق بعد ذلك.

ومن جهة ثالثة، القوانين واللوائح التى من شأنها ان تؤدى إلى توافر حالة الاستحالة، مثل ألا يتوافر فى الشخص الشروط اللازمة لرفع الدعوى، أو ان بعض الدعاوى لأسباب يقدرها المشرع غير قابلة للطعن فيها بأى طريق.

وأخيرا، وهو ألا يتوافر للشخص الأهلية الإجرائية اللازمة لمباشرة حقوقه والتزامته وبطبيعة الحال مباشرة الاجراءات القضائية بنفسه أمام القضاء.

ولعل جانب من هذه الأسباب لا تثير إشكالية فى ذاتها، ذلك انه توجد العديد من النظريات والقواعد القانونية الثابتة ما يتعامل مع هذه الحالات بصورة قاطعة كما هو الحال فيما يتصل بنقص الأهلية وانقضاء الحق بالتنازل، غير أنه كان من اللازم نكرها لأنها تدخل اصطلاحا فى مفهوم الاستحالة العام، غير ان الأمر يدق فيما يتصل بالحالة الأولى وهى الفرض الذى نتناوله بالدراسة باعتباره المقصود باستحالة مباشرة الحق فى التقاضى تحديدا لأغراض هذه الدراسة.

فالأصل ان المشرع -على اختلاف النظم القانونية والدول التى تتبناها- يقوم بتنظيم مباشرة الحق فى التقاضى بداية من السلطة القضائية المختصة مرورا بالاجراءات الواجب اتباعها ومن ضمنها شروط قبول الدعوى وفى مرحلة ما قبل اللجوء إلى القضاء وفى مرحلة سير الاجراءات لحين تنفيذ الحكم والضابط فى ذلك هو المواعيد الإجرائية أو مواعيد المرافعات، ولما كان المواعيد هى أحد أهم صور الشكلية التى يتميز بها قانون

المرافعات، فإن مباشرة الحق فى التقاضى فى أى مرحلة يرتبط بالمواعيد والأشكال الأخرى التى يحددها المشرع فى تنظيمه لهذا الحق.

ولأن الشكلية^١ فى القوانين الإجرائية المعاصرة هى شكلية مرنة، وتتطوى فى جانب منها على اعتبارات العدالة والانسانية بطبيعة الحال، فإن التساؤل يثور حول الفرض الذى يتوافر فى جانب شخص ما مانع أو عقبة تحول بينه وبين مباشرة الحق فى التقاضى فى أى مرحلة فى المواعيد المحددة قانونا، مما يجعل حقوقه الموضوعية والإجرائية مهددة بالجزاءات التى تنطبق فى هذا الصدد مثل السقوط.

إن دراسة التنظيم الإجرائى من حيث الشروط والضوابط التى تتحدد بها توافر "حالة الاستحالة" فى جانب شخص ما، والآثار الإجرائية التى تترتب عليها ومدى تأثيرها على العدالة، هو أمر يعتمد على عدد من المعطيات أولها: الحاجة إلى الوقوف على مفهوم منضبط ومحدد لما يعد استحالة قانونا وقضاءً، وثانيا: القوانين واللوائح فى هذا الصدد، وموقف السلطات العامة فى الدولة من توافر حالة الاستحالة وذلك سواء فى تنظيمها لقواعد تتصل بحالة الاستحالة مباشرة، أم فى تقريرها قواعد من شأنها ان تؤدى إلى الاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى بصورة غير مباشرة وتقدير تأثير هذا التنظيم

^١ د. أمينة النمر، قوانين المرافعات - الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢، ص ١٩.

على سير العدالة، وأخيراً: سلطة القاضى التقديرية وملاحمها الأساسية فى هذا الصدد، ونبتاول ذلك بالدراسة من خلال الدراسة التأصيلية التحليلية .

وترجع أهمية هذه الدراسة إلى محاولة تعزيز حقوق الأفراد الأساسية عموماً والإجرائية بصفة خاصة من خلال ضمان الحق فى اللجوء إلى القضاء ومواجهة حالات القصور فى مباشرة هذا الحق ومن تطبيقاتها فروض الاستحالة الإجرائية، وذلك من خلال الوقوف تحديداً على ما يعتبر استحالة إجرائية فى مباشرة الحق فى التقاضى، وبعد ذلك النظر إلى طرق مواجهة المشرع لتلك الحالات على مستوى القواعد القانونية وعلى المستوى الإجرائى_أو التقنى إن جاز التعبير_ من جهة، ومواجهة القضاء لهذه الحالات من جهة أخرى، وذلك حتى لا يتم إهدار حق الأشخاص فى التقاضى لمجرد توافر مانع فى جانبهم، وكل ذلك بما يتماشى مع قواعد العدالة والمساواة واحترام مبدأ سيادة القانون، ومراعاة الاعتبارات السابقة فى التنظيم إلى جانب ضمان الحق فى التقاضى فى حالات الاستحالة فى ذات الوقت، هو فى الحقيقة يشكل تحدياً للقانون الإجرائى من عدة جهات لعل أبرزها تحقيق اعتبارات الأمن القانونى تحت أى ظرف، وسواء كان ظرف عام أم خاص.

يتناول البحث هذه الإشكالية بالدراسة من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

المطلب الأول: مدى ذاتية/خصوصية "استحالة مباشرة الحق فى التقاضى"

المطلب الثانى: الأساس القانونى والفنى لتنظيم استحالة مباشرة الحق فى

التقاضى

المبحث الثانى: التنظيم الإجرائى فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

المطلب الأول: التنظيم الإجرائى الخاص للمواعيد الإجرائية

المطلب الثانى: مدى فاعلية التقاضى الإلكترونى فى مواجهة استحالة مباشرة

الحق فى التقاضى

المبحث الأول

ماهية استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

للقوف على ماهية استحالة مباشرة الحق فى التقاضى ينبغى دراستها بالمقارنة بغيرها من المفاهيم (مطلب أول)، ثم دراسة الأساس القانونى للتنظيم الإجرأى لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى بوصفها الاعتبارات التى تستدعى هذا التنظيم (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

مدى ذاتية/ خصوصية مفهوم "استحالة مباشرة الحق فى التقاضى"

تناول الفقه وأحكام القضاء الفرض محل الدراسة بل وعدد من الحوادث التى تشكل سببا أجنبيا بالدراسة ودائما ما كانت نقطة البداية محاولة الوقوف على تكييف قانونى سليم لها يستتبع إدراجها ضمن طائفة معينة وبالتبعية انطباق التنظيم الإجرأى لتلك الحالات على الفرض محل البحث، وأيضاً من خلال المقاربة مع الأحكام القضائية والتشريع والمصطلحات المستخدمة فى ذلك الصدد، واتخذت محل الصدارة بطبيعة الحال نظريات مثل القوة القاهرة والضرورة الإجرأية مقياساً^١، ولكن التساؤل الذى نتناوله بالبحث هل

^١ فيقرر جانب من الفقه ان: "يتحقق وقف مدة هذا التقادم بقيام مانع مادى يتمثل فى وقوع حدث يعد من قبيل القوة القاهرة ويستحيل معه على الخصم موالة السير فى الخصومة، أو مانع قانونى يحول

لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى ذاتية خاصة مغايرة لتلك المصطلحات أم ان جميعها تأتى فى إطار من فكرة السبب الأجنبى، وعلى أى حال فإن- فى رأى- ان هذه المسألة الاصطلاحية غاية فى الدقة بسبب التقارب الشديد بين بعض من هذه المفاهيم ذات الإطار الواسع بطبيعة الحال، وهو ما قرره جانب من الفقه^١ مؤكدا على هذا التقارب بين مصطلحات القوة القاهرة والظروف الطارئة وحالة الضرورة والصعوبات المادية إلى الحد الذى يمكن ان يؤدى فى بعض الحالات إلى ان ينطبق على الفرض الواحد تكيفيين مختلفتين.

الفرع الأول

استحالة مباشرة الحق فى التقاضى - العيب الإجرائى - المانع أو العذر الإجرائى

المصطلحات الثلاثة تنطلق من نقطة واحدة هى العمل الإجرائى، وهو أيضا وسيلة مباشرة الحق فى الدعوى، فالعمل الإجرائى هو مسلك إيجابى الذى يرتب عليه القانون

دون مباشرة اجراءات الخصومة ومواصلة السير فيها. د.فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص٦٠٨.

أيضا: د.أمينة مصطفى النمر، الوجيز فى قوانين المرافعات، بدون دار نشر، ١٩٩٠، ص ٥٣٨. فنقرر: "وقف مواعيد الطعن لحدوث طارئ هو قاعدة عامة يتعين إعمالها بالنسبة لجميع طرق الطعن، وأيا كان السبب الموجب للانقطاع."

^١ د.سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤، ص ٥٦٦.

أثراً قانونياً مباشراً وهو جزء من الخصومة، لأن هذا الأثر الذي يترتب عنه يؤثر في الخصومة ببدئها أو المشاركة في سيرها أو تعديلها أو في انتهائها، وبغض النظر عن اعتبار العمل الإجرائي جزءاً من الخصومة فهو في الأساس عمل قانوني قائم بذاته ينظمه القانون الإجرائي من حيث عناصره - آثاره - والجزاء الإجرائي حال المخالفة.

والخصومة باعتبارها مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي تبدأ بمرحلة افتتاح الخصومة من خلال تحرير المطالبة القضائية وإيداعها قلم كتاب المحكمة، مرور بسير الخصومة، وانتهاء بصدور الحكم. فإن كافة إجراءات الخصومة تعتمد على وجود إجراء سابق ووجود إجراء لاحق، وتأسيساً على قاعدة ما بني على باطل فهو باطل فإن تعيب أي إجراء مما يستدعي بطلانه أو سقوط الحق في إتخاذ بحسب الأحوال يؤثر على الإجراءات التالية له والمبنية عليه، وهو ما من شأنه ان يؤثر على الخصومة ككل بحسب الأحوال.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى نقطتين أساسيتين: النقطة الأولى: ان العمل الإجرائي يقوم المشرع بتنظيمه ووضع ضوابطه من حيث العناصر، كيفية القيام به، كما يترتب الجزاء الإجرائي الذي يترتب على مخالفته ويتم كل ذلك باستقلال عن ارادة القاضي وإرادة الخصوم فالأمر والحال كذلك لا يتعلق بتحديد حدود النزاع أو غيرها من مظاهر مبدأ ان الخصومة ملك للخصوم، لكن الأمر يتعلق بتوزيع المهام الإجرائية، النقطة

الثانية: تحديد من يتوافر فى جانبه المركز الإجرائى فى الخصومة، وهو ما يخضع لاتجاهين الأول^١ يقصر المركز الإجرائى على الخصوم فقط، أما الاتجاه الثانى^٢ فيأخذ بالمفهوم الموسع ليشمل المركز الإجرائى أطراف الدعوى والخصومة معا.

يلزم -بطبيعة الحال- أداء كافة الاجراءات بنفس النموذج القانونى الذى يقرره المشرع، وإلا ترتب جزاء إجرائى، ذلك انه إذا كان المبدأ فى القانون الموضوعى هو حرية الشكل، فإن فى القانون الإجرائى لابد من التقيد بالشكلية، احتراماً لمبدأ قانونية الشكل بمعنى ان: جميع أوجه النشاط التى تتكون منها الخصومة يجب ألا تتم تبعاً للوسيلة التى يحددها الأفراد، بل تبعاً للوسيلة التى يحددها القانون، فهى تشكل تنظيم إجرائى يملك المشرع منفرداً تنظيمه ولا يعتد بما عدا ذلك من الوسائل ولو توافق عليها الخصوم.^٣ وترجع الحكمة فى ذلك إلى تجنب أهواء الخصوم من جهة، ضمان عدم تحكم القضاء من جهة أخرى.

١. د. وحدى راغب، دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء أمام القضاء المدنى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٧٦، مج ١٣، العدد الأول، ص ٧ وما بعدها.

٢. د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٥٤.

٣. د. وحدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائى، منشأة المعارف، ١٩٧٤، ص ٦٢٢.

أولاً: استحالة مباشرة الحق فى التقاضى:

يعتبر تنظيم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى بمثابة فرض نظمه المشرع للتخفيف من حدة تطبيق الجزاءات الإجرائية وذلك لقسوة الجزاء الموقع على صاحب الحق، وحماية لحق فى اللجوء إلى القضاء، ذلك ان مرور فترة من الزمن تمنع من سماع الدعوى أمام المحكمة، ويأتى ذلك كنتيجة لأن صاحب الحق اتخذ موقفاً سلبياً يتمثل فى عدم المطالبة بالحق خلال فترة زمنية معينة تترتب عليها سقوط حقه فى رفع الدعوى، ومرور مثل هذه الفترة الزمنية قد يعتبر قرينة على وفاء المدين بذلك الحق لأن الراجح ان صاحب الحق لا يتقاعس عن المطالبة بحق لفترة طويلة، لذا تم تقرير مبدأ استحالة مباشرة الحق فى التقاضى مما يترتب عليه: وقف سريان المواعيد من جانب وتمنع توقيع جزاء البطلان على الإجراء الذى تعذر اتخاذه.

فالحل والفرض كذلك انه لكى تسمع المحكمة ينبغى ان يتقدم المدعى بعذر تقبله المحكمة يبرر سبب تأخره فى المطالبة بحقه، ويجد هذا التنظيم أساسه فى قاعدة "لا يجوز الزام بمستحيل"، وقاعدة "لا يسرى الميعاد فى مواجهة من لا يستطيع التصرف".

- لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى أساس فى الشريعة الإسلامية:

ان فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا ونظموا هذا الفرض " حيث ذهب الفقه المالكي الى ان الاصل في عدم سماع الدعوى هو انتفاء العذر المانع لسكوت صاحب الحق مدة زمنية طويلة. ولذلك اذا توافر عذر شرعي يمنع صاحب الحق من المطالبة بحقه فإنه لا يتم تطبيق مبدأ التقادم الاجرائي (أى يسقط حق المدعى فى رفع الدعوى). وذهب في ذلك الاتجاه ابن القيم^١، حيث اشترط وجود مانع كخوف او ضرر لقبول سماع الدعوى بعد مرور زمن طويل عليها، وكان ذلك في سياق شرحه لحكم الادعاء بملكية عقار لمن يرى العقار أمامه في حيازة غيره لفترة طويلة ويسكت عن المطالبة به. وقد أشار فقيه الحنابلة منصور البهوتي^٢ الى عدم سماع الدعوى التي يكذبها الحس، وكذلك قرر الفقيه ابن الجزى المالكي^٣ انه لا تسمع دعوى ولا بينة ما يقضي العرف بتكذيبها. كما توجد سلطة تقديرية للقاضي لعدم سماع الدعوى وفقا لظروف كل حالة على حدة، لأن واقعة عدم مطالبة صاحب الحق بحقه لمدة زمنية طويلة تحتاج الى التأكد من عدم وجود عذر

^١ شمس الدين عبد الرحمن أبى عبد الله محمد ابن قيم الجوزى، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، مكتبة المؤيد، الطبعة الأولى، لبنان، ١٩٨٩، ص ٢٥٠.

^٢ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى، كشف القناع عن متن الاقناع، ج ٦ الديات، الاقرار، عالم الكتب، ١٩٨٣، ص ٣٠٠.

^٣ محمد ابن جزى الكلبى الغرناطى، القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق د.محمد بن سيدى محمد مولاي، بدون دار طباعة أو سنة نشر، ص ٤٥٩.

مانع من المطالبة بالحق وتتطلب ايضا تقدير القاضي لجدية وجود العذر الذى يشكل الاستحالة.

ثانيا: العيب الإجرائى:

وتأسيسا على ما سبق فكل قاعدة إجرائية تبين الاجراءات واجبة الاتباع وتبين الجزاء الإجرائى حال المخالفة وبين هذا وذاك فسبب انطباق الجزاء الإجرائى ان الإجراء قد تم مشوبا بعيب، ولا يعتبر العيب هو تخلف الأثر القانونى الذى يترتب على الإجراء، لأن عدم ترتب الآثار هو نتيجة للعيب الإجرائى فهما لا يعتبران نفس الشئ، وبذلك يُعرف العيب الإجرائى بوصفه: "أوصاف أو كيفوف قانونية ينزلها الفقه والقضاء على الأعمال الإجرائية التى يوجد بها العيب، وتكون النتيجة هى عدم مطابقة العمل المتخذ لنموذجه القانونى وبالتالي عدم قدرة هذا العمل على توليد الآثار التى حددها القانون لمثل هذا العمل لو كان سليما من العيوب"^١ فهو وصف إجرائى للاجراءات التى اتخذت بالمخالفة للقانون.

^١ د.على أبو عطية هيكل، فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب - دراسة حول الحد من الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، يوليو ٢٠١٨، ص ٤٢٣.

بعد تعريف العيب الإجرائي، يمكن القول بأنه يجد مصدره في الإخلال بواجب إجرائي أو استعمال مكنة إجرائية، وقد يلحق العيب الإجرائي المركز الإجرائي أيضا إذا لم يتوافر الصلاحية لاتخاذ الإجراء في شخص القائم بالإجراء، وهو المركز الذي يجعله ملتزما بالواجبات والأعباء الإجرائية، وفي هذا الصدد يقرر الفقه^١ ان الواجب الإجرائي هو ما قرره "التزام يفرضه القانون الإجرائي على أحد أشخاص الخصومة المدنية لمصلحة الخصم الآخر، بهدف تحقيق الحماية الإجرائية" أو "مجرد نشاط يظهر في صورة خضوع وامتنال وطاعة لحق إجرائي أو لسلطة قانونية"^٢، في حين ان العيب الإجرائي هو التزام مقرر قانونا كالالتزام لصالح الخصم نفسه.

وتجدر الإشارة إلى العلاقة التبادلية بين الحق والواجب الإجرائي^٣ وهو ما يعبر عن الطابع الشخصي للحق الإجرائي، كما انه يعتبر حقا إذا نظرنا إليه من ناحية من تقرر له والتزاما للطرف الآخر، مع الأخذ في الاعتبار ان أطراف الخصومة المدنية ليسوا في مراكز قانونية متقابلة كما هو الحال في العلاقة بين الأطراف في الحقوق والالتزامات الموضوعية.

^١ د.أحمد ابراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٥٦.

^٢ د.نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق في إتخاذ الإجراء، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٩.

^٣ د.أحمد ابراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص ١٥٩-١٦١.

يأتى العيب الإجرأى فى صور متعددة لا يمكن وضعها تحت حصر ذلك أنها تتعدد بتعدد الاجراءات، لكن يمكن ردها إلى مخالفة المركز القانونى الإجرأى، أو عدم مباشرة الإجراء خلال المدة المحددة قانونا، أو اتخاذ الإجراء فى غير الترتيب أو المناسبة المحددة قانونا، أو اتخاذ الإجراء بالمخالفة للمكان المحدد قانونا لإتخاذ الإجراء^١.

ثالثا: العذر أو المانع الإجرأى:

يعرف الفقه^٢ العذر أو المانع القانونى باعتباره: "حالة قانونية يتعذر معها على الخصم مباشرة العمل الإجرأى، خلال المدة التى يتحقق فيها هذا العذر أو المانع."، يعبر جانب من الفقه عن فكرة المانع القانونى بحالة الضرورة الإجرأية بحيث انه إذا كان التعريف العام للضرورة كما يسوقه فقه القانون الجنائى -أساس النظرية-:^٣ "حالة خطر لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب محذور."، فإن حالة الضرورة فى قانون المرافعات تسقط جوهر التعريف على الاجراءات، فإن كانت الاجراءات (قانون المرافعات): تتعلق بالأشكال التى ينبغى اتباعها للمطالبة بالحماية القضائية، وأثناء نظر الطلب أمام المحكمة، وعند

^١ د.على أبو عطيه هيكى، الإعفاء من الجزاء الإجرأى رغم بقاء العيب، المرجع السابق، ص ٤٢٧ وما بعدها.

^٢ د.محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٧٠.

^٣ د.عوض محمد عوض، قانون العقوبات -القسم العام، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية، ١٩٨٤، ص ٤٩٨.

اصدار الحكم من قبل الخصوم والسلطة العامة على السواء، فتكون الضرورة الإجرائية^١: "خطر محقق يهدد المصلحة التى عنها المشرع الإجرائى، الأمر الذى يقتضى اعتبار هذه المصلحة جديرة بالحماية، مما يلجأ إلى إتيان البديل غير المشروع فى الظروف العادية، فيرتب عليه حكماً استثنائياً خلاف حكم الأصل".

ويقصد بالبديل غير المشروع فى هذه الحالة إجراء لم يكن ليقره المشرع لولا حالة الضرورة، مثال ذلك: الأصل ان الجلسات تتعقد فى علانية، إلا انها على سبيل الاستثناء قد تتعقد فى سرية لاعتبارات تتعلق بمصلحة الأسرة أو أسرار الدفاع وقد أعطى المشرع فى ذلك سلطة تقديرية للقاضى.

وإجمالاً فإن المانع أو العذر أو حالة الضرورة يتم الإشارة إليها فى العديد من نصوص قانون الاثبات وقانون المرافعات وجميعها تشير إلى وجود مانع يحول دون مباشرة العمل الإجرائى أو ترتيب آثاره القانونية، ويقسم الفقه^٢ العذر أو المانع القانونى إلى قسمين أساسيين:

١ د. محمد فتحى رزق الله عطية، الضرورة الإجرائية دراسة تحليلية فى قانون المرافعات المصرى، مجلة كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر فرع أسيوط، عدد ٣٤، الجزء الثانى، يوليو ٢٠٢٢، ص ٢٨٧٨.

٢ د. ياسر باسم ذنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها فى أحكام القوانين الإجرائية، المرجع السابق، ص ٥٤٥.

الأول: الموانع الشخصية: ولها فى القانون المدنى أمثلة عديدة كاتحاد الذمة، وفى قانون المرافعات تتبدى فى وفاة الخصم أوقد أهلية التقاضى، زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه. الثانى هى الموانع المادية: "موانع ترجع لأسباب قانونية خارجة عن ارادة أطراف الرابطة الإجرائية" كالحروب والزلازل والأوامر الصادرة بفرض الحجر الصحى، وأيضا الواجبات الملقاه على عاتق الحارس، والحجز التنفيذى فى اجراءات التنفيذ الجبرى.

رابعا: الفرق بين استحالة مباشرة الحق فى التقاضى ، والعيب والمانع الإجرائى من جهة أخرى:

يعتبر وجه الاتفاق الجوهرى بين المصطلحات الثلاثة ان كلا منهم يتعامل مع مخالفة للنموذج القانونى الذى يقرره المشرع لاتخاذ الإجراء ومباشرة الحقوق والواجبات الإجرائية، لكن وجه الاختلاف الأساسى بينها يكمن فى نطاقها، الارادة ، الأثر الذى يترتب عليها:

١ . النطاق:

من حيث الأشخاص: يعتبر كلا من العذر/المانع القانونى والعيب الإجرائى أوسع نطاقا من استحالة مباشرة الحق فى التقاضى لأن العذر والمانع متصور حدوثه فى جانب

جميع أشخاص الخصومة، فى حين ان استحالة مباشرة الحق فى التقاضى لا يتوافر إلا فى جانب أطراف الدعوى.

من حيث المحل: فإن استحالة مباشرة الحق فى التقاضى والعيب الإجرائى تنصب بصفة أساسية على طريقة مباشرة الحقوق والواجبات الإجرائية، أما العذر أو المانع الإجرائى ينصب بصفة أساسية على الإجراء ذاته وكيفية اتخاذه فى حالة منعت ظروف ما اتخاذه على النحو الذى يقرره القانون فى الظروف العادية.

٢. ارادة الخصوم:

فيما يتصل بالمانع/العذر الإجرائى فإنه قد يتوافر لظروف خارجة عن إرادة الخصوم أو يمكن ان يسهم الخصوم فى حدوث ما يشكل مانع / عذر أمام المحكمة، والظروف الخارجة عن إرادة الخصوم مثل ان تكون القضية محل الدعوى مما ينص القانون على انعقادها فى سرية مثلاً، أما مثال ما يكون لارادة الخصوم دوراً فيه (أى دور فى حدوث المانع) هو عدم حضور الجلسة اختياراً مما يضطر القاضى إلى التأجيل إذا كانت الدعوى غير صالحة للفصل فيها، أو ان يتأخر الخصوم فى الاستجابة لطلبات المحكمة فى تقديم مستندات أو غير ذلك من الفروض.

أما فى الفرض الذى يتحقق فيه المانع أو العذر لأى أسباب قانونية خارجة عن إرادة الخصوم، فإنها تكون لسبب قرره القانون ومحدد سلفا فى النصوص، ولا يرقى لمرتبة القوة القاهرة فيقرر الفقه بصورة حاسمة فى هذا الصدد انه^١: "يحسن فصل الفكرتين المانع والقوة القاهرة إحداهما عن الأخرى"، وترتيباً على ذلك فإنه لا يشترط فى المانع أو العذر الإجراءى المفاجأة وعدم التوقع بل يكفى لكى يقوم المانع ألا يكون مصدره خطأ الخصم، على ان هذا الفارق وإن كان جالياً للفرقة بين القوة القاهرة من جهة والمانع أو العذر الإجراءى من جهة فإنه مقارب لما يعد استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى، فيمثل الفقه^٢ لحالة المانع الذى يترتب أثراً إجراءياً بالحالة التى لا يباشر فيها الخصم حقه لجهله بوقائع مهمة، فهل ذلك يعد عذراً أم استحالة لمباشرة الحق فى التقاضى؟.

أما بالنسبة للعيب الإجراءى فيقرر الفقه^٣ انه ينبغى حتى يقع العيب الإجراءى ان يقع بإرادة الخصم، ولا يشكل فارقاً فى هذا الصدد ما إذا كان العيب قد وقع عن قصد أو عن إهمال أو خطأ أو حسن نية، ويستوى ان يكون من تسبب فى العيب الإجراءى الخصم بنفسه أو وكيله طالما ان الأخير يعمل باسم ولحساب الخصم.

^١ د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٠٨٣.

^٢ د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٠٨٣.

^٣ على أبو عطية هيكل، فكرة الإعفاء من الجزاء الإجراءى رغم بقاء العيب، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

٣. الآثار التى تترتب على تحقق كل حالة:

من جهة أولى فإن الأثر الذى يترتب على تحقق العيب الإجرأى من حيث المبدأ هو توقيع الجزاءات الاجرائية التى تنصب بصفة أساسية على البطلان وسقوط الحق فى اتخاذ الإجراء من حيث المبدأ، حتى فى الحالات التى يراعى فيها المشرع معيار الغاية، أو ينظم حالات لانتقاص أو تصحيح أو تحول الإجراء الباطل وغيرها من الوسائل التى يحد بها من آثار الجزاءات الإجرأية لأغراض تتصل بحسن سير العدالة وسرعة الفصل فى القضايا والاقتصاد فى الاجراءات.

بالرغم من ان كلا من العذر أو المانع الإجرأى واستحالة مباشرة الحق فى التقاضى محلها هو الالتزامات الإجرأية من حيث المبدأ، غير انه يمكن التغلب على المانع الإجرأى من خلال تصحيح الإجراء، انتقاص الإجراء الباطل، أو الامتثال للأحكام التى يقرها قانون المرافعات رفقة كل فرض منظم تشريعياً، ذلك ان القانون ينظم الفرض والأثر بنص المواد فى قانون المرافعات كما انه من الممكن التغلب على حالة وجود المانع أو العذر الإجرأى من خلال نصوص قانون المرافعات ونسوق لذلك عدد من الأمثلة على النحو التالى:

- ٢٢٨م من قانون المرافعات تقرر: "إذا صدر الحكم بناء على غش وقع من الخصوم أو بناء على ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بسبب عدم إظهار

ورقة قاطعة فى الدعوى احتجزها الخصم فلا يبدأ ميعاد استئنافه إلا من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة التى احتجزت."

- م ٨١: "لا يجوز لأحد القضاة ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا أحد من العاملين بالمحاكم ان يكون وكيلًا عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالإفتاء ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها، وإلا كان العمل باطلاً ولكن يجوز لهم ذلك عم يمثلوهم قانوناً وعن زوجاتهم وأصواتهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية."

- م ٣٨٦ تقرر: "إذا لم يتقدم أحد لشراء الحلى والمجوهرات والأحجار الكريمة والأشياء المقومة امتد أجل بيعها إلى اليوم التالى إذا لم يكن يوم عطلة فإذا لم يتقدم مشتر بالقيمة المقدرة أجل البيع إلى يوم آخر أعيد النشر واللصق على الوجه المبين بالمواد السابقة وعندئذ تباع لمن يرسو عليه المزاد ولو بثمن أقل مما قومت به."

ففى كل هذه الأمثلة التى ساقها الفقه^١ باعتبارها تمثيل لحالة الضرورة (العذر أو المانع) نجد ان المشرع فى صدر المادة يقوم بذكر الفرض القانونى (ما يجب ان يقع) ولكن لحدوث عقبات فى الاجراءات أو لعدم تحقق الفرض القانونى، فإنه يبين الإجراء البديل أو حسب التعبير "المحظور اتيانه لولا حالة الضرورة" ففى المثال الأخير لو تقدم أشخاص للشراء على النحو المفترض إجرائيا لما وجد عجز المادة مجالا للتطبيق من الأساس، وهو بذاته ما يبرز جوهر الفارق بين المانع أو العذر الإجرائى من جهة واستحالة مباشرة الحق فى التقاضى من جهة أخرى، بل وأيضا العيب الإجرائى.

بينما فى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فإن الأمر لا يتصل بالاجراءات فى المقام الأول بل هو فى وضع من شأنه -لولا تقدير المشرع لحالة الاستحالة - ان تودى إلى توقيع جزاءات إجرائية من شأنها ان تنهى الحقوق الإجرائية بل والحقوق الموضوعية ذات الصلة كالسقوط، والتقدم.

^١ محمد فتحى رزق الله عطية، الضرورة الإجرائية دراسة تحليلية فى قانون المرافعات المصرى، مجلة كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر فرع أسيوط، عدد ٣٤، الجزء الثانى، يوليو ٢٠٢٢، ص ٢٨٨٣ وما بعدها.

أما الأثر الأساسى الذى يترتب على توافر حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فى الميعاد هو وقف جميع المواعيد الإجرائية لحين زوال المانع بالضوابط التى يحددها القانون ويستقر عليها العمل قضاءً.

الفرع الثانى

السبب الأجنبى والاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى

ينقسم السبب الأجنبى إلى طائفتين أساسيتين الأولى هى الظروف الطارئة والثانية هى القوة القاهرة، وكلا من الطائفتين تجد أساسهما فى القانون المدنى ثم امتدا بعد ذلك ليشملا كافة فروع القانون، ومنها قانون المرافعات.

أولاً: نظرية الظروف الطارئة:

تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على ان: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."، وعرفت محكمة النقض الظرف الطارئ فى القانون المدنى بوصفه: "... فى معنى م ١٤٧ من القانون المدنى هو أن يكون الحادث استثنائياً وغير

متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد، دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه.^١، وعلى ذلك فإن الأثر الذي يترتب على تحقق شرط نظرية الظروف الطارئة هو ان تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا لأنه إذا أصبح مستحيلا لانقضى الالتزام وفسخ العقد وبناء عليه فلا مجال لتعديله.^٢

وإذا كان تعريف نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني يتضمن نفى الاستحالة، إلا انه مع ذلك يجدر الإشارة إلى تعريف الظرف الطارئ في قانون المرافعات^٣ وهو: "ظرف يحدث بعد رفع الدعوى، أو بعد صدور الحكم، ولم يتوقعه الخصم ولم يكن يعلم به، ويؤثر على حقوقه ولا يشترط في الظرف الطارئ ان يكون حدثا استثنائيا و عاما."، وقد أخذ المشرع الإجرائي بنظرية الظروف الطارئة فقرر في م ١/١٢٤ مرافعات إمكانية تعديل

^١ نقض مدني، جلسة ٢٠٢٣/٣/٨، طعن رقم ١٢٩٧، سنة ٥٦ق.

^٢ د.سمير تناغو، د.محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعة- الاسكندرية، ١٩٧٧، ص ١٥٦.

^٣ د.طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة في قانون المرافعات- دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد الرابع، عدد الأول، ٢٠١٨، ص ١٠.

أو تغيير الطلب الأسمى مع بقاء موضوعه إذا كانت هناك ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى.

ومن هنا يبدو جليا الفرق بين نظرية الظروف الطارئة باعتبارها إحدى تطبيقات السبب الأجنبى فى قانون المرافعات من جهة، واستحالة مباشرة الحق فى التقاضى من جهة أخرى.

يؤسس القانون المدنى المصرى لنظرية السبب الأجنبى، فيعد السبب الأجنبى أساسا للإعفاء من المسئولية التقصيرية فتقرر م١٦٥ مدنى انه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك". كما تقرر م٣٧٣ مدنى أنه: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه".

فهل السبب الأجنبى بهذه المثابة يعد مرادفا لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى، مع الأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة للحقوق والواجبات الإجرائية وطبيعتها الخاصة المختلفة- بطبيعة الحال- عن الالتزامات المدنية.

ثانياً: الفرق بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة باعتبارهما من صور السبب الأجنبى^١:

ورد فى قضاء محكمة النقض النص على أثر كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى فيما يتصل بالمواعيد الإجرائية والجزاءات التى قد تترتب حال مخالفتها فقررت: "وفقاً لنص م ٢٢٧ من قانون المرافعات ان ميعاد الاستئناف أربعون يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك وأنه يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام سقوط الحق فى الطعن وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها وان ميعاد الاستئناف يقف سريانه إذا تحققت أثناءه قوة القاهرة أو حادث الفجائى".^٢

حدد المشرع فى المادة ١٦٥ صور السبب الأجنبى، فعددها فى الحادث الفجائى، القوة القاهرة، خطأ الغير، ويقرر جانب من الفقه^٣ ان هذه المصطلحات وإن كان مغايرة فى اللفظ إلا ان لها نفس المعنى، ومع ذلك وبالرغم مما قرره جمهور الفقهاء بعدم وجود تفرقة حقيقية بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة، غير انه يجدر الإشارة إلى تلك التفرقة، فقد جرت عدة محاولات للتمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى، وذلك من خلال عدد

١ د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، مجلد ٧٤ ، عدد ٣٩٣، ٣٩٤ ، ١٩٨٣ ، ص ١٨٣-١٨٦.

٢ نقض مدنى، جلسة ٢٠٢٠/١٢/١، طعن رقم ٢٠٦٥٥، س ٨٨ق.

٣ د. ياسر باسم زنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها فى أحكام القوانين الإجرائية- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠، ص ٥٣١.

من الآراء، فالرأي الأول، يرى أن القوة القاهرة وحدها تعتبر سبباً أجنبياً دون الحدث الفجائي، ويأخذ بهذا الرأي اكسندر، ويؤيده الأستاذ جوسران، ويرى بأن فعل الطبيعة مثلاً يعتبر قوة القاهرة، أما الحادث الفجائي فيتميز بمصدره الداخلي بالنسبة للشيء، مثل انفجار إطار السيارة، أما الرأي الثاني، فيذهب إلى أن كلاً من القوة القاهرة والحادث الفجائي يعتبر سبباً أجنبياً معفياً، إلا أن لكل منهما معنى مستقلاً عن الآخر، أي أنهما يختلفان في المعنى في حين يتفقان في الأثر والنتيجة، ويأخذ بهذا الرأي الأستاذان بودان ومورو. أما الرأي الثالث فيرى أن القوة القاهرة تتميز عن الحادث الفجائي، بأن الاستحالة في الأولى تكون مطلقة، في حين تكون في الثانية نسبية، وعلى هذا الرأي الأساتذة كولان وكابيتان ودي لامورانديز، أما الرأي الرابع، فينظر إلى أهمية الواقعة، فالوقائع المهمة تعتبر قوة القاهرة، أما الوقائع الأقل أهمية، فإنها تعتبر حادثاً فجائياً، وعلى هذا الرأي الأستاذ مازو¹، والراجع أنها مصطلحات مترادفة، وهذا الراجع فقهاً وقضاءً^٢.

¹ في الإشارة لهذه الآراء راجع سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، مطبعة الاعتماد، ص ١٨٧ وما بعدها.

^٢ د. ياسر باسم زنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها في أحكام القوانين الإجرائية - دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠، الهامش ص ٥٣١.

ثالثاً: تعريف القوة القاهرة:

تأسيساً على ما سبق يمكن القول ان القوة القاهرة بوصفها التطبيق الرئيسى للسبب الأجنبى وضع لها الفقه عدد من التعريفات فعرفها جانب بأنها: "واقعة غير ممكنة التوقع والدفع والتي تمنع الشخص من تنفيذ التزامه."، وأيضاً بوصفها "أمر غير متوقع الحصول ومن غير الممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام"^١، " حدث مجهول غير منسوب إلى المدين، ويشمل بالمعنى الضيق تلك الأحداث التي تقع من قوى الطبيعة وحدها."^٢

رابعاً: شروط القوة القاهرة:

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية^٣ على ان القوة القاهرة هو الحادث الذي يتوافر فيه شرطين أساسيين هو عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة، وبالتالي وبالتطبيق على قواعد قانون المرافعات

^١ د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، مطبعة الاعتماد، ص ١٩٧.

^٢ مشار إليه لدى د. ياسر باسم زنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها في أحكام القوانين الإجرائية- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠.

^٣ راجع حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدنى، جلسة ٢٧/٣/٢٠١٣، طعن رقم ٢٤٩٤، س٧٨ق.

التي تجد فيها مجالاً للقوة القاهرة، فتكون خصائص القوة القاهرة أو بعبارة أدق السبب الأجنبي كما ساقها الفقه^١ :

١. ان تكون الواقعة غير ممكنة التوقع:

فينبغي ان تكون الواقعة من غير الممكن توقع حدوثها حتى تعتبر سبباً أجنبياً^٢، ذلك ان هذا العنصر (عدم التوقع) هو الحد الفاصل بين قدرة الشخص على تجنب وقوع الحادث من خلال الاستعداد المسبق له فى حال كان من المتوقع حدوثه، وبين عدم قدرة الشخص على تفادى الحادث لأنه لم يكن من الممكن بالنسبة إليه توقع الحادث، وإجمالاً فينبغى ان يكون السبب الأجنبي الذى تشكله القوة القاهرة مما يندر حدوثه فى الحياة اليومية^٣. على الرغم مما يبدو ان تقدير عدم التوقع مسألة شخصية أو ذاتية، فإنه وفقاً للرأى الراجح ينبغى ان يكون الحادث غير متوقع من قبل الشخص/الخصم فقط بل من غير

١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٠٢.

٢ د. عبد الرزاق السنهورى، الوجيز فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ٣٥٤.

٣ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة، المرجع السابق، ص ٤٧-٥٠.

متوقع حتى من قبل أشد الناس حرصا فالمعيار فى هذا الصدد معيار موضوعى وليس معيار شخصى وهو معيار الشخص الحريص^١.

وهو الأمر الذى قرره محكمة النقض^٢ حينما اعتبرت الشبورة المائية حدثا لا يعتبر غير ممكن التوقع فقررت: "الحادث والضرر الناجم عنه كان بسبب القوة القاهرة المتمثلة فى انعدام الرؤية الناتج عن الشبورة المائية الكثيفة رغم أن الشبورة وإن كانت تجعل الرؤية أمرا عسيرا إلا أنها من الأمور المألوفة التى يمكن على قائد السيارة المتبصر التحرز منها باتخاذ أكبر درجات الحيطة والحذر حال قيادته السيارة فى مثل هذه الظروف ريثما تتضح الرؤية و تنقشع الشبورة بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن. "

٢. ان تكون الواقعة مستحيلة الدفع:

ان تكون من المستعصى على الخصم دفعها فلا يكون بإمكانه دفع وقوعها أو تجنبها، أو حتى التغلب على نتائجها بعد وقوعها وحتى ببذل مجهود كبير، أما لو أمكن دفع الواقعة حتى ولو كانت غير متوقعة فينتفى وصف القوة القاهرة، وبعبارة أخرى ينبغى ان

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية - دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٣١٦.

^٢ نقض مدنى، جلسة ٢٧/٣/٢٠١٦، طعن رقم ٢٤٩٤، س٧٨ق.

تشكل الواقعة استحالة مطلقة وهو الأمر الذى يقدره القاضى وفقا لمعيار موضوعى فى هذا الصدد وليس شخصى، وفى هذا الصدد قررت محكمة النقض ان: "أنه يشترط فى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى الذى ينقضى به الالتزام عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير تملكه محكمة الموضوع بشرط ان تلتزم الأسس القانونية وان تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله"^١.

٣. استقلال الواقعة عن ارادة الخصوم :

ويقصد بالخصوم كافة أطراف الرابطة الإجرائية، فلا يتسبب أيا منهم فى حدوثها، ولا يسبقها أو يقترن بها خطئه، وينبغى ألا يكون لإهمال الخصم أو تقصيره أى دخل فى نشوء الواقعة، ذلك أنه -إن جاز التعبير- مما يعد بمثابة قاعدة أصولية أنه لا ينبغى

^١ نقض مدنى، جلسة ٢٤/٤/٢٠١٦، طعن رقم ٥٩١٧، س ٧٩ ق. وفى هذا الطعن قبلته محكمة النقض لأنها لم تعتبر ان انفجار إطار سيارة الاتوبيس سبب اجنبى لأنه حتى ولو لم يكن من الممكن توقعه إلا انه من الممكن دفعه.

وفى ذات الاتجاه راجع د.محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، مجلد ٧٤، عدد ٣٩٤ - ٣٩٣، ١٩٨٣، ص ١٨١.

يقرر هذا الجانب: "إذا أمكن دفع الحادث بطريقة أو بأخرى، فإن جوهر القوة القاهرة ينتفى، حتى ولو كان الحادث مستحيل التوقع."

اهدار القواعد الإجرائية و المواعيد الحتمية، بل انه لا يجوز اهدار تطبيق قواعد القانون بصفة عامة بسبب إهمال الخصوم وخطأهم أو تقصيرهم على اختلاف صورته من جهة، ومن جهة ثانية فإن السبب الأجنبى (القوة القاهرة) باعتباره سببا من الإعفاء من المسؤولية فى القانون المدنى، ولها أثر مباشر على سير المواعيد فى القانون الإجرائى فينبغى حتى تنتفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر ان تكون يكون السبب "عام" وعمومية السبب تقتضى النأى به عن خصوصية قدرة المدين، أو ذاتية الشئ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت القوة القاهرة، حادثا خارجيا.^٢

٤. ان تؤدى الواقعة إلى استحالة مباشرة العمل الإجرائى:

وعلى اعتبار ان السائد فى تقدير القوة القاهرة هو المعيار الموضوعى، فإن استحالة مباشرة العمل الإجرائى ينبغى ان تتوافر فى أى خصم وليس فى الخصم الذى توافرت فى جانبه القوة القاهرة فقط^٣، والاستحالة فى هذا الصدد ينبغى ان تكون استحالة مطلقة، ويستوى فى ذلك ان تكون الاستحالة مادية أو أدبية.

^١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة، المرجع السابق، ص ٥٣.

^٢ د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، المرجع السابق، ص ١٧٩.

^٣ د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية، المرجع السابق، ص ٣١٧.

على ان تقدير المانع الأدبي أمر يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فقررت محكمة النقض^١ في حكم لها ان: "تقدير قيام او انتفاء المانع الادبي - يعد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية دون معقب عليها متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق. "

خامسا: الفرق بين السبب الاجنبي (القوة القاهرة) واستحالة مباشرة الحق في التقاضى:

يعتبر الفاصل بين كلا من المصطلحين غاية في الدقة ويزيد من صعوبة التفرقة بعض المفاهيم الثابتة فقها

١. الإشارة إلى مصطلح "الاستحالة" في نصوص قانون المرافعات والأحكام

القضائية:

واقع الحال ان مصطلح استحالة مباشرة الحق في التقاضى(استحالة اللجوء إلى القضاء (l'impossibilité d'agir en justice) ورد صراحة في قانون المرافعات الفرنسي فتقرر المادة ٥٤٠^٢ انه في حالة ما إذا صدر الحكم غيابيا أو تم مراعاة مبدأ المواجهة،

^١ نقض مدني، جلسة ١٩٨٦/٥/٧، طعن رقم ٢٤٩٩، س٥٢ق.

²Art.540: "Si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire, le juge a la faculté de relever le défendeur de la forclusion

فإن القاضى لديه السلطة التقديرية لإعفاء المدعى عليه من ان تنطبق مدة السقوط فى حقه والناشئة عن سريان المواعيد، وذلك إذا كان عدم مباشرته للطعن بدون خطأ من جانبه، أو انه لم يعلم فى وقت مناسب بحيث يتمكن من مباشرة حقه فى الطعن أو انه كان فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى .

ويشير جانب من الفقه^١ ان المشرع الفرنسى يعرف نظرية القوة القاهرة فى القانون الإجرائى غير انه لم يشر إليها صراحة ولكنه عبر عنها - على مستوى الحالات الفردية- بمصطلح استحالة اللجوء إلى القضاء، وإجمالاً فإنه لم يعبر المشرع الإجرائى فى قانون المرافعات المصرى عن القوة القاهرة بنفس المصطلح صراحة، ولم يتم تأصيله على النحو المعمول

résultant de l'expiration du délai si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir .Le relevé de forclusion est demandé au président de la juridiction compétente pour connaître de l'opposition ou de l'appel. Le président est saisi par voie d'assignation .

١.د. سماح خان، حماية المواعيد الإجرائية فى ظل التعديلات التشريعية لمواجهة الأزمة الصحية لجائحة كوفيد ١٩ - دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الفرنسى والكويتى، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦ ، شوال ١٤٤١هـ، يونيو ٢٠٢٠م، ص ١١٤ .
ويستشهد هذا الجانب أيضا بالمادة الخاصة بالاستئناف المقابل فى القانون الفرنسى والتي أوقف فيها المشرع الفرنسى سير المواعيد الإجرائية لوجود استحالة اللجوء إلى القضاء .

به فى القوانين الموضوعية الأخرى كالقانون المدنى، وهو ما حدا بالفقه^١ إلى التساؤل حول وجود القوة القاهرة فى قانون المرافعات ووضع قواعد عامة لها، ولكن الأمر ليس على هذا القدر من السهولة نظرا للطبيعة الإجرائية الخاصة لقانون المرافعات، وإذا كان المشرع بالفعل لم يشر صراحة إلى مفهوم القوة القاهرة - ومنهم المشرع الفرنسى - إلا ان المشرع استخدم عدد من المصطلحات التى قد تفيد ذات المعنى (فى حالات الضرورة، إذا اقتضى الأمر ذلك، لأسباب جدية تقدرها المحكمة).

ولا يعد المشرع الفرنسى هو المصدر الأساسى للتعبير عن الاستحالة بسبب أجنبى باستحالة أو التعذر، فى حكم حديث نسبيا لمحكمة النقض المصرية تقرر: "المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون الحق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال، وكانت مطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بالزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض فى حالة تعذر التنفيذ عينا ذلك ان التنفيذ العينى هو الأصل ولايستعاض عنه بالتعويض النقدى إلا إذا استحال التنفيذ العينى".^٢

٢. هل كلا من الاستحالة والسبب الأجنبى (القوة القاهرة) مترادفان؟

^١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٧.

^٢ نقض مدنى، جلسة ٢٠١٦/٤/١١، طعن رقم ١١٦٣٥، س ٧٦ ق.

لعل من السائد القول بترادف كلا من المصطلحين ذلك الآثار الإجرائية المترتبة على توافر كلا من الحالتين تتشابه إلى حد كبير وتظل في رأيي - خصوصية لتلك الآثار سواء فيما يتصل بالتنظيم أو عبء الإثبات، وفي هذا الاتجاه (القائل بالترادف) يقرر جانب من الفقه^١ ان الاستحالة بهذه المثابة تعد من تطبيقات السبب الأجنبي بطبيعة الحال، لأن الاستحالة وعدم إمكانية التصرف هي نتيجة أساسية للحدث وهو الذي يعتبر السبب، والاستحالة هي الضرر الناشئ عن رابطة السببية، والاستحالة بهذه المثابة يستخدم لها تعبير القوة القاهرة، ومثل لها بالحرب، الغزو، والفيضانات والزلازل.

غير أنى أرى الاختلاف بين القوة القاهرة باعتبارها أحد صور السبب الأجنبي والاستحالة في مباشرة الحق في التقاضى، فبينما يشير السبب الأجنبي إلى وجود سبب أو حدث خارجي يؤدي إلى تعسر أو عدم القدرة على أداء الالتزام، وهو سبب خارج عن ارادة الطرفين ولا يمكن دفعه أو توقعه.

فإن استحالة مباشرة الحق في التقاضى يشير إلى عقبة تمنع شخص ما من رفع الدعوى القضائية للمطالبة بحقوقه أو الاستمرار في اجراءاتها وغالبا ما تكون تلك العقبات مرتبطة بالقوانين، أو بالظروف الشخصية للفرد، ولأن الأمر له جانب إصطلاحى فينبغى الإشارة

١ د. خالد بنى أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى، المجلة الأردنية فى الدراسات الإسلامية، العدد ٢، ٢٠٠٦، ص ٣.

إلى ان الاستحالة فى القانون بصفة عامة تستخدم للإشارة إلى مفاهيم متعددة ومختلفة فهى ليست فكرة ثابتة مطلقة، فقد تعنى: الاستحالة الموضوعية أو المطلقة أو المادية: وهو النوع الذى يتميز بتساوى الأشخاص أمامه مهما اختلفت إمكاناتهم الاقتصادية وقدراتهم المادية والاقتصادية من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تعنى الاستحالة النسبية - الشخصية - الذاتية وأهم ما يميزها هو عدم تساوى الأشخاص أمامها.

ومما سبق يجدر الإشارة إلى ان الاستحالة قد تنشأ قبل اللجوء إلى القضاء أو بعد اللجوء إلى القضاء.

- قبل اللجوء إلى القضاء:

يتصل الأمر بصفة مباشرة بالحق فى الدعوى ونفرق فى هذا الصدد بين أمرين، الأول: أنه فى الأساس يمكن اللجوء إلى القضاء فى أى وقت ورفع الدعوى طالما لم ينقضى الحق الموضوعى بالتقادم، ويعتبر رفع الدعوى من الاجراءات التى تقطع التقادم فيما يتصل بالحق فى الحق الموضوعى، فالفرض هنا ان المدعى فى حال رفع الدعوى بعد انقضاء الحق بالتقادم فإن للمحكمة ان تحكم برفض الدعوى ويقرر الفقه^٢ ان الدفع

^١ د.طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة فى قانون المرافعات - دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد الرابع، عدد الأول، ٢٠١٨، ص ٤.

^٢ د.آمال الفزيرى، مواعيد المرافعات، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون سنة النشر، ص ١٣٢.

بالتقادم فى هذا الفرض هو دفع موضوعى فى رأى ودفع إجرائى فى رأى آخر - وأنا أرجح الاتجاه الذى يرى انه دفع موضوعى^١ - أما الأمر الثانى فهى عندما يحدد قانون المرافعات موعدا محددًا لرفع الدعوى كما فى المثال الأبرز (دعوى الحيازة) فينبغى أن يتم رفعها قبل مضى سنة من تاريخ الاعتداء ففى هذه الحالة تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى لانتهاء شرط من شروط قبول الدعوى الخاصة التى قررها القانون فى هذا الصدد، وفى هذه الحالة يمس الجزء الحق الموضوعى والحق فى رفع الدعوى معا، فالقاضى فى هذا الفرض "يتمتع عن النظر فى توافر شروط الدعوى لأنه على فرض وجودها للمدعى عليه فإنها قد انقضت أى لم يعد لها وجود".^٢

وفى كلا الأمرين فإن الأمر يتعلق بمواعيد لرفع الدعوى، وليس بمواعيد للمرافعات، لأنها لا تتخلل اجراءات الخصومة بل هى سابقة عليها، والجزء الذى يترتب على عدم رفع الدعوى فى الحالتين يمس مباشرة أصل الحق، وفى هذا الصدد يقرر جانب من الفقه^٣ ان هذه النقطة مفصلية لإبراز الفارق بين الدعوى والمطالبة القضائية مقررا ان: "الدعوى

^١ "السقوط جزاء لحق إجرائى ولهذا لا يوجد سقوط إذا تعلق الأمر بالحق فى الدعوى، فإذا رفع الدائن دعوى بعد انقضاءها بمضى المدة فإنه يمكن الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم" د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٤١٩.

^٢ د. فتحى والى - قام بتحديثها د. أحمد ماهر زغول، نظرية البطلان فى قانون المرافعات، ١٩٩٧، ص ١٧.

^٣ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٢، ١٩٧٧، ص ١١٥، أيضا د. فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥١.

توجد سواء استعملها صاحب الحق أم لم يستعملها، أما المطالبة القضائية فلا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه متبعا للاجراءات الشكلية التى نص عليها القانون، فهى تنشأ بإعلان صحيفة الدعوى أى باتخاذ أول إجراء من إجراءات الخصومة.

- بعد اللجوء إلى القضاء:

يتصل الأمر بمواعيد للمرافعات، والجزاء الإجرائى الذى يترتب على عدم إتخاذ الإجراء فى الميعاد الذى حدده القانون وهو سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء وهو الأمر الذى يبرز محل الحق الذى يمارسه المتقاضى فى إطار من احترام المواعيد الإجرائية وهو حق إجرائى فحواه الحق فى السير فى الاجراءات (الخصومة) سواء قبل صدور الحكم فيها، أو بعد الحكم سواء فى خصومة الطعن أو فى اجراءات التنفيذ، ويتم التمسك بعدم احترام المواعيد الإجرائية من خلال دفع إجرائى يبدى قبل الكلام فى الموضوع، وغنى عن البيان ان كافة هذه المراحل على خلاف الصورة الأولى (قبل اللجوء إلى القضاء أو قبل رفع الدعوى) تتخلل اجراءات الخصومة، وهى من شأنها أيضا ان تؤثر على أصل الحق الموضوعى بصورة غير مباشرة^١.

٣. صعوبة التفرقة بين السبب الأجنبى واستحالة مباشرة الحق فى التقاضى:

^١ د.آمال الفزائرى، مواعيد المرافعات، المرجع السابق، ص ١٢٨، ص ١٣٠.

التنفيذ المعيب، أو المتأخر وانه إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام يكون التنفيذ بمقابل، ولكن بعد ذلك قام المشرع فى م ٢١٥ مدنى بالنص على ان: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه .ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه". أى انه إذا اثبت المدين ان التنفيذ استحال لوجود سبب أجنبى ابتداء، أو ان السبب فى تأخره هو سبب أجنبى أى ان المادة تناولت فى النهاية (عدم تمكن المدين من تنفيذ الالتزام فى الوقت المحدد بسبب القوة القاهرة). ورتبت النتيجة القانونية وهى أنه يُعفى من المسؤولية.

ويمثل ذات الاتجاه لمادة على عقد المقاولة، فيقرر انه تحقق الاستحالة فى التنفيذ يعنى استحالة تواجد المهندس والمقاول والعمال فى الموقع وما يستتبعه ذلك من توقف أعمال التنفيذ المختلفة، لكن فى فرض القوة القاهرة فإن المهندس والمقاول والعمال يتواجدوا فى موقع التنفيذ ولكن بسبب حدث/واقعة ما فإنه يستحيل عليهم مباشرة الأعمال مما يترتب عليه عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات التعاقدية وما تضمنه خطط العمل المتفق عليه

[%D9%85%D8%AA%D8%B9%D9%84%D9%82%D8%A9-%D8%A8%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-h-hamed](#)

والبرنامج الزمنى المتفق عليه، وفى خصوص عقد المقاوله قرر جانب من الفقه^١ ان التزام المقاول بإنهاء العمل فى الموعد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ولكى يتحقق انتفاء المسؤولية ينبغى اثبات القوة القاهرة التى أدت إلى تعطيل العمل وعدم إنجازه فى الوقت المحدد لأن القوة القاهرة فى هذه الحالة تقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي الإعفاء من المسؤولية.

وخلاصة القول فى هذه الفروض انه ينبغى التفرقة بين الاستحالة (بسبب يرجع للشئ أو الشخص فى ذاته)، وبين الاستحالة التى نشأت فى الأساس بسبب القوة القاهرة، وبالعودة إلى القانون الإجرائى فإنه مما يزيد من صعوبة التفرقة بين السبب الأجنبى واستحالة مباشرة الحق فى التقاضى ما درج عليه الفقه من تقسيم القوة القاهرة إلى قوة القاهرة عامة وقوة القاهرة خاصة^٢

- القوة القاهرة العامة:

وهى الأحداث أو الظروف التى تتوافر فيها شروط القوة القاهرة وأدت إلى تحقق استحالة مباشرة الخصم لحقوقه وواجباته الإجرائية فى المواعيد المحددة قانوناً، غير انها لا تتوافر

^١ د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج٣، ص ٨١١.

^٢ راجع بصورة أساسية د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها.

فى جانب الخصم وحده ولكن فى جانب العديد من الأشخاص فى الدولة بأكملها كما كان الوضع فى فرض الحظر الصحى وقت انتشار فيروس الكوفيد ١٩، أو فى إقليم أو قطاع معين من الدولة كما لو توافرت القوة القاهرة فى الأجزاء فقط التى تم غزوها عسكريا فى دولة ما، فى حين ان باقى المناطق تباشر نشاطها بشكل طبيعى ولا تتوافر فى جانبهم القوة القاهرة.

- القوة القاهرة الخاصة:

ظروف أو أحداث خاصة بالخصم وحده دون غيره، والتى تتوافر فيها كافة شروط الاستحالة أو القوة القاهرة، مثل وفاة أحد الخصوم فى الخصومة، المانع الأدبى الذى قد يتوافر لدى الخصم ويحول بينه وبين المطالبة بحقه، أو القيام بواجباته الاجرائية فى الميعاد الذى يحدده القانون.

ومن دقة التفرقة عرضت فى البداية للفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائى، أيضا بسبب التقارب الشديد بين الحادث الفجائى (باعتباره سبب أجنبى لكنه حدث بسبب داخلى فى الشئ نفسه كانهجار إطار السيارة)، غير أنه ومع دقة التفرقة فى عمومها فإن -فى رأى- لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى ذاتية مختلفة عن السبب الأجنبى (القوة القاهرة)، والسبب الأخير الذى أسوقه ويبرر صعوبة التفرقة انه فى بعض الحالات يمكن

ان يكون للسبب الأجنبى تأثير على استحالة مباشرة الحق فى التقاضى ولكنهما فى النهاية ليسا نفس الشئ.

إجمالاً يمكن القول:

ان استحالة اللجوء للقضاء مصطلح واسع يشمل مجموعة من الفروض المتعددة التى تتحدد فى النهاية فى نتيجتها وهى عدم قدرة الخصم على مباشرة حقوقه الإجرائية سواء ما يتصل بالحق فى الدعوى قبل اللجوء إلى القضاء ورفع الدعوى أو بعد اللجوء إلى القضاء وما تتضمنه تلك المرحلة من واجبات وحقوق وأعباء إجرائية.

غير الاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى أو اللجوء إلى القضاء قد تتحقق فى جانب أحد أطراف الخصومة (استحالة خاصة)، وهو ما يعبر عنه الفقه بالقوة القاهرة الخاصة، غير ان مصطلح استحالة مباشرة الحق فى التقاضى أوسع نطاقاً من مفهوم القوة القاهرة الخاصة، فعلى سبيل المثال الحالات التى يطلب فيها أحد الخصوم طلب المساعدة القضائية (فى القضاء العادى) لا يعتبر من حالات القوة القاهرة^١، ولكنه يظل مع ذلك مشكلاً لإحدى حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى.

^١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

أما الاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى التى تتوافر فى جانب الكافة دون تفرقة كحالات الحروب والزلازل وحالات الطوارئ الصحية فهنا تنطبق قواعد القوة القاهرة وهى ما يعبر عنها "بالقوة القاهرة العامة"، وهنا نكون أمام فرضين فإما تتصدى لتلك الحالات القواعد العامة فى قانون المرافعات أو ان تصدر الدول قرارات لمواجهة حالات الطوارئ.

المطلب الثانى

الأساس القانونى والفنى لتنظيم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

يراعى قانون المرافعات الظروف التى قد تلم بأحد الخصوم إما لأسباب تتعلق بالخصوم وحدهم، أو لأسباب عامة على الدولة بأكملها كالزلازل والفيضانات وغيرها، وبالرغم من ان القانون نظم مواعيد المرافعات ورتب آثار على عدم الالتزام بها، كما قرر جزاءات إجرائية لمنع الخصومة الراكدة من الاستمرار للأبد تحقيقا للعدالة وسرعة الفصل فى المنازعات كسقوط الخصومة، واعتبار الدعوى كأن لم تكن وغيرها، إلا انه إذا ألم عارض أو سبب أجنبى بالخصم لأدى ذلك إلى وقف مواعيد المرافعات واعتبار كل إجراء تم اتخاذه خلال فترة الوقف أو الانقطاع باطلة.

أما فيما يتصل بالاثبات فقد قرر المشرع فى م ٦٣ من قانون الاثبات انه يجوز فى جميع الأحوال اثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة بجميع طرق الاثبات فى حالتين: الأولى إذا

فُقد السند الكتابي لسبب لا دخل لصاحبه فيه، الثانية : إذا وجد مانع أدبي أو مادي حال دون الحصول على دليل كتابة."

وفى ذات الاتجاه فإن م ١/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان فيما يتصل بالحق فى المحاكمة العادلة فى المسائل المدنية، فمن الصحيح ان المادة لم تنص صراحة على "الحق فى اللجوء إلى القضاء" غير ان هذا الحق مقرر ضمناً، وانطلاقاً من هذا المفهوم قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان فى أحد أحكامها انه على الدول لابد ان تنتبه فى تنظيمها لمواعيد سقوط الدعوى ألا تؤدى هذه المواعيد إلى تقييد حق الأشخاص فى اللجوء إلى القضاء على النحو الذى يؤدى إلى اهدار حقوقهم الموضوعية محل للحماية القضائية^١.

وبالتالى فإن الأساس القانون الذى أدى إلى تنظيم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى هو الحق فى اللجوء إلى القضاء، ويعد الأساس الفنى لمباشرة هذا التنظيم من قبل القضاء أمرين: قاعدة عدم سريان المواعيد فى مواجهة من لا يستطيع التصرف من جهة، وسلطة القضاء العادى فى إعمال مبدأ التناسب من جهة أخرى ، وذلك للتوفيق بين حقوق الدفاع التى تتفرع عن ضمان الحق فى اللجوء إلى القضاء من ناحية، وضمن

¹Ola Johan Settem, opt.cit., p.60.

^١ د.طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة فى قانون المرافعات- دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد الرابع ، عدد الأول، ٢٠١٨، ص ١٠.

حسن سير العدالة الذى يعتبر الأصل عدم التوقف أو الانقطاع من ناحية أخرى، وهو ما إذا قدر القاضى توافر حالة الاستحالة بضوابط معينة سيؤدى ذلك إلى الخروج عن أحد مقتضيات حسن سير العدالة لأنه توافر الاستحالة سيؤدى إلى الوقف وعدم إعمال البطلان فى خصوص الاجراءات التى تتم خارج المواعيد المقررة. والموازنة بين هذه الاعتبارات هى ما يشكل سلطة القاضى التقديرية فى إعمال رقابة التناسب.

الفرع الأول

الحق فى اللجوء إلى القضاء

يعد الحق فى اللجوء إلى القضاء الأساس فى ضمان الحق فى التقاضى من خلال تمكين الأفراد من اللجوء إلى القضاء، أو اتخاذ الاجراءات فى المواعيد المحددة قانوناً، أى فى مرحلة ما قبل رفع الدعوى ومرحلة ما بعد رفع الدعوى، ويبرر ذلك عدد من الأسباب. فمن جهة أولى، ضمان اعتبارات الأمن القانونى فى المجتمع ذلك ان: "الاستقرار الحقيقى للحقوق والمراكز القانونية فى المجتمع هو الذى يكون بعد تمكن الأفراد من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم ومراكزهم القانونية أو للدفاع عنها أو تمكينهم من اتخاذ

^١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٢٢.

الاجراءات وتنفيذ الواجبات والأعباء الإجرائية اللازمة لحماية الحقوق والمراكز الملقاه على عاتقهم.^١

ومن جهة ثانية، المساواة أمام القانون، أيضا يتصل الحق فى التقاضى والوصول إلى العدالة بالأخص فيما يتصل بتنظيمه إلى التأكيد على المساواة أمام القانون، فيتمتع جميع الأفراد بالمساواة فى الحصول على الحماية القضائية وفى تذليل العقبات المادية والقانونية التى قد تواجه الأفراد فى الوصول إلى العدالة، ولهذا يتم الإشارة إلى الحق فى التقاضى بأنه حق تتقاطع فيه العديد من الحقوق، ولهذا ينبغى ان يتم فهمه وتفسيره فى ضوء عدد من المبادئ من ضمنها الحق فى المساواه أمام القانون، وهو ما من شأنه ان يؤكد ويعزز غيرها من الحقوق، كالحق فى الصحة مثلا وذلك عن طريق ضمان الحصول على الحماية القضائية للحق فى الصحة أو غيرها من الحقوق.

والحق فى اللجوء إلى القضاء مستقل عن الحق فى الدعوى والمطالبة القضائية غير ان كلا منهم يرتبط بالآخر بطبيعة الحال، فذاتية الحق فى الدعوى تعكس وجود عدد من الحقوق الإجرائية كما ان رفع الدعوى يعتبر علامة لبداية الاجراءات^٢، وفى ذات الاتجاه

^١ د.محمد سعيد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٢.

^٢ Soraya Amrani Mekki, Le temps et le procès civil, Thèse de doctorat en Droit, 2000, p.15.

يقرر الفقه^١ الطلب وسيلة يمكن ان تستخدم من صاحب الحق أو ممن لا حق له، ولهذا فإنه ليس صحيحاً ما يقال من البعض من ان المطالبة القضائية تعتبر استعمالاً للحق فى الدعوى، إذ هى ترمى إلى تقرير وجود هذا الحق، فلا يمكن ان تكون استعمالاً له وإنما المطالبة تعتبر استعمالاً لحق آخر هو الحق فى الإلتجاء إلى القضاء وهو حق عام مقرر لكل شخص، فالحق فى الدعوى هو الحق فى طلب الحماية القضائية الذى يخوله القانون لشخص معين وهو الشخص الذى وقع اعتداء على حق أو مركز قانونى خاص به يخوله رفع الدعوى أمام القضاء، وتتجسد هذه الدعوى أمام القضاء من خلال الطلب وهو ما يبرز الارتباط الوثيق بين فكرة الدعوى والطلب، فالأولى باعتبارها الحق فى الحصول على الحماية القضائية فإن هذه الحماية لا يمكن الحصول عليها إلا من خلال الطلب القضائى.

أولاً: مفهوم الحق فى اللجوء إلى القضاء :

يشير الفقه^٢ -وبحق- ان الدراسات فيما يتصل بتطوير قواعد الاجراءات المدنية وبصفة خاصة الوصول إلى القضاء أو مباشرة الحق فى التقاضى مرت بعدة مراحل، ففى البداية كانت تتخذ أساساً لها التركيز على مبدأ المساواة فى اللجوء إلى القضاء access to

^١ .فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٥١.

^٢ Susannah Sage-Jacobson, Access to Justice for Older People in Australia, Ageing and the Law, Vol.33(2), (2015),p. 142, 143.

legal service وطلب الحماية القضائية وذلك بالتركيز على إزالة العقبات القانونية والمادية فى هذا الصدد وصولاً إلى ضمان ان يستطيع الكافة اللجوء إلى القضاء، ثم دراسة ضمان إتاحة الوسائل البديلة لفض المنازعات Informal Justice على التركيز على وسائل (غير رسمية) لمنع تصاعد النزاع ووصولها إلى المحكمة مما يؤدي إلى زيادة الفاعلية عندما يتم تقليل الضغط على المحاكم وتقليل النفقات التي تتكبدها جهات التقاضى، فيشير الفقه^١ إلى ان كلا من هذا التدرج فى الدراسات جاء استجابة للمعايير الدولية وبالتركيز على المساوى الموجودة فى الاجراءات والتي قد تؤدي إلى عرقلة اللجوء إلى القضاء ومحاولة إيجاد حلول لها لإزالة أى عقبات فى سبيل اللجوء إلى القضاء، وبالنظر إلى هذه المحاولات نجد أنها تدور فى إطار من فكرة "المفاهيم التنظيمية للعدالة الموضوعية فى المجتمع".

حاليا- كما يشير هذا الاتجاه^٢ - أصبحت الدراسات فيما يتصل بمباشرة الحق فى اللجوء إلى القضاء تنطلق من الوقوف على الاحتياجات الحقيقية للعدالة وتحليلها، وبعبارة أخرى

¹ Roderick A. MacDonald, "Access to Justice and Law Reform", Windsor Yearbook of Access Justice, Vol.10,1990, p.287.

^٢ فى ذات الاتجاه راجع بالتفصيل :

Julia H. Bass, W.A. Bogart, and Frederick H. Zemans, Access to Justice for a New Century: The Way Forward, The Law Society of Upper Canada, ٢٠٠٥, p. 1-15.

"ماذا يريد المجتمع من النظام القضائي، وماذا يحتاجون من أجل المطالبة بحقوقهم وحمائتها" وبالتالي لا يعد البحث منحصرًا في تحديد من له الحق في اللجوء إلى القضاء، ولكن ينبغي على العدالة ذاتها ان تضع في أولوياتها سد الاحتياجات القانونية Legal needs الحقيقية للأفراد في المجتمع.

وفي واقع الأمر فإن كل ما سبق يمثل صورة كبرى لدراسات عديدة تتناول الحق في الوصول إلى القضاء الذي يعد في ذاته مصطلح غاية في الاتساع، ولكن -في إطار الدراسة- نركز على أحد عناصره الإجرائية وهو ما يتصل "بالزمن".

فيعرف الفقه الحق في اللجوء إلى القضاء Access to Justice بوصفه قدرة الأشخاص على عرض نزاع قانوني على المحكمة طلبًا للحماية القضائية وذلك من خلال رفع الدعوى، والسير في الاجراءات، وذلك في ظل تحديات توجد في كافة النظم القانونية - بدرجات متفاوتة - تتمثل في تعقيد الاجراءات القضائية، والتكلفة، وطول أمد اجراءات التقاضي وهو ما يستدعي معرفة ومهارات خاصة للتعامل معها-إشارة إلى الحق في الاستعانة بمحامى-

¹ Deborah L. Rhode, Access to Justice, Oxford University Press, 2004, p.5.

غير ان من الثابت ان الحق فى اللجوء إلى القضاء له جانبين أساسيين^١:

١. جانب موضوعى Substantive : وهى تتناول طبيعة و إطار الحماية بالنسبة للحقوق التى يتمتع بها الأشخاص فى المجتمع، وهو ما من شأنه ان يفسح المجال لأسئلة أكثر اتساعا مثل المساواة بين المواطنين فى الفرص والمزايا المتاحة لهم فى المجتمع ومفهوم الحياة التى يسودها العدالة وهو ما يستتبع الحق فى الوصول إلى العدالة وطلب الحماية القضائية (عنصر الحماية القضائية للحق).

٢. جانب إجرائى Procedural: للوصول إلى القضاء فى معنى من جهة الاجراءات المتاحة لمساعدة الناس للحصول على حقوقهم وامتيازاتهم من خلال القانون وتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك، ومن جهة أخرى فاعلية هذه الاجراءات، ومثال لهذه الاجراءات هو إمكانية وصول المواطنين شخصيا لأماكن العدالة Justice Administration مثل المحاكم وأقسام الشرطة.

¹ David Allen Larson, Access to Justice, In: Marciano, A., Ramello, G.B. (eds) Encyclopedia of Law and Economics. Springer, New York, 2019, p.11.

ويعتبر الوصول إلى العدالة أو مباشرة الحق فى التقاضى مصطلح إجرائى بالدرجة الأولى^١، لأن الجانب الإجرائى يعتبر الأساس الذى يمكن الأشخاص من الحصول على الحماية القضائية وإنفاذ حقوقهم قانوناً، وبعبارة أخرى فإن الجانب الموضوعى دائماً ما يشكل الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه الجانب الإجرائى والذى يمكن ان يتحقق ويمكن ألا يتحقق، ذلك انه حتى مع الاجراءات الأشد تنظيمياً وانضباطاً فى التطبيق لن يتم جنى أى طائل من ورائها ما لم يكون هناك اعتراف حقيقى بالجانب الموضوعى أى بالحقوق وإمكانية المطالبة القضائية بحمايتها حال الاعتداء عليها^٢.

وبناء عليه فإن أى قانون أو "تطبيق للقانون" practice من قبل السلطات المختلفة من شأنه ان يمنع أو يعرقل الأشخاص من اللجوء إلى وسائل -إنفاذ القانون - المطالبة بالحماية القضائية مثل (الابلاغ لدى الشرطة، الإدعاء أمام المحاكم المدنية والجنائية، الوسائل البديلة لفض المنازعات، الاستئناف، النقض) يعتبر إنكاراً أو اعتداء على الجانب الإجرائى لحق الأشخاص فى الوصول إلى القضاء ومباشرة لحق فى التقاضى.

¹ Deborah L. Rhode, Access to Justice, Fordham Law Review, Vol.69/5, 2001, p.1786.

Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss5/11>

² David Allen Larson, Access to Justice, In: Marciano, A., Ramello, G.B. (eds) Encyclopedia of Law and Economics. Springer, New York, 2019, p.1٢

وإذا كان ذلك على مستوى الحالات الفردية قد تتأثر بعض الفئات دون البعض الآخر، غير ان - فى حالات القوة القاهرة العامة- وهى نموذج للحالات الاستثنائية لتطبيق القانون^١، فإنه كما يشير الفقه^٢ ان تواجد الدول فى حالات الطوارئ كالنزاعات المسلحة، الأوبئة وغيرها، من شأن ان يوجد حلولاً من قبل السلطات العامة تتضمن الحد من الحقوق والحريات الأساسية مما يستتبع صعوبة فى الوصول للحماية الموضوعية، ويحد من فاعلية الوسائل الإجرائية والتي تضمن فاعلية الحماية التي يضمنها القانون الموضوعى، الأمر الذى يبدو متكرراً فى استجابة الدول نحو الأزمات أو الأحوال

^١ عرفت اللجنة الأوروبية لحقوق الانسان حالة الطوارئ العامة بوصفها: "هى حالة تتميز بوجود وضع استثنائى وخطر محقق أو كارثة من شأنها ان تشكل تهديدا لكافة المواطنين فى الدولة -وليس لفئات محددة- وتشكل تلك الحالة تهديدا للحياة المنظمة للمجتمع التي تتكون منه الدولة التي تتعرض لحالة الطوارئ".

وحددت المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان أربعة سمات لحالة الطوارئ العامة: ان تكون حالة الطوارئ حالة أو وشيكة الوقوع، ان تمتد أثرها إلى كامل الأمة، استمرار الحياة المنظمة للمجتمع يجب ان تكون محددة، وأن يكون الخطر أو الكارثة استثنائية بمعنى ان القواعد العامة والتدابير الطبيعية لحفظ الأمن العام، الصحة العامة، النظام فى الدولة تصبح غير كافية وغير مناسبة.

مشار إليها لدى:

Fionnuala Ni Aolain, The Individual Right of Access to justice in times of crisis: Emergencies, Armed Conflict, and terrorism, in Access to Justice as a Human Right, edited by: Francesco Francioni, Oxford university press, 2007, p.60.

² Fionnuala Ni Aolain, opt.cit, p.58-61.

الاستثنائية، ولذا كان من الأهمية الوقوف على الوسائل التى تضمن أكبر حماية للحق فى اللجوء إلى القضاء فى الأحوال الاستثنائية.

ثانيا: الحماية الدولية للحق فى اللجوء إلى القضاء :

أهتمت كافة المعاهدات والمواثيق الدولية بتقرير الحق فى التقاضى وكذلك التأكيد على كافة الحقوق المرتبطة به وفى هذا الصدد انقسمت الحماية الدولية إلى:

١. المعاهدات والاتفاقيات التى تنص على الحق فى التقاضى أو الوصول إلى

المحكمة من منظور حقوق الانسان:

مثل الاعلان العالمى لحقوق الانسان، اتفاقية لاهى بشأن الوصول إلى القضاء على الصعيد الدولى ١٩٨٠، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، العهد الدولى للحقوق السياسية والمدنية، وكافة النصوص الواردة فى هذه المعاهدات والمواثيق الدولية تقرر الحق فى التقاضى ولكنها تقرر ما يتصل بالجوانب الموضوعية للحق فى الوصول إلى القضاء أكثر من الجوانب الإجرائية، وهو - فى رأى - ما يمكن تفهمه ذلك ان الاجراءات أمر وثيق الصلة بالتنظيم الوطنى لكل دولة على حدة، ويكفى تقرير المبدأ وعلى كافة الدول تنفيذ التزاماتها بالاجراءات التى تناسبها - أى تناسب نظامها القانونى - شرط ان تكون فى ذات الاطار الخاص بحقوق الانسان والحقوق الأساسية ويشمل ذلك الاجراءات.

ويقصد بالحقوق التي تتصل بالحق في اللجوء إلى القضاء هي الحقوق التي تعتبر أساسية من أجل تحقيق هذا الحق، مثل: الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية أمام القانون، الحق في المساواة في الحماية أمام القانون، الحق في الحصول على حماية قضائية فعالة في حالة انتهاك حق أحد الأشخاص، الحق في محاكمة عادلة وعلانية من قبل قضاء مستقل ومحيد، وينبغي التأكيد على ان كافة الحقوق الإجرائية هي حقوق أساسية لا غنى عنها من أجل إنفاذ الحقوق الموضوعية مثل الحق في حرية الرأى والتعبير، الحق في التملك، حرية الانتقال والحركة وما إلى ذلك.

٢. المعاهدات الدولية التي تقرر الحق في اللجوء إلى القضاء ولكن لفئة بعينها

عانت تاريخياً من عدم القدرة على مباشرة الحق في التقاضى:

ومن ذلك المعاهدة الخاصة بالقضاء على كل صور التمييز ضد المرأة، معاهدة القضاء على التمييز على أساس العرق Racial discrimination، وأيضاً اتفاقية الأمم المتحدة لحماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وفي هذه المعاهدات لا يتم تقرير أى حقوق جديدة غير المقررة أساساً على أساس من حقوق الانسان، ذلك أنها تكرر نفس المحتوى لكن بالنص على معاملة خاصة بالنسبة لهذه الفئات، فمثلاً في الاتفاقية الخاصة بحقوق ذوي الإعاقة تقرر التزام الدول على ضمان وصول الأشخاص ذوي الإعاقة للمعلومات

على قدم المساواة، وأنه ينبغي على العاملين فى القضاء الحصول على التدريب المناسب للتعامل مع حقوق ذوى الإعاقة وحمايتهم.

وعلى ان هذه الالتزامات الدولية كما يشير الفقه^١ تقرر الحق فى الوصول إلى القضاء إلا ان الأمر ليس على هذه الدرجة من السهولة، لأنه وإن التزمت بها بعض الدول فلن تكون ملزمة لغيرها، إلى جانب ان الدساتير والقوانين أكثر قوة فى تطبيق هذه الحقوق حين يتم النص عليها.

ثالثاً: تقرير وحماية الحق فى اللجوء إلى القضاء فى الدستور والقضاء الدستورى المصرى:

وقد نص الدستور المصرى على كفالة الحق فى التقاضى فتنص م٩٧ من الدستور المصرى الحالى على ان: "التقاضى حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضى، وتعمل على سرعة الفصل فى القضايا، ويحظر تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى، والمحاكم الاستثنائية محظورة."، بل وتتعامل المادة ٩٨ مباشرة مع الحق فى الوصول إلى العدالة

¹ Fionnuala Ni Aolain, The Individual Right of Access to justice in times of crisis: Emergencies, Armed Conflict, and terrorism, in Access to Justice as a Human Right, edited by: Francesco Francioni, Oxford university press, 2007, p.57.

أو الحق فى مباشرة الحق فى التقاضى فتقرر: "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. واستقلال المحاماة وحماية حقوقها ضمان لكفالة حق الدفاع. ويضمن القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم."، وفى الوقت الحالى وفى أكثر النظم ضمانا للإجراءات العادلة تعد من أهم العقبات الأساسية هى التكلفة الباهظة للتقاضى مما يؤدى إلى عدم قدرة الكافة على اللجوء إلى القضاء، وبالتالي يتوافر فى جانبهم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، وخلاصة القول ان المشرع الدستورى يتبنى مبدأ تذييل العقبات التى تؤدى إلى استحالة اللجوء إلى القضاء وسواء كانت الاستحالة مطلقة أو نسبية وهو ما يجب ان تتبناها قواعد قانون المرافعات بالتبعية بطبيعة الحال.

وفى هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا^١ فى حكم جمع بين طياته بالفعل كافة عناصر اللجوء إلى القضاء فقرر: "... ذلك أن الدستور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قد أفرد بابه الرابع للقواعد التى صاغها فى مجال سيادة القانون، وهى قواعد تتكامل فيما بينهما ويندرج تحتها نص المادة ٦٨ التى كفل بها حق التقاضى للناس كافة، دالا بذلك على أن التزام الدولة بضمان هذا الحق هو فرع من واجبها فى الخضوع للقانون، ومؤكدا بمضمونه جانبا من أبعاد سيادة القانون التى جعلها أساسا للحكم فى

^١ المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣، القضية رقم ١٥ ، س ٤ ق.

الدولة على ما تنص عليه المادتان ٦٤ و ٦٥ منه. وإذ كان الدستور قد أقام من استقلال القضاء وحصانته ضمانين أساسيين لحماية الحقوق والحريات، فقد أضحي لازماً - وحق التقاضي هو المدخل إلى هذه الحماية - أن يكون هذا الحق مكفولاً بنص صريح في الدستور كي لا تكون الحقوق والحريات التي نص عليها مجردة من وسيلة حمايتها، بل معززة بها لضمان فعاليتها.

وحيث إنه إذ كان ذلك، وكان الالتزام الملقى على عاتق الدولة وفقاً لنص المادة ٦٨ من الدستور يقتضيها تمكين كل متقاض من النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً لا تثقله أعباء مالية، ولا تحول دونه عوائق إجرائية، وكان هذا النفاذ - بما يعنيه من حق كل فرد في اللجوء إلى القضاء، وأن أبوابه المختلفة غير موصدة في وجه من يلوذ بها، وأن الطريق إليها معبد قانوناً - لا يعدو أن يكون حلقة في حق التقاضي تكملها حلقتان أخريان لا يستقيم بدونهما هذا الحق، ولا يكتمل وجوده في غيبة إحداهما. ذلك أن قيام الحق في النفاذ إلى القضاء لا يدل بذاته ولزوماً على أن الفصل في الحقوق التي تقام الدعوى لطلبها موكول إلى أيدٍ أمينة عليها تتوافر لديها - ووفقاً للنظم المعمول بها أمامها - كل ضمانات تقتضيها إدارة العدالة إدارة فعالة، بما مؤدها أن الحلقة الوسطى في حق التقاضي هي تلك التي تعكس حيطة المحكمة واستقلالها، وحصانة أعضائها، والأسس الموضوعية لضماناتها العملية، وهي بذلك تكفل بتكاملها المقاييس

المعاصرة التي توفر لكل شخص حقا متكاملًا ومتكافئًا مع غيره، في محاكمة منصفة وعلنية تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون، **تتولى الفصل - خلال مدة معقولة - في حقوقه والتزاماته المدنية أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه، ويمكن في كنفها من عرض دعواه وتحقيق دفاعه ومواجهة أدلة خصومه رداً وتعقيباً في إطار من الفرص المتكافئة، وبمراعاة أن تشكيل المحكمة، وأسس تنظيمها، وطبيعة القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها في نطاقها، وكيفية تطبيقها من الناحية العملية، هي التي تحدد لتلك الحلقة الوسطى ملامحها الرئيسية.** إذ كان ما تقدم، وكان حق التقاضي لا تكتمل مقوماته أو يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفًا يمثل التسوية التي يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، فإن هذه الترضية - وبافتراض مشروعيتها واتساقها من أحكام الدستور - تندمج في الحق في التقاضي باعتبارها الحلقة الأخيرة فيه، ولارتباطها بالغاية النهائية المقصودة منه برابطة وثيقة. ذلك أن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمحض عنها فائدة عملية، وإنما غايتها اقتضاء منفعة يقرها القانون، وتتحدد على ضوءها حقيقة المسألة المتنازع عليها بين أطرافها وحكم القانون بشأنها. واندماج هذه الترضية في الحق في التقاضي، مؤداه أنها تعتبر من مكوناته، ولا سبيل إلى فصلها عنه، وإلا فقد هذا الحق مغزاه وآل سراباً."

وحيث إن الدستور بما نص عليه في المادة ٦٨ منه من أن لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، قد دل على أن هذا الحق في أصل شرعته، هو حق للناس كافة لا يتمايزون فيما بينهم في مجال اللجوء إليه، وإنما تتكافأ مراكزهم القانونية في سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية. وقد حرص الدستور على ضمان إعمال هذا الحق في محتواه المقرر دستورياً بما لا يجوز معه قصر مباشرته على فئة دون أخرى، أو إجازته في حالة بذاتها دون سواها، أو إرهاقه بعوائق منافية لطبيعته، لضمان أن يكون النفاذ إليه حقاً لكل من يلوذ به، غير مقيد في ذلك إلا بالقيود التي يقتضيها تنظيمه، والتي لا يجوز بحال أن تصل في مداها إلى حد مصادرته. وبذلك يكون الدستور قد كفل الحق في الدعوى لكل مواطن، وعزز هذا الحق بضماناته التي تحول دون الانتقاص منه، وأقامه أصلاً للدفاع عن مصالحهم الذاتية وصونها من العدوان عليها، وجعل المواطنين سواء في الارتكان إليه، بما مؤداه أن غلق أبوابه دون أحدهم إنما ينحل إلى إهداره، ويكسر الإخلال بالحقوق التي يدعيها.

رابعاً: التحديات التي تواجه التنظيم الإجرائي للحق في اللجوء إلى القضاء وتتفاقم في

حالات استحالة مباشرة الحق في التقاضي العامة:

بالنظر إلى العرض السابق للحماية التي يتمتع بها الحق في اللجوء إلى القضاء سواء على المستوى الدولي أو المستوى الوطني دستورياً وقانونياً، فإن تقرير حماية هذا الحق

أمر لا مجال للشك فيه، الأمر الذى يمكن القول معه ان الحماية الموضوعية (الجانب الموضوعى) للحق فى اللجوء إلى القضاء تم تدعيمه بصورة كبيرة فى كافة الدول، ولا أدل على ذلك من الصياغة الواعدة للدساتير والقوانين المعاصرة التى تضمن الحق فى اللجوء إلى القضاء لكافة الأشخاص دون تفرقة على أى أساس كان، ومهما كانت الظروف، غير ان الجانب الإجرائى للحق فى اللجوء إلى القضاء -وهو الجزء المعنى بما إذا كانت الاجراءات كافية ومناسبة للوصول إلى العدالة ورفع الدعوى من جهة ومباشرة الاجراءات أمام جهات التقاضى من جهة أخرى- لم يشهد نفس التطور¹.

يرجع السبب الأساسى فى تأخر التطور فى التنظيم المنضبط للجانب الإجرائى إلى المحاكم والادارات الملحقة بها كقلم الكتاب، والتى تعانى فى واقع الأمر من التكدس الأمر الذى من شأنه ان يؤدى فى التأخير بالنسبة للمتقاضين سواء عند رفع الدعوى ابتداء، أو بعد رفع الدعوى عند مباشرة اجراءاتها، وهو ما من شأنه ان يؤدى فى بعض الحالات إلى إنكار الحق فى اللجوء إلى القضاء.

¹ David Allen Larson, Access to Justice, In: Marciano, A., Ramello, G.B. (eds) Encyclopedia of Law and Economics. Springer, New York, 2019, p.13.

وحرمان الشخص من الحق فى اللجوء إلى القضاء قد يتم من جهة أولى: بصفة مباشرة- وهو أمر نادر الحدوث فى وقتنا الحالى- عن طريق النص صراحة على حرمان شخص أو مجموعة معينة (طائفة) من الأشخاص من الحق فى الوصول إلى العدالة، وقد يتم من جهة ثانية: بصورة غير مباشرة من خلال فرض مجموعة من القيود والتي قد تتطرح فى صورة تنظيم للحق فى اللجوء للقضاء -وهو أمر مشروع فى ذاته- ولكنها تؤدى إلى اهدار أو عرقلة الحق فى التقاضى للمتقاضين ولكن بنسب متفاوتة، ذلك انه فرض قيود معينة على سبيل المثال رسوم معينة للتقاضى، أو ضرورة اللجوء إلى محاكم بعيدة مكانيا، قد يؤدى إلى استحالة اللجوء إلى القضاء لبعض الفئات بينما، قد يشكل صعوبة بالنسبة لفئات أخرى.

ويجدر الإشارة فى هذا الصدد ان إمكانية وجود حلول من شأنها ان تؤدى إلى تذليل العقبات التى تواجه الوصول إلى العدالة من خلال الوسائل البديلة لحل المنازعات من ناحية، أو اللجوء إلى الاجراءات الالكترونية فى التقاضى e-litigation من ناحية ثانية، هو أمر يعوزه الدقة فى رأى جانب من الفقه¹ بالنسبة للوسائل البديلة -وهو فى رأى - من الممكن ان ينطبق على الالكترونية التقاضى أيضا- ان هذه الوسائل -وإذا

¹ David Allen Larson, Access to Justice, In: Marciano, A., Ramello, G.B. (eds) Encyclopedia of Law and Economics. Springer, New York, 2019, p1٤.

نحننا عنصر التكلفة- بالفعل قد تؤدي إلى زيادة معدل الوصول إلى العدالة، غير أن الأحكام أو النتائج التي تسفر عنها هذه الإجراءات البديلة قد تكون غير عادلة وذلك لعدم اعتماد هذه الوسائل للمعايير التي يلتزم بها النظام القضائي.

وإجمالاً يمكن القول أن التحديات التي تؤثر على الحق في اللجوء إلى القضاء إجرائياً بطريقة فعالة في المجتمعات المعاصرة هو عنصرى **التكلفة - والوقت**^١، وهنا ينبغي الإشارة إلى أن نظام تحقيق العدالة محفوف بأوجه القصور والتحديات، فمن ناحية تشير التحديات إلى كل ما من شأنه تقويض قدرة السلطة القضائية وجهودها في تحقيق العدالة. ومن ناحية أخرى، تشير أوجه القصور إلى فشل النظام القضائي في تلبية المعايير التي وضعها الدستور لتحقيق العدالة^٢، ومن هذا المنظور تعتبر أكثر التحديات التي تواجهها السلطة القضائية وأوجه قصورها في تنفيذ مهمتها في تحقيق العدالة هي تراكم القضايا، والفساد، وعدم الكفاءة، والتأخير، وارتفاع تكاليف اللجوء إلى العدالة، وعدم إمكانية وصول بعض الأشخاص فعلياً إلى المحاكم.

¹ David Allen Larson, opt.cit.,p.14.

² Mr. Justice. Luke Malamba, Digilisation of the courts and access to justice: The Zimbabwean Perspective, The Zambian Judicial Conference 2022, 1 December 2022, p.27.

وبالتركيز على عنصر "الوقت" فإن أهم ما يتصل به من مسائل تؤدي إلى تعطيل الحق في اللجوء إلى القضاء هو تراكم القضايا والتأخير.

بصفة عامة فإن تراكم القضايا أمام المحاكم يحدث لأن القضية مازالت معروضة على المحكمة ولم يتم الفصل فيها وفقاً للمواعيد والأجال التي يحددها القانون لها في هذا الصدد، ويعتبر المؤشر الأساسي لها هو ان عدد القضايا التي يتم عرضها على المحكمة في فترة زمنية محددة أكبر من عدد القضايا التي يتم الفصل فيها في نفس الفترة الزمنية^١، وهو ما من شأنه ان يقيد الجهود المبذولة تشريعياً وقضائياً في محاولة لمواجهة بطء العدالة.

يرجع السبب في تراكم القضايا أمام المحاكم إلى التأخير في إقامة العدل وفي هذا الإطار فإن التأخير^٢ قد يعنى: "الوقت الذي تستغرقه القضية أمام درجة معينة من درجات التقاضي" من جهة، أو قد يعنى أسباب التأخير من جهة أخرى وتطبيقاً لذلك فإن التأخير قد يحدث بأشكال مختلفة، فقد يبدأ التأخي رفي قلم كتاب المحكمة نتيجة لسلوك موظفي المحكمة، وقد تكون ناجمة أيضاً عن سلوك المتقاضين الذين يأخذون اجراءات بهدف

¹ Action Committee on Court Operations in Response to COVID-19, Roadmap to Recovery: Orienting Principles for Reducing Court Backlog and Delay, at p. 2. Available at: <https://www.fja.gc.ca/COVID-19/pdf/OrientingPrinciples-Reducing-Backlog-and-Delays.pdf>.

^٢ الاشارة السابقة.

المماطلة ويطلبون التأجيل لدوافع خفية، وأخيراً قد تكون ناجمة عن المحاكم التي تستغرق وقتاً طويلاً لتحقيق العدالة فى سبيلها لإصدار الأحكام، وأياً ما كان السبب فإنها جميعاً تؤدى إلى نتائج سلبية تحاول نظم العدالة فى العالم أجمع التغلب عليها.

وإذا كانت هذه التحديات أو أوجه القصور فى الوضع العام وفى كافة الدول ولكن بدرجات متفاوتة، إلا ان وجود القوة القاهرة بصفة خاصة أو أى سبب يؤدى إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى بصفة عامة من شأنه ان يفاقم من هذه المشاكل ويستدعى وجود حلول للتعامل مع تلك الفروض مع الحفاظ على الحق فى التقاضى وما يتصل به من حقوق تحت أى ظرف، فتوافر استحالة مباشرة الحق فى التقاضى يترتب عليها بصفة مبدئية "الوقف"، وهو ما من شأنه ان ينعكس على المواعيد الإجرائية واجراءات التقاضى مما يجعلنا أمام اعتبارين يجب التوفيق بينهما، الأول: هو مراعاة الظرف الذى أدى إلى حالة الاستحالة وبالتالي وقف المواعيد والاجراءات حتى لا يتهدد حق الشخص فى اللجوء إلى القضاء لسبب لايد له فيه من جهة.

الثانى: هو ان القضايا لا ينبغى ان تظل منظورة أمام القضاء إلى ما لانهاية إلى جانب مراعاة حقوق الخصوم الآخرين أيضاً فى ألا تظل حقوقهم معلقة لتوافر ظرف ما فى جانب خصمهم من جهة أخرى.

خامسا: تنظيم المشرع الإجرائى للحق فى رفع الدعوى من جهة، ومواعيد للسقوط حتى لا يستمر نظر الدعوى إلى ما لا نهاية من جهة أخرى وفقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات:

١. الميعاد الذى قرره المشرع لرفع الدعوى:

يثير هذا الأمر التفرقة بين الحق الموضوعى والحق فى الدعوى، وكذلك التفرقة بين ميعاد رفع الدعوى من جهة وكافة المواعيد الإجرائية^١ من جهة أخرى. فيما يتصل بالمسألة الأولى يشير الفقه^٢، إلى العلاقة بين الحق الموضوعى والحق فى الدعوى وانتهاء الفقه حديثا إلى الفصل بين الاثنين فالحق فى الدعوى لا يعتبر أحد عناصر الحق الموضوعى ذلك ان فى بعض الأحيان، يكون هناك حق فى الدعوى ولا يكون هناك حق موضوعى كما لو لجأ شخص إلى القضاء من خلال دعوى تقرير سلبية وهو أنه غير مدين لشخص آخر بمبلغ من النقود على سبيل المثال، ولا أدل على ذلك من حالات عدم قبول الدعوى، فهى حالات يكون من الظاهر فيها عدم وجود إيداع أو غيره من الأسباب التى تمنع من سماع الدعوى من الأساس وهو ما من شأنه ان يعتبر

١ د.آمال الفزيرى، مواعيد المرافعات، المرجع السابق، ص ١٢٢.

٢ د.فتحى والى، د.أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص ١٤.

تنظيماً من قبل المشرع للحق فى الدعوى، ومن أحد أهم أسباب عدم قبول الدعوى هو رفع الدعوى بعد الميعاد القانونى.

فالدعوى إن كانت فى الأصل حق فإنها تعتبر رخصة يترك ممارستها لارادة صاحبها، إلا ان ذلك لا يتعارض مع حق المشرع فى تنظيم ممارسة هذا الحق، ومن قبيل هذا التنظيم تحديد المشرع موعداً لرفع الدعوى، فيعتبر والحال كذلك شرط من شروط رفعها ولا يعد من قبيل العوائق الإجرائية التى من شأنها ان تعرقل الحق فى الوصول إلى القضاء^١.

ويعتبر من مواعيد رفع الدعوى الميعاد الذى قرره المشرع لرفع دعوى استرداد الحياة فيجب ان يتم رفعها خلال سنة من تاريخ فقد الحياة، دعوى المديونية كذلك تتقدم بمرور خمسة عشر سنة، ويترتب على عدم مراعاة المواعيد المحددة لرفع الدعوى عدم قبولها، والقاضى هنا لا ينظر فى توافر شروط قبول الدعوى، لأنه على فرض وجودها للمدعى فى مواجهة المدعى عليه، فإنها انقضت أى لم يعد لها وجود^٢.

^١ د.آمال الفزيرى ، المرجع السابق، ص ١٢٤.

^٢ د.فتحى والى، د.أحمد ماهرزغول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص ١٧.

٢. مواعيد السقوط (سقوط الخصومة):

يعرف الفقه^١ بأنه زوال الخصومة واعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعى بنشاطه اللازم لسيرها وذلك لمدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من اجراءات التقاضى، بالتالى فهو الجزاء الذى يوقعه القانون على المدعى نتيجة لإهماله فى مباشرة نشاطه فى الخصومة.

ويرجع السبب وراء تقرير نظام السقوط فى القانون المصرى إلى تحقيق مصلحة خاصة تتمثل فى حث المدعى على السير فى الخصومة وتهديده بالسقوط عقابا له إذا لم يقوم بموالاته السير فى الخصومة بدون -مانع قانونى من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق مصلحة عامة تتمثل فى منع تراكم القضايا أمام المحاكم، وفى هذا الإطار يؤكد جانب من الفقه^٢ انه من غير الدقيق القول بأن نظام السقوط تم تقريره رعاية لمصلحة المدعى عليه، فالمشرع راعى مصلحة الأخير (فله ان يطلب سقوط الخصومة حتى لو عجل المدعى دعواه بعد انقضاء مدة الوقف، كما ان مدة السقوط تسرى فى مواجهة الكافة ولو كانوا عديمى الأهلية أو ناقصيها م١٣٩مرافعات).

^١ د.فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

^٢ د.أحمد هندى، التمسك بسقوط الخصومة "همة الخصوم" -دراسة مقارنة، الدار الجامعية، ١٩٩١، ص ٥٤.

غير ان السبب الأساسى فى واقع الأمر هو تحقيق الصالح العام، من خلال التخلص من القضايا الراكدة بشتى الطرق حتى لا تتأثر العدالة، ودليل ذلك ان المشرع ينص على عدم قابلية طلب سقوط الخصومة للتجزئة، فى حالة تعدد أطراف الخصومة يوجب القانون توجيه طلب السقوط ضدهم جميعا وإلا حكم القاضى بعدم قبوله.

ويفترض سقوط الخصومة عدم السير فى الخصومة باهمال من المدعى، أى عدم القيام بالأعمال الإجرائية اللازمة لسير الخصومة، وتسرى مدد السقوط بعد بدء الخصومة، ان يستمر ركود الخصومة لمدة ستة أشهر، وتبدأ هذه المدة من آخر عمل إجرائى صحيح له تاريخ محدد.

وتتعدد آثار سقوط الخصومة على ان هذه الآثار تترد إلى اللحظة التى تحققت فيها مفترضاته وهى: لا أثر للسقوط على الحق الموضوعى المطلوب حمايته، ولا على الحق فى الدعوى ذلك انه حتى ولو سقطت الخصومة للمدعى ان يبدأ خصومة جديدة باجراءات جديدة، غير ان السقوط مع ذلك من الممكن ان يؤثر بطريق غير مباشر على انقضاء الحق الموضوعى والحق فى الدعوى، ذلك ان السقوط يؤدي إلى زوال الأثر القاطع للتقادم، فيعتبر التقادم كأنه لم ينقطع مما يعرض الدعوى للانقضاء بالتقادم قبل ان يتم رفعها مرة أخرى. وتزول الخصومة التى سقطت بما فيها من أعمال وما ترتب عليها من آثار.

٣. انقضاء الخصومة بمضى المدة^١:

تتقضى الخصومة بمضى المدة إذا لم يتم السير فيها لمدة طويلة من الزمن تزيد عن ستة أشهر، ولم يكن هذا الركود راجعا لإهمال المدعى، فهى والحال كذلك لن تسقط الخصومة، لكن يترتب على قيامها حقوق إجرائية لا ينبغى ان تظل موجودة للأبد، ولذات العلة لأنه أيضا لا يجوز بقاء القضايا راكدة فى المحاكم بدون حركة.

وتتقضى الخصومة بقوة القانون بمجرد انقضاء سنتين على آخر إجراء صحيح فيها، ولا حاجة لطلب ذلك من المدعى عليه، تتقضى الخصومة بمضى المدة أيا كان سبب عدم السير فيها وسواء كان السبب راجعا إلى المدعى أو المدعى عليه، على انه مثلها مثل السقوط لا يؤدي انقضاء الخصومة إلى انقضاء الحق فى الدعوى إلا إذا كانت مدة تقادم الحق فى الدعوى ذاتها قد أتمت وبالذات القدر لا يؤثر إنقضاء الخصومة فى الحق الموضوعى الذى رفعت به الدعوى، ويؤدى إنقضاء الخصومة إلى زوال اجراءاتها ما عدا الأعمال والأدلة التى نص القانون على بقاءها حال سقوط الخصومة فإنها تبقى أيضا رغم انقضاء الخصومة بمضى المدة.

^١ د.فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٠٧-٦٠٩.

الفرع الثانى

الأساس الفنى للتنظيم الإجرأى لحالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

ترد القواعد العامة فى قانون المرافعات لمواجهة فروض استحالة مباشرة الحق فى التقاضى العامة أو الفردية إلى قاعدة عدم سريان المواعيد فى مواجهة من لا يستطيع التصرف من جانب، ورقابة /مبدأ التناسب الذى يباشره القاضى العادى لحماية الحق فى اللجوء إلى القضاء (ومباشرة اجراءات التقاضى) من جانب، وفى ذات الوقت حسن سير العدالة من جانب آخر.

أولاً:مبدأ عدم سريان الميعاد فى مواجهة من لا يتمكن من اتخاذ الإجراء للمحافظة على حقه

يعتبر هذا المبدأ **Contra non valentem** غاية فى القدم والرسوخ -إن جاز التعبير- ويعد أساسه فى القانون الرومانى وله صدق فى التطبيق فى مختلف النظم القانونية سواء دول النظام اللاتينى أم دول النظام الانجلوسكسونى، كما انه يجد مجالاً للتطبيق فى كافة فروع القانون، ويتأثر مدى وكيفية تطبيق المبدأ من دولة إلى أخرى وفى نفس الدولة أحياناً من وقت إلى آخر وفقاً لاعتبارات اجتماعية وتشريعية، لكن فى كل الأحوال إن هذا المبدأ يدور وجوداً وعدمًا مع تطبيق التقادم، ويقرر هذا المبدأ انه من غير العادل ان يسرى التقادم فى مواجهة من لا يستطيع التصرف (قانوناً) أو اتخاذ أى إجراء من

شأنه قطع مدد التقادم التي تسرى في مواجهته، وتلك القاعدة تأتي في المقام الأول في صالح المدعى/ الدائن- في الاجراءات القضائية- فيما يتصل بالوقت الذي ينبغي ان يقوم فيه بالمطالبة بحقه¹.

١. ارتباط تطبيق المبدأ بالتقادم /المدد المقررة لسقوط الحق:

تم صياغة هذا المبدأ في القرن الرابع عشر من قبل الفقيه الإيطالي Bartolus de Saxoferrato، تأثراً بالقانون الروماني، ومن مقدمات هذا المبدأ قاعدة أخرى راسخة تفيد ان بمجرد انقضاء فترة التقادم يفقد الطرف المتضرر الحق في الانتصاف القانوني، صحيح انه حقهم ثابت باعتباره (حق طبيعي) لكنه يفقد إمكانية المطالبة به لتتشكل بذلك القاعدة العامة التي مفادها ان القانون "لا يحابي إلا لمن حرص على حقه، ولم يتقاعس عن المطالبة بحقه" The Law assist those who are vigilant, not those who sleeps over their Rights² وتأسيساً على هذه القاعدة فإن المحكمة تتوقع من الأشخاص الأطراف في عقد أو علاقة قانونية أو التزام معين درجة من اليقظة

¹ Schrage, E J H, Contra non valentem agree, non currit praescriptio : the failure to comply with statutory time-limits deprives a potential claimant of his claim, or does it?, Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, 2012.

² Herbert Broom, A Selection of Legal Maxims – Classified And Illustrated, 7th ed, 1874, p.892.

والحرص، فالإجراء القضائى ينبغى ان يتخذ فى وقت معين محدد سلفا قانونا وبالتالى أى امتناع سيؤدى إلى سقوط هذا الحق الذى كان ينبغى الدفاع عنه خلال الوقت أو المدة الزمنية المحددة وهنا يكون من اللازم تطبيق المبدأ سالف الذكر، ومن باب أولى تجد هذه القاعدة مجالا للتطبيق عندما يحرم الشخص نفسه من حق معين أو من المطالبة القانونية به نتيجة لإهماله فى اتخاذ ما يلزم للمحافظة على حقه.

وتعليقا على ذلك يقرر جانب من الفقه^١ ان مثل هذه القاعدة السابقة زادت من الكراهية -أو عدم تأييد البعض لفكرة التقادم- وأنه وسيلة غير عادلة ومن شأنها ان تتسبب فى ضياع الحقوق، ويتوقع هذا الجانب ان السبب فى ذلك هو الطريقة التى تم تناولت بها التشريعات التقادم/نصوص التقادم، والتى ركزت على اكتساب أو فقدان الحقوق، مما شتت النظر عن الأغراض الأساسية للتقادم والتى تتمثل فى عنصرين أساسيين، الأول: كان من المفترض ان يكون التقادم قانون يحفظ السكون (بقاء الوضع كما هو عليه نظرا لمرور الوقت) Statute of repose ، وليس الهدف من التقادم هو إنشاء قرينة ان فى الأصل ان الحق تم اقتضاه تقوية لمركز المعتدى على الحق بمجرد مرور الوقت (التقادم)

^١ مشار إلي هذا الاتجاه لدى :

Herbert Broom, A Selection of Legal Maxims – Classified And Illustrated, 7th ed, 1874, p.89٣.

ولكن واقع الأمر والذى يصعب شرحه ان المسألة قد تتعلق فى الأساس بأن الالتزام قد تم نسيانه أصلاً للوفاء، أو أختفاء ما يثبتته وما إلى ذلك من عناصر السبب فى حدوثها كلها هى مرور الوقت دون اتخاذ إجراء حيالها مما من شأنه ان يؤدى إلى صعوبات واقعية وان الفائدة التى تتحقق من المطالبة بالحق والحال كذلك، لا تتناسب البتة مع الضرر الواقع حيال إحداث حركة فى حقوق استقرت بمرور الوقت.

الثانى: يعتبر التقادم وسيلة لمعاقبة أو توقيع جزاء على صاحب الحق الذى تراخى أو أهمل فى المطالبة بحقه، والحفاظ على اعتبارات الأمن والاستقرار المركز القانونية التى نشأت نتيجة ظهور المعتدى (المدعى عليه) بوضع ظاهر معين فترة طويلة من الزمن، ولذلك قديماً فى دعاوى المطالبة بالملكية فى انجلترا والولايات المتحدة كان دائماً ما يرد فى التسبب بعد انقضاء فترة تقادم محددة لا ينبغى للشخص الاستفادة بملكيته أو ملكية أسلافه، ان يحتج بالعمل غير المشروع لخصمه الذى اعتدى على ملكيته، وذلك إذا كان الطالب قد أهمل فى المطالبة بحقه لمدة غير معقولة وغير مبررة، فيرفض القانون فى هذه الحالة تقديم أى حماية قضائية له، وذلك تطبيقاً لقاعدة: ان القانون لا يحابى إلا من حرص على حقه ولم يتقاعس عن المطالبة بحقه.

٢. مبدأ من مبادئ العدالة:

ومن هنا تم اعتبار مبدأ " عدم سريان مواعيد التقادم فى جانب من لا يستطيع اتخاذ الإجراء "من مبادئ العدالة equity التى تم إقراره كوسيلة للتغلب على حالات عدم العدالة الناشئة عن التقادم طويل الأجل والتقادم قصير الأجل على النحو السالف، ليستفيد من هذا المبدأ الأشخاص الذين يتوافر فى جانبهم مانع يعيقهم عن التصرف^١، وحتى فى الدول التى تتبنى بشدة مبدأ التقادم فإنه قد تم إقرار عدم سريان الحكم، أو التصرف فى مواجهة الشخص غير القادر على التصرف وعدد لها أسباب كأن يكون قاصر، أو أصاب بالجنون، أو كان لايعلم بوجود حقه لسبب لا خطأ له فيه وسواء كان ذلك بسبب

^١ وتؤثر الاعتبارات التاريخية والاجتماعية فى حدود تطبيق هذا المبدأ"التقادم لا يسرى فى مواجهة من لا يستطيع التصرف"، فيقرر الفقه ان أعمال هذه القاعدة باعتبارها استثناء من قاعدة ان القانون لا يحابى من يغفل/ينام عن حقه." فى الامبراطورية الرومانية أخذ فى التطبيق شكل القاعدة بالرغم من كونها الاستثناء، لأن فى كل مرة يخرج فيها الامبراطور وجنوده للحرب فيرجع الجنود ليجدوا من استولى على حقوقهم بمضى المدة الأمر الذى دفع الامبراطور إلى تطبيق الاستثناء باعتباره القاعدة حماية لجنوده، أيضا بعض القوانين مثل Canon Law والذى كان يتصف بالعدائية قبل التقادم ويجد أنها وسيلة لحماية لمن لا يتمتعوا بالأمانة (من يستولوا على الحق"، فوقفا لأحكام هذا القانون كان الأسباب التى يتم إقرارها لاعتبار الشخص غير قادر على التصرف وبالتالي عدم سريان التقادم فى مواجهته غاية فى الاتساع فشملت الفروض القانونية والواقعية وإن كانت تتميز بالترديد، راجع:

Douglas Nichols, Contra Non Valentem, Louisiana Law Review, Vol.56/2, Winter 1996, p.343.

Benjamin West Janke, François-Xavier Licari, Contra Non Valentem in France and Louisiana: Revealing the Parenthood, Breaking a Myth, , Louisiana Law Review, Vol.71/2, winter 2011, p.512.

الطرف الآخر أم لا، السجن، السفر، ولكن هنا يكون التنظيم بكيف يتم حساب مدد التوقف وعودة سريان الميعاد بعد زوال المانع^١.

وفى الوقت الحالى فإن وجود هذا المبدأ وإن لم يذكر صراحة وإن تم التعبير عنه بمصطلحات مختلفة إلا انه موجود وبقوة وهو الأساس التشريعى لكل مرة يتوافر فيها مانع أو عائق يمنع من اتخاذ اجراءات التقاضى لأسباب مستقلة عن إرادة المدعى (صاحب الحق المهدد بالانقضاء)، فالفرض ان الشخص يقوم برفع الدعوى إما بعد انقضاء الحق الموضوعى- أو لم ينقضى الحق الموضوعى ولكن لسبب ما - لا دور لارادته فى وقوعه- لم يباشر الاجراءات على النحو المقرر قانونا سواء قبل رفع الدعوى أو بعدها، والحال كذلك سواء كان المدعى بصدد حق موضوعى أو إجرائى - القوانين الإجرائية كثيرا ما تمس القوانين الموضوعية وإنما بصورة غير مباشرة^٢- فحقه مهدد لعدم

¹ Herbert Broom, A Selection of Legal Maxims – Classified And Illustrated, 7th ed, 1874, p.٩٠٣.

غير ان هذا الاتجاه فى شرحه للمبدأ يشير ان التشريعات فى ذلك الوقت فى الولايات المتحدة وانجلترا، كانت لا ترتب على توافر المانع وقف سريان المواعيد إلا مرة واحدة حتى ولو ظهر مانع بعد ذلك كوفاة المدعى عليه..الخ.

^٢ كما ان الأساس الموضوعى للحق لا يسقط إلا من خلال استحالة المطالبة به بواسطة الدعوى أى بطريق غير مباشر.

د.آمال الفزائرى، مواعيد المرافعات- دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ١٢٠.

مراعاة الميعاد بسبب عدم قدرته على التصرف، فيأتى الوقف الذى يقرره المشرع فى هذه الحال حماية له من الدفع بانقضاء المدة، أو السقوط تأسيسا على هذه القاعدة.

٣. انعكاس المبدأ على قواعد القانون الإجرائى- الجانب التشريعى (مفهوم

استحالة مباشرة الحق فى التقاضى):

وفى هذا الصدد يكون صدى تبنى هذه القاعدة فى عدد من الجوانب التنظيمية لكن الجانب الرئيسى منها فى رأى يتبدى فيما يعتبر استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى، سلطة القاضى فى هذا الصدد بناء على المعيار الذى يتبناه القضاء فى هذا الخصوص.

يشير الفقه^١ إلى ان الاستحالة مبدأ موجود -بطبيعة الحالة- فى كافة فروع القانون باعتباره أيولوجية Dogmatic Concept، ويشير إلى الفرق بين الاستحالة Impossibility، والعائق أو المانع Impediment فى القانون المدنى المقارن فيشير إلى ان المانع /العائق أوسع نطاقا من الاستحالة، ذلك ان الأخيرة وفقا للمفهوم الاصطلاحي تتضمن وجود عائق obstacle وهذا العائق يمنع بصورة دائمة تنفيذ الالتزام، فى حين ان مصطلح "المانع" يشير أيضا إلى وجود عائق يؤدي إلى إما استحالة

¹ Hüseyin Can Aksoy, Impossibility in modern private law, Springer, 2014, p.181.

التنفيذ أو التنفيذ المعيب، الإهمال فى التنفيذ، فتشريعيا فى القانون المدنى تعتبر الاستحالة إحدى الطوائف التى تتفرغ عن مبدأ المانع.

أما فى القانون الإجرائى فإن الاستحالة هى المبدأ الذى يتفرع عنه الأسباب القانونية للاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى من جهة، والأسباب الواقعية لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى من جهة أخرى¹، وبالنسبة للطائفة للأخيرة فىنبغى للاستفادة من الاستثناء الخاص بالاستحالة الذى يتمثل -بصورة أساسية- فى وقف المواعيد ان تكون الاستحالة مطلقة، فبينما تكون الاستحالة القانونية مطلقة أو نسبية مثالها القاصر الذى لا يستطيع اتخاذ الاجراءات القضائية بنفسه، إلا انها استحالة قانونية نسبية لأنه بإمكان من يمثله أو ينوب عنه ان يباشر مكانه الاجراءات، أم الاستحالة المطلقة لأسباب واقعية فالسبب وراء تطلب الاستحالة المطلقة فيها هو المبدأ الذى يقرر انه "لا يمكن الالزام بمستحيل"، أما ماعدا ذلك فإنه يمكن التغلب عليه، ويجدر الإشارة فى هذا الصدد انه حتى فى حالات القوة القاهرة، الوباء أو غيرها من الأسباب فإنه حتى فى تلك الحالات فإن الأمر نسبى هل سكان الدولة لا يمكنهم الوصول إلى المحاكم، هل انتشار المرض

¹ François Terré , Yves Lequette, Philippe Simler, Droit civil : Les obligations, Dalloz, 2002, No.1497.

وتأثر الناس به على ذات الدرجة، ولكن الأمر يخضع فى النهاية للظروف الواقعية وفقاً لكل حالة على حدة.

وبالتركيز على العوائق الواقعية فإن الفقه¹ يقسمها إلى عدد من الطوائف:

-الأولى: تتصل بما يعرف بقوانين الكوارث Law of Catastrophes مثل الفيضانات، الأعاصير، الأوبئة وقد يعتبر كل هذه الأحداث تطبيقات للقوة القاهرة غير ان لا يكفى للقول بتحقق المبدأ فى جانب من يدعى عدم استطاعة التصرف، ولكن يجب ان تكون الاستحالة مطلقة كأن تكون المحاكم أغلقت أبوابها مثلاً.

- الثانية: الجهل بوقائع مهمة تشكل سبب الإدعاء، فمن الثابت ان التقادم يقف سريانه فى كل مرة لا يعلم فيها الدائن/المدعى بسبب منطقى بالوقائع التى كانت سببا فى نشوء حقه، وهى ذات العلة فى عدم سريان مواعيد الطعن إلا من تاريخ علم المحكوم عليه بالحكم الصادر ضده، على انه هناك فرق بين الجهل بالوقائع والجهل بالقانون ففى

¹ Benjamin West Janke, François-Xavier Licari, Contra Non Valentem in France and Louisiana: Revealing the Parenthood, Breaking a Myth, Louisiana Law Review, Vol.71/2, winter 2011, p.516.

الأخيرة لا يمكن القول- إلا فى فروض نادرة للغاية- بإمكانية التمسك بالجهل بالقانون لوقف سريان القانون، لأنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون^١.

- الثالثة: وهى التى يكون استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فيها بسبب خطأ الخصم الآخر أو إخفائه وقائع مهمة بطرق احتيالية على الدائن/المدعى مما أدى إلى تأخره فى مباشرة الحق فى التقاضى وبالتالي ينبغى إيقاف سريان التقادم فى مواجهته- وفى هذه الطائفة يوجد تباين فى التطبيق باختلاف الدول والتنظيم فهناك بعض الدول -كفرنسا- لا تعتبر ان من تحقق فى جانبه هذا السبب من حقه الاستفادة من عدم سريان التقادم، ذلك ان هذا الفرض يعتبر أوثق صلة بمبدأ الاحتيال أو نظرية التعسف فى استعمال

^١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات ، المرجع السابق، ص ٢٠٢. وقد قررت منذ القدم محكمة النقض المصرية ان الاعتذار بالجهل بالقانون لا يعد قوة قاهرة ولا يترتب عليها أى أثر:

"افتراض علم الكافة بالقانون ، عدم جواز الاعتذار بالجهل إلا إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية، عدم مضى مدة كافية بين تنفيذ القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وبين إعلان صحيفة الدعوى ليعلم المدعى بما أوجبه القانون لا يعد قوة قاهرة تبرر الاعتذار بالجهل به إستناد الحكم فى تبرير ذلك إلى القول بعدم وصول عدد الجريدة الرسمية المدرج به القانون إلى المشتركين .قصور."

نقض مدنى، جلسة ١٩٦٥/٤/٨، طعن رقم ٤٠١، س ٦٠ ق.

الحق، ولا يقع ضمن نظريات السبب الأجنبى، أو القوة القاهرة، أو الاستحالة فى اللجوء إلى القضاء^١ بالمعنى الفنى.

٤. دور القضاء فى تقرير ما يعد استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى:

فى واقع الأمر أنه عند حدوث أى طارئ -حرب، كوارث طبيعية، أوبئة يقرر الفقه^٢ ان أول خط للدفاع فيما يتصل بمواجهة القضاء لهذه الأزمات التى من شأنها ان تؤثر على سير العدالة، وتهديد الحقوق الأساسية، وبالتبعية الحقوق الموضوعية والإجرائية هى القواعد العامة فى القانون الإجرائى من خلال قاعدتين أساسيتين الأولى: قاعدة ان التقادم

^١ لكن عدم علم المدعى بالوقائع التى تشكل حقه -لسبب منطقي- وبالتالى عدم ممارسة حقه فى التقاضى خلال المواعيد المحددة قانونا يشكل استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى، ويستند المدعى من آثار حالة الاستحالة مثل الوقف، وذلك إذا اثبت المدعى حقيقة عدم علمه وقدرت المحكمة فعلا توافر حالة الاستحالة، وفى هذا الفرض لا يشترط ان يكون الخصم الآخر قد استعمل أى وسائل احتيالية لإخفاء حقيقة الحق عن المدى (صاحب الحق قبل رفع الدعوى، وهو ما قرره القضاء الفرنسى فى حكم حديث لها راجع،

Cour de cassation – Chambre commerciale — 5 juillet 2023 – n° 22-13.049
"....Il en déduit que la société LeasePlan avait été laissée dans l'ignorance légitime du transfert avant la cessation de paiement des loyers dus par la société absorbante et de la naissance de son obligation de revendiquer les véhicules à la procédure collective de cette dernière, de sorte qu'elle avait été dans l'impossibilité d'agir dans le délai de trois mois prévu à l'article L. 624-9 précité."....

² Soraya Amrani Mekki, La procédure civile réécrite sous contraintes sanitaires, Gazette du palais, Mardi 28 April 2020, No.16, p.641.

لا يسرى فى مواجهة من لا يستطيع التصرف، والثانية: ان القاضى ينبغى ان يباشر رقابة التناسب(وهوما يعكس سلطته التقديرية) للموازنة بين المانع أو العائق الذى يرتب استحالة مباشرة الحق فى التقاضى (بالمعنى الواسع) من جانب والإجراء الذى يرتبه القانون من جانب آخر، وبعبارة أخرى فإن للمتقاضين حقوق، وأيضا الالتزام بالمواعيد الإجرائية وأشكال اتخاذ الإجراءات وعدم بقاء الدعوى مرفوعة للأبد ينطوى على مصالح عامة- فى حالة المواعيد الحتمية وهى أساس التنظيم- فالقاضى يقع على عاتقه -فى سبيل مباشرة هذا النوع من الرقابة، تقدير توافر حالة الاستحالة أو القوة القاهرة بحسب الأحوال، وتقدير مدى ملائمة الإجراء الذى ينطبق فى هذه الحالة قانونا.

على ان يترك تنظيم المسائل الأخرى التى لم يتصد لها القانون بالتنظيم أو لأن الحادث الذى طرأ أتى بما لم يتحسب له المشرع، للسلطة العامة فى هذه الأحوال التى ترقى لحالة الطوارئ، على ان الأساس الذى يتبقى دائما ويتم التأسيس عليه هو القاعدتين سالفتى الذكر، وهو الأمر الذى يؤكد الإعتماد على السلطة التقديرية للقاضى كأساس فى حالات وقف سريان المواعيد سواء فى حالات القوة القاهرة أو استحالة مباشرة الحق فى التقاضى وغيرها.

غير ان الأمر لم يكن على هذا القدر من السهولة- وإن اختلف الأمر من دولة لأخرى لكنه أخذ ذروته فى القانون الفرنسى للاعتبارات التاريخية بعد الثورة الفرنسية التى ركزت

بشتى الطرق على محاولة سلب القضاة أى سلطة تقديرية- لأن السلطة التقديرية للقاضي وإن كان من الثابت الاعتراف بها، إلا ان الأمر دائماً ما يتصل بالتساؤل حول المعايير وما يتم الاستقرار عليه خاصة عندما يتصل الأمر بتطبيق مبادئ للقانون تتسم بالمرونة، فإذا أخذنا التطور التاريخي للمبدأ من خلال فرنسا، فقد حاول المشرع فى الأساس إلغاء العمل تماماً بمبدأ ان التقادم /المواعيد لا تسرى فى مواجهة من لا يستطيع التصرف، غير ان هذا المحاولة باءت بالفشل ويسوق الفقه¹ أسباب فشل تلك المحاولة لمجموعة من الأسباب تتصل بالمبدأ نفسه قانوناً فيقرر ان من الصعوبة إلغاء هذا المبدأ، ولهذا لجأ المشرع الفرنسى إلى تقريره فى المادة ٢٢٥١ من القانون المدنى الفرنسى والتي حددت حالات تعليق سريان مدد التقادم، ويكمل هذا الاتجاه مشيراً إلى ان كافة المحاولات التى سعت إلى الحد من تطبيق هذا المبدأ "المكروه" وما يستتبعه من سلطة تقديرية للمحكمة حاول المشرع الفرنسى تحديداً - لأسباب تاريخية- باءت بالفشل لأن المبدأ وجد مجال للتطبيق بل والتقنين فى كافة فروع القانون كالقانون الجنائى، وأصبح مبدأ عام للقانون الخاص، هذا إلى جانب ان:

¹ Benjamin West Janke and François-Xavier Licari, *Contra Non Valentem in France and Louisiana: Revealing the Parenthood, Breaking a Myth*, opt.cit, p.523.

- حالات الاستحالة المقننة تشريعيا لها صبغة شخصية، ولا تدع مجالاً للظروف الموضوعية التي تبرر توافر الاستحالة فى جانب الشخص.
- إن تطبيق هذا المبدأ كغيره من المبادئ العامة للقانون يتطلب قدر من المرونة والعدالة التصحيحية -إن جاز التعبير- فى نظام يعتمد فى الأساس على القواعد المكتوبة، فضلاً على انه بطبيعة الحال لا يوجد نظام قانونى مستقر إلا ويستلزم توافر قدر من المرونة يُباشرها القاضى من خلال سلطته التقديرية.
- القوانين المعاصرة خصوصاً القانون المدنى وقانون المرافعات تركز فى مواد قوانينها فكرة "الاستحالة" وترتب عليها أثر قانونى هى فى واقع الأمر لم تأت بجديد، ولكنه فى الحقيقة عبارة عن تطوير وتحديث لمبدأ ثابت وليس استحداث لمبدأ جديد من جهة، ومن جهة أخرى فهو يعتبر وسيلة للقضاء فى دول النظام اللاتينى على وجه الخصوص لممارسة حريتهم فى التفسير وابتداع الحلول القانونية وهو ما يتبدى وبقوة فى التطبيقات القضائية التى تتناول حالات الاستحالة (الخاصة).

بالرغم مما سبق الإشارة إليه مما أتاحه تطبيق مبدأ (عدم سريان المواعيد) من مجال لتطبيق المبدأ للسلطة التقديرية للقاضى، إلا انه من المهم الإشارة إلى ان القضاء فى تطبيقه لهذا المبدأ طبق معايير محددة يمكن القول انها صارمة أو ان الفائدة التى يحققها

تطبيق هذا المبدأ لمن توافر فى حقه شرائطه تتم بقدر من الحرص وبصفة استثنائية وينعكس ذلك فى انه من جهة أولى، الإشارة دائماً انه لتطبيق المبدأ ينبغى ان تكون الاستحالة مطلقة أو بعبارة أخرى ان يكون مصدر الاستحالة يمكن مقارنته بالقوة القاهرة - وفى هذا الصدد فإن فى الستينات كانت محكمة النقض الفرنسية لا تعبر عن المبدأ صراحة ولا تستخدم تعبير الاستحالة ولكن السائد كان استخدام مصطلح القوة القاهرة. من جهة ثانية، فى التطبيق إذا ثبت لدى المحكمة ان الاستحالة كانت بسبب خطأ الدائن (المدعى) فتفرض المحكمة تعليق فترات سريان التقادم /المواعيد القانونية.

ثانياً: إعمال القاضى لمبدأ التناسب لضمان حماية الحق فى اللجوء إلى القضاء :

يرجع الأصل فى نشأة مبدأ التناسب إلى القانون العام، وتحديداً إلى القانون العام الألمانى، إذ نشأ هذا المبدأ فى وقت بناء الدولة الألمانية وكان يهدف فى الأساس إلى منع السلطة من تبنى حلول تعسفية من شأنها الإضرار بحقوق المواطنين، ويعنى بصفة عامة: أنه لا يجوز ان تتجاوز الاجراءات التى تتخذها السلطة العامة حدود ما يعتبر ملائماً وضرورياً لبلوغ الأهداف التى تتغياها المصلحة العامة بحيث انه متى يكون للسلطة العامة إمكانية الاختيار بين عدد من التدابير فيجب عليها اختيار أقل هذه التدابير ارهاقا أو تعنتاً، فلا يجوز ان تكون السلبيات أو القيود التى تفرض على الأفراد كنتيجة لهذه

التدابير غير متناسبة مع الأهداف المبتغاه من هذه الاجراءات^١، وهو ما يدل على أن المبدأ نشأ فى إطار محدد للقانون العام، فمبدأ التناسب يعتبر وسيلة أو أداة لحماية الحقوق الأساسية من خلال سعيه إلى تحقيق التوازن من خلال التوفيق بين الحقوق والحريات فى إطار من مراعاة المصالح العامة بحيث يضمن علاقة متوازنة بين المصالح المتكافئة يمتاز بالعدالة وعدم التحكم^٢، غير ان المبدأ حالياً أمتد للنظامين اللاتينى والانجلوسكسونى على السواء، ومن القانون العام إلى كافة فروع القانون العام منها والخاص.

١. تعريف مبدأ التناسب:

يعتبر مبدأ التناسب مبدأ غاية فى القدم ويتصل بمفهوم العدالة ويعبر عن النظام، والعدالة، والمساواة، والتناسب عموماً يعنى العلاقة بين شيئين يتم التعبير عنها بصورة رمزية، وهو ما يعبر عن الجانب الرياضى لمفهوم التناسب، أما المفهوم المنطقى للتناسب -وهو ما يتوافق مع المفهوم الاصطلاحى- فيعنى: التناسب يعبر عن الرابطة أو العلاقة

^١ د.وليد محمد الشناوى، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب فى القانون الادارى- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٩، ابريل ٢٠١٦، ص ٣٤٢.

^٢ د.أحمد فتحى سرور، القانون الجنائى الدستورى، دار الشروق، ٢٠٠٤، ص ٥٤٥.

التي تتسم بتحقيق التوازن بين حالة معينة وأخرى مناظرة أو مكافئة لها نتیجتها توازن مقبولا أو معقول بينهما^١.

وبهذه المثابة اتخذ المفهوم مجالا فى القانون الخاص والذى يهدف لتحقيق المساواة بين الخصوم، وهو ما يدل على ان التناسب مبدأ عام للقانون فيذهب الفقه^٢ ان مبدأ التناسب مبدأ ينبغى على الادارة الالتزام به فى تصرفاتها دون الحاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبالتبعية فإن القاضى الادارى كقاض للمشروعية حينما يقوم بممارسة رقابة الإلغاء لقرار صادر عن جهة الادارة فإنه يقوم بذلك ليس تأسيسا على عدم التناسب وإنما تطبيقا لمبدأ عام للقانون، وبهذه المثابة فهو لا يحتاج إلى نص صريح عليه تشريعا، وبالرغم من ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا فى مصر أضفت على المبدأ الصبغة الدستورية، وهو ما قررته فى حكم لها: "جرى قضاء هذه المحكمة على ان شرعية الجزاء جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا - مناطها ان يكون متناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها، فالأصل فى العقوبة هو معقوليتها فكما كان الجزاء الجنائى بغضا أو عاتيا أو كان متصلا بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافيا بصورة

^١ Guillaume Chetard, La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français. Droit. Université de Strasbourg, 2019, p.14.

^٢ د.سامى جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للقاضى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، ص٢١٩.

ظاهرة مع خطورة للأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً.^١

وتأسيساً على ذلك يشير الفقه^٢ إلى تأييده لاعتبار التناسب مبدأ عام للقانون الإداري أيضاً، ويبدو ذلك منطقياً انطلاقاً من الدور الخلاق الذي يباشره القاضي الإداري فهذا الدور لا يسمح بوجود قائمة معدة مسبقاً لما يعتبر مبدأ عام للقانون الإداري لأن الأمر يتصل -على سبيل المثال في إطار القانون التأديبي- بالمخالفة التأديبية والأخيرة في ذاتها غير محددة، فيصبح القاضي الإداري إجمالاً دائماً بصدد أعمال للتناسب بين المصالح العامة من جهة وحقوق وحرريات الأفراد من جهة أخرى.

ويشير جانب من الفقه^٣ إلى أن هذا المفهوم للتناسب امتد من الدولة الألمانية إلى باقي دول الاتحاد الأوروبي بسبب الاتفاقيات الدولية والإقليمية، خصوصاً الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وفيما يتصل بفرنسا فإن المبدأ لم يتم النص عليه

^١ مشار إليه لدى: د.وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٩، إبريل ٢٠١٦، ص ٣٦٠.

^٢ د.وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٩، إبريل ٢٠١٦، ص ٣٦٠.

^٣ Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, *Revue Justice Actualités*, No.24, Décembre 2020, p.61.

صراحة قانونا وإن كان المجلس الدستوري الفرنسي يقوم بإعمال هذا المبدأ من وقت لآخر، غير ان المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان توجه الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ومن ضمنهم فرنسا إلى إعمال مبدأ التناسب للموازنة بين الحقوق الأساسية وكذلك في تطبيق "الهامش التقديرى" لكل دولة فى إنفاذ قواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، أما فيما يتصل بالقضاء فتهدف المحكمة الأوروبية من إلزام الدول بالعمل بمبدأ التناسب، وبيان طريقة إعماله هو تحقيق إمكانية التوقع Prévisibilité باعتبارها أحد أهداف الأمن القانونى وهو ما عرفه القضاء المصرى والفرنسي لكن تحديدا فى القانون الجنائى¹، ويكمل هذا الاتجاه مقرران التطور فى الوقت الحاضر ينعكس فى تطبيق المبدأ فى إطار القانون الإجرائى (المرافعات)، وكان السبق فى ذلك للقانون الانجليزى بداية من عام ١٩٩٩ فى تعديل Woolf للاجراءات القضائية، ويستوجب هذا النظر ان تكون الاجراءات التى يتم اتخاذها تتناسب مع الهدف الذى تبتغى تحقيقه، فمثلا اتخاذ اجراء للاثبات - مع الأخذ فى الاعتبار تكلفته والوقت الذى يستغرقه - يجب ان يتناسب

¹ Emmanuel Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, Un article de semaine sociale Lamy, 15 Janvier 2021. Disponible sur :

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/social/controle-et-contentieux/30649/la-cour-de-cassation-reduit-le-controle-de-proportionnalite-en-matiere-de-droit-a-la-preuve>

مع درجة تعقيد القضية، وجدوى اتخاذه وفقاً لظروف القضية المعروضة على القاضى، وهو ما يجعلنا بصدد التناسب الإجرائى وهو المبدأ الذى استخدم على نطاق واسع فى كندا والولايات المتحدة وتم إعماله كذلك لأهداف تقليل تكلفة وأمد اجراءات التقاضى.

٢. مضمون رقابة التناسب:

وقبل دراسة تطبيق مبدأ التناسب فى إطار القانون الخاص وتحديد المرافعات ينبغى أولاً الوقوف على عناصر التناسب من جهة، وخطوات إعمال الرقابة أو مبدأ التناسب من جهة ثانية.

- عناصر التناسب^١:

وتشير إلى وجود عدد من العوامل التى إن وجدت كانت المرحلة الثانية هى خطوات إعمال التناسب وهى:

من جهة أولى: ينبغى من أجل إعمال الرقابة ان نكون بصدد حقوقاً أساسية وحقوق للإنسان وان تكون تلك الحقوق أو الحريات- ومن ضمنها الإجرائية- محلاً للتنظيم، وفى فروض أخرى فى حالة تعارض مع غيرها من الحقوق والحريات الأساسية، وبدون هذا الحق فلا مجال للحديث عن رقابة التناسب.

^١ د. د. وليد محمد الشناوى، المرجع السابق، ص ٣٧٣ وما بعدها.

من جهة ثانية، ينبغي ان يكون هناك إجراء حكومياً أو تشريعياً يتناول حق أو أكثر من الحقوق الأساسية.

من جهة ثالثة، الغرض أو الهدف المستهدفة من التنظيم التشريعي لحق أو حرية معينة، ذلك ان المشرع لا يتخذ إجراء معين (موضوعياً أو إجرائياً) إلا لتحقيق هدف معين وهو فى الغالب تحقيق المصلحة العامة أو حماية حق آخر من الحقوق الأساسية أكثر أهمية من الحق الذى يتم تقييده أو الحد منه- مسألة ترابعية الحقوق الأساسية هو أمر يتصل فى المقام الأول باتجاهات الدول والايديولوجيات التى تعتنقها- ولإمكان وصف النشاط أو التنظيم الحكومى أو التشريعي بأنه متناسب أو غير متناسب ينبغي ان يكون هناك تقييماً للتفاعل بين الحق الأساسى الخاضع للتنظيم أو النقييد وبين الهدف الذى تسعى إلى تحقيقه من نشاطها.

- مراحل إعمال رقابة التناسب¹:

تأسيساً على ما سبق فإن خطوات إعمال مبدأ التناسب تختلف باختلاف النظم القانونية فقد تتضمن اثنين أو ثلاثة- أربعة مراحل كما قد تختلف مسميات المراحل فمثلاً قد نجد

¹ Robert Alexy, Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation, in Proportionality, Balancing, and Right- Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights, edited by: Jan-R. Sieckmann, Springer, 2021, p.4.

تعبيرات مثل المعقولية، الضرورة وغيرها، ولكن القدر المتفق عليه هو (الثلاثة مراحل) فينبغى ان: يكون الإجراء المتخذ من جانب السلطات العامة أو القاضى ملائماً، وان يكون الإجراء ضروريا لتحقيق الهدف المرغوب بمعنى ان الهدف الذى يتغيا الإجراء تحقيقه لا يمكن تحقيقه بوسائل أخرى من شأنها ان تتضمن تقييدا أقل للحقوق والحريات مقارنة بالإجراء المختار وبالتالي فإذا كان هناك إمكانية الاختيار بين اجراءات متعددة فإن الاختيار ينبغى ان يقع على الإجراء أو التدبير الأقل تقييدا للحرية^١، وأخيرا ان يوجد تناسبا معقولا بين الوسائل والغايات وهو ما يتصل بآثار الإجراء الذى تم اعتماده فى تنظيم أو الحد من حق أو حرية معينة، وما إذا كانت غير متناسبة أو مفرطة فيما يتصل بعلاقتها بالمصالح المتأثرة بهذا الإجراء، وكلما زاد تقييد حرية أو حق معين كلما زادت أهمية تسويغ المصلحة المقابلة.

ويجدر الإشارة انه أي كان المجال القانونى الذى ينطبق فيه مبدأ التناسب فإنه ينبغى مراعاة الشروط أو استيفاء تلك المراحل حتى يكون التنظيم والتطبيق مشروعا.

^١ ويتم إعمال التناسب فى هذه الخطوة من خلال الإجابة على سؤالين: الأول: هل توجد اجراءات أخرى أقل تقييدا ومساسا بالحق أو الحرية محل التنظيم؟ والسؤال الثانى: هل الاجراءات البديلة على ذات الدرجة من الفاعلية فى تحقيق الغايات المستهدفة؟ راجع: د.وليد محمد الشناوى، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

٣. إعمال رقابة التناسب من قبل القاضى العادى، والرقابة عليه من محكمة

النقض "إلقاء الضوء على مبدأ التناسب الموضوعى":

إن مبدأ التناسب على هذا النحو - وإن وجد صدا قويا فى التطبيق خاصة فى حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى- فإنه بالأساس أحد أدوات الرقابة فى القانون العام - وإن انتشر حتى فى الدول التى تأخذ بالنظام القضائى الموحد- ويثور التساؤل فى هذا الصدد عن إمكانية مباشرة القاضى العادى لهذا النوع من الرقابة - فى الوقت الذى فرض فيه الواقع (سواء المستجدات القانونية - أم التزامات بعض الدول الدولية على مباشرة القاضى العادى لمبدأ التناسب - فيشير الفقه¹ فى هذا الصدد إلى ان هذا الأمر يمثل إشكالية لأنه فى غالب الأحوال ومنطقيا فإن القاضى لن يتمكن من مباشرة مبدأ التناسب بطريقة مجردة، بل عليه ان يذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، لأن الموازنة بين المصالح تتطلب فحصا وقعيا لكل من (الضرورة - المصالح - مدى تناسب الوسائل

¹ Emmanuel Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, Un article de semaine sociale Lamy, 15 Janvier 2021 .Disponible sur:

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/social/controle-et-contentieux/30649/la-cour-de-cassation-reduit-le-contrôle-de-proportionnalite-en-matiere-de-droit-a-la-preuve>

لتحقيق التوازن) وهو مما من شأنه ان يضعف رقابة محكمة النقض فنيا^١ - أى عدم إحكام رقابتها على قضاة الموضوع فى هذا الصدد- لأنه لإعمال رقابتها ينبغى ان تتطرق إلى مسائل الواقع لتقدير مدى تناسب الوسائل فى الوقت الذى تباشر فيه محكمة النقض رقابة على القانون، وبالتالي إذا أرادت محكمة النقض ان تحكم رقابتها فى هذا الصدد فىجب عليها ان تتجاوز مرحلة (تقدير الضرورة) لتصل إلى مرحلة مدى ملائمة الوسائل، وإجمالاً فإن التحدى الذى يواجه مباشرة رقابة محكمة النقض فى تقدير مدى تناسب الاجراءات المتخذة من القضاة التى فرضت نفسها فى فرنسا من عام ٢٠١٣^٢ تواجه تحديان أساسيين الأول: هو ان الوسائل التى تستخدم فى رقابة التناسب تختلف عن الوسائل التقليدية التى تعرض على محكمة النقض التى فى الأساس تراقب القانون على أساس من الفصل بين الواقع والقانون ولكن هذه الرقابة ستؤدى إلى تعرض محكمة النقض لمسائل الواقع، الثانى: هو تأثير هذه الرقابة على مبدأ التوقع باعتباره أحد عناصر

¹ Frédéric Sudre, Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : de quoi est-il question?, La semaine juridique. Edition Générale, n° 11, 13 mars 2017, p. 502-513.

²Fabien Marchadier, Le contrôle de proportionnalité in concreto-Comment éviter une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions? , La Semaine juridique, No.48, 2020, p.2086-2089.

Victoria Fourment, La Doctrine face au contrôle de proportionnalité in concreto comme illustration d' une controverse sur les méthodes du droit, Cahiers de méthodologie juridique, No.5, 2018, p.2052.

الأمن القانوني، هل سيكون هناك تأسيس لقاعدة موحدة ، أم سيتترك الأمر لتقدير وفقا لظروف كل حالة على حدة.

وبحث هذا الأمر يتخطى نطاق الدراسة ولكن الشاهد ان هناك رقابة تناسب يعملها القاضى العادى وهى محل لرقابة محكمة النقض، وفى حقيقة الأمر فإن كافة المراحل التى يمر بها القاضى -فى رأبى- تتضمن فى حقيقتها نوع من رقابة التناسب وذلك فى الحالة التى ينبغى عليه فيها التوفيق بين المصالح المشروعة الأساسية التى تكون جميعا على المحك، ويرى جانب من الفقه¹ ان الحل فى الوقت الحالى سيكون نسبيا فى يد محاكم الاستئناف ذلك أنها تراقب الواقع والقانون، وستستطيع إجراء رقابة التناسب إجرائيا وموضوعيا، مما يمكنها من إجراء رقابة حقيقية على أرض الواقع وهو أمر منطقي.

وفى مصر -وإن كان الحكم لا يتضمن موازنة بين حقوق أساسية- إلا ان محكمة النقض المصرية باشرت رقابة التناسب التى قد تمتد لبعض أوجه الواقع فقررت فى حكم لها:" المقرر فى قضاء المحكمة أنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل

¹ Emmanuel Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, Un article de semaine sociale Lamy, 15 Janvier 2021 .Disponible sur:

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/social/controle-et-contentieux/30649/la-cour-de-cassation-reduit-le-controle-de-proportionnalite-en-matiere-de-droit-a-la-preuve>

وفهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها والأخذ بما تطمئن إليه منها وإطراح ماعده إلا انها تخضع لرقابة محكمة النقض فى تكييف هذا الفهم وفى تطبيق ما ينبغى من أحكام القانون وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم الابتدائى برفض الدعوى باعتبار أن الحادث يرجع لخطأ مرافق المجنى عليها لعبورهما الطريق دون حيطة وحذر دون أن يعنى ببحث ما إذا كانت سرعه السيارة أداة الحادث تتناسب وظروف الحال ومدى التزام قائدها بما أوجبه القانون من بذل أقصى عناية والتزام الحذر والاحتياط اللازمين بحيث لا يؤدى مسلكه إلى الإضرار بالغير بما يعيبه (بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب)^١.

ثالثاً: إعمال القاضى رقابة التناسب فى قانون المرافعات:

بداية ينبغى الإشارة ان هناك مفترضات تتصل بالحقوق الأساسية محل رقابة التناسب، فمن جهة أولى ينبغى ان يتم رقابة التناسب للمقاربة بين عنصرين فلا يمكن الرقابة على إجراء معين فى ذاته بل رقابة على الإجراء فيما يتصل بحق معين أو أكثر من جهة أولى، كما يجب للإعمال رقابة التناسب ان تتوافر للحقوق الأساسية Les droits fondamentaux وهو المصطلح الذى يشمل الحقوق والحريات وكذلك حقوق الانسان

^١ نقض مدنى، جلسة ٢٨/٣/٢٠٢١، طعن رقم ٢٩٤٤، س ٧١ق.

فيقرر الفقه^١ فى هذا الصدد أنه من الصعب إعمال التناسب إلا بعد التأكد أولاً من الصفة الأساسية للحق الذى تتم الرقابة بصده من جهة ثانية، ينبغى الأخذ فى الاعتبار ان الحقوق والحريات الأساسية وكذلك حقوق الانسان تنقسم إلى^٢ حقوق مطلقة وهى الحقوق التى لا تقبل الانتقاص منها بأى حال كالحق فى الحياة، وحقوق نسبية مثل الحق فى التنقل، حرية التعبير وهى الحقوق التى من الممكن ان يرد عليها التنظيم أو التحديد فى حدود معينة Limitations فقط الطائفة الثانية هى التى يمكن ان تكون محلاً لرقابة التناسب من جهة ثالثة.

وبتطبيق ما سبق على قانون الاجراءات المدنية فهو يعتبر -فيما يتصل بالحماية القضائية- مجموعة القواعد التى تنظم القضية (الدعوى) المدنية، والقانون الإجرائى المدنى بهذه المثابة هو القانون الذى يجعل الحق فى حالة حركة من خلال رسم الخطوات والاجراءات الواجبة الاتباع للحصول على الحق من خلال اللجوء إلى القضاء، ذلك ان الحصول على الحماية القضائية لا يكون دائماً بسبب نزاع بالمعنى الفنى، ولكن ينظم قانون المرافعات الحصول على الحق قضاءً من خلال اللجوء إلى المحكمة accès à

¹ Emmanuel Jeuland, opt.cit.

² Frédéric Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, 9ème éd., n°147.

un tribunal. ويشير الفقه الفرنسى¹ إلى ان الاتفاقيات الدولية والإقليمية التى وقعت عليها فرنسا وخصوصا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والمادة السادسة منها تحديدا الخاصة بشروط المحاكمة العادلة "تغذى" الحقوق الإجرائية التى ينطوى عليها القانون الإجرائى مما يعطيها الصبغة الخاصة بالحقوق الأساسية وفى ذات الوقت يفرض التزامات إيجابية على عاتق القضاة الفرنسيين سواء الادارى أو العادى بإعمال رقابة التناسب حماية لحقوق الأفراد ومراعاة للمصلحة العامة فى ذات الوقت.

الحقوق الإجرائية تتصف بالصفة الأساسية -فى النظام القانونى المصرى ترقى إلى مرتبة الحقوق الدستورية - تلك الحقوق هى أحد معطيات مبدأ التناسب، فينبغى ان تقوم المحاكم بإعمال رقابة التناسب على النحو الذى يضمن التوازن بين تلك الحقوق وبين غيرها من الحقوق الأساسية كالحق فى الخصوصية مثلا، وانطلاقا من هذا النظر فإن الحقوق الإجرائية قاطبة يمكن أن ترد إلى ثلاثة مبادئ أساسية: الأولى: الحق فى محاكمة عادلة، والحق فى الحصول على الحماية القضائية Le droit à un recours effectif، والثالث هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

¹ Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, Revues Justice Actualités, No.24, Décembre 2020, p.6٢.

الحق الأول والثانى هى حقوق مطلقة أى لا يمكن وضع حدود لها أو الانتقاص منها فى الظروف العادية ما عدا الحق فى علانية الجلسات فحتى فى الظروف العادية وضع المشرع استثناءات لهذا المبدأ مراعاة للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة مثل مسائل الأسرة أو فى أى ظروف تستدعى السرية يقدرها القاضى. أما مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات باعتباره يتصل بالقانون الجنائى ويضم عدد كبير من العقوبات، فهو مبدأ مطلق لا مساس به تحت أى ظرف من الظروف. وأى حقوق أو حريات منصوص عليها دستورياً أو بمقتضى الاتفاقيات الدولية فإنه من المؤكد انه من شأنها ان يتم إفراغها من محتواها إذا لم يتم ضمانها من قبل قضاء محايد ومستقل من ناحية، واجراءات منضبطة تطبق ضمانات المحاكمة العادلة من ناحية أخرى.

وتتفرع الحقوق الإجرائية مرة أخرى تحت مظلة الحق فى المحاكمة عادلة إلى:

- الضمانات الإجرائية بالمعنى الضيق والتي تضم: مبدأ المساواة بين الخصوم، استقلال وحياد القضاء - مبدأ العلانية - الأمانة الإجرائية.
- تلك الحقوق الإجرائية أو (الضمانات) يتم استكمالها أو تفعيلها بحقوق مادية هما: الحق فى اللجوء إلى القضاء *accès à un tribunal*، والحق فى التنفيذ

exécution des décision de justice

بالنظر إلى الحقوق الإجرائية غالبيتها لا تحتاج في التطبيق إلى مبدأ التناسب لأنها حقوق أو ضمانات إجرائية مطلقة، كالحق في المساواة بين الخصوم والحق في قضاء محايد، لكن مع ذلك يشير الفقه^١ ان ذات الأمر لا ينطبق على الحق في اللجوء إلى القضاء ذلك أنه بسبب طبيعته فمن اللازم تنظيمه من قبل الدولة، كما يرد عليه حدود في مباشرته، وبالرغم من أن ذلك التحديد أو التنظيم لم يرد عليه النص صراحة في المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، إلا ان المحكمة الأوروبية^٢ لحقوق الانسان في قضاء لاحق لها قررت صراحة في أحد أحكامها^٣ ان الحق في اللجوء للقضاء يحتاج إلى تنظيم من قبل الدولة وذلك نظرا لطبيعة هذا الحق.

¹Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, Revues Justice Actualités, No.24, Décembre 2020, p.6٢.

^٢ للقضاء دور هام في تحليل مبدأ التناسب وتطبيقه في القضايا المعروضة عليه، وهو ما ينطبق على المحاكم عموما ومن ضمنها المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، حيث تنظر إلى التناسب باعتباره يعكس علاقة عادلة ومنصفة بين الحالة الواقعية أو الموقف الواقعي المائل، ووسائل تقييد ممارسة بعض الحقوق والغرض المشروع المستهدف من هذا التقييد، وبهذا المعنى يشكل التناسب معيارا لتقدير مدى مشروعية تدخل الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في ممارسة الحقوق والحريات التي تكفلها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

راجع د. وليد محمد الشناوي، المرجع السابق، ص ٤١٨.

³ CEDH, Fogarty c. Royaume-Uni [GC], 21 nov. 2001, n° 37112/97.

ولذا فإنه فى ذات الاتجاه ونظرا لطبيعة القانون الإجرائى أيضا، فإن إعمال رقابة التناسب من قبل المحاكم عموما ومحكمة النقض (الفرنسية) تختلف باختلاف القوانين الموضوعية التى تكون المحكمة بصددها وذلك عندما يتضمن إعمال رقابة التناسب حقوقا أساسية (شخصية-كالمسائل التى تتصل بالولاية على النفس، اثبات النسب...وما إلى ذلك)، ففى هذه الأحوال قد تمتد الرقابة إلى مسائل إجرائية (يدخل فى إعمال الرقابة حقوق - ضمانات- إجرائية)، وفى هذه الحالة يتم إعمال مبدأ التناسب موضوعيا *in concreto*، أما حين يتصل الأمر فى إعمال مبدأ التناسب بمسائل أو حقوق إجرائية فقط فيتم إعمال مبدأ التناسب بطريقة مجردة *in abstracto* وهو ما يظهر جليا فيما يتصل بالحق فى اللجوء إلى القضاء، ويجدر الإشارة انه فى الفرض الأول التى تتضمن فيه رقابة التناسب حقوقا شخصية ويتطرق البحث إلى الحقوق الإجرائية التى تتصل بها تختلف عن طريقة الرقابة فى الفرض الثانى الذى يتصل -على اختلاف الدول- اتصالا وثيقا بالقانون الداخلى حتى فى إطار الالتزامات الدولية للدول فيما يتصل بضمان حقوق الانسان والحقوق الأساسية، ذلك أن الدول هى المنوط بها إدارة نظمها القضائية وبالطريقة التى تتلاءم معها وبما يحقق التزاماتها الدولية والدستورية فى هذا الصدد.

١ . إعمال التناسب بطريقة مجردة:

يشير جانب من الفقه^١ انه فيما يتصل بإعمال رقابة التناسب(المجردة)، ان الحقوق الإجرائية لا تعتبر -في ذاتها- حقوقاً شخصية، ولكنها تعتبر قواعد تحكم سير الاجراءات ويلتزم بها الخصوم بداية من الحق في اللجوء إلى القضاء إلى الحق في المساواة بين الخصوم، فلا يعتبر مبدأ التناسب في هذه الحالة موازنة أو مقارنة بين حقوق شخصية، ولكن تباشر هذه الرقابة تأسيساً على احترام مبدأ الأمن القانوني والتي يتفرع عنها انه يجب ان تكون القواعد الإجرائية التي تحكم سير الاجراءات واضحة ومحددة وتحمي التوقعات المشروعة للأفراد، ويشير ذات الاتجاه ان تلك الرقابة تباشر في الاجراءات المدنية في الحق في اللجوء إلى القضاء من ناحية، وبعض الجوانب الأخرى للمرافعات كالمواعيد الإجرائية.

- رقابة التناسب فيما يتصل بالحق في اللجوء إلى القضاء :

وهو ما عملته محكمة النقض الفرنسية فيما يتصل باجراءات الاستئناف، فقد مر بتنظيم إجرائي متتابع في فرنسا بهدف ان إحكام الرقابة على أحكام الاستئناف والحد من الأثر

¹ Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, Revues Justice Actualités, No.24, Décembre 2020, p.6٤

الناقل للاستئناف و فرض التمثيل الإجبارى فى هذه المرحلة، وتأسيسا على هذه الأهداف انتهى التنظيم الإجرائى للاستئناف فى الوقت الحالى إلى وجود شكلية ومواعيد محددة يترتب على عدم مراعاتها جزاءات إجرائية ذات أثر بالغ، مما جعل الأمر يثار من قبل المتقاضين أمام محكمة النقض وامتد التساؤل إلى مدى تأثير تلك الاجراءات على الحق فى اللجوء إلى القضاء، وكذلك فى إطار من المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان الخاصة بالمحاكمة العادلة، وذلك بمناسبة ان المحكمة المقدم أمامها طلب الاستئناف تحكم بعدم قبول الطلب أو بطلانه إذا لم يستوف البيانات الشكلية المقررة بموجب قانون المرافعات أو إذا لم يتم التقديم فى المواعيد المحددة.

وقد أجابت محكمة النقض الفرنسية¹ فى حكمها ردا على هذا الطعن بأنه فى ضوء المواد المنظمة لرفع الاستئناف م ٥٦٢ من قانون المرافعات الفرنسي تلزم الخصوم ببيان الأجزاء من الحكم التى يقوموا بالطعن فيها وذلك لإعمال الأثر الناقل للاستئناف بصدد تلك الأجزاء المطعون عليها ولا يمتد الطعن إلى الحكم كله تلقائيا إلا إذا كان الطعن فى الحكم كله أو كان موضوع الطعن غير قابل للتجزئة، وقررت محكمة النقض انه ترتيبا على تلك المادة فعدم ذكر هذا البيان Les chefs de judgment de la decision

¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 30 janvier 2020, 18-22.528, Publié au bulletin.

يؤدى إلى عدم إعمال الأثر الناقل للاستئناف، وان عدم ذكر هذا البيان فى إشعار(صحيفة) الاستئناف les déclarations d'appel وفقا لنصوص قانون المرافعات يؤدى إلى عدم قبول الطلب ولكنه عيب إجرائى فىمكن تجديد الطلب مرة أخرى ولكن خلال المواعيد الإجرائية المحددة^١،، وتأسيسا على ذلك قررت محكمة النقض ان هذه المواد من قانون المرافعات(م٥٦١، م٥٦٢، م٩٠١) تنظم شروط مباشرة الحق فى الاستئناف وذلك تحقيقا لهدف مشروع هو ضمان حسن سير العدالة من خلال تحقيق الأمن القانونى وفاعلية اجراءات الاستئناف غير ان هذا التنظيم فى ذاته لا يشكل انتقاصا من الحق فى اللجوء إلى قاضى الاستئناف.

كذلك الأمر فيما يتعلق بالمواعيد الإجرائية المنظمة للطعن بالاستئناف ومن ضمنها ضرورة ان يتم تقديم الطعن أمام محكمة الاستئناف خلال خمسة عشرة يوم من تاريخ الأمر الصادر من مستشار التحضير وإلا كان الاستئناف غير مقبول، فقد قررت محكمة

¹ Soraya Amrani-Mekki, Défaut de mention des Chefs de judgment de la decision critiqués dans La déclaration d'appel une sanction peut en cacher une autre, Gazette du palais, Mardi 28 Avril 2020, p.45.

ويقرر هذا الجانب ان ذلك حقيقى فعلا العيب الاجرائى يمكن بعد إصلاحه اتخاذ الإجراء مرة أخرى خلال المواعيد - مما يجعل الطعن يبدو كضوضاء بلا هدف- لكن الأمر فى حقيقته ينعكس على القواعد الموضوعية ذلك ان سريان الميعاد يعتمد على تقديم طلب الاستئناف(الإشعار) وما يترتب على ذلك من نتائج بالنسبة للمواعيد.

النقض^١ ان هذا النص وتلك المدة المقررة لها هدف مشروع وهو ضمان سرعة الاجراءات فيما يتصل بالمسائل التي تتعلق بالاستئناف، وبالتالي تحقيق الفصل في الاستئناف خلال وقت معقول، وبالتالي فعدم القبول بسبب التأخير أو عدم الطعن في الميعاد المحدد لا يعتبر إجراء غير متناسب مع الحق في اللجوء إلى القضاء، خاصة وأنه يتعين على الخصوم الاستعانة بمحام محترف لانجاز الاجراءات في الوقت المحدد لها قانونا.

يشير الفقه^٢ في هذا الصدد ان محكمة النقض الفرنسية في أعمالها لمبدأ التناسب في إطار من "هامش التقدير" الذي تمنحه المحكمة لكل دولة اتبعت الخطوات التي يتبعها قاضى المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان وهي أولاً: التأكيد على ان الحق في اللجوء إلى القضاء هو حق قابل للتنظيم ومن الممكن ان ترد عليه قيود لكن لا يجب ان تؤدي هذه القيود إلى إفراغ الحق من مضمونه، وثانياً: ان هذا التنظيم أو التحديد لن يكون متوافقا مع المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان إلا اذا فرضت هذه

¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 21 février 2019, 17-28.285, Publié au bulletin

² Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, Revues Justice Actualités, No.24, Décembre 2020, p.66.

القيود لتحقيق هدف مشروع، وكانت هذه القيود تحقق التوازن بين الهدف المنشود والاجراءات التى تتخذ لتحقيقه.

- رقابة التناسب فيما يتصل بالمواعيد الإجرائية:

وقد فصلت كذلك محكمة النقض الفرنسية¹ فى مسألة سقوط الخصومة حال إذا لم يتم الخصوم بأى نشاط لتسييرها ومدى استجابة هذا التنظيم لمتطلبات المحاكمة العادلة الواردة فى المادة السادسة، فعدم وجود أى مبادرة من قبل الخصوم لتسيير الاجراءات من شأنه ان يتعارض مع حسن سير العدالة والأمن القانونى لأن كلاهما يتطلب السير المستمر للاجراءات، وبالتالي تنظيم سقوط الخصومة لا يتضمن عدم التناسب ولا يؤدي إلى تقويض الحق فى اللجوء إلى القضاء.

فى هذا الاتجاه قد يتأثر مفهوم التناسب بالتزامات الدول الدولية والاتجاه إلى تدعيم الحقوق الأساسية وحقوق الانسان وهو ما يمثلها فى المجال الإجرائى حقوق الدفاع، فإن محكمة النقض الفرنسية قررت فى حكم لها اعتبار تقديم طلب المساعدة القضائية قبل اتخاذ إذن من مستشار التحضير يؤدي إلى قطع سريان ميعاد الاستئناف والقول بغير

¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 16 décembre 2016, 15-27.917, Publié au bulletin

² Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 6 juin 2019, 18-11.668, Publié au bulletin

ذلك يؤدي إلى تعطيل الحق في اللجوء إلى القضاء، وهو الأمر الذي جاء في إطار احترام م ٦ خاصة بالمحاكمة العادلة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، ويعلق الفقه^١ على ذلك بأن أعمال رقابة التناسب بطريقة مجردة في إطار من القواعد الإجرائية قد يمتد إلى فحص تفسير النصوص وهو أمر غير مستبعد.

٢. أعمال مبدأ التناسب *in concretol* موضوعيا للموازنة بين الحقوق /القواعد

الإجرائية والحقوق الشخصية:

وهي الرقابة التي تملها محكمة النقض الفرنسية في مجال محددة كالمسائل التي تتعلق بالولاية على النفس، وقضايا البنوة (اثبات النسب) وذلك حماية للحقوق والحريات الأساسية التي تنطوي عليها هذا النوع من القضايا مثل حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة، وتأتي بطبيعة الحال هذه الرقابة في إطار من تأثر محكمة النقض بقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، ومثال ذلك الرقابة التي أعملتها فيما يتصل بمواعيد السقوط (مواعيد إجرائية)، وذلك بخصوص مواعيد رفع الدعوى الطعن في الأبوة، فعدم احترام هذا الميعاد يؤدي إلى عدم قبول الطلب وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية

¹ Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, Revues Justice Actualités, No.24, Décembre 2020, p.٦٧.

وفى ذات الاتجاه قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان فى هذا الصدد ان الميعاد المحدد لرفع هذه الدعوى يهدف إلى إقامة التوازن بين الحق فى الحفاظ على الرابطة القانونية بين الطفل و أبواه القانونيين، والحق فى إقامة رابطة الأبوة بين الأب البيولوجى وأبنه، والمصلحة العامة التى تتمثل فى ثبات المراكز القانونية (أحد اعتبارات الأمن القانونى)، وبالتالي فالقاضى يوازن بين هذه الاعتبارات، والموعده المحدد لرفع الدعوى والذى يترتب على مخالفته عدم القبول، هو تنظيم مناسب للحق فى اللجوء إلى القضاء وبالقدر الذى يبرر الهدف المنشود(التناسب بين هذه المصالح)،وبالتالى ينبغى احترام هذا الميعاد¹.

فمثل هذه القضايا التى يوجد فيها على المحك حقوق إجرائية وحقوق شخصية(مثل الحق فى حرمة الحياة الخاصة) وينبغى إقامة التوازن بينها، فمثل هذه الفروض هى ما تبرر إعمال رقابة التناسب موضوعيا - وامتدادا إلى تفسير النصوص القانونية، ولعل أبرز الحقوق الإجرائية التى قد - وفقا لهذا النظر- تعطل الحقوق الشخصية فى إطار من الحق فى اللجوء إلى القضاء، هى المواعيد الإجرائية سواء تلك المحددة لرفع الدعوى،

¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 juillet 2016, 15-19.853, Publié au bulletin

حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان مشار إليه لدى:

CEDH, 6 juill. 2010, Backlund c. Finlande, n° 36498/05 et CEDH, 6 juill. 2010, Grönmark c. Finlande, n° 17038/04. Agnès Martinel,opt.cit., p.67.

أو مواعيد السقوط، فى هذا الصدد يقرر الفقه^١ أنه لا ينبغى ان يتم تطبيق مواعيد انقضاء الدعوى بطريقة تلقائية وبدون النظر إلى ظروف كل حالة على حدة.، على ان هذا النظر لا يتعارض مع قضاء محكمة النقض الفرنسية، ولا يتعارض مع التنظيم الإجرائى وإقرار مواعيد لانقضاء الدعوى المدنية ذلك ان هذه القاعدة تنطبق فى مجالات محددة - كما سلف البيان -تنطوى على حقوق أساسية جديرة بالحماية على النحو الذى يستوجب إعمال مبدأ التناسب بهذه الطريقة.

رابعاً: ارتباط رقابة التناسب بالسلطة التقديرية للقاضى:

فالقاضى بموجب سلطته التقديرية منوط به ضمان حسن سير العدالة، وكذلك الملائمة فى فروض استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

١. علاقة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى باعتبارات (ضوابط) حسن سير

العدالة:

الدولة مهما فرضت من تنظيم يتبقى للقاضى مجالاً كبيراً للسلطة التقديرية التى يباشرها للموازنة بين عدد من الحقوق الإجرائية -والتى قد تؤثر بصورة غير مباشرة فى حقوق

¹Agnès Martinel,opt.cit., p.67. « les délais de prescription ne pouvant être appliqués(*automatiquement et sans considération des circonstances particulières de chaque affaire*> »

موضوعية - بصفة أساسية كالحق فى اللجوء إلى القضاء، غير أنه تجدر الإشارة إلى طبيعة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى مرة أخرى، فهى ليست القاعدة وليست الوضع الطبيعى للاجراءات، ومن أهم المبادئ وفى ذات الوقت الأهداف التى يتغياها أى نظام إجرائى مدنى أو ادراى أو جنائى هو حسن سير العدالة والذى يعبر عن مجموعة من المعايير التى ينبغى ان يحرص القاضى على تحققها فى الاجراءات وتشمل مفاهيم المحاكمة العادلة واعتبارات الأمن القانونى فى الاجراءات ويتمتع فيها القاضى بسلطة تقديرية - حاول البعض^١ - اقتراح حدود واضحة لها، ولكن النقطة الأهم ان حسن سير / ادارة العدالة Bonne Administration de la Justice ويعبر عنه فى قانون الاجراءات المدنية الانجلىزى Overriding objective principle.

ولعل لهذا المفهوم جوانب عديدة ومتشعبة للدرجة التى عبر عنها البعض^٢ بأنها بمثابة قائمة لما ينبغى ان يتأكد القاضى من وجوده وعدد لا متناهى فى الاعتبارات والمصالح التى ينبغى ان يأخذها القاضى فى اعتباره ويعمل بصدها رقابة التناسب- لكن الجانب

¹Brenda Tronson, Towards Proportionality – The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Colin B. Picker, Guy Seidman, The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments, Springer, 2016, p.188.

²Adrian Zuckerman, The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation, Civil Justice Quarterly No.32, 2013,p 132.

-الذى نشير إليه فى إطار الدراسة- هو انه من ضمن المتطلبات التى يفرضها المبدأ هو التزام الخصوم بحسن سير العدالة من خلال حسن النية فى الاجراءات، واتباع قواعد القانون الإجرائى، والامتثال لأوامر المحكمة من أجل مصلحة العدالة، وهو ما يلقى الضوء على تطور دور الخصوم فى الاجراءات فالالتزامات ليست سلبية تتمحور حول الامتناع عن كل ما من شأنه ان يعرقل سير العدالة، بل ان بعض القواعد الإجرائية حاليا تفرض التزامات على الخصوم من شأنها ان تفردهم دور إيجابيا فى سير العدالة من خلال تقليل الوقت والجهد المبذول فى نظر القضية ومثال ذلك فى قانون المرافعات الفرنسي ان الخصوم إذا لم يقوموا بكتابة أسباب طعنهم فى حكم محكمة أول درجة يترتب على ذلك جزاء إجرائى يتمثل فى عدم إعمال الأثر الناقل للاستئناف وعدم قبول الطلب. أما فى إطار حسن سير العدالة فيفرض المشرع الإجرائى حال مخالفة الخصوم واجب الأمانة الإجرائية أو عدم اتباع القواعد الإجرائية أو عدم الامتثال لأوامر المحكمة جزاءات إجرائية وغرامات، مثل الوقف الجزائى إذا لم يقدم أحد الخصوم المستندات التى طلبتها منه المحكمة، أو الغرامات حين يثبت التعسف فى استعمال الحق فى التقاضى، ولكن اتخاذ الدول عموما هذا الاتجاه هو أمر حديث نسبيا وذلك لمواجهة المدة التى يستغرقها الفصل فى الدعوى والتكلفة التى يتكبدها القضاء نتيجة تصرفات الخصوم، وفى القانون الانجليزى وبعد تعديل قانون الاجراءات المدنية عام ١٩٩٨ التى ألزمت الخصوم باتباع

القواعد الإجرائية والامتثال لأوامر المحكمة، فعلق على ذلك الفقه¹ مقررا ان الفلسفة الإجرائية الانجليزية تاريخيا كانت تتعامل مع عدم اتباع القواعد المتعمد وغيرها من مسلك الخصوم الذى قد يؤدي إلى إطالة أمد التقاضى ويشكل إضرار بحقوق الطرف الآخر بقدر من التساهل تأسيسا على ان القواعد الإجرائية لا ينبغي ان تكون أسلاكا تعيق الحق فى اللجوء إلى القضاء، غير ان ذلك لم يعد الوضع حاليا، وهو ما يبرز فكرة التوفيق وإعمال التناسب بين عدد من المصالح والقواعد الإجرائية لتحقيق الهدف الأسمى وهو حسن سير العدالة.

وإجمالا فإن قواعد سير العدالة تمثل الوضع الطبيعى الذى تسير وفقا له المحاكم فى مباشرة ولاية الفصل فى المنازعات وهذه القواعد (بصفة أساسية الفصل فى القضايا بسرعة، تقليل التكلفة، تحقيق فاعلية اللجوء للقضاء) إلى جانب المبادئ الإجرائية للخصومة(مثل: مبدأ المواجهة، وعلانية الاجراءات)، وهذه القواعد وإن تعارضت مثلا (مبدأ شفوية الجلسات واعتبار توفير الوقت لسرعة الفصل فى المنازعات) يظل التوفيق بينها على مستوى التنظيم بما يحقق العدالة، وانه لا يوجد ما يببرر الخروج عن هذه

¹ Michael Legg and Andrew Higgins, Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful Innovation?, in Colin B. Picker, Guy Seidman, The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments, Springer, 2016, p.161.

القواعد، أو المبادئ أو الضمانات غير الأحوال الاستثنائية الفردية أو العامة التى تشكل استحالة مباشرة الحق فى اللجوء إلى القضاء .

وتطبيقاً لذلك فإنه فى المواد التى تركز للإجراءات تقرر دائماً عدم سريان المواعيد أو عدم ترتيب الجزاء الإجرائى لعدم احترام الشكل فى حالة استحالة اللجوء إلى القضاء أو فى حالات القوة القاهرة التى تدخل ضمن مفهوم الاستحالة بالمعنى العام.

ولعل من أكد هذا المفهوم فى القضاء الانجليزى – أو عبر عنه بوضوح- بالقول ان¹ القواعد الإجرائية وحسن سير العدالة وإن تركت للسلطة التقديرية للقاضى وإعماله لمبدأ

¹ "...There may be value in providing more concrete guidance, and thus recommended the two non-exhaustive criteria be revised to provide as follows: (a) the primary need to enforce compliance with rules, practice directions and orders save where there has **been good reason for the default or in exceptional circumstances; and (b) the interests of justice in the particular case.**"

Lord Rupert Jackson, Amendment of CPR 3.9—Rupert Jackson's note to the Rule Committee re Rule 3.9 (second draft) (Civil Procedure Rule Committee—Ministry of Justice, June 6, 2011).

The two non-exhaustive criteria referred to are:

"In his final report on civil litigation costs Sir Rupert Jackson recommended that the list of factors in CPR r.3.9 be repealed and replaced by just two criteria: • the requirement that litigation should be conducted efficiently and at proportionate cost; and • the interests of justice in the particular case"

التناسب إلا انه ينبغي ان يوجد نوع من التوجيه أو الضوابط لمباشرته لتك السلطة فأكد على انه ينبغي الالتفات عن التنظيم الخاص بحسن سير العدالة وعدم تطبيق معاييرها بحذافيره في حالة: إذا توافر للخصوم سبب معقول يببرر عدم إتخاذ الاجراء good reason، أو في حالة الظروف الاستثنائية Exceptional Circumstances أو في حالة ما إذا تطلبت مصلحة العادلة ذلك في قضايا بعينها.

٢. سلطة القاضى التقديرية يتفرع عنها تطبيق القاضى للقانون الإجرائى فى

الظروف الاستثنائية:

فى الدراسة والتأسيس للنظرية العامة للسلطة التقديرية للقاضى فى القانون الخاص والمرافعات تحديداً -إن جاز التعبير- تتسم بالوقوف على مظهر هذه السلطة التقديرية، وما إذا كانت هذه السلطة موجودة فعليا- أم ان القاضى يتحرك دائما فى إطار ترسمه

Michael Legg and Andrew Higgins, Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful Innovation?, in Colin B. Picker, Guy Seidman, The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments, Springer, 2016, p.162.

د.وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٤.

د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ١٠٩ وما بعدها.

له إرادة المشرع، والتفرقة فى هذا الصدد بين إعمال القاضى لفكره وذهنه داخليا، والتعبير عن تلك الإرادة من خلال الاجراءات والأشكال التى حددها المشرع سلفا.

غير ان كافة الآراء فى هذا الصدد تركز على سلطة القاضى التقديرية فى الوصول إلى حكم فى الدعوى المعروضة عليه باعتبارها -أى الدعوى/الإدعاءات- تعتبر آراء الخصوم فى هذه المراكز الموضوعية، على أنه استقر الرأى على تقسيم السلطة التقديرية للقاضى عما إذا كان يقوم بالحكم وفقا للقانون الموضوعى أم وفقا لقواعد العدالة (وهى التى تتصل برقابة التناسب، وتطبيق القانون الإجرائى فى الحالات الاستثنائية).

- السلطة التقديرية للقاضى وفقا للقانون (الموضوعى والإجرائى):

يدل على هذه السلطة التقديرية من خلال العديد من النصوص الموضوعية والإجرائية التى تخول القاضى سلطة تقديرية مثل (سلطة القاضى فى تأجيل الجلسات- فى انعقادها فى سرية)، (سلطة القاضى فى تقدير التعويض)، وبالتبعية تدل على ارادة القاضى فى العمل القضائى، وبالتالي ففى نظر القانون الموضوعى فإن القاضى يبذل نشاط ذهنى ارادى لاكتشاف حقائق موجودة بالفعل، مما يجعل ارادة القاضى مجرد تقرير لارادة القانون- لكن يؤخذ على هذا النظر- انه حصر الأحكام بالنظر إلى موضوعها فى الحكم الموضوعى الذى يهدف إلى كشف المراكز القانونية المجهولة، وفى إطار قانون المرافعات فإن الرأى القضائى يعبر عنه الحكم الصادر فى الدعوى بعد تحقيق ادعاءات

الخصوم فى ضوء بقواعد القانون الموضوعى والاثبات الواجب التطبيق على وقائع هذه الدعوى.

وفى هذه الصورة التقليدية لإعمال القاضى لسلطته التقديرية، فإنه يصدق القول: "ان القانون لا يترك القاضى حراً تماماً فى تكوين الرأى القضائى، وإنما يورد على هذا الرأى العديد من القيود الإجرائية والموضوعية، ومع ذلك فمن الملاحظ ان هذه القيود لا ترد على الرأى القضائى فى جميع تفاصيله وإنما يتمتع القاضى فيه بسلطة تقديرية تتفاوت بتفاوت القضايا."^١

- السلطة التقديرية للقاضى عندما يفصل فى النزاع وفقاً لقواعد العدالة:

ومع اختلاف الآراء حول حدود تلك السلطة ومداهما، يعترف الفقه^٢ استنباطاً من أحكام القانون بالسلطة التقديرية للقاضى فى إطار من إعمال قواعد العدالة، فىكون تعريف تلك السلطة التقديرية: بأنها تلك السلطة التى يخولها المشرع للقاضى عندما يفصل فى الدعوى وفقاً للعدالة أو فى الحالات التى يخوله فيها المشرع صراحة اختيار أثر واقعة أساسية معينة.

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية، المرجع السابق، ص ١٠٦.

^٢ د.نبيل اسماعيل عمر، الاشارة السابقة، ص ١٠٨.

وبين مؤيد ومعارض لمظهر هذا النوع من السلطة التقديرية ومداهها، تذهب الباحثة مع
الرأى المؤيد إلى تأكيد السلطة التقديرية للقاضى بسبب الأساس والتطبيقات.

فتأسس على الحاجة إلى إعمال القاضى قدرته على تحديد نشاطه (أو الاجراءات
والتدابير) بالطريقة الأكثر ملائمة لأهداف وظيفته فإذا كان هدف القاضى هو كفالة
السير المستقر المنظم للحياة الاجتماعية، فالأولى هو حسن سير العدالة وصولاً للهدف
الأول، وبالتبعية "القاضى هو الذى يقدر النشاط الأكثر ملائمة للإشباع المحايد
للمصالح المتعارضة - ويظهر ذلك فى الأحوال التى يحكم فيها القاضى وفقاً للعدالة،
لأن العدالة هنا تعبر عن عدل الحالة الفردى، وهذا يعنى اختيار الحل العادل بالنسبة
لخصوصيات الحالة الواقعية... القاضى بهذا النشاط التقديرى يرمى إلى تحقيق غاية
العمل القضائى وهو المصلحة العامة"^١.

وهذا النوع من السلطة التقديرية للقاضى يجد مظهره الأساسى فى إعمال القاضى مبدأ
التناسب، والتعامل مع تطبيق القانون الإجرائى فى الحالات الاستثنائية الفردية والعامّة،
ولكن بطبيعة الحال يجدر الإشارة ان القاضى حتى فى إعماله للسلطة التقديرية ومبدأ
التناسب للتوفيق بين اعتبارات حسن سير العدالة (عموماً) وبين حق المواطنين فى اللجوء
إلى القضاء الذى يهدده (ظرف فردى- أو قوة قاهرة كفيروس الكوفيد ١٩)، هو أمر لا

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، الإشارة السابقة، ص ١١١.

يعتبر مستقلا عن النظام أو المشرع الإجرائى تماما ومعتمد كلياً على القاضى (إرادته وتفكيره الذاتى)، وإنما هذا الأخير تحكمه عدة اعتبارات بداية من الفلسفة الإجرائية للنظام القضائى الذى ينتمى إليه القاضى فى دولة ما، والاعتبارات التى يوليها الأهمية مروراً بالالتزامات الدولة الدولية والإقليمى فيما يتصل بالحقوق الإجرائية وحقوق الدفاع بوصفها من حقوق الانسان، وفى مصاف الحقوق الدستورية، وانتهاءً باعتبارات العدالة المستقرة فى الضمير الجمعى فى وقت معين ومكان معين.

وتأكيداً على تلك النقطة أشير إلى التساؤل الفقهي^١ فى القانون العام حول آلية أعمال رقابة التناسب وكذلك يثور ذات التساؤل ما امتدادها إلى القانون الخاص وقانون المرافعات، لماذا ينشغل القانون، والقضاه فى بيان خطوات أعمال رقابة التناسب وبيان المذهب الذى ينتهجونه فى هذا الصدد- على نحو ماسبق بيانه- وهو ما تُعنى كذلك محاكم الاستئناف والمحاكم العليا ببيانه فى أحكامها لا لأغراض الرقابة والتفسير بقدر ما يتصل الأمر بتوضيح منهجها وبيان المصالح المتعارضة والتوفيق بينها؟ وتأتى الإجابة على هذا التساؤل ان هذه هى طريقة القضاه للتأكيد على حيادهم وموضوعية اتخاذ القرار وذلك للنأى عن أى اتهامات بالتسييس- من خلال تأييد اجراءات تقيد حقا

^١ راجع د. وليد محمد الشناوى، المرجع السابق، ص ٤١٨.

أو حرية ما استغلالاً لحالات الطوارئ الصحية مثلاً- أو أى اتهامات بالحيدة عن الاعترابات الدستورية والقانونية أى انحراف فى استعمال السلطة.

المبحث الثانى

التنظيم الإجرائى فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

يقصد بالتنظيم الإجرائى فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى هو: التنظيم الذى يتصل بالتدابير أو الاجراءات التى تتخذها السلطات فى الدولة للتغلب على القيود المفروضة على الحق فى التقاضى والتى وجدت تلقائياً بسبب الفرض أو الواقعة التى أدت إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى سواء على المستوى العام أو المستوى الفردى للأشخاص فى الدولة أخذاً فى الاعتبار حماية الحق فى المحاكمة العادلة وما يتصل به من حقوق أبرزها الحق فى اللجوء إلى القضاء^١، وهى ما يعبر عنها إجمالاً بتطبيق قانون المرافعات فى الأحوال الاستثنائية.

¹Bohdan I. Andrusyshyn, Yevhen V. Bilozorov, Natalia M. Opolska, Liudmyla F. Kupina & Olha V. Tokarchuk, Right to a fair trial in extraordinary conditions, The Age of Human Rights Journal, 20 (June 2023), p.5.

فى الفروض الفردية أو العامة لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى يكون للسلطة التقديرية للمقاضى دورا كبيرا فى مواجهة هذه الفروض ويمارس القاضى هذه السلطة التقديرية فى هذه الأحوال فى إطار من مبدأ التناسب حماية للحق فى اللجوء إلى القضاء، وفى ذات الوقت ضمان حسن سير العدالة.

غير ان التنظيم قد يتباين بينهم لأن الحالات الفردية ليس من المتصور ان تؤثر على أداء الجهاز القضائى ككل بذات الدرجة كما هو الحالة فى الفروض العامة(القوة القاهرة العامة)، فإن كانت الحالات الفردية تخضع للقواعد العامة فى قانون المرافعات، فإنه فى الأحوال العامة قد لا تكفى تلك القواعد لمواجهة أزمات تؤدى إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، مما يستدعى ان تصدر قوانين أو لوائح لتبين كيفية مباشرة الحق فى التقاضى وحال كذلك، وأيا ما كان آلية التنظيم فإنها تنصب على عنصرين أساسيين:

الأول: المواعيد الإجرائية

الثانى: كيفية مباشرة اجراءات التقاضى وسيرها.

وعبرت عن ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان: "الحق فى الوصول إلى القضاء، وفى الحصول على حلول فعالة effective remedy هو من الحقوق التى يجب حمايتها

بلا تهاون خلال الأوقات الاستثنائية أو الطارئة عموماً وأثناء الجائحة بصفة خاصة.^١، وهو ما يمثل- فى رأى الباحثة- أساساً لنظرية عامة لأداء العدالة خلال الأوقات الاستثنائية سواء على مستوى الأفراد أو على مستوى الدولة ككل.

وتأسيساً على ذلك فإن الاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى تتحقق فى عدد كبير من الفروض، لكن الجانب التطبيقى لهذه الدراسة هو بيان تأثير وجود فرض تتحقق معه الاستحالة على المواعيد الإجرائية من جهة، اجراءات التقاضى من جهة أخرى، ولعل الاستحالة بصفة أساسية تتحقق لدى الخصم (المدعى) الذى يصعب عليه لسبب أو آخر مباشرة الحق فى اللجوء إلى القضاء.

^١ مشار إليه لدى:

Nina Betetto, Statement of the President of the CCJE. The role of judges during and in the aftermath of the Covid-19 pandemic: lessons and challenges. Strasbourg: CCJE, p.5.

المطلب الأول

التنظيم الإجرائى الخاص للمواعيد الاجرائية

تعتبر المواعيد الإجرائية من مظاهر الشكالية التى فرضها القانون على الاجراءات/الأعمال الإجرائية وترتب آثارها من قبل المشرع دون اعتبار لإرادة الخصوم أو سلطة القاضى^١، وبالتالي تتكون أشكال إجرائية تتكون منها الخصومة إلى جانب المقترضات الموضوعية للإجراء.

وتأسيسا على ما سبق فإن أى إخلال بالنموذج القانونى الذى وضعه المشرع للإجراء من شأنه ان يؤدى إلى ترتيب الجزاءات الإجرائية ومن ذلك فيما يتصل بالمواعيد الإجرائية، والمشرع فى تنظيمه للحق فى الدعوى وللتقاضى عموما يشترط ميعاد ينبغى ان يتم اتخاذ الإجراء فيه، فالمهلة هى شكل للعمل الإجرائى ويقصد بالمهلة فى هذا الصدد الفترة التى ينبغى ان يتخذ العمل الإجرائى خلالها وتتحدد لها نقطة (لحظة) بداية

^١ د.فتحى والى، د.أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان، المرجع السابق، ص ٧٥، د.فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

ونقطة(لحظة) نهاية، فالعمل الإجرائى بهذه المثابة لا يكون له وجود إلا باقترانه بالمدة التى حددها المشرع قانوناً^١.

والمواعيد الإجرائية بهذه المثابة يعتبر تنظيم لوقت الدعوى إلى جانب شروط قبول الدعوى، لأنه تسمح للأفراد بوقت معين للجوء للقضاء وأيضاً تحديد مدة قصوى (مدى زمنى محدد) لحماية الحقوق الموضوعية وكل ذلك يتم على أساس من المواعيد الإجرائية، فهى اليوم تعتبر الأساس لسلطة القاضى (فيما يتصل بمواعيد السقوط relevé de forclusion من جانب، وللخصوم من جانب آخر من خلال المواعيد التى تتصل بالتقادم .^٢ clauses relatives à la prescription

كل هذا التنظيم يصبح إشكالية فى حالة استحالة اللجوء إلى القضاء سواء كان السبب عاماً أم خاصاً، لأنه فى حالة توافر الظرف الذى يسبب الاستحالة فإنه لا يمكن على الأفراد أو الخصوم -فى حالة بدء اجراءات التقاضى - القيام بواجباتهم الاجرائية خلال المواعيد التى حددها المشرع، وهو الأمر الذى تتعامل معه القواعد العامة فى قانون المرافعات تارة، أو تتدخل الدول بقرارات خاصة لحل تلك الإشكالية تارة أخرى.

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق فى اتخاذ الاجراء، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٨٩ ص ٢٣٥.

^٢ Soraya Amrani Mekki, Le temps et le procès civil, Thèse de doctorat en Droit, 2000, p.15.

ولا يعد عنصر الزمن فقط هو الإشكالية الوحيدة التي يتسبب فيها استحالة مباشرة الحق في التقاضى، فإجمالاً يؤثر الزمن بطبيعة الحال على كل أوجه النشاط القضائى، لكن بالإضافة إلى الزمن فإن المكان أيضاً قد يصبح إشكالية تستوجب التنظيم، ذلك انه أحد الجوانب الشكلية للعمل الإجرائى فينبغى ان يتخذ العمل الإجرائى فى المكان المحدد قانوناً، فينظم القانون فى كثير من الأحيان المكان الذى ينبغى ان يتم العمل الإجرائى فيه مثال ذلك وجوب ان يتم الحجز فى مكان المنقولات المحجوزة (م٣٥٣مرافعات)، أو م١٠مرفاعات والتي تستلزم تسليم الإعلان للشخص فى موطنه أو لأحد الأفراد الذين حددهم فى الفقرة الثانية من ذات المادة، وعدم اتخاذ الإجراء فى المكان الذى حدده المشرع يؤدى إلى عدم إنتاج الإجراء لآثار إجرائية كما قد يؤدى إلى تعييب الإجراءات التالية عليه.

فالأماكن على هذا النحو قد تؤدى إلى حدوث عقبات إجرائية كما فى حال الكوارث الطبيعية مثلاً أو حالة فرض حظر التجول لأسباب صحية كما كان الحال فى ٢٠٢٠ فى العديد من دول العالم.

الفرع الأول

أثر حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الفردية على المواعيد الإجرائية

ونتناول ذلك بالدراسة من خلال دراسة دور القضاء فى تقدير توافر حالات الاستحالة من جهة، ثم أثرها على المواعيد الإجرائية من جهة أخرى.

أولاً: دور القضاء فى تقرير حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى:

يمارس القاضى دوراً محورياً فى تقدير استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الفردية، غير انه مما زاد من صعوبة الأمر ما يشير إليه الفقه¹ من تذبذب فى استخدام المصطلحات التى تتصل باستحالة مباشرة الحق فى التقاضى، والذى انعكس على التطبيق، فامتد نطاق الاستحالة ليشمل الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية متأثراً بمفاهيم القوة القاهرة وقياساً على معيار المعقولية (الرجل المعتاد) ويرجع السبب الرئيسى فى ذلك، إلى ان هذه مصطلحات كلها على قدر كبير من المرونة كما ان الفارق بينها غاية فى الدقة.

الشاهد ان القواعد التى تنطبق فى حالات القوة القاهرة- إن جاز تكييفها على هذا النحو- طبقها القضاء فى مصر وفرنسا على الحالات الفردية وفى مصر يستخدم لها فى الأحكام

¹ Benjamin West Janke and François-Xavier Licari, *Contra Non Valentem in France and Louisiana: Revealing the Parenthood, Breaking a Myth*, opt.cit, p.٥١٧.

بصفة أساسية مصطلح القوة القاهرة وأحيانا الضرورة، أما فى فرنسا فيعبر عنها القضاء

الفرنسى بمصطلح استحالة L' IMPOSSIBILITE D'AGIR EN JUSTICE

ويجدر الإشارة إلى انه فى الوقت الذى تتعاضم فيه قيمة السوابق القضائية فى دول النظام اللاتينى مثل مصر وفرنسا، فإن تطبيق القواعد السابقة على حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى تتسم بمعيار محدد وتتميز بالاستقرار النسبى فى المعايير التى تستند إليها، وقد تم الاعتراف فى فرنسا وكندا بعدد من الحالات التى اعتبرت بمثابة استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى لحماية لمصالح أصحاب الحق بل وامتد نطاقها لتصل للقانون الجنائى فى القانون المقارن لحماية لمصالح الضحايا (الاعتداد بالحالة النفسية للضحية والتى أدت لتأخيرها فى التبليغ عن الجانى - خاصة فى جرائم التحرش وبالتالي قبول تلك الدعاوى بغض النظر عن الميعاد المحدد لرفع الدعوى).

١. المثال الأبرز للاستحالة - إن جاز التعبير القوة القاهرة الخاصة^١ - وفاة أحد

الخصوم أثناء سير الخصومة، وكانت الخصومة غير صالحة للفصل فيها:

تنص م ١٣٠ من قانون المرافعات على ان:"ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه.."، وتتص م ١٣٢:" يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التى كانت جارية فى حق الخصوم وبطلان جميع الاجراءات التى تحصل أثناء الانقطاع."

ويعتبر انقطاع الخصومة ضمانا لمبدأ المواجهة بين الخصوم، وترجع العلة^٢ وراء تقرير المشرع للانقطاع -حال توافر حالة من حالاته التى حددها القانون على سبيل الحصر وباعتباره صورة خاصة من صور وقف الخصومة- إلى مواجهة حدوث واقعة من شأنها ان تحول بين الخصم والدفاع عن مصالحه، فتقف الخصومة بقوة القانون لحين زوال سبب الانقطاع، وتتقطع الخصومة لأحد الأسباب الآتية: وفاة أحد الخصوم الطبيعيين

^١ ويقرر جانب من الفقه انه من زاوية الخصومة وإظهارها وما يطرأ على الطلبات، والمراكز الإجرائية للخصوم فإن وفاة أحد الخصوم والذى يترتب عليه انقطاع الخصومة هو بمثابة ظرف طارى يطرأ على الخصومة أثناء سيرها إذا حدثت الوفاة وكانت الدعوى غير صالحة للفصل فيها، لكن نشير فى هذا الصدد إلى ما قرره ذات الاتجاه من أنه هناك بعض الفروض التى يصدق عليها انطباق نظريات القوة القاهرة والظروف الطارئة بحسب الأحوال. راجع: د. طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة فى قانون المرافعات- دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد الرابع، عدد الأول،

ويخلفهم الورثة فتقطع الخصومة لحين إعلان الورثة حتى يتمكنوا من مباشرة الاجراءات والدفاع عن أنفسهم فى الدعوى، فقد أحد الخصوم لأهليته الإجرائية، زوال التمثيل القانونى لأحد الخصوم، فإذا كان الخصم قاصرا يمثله الولى أو الوصى، وعلى فرض بلوغ القاصر سن الأهلية أثناء الخصومة فإن تمثيل الولى أو الوصى يزول ولا يكون له ان يمثل القاصر الذى بلغ سن الرشد.

ففى كل هذه الأحوال تنقطع الخصومة حتى يعلم الشخص الذى يحل محل الخصم(الذى توافرت فى جانبه أحد الحالات السابقة)بالخصومة وبالتالي يتولى هو مباشرة أعمالها بنفسه أو بوكيل عنه، وبالرغم من ذلك فإن المشرع المصرى ينص صراحة فى م ٣/١٣٠ مرافعات على انه: " لا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ولا بانقضاء وكالته بالتحتى أو العزل"، لكن للمحكمة فى هذه الحالات التى تتصل بالوكيل الاتفاقى (المحامى) ان تستعمل سلطتها فى التأجيل وتمنح الخصم آجلا لتعيين وكيل جديد وذلك فى جميع الأحوال ولو كانت الوكالة وجوبية، فلا تؤدى وفاة الوكيل بالخصومة إلى الانقطاع^١.

يقرر جانب من الفقه^٢ تأسيسا على تنظيم المشرع لحالة انقطاع الخصومة انها تمثل اعتراف من المشرع بفكرة الاستحالة والقوة القاهرة فى قانون المرافعات، لاسيما وان الوفاء

^١ د.وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٣٤١.

^٢ د.ياسر باسم زنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها فى أحكام القوانين الإجرائية- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠، ص ٥٢٧.

تعتبر -بطبيعة الحال- حدث غير ممكن الدفع، ويتوافر فيه ما يتوافر للسبب الأجنبي من اعتباره قوة ضاغطة لحدث معين له تأثير سلبي على سلوك الخصم على نحو يفقده قدرته على إتيان أى تصرف من شأنه ان يدفع به الحدث أو الواقعة.

٢. الحاجة المادية وتأخر الفصل فى طلب المساعدة القضائية :

فى الحقيقة يواجه الأفراد فى المجتمع العديد من الأسباب التى تتصل بالوصول إلى العدالة والتى قد لا تتصل بالمفهوم فى ذاته غير أنها من العوامل التى تؤثر على قدرة الأفراد على اللجوء إلى القضاء، ووضع حقهم فى الدعوى موضع فاعلية، ومن ذلك مصروفات التقاضى Court Fees، وشرط المصلحة لرفع الدعوى، واللجوء إلى طرق إلزامية لحل النزاع خارج المحكمة قبل اللجوء للقضاء، من شأن هذه العوامل وغيرها ان تضعف من الحق فى اللجوء إلى القضاء (فعليا)، ولكن فيما يتصل بنفقات التقاضى فإنها قد تؤدى إلى توافر حالة الاستحالة فى اللجوء إلى القضاء فهل تعد مع ذلك من قبيل الأسباب التى تؤدى إلى وقف المواعيد لصالح الخصم الذى تتوافر فى جانبه؟

القضاء باعتباره أحد السلطات فى الدولة إلا انه مع ذلك لا يقوم بوظيفته بدون مقابل، فالدولة تفرض على المتقاضين رسوم محددة مقابل اللجوء إلى القضاء والمطالبهم بالحماية القضائية لحقوقهم ومراكزهم القانونية، يقوم بدفع هذه الرسوم من يرفع الدعوى أولاً، ويحكم بها بعد ذلك على من يخسر دعواه، ولا يعتبر ذلك عبء أو قيد بالمعنى

الفنى على الحق فى اللجوء إلى القضاء، غاية ما هناك ان الدولة تتكبد العديد من النفقات لكنها لا تتكبد نفقات التقاضى^١، فيساهم المواطنون فى تخفيف هذا العبء من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان اللجوء إلى القضاء مجانى تماما لأدى ذلك إلى كثرة الدعوى الكيدية^٢، ومع ذلك هل تعتبر الحالة المادية الرقيقة للمتقاضى وعدم قدرته على دفع رسوم التقاضى بمثابة ظرف يرتب الاستحالة وبالتالي ترتب الآثار الناشئة على حالة استحالة اللجوء إلى القضاء؟

من الناحية القانونية لا يمكن القول بأن الفقر أو العوز أمر يمثل قوة قاهرة لأنه ينتفى فيه عنصر عدم التوقع كما ينتفى عنصر استحالة الدفع لأنه كان للمتقاضى ان يلجأ إلى نظام المساعدة القضائية^٣ فتقرر م ٢٣ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية انه: "يعفى من الرسوم القضائية كلها

^١ د. وحدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٧٠٩.

^٢ د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص - الجزء الأول، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٧٤، ص ٢٥٣.

^٣ د. فرات رستم أمين الجاف، المعونة القضائية وأحكامه فى القوانين الإجرائية- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك- كلية القانون، ص ٧٦، متاح على الرابط التالى:

chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.iasj.net/iasj/download/b060840b9480d444nload/

د. عاشور مبروك، النظام القانونى لمساعدة غير القادرين، مطبعة الجلاء بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ١١.

أو بعضها من يثبت عجزه عن دفعها. ويشترط فى حالة الإعفاء السابق على رفع الدعوى احتمال كسبها ويشمل الإعفاء رسوم الصور والشهادات والملخصات وغير ذلك من رسوم الأوراق القضائية والإدارية ورسوم التنفيذ وأجر نشر الإعلانات القضائية والمصاريف الأخرى التى يتحملها الخصوم".

وقد أيدت أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية هذا النظر^١ فتقرر محكمة النقض أن تقديم طلب الإعفاء من الرسوم لا يرتب أثراً فيما يتصل بقطع مواعيد التقادم أو وقفها، إذ انه والحال كذلك لا تشكل هذه الحالة استحالة مطلقة تمنع اللجوء إلى القضاء أو اتخاذ الإجراء فى الميعاد المقرر قانوناً، على انه على خلاف من القضاء العادى فقد تواترت أحكام القضاء الإدارى إلى وقتنا الحالى على ترتيب آثار الاستحالة فى حالة تقديم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية.

وتقرر محكمة النقض فى حكم لها ان: "الطلب المقدم إلى لجنة المساعدة القضائية للإعفاء من رسوم الاستئناف لا يعدو ان يكون مجرد التماس للإعفاء من الرسوم فحسب ولا يترتب عليه وقف سريان ميعاد الاستئناف فى حق المحكوم عليه ولو انتهى الأمر إلى قبوله لأنه لا يعتبر قوة قاهرة أو حادث مفاجئ يوقف سريان الاستئناف، كما لا يعتبر الاستئناف مرفوعاً من تاريخ تقديم هذا الطلب لأنه لا يتضمن معنى تكليف

^١ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، المرجع السابق، ص ٩٤، ٩٥.

المستأنف عليه بالحضور إلى المحكمة المرفوع إليها الاستئناف، ولا يتضمن الطلب سائر البيانات التي يتطلب القانون اشتغال صحيفة الاستئناف عليها.^١

وحكم محكمة النقض السابق قرر حقيقة ان الحالة المادية الرقيقة وتقديم طلب المساعدة القضائية لا تعتبر قوة قاهرة خاصة وبالتالي لا يترتب عليها أى أثر فيما يتصل بالمواعيد الإجرائية، غير ان تلك الحالة وإن لم تشكل قوة قاهرة - خاصة - إلا انها تعتبر استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى، وهو ما يستدعى البحث عن حلول إجرائية لها، لأنه فى حالة صدق إدعاء الخصوم بصعوبة موقفهم المالى، فإن تكاليف الدعوى أو تكاليف الاستعانة بمحام ستشكل قيذا حقيقيا على الحق فى اللجوء إلى القضاء.

على خلاف ذلك يترتب تقديم طلب المساعدة القضائية وقف الميعاد طبقاً لمرسوم المساعدة القضائية الفرنسي^٢، وهو الأمر الذى أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية

^١ نقض مدنى، جلسة ١٧/٦/١٩٩٣، طعن ١٣٨٠، س ٥٩ق.

^٢ وفقاً للمادة ٣٨ من مرسوم لمساعدة القضائية: "إذا كانت الدعوى القضائية ينبغى رفعها أمام محكمة الدرجة الأولى قبل انقضاء ميعاد معين، فإن الدعوى تعتبر انها رفعت فى الميعاد بشرطين: الأول ان يقدم طلب المساعدة القضائية لمكتب المساعدة قبل انقضاء ميعاد رفع الدعوى، الثانى: ان يتم رفع الدعوى القضائية خلال ميعاد جديد مدته هى ذات مدة الميعاد السابق، وكذلك إذا قدم طلب المساعدة لمكتب المساعدة لدى محكمة النقض قبل انقضاء ميعاد الطعن بالنقض أو تقديم المستندات، فإن تقديم الطلب يترتب عليه انقطاع الميعاد" (م ٣٩ من المرسوم المساعدة القضائية)، راجع: د. على عبد الحميد تركى، نظرية المواعيد الإجرائية - دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الاماراتى والفرنسى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٦٧، ديسمبر ٢٠١٨، ص ٢٦٥-٢٦٦.

ويرجع ذلك - فى رأى - إلى التزامات الدولة الفرنسية بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والمحكمة الأوروبية والتي تؤكد فى أحكامها على الزام الدول بضمان أكبر مجال لمواطنيها فى مباشرة الحق فى التقاضى بدون أى قيود تفرغ الحق من مضمونه.

٣. ان يتوافر لدى الخصم مانع أدبى يحول دون مباشرة الإجراء فى الوقت الذى

حدده القانون:

يعتبر المانع الأدبى كسبب يعتد به القضاء بحيث يوقف المواعيد الإجرائية، ويحول الخصم اتخاذ اجراءات كان يجب عليه اتخاذها بعد إنقضاء معياد معين حدده القانون هو أمر ليس بالجديد، فقد قررت محكمة النقض المصرية فى حكم لها فى طعن تتلخص وقائعه فى ان الطاعن طالب بالحماية القضائية وذلك بطلب تسليمه نصيبه فى الميراث الذى انتقل له من والدته ويوازى ٦/١ أرض زراعية وانه لم يطالب به قبل ذلك لأن من يطالب بالحق فى مواجهته هو شقيق مورثته، وقد قبلت محكمة النقض^١ الطعن تأسيسا على ان: "...مفاد نص المادة ٣٨٢ من القانون المدنى ان التقادم يقف كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ولم يورد المشرع هذه الموانع على سبيل الحصر بل عمم ليشتمل مع ما يقتضيه العقل، والمادة ٣٨٤ من القانون المدنى ان التقادم ينقطع إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا،

^١ نقض مدنى، جلسة ٢٤/٢/٢٠١٨، طعن رقم ٣٧٦، لسنة ٨١ ق.

وكان النص فى المادة ١٧٦ من قانون المرافعات يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ان المشرع لم يقصد بإيراد الأسباب ان يستكمل الحكم شكلا معيناً بل ان تتضمن مدونات الحكم ما يطمئن المطلع عليه ان المحكمة قد أقرت بالواقع المطروح عليها، ومحصلة ما قدم إليها من أدلة، وما أبداه الخصوم من دفاع وحصلت من كل ذلك ما يؤدى إليه، ثم أنزلت حكم القانون ، وذلك حتى يكون الحكم موضع احترام وطمأنينة الخصوم ويحمل بذاته آيات صحته وينطق بعدالته..."، ومن وقائع الطعن فإن المطعون ضده قد أقر بحق الطاعن من جهة، كما دفع الطاعن أمام محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف بوجود مانع أدبى من جهة أخرى، ولهذا قبلت محكمة النقض الطعن من حيث الموضوع وقضت بإحالة الحكم لمحكمة الاستئناف لتلافى أوجه القصور.

على ان تقدير المانع الأدبى أمر يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فقررت محكمة النقض^١ فى حكم لها ان: "تقدير قيام او انتفاء المانع الادبى - يعد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الامور الواقعية التى تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية دون معقب عليها متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة لها اصل ثابت بالاوراق. "ولذلك نجد فى قضاء محكمة النقض العديد من الأحكام التى تقر ان علاقة الزوجية أو علاقة القرابة أو المصاهرة لا تعتبر فى ذاتها مانع أدبى،

^١ نقض مدنى، جلسة ١٩٨٦/٥/٧، طعن رقم ٢٤٩٩، س٥٢ق.

فتقرر^١: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن صلة الزوجية لا تعتبر بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول علي سند كتابي ويتعين أن يرجع في ذلك الي كل حالة علي حدة طبقا لظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متي كان تقديرها قائما علي أسباب سائغة."

٤. ان يلم بالمدعى ظرف (مرض) نفسي يمنعه من مباشرة الدعوى فى الوقت

الذى يحدده القانون:

فى القانون المقارن الفرنسى والكندى توجد العديد من الأحكام التى تتناول المانع "النفسى" الذى قد يشكل استحالة للخصم فى اللجوء إلى القضاء مما يؤدى إلى انقضاء الدعوى وأحيانا الحق ذاته بالتقادم، وعندما يستجمع ذلك الخصم (المدعى) قوته(نفسيا) حتى يتمكن من رفع الدعوى، يكون دفع الخصم الآخر (المدعى عليه) انقضاء الحق بالتقادم، وسقوط الحق فى رفع الدعوى.

وفى قضاء المحاكم الكندية^٢ يعرف هذا الفرض تحت مسمى L'impossibilité psychologique d' agir en justice ويتم الدفاع عن حق (الضحايا)- إن جاز

^١ نقض مدنى، جلسة ١٧/٢/١٩٨٣، الطعن رقم ٢٢٣، س٤٩ق.

^٢ Louise Langevin et Nathalie des Rosiers, L'impossibilité psychologique d'agir et les délais de prescription : lorsque le temps compte, Reveu Juridique Thémis, No.42, 2008, p.400.

التعبير- على أساس من العدالة التى تمنح إلى إعطاء هؤلاء الأشخاص الحق فى اللجوء إلى القضاء ومراعاة الظروف النفسية التى ألمت بهم وصولاً إلى ضمان حماية حقوقهم الأساسية، وكذلك الأمر فى قضاء محكمة النقض الفرنسية التى تتناول فى العديد من أحكامها استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الناشئ عن ظروف نفسية على ان ما يميز كافة هذه الأحكام التأكيد على قاعدة مؤدها "لا تسرى مواعيد التقادم، ويتم تعليقها فى مواجهة الشخص الذى يتوافر فى جانبه استحالة اللجوء إلى القضاء الناشئة عن القوة القاهرة، كما يتم تأجيل سريان كافة مواعيد التقادم حتى يتمكن من مباشرة الحق فى التقاضى مرة أخرى".¹، وتعاملت محكمة النقض المصرية مع أحكام مشابهة، ففى طعن مقدم ضد حكم قررت فيه محكمة الاستئناف رداً على توافر القوة القاهرة فى جانب المستأنف مثبتة بتقارير طبية انتهاء الحكم المطعون فيه إلى عدم قبول استئناف الطاعن شكلاً لرفعه بعد الميعاد على أن حالة الطاعن المرضية لم تعد من قبيل القوة القاهرة أو حالات العجز التى تفقده إقامة الاستئناف بنفسه أو بواسطة وكيل له خلال الميعاد

¹ "...que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant soit de la loi, de la convention ou de la force majeure ; que son point de départ est reporté jusqu'à ce qu'il puisse agir"

Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 16 septembre 2021, Pouvoir NO. U20-17.623, Publié au bulletin.

ودلت على ذلك بمباشرة عدة قضايا أخرى خلال تلك الفترة وقامت محكمة النقض^١ بتأييد الحكم المطعون فيه لأن:"القاعدة: لما كانت المحكمة بما لها من سلطة تقدير أسباب وقف سريان ميعاد الاستئناف قد أقامت قضاءها بعدم قبول استئناف الطاعن شكلاً على سند من أن (الإفادتين الطبيتين الصادرتين عن مستشفى المنيرة بأنه كان يتردد عليها للعلاج من حالة فقدان التركيز والوعى والغيبوبة غير المستمرة ليست حالة مرضية تعجزه عن مباشرة شؤونه واتخاذ الإجراءات القانونية ولا تعد من قبيل القوة القاهرة أو حالات العجز الذى يفقده أهليته للتقاضى) إذ ثبت إقامته للتظلم من أمر تقدير رسوم فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٩٣ تجارى كلى الجيزة بتاريخ ١٠ / ٩ / ١٩٩٦ وسدد أمانة الخبير الصادر بها الحكم التمهيدي بجلسة ٦ / ٨ / ١٩٩٦ بالاستئناف رقم ٣٣٥١ لسنة ١١٢ ق القاهرة المقام منه ضد المستأنف ضدهم الأول والمطعون ضدهم الأول بما يبين منه أن الحالة المرضية التى كان يعالج منها لم تكن لتعجزه عن إقامة الاستئناف بنفسه أو بواسطة وكيل عنه وهى أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتكفى لحمل قضائه."

^١ نقض مدنى، جلسة ٢٥/٣/٢٠٠٤، طعن رقم ٤٦٨، س٦٧ق.

٥. تطبيق (الاستحالة) فى أضيق الحدود فى قضاء محكمة النقض المصرية فيما يتصل بالعائق/المانع القانونى (الخصومة تنقضى ولو كانت واقفة انتظارا للفصل فى المسألة الأولية):

وذلك حينما كان المستقر عليه فى قضاء محكمة النقض المصرية ان إذا صدر حكم من المحكمة المدنية بوقف الدعوى إلى حين الفصل فى الدعوى الجنائية، فإنه يترتب على هذا الحكم وقف مدة السقوط فلا تحسب فى مدة انقضاء الخصومة بمضى المدة تلك الفترة التى ظلت خلالها الدعوى الجنائية قائمة حتى انقضت بصدور الحكم النهائى فيها، أو بأى سبب آخر من أسباب الانقضاء، وذلك تأسيسا على ان: "... يتحقق وقف مدة هذا التقادم بقيام مانع ماضى يتمثل فى وقوع حدث يعد من قبيل القوة القاهرة ويستحيل معه على الخصم مواصلة السير فى الخصومة أو مانع قانونى يحول دون مباشرة اجراءات الخصومة ومواصلة السير فيها." ^١ ثم عدلت محكمة النقض بعد ذلك عن هذا المبدأ لتقرر سريان المواعيد الخاصة بانقضاء الخصومة ولو كانت واقفة انتظارا للفصل فى مسألة أولية تأسيسا على ان قانون المرافعات نص على مدة الثلاث سنوات فى م ١٤٠ مرافعات لانقضاء الخصومة وهو بهذه المثابة ميعاد تقادم مسقط لا يتعلق بالنظام العام

^١ مشار لهذا المبدأ الذى أقرته محكمة النقض ثم عدلت عنه بعد ذلك لدى د.فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٠٨ والهوامش الملحقه بها.

وبالتالى لما كان تقادم الخصومة من شأنه ان يلغى آثارا ذات أهمية نشأت عن الاجراءات التى اتخذت فيها وهو ما من شأنه ان يؤثر على فى حقوق الخصوم التى تعلق مصيرها بهذه الاجراءات فإنه يجب إخضاع هذه المواعيد للوقف والانقطاع تطبيقا للمبادئ الأساسية فى شأن التقادم المسقط، وهى مبادئ مقررة فى التشريعات الإجرائية أسوة بالتشريعات الموضوعية.

وجاء فى نهاية هذا المبدأ تفسيراً لنص م ١٤٠ مرافعات فقررت محكمة النقض ان عبارة "فى جميع الأحوال" الواردة فى المادة تعنى انطباق النص على الخصومة فى جميع مراحلها فى الحالات التى يكون فيها عدم مولاة السير فى الخصومة راجعا إلى مطلق ارادة الخصوم أو قلم الكتاب، وان المشرع لو أراد استثناء مدة انقضاء الخصومة من الوقف لنص على ذلك صراحة كما فعل فى م ١٦ ا.ج. بالنسبة لانقضاء الدعوى الجنائية.

على العكس من ذلك يشير الفقه^١ إلى انه من الثابت ان ميعاد سقوط الخصومة يستمر فى السريان حال وقف الخصومة، ذلك ما لم يكن ذلك الوقف لفترة زمنية، أو حتى حصول أمر معين لأنه فى هذه الحالات يبدأ ميعاد جديد فى السريان من تاريخ انقضاء

١ د.على عبد الحميد تركى، نظرية المواعيد الإجرائية -دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الاماراتى والفرنسى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٦٧، ديسمبر ٢٠١٨، ص ٢٦٠.

الفترة الزمنية^١، وتطبيقاً لذلك فى القضاء الفرنسى فإنه يترتب على المسألة الأولية المنظورة أمام المحكمة الجنائية وقف ميعاد سقوط الخصومة المدنية، على ان وجود القضية أمام القضاء الجنائى لا يمنع السير فى الخصومة المدنية التى لم يصدر حكماً بوقفها.

ثانياً: إعمال الأثر المترتب على توافر استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

يعطى القانون سلطة تقديرية للقاضى فيما يتصل بتقدير وجود عارض من عوارض الخصومة المدنية^٢، وتلك العوارض يترتب عليها الوقف أو الانقطاع وهو أمر يتصل بالمواعيد الإجرائية، والقاضى يباشر هذه السلطة تحقيقاً لحسن سير العدالة، ذلك ان الأصل هو السير المستمر والمنتظم للخصومة حتى صدور حكم فى موضوعها، والوقف والانقطاع بمثابة وضع غير طبيعى أو استثنائى تبرره ظروف معينة ويحقق مصلحة الخصوم بهذا الوقف أو الانقطاع ضماناً لحقوق الدفاع والحق فى مباشرة اجراءات التقاضى (بعد رفع الدعوى)^٣.

¹ Art.392/2 CPC: « Ce délai continue à courir en cas de suspension de l'instance sauf si celle-ci n'a lieu que pour un temps ou jusqu'à la survenance d'un événement déterminé ; dans ces derniers cas, un nouveau délai court à compter de l'expiration de ce temps ou de la survenance de cet événement. »

^٢ د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية، المرجع السابق، ص ٤٥٧.

^٣ د.وجدى راغب، مبادئ قانون المرافعات، بدون دار نشر، ١٩٧٤، ص ٣٣٢.

الأمر الذى يؤكد عليه الفقه^١ ويعتبر خلاصة مفهوم السلطة التقديرية للقاضى فيما يتصل بعوارض الخصومة أو ما قد ينشئ عن عدم السير فيها من سقوط ان: "القاضى يقوم بتقدير قيام الخصومة التى يرد عليها السقوط أولاً أى لابد من وجود خصومة تكون قد بدأت ولم يصدر حكم فى موضوعها، كما أنه يقدر معنى عدم سير الخصومة ومعنى الإجراء الصحيح أو الأخير الذى تبدأ منه مدة السقوط - ويقدر ما إذا كان عدم السير فى الخصومة راجعا إلى فعل المدعى، ويقدر الموانع التى تحدث ويكون من شأنها ان تحول بين المدعى ومتابعة السير فى الدعوى."

١. سلطة القاضى التقديرية فى تقدير حالات الوقف والانقطاع^٢:

- وقف الخصومة:(اتفاقيا - قضائيا - بنص القانون)

فالوقف قد يكون اتفاقيا مصدره ارادة الخصوم وهنا تكون سلطة القاضى فى تقدير اتفاق الخصوم وتحديد نطاق الوقف من حيث الأطراف حال تعدد الأطراف فى الدعوى، وكذلك تقدير السبب المشروع لاتفاق الخصوم، ذلك ان العنصر الثانى لحدوث الوقف الاتفاقى إلى جانب اتفاق الخصوم هو إقرار القاضى لاتفاقهم.

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

^٢ د.نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

أما الوقف القضائى والذى قد يكون تعليقيا أو جزائيا، فيتمتع القاضى فى خصوصهم بالسلطة التقديرية والتي تكون كاملة ولكنها محددة الشروط فى الوقف الجزائى وجماعها حالات عدم الامتثال لأوامر المحكمة والاضرار بحسن سير العدالة، أما فى الوقف التعليقى بسبب المسألة الأولية فللقاضى تقدير جدية الدفع بوجود المسألة الأولية وترتيب الوقف بناء على ذلك من عدمه.

أما وقف الخصومة بالتبعية^١، وهو الوقف الذى يرجع إلى قيام أسباب أجنبية عن المراكز القانونية للخصوم تفرض معها وقف السير فى الدعوى بالتبعية لقيام هذه الأسباب، وهو وقف تعليقى ذلك ان استئناف السير فى الخصومة معلق على حل هذه المسألة أو زوال السبب الذى ترتب على حدوثه الوقف- وحالات الوقف بالتبعية قد ينص عليها القانون وقد يترك للقاضى تحديدها قبل ان يحكم بالوقف، وتعتبر بهذه المثابة تأجيل للفصل فى الدعوى حتى يزول سبب الوقف.

ويعتبر السبب الأجنبى الذى يؤدى إلى وقف الخصومة تعليقيا هو المسألة الأولية: وهى المسألة التى لا يمكن الفصل فى الدعوى الأصلية إلا بعد ان يتم الفصل فيها وهذه المسألة الأولية قد تكون عامة أى تلك التى تدخل فى اختصاص القضاء الجنائى- أو القضاء الادارى أو المحكمة الدستورية العليا، أو مسألة أولية خاصة: وهى المسألة التى

١ د.ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائى الخاص-الجزء الثانى، منشأة المعارف، ١٩٨٠، ص ١٠٦.

تخرج عن اختصاص أحد محاكم القضاء المدنى لتدخل فى اختصاص محكمة أخرى من محاكم القضاء المدنى، مثل دعوى قسمة المال الشائع التى تنظرها المحكمة الجزئية طبقا لقواعد الاختصاص النوعى ويدفع أمامها أحد الخصوم بأنه المالك الوحيد للأرض، وقيمة دعوى الملكية تخرج عن نصاب اختصاص المحكمة الجزئية وتدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ولا يمكن للأولى ان تفصل فى القسمة دون الوقوف فى البداية على مسألة الملكية.

أخيرا الوقف القانونى ومثاله الأبرز عندما يقرر القانون وقف الخصومة الذى يترتب على تقديم طلب رد أحد القضاء، ومن الثابت ان هذا الوقف لا يحتاج للسلطة التقديرية للقاضى ذلك انه ينطبق بنص القانون، غير ان الفقه^١ يؤكد انه حتى ولو لم يوجد مجال لسلطة القاضى فى حدوث هذا الوقف إلا ان ذلك لا يعنى انه مجرد من أى تقدير، فيبقى المجال الذى يباشر فيه القاضى سلطته التقديرية هو فحص أسباب الطلب للوقوف على صحتها، والفصل فى طلب الرد.

- **الانقطاع:** وهو عدم السير فى الخصومة بسبب أحد العوارض التى تتحقق فى الجانب الشخصى للخصوم، وبعبارة أخرى يعتبر الانقطاع صورة من صور وقف الخصومة وتتعلق بالمركز القانونى لأحد أشخاصها، التى حددتها ١٣٠

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

مرافعات: وفاة أحد الخصوم، أو فقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر اجراءات الخصومة مع التأكيد على ان الخصومة لا تنقطع بوفاه المحامى.

وبمناسبة التعبير عن الانقطاع بأنه أحد صور الوقف نشير إلى الخلاف الفقهي حول التمييز بين الانقطاع والوقف فهناك اتجاه^١ يرى ان الانقطاع والوقف كلا منهما مستقل عن الآخر ولكلا أسبابه فالانقطاع تحددت أسبابه على سبيل الحصر بينما الوقف فى إطار الوقف القضائى يترك تماما للسلطة التقديرية للقاضى فى حالة حدوث أى ظرف أجنبى عن الخصومة ورأى القاضى معه وقفها بما يستفاد معه ان حالات الوقف ترد على سبيل المثال وليس الحصر، بينما يرى اتجاه آخر^٢ من الفقه أنه على الرغم من استخدام المشرع المصطلحين الا أنه لم يغاير بينهما فى المعنى، فقد رتب عليهما نفس الأثر بحيث إذا استأنفت الخصومة سيرها فأنها تستأنف من النقطة التي وقفت عندها ، لذلك فأن قطع السير فى الدعوي ما هو الا صورة من صور وقفها.

^١ مشار إلى هذا الجانب لدى: د.عباس العبودى، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٠، ص ٢٨١ وما بعدها.

^٢ د .احمد مسلم ، اصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨ ، ص ٥٢٨، د. عبد التواب مبارك، الوجيز فى أصول القضاء المدني (قانون المرافعات) ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٨٠.

٢ . تطبيق الوقف والانقطاع فى حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى:

إذا كان هذا هو الوضع وفقاً للقواعد العامة فيمكن القول انه فى حالة توافر استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فهناك أسباب للاستحالة تؤدى إلى انقطاع الخصومة وهى ذات الحالات التى تتصل بالخصوم ومركزهم القانونى، أما ماعدا ذلك من الفروض التى يقرر فيها القاضى توافر الاستحالة (فإنها تدخل فى مفهوم الوقف القضائى والذى لا ترد حالاته على سبيل الحصر ولكنها بمثابة أسباب أجنبية عن المراكز القانونية للخصوم) فإن الأثر الذى سينطبق هو الوقت تأسيساً على قاعدة ان المواعيد لا تسرى فى حق من لا يستطيع التصرف، غير ان للوقف فى هذه الحالة خصوصية:

من ناحية أولى، إذا حدث للخصم قوة قاهرة أو غيره من الأسباب منعه من اتخاذ الإجراء فى الميعاد، أو الترتيب الذى يتطلبه القانون، أو أغفل ذكر بيانات جوهرية على النحو المنظم قانوناً، فيقرر الفقه^١ انه فى هذه الحالة "القوة القاهرة" توقف سريان الميعاد، وتمنع من ترتيب البطلان فى خصوص الإجراء الذى تعذر اتخاذه، على ان هذا المانع القهرى الذى أدى إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى لا يؤدى إلى تصحيح العيب ولكن يؤدى فقط إلى وقف سريانه.

^١ د.أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة، ص ٦٤.

من ناحية ثانية، إذا ثبت توافر مانع بالفعل ومن شأن هذا المانع ان يوقف سريان الميعاد، إلا ان المانع زال وكان للخصم ان يستوفى الاجراءات قبل اكتمال الأجل المحدد قانونا للسقوط، فلا يستفيد من وقف سريان الميعاد لأنه كان لديه متسع من الوقت بعد زوال المانع لاتخاذ الإجراء فى الموعد وبالكيفية التى حددها القانون، فمن غير المعقول قانونا ان يسمح للمقصر بجنى ثمار تقصيره.

وأخيرا يجد الإشارة إلى ان الوقف والانقطاع على النحو السالف يتعامل مع الفروض التى تتحقق فيها استحالة مباشرة الحق فى التقاضى أثناء سير الخصومة ، ومن التعريفات حتى فى سقوط الخصومة ينبغى ان نكون بصدد قضية تم رفعها بالفعل، وهو ما لا يغطى كافة فروض استحالة الحق فى مباشرة الحق فى التقاضى أى التى تتحقق قبل رفع الدعوى واللجوء إلى القضاء أساسا مثل عدم العلم بأسباب نشوء الحق، أو المانع الأدبى الذى يضع صاحب الحق تحت خشية المطالبة به، ويشير الفقه^١ فى ذلك للفارق بين مفهوم "المواعيد الإجرائية" والتى لا تقبل الوقف والانقطاع كأصل عام وتسرى فى مواجهة الكافة حتى عديمى الأهلية أو ناقصيها ولا يجوز مدها أو تعديلها إلا بموجب نص

^١ د.على عبد الحميد تركى، نظرية المواعيد الإجرائية -دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الاماراتى والفرنسى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٦٧، ديسمبر ٢٠١٨، ص ٢٦٠.

صريح، وبين عدم سماع الدعوى لمرور الزمن (التقادم) ومواعيد السقوط والذي يرد عليهم الوقف والانقطاع ما لم يرد نص يقرر خلاف ذلك.

غير أنه من الممكن ان يتشابه الفرضين فى تحقق الوقف (حالة حدوث المانع بعد رفع الدعوى)، أو السماح باتخاذ الإجراء (كرفع الدعوى) بعد انقضاء الميعاد (حال وجود المانع قبل رفع الدعوى) ويزيد على ذلك السلطة الممنوحة للقاضى فى هذه الفروض فى رفع جزاء السقوط فكل ذلك يهدف إلى إطالة المدة العادية للمواعيد الإجرائية -بمفهومها العام- وذلك بغرض:

- تمكين الأطراف من مباشرة حقوق الدفاع بصورة فعالة.
- وفى ذات الوقت المحافظة على حسن سير العدالة.

الفرع الثانى

أثر استحالة مباشرة الحق فى التقاضى (بسبب القوة القاهرة العامة) على المواعيد

الإجرائية

(بالنظر إلى الإجراءات التى اتخذت بصدد فيروس كوفيد ١٩)

اعتبرت محكمة النقض المصرية^١ -وهو نفس الحكم فى كافة دول العالم ان فيروس الكوفيد ١٩ بمثابة قوة قاهرة، وبهذه المثابة فله أثر القوة القاهرة على المواعيد الإجرائية.

أولاً: فيروس كوفيد ١٩ بمثابة قوة قاهرة أدت إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى:

من أهم أسباب الاستحالة التى تحققت مؤخراً هو انتشار فيروس كوفيد ١٩ وقد يمكن القول بأن الفيروس انتهى - أو بعبارة أدق وكما صرحت عدد من الدول - انه لن تتكرر حالة الغلق التام مرة أخرى، إلا ان الفيروس ومتحوراته لم ينتهى بل على حد تعبير جانب من الفقه أصبحت آثار الفيروس الإجرائية مثل التقاضى الالكترونى بمثابة الوضع الطبيعى² New Normal، غير ان فترة الجائحة تعد تطبيقاً للقوة القاهرة التى نشأ عنها استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى، وتعطيل للحق فى اللجوء إلى القضاء بصورة عامة، والمستفاد من هذه الجائحة هو وجود أساس للقوة القاهرة -بطبيعة الحال- فى

^١ اعتبار نقضى جائحة الكوفيد ١٩ قوة قاهرة توقف سريان مواعيد الطعن على الأحكام وفقاً لقرارى رئيس مجلس الوزراء للقرارين رقمى ١٢٤٦، ١٢٩٥ لسنة ٢٠٢١، باعتبار المدة من ٢٠٢٠/٣/١٧ حتى ٢٠٢٠/٦/٢٧ قوة قاهرة بسبب نقضى جائحة كوفيد ١٩، أثره وقف سريان المواعيد الإجرائية المتعلقة بالطعن على الأحكام، مؤداه عدم احتسابها ضمن مواعيد الطعن بالنقض السارية خلال تلك المدة، وجوب احتساب ميعاد الطعن بإضافة المدة السابقة للمدة اللاحقة عليه دون تضمين مدة الوقف، ثبوت إقامة الطاعن لطعنه خلال الميعاد المقرر قانوناً بعد إضافة مدة الوقف لميعاد الطعن، الدفع بسقوط حق الخصم فى الطعن بالنقض لرفعه بعد الميعاد، غير مقبول".
نقض مدنى، جلسة ٢٠٢١/٣/٢٧، الطعن رقم ٩٩١٩، س ٩٠ق.

² Chen XI, Asynchronous online Courts: The Future of Courts? Oregon Review of International Law, Vol.24, p.42.

قواعد قانون المرافعات فيذهب جانب من الفقه^١ -وهو ما نؤيده- ان جائحة الكورونا أو فيروس الكوفيد ١٩ له وجود فى نصوص قانون المرافعات وإن لم يطلق عليها تحديداً مصطلح بعينه، ولكنها بوصفها تؤدي إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فإنها تعرف فى قانون المرافعات على انها: واقعة أو حدث أو ظرف مستقل عن إرادة أطراف الرابطة الإجرائية(الخصوم)، والغير على حد سواء، ولا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها ولا يمكن استبعاد آثارها الضارة، من شأنها ان تجعل الخصم فى حالة استحالة مطلقة، بحيث تحول بينه وبين مباشرة العمل الإجرائى للمطالبة بحقوقه ومراكزه القانونية أو لمباشرة الواجبات الإجرائية الملقاه على عاتقه خلال المواعيد القانونية التى حددها القانون، وهو ما شكل تحديات عملية فى سير التقاضى أمام المحاكم على كافة المستويات.

الجائحة بهذه المثابة أدت لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى، وهو الأمر الذى أدى إلى التأثير مباشرة على مباشرة الحق فى التقاضى بمعناه العام، أى قبل اللجوء إلى القضاء(المواعيد المحددة لرفع الدعوى) من جهة، وأثناء سير الدعوى فيما يتعلق بمباشرة الحقوق والواجبات الإجرائية فى هذه المرحلة بل وفى الكيفية التى يقوم فيها القضاء وأعاونهم فى أداء وظائفهم.

^١ د.ياسر باسم زنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها فى أحكام القوانين الإجرائية- دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠، ص٥٥٦.

ففى مواجهة الدول لجائحة كورونا فيما يتصل بالمواعيد الإجرائية فإن غالبية دول العالم قامت الحكومات بإصدار أوامر وقرارات تنظيمية لتحديد كيفية التعامل مع المواعيد الإجرائية بما لا يضر المتقاضين، لكن يثور التساؤل حول التنظيم الإجرائى للمواعيد الإجرائية لماذا اتجهت الدول لاصدار هذه الأوامر، ومدى كفاية القواعد العامة لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى فى قانون المرافعات لمواجهتها؟

ثانيا: مدى كفاية القواعد العامة فى قانون المرافعات لحماية المواعيد الإجرائية أثناء انتشار فيروس كوفيد ١٩ :

كما سبقت الإشارة فإنه يجب بداية تطبيق القواعد العامة فى قانون المرافعات حماية للحق فى التقاضى عن طريق مبدأ (لا تسرى مواعيد التقادم فى مواجهة من لا يستطيع التصرف)، وسلطة القاضى الإجرائية فى أعمال مبدأ التناسب لضمان ان الإجراء المتخذ يتناسب للموازنة بين كافة المصالح دون العصف بالحق الإجرائى، لكن لم تكفى القواعد العامة فى قانون المرافعات لحماية المواعيد الإجرائية ضد (فيروس كوفيد ١٩) باعتباره أدى إلى تحقق استحالة اللجوء إلى القضاء .

غنى عن البيان ان جائحة الكورونا اعتبرت دولية بمثابة قوة القاهرة أثرت على سريان الاجراءات أمام المحاكم لارتباط الأخيرة ارتباطا وثيقا بالمواعيد الإجرائية، تلك المواعيد التى وضع المشرع لها تنظيم تشريعى لا يد للقاضى أو لارادة الخصوم فيها، والقواعد

العامه فى قانون المرافعات لمواجهه استحاله مباشرة الحق فى التقاضى لا تتعامل مباشرة -بصورة صريحة- مع هذه الفروض، لأنه كما قرر الفقه^١ لا يوجد نص تشريعى يتعامل صراحة وبصولة مباشرة مع القوة القاهرة الإجرائية إلا انه من غير الممكن التسليم ان يترتب الجزاء الإجرائى فى وجود قوة القاهرة لأنه" لا يسرى الميعاد فى حق من لا يستطيع التصرف"، كما أنه من غير الجائز الإلزام بمستحيل".، وتأسيسا على جواز القياس على المادة التى تنظم الاستئناف فى القانون المصرى فلا تسرى المواعيد فى حق من توافر فى جانبه مانع مادى، فإن القوة القاهرة بمثابة مانع مادى أدى إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى. ولهذا فإنه من المستقر عليه ان الفتن الداخلية والحروب والزلازل والكوارث والفيضانات والسيول يجب أن توقف سريان الميعاد إلى حين زوال المانع^٢.

لكن إذا كانت قواعد العدالة والمنطق التى تعتبر مبدأ عام للقانون ومن ضمنها قانون المرافعات شكلت الأساس القانونى لوقف المواعيد أو امتدادها، أو بطريقة أدق عدم انطباق الجزاءات الإجرائية ذات الأثر البعيد حال توافر القوة القاهرة، فإن القواعد العامة التى يمكن تطبيقها على تلك الحالة من خلال قانون المرافعات هى الوقف، وامتداد المواعيد بسبب العطلة الرسمية.

^١ د.نبيل اسماعيل عمر، الوسيط فى الطعن بالاستئناف فى المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٤٣٢.

^٢ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ٣٨٧.

من جهة أولى، ففيما يتصل بالوقف يقرر الفقه^١ ان عدم وجود نص يحدد بصورة مسبقة التنظيم الإجرائى للمواعيد حال وجود القوة القاهرة هو أمر مبرر ذلك ان الأخذ به من شأنه ان يؤدى إلى امتداد المواعيد الإجرائية إلى أجل غير مسمى، وهو ما يتنافى مع علة وجود المواعيد الإجرائية فى المقام الأول، ولذا -فى رأى هذا الاتجاه- ان التعديل فى هذه الحالة احتمالى وليس حتمى، لذا يتم الاكتفاء بالقواعد العامة دون الحاجة إلى النص على قواعد خاصة للقوة القاهرة.

من جهة ثانية، فإن تطبيق القواعد العامة فيما يتصل بامتداد المواعيد بسبب العطلة الرسمية على ظرف الجائحة، فإن الأمر لن يستقيم ذلك عملاً، ان الغرض من تنظيم امتداد المواعيد لهذا السبب حتى يستفيد المتقاضى من الميعاد كاملاً، وفى هذا الصدد يقيم الفقه^٢ التفرقة بين ان تقع العطلة فى بداية الميعاد أو فى أثناءه فلا فارق، أما إذا كانت العطلة تقع فى آخر يوم من أيام الميعاد فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم بعدها، وهذا الامتداد ينطبق على الميعاد سواء كان مقدراً بالساعات أو بالأيام أو بالشهور أو بالسنين وسواء كان ميعاداً كاملاً أو ناقصاً.

^١ د.عزمى عبد الفتاح، قانون المرافعات الكويتى، مشار إليه لدى د.سماح خان، ص ١١٥.

^٢ د.فتحي والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

وبالتطبيق على جائحة الكوفيد ١٩ فإنه ينبغي على كل من انتهى ميعاده أثناء فترة العزل وفرض حظر التجول - وهم كثر - ان يتوجهوا إلى المحكمة لاتخاذ الإجراء فى اليوم التالى لانتهاؤ العزل، وهنا يقرر الفقه^١ ان الأمر عملا لن يستقيم لأن المحاكم لن تستطيع استقبال هذا الكم من المتقاضين دفعة واحدة، أضف إلى ذلك ان بعض الموظفين قد لا يكونوا على رأس العمل لتأثرهم بالفيروس بطبيعة الحال، وبعبارة أخرى فإن التنظيم الإدارى فى المحاكم لن ينتظم من اليوم الأول.

وتأسيسا على ما سبق وعلى الرغم من وجود الاستحالة أو عند التعبير عنها بالقوة القاهرة تشريعيًا أو قضائيا، فإنه فى انطباقها على الحالات الفردية فإنه يشترط ان تكون الاستحالة مطلقة، ويباشر القاضى سلطة تقديرية وإجمالا فى مصر أو فرنسا - كما تم دراسته فى الفرع السابق - يتم تطبيقها قضائيا فى أضيق الحدود وبشروط معينة على اعتبار انها استثناء عن الأصل الذى يقتضى احترام المواعيد الإجرائية الحتمية، إلا ان أنه ما تم أثناء فترة جائحة كورونا هو ان السلطة التنفيذية فى مختلف الحكومات لجأت إلى سلطة اصدار اللوائح التفويضية على أساس من حالة الطوارئ ولم يتم استدعاء نظرية القوة القاهرة أو قواعد الاستحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى للتصدى للأزمة بصورة كاملة من جهة، من جهة أخرى فإن الحكومات لم تترك المجال للقضاء ليقرر

^١ د. سماح خان، المرجع السابق، ص ١١٣.

المدة الزمنية اللازمة للتوقف وإنما حددها، وليست هذه هي المرة الأولى في مصر ففي أثناء أحداث ثورة يناير ٢٠١١ أصدرت وزارة العدل منشور^١ لها حددت فيه المدة التي تتوقف فيها الاجراءات القضائية ولم تترك ذلك للمحاكم^٢، وهو ما يعبر عنه الفقه الأمريكي^٣ بأن المحاكم أو السلطة القضائية (في كل دول العالم) في هذه المرحلة الأولى

^١ الكتاب الدورى لوزارة العدل رقم ٥ لسنة ٢٠١١.

^٢ وقد طبقت محكمة النقض مفهوم القوة القاهرة على أحداث ثورة يناير، والتزمت بالمدد التي قررها منشور وزارة العدل آنذاك فتقرر في حكم لها: "ميعاد الطعن باعتباره من مواعيد السقوط يرد عليها الوقف وفقا للقانون ويترتب على وقف سريان الميعاد ألا تحتسب المدة التي وقف سير الميعاد خلالها ضمن مدة السقوط وإنما المدد السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سببه، فيزال زال يعود سريان الميعاد وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة عند حساب ميعاد الطعن.

إذا كان البين من الكتاب الدورى رقم ٥ لسنة ٢٠١١ الصادر عن وزارة العدل ان هناك قوة القاهرة منعت المتقاضين من الطعن على الأحكام في المدة من ٢١/١/٢٠١١ إلى ٧/٢/٢٠١١ مما لازمه وقف سريان كافة المواعيد الإجرائية المتعلقة بالطعن على الأحكام ..."

نقض مدنى، جلسة ٣/٥/٢٠١٢، طعن رقم ١٢٠٧٩، س ٨١ ق.

³ Tom Ginsburg and Mila Versteeg, The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 747, 26/7/2020, p.1. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608974> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>

Also:

Patricia Popelier, Björn Kleizen, Carolyn De Clerck, Monika Glavina and Wouter Van Dooren, The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise, A Normative and Empirical-Based Account of the

لفيروس الكوفيد ١٩ - وحالات الطوارئ عموماً- "تذعن" للحكومات التي ينتظر منها في مثل هذه الظروف من الكافة اتخاذ إجراءات مناسبة لمواجهة الظرف العام الذي ألم بالدولة، لكن في مراحل لاحقة يشير الفقه^١ انه من المنتظر من القضاء أعمال رقابة التناسب بين التدابير المتخذة في ضوء الجائحة من جهة، وحماية الحقوق الأساسية من جهة أخرى، وهو مالا يباشره القاضى الادارى أو الدستوري فحسب بل أيضا قد يباشرها القاضى العادى بمناسبة الدعوى المرفوعة أمامه.

ليصبح الإجابة وفقاً لدراسة غالبية الدول انه حدث تدخل لتنظيم المواعيد الإجرائية سواء كان تشريعياً أم قضائياً لمواجهة الأزمة، أما في تعليل ذلك، فيعلق الفقه^٢ على القانون الفرنسى الذى له عدد كبير من السوابق القضائية التي تتعامل مع حالات استحالة مباشرة الحق في التقاضى (القوة القاهرة على المستوى الفردى)، ومع ذلك فإنه يمكن تطبيق القواعد العامة في القانون المدنى والتي تتصل بالقوة القاهرة في مواجهة الجائحة إلا ان الأمر ليس بذات السهولة من الناحية الإجرائية ذلك ان الاعتماد على القواعد العامة في

Interplay Between Science, Politics and Courts. European Journal of Risk Regulation, Vol 12, No.3,15 june 2021, p.618.

¹ Tom Ginsburg and Mila Versteeg, The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic, p.2.

^٢ د.سماح خان، حماية المواعيد الإجرائية، المرجع السابق، ص ١١٨.

قانون المرافعات (استحالة مباشرة الحق فى التقاضى) قد تغيب معه بعض المسائل التنظيمية التى ينبغى ان يأخذها المشرع فى الاعتبار.

ثالثا: تنظيم المواعيد الإجرائية أثناء فترة الحجر الصحى فى مصر وفرنسا:

١. تنظيم المواعيد الإجرائية أثناء فترة الحجر الصحى فى فرنسا:

- الأساس التشريعى للحماية:

فى فرنسا اعتمد المشرع الفرنسى بعد الإغلاق التام للمدارس والجامعات وتأثرت جميع الادارات فى الدولة، مما حدا بوزارة العدل إلى اصدار تعميم بتاريخ ١٤/٣/٢٠٢٠ تطالب فيه المحاكم بوضع آلية لمباشرة عملها فى القضايا المدنية والجنائية وذلك إثر إغلاق المحاكم أيضا بعد ذلك، وتم إعطاء الأولوية لعدد من القضايا التى ينبغى ان يتم الفصل فيها دون تعطيل بسبب الظروف مثل الدعاوى المستعجلة، وما يتعلق بالحضانة ومصاريف التعليم وما يتصل بحقوق ذوى الاحتياجات الخاصة مع الإشارة إلى إمكانية عقد الجلسات عن بعد بما مفاده انه يمكن اتخاذ الاجراءات أثناء فترة التوقف (عن بعد) إلكترونيا شريطة التقيد بالضوابط المحددة لذلك فى المادة ١١١ من قانون التنظيم القضائى^١.

¹ Art.111/13 Code de l'organisation judiciaire : « ous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité,

ويشير الفقه إلى ان هذا التعميم صدر عن وزارة العدل الفرنسية قبل إعلان حالة الطوارئ الصحية وقبل صدور المرسوم ٢٠٢٠/٣٠٦ الذى ينظم الحماية القانونية للمواعيد الإجرائية أثناء فترة الطوارئ الصحية، ومما يجدر الإشارة إليه انه فى الفترة التى تسبق صدور المرسوم الأخير، اعتمدت المحاكم فى العمل على القواعد العامة فى قانون المرافعات، من ذلك الاعتماد على النصوص التى تمنح لقاضى التحضير أمام محكمة أول درجة أو مستشار التحضير أمام محكمة الاستئناف بتأجيل المواعيد المحددة من خلالهم لتحقيق الدعاوى المدنية، ومن ذلك أيضا مواد قانون الاجراءات المدنية التى تسمح لقاضى الدعوى بتمديد الأجل الممنوح للخبير^١، وهو ما يعبر عنه فى القواعد العامة بحالة الضرورة الإجرائية.

غير ان المشرع الفرنسى لم يعتمد لفترة طويلة على القواعد العامة فى قانون المرافعات لادارة الأزمة مع الحفاظ على حقوق المتقاضين، فصدق البرلمان على القانون رقم ٢٠٢٠/٢٩٠ الخاصة بحالة الطوارئ الصحية تمييزا لها عن حالة الطوارئ العامة وذلك

les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique.”

¹ Art.279 CPC: « Si l'expert se heurte à des difficultés qui font obstacle à l'accomplissement de sa mission ou si une extension de celle-ci s'avère nécessaire, il en fait rapport au juge.Celui-ci peut, en se prononçant, proroger le délai dans lequel l'expert doit donner son avis. »

من خلال تطبيق المادة ٣٨ من الدستور الفرنسي التي تقرر انه يمكن للحكومة ان تتقدم بطلب للبرلمان بحيث يأذن لها -لمدة محددة- فى اصدار لوائح بإتخاذ اجراءات لا تستكمل فى الحالات العادية إلا بموجب قوانين، وتصبح تلك اللوائح لاغية إذا لم يُعرض مشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة فى قانون التفويض^١.

وبدوره فوض هذا القانون الحكومة فى م ١١ منه : " على اتخاذا ما يلزم لقطع أو وقف أو تمديد المواعيد الإجرائية والقضائية والتي كان ينبغى اتخاذاها خلال الفترة المعلنة كحالة طوارئ صحية، مع تقرير الأثر الرجعى لسريان هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذا له لتشمل جميع المواعيد التي كان يتعين اتخاذاها منذ ١٢ مارس ٢٠٢٠، دخل هذا القانون حيز النفاذ منذ ٢٤ مارس ٢٠٢٠ واعلن حالة الطوارئ الصحية لمدة شهرين كاملين من ٢٤/٣/٢٠٢٠ إلى ٢٤/٥/٢٠٢٠، تطبيقاً لذلك أصدر مجلس الوزراء الفرنسى عدد من اللوائح التفويضية من ضمنها اللائحة رقم ٢٠٢٠/٣٠٦ بشأن تنظيم المواعيد الإجرائية والادارية أثناء فترة الطوارئ الصحية المفروضة.

^١ د.د سماح خان، حماية المواعيد الإجرائية، المرجع السابق، ص120.

- آلية التطبيق لحماية المواعيد الإجرائية بمقتضى اللائحة ٣٠٦/٢٠٢٠:

تم اصدار هذه اللائحة وإتباعها بمذكرة تفسيرية CIV/01/20 بتاريخ ٢٦/٣/٢٠٢٠ لتبين الآلية المعتمدة فى حساب المواعيد والاجراءات، وتقرر م ٢ من هذه اللائحة: "كل إجراء، دعوى، طعن، تسجيل، قيد، إعلان، إخطار، أو إقرار كان يتعين اتخاذه بموجب قانون أو لائحة، تحت طائلة: التقادم أو الجزاء أو البطلان أو الانعدام أو السقوط أو عدم السريان أو عدم القبول أو الرفض أو الترك أو التنازل، خلال الفترة المبينة فى المادة الأولى من هذا المرسوم، يعتبر قد تم صحيحاً، طالما اتخذ خلال فترة لا تزيد عن الشهرين التاليين لانتهاج حالة الطوارئ الصحية."

وبالتالى فإن الإجراءات التى كانت يجب ان تتخذ فى مواعيد حل أجلها من ١٢ مايو ٢٠٢٠ حتى ٢٤ يونيو ٢٠٢٠ تعتبر صحيحة ومنتجة للأثارها إذا ما تم اتخاذاها خلال الشهرين التاليين لانتهاج الجائحة وبعد أقصى ٢٤ أغسطس ٢٠٢٠، ولا يعتبر ذلك بمثابة وقف عام للمواعيد إلا انه يسمح بإمكانية اتخاذ الإجراء فى وقت لاحق وبذلك يكون للمتقاضى الحق فى اتخاذ الإجراء أثناء فترة الحجر (الإغلاق) إذا استطاع ذلك - وهو ما يسهله وجود التقاضى عن بعد)، ولكن إن لم يستطع ذلك فبإمكانه اتخاذ

¹ Stéphane Fertier, Les délais de procédure, hors la matière pénale durant l'état d'urgence sanitaire, Gazette du palais, Mardi 28 Avril 2020, p.70-73.

الإجراء خلال الشهرين اللاحقين دون توقيع أى جزاءات إجرائية، وقد حاز هذا التنظيم فى ذلك الوقت على استحسان الفقه ذلك انه بمثابة "إيقاف للزمن دون إيقاف للإجراءات" وذلك لأن المشرع كأنما قام بترحيل المواعيد للشهرين التاليين بعد انتهاء حالة الطوارئ. وترجع الاعتبارات التى جعلت المشرع الفرنسى يلجأ إلى هذا التنظيم استقلا عن القواعد العامة فى قانون المرافعات المتعلقة بالوقف والانقطاع وامتداد المواعيد إلى اعتبارين أساسيين:

من جهة أولى، وهو السبب المبدأى حماية حق أحد أطراف الحق (وهو من قرر الميعاد لمصلحته) فى مواجهة الطرف الآخر والذى يريد ان تنتهى فترة التقادم أو السقوط دون مطالبة الأول بحقه، فمن شأن هذا التنظيم ان يحفظ على أصحاب الحقوق حقوقهم الموضوعية والإجرائية على السواء.

من جهة ثانية، فإنه من أهداف أى تنظيم قضائى -وتحت أى ظرف- العمل بفاعلية وكفاءة بالتالى فإن تنظيم المواعيد الإجرائية قد يصطدم فى بضع تحقيق العدالة، وهو ما من شأن الوقف - وفقاً للقواعد العامة التى تتصل باستحالة مباشرة الحق فى التقاضى- ان يتسبب فيه، ذلك ان الوقف على مستوى فردى لا يثير إشكالية كبيرة فى نهاية المطاف، غير ان فى وقف كافة المواعيد على النحو الذى تقتضيه القواعد العامة يعنى ان كافة المواعيد تقف وتستأنف سيرها فى أول يوم عمل بعد زوال الوقف وهو ما من

شأنه ان يؤدي إلى تكديس القضايا أمام المحاكم وصعوبة مهمة التعامل مع ملفات القضايا من قبل قلم الكتاب والمحضرين.

لذا فالمشرع الفرنسي قام بترحيل المواعيد الإجرائية فهو لا يعتبر وقف لأنه يتنافى مع الهدف الرئيسي الذى قررت من أجله المواعيد الإجرائية وهو عدم وجود قضايا راكدة أمام المحاكم إلى مالا نهائية، وكذلك ابتعد عن فكرة الانقطاع الكامل للمواعيد، ولكننا بصدد "مدة محمية قانونا" :

فمن ناحية أولى، يتحدد نطاقها من حيث الموضوع بجميع المواعيد الإجرائية أمام محاكم أول درجة أو أمام محاكم الاستئناف أو حتى المواعيد أمام محاكم الطعن العادى وغير العادى، وتشمل كذلك جميع المواعيد سواء كانت مواعيد مقرر لرفع الدعاوى القضائية، مواعيد تقادم، مواعيد سقوط، كما تشمل الحماية القانونية للمواعيد الإجرائية عدم سريان اجراءات الحظر أو الوقف التى كان يجب ان تتخذ جزاء لأحد الأطراف فلا تنطبق أى جزاءات للمخالفة فى تلك الفترة، على انه يُجدر الإشارة فى النهاية إلى ان المواعيد التى تنقضى قبل هذه الفترة أو بعدها غير مشمولة بالحماية.

ومن ناحية ثانية، وفقا لنظام "الترحيل" الذى اتبعه المشرع الفرنسى، فإنه يتقرر تأجيل اليوم المحدد لانتهاء الميعاد الأسمى، والتأجيل أو الامتداد لا يكون لأول يوم عمل أمام المحاكم ولكن لمدة إضافية تطبق بحسب الظروف- بينت قواعد تطبيقها المذكورة

الإيضاحية لللائحة- فيتم تحديد المدة الإضافية التي يمتد إليها الميعاد الأصلي وفقا لمعيار من اثنين:

الأول: إذا كان الميعاد الأصلي أقل من شهرين، ويحل أجله في الفترة من ١٣ مارس إلى ٢٤ يونيو ٢٠٢٠ دون ان يستطيع المتقاضى اتخاذ الإجراء خلال هذه الفترة - عن طريق التقاضى عن بعد مثلا- فيبدأ ميعاد جديد لنفس المدة بداية من ٢٤/٦/٢٠٢٠ وهى بداية العمل بعد انتهاء حالة الطوارئ الصحية.

فإذا كان الميعاد الأصلي ١٥ يوم على سبيل المثال، فإنه يمتد إلى ١٥ يوم إضافية بعد ٢٤/٦/٢٠٢٠، ومن هنا فإن الجهات القضائية تعطى الأولوية للمواعيد التي ستتقضى بمجرد انتهاء فترة الطوارئ - بعبارة أخرى- المواعيد قصيرة المدى.

الثانى: أى مواعيد أخرى تزيد مدتها عن الشهرين ويحل أجل انقضائها أثناء فترة الطوارئ الصحية، فإنها تمتد لمدة لا تزيد عن الشهرين حتى ولو كانت مدة التقادم ١٠ سنوات مثلا لأن الهدف الذى يتغياه التنظيم لم يكن تجديد المدد القانونية الجديدة.

ويجدر الإشارة ان المشرع راعى المواعيد التي تتقضى فى الشهر الأول بعد انتهاء حالة الطوارئ وهى الفترة من (٢٣ مايو ٢٠٢٠ حتى ٢٤ يونيو ٢٠٢٠) وذلك حتى يراعى مصالح المتقاضين من جانب ويضمن إلى حد ما وجود عودة متزنة للمحاكم إلى العمل

بعد انتهاء فترة الطوارئ الصحية، ليكون كل ذلك متحداً بناءً تنظيمي محكم للتعامل مع المواعيد الإجرائية أثناء فترة الطوارئ ولمدة شهر بعد انقضاءها وأخذاً في الاعتبار حقوق المتقاضين من جانب، حسن سير العدالة وتجنب البطء في التقاضى بسبب تكسب القضايا من جانب آخر.

٢. تنظيم المواعيد الإجرائية أثناء فترة التعتيل لانتشار الفيروس فى مصر:

- الأساس التشريعى:

بالرغم ان المشرع المصرى عرف القوة القاهرة إلا انه لم يتم النص عليها صراحة فى القانون الإجرائى، وعندما اجتاح مصر فيروس الكوفيد ١٩ قام المشرع بتعديل قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وذلك بإضافة عدد من المواد التى تخول السلطة التنفيذية اتخاذ عدد من الاجراءات لمواجهة الفيروس كفرض قيود على حرية المواطنين فى الحركة والتنقل، وتوقيف الدراسة بالمدارس والجامعات وما إلى ذلك.

ومن ضمن المواد التى تم إضافتها بالتعديلات بموجب القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٢٠ ما قررته م٢/٨: "تعتيل العمل، جزئياً أو كلياً ولمدة محددة، بالوزارات ومصالحها، الأجهزة الحكومية، وحدات الإدارة المحلية، الهيئات العامة، شركات القطاع العام، شركات قطاع

الأعمال العام، الشركات الأخرى المملوكة للدولة والقطاع الخاص. ويجوز في هذه الحالة وقف سريان مواعيد سقوط الحق، المواعيد الإجرائية الخاصة بالتظلمات الوجوبية والدعاوى والطعون القضائية، وغيرها من المواعيد والآجال المنصوص عليها بالقوانين والقرارات التنظيمية، على أن يستأنف احتساب المواعيد اعتباراً من اليوم التالي لانتهاؤ مدة التعطيل، ويجوز إضافة مدد أخرى إلى هذه المواعيد بدلاً من مدة التعطيل.

ولا يسري حكم وقف سريان المواعيد على الآجال والمواعيد الخاصة بالحبس الاحتياطي والطعن على الأحكام الجنائية الصادرة في شأن الأشخاص المحبوسين تنفيذاً لتلك الأحكام."

وتبع ذلك حزمة من القرارات فيما يتصل بتنظيم العمل أمام المحاكم أثناء فترة التعطيل تارة من وزارة العدل وتارة من خلال رؤساء المحاكم كلاً في موقعه^١، فبعد تعديل قانون الطوارئ قامت وزارة العدل بيانا -بعد التنسيق مع رئيس محكمة النقض، ورئيس مجلس الدولة، والنائب العام، ورؤساء محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية- وذلك بوجوب اتخاذ ما يلزم من اجراءات قانونية لتأجيل كافة الدعاوى المنظورة أمام المحاكم بأنواعها لمدة

^١ في العرض لهذه التدابير تفصيلاً راجع، د.سحر عبد الستار، جائحة كورونا وتداعيتها على المنظومة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، ص ٧٣ وما بعدها.

أسبوعين وذلك دون حضور أطراف الدعوى، وفى ذات الوقت تقرر عدم شطب أى دعوى مع استمرار العمل فى المحاكم وذلك للتعامل مع أى طلبات يتم تقديمها فى الميعاد المقرر لها قانوناً.

واستكمالاً لما سبق صدرت حزمة من القرارات لمواجهة الفيروس وتداعيته خلال شهرى مارس وابريل ٢٠٢٠ منها ما يهدف إلى الوقاية من الفيروس (كالتعقيم والالتزام بارتداء الكمامة)، ومنها ما يتصل بالعمل القضائى ذاته وينصب على جوانب أساسية - مشتركة مع التنظيم الفرنسى أو بعبارة أخرى التنظيم أثناء حالة الطوارئ التى فرضها انتشار فيروس كوفيد ١٩ - الأول تأجيل الجلسات دون ترتيب جزاءات إجرائية، عدم توقف العمل بصورة كلية ولكن تقسيم المهام وتقليل عدد الحاضرين من القضاة ومعاونهم من موظفى المحاكم حرصاً على سلامتهم وسلامة المتعاملين معهم، وأيضاً إعطاء الأولوية للفصل فى القضايا العاجلة التى يترتب على تأخير الفصل فيها الإضرار بمصالح المتقاضين.

كل ذلك إلى جانب عدد من القرارات التى اتخذها رؤساء المحاكم للتعامل مع الفيروس، ولكن يلاحظ على التنظيم الإجرائى للمواعيد خلال فترة الجائحة ان المشرع أضفى الحماية على الحقوق الموضوعية والإجرائية بحمايتها من ترتيب الجزاءات الإجرائية واعتبرت هذه الفترة بنص م ١١ فى قانون الطوارئ "وقف للمواعيد" إلا انه على الرغم من تقرير المشرع المصرى الوقف كألية لحماية المواعيد الإجرائية وتقريره كذلك عودة العمل فى أول يوم

لانتهاء مدة التعطيل، وتقرير مبدأ إمتداد الميعاد، إلا ان المشرع لم يوضح آلية ذلك على وجه التحديد، الأمر الذى أصبح معه ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضى.

ومع ذلك فقد بينت محكمة النقض^١ فى حكم لها وسيلة احتساب الميعاد الذى يتخلله وجود الفيروس فقررت ان: "...وفقا لنص المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات فإن ميعاد الطعن بالنقض هو ستون يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك، كما انه من المقرر أنه يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام سقوط الحق فى الطعن وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها، وان ذلك الميعاد يقف سريانه إذا تحققت أثناءه قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وكان ميعاد الطعن بحسبانه من مواعيد السقوط يرد عليه الوقف وفقا للقانون ويترتب على وقف سريان الميعاد ألا تحسب المدة التى وقف سير الميعاد خلالها ضمن مدة السقوط وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سببه، فإذا زال يعود سريان الميعاد وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة عند حساب ميعاد الطعن....".

وبالرغم من ذلك واستنادا للقرارات الوزارية الصادرة فإنه للقاضى سلطة تقديرية تتمثل فى إمكانية ان يقرر القاضى الوقف لمدد إضافية مما قرر معه جانب من الفقه^٢ ان صياغة

^١ نقض مدنى، جلسة ٢٧/٣/٢٠٢١، طعن رقم ٩٩١٩، س ٩٠ق.

^٢ د.سحر عبد الستار، جائحة كورونا وتداعيتها على المنظومة القضائية، المرجع السابق، ص ٧٣.

هذه المادة تجافى العدالة لأن المادة أيضا اتاحت للمحكمة إمكانية إضافة مدة أخرى إلى مدة التعطيل إذا رأت المحكمة ذلك، وهو ما من شأنه ان يؤدي إلى تباين فى التطبيق بين المحاكم المختلفة من جهة، ومن جهة أخرى فإن طبيعة حالة الطوارئ تفرض نفسها وبالتالي تتلاشى معها فكرة السلطة التقديرية فى هذا المجال.

- آلية التطبيق:

إن تنظيم المشرع المصرى للألية التنظيم للمواعيد الإجرائية تتشابه إلى حد كبير ما تنظيحه له أثناء ثورة يناير وتتشابه مع القانون المقارن (كالقانون الفرنسى) - بطبيعة الحال- فيما يتصل بإعطاء الأولوية للفصل فى القضايا العاجلة التى من شأن تأخير الفصل فيها ان يؤدي إلى الاضرار بالمتقاضين من جهة، ومن جهة أخرى انه بالرغم من تقرير الوقف إلا انه ألزم المحاكم بالتعامل مع كافة الطلبات التى يتم تقديمها خلال المواعيد المقررة قانونا طالما استطاع المتقاضون القيام بها بالرغم من حالة الطوارئ بسبب الجائحة، وذلك بالرغم من أنها- فى رأى - أكثر قوة فى القانون المقارن فى الدول التى أسست نظام إلكترونى كامل ومستقر للإجراءات التقاضى عن بعد عن غيرها كمصر التى تعتبر فى مراحل مبكرة فى هذا المجال على الأقل وقت انتشار الفيروس فى ٢٠٢٠.

المطلب الثانى

مدى فاعلية التقاضى الالكترونى فى مواجهة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

تتعدد الفروض التى تشكل استحالة فى مباشرة الحق فى اللجوء إلى القضاء على المستوى الفردى ما بين الظروف الاقتصادية، والظروف النفسية، والقوة القاهرة ومهما تباينت الأسباب ففى النهاية من شأنها ان تؤثر على الحق فى اللجوء إلى القضاء.

وقد تكون الاستحالة بسبب قوة القاهرة عامة، ففى ظل الظروف الاستثنائية يحاول القضاء الاستمرار فى نظر القضايا مهما كلف الأمر، وفى سبيل ذلك ففى أثناء جائحة كورونا قامت العديد من الدول ومن ضمنها مصر وفرنسا بتقرير عدد من القواعد التى اعتبرها البعض بمثابة سلطات تقديرية -جديدة- للقاضى المدنى، والبعض الآخر اعتبرها بمثابة حدود على الحق فى التقاضى (الحق ذاته وضمائنه الإجرائية) التى ينبغى ان تنطبق بسبب الأزمة وهو ما يعتبر تطبيقاً لقواعد المرافعات فى الحالات الاستثنائية.

وسواء كان السبب فى عدم مباشرة الحق فى التقاضى يتحقق فى جانب الخصوم أو فى جانب القضاء لظروف ما تمر بها الدولة، فإن ميكنة اجراءات التقاضى من ضمن الموضوعات الرئيسية التى تطرح نفسها بوصفها حلاً للمعوقات المادية التى تواجه الحق فى اللجوء إلى القضاء، ودائماً كان التساؤل المطروح حول إلكترونية اجراءات التقاضى

هو مدى شرعيتها وهل هى مقبولة وما هى ضوابط تطبيقها وهل من شأنها ان تحقق الضمانات الإجرائية للحق فى التقاضى؟ إلا ان التطور التكنولوجى الغير مسبوق أخذ الأمور إلى منحنى آخر وقد عزز من ذلك الأزمات والكوارث التى تمر بها الدول من أوبئة وحروب وكوارث طبيعية، فرضت إلكترونية التقاضى ذاتها على الاجراءات المدنية، ولكن هل هى الحل الحاسم؟

الفرع الأول

التقاضى الإلكتروني باعتباره وسيلة لمواجهة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى

ان دراسة التنظيم القانونى والتعامل مع الجائحة فيما يتصل باجراءات التقاضى هو أمر غاية فى الأهمية ليس فقط استعدادا لمواجهة أى طارئ قد يواجه النظام القانونى فى المستقبل بل لأنه - وبحق - "الأزمات التى لم نكن مستعدين لمواجهةها لابد ان تتحول إلى فرصة حقيقية لمعالجة الأوضاع القانونية الراهنة والمستقبلية"^١ من جانب، ومن جانب آخر فإن حالات الاستحالة الفردية فى مباشرة الحق فى التقاضى وطريقة التعامل معها من قبل القضاء تكفل - فى رأى - بقاءها فى أضيق الحدود، أما التعامل مع حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى لوجود القوة القاهرة بالذات إذا تعاملت معه السلطات

^١ د.سماح خان، حماية المواعيد الإجرائية، المرجع السابق، ص ١١١.

العامة فى الدولة فهو ما من شأنه ان يؤدى لآثار على مستوى التقاضى والمحاكم فى كامل الدولة، ويمكن القول انه فى حالات القوة القاهرة كفيروس covid 19 والتى بالفعل تشكل استحالة فى اللجوء إلى القضاء، وكانت سببا للكشف عن التحديات والقصور الذى تعاني منه العدالة، وأدت إلى تسريع العمل بالالكترونية فى اجراءات التقاضى، وفإن كان اتجاه الدول للتقاضى الالىكترونى هو سمة هذا العصر غير ان الفيروس كان بمثابة عامل حفز أدى إلى تسريع هذه الميكنة فى الاجراءات المدنية بطريقة غير مسبوقه¹، ولكن التساؤل المطروح هل تعتبر الالىكترونية فى اجراءات التقاضى حالا نهائيا لفروض استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الفردية والعامة؟

أولاً: العلة فى طرح التقاضى الإلىكترونى كوسيلة لمواجهة حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى:

إن مسألة الاستعانة بالتكنولوجيا ووسائل الاتصال الالىكترونى فى التقاضى مر بمراحل كثيرة، وتعددت الآراء حوله على أساس من نقل ضمانات المحاكمة العادلة من الواقع إلى البعد التكنولوجى أو الافتراضى ومدى إمكانية ذلك، غير انه هذه المناقشات فى الوقت الحالى وبعد مرور عدد من السنوات تبدو غير مجدية فيما يتعلق باعتماد

¹ Bart Krans & Anne Nylund, Civil Courts coping with Covid 19, Eleven International publisher, 2021, p.8.

الإلكترونية فى إجراء التقاضى من عدمه، ذلك ان التطور الذى نشهد حالياً جعل الاتجاه إلى التقاضى الإلكتروني أمر حتمياً، وكل الدول فى العالم بلا استثناء تتجه إلى رقمنة نظام التقاضى وإدارة العدالة فيها، ولعل -كما سبقت الإشارة- كانت جائحة الكورونا بمثابة عامل أدى إلى تسريع تطبيق التقاضى الإلكتروني، ويمكن إجمال ذلك بالقول ان التقاضى فى وقت ليس ببعيد سيصبح إلكترونيا بالكامل^١ هذا من جانب.

من جانب آخر يعتبر الحق فى اللجوء إلى القضاء Access to Justice من المفاهيم المحورية التى تعتبر مجال خصب للدراسة من ناحية معرفة عناصرها، وطرق ضمانها وتنظيمها الإجرائى، وهى أحد أعمدة الحق فى محاكمة عادلة، ومن أحد ركائز الحق فى اللجوء إلى القضاء تذليل العقبات الواقعية والقانونية التى قد تمنع الأشخاص من الوصول إلى العدالة على قدم المساواة وتحقيقاً لمبدأ المساواة، ونظراً للجوانب الإيجابية للتقاضى الإلكتروني وما تتضمنه من سرعة وتقليل للتكاليف، وعدم الحاجة فى أغلب الوقت إلى

^١ اتجهت الحكومة المصرية عموماً إلى التحول الرقمى، ووزارة العدل خصوصاً فى التعامل مع المواطنين، راجع وزارة العدل تطلق ٩ مشروعات رقمية تتيح للمواطن إنهاء معاملاته من المنزل.. تطوير البنية التحتية والتكنولوجية لـ ٢٧٠ محكمة على مستوى الجمهورية.. والنيابة العامة تودع الدفاتر الورقية خبر منشور بجريدة اليوم السابع الجمعة ٢٠ أغسطس ٢٠٢١، وتشمل تلك المشروعات على رقمنة الخدمات نذكر منها:

التقاضى عن بعد، إدارة المحاكم إلكترونياً، التقاضى الإلكتروني أمام المحاكم الاقتصادية والذى كان مفعلاً أصلاً من ٢٠٢٠، تجديد الحبس الاحتياطى عن بعد، تطبيق (أرغب فى عمل توكيل) بدلاً من الانتقال شخصياً للشهر العقارى، وغيرها من الخدمات.

الانتقال للمحكمة سواء لرفع الدعوى أو لمتابعة مراحلها بعد ذلك لأن كل هذا من شأنه ان يتم إلكترونياً بل وللمتقاضين متابعة سير القضايا عن بعد توفيراً للوقت والجهد والتكلفة، وكل ما سبق هى من الأهداف التى تسعى لها الأنظمة القضائية - فى الوضع العادى- وصولاً لضمان أفضل للحق فى اللجوء إلى القضاء .

نظام التقاضى الإلكتروني من شأنه ان يعزز الحق فى اللجوء إلى القضاء ويحقق أهدافه: (المملكة المتحدة نموذجاً)

يقرر جانب من الفقه¹ فى إطار وضعه لتنظيم كامل لما يراه فاعلية فى الحق فى اللجوء فى القضاء سواء قبل رفع الدعوى أو بعد رفع الدعوى من خلال وضع نظام تقاضى مدعوم بالكامل إلكترونياً، وفى ضوء من تجارب الدول فى الإلكترونيات فى هذا الصدد، فيقرر ان المحاكم الإلكترونية Online Courts تعتبر هيكل قائم على ثلاثة أعمدة وهى فى الأصل ثلاثة أفكار من عناصر الحق فى اللجوء إلى القضاء، الأول: حل النزاع Dispute Resolution، الثانى: إحتواء النزاع Dispute Containment، الثالث: تجنب النزاع Dispute avoidance، وصنف العنصر الثانى والثالث بوصفها "محاكم

¹ Richard Susskind, On Line Courts and the future of justice, Oxford university press, 2021,p.118.

ممتدة"، أما العنصر الثالث فهو الفصل فى النزاع من خلال اجراءات التقاضى الالكترونى
.Online judging

ويكمل هذا الاتجاه مقررا ان المراحل ستسير على النحو التالى: بداية تجنب النزاع وذلك
عن طريق تقدير جدية النزاع فهذه المرحلة توفر درجة من الإرشاد والتقييم الالكترونى
للنزاع، وبالتالي إذا تبين ان النزاع يتضمن مصلحة غير قانونية أو غير ذلك فإنه سيقف
عند هذا الحد وبالتالي لن يصل إلى المرحلة التالية ولا إلى مرحلة التقاضى، ويجدر
الإشارة ان هذه المرحلة فى النظم الانجلوسكسونية تحقق فائدة كبرى - لان دول تلك
النظم تعرف بصورة كبيرة المتقاضون بأنفسهم الذين يلجئوا إلى المحكمة لعرض النزاع
دون تمثيل من قبل محام- فهذه المرحلة من شأنها ان تقدم لهم العون خصوصا أنهم
يلجئوا للمحاكم وهم غير مستعدين لعدم خبرتهم قانونا.

فى المرحلة الثانية تتضمن فى ذات الوقت إدارة للنزاع ومحاولة التوفيق، ذلك انه يتم
تقدير نسبة النجاح للقضية ومدى احتمالية ان يحكم القاضى لكلا منهم بطلباته ففى هذه
المرحلة قد يختار المتقاضون عدم الاكمال فى الطريق القضائى للفصل فى النزاع
وتصعيده وصولا إلى القاضى ولكن محاولة الوصول إلى حلول ودية أو التوفيق فيما
بينهم.

أما المرحلة الأخيرة تأتي بعد ذلك وتتضمن عرض النزاع على القاضى إلكترونيا من خلال المذكرات المكتوبة ودون وجود جلسة علنية ولكن يقتصر الحضور (إلكترونيا) على الخصوم ومن يمثلهم.

ويعتبر فى هذا التنظيم ان المرحلة الأولى والثانية بمثابة محاكم ممتدة، والاجراءات فى هذه الحالة لا تعتبر مستقلة عن القضاء ولا تعتبر وسيلة بديلة لحل النزاع، مما يجعل هذا التنظيم فى رأى البعض لا يشكل عقبات "موضوعية" وإنما عقبات تقنية والتي يمكن تلافيتها من خلال نظام تكنولوجيا معلومات قوى، وتمويل جيد من وكالة وزارة العدالة الداعمة لادارة العدالة فى انجلترا وويلز HMCTS¹.

لكن بصفة عامة وفى النظم اللاتينية على وجه الخصوص تبقى فكرة عدم ضمان العلانية إشكالية تواجه هذا التنظيم، فيعبر عن ذلك بأنه الجلسات سوف تتم فى منصة منعزلة ولن يتمكن أحد من الاطلاع على ما يجرى بها، غير ان هذا اتجاه آخر² يرى ان الأمر

¹ Lord Justice Briggs, Civil Courts structure review: Final Report, Judiciary of England and Wales, July 2016, Available on line at: chrome-extension://efaidnbmnbbkqjvcqqjwqnyewqndjcnk/https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf

² مشار لهذا الرأى لدى:

لن يمثل إشكالية ويرجع ذلك إلى المفهوم الذى يتبناه - النظام - لمفهوم العلانية ويرى ان ذلك مرده إلى ان الإلكترونية من شأنها ان تحقق الشفافية فى المعلومات وتلك الأخيرة لا يتم ترجمتها حصرا من خلال الحضور الشخصى للخصوم والمواطنين عموما بأشخاصهم إلى المحكمة فعليا فى إشارة إلى المفهوم التقليدى للمثول أمام المحكمة، والعلانية بمعنى ان تكون الجلسات متاحة للحضور للكافة من غير أطراف القضية.

ثانيا: مبادئ التنظيم الإجرأى للاستعانة بالإلكترونية فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فى الأحوال الاستثنائية:

بداية هناك مجموعة من المعايير التى ينبغى ان تشكل مبادئ - أو إن جاز التعبير - مرجعية للقضاء فى كل مرة يتم الفصل فيها فى نزاع معين أو بالأحرى هى ما تشكل اجراءات عادلة Fair Trial تراعى الضمانات الإجرأية للخصوم ومن شأنها ان تحقق حكم عادل - وإن كان ذلك ليس حتميا-

Sabreen Ahmed, Online Courts and Private and Public Aspects of Open Justice: Enhancing Access to Court or Violating the Right to Privacy?, The age of human rights journal, issue 20, 3 Mai 2023,p.٢.

وأىضا:

Richard Susskind, On Line Courts and the future of justice, Oxford university press, ٢٠١٩,p.118.

١. إن الطبيعة العادلة للمحاكمة تتضمن احترام مبادئ المساواة وعدم التمييز التى تنعكس فى وجوب احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، وكذلك قيام المحكمة بتسبيب الأحكام، وكل ذلك مجتمعا يشكل الضمانات الإجرائية لإدارة العدالة Administration of justice التى تركز فى التنظيم على مراعاة التناسب فى حالة تقرير استثناءات على مبدأ المواجهة.

٢. حياد واستقلال المحكمة وهو ما يتضمن كل ما يتصل باستقلال السلطة القضائية عن غيرها من السلطات من جانب واستقلال القضاء أنفسهم من جانب آخر. فتشمل قواعد تعيين القضاء، قواعد عزل القضاء ومساءلتهم، استقلال القضاء عن أى تدخل فى عقيدتهم فى اصدار الأحكام.

٣. اللجوء إلى القضاء، فيجب على الدولة ان تضمن لكل شخص النفاذ إلى القضاء نفاذا ميسرا، ولا يمنع ذلك من تنظيم هذا الحق من خلال تحديد مدد لرفع الدعوى، شروط قبول الدعوى، شروط لقبول الاستئناف، وكذلك تحديد نفقات التقاضى، كما ينبغى ضمان هذا الحق إلى الأشخاص ذوى الأهلية المحدودة.

٤. ضمان علانية الجلسات، وهو ما يتضمن شروطا لإدارة فعالة للعدالة و ضمانات لحق الخصوم فى الدفاع فى ذات الوقت مثل: ان يتاح حضور الجلسات العلنية للجمهور، المرافعات الشفوية فى القضايا خاصة أمام محاكم أول درجة، علانية

النطق بالأحكام، أخذاً فى الاعتبار إمكانية عقد الجلسات فى سرية فى الحالات التى تقتضى فيها مصلحة العدالة ذلك.

٥. الحق فى الفصل فى القضايا خلال مدة معقولة، وفى هذا الصدد ينبغى أخذ المدد المحددة قانوناً للقيام بالأعمال الإجرائية فى الاعتبار، وفى ذات الوقت ينبغى تحقيق التوازن بين المدة التى يستغرقها القاضى فى فحص وتمحيص القضية للفصل فى موضوعها من جهة، والسرعة التى ينبغى الفصل فيها فى القضايا "الوقت المعقول" Reasonable time من جهة أخرى تجنباً للتأخير غير المبرر للفصل فى القضايا المعروضة على المحكمة.

٦. وأخيراً الحق فى تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بلا أى عراقيل طالما استوفت الشرائط المحددة لها قانوناً.

وإذا تم وضع المسألة على هذا النحو يتبين كيف ان الظروف الاستثنائية أو القوة القاهرة أو غيرها من الأسباب التى من شأنها ان تؤدى إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى تؤثر على المحاكمة العادلة فى عنصر أو أكثر، وسواء أكانت حروب أو كوارث طبيعية أو فيروس فإن هذه الأسباب تؤثر مباشرة على الحق فى الوصول إلى القضاء، والحق فى علانية الجلسات، وبينما انصبت أغلب محاولات الدول فى مثل هذه الظروف على ضمان الحق فى اللجوء إلى القضاء من خلال تنظيم المواعيد الإجرائية من جهة،

والفيديوكونفرس لحضور ومتابعة الجلسات (أثناء سير الخصومة) من جهة ثانية، إلا ان الحق فى علانية الجلسات وإمكانية حضورها من قبل الكافة لم يتوفر له حل إلى الآن بحسب التقارير الدولية فى هذا الخصوص.

ويشير جانب من الفقه¹ الاجراءات الأولية التى ينبغى اتخاذها فى الحالات الاستثنائية لحماية الحق فى التقاضى هى:

- تشريع ما يقرر إدخال تقنية الفيديوكونفرس فى ادارة الجلسات
- تفعيل منظومة للتقاضى الالكترونى خصوصا فيما يتصل بتبادل المستندات بين الخصوم.
- تطوير المبادئ فيما يتصل بتحديد ما يتعبّر قضية لها الأولوية فى الفصل فيها.
- توفير الدعم التقنى للمحاكم، وتدريب موظفى المحاكم على التعامل مع الالكترونية فى تسيير أعمالهم
- مراجعة كيفية الرقابة على القضاء من خلال مبدأ علانية الجلسات وإمكانية حضور الجمهور للمحاكمات.

¹ Bohdan I. Andrusyshyn, Yevhen V. Bilozorov, Natalia M. Opolska, Liudmyla F. Kupina & Olha V. Tokarchuk, Right to a fair trial in extraordinary conditions, The Age of Human Rights Journal, 20 (June 2023), p.4.

وإذا كانت إلكترونية التقاضي فرضت نفسها كحل لمثل هذه الفروض من جانب، وباعتبارها تطورا طبيعيا للتقدم التكنولوجي الذي نشهده حاليا على المستوى الدولي غير أنه في واقع الأمر يوجد عدد من لتحديات الموجودة بالفعل على أرض الواقع وتتبدى بصفة أساسية فيما يلي:

من جهة أولى، إذا مكنت التكنولوجيا المتقاضين من متابعة سير القضية إلكترونيا بدون حضور (حقيقي أمام المحكمة)، إلا انه في بعض الأحوال من المهم تواجد الأفراد وجها لوجه في المحكمة وهو ما يظهر جليا في الاجراءات الجنائية حين يتعذر على سبيل المثال ان يلتقى المحامى بالمتهم الخاضع للحبس الاحتياطي شخصا.

من جهة ثانية، يشير الفقه^١ إلى الجلسات "الإلكترونية" لا تضمن تطبيق مبدأ علانية الجلسات وبالتالي رقابة المواطنين على أداء العدالة^٢، وحتى لو تم عقد الجلسات في علانية من قبل الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة، وتمكنت المحكمة في هذا الفرض من الوقوف على بيانات الحاضرين "إلكترونيا" فإن ذلك لا يشكل ضمانا كافيا لأنه من

¹ Bohdan I. Andrusyshyn, Yevhen V. Bilozorov, Natalia M. Opolska, Liudmyla F. Kupina & Olha V. Tokarchuk, Right to a fair trial in extraordinary conditions, The Age of Human Rights Journal, 20 (June 2023), p.15.

² Sharon Rodrick, Opportunities and challenges for open justice in light of the changing nature of judicial proceedings, Journal of Judicial Administration, Vol.24, 2017, p.76-97.

الممكن ان يدخل الأشخاص تحت أسماء وبيانات وهمية، وترجع الإشارة لهذه المسألة لأنه من الممكن ان يوجد أشخاص (من غير الخصوم) غرضهم من حضور الجلسات هو عرقلة سير الجلسة، والحال كذلك فإنه إن كان هذا الفرض فى محكمة تقليدية لتمكنت المحكمة من تطبيق جرائم الجلسات على مرتكبى مثل هذه الأفعال، لكن إلكترونيا فإنه من المستحيل الوقوف على هوية هؤلاء الأشخاص-على فرض ان الجلسات متاحة للحضور للكافة إلكترونيا على موقع المحكمة- وإذا استعملت المحكمة وسائل تقنية للكشف عن الهويات الحقيقية لهؤلاء الأشخاص فإن ذلك لن يكون مشروعاً لعدم التناسب بين الإجراء والهدف، لأنه قانوناً من يجب عليهم ان يؤكدوا هوياتهم فى الاجراءات الإلكترونية هو فقط الخصوم ومن يمثلهم، فيكون الحل هو عدم السماح للمواطنين بحضور الجلسات الكترونياً وبالتبعية عدم قدرة المواطنين فى الرقابة على أداء العدالة^١. من جهة ثالثة، تعد أحد الإشكاليات التى تواجه إلكترونية القضاء إلى الآن هو ضعف الدعم التقنى والمعلوماتى للمحاكم.

^١ أيضاً فى الإشارة لهذه الإشكالية ، لكن تقرر انها تحدى ولا تشكل سبب للتراجع عن المحاكم الإلكترونية راجع:

Sabreen Ahmed, Online Courts and Private and Public Aspects of Open Justice: Enhancing Access to Court or Violating the Right to Privacy?, The age of human rights journal, issue 20, 3 Mai 2023,p.1.

ثالثاً: أثر الاللكترونية وحالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى على الضمانات
الإجرائية للمتقاضين:

هل من شأن تطبيق إلكترونية التقاضى ضمان لجوء فعال إلى القضاء فى الظروف
العادية وفى الظروف غير العادية على السواء وبالتالى من شأنها ان تحد من استحالة
مباشرة الحق فى التقاضى على المستوى العام والفردى؟

فى الواقع -وكما سبق الإشارة- الأمر أصبحنا بصدد تطبيقه وبالتالى فإن الآراء فى هذا
الصدد لم تعد الآراء المؤيدة لاللكترونية التقاضى والآراء المعارضة، بل دراسة كيف تكون
الاجراءات فعالة وعادلة وتتماشى والمبادئ الإجرائية وصولاً لعادلة الحكم الصادر،
وبالتالى فإن المقياس فى هذا الصدد هو المعايير الخاصة بالمحاكمة العادلة ومدى
انطباقها، ولعل أهم جوانب التى تتأثر باستحالة مباشرة الحق فى التقاضى الحق فى
اللجوء إلى القضاء بمعناه الواسع هى الضمانات الإجرائية للمحاكمة (المدنية) العادلة.

الاتجاه إلى الاللكترونية أو المحاكم الإلكترونية Online Courts:

كان تعريف المحاكم الالكترونية غالبا ما يتم بالنظر إلى أدواتها أو إمكانياتها فتعرف بوصفها^١: هي المحاكم التي تسمح بإمكانية اتخاذ كافة الاجراءات افتراضيا وبالتالي الفصل في جميع المنازعات دون الحاجة للوجود الحقيقي في المحاكم، فهي المحاكم التي توفر ذات الخدمات القانونية العامة التي تقدمها المحاكم التقليدية، وفي هذه المحاكم يبقى القاضى (البشرى) هو المستمع للمرافعات وهو الذى يفصل فى النزاع بحكم قضائى، وذلك بالرغم من ان هذا القاضى يسمع المرافعات، ويفحص الأدلة، ويصدر الحكم فى محكمة افتراضية، وبهذه التقنيات مثل برنامج الزوم zoom، تنتقل المحاكم التقليدية كاملة إلى البعد الافتراضى، لكن هى ذات الوظائف والمهام.

وبطبيعة الحال يشير الفقه^٢ إلى انه قبل انتشار فيروس الكوفيد ١٩ اتجهت عدد من الدول إلى التحول الرقوى وصدرت عدد من التشريعات تقنن ذلك كما هو الحال فى كندا واستراليا والولايات المتحدة والصين لكن كل هذه الاتجاهات كانت على المستوى الوطنى الداخلى ولم تلق تأثيرا واسعا على المستوى الدولى، غير انه بعد انتشار فيروس الكوفيد ١٩ أصبحت كافة دول العالم مجبرة على التحول الرقوى لأنه الوسيلة الوحيدة التي

¹ Richard Susskind, On Line Courts and the future of justice, Oxford university press, ٢٠١٩,p.8.

² Michael Legg and Anthony Song, The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection, UNSW Law Journal, April 2021, Vol.44/1, p. 126.

تضمن استمرار سير العمل بالمحاكم بالرغم من غلق أبوابها فى الحقيقة وفى ذات الوقت الحفاظ على صحة المواطنين والقضاء والعاملين بالمحكمة نظرا لتفشى الفيروس، وترتيا على ذلك قامت غالبية الدول الأوروبية بالتحول الكامل للتقاضى الإلكتروني، أصبحت التكنولوجيا الخاصة برفع الدعوى إلكترونيا، والأدلة الإلكترونية محلا للتطور المستمر، عدد كبير من القضاء أصبح يباشر عمله من المنزل، وبدأ -نتيجة للفيروس- الانتباه إلى الايجابيات التى حققها التقاضى الإلكتروني أو المحاكم الافتراضية¹.

وتعتبر الإلكترونية عموما منذ بداية ظهورها من الوسائل التى من شأنها ان تواجه فروض استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، ففى ذات الاتجاه يقرر الفقه² ان الإلكترونية يتم النظر إليها - من البداية- كوسيلة لتطوير الوصول إلى العدالة وأيضا لتسريع الاجراءات من زاوية إدارة الاجراءات وذلك فى الأحوال التى تشكل عائقا مثل المسافة

¹ Michael Legg and Anthony Song, The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection, UNSW Law Journal, April 2021, Vol.44/1, p. 126.

وبالرغم من ذلك يقرر هذا الجانب ان المحاكم الافتراضية أو التقاضى الإلكتروني أو بعبارة أدق فكرة عدم وجود كافة أطراف القضية فى المحكمة التقليدية لا يعتبر أمرا مستحدثا، بل على العكس من ذلك كانت من الوسائل المعتادة خصوصا رفع الدعوى إلكترونيا، والتكنولوجيا المساعدة خلال الجلسات، وأيضا الدوائر التلفزيونية المغلقة Audio Visual Links، ففى دولة مثل استراليا وجدت كل هذه الوسائل من عام ٢٠٠٤، غير أن استخدام الدوائر التلفزيونية المغلقة كان يخضع لسلطة القاضى التقديرية ووفقا لظروف كل حالة على حدة.

² Opt.cit., p.132.

والتكلفة والأمراض التى تعيق من أصابتهم عن اللجوء إلى القضاء أو مباشرة الاجراءات. وهى كلها فروض لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى وتخرج عن مفهوم القوة القاهرة التى تدخل أساسا فى المفهوم الواسع لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى.

وتعتبر بداية التحليل فى هذا الصدد هو ضمان العدالة الإجرائية وهى مبدأ أساسى من مبادئ الاجراءات المدنية وتعنى¹: تشريع واتباع الاجراءات العادلة التى من شأنها ان تساعد فى الوصول إلى حكم عادل عند الفصل فى قضية معينة وذلك فى وقت مناسب، وبتكلفة معقولة. وتأسيسا على ذلك وفى إطار من هذا المبدأ حتى لو صدر الحكم الموضوعى خاطئا أو مشوبا بعيب ما، فإنه من اللازم فى كل الأحوال ان تكون الاجراءات عادلة Just، فالاجراءات العادلة يمكن ان تؤدى إلى حكم عادل، ولكن الاجراءات الغير عادلة لا يمكن ان تؤدى إلى حكم عادل. ومن هنا سواء كانت الاجراءات حضورية بالمعنى التقليدى Face to Face أو افتراضية /إلكترونية فالأمر يتصل مباشرة بالعدالة الإجرائية.

¹ Adrian Zuckerman, Sergio Chiarloni, Peter Gottwald, Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press, 1999, p.4.

الفرع الثاني

الضمانات الإجرائية فى ظل الإشكاليات التى أسفرت عن التحول إلى الإلكترونية

وتأسيسا على ما سبق فإنه من اللازم دراسة الضمانات الإجرائية التى من شأنها - فى رأى البعض- ان يتم الانتقاص منها مع التحول الرقوى وما كشف عنه التطبيق العملى أثناء جائحة كورونا سواء من ناحية العدالة الإجرائية وحقوق الدفاع.

أولاً: الإشكاليات التى أسفر عنها التطبيق فيما يتصل بانعقاد الجلسات إلكترونياً:

ففى شأن تطبيق المحاكم الالكترونية عرض جانب من الفقه¹ بناء على التجارب أثناء الجائحة ان العنصر الأولى هو ضمان وسائل اتصال لا يحدث فيها انقطاع للاتصال قدر الامكان، وانه فى بعض دول الاتحاد الأوروبى لجأت المحاكم إلى بعض التطبيقات مثل zoom أو Microsoft Teams وان استعمال تلك التطبيقات الخاصة كان له أبعاد الأثر فيما يتصل بجودة الاتصال والصوت والصورة، وذلك لأن جودة هذه العناصر فى المنصات الخاصة أعلى بكثير من المنصات التى تستخدمها المحاكم (الرسمية)، فكل هذه العناصر معا انعكست على مستوى رضاء المحامين الذين اشتركوا فى هذه الجلسات

¹ Michael Legg and Anthony Song, The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection, UNSW Law Journal, April 2021, Vol.44/1, p. 148.

إلكترونيا ويرجع ذلك إلى تمكنهم من المشاركة كلياً وبشكل فعال في الجلسة التي انعقدت إلكترونياً عن بعد، بل وذهب الأمر أبعد من ذلك فبالرغم من الاعتراض التقليدي على المحاكم الإلكترونية تأسيساً على أهمية وجود الكافة في المحكمة أمام القاضي (مبدأ المواجهة) لا يهدف فقط إلى تحصيل أدلة الإثبات والمرافعات، ولكن القاضي بإمكانه ان يصل إلى حكم أكثر دقة من خلال لغة الجسد، تعبيرات الوجه، وصوت المتحدث سواء كان الخصوم ومن يمثلهم أم الشاهد، ومع ذلك رصدت بعض الآراء في استراليا¹ ان إجراء فحص المحلفين تم بصورة أكثر فاعلية إلكترونياً وانه أمكن الوقوف على كل هذه العناصر بوضوح من خلال الشاشة وان الأمر يتصل بجودة الاتصال والصوت والصورة وانه بضمان تلك العناصر يمكن القول بأننا بصدد إجراء صحيح، كما انه يجعل القاضي أو المحامي الذي يستجوب المحلف أو الشاهد أقرب من وجوده في منصة الشاهد "بعيداً" في المحكمة التقليدية.

لكن مع كل ذلك إلا انه في الواقع فإن التكنولوجيا نفسها تشكل تحدياً للمحاكم الإلكترونية على هذا النسق ذلك انه في أحد الجلسات انقطع الاتصال (الانترنت) أثناء تلاوة القاضي للحكم، مما دفع الأخير إلى تأجيل الجلسة وكتابة الحكم والأسباب، كما ان ضمان جودة الاتصال لا يتصل بالبنية التحتية للإلكترونية للمحكمة فقط والتي قد تكون ضعيفة أحياناً

¹ Australian Securities and Investments Commission v GetSwift Ltd, 2020.

بسبب server capacity، ولكن أحيانا لا يكون السبب لدى المحاكم فقط ولكن لدى الخصوم الذين يقوموا بالاتصال بالمحاكم من أماكن بعيدة، والحال كذلك فينبغى ان يكون لدى جميع المشاركين التكنولوجيا اللازمة والسعة الكافية (للاتترنت) للوصول إلى العدالة، أضف إلى ذلك صعوبات أخرى تتصل بأن المتقاضين لم تكن لديهم الأجهزة المناسبة للاتصال بالمحكمة، وان عليهم الانتقال أحيانا إلى أماكن أخرى يكون فيها الاتصال بالانترنت جيدا، أو ان المتقاضين لم يتسنى لهم الوصول log in للشاشة المزدوجة التي يظهر فيها الكافة وبالتالي لم يتمكنوا من متابعة الجلسة جيدا وذلك لأنهم لم يتمكنوا من رؤية الجميع، وقراءة الملفات التي يتم تبادلها، وأخذ الملاحظات كلما احتاجوا إلى ذلك، وانقطاع الاتصال لحظيا أثناء الجلسة من حين لآخر، فهو لا يقتصر على كونه يشكل إزعاجا بل ففى أثناء هذا الانقطاع قد يفوت المتقاضى الذى انقطع لديه الاتصال عناصر هامة، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى الاخلال بالحق فى الدفاع. يجدر الإشارة إلى انه رغم تحسن الاتصال بسبب اللجوء فى بعض المحاكم فى استراليا¹ إلى المنصات الخاصة كالزوم ومايكروسوف تيمز إلا انه الأمر يفتقر إلى أساس قانونى وهو ما دعى إلى مزيد من التنظيم فى التعليمات المنظمة لهذا الشأن من جانب، ومن

¹ Michael Legg and Anthony Song, The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection, UNSW Law Journal, April 2021, Vol.44/1, p. 1٥٠.

جانب آخر - وهو ما ينطبق فى رأينا على كافة الدول - ففى استراليا تم إبداء التخوف من اللجوء إلى هذه البرامج الخاصة فى سير الجلسات الالكترونية، وذلك لاعتبارات تتصل بالأمن المعلوماتى والخصوصية، ذلك ان الانتقال إلى الحيز الافتراضى يتضمن تدخل العديد من الأطراف وتبادل عدد من البيانات (ما يتصل بالقضية)، وأيضا البيانات الالكترونية للمستخدم فى الوقت الذى يوجد به بطبيعة الحال نقاط ضعف أو ثغرات فى تلك البرامج أو المنصات الخاصة.

ولعل الإشكالية تظهر بجلاء أكثر فيما يتصل بالمعلومات المتبادلة والخصوصية من خلال تلك الخدمات (التجارية) والتي وفرت العديد من الخيارات التى تناسب الاحتياجات القانونية لانعقاد تلك الجلسات إلكترونيا، لكن تلك العملية أثارت الخوف من اختراق البيانات، وهو ما من شأنه ان يودى بنا - خاصة فيما يتصل بتبادل المستندات - إلى ضرورة إنشاء منصة حكومية رسمية (وطنية)^١ لإتمام الجلسات وتبادل المذكرات بين الخصوم وبعضهم البعض وبين الخصوم والمحكمة إلكترونيا.

^١ وهو الأمر الذى تعاملت معه محاكم فعليا، ففى الهند تم مقاضاة المحكمة العليا لأنها تستخدم منصات تعود ملكيتها لدول أجنبية وتكتنفها خطورة حدوث اختراق للبيانات وهى برامج - Zoom Vidyo Mobile
مشار إلى تلك الحالة لدى:

Blake Candler, 'Court Adaptations during COVID-19 in the World's Two Largest Democracies' (SSRN

١ . فيما يتصل بتحقيق مبدأ المواجهة:

يعتبر مبدأ المواجهة من أهم عناصر الانصاف فى الخصومة المدنية كما عبرت عن ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان^١، ويعتبر مبدأ أساسى فى الخصومة المدنية، وهو مبدأ متميز عن حقوق الدفاع، ذلك ان كافة حقوق الدفاع فى أساسها ولضمان فاعليتها تقتضى قيام الاجراءات على أساس من مبدأ المواجهة.

فالخصومة وإن كانت ملكا للخصوم، أو بعبارة أدق ليس حكرا على القاضى وحده، وحاليا فى ظل التطورات الحديثة ولا حكرا على الخصوم وحدهم، وتأسيسا على ذلك فإنه توجد علاقة مباشرة بين القاضى ووسائل تحقيق الدعوى وهو ما من شأنه ان يؤدى إلى لفت نظر القاضى إلى النقاط الرئيسية فى الدعوى وتنويره بوقائعها وهو ما من شأنه ان يحقق من خلال نظر القضية فى جلسة يتمكن الخصوم من حضورها بأشخاصهم أو من ينوب

Scholarly Paper No ID 3609521, Social Science Research Network, 24
May 2020) available at:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3609521

^١ د.أحمد عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائى، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص٥١٦.

عنهم، وكذلك مبدأ المرافعة الشفوية، وما يترتب عليه من منع القضاة الذين لم يسمعوا المرافعة من الاشتراك في المداولة أو الحكم في الدعوى^١.

وفي ذات الاتجاه يتيح القانون لمن اكتسب المركز الإجرائي للخصم الدفاع عن ادعائه وله في سبيل ذلك الدفع وتقديم كافة الأدلة والأسانيد المؤيدة لدعواه، ويرى الفقه^٢ انه ليس هناك من هم أقدر من الخصوم من عرض دعواهم أمام القاضي وصولاً لتمكين القاضي من الوقوف على حقيقتها، وتمكيناً للخصوم من ذلك ضمان الحق للخصوم في المرافعة شفوية وكتابياً، ومنحهم مواعيد لاعداد دفاعهم منها: مواعيد الحضور والتأجيل، الحق في الدفع، ومنع القاضي من القضاء تأسيساً على علمه الخاص أو بأدلة لم تطرح موضوعاً للنقاش في الجلسات.

وهو ما يقودنا إلى مظهر هذا المبدأ في علاقة الخصوم بالقاضي، وعلاقة الخصوم ببعضهم البعض وهي ما تتمثل في العلم، وذلك من خلال تمكين كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفاعه، وتناول كل دليل يتصل بالمسائل التي يفصل فيها القاضي بالمناقشة، وبذلك فهم ينقلوا إلى علم القاضي كل ما هو أساسي ولازم لانجاح طلباتهم وللمساهمة في كشف الحقيقة، فالعلم يتمثل في هذا الصدد في "تمكين الخصم من العلم

^١ د. وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٦٤٤-٦٤٥.

^٢ د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٦٤٥.

الكامل فى وقت مفيد بكافة اجراءات الخصومة، وعناصرها الواقعية والقانونية والتي من شأنها ان تكون أساسا فى تكوين اقتناع القاضى^١.

فإذا ما تأسس مبدأ المواجهة -أو العدالة الإجرائية فى النظم الانجلوسكسونية- على حق الخصوم فى المشاركة الفعالة والعلم بكل ما هو معروض أمام المحكمة، فقد أشارت بعض التقارير فى ان المحاكم الالكترونية لم تسهم بطريقة فعالة فى تحسين فكرة المشاركة تأسيسا على عنصرين: الأول: ان المحامى والخصوم فى حالة المحكمة الالكترونية من الصعب عليهم الوقوف على ما إذا كان القاضى قد كون عقيدته حول نقطة معينة مطروحة فى الدعوى أم انه مازال بحاجة للمزيد من الأدلة أو المرافعات من أجل تحقيقها، الثانى: المشاركة والتواصل بين الخصوم ومن يمثلهم من جهة والمحامون والقاضى من جهة أخرى.

فيما يتصل بالعنصر الأول فإن انعقاد الجلسات إن جاز التعبير من خلال الشاشات من شأنه أن يعود بنا للتخوفات التقليدية التى تتصل بعد إمكانية ان يستشف القاضى والخصوم أى شئ من خلال لغة الجسد، وأنه فى النهاية للعدالة وجه بشرى Justice² has a human face، والأمر لا يقتصر على الوجود المادى وأهميته فى اصدار

^١ د.عيد القصاص، التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص١٨.

² Andrew Langdon QC, INAUGURAL ADDRESS BY ANDREW LANGDON QCCHAIRMAN OF THE BAR 2017, on 10 december 2016),

الأحكام ولكن أيضا ما تم الإشارة من ان القضاء يتجهوا وفقا للوضع الذى تودى إليه هذه الوسائل الإلكترونية إلى الاستماع أكثر من النقاش القانونى، الأمر الذى يصعب على المحامى مهمته فى توضيح نقاط معينة للقاضى لعدم القدرة على التواصل معه بشكل فعال - النقاش الحضورى فى بعض المسائل أبدى من الطرق الالكترونية - وبالتالي فالعنصر الذى يتصل بالقاضى هو ما من شأنه ان يعد تأثيرا لانعقاد الجلسات إلكترونيا عن بعد على ادارة الجلسة.

أما فيما يتصل بالعنصر الثانى فهو يتعلق بالحق فى المشاركة الفعالة فى الاجراءات والحق كل الخصم فى ان يتم الاستماع إليه بصورة تمكنه من إبداء دفاعه بصورة كاملة - وإن كنت قد تعرضنا لذلك سابقا- إلا أن للأمر بعد آخر فيما يتصل بالاتصال بين الخصوم ومن يمثلهم، والاتصال بينهم وبين القاضى فالأمر لا يقتصر على متابعة سير الجلسة بل هنا الأمر يتصل بالمشاركة فيها إيجابيا، فبصفة أولية يسهم انعقاد الجلسات عند بعد الكترونيا فى تعميق الفجوة بين الفئات الضعيفة أو التى تعاني صعوبات واللجوء إلى القضاء لشعورهم بأنهم بحاجة لمزيد من الدعم حتى يتمكنوا من المشاركة فى الاجراءات أمام المحكمة، بالإضافة إلى الفئات التى تحتاج إلى مترجم، فالانتقال التام

<https://www.barcouncil.org.uk/uploads/assets/21bd42d3-31fc-404e-89a1aed137ed69a9/Incoming-Chairmans-inaugural-speech-to-the-Bar-Council.pdf> [https://perma.cc/8QP6-WDUA]

للالكترونية (على نحو ما حدث فى معظم الدول بمناسبة جائحة كورونا) أدى إلى ان أصبح الحوار فى قاعة المحكمة أقل طلاقة، ووجدت صعوبة فى الوقوف على الانطباعات، الرد على الادعاءات، والدخول فى نقاش برتم ثابت، وقد ثبت ان بعض المحامين وجد صعوبة فى الاتصال بمن يمثلهم ودعمهم قبل وأثناء وبعد انعقاد الجلسة بنفس المستوى كما لو كانوا حاضرين شخصيا فى ذات المكان.

ونظرا لتعدد الوقائع التى تمثل لهذه الإشكالية، اقترحت بعض المحاكم -وحتى فى بعض الدول العربية كلبنان- المحكمة على الخصوم اعتماد تطبيق الرسائل الفورية أشهرها What`s App، وذلك لسد الفجوة فى الاتصال بين المحامى ومن يمثله، ولكن أثبتت التجربة ان هذا التطبيق أو بالأحرى المحادثات الجماعية والمتعددة فى ذات الوقت من شأنها ان تشتت الانتباه وقد لايمكن من يستخدمها من متابعة الجلسة فى ذات الوقت، وهو ما يزداد صعوبة مع تعدد الخصوم، أضف إلى ذلك ان أحد الخصوم قد يكون غير متمكن فى التعامل مع الالكترونية أو قد يكتب على هذه التطبيقات ببطء ففى الوقت الذى يستغرقه لكتابة مداخلته أو فى التواصل مع المحكمة أو المحامى يكون الوقت قد تأخر فى متابعة الجلسة المستمرة إلكترونيا وتم الانتقال إلى نقطة أخرى، وتأكيدا مرة أخرى على إشكالية الخصوصية لأنه من الممكن -بل غالبا- ما ينسى أحد المشاركين

فى الاتصال الميكروفون مفتوحا وبالتالى يستمع كافة المشاركين فى المحكمة إلى ما يدور فى منزله أو المكان الذى قام بالاتصال فيه.

٢. فيما يتصل بمبدأ شفوية المرافعة:

لعل هذا المبدأ فى العموم محلا للدراسة المستمرة ومحاولة للتأكيد على أهمية المرافعة الشفوية وأنها فى طريققتها والهدف منها تتكامل مع المرافعة الكتابية، وأنها تتصل بطبيعة الحال بالحق فى الحضور وأنه وإن كانت المرافعة الشفوية لاختلاف على أهميتها فى المواد الجنائية، إلا ان كافة هذه الدراسات حاولت التأكيد على أهميتها كذلك فى المواد المدنية، وأنه عملا وإن كان الطابع الغالب فى الاجراءات يشير إلى اللجوء المستمر للمرافعات الكتابية، إلا ان ذلك لا ينبغى ان يعنى إنهاء العمل بالمرافعات الشفوية فى المواد المدنية.

يعتبر مبدأ شفوية المرافعات المدنية من المبادئ الأساسية فى دول النظام اللاتينى، ولا تعد كذلك فى دول النظام الأنجلوسكسونى، ومع ذلك فإن الدول التى تنتمى إلى هذا النظام الأخير فى اجراءاتها المدنية تضمن مبدأ الشفوية كنتيجة أساسية للنظام الاتهامى الذى تأخذ به^١.

^١ J.A. Jolowicz, On Civil Procedure, Cambridge University Press, 2000, p.175.

وفى ظل التحول إلى الإلكترونية فى التقاضى فإن كلا من المبدأين لن يتم إهدارهم تماما وإنما على وشك ان يأخذوا صورا مغايرة، ودفاعا عن المحاكم الالكترونية فمن المتعارف عليه ان كلا من مبدأ علانية الجلسات وشفوية المرافعة فى المحاكم التقليدية يرد عليه استثناءات فهى ليست مبادئ مطلقة، وبالتالي فإن يمكن القول بأن تطبيق تلك المبادئ فى المحاكم الالكترونية يعرف أيضا الاستثناءات كما هو الحال فى المحاكم التقليدية ولكن لأسباب أخرى، وهو ما كشف عنه العمل أثناء انشار فيروس كوفيد ١٩ .

يشير الفقه^١ إلى ان مبدأ شفوية المرافعة ليس مبدا مطلقا، بل قد يرد عليه عدد من الاستثناءات، ويمثل لذلك بألمانيا حيث يمكن للخصوم الحصول على حكم دون تقديم مرافعات شفوية وذلك إذا اتفق الخصوم على ذلك، كما ان للقاضى ان يقرر الحكم بدون مرافعات شفوية إذا رأى ذلك ضروريا، كما يطرح النظام القضائى فى ألمانيا نموذج "Stuttgart Model" والذي يمكن القاضى من تقرير ان تتم كل الاجراءات التمهيديّة قبل الحكم كتابيّة، ويكتفى فى النهاية بعقد جلسة واحدة شفوية مختصرة لحسم النزاع، مما

ويشير هذا الاتجاه انه فى فرنسا يشار أحيانا للنظام الاتهامى بأنه مبدأ المواجهة وكلاهما ليس نفس الشئ، إلا انهما يؤدىان فى المجل إلى نتائج واحدة تجعل من يعمل من القانونيين فى دول النظام الانجوسكسونى يجدنفسه يطبق أدوات موجودة فى نظام الاجراءات المدنية فى النظم التى تأخذ بالنظام التنقيبي/ التحقيقى، والخلاصة انهم بدءوا من مقدمات مختلفة لكن وصلا لذات النتيجة.

¹ Chen XI, Asynchronous Online Courts: The Future of Courts? Oregon Review of International Law, Vol 24, 2023, p.70.

يمكن القول معه ان المرافعات الشفوية فى هذه الحالة تعتمد فى المقام على المرافعات الكتابية. وفى مصر وفرنسا يتمتع القاضى بسلطة تقديرية وبإمكانه وقف المرافعات الشفوية والاكتفاء بالمرافعات المكتوبة، والشاهد ان المرافعات الشفوية بدأت تفقد أهميتها فى العديد من النظم الإجرائية فى كافة الدول.

كما يشير ذات الاتجاه¹ إلى ان المبدأ الشفوية بدأ يأخذ أهمية متناقصة حتى من قبل أطراف الدعوى ومن يمثلهم، إلى جانب أنه وسيلة للتعسف فى استخدام الحق الإجرائى فقد يسيطر أحد الخصوم على الجلسة بالكامل ويعطى فرصة أقل للخصم الآخر فى الحديث، بالرغم من سلطة القاضى فى ادارة الجلسة، ومن جهة أخرى فإن الاصرار على اعتماد المرافعات الشفوية دائماً من شأنه ان يؤدى إلى إطالة اجراءات التقاضى، وزيادة تكلفة التقاضى بصورة غير متناسبة مع أهمية موضوع الدعوى، وهو ما يتبدى بوضوح فى دعاوى قليلة القيمة.

إجمالاً، ومع كافة التحديات التى أسفر عنها تطبيق الالكترونية فى الاجراءات والخشية من الإقلال من الضمانات الإجرائية للمتقاضين وحقوق الدفاع، فبينما ذهب اتجاه إلى فكرة ان التكنولوجيا فى تطور مستمر ومن شأنها ان توفر الوسائط التى تحقق ذات

¹Chen XI, Asynchronous Online Courts: The Future of Courts?, Oregon Review of International Law, Vol 24, 2023, p.71.

الأهداف ولكن فى الواقع الافتراضى، فى حين ذهب جانب آخر إلى التساؤل حول مفهوم الشرعية للاجراءات^١ وهى مازالت ترتبط بنفس المفاهيم أى تطبيق مبدأ المواجهة، وشفوية المرافعات تحديدا بنفس النمط التقليدى، أم ان مفهومها تغير على أساس ان الحق فى الوصول للعدالة ينبغى ان يعكس حاجات المواطنين والذين -غالبا- سيميلون إلى الاجراءات الالكترونية التى توفر عليهم الوقت والجهد المبذول فى الانتقال من وإلى المحكمة، ولن يشعروا بانتقاص حقوقهم الإجرائية، فى حين ذهب رأى آخر^٢ -فى ذات الاتجاه- بشأن مفهوم شرعية الاجراءات الالكترونية -إلى التساؤل حول جدوى التمسك بتلك الضمانات- تحديدا شفوية المرافعة -فى الوقت الذى لم تعد تنطبق فيه هذه المبادئ واقعيا وبذات الدرجة فى اجراءات التقاضى الالكترونية فالواقع يعكس حقيقة مؤداها غلبة المرافعات المكتوبة على الشفهية فى المواد المدنية والتجارية، فى النظم اللاتينية والانجلوسكسونية على السواء.

¹ Avital Mentovich, J.J. Prescott, Orna Rabinovich-Einy, Legitimacy and online proceedings: Procedural justice, access to justice, and the role of income, Law & Society Review, Wiley Periodicals LLC, No.57, 2023, p.189-213.

² Emily Spottswood, Live Hearings and Paper Trials, Florida State University Law Review, Vol.38, Summer 2011, p.827.

ثانيا: استحالة مباشرة الحق فى التقاضى إلكترونيا:

على الرغم من التقدم اللامتناهى للتقاضى الإلكتروني واتجاه كافة الدول على مستوى العالم إلى الإلكترونيات فى القضاء، إلا انه يبقى لارادة الخصوم دورا -وإن كان محدودا- فى هذا الصدد ذلك ان العديد من الدول كفرنسا كانت تقرر التقاضى عبر الوسائل الإلكترونية غير انه ينبغى ألا يعارض الخصوم ذلك، كما ان أحد الولايات فى الولايات المتحدة كانت تقرر الاستعانة بالوسائل الإلكترونية فى التقاضى بصفة تامة بعد مرحلة الإعلان بالدعوى حتى تضمن علم الخصوم اليقيني بوجود الادعاءات، وكذلك فيما يتصل بتبادل المذكرات فيما بينهم وفيما بينهم وبين المحكمة، وكانت الفلسفة وراء هذه النصوص فى ذلك الوقت هو التخوف من تأثير الإلكترونيات على حقوق الدفاع والتي يعد ضمانها -فى تلك المرحلة من التحول للإلكترونية- هو مناط شرعية تلك الاجراءات الإلكترونية.

١. لوجود السبب الأجنبي الإلكتروني:

وفى نفس الاتجاه يقرر جانب من الفقه^١ ان التحول للتقاضى الإلكتروني من شأنه ان يؤدي فى بعض الفروض إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى أو تعذره، وهو أمر

^١ د.أحمد سيد أحمد محمود، الإعلان عبر وسائل التواصل الاجتماعى، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.

يجب على المشرع مواجهته لأن كفالة الحق فى اللجوء إلى القضاء دون عقبات أو عوائق هو من مهمة كافة السلطات العامة فى الدولة على أساس من تحقيق مبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة بين المواطنين، ومن هنا كانت كان تسليط الضوء على العقبات التى قد تواجه الخصوم فى اجراءات التقاضى الالكترونى، وهى ما من شأنها أن تشكل سببا أجنبيا يؤدي إلى عدم قدرة الخصوم أو من يمثلهم على مباشرة الحق فى التقاضى (سواء فى مرحلة رفع الدعوى أو أثناء سير الاجراءات) وذلك كعطل فنى أو خلل فى المنصة الرسمية التى تنشأها المحكمة للتعامل مع رفع الدعاوى وقيدها إلكترونيا أو تبادل المذكرات أو أيداعها إلكترونيا خلال وقت معين، أو انقطاع خدمة الانترنت فى الإقليم الذى يقيم فيه الخصم الذى يتحقق فى جانبه فرض الاستحالة أو التعذر بحسب الأحوال، فيقرر هذا الجانب^١ ان الحل فى هذا الفرض وفقا للقواعد العامة للقانون وبالتطبيق على التقاضى الالكترونى هو: "فتح باب التقاضى عبر الوسائل التقليدية، كاستخدام أدوات المرافعات المكتوبة حتى ولو استلزم القانون استخدام الوسائل الإلكترونية من جهة، امتداد المواعيد اللازمة لاتخاذ الإجراء لأول يوم عمل تال لزوال السبب الأجنبى الإلكتروني."، ويمثل لذلك باتجاه المشرع الفرنسى لتقنين هذا الفرض فى مواد قانون المرافعات الفرنسى

^١ د. أحمد سيد أحمد محمود، استحالة التقاضى للسبب الأجنبى الإلكتروني، ٢٥/٧/٢٠٢٣

. Available at

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4520991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.n.4520991>

والتي تقرر الحلول سالف الإشارة لهم فعند وجود سبب أجنبي إلكتروني ينبغي ان يلجأ المتقاضى إلى الطرق التقليدية للتقاضى، كما ان الميعاد يمتد إلى اليوم التالي لزوال السبب الأجنبي.

٢. الاستحالة بسبب الجهل بالتكنولوجيا:

وتقرعا عن ما سبق يثور التساؤل حول التخوف من التقاضى الإلكتروني واستمرار التطور فى هذا الاتجاه أنه من الممكن ان يؤدي إلى استبعاد بعض الفئات من اللجوء إلى القضاء لعدم إلمامهم بالتكنولوجيا Digital Exclusion، فهو لا يعتبر سبب أجنبي لكنه مازال يشكل سببا يؤدي إلى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى.

¹ Article 930-1: « A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. Lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est établi sur support papier et remis au greffe ou lui est adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. En ce cas, la déclaration d'appel est remise ou adressée au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué. », Article 748-7: « Lorsqu'un acte doit être accompli avant l'expiration d'un délai et ne peut être transmis par voie électronique le dernier jour du délai pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.»

يعتبر استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الالكترونى بسبب الجهل بالتكنولوجيا عائقا أمام المتقاضين الذين يعانون من صعوبة الاتصال بالانترنت، لأنه على حد تعبير البعض سيؤدى هذا الفرض إلى إغلاق الباب الافتراضى للوصول للمحكمة، ولكن يرى البعض^١ ان هذه الحجة التى تشكل اعتراضا على الاستعانة بالتكنولوجيا تتجاهل التطور المستمر الذى تفرضه الأخيرة على المجتمع بأسره، وانه فى بريطانيا خلال عام واحد نجحت نسبة كبيرة من الخروج من إطار الأشخاص الذين لا يستطيعون الوصول للانترنت وبالتالي استحالة مباشرة التقاضى، أضف إلى ذلك عنصر العمر، لأن النسبة الأكثر لمن لا يستطيع التعامل مع التكنولوجيا هم كبار السن، فى حين ان الأصغر سنا بطبيعة الحال أكثر دراية بالانترنت والتكنولوجيا وحتى كبار السن يقوموا بالتعلم كيف يقوموا باستعمال ومواكبة التكنولوجيا.

وإذا سلمنا بالتطور المستمر الذى سيفرض نفسه على الكافة بما فى ذلك من لا يستطيعوا استعمال الانترنت والتكنولوجيا، فلا يمكن تجاهل الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية فى كل دولة والتى من شأنها ان تُوجد طائفة -بعض النظر عن أعمارهم -لا إمكانية لديهم للوصول للتكنولوجيا، فلا مفر والحال كذلك من إيجاد بدائل لضمان وصول هذه الفئة

¹ Chen XI, Asynchronous Online Courts: The Future of Courts?, Oregon Review of International Law, Vol 24, 2023, p.74.

إلى المحكمة، وتلك الحلول تختلف باختلاف الدول ولكن أبرزها، فى الصين مثلاً وجد الحل فى توفير مساعدة خارجية من أشخاص فى المحكمة لهذه الفئات لمعاونتهم فى خطوات الوصول إلى القضاء ورفع الدعاوى، إلى جانب إنشاء تطبيقات للمحكمة يمكن استخدامها ورفع الدعاوى من خلال الهواتف الذكية التى تعتبر أسهل فى الاستعمال، وأقل تكلفة من أجهزة الكمبيوتر، ولجأت غالبية الدول إلى حل آخر وهو فتح المجال أمام مثل هذه الفئات للاختيار بين الطريق التقليدى للتقاضى أو الالكترونى، لأنه فى رأى البعض ان فرض اتجاه الدولة على هذه الفئات لأغراض حسن ادارة العدالة كالتسريع وتقليل التكاليف ينطوى على عدم العدالة.

وفى الوقت الحالى من الأنسب فى حقيقة الأمر فتح المجال فى هذه الفروض للجوء إلى الطريق التقليدى للرفع الدعاوى وللتقاضى عموماً، وهو ما يعيدنا إلى نقطة تعتبر مبدئية فى فكرة الاستعانة بالتكنولوجيا فى التقاضى، ومغادها - فى رأى - الاستعانة بالتكنولوجيا لا تشكل الحل النهائى لكافة الإشكاليات التى تواجه النظم القضائية، وإنما لابد من وجود حلول جذرية أو على الأقل معايير محددة لإقامة التوازن عند تعارض المصالح المشروعة فيما بينها.

الخاتمة:

أولاً: النتائج:

- يعتبر الحق فى اللجوء للقضاء أكثر الحقوق التى تفترضها المحاكمة العادلة أهمية، وهو الحق الذى يضمن الحصول على الحماية القضائية بجانبه الموضوعى والإجرائى، وهو من الحقوق الدستورية والأساسية التى تقرها كافة المعاهدات والمواثيق الدولية، وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الدستورية العليا المصرية على ان الحق فى اللجوء إلى القضاء هو من الحقوق التى يرد عليها التنظيم، غير ان هذا التنظيم ينبغى ان يراعى عدم فرض قيود من شأنها ان تفرغ الحق فى اللجوء إلى القضاء من مضمونه أو تفرض عقبات واقعية(مثل فرض نفقات باهظة للتقاضى) على ممارسة هذا الحق من قبل المواطنين وعلى قدم المساواة.

- على الرغم من الأهمية التى يتمتع بها الحق فى اللجوء إلى القضاء إلى انه توجد العديد من الحالات التى نجد فيها الأشخاص فى وضع لا يستطيعون معه مباشرة الحق فى التقاضى، وتتعدد الفروض فى هذا الصدد بين أسباب واقعية وأسباب قانونية، فنجد أن ناقص الأهلية أو عديم الأهلية توافر فى جانبهم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، والشخص الذى تنازل عن الحق فى اللجوء

إلى القضاء، أو اللجوء إلى الطرق البديلة لفض المنازعات، كل ذلك يتضمن استحالة لمباشرة الحق فى التقاضى وله العديد من القواعد القانونية التى تنظم هذه الأحوال.

- أما استحالة مباشرة الحق فى التقاضى بسبب أمر أو عقبة أو مانع، خارج عن إرادة الخصوم ومن شأنه ان يودى إلى الاستحالة المطلقة لمباشرة هؤلاء الخصوم لحقوقهم وواجباتهم الإجرائية فى المواعيد الإجرائية التى حددها القانون، وقد يتحقق هذا المانع قبل اللجوء إلى القضاء (قبل رفع الدعوى)، أو بعد اللجوء إلى القضاء ورفع الدعوى، وهو ما من شأنه ان يهدد حقوق الخصوم الإجرائية والموضوعية بطريق غير مباشرة، لأنهم بذلك عرضة لانطباق الجزاءات الإجرائية بداية من البطلان، وسقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، وصولاً إلى انقضاء الخصومة بمضى المدة والسقوط.

- وللوقوف على القواعد القانونية واجبة التطبيق (إجرائياً) ولمواجهة حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى ينبغى الوقوف على ماهيتها، ولكن الاستحالة بهذا المفهوم تشمل أساساً غيرها من المصطلحات المشابهة وبصفة أساسية القوة القاهرة، لأن الأخيرة تعتبر إحدى أسباب استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، وتتميز استحالة مباشرة الحق فى التقاضى عن حالات الضرورة الإجرائية والعذر أو المانع الإجرائى فى جانبين الأول ان فى حالات الاستحالة تنتفى الإرادة وهو

ما لا يشترط دائما فى المانع أو العذر الإجرائى، ثانيا: ينظم القانون دائما بصورة مسبقة الإجراءات التى ينبغى اتخاذها حالة توافر الضرورة الإجرائية أو العذر الإجرائى وهو الأمر الذى يترك لسلطة القاضى التقديرية وفقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى.

- وتمثل القواعد العامة فى قانون المرافعات لمواجهة الاستحالة قاعدتين: الأولى: لا يسرى الميعاد فى حق من لا يستطيع التصرف -لأنه من غير العادل أو المنطقى إلزام الشخص بمستحيل- الثانية: ان القاضى يباشر رقابة التناسب للموازنة بين الحقوق المصالح المختلفة فى إطار من اعتبارات حسن سير العدالة، ووصولاً إلى حماية الحق فى التقاضى.

- تعتبر كافة فروض استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الفردية منها أو العامة بمثابة تطبيق للقانون الإجرائى فى الأحوال الاستثنائية، وتلك الأحوال -خصوصا حالات الطوارئ العامة- قد تؤدى إلى الانتقاص من الحقوق والحريات الأساسية لمواجهة لحالة الطوارئ كانتشار فيروس، أو الاضرابات العمالية كما فى فرنسا، أو الزلازل أو الحروب أو الثورات، وحتى فى مثل هذا الأحوال لا ينبغى الانتقاص من الحق فى اللجوء إلى القضاء، بل على العكس من ذلك لا ينبغى ان تتخذ الظروف الاستثنائية ذريعة للانتقاص من الحق فى اللجوء إلى القضاء.

- ومن هنا كانت الحاجة لتنظيم إجرائى منضبط لا يهدف فقط لتنظيم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى العامة منها والخاصة، ولكن أيضا تلك الظروف الاستثنائية تعكس المثالب التى تكابدها العدالة، وهى فرصة حقيقة لتطوير اجراءات التقاضى تعزيزا للحق فى اللجوء إلى القضاء .

- يتمثل أثر استحالة مباشرة الحق فى التقاضى فى الحالات الخاصة والعامة على جانبين أساسيين من الجوانب الإجرائية وهما: المواعيد الإجرائية من جهة واجراءات التقاضى من جهة أخرى.

- على مستوى الحالات الفردية يمارس القاضى سلطة تقديرية فى تقدير توافر حالات الاستحالة وترتيب الآثار الإجرائية عليها التى تتمثل فى: الوقف واستخدام القاضى سلطته فى مد الميعاد حسب المنصوص عليه قانونا، وعدم ترتيب بطلان الاجراءات التى اتخذت فى غير الميعاد المحدد، أو عدم ترتيب جزاء السقوط بحسب الأحوال، لكن القاضى يباشر تلك السلطة فى إطار من قواعد استقر عليها العمل، وفى إطار من الحفاظ على حسن سير العدالة حتى لا تتخذ الاستحالة ذريعة لإطالة أمد التقاضى وما من شأن ذلك ان ينعكس على الأمن القانونى واستقرار المراكز القانونية، وأداء العدالة.

- وتتمثل تلك المعايير التى تستفاد من التطبيقات القضائية، ان تكون الاستحالة مطلقة، وألا يكون قد توافر للخصم الوقت الكافى -قبل حدوث الواقعة التى

تشكل الاستحالة- ومع ذلك لم يتخذ هذا الخصم الإجراء عندما سحنت له الفرصة، وأخيرا ان يثبت الخصم-المدعى غالبا- تحقق هذه الواقعة التى تشكل الاستحالة-عبء الاثبات يقع على المدعى-، وأيضا من الثابت ان القاضى يقدر توافر الاستحالة فى أضيق الحدود فى مصر، على العكس من ذلك -فى بعض الفروض- فى فرنسا.

- أما فى حالة استحالة مباشرة الحق فى التقاضى الناشئ عن القوة القاهرة- كفيروس كوفيد ١٩- فى حالات الطوارئ العامة والصحية تنظم المواعيد الإجرائية بواسطة قانون أو لوائح تنفيذية لأن الآثار تمتد لتطال النظام القضائى بأكمله، كما ان الاستحالة لا تتوافر فى جانب الخصوم فقط ولكن فى جانب المحاكم (القضاء ومعاونيهم) فى مراحل الفيروس الأولى عند غلق المحاكم بالكامل، ولترتب حالة الاستحالة آثارها لا ينبغى للخصوم ان يثبتوا توافر حالة الاستحالة، بل يطبقها القاضى بموجب القانون.

- أما فيما يتصل باجراءات التقاضى فمرة أخرى تم طرح الإلكترونية باعتبارها الحل الأمثل لمواجهة حالات استحالة الحق فى التقاضى العامة، وبعض فروض الاستحالة الفردي(التى تتصل بالتكلفة أو المسافة أو غيرها) على اعتبار ان الاجراءات الالكترونية من شأنها ان تقلل الوقت والجهد، وهو ما سنتجه له كافة

الدول اجباريا فى كافة الاجراءات القضائية مع الوقت بصرف النظر عن وجود طوارئ من عدمه.

- إضافة إلى كافة هذه الإشكاليات كان من اللافت للنظر السلطات التقديرية الواسعة التى تمتع بها القاضى العادى فى ظل الأحوال الاستثنائية فيما يتصل بإمكانية الحكم بعقد الجلسات فى سرية، التأجيل، إجازة بعض الاجراءات دون تحقيق مبدأ المواجهة أضف إلى ذلك سلطة القاضى فى الفصل فى القضايا ذات الأولوية والتى إن حددها -القانون الفرنسى- فى اللوائح الصادرة لمواجهة حالة الطوارئ الصحية بوصفها القضايا التى تتصل بالولاية على النفس والمال وما يتصل بالتعليم، غير ان القاضى مازال يتمتع بسلطة تقديرية، فى الوقت الذى وجهت فيه الانتقادات للمجلس الدستورى الفرنسى لعدم إعمال رقابة محكمة على التدابير التى اتخذت فى مواجهة الفيروس¹، وفى مصر لم يختلف الأمر كثيرا فيمارس القاضى سلطة تقديرية فى الاجراءات فى ظل الجائحة ولن يمكن

¹Patricia Popelier, Björn Kleizen, Carolyn De Clerck, Monika Glavina and Wouter Van Dooren, (UAntwerp, GOVTRUST Centre of Excellence), The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise, A Normative and Empirical-Based Account of the Interplay Between Science, Politics and Courts. European Journal of Risk Regulation, Vol 12, No.3,15 June 2021.

القول ان الحد منها أو رقابتها أمر اضطلعت به وفقا للقواعد العامة محكمة النقض المصرية.

- وبغض النظر عن التحديات يبقى ما يميز التنظيم الإجرائى لتطبيق قانون المرافعات فى الأحوال الاستثنائية التى تتمثل فى استحالة مباشرة الحق فى التقاضى هو الاتجاه إلى التحول الرقمى، السلطة التقديرية للقاضى باختلاف ملامحها وحدودها ما بين حالات الاستحالة الفردية والعامة.
- غير أنه -مع الاعتراف بأهمية وجود معايير محددة لسلطة القاضى فى حالات الطوارئ- تعتبر المرجعية والمتحكم الأول -حتى فى منهجية القاضى فى أعمال رقابة التناسب- هو المفهوم والأهمية التى يوليها النظام القانونى فى دولة ما للحق فى اللجوء إلى القضاء، ولا أعنى بذلك كونه حقا دستوريا ولكن الأمر ينعكس من خلال التنظيم القانونى والتطبيق والمرات التى يتخذ فيها الحق فى التقاضى الأولوية فى رقابة التناسب الإجرائية بما لا يتنافى مع حسن سير العدالة.

ثانياً: التوصيات:

فى ظل النظام القانونى الذى يسعى إلى ضمان العدالة وتسهيل الوصول إليها، يعتبر التنظيم الإجرائى لاستحالة مباشرة الحق فى التقاضى أمراً حيوياً وضرورياً. فمن خلال تقرير إجراءات مرنة ومتطورة تعكس التزاماً بتحقيق المساواة والعدالة وتوفير الفرص لجميع الأطراف للتمتع بالحق فى اللجوء إلى القضاء، وفى ظل التحديات المتزايدة، يجب على الأنظمة القانونية العمل على تطوير أساليب التنظيم الإجرائى لضمان الحفاظ على العدالة والفعالية فى أداء النظام القضائى، وتأسيساً على النتائج السالفة نجد ان التوصيات الآتية من شأنها ان تسهم فى الحد من حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، ومحاولة وضع إطار منضبط لتنظيمها إجرائياً.

- ينبغى على المشرع -الذى بالفعل يقر التطوير- تشريع نصوص صريحة توضح مفهوم استحالة مباشرة الحق فى التقاضى، وتوفر معايير محددة للتطبيق بما من شأنه ان يحقق اعتبارات الأمن القانونى ويضمن فى ذات الوقت التوازن بين حماية الحق فى اللجوء إلى القضاء وحسن سير العدالة، ولا يمكن بطبيعة الحال تقرير حالات الاستحالة-الفردية- على الأقل بصورة جازمة وحصرية لكل الحالات بموجب القانون.

- ينبغي ان يوسع المشرع من إطار حماية الحق فى التقاضى، وذلك من خلال إيجاد حلول على مستوى التكاليف، ولينعكس ذلك على أثر طلب المساعدة القضائية باعتبارها تشكل استحالة فى مباشرة الحق فى التقاضى، وذلك بتقرير آثار إجرائية على طلب المساعدة القضائية تتمثل فى قطع الميعاد، أسوة بالمشرع الفرنسى، على ان يدعم ذلك نظام جيد للمساعدة القضائية ومنعا من تكديس الطلبات أمام مكتب المساعدة القضائية، أو إمكانية توفير المشورة القانونية لغير القادرين ماديا على الاستعانة بمحام.

- يجب ان ينص القانون على تنظيم إجرائى خاص للوقف فى حالات استحالة مباشرة الحق فى التقاضى والآثار الإجرائية التى تترتب عليه لما لها من خصوصية، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة فى خصوص الوقف القضائى والتى تترك سلطة تقديرية للقاضى - فى رأى - غير محددة الضوابط، فإذا كانت مدة الوقف تنطبق بحكم من القاضى لحين زوال المانع، فلا بد فى رأى من وجود ضوابط لتحديد حد أقصى لتلك المدة (مدة الوقف)، ولكن لصعوبة التفكير فى ضوابط عادلة تنطبق بصفة جازمة بل يكاد يكون مستحيل لأنه من شأنه ان يفرغ الحماية فى مواجهة فروض الاستحالة من مضمونها، فيمكن الاستعاضة عن ذلك بعدم تقرير مواعيد إجرائية قصيرة محاولة لإعطاء فرصة للخصوم حتى

ولو توافر فى جانبهم مانع، أو الاستعانة بوسائل اثبات التى من شأنها ان تتفى أى تلاعب فى جانب الخصم الذى يدعى الاستحالة.

- اعتماد حزمة من التدابير لرفع مستوى الوصول إلى القضاء فى الأحوال العادية، وزيادة من كفاءة النظام القضائى فى مواجهة الأحوال الاستثنائية -القوة القاهرة العامة - وذلك بأقل قدر من التخبط، وبالحفاظ على أعلى مستوى من ضمان الحقوق والحريات الأساسية فى الاجراءات القضائية، وتتمثل هذه التدابير فيما يلى:

١. تبسيط اجراءات التقاضى: وهو مفهوم واسع يمتد ليشمل أى اصلاحات مقترحة بداية من اعتماد الالكترونية بشكل تام، تقليل النفقات والتكلفة، وضع نظام للدعاوى قليلة القيمة..إلخ.

٢. دعم التحول الرقمى فى اجراءات التقاضى، من خلال توفير الدعم المادى والفنى، وتحسين البنية التحتية التكنولوجية، مع توفير أليات تحقق إمكانية تبادل المذكرات والتواصل بين كافة أطراف الخصومة، وفى إطار الدعم الفنى تقديم دورات تدريبية لكافة العاملين بالنظام القضائى لتدريبهم على الالكترونية فى التقاضى، وهو بالفعل ما شرعت فيه عدد من الهيئات القضائية من إعداد دورات للتحول الرقمى واجتياز أعضائها لها.

٣. توفير الدعم القانوني والمالي للمتقاضين الذين لا يمكنهم تكبد تكاليف الاجراءات القضائية.

- امتداد الإللكترونية إلى اجراءات التنفيذ الجبرى، والتي يتحمور البحث حولها أثناء فترات استثنائية مثل جائحة الكوفيد ١٩ حول مدى إمكانية ان يشملها التنظيم من عدمه ؟ لكن إذا بررت حالة الطوارئ التى وصلت إلى حد وقف رحلات الطيران وقف التنفيذ على العقار، أو تأجيل عدد من اجراءات التنفيذ الجبرى لسبب أو لآخر، إلا ان هناك بعض المسائل التى لا تحتل التأخير ليس تأخير الفصل فيها بل وتأخير تنفيذها لعل أبرزها النفقات فى مجال الأحوال الشخصية، فيجب ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقريرها مهما كانت نوع الأزمات التى تبرر تأجيل مباشرة اجراءات التنفيذ الجبرى فى أرض الواقع.

المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:.

- ابراهيم نجيب سعد :
- القانون القضائي الخاص – الجزء الأول، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٧٤.
- القانون القضائي الخاص-الجزء الثاني، منشأة المعارف، ١٩٨٠.
- أحمد أبو الوفا:
- المرافعات المدنية والتجارية، ط١٢، ١٩٧٧.
- نظرية الدفوع، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة.
- أحمد ابراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- أحمد سيد أحمد محمود :
- الإعلان عبر وسائل التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.

استحالة التقاضي للسبب الأجنبي الالكتروني، ٢٥/٧/٢٠٢٣

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4520991> or <http://dx.doi.org/1>

[0.2139/ssrn.4520991](https://doi.org/10.2139/ssrn.4520991)

- أحمد فتحى سرور، القانون الجنائى الدستورى، دار الشروق، ٢٠٠٤.
- احمد مسلم ، اصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨ .
- أحمد هندى:
- التمسك بسقوط الخصومة"همة الخصوم" -دراسة مقارنة، الدار الجامعية، ١٩٩١.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢ .
- آمال الفزائرى، مواعيد المرافعات، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون سنة النشر.
- أمينة النمر:
- الوجيز فى قوانين المرافعات، بدون دار نشر، ١٩٩٠.
- قوانين المرافعات -الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢.
- خالد بنى أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى، المجلة الأردنية فى الدراسات الإسلامية، العدد ٢، ٢٠٠٦.

- سامى جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للقاضي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢.
- سحر عبد الستار، جائحة كورونا وتداعيتها على المنظومة القضائية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية.
- سماح خان، حماية المواعيد الإجرائية فى ظل التعديلات التشريعية لمواجهة الأزمة الصحية لجائحة كوفيد ١٩ - دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الفرنسي والكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد ٦ ، شوال ١٤٤١هـ، يونيو ٢٠٢٠م
- سمير تناغو، د.محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعة- الاسكندرية، ١٩٧٧.
- سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤.
- سليمان مرقس، فى نظرية دفع المسؤولية دراسة مقارنة فى المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التصيرية فى القانون الفرنسى والمصرى، رسالة دكتوراه، مطبعة الاعتماد.

- شمس الدين عبد الرحمن أبى عبد الله محمد ابن قيم الجوزى، الطرق الحكيمية فى السياسة الشرعية، مكتبة المؤيد، الطبعة الأولى، لبنان، ١٩٨٩.
- طارق حامد، مفهوم الاستحالة كنتيجة للقوة القاهرة - ملاحظات متعلقة بعقود المقاولات، تاريخ النشر ١٢/٦/٢٠٢٠، الصفحة الشخصية على موقع Linked in
- طلعت يوسف خاطر، الظروف الطارئة فى قانون المرافعات - دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد الرابع ، عدد الأول، ٢٠١٨.
- عاشور مبروك، النظام القانونى لمساعدة غير القادرين، مطبعة الجلاء بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٨٧.
- عباس العبودى، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٠.
- عبد التواب مبارك، الوجيز فى أصول القضاء المدني (قانون المرافعات) ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
- عبد الرزاق السنهورى، الوجيز فى شرح القانون المدني -نظرية الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.

- على أبو عطية هيكل، فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب - دراسة حول الحد من الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، يوليو ٢٠١٨.
- على عبد الحميد تركى، نظرية المواعيد الإجرائية - دراسة تحليلية مقارنة فى القانونين الاماراتى والفرنسى، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٦٧، ديسمبر ٢٠١٨.
- عوض محمد عوض، قانون العقوبات - القسم العام، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية، ١٩٨٤.
- عيد القصاص، التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٨.
- فرات رستم أمين الجاف، المعونة القضائية وأحكامه فى القوانين الإجرائية - دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك - كلية القانون.
- فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- محمد ابن جزى الكلبى الغرناطى، القوانين الفقهية فى تلخيص مذهب المالكية والتنبه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق د. محمد بن سيدى محمد مولاي، بدون دار طباعة أو سنة نشر.

- محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة فى قانون المرافعات، دار النهضة العربية،
٢٠٠١.

- محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، مجلد ٧٤ ،
عدد ٣٩٣، ٣٩٤، ١٩٨٣.

- محمد فتحى رزق الله عطية، الضرورة الإجرائية دراسة تحليلية فى قانون
المرافعات المصرى، مجلة كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر فرع أسيوط،
عدد ٣٤، الجزء الثانى، يوليو ٢٠٢٢.

- منصور بن يونس بن ادريس البهوتى، كشف القناع عن متن الاقناع، ج٦
الديات، الاقرار، عالم الكتب، ١٩٨٣.

- نبيل اسماعيل عمر:-

سقوط الحق فى اتخاذ الاجراء، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة
الثانية، ١٩٨٩

الوسيط فى الطعن بالاستئناف فى المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة
الجديدة، ٢٠٠٤.

سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية - دراسة تحليلية
وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.

- وجدى راغب :

دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء أمام القضاء المدنى، مجلة

العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٧٦، مج ١٣، العدد الأول

النظرية العامة للعمل القضائى، منشأة المعارف، ١٩٧٤.

مبادئ القضاء المدنى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

- وليد محمد الشناوى، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب فى القانون

الادارى - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،

العدد ٥٩، ابريل ٢٠١٦.

- ياسر باسم زنون، جائحة فيروس كورونا وأثرها فى أحكام القوانين الإجرائية-

دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص،

العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠.

- تم الحصول على كافة أحكام محكمة النقض المشار إليها فى البحث من خلال

موقع البوابة القانونية للتشريعات المصرية:

<https://elpai.idsc.gov.eg/>

ثانيا: المراجع باللغة الانجليزية:

- Adrian Zuckerman, The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation, Civil Justice Quarterly, No.32, 2013.
- Adrian Zuckerman, Sergio Chiarloni, Peter Gottwald, Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press, 1999.
- Andrew Langdon QC, Inaugural Address by Andrew Langdon, Qcchairman of the bar, 2017, on 14 December 2016), available at:
<https://www.barcouncil.org.uk/uploads/assets/21bd42d3-31fc-404e-89a1aed137ed69a9/Incoming-Chairmans-inaugural-speech-to-the-Bar-Council.pdf>
[<https://perma.cc/8QP6-WDUA>]
- Avital Mentovich, J.J. Prescott, Orna Rabinovich-Einy, Legitimacy and online proceedings: Procedural justice, access to justice, and the role of income, Law & Society Review, Wiley Periodicals LLC, No.57, 2023.
- Bart Krans & Anne Nylund, Civil Courts coping with Covid 19, Eleven International publisher, 2021.
- Benjamin West Janke, François-Xavier Licari, Contra Non Valentem in France and Louisiana: Revealing the

Parenthood, Breaking a Myth, , Louisiana Law Review, Vol.71/2, winter 2011.

- Blake Candler, ‘Court Adaptations during COVID-19 in the World’s Two Largest Democracies’ (SSRN Scholarly Paper No ID 3609521, Social Science Research Network, 24 May 2020) available at:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3609521
- Bohdan I. Andrusyshyn, Yevhen V. Bilozorov, Natalia M. Opolska, Liudmyla F. Kupina & Olha V. Tokarchuk, Right to a fair trial in extraordinary conditions, The Age of Human Rights Journal, 20 June 2023.
- Brenda Tronson, Towards Proportionality – The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Colin B. Picker, Guy Seidman, The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments, Springer, 2016.
- Chen XI, Asynchronous Online Courts: The Future of Courts?, Oregon Review of International Law, Vol 24, 2023.
- David Allen Larson, Access to Justice, In: Marciano, A., Ramello, G.B. (eds) Encyclopedia of Law and Economics. Springer, New York, 2019.
- Deborah L. Rhode:
 - Access to Justice, Fordham Law Review, Vol.69/5, 2001.

- Access to Justice, Oxford University Press, 2004.
- Douglas Nichols, Contra Non Valentem, Louisiana Law Review, Vol.56/2, Winter 1996.
- Emily Spottswood, Live Hearings and Paper Trials, Florida State University Law Review, Vol.38, Summer 2011.
- Fionnuala Ni Aolain, The Individual Right of Access to justice in times of crisis: Emergencies, Armed Conflict, and terrorism, in Access to Justice as a Human Right, edited by: Francesco Francioni, Oxford university press, 2007.
- Herbert Broom, A Selection of Legal Maxims – Classified and Illustrated, 7th ed, 1874.
- Hüseyin Can Aksoy, Impossibility in modern private law, Springer, 2014.
- J.A. Jolowicz, On Civil Procedure, Cambridge University Press, 2000.
- Julia H. Bass, W.A. Bogart, and Frederick H. Zemans, Access to Justice for a New Century: The Way Forward, The Law Society of Upper Canada, ٢٠٠٥.
- Luke Malamba, Digitization of the courts and access to justice: The Zimbabwean Perspective, The Zambian Judicial Conference 2022, 1 December 2022.
- Michael Legg and Andrew Higgins, Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful

Innovation?, in Colin B. Picker, Guy Seidman, The Dynamism of Civil Procedure - Global Trends and Developments, Springer, 2016.

- Michael Legg and Anthony Song, The Courts, the Remote Hearing and the Pandemic: From Action to Reflection, UNSW Law Journal, Vol.44/1, April 2021.
- Nina Betetto, Statement of the President of the CCJE. The role of judges during and in the aftermath of the Covid-19 pandemic: lessons and challenges. Strasbourg: CCJE.
- Lord- Rupert Jackson, Amendment of CPR 3.9—Rupert Jackson’s note to the Rule Committee re Rule 3.9 (second draft) (Civil Procedure Rule Committee—Ministry of Justice, June 6, 2011).
- Patricia Popelier, Björn Kleizen, Carolyn De Clerck, Monika Glavina and Wouter Van Dooren, The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise, A Normative and Empirical-Based Account of the Interplay Between Science, Politics and Courts. European Journal of Risk Regulation, Vol 12, No.3,15 June 2021.
- Richard Susskind, On Line Courts and the future of justice, Oxford university press, ٢٠١٩.
- Robert Alexy, Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation, in Proportionality, Balancing, and Right-

Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights, edited by: Jan-R. Sieckmann, Springer, 2021.

- Roderick A. MacDonald, “Access to Justice and Law Reform”, Windsor Yearbook of Access Justice, Vol.10,1990.
- Sabreen Ahmed, Online Courts and Private and Public Aspects of Open Justice: Enhancing Access to Court or Violating the Right to Privacy? The age of human rights journal, issue 20, 3 Mai 2023.
- Sannah Sage-Jacobson, Access to Justice for Older People in Australia, Ageing and the Law, Vol.33(2), (2015).
- Sharon Rodrick, Opportunities and challenges for open justice in light of the changing nature of judicial proceedings, Journal of Judicial Administration, Vol.24, 2017.
- Schrage, E J H, Contra non valentem agree, non currit praescriptio: the failure to comply with statutory time-limits deprives a potential claimant of his claim, or does it? Reg, 2012.
- Tom Ginsburg and Mila Versteeg, The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 747, 26/7/2020.

available at:

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608974> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>

ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية:

- Agnès Martinel, Le Control de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en Matière de procédure civile, Revues Justice Actualités, No.24, Décembre 2020.
- Emmanuel Jeuland, La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve, Un article de semaine sociale Lamy, 15 Janvier 2021.
- Fabien Marchadier, Le contrôle de proportionnalité in concreto-Comment éviter une atteinte (disproportionnée) à l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? La Semaine juridique, No.48, 2020.
- François Terré , Yves Lequette, Philippe Simler, Droit civil : Les obligations, Dalloz, 2002.
- Frédéric Sudre :
 - Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : de quoi est-il question ?, La semaine juridique. Edition Générale, n° 11, 13 mars 2017.

- Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, 9ème éd.
- Guillaume Chetard, La proportionnalité de la répression : étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français, Droit. Université de Strasbourg, 2019.
- Louise Langevin et Nathalie des Rosiers, L'impossibilité psychologique d'agir et les délais de prescription : lorsque le temps compte, Reveu Juridique Thémis, No.42, 2008.
- Soraya Amrani-Mekki :
 - Défaut de mention des Chefs de judgment de la decision critiqués dans La déclaration d'appel une sanction peut en cacher une autre, Gazette du palais, Mardi 28 Avril 2020.
 - La procédure civile réécrite sous contraintes sanitaires, Gazette du palais, Mardi 28 April No.16, 2020.
 - Le temps et le procès civil, Thèse de doctorat en Droit, 2000.
- Stéphane Fertier, Les délais de procédure, hors la matière pénale durant l'état d'urgence sanitaire, Gazette du palais, Mardi 28 Avril 2020.
- Victoria Fourment, La Doctrine face au contrôle de proportionnalité in concreto comme illustration d'une

— مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية - العدد الثانى - السنة السادسة والستون - يوليو ٢٠٢٤ —

controverse sur les méthodes du droit, Cahiers de
méthodologie juridique, No.5, 2018.