كلية الحقوق

فكرة الاستغلال

في قانون المرافعات المدنية والتجارية

الباحث

محمد راشد محمد راشد

باحث دكتوراه – محامى حر

1mohamadra1234@gmail.com

مقدمة:

١- العقد شريعة المتعاقدين:

يعتبر هذا المبدأ الا وهو العقد شريعة المتعاقدين من اهم المبادئ القانونية واقدمها، حيث تعتبر هذه القاعدة راسخة في معظم دول العالم ان لم يكن كلها، ومفاد هذه القاعدة انه يجب ان يكون للالتزام الناشئ عن العقد ما يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون، ولا يجوز للفرد ان يتحلل منه بارادته المنفردة[١]

واذا كان الامر كذلك، فانه يجب ان يكون العقد خاليا من اي عيب من عيوب الارادة ومن هذه العيوب الاستغلال، فقد يستغل احد العاقدين ضعفا لدي المتعاقد الاخر مما يدفعه الي التعاقد معه بحيث، لا يكون هناك اي توازن اقتصادي بين الاداءات، بالرغم من وجود التوازن القانوني. واذا كان يجوز لاطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق فيما بينهم علي الحقوق الموضوعية محل التعاقد، فان هذا الاتفاق قد ينصرف الي القواعد الاجرائية ايضا، بحيث يشملها الاتفاق بين المتعاقدين[٢].

٢- الاتفاق الإجرائي:

أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية للأفراد والخصوم الاتفاق بصدد مسائل قانونية معينة، كما أجاز لهم اللجوء إلي التحكيم[٣] بصدد منازعات معينة وترجع العلة من منح قانون المرافعات المدنية تلك الرخصة، إلي التخفيف عليهم وكذلك للتخفيف عن كاهل القضاء الممتلئ بكم من القضايا التي لا تعد ولا تحصي، فهناك قواعد إجرائية مكملة أجاز القانون الإتفاق علي

---

(١) انظر: في هذه القاعدة والاستثناءات التي ترد عليها، عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام –ط ٢٠١١- منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان بند ٤١١ وما بعده – ص ٦٩٧ وما بعده، عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – المصادر الارادية – ط ١٩٥٨- بند ٣١٨ وما بعده – صفحة ٢٤٥ وما بعدها، عبد الودود يحيي – الوجيز في النظرية العامة للالتزام –ط١٩٩٤- دار النهضة العربية بند١٤- صفحة١٧٥ وما بعدها

(٣) انظر: حمدي عبد الرحمن – النظرية العامة للالتزام – الجزء الاول- مصادر الالتزام –ط ١٩٩٩-دار النهضة العربية – صفحة ٢٩٤ وما بعدها

(٤) انظر: مؤلفات استاذنا الدكتور محمود السيد عمر التحيوي في التحكيم، الرضا بالتحكيم لا يفترض، دار المطبوعات الجامعية طبعة ٢٠٠١، الوسيلة الفنية لاعمال الأثر السلبي للإتفاق علي التحكيم، منشأة المعارف طبعة ٢٠٠٣، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف طبعة ٢٠٠٢،تنفيذ حكم المحكمين، ملتقي الفكر مكتبة كلية الحقوق دون سنة نشر، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، المكتب العربي الحديث طبعة ٢٠٠٧، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة طبعة ١٩٩٩، أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته في المواد المدنية والتجارية دار الفكر الجامعي طبعة ٢٠١٤

خلافها، حيث روعي بشأنها أنها شرعت للتيسير علي الأفراد، كما أنها شرعت للمصلحة الخاصة لذوي الشأن، ومن هذا المنطلق اجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية لطرفي العلاقة التعاقدية مساحة معينة من الاتفاق الاجرائي يقصد بها مصالح الخصوم والتخفيف عليهم احترام ارادتهم، فهناك قواعد يسري عليها مبدأ سلطان الارادة منها رفع الدعوي والسير في الخصومة والطعن في الاحكام وتنفيذ الاحكام[١]

وإذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يسود في الحقوق الإجرائية، فإنه يسود كذلك في الإتفاقات الإجرائية بين الخصوم، فيجب أن يكون للالتزام الناشئ عن الإتفاق الإجرائي في قوته ما يعادل الإلتزام الناشئ عن القانون الإجرائي، ولكن هذا مشروط بأن يكون هذا الإتفاق الإجرائي غير مخالف للنظام العام، كما يجب ألا يكون ناشئ عن أي عيب من عيوب الإرادة سواء الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال [٢]

وإذا كان هناك قواعد إجرائية تتعلق بالنظام العام وأخري لا تتعلق بالنظام العام، فإن للإرادة دور في تلك القواعد الأخيرة، حيث يجوز للخصوم مخالفتها، وتطبيق الإرادة، أما القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق علي مخالفة أحكامها، ويمكن للمحكمة أن تثيرها في أية مرحلة كانت عليها الدعوي، كما يجب علي النيابة العامة أن تثير تلك المسائل إذا ما تدخلت في الدعوي، كما يتاح التمسك بالبطلان في أي مرحلة تكون عليها تلك الإجراءات، أما القواعد التي ترعي مصلحة خاصة للأفراد، يجوز الاتفاق علي مخالفتها أو التعديل من مضمونها، ولا تملك المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وإنما شرط القضاء به أن يتمسك به من تقررت تلك القاعدة لمصلحته، وهو كما يملك التمسك به يملك كذلك التنازل عنه صراحة أو ضمنا.[٣]

٣- الاستغلال في قانون المرافعات (مشكلة البحث)

واعمال القواعد المتقدمه قد يؤدي إلي الإضرار بالمدين، او الطرف الضعيف في الخصومة، وذلك لأن الدائن قد يستغل حاجة مدينه إلي الإقتراض والإستدانة، فيفرض عليه التنازل عن الضمانات الإجرائية المقررة لمصلحته والتي قررها له قانون المرافعات، ويقوم التنازل في تلك الحالة علي إستغلال حاجة المدين وضعف مركزه المالي أو الاقتصادي، أو عدم قدرة هذا الأخير علي مفاوضة الطرف القوي علي بنود العقد، فيضطر إلي قبول ما يطلبه منه فعله.

---

(١) انظر: جمال هيكل- الاتفاق الإجرائي – ط٢٠١٤ – دار الفكر والقانون صفحة ١٠ وما بعدها

(٢) انظر: جمال هيكل – الاشارة السابقة، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط ٢٠٠٠- دار النهضة العربية صفحة ٤١ وما بعدها

(٣) انظر: أحمد ماهر غلول – أصول التنفيذ – مرجع سابق صفحة ٤٢ وما بعدا

وعلي ذلك إذا كان يجوز للأفراد والخصوم التنازل عن الضمانات الإجرائية يجب ألا يكون هذا التنازل وليد استغلال، فشرط الإعتداد بهذا التنازل ألا يقترن به شبهة استغلال [١]

٤- تطبيق قواعد الإستغلال هو الحل لهذه المشكلة

وعلي ذلك إذا ما تنازل أحد الطرفين عن قاعدة إجرائية معينة، وكان هذا التنازل نتيجة الوضع الإقتصادي الضعيف للمغبون أو لحاجته الشديدة ألي التعاقد، فإن القواعد العامة الكلية للقانون والشريعة الإسلامية تقتضي ألا يرتب هذا التنازل أي أثر قانوني، ولذلك فإن تطبيق قواعد الاستغلال علي هذا التنازل، يؤدي إلي إزالة الضرر الواقع علي الطرف المغبون .[٢]

وعلي ذلك نتناول دراسة فكرة الاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية في هذا المبحث وذلك من خلال دراسة مفهوم الاستغلال في قانون المرافعات، وتمييز فكرة الاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية عن غيرها من الأفكار وذلك علي النحو التالي:-

المطلب الأول: مفهوم الاستغلال في قانون المرافعات

المطلب الثاني: تمييز الاستغلال في قانون المرافعات عن غيره من الأفكار المشابهة

---

(١) انظر: في فكرة الاستغلال في قانون المرافعات: وجدي راغب – التنفيذ القضائي – ط ٩٥- صفحة ٣٢ دون سنة نشر، أحمد ماهر زغلول – اصول التنفيذ- مرجع سابق بند ٢٧- صفحة ٤٣ وما بعده، فتحي اسماعيل والي – التنفيذ الجبري – ط ١٩٨٨- دار النهضة العربية – صفحة ٢٥١ وما بعدها، محمد حامد فهمي- تنفيذ الاحكام والسندات – ط ١٩٥١- بند ١٣٠ صفحة ١٠٩، رمزي سيف-قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية ط الاولي- بند ٢١٧صفحة ٢٨٨ وما بعدها

(٢) انظر: محمد سعيد عبد الرحمن – تيسير اجراءات التقاضي والتنفيذ – طبعة ٢٠١٣- دار النهضة العربية-صفحة ٦٤ وما بعدها، تقادم الأحكام القضائية في المواد المدنية والتجارية – طبعة ٢٠١٦-دار النهضة العربية -بند ٧٣- صفحة ٩٣

المطلب الأول

مفهوم الاستغلال

في قانون المرافعات المدنية والتجارية

يتحدث جانب كبير من الفقه[١] وهو بصدد الحديث عن دور النظام العام وعلاقته بقانون المرافعات المدنية والتجارية وكذلك التنفيذ الجبري ومدى تعلق تلك القواعد بالنظام العام، أن هناك قواعد ترمى وتهدف إلي حماية مصلحة عامة، وأساسية في المجتمع، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويجب الإلتزام بأحكامها وإعمال إرادة الشارع الإجرائي بشأنها، ومن هذه القواعد، تلك التي تمنع التنفيذ على بعض الأموال رعاية للمصلحة العامة، مثل قاعدة عدم جواز التنفيذ على الأموال اللازمة لسير المرفق العام، وكذلك القواعد المتعلقة باختصاص قاضي التنفيذ فهي من قواعد الاختصاص النوعي، وهذه الأخيرة تعتبر من النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[٢].

إلا أن هناك قواعد في قانون المرافعات المدنية والتجارية والتنفيذ الجبري، لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث إنما شرعت حماية للمصلحة الخاصة لذي الشأن وللخصوم [٣].

وإذا كان كثيرًا من تلك القواعد في التنفيذ الجبري، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ترعى المصلحة الخاصة للمدين، إلا أن الدائن قد يستغل حاجة المدين إلى الاستدانة فيفرض عليه التنازل عن تلك القواعد الإجرائية المقدرة لمصلحته[٤].

ولذا فإن هذه القواعد رغم كونها ترعى مصلحة خاصة لذى الشأن، إلا أنها لا تستطيع أن تحقق الغاية منها، إلا إذا ما حمت هذا المدين من ذلك الاستغلال، لذا يقدر القانون عدم جواز

---

(١) وجدي راغب: التفنيذ القضائي ص٢٦ وما يليها، دار الفكر العربي دون سنة نشر.

- **فتحي والي: التنفيذ الجبري، ط ١٩٩٣، مطبعة جامعة القاهرة.**
- **أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري، الطبعة الثالثة سنة١٩٩٤م، ص٤١ وما بعدها.**
- **أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح المرافعات، ط٢٠١٩، ص ٥٩١ وما بعدها.**
- **رمزي سيف: قواعد التنفيذ، الطبعة الثامنة ١٩٦٩، ص ٢٨٨، بند ٢١٧.**

(٢) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤١، وما بعدها، وجدي راغب، ص٣٩، محمود هاشم، بند ١٥، ص ٣٧، أحمد أبو الوفا بند ١٣، ص ٢٠، وما يليها.

(٣) محمد كمال بسيون: النظام العام في قانون المرافعات، رسالة ماجستير، جامعة المنوفية، ٢٠١٩م.

(٤) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها.

التنازل عن التمسك بمثل هذه القواعد في كل حالة يتوافر فيها شبهة استغلال بسبب ضعف مركزه الاقتصادي أو بسبب حاجته إلي التعاقد [١].

ففي أحيان كثيرة، يقوم الدائن وهو الطرف القوي غالبا، باستغلال حاجة مدينه في الاستدانة، فيفرض عليه التنازل عن القواعد الإجرائية المقررة لمصلحته والضمانات التي شرعت لحماية حقوقه، ويقوم هذا التنازل نتيجة استغلال الدائن لحاجة المدين للتعاقد، وضعف مركزه المالي، فيذعن هذا الأخير للطرف القوي، ويضطر إلى قبول مثل هذه شروط الإجرائية المجحفة بحقوق الطرف الضعيف في هذا التعاقد[٢].

وإذا ما عولنا على هذا التنازل وقمنا بالاعتداد بآثار هذا التنازل، فإن ذلك يكون مجافيًا للعدالة وقواعد القانون الطبيعي، حيث إن القواعد والأصول العامة والمبادئ الكلية للقانون ترفض هذا الاستغلال وتحول دون الاستفادة منه، ويشكل هذا الأمر أساسًا لقاعدة تحول دون استغلال الدائن لحاجة مدينه، فيحرمه من الضمانات التي يقررها له القانون الإجرائي[٣].

وإذا كان الأصل هو الاعتراف للمدين بإمكانية التنازل عن القواعد الخاصة المقررة لمصلحته، حيث قدر الشارع الإجرائي عدم تعلقها بالنظام العام فإن مناط الاعتداد بهذا التنازل، هو ألا يقترن به أي شبهة استغلال من الطرف القوي للطرف الضعيف، فأثر قيام أي شبهة أو مظنة الاستغلال، هو عدم الاعتداد بهذا التنازل، وعدم إعمال آثاره، فيكون للمدين في مثل هذه الحالة التمسك بالقواعد الإجرائية، والتي ينص عليها القانون الإجرائي بصدد تنظيم النزاع، وبطلان الإجراءات المخالفة لها،حتي ولو كان قد سبق له التنازل عنها صراحة[٤].

ومن هذا المنطلق إذا ما وجد اتفاقا اجرائيًا، ولكنه تضمن تنازلاً عن القواعد الإجرائة والضمانات والحقوق الإجرائية المقررة لمصلحة المدين، وذلك بسبب ضعف المركز الاقتصادي للمدين واستغلال الدائن لهذه الحاجة، فإن هذا الاتفاق يعتبر باطلاً[٥]. ولا يترتب على اعتماد هذا الأثر للاستغلال، أن يغير ذلك من طبيعة تلك القواعد، فتظل رغم ذلك من القواعد المكملة، والتي لا تتعلق بالنظام العام، رغم أنها تقترب من هذه القواعد الأخيرة[٦].

---

(١) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٣) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص٤٤، فتحي والي: التنفيذ الجبري، ٣١٩٩٦، ص ٢٥٣ وما بعدها، رمزي سيف، بند ٢٢٨، محمد حامد فهمي، بند ١٣٠، ص ١٠٩، وجدي راغب ص ٣٠.

(٤) أحمد ماهر زغلول: قواعد المرافعات، مطابع جامعة عين شمس للكتاب الجامعي، دون سنة نشر، ص ٩١٣ وما بعدها.

(٥) أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات، مرجع سابق، ص٨١٥.

(٦) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري، مرجع سابق، بند ٢١، ص٤١.

والقاعدة العامة هي أنه حيث ما وجد الاستغلال، فإنه لا يرتب أثرًا، وهذا الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فإذا ما وجد استغلالا للمدين فإن التنازل لا يعتد به، أما إذا كان هذا التنازل غير مقترن بشبهة استغلال، أو غير وليد الحاجة إلي التعاقد، فلا مجال لعدم الاعتداد به، نظرًا لتعلقه بمصلحة خاصة لذوي الشأن[١].

ومن الأمثلة التي ساقها الشارع الإجرائي على ذلك، قانون الخمسة أفدنة رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣م، الذي بموجبه يمتنع التنفيذ على الخمسة أفدنة الأخيرة للمزارع، وذلك حماية للملكية الصغيرة لصغار الفلاحين، والمزارعين، وكذلك حماية للمزارعين الصغار من استغلال المرابين، فقد نص هذا القانون في مادته الثالثة على أنه يقع باطلاً كل تنازل عن التمسك بهذا القانون، وذلك خشية أن يفرض الدائن على المزارع هذا التنازل عند الاستدانة، مما يجرد القانون من كل قيمة، ويصبح بلا أثر.

ومع ذلك، يشترط القانون لتطبيقه أن يتمسك به المدين قبل فوات ميعاد معين، وإلا سقط الحق في التمسك بأحكامه، وهو ما ينفي كما يري البعض، خضوعة لأحكام النظام العام، التي تجيز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[٢].

ومن تطبيقات الاستغلال في قانون المرافعات أيضا، أن يتنازل أحد الخصوم أو أحد الأطراف في علاقة قانونية ما، عن الجزاء الإجرائي قبل ثبوت الحق في هذا الجزاء،حيث يسود في قانون المرافعات المدنية والتجارية مبدأ أساسي، وهو أن الجزاء المترتب علي مخالفة الإجراءات يقع بصورة تلقائية، فيجب أن يحكم بالجزاء الإجرائي، متي ما وقعت المخالفة، وليس للقضاء أي سلطة تقديرية في هذا الشأن، وذلك لأن المشرع وهو بصدد تقنين القواعد الإجرائية أراد تحقيق غاية ومصالح معينة، وبمجرد حصول المخالفة لهذه الإرادة للشارع، يفترض وقوع الضرر، ويقول في هذا الصدد الاستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا " لا يجوز اتفاق الخصوم مقدما علي التنازل عن التمسك بالجزاء الإجرائي قبل ثبوت الحق فيه، لأن هذا الاتفاق لا يؤمن معه **الاعتساف**، فهو يحرم الخصم من التمتع بالضمانات التي شاء الشارع أن يحيطه ويحميه بها، كما أن هذا التنازل يتصل بحق مستقبل، ولم ينشأ بعد، والقاعدة العامة هي عدم جواز النزول عن حقوق لم تنشأ بعد، متي كانت غير معينة بذاتها، ويذهب بعض الشراح إلي إجازة النزول مقدما عن التمسك ببطلان عمل معين، ونري أنه مالم ينص القانون صراحة علي ذلك فلا يعتد بهذا النزول، كما هو الحال بالنسبة لجواز التحلل من قواعد الاختصاص المحلي، أو جواز

---

(١) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٤٢.

(٢) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص٤٥، فتحي والي: التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ٢٢٠، بند ١١٠.

الاعلان في الموطن المختار، في غير الاحوال التي يوجب المشرع فيها الاعلان في الموطن الأصلي، لأن ذلك من الضمانات الأساسية، والتي يفرضها الشارع الإجرائي لحماية هؤلاء الخصوم"[١]

وعلى ذلك، ومن خلال جماع ما سبق، يمكننا تعريف الاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية بأنه انتهاز أحد المتعاقدين " الخصوم" حاجة الطرف الآخر إلي التعاقد، أو ضعف مركزه الاقتصادي، ويتحصل منه على اتفاق اجرائي[٢] مخالف لقاعدة اجرائية مقررة للمصلحة الخاصة لذي الشأن، ويترتب عليها التنازل عن القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة الطرف المغبون، أو المستغَل، ويجرده من الضمانات والحقوق التي يقررها له قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ومن هذا التعريف للاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية يمكن استخلاص شروط وخصائص معينة يجب توافرها حتى يمكن القول بأن هناك استغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وبيان هذه الشروط كالتالي:

أولا: وجود اتفاق اجرائي:

الاتفاق الإجرائي هو ذلك الاتفاق الذي يرد على مسألة إجرائية معينة ويترتب عليه مباشرة أثر قانوني اجرائي معين. وعلى ذلك فأول مفترض من مفترضات الاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية، هو وجود اتفاق اجرائي بين الطرفين أو المتعاقدين، وعلى ذلك فلا مجال للحديث عن الاستغلال إذا لم يكن هناك اتفاق إجرائي[٣].

وفي تلك الحالة الأخيرة –أي عدم وجود اتفاق إجرائي– فإن القواعد التي تطبق عند نشوء نزاع قضائي، هي تلك القواعد التي قرر المشرع الإجرائي إنطباقها على النزاع، أو على الموضوع، سواء في مرحلة التقاضي أو في حالة التنفيذ[٤].

أما في حالة وجود اتفاق اجرائي معين، فإن هذا الاتفاق هو الذي يطبق علي النزاع، ولكن يجب ملاحظة أمر هام في هذا الصدد، وهو يلزم أن تكون القواعد التي تم الاتفاق على مخالفتها

---

(١) احمد ابو الوفا نظرية الدفوع في قانون المرافعات . منشأة المعارف بالاسكندرية الطبعة السادسة ١٩٨٠ صفحة ٣٦ وما بعده

(٢) جمال أحمد هيكل الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات: رسالة دكتوراه، حقوق المنوفية، ٢٠٠٥م.

(٣) جمال أحمد هيكل: الاتفاق الإجرائي، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٤) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٢، وجدي راغب: مرجع سابق، أحمد أبو الوفاء، ص٢٠ وما يليها.

غير متعلقة بالنظام العام؛ أي يجب أن تكون من القواعد المكملة، فإن كان الاتفاق الإجرائي يخالف قاعدة اجرائية متعلقة بالنظام العام،عد هذا الاتفاق باطلاً[1].

ويشترط لصحة هذا الاتقاق الإجرائي ما يشترط في العقود بصفة عامة، أي يجب أن يتوافر له رضا ومحل وسبب، كما يجب أن تتوافر الأهلية اللازمة لإبرام مثل هذا الاتفاق[2]، وعلي ذلك يجب ان يتوافر التراضي علي هذا الاتفاق الاجرائي، ومعني التراضي هو تطابق إرادتين علي ترتيب اثار قانونية معينة، تبعا لمضمون ما تم الاتفاق عليه، ويتم هذا الاتفاق بمجرد ان يتم التطابق لتبادل إرادتي طرفي الاتفاق الاجرائي، وتعتبر هذه الارادة نافذة إذا ما علم من صدر إليه هذا الايجاب وقبوله، ويعتبر وصول االتعبير عن الارادة، قرينة علي العلم به، مالم يقم الدليل علي عكس ذلك، فلا بد من وجود ايجاب وقبول علي استبعاد القاعدة الاجرائية المكملة وتطبيق إرادة الاطراف، أو الخصوم علي النزاع القائم.

كما يجب ان يتوافر في هذا الاتفاق الاجرائي ركن السبب، وذلك كون هذا الإتفاق الإجرائي يعتبر عقدا شأنه شأن سائر العقود الأخري، حيث إن اتفاق الاطراف علي إجراء معين يجدد سببه في إرادة الاطراف، واستبعاد الاجراءات التي تنظم الموضوع، والتي لا تتعلق بالنظام العام، ليحل محلها إرادة الاطراف، ولذلك يتوجب أن يكون هذا السبب مشروعا، فإذا ما ثبت عدم مشروعية هذا السبب عد هذا الاتفاق باطلا، وإذا كان السبب معلوما للجميع علم اليقين، فإنه لا يلزم ذكره صراحة في الاتفاق الاجرائي، وذلك علي اعتبار أن كل التزام لم يرد له سبب في أي اتفاق، يفترض أن سببه سببا مشروعا، مالم يقم الدليل علي خلاف ذلك، كما يجب أن يتوافر ركن المحل في هذا الاتفاق الاجرائي، ومحل الاتفاق الاجرائي شأنه شأن محل أي عقد آخر، ومحل أي عقد ثلاثة، القيام بعمل او الامتناع عن عمل او نقل حق عيني، واذا كان المحل مستحيلا في ذاته كان الاتفاق باطلا، وكذلك يجب ألا يكون هذا محل هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، وإلا كان هذا المحل باطلا، ومحل الاتفاق الاجرائي هو استبعاد القاعدة التي تم الاتفاق علي مخالفتها، وتطبيق إرادة الخصوم علي النزاع المطروح .

([1]) محمد كمال بسيوني: النظام العام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ١٠٣، ٢٢٨.

([2]) راجع شروط صحة الاتفاق الإجرائي د. جمال أحمد هيكل، رسالة جامعة المنوفية ٢٠٠٩م، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

ثانيًا: وجود حالة ضعف لدى المتعاقد المغبون "الركن النفسي" [1]

إذا كان القانون قد قرر حماية الطرف الضعيف في القانون الموضوعي فهل يمكن أن تمتهد تلك الحماية للطرف الضعيف في القانون الآجرائي؟ فنجد أن القانون قد قرر حماية الطرف الضعيف في حالة التعسف في المجال الإجرائي وكذلك في حالة الغش الإجرائي، كما أن القانون المدني في حالة الإذعان قرر حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية، والقانون لم ينص علي ما هي هذه الشروط التعسفية التي تؤدي إلي استغلال الطرف الضعيف، فهل يمكن أن تمتد الحماية إلي الشروط الإجرائية التي تؤدي إلي استغلال أحد العاقدين للآخر، وذلك بأن يتنازل هذا الأخير عن الضمانات الاجرائية التي قررها لها المشرع الإجرائي؟ الإجابة علي هذا السؤال من وجهة نظري هي بالإيجاب ولكن يجب أن تتوافر حالة من حالات الضعف لكي نطبق نظرية الاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وعلي ذلك، يشترط لكي يتم تطبيق نظرية الاستغلال في المجال الإجرائي أن يتوافر حالة ضعف لدى المتعاقد المغبون، وحالة الضعف هذه قد ترجع إلى حاجته الملحة للتعاقد، وقد ترجع إلى حاجته إلى المال وقد ترجع إلى ضعف مركزه الاقتصادي أو حالة الضرورة التي يكون لها مردود سيء على إرادة المدين. وعلى ذلك إذا لم تتوافر لدى الشخص المغبون حالة ضعف أو حاجة تدفعه إلى التعاقد، فإن الاستغلال ينتفي من جانب أحد الطرفين للطرف الآخر [2].

لكن كيف يتم إثبات حالة الضعف؟ للإجابة على هذا السؤال تكون بالرجوع إلى نصوص القانون التي تم تأسيس الاستغلال في قانون المرافعات عليها، والقانون افترض توافر حالة الضعف وأعفى الطرف الضعيف من الإثبات إذا تم الاتفاق في وقت معين [3].

فمثلاً نصت المادة ٢/٦٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن "في الحالات التي نص فيها القانون على تحويل الاختصاص لمحكمة على خلاف حكم المادة٤٩ لا يجوز الاتفاق مقدمًا على ما يخالف هذا الاختصاص" [4].

وعلى ذلك فالمشرع قرر أنه في حالة الاتقاف مقدمًا أو المسبق على ما يخالف الاختصاص المحلي للحالات الخاصة – قدر وجود حالة ضعف، وافترض وجود مثل هذه الحالة وأعفى المدين من إثباتها، أما إذا تم هذا الاتفاق عند نشأة النزاع فلا توجد أي حالة ضعف لدى

---

(١) راجع في هذا "الركن النفسي" د./ توفيق فرج، نظرية الاستغلال، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٢) توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص ٥٤، بند ١٨.

(٣) أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات، ص ٨١٥ مرجع سابق.

(٤) أحمد السيد صاوي: الوسيط في المرافعات، ص ٥٨٢ وما بعدها.

أحد الطرفين، فما الذي يجبره على قبول مثل هذه القواعد؛ أما في الحالة الأولى فإن حالة الضعف تعتبر متوفرة، وذلك لاحتمال قبول الطرف الضعيف لهذه الشروط لحاجته للتعاقد[١].

ثالثًا: انتهاز الطرف القوى للطرف الضعيف

قد يتوافر اتفاق اجرائي، وفي نفس الوقت قد يتوافر لدى أحد الطرفين حالة ضعف أو حالة ضرورة تجبره على التعاقد، ورغم ذلك لا يقوم الطرف القوي بانتهاز هذا الضعف لدى المتعاقد الآخر، ومن ثم لا يتم تطبيق نظرية الاستغلال في قانون المرافعات المدنية والتجاية.

أما إذا انتهز الطرف الغابن ضعف الطرف المغبون واستغل حاجته للمال أو للتعاقد فإن هذا الشرط يعد متوفر ويتم تطبيق النظرية إذا توافرت باقي شروطها[٢].

وينحصر الاستغلال في الاستفادة من مركز مؤقت غير ملائم وجد فيه الطرف الضعيف ودفعه إلى التعاقد بشروط لم يكن ليقبلها بمحض إرادته، إذا لم يوجد في مثل هذا المركز أو لو كان في حالة طبيعية[٣].

ولا يلزم أن يساهم الغابن نفسه في إيجاد حالة الضعف التي تعتري هذا الطرف الآخر، وليس من الضروري أن يصدر عن المستغل فعل إيجابي، فيكفي الإفادة من المركز الضعيف الطرف الآخر[٤].

وعلى ذلك فمجرد وجود مثل هذه الشروط الإجرائية في العقد أو الاتفاق عليها يعد انتهازًا لضعف المدين أو الطرف الآخر، فما الذي يجبر هذا الأخير على قبول مثل هذه الشروط والتنازل عن الضمانات التي قررها له قانون المرافعات إلا انتهاز المتعاقد معه لحالة ضعفه وحاجته إلى التعاقد وإجباره على قبول مثل هذه الشروط[٥].

---

(١) أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٨١٥، ٨١٦.

(٢) توفيق فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٣) عبدالعزيز المرسي ومحمد أبو زيد: مصادر الالتزام، ص ١٩٥.

(٤) توفيق فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٥) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري، ص ٤٠٣ وما بعدها، أصول المراجعات: ص ٨١٥ وما بعدها.

رابعًا: التنازل على قاعدة اجرائية مقررة لمصلحة الطرف الضعيف "الركن المادي":

يشترط لإعمال نظرية الاستغلال في قانون المرافعات أن يتنازل الطرف الضعيف عن قاعدة إجرائية مقررة لمصلحته، وعلى ذلك إذا انصب التنازل عن قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام فإن هذا التنازل يعد باطل بطلانًا مطلقًا لتعلقه بقاعدة متعلقة بالنظام العام، وعلى ذلك فالإستغلال لايطبق على القواعد المتعلقة بالنظام العام، فتلك القواعد يحميها النظام العام ويستطيع الخصم إثارتها في أي حالة تكون عليها الدعوى وتستطيع المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها ويجب على النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى أن تثيرها[١].

أما القواعد التي تحميها النظرية العامة للاستغلال في قانون المرافعات هي القواعد المتعلقة بالمصلحة الخاصة لذوي الشأن وهي القواعد المكملة والتي يجوز الاتفاق على مخالفتها بشرط ألا يتم هذا التنازل تحت وطأة استغلال للطرف الضعيف فإذا وجد استغلال بطل الاتفاق[٢].

ومفاد التقرير بطلان ذلك الاتفاق، لا ينم عن تغير في طبيعة تلك القواعد، فتظل رقم ذلك من القواعد المكملة التي لا تتعلق بالنظام العام، حقيقة أنها في واقع الأمر تقترب من تلك القواعد الأخيرة لكنها تظل متميزة ومستقلة عنها، فلا يمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وإنما شرط البطلان أن يتمسك به الخصم الذي شرعت تلك القاعدة لمصلحته[٣].

خامسًا: حالة التعاصر الزمني بين انتهاز حالة الضعف والمتنازل عن القاعدة الإجرائية

قد يوجد اتفاق اجرائي ويتوافر حالة ضعف لدى أحد الطرفين وينتهز أحد الطرفين هذه الحالة فيفرض عليه شروط إجرائية تتضمن المتنازل عن القواعد الإجرائية المقررة لمصلحته، ولكن لا يوجد تعاصر زمني بين حالة انتهاز الحالة للمدين وبين التنازل عن القاعدة الإجرائية، فإذا لم يوجد تعاصر زمني بينهما فلا مجال لإعمال نظرية الاستغلال[٤].

لكن إذا كان هناك تعاصر زمني بين حالة الضعيف والتنازل عن القاعدة الإجرائية المقررة للمصلحة الخاصة للطرف الضعيف، فإن مفترضات نظرية الاستغلال تكون متوفرة ويتم إبطال هذا الشرط[٥]. لكن إذا ما تنازل الطرف الضعيف عن القاعدة الإجرائية المقررة لمصلحته في

---

(١) محمد كمال بسيوني: النظام العام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص .

(٢) أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٨١٦.

(٣) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري، ص٤١ وما بعدها، أصول المرافعات: مرجع سابق، ص ٨١١

(٤) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٥) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٩.

وقت زالت فيه حالة الضعف لديه، فإن شبهة الاستغلال تنتفي ومن ثم يتم تطبيق الاتفاق الإجرائي[١].

فعند التعاقد؛ فإن حالة الضعف تكون متوفرة ومن ثم إذا تم التنازل عن القاعدة الإجرائية أثناء التعاقد أو قبل حلول أجل الدين أو قبل نشأة النزاع فإن شبهة الاستغلال تكون متوفرة ويكون هذا الشرط– شرط التعاصر – متوفرا[٢].

أما إذا ما تم التنازل عن القاعدة الإجرائية بعد حلول أجل الدين، أو بعد نشأة النزاع، فإن التعاصر الزمني بين الحاجة إلى التعاقد والتنازل عن القاعدة الإجرائية ينتفي، وينتفي الاستغلال تبعا لذلك، ومن ثم فإن هذا الشرط لا يتحقق لانتفاء شبهة الاستغلال وعلى ذلك فالقانون افترض حالة التعاصر الزمني بين انتهاز الحاجة وبين التنازل وقت التعاقد أو قبل حلول أجل الدين أو قبل نشأة النزاع، أما بعد حلول أجل الدين أو بعد نشأة النزاع فإن التعاصر الزمني يكون غير موجود. وتنتفي من ثم شبهة الاستغلال.

وقد أكدت على ذلك المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه : "يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيًا كان، أو أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"[٣].

وقد قضت محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩٢٤/١٠/٢٨ في هذا الصدد بأنه " لحماية المدين الراهن من طمع الدائن المرتهن أنهى الشارع اشتراط كون الشيء المرهون يصير ملكًا للدائن عند عدم الوفاء له".

وكذلك حكم محكمة [٤] أسيوط الجزئية بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٢٧م "يقع باطلاً ومخالفًا للنظام العام الشرط الذي يشترطه المرتهن على الراهن ويكون مقتضاه تملك المرتهن العقار المرهون في حالة تأخر الراهن عن سداد قيمة لارهن وكذا الشرط الذي يشترطه المرتهن على الراهن بأن عينًا أخرى مملوكة للراهن تصبح ملكًا للمرتهن إذا اتضح أن العين المرهونة ليست ملكًا للراهن"[٥].

---

(١) رمزي سيف، مرجع سابق، ص ٢٨٨ وما بعدها.

(٢) وجدي راغب، ص ٣٠ هامش.

(٣) عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ، بند ٢٥١، أحمد ماهر زغلول: شرح القانون المدني، نسخة الكترونية الجزء العاشر بند ١٨٥، منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية ط ١٩٦، ص ٨٤، شمس الدين الوكيل: التأمينات ط ١٩٥٩، بند ٨٧.

(٤) محكمة استئناف مصر ١٩٢٤/١٠/٢٨، المحاماة، ٥، العدد الخامس، رقم ١١٤، ص ١١٦.

(٥) محكمة أسيوط الجزئية الأهلية ١٩٢٧/٣/٢٩، المحاماة – ٧– العدد السابع– رقم ٤٥١. ص ٧٤٦.

المطلب الثاني
تمييز الاستغلال
في قانون المرافعات
عن غيره من الأفكار المشابهة

تمهيد وتقسيم:

يلزم لإيضاح فكرة الاستغلال في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، تمييزها عن غيرها من الأفكار التي قد تتشابه معها، أو التي قد تقترب منها، وذلك منعًا للخلط بينهما، ومن بين هذه الأفكار: الغش الإجرائي، والتعسف في استعمال الحق الإجرائي أو الإساءة في المجال الإجرائي، لذلك سنتناول تمييز الاستغلال في قانون المرافعات عن الغش الإجرائي في مطلب أول، ثم نتناول التمييز بين الاستغلال في قانون المرافعات والتعسف في استعمال الحق الإجرائي وذلك في فرعين متتاليين علي النحو التالي:

الفرع الأول
التمييز بين الاستغلال
في قانون المرافعات والغش الإجرائي

توجد اختلافات كثيرة بين العش الإجرائي والاستغلال في قانون المرافعات؛ فالغش هو اخفاء الحقيقة بأية وسيلة، وذلك بقصد تحقيق مصلحة خاصة، هذه المصلحة، قد تتعارض مع القانون، وهو ما يعني استخدام طرق احتيالية، أو أساليب للخديعة والتضليل للخصم أو للقاضي وذلك بهدف الإضرار بأحد الخصوم في القضية[1].

وكما يقول أحد الفقهاء فإن الحد الأدنى للغش، هو أن يكون الخصم، قد توافرت لديه سوء النية، وذلك بأن اتخذ طلبًا، أو دفاعًا في دعوى، أو طعنا، أو تنفيذا، أو إجراء تحفظيًا، أو تنفيذيًا عالمًا ألا حق له في هذا مباشرة هذا الإجراء، ويرجع القصد من إبدائه هو مجرد تعطيل الفصل في الدعوى، أو عرقة سير العدالة، والإضرار بالخصم الآخر، أما الحد الأقصى للغش، هو أن يتعمد أحد الخصوم أو أحد الأطراف استعمال وسائل احتيالية، وذلك بقصد تضليل خصمه، أو المحكمة، وإيقاع أحدهما في الغلط،مما قد يؤثر على قضاء المحكمة في القضية التي يكون طرفا فيها[2].

والغش قد يكون نحو حقوق أحد الخصوم في النزاع القضائي، وقد يكون كذلك غشا نحو القانون، والغش نحو حقوق أحد الخصوم يقصد به أن يكون لدى أحد الخصوم في النزاع سوء

([1]) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، دار النهض العربية، الطبعة الأولى، ص ١١

([2]) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٣، أحمد أبو الوفا، التعليق ط ٦، ص ٧٢٨.

نية، وذلك عندما يتخذ طلبًا، أو دفعًا وهو يعلم ألا حق له في اتخاذ هذا الإجراء، ولا يبتغي من مباشرة هذا الإجراء، سوى الإضرار بالخصم الآخر في النزاع، أو تعطيل سير العدالة.

وقد يكون المقصود بهذا الغش تعمد أحد الخصوم في هذا النزاع استعمال طرق غير مشروعة، وذلك بقصد تضليل خصمه، أو بقصد تضليل المحكمة، وإيقاعها في غلط، قد يدفعها هذا الغلط إلى حكم لصالح الخصم الغشاش،وذلك دون وجه حق، وعلى ذلك فعناصر الغش نحو الخصم تتجسد في عنصر مادي، وعنصر آخر معنوي، وأن يكون الهدف من هذا الإجراء غير مشروع[١].

والعنصر المادي للغش هو سلوك غير مشروع، أو وسائل غير مشروعة، قد يتمثل هذا السلوك أو تلك الوسائل في فعل إيجابي، مثل سلوك الكذب بقصد تضليل خصمه الآخر في النزاع، وكذلك تضليل المحكمة، وقد يتمثل في السكوت، وهو الفعل السلي، فأحيانًا يكون القول التزامًا، وبالتالي يصبح الصمت إثمًا[٢].

أما العنصر المعنوي لهذا الغش فهو يعني توافر سوء النية أو نية الإضرار بالغير، فهذا يعني توافر سوء النية لدى الغشاش، وبالتالي يتوافر لدى الخصم سوء النية، وذلك إذا ما اتخذ طلبًا أو دفعًا أو إجراء عالمًا ألا حق له فيه، ويقصد بإبداء هذا الإجراء أو الدفع أو الطلب مجرد تعطيل الفصل في الدعوى، وكذلك الإضرار بحقوق الخصم الآخر (٢/١٨٨) مرافعات[٣].

عدم مشروعية الغاية:

إذا كان الباعث على الغش غير المشروع متمثلاً في سوء النية، أو قصد الإضرار بالخصم الآخر، فإن الهدف من الغش يكمن في الحصول على حكم لصالح الخصم الغشاش، وذلك بطريق الاحتيال والغش وتضليل المحكمة، وعلى ذلك، فلو أدت تلك الوسيلة غير المشروعة المستعملة بسوء نية إلى الاحتيال على المحكمة، فأدى ذلك إلى إصدار حكم لصالح الخصم الغشاش، فيعتبر قد توصل إلى الهدف الغير مشروع من هذا الغش الإجرائي[٤].

وعلى أية حال يمكن القول بأنه متي ما توافر في الإجراء المتخذ من قبل الخصم الغشاش العنصر المادي والعنصر المعنوي، فهذا يكفي لإفساد ما ترتب على ذلك الغش من آثار، حتى ولو كانت الغاية التي يسعى إليها الخصم مشروعة، حيث أن الغش يفسد كل شيء.

عدم مشوعية السبب:

---

(١) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٥.

(٢) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٦ وما بعدها.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

(٤) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٦.

ويقصد بالسبب في هذا المقام، الهدف الذي يريده صاحب الشأن أو احد الأطراف تحقيقه من العمل القانوني، فإذا كان ما هذا الهدف عكس القانون أو ضد الاخلاق، فإن العمل يكون مشوبا بالبطلان، وفقا للمادة ١١٣١ من القانون المدني الفرنسي، وتقابلها المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري. والشخص أو الطرف الذي يبحث عن تجنب قاعدة قانونية ملتزم بها، وتظهر نية الغش من عدم مشروعية أو عدم أخلاقية سبب العمل [١]

هذا وإن القضاء الفرنسي لم يتبن مفهوما أكثر دقة للسبب غير المشروع، أو غير الأخلاقي، وفي معظم الأحيان فإن نية الغش يمكن أن تتيح الفرصة لتطبيق حكم المادة ١١٣١ من التقنين المدني الفرنسي مثلما فسرتها المحاكم. من هنا إمكانية التطبيق في معظم الحالات لتكون لنظرية الغش، ولتكون لنظرية السبب.

وعلي ذلك فإن مقاومة هذا الغش، قد ترجع إلي فكرة السبب غير المشروع، حيث إن الشخص أو الخصم الذي يرتكب غشا نحو القانون، بقصد التهرب من احكام ذلك القانون الواجب التطبيق، يشكل سببا غير مشروع لمخالفته القانون الملزم الواجب التطبيق، أو لمخالفته النظام العام، ولكن الخصم قد يرتكب غشا نحو حقوق الخصم الآخر في هذا النزاع، بقصد الاضرار بهذا الخصم، فهل يعد هذا هدفا غير مشروع؟ وبالتالي يخضع لنظرية السبب غير المشروع. إن مجال نظرية الغش يفسد كل شئ، قد لا يتعلق بالنتيجة غير المشروعة، بقدر ما يتعلق بالوسيلة غير المشروعة أوالدافع غير المشروع من وراء ذلك الغش، لذلك فإن مجال نظرية الغش يفسد كل شئ قد يكون تصرفا قانونيا، أو قد يكون قرارا قانونيا، أو قد يكون عملا ماديا، ومن ثم، فلا يقتصر إعمال نظرية الغش علي التصرفات القانونية فحسب. كما إنه من جهة أخري، لا تعتبر نظرية السبب غير المشروع تطبيقا لفكرة المصلحة غير المشروعة، كمعيار للتعسف في استعمال الحق في المجال الإجرائي، ومن هذه الزاوية تمثل صورة من صور الغش، وبالتالي يكون الجزاء هو عدم القبول للإجراء. كما أن فكرة السبب غير المشروع توجد في التصرفات القانونية الإجرائية كترك الخصومة، حيث لا يشترط في الترك قبول المدعي عليه إذا ما قصد من دفاعه المماطلة والتسويف طبقا للمادة ١٤٢ من قانون المرافعات المصري[٢].

والغش الذي يعتد به قانون المرافعات ويواجهه، قد يكون من الخصم أو ممن يمثلهم، وقد يكون من القاضي أو أعوانه[٣]. هذا وقد تناوله نص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، حيث قررت تلك المادة أن واقعة الغش الذي يحدث من الخصم، أو من

---

(2) J.GHESTN et GOUBEAUX، OP .cit، no ،٦٦٤ P.٦٤٧ . no ٧٥٢, P ٦٣٤ ets

(١) سيد احمد محمود الغش الاجرائي مرجع سابق صفحة ٧٢ وما بعدها

(٣) على الشيخ: الإجراءات التسويفية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٦ أكتوبر ٢٠١٤، ص ١٦٧.

يمثله تجاه المحكمة والخصم الآخر، وجعلته من هذه الواقعة سببًا يجيز للمحكوم عليه الطعن في الحكم بإلتماس إعادة النظر، وذلك استنادًا لقاعدة الغش يفسد كل شيء[١]. كما تناولت المادة نفسها حالة الغش الذي يحدث من ممثل الخصم المحكوم عليه فأجازت الطعن بإلتماس إعادة النظر.

كما أن المادة ٤٩٤ نصت على لفظ الغش صراحة في الفقرة الأولى من المادة سالفة البيان، والتي قررت أنه يجوز مخاصمة القضاة، وأعضاء النيابة العامة، وذلك إذا ما وقع القاضي، أو عضو النيابة العامة في غش أو في خطأ مهني جسيم أو تدليس[٢].

أما الغش نحو القانون فهو يعني إرادة أحد الخصوم أو كلاهما تجنب القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية أو علي النزاع الذي فيه عنصر أجنبي، وذلك بتغيير ضابط الإسناد للوصول إلى تطبيق أحكام قانون آخر، يحقق مصلحة أحد أطراف العلاقة، أو كلا الطرفين[٣].

هذا وقد يتوجه الغش نحو القانون الموضوعي، وذلك بتغيير ضابط الإسناد تغييرًا إراديًا بقصد تجنب قانون معين مختصا أصلاً بالعلاقة القانونية، من أجل تطبيق قانون آخر، وقد يتوجه الغش نحو القانون الإجرائي، وذلك من خلال تغيير ضابط الاختصاص القضائي تغييرًا إراديًا بهدف تجنب الاختصاص لمحكمة قضائية معينة. وعلي ذلك فضحية الغش هنا ليس طرفًا بعينه، وإنما الضحية هنا هو القانون الذي تم استبعاده، أو القانون الذي تم الغش نحوه .

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أوجه الاختلاف بين الاستغلال في قانون المرافعات وبين الغش الإجرائي وكذلك أوجه التشابه بين النظامين.

أوجه التشابه بين الغش والاستغلال في قانون المرافعات:

١- يتنافى كلا النظامين مع مبدأ حسن النية في قانون المرافعات:

حيث أن كلا النظامين " الغش والاستغلال في قانون المرافعات" يمثل انحرافًا عن حسن النية الواجب توافرها في الاجراءات عمومًا، وصيانة وحماية مصلحة الأفراد والجماعة، وبالتالي

---

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الغش يبطل التصرفات ولو لم يجد بها نص خاص في القانون، نقض مدني ١٩٩٥/١٢/١٢م ط ١٦٢٩ لسنة ٦ ق، مجموعة أحكام النقض – لسنة ٤٦ ح٢ ص ١٣٦٣.

(٢) على الشيخ: الإجراءات التسويفية، مرجع سابق، ص ١٦٨، أحمد أبو الوفا: المرافعات، الطبعة ١٤، بند ٥٤، ص ٧٠.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

يعد إخلالاً بهذا الواجب مباشرة الإجراء مع العلم بعدم الأحقية فيه وإرادة الإضرار بالغير أو بالخصم الآخر[١].

٢- توافر نية الإضرار بالطرف الآخر في كلا النظامين:

حيث إنه في كلا النظامين يتوافر لدى الطرف الغابن في الاستغلال والطرف الغشاش في الغش نية الإضرار بالطرف الآخر وذلك من خلال حرمانه من حقوقه التي كفلها له القانون، بيد أن هذا الحرمان في الغش يكون دون علم الطرف الآخر ويكون بعلم المغبون في الاستغلال[٢].

٣- الهدف أو الباعث غير مشروع في كلا النظامين:

إن هذا العنصر يعد نتيجة منطقة للعنصر السابق، أو أن كلاً منهما يترتب على الآخر، فطالما توافر لديه نية الإضرار بالطرف الآخر فإن الباعث يعتبر غير مشروع أو يمكن أن يقال أنه إذا كان الباعث غير مشروع توافر لديه نية الإضرار بالطرف الآخر. والباعث يكون غير مشروع في كلا النظامين حيث إن الغشاش والمستغل كلاهما يريد أن يحصل على أكثر من حقه بتضليل المحكمة والخصم للحصول على حكم لصالحه، أو من خلال إجبار المغبون على التنازل عن الضمانات الإجرائية التي قررها له قانون المرافعات[٣].

أوجه الاختلاف بين الغش والاستغلال في قانون المرافعات:

الغش الإجرائي قد يقع من الخصوم أو من يمثلهم وقد يقع من القاضي أو أعوانه، في حين أن الاستغلال في قانون المرافعات يقع من أحد الطرفين في العلاقة القانونية علي الطرف الآخر، فالاستغلال غير متصور أن يقع من القاضي أو من أعوانه[٤].

كما أن الغش يقع دون علم الخصم الآخر أو دون علم القاضي، إذا ما وقع من أحد الخصوم، أما في الاستغلال: فالاستغلال يكون نتيجة اتفاق بين الطرفين في العلاقة القانونية

---

(١) عبد الباسط جمعي: الإساءة في التقاضي والتنفيذ، خلاصة محاضرة ألقاها في مصر على طلبة دبلوم القانون الخاص، ودبلوم القانون المقارن بكلية الحقوق جامعة عين شمس في العام الجامعي ١٩٧٨، ١٩٧٩م من ص ١ حتى ص ٤٣، الإساءة في المجال الإجراء، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد خاص بمناسبة العيد المئوي لكلية الحقوق ١٩٨٣م، ص ٢٠٣ إلى ص ٢٤٥، انظر حسن النية في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، محمد سعد الشرقاوي، ٢٠١٦م.

(٢) توفيق فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص ١٩٠ وما بعدها، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص٣٤، توفيق فرج: الاستغلال، مرجع سابق، ص١٥٧.

(٤) على الشيخ: التسويف في الإجراءات، مرجع سابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

وفي هذا لاتفاق ينتهز أحد العاقدين حالة الضعف للمتعاقد الآخر وضعف مركزه المالي فيجبر على التنازل عن الضمانات التي قدرها له القانون الإجرائي، وعلى ذلك فالطرف المغبون على علم بأنه مغبون بخلاف الغش الإجرائي، وإذا كان الاستغلال يقع نتيجة اتفاق اجرائي، فإن الغش الإجرائي أيضًا قد يتم نتيجة تواطؤ الخصوم إضرارًا بالغير، فقد يتفق الخصوم على اللجوء إلى المحكمة للحصول على حكم في قضية معينة وذلك إضرارًا بالغير[١].

كما أن الركن أو العنصر المادي في الغش يختلف عن الركن المادي في الاستغلال في قانون المرافعات، فالركن المادي في الاستغلال قي قانون المرافعات يتمثل في تنازل الطرف المغبون عن قاعدة إجرائية مقررة لمصلحته، فهو يعلم بهذا التنازل ويرضى به لكن رضاه وليد الحاجة أو اكراه الظروف الاقتصادية، أما الركن المادي في الغش الإجرائي فيتمثل في سلوك غير مشروع أو وسائل غير مشروعة يقوم بها أحد الخصوم لتضليل خصمه أو لتضليل المحكمة للتحصل على حكم لصالحه[٢].

كما أن الركن المعنوي في الغش يختلف عن الركن المعنوي في الاستغلال في قانون المرافعات، فالركن المعنوي في الاستغلال في قانون المرافعات يتمثل في حالة الضعف لدى المغبون أو ضعف مركزه الاقتصادي التي تجبره على التنازل عن الضمانات الإجرائية المقررة لمصلحته في قانون المرافعات؛ أما الركن المعنوي في الغش الإجرائي فهو نية الإضرار بالخصم الآخر أو سوء النية من هذا الطرف الغشاش، فهو يقوم بهذا الإجراء وهو يعلم ألا حق له فيه[٣].

الطرف المغبون في الاستغلال في قانون المرافعات، دائمًا ما يكون طرفا في اتفاق اجرائي يتضمنه تنازلاً عن الضمانات الإجرائية المقررة له بموجب القانون، أي أنه يشترط أن يكون هناك علاقة قانونية "اتفاق إجرائي" بين الطرف المستغل والمغبون[٤].

إلا أنه في الغش الإجرائي لا يشترط وجود مثل هذا الاتفاق في كل الأحيان، ففي أحيان يكون هناك اتفاق على الغش الإجرائي مثل الغش بين ممثل الخصم وممثل الخصم الآخر إضرارًا بالغير أو بالخصوم أنفسهم وقد يتم الاتفاق بين الخصوم أنفسهم إضرارًا بالغير[٥].

---

(١) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص١٠٤، توفيق فرج: الاستغلال، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٢) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٥، توفيق فرج: الاستغلال، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٤، توفيق فرج: الاستغلال، ص ٢٨٣.

(٤) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٣، وما بعدها

(٥) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٠٤.

وفي أحيان أخرى لا يكون هناك اتفاق مثل حالة غش أحد الخصوم للخصم الآخر، وكذلك غش أحد الخصوم للمحكمة للحصول على حكم لصالحه، فلا يشترط إذن وجود اتفاق حتى يتقرر وجود هذا الغش فقد يتحقق بوجود اتفاق أو دون وجود اتفاق[١].

الفرع الثاني

الاستغلال في قانون المرافعات والتعسف

في استعمال الحق

في المجال الإجرائي

لكي نميز بين الاستغلال في قانون المرافعات والتعسف في استعمال الحق الإجرائي[٢]، أو الإساءة في المجال الإجرائي[٣] يجب علينا أن نبين ما هو التعسف في استعمال الحق الإجرائي. فالتعسف مرتبط بالحق من حيث كونه يعد وسيلة، وليس غاية، وبالتالي يعد من حيث الاستعمال نسبياً، وليس مطلقاً، فهو مقيدا بالحدود التي رسمها القانون، أو الشرع، والهادف إلى تحقيقها. فإذا ما أخل شخص ما بهذه الحدود، وخرج عنها عد متعسفاً في استعماله لحقه. وعليه يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق، بأنه ممارسة الحق على نحو يخالف المقاصد والأهداف التي رسمها وحددها القانون أو الشرع على نحو يحقق الإضرار بالغير.

والمقصود بالتعسف في استعمال الحق في المجال الإجرائي يشمل حق اللجوء إلى القضاء جميع ما نص عليه القانون من اجراءات يتوصل بها الفرد إلى الحصول على حقه، مثل التقاضي والدفاع وطرق الإثبات المختلفة وطرق التنفيذ وغيره مما أباح القانون الإجرائي اتخاذه من أجل صون ماله من حق قبل غيره[٤].

ويقصد بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي هو أن يقوم أحد الأفرد باسخدام حقه الإجرائي في التقاضي والتنفيذ، قاصدًا الإضرار بالغير وتحميله بنفقات ومصروفات، فضلاً عما يسببه من فوات المصالح والوقت بغير حق[٥].

ويتمثل التعسف في استعمال الحق في المجال الإجرائي في مسئولية صاحب الحق على استعماله لهذا الحق، بالرغم من أنه يعد استعمالا للحق في إطار حدوده الداخلية، فالتعسف يرتب

---

(١) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٢) على الشيخ: التسويف في الإجراءات، مرجع سابق، ص ٤١ وما بعدها.

(٣) عبد السابط جميعي: الإساءة في المجال الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٠٣ إلى ص ٢٤٥.

(٤) أحمد إبراهيم عبد التواب: التعسف في استعمال الحق الإجرائي، ص ٤٠٥.

(٥) أمين إبراهيم النيفيادي: التعسف في التقاضي، دار النهضة، الطبعة الأولى، ص ٩١.

مسئولية الشخص صاحب الحق الإجرائي، طالما لم تتوافر المصلحة المشروعة من استعمال هذا الحق الإجرائي[١].

هذا ويشيع لدى شراح القانون والفقه المعاصر استعمال لفظ التعسف والإساءة[٢]، والحقيقة فإن هذين اللفظين مترادفان عند ربطهما في استعمال الحقوق، ليس هذا فحسب بل وإن هناك مترادفات أخرى لهذين اللفظين مثل الخروج عن الحق أو مجاوزة حدود الحق.

هذا وقد وضع المشرع معيارًا لنظرية التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، وذلك في المادة الخامسة من القانون المدني المصري، فقد وضع المشرع المصري تحديدًا لحالات الاستعمال غير المشروع للحق، والتي تتجسد في قصد الإضرار بالغير، أو المصالح قليلة الأهمية، والتي لا تتناسب مع الضرر الواقع علي الغير، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة[٣].

ووفقًا لقول البعض، يمكن استبعاد نظرية التعسف في استعمال الحق من نطاق فكرة الخطأ بمعياره التقليدي، أي الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد، بأن هذا الخطأ لا يبدأ إلا حيث ينتهي الحق، أما التعسف فلا يوجد إلا في نطاق الحق ذاته، لذلك يتعين أن يرتبط معيار التعسف بالحق ذاته، بجوهره، وغايته، فطالما كان استعمال الحق موافقًا للغاية منه، فلا يكون ثمة تعسف في استعماله، وعلى العكس من ذلك يتحقق التعسف بمجرد أن يتم استعمال الحق على عكس الغاية منه، وإذا كانت نظرية التعسف في استعمال االحق لها مجال في القانون الموضوعي، فإنها أيضًا تجد مجالها في الحقوق الإجرائية الناشئة عن قانون المرافعات[٤]، مما يستلزم معرفة تطبيقاتها في المجال الإجرائي:

١- عدم مشروعية المصلحة:

إن المصلحة في استعمال الحق الإجرائي تكون غير مشروعة، إذا ما كانت مخالفة للنظام العام أو مخالفة للآداب العامة، أو المقتضيات الاقتصادية، أو الاجتماعية وسواء كان تحقيق المصلحة غير المشروعة لصاحب الحق نفسه، أو لشخص آخر غيره[٥].

لذلك فإنه في المجال الإجرائي إذا ما كانت المصلحة في الدعوى غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام أو مخالفة كذلك للآداب العامة، تكون الدعوى غير مقبولة على أساس عدم

---

(١) أحمد إبراهيم عبد التواب: التعسف في استعمال الحق الإجرائي، ص ٤٠٥.

(٢) أحمد إبراهيم عبد التواب: التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مرجع سابق، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ١٨٦.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٤) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٥) أ. على الشيخ: التسويف في الإجراءات، مرجع سابق، ص، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٤، ٣٥.

قانونية المصلحة، وذلك طبقًا للمادة ٣ من قانون المرافعات، مثال ذلك المطالبة بدين قمار أو تنفيذ اتفاق على ارتكاب فعل مناف للآداب العامة أو ارتكاب جريمة معينة، كما لا تقبل الدعوى الملوثة، التي يطلب فيها المدعي استرداد ما دفعه، بناء على اتفاق يعد من جانبه منافيًا للآداب العامة، أو إذا ما طلب أحد الأشخاص استرداد ما دفعه مقابل علاقة غير مشروعة، وعلى ذلك فمعيارا المصلحة غير المشروعة يمذج بين العنصر الذاتي، وكذلك العنصر المادي إذ فيه يجب أن تعرف وجه المصلحة، كما يجب تقدير مشروعية تلك المصلحة[١].

ولقد حاول بعض الفقه تحديد مفهوم مشروعية المصلحة في استعمال الحق بالغاية منه، حيث يرى هذا الرأي أن اعتبار استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، كحالة من حالات التعسف في استعمال الحق، يعد أخذًا من المشرع بمعيار الغاية الاجتماعية لهذا الحق[٢].

وعلى ذلك فطبقًا لهذا الرأي فإن الحق له دائمًا وظيفة اجتماعية، أو غاية اجتماعية يستهدفها، ويكون متعسفًا من يستعمل حقه بقصد تحقيق غايات غير مشروعة، أو غير اجتماعية، أيًا كانت المصلحة التي يسعي إليها من وراء استعماله لهذا الحق[٣].

---

(١) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٥.

(٢) عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة، ١٩٤٦، ص ٧٠، بند ٧١.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٤.

٢- قصد الإضرار بالغير:

في المجال الإجرائي إذا قصد من الإجراء، أو قصد من الدعوى، أو من الدفاع مجرد الكيد للخصم الآخر جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك القصد الغير مشروع (ف١٨٨/١ مرافعات) كما يجوز للمحكمة أن تحكم عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع بغرامة معينة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبًا أو دفعًا بسوء نية (١٨٨٣/٢ مرافعات) أو أي عمل يعلم ألا حق في اتخاذ الاجراء فيه، أو بقصد الإضرار بالغير[١].

وعلى ذلك فنية الإضرار بالغير هي الأساس الذي يقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أن المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والقضاء يأبى أن ينتصر الشر على العدالة، أو أن تتخذ النصوص القانونية وسيلة للإضرار بالغير، وبالتالي فهي اتجاه ارادة الفاعل إلى قصد إحداث الضرر بالغير سواء كانت نية الضرر هي الباعث الوحيد أو كانت هناك بواعث أخرى مشروعة بجانبها، طالما كانت نية الضرر هي الباعث الأساسي[٢].

ولكي يتحقق القاضي من نية إلحاق الضرر بالغير، يقوم بتقصي دخائل النفوس، كما أن هذه النية يمكن أن تؤخذ من انعدام المصلحة في استعمال الحق، فيستدل منه على أن الضرر هي الدافع على الإجراء[٣].

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن أن "حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيديًا ابتغاء مضارة الغير، وإلا حقت المسألة بالتعويض، وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه، أو لم تقترن به تلك النية – طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه"[٤].

---

(١) على الشيخ: التسويف في الإجراءات، مرجع سابق، ص ٨٣.، محمد السعيد رشدي: التعسف في استعمال الحق، ص ٩٣.

(٢) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٥، ٣٦.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي ص٣٦، إبراهيم أمين النيفاوي، رسالة عين شمس، ١٩٨٧، مسئولية الخصم عن الإجراءات، ص ٣٣٠ وما بعدها.

(٤) نقض مدني ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ق مجموعة أحكام النقض – السنة ١٠ رقم ٨٧ ص ٨٧٤.

٣- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحقه بالغير:

يعد هذا المعيار وفقًا لجانب كبير من الفقه على درجة عالية من الوضوح وإليه تستند أحكام المحاكم كثيرًا سواء في مجال استعمال حق الملكية أو حق التعاقد أو حق التقاضي وغير ذلك من الحقوق[١].

ومن هذا المنطلق لم تقف أحكام القضاء عند الضابط التقليدي لمبدأ التعسف في استعمال الحق، المتمثل في استعمال الحق بنية الإضرار بالغير، وإنما أخذت كذلك بفكرة انعدام المصلحة في استعمال الحق كضابط مستقل للتعسف، ففي بعض الأحكام، قرر القضاء وجود التعسف بناء على غياب مصلحة من استعمل حقه[٢].

ومن ذلك حكم محكمة مصر الكلية الأهلية، والتي اعتبرت المحكمة استعمال الحق بغير مصلحة عبارة عن اساءة تستوجب رفع الضرر[٣].

وعلى ذلك إذا كانت المصلحة المراد تحقيقها تافهة مع الضرر الذي يلحق الغير من جراء استعمال هذا الحق تحقق التعسف، ولو كانت تلك المصلحة مشروعة، فقد يحدث أن يتم الحجز على عدة أموال المدين، رغم أن قيمة الدين تافهة لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوزة مما يشكل تعسفًا من جانب الدائن الحاجز[٤].

وأهم ما يميز تلك الحالة من حالات التعسف عن قصد الإضرار بالغير، هو أن معيارها موضوعي، العبرة فيه بعدم التناسب بين المصلحة والضرر، أما معيار قصد الإضرار بالغير فهو معيار شخصي يتوقف على نية صاحب الحق[٥].

٤- الضرر الفاحش:

استحدث المشرع الكويتي المدني حالة أخرى للتعسف في استعمال الحق، لم يأت بها المشرع المصري، وهي أن يكون استعمال الحق غير مشروع إذا كان من شأنه أن يلحق ضررًا فاحشًا بالغير، ومعيار هذه الحالة ماديًا وليس شخصيًا[٦].

---

(١) على الشيخ: مرجع سابق، ص ٨٦، التسويف في الإجرائي، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٧، ٣٨، محمد السعيد رشدي: التعسف في استعمال الحق، ط ١٩٩٢، ص ١٩٤.

(٢) د. سليمان الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، ص ١٦٧، د. على الشيخ: مرجع سابق، ص ٨٧.

(٣) محكمة مصر الكلية الأهلية ٣١ مايو ١٩٣٧، مجلة المحاماة، السنة ١٨- العدد الأول – رقم ٣١، ص ٧٤.

(٤) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٥) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٦) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٨.

ومع ذلك فقد اقترح جانب من الفقه الإجرائي المصري معيارًا آخر للتعسف، وهو أنه إذا كان التصرف أو الإجراء مألوفًا فلا اساءة ولا مسئولية، وإذا كان غير مألوف فيعتبر في هذه الحالة منطويًا على إساءة تستوجب المسائلة، وهذا المعيار موضوعي لأن المناط فيه هو القياس على الرجل المعتاد[١].

التمييز بين الاستغلال والتعسف:

أولاً: أوجه التشابه بين التعسف في استعمال الحق الإجرائي والاستغلال في قانون المرافعات:

من خلال معرفة مفهوم التعسف ومعياره يمكن القول أن الغاية من التعسف في استعمال الحق الإجرائي والغاية من الاستغلال في قانون المرافعات غير مشروعة، فالغاية من التعسف في استعمال الحق الإجرائي يمكن أن تكون تحقيق مصلحة غير مشروعة أو قصد الإضرار بالغير، أو الحصول على مصلحة لا تتناسب مع الإضرار التي تلحق بالغير[٢].

كما أن الغاية من الاستغلال في قانون المرافعات أيضًا غير مشروعة؛ فالدائن يستغل حاجة المدين وقت التعاقد لإجباره على التنازل عن ضمانات إجرائية معينة، كفلها له القانون الإجرائي، وهو يهدف من وراء ذلك تحقيق مصلحة خاصة له، على حساب هذا الشخص الضعيف، وإذا كانت الغاية غير مشروعة في كلا النظامين، إلا أنها تختلف في التعسف عن الاستغلال، فالغاية في التعسف في استعمال الحق الإجرائي أوسع نطاقًا من الغاية في الاستغلال[٣].

ويمكن القول أن الاستغلال قد يأتي في مرحلة لاحقة على التعسف، أي أن الاستغلال قد يكون نتيجة للتعسف في استعمال الحق، فقد يضع الطرف القوي شرطًا في عقد إذعان وهذا الشرط يحرم المدين أو الطرف الضعيف من حقوقه الإجرائية، كما لو كان شرط تحكيم في عقد التأمين مثلاً، فمثل هذا الشرط يعد شرطًا تعسفيًا وفي نفس الوقت الطرف القوي استغل حاجة الطرف الضعيف للتعاقد لفرض عليه شروط، ما كان ليقبلها لولا حالة ضعفه، إذن فالاستغلال قد يأتي نتيجة التعسف في استعمال الحق الإجرائي[٤].

---

(١) عبد الباسط جمعي: الإساءة في المجال الإجرائي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٦٧ وما بعدها.

(٣) توفيق فرج: الاستغلال، مرجع سابق، ص ١٥٧، عل الشيخ: التسويف في الاجراءات، مرجع سابق، ص ٨٨، أحمد إبراهيم عبد التواب، التعسف في استعمال الحق الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٦٢، الإساءة في المجال الإجرائي، عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص٤٣، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٤) د. أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ الجبري مرجع سابٌ، ص٤٣.

كما أن الاستغلال في قانون المرافعات يمكن اعتباره صورة من صور الاساءة أو التعسف في المجال الإجرائي، فلو طبقنا القياس لتبين لنا أن الاستغلال في قانون المرافعات يعد أحد صور التعسف مثل عدم مشروعية المصلحة أو قصد الإضرار بالغير، ففي الاستغلال يتوافر لدى الطرف الغابن نية الإضرار بالغير، من خلال حرمانه من الضمانات الإجرائية مستغلاً حاجته للتعاقد وكذلك نجد أن المصلحة قد تكون غير مشروعة لمخالفتها للقانون مثلما نصت عليه القانون من بطلان شرط الطريق الممهد[١].

وإذا كانت هناك أوجه تشابه بين الاستغلال في قانون المرافعات والتعسف في استعمال الحق الإجرائي، فإن هناك أوجه اختلاف بين النظامين، حيث يتميز الاستغلال في قانون المرافعات عن التعسف في المجال الإجرائي ويستقل عنه.

ففي الاستغلال في قانون المرافعات، يجب أن يكون هناك اتفاق اجرائي[٢]، بين الطرفين على موضوع معين أو على إجراء معين، بينما في التعسف فلا يشترط ولا يلزم وجود مثل هذا الاتفاق، فمن يتعسف في استعمال حقه الاجرائي في التقاضي أو التنفيذ، يستند على نص القانون الذي يخول له اتخاذ هذا الإجراء، أو رفع الدعوى، أو التنفيذ على أموال كثيرة لا تتناسب مع دين ضئيل، أما في الاستغلال، فإن الطرف الغابن يستند على الاتفاق وليس على القانون[٣].

كما أنه في الاستغلال الإجرائي يشترط لإعمال نظرية الاستغلال في قانون المرافعات أن تتوافر حالة ضعف لدى المتعاقد المغبون وهي المتمثلة في حاجته الملحة إلى التعاقد أو ضعف مركزه المالي فيقبل شروط الدائن والتي تحرمه من ضمانات قررها له قانون المرافعات، إلا أنه في نظرية التعسف أو الإساءة في المجال الإجرائي لا يشترط أن تتوافر حالة ضعف لدى الشخص المضرور، ولكن المسئولية تترتب إذا توافرت حالة من حالات التعسف المنصوص عليها في المادة ٥ من القانون المدني المصري[٤].

كما أنه في مجال الاستغلال في قانون المرافعات، فإن الطرف القوي أو الدائن، ينتهز حالة الضعف لدى المتعاقد المغبون فيفرض على هذا الأخير التنازل عن الضمانات التي قدرها له قانون المرافعات تحت وطأة حاجته للتعاقد، وعلى ذلك فالانتهاز أو الاستغلال يقع على الشخص الضعيف، أما في التعسف في استعمال الحق الإجرائي فإن الانتهاز أو الاستغلال يقع

---

(١) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) وجدي راغب، ص ٣٠ هامش.

(٣) جمال هيكل: الاتفاق الإجرائي، مرجع سابق، ص ٨٠. سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٣ وما بعدها.

(٤) توفيق حسن فرج: مرجع سابق، ص ٢٨٣.

على القانون، حيث أن الطرف المستعمل لحقه ينتهز القانون لكي يحقق مآرب غير مشروعة أو لكي يلحق ضررًا بالغير[١].

كما أنه في مجال الاستغلال في قانون المرافعات، فإن الفرض أن يتنازل الطرف الضعيف عن قاعدة إجرائية مقررة لمصلحته تحت وطأة حاجته إلى التعاقد[٢]، بينما في التعسف في استعمال الحق الإجرائي، فالفرض أن صاحب الحق لا يجبر الغير على التنازل علن قاعدة إجرائية، وإنما يستعمل صاحب الحق حقوقه الإجرائية المخولة له حكم القانون لكي يحقق مصلحة غير مشروعة أو يلحق ضررًا بالغير[٣].

كما أنه في مجال الاستغلال في قانون المرافعات، الفرض أن يتم التهرب من قاعدة إجرائية مقررة لمصلحة الطرف الضعيف، ويترتب على إعمال نظرية الاستغلال إبطال هذا الشرط الذي يستبعد القاعدة الإجرائية المقررة لحماية الطرف المغبون[٤]؛ أما في مجال نظرية التعسف في المجال الإجرائي، فالفرض أن صاحب الحق لا يتهرب من قاعدة إجرائية، ولكنه يستعملها استعمالاً غير مشروع، لكي يلحق ضررًا بالغير، إذن فالاستغلال يقع نتيجة عدم تطبيق القانون الإجرائي واستبعاده، بينما التعسف يقع نتيجة التطبيق الغير مشروع للقاعدة الإجرائية لكسب منفعة غير مشروعة أو لكي يلحق ضررًا بالغير[٥].

---

(١) توفيق حسن فرج: الاستغلال، مرجع سابق، ص ٣١٢، سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٣) سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي، ص ٣٤ وما بعدها.

(٤) أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٨١٥، ٨١٦.

(٥) على الشيخ: التسويف في الاجراءات، مرجع سابق، ص ٨١، محمد السعيد رشدي: التعسف في استعمال الحق، ص ١٣١، أحمد إبراهيم عبد التواب: التعسف الإجرائي، ص ٦٠٢ وما بعدها.

قائمة باهم المراجع القانونية

اولا : المراجع القانونية العام

١. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص- الجزء الاول –طبعة ١٩٧٤ منشأة المعارف- الجزء الثاني- ط ١٩٨٠ – منشأة المعارف

٢. احمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية – الطبعة ١٥- ١٩٩٠-منشأة المعارف- التنفيذ الجبيري – طبعة ٢٠١٥ – منشأة المعارف

٣. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات –ط٢٠١٩- دار النهضة العربية

٤. احمد قمحة وعبد الفتاح السيد: التنفيذ علما وعملا – ط ١٩٢٤ – مطبعة النهضة

٥. أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات- ط ٢٠٠١-دار النهضة العربية- أصول التنفيذ- ج١- ط٥-٢٠٠٠

٦. أحمد مسلم: أصول المرافعات ط- ١٩٧٨- دار الفكر العربي

٧. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق علي المرافعات والتنفيذ- ط ٢٠٠١-دار النهضة العربية

٨. أحمد هندي: أصول المحاكمات المدنية والتجارية –ط ١٩٨٩-دار الجامعة

٩. انور العمروسي، الحقوق العينية و التامينات العينية في القانون المدني،منشورات الحلبي، الاسكندرية

١٠.جلال محمد ابراهيم –عبد العزيز المرسي حمود، التأمينات العينيه، بدون مكان و سنة طبع

١١.حسام الدين الاهواني، الوجيز في التامينات العينية بدون مكان وسنة طبع

١٢. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ط٩-١٩٧٠-دار النهضة العربية

١٣. سميحة القليوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري- ج١-ج٢- ط٢٠٢٢- دار النهضة العربية

١٤. طلعت دويدار: النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري – ط ٢٠٠٨- منشورات الحلبي الحقوقية

١٥. عبد الباسط جميعي مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد-ط١٩٨٠-- دار الفكر العربي

١٦. عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ – الطبعة الثانية ١٩٢٤- مطبعة الاعتماد

١٧. عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية -ج١- ط ١٩٦٦

١٨. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني – ط٢٠٠٨- دار النهضة العربية – التنفيذ الجبري – ط ١٩٨٨- دار النهضة العربية

١٩. محمد عبد الخالق عمر: قانون المرافعات – ج١- ط ١٩٧٨

٢٠. محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ط٣-١٩٩٥

٢١. نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية والتجارية ط ١٩٨٦- منشأة المعارف- قانون أصول المحاكمات المدنية – ط ٢٠٠٨- منشورات الحلبي الحقوقية

٢٢. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني -ط٢٠٠١- دار النهضة العربية -التنفيذ القضائي – ط ١٩٩٥

ثانيا: المراجع الخاصة: الأبحاث والرسائل العلمية والمقالات

٢٣.منصور حاتم محسن الاتفاقيات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ علي المال المرهون مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، العدد الاول،٢٠١٣،

٢٤.احمد ابراهيم عبد التواب: الدفوع المتعلقة بإتفاق التحكيم – ط ١٩٨٠–دار النهضة العربية– التعسف في استعمال الحق الإجرائي– ط٢٠٠٦– دار النهضة العربية

٢٥.أحمد ابو الوفا: نظرية الأحكام –ط ١٩٨٩–منشأة المعارف– نظرية الدفوع –ط ١٩٨٠– منشأة المعارف – التحكيم في القوانين العربية – ط ٢٠١٥–منشأة المعارف– التحكيم بالقضاء والصلح – ط ٢٠١٥ – منشأة المعارف

٢٦.أحمد عبد الوهاب أبو وردة: حق الانسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الاختلال– ط ٢٠٠٦– دار النهضة العربية

٢٧.الأنصاري حسن النيداني: النظام القانوني للحقوق الدستورية للخصم– ط٢٠٠٩– دار الجامعة الجديدة

٢٨.حامد أبو طالب: عدم جواز التنفيذ علي الملكيات الزراعية الصغيرة– ط ١٩٨٦– دار الكتاب الجامعي

٢٩.حسام العطار: الحقوق الإجرائية للإنسان في قانون المرافعات –ط٢٠١٥– دار النهضة العربية

٣٠.حسن عبد الباسط جميعي: الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك– ط١٩٩٦– دار النهضة العربية

٣١.فتحي والي: التحكيم في المنازعات الوطنية– ط٢٠١٤–دار النهضة العربية

٣٢.فتحي والي واحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان – ط ١٩٩٧–دار النهضة العربية

٣٣.محمد سعيد عبد الرحمن: تيسير اجراءات التقاضي – ط٢٠١٣ دار النهضة العربية–
تقادم الأحكام القضائية – ط ٢٠١٦–دار النهضة العربية
٣٤.وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي – ط٢٠١٨ – منشأة المعارف
٣٥.جمال هيكل: الاتفاق الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية –ط ٢٠١٤ –دار
الجامعة الجديدة
٣٦.محمد كمال بسيوني – النظام العام في قانون المرافعات – رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق
المنوفية –٢٠١٩
٣٧.سحر عبد الستار إمام : ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية
المصرية– ط ٢٠١٢–دار النهضة العربية
٣٨.سيد أحمد محمود: الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ– ط٢٠١٧– دار الفكر
والقانون
٣٩.ابراهيم أمين النفياوي: الإخلال بالواجب الإجرائي – ط٢٠١١– دار النهضة العربية–
التعسف في التقاضي– الطبعة الاولي– دار النهضة العربية–مسئولية الخصم عن
الإجراءات – رسالة حقوق عين شمس ١٩٨٧
٤٠.علي عبد الحميد تركي: الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف في مجال
الدعاوي المدنية والتجارية والاحوال الشخصية –ط٢٠٠٩–دار النهضة العربية
٤١.عبد الباسط جميعي: الإساءة في المجال الإجرائي –مجلة القانون والاقتصاد للبحوث
القانونية والاقتصادية – عدد خاص – العيد المئوي لكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٣
٤٢.علي الشيخ: الإجراءات التسويفية – مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – العدد ٥٦–
اكتوبر ٢٠١٤

٤٣.محمود علي عبد السلام وافي: التوازن الإجرائي في التنفيذ القضائي – مجلة حقوق عين شمس– العدد الثاني – الجزء الأول – السنة التاسعة والخمسون – ٢٠١٧

٤٤.محمد سعد الشرقاوي: حسن النية في قانون المرافعات– رسالة حقوق المنوفية ٢٠١٦

٤٥.محمد السعيد رشدي– التعسف في استعمال الحق – دار النهضة العربية –دون سنة نشر