كلية الحقوق

آثار الدور الخلاق لمحكمة النقض

في قانون المرافعات المدنية والتجارية

الباحث

محمود خالد السيد سعيد

باحث دكتوراه

مدرس مساعد بقسم قانون المرافعات

كلية الحقوق – جامعة المنوفية

Kmahmoud598@gmail.com

تمهيد وتقسيم:

إنه من المسلم به – في مجال القضاء الاداري – الدور الانشائي للقاضي الاداري، فقد ورد بالمذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة أنه" في الاغلب إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية" [1]، ورغم انكار الكثيرين لهذا الدور في نطاق القانون الخاص إلا أنه ثابت في تاريخ القضاء المصري – وخاصة محكمة النقض المصرية – ومن ذلك يقول المرحوم الدكتور السنهوري" إن التقنين المدني الجديد قنن أحكام القضاء المصري في بعض النظريات العامة، وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك، فمن النظريات العامة التي قننها التعسف في استعمال الحق وتكوين العقد والاستغلال والحوادث الطارئة والالتزام الطبيعي"[2]، وراح يعدد نظريات وقواعد أنشأها القضاء انشاءً بلا نص فجاء التقنين المدني الجديد وقننها، وهو مذهب للقضاء مازال سارياً حتى الآن، فالاجتهاد متصل مع الواقع المتغير وكثرة الوقائع ومحدودية النصوص والتزام القاضي بالفصل في النزاع .

ولذلك يرى بعض الفقهاء في العبارة التقليدية الشائعة" بأن محكمة النقض قد أرست مبدأً قانونياً جديداً" أنها أبدعت شيئاً لم يكن موجوداً في النصوص[3] ، ومن هنا كان الشارع السويسري أكثر واقعية حين نص في المادة الاولى من القانون المدني على أنه" إن لم يوجد نص ممكن التطبيق، يحكم القاضي وفق قواعد العرف، وإن لم يجد، يحكم وفق القواعد التي يضعها لو أقام نفسه مقام الشارع"[4]، فالدور الانشائي للقضاء المتمثل في ابتداع الحلول القانونية للوقائع المطروحة في حالة خلو المصادر الثابتة للقانون منها، أمر يؤدي لا محالة للتسليم للقضاء بدور تشريعي، ولذلك انتهى أحد كبار فقهاء القانون المدني المصري الى ايراد أحكام القضاء ضمن مصادر القانون مقرراً بأن الاصل هو أن القاضي يطبق القانون ولا يخلقه، ولكن ذلك مشروط بأن يكون التشريع كاملاً لا يشوبه أي نقص. [5]

وبناء على ماسبق، تنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين، نبحث في الاول مشكلة النقص في التشريع ونبحث في الثاني دور محكمة النقض في معالجته في قانون المرافعات .

([1]) بحث للدكتور ابراهيم شحاته بعنوان اجتهاد القاضي – بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – الصادرة من كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة الرابعة – ١٩٦٢ – العدد الثاني – ص ٤١٥ وما بعدها .

([2]) عبد الرازق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الاول – المجلد الاول – الطبعة الثالثة ١٩٨١ – دار النهضة العربية – ص ٥٠ وما بعدها .

([3]) ابراهيم شحاته – اجتهاد القاضي – مرجع السابق – ص ٤١٩

([4]) سمير تناغو – النظرية العامة للقانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – طبعة ١٩٨٦ – ص ٤٨٣ وما بعدها

([5]) سمير تناغو – مصادر الالتزام – منشأة المعارف – الاسكندرية – طبعة ٢٠٠٠ – ص ٣٥٥ .

المبحث الأول

مشكلة النقص في التشريع

إن ظاهرة القصور التشريعي هي ظاهرة حتمية في ظل الظروف الطبيعية للمجتمع، لأن وقائع الحياة بما تتضمنه من حركة وتطور وحيوية ونزوع دائم نحو التطور ليست أمرًا جامدًا، أو ثابتًا على حال يمكن أن يحتويها نص قانوني، فضلًا عن أن تطلعات الانسان المتجددة والتقدم العلمي الهائل والمستمر بما يثيره من مسائل ونزاعات قانونية وحقوق، لا يمكن أن يقفا عند حد معين، ولا يمكن للمشرع مهما كان حصيفًا وحريصًا أن يتنبأ بها إلا على سبيل الإفتراض، والإفتراض قاصر ومحدود ونسبي، وقد ابتكرت محكمة النقض عبر التاريخ حلولًا متنوعة لمعالجة القصور التشريعي، منها اللجوء الى الحيلة القانونية، أو اللجوء الى قواعد القانون الطبيعي، أو قواعد العدالة، وخصوصاً في مجال قانون المرافعات المدنية والتجارية .

مشكلة النقص في التشريع" La Lacunedans la loiecrite"

وظيفة القاضي الأصلية هي الحكم بالعدل بين شخصين متنازعين طبقا للقانون، فالقاضي الفرد وكذلك القضاء في مجموعه يقوم أساسًا بتطبيق القانون لا بخلق القانون، ولم يكن من المتصور اثارة مسألة خلق القضاء للقانون لو أن التشريع كان كاملا لا يشوبه أي نقص، فلو افترضنا كمال التشريع، بمعنى أن التشريع يحتوي على حل لكل نزاع يُعرض أمام القضاء، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء، بل لاقتصر القضاء على مباشرة وظيفته الأصلية وهي تطبيق القواعد العامة للقانون على المنازعات الخاصة التي تعرض أمامه، وهي قواعد تكفي لكمالها لمواجهة جميع المنازعات المتصورة وغير المتناهية[١] ، ومع ذلك فقد أدرك الفكر القانوني من قديم أن التشريع لا يمكن ان يكون كاملا، بل لابد أن يشوبه النقص حتما، كنتجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الانسان . فكل عمل انسانى مشوب بالقصور حتما، وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان.[٢]

وقد حلل الفقه هذه الظاهرة– " النقص في التشريع" –، وانقسموا الى فريقين، لكل منهما نسق معين في تحليل هذه الظاهرة، الاول أنكر هذه الظاهرة واستندوا الى نظرية كمال التشريع، أما الفريق الثاني، فقد أكد وجود هذه الظاهرة، واستندوا الى نظرية النقص في التشريع، وسنعرض لكل الاتجاهين على النحو التالي:

---

(١) سمير تناغو – النظرية العامة للقانون – مرجع سابق – ص ٤٨٥

(٢) ابراهيم شحاته – اجتهاد القاضي – مرجع سابق – ص ٤١٩

اولا نظرية كمال التشريع:

هذه النظرية ظهرت مؤخرة بظهور حركة التشريعات التي اتجهت إليها الدول الكبرى، وحاصل هذه النظرية عند أنصار هذا المذهب أن التشريع يشمل جميع الحلول اللازمة لكل الوقائع، وأنه من غير المتصور أن يكون التشريع ناقصاً، وكان منتسيكو يقول" إن جميع الصعوبات تجد حلها في القانون المكتوب، وأنه لا محل لأي رأي خاص للقاضي [١]

ويعبر كلسن، عن نفس الفكرة بطريقة أخرى فيقول" إن الموافقة على وجود نقص في التشريع تعني السماح للقضاة بأن يحلو أفكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك التي يعتنقها المشرع" [٢] ومؤدى منطق أصحاب هذه النظرية أن القاضي يتحول إلى موظف التطبيق القانون، لا لاستنباط أحكامه، ولركاكة هذا المنطق وضعف هذه النظرية حاول أصحابها أن يلبسوها ثوبا جذابا من المنطق، ووضعوا لدعمها نظريتين، إحداهما قريبة من الأخرى في المضمون، وهما: نظرية الحيز القانوني الخالي، ونظرية القاعدة العامة المانعة وسنعرض لهم على النحو التالي:

نظرية الحيز القانوني الخالي:

من الممكن طبقا لهذه النظرية أن يقسم مجال نشاط الأفراد إلى قسمين، قسم خاص خاضع للقواعد القانونية، ويسمى بالقسم المليء، وقسم آخر يكون نشاط الأفراد فيه حرة، وهذا التقسيم يستغرق مسلك كل فرد. فهو إما أن ينتمي إلى القسم المليء فيكون ذا أهمية قانونية، ومن ثم يخضع للقواعد القانونية، أو أنه ينتمي إلى القسم الخالي فلا تكون له أهمية قانونية،

([١])منتسيكو- روح القوانين – الفصل الثالث – الكتاب الرابع، عبد الحي حجازي- المدخل للعلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٧٢ – ص ٥٣٩ .

([2])The idea of a Pure Theory of Law was propounded by the formidable Austrian jurist and philosopher Hans Kelsen (1881–1973) (see the bibliographical note). Kelsen began his long career as a legal theorist at the beginning of the 20th century. The traditional legal philosophies at the time, were, Kelsen claimed, hopelessly contaminated with political ideology and moralizing on the one hand, or with attempts to reduce the law to natural or social sciences, on the other hand. He found both of these reductionist endeavors seriously flawed. Instead, Kelsen suggested a 'pure' theory of law which would avoid reductionism of any kind. The jurisprudence Kelsen propounded "characterizes itself as a 'pure' theory of law because it aims at cognition focused on the law alone" and this purity serves as its "basic methodological principle .

H. KelsenTheorie pure. p. 332

وبالتالي فإنه في الحالة الأولى على الفرد أن يعمل ما تطلبه منه القاعدة القانونية، إيجابا كان ذلك العمل أم سلبا،أما في الحالة الثانية فإنه يعمل ما يريد أن يعمله [١] ، وبمعنى آخر فإن مفاد هذه النظرية، أنه إذا لم يوجد نص في التشريع يأمر بالقيام بعمل معين أو ينهي عن القيام بعمل معين، فإن المخاطبين بأحكام القانون يقفون في منطقة الإباحية القانونية فالنقص في التشريع، هو في حقيقته حكم بالإباحة ووجود مثل هذا الحكم يعني عدم وجود نقص في التشريع[٢] .

نظرية القاعدة العامة المانعة:

يرى القائلون بهذه النظرية، أنه لابد وبالضرورة أن يوجد في كل نظام قانوني وضعي قاعدة عامة – إلى جوار القواعد الخاصة، يستقي منها الحل الذي يجب إعطاؤه للحالات التي لا تشملها نصوص التشريع. فمن مقتضى القانون المكتوب أن الحالة التي تنشئها العلاقات الاجتماعية، إما أن تكون قد ورد بشأنها نص تشريعي فيطبق عليها ذلك النص، وإما ألا يكون قد ورد بشأنها أي نص وعندئذ يطبق عليها" القاعدة العامة في الحرية" على اعتبار أن هذه الحالة ليست محل أي تكليف من المشرع، وبالتالي فإن القانون المكتوب يوجد فيه، بطريق مباشر أو غير مباشر، حلاً لجميع الحالات التي يمكن أن تعرض ويترتب على هذا المنطق أنه لا يمكن أن يوجد نقص في التشريع [٣] " ويلاحظ على اتجاه أنصار هذه النظرية أنهم قد أفرطوا في المبالغة فيما ذهبوا إليه ولعل الذي دفعهم إلى تبني مثل هذه الآراء التي فيها نوع من التجاوز، هو حرصهم على المحافظة على نظام الفصل بين السلطات والذي يقتضي بأن إنشاء القانون وتطبيقه هما نوعان من النشاط، يختلف أحدهما عن الآخر فإنشاء القانون من اختصاص السلطة التشريعية وحدها، أما القضاء فيقتصر اختصاصه على التطبيق فحسب، وأنه بانتهاجهم نظرية كمال التشريع سوف يسدون أي ثغرة يمكن أن ينفذ منها القاضي ليقوم بإنشاء القانون عندما تعرض عليه حالة لا يوجد بشأنها نص في التشريع فواجب القاضي يقتصر على تطبيق القانون لا سواه[٤] .

وملخص هذه النظرية أن القانون المكتوب يوجد فيه حل لجميع الحالات التي يمكن أن تعرض، حيث أنه من الممكن دائما من الناحية المنطقية تطبيق النظام القانوني وقت الحكم القضائي، أي إما أن يقبل القاضي الدعوى استنادا إلى نص قانوني وإما أن لا يقبلها لعدم وجود نص وفي كلتا الحالتين يوجد حل.

---

(١) عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – مرجع سابق – ص ٥٤١ .

(٢) سمير تناغو – النظرية العامة للقانون – مرجع سابق – ص ٤٨٤ .

(٣) عبد الحي حجازي – المخل لدراسة العلوم القانونية – مرجع سابق – ٥٤٢ .

(٤) سليمان مرقص – الوافي في شرح القانون المدني – الجزء الاول – المدخل للعلوم القانونية – الطبعة السادسة – ١٩٨٧ – ص ٤٧٨ وما بعدها .

ورغم ذلك فقد أدرك الفكر القانوني أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملا، بل لابد من أن يشوبه النقص حتما، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، لأن التشريع عمل من أعمال الإنسان وكل عمل إنساني مشوب بالقصور، وقد أدرك هذه الحقيقة كثير من الفقهاء في العصر الحديث ونادوا بإنكار كمال التشريع وبنوا على أساس ذلك نظريتهم الآتية:

١-نظرية النقص في التشريع

وجاءت هذه النظرية للرد على نظرية كمال التشريع، فقد لاقت هذه الاخيرة اعتراضا شديدا من اللاوضعيين ومن الواقعيين القانونيين في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وذهبوا الى القول الى أن ما من تشريع يخلو من نقص، وإن اليقين في القانون ما هو إلا خرافة، ويقول الفقيه الفرنسي روبيه" فلو كان القاضي مقصورا على القواعد التشريعية لغلب عليه الارتباك في هذه الايام، ذلك أن تنظيم اقتصادنا يتجه نحو الحرية، ويقوم على اعمال المبادرة الفردية التي كثيرا ما تكون متقدمة على التشريع، لذلك لا تكون محكومة بنص ذلك التشريع" [١] والحقيقة التي لابد من التسليم بها وقبولها هي أن النقص في التشريعات والنظم القانونية الوضعية هو أمر لا مناص منه، بل إن النقص في التشريع يمكن أن يكون حتى مع وجود النصوص، لكون المشرع يعمد أحيانا الى صياغة النصوص القانونية بشكل يعتريه الغموض ويحيط به الابهام لأسباب سياسية أو لضرورة الصياغة الفنية أو الاعتماد على قاعدة معيارية مرنة غير محددة المعالم وواضحة الحدود كالنظام العام والآداب العامة [٢] .

وقد قال (بورتاليس) وهو أحد واضعي التقنين الفرنسي في خطبة له ألقاها بصدد القانون المدني الفرنسي ما يؤيد أن واضع التقنين لا يجوز أن يفكر في أن يشتمل التقنين على كل شيء، إذ يقول" لم تسول لنا أنفسنا أن نحاول تنظيم كل شيء أو التنبؤ بكل شيء، ففي اختلاف حاجات الناس، واتصال أوجه نشاطهم بعضها ببعض، وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم ما يدل على أن يستحيل على المشرع أن يتنبأ بكل شيء، بل أن الأمور التي تكون قد استرعت انتباه المشرع بوجه خاص إنما تنطوي هي ذاتها على تفصيلات عديدة لا يستطيع المشرع أن يحصرها، أو تكون غير مسلمة، أو متطورة بحيث لا يجوز وضعها في نصوص التشريع، ثم كيف نعطل فعل الزمن أو نعارض سير الحوادث أو نقف في طريق التطور الأدبي ؟؟ كيف نستطيع أن نقدر سلفا ما تستطيع التجربة وحدها أن تطلعنا عليه؟ وهل يمكن التنبؤ بأشياء لا يستطيع الفكر وحده أن يصل إليها؟ إن أي تقنين، مهما بدا كاملا، ما يكاد يفرغ منه واضعوه حتى تثور بصدده الاف المسائل أمام المفسر، والقوانين متى وضعت تبقى على ما وضعت

---

(١) سمير تناغو – مصادر الالتزام – مرجع سابق – ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقص – الوافي في شرح القانون المدني – مرجع سابق – ٤٨٨ وما بعدها

عليه، أما الأفراد فلا يبقون على حالهم، أنهم يعملون دائما، وهذه الحركة الدائبة، وما يترتب عليها من آثار تتغير بتغير الظروف، إنما تأتي كل يوم بجديد، وعلى المفسر تقع مهمة سد ما تتركه من فراغ[١]

ومن أمثلة ذلك أنه في فرنسا لا يوجد نص تشريعي كنص المادة ٨٠٧ مدني مصري، وتقرير مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة كان من عمل القضاء الفرنسي، وقد اقتضت ذلك منه التطورات الاقتصادية التي حدثت بعد صدور التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤، ففي اختلاف حاجات الناس، وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم ما يدل على أنه يستحيل على المشرع أن يتنبأ بكل شيء، وعلى المفسر (القاضي) تقع مهمة سد ما يترك من فراغ [٢] .

وقديما تعرض لفكرة الكمال أرسطو في كتابي السياسة والأخلاق فهو يقول في كتاب السياسة" عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشاده القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي، وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت"، ويقول في كتاب الأخلاق" إن كل قانون عام، وأنه بالنسية للحالات الخاصة لا يكون التعبير العام محددة بدرجة كافية والقانون لا يواجه إلا الحالات العادية دون أن ينكر مع ذلك ما يشوبه من نقص. ولا يعتبر هذا عيبا في القانون، ولا يوجد في ذلك أي خطأ أو تقصير من جانب المشرع وإنما هو أمر طبيعي، فعندما يصدر القانون في عبارات عامة ثم يحدث مستقبلا شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة، فإنه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذي تركه المشرع. والمشرع نفسه لو كان حاضرا لوافق على تكملة النقص [٣] .

([1]) Les lois ne sont pas de pursactes de puissance ; cesont des actes de sagesse,

de justice et de raison. Le législateurexercemoinsuneautoritéqu'unsacerdoce. Il ne doit point perdre de vueque les loissontfaites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu'ellesdoiventêtreadaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequelellessontfaites: qu'ilfautêtresobre de nouveautés en matière de législation, parcequesilest possible, dansune institution nouvelle,

- PORTALIS, DISCOURS PRÉLIMINAIRE SUR LE PROJET DE CODE CIVIL ,Extrait de cediscours, présenté le 1er pluviôse an IX

([٢])عبدالرازق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الثامن – حق الملكية – نادي القضاة – ٢٠٠٤ – ص ٦٢٢ .

([٣]) سمير تناغو – النظرية العامة للقانون – مرجع سابق – ص ٤٨٤ .

وبناء على ما تقدم، فالنقص في التشريع أصبح أمرًا مسلمًا به وأنه لا يوجد ما يسمى بالكمال المطلق للتشريع، فمن العسير على المشرع أن يتنبأ بكل ما قد يستجد في المستقبل من وقائع وعلاقات متعددة فالتطورات الاجتماعية والاقتصادية المتلاحقة تؤدي حتما إلى ظهور روابط جديدة تجاوز توقع المشرع عند وضع القواعد القانونية [١] .

ويكاد ينعقد الإجماع اليوم على إمكان ظهور نقض في التشريع، بل أن كثيرا من التشريعات الحديثة إذ تنص على ما يمكن اتباعه من حلول في حالة وجود نقص في التشريع إنما تعترف بإمكان وجود نقص، ونظرية كمال التشريع تخالف العقل في أنها تفترض أن نصوص التشريع قد توقعت كل الظروف وكل المعاملات التي تجري في المجتمع في الحاضر والتي ستجرى فيه في المستقبل، ووضعت لها النظام القانوني الذي يحكمها، ومن المستحيل بطبيعة الحال تصور وجود إنسان يستطيع أن يضع القواعد التي تحكم كل المنازعات غير المتناهية التي تقع أو التي ستقع في أي وقت من الأوقات . [٢]

ونجد صدى لذلك في مجال فلسفة القانون إذ يؤكد على حتمية النقص في التشريع الفقيه روبرت الكسي في مؤلفه فلسفة القانون حيث قال أن" كل قانون وضعي، كما يقول هارت بناء مفتوح، ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة من أهمها غموض لغة القانون، وإمكانية مخالفة النصوص، ونقص القواعد القانونية التي يستند عليها في الحكم، وإمكانية الحكم خلافا لمنطوق قاعدة ما في بعض الحالات الخاصة، ويمكن الحديث هنا عن المجال المفتوح في القانون الوضعي والذي يمكن أن يكون واسعًا بشكل كبير أو قليل ولكنه موجود في كل نظام قانوني، فالحالة التي تقع في المجال المفتوح المذكور أعلاه يشير إليها بأنها حالة مشكوك فيها" [٣] .

ومن هذا يتبين أن القاضي وهو يباشر دوره في خلق الحلول العادلة في المنازعات الخاصة إذا لم يجد حكما في أي مصدر من مصادر القانون، فهو بهذا يخلق قاعدة بديلة تسد نقصا في التشريع كما أنه يقوم أحيانا بتعديل القانون تحت ستار تفسيرها، ويلاحظ أن القضاء لا يخلق القانون عندما يكمل النقص في التشريع فحسب، بل هو يخلقه أيضا وهو يستخدم سلطته التقديرية في تطبيق القواعد المرنة [٤] .

وإذ كان القاضي ملزما بالفصل فيما يرفع إليه من دعاوى ولو لم يوجد نص يحكم الواقعة وإلا كان مرتكبا لجريمة إنكار العدالة طبقا لنص المادة ١٢٢ من قانون العقوبات، فإنه في حالة

([١]) حمدي عبد الرحمن – مبادئ القانون – طبعة ٢٠٠٨ – ص ١٧٦

([٢]) عبدالحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – مرجع سابق – ٥٤٨ .

([٣]) روبرت الكسي – فلسفة القانون – مفهوم القانون وسريانه – تعريب كامل فريد السالك – مشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الثانية – ٢٠١٣ – ص ١١٧ .

([٤]) حسام الاهواني – أصول القانون – طبعة ابناء وهبة حسان – ١٩٨٨ – ص ٢١١

غياب النص يتعين على القاضي البحث عن الحكم مستعينا في ذلك بوسيلتين – أولاهما القياس، أما الوسيلة الثانية التي يلجأ إليها عند غياب النص فهي اللجوء إلى المصادر الرسمية الاحتياطية التي عددها النص وهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[١] ومن واقع استعراضنا للآراء السابقة القائمة على رصد لما شهده تاريخ القانون كيف أن القضاء تحت ستار التفسير يعدل النص القانوني، أو حتى لا يلقي له بالًا، وهو ما يثبت مدى القوة التي يتمتع بها القاضي في إنشاء القواعد القانونية مما يدعم رأينا بأنه مصدر رسمي للقواعد القانونية وليس مجرد مصدر تفسيري أو احتياطي .

وخير مثال على ذلك ما ساقه استاذنا الدكتور حسام الأهواني عندما قرر بأن" الإنشاء أو الخلق يبدأ منذ اللحظة التي يؤكد فيها القضاء قاعدة لم يعلنها المشرع، فإذا نظرنا إلى بعض المبادئ التي وضعها القضاء في مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين لوجدنا أن المشرع لم يدر بخلده مثل هذه القواعد وإنما انطلاقا من تفسير بعض القواعد التشريعية توصل القضاء لتأكيد مبادئ جديدة فعلا، ومثال ذلك حق الزوج غير المسلم في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة على زوجته غير المسلمة إذا كانت تختلف معه في الملة أو الطائفة، فهذه القاعدة لم يقل بها المشرع، والمشرع لم يتقوقعها عندما طبق الشريعة الإسلامية في علاقة الأزواج غير المسلمين متى اختلفوا في الملة أو الطائفة، فالقضاء خلق قاعدة قانونية ليكمل نقص التشريع[٢] " .

وقد عبر أنصار المذهب الوضعي عن هذه النتيجة بأنه لا يمكن في المجال المفتوح للقانون الوضعي أن نحكم بالاستناد إلى القانون الوضعي، فإذا كان بإمكاننا أن نحكم بالاستناد إلى القانون الوضعي، لما كنا في مجال المنطقة المفتوحة، وعلى اعتبار أن القانون الوضعي هو القانون فحسب فعلى القاضي أن يحكم في المجال المفتوح أي في الحالات المشكوك فيها بالاستعانة بمعايير غير قانونية أو خارجة عن نطاق القانون الوضعي على اعتبار أن القاضي مخول وفقا للقانون الوضعي أن يخلق مثله مثل المشرع قواعد قانونية جديدة، في الحالات المتماثلة جوهرية، استنادا إلى معايير خارجة عن القانون الوضعي [٣] .

([١]) محمد كمال عبد العزيز – التقنين المدني – ٢٠٠٣ – ص ١٥٤ .

([٢]) حسام الاهواني – اصول القانون – مرجع سابق – ص ٢٥٣ .

([٣]) روبرت الكسي – فلسفة القانون – مفهوم القانون وسريانه – تعريب كامل فريد السالك – مشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الثانية – ٢٠١٣ – ص١١٨

المبحث الثاني

دور محكمة النقض

في معالجة القصور التشريعي

في قانون المرافعات

القاضي حينما يريد حل النزاع في قضية ثَمَّ إجراءات يسلكها منذ بدء الدعوى وحتى الحكم فيها وفقاً للنظام الإجرائي والذي يتمثل في قانون المرافعات في المواد المدنية والإجرائية بالنسبة للقاضي المدني، وقد تكون بعض المسائل الإجرائية لم يتعرض لها القانون الإجرائي فيجتهد القاضي في رسم بعض الإجراءات أثناء نظر الدعوى وتسييرها فتكون تلك السوابق الإجرائية زادًا يستنير به القضاة في إجراءاتهم القضائية اللاحقة، فيسيرون على ضوئه ويسلكون الطريقة التي سلكتها تلك السابقة في تسيير قضاياهم، ومع استقرار تلك السابقة يضطر المشرع إلى تقنينها وتعديل قانون المرافعات بتقنين تلك السابقة في القانون الإجرائي.

وكان لمحكمة النقض عظيم الفضل على قانوننا الاجرائي، ولذلك نخصص هذا الفرع لبيان أثر محكمة النقض في صيانة حقوق الخصوم، وتطوير نصوص قانون المرافعات، بما يتلائم مع المقتضيات العملية، ويتناغم مع أهداف المجتمع المتعلقة بتحقيق العدل، مع الاشارة الى فضل محكمة النقض في تحديد وابتكار بعض الافكار القانونية[١] .

اولا- دور محكمة النقض في تأكيد حقوق الخصوم:

أصدرت محكمة النقض العديد من الاحكام التي تؤكد وجوب احترام حق الخصم في الدفاع، وتوجب على محكمة الموضوع افساح المجال للخصوم لاستعمال هذا الحق، **فقضت بأنه**" لا يجوز للمحكمة قبول أية أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم – في غير جلسة – دون اطلاع خصمه عليها، أو إعلانه بها" [٢] .

وقضت أيضا بأنه" إذا قبلت المحكمة مثل هذه المذكرة، فإنها يجب ألا تعول عليها، أو تتأثر بها في حكمها، وإلا كان الحكم باطلاً" [٣]

كما قضت بأنه" رغم أن فتح باب المرافعة في الدعوى يدخل في السلطة التقديرية الكاملة لمحكمة الموضوع، وهي لا تلتزم بإجابة طلب الخصم بهذا، ولا بإبداء أسباب لعدم الاستجابة

([١]) فتحي والي – مقال بعنوان " محكمة النقض وقانون المرافعات المدنية والتجارية " – المجلة الفصلية لمحكمة النقض العدد الثالث – ابريل ٢٠٠٧ – عدد خاص بمناسبة العيد الماسي لمحكمة النقض – ص ٤٣ وما بعدها .

([٢]) نقض تجاري – الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٤٩ قضائية– جلسة ١٩٨٢/٢/١٥ .

([٣]) نقض مدني – ١٩٧١/١٠/٢٦ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٢٢ – رقم ١٣٨– ص ٨٤٤ .

لطلبه، بل إنها تستطيع تجاهل طلب فتح باب المرافعة فلا تشير اليه في حكمها . ومع ذلك، فإنه صيانة لحق الدفاع، اذا كان فتح باب المرافعة ضروريا لتمكين أحد الخصوم من استعمال حقه في الدفاع، فإن المحكمة تكون ملزمة بفتحه" [١]

ومحافظة لحق الخصم في الدفاع، جرى قضاء محكمة النقض على أنه " وإن كان اعلان من له موطن معلوم في الخارج يرتب آثاره بتسليم الاعلان الى النيابة العامة، إلا أنه صيانة لحق الخصم فإن ميعاد الطعن لا يبدأ الا من اعلان الحكم لشخص المعلن اليه أو في موطنه، وذلك حرصا على وجوب توافر العلم الشخصي بالاعلان أو على الاقل العلم الظني، مستبعدة العلم الحكمي المستمد من تسليم الصورة للنيابة العامة" [٢]

وامام ما استقر عليه قضاء النقض في هذا الشأن، اضطر المشرع الى التدخل بموجب القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، مضيفا فقرة الى المادة ٩/١٣ مرافعات مقررا صراحة أنه" يعتبر الاعلان منتجا لاثاره من وقت تسليم الصورة للنيابة العامة مالم يكن مما مما يبدأ منه ميعاد في حق المعلن اليه في الخارج، فلا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ تسليم الصورة في موطن المعلن اليه في الخارج، أو توقيعه على ايصال علم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة أو التوقيع على أصلها بالاستلام" [٣]

ـ ومن أهم الامثلة البارز أيضا ما قضت به هيئتي المواد المدنية والجنائية مجتمعتين، في الطعن رقم ٥٩٨٥ لسنة ٦٦ قضائية، بالنسبة للاعلان الذي يبدأ به ميعاد الطعن، إذ قررت أنه:" لما كان الأصل في إعلان أوراق المحضرين القضائية طبقاً لنصوص المواد ١٠، ١١، ١٣ من قانون المرافعات – الواردة في الأحكام العامة للقانون – هو أن تُسلم إلى المعلن إليه نفسه أو في موطنه الأصلي أو المختار وذلك ابتغاء ضمان اتصال علمه بها، سواء بتسليمها إلى شخصه – وهو ما يتحقق به العلم اليقيني – أو بتسليمها في موطنه إلى أحد المقيمين معه من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو التابعين – وفقاً للمادة العاشرة من قانون المرافعات – وهو ما يتحقق به العلم الظني – أو بتسليمها إلى جهة الإدارة التي يقع موطنه في دائرتها إذا لم يوجد من يصح تسليمها إليه على أن يرسل إليه المحضر في موطنه كتاباً مسجلاً يخبره فيه بمن

---

(١) نقض مدني ١٩٧٨/٣/٢٩ – مجلة ادارة قضايا الدولة ١٩٧٨ – عدد ١٢ – ص ٢١٧ – رقم ٢٤

(٢) نقض مدني ١٩٥٧/٦/٢٠ – مجموعة النقض ٨ – ص ٥٩٣، نقض مدني ١٩٦٦/١/١١ – مجموعة النقض ١٧ – ص ٧٧ – بند ١٠، نقض مدني ١٩٧٢/٥/٩ – مجموعة النقض ٢٢ – ص ٨١٩ – بند ١٢٩.

(٣) أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات الندنية والتجارية معدلا بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية – دار النهضة العربية – طلعة ٢٠١١ – ص ٦٠٦ وما بعدها

سلمت إليه بحيث يعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سُلمت إليه قانوناً – حسبما يستفاد من نص المادة الحادية عشرة من قانون المرافعات – أو بتسليمها إلى النيابة العامة إذا لم يكن للمعلن إليه موطن معلوم في الداخل أو الخارج – وفقاً لنص المادة الثالثة عشرة – وهو ما يتحقق به العلم الحكمي – إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل بالنسبة لإعلان الأحكام إلى المحكوم عليه – في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه – فاستوجبت المادة ٢١٣/ ٣ من قانون المرافعات أن يُعلن هذا الحكم إلى شخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي وذلك تقديراً منه للأثر المترتب على إعلانه وهو بدء مواعيد الطعن – استثناءً من القاعدة الأصلية التي يبدأ فيها ميعاد الطعن – من تاريخ صدور الحكم – الأمر الذي حرص المشرع من أجله على إحاطته بمزيد من الضمانات للتحقق من علم المحكوم عليه حتى يسري في حقه ميعاد الطعن – مما مؤداه وجوب توافر علم المحكوم عليه بإعلان الحكم علماً يقينياً أو ظنياً دون الاكتفاء في هذا الصدد بالعلم الحكمي استثناء من الأصل المنصوص عليه في المواد ١٠، ١١، ١٣ من قانون المرافعات وذلك لأن الأثر الذي رتبته المادة الحادية عشرة من قانون المرافعات على تسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة – إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه في موطن المعلن إليه... – تقتصر في هذه الحالة على مجرد العلم الحكمي وهو وإن كان يكفي لصحة إعلان سائر الأوراق القضائية إلا أنه لا يكفي لإعلان الحكم المشار إليه إذ لا تتوافر به الغاية التي استهدفها المشرع من الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٢١٣ من قانون المرافعات، ومن ثم لا ينتج العلم الحكمي أثره في بدء ميعاد الطعن في الحكم، وينبني على ذلك أنه عندما يتوجه المحضر لإعلان الحكم ويجد مسكن المحكوم عليه مغلقاً فإن هذا الغلق – الذي لا تتم فيه مخاطبة من المحضر مع أحد ممن أوردتهم المادة العاشرة من قانون المرافعات – لا شخص المراد إعلانه أو وكيله أو من يعمل في خدمته أو من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار، لا يتحقق فيه لا العلم اليقيني للمحكوم عليه ولا العلم الظني، ومن ثم فإن إعلان الحكم في هذه الحالة لجهة الإدارة لا ينتج بذاته أثراً في بدء ميعاد الطعن فيه ما لم يثُبت المحكوم له أو صاحب المصلحة في التمسك بتحقق إعلان المحكوم عليه بالحكم أن الأخير قد تسلم الإعلان من جهة الإدارة أو الكتاب المسجل الذي يخبره فيه المحضر أن صورة الإعلان بالحكم سُلمت إلى تلك الجهة، فعندئذ تتحقق الغاية من الإجراء بعلمه بالحكم الصادر ضده عملاً بالمادة (٢٠) من قانون المرافعات وينتج الإعلان أثره وتنفتح به مواعيد الطعن" [١]

([١]) محكمة النقض المصرية – الطعن رقم ٥٩٨٥ لسنة ٦٦ قضائية – هيئتى المواد المدنية والجنائية مجتمعتين – جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٥١ – بند ١ – صفحة ٩ .

ـ ولمراعاة حقوق الخصوم فإنه رغم أن المادة ١٣٧ مرافعات تتعلق فقط بسقوط الخصومة، فقد طبقت محكمة النقض الاستثناء الوارد فيها والذي يقضي بأنه رغم السقوط لا يسقط الحق في الاحكام القطعية الصادرة فيها، ولا في الاجراءات السابقة لتلك الاحكام او الاقرارات الصادرة من الخصوم او الايمان التي حلفوها أو اجراءات التحقيق واعمال الخبرة التي تمت مالم تكن باطلة في ذاتها، على انقضاء الخصومة بمضي المدة والذي تنص عليه المادة ١٤٠ مرافعات دون ذكر لهذا الاستثناء.

ـ وصيانة لحقوق الخصوم حرصت محكمة النقض على بسط رقابتها على السلطة التقديرية التي منحها القانون لمحكمة الموضوع، سواء فيما يتعلق بسلطتها بالنسبة للاثبات او بالنسبة لاجراءات الخصومة، فقضت محكمة النقض بأنه" من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة فيها والأخذ بتقرير الخبير المقدم فيها باعتباره من أدلة الإثبات لاقتناعها بصحة أسبابه متى كانت مردودة لأصلها الثابت بالأوراق ومستخلصة منها استخلاصاً سائغاً ومن شأنها أن تؤدى إلى ما رتبه عليه" [١] وأكدت ذلك في حكم آخر فقضت بأن" لقاضى الموضوع السلطة التامة في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى وبحث الأدلة والمستندات المقدمة فيها وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه نفسه إلى ترجيحه وهو غير ملزم بالرد على كل ما يقدمه الخصوم من مستندات وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتكفى لحمله ولا عليه أن يتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو دليل أثاروه ما دام فى قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات" [٢] .

وقضت أيضا بأنه" من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تستخلص من أقوال الشهود وسائر العناصر علي بساط البحث الصورة الصحيحة لواقعة الدعوي، حسبما يؤدي إليه اقتناعها وأن تطرح ما يخالفها من صور أخرى، ما دام استخلاصها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصلها في الأوراق [٣] ".

وعلى ما جرى به قضاء محكمتنا العليا – محافظة على حقوق الخصوم – مقررة أنه" ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة فيها وترجيح بعضها على البعض الآخر إلا أنها تخضع لرقابة محكمة النقض في تكييف هذا

---

(١) نقض تجاري – الطعن رقم ٩٥٤٢ لسنة ٩١ قضائية – جلسة ٢٠٢٢/٣/١٦

(٢) نقض مدني – الطعن رقم ١٥٤١٩ لسنة ٩٠ قضائية – جلسة ٢٠٢١/١٢/٧

(٣) نقض جنائي – الطعن رقم ٢٣٠٣٤ لسنة ٨٨ قضائية – جلسة ٢٠٢١/٩/٤

الفهم وفي تطبيق ما ينبغي من أحكام القانون، مما يتحتم عليها أن تسبب حكمها التسبيب الكافي حتى يتسنى لمحكمة النقض إعمال رقابتها [١] .

ـ وصيانة لحقوق الخصوم حرصت محكمة النقض على بسط رقابتها على سلطة قاضي الموضوع في تسبيب الاحكام، فرغم أن قانون المرافعات قد اقتصر على النص في المادة ١٧٦ على أنه" يجب أن تشتمل الاحكام على الاسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة"، مضيفا في المادة ١٧٨ /٣ أن" القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم كذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم"، وذلك دون أن يبين معايير هذا التسبيب وأوجه القصور فيه التي تؤدي الى البطلان [٢] .

فقد تولت محكمة النقض وضع معايير صارمة لهذا التسبيب، بما يضمن تحقيق الاهداف التي توخاها المشرع من وجوب هذا التسبيب، ومن أهمها أن تكون هذه الاسباب كافية، بأن تبين المحكمة الوقائع التي استند اليها الحكم، والادلة التي اقنعتها بثبوتها، وان تكون هذه الادلة مما يصح الاخذ بها قانونا [٣] .

وقضت محكمة النقض– تأكيدا على ذلك – بأنه" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا أخذت المحكمة بتقرير الخبير المقدم في الدعوى وأحالت في بيان أسباب حكمها وكانت أسبابه لا تؤدى إلى النتيجة التى أنتهى إليها بحيث لا تصلح رداً على دفاع جوهرى تمسك به الخصوم فإن حكمها يكون معيباً" [٤]

وقضت أيضا أنه" وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . الشروط القانونية يُعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها ويعفى واضع اليد الذى يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها، وأن اكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة بنية التملك هو مركز قانونى يأتى نتيجة لأعمال مادية خاصة متى بينت وفصلت أمكن أن يستفاد منها الحصول عليه، فالواجب على المحكمة عندما يُدعى لديها باكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة أن تطلب إلى المدعى بيان تلك الوقائع لتنظر فيما إذا كانت متعلقة بالادعاء ومنتجة لصحته، حتى إذا رأت ذلك أمرت بتحقيقها، وأن كل طلب أو دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الحكم، يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه بأسباب خاصة وإلا

([١]) نقض مدني – الطعن رقم ١١٦٠٣ لسنة ٧٥ قضائية– جلسة ٢٠٢١/١٢/٢١

([٢]) أحمد السيد صاوي – نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – ١٩٨١ – ص ١٥٠ وما بعدها .

([٣]) نقض مدني – ١٩٦٥/٦/٢٩ – مجموعة النقض – سنة ١٨ – بند ٢١٨ – صفحة ١٤٥٠

([٤]) نقض مدني – الطعن رقم ٣٥٠٣ لسنة ٧٢ قضائية– جلسة ٢٠١٣/٣/١٧

اعتبر حكمها خالياً من الأسباب متعيناً نقضه، وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الدليل دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة . فإذا أخذت بتقرير الخبير المقدم فى الدعوى وأحالت فى بيان حكمها إليه وكانت أسبابه لا تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها بحيث لا تصلح رداً على دفاع جوهرى تمسك به الخصم فإن حكمها يكون معيباً بالقصور [1] "

وقضت أيضا بأنه" وإذا كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بأن العلامة المسجلة المطعون فيها تتضمن الاسم التجاري لمصنعه على نحو يمنع من تسجيلها قانوناً وكان كل من الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائي لم يرد على هذا الدفاع اكتفاء بنفي التشابه بين العلامتين والقول بأنهما متميزتان عن بعضهما تميزاً ظاهراً وكان ما أورده الحكم لا ينهض رداً على دفاع الطاعن الجوهري الذي لو عني الحكم بتمحيصه لجاز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد شابه القصور في التسبيب فضلاً عن مخالفته للقانون بما يوجب نقضه والإحالة دون حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن[2] "

ثانياً: دور محكمة النقض في تعديل قانون المرافعات

كان لدور محكمة النقض الخلاق في قانون المرافعات أثر كبير في دفع المشرع اللا تعديل كثير من نصوص قانون المرافعات، ومن أهم المسائل التي تأثر المشرع فيها بقضاء النقض ما يتعلق بأثر الحضور في تصحيح البطلان، فقد نصت المادة ١١٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية علي أن "بطلان صحف الدعاوي وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان أو في بيان المحكمة أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه في الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه".

وقد اتجهت احكام محكمة النقض في البداية الى تقرير أن الحضور أو تقديم مذكرة بالدفاع لا يصحح كل بطلان في صحيفة الدعوى أو اعلانها، وإنما فقط البطلان الناشئ عن بعض العيوب ولهذا قضت بأن الحضور لا ينتج أثره الا اذا كان الحضور قد تم بناء على اعلان مشوب بأحد العيوب السابق بيانها في النص، فحضور المدعي عليه من تلقاء نفسه دون أي اعلان أو بإعلان شفوي دون تسلم صورة الاعلان أو بناء على اعلان آخر غير الاعلان الباطل ولو كان لاحقا عليه غير كاف، فإذا لم يتم اعلان المدعي عليه، فإن الخصومة لا تنعقد،

([1]) نقض مدني – الطعن رقم ٢٠٢٥لسنة ٧١ قضائية– جلسة ٢٠٠٣/٤/١

([2]) نقض مدني – الطعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٥ قضائية – جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣٠ – بند ٣٢٨ – صفحة ٧٥٥ .

ولا تكون صالحة لأن يباشر فيها أي اجراء، ولو حضر المدعي عليه وترافع في الدعوى، وان صدر فيها حكم رغم عدم الاعلان، كان باطلاً لوروده على غير محل [١] .

ثم تطور قضاء محكمة النقض في هذا الشأن فقضت بتاريخ ١٩٨٩/٢/٢٠ أنه" المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن الدعوى ترفع وفقاً للمادة ٦٣ من قانون المرافعات بإيداع صحيفتها قلم الكتاب حيث يتصل علم المحكمة بها و تنعقد الخصومة فيها بتمام المواجهة بين طرفيها و أنه و لئن كان المشرع قد عنى بتنظيم إجراءات إعلان الصحيفة بإعتباره الوسيلة المثلى لإتمام المواجهة إلا أنه في ذات الوقت لم يأت بنصوص تتنافى مع إتمام المواجهة و بالتالى إنعقاد الخصومة بغير الإعلان بل أنه إعتد بالعلم اليقينى كوسيلة لإنعقاد الخصومة في حالات كثيرة منها ما نصت عليه المادتان ١٢٣، ١٢٦ من قانون المرافعات من جواز توجيه الطلبات العارضة و جواز التدخل إنضمامياً أو هجومياً شفاهة بالجلسة في حضور الخصم بغير إعلان و ما أجازته المادة ٢٣٧ من ذات القانون بشأن رفع الإستئناف المقابل بمذكرة تقدم عند نظره بغير إعلان، هذا إلى أنه من غير المقبول أن يعتد المشرع بإنعقاد الخصومة بالعلم الحكمى في الحالات التى تسلم فيها ورقة الإعلان لغير الشخص المراد إعلانه و لا يعتد بعلمه اليقينى وبالتالى فإنه يتعين القول بأن الخصومة تنعقد بتمام المواجهة بين طرفيها سواء تحققت تلك لمواجهة بالإعلان أو بالعلم اليقينى الذى يتمثل في حضور الخصم أمام القضاء ومتابعته السير في الدعوى وإبداء دفاعه فيها في الشكل والموضوع على نحو يدل على أحاطته بموضوعها وبالطلبات فيها وبمذكرة القانون بين أطراف الخصومة ولما كان البين في الأوراق أن الطاعن مثل بوكيل عنه أمام محكمة أول درجة تسلم صورة من صحيفة إفتتاح الدعوى و قدم مذكرة بدفاعه ثم تقدم بمستندات في جلسة تالية و تابع سير الدعوى على نحو يدل بإحاطته بموضوعها وبالطلبات فيها مبدياً دفاعه في الشكل والموضوع. ومن ثم يتعين القول بأن الخصومة فيها قد إنعقدت بتمام المواجهة بين طرفها و يكون النعى قائماً على غير أساس" [٢]

([١]) نقض مدني ١٩٦٩/٦/٢٤ – مجموعة النقض ٢٠ – ص ١٩٥٧ – بند ١٦٤
نقض مدني ١٩٨٩/١٢/١٤ – الطعن رقم ١٢٠١ لسنة ٥٣ قضائية.
نقض مدني ١٩٨٨/١٢/٢٥ – الطعن رقم ١٧١٣ لسنة ٥٣ قضائية.
نقض مدني ١٩٨١/٥/١٨ – الطعن رقم ١٢٨١ لسنة ٤١ قضائية.
نقض ايجارات ١٩٨٠/٢/٥ – الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٤٥ قضائية.
([٢]) نقض مدني – الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٥٤ قضائية – جلسة ١٩٨٩/٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفني سنة ٤٠ – بند ٨٩ – صفحة ٤٨٩ .
نقض مدني – الطعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٥٢ قضائية – جلسة ١٩٨٩/٢/٢٧ .
نقض مدني – الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ قضائية – جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦ .

وفي مرحلة لاحقة وهامة وبتاريخ ١٩٩٢/٣/٨، تصدت الهيئة العامة لمحكمة النقض لهذه المسألة في حكمها في الطعن ٢٢٩٣ لسنة ٥٥ قضائية، والذي جاء فيه" وحيث إن دائرة المواد المدنية والتجارية المختصة بنظر الطعن رأت بجلستها المعقودة بتاريخ ١٧/ ٦/ ١٩٩١ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية للعدول عن أحد المبدأين اللذين سبق أن قررتهما الأحكام السابقة ويقضي أولهما بأن إعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه أو إعلان صحيفة الاستئناف إلى المستأنف عليه إجراء لازم لانعقاد الخصومة بين طرفيها ولا يجوز عند عدم القيام به أو تعييبه الاستعاضة عنه أو تكملته بالعلم الفعلي، كما لا يصححه حضور المعلن إليه أو وكيله بالجلسة ومتابعة السير في الدعوى. أما المبدأ الثاني فيقضي بأنه وإن كان الإعلان قد شرع لمصلحة المدعى عليه باعتباره الوسيلة المثلى لاتصال علمه بالدعوى لتقوم المواجهة القضائية التي لا تنعقد الخصومة إلا بها، غير أن مبدأ المواجهة كما يتحقق بالإعلان الصحيح يتحقق بالعلم اليقيني الذي يتمثل في حضور الخصم أمام القضاء ومتابعته السير في الدعوى وإبداء الدفاع في الشكل والموضوع على نحو يدل على إحاطته بموضوعها وبالطلبات فيها وبمركزه القانوني بين أطراف الخصومة وبالتالي فإن الخصومة تنعقد بتمام المواجهة سواء تحققت بهذا السبيل أو بالإعلان الصحيح" [١]

ثم قررت أنه:" وحيث إن المشرع بين في قوانين المرافعات كيفية رفع الدعوى أمام القضاء وإعلان الخصوم بها، وأوجب على المحكمة ألا تقضي فيها إلا إذا رفعت بالطريق الذي رسمه القانون وأعلن بها المدعى عليه وذلك تنظيماً للتقاضي من ناحية وتوفيراً لحق الدفاع من ناحية أخرى – وإذا كان المشرع في ظل قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ قد جمع بين الأمرين في إجراء واحد فنص في المادة ٦٩منه على أن"ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك". فلم تكن الدعوى تعتبر مرفوعة – بكل ما يترتب على ذلك من آثار – إلا بتمام إعلان صحيفة الدعوى إلى الشخص المراد إعلانه بها، إلا أنه عدل عن ذلك في قانون المرافعات القائم رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فنص في المادة ٦٣ منه على أن"ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك..." وفي المادة ٦٧ على أن"... وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه....." وفي المادة ٦٨ منه

نقض مدني – الطعن رقم ١٨٤١ لسنة ٥٦ قضائية – جلسة ١٩٨٩/٥/٢٥ .

([١]) نقض مدني – الطعن رقم ٢٢٩٣ لسنة ٥٥ قضائية – الهيئة العامة للمواد المدنية – جلسة ١٩٩٢/٣/٨ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣٨ – بند ١ – صفحة ٣ .

بأنه "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه..." فأصبحت الدعوى في ظل قانون المرافعات الحالي تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتابة، أما إعلان الخصم بها فقد أصبح إجراءً منفصلاً عن رفع الدعوى وتالياً له قصد به المشرع إعلامه بها وبطلبات المدعي فيها وبالجلسة المحددة لنظرها كي يعد دفاعه ومستنداته فإن هو أعلن قانوناً بصحيفة الدعوى، كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها سواء علم بها فعلاً أو لم يعلم وإيذاناً للقاضي بالمضي في نظرها سواء مثل المدعى عليه في الجلسات المحددة لنظرها بنفسه أو بمن ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً. أما إذا حضر – دون إعلان – بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها وتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحيفتها كأن أقر باستلامه صورة منها أو تسلم هذه الصورة بالجلسة بغير اعتراض منه أو أبدى دفاعاً في الموضوع أو طلب أجلاً لإبدائه بما يدل على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وبطلبات المدعي فيها وبمركزه القانوني كان ذلك كافياً للمضي في نظر الدعوى دون ما حاجة لتكليف المدعي أو قلم المحضرين بإعلانه بصحيفتها. لما كان ذلك فإنه يتعين العدول عما يخالف هذا المبدأ من أحكام سابقة" [1]

وتأثرًا بهذا القضاء، صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ مضيفا فقرة ثالثة الى المادة ٦٨ من قانون المرافعات– رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م – تنص على أنه" ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإلان صحيفتها الى المدعي عليه ما لم يحضر بالجلسة"، وبهذا التعديل تجاوز المشرع الحدود التي رسمتها الهيئة العامة لمحكمة النقض في تفسيرها وتطبيقها للمادة ١١٤ من قانون المرافعات، وهي خطوة – رغم جرأتها – تخالف بعض المبادئ التي يقوم عليها التشريع الاجرائي المصري، ومنها مبدأ بطلان العمل الاجرائي لا يزول بتحقق الغاية من هذا العمل، وإنما بتحقق الغاية من الشكل أو البيان المعيب وهو مبدأ قننه نص المادة ٢٠ من قانون المرافعات [2] ــ ومن ناحية أخرى، فإن نص المادة ٣/٦٨ المضافة تتعارض مع بعض نصوص قانون المرافعات التي لم تلغ، ومنها المادة ١١٤ مرافعات التي تحدد العيوب التي يصححها الحضور، والمادة ٧٠ من ذات القانون، والتي تجيز للمدعي عليه – رغم حضوره – التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن، اذا لم يتم اعلان المدعي عليه بصحيفة الدعوى اعلانا صحيحا خلال ثلاث شهور من ايداعها قلم كتاب المحكمة .

([1]) نقض مدني – الطعن رقم ٢٢٩٣ لسنة ٥٥ قضائية – الهيئة العامة للمواد المدنية – جلسة ١٩٩٢/٣/٨ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣٨ – بند ١ – صفحة ٣ .

([2]) فتحي والي – محكمة النقض وقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٤٩ .

وأكدت على ذلك محكمة النقض، وذلك في تحليلها للتعديل الذي قام به المشرع، فقضت بأنه" من المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون المرافعات والمادة ٦٨ منه – بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة فقرة ثالثة تقنيناً للحكم الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والتي تنص على أنه" ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة" مؤدى ذلك أن المشرع ارتأى اعتبار الخصومة منعقدة في الدعوى بأحد أمرين: أولهما – إعلان صحيفتها للمدعى عليه، والثانى – هو حضوره بالجلسة ووردت كلمة يحضر بصفة عامة دون تخصيص فتنعقد الخصومة سواء تنازل المدعى عليه صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحيفتها أو لم يتنازل عنه، وعليه فإن الخصومة كما تنعقد بإعلانه صحيفتها تنعقد أيضاً بحضوره أمام المحكمة دون إعلان ومن باب أولى تنعقد الخصومة بإعلان باطل [١] "

وقضت في حكم آخر بأنه" إذ بين المشرع في قانون المرافعات كيفية رفع الدعوى أمام القضاء وإعلام الخصوم بها أوجب على المحكمة ألا تقضى فيها إلا إذا رفعت بالطريق الذى رسمه القانون وأعلن بها المدعى عليه وذلك تنظيماً للتقاضى من ناحية، وتوفيراً لحق الدفاع من ناحية أخرى، وإذ كان المشرع في ظل قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ قد جمع بين الأمرين في إجراء واحد فنص في المادة ٦٩ منه على أن" ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين ما لم يقض القانون بغير ذلك" فلم تكن الدعوى تعتبر مرفوعة – بكل ما يترتب على ذلك من آثار – إلا بتمام إعلان صحيفتها إلى الشخص المراد إعلانه بها غير أن المشرع عدل عن ذلك في قانون المرافعات القائم رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المادة ٦٣ منه على أن" ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك"، فأصبحت الدعوى في ظله تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، أما إعلان الخصم بها فقد أصبح إجراءً منفصلاً عن رفع الدعوى وتالياً له قصد به المشرع إعلامه بها وبطلبات المدعى فيها وبالجلسة المحددة لنظرها كى يعد دفاعه ومستنداته فإن هو أعلن قانوناً بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها – سواء علم بها فعلاً أو لم يعلم – وايذاناً للقاضى بالمضى في نظرها سواء حضر بنفسه أو بمن ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً أما إذا حضر دون إعلان بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها أو أبدى دفاعاً في

([١]) نقض مدني – الطعن رقم ١٥٩٤٨ لسنة ٧٩ قضائية – جلسة ٢٠١٧/٥/١٠ .

نقض مدني– الطعن رقم ٣٣٠٣ لسنة ٦٩ قضائية – جلسة ٢٠١٦/١١/٢٠ .

نقض تجاري – الطعن رقم ٣٣٨٥ لسنة ٨٦ قضائية – جلسة ٢٠١٦/١١/١٥ .

الموضوع يدل على علمه اليقينى بموضوع الدعوى وبطلبات المدعى فيها وبمركزه القانوني كان ذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وأخذ به المشرع عندما أضاف فقرة ثالثة للمادة ٦٨ من قانون المرافعات بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ التى نصت على أن" ولا تعتبر الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة" كافياً للمضى في نظر الدعوى دون حاجة لتكليف المدعى أو قلم المحضرين بإعلان صحيفتها وسواء تنازل المعلن إليه صراحة أو ضمناً عن حقه في إعلانه بصحيفتها أو لم يتنازل عنه ودون ما حاجة لتوافر أى شرط أو اتخاذ أى مجابهة، إذ أن المشرع ارتأى بإضافة الفقرة الثالثة للمادة ٦٨ من قانون المرافعات السالف الإشارة إليها اعتبار الخصومة منعقدة في الدعوى وافترض علم المدعى عليه بها والطلبات فيها بأحد أمرين أولهما: إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه وثانيهما: مجرد حضور المدعى عليه بالجلسة سواء تم إعلانه بالصحيفة أو لم يتم إعلانه بها ومن باب أولى إذا شاب إجراءات الإعلان البطلان [١] "

ومن أمثلة تأثير قضاء محكمة النقض الخلاق على قانون المرافعات، ما يتعلق باضافة حالة جديدة للحالات التي يجوز فيها الطعن استثناء في الاحكام الصادرة بصفة انتهائية .

فقد اتجهت محكمة النقض الى جواز الطعن بالاستئناف استثناء في الاحكام الصادرة بصفة انتهائية، اذا خالفت قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، وذلك على أساس ان الاحكام التي صدرت خارج قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام لا يجوز التحدي بنهائيتها[٢].

وقضت محكمة النقض– بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٧ – بالهيئة العامة للمواد المدنية – في الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ قضائية – أنه" ومن حيث إن النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من قانون المرافعات – قبل تعديلها بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠ – على أن "تختص المحكمة الابتدائية الحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز مائتين وخمسين جنيهاً"، وفي المادة ١٠٩ على أن "الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى"، وفي الفقرة الأولى من المادة ٢١٩ على أن "للخصوم في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون أن يستأنفوا أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة في اختصاصها الابتدائي"، وفي الشق

([١]) نقض عمالي – الطعن رقم ١٢٨٦٦ لسنة ٨٠ قضائية– جلسة ٢٠١٦/١١/٢٣
نقض ايجاري – الطعن رقم ٢٧٣٨ لسنة ٨٤ قضائية – جلسة ٢٠١٦/٤/٢٠
نقض تجاري – الطعن رقم ٩٩٨٣ لسنة ٧٦ قضائية – جلسة ٢٠١٤/١١/٢٤
([٢]) فتحي والي – محكمة النقض وقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٥٠ .

الأول من المادة ٢٢١ على أن "يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم" يدل على أن الشارع قد أخذ بنظام التقاضي على درجتين، ولم يخرج على هذا الأصل إلا في أحوال استثنائية لاعتبارات قدرها وعلى سند من ملاءمة المحكمة التي اختصها بنظر الدعوى لإصدار حكم نهائي فيها قيَّد الطعن عليه بالاستئناف بقيد وقوع بطلان فيه أو بطلان في الإجراءات أثر فيه، وأن قواعد الاختصاص الولائي والنوعي والقيمي كلها متعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإن مناط تحديد الاختصاص النهائي للمحاكم أن تكون قد التزمت قواعد الاختصاص التي رسمها القانون، وألا تخرج صراحة أو ضمناً على ما كان من تلك القواعد متعلقاً بالنظام العام، فإن هي خرجت عليها، فلا تكون ثمت محل للقول بأن حكمها قد صدر بصفة انتهائية، وبالتالي يفلت الطعن عليه بالاستئناف من قيد البطلان الذي تشترطه المادة ٢٢١ من قانون المرافعات رجوعاً إلى حكم الأصل في الإطلاق، وتحرياً للمقصود من خطاب الشارع بالاستثناء، وتحديداً لمعنى الأحكام الصادرة بصفه انتهائية على الوجه الصحيح؛ ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشارع قد أسقط في قانون المرافعات القائم نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من القانون الملغي، لأن قصارى ما يفيده ذلك هو أن الشارع رأى في العودة إلى القواعد العامة في شأن تلك الأحكام ما يغني عن هذا النص" وتابعت الهيئة الموقرة مقررة أنه" أن مناط عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها – على ما تقدم بيانه – هو أن تكون هذه الأحكام صادرة في حدود الاختصاص القيمي لتلك المحاكم طبقاً لقواعد الاختصاص التي رسمها القانون والمتعلقة بالنظام العام، أما إذا صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فلا يمكن القول أنها قد صدرت في حدود النصاب الانتهائي لتلك المحاكم بما يمتنع معه الطعن عليها بالاستئناف لغير حالات البطلان. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر صحيحاً – وبما لا خلاف عليه بين طرفي الخصوم – قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيهاً وسبعمائة وثلاثين مليماً وذلك طبقاً للبند الأول من المادة ٣٧ من قانون المرافعات – اعتباراً بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار وهو من الأراضي التي يكون تقديرها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها، بما يجعل الدعوى تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة الابتدائية، فإن الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزاً استئنافه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف على سند من أن الدعوى تدخل في النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية، فإنه

يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن [١] .

واستجاب المشرع لهذا الاتجاه بموجب القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، فأضاف هذا الاستثناء في المادة ٢٢١ مرافعات والتي يجوز فيها الطعن بالاستئناف رغم نهائية الحكم .

ومن هذه الأمثلة أيضا أن أحكام محكمة النقض كانت قد ذهبت الى اعتبار الحكم الصادر بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة المختصة هو حكم مُنهِ للخصومة يقبل الطعن الفوري، وذلك على أساس أنه مُنهِ للخصومة فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم الاختصاص [٢]، وقد استجاب المشرع بموجب المادة ٢ من قانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ لهذا القضاء، وأضاف الى المادة ٢١٢ مرافعات تلك الاحكام باعتبارها استثناء على القاعدة العامة في عدم جواز الطعن فورا على الاحكام غير المنهية للخصومة كلها [٣] .

ومن أمثلة ذلك أيضا ما أشرنا اليه سلفا من أن المشرع أخذ باتجاه محكمة النقض بالنسبة لإعلان من له موطن معلوم بالخارج، حيث اتجهت أحكام محكمة النقض إلى القول بأن تمام الإعلان بتسليم الصورة للنيابة العامة يقتصر فقط على إعلان صحف الدعاوى والطعون فاستثنت إعلان الحكم الذي يبدأ به ميعاد الطعن، حيث يجب تسليم الصورة للمعلن إليه فعلا، لأهمية الإعلان وخطورته في هذه الحالة .

وقد استجاب لرأي محكمة النقض فقنن ما استقرت عليه في أحكامها فنص في المادة ٩/١٣ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على" أن الإعلان يعتبر تاما ومنتجا لآثاره القانونية من وقت تسليم الصورة للنيابة العامة، ما لم يكن وقت تسليم الصورة للنيابة العامة يبدأ منه ميعاد في حق المعلن إليه كميعاد الطعن، ففي هذه الحالة، لا يبدأ الميعاد إلا من تاريخ تسليم الصورة في موطن المعلن إليه في الخارج أو توقيعه على إيصال بعلم الوصول أو امتناعه عن استلام الصورة أو التوقيع على أصلها بالاستلام". [٤]

([١]) نقض مدني – الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية – الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ قضائية – جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣٥ – قاعدة ٤ – ص ٣٧ .

([٢]) نقض مدني – الطعن رقم ١٩٥٣ لسنة ٥٤ قضائية – جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨

([٣]) فتحي والي – محكمة النقض وقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٥٠

([٤]) احمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٠٦ .

ثالثاً: تحديد محكمة النقض لبعض الافكار القانونية في قانون المرافعات:

أدخلت أحكام محكمة النقض صيغاً محكمة تعبر بصورة خلاقة عن بعض الافكار القانونية، فأصبحت – كما يطلق عليها البعض [١] –" اكلشيهات" يرددها الفقه والقضاء، نعرض لبعض من هذه الافكار، وذلك على النحو التالي:

١- وصفها لسلطة قاضي الأمور المستعجلة في نظر المستندات المقدمة له من الطرفين بأن يكون هذا النظر عرضيا يتحسس به ما يحتمل لأول وهلة أن يكون وجه الصواب في الطلب المعروض **وقضت محكمة النقض:**" أن مأمورية قاضى الأمور المستعجلة ليست هى تفسير الأحكام و العقود الواجبة التنفيذ و لا الفصل في أصل الحق، بل إن مأموريته هى إصدار حكم وقتى بحت يرد به عدواناً بادياً للوهلة الأولى من أحد الخصمين على الآخر أو يوقف مقاومة من أحدهما للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق، أو يتخذ إجراء عاجلاً يصون به موضوع الحق أو دليلاً من أدلة الحق، وأنه إذا كان هذا القاضى في بعض الصور لا يستطيع أداء مهمته إلا إذا تعرف معنى الحكم أو العقد الواجب التنفيذ أو تناول موضوع الحق لتقدير قيمته فلا مانع يمنعه من هذا، ولكن تفسيره أو بحثه في موضوع الحق و حكمه بعد هذا التفسير أو البحث لا يحسم النزاع بين الخصمين لا في التفسير و لا في موضوع الحق، بل لا يكون إلا تفسيراً أو بحثاً عرضياً عاجلاً يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه، ويبقى التفسير أو الموضوع محفوظاً سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الإختصاص [٢] " .

وقضت محكمة النقض تأكيدا على ذلك بأنه" من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه لما كانت الأحكام المستعجلة وقتية لا تمس أصل الحق فلا تحوز حجية أمام محكمة الموضوع التى تفصل فى أساس الحق المتنازع عليه وبالتالى فإنها لا تتقيد بما انتهى إليه قاضى الأمور المستعجلة فى قضائه الوقتى القائم على مجرد تلمس الظاهر من الأوراق" [٣]

٢- تحديدها للخطأ الجسيم الذي يكون سببا في مخاصمة القضاة، بأنه الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق اليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي، أو لإهماله في عمله اهمالًا مفرطاً .

وقضت محكمة النقض مقررة أنه:" إذا كان النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات يجيز مخاصمة القضاة إذا وقع منهم في عملهم خطأ مهني جسيم فإنه يقصد به

([١]) فتحي والي – محكمة النقض وقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٥٠

([٢]) نقض مدني – الطعن رقم ٣٢ لسنة ٥ قضائية – جلسة ١٩٣٥/١٢/١٩

([٣]) نقض مدني – الطعن رقم ٩١٨٨ لسنة ٨٣ قضائية – جلسة ٢٠١٥/١٠/١٨

الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، يستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى وتقدير مبلغ جسامة الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع" [١]

٣- تحديدها للغش الذي كان خافيا على الخصم والذي يجيز رفع التماس اعادة النظر، فقضت بأنه هو" الذى يقع ممن حكم لصالحه في الدعوى بناء عليه، و لم يتح للمحكمة أن تتحرى عند أخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه و تنويرها في حقيقة شأنه لجهله به و خفاء أمره عليه بحيث يستحيل كشفه، فإذا كان مطلعاً على أعمال خصمه و لم يناقشها أو كان في وسعه تبين غشه وسكت عنه و لم يفصح أمره أو كان في مركز يسمح له بمراقبة تصرفات خصمه ولم يبين أوجه دفاعه في المسائل التى يتظلم فيها فإنه لا وجه للإلتماس[٢].

٤- تحديدها لفكرة استنفاد القاضي لولايته أو لسلطته أو انقضاؤها بالنسبة لمسألة معينة، كفكرة متميزة عن حجية الامر المقضي [٣] .

٥- تحديدها لفكرة الاسباب القانونية التي يخالطها الواقع، والتي اعتبرتها محكمة النقض أسباباً جديدة لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، لأنها تقتضي من المحكمة القيام ببحث يتعلق بوقائع الدعوى، ولو كانت المسألة المعروضة- اجرائية أو موضوعية – متعلقة بالنظام العام [٤]

رابعا: إضافة قضاء محكمة النقض لبعض المبادئ القانونية في قانون المرافعات:

أضاف قضاء محكمتنا العليا بعض المبادئ القانونية التي – وإن لم ينص عليها المشرع وإعمالا من محكمة النقض لدورها الخلاق في قانون المرافعات – أصبحت مسلمة في فقه

([١]) نقض مدني – الطعن رقم ٢٣٣٣ لسنة ٥١ قضائية- جلسة ١٩٩٠/١/١٨ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٤١ – قاعدة ٤١ – ص ٢٠٤ .

الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٠ قضائية – الدائرة المدنية – جلسة ١٩٨٤/٥/١٧ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣٥ – قاعدة ٢٥٧- ص١٣٣٨ ..

الطعن رقم ١٢٩٨ لسنة ٤٧ قضائية – الدائرة المدنية – جلسة ١٩٨٠/٦/١٩ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣١ – قاعدة ٣٣٣ – صفحة ١٧٨٨ .

([٢]) نقض مدني – الطعن رقم ١٧١ لسنة ٤٨ قضائية- جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٣٢ – قاعدة ٢٨٧ – صفحة ١٥٩١ .

([٣]) نقض مدني – الطعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٤٥ قضائية – الدائرة المدنية – جلسة ١٩٨١/١/١٢ .

([٤]) نقض مدني – ١٩٧٥/٣/١٨ – مجموعة النقض ٢٦ ص ٦٣١ بند ١٢٥

نقض مدني ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة النقض ١٩ ص ٤٦٠ بند ٦٧

المرافعات، وهي أفكار ومبادئ عظيمة وكثيرة يصعب حصر، نشير الى بعضها على النحو التالي:

١- حجية الأمر المقضي لحكم محكمة أول درجة لحكم محكمة أول درجة تقف بمجرد رفع الاستئناف عن الحكم، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لكل حكم قضائي قطعي حجية الشيء المحكوم فيه من يوم صدوره ولو كان قابلاً للطعن عليه إلا أن هذه الحجية تقف بمجرد رفع الاستئناف عنه، ليس فقط بالنسبة لما قضي به لغير صالح المستأنف ورفع عنه الاستئناف ولكن أيضاً بالنسبة لما تضمنته أسباب الحكم المستأنف من رفض لدفع أو دفاع للمستأنف ضده أثناء صدور حكم لصالحه في الدعوى عن استئنافه ولم يتنازل عنه صراحة أو ضمناً وتظل هذه الحجية على هذا النحو موقوفة إلى أن يقضى في الاستئناف، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته، وإذ ألغي زالت عنه هذه الحجية" [١]

٢- تغيير صفة النائب القانوني – عند بلوغ القاصر سن الرشد أثناء الخصومة – الى نيابة اتفاقية، وبالتالي تبقى للنائب صفة في تمثيل القاصر، فلا تنقطع الخصومة ببلوغه سن الرشد، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن استمرار الوصى فى تمثيل القاصر فى الخصومة بعد إنتهاء وصايته عليه ودون اعتراض منه أو تنبيه المحكمة إلى زوال صفة من يمثله يعتبر صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية لأن تمثيله فى هذه الحالة يستند إلى نيابة إتفاقية بعد أن كانت قانونية " [٢]

٣- من أهم الآثار المترتبة على اعمال محكمة النقض لدورها الخلاق في قانون المرافعات هي فكرة قبول دعوى البطلان الأصلية ضد الاحكام المنعدمة، على الرغم من أن المشرع لم يشر الى هذه الدعوى أو ينظمها .

فقضت محكمة النقض أنه" من المقرر– في قضاء محكمة النقض– أن صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس الذى تقوم عليه كل إجراءاتها ويترتب على عدم إعلانها عدم انعقاد الخصومة، ما لم يحضر الخصم بالجلسة، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح، إذ يعتبر الحكم الصادر فيها منعدماً فلا تكون له قوة الأمر المقضى، ويكفى إنكاره والتمسك بعدم وجوده، كما يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانه "[٣] .

([١]) نقض مدني – الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٥٥ قضائية– جلسة ١٩٩١/٢/٢١ – مجموعة المكتب الفني – سنة ٤٢ – قاعدة ٨٩ – صفحة ٥٤٦ .

([٢]) نقض مدني – الطعن رقم ٦١٩٣ لسنة ٨٢ قضائية – جلسة ٢٠١٤/٦/١٧

([٣]) نقض مدني– الطعن رقم ١١٦٤٢ لسنة ٨٥ قضائية – جلسة ٢٠٢١/٣/٢١

وقضت أيضاً" – المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأى وجه من الوجوه، فهى واجبة الاحترام على الدوام باعتبار مرحلة النقض هى خاتمة المطاف فى مراحل التقاضى وأحكامها باتة لا سبيل إلى الطعن فيها، وأن المشرع اغتنى عن النص على منع الطعن فى أحكام محكمة النقض بسائر طرق الطعن عادية أو غير عادية، لعدم إمكان تصور الطعن بها على أحكام هذه المحكمة، ولم يستثن المشرع من ذلك الأصل، إلا ما أورده فى نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من قانون المرافعات، من جواز الطعن ببطلان الحكم الصادر من محكمة النقض، وسبيل الخصم إلى ذلك، طبقاً لهذا النص، يكون بطلب لا يُعد طعناً بطريق النقض، وإنما هو بمثابة دعوى بطلان أصلية [1] " .

([1]) نقض مدني – الطعن رقم ٦٦٠١ لسنة ٨٥ قضائية – جلسة ٢٠٢١/١/١٨

الخاتمة

وبناء على ماسبق، فإن إنشاء محكمة النقض – لتعلي قمة الهرم القاضي – كان ضرورياً لدرجة لا يمكن معها تصور النظام القضائي والقانوني في مصر بدون وجودها، فقد تصدت محكمة النقض – ومنذ إنشائها – الى سد الفجوة الهائلة بين النصوص التشريعية وحاجات ومقتضيات المجتمع المصري، بتطويع النصوص لتلبية هذه الحاجات والربط بينها وبين التراث الفقهي الذي كان قائماً على مبادئ الشريعة الإسلامية ما وجد الى ذلك سبيلاً، والاجتهاد لسد ما اعتور النصوص من نقص فني أو موضوعي، حتى استطاعت أن تحقق مهمة القضاء في مراقبة النصوص عند احتكاكها بدُنيا الناس، بتطويعها في سبيل تحقيق العدل حسبما يُمليه مفهوم الحياة المصرية وما يطرأ عليها من تطور، ويمكننا أن نصف هذا الدور الذي تقوم به محكمة النقض في سبيل تحقيق كل ما سلف ذكره بأنه" الدور الخلاق لمحكمة النقض" .

إنه لمن دواعي فخري واعتزازي أن يكون بحثي عن محكمة النقض التليدة، وما تقوم به من دور خلاق في شتى فروع القانون، وخاصة في نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية، إذ أن هذا الأخير يمثل نطاقاً رحباً لاجتهاد محكمة النقض .

النتائج والتوصيات

أولاً النتائج:

تم التعرف على الآثار المترتبة على اعمال الدور الخلاق لمحكمة النقض في الطعون التي تُرفع إإليها، والتي تمثلت في بحث مشكلة النقص في التشريع، والنظريات التي سِيقت في هذا الشأن، ودور محكمة النقض الخلاق في معالجة القصور التشريعي، وازالة ما شابها من غموض، وتفصيل اجمال معيب لحق ببعضها.

ثانياً التوصيات:

١- ضرورة اجراء تعديل تشريعي بتعديل الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني المصري والتي عددت مصادر القانون، وذلك باستبدال مصدر القانون الطبيعي وقواعد العدالة الى المصدر الحقيقي وهو اجتهاد القاضي، وذلك بأن يتم النص على ذلك المصدر بعبارة" اجتهاد القاضي في ضوء المبادئ العامة للقانون" .

وذلك اعلاءً لشأن محاكمتنا العليا، أسوةً بالمحكمة الادارية العليا وما يمثله اجتهادها من مصدر أساسي للقانون الاداري، وكذلك حتى تمارس محكمة النقض دورها الخلاق بصورة علنية بدلاً من ممارسته تحت ستار مصدر القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهو المصطلح الفضفاض ذو المعاني المتعددة .

٢- اجراء تعديل تشريعي بقانون المرافعات في الباب الخاص بالطعن بالنقض بإضافة مادة يكون فحواها النص على أن" الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية وكذا الأحكام التي تُصدرها دوائر محكمة النقض المدنية متضمنة مبدأ قانوني جديد استمر لسنوات على تطبيقه يُشكل سابقة قضائية ملزمة لجميع المحاكم" .

وكذا تعديل المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات بصيرورة الأحكام الصادرة وفق هذا الطعن- المشار إليه عاليه- تُشكل سوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم، وهو ما سيُعد في الوقت ذاته ترجمة للتعديل المقترح لنص المادة الأولى من القانون المدني .

٣- ضرورة نشر الأحكام التي تُشكل سوابق قضائية ملزمة في الدوريات الصادرة من محكمة النقض، والتي يُعدها المكتب الفني لمحكمة النقض وإفراد عدد خاص لتلك السوابق .

قائمة المراجع

أولاً المؤلفات العامة:

١. **أحمد السيد صاوي:** الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلا بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية – دار النهضة العربية – القاهرة – طبعة ٢٠١١

٢. **حمدي عبد الرحمن:** فكرة القانون، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٩، مبادئ القانون، طبعة ٢٠٠٨ .

٣. **حسام الاهواني:** أصول القانون، طبعة ابناء وهبة حسان،١٩٨٨

٤. **روبرت الكسي:** فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، تعريب كامل فريد السالك، مشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١٣.

٥. **سليمان مرقص:** الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الاول، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، ١٩٨٧.

٦. **سمير تناغو:** النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة ٢٠٠٠

٧. **عبدالحي حجازي:** المدخل للعلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢

٨. **محمد كمال عبد العزيز:** التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مصادر الالتزام، ط ٢٠٠٣

ثانياً المؤلفات الخاصة والمقالات والأبحاث:

١. **ابراهيم شحاته:** اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الرابعة، العدد الثاني، ١٩٦٢

٢. **أحمد السيد صاوي:** نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٣. **فتحي والي:** محكمة النقض وقانون المرافعات –بحث منشور بالمجلة الفصلية لمحكمة النقض – العدد الثالث – ابريل ٢٠٠٧ – محكمة النقض المصرية