

اعتبارات الأمن القانوني في قانون المرافعات

(التشريع الإجرائي، الخصومة المدنية)

دكتورة

فاطمة عادل سعيد عبد الغفار

مدرس قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

ملخص

مما لا شك فيه ان من أهم الأهداف التي تسعى لها النظم القانونية في الوقت الحاضر هو الأمن القانوني وعلى كافة المستويات الدولي منها والوطني، وهو مصطلح على قدر من التشعب يكتسب مفهوما مميزا تختلف مقتضياته باختلاف فرع القانون الذي ينطبق فيه.

ولا يعد قانون المرافعات بمنأى عن اعتبارات الأمن القانوني سواء بمعناها العام كعدم رجعية النصوص القانونية، عمومها وتجريدا، أو بمعناها الخاص الذي يتصل بذاتية قانون المرافعات كحجية الأمر المقضى، وشروط المحاكمة العادلة، وضمان حقوق الدفاع.

غير ان أهم هذه الاعتبارات قاطبة سواء بالمعنى العام أو الخاص هو حماية التوقعات المشروعة للأفراد في القانون الإجرائي، وهو ما نتناوله بالدراسة على مستوى التشريع الإجرائي من جهة، والخصومة المدنية من جهة أخرى.

من جهة أولى، فينبغي ان يستوفى التشريع الإجرائي المقتضيات القانونية في هذا الصدد ولا يعنى ذلك العمومية والتجريد، أو وضوح المعاني والألفاظ، بقدر ما يتصل أيضا بالمقتضيات الموضوعية وهي ان يواكب التشريع الإجرائي المتطلبات المستحدثة والمتجددة للمجتمع، وان يوفر أليات وأشكال واجراءات واضحة ومباشرة كلما كان ذلك ممكنا، بحيث لا يترك الأمر بصورة مطلقة في التطبيق لحكم القواعد العامة، واستكمالا لدور المشرع تأتي أهمية الاجتهاد القضائي لسببين: ان المشرع مهما كان دقة التشريع لن يمكنه الإحاطة بكافة الوقائع التي يمكن ان تحدث، ولأن تطبيق النصوص بداية يحتاج إلى الاجتهاد القضائي ، وكل ذلك تحت رقابة وإشراف المحاكم العليا.

ومن جهة ثانية، فإن الخصومة المدنية باعتبارها المجال الرئيسي - وليس الأوحد- لتطبيق أحكام التشريع الإجرائي، فلا يمكن القول بنجاح التشريع الإجرائي إلا بضبط النشاط الإجرائي لأشخاص الخصومة وهو ما يجب ان يتم في إطار المفهوم الاجتماعي للقضية المدنية، بحيث يُكون هذا المفهوم الفلسفة الإجرائية للمشرع في تنظيم الحقوق والواجبات الإجرائية من ناحية والجزاءات الإجرائية من ناحية أخرى مع ضمان حقوق الدفاع ودور الغرادة الفردية في الخصومة.

Summary

There is no doubt that one of the most important goals pursued by legal systems at the present time is legal security at all levels, both international and national. It is a flexible term whose prerequisites differ in accordance with the legal field in which it is applied.

The law of Civil proceedings is not far from considerations of legal security, either in its general sense such as the non-retroactivity of legal texts, its general and abstract scope of application, or in its strict meaning that relates to the specificity of procedural law e.g. Res Judicata, Fair trial, and rights of defense.

However, the most important of all of these considerations, whether in the general or strict sense, is the protection of legitimate expectations of individuals in procedural law, which we study at the level of procedural legislation on the one hand, and civil litigation on the other hand.

On the one hand, the procedural legislation should fulfill the legal requirements in this regard and this does not mean general and abstract scope of application, or the clarity of meanings and expressions, it is related as well to the substantive requirements, which is that procedural legislation keeps pace with the new and renewed requirements of society, and provides clear and direct mechanisms, forms and procedures whenever it is possible, so that the matter is not left completely to the application of general principles, and in order to complete the role of the legislator, Judicial jurisprudence plays a crucial role for two reasons: The legislator, regardless of the accuracy of the legislation, will not be able to encompass all the situations that may occur, and also with regard to the application of the texts that can not be implemented except through judicial jurisprudence. This process is done under the supervision and supervision of the higher courts.

On the other hand, civil litigation is the main field – and not the only one – to implement the provisions of procedural Law, so that procedural legislation cannot be said to succeed except by controlling the procedural activity of persons in litigation, which must be done within the framework of the social concept of the civil issue, so that this concept forms the procedural philosophy of the legislator. In the regulation of procedural rights and duties on the one hand, and procedural sanctions on the other hand, while ensuring the rights of defense and the role of individual will in the litigation.

يعتبر الأمن القانوني من المبادئ التي تضعها النظم القانونية كهدف لها، ويتميز مفهوم الأمن القانوني بالتشعب وكذلك ما يتفرع عنه من مبادئ أخرى، ويعد الأمن القانوني وتحقيقه مهمة كافة السلطات في نظام قانوني معين كل على حدة، وفي إطار من التعاون بينها أيضا.

وتبدو أهمية تحقيق الأمن القانوني في كافة النظم فيعرف في النظام الأمريكي Legal Certainty وتتعدد الدراسات عنه في الفقه الفرنسي باستخدام تعبير La Sécurité Juridique ويعبر عنه الفقه العربي بالأمن القانوني، وكلها مترادفات في حقيقة الأمر، وفي إطار الدراسة استخدم مصطلح الأمن القانون.

قد يبدو للوهلة الأولى ان تحديد ماهية الأمن القانوني Legal Certainty أمر على قدر من السهولة، غير انه في الحقيقة هو مفهوم على قدر من التشعب ما بين اعتباره معيار للحكم على القاعدة القانونية ذاتها وبالتالي الحكم على النظام القانوني ككل، إلى جانب اعتباره مبدأ عام للقانون وما يستتبعه ذلك من انطباقه على كافة فروع القانون والخصوصية التي يمتاز بها المبدأ في كل فرع.

يعتبر الأمن القانوني فكرة أساسية في القانون، وتقليديا يشير الفقه¹ إلى الإجماع حول هذا المبدأ إلى الحد الذي لا يمكن القول معه بوجود نقاش أو اختلاف حوله أساسا، وفي هذا الصدد نعرض لتعريف اليقين القانوني وعناصره.

- تعريف الأمن القانوني:

الأمن لغة ضد الخوف، والأمانة نقيض الخيانة، أمن الرجل أي اطمئن ولم يخف، وقد جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: "الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف"²، وكذلك قوله تعالى: "يا موسى أقبل ولا تخف إنك من الأمنين"³.

¹ د. دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سعيدة، العدد الخامس، يونيو ٢٠١٦، ص ٢٥.

يقرر ان: مفهوم الأمن القانوني تحتوي على حشو زائد عن أصل المعنى دون أن تحمل الزائدة فائدة، فهي مسهبة ومطولة والمفهوم الذي تحمله غامض حيث تبين هذه الخصائص قائمة العناصر المستند عليها لمحاولة الإحاطة بحدوده، زائدة كما أن هذه العناصر التي تكونه تتقاطع وتتشابك.

² سورة قريش، الآية ٤.

³ سورة القصص، الآية ٣١.

وفى القانون يُعتبر تعريف الأمن القانوني أمر على قدر من الصعوبة فيعتبر من المصطلحات الواسعة التي يقول البعض¹ بعدم قابليتها للتحديد إلا في ظروف معينة وفي موقف معين، ولا يمكن الوقوف عليه إلا من خلال التحقق من عدد من العناصر، كعدم رجعية القوانين، ووضوح وعمومية القاعدة القانونية.

إن الأمن القانوني يعنى: "كل ضمان وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين -ودون مفاجآت- حسن تنفيذ الالتزامات وتلافى أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون، وبالتالي فهو مرتبط بمسألة الثقة فتعنى ثقة المواطن في القانون واطمئنانه لمجرى الأمور على أساس التوقع."² وفى ذات الإطار يمكن القول ان الأمن القانوني يتمثل في وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات والمراكز القانونية - سواء بالنسبة للأشخاص العامة أو الأشخاص الخاصة- تستطيع ترتيب أوضاعها وفقاً للقوانين القائمة وقت مباشرة تصرفاتها القانونية، ودون ان تتعرض لمفاجآت صادرة عن أحد سلطات الدولة الثلاثة، مما من شأنه ان يهدم الثقة ويزعزع الاستقرار في النظام القانوني بأكمله.³

ولا يقصد ان هذا الثبات هو ثبات جامد فمن الطبيعي ان تحتاج الدولة إلى تعديلات تشريعية لتواكب التطور، غير ان السلطات في قيامها بذلك يجب ان تراعى التوقعات المشروعة للأفراد، ويقصد بالتوقع المشروع ألا تباغت الدولة الأفراد بقوانين أو قرارات خلافا لما استقر العمل عليه، وحتى حال قيام الدولة بتعديلات فيجب ألا تكون مغايرة للأسس الموضوعية التي يقوم عليها النظام القانوني، فالأمن القانوني يرقى إلى فكرة المبدأ العام للقانون وهو ما يجب ان يتحقق في القاعدة القانونية من ناحية وفى النظام القانوني بأكمله من ناحية أخرى.

– أساس وعناصر مبدأ الأمن القانوني:

يتأسس مبدأ الأمن على الثقة في القانون، وهو الأمر الذي أيدته محكمة العدل الأوروبية في حكم لها عام ١٩٦٢ حيث عبرت عنها بمصطلح الثقة المشروعة ومفادها ان يكون القانون على درجة من الوضوح والدقة حتى يمكن للفرد ان يعرف حقوقه وواجباته، ويرتب تحركاته (سواء في التزاماته أو في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء على أساس ذلك)، كما اعترفت به المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان وأسسته على فكرة التوقع القانوني.⁴

¹ د. عبد المجيد لخدارى، فطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي (علاقة تكامل)، مجلة الشهاب، العدد الثاني، المجلد الرابع، يونيو ٢٠١٨، ص ٣٨٩.

² عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، العدد ٤٢، مايو ٢٠٠٩، ص

³ يشير جانب من الفقه ان العدالة مبدئياً وبعيدا عن اعتبارات الأمن القانوني لا تتمتع بسمعة جيدة لغير ذلك من القصور بسبب طول اجراءات التقاضى وتكلفتها.

⁴ مشار إلى هذه الأحكام لدى عبد المجيد غميحة، المرجع السابق، ص ٦.

ويقرر جانب من الفقه¹ ان "كل انسان متحضر يتمنى ان يحصل على الأمن"، كما قرر جانب من الفقه² ان الأمن القانوني هي القيمة الاجتماعية الأولى والتي يجب تحقيقها، وهو المبدأ الذي يضمن تحقيق الانسجام في كافة الروابط الاجتماعية، وهي ذات الحاجة التي تأسس عليها القانون الطبيعي، وهي إحداث نظام من خلال ترتيب البيانات المتفرقة وبالتالي القدرة على التوقع والتحكم في الواقع (مجريات الأمور)، وفي المحصلة فهي المزية التي ينبغي ان يتمتع بها القانون بوصفه قاعدة اجتماعية ان يحقق الأهداف التالية: "النظام ، السلام ، والاستقرار".

ويمكن الوقوف على عناصر الأمن القانوني من خلال الرجوع إلى بعض العناصر في نظرية القانون والتي من شأنها ان تفسر الأمن القانوني والدور الذي يلعبه هذا المبدأ في النظام القانوني.

فإذا كان القانون مجموعة من القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية وتلزم الدولة الناس باتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء، فالقاعدة القانونية بهذه المثابة ميزانها العمومية والنظام، فالقانون عام بطبيعته منظم بوظيفته، فعام بمعنى ان لا يوضع مخاطبا به شخص واحد بعينه.

أما النظام - وهو ما يعبر إلى حد كبير عن مبدأ الأمن القانوني كما سبق البيان- " مادام كل قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والأشخاص المتماثلة، وتطبق كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل، فإن هذا النظام في التطبيق يخلق نظاما متناسقا لا يختل".³

وتأسيسا على ما سبق فإن اعتبارات الأمن القانوني من شأنها ان تتحقق من خلال تطبيق أربعة مبادئ أساسية:

- عدم رجعية القوانين

- احترام الحقوق المكتسبة

- فكرة التوقع المشروع

¹Georges Ripert, le déclin du droit, Paris, L.G.D.J, 1949, p.155.

Soraya Amrani Mekki, La part du droit (et de la justice) dans l'angoisse contemporaine – La computation des délais, 30 Mars 2020, le club des jurists, disponible sur:

<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/la-part-du-droit-et-de-la-justice-dans-langoisse-contemporaine-la-computation-des-delais/>

² Jean Carbonnier, Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J, 10 éd, p.119.

³د.أحمد عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون- خلاصة المحاضرات التي ألقاها على طلاب السنة الأولى، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، ١٩٣٦، ص٥.

- تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم دستوريته

ولعل تحقيق أهداف الأمن القانوني والتي تتمثل في حماية الأفراد من الآثار السلبية للقانون لاسيما عدم الانسجام وتعقد القوانين وتعديلها المستمر، يتطلب تحقيق سيادة القانون بما يعنى سهولة فهم القاعدة القانونية واستيعابها من قبل المخاطبين بها ووضوحها، وضمان القواعد القانونية للقيم الأخلاقية، تحقيق مبدأ المساواة، سهولة الاجراءات في المحاكمة، المحاكمة العادلة وضماناتها، ضمان حقوق الدفاع.

ويمكن إجمال ذلك في ان النظام القانوني السليم يتحقق بداية من جودة إعداد القاعدة القانونية وتحريرها وصولا إلى تطبيقها وتنفيذها على النحو المطلوب.

- اعتبارات الأمن القانوني في قانون المرافعات:

ولا يعد قانون المرافعات المدنية بمنأى عن اعتبارات الأمن القانوني وأهدافه، لا سيما فيما يتعلق بتشريع من جهة وتطبيقه بواسطة السلطة القضائية وصولا لتحقيق العدالة بالفعل من جهة أخرى. والقول بغير ذلك يؤدي إلى وجود تعارض في القوانين مما يؤدي إلى صعوبات في تطبيق القانون، وهو ما يؤدي بطريق غير مباشر إلى التقليل من الحق في الحماية القضائية.

ومن جهة إجرائية فإن المحاكم تستخدم العديد من القواعد الإجرائية - الأمر الذي يُقال معه ان التقيد بالإجراءات الشكلية بقوة من شأنه ان يعيق الوصول إلى عمل قضائي مشروع وعادل، فمن أجل التغلب على غياب الوضوح في النصوص وللوصول إلى فاعلية في الاجراءات المدنية ينبغي اللجوء إلى الأساليب القانونية حتى لا يؤدي إلى ظهور (قواعد معمول بها لكن لا أساس لها قانونا إنما تأتي اتساقا مع القواعد العامة وتطبق تأسيسا على أنه ما ليس محظور فهو مباح).

إن النموذج القانوني لتشريع الاجراءات القائم على القواعد العامة هو بطبيعة الحال قابل للتطبيق على أي إشكالية إجرائية قد تظهر، بشرط ان يؤخذ في الاعتبار قواعد التفسير المعمول بها والوحدة في تطبيقها، الأمر الذي من شأنه ان يسهم في تحقيق كلا من المرونة الإجرائية اليقين القانوني في آن واحد. إلا ان هذا النظام يعتمد بدرجة كبيرة على التقدير / الاجتهاد القضائي الذي يقوم على عقيدة القاضي وما يستتبعه من وسائل أو ضمانات - إجرائية _ من شأنها ان تضمن وحدة التطبيق.

فهل الأمر على هذه الدرجة من السهولة؟

يقرر الفقه¹ انه بالفعل اعتبارات الأمن القانوني تعد حاليا بمثابة مبدأ عام للقانون، لكنها تتخذ ذاتية معينة في كل فرع من فروع القانون على حدة، وفيما يتعلق بقانون المرافعات، فإن مفهوم اليقين القانوني يتداخل مع مبادئ المحاكمة العادلة، وان

¹ Tetiana Tsuvina, principle of legal certainty in civil procedure, *Legea și viața*, September 2019, p.162-166.

الأساس في تحقيق اليقين القانوني عن طريق ضمان التوقعات المشروعة للأفراد عند تطبيق قانون المرافعات من خلال عدم رجعية تطبيق قواعد قانون المرافعات، وضمان حجية الأمر المقضي، وعدم الإفراط في الشكلية إلى الحد الذي يهدر معه الأمن القانوني (تبنى الشكلية المرنة).

ولكني أرى ان مجمل فكرة الأمن القانوني في قانون المرافعات تتلخص في فكرة التوقع المشروع للأفراد، وان باقي المبادئ أو المقتضيات لتحقيق الأمن القانوني تنفرد عن فكرة التوقع المشروع، بمعنى ان تكون القواعد الإجرائية على درجة عالية من الوضوح، وتتمتع بالوحدة في التطبيق من قبل القضاء (وذلك يتضمن تفادي الأحكام المتناقضة، ووجود آلية لتوحيد المبادئ على مستوى النظام القضائي في العمل)، وتكتمل تلك المنظومة بضبط الاجراءات أثناء سير الخصومة المدنية وهو ما يستدعي ضبط سلوك أشخاصها بما من شأنه ان يمنع وجود أي عارض يهدد التوقع المشروع للأفراد وصولاً لتحقيق الأمن القانوني.

في القانون الموضوعي يضمن المشرع قدر الإمكان سلامة ووضوح صياغة القواعد القانونية عنه، ويضع للقاضي معياراً للتطبيق يكون العامل الأول فيه احترام مبدأ الشرعية، وعلى القاضي ألا يتقاعس مهما كان الوضع عن اصدار الحكم الفاصل في الدعوى حتى ولو وجد فراغ تشريع لأنه من خلال مبدأ الشرعية يمكنه البحث في كافة المصادر - مع احترام الترتيب - وصولاً لقواعد العدالة والقانون الطبيعي.

غير ان في قانون المرافعات هل من المتصور ان يغفل المشرع الإجرائي وضع تنظيم إجرائي إلى الحد الذي لا يعلم معه المتقاضون النص الواجب التطبيق، أو ان يكون النص به قدر من الغموض إلى الحد الذي يستدعي تدخل القاضي؟، في الواقع إن هذا الأمر متصور.

في البداية يجدر الإشارة إلى ان الإجراءات عموماً وكذلك الاجراءات القضائية لا تقع تحت حصر كما ان القانون الإجرائي شأنه شأن القانون الموضوعي يعرض له العديد من المسائل الواقعية التي قد تستدعي اجتهاد الفقه والقضاء للوصول إلى حلها سواء مواجهة للفراغ التشريعي من ناحية أو عدم وضوح النص من ناحية أخرى، ونمثل لذلك في قانون المرافعات وفيما يتعلق بشرط المصلحة وهل هو شرط لاستمرار الدعوى أم شرط لبدايتها فقط، فإن هذا الأمر تصدى له القضاء والقاعدة المستقرة هو المعمول به في هذا الصدد في قضاء محكمة النقض، وكذلك العديد من الاجراءات في التنفيذ الجبري لمحكمة النقض في العديد من المناسبات هي التي حسمت شروط العمل بإجراء معين من جهة، ومن جهة أخرى يتبنى المشرع الإجرائي في مصر الشكلية بمفهومها المرن الأمر الذي يدع مجالاً للسلطة التقديرية للقاضي في العديد من الفروض بضوابط معينة.

بالرغم من انه من المفترض ان قانون المرافعات بوصفه قانون إجرائي لا يتضمن هذا النوع من القصور، إلا ان ذلك بعد البحث يتبن انه تصور نظري، لذا فما هي الآليات التي تضمن تحقيق اليقين القانوني؟ وهو الأمر الذي يبرز الحاجة إلى التعرف على التنظيم الإجرائي المتبع في هذه الفروض والقواعد المعمول بها في هذا الصدد، لذا كان من اللازم دراسة الشرعية الإجرائية من جانب، ودور محكمة النقض في تحقيق اليقين القانوني في قانون المرافعات.

غير ان الإشكالية لا تتوقف عند هذا الحد - في نظري - لأن ما يكمل التنظيم التشريعي هو التطبيق المنضبط، ويستمر دور القضاء على اختلاف درجاته لضمان ذلك، غير انه يجب تنظيم الإجراءات الصادرة عن أشخاص الخصومة، حتى لا يهددوا بدورهم اليقين القانوني اللازم في سير الاجراءات القضائية وتلعب الجزاءات الإجرائية دورا هاما في هذا الصدد.

وإجمالا يمكن القول ان الصمت سواء من جانب المشرع أو من جانب أشخاص الخصومة من شأنه ان يهدد تحقيق اليقين القانوني في قانون المرافعات لذا نتناول بدراسة هذه المسألة من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: القانون الإجرائي واعتبارات الأمن القانوني

المطلب الأول: الشرعية الإجرائية في قانون المرافعات

المطلب الثاني: دور القضاء في تحقيق الأمن القانوني في قانون المرافعات

المبحث الثاني: الصمت في الخصومة المدنية

المطلب الأول: ماهية الصمت في الخصومة المدنية

المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للحق في الصمت في قانون المرافعات

المبحث الأول

القانون الإجرائي واعتبارات الأمن القانوني

إن الأمن القانوني هو مبدأ على قدر من العمومية يشمل جميع مناحي القانون سواء على مستوى التشريع أو التطبيق، لكن في الحقيقة - وتقليديا - طالما ارتبطت اعتبارات الأمن القانوني بالتشريع بصفة مباشرة على اعتبار ان القاعدة أو النص القانوني هو بمثابة نقطة الانطلاق لتأسيس منظومة الأمن القانوني، بعبارة أخرى النص الواضح يحقق التطبيق المنضبط ويحقق المصالح المشروعة للأفراد.

ومع ذلك من المقرر ان التنظيم الدقيق من شأنه ان يؤدي إلى الجمود ويغل يد القاضي عن الوصول إلى الحكم الأكثر عدالة ذلك ان التشريع محدد، أما ما يعرض من أمور يومية هو أمر غير متناهي ومن الصعب ان يقع تحت تحديد- ومن هنا كان تحديد المشرع لمبدأ الشرعية من جانب وتجريم إنكار العدالة من جانب آخر، فالقاضي لا يمكن ان يحتج بعدم وجود نص قانوني معين وبالتالي امتناعه عن الحكم في المسألة المعروضة عليه، لكن عليه ان يبحث عن الحل من خلال التدرج الذي وضعه المشرع لمصادر القانون¹ التشريع ثم العرف ثم الشريعة الإسلامية وأخيرا قواعد العدالة والقانون الطبيعي، لكن هل يمكن القول بذلك في القانون الإجرائي أيضا، يتبدى هذا الأمر - في نظري - على مستويين أساسيين:

الأول: ما مدى وجود مبدأ الشرعية في قانون المرافعات؟

الثاني: ضرورة الوقوف على حدود تحقيق نصوص القانون الإجرائي للأمن القانوني لما تتصل به مباشرة من تحديد لمضمون العمل القضائي للقاضي، وهو من الأمور التي ينظمها قانون المرافعات، وهو ما يقتضي بالضرورة دراسة دور القضاء في هذا الصدد.

وهو ما نتناوله في المطلبين التاليين تباعا.

¹ د. عبد الرزاق السنهوري ، علم أصول القانون ، المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها.

المطلب الأول

الشرعية الإجرائية في قانون المرافعات

إذا كانت الشرعية من المبادئ المسنقة والمعمول بها حتما فيما يتعلق بالقوانين الموضوعية، فإن جانب من الفقه¹ يقرر -وبحق- ان مفهوم الشرعية الإجرائية في الاجراءات المدنية هو أمر يشكل لغزا، فلا يستخدم المشرع ولا أحكام القضاء المصطلح في سياق الاجراءات المدنية، مما يطرح التساؤل حول وجود هذا المبدأ من الأساس في قانون المرافعات.

ومما يزيد من التساؤلات المطروحة في هذا الصدد ان المشرع لم يول الأهمية القصوى من خلال النص صراحة على الجزاء حال مخالفة الحكم للإجراءات المقررة قانونا، وإنما عمد دائما إلى الفصل بين مخالفة القواعد القانونية ذاتها والاجراءات، ومثال ذلك الأحوال المقررة للطعن لمصلحة القانون سواء في قانون المرافعات المصري أو الفرنسي، المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات أجازت للنائب العام حق الطعن لمصلحة القانون بالأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية أيأ كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ودون التقيّد بمواعيد الطعن وأحوال الطعن بالنقض، وسواء في المواد الجنائية أو في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها، وهي:

١. إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون، أو على خطأ في تطبيقه أو تأويله.

٢. إذا وقع بطلان في الحكم.

٣. إذا وقع بطلان في الإجراءات أتر في الحكم.

فالحالة الثالثة فقط هي التي تسلط الضوء على "شرعية الاجراءات"، وإن كان بطريق غير مباشر ذلك انها لا تعد وحدها السبب المبرر للطعن، لكن لأن بطلان الاجراءات أدى إلى التأثير في الحكم الموضوعي الصادر، فكأن المشرع دائما بصدد الشرعية الموضوعية وليست الشكلية (الإجرائية).

كذلك فإن وظيفة القاضي هو الفصل في النزاع المطروح عليه وفقا للقوانين الواجبة التطبيق في هذا الصدد، وكذلك فإن وظيفة محكمة النقض الأساسية هي رقابة صحة تطبيق القانون من قبل محكمة الموضوع، الأمر الذي لم يشر إلى مفهوم القانون بالمعنى الواسع إلى الاجراءات.

¹ Loic Cadiet, la légalité procedurale en manière civile, disponible sur: https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadiet.pdf

وهو أيضا ما يستفاد من تعريف العمل القضائي بوصفه الوسيلة الأساسية لتحقيق اليقين أو الأمن القانوني بأنه إزالة التجهيل القانوني حول واقعة معينة وذلك حين "يفشل الرأي القانوني الذاتي للطرف المكلف بالقاعدة القانونية، كأداة لتحقيقها تلقائيا، فيتحول إلى مجرد ادعاء يخضع لتقدير القضاء"¹، فالأساس هو القاعدة الموضوعية التي تضمن الاجراءات توافق تقدير القضاء معه دون الخضوع لأي عوامل ذاتية قدر الإمكان.

ونظرا لعدم النص على الشرعية الإجرائية صراحة في القوانين الإجرائية بالمعنى السالف، فيمكن البدء من مفهوم الشرعية ذاته، وفي هذا الصدد يوجد العديد من التعريفات، وعموما فإن الشرعية تعنى كل ما هو قانوني أو كل ما يأتي متوافقا مع القانون، وبعبارة أدق الاتفاق مع القواعد القانونية أيا كان مصدرها دستوريا ام تشريعيًا وتسيّد احكامها على كل من الدولة والأفراد سواء كانوا حكاما ام محكومين، وللشرعية معنى آخر هو كل ما يتأسس بواسطة القانون كما في القانون الجنائي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، أيضا تعنى الشرعية الوصف الذي يتطلبه القانون في عمل معين كما هو الحال في مبدأ شرعية اجراءات القبض والتفتيش، كما يعنى في تعريف آخر: مجموعة القواعد القانونية أيا كان مصدرها، مما يجعل الشرعية تتعلق بالحقوق الموضوعية كما تتعلق بالنظام القانوني بأكمله.

ويرى جانب من الفقه² ان لمحاولة الوصول إلى مفهوم على قدر من التحديد للشرعية الإجرائية ينبغي الانطلاق من المفهوم الأخير، ذلك ان مبدأ الشرعية - في مفهومه الذي يتصل بالقانون الجنائي- يجد المبدأ الموازي له في القانون المرافعات وهو شرعية أدلة الاثبات، غير ان لأغراض الدراسة ينبغي التركيز على المفهوم الأخير، كما عبر عنها جانب آخر من الفقه³ بوصفها "خضوع العمل القانوني وأيضا العمل المادي للقاعدة القانونية وذلك سواء من حيث الشكل أو الموضوع". ، بما يمكن معه القول ان بالتطبيق على الاجراءات فإن الشرعية الإجرائية تعنى احترام القواعد الإجرائية، وهو ما ينطبق أيضا على كل أطراف الاجراءات فيلتزم بها القاضي وأعوانه من جهة، كما يلتزم بها الخصوم ومن يمثلهم من جهة أخرى.

ولكن يتفرع عن هذا التعريف بالضرورة ان الخصومة المدنية ليست المجال الأوحد لتطبيق الشرعية الإجرائية، ولكن أيضا يجدر الإشارة إلى انها تمتد إلى ما عداها فإن في الحقيقة فإن الشرعية الإجرائية تجد أساسها بداية في قانون المرافعات وامتد بعد ذلك إلى غيرها من الاجراءات ومن ضمنها الاجراءات الجنائية⁴، وفي ذات الإطار فإن هذه الشرعية ستكون هي المعيار للحكم على أي قرار قانوني يتم اتخاذه حتى ولو بدون اجراءات - لأنه من المتصور وجود اجراءات دون

¹ د.وجدى راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٠٠.

² Loic Cadet, la légalité procedurale en manière civile, opt.cit, p.3.

³ Yves Gaudemet, Légalité (Principe de), in Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. Stéphane Rials, Denis Alland, PUF, 2003.

⁴ Mireille Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil, 1994, p.149.

خصوصية¹ - ففي هذه الحالة لن يتم التقييم تأسيسا على احترام القاعدة الموضوعية فقط (الشرعية المادية) وإنما أيضا تأسيسا على الشرعية الإجرائية وهو رقابة ما إذا كانت الاجراءات التي تم اتخاذها سليمة أم لا وفقا للقانون الإجرائي واجب التطبيق.

وتأسيسا على ما سبق فإنه من المنطقي القول بتنوع مجال (مصادر) الشرعية الإجرائية، فإذا سلمنا بأن الشرعية الإجرائية هي مفترض ينبغي ان يتم مراعاته في كافة الاجراءات بل والأعمال القانونية والتي من شأنها ان تؤثر في المصالح الخاصة للأفراد؟ فإن التساؤل يثور حول الاجراءات واجبة التطبيق والتي من شأنها ان تختلف باختلاف السياق الذي تطبق فيه، لذا ينبغي دراسة القواعد المؤسسة للشرعية الإجرائية les règles constitutives de la légalité procédurale من جانب، والقواعد ذات الصلة بالشرعية الإجرائية من جانب آخر.

الفرع الأول

صعوبة تحديد القواعد ذات الصلة بالشرعية الإجرائية

لما كان التشريع لا يمكن ان يشكل بذاته الضمان الوحيد للشرعية الإجرائية خاصة مع المفهوم الخاص للشرعية الإجرائية - على نحو ما سلف- وبالتالي الأمن القانوني، وتبعاً لذلك كان أهمية الاجتهاد القضائي، والذي يعكس دور القضاء استكمالاً لدور المشرع في تحقيق الأمن القانوني.

وفى الواقع فإن الحديث عن الاجتهاد القضائي ليس بالأمر المستحدث، فهو متعارف عليه في الشريعة الإسلامية وعند الرومان وكذلك في كافة القوانين المقارنة غير انه في إطار الأنظمة القانونية بل والتشريعات المقارنة يكتسب مفهوم الاجتهاد القضائي ودوره في خصوص القاعدة القانونية مفهوماً مغايراً، وهو الأمر محل البحث إلى أي مدى يكمل القضاء دور المشرع في تحقيق الأمن القانوني وذلك في إطار من الوظيفة القضائية والتنظيم الذي يمنحه له القانون.

أولاً: القواعد ذات الصلة بالشرعية الإجرائية تتصف بالعمومية وانطباقها في جميع المجالات:

يشير جانب من الفقه إلى ان تطبيق قواعد القانون الإجرائي فيما يتعلق بإجراءات التقاضي أمر لا يثير صعوبة خصوصاً فيما يتعلق بقانون المرافعات المدنية والتجارية، باعتباره الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية وهو ينطبق فيما لم يرد به نص، ومن هذا المنظور يمكن القول بوجود نوعين من قواعد في قانون المرافعات الأولى: وهي التي تشكل الشريعة العامة، والثانية: القواعد الخاصة بالإجراءات المدنية والتجارية والتي لا تنطبق إلا في هذا المجال.

¹ راجع د.سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار نصر للطباعة، ٢٠١٠.

ويضيف الفقه¹ في هذا الصدد أنه مما يعوزه الدقة تحديد مفهوم الشرعية الإجرائية في خضوعها لشروط المحاكمة العادلة كما حددتها المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، هذه الشروط تقتض وجود محكمة محايدة ومستقلة تتأسس بموجب القانون من ناحية، منازعة حول حقوق والتزامات مدنية من ناحية أخرى، وهو أساس المحاكمات على اختلاف أنواعها في كل الدول على اختلاف انظمتها القانونية، لكن حصر الشرعية الإجرائية في هذا الإطار يتنافى مع تطبيقها على اجراءات التحكيم مثلا، فالأخيرة تنطبق عليها الشرعية الإجرائية لكن بما يتناسب وطبيعتها وليس طبيعة الاجراءات القضائية ، فهئية التحكيم لا تنشأ بواسطة القانون ولكن تحتفظ اجراءات التحكيم برد المحكم، وإمكانية الطعن في حكم التحكيم (عن طريق دعوى البطلان).

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها ان اللجنة - في القضية محل النزاع- وإن كانت قراراتها لا تتوافر لها الطبيعة القضائية إلا انه مع ذلك ينبغي على أعضائها التزام الحياد، وعدم الانحياز لأحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، وهو ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في سياق مشابه غير أنها أضافت ان الأمر ليس في حقيقته على قدر من التعقيد كما يبدو ذلك لأن نص م ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وإن كان لا ينطبق أمام اللجنة المنصوص عليها في م ١٦٥٣ من القانون العام للصادرات باعتبارها فرع استشاري إلا انه مع ذلك لا بد ان يسود مبدأ الحيادة مناقشات أعضاء اللجنة.²

بما مفاده ان الشروط التي تتطلبها م ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والموجودة فعلا في باقي الأنظمة القانونية والتي تترجم في الحق في اللجوء إلى القاضي الطبيعي لا تمثل إلا مظهر من مظاهر العدالة الإجرائية، ذلك ان مفهوم الأخيرة - عملا- في إطار الحق في المحاكمة العادلة لا يعنى العدالة/ الانصاف الموضوعي *l'équité substantielle* والتي تعنى بحسب التعريف تطبيق القاعدة القانونية بصورة سليمة على الحل المادي للنزاع، لكن العدالة الإجرائية تعنى عدالة الاجراءات في تناول موضوع النزاع من خلال الاجراءات التي تتخذ للوصول للحل المادي لموضوع النزاع.

¹ Frédéric Sudre, le droit à un procès équitable hors juridictions ordinaires, in Mélanges Jean Dubouis, Dalloz, 2002.

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 31 mai 2005, Pourvoi No. 01-00.720, Publié au bulletin, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007050823/>

العدالة الإجرائية بهذه المثابة هي ضمان ان الحكم الصادر عن القاضي يأتي مستوفيا شروط حياد القاضي، وهو ما يعكس وجود مسافة مناسبة بينه وبين الخصوم مما يأتي متسقا مع الصلاحية المعترف بها عالميا - استيفائه تلك الشروط- فيكون الحكم الصادر شرعي ومقبول أيضا من منظور نظريات العقد الاجتماعي.

وما ينطبق على الاجراءات القضائية ينطبق كذلك على كافة الاجراءات عموما والتي من شأنها ان تؤثر على مصالح الأفراد، فقبل الفصل في موضوع النزاع بحكم فإن العدالة ينبغي ان تراعى في إدارة وتداول الاجراءات التي تنتهي بالحكم الفاصل في النزاع، لأنه إذا كان من المحتمل ألا تؤدي الاجراءات العادلة إلى حكم عادل، فإن من المستحيل ان تؤدي الاجراءات غير العادلة إلى حكم عادل، ومن هنا كان تكريس مبدأ " حسن إدارة العدالة" باعتباره حق كل مواطن في ان يتم الفصل في قضاياها بحياد وعدالة وخلال وقت مناسب بواسطة كافة المؤسسات والهيئات، لذا فإنه من المبرر ان نجد ان بعض المبادئ التي تسود الخصومة المدنية في الأساس كالحيد ومبدأ المواجهة تتخطى في تطبيقها اجراءات الخصومة والحكم إلى أي اجراءات أخرى لاتخاذ القرار، القواعد المنظمة للأسواق، اجراءات الجزاءات القانونية في علاقات القانون الخاص (كالعقود)، في هذا الصدد يقرر جانب من الفقه¹ -وبحق- ان حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة وبصفة عامة الحق في كافة الأشكال الإجرائية وأيضا الحق في تسبب القرار الصادر كلها تنفرع عن طائفة الحقوق الأساسية أكثر من الحقوق الإجرائية بالمفهوم الضيق، فمن غير الضروري ان توجد اجراءات قضائية لكي تنشأ هذه الحقوق، يكفي ان يكون هناك شخص ما له السلطة في اتخاذ القرار ومن شأن هذا القرار ان يؤثر على مصالح الآخرين، لذا فالقانون الإجرائي قد يطلق عليه أحيانا القانون العام (الشريعة العامة) للإجراءات، كما يكون في أحوال أخرى القانون العام (الشريعة العامة) لاتخاذ القرار القانوني.

ترتبا على ما سبق فإذا كانت الشرعية الإجرائية ليست ضرورية لإجراءات التقاضي فحسب، بل أيضا لأن كل قرار قانوني طالما يؤثر على مصالح الأفراد الخاصة لابد وان يراعى هذه الشروط، ومن هنا كانت قواعد التي تتحدد في ضوئها الشرعية الإجرائية بعيدة عن التجانس لاختلاف السياق الذي تطبق فيه، فالقواعد الإجرائية لا تنطبق في مجموعها على كافة الاجراءات (قضائية أم لا)، كما انها لا تطبق بطريقة متطابقة، لذا فطريقة تطبيق ومضمون الاجراءات تختلف باختلاف القواعد التي تقررها.

الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان وضع تحديد على سبيل الحصر للقواعد التي تتصل حتما بالشرعية الإجرائية في قانون المرافعات، تأسيسا على ذلك كان من اللازم على الأقل الوقوف على المصادر التي تستمد منها القواعد تحقيقا للشرعية الإجرائية.

¹ Hervé Croze, Au- delà du droit processuel pour une théorie juridique de la décision, n Mélanges Normand, Juris-Classeur, 2003, p. 125-139.

– ثانيا: مصادر الشرعية الإجرائية (القواعد المؤسسة للشرعية الإجرائية)

إذا كانت القواعد القانونية التي تتأسس عليها الشرعية الإجرائية على قدر كبير من التنوع، ولا يقتصر هذا التنوع على فكرة ان الاجراءات تختلف باختلاف السياق الذي تطبق فيه والقواعد الموضوعية التي تأتي هذه الاجراءات تنظيمها لها، ولكن أيضا فإن قانون المرافعات _أو قانون الاجراءات المدنية- يضم قواعد موضوعية وقواعد إجرائية، كما توجد القواعد الآمرة والقواعد المكملة والتي تخضع لاتفاق الأطراف في الحدود التي يبينها القانون.

غير ان هذا التنوع لا يعد التنوع الذي يثير إشكالية - وهى في هذا الصدد محاولة الوقوف على الشرعية الإجرائية بما يتضمنه ذلك من تدرج هرمي للقواعد- ولكن حقيقة ان القواعد الإجرائية ليس لها ذات القوة التشريعية، الأمر الذي من شأنه ان يؤدي إلى غرابة كافة القواعد الإجرائية بداية من القواعد ذات الطبيعة الفنية وصولا للمبادئ ذات الصبغة الأخلاقية، مما يقرر معه جانب من الفقه¹ - وبحق- انه في هذا الصدد ينبغي فيما يتصل بالمرافعات المدنية دراسة مبدأ الشرعية عموما على اعتبار انه مبدأ مركب وهرمي composite et hiérarchisé، وهو بدوره ما يثير الخلاف حول مضمون القواعد الإجرائية وأساسها على النحو الذي يمكن مع تأسيس الشرعية الإجرائية.

– أولا: مضمون التدرج الهرمي للقواعد الإجرائية:

إذا كانت الشرعية الإجرائية كالشرعية عموما تأتي في تسلسل هرمي، إلا ان هذا الهرم لم يعد ينصب على تدرج شكلي يرتبط بتدرج المصادر التي تتفرع عنها القواعد الإجرائية، لكنه تدرج مادي - موضوعي- يتأسس على ترتيب مجموعة من المبادئ التي تأتي القواعد الإجرائية بغرض ضمانها وتحقيقها في الواقع العملي.

في بداية قانون المرافعات الفرنسي يأتي تنظيم القواعد المنظمة للدعوى المدنية Les principes directeurs du procès والتي قرر الفقه بأنها تعد بمثابة قواعد بدائية أو بديهية ينبغي على كافة الاجراءات وأيا كانت الجهة صاحبة الولاية القضائية مراعاتها، كما انها تعد بمثابة "جوهر الاجراءات المدنية"، وهى ذات المبادئ التي يقرها المشرع المصري - مع اختلاف صور التنظيم- وكذلك العديد من الدول إن لم تكن كلها، ومما ساعد على انتشار تلك المبادئ المعاهدات والمواثيق الدولية التي تركز تلك المبادئ وتتضمن إليها كافة الدول على المستوى الدولي، وهو ما نعرفه في القانون المصري من ان قانون المرافعات هو الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية.

¹ Yves Gaudemet, *Légalité (Principe de)*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous dir. Stéphane Rials, Denis Alland, PUF, 2003., p.917.

فهي يعنى ذلك ان تلك المبادئ لها الأولوية في الشرعية الإجرائية عن غيرها من القواعد، وبمعنى آخر هل القواعد الإجرائية التي تأتي تقريراً لهذه المبادئ على قمة هرم القواعد الإجرائية ولها الأسبقية في التطبيق عن غيرها من القواعد؟

يجيب جانب من الفقه¹ على هذا التساؤل بالنفي ان القواعد في المواد من ١ إلى ٢٤ من قانون المرافعات الفرنسي هي قواعد ذات طبيعة تنظيمية ولا تتمتع بأي أسبقية لغيرها من القواعد الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات الفرنسي، مما يجعل في بعض الأحيان تلك القواعد في التطبيق (قواعد المرافعات) في مرتبة أدنى من غيرها لاسيما المبادئ المنظمة للمحاكمات الجنائية والادارية في الوقت الذي كانت فيه هذه المبادئ (أي مبادئ قانون المرافعات) هي المصدر التشريعي لكافة القواعد الإجرائية.

ويكمل - هذا الجانب - مقررًا ان في الوقت الحالي لا يمكن الجزم بأن القوة الحقيقية للقواعد في التطبيق للمبادئ تتلائم بالضرورة مع قوتها الشكلية أو الأداة التشريعية التي تقرها، ومن صور ذلك - باعتباره انعدام للتوازن - ان مبدأ المواجهة ومبدأ العلانية باعتبارهم قواعد عامة للقانون بل ومبادئ دستورية أيضاً وأحد الأعمدة التي يتأسس عليها الحق في محاكمة عادلة، لم يكتسب هذه القيمة بالنظر إلى ترتيب القاعدة التي تكرسه، ولكن لتأكيد القضاء على أهميته سواء المجلس الدستوري ومحكمة النقض الفرنسية أم كما هو الحال في القضاء المصري، وهو الأمر الذي يوصف بأنه إعادة تقييم للقواعد بواسطة القضاء Revalorisation فلم تحتل القاعدة الأولوية بسبب القوة التشريعية للأداة التي تقرها بل للقيمة الأساسية التي تضمنها.

مثل هذه الألية في عمل القضاء والتفاعل بين التشريع الإجرائي والأحكام القضائية من شأنه ان يؤدي إلى صعوبة في تحديد الشرعية الإجرائية أي ترتيب القواعد ترتيباً هرمياً على النحو المعمول به في غيرها من القوانين الموضوعية والتي من السهولة بمكان تحديد الشرعية فيها والوقوف على الترتيب الذي يلتزم به القاضي في أعمال هذه القواعد.

لعل مما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو ما هو متعارف عليه في قانون المرافعات المصري من وجود بعض المبادئ التي ينبغي احترامها، بل والتي يترتب على مخالفتها جزاءات إجرائية قد تصل إلى حد ان تشكل سبباً يبرر الطعن في الحكم الصادر ومن ذلك ما يشير إليه الفقه² من ان الأمانة الإجرائية مبدأ لم يتقرر بنص صريح في قانون المرافعات إلا ان كافة القواعد الواردة في هذا القانون من شأنها ان تكرر لهذا المبدأ والذي يخضع لرقابة المحكمة وتعمل على ضمانه طوال سير الاجراءات، بل انى أرى ان بعض القواعد والتي إن نصت صراحة على هدفها كما هو الحال في مبدأ المواجهة مثلاً فإن

¹ Loic Cadiet, la légalité procedurale en manière civile, opt.cit, p.11 et suivi.

² د.سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي، الغش الإجرائي - الغش في التقاضي والتنفيذ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، العدد الأول، يناير ١٩٩٩، ص ٢٨٠ وما بعدها.

الهدف الأساسي لهذا المبدأ هو ضمان حقوق الدفاع وتمكين الخصوم من مباشرتها، إلا انى أرى انه يحقق مبدأ الأمانة الإجرائية أيضا بطريقة غير مباشرة، وهو ما من شأنه ان يزيد بدوره من صعوبة تحديد تراتبية معينة للقواعد والمبادئ الإجرائية وصولا للوقوف على الشرعية الإجرائية في هذا الصدد.

– ثانيا: الأساس القانوني للمفهوم الخاص لتدرج قواعد القانون الإجرائي:

يُطرح التساؤل حول قواعد القانون الإجرائي بالمعنى الواسع –أي القواعد والمبادئ– وهو لماذا تعد بعض القواعد فيما يتصل بالشرعية الإجرائية أكثر أهمية من غيرها؟، والإجابة على هذا التساؤل هو تحديد الأساس في ترتيب قواعد القانون الإجرائي بحسب الأهمية، وفي الإجابة عن هذا التساؤل ينبغي الأخذ في الاعتبار انه مما يزيد من صعوبة الإجابة هو صعوبة التفرقة بين القاعدة الإجرائية والمبدأ الإجرائي.

في هذا الصدد فإن أول معيار للتفرقة يتم طرحه هو ان القاعدة القانونية دائما ما تكون أكثر تفصيلا عن المبدأ القانوني¹، واستكمالا لمحاولات الفقه² للوقوف على الأساس في أهمية بعض المبادئ عن غيرها، مثل لذلك بمبدأ" المرافعات الشفوية والمكتوبة" فيقرر ان هذا المبدأ "غير أساسي" ذلك انه يتناول قواعد تنظيمية بسيطة وذلك لأنها لا تشكل أساسا في تحقيق الاجراءات العادلة.

لكن هل لتفرقة بين المبدأ والقاعدة تقوم على أهمية والدور الأساسي الذي تلعبه الأولى- أي المبدأ - في تحقيق الاجراءات العادلة، فإذا كانت الأساسية تشكل معيار للتفرقة بين المبدأ والقاعدة، فإن الوقوف على اعتبار مبدأ معين أساسي من عدمه يواجه عدد من الصعوبات:

الأولى: أصل تقرير الصفة الأساسية واعتباره مبدأ أساسي: وهو ما يرجع بنا إلى فكرة وجود الدستور في جميع فروع القانون وبعبارة آخري هل إذا نص الدستور على مبدأ إجرائي معين فيعتبر في مصاف الحقوق الأساسية³، وفي هذا الصدد

¹ للمزيد حول الآراء الفقهية للتفرقة بين القاعدة والمبدأ القانوني راجع:

John Briathwaite, Rule and Principles: A theory of Legal Certainty, Australian Journal of Legal philosophy, No.27, 2002, p.50-52 and cited reference.

² Frédérique Ferrand, Les « principes » relatifs à la procédure civil transnationale sont-ils autosuffisant? De la nécessité ou non de les assortir de « Règles » dans le projet ALI/Unidroit, Rev. Droit. unif.2001-4 p.995.

³ ويجدر الإشارة في هذا الصدد إلى وجود ذات الخلاف الفقهى حين البحث عن معيار لما يعد حقا أساسيا هل يكفي ان يكون من ضمن حقوق الانسان ، أم يجب ان ينص عليه الدستور، أم ان الأمر مستمد من القانون الطبيعي وما هو مستقر عليه قضائيا ، وفي هذا الصدد قام المجلس الدستوري الفرنسي بدور هام للغاية لأن اعتبار حقا ما أساسيا من عدمه أصبح خاضعا لتفسير القاضى فأدخل إلى القائمة ما رآه من قبيل هذه الحقوق على ان يكون الأصل في التفسير التوسع، ولعل أهمية تحديد ما إذا كان حق أو حرية معينة من قبل الحقوق الأساسية من عدمه هو أمر على درجة من الأهمية لما من شأنه ان يخضعه للنظام القانوني للحقوق الأساسية.

يقرر جانب من الفقه¹ - وبحق - أنه إذا كان - وهذا أمر حقيقي - هناك دائما ومن البداية حقوق أساسية إجرائية (تتعلق بالإجراءات)، فإنه من غير اللازم البحث على أساس اكتسابهم لهذه الصفة في الدستور وهو كذلك أمر يعوزه الدقة.

ومن هذا النظر فإن الدستور ليس هو الأساس للوقوف على أساسية قواعد/ مبادئ معينة، ذلك ان هذه المبادئ كانت أساسية فنص عليها الدستور وليس العكس، فالتوافق مع الدستور ليس هو الأساس في احترام الحق في محاكمة عادلة.

الثانية: حدود فكرة أساسية المبادئ: وبعبارة أخرى هل تعتبر كافة المبادئ الحاكمة للخصومة على ذات الدرجة من الأهمية / الأساسية، أم ان هذه المبادئ ليست على ذات الدرجة من الأهمية في إطار الشرعية الإجرائية؟

في الحقيقة فإن هذه المبادئ ليست على درجة واحدة من الأهمية، يرى الفقه² ان المبادئ الإجرائية الأساسية المعيار فيها هي ان تكون مبادئ تسهم بشكل فعال وحقيقي في الدعوى وتشكل الجوهر الحقيقي لها، ولا تقتصر على الدعوى المدنية فقط بل تمتد لتشمل كافة الدعاوى على اختلاف الولاية القضائية، وهو ما ينطبق على مبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ حياد القاضي، فكلا من المبدأين يدعم بعضهما البعض، فكلاهما شرط للآخر وكلاهما من دعائم المحاكمة العادلة التي من شأنها ان تؤدي إلى الحكم العادل، وذلك بالإضافة إلى مبدأ المساواة بين الخصوم، ومبادئ التي ترسيها محكمة النقض في هذا الصدد والتي تعمل على تقرير وثبات مثل هذه المبادئ عملا.

فهذه المبادئ الثلاثة على قدر من الأهمية إلى الحد الذي يجب ان تسود معه كافة المحاكمات، وبإلزام وتطبيق على كافة وسائل فض المنازعات حتى الغير قضائية مثل كالتحكيم والتوفيق، وكذلك فعند التسوية الودية للنزاع والتي تمر بمرحلة إدخال الغير للتوفيق، فإن تدخل الموفق ينبغي ان يخضع لمبدأ الحياد، والالتزام بالحياد للفصل في النزاع لا يرتبط بوجود القاضي بل يلتزم الموفق أيضا بالحياد لكونه من غير أطراف النزاع.

اختلاف طبيعة عمل القاضي عن الموفق لا يغير من ضرورة توافر شرط الحياد ففي الحالتين لا ينبغي لكلا من القاضي أو الموفق ان يتخذ جانب أحد الخصوم، بل ينبغي عليهم المحافظة على التوازن والمساواة بين الخصوم، فينبغي عليهم المحافظة على المساواة بين الخصوم والمسافة المتساوية بينهم وبين الخصوم والتي من شأنها ان تضفي الشرعية على تدخلهم للفصل في النزاع.

¹ Bernard Beignier, Hiérarchie des norms et des valeurs- les principes généraux du droit et la procédure civile, in le droit privé français à la fin du XXème siècle, étude offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p.153.

² Maan Bousaber, Les principes généraux de droit et la procédure civile, available at:

<https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/955/Lesprincipesgenerauxdedroitetlaprocedurecivile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

إجمالاً من العرض السابق ننتهي إلى وجود الشرعية الإجرائية بالفعل وضرورتها في تحقيق الأمن القانوني فيما يتصل بالتشريع، إلا أنها تأخذ مفهوماً مغايراً فالأمر لا يتعلق بوجود تدرج للقواعد لكن احترام مبادئ معينة وضرورة ألا يحدد القاضي عنها عموماً وحتى في حال عدم وجود نص صريح فالحل الذي تقرره المحكمة ينبغي أن يتأسس على هذه المبادئ.

الفرع الثاني

الاجتهاد القضائي

– أولاً: تعريف الاجتهاد القضائي:

يعرف الاجتهاد القضائي بأنه: " هو مجموعة الحلول القانونية التي تستتبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"¹، وفي اصطلاح الفقهاء هو: "عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة وهي القرآن والسنة والاجماع وإجماع علماء الأمة الإسلامية والقياس".

فإذا كان التشريع يتكون من قواعد عامة مجردة إلا أنها تأتي بصورة موجزة وعبارات - من حيث الأصل - قصيرة، كما أن المشرع مهما كانت براعته اللغوية من غير المتصور أن يملك التعبير عن مسألة معينة بتعبير يفهمه الجميع على ذات النحو، وأيضاً من غير المتصور أن تواجه كافة الفروض الواقعية بصفة مانعة جامعة ومن هنا كانت أهمية الاجتهاد من جانب.

ومن جانب آخر فإن الأمر لا يتوقف عند التفسير لذاته فالقاضي إن لم يجد حلاً قانونياً لكل مسألة تعرض عليه، فإنه يعتبر منكراً للعدالة، وعموماً فإن القاعدة القانونية دائماً في حالة سكون والقضاء هو من يجعلها في حالة حركة.

على أن الاجتهاد القضائي لا يملك نفس المعنى - كما سبق البيان - في كافة الأنظمة، ففي القانون الإنجليزي الذي يركز في أساسه على الأحكام القضائية يعتبر فيه الاجتهاد القضائي بمثابة الشريعة أو القانون العام Common Law فالأحكام الصادرة عن المحكمة العليا هي بمثابة القانون الواجب التطبيق، في حين أن في الدول التي تنتهج النظام اللاتيني تعتبر الأحكام القضائية بمثابة تفسير للتشريع على سبيل الاستئناس ولا قوة تشريعية لها.²

¹ د. موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة عدد ٣ يوليو ١٩٦٩، ص ١٥.

² "التفسير القضائي وإن طبق على النزاع المعروض إلا أنه لا يكون ملزماً للمحاكم الأخرى"، د. محمد حسين منصور، نظرية القانون (مفهوم وفلسفة وجوهر القانون - طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه)، بدون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٤٤.

غير انه عملا إذا خالفت المحاكم الأدنى درجة المبادئ المستقرة للمحاكم الأعلى فإن حكمها سيتم نقضه من جهة، ومن جهة أخرى كما تقرر قواعد قانون المرافعات إذا نقضت محكمة النقض حكم لمحكمة أدنى وأحالت الحكم للأخيرة لتفصل فيه أو لتفصل فيما أغفلت الفصل فيه فيجب على هذه المحكمة ان تتقيد بما وضعته محكمة النقض من قواعد، وإن لم تفعل، نقضت محكمة النقض الحكم للمرة الثانية وفصلت في الموضوع بنفسها دون إحالة.

وفي هذا الصدد يقرر جانب من الفقه¹ ان الاجتهاد يتحقق في كل مرة يصل فيها القضاء - وبالذات المحاكم العليا- إلى قرارات يتأكد من خلالها انها طبقت القواعد القانونية تطبيقا سليما ووضحت "معالمها وفق مراميها وغاياتها التي قصدها المشرع يوم وضعها خاصة إذا كانت صادرة عن محكمة عليا، وهي الغاية التي يسعى إليها كلا من القضاء والمتقاضين."

على هذا النحو يمكن القول ان الاجتهاد القضائي ينعكس أهميته فيما يلي:

١. ينبني عليه التفسير وصولا إلى حل قانوني للنزاع، على اعتبار ان النصوص عامة ومجردة يستخرج منها القاضي الحلول لما يعرض له من مسائل.

٢. حتى لا يعتبر القاضي منكرا للعدالة إذا ما عرض عليه مسألة ما فيعتبر إعمال الاجتهاد القضائي وسيلته في الوصول إلى الحل.

٣. لا يتوقف دور التفسير والاجتهاد القضائي عند هذا الحد، فالقضاء تحت ستار التفسير يقوم بخلق القواعد القانونية، فيصل إلى الكثير من المبادئ انطلاقا من تفسير بعض القواعد التشريعية.²

– ثانيا: تمييز الاجتهاد القضائي عن العمل القضائي:

إذا كان الاجتهاد القضائي وأثره في القاعدة القانونية أمر يتحدد في ضوء السلطة التي يمنحها المشرع للقاضي وحدود ممارسة الأخير لهذه السلطة، إلا ان العمل القضائي والاجتهاد القضائي مصطلحان مختلفان، صحيح ان الاجتهاد مجال مباشرته- في نطاق الدراسة- هو العمل القضائي إلا انه مع ذلك يوجد فرق.

¹ د. عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، إعادة نشر بواسطة موقع التالي، ٢٤ مايو ٢٠١٨

<https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AC%D8%AA%D9%87%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A6%D9%8A-%D9%88%D8%AF%D9%88%D8%B1%D9%87-2/>

² د. محمد حسين منصور، نظرية القانون (مفهوم وفلسفة وجوهر القانون - طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه)، بدون دار نشر، ٢٠٠٢، ص ٤١٣.

تعددت النظريات التي حاولت الوقوف على مفهوم العمل القضائي¹ فيقوم القاضي بأعمال الإدارة القضائية ولكنها مع ذلك لا تعتبر من قبيل العمل القضائي، وكلاهما من صور النشاط القضائي، غير ان في العمل القضائي يباشر القاضي ولاية الفصل في المنازعات، وانطلاقاً من هذا المفهوم فإن من المتصور ان يتوافر في العمل القضائي ثلاثة عناصر، وهي وجود نزاع أو مركز خلاف يستدعي تدخل القاضي، وهيئة من الغير تحسم النزاع بمعنى هيئة ليست لها مصلحة في النزاع وهي مستقلة لا تخضع لأية سلطة إدارية، لمنع تدخل الغير في عملها وضماناً لحيادها، والإجراءات التي تحيط هذا العمل بما يكفل حماية الأفراد وتضمن لهم الدفاع عن حقوقهم وهو ما يعد وسيلة لتحقيق القانون وضمان تطبيقه على الوجه الصحيح.

في حين ان الاجتهاد القضائي يفترض ان القاضي بالفعل بصدد مباشرة العمل القضائي، وواجهته مسألة الحل القانوني يشبه الغموض سواء من حيث الصياغة أو التفسير ففي هذا الحالة يُعمل القاضي ذهنه للوصول إلى الحل المناسب في إطار يتناسب مع القاعدة القانونية وما تتبغياه من أهداف وبما لا يعد خروجاً عن مقتضياتها.

الاجتهاد بهذه المثابة: " هو المسلك الذي ينهجه القاضي في حكمه، فيما يتعلق ذلك بنصوص القانون، وما يتصل باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص."²

– ثالثاً: الاجتهاد القضائي تطبيقاً للشرعية الإجرائية:

يقوم الاجتهاد القضائي على عدد من الأسس هي أدوات الصياغة القانونية، والتكييف القانوني، والتفسير القضائي. ومن حيث المبدأ فإنه عندما يتم الإشارة عموماً إلى مفهوم الاجتهاد القضائي -على النحو السالف- فهو يهدف إلى إيجاد حل في المسألة الموضوعية المطروحة على القاضي، لكن هل من الممكن استخدام أسس الاجتهاد القضائي للوصول إلى حل في حالة غموض النص الإجرائي.

١. أدوات الصياغة القانونية:

- القاعدة القانونية:³

وهي عامة ومجردة وهي العنصر الأولى الذي يتكون منه القانون، المبادئ العامة للقانون وهي لا تقدم بذاتها حلاً محدداً للنزاع المطروح على القاضي، فهو مجرد فكرة عامة ويقوم المبدأ العام للقانون على وجود فكرة عامة مشتركة تتأسس

¹ راجع بالتفصيل في هذا الصدد، د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، دار المعارف، ١٩٧٧، ص ١٠١ وما بعدها.

² د. عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، المرجع السابق.

³ الشيخ عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، ١٩٥٠، ص ٣.

عليها قواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطق قانوني واحد، وهذه المبادئ ليس بالضرورة ان يوجد نص معين يقررها، ولكنها تسود النظام القانوني ومن ذلك مبدأ حسن النية في التعاملات، الأمانة الإجرائية، وهي معروفة سلفا للكافة ، ومع ذلك يقرر الفقه انه يقع على عاتق القاضي استخراج المبدأ العام عن طريق تحليل مجموع القواعد المتعلقة بنظام قانوني معين، من أجل استبعاد الخصوصيات المتعلقة بكل قاعدة وتفصيلها، المفاهيم القانونية: وهي " التأسيس القانوني لمجموعة من القواعد والمبادئ القانونية العامة والتي تهدف إلى التبسيط عن طريق التأسيس."، النمط القانوني: يقصد به النموذج مثل الشروط المقبولة كمييار لطائفة من الأشخاص المرتبطين برابطة تعاقدية في عملية محددة مدنية/تجارية."

- التكييف القانوني: وهو أحد أسس العمل القضائي حيث يربط القاضي بين النموذج الواقعي للقضية المطروحة عليه والنموذج القانوني، وصولاً للقواعد الواجبة التطبيق على القضية محل النزاع.

- التفسير القضائي¹: هو تفسير القاضي للقانون حتى يتمكن من تطبيقه على النزاع المعروض عليه، والقاضي لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه ولكن بناء على طلب الخصوم من خلال القضية التي يعرضونها على القاضي، فالتفسير القضائي يتم دائماً بمناسبة منازعة، ولذا فإن التفسير دائماً له طبيعة عملية.

٢. التفسير القضائي الخطوة الأهم في تحقيق الشرعية الإجرائية:

من العرض السابق يتضح ان الاجتهاد القضائي والتفسير القضائي لا يعتبروا من قبيل المترادفات، وإنما يعتبر التفسير أحد الخطوات التي يمر بها القاضي في إعماله للاجتهاد القضائي.

وأيضاً فلا يجب ان يُتصور ان التفسير القضائي لا حاجة له إلا حال غموض النص أو الفراغ التشريعي - بالرغم من سبق الإشارة لأهمية التفسير حتى لا يجد القاضي نفسه مرتكباً لجريمة انكار العدالة - ففي الواقع كل مرة يقوم القاضي - أياً كانت درجة التقاضي - بالفصل في نزاع فهو في الحقيقة يقوم بتفسير القانون، ولا يقتصر الأمر أيضاً في هذا الصدد على المعنى الحرفي، ولا أبلغ للتعبير عن ذلك مما ساقه جانب من الفقه² مقررًا ان: " تلمس المعاني يحتاج إلى نظر دقيق وفهم سديد، وقدر من الذكاء والفتنة، فمسايرة المعاني المتجددة، والمصالح المتغيرة أشد عسراً من الإلمام بالقواعد اللغوية التي تحكم ظاهر الألفاظ والنصوص"

¹ د. حسين منصور، المرجع السابق، ص ٤١٤.

² د. محمد المدني صالح الشريف، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني (دراسة حول الظاهر والمعنى)، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، العدد ٢٧، يوليو ٢٠١٨، ص ١٢.

فالتفسير القضائي والحال كذلك يعيدنا إلى فكرة ان التطبيق هو الذي يبعث الروح في النصوص، ويجعلها في حالة حركة، غير ان التفسير القضائي لا يوجد مستقلا عن الوقائع التي تثيرها كل قضية، فالقاضي لا يعرف مدى انطباق حكم النص على الوقائع إلا بعد تفسير النص القانوني مما يجعل التفسير جزء من عملية الوصول إلى الحكم فهو يفرض نفسه ليس فقط حال الغموض أو اللبس أو الفراغ التشريعي.

لعل من الأسباب التي أدت إلى تراجع مدارس التفسير التي تؤيد التفسير الحرفي للنصوص - عملا على الأقل - ان الوقوف على معنى النص لا يقتصر فقط على حرفيته وإلا كان التطبيق قاصرا بل ان الوقوف على ذلك المعنى يتعين معه النظر في الحكمة من النصوص والوقوف على غايتها، والبحث على المصالح التي ترعاها فيجب ان يتم ذلك من خلال ظاهر النص والظروف الذي صاحبت تقريره، وواقع الحال.. وغير ذلك من العوامل التي يمكن الوقوف عليها بنسبة ما من الأعمال التحضيرية غير انه ينبغي أيضا ان يؤخذ في الاعتبار المصلحة التي يتغيا المشرع تحقيقها، والمفسدة التي يرمى إلى دفعها الأمر الذي يتمكن معه القاضي من إيجاد حلول للمسائل المتجددة التي من شأنها ان تعرض له.

غير ان ذلك لا يعنى إطلاق التفسير إلى الحد الذي يبتعد به تماما عن حرفية النص، لأن للتوسع في التفسير أيضا مساوى ينبغي للقضاء ان ينأى عنها، وذلك عن طريق الالتزام بالقواعد المنضبطة التي من شأنها ان تحفظ التوازن بين حرفية النص القانوني ومقصده، حتى لا يؤدي إلى اهدار العدل الذي يأتي التفسير كوسيلة لإحقاقه.

وأخيرا يجدر الإشارة ان القاضي وهو بصدد تفسير النص القانوني قد يتأثر بالظروف التي تتعلق بالنزاع، مما يؤدي إلى اختلاف تفسير عبارات القانون ونصوصه بطريقة تختلف من قضية إلى أخرى، ولا يمكن اعتبار ذلك تناقضا في التفسير أو اختلافا في حكم القانون ، ويشير الفقه إلى ان هذا النوع من التفسير قائم في القوانين الموضوعية والإجرائية على حد سواء، لكن ذلك في النهاية إنما يدل على الدور الجوهرى الذى تقوم به محكمة النقض من ناحية تفسير القانون، وأيضا من ناحية توحيد التطبيق من ناحية أخرى وهو أحد الأهداف الجوهرية للأمن القانوني .

المطلب الثاني

دور محكمة النقض في تحقيق الأمن القانوني في قانون المرافعات

إن الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض بطريقة مجملية وعامة هو المحافظة على الأعمال السلمية لقواعد القانون في المجتمع بضمان التطبيق السليم لقواعده إلى الحد الذي يؤدي إلى "تكوين اتجاه متناسق فيما يتعلق بالتفسير الواجب إعطائه للقاعدة القانونية في الحالات المتماثلة".¹، وهو صلب ما يهدف إليه الأمن القانوني.

وإذا كان القضاء في كافة المحاكم وهم بصدد تطبيق القانون فهم يقوموا بتفسيره، إلا أن هذه الوظيفة تندرج بصفة أساسية في اختصاصات محكمة النقض، فالأخيرة بوصفها حارسا للقانون، لا يقتصر دورها فقط على ضمان احترام إرادة المشرع، وإنما أيضا تمتلك أيضا سلطة خلق القانون وضمان وحدة القواعد المطبقة من قبل القضاء وذلك عن طريق تفسير القانون، وهذه السلطة يجب أن تقود محكمة النقض ليس فقط إلى النطق بالقانون في حالة عدم النص وقصوره، وإنما أيضا أن يتم تفسير النص بما يتلاءم مع ظروف تطبيقه وفقا لظروف كل حالة على حدة مع الاحتفاظ بالثبات والاستقرار الكافي للقواعد القانونية في التطبيق على النحو الذي يحفظ التوقع المشروع للأفراد.²

ومن هذا المنطلق دائما ما كانت أحكام محكمة النقض دافعا للمشرع إلى تطبيق ما ارتأته المحكمة من اجتهاد بالتفسير أو الاجتهاد، والتأويل والقياس، ولا يمكن الحديث عن الأمن القانوني سواء للقانون الموضوعي أو الإجرائي بدور دراسة دور محكمة النقض في هذا الصدد، فوجود محكمة عليا هو من أساسيات التنظيم القضائي في كافة الدول، فالمحكمة العليا تعمل على توحيد تفسير القانون وتوحيد تطبيقه في كل البلاد، وأمام مختلف المحاكم حتى لا تتعارض الأحكام فيما بينها الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات وعدم الثقة في القانون فلا يؤدي إلى تحقيق العدالة.

فمهمة محكمة النقض هو التحقق من أن القانون سواء كان موضوعيا أو إجرائيا قد طبق تطبيقا صحيحا على الوقائع المثبتة في الحكم المطعون فيه دون أن يتعرض إلى الوقائع ذلك أن محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة موضوع.

دراسة دور محكمة النقض في تدعيم الأمن القانوني لا يتعلق بأهمية هذا الدور فلا مجال للخلاف حوله، غير أن الأمر يتعلق بأليات ممارسة المحكمة لهذا الدور وهل المبالغة في الاعتراف لمحكمة النقض بهذا الدور من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالأمن القانوني بمعناه الأعم وذلك بما يتضمنه من إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات؟

¹ د.نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٠، ص١٢.

² د.محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٧

في بعض كتابات الفقه - في إطار الدراسة المقارنة- تعرف الأحكام الصادرة عن المحاكم العليا كمحكمة النقض المصرية أو الفرنسية، المحكمة العليا في الولايات المتحدة بالسوابق القضائية ولا تتعلق التسمية في هذا الصدد بالحكم ذات الصادر بالفصل في قضية بعينها ولكن الأمر يتعلق ببعض الجوانب التشريعية التي قد يتضمنها هذا الحكم، ولا غرابة في ذلك اعترافا بأن القاضي حتى وفي حالة صراحة النص فلا بد ان يقوم بتفسيره للوقوف على التطبيق الملائم وفقا للوقائع المعروضة عليه وهو ما ينطبق على كافة المحاكم باختلاف درجاتها، وسواء كان النظام القانوني هو النظام اللاتيني أم النظام الانجلوسكسوني.

غير ان محكمة النقض والمحاكم العليا عموما تحتل خصوصية معينة أو ذاتية ما في هذا الصدد، ويتبين ذلك من دراسة من مفهوم التفسير القضائي للقانون وهل يتطور هذا الأخير أمام المحاكم ليصل إلى حد اعتباره بمثابة ممارسة محكمة النقض وظيفة تشريعية Judicial Law making؟ وإذا كان الأمر يسير على هذا النحو فما مدى التزام المحاكم الأدنى درجة بتلك الأحكام، وما هي آلية إعمال هذه السوابق القضائية؟

الفرع الأول

دور المحاكم العليا في خلق القاعدة القانونية بين النظام اللاتيني والنظام الانجلوسكسوني

في كلا من النظامين تحتل أحكام المحاكم العليا أهمية كبرى، فالنظام الانجلوسكسوني أساسا يُعرف باعتباره القانون الذى وضع بواسطة القاضي Judge made law وان المحاكم في الدول التي تأخذ بهذا النظام يجب عليها التقيد بالسوابق القضائية باعتبارها القانون الواجب التطبيق بالتركيز على الوقائع وظروف كل حالة حدة، وفي ذات الاتجاه فإن دول النظام اللاتيني أيضا تولى أهمية لأحكام محكمة النقض، بل وتتمتع الأخيرة بالقوة الأدبية على الأقل، ذلك ان نقض الأحكام في هذه النظم يعتبر بمثابة عقوبة لقضاه المحاكم الأدنى حال عدم التزامهم بالتطبيق الصحيح للقانون - على الرغم من وجود نظام استقلال القاضي والذي يعنى في أحد جوانبه استقلاله الفني عن غيره من المحاكم- إلا انهم يشايعوا أحكام محكمة النقض وتفسيرها للنصوص، الأمر الذى يجعل من أحكام القضاء في كلا من النظامين (مصدرا من مصادر القانون).

على ان ذلك لا يعنى وحدة عمل آلية المحاكم العليا ولا وحدة الدور الذى تقوم به في كلا من النظامين، ذلك ان هناك عدد من الاختلافات الجوهرية التي تميز الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم والوظيفة التي تؤديها:

- ثنائية النظام القضائي (وهو ما يؤدي إلى توزيع الاختصاص بين كلا من الجهتين وبالتالي توزيع السلطة)

- عدم وجود سلطة تقديرية للقضاة في النظام اللاتيني في اختيار القضايا التي تعرض عليهم فبعيدا عن تكديس القضايا وكثرتها مما يشكل عبء على المحكمة، إلا انه يتعلق في الأساس بفهم القضاة لسلطتهم ومهنتهم ففي النظام اللاتيني المستقر - وإن كان ليس عملا- هو ان القاضي يطبق القانون ومحكمة النقض تراقب صحة تطبيق القانون بواسطة المحاكم الأدنى درجة في آلاف القضايا.

وعموما فإن المحاكم هي من تعطى للقانون معنى وهي بصدد تطبيقه على الوقائع المعروضة عليها، حتى ان بعض القضاة يؤكد على انه مما لا شك فيه انه من الواجب على المحاكم القيام بتفسير القانون وهي بصدد تطبيقه على نزاع معين ونتناول ذلك بالدراسة المقارنة على النحو التالي:

أولا: النظام الانجلوسكسوني:

في الولايات المتحدة بمناسبة تفسير المحاكم الدستور وهي بصدد تطبيقه على ذلك جانب من الفقه¹ بأن المحاكم بصدد وضع دستور جديد، لأنه بتفسيرها للقانون تبين الحقوق والواجبات ومدتها، وكيفية تطبيقها، إضافة إلى طبيعة النظام القضائي الأمريكي أصلا والقائم على السوابق القضائية، ومع ذلك يفرق الفقه² بين القانون الدستوري في الولايات المتحدة Constitutional law، وبين القانون الدستوري الناشئ عن تطبيق المحاكم العليا للدستور Common law Constitutional.

وإذا كان ذلك هو المبدأ أو القاعدة بصدد التفسير - بالتطبيق مثلا على الدستور- فإن الوقوف على آلية تطبيق هذه السابقة تبدأ من شكل التنظيم القضائي، فالنظام القضائي في الولايات المتحدة يتضمن المحكمة العليا ثم محاكم الاستئناف وتتبع هذه المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات وكلا منهم نظام قضائي منفصل، ووفقا لهذا التقسيم يمكن الوقوف على المحاكم التي تنقيد بالسابقة القضائية باعتبارها القانون الواجب التطبيق على اعتبار ان المحاكم الأدنى تنقيد بأحكام المحاكم العليا - من حيث المبدأ- ومع ذلك يقرر الفقه³ انه عملا فإن مثل هذه التبعية أو رقابة المحاكم الأعلى على المحاكم الأدنى محدودة،

¹الاتجاه المؤيد:

David A. Strauss, Common Law Constitutional Interpretation, University of Chicago Law Review, Vol. 63, 1996, p.877.

Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol63/iss3/1>

² Robert Post, Theories of Constitutional Interpretation, Representations, spring1990, The Regents of the University of California, p.13.

Available at:

https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/209/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F209&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

³ Barry Friedman, Under the Law of Federal Jurisdiction: Allocating Cases Between Federal and State Courts, Columbia Law Review, Vol. 104, Issue 5 (June 2004), p.1211-1279.

ذلك ان المحكمة العليا لا تنتظر إلا أقل من ١٪ من الطعون المرفوعة إليها وغالبيتها تكون من محاكم الولايات، الأمر الذي تحفظ معه تلك المحاكم وبالذات المحاكم الفيدرالية بذاتية وحرية في اتخاذ القرار ذلك انها لا تخضع دائما وبصورة مباشرة لإشراف المحاكم العليا، وبالرغم من ذلك تبقى السابقة القضائية ورقابة المحكمة الأعلى أمرا ثابت في النظام القضائي الأمريكي.

ومن جانب آخر تتطرح التفرقة بين ما يعد "سابقة" بالمفهوم الفني-أي تتطوي على جانب تشريعي يؤخذ بالاعتبار- وما إذا كان الأمر تقرير أو تطبيق لنفس السابقة المعمول بها عملا، وفي هذا الصدد ما يثير مثل هذا الخلط هو ان في بعض الأحيان تقوم المحكمة العليا بالقياس وليس التفسير على النحو الذي يسير به اصدار الحكم في النظم اللاتينية ذلك ان الأخيرة تعتمد على التشريعات، في حين ان النظام الانجلوسكسوني التقليدي يقوم على الوقائع والمقارنة بينها، ولتحديد ما إذا كانت سابقة ما واجبة التطبيق على وقائع النزاع من عدمه يعتمد على عنصرين أساسيين:

١. الظروف الواقعية للقضية المعروضة على القاضي:

منطقيا فإن ظروف القضية محل النزاع تعطى القاضي نظرة مختلفة عن المشرع أكثر عمقا، لأن المشرع يتعامل بالمنطق، في حين يأخذ القاضي إلى جانب المنطق الجانب العملي وفي ذلك يقرر جانب من الفقه الأمريكي¹، - تأثرا بنظامهم القانوني - "ان القانون ليس منطقيا في نشأته بقدر ما يعتمد على التجربة والوقائع العملية"، فصناعة القانون من خلال البت في القضايا في ضوء ظروفها الواقعية تضمن ان يتصل تطور القانون بالواقع ويساير تطوره المستمر.

وبناء على ما تقدم يرفض الفقه² أي محاولة للقول بأن نظام السوابق القضائية على هذا النحو لها آثار سلبية أيضا تتمثل في التوصل إلى نتائج غير منطقية، ذلك انه إلى جانب ان هذا النظام يساعد على وجود قانون متطور بانتظام فإنه لا مجال للتقليل من فاعلية هذا النظام خاصة وان دائما ما يتم التطوير في هذا الصدد بالتنسيق بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية.

٢. القيود التي ترد على سلطة القاضي في خلق القاعدة القانونية:

إن القاضي في قيامه ببحث القضايا وتحديد السابقة القضائية الواجبة التطبيق أو استبعاده لغيرها، فهو يقوم بذلك لأن في النهاية ليست جميع القضايا بحاجة إلى إصدار سابقة جديدة، وإلا سيصبح في النهاية الوجود الطبيعي للقواعد

¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., The common law, Little, Brown, and Co.,1881,1, cited by: Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department, p.13.

² Neal Devins and Louis Fisher, The Democratic Constitution, Oxford University Press,2004,p.15.

القانونية في الأحكام القضائية تحت ستار من التفسير أو القياس، مع أنه يجب التركيز على حل النزاع المعروض على القاضي على اعتبار ان الوظيفة الأساسية للمحكمة العليا في الولايات المتحدة.

ولكن هل فعلا المهمة الوحيدة للمحكمة العليا هي الفصل في المنازعات بالمعنى الفني، في هذا الصدد وإلى الآن تتأثر الإجابة على هذا السؤال بقضية Marbury VS Madison إلى جانب المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة، والتي تمثل لنظريتين في حل القضايا التي تعرض على المحكمة - والتي يعرض لها الفقه¹ بوصفهما نظريتين متعارضتين - وهما:

– المصلحة الخاصة Private Right Model

ففي قضية ماديسون ضد ماربوري² علق القاضي Marshall مقررا ان وظيفة المحكمة الأساسية عند الفصل في النزاع هو البت في حقوق الأفراد الخاصة، وان خلق أو صناعة القاعدة تأتي على سبيل المصادفة في سبيل إقرار هذه الحقوق أثناء الفصل في النزاع.

ويمكن توضيح هذا العنصر بصورة أكبر والذي ينعكس في إليه صياغة الطعن المعروض على المحكمة العليا من خلال مذكرة الطعن Writ of Certiorari فهل ما يجب ان يعرض على المحكمة هو الوقائع factual circumstances - أي ان مضمون القضية يعرف بوقائع معينة تتصل بسوابق قضائية معينة هي الواجبة التطبيق مباشرة على وقائع النزاع- والتي تفصل فيها وقد تتعرض للقواعد القانونية بمناسبةها - بمعنى ان تقوم بصياغة سابقة قضائية-

أم ان ما يعرض على المحكمة من الممكن ان يتضمن مباشرة سؤال قانوني Legal issue بحاجة إلى البت فيه وله صبغة تشريعية أي ان المحكمة بصدد اصدار قاعدة قانونية؟، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة انه فقط السؤال المطروح على المحكمة، تقوم المحكمة بالبت فيه وأيا الأسئلة التي تتصل بهذه الأسئلة والملحقة بالمذكرة Fairly Included على انه من المتعارف عليه ان المحكمة تعطي مفهوما مرنا لما يعتبر سؤال له صلة بالوقائع ومن المتعارف عليه ان المحامين يجدر بهم ألا يقوموا بطرح هذه الأسئلة ذات الصلة بالوقائع على المحكمة بطريقة تهدف إلى تصحيح الخطأ.³

¹ Fallon, Richard H., Jr., Hart and Wechsler's the federal courts and the federal system, New York: Foundation Press, 5th ed, 2003, p.67-p.73.

² في تفاصيل تلك القضية راجع د.رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

³ ومثال ذلك في هذا الصدد قضية قتل مشهورة وطرح على المحكمة بمناسبة الطعن أمامها تساؤل حول ما إذا كانت عقوبة الإعدام مبررة على مرتكب الجريمة والذي يبلغ من العمر ١٧ عام الرغم من بشاعة الجريمة وفقا لمواد دستور الولايات المتحدة؟، واعتبرت المحكمة السؤال المطروح عليها سؤال مجرد وعام ومع ذلك قامت المحكمة بالجابة على السؤال ويمكن الوقوف في الاجابة الصادرة في حكم المحكمة على الجوانب ذات الصلة مباشرة بالقضية والآخرى الأقل دقة والتي لا تتصل مباشرة بالقضية.

Rober v.simmons, 543 U.S. 551 (2005).

وفقا لهذا الاتجاه ان العمل ان مهمة المحكمة العليا تتجاوز مجرد الفصل في النزاع ولكنها مؤسسة لها قدرة وخبرة مميزة تؤهلانها إلى إرساء وإعلاء القيم والمبادئ العامة¹، ويعزز من هذا الدور سلطة المحكمة في اختيار القضايا التي تفصل فيها، فترسى المحكمة قواعد موحدة تلتزم بها كافة المحاكم والأشخاص.

الأمر الذي يميز الاتجاهين عن بعضهما البعض هو مفهوم القضية أمام المحكمة العليا هل الأمر لا يتعدى كونه نزاع يتم الفصل فيه وبهذا نأتى إلى نهاية التحليل القانوني، أم ان للقضية مفهوم أوسع من ذلك فهي بمثابة سؤال حول القانون موجه إلى المحكمة.

هذا المفهوم الثاني للقضية يتمشى مع الاتجاه الذى يرى - بحق وفى حدود معينة في رأيي - انها تعطى المحاكم الأدنى درجة قدر من المرونة² على كافة الأصعدة القانونية والواقعية لا توفرها النصوص التشريعية أضف إلى ذلك ما يقرره جانب من الفقه³ من ان الاعتبارات العملية تجعل من الصعب على المحكمة العليا ان تراجع بالفعل كافة الأحكام الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة سواء الخطأ في تفسير القانون أم السابقة الصادرة عنها هي نفسها، الأمر الذى يجعل من محاكم الاستئناف على المستوى الفيدرالى اليد العليا - فعليا - في هذا الصدد مع ان هذا لا ينفى بالطبع كل دور للمحكمة العليا.

للوهلة الأولى قد يبدو انه لا تعارض حقيقي بين مفهوم الحكم الصادر عن المحكمة العليا وما إذا كان قد أتى استجابة للمصلحة العامة أم المصلحة الخاصة أم كلاهما لكن في الحقيقة التفرقة تدق وتصبح فعلا على قدر من الأهمية - وسواء في النظام اللاتيني أم الانجلوسكسونى وإن كان للأخير المساحة الأكبر نظرا لطبيعة النظام القانوني - وذلك حينما يتعلق الأمر بألية الفصل في القضية وأدوات التفسير القانوني التي تستخدمها المحكمة، ذلك إلى جانب الحكم الصادر وطريقة صياغته والتي تأتي تعبيراً عن هذه الألية.

ومثال ذلك هو ان تحديد المحكمة عن وقائع القضية ذاتها بل والسابقة القضائية وهي بصدد الفصل في القضية لتتخطى ذلك إلى الفصل في معنى القانون نفسه، مما يجعل لوقائع النزاع فائدة هامشية في مثل هذه الفروض، ويمثل لذلك

Edward A. Hartnett, Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill, Columbia Law Review, Vol. 100, No. 7, November 2000), p. 1643-1738.

¹Fallon, opt.cit., p.68.

² Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department, p.14.

³ Barry Friedman, opt.cit., p.1224.

جانب من الفقه¹ (فيما يتعلق بطريقة صياغة الطعن، ورد المحكمة عليه) مستشهدا بما تعرض له القضاء في هذا الصدد من نقد بأنه في حال ما إذا عرض على المحكمة قضية تتعلق بمسئولية الموظف العام فإن اتجاه المحاكم الفيدرالية في هذا الصدد ليس مراجعة مبدأ حصانة بعض الموظفين أولا ولكن تقوم المحكمة بمراجعة قواعد الدستور في هذا الصدد وقوفا على القواعد المؤسسة لمسئولية الموظف العام وتتناولها بالشرح والتفسير ثم تقوم بعد ذلك بفحص وقائع القضية للوقوف على مدى قابلية الوقائع للفصل فيها وما إذا كانت الوقائع فعلا من شأنه ان تؤدي إلى مسئولية الموظف، وردا على هذا النقد قررت المحاكم انه الطريقة التي اتبعتها إنما هي تطبيق لمبدأ التفسير² *expositional supremacy* وان دور المحكمة الأساسي إلى جانب الفصل في النزاع ان تعزز من الوضوح في المعايير القانونية لتكييف سلوك الموظف العام، وبالتالي تحقيق الفائدة لكلا من الموظف العام والمواطنين عموما هذا من جانب.

من جانب آخر يتبدى ذلك في الطريقة التي يتم بها صياغة الأحكام والتي تأتي في صورة أمرة كصياغة التشريعات، وليس كأحكام المحاكم ويتخطى الأمر التعبير عن وجود سابقة قضائية ولكن يتجاوزها إلى حد ان تكون أوامر للمشرع ذاته، وإن كان الأمر - وإن كان صادما على الأقل لاعتبارات مبدأ الفصل بين السلطات- مقبولا إلى حد ما في النظم الانجلوسكسونية والتي يشايح فيها المشرع القضاء إلا ان الأمر يحتاج إلى قدر من الدراسة على مستوى الدول اللاتينية.

– ثانيا: في النظام اللاتيني:

في هذا النظام الذي يجد أساسه في القانون الفرنسي، فإن المشرع وحده هو من يملك سلطة اصدار القانون، ذلك ان القانون في أساسه مقنن وصادر عن المشرع ولكن في ذات الوقت يشير الفقه³ إلى ان النظم التي تتبنى هذا المعيار غير غافلة عن دور القضاة في تحليل وتطوير وتعديل القواعد التشريعية، ويستشهد في هذا الصدد بما قرره واضعوا التقنين المدني الفرنسي من انه من الصعب التنبؤ بصورة وإيجاد حلول بصورة مسبقة لكل ما من شأنه ان يستجد من مسائل، وان عبء حل هذه المسائل يقع على عاتق القضاة مرجعهم في ذلك الروح العامة للقانون "المكتوب Codes"، على انه يظل مفهوم سيادة القانون - في هذه النظم- تعنى تطبيق القوانين الصادرة عن المشرع.

لكن في هذا الصدد يثور مسألة مفهوم مصادر القانون في النظام الفرنسي مثلا- باعتباره النموذج الرئيسي للدول اللاتينية- خاصة وان مصادر القانون يأتي من ضمنها آراء القضاة أو المبادئ التي استقر عليها القضاء *la*

¹Edward A. Hartnett, Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill, Columbia Law Review, vol. 100, no. 7, 2000, p. 1643-1738.

² Thomas Healy, The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings, North Carolina Law Review, No.83, p. 847.

³ Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford University Press, 2004), 168-169.

jurisprudence، وهو ما يقودنا إلى التساؤل المحورى حول المكانة التي تحتلها أحكام القضاء الفرنسي، ومدى الزاميتها بالنسبة إلى غيرها من المحاكم أو بعبارة أدق ما هو الأساس القانوني لالتزام المحاكم الأدنى درجة باتباع أحكام محكمة النقض؟.

في الإجابة على هذا التساؤل يجدر الإشارة انه من غير المقبول/أو المتعارف عليه القول بأن أحكام القضاء هي بمثابة قواعد قانونية ومع ذلك يستخدم الفقه الفرنسي¹ هذا التعبير "صناعة القانون بواسطة محكمة النقض" يعبر عن تلك الوظيفة في هذه النظم بأنه²: للتشريع علم، وللقاضى علم، أما الأول فيتصل بالوصول إلى حل في كل مسألة ترتكز على المبادئ التي تحقق الصالح العام، أما بالنسبة للقاضي - في النظم اللاتينية- فإنه هو إعمال هذه المبادئ أو الحلول في الواقع و تطويرهم، وتطبيقهم بالقياس فيما لم يرد فيه نص بالتطبيق الواعى والمنطقى، ان يصل القاضي إلى روح القانون حين لا يسعفه النص بالوصول إلى حل واضح.³

ولا يتم تناول السوابق القضائية أو(الأحكام القضائية) كمصدر للقانون في ذاتها، غير أنها آلية معينة لتطبيق القانون تعتمد على التفسير الابداعى للنص، هذا التفسير الذى يتميز بخصائص معين نظرا لأنه -في هذا النظام وبالذات في فرنسا - لم يتواجد باعتباره الأصل أو الأساس، وإنما يدور حول النص، بمعنى ان في فروض معينة يبرز دور التفسير القضائي والذى يمكن ان يذهب إلى ما وراء عبارة النص مع المحافظة على روح هذا الأخير، وذلك في الفروض التي يعبر عنها الفقه⁴ فيما يلي: الفرض الأول: ألا يتناول النص مباشرة حل للمسألة المعروضة على القاضي ففي هذه الحالة يجب ان يعوض القضاء هذا الصمت، لأنه من غير الطبيعي ان يؤدي وجود النص إلى آثار ضارة، الفرض الثاني: هو ان يوجد نص بالفعل لكن يشوب معانيه ومقاصده الغموض،الفرض الثالث ان يوجد نص بالفعل ويحدد العديد من التفاصيل التشريعية غير أنه يترك فراغا لدى القاضي والخصوم يؤدي إلى عدم اليقين، أو ان يوجد نص واضح لكن مع عدد من النصوص الأخرى التي تبدو متضاربة ظاهريا وهو ما يؤدي إلى انتفاء الأمن القانوني أيضا،الفرض الرابع: وهو ما يتم الإشارة إليه بطريقة عابرة -ولكن بصورة واضحة في مصر- ان تكون القوانين بحاجة إلى التطوير نظرا لتغير البيئة التشريعية أو التنظيمية بما يتطلب تطبيق القانون بطريقة تتناسب والتطورات الاجتماعية، ومن هنا كان الدور المحورى الذى يضطلع به القضاء في هذا الصدد.

¹ Pascale Deumier, Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, Archives de Philosophie du Droit, No. 50, 2007, p.49-75.

² André Tunc, La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises, Revue internationale de droit comparé, Vol.27, No.4, 1975, p.821.

³ Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department, p.19.

⁴ Pascal Deumier, Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation- Étude des travaux préparatoires, in Mélanges Burgelin, 2009, p.125.

تأسيساً على ما تقدم يمكن استكمال الأساس القانوني لسلطة المحكمة في التفسير، فمفهوم روح القانون "النص" التي ينقيد بها القاضي هو بحسب الفقه¹ مفهوم نسبي يرتبط بالقواعد العامة ولا تجد الأخيرة أساسها في النصوص، بل ان محكمة النقض في تفسيرها للقانون فيما يعن إليها من الفروض السابقة تستند في تسبيبها إلى تلك القواعد العامة ولا تؤسسها على النصوص هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تجريم القانون إنكار العدالة حتى حال القصور التشريعي من شأنه ان يشكل أيضاً الأساس القانوني لسلطة المحكمة في تفسير القانون (السلطة التشريعية للمحكمة Normative power of the court) باعتبار ان وظيفة القاضي هي ان ينطق بالقانون.

في الواقع تباشر محكمة النقض - إن شئنا القول - تجاوزاً سلطة (التشريع) أو التفسير من خلال الطعون التي تصل إليها، والتي تنقضها ففي هذه الحالة يجب على المحاكم الأدنى درجة الالتزام بما جاء في أحكام محكمة النقض، وهو الأمر المتعارف عليه أيضاً في كافة الدول التي تتبنى النظام اللاتيني، غير ان الحقيقة ان الحدود التي ترد على سلطة محكمة النقض في التفسير تتضح بجلاء حينما تعزم محكمة النقض على العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قامت بإرساله لأنها في هذه الحالة تكون بالفعل في مواجهة اليقين، واعتبارات الأمن القانوني، وفي الفقه² الفرنسي لجؤوا إلى الحد من آثار هذا العدول عن طريق قصر آثاره على المستقبل فقط، وعند رفع الأمر إلى رئيس الدائرة المدنية الأولى اعترفت المحكمة بأنه من اختصاصها العدول عن مبدأ سبق ان أقرته³، الأمر الذي يعده جانب من الفقه⁴ انعكاساً حقيقياً للدور التشريعي لمحكمة النقض من جانب، وعلاقتها بالسلطة التشريعية من جانب آخر.

يثير مبدأ العدول عن الاجتهاد القضائي إشكالية كبيرة في الفقه اللاتيني⁵ - لكن لأغراض الدراسة - فإن مثل هذه الإشكالية - في نظري - تعكس الارتباط بالنص التشريعي على الرغم من الاعتراف بدور القضاء في هذا الصدد، كما تعكس المفهوم المتميز لمبدأ الفصل بين السلطات في النظم اللاتينية عنه في الانجلوسكونية، حيث انه بدراسة الأخيرة كان الهدف

¹ Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department, p.20.

² في العرض لهذه الاتجاهات باستفاضة في شأن رجعية أو فورية العدول عن الاجتهاد القضائي راجع:

Mireille Poirier, À propos des revirements de jurisprudence: cris et chuchotements, le Droit Ouvrier, Septembre 2008, p.459.

يجدر الإشارة إلى ان التقرير المشار إليه في الصفحات القادمة (الخاص بمحكمة النقض) يؤيد الأثر غير الرجعي للعدول عن الأحكام القضائية، غير ان المسألة ذاتها كانت محل دراسة مستفيضة من الفقه الفرنسي.

³Nicolas Molfessis, Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet [Cour de cassation], mardi 30 novembre 2004, litéc, 2005.

⁴ Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department, p.24.

⁵ تحديد مفهوم العدول أساساً يثير إشكالية وهو ما عبر عنه الفقه بأنه مصطلح غير محدد ولا يعد من نافلة القول انه عصى على التحديد، راجع Soraya Amrani Mekki, « A propos des revirements de jurisprudence. Quelques réflexions procédurales », RTD civ. , 2005, p. 293.

الأساسي هو محاولة التفرقة وتحديد مهمة كلا من المشرع والقضاء كلا على حدة ووضع الأساس القانوني لسلطة القضاء للوصول لألية لصياغة الأحكام على اعتبار ان هذا ما يحقق الأمن القانوني في المقام الأول، أما في النظم اللاتينية كالنظام الفرنسي فإنه تم الاعتراف بالفعل بدور القضاء في إرساء قواعد القانون حتى وإن كان ذلك عن طريق الاجتهاد القضائي والتفسير، بل ويعرض الفقه¹ نفسه لبعض الأمثلة حينما استجاب المشرع لأحكام القضاء في صدد مسائل معينة، ولكن يقف الأمر في النهاية عند حدود معينة حينما يجد الاجتهاد القضائي نفسه - كما هو الحال في العدول - في مواجهة اعتبارات الأمن القانوني ومبدأ الفصل بين السلطات.

وهو ما يتضح مما ساقه الفقه² من الصعوبات التي يثيرها الأثر الفوري للعدول عن الاجتهاد القضائي فقرر:

ان الصعوبة الأولى تتعلق بدور القاضي ذاته فعدم إبداء القاضي لحل حاسم للنزاع من شأنه ان يتجاوز سلطة التفسير المخولة له بل وتشكل اعتداء على السلطة التشريعية (وهو ما ينطبق على العدول)، أما الصعوبة الثانية فتتعلق بتهديد موقف المتقاضين الذين كانوا بصدد تقديم طعون تستند في أساسها على المبدأ الذي تم العدول عنه، فيصبح موقفهم القانوني وعدم قبول طلباتهم أمر غير مفهوم بالنسبة لهم (وهو ما يعكس اعتبارات التوقع المشروع والأمن القانوني).

– طريقة صياغة أحكام محكمة النقض في النظام اللاتيني (محكمة النقض الفرنسية مثالا):

في واقع الأمر إن دراسة طريقة صياغة الحكم الصادر عن المحكمة العليا هو مؤشر على الاجتهاد القضائي من جهة وعلى علاقة السلطة القضائية بالتشريعية من جهة أخرى، ولذا فإن تلك الدراسة تؤدي إلى دراسة مبادئ أخرى أيضا موضوعية أكثر منها شكلية.

- في البداية عند تطبيق السابقة القضائية بواسطة المحاكم الأدنى درجة لإن الأخيرة تفصل الوقائع عن الحكم، بمعنى ان الحكم محل اعتبار لكن ينطبق على وقائع معينة ومن يحدد إذا كانت هذه الوقائع هي ذاتها وقائع السابقة القضائية أو على الأقل مقارنة لها هو محكمة الموضوع.

¹ تعديل قانون المدني فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية عام ٢٠٠٢

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

ليتبني المشرع - سريعا - اتجاه محكمة النقض في حكمها.

6 Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, Bull. civ., A.P., n° 9, rapp. P. SARGOS et ccl. de J. SAINTEROSE, BICC n° 526, p. 3 et s.

مشار إليه وإلى العديد من الأمثلة الأخرى لدى:

Maiwenn Tascher, Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation, Thèse, Droit, Université de Franche-Comté, 2011, p.131 et suivi.

² Mireille Poirier, À propos des revirements de jurisprudence: cris et chuchotements, le Droit Ouvrier, Septembre 2008, p.459.

- في ذات الإطار يشير الفقه¹ إلى حقيقة ان محكمة النقض هي محكمة لا تعد درجة من درجات التقاضي في النظم اللاتينية، لكنها بمثابة المحكمة التي تحمي القانون الصادر عن المشرع، ومن هنا قسم السوابق القضائية تأسيساً على ما تقدم إلى نوعين السوابق التشريعية legislative Jurisprudence وهي تلك الصادرة عن محكمة النقض، والسوابق القضائية Genuine Jurisprudence وهي الصادرة عن محاكم الاستئناف، وتقوم هذه التفرقة على أساس ان محكمة النقض تصدر أحكاماً تؤكد على احترام التشريع وتراقب صحة تطبيق القانون.

- كلا مما سبق ينعكس على طريقة قيام محكمة النقض بالتسبيب، فتأتي أحكام محكمة النقض في صورة موجزة² - من حيث الأصل - على خلاف الوضع في النظام الانجلوسكسوني، ويرى جانب من الفقه ان هذا الاختصار أو الإيجاز هو في ذاته ما يحد من الاجتهاد القضائي للمحكمة، غير ان ذلك تأثراً بأن دور محكمة النقض هو رقابة القانون ولا علاقة لها بأوجه الواقع - من حيث الأصل - كما انها لا تتعرض إلا للمسائل التي تعرض عليها فسلطتها في التصدي محدودة للغاية ولا تلجأ إليها إلا في أضيق الحدود، حتى ان محكمة النقض الفرنسية وهي بصدد صياغتها لأحكامها توجد لديها العديد من الملفات كراى المحامى العام، التقارير وغير ذلك وتوضع كلها تحت ما يسمى بالأعمال التحضيرية التي تسبق الحكم الرسمى الصادر عن المحكمة، مما يذكر بألية عمل السلطة التشريعية وكأن أحكام المحكمة هي أعمال تشريعية وليس نتاج مداولات قضائية.

كل ذلك مع الأخذ في الاعتبار ان لأحكام محكمة النقض أثر مباشر على الاجراءات التي تتم أمام المحاكم الأدنى درجة.

- في ذات الإطار فإن المحاكم الأدنى درجة وخصوصاً محاكم الاستئناف تقوم بدور هام ومحورى³، ذلك انها تتعامل مع الواقع والقانون فيما يعرض عليها من قضايا، وبعبارة أخرى فإن محكمة النقض تتعامل مع النصوص، في حين ان محاكم الاستئناف مثلاً تربط بين الواقع والقانون، وبالتالي فإذا رأت محكمة الاستئناف ان السابقة القضائية لمحكمة النقض لا تحقق العدالة أو لا تقدم حلاً حقيقياً للنزاع على أرض الواقع، فلا الزام على المحاكم الأدنى درجة بتطبيق حكم محكمة النقض، كما انه يمكن ان تناشد محاكم الاستئناف محاكم النقض للتعديل في سبيل مواكبة التطورات في المجتمع.

¹ Frédéric Zenati-Castaing, La jurisprudence, Dalloz, 1991, p.281.

² Romaric Nelson Goun, étude comparee du style des decisions de justice cour de cassation Française- cour supreme du Royaume Uni) – Tribunal Federal suisse, mémoire, Université Pantheon- Assas (Paris 2) - Institut de Droit Compare, p.113.

³ Frédéric Zenati-Castaing, La motivation des décisions de justice et les sources du droit, chronique, Dalloz, n° 22, 7 juin 2007, p. 1553.

الفرع الثاني

نحو مفهوم منضبط لدور القضاء في تفسير القاعدة القانونية

– أولاً: دور القضاء في خلق القاعدة القانونية بين مؤيد ومعارض:

إن من القضايا المعاصرة والملاحظ بصورة متكررة ان الأحكام القضائية أصبحت في صياغتها وطريقة إتيانها بالحل القانوني تتشابه إلى حد كبير مع التشريعات من حيث اللهجة الآمرة وطريقة التفسير التي تقترب من التشريع، إلى جانب انه حتى في النظم الانجلوأمريكية أصبحت تلك السوابق تؤدي إلى تقويد وإلى حد ما تحريف السابقة القضائية السابقة ذات الصلة بالقضية المعروضة حالياً على القاضي الذي يصدد اصدار حكمه.

وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه إلى إعطاء القضاء مثل هذه المساحة في تفسيره للأحكام، وذهب جانب آخر إلى الحد من دور القضاء في هذا الصدد، على أنى أرى ان لكلا من الرأيين وجهة غير ان الكثير من الاعتبارات العملية والقانونية والدستورية من شأنها ان تحدد دور القضاء في هذا الصدد في إطار معين، ونعرض لكلا منها فيما يأتي.

١. الاتجاه المؤيد لدور القضاء في صناعة القاعدة القانونية:

يركز هذا الاتجاه على حقيقة ان الاجتهاد القضائي يلعب دوراً أساسياً في إرشاد المحاكم الأدنى درجة، وأشخاص القضية سواء القاضي وأعوانه من جهة أم الخصوم وممثليهم من جهة أخرى.

ويشبه هذا الاتجاه دور القضاء في هذا الصدد بالعملية الواعية لصناعة القانون *Conscious process of Rule making*، وان مساهمة القضاء في صنع القانون هو أمر لا يقل أهمية عن صدور القانون عن غيره من الجهات الأخرى في الدولة، كما ان وجود الأحكام الأقرب للنصوص القضائية خير من وجود المبادئ القضائية العامة الغامضة.

٢. الاتجاه المعارض للتوسع في دور القضاء في صناعة القانون:

يمكن القول ان تعبير "المعارض" ليس هو التعبير الأدق للتعبير عن الأمر، ذلك ان وجود الاجتهاد القضائي هو أمر غير قابل للانكار حتى في نظر أنصار هذا الاتجاه مع زيادة أو قلة درجة معارضتهم، ولكن الأدق هو حدود أو إطار الدور الذى يقوم به القضاء في هذا الصدد.

– الاتجاه الأول:

فأحد الاتجاهات¹ يؤسس معارضته على أسس في رأبي انها شكلية -بصفة خاصة في النظم الانجلوسكسونية- فيلفت النظر إلى طريقة كتابة الحكم القضائي الصادر عن المحكمة العليا في الولايات المتحدة كمثال وكيف انه يتم كتابته مقسما إلى بضع فقرات (ثلاثة أو أربعة) ولا ينقصه الحواشي وأن طريقة الكتابة أقرب للتشريع منها إلى الحكم القضائي باعتبارها شبه نظامية، وكيف ان المحكمة أوقات كثيرة تقوم بشرح مايجب فعله وما لا يجب فعله فتحدد- مثلا- لظباط الشرطة العبارات المحددة التي ينبغي ان يوجهوها أثناء القيام بمهامهم اليومية هذا من جانب.

من جانب آخر يعلق هذا الجانب من الفقه² على الاختبارات، المعايير العديدة التي لا تجد مصدر لها إلا في أحكام القضاء والتي يتم إعمالها للوصول إلى حكم معين والتي يمكن ضرب أمثلة لها لاحصر لها، Tests that the court may employ too reach areasonable conclusion وغيرها من المصادر الرسمية الأخرى التي تعملها المحكمة العليا، وغيرها من المحاكم الأدنى درجة للوصول للحكم.

غير انى أرى ان مع صحة الحجة الأولى والتي بالفعل تجعل الأحكام القضائية غير مفهومة إلا للمتخصصين أو تشكل عنصرا يؤدي إلى صعوبة تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق- وإن كان الأمر معتاد إلى حد ما في النظم الانجلوسكسونية نظرا لطبيعة هذا النظام- إلا انى لا اتفق مع الحجة الثانية ذلك انه من المتعارف عليه ان المحاكم هي من تُعمل مثل هذه المعايير بل وأحيانا عن طريق القياس في المسائل المتشابهة، ذلك انه بالفعل القضاء هو من يضىف الجانب العملي على نصوص القانون والتطبيق وظيفة القضاء وليس المشرع، وانه إن كان التشريع أحيانا يبين معيار التطبيق- حتى ولو عن طريق تحديد ما يعد قرائن مفترضة أم قابلة لاثبات العكس مثلا - إلا ان هذا ليس الحال في الوضع الأعم الأغلب، وإن كان ليس من وظيفة المشرع وضع التعريفات فمن باب أولى ليس من وظيفته بيان طرق التطبيق تفصيلا، وهو الأمر الذى يمكن الوقوف عليه بوضوح في أحكام محكمة النقض المصرية.

لكنى أعتقد ان الأمر لا يتعلق بالمقام الأول بألية أداء المحاكم العليا بوظيفتها خصوصا في ما سلف ان أشرت إليه بقدر ما يتعلق بالتوحيد على مستوى النظام القضائي وبالتالي القانوني بأكمله وهو ما يتصل باعتبارات الأمن القانوني مباشرة

¹ Thomas Healy, *The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings*, North Carolina Law Review, Vol.83, 2005, p.847.

Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol83/iss4/3>

² Thomas Healy, *The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings*, North Carolina Law Review, Vol.83, 2005, p.847.

Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol83/iss4/3>

من ناحية، ومدى اتساق هذا الدور وطبيعة النظام القانوني السائد - أيا كان هذا النظام - وهو الأمر الذى ركز عليه الاتجاه الثاني مناديا بتحديد دور القضاء في هذا الصدد.

– الاتجاه الثاني: ¹

إن ما يستند إليه هذا الاتجاه وأعتقد انه بالفعل العنصر الذى ينبغي مراعاته في مباشرة القضاء للاجتهاد القضائي وتنظيم هذا الدور، وتتخلص مدى تعارض أو توافق هذا الدور مع الشرعية، الأمن القانوني، والتوقع المشروع للأفراد الذى ينبغي ان يتوافر في أي نظام قانونى بدرجة معقولة predictability، ويقرر هذا الاتجاه ان الأمر لا يتعلق بالاعتراف بدور المحكمة أو الشكلية التي تنتهجها في مباشرة هذا الدور ولكن بالتكلفة التي من شأن هذا الدور ان يكبدها للمبادئ التي تقوم عليها دولة القانون ومن ضمنها الشرعية، ففي الحقيقة محاكاة القضاء للمشرع أمر يجانبه الصواب ذلك ان كلا منهما يستمد شرعيته من مصدر مختلف، كما ان ولاية كل منهما تختلف عن الآخر من جهة.

من جهة ثانية الآراء القضائية نتيجة الاجتهاد القضائي والتي تتخذ شكل النصوص القانونية من شأنها ان تخلق التزامات معينة، مما يطرح التساؤل حول إذا كانت المحاكم الأعلى درجة تصل إلى حكم معين تأثرا بمجموعة معينة من الوقائع، حتى في الدول التي تقتصر فيها دور المحاكم العليا - كمصر - على رقابة صحة تطبيق القانون إلا انه يظل هناك بعض أوجه الرقابة التي تتصل بالوقائع، بناء عليه لماذا تلتزم المحاكم الأدنى درجة باتباع قضاء أو السوابق القضائية للمحاكم الأعلى درجة في قضية غير معروضة عليها؟

ثانيا: الاعتبارات التي من شأنها ان تشكل تحديا لدور القضاء إن صح التعبير تجاوزا - في صناعة القانون - أو بعبارة أدق: إعطاء قيمة عملية لنصوص القانون.

في الحقيقة فإن لكل من الآراء السابق عرضها وجاهاة من جهة أو أكثر، ولا يمكن الحديث عن نظام قانونى دور الاجتهاد القضائي على نحو ما أسلفنا، حتى في المجال الإجرائي أو القوانين الإجرائية التي من المفترض أنها على قدر من التحديد والوضوح على اعتبار أنها تتعامل مع أشكال وأليات - ولا يعنى ذلك نفى وجود قواعد موضوعية في القانون الإجرائي (المرافعات) - إلا ان لمحكمة النقض خصوصا وللمحاكم العليا في إرساء قواعد هذا القانون دور حيوى لا غنى عنه لكافة الأشخاص في النظام القانوني، وكيف ان الشرعية الإجرائية تتأسس على عدد من المبادئ التي يتطلب استنباطها ومراعاتها وإنفاذها مع الأخذ في الاعتبار النص الواجب التطبيق أقصى درجات الاجتهاد والابداع من قبل القاضي، لكن تبقى آلية

¹ في العرض لهذا الاتجاه يراجع:

التوحيد وعلى الرغم من ان الغالبية العظمى من الفقه - وبحق- وجد ضالته في الدور الذى ينبغي ان تضطلع به المحاكم العليا في هذا الصدد إلا انى مع اقتناعى التام بدور الأخيرة في كافة النظم القانونية إلا انى أجد في النقاط التالية التحديات التي تواجه رسالة المحاكم العليا في هذا الصدد وضرورة إيجاد حل مناسب يوازن بين كافة هذه الاعتبارات والغايات المشروعة والمبررة، مع الأخذ في الاعتبار ان كلا منها لا غنى عنه بحال من الأحوال.

وإذا توصلنا إلى تطور عدد من هذه المفاهيم في الوقت الحالي، فينبغي ان يتطور التنظيم بما يستجد مع الإطار التنظيمى لتلك المبادئ ولا أقصد في هذا الصدد التطور على المستوى التشريعي - الذى يعد وبحق مرحلة أولية - غير ان أعنى تطور النشاط القضائي ونظرة الفقه إلى كافة هذه المبادئ بناء على مقدمات منطقية وقانونية، حتى لا يصبح العمل في اتجاه والنظم القانوني في اتجاه والآراء الفقهية سواء صدرت عن الفقه أو غيره ممن يأخذ نحو الحكم ، فلا نصبح بصدد تهديد للأمن القانوني بل فوضى من شأنها ان تفقد النظم القانونية مع الوقت أي فاعلية أو بالأحرى أي شرعية تمتع بها؟، وفى هذا الصدد نطرح التساؤل هل مجرد استحداث آليات مقننة قانونا لتمارس محكمة النقض -- أو غيرها من المحاكم العليا- دورا تفسيريا يقترب للتشريع - كما هو الحال في القانون الفرنسي فيما يطلق عليه الدور التشريعي لمحكمة النقض- هو أمر كافي لحل هذه الإشكالية وتوفير الأمن القانوني أم ان الأمر أبعد من ذلك؟، وفى هذا الصدد يجدر الإشارة ان الأمر لا ينبغي النظر إليه عند دراسته من جهة إصطلاحية بحتة ولكن بالنظر إلى المصالح والاعتبارات العملية التي من شأنها ان تتطوى عليها هذه المبادئ.

ونشير أولا إلى هذه الاعتبارات ثم نعود للإجابة عن هذه التساؤلات على النحو التالي.

– الجمود التشريعي والصبغة الدستورية لبعض النصوص التشريعية:

إن كلا من الصفتين له أثر قانونى مباشر على نوعية وطبيعة النشاط الذى يقوم به القضاء، ولا يمكن إنكار ذلك على القضاء تحت دعوى من مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات.

– الجمود التشريعي:

وفى هذا الصدد فإنه من الثابت ان المشرع المصري لم يقم بأي تعديلات جوهرية في قانون المرافعات المصري الصادر عام ١٩٦٨ إلا التعديل الخاص بقواعد الاختصاص القيمي، فماذا عسى القاضي ان يفعل خاصة وهو بصدد مستجدات جديدة ويومية، بل ولا أدل من ذلك ما اتجهت إليه السلطات التنفيذية وهى بصدد توفير الامكانيات التكنولوجية لتطوير منظومة التقاضي عن بعد في أعقاب جائحة فيروس كوفيد ١٩ مقرر ان التطوير سيتم في حدود ما تسمح به البنية التشريعية، فلا يوجد لدينا نصوص صريحة تتعامل مع إلكترونية القضاء على نحو ما فعل المشرع الاسترالى مثلا عام

٢٠١٤ واصدر قانون اجراءات مدنية به نصوص واضحة قاطعة في هذا الشأن تتناول "الالكترونية"، غير أن في مصر وفي ظل هذه الأوضاع وما يستتف من عبارة "البنية التشريعية" فإنه دور القاضي الذي سوف يرسم عملا حدود التطبيق وما يتناسب مع نصوص قانون القضاء المدنى.

وفى ذات الاتجاه لا اتفق مع القول ان القاضي إذا أراد ان يخاطب المشرع لإدخال تعديلات تشريعية فيجب ان يفعل من خلال المقالات أو الأبحاث الذى تدرس القوانين بصفة مجردة، ذلك ان الخصومة ملك للخصوم، وذلك لأنه من جهة الأمر لا يقتصر على وجود تأخر أو فراغ تشريعى بل أصلا ان القاضي يتعرض لتلك المسألة بمناسبة منازعة أو خصومة تحتاج إلى قرار فاصل، ومن جهة أخرى- كما سيلي دراسته بالتفصيل- ان مفهوم الخصومة المدنية تطور وأنها وحتى إن كانت في الأساس ملك للخصوم إلا انه تتطوى على جانب عام واجتماعى يتصل بالنظام القانوني بأكمله، وهى مناسبة طرح الإشكالية من أساسها على القاضي فلا يوجد ما يمنع -في رأى- من ذلك طالما التزم القاضي المعايير المحددة له في هذا الصدد من أدوات الاجتهاد والتفسير وبما لا يخرج عن الأطر القانونية لوظيفته، فيحقق الحل القانوني للنزاع بحكم فاصل، كما يحقق الوظيفة الاجتماعية - إن أمكن القول - للقضاء في تسليط الضوء على الثغرات التشريعية حتى وإن تم ذلك بمناسبة نزاع معروض على القاضي.

– الصبغة الدستورية للتشريعات:

في الوقت الحالي تعاضم الاهتمام الدولي والعالمي بإعلاء حقوق الإنسان وفى هذا الإطار وخصوصا على مستويات القضاء الوطنى ظهرت عدة مصطلحات تتطوى على تنظيم قانونى كالحقوق والحريات الأساسية والتي أصبحت في واقع الأمر لا تقف عند حصر، ويمتد أثرها إلى كافة القوانين على اختلاف أنواعها سواء المدنى أو التجارى أو الجنائى أو القانون الإجرائى، على سبيل المثال لا الحصر فإن الحق في الدفاع هو حق دستورى، ففي هذا الصدد قد يصبح من صلب عمل القاضي العادى التعرض للنص الدستوري أحيانا للوقوف على حدود تفسير وتطبيق النص التشريعي ذو الصلة بالنزاع المعروض عليه.

يقرر جانب من الفقه¹ في هذا الصدد ان الدستور عموما لطالما استدعى تناول مواده التفسير، وذلك - بصورة مبدئية - من قبل المحاكم الدستورية في الدول التي تأخذ بهذا النظام، الأمر الذى يجعل لاختصاص المحاكم الدستورية جانب ابداعى في التعرض لنصوص الدستور الموجزة بالتفسير من جانب، ومن ثم مضاهاتها بالسؤال المعروض عليها من جانب آخر.

¹ Lech Garlicki, Constitutional courts versus Supreme courts, Symposium, International Journal of Constitutional Law, Volume 5, Number 1, 2007, p.44.

غير ان حاليا أصبح للدستور مفهوم أكثر اتساعا وعمقا خاصة بعد انضمام العديد من الدول للاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان، فلا يقتصر الأمر فقط على القوة القانونية لنصوص الدستور بل أيضا نفاذ الحقوق الأساسية، الأمر الذى طور من مجال تطبيق الدستور في القضايا اليومية التي تعرض على القضاء فأصبحت تنطبق على النصوص التي تتصل بالحقوق الفردية والاجراءات التي تتعلق بها، الأمر الذى احتلت به نصوص الدستور مكانة غير مسبوقه في التقاضي، بل والتقاضى في مجال القانون الخاص، وهذا الدور المتنامى للدساتير الوطنية رتب عدد من النتائج التي تنعكس في أصلها على التنظيم القضائي والنشاط القضائي، لعل أهمها:

● التغير في طبيعة ونطاق الدستور نفسه وظهور مصطلح Judge made constitution ذلك ان أصبح من الواضح ان تطبيق الدستور لا يمكن ان يتم إلا من خلال الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية، لأن قواعد الدستور ذاتها موجزة والوقوف على معانيها وفحواها يقتضي بدرجة أو بأخرى وفى مرحلة ما التعرض للأحكام في هذا الصدد.

● المحكمة الدستورية وهى بصدد إعمال رقابتها ستخرج بالضرورة - في غالبية القضايا- عن النطاق التقليدى للقانون الدستوري لتجاوزه إلى غيره من فروع القانون، وذلك حتى تستطيع المحكمة توضيح ما هو دستوري من عدمه بخصوص مسائل تشريعية محددة، وهو ما يعنى ان المحكمة يجب ان توضح متطلبات الدستور في خصوص المحتوى والمنهج للنصوص القانونية في مجالاته المختلفة وهو ما يعرف بالصبغة الدستورية للقانون

Constitutionalization of specific areas of law

● نأتى إلى النقطة الأهم والتي تتصل مباشرة بحدود الاجتهاد والتفسير القضائي في إطار القضاء العادى ولا يقتصر الأمر على المحاكم العليا في هذا الصدد بل تمتد إلى جميع القضاة في كافة درجات التقاضي، ذلك انه عندما تصبح مبادئ وقواعد دستورية ذات صلة بتطبيق تشريعات معينة، فإنه لا يجب تطبيقها فقط بواسطة المحاكم الدستورية - والتي يأتي دورها في مرحلة متقدمة نسبيا- ولكن يطبقها أيضا المحاكم العادية.

إن امتداد الدستور على هذا النحو لكافة القواعد القانونية يعنى ان المحتوى التشريعي لكلا من هذه القواعد لا يتحدد حصرا من خلال تشريع أو تقنين معين، ولكن من خلال نصوص الدستور أيضا بل وكذلك كافة المعاهدات والاتفاقات الدولية لحقوق الانسان التي أصبحت الدولة طرفا فيها، هذا الأمر أدى إلى إحداث تغيير جذري في وظيفة و مسؤوليات القاضي العادى، فلم يعد دور القاضي يقتصر على الخطوات المعتادة للفصل في الدعوى عن طريق تحديد القواعد القانونية وتطبيقها على الوقائع محل النزاع، ولكن في دولة الدستور والقانون الحديثة يجب على كل قاضى بداية ان يحدد محتوى القواعد الواجبة التطبيق على النزاع وما يتصل بها من قواعد تشريعية Statutory، ودستورية Constitutional، وغيرها مما تتعلق بالمعاهدات

Supranational provisions الخاصة بحقوق الانسان

ويقرر الفقه في هذا الصدد ان من مقتضيات وظيفة القاضي الأساسية بل ومن صلب عمله ان يقوم بفصل فيما إذا كانت القواعد التي يقوم بتطبيقها تتوافق مع القواعد الأعلى منها في النظام القانوني بمناسبة الفصل في النزاع المعروض، وبعبارة أخرى هذا يتطلب من القاضي ان يجد التفسير الصحيح للقواعد القانونية والدستورية والدولية إن كان للأخيرة محل للتطبيق فيما يتصل بحقوق الإنسان، الأمر الذي من شأنه ان يدعم من وجود الاجتهاد القضائي باعتباره لا غنى عنه ولا يمكن انكاره كلياً من أجل الوصول إلى الفصل في المنازعات.

١. حياد القاضي:

من الثابت ان حياد القضاء هي أحد الدعائم الأساسية التي يقوم عليها الحق في محاكمة عادلة، وهي أحد مبادئ الشرعية الإجرائية على نحو ما سلف بيانه، فضلاً عن اعتبار هذا المبدأ الأساس الذي ينبني عليه شرعية القرارات/ الأحكام الصادرة عن القضاة إلى جانب اعتبارات ولاية القضاء والاختصاص، ومقتضى النزاهة هو غيرية القاضي - كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه¹، وعدم وجود مصلحة ذاتية أو شخصية للقاضي في النزاع الذي يفصل فيه، وعدم الميل لأحد الخصوم وبالمعنى الأعم عدم اتيان أي فعل من شأنه ان يتنافى وما يجب ان يحقق الثقة في عدالة القاضي، وإن كان فعلاً ان القاضي أو المحكم أو كل من يفصل في نزاع لا يمكن ان يتجرد بنسبة ١٠٠٪ عن اعتقاداته وفكره الذي يكون - شئنا أم أبينا- جزء من الحكم الصادر، مما يجعل من التجرد الكامل فكرة مثالية للغاية² لأنه من غير الممكن تحقيقها عملاً، إلا ان غيرها من عوامل الحياد ببساطة يمكن تحقيقها والوقوف على وجودها من عدمه من خلال الظروف الواقعية التي تحيط بهذا القاضي.

وتماشياً مع هذه الاعتبارات يطرح التساؤل هل من شأن اجتهاد القاضي - خارج حدود معينة- نظراً لأن المسألة تستدعي ذلك إما لغموض النص أو للفرغ التشريعي، ان يثير الشبهة حول نزاهة هذا القاضي وما يستتبعه ذلك من آثار قانونية؟، أم ان الأمر متعارف عليه ومقبول حالياً حتى في نظامنا اللاتيني؟

من المتعارف عليه ان العديد من مسائل الواقع هي من اطلاقات قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دامت هذه التقدير سائغاً ومنطقياً ومبنياً على أسباب منطقية تكفي لحمله وقد قررت المحكمة في هذا الصدد: " لا محل للقول بأن العقد ينعقد لمدة يحددها القاضي تبعاً لظروف وملابسات التعاقد أو أن الإيجار ينتهي بوفاة المستأجر أو بانقضاء ستين عاماً على إبرام عقد الإيجار قياساً على أحكام الحكر، إذ لا محل للاجتهاد أو القياس وهناك نص قانوني

¹ د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، بند ٧٢، ص ١٤٣-١٤٤.

² John Leubsdorf, Theories of Judging and Judge Disqualification, New York University Law Review, No. 62, p.237, 238

يحكم الواقعة ، كما أنه ولئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والاتفاقات واستخلاص ما يمكن استخلاصه منها دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن يكون تفسيرها لها سائغاً أوفى بمقصود العاقدين وظروف التعاقد مؤدياً إلى النتيجة التي انتهت إليها وبما يكفى لحمل قضائها.¹

لكن أحيانا يلجأ الخصوم إلى الطعن أمام محكمة النقض تأسيساً على خطأ المحكمة في تطبيق القانون مما يؤدي - من وجهة نظرهم إلى إمكانية مخاصمتهم- وهو الأمر الذي تعرضت له محكمة النقض في العديد من القضايا، غير أنى استشهد في هذا الصدد بحكمين أساسين - من وجهة نظري- الأول ينقرر عدم مسئولية المحكمة وحررتها في تطبيق النص وتكريس مبدأ عدم مسئولية القضاة عن ما يصدر عنهم أثناء عملهم وذلك بمناسبة تقدير محكمة النقض لمدى توافر شروط وقف تنفيذ الحكم النهائي المطعون فيه أمامها، فكانت القاعدة التي قررتها محكمة النقض بمناسبة رفع الطاعن دعوى مخاصمة تأسيساً على ان محكمة النقض لم توقف التنفيذ وفقاً لتقديرها الأمر الذي أسس عليه دعوى المخاصمة هي: "القاعدة: إذا كان القضاء في طلب وقف تنفيذ الحكم بالتطبيق للمادة ٢٥١ من قانون المرافعات هو قضاء وقتي لا يحوز قوة الأمر المقضي لأن الفصل فيه إنما يستند إلى ما تبينته المحكمة من جسامته الضرر الذي يخشى وقوعه من التنفيذ وإمكان تداركه وليس لهذا الحكم من تأثير على الفصل في الطعن، ومن ثم فإن قضاء دائرة الخميس "أ" المدنية برفض طلب وقف التنفيذ في الطعن رقم ١٥٩٣٦ لسنة ٨٥ ق هو حكم وقتي لا يحوز قوة الأمر المقضي بالنسبة لموضوع الطعن والدفع بعدم دستورية المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات المبدى من المدعى والذي لم تتعرض له المحكمة أو تفصل فيه مما تكون معه المخاصمة غير جائزة وهو ما تقضى به المحكمة."²

والثاني يوضح موقف محكمة النقض من اجتهاد القاضي بالمعنى الواسع - محل البحث- وليس فقط تقديره لتطبيق نص معين فتقرر أنه: "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الأصل هو عدم مسئولية القاضي عما يصدر منه من تصرف أثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله القانون وترك له سلطة التقدير فيه ولكن المشرع رأى أن يقرر مسئوليته على سبيل الاستثناء في المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات في الأحوال المنصوص عليها فيها على سبيل الحصر ومن بينها إذا وقع منه في عمله خطأ مهني جسيم ، ويقصد به الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فادح ما كان ليساق إليه لو أنه اهتم بواجباته الاهتمام العادي، أو لإهماله في عمله اهمالاً مفرطاً، ويستوى في ذلك أن يتعلق خطؤه بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في أوراق الدعوى فيخرج من دائرة هذا الخطأ تحصيل القاضي لفهم الواقع في الدعوى وكل رأى أو

¹ نقض مدني (إيجارات)، جلسة ٢٠١٧/١/٨، طعن رقم ١٤٢٠٧، س٨٤ق.

² دوائر عمالية، جلسة ٢٠١٧/١/٢٦، طعن رقم ٧١٦٢، س٨٦ق.

تطبيق قانوني يخلص إليه بعد امعان النظر والاجتهاد واستنباط الحلول القانونية المطروحة عليه ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وأراء الفقهاء"¹

– استقلال القضاء الداخلي:

يعد استقلال القضاء عموماً من دعائم الديمقراطية ودولة القانون وهو الأمر الذي يتصل بصفة أساسية بمبدأ الفصل بين السلطات، لكن في هذا المقام يجدر الإشارة إلى مفهوم الاستقلال الداخلي للقضاة، يشير جانب من الفقه² ان الاستقلال الذاتي / الداخلي للقضاة يعني من جهة الاستقلال المالي وهو ان تكون المرتبات ثابتة ولا تخضع للتحكم من جانب كما تتصل باعتبارات عدم القابلية للعزل وعدم مسؤولية القضاة المدنية عن الأعمال التي يقوموا بها بمناسبة وظيفتهم، على الجانب الآخر وهو ما رأيت تسليط الضوء عليه هو استقلال القاضي في أداء الوظيفة القضائية the conduct of Judicial activity بالمعنى الفني بوصف الوظيفة الأساسية للقاضي الفصل في القضايا التي تعرض عليه وبالنسبة لقضاة المحاكم الأعلى فإن مفهوم الوظيفة الأساسية بالنسبة لهم اصدار الأحكام التي من شأنها ان تشكل في أحوال معينة- سابقة قضائية، فيجب ان يتمتع القاضي داخل النظام القضائي بقدر من الاستقلالية في مواجهة زملائه، أو أي قاضي يشغل منصب أعلى كرئيس المحكمة، أو أي ضغط من شأنه ان يمارس عليه من داخل النظام القضائي ذاته.³

فالقضاة مستقلون في اصدارهم للأحكام لا يخضعوا إلى أي تأثير من أي سلطة أخرى أو من زملائهم أو من أي جهة أعلى في ذات السلطة القضائية، فالقاضي يحدد القاعدة القانونية واجبة التطبيق على النزاع ويشرع في تطبيقها ولا يتراجع عن ذلك سواء لوجود قناعة شخصية لديه تأثرت بضغط الرأي العام، أو أي ضغط من زملائه أو غيرهم من القضاة في درجة أعلى، ولكن القاضي يصدر حكمه بمنتهى الحسم وفقاً لعقيدته في النزاع، وينتظر بعد ذلك ما مصير الحكم الذي أصدره سواء من محاكم الطعن الأعلى درجة أم من المشرع.

وفي ذات الاتجاه يقرر الفقه⁴ ان القاضي مستقل في مواجهة رئيس المحكمة الذي يقع على عاتقه توزيع العمل والقضايا داخل المحكمة مع الاعتراف بأن القاضي لا يمكنه ان يحتّم دائماً بهذه الضمانة نظراً لأن التفرقة في هذا الصدد بين أعمال الإدارة والأعمال القضائية ليس على هذه الدرجة من الوضوح والسهولة، على انه في جميع الأحوال يعتبر مبدأ

¹ نقض مدني، جلسة ٢٠١٣/١١/٩، طعن رقم ٢٣٩١، سنة ٧٢ق.

² Shimon Shetreet, Sophie Turenne, Judges on Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary, Cambridge University Press, 2013, p.6. , Mauro Cappelletti, "Who Watches the Watchmen?" A Comparative Study on Judicial Responsibility", The American Journal of Comparative Law, vol. 31, no. 1, 1983, p. 1-62.

³ Joost Sillen, The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights, European Constitutional Law Review, No.15, 2019, p.106.

⁴Shimon Shetreet, Sophie Turenne, opt.cit, p. 7.

الاستقلال الداخلي قد تم مخالفته إذا تم ممارسة ضغط على القاضي، من داخل النظام القضائي (شخص يملك ممارسة مثل هذا الضغط)، وذلك بغرض التأثير على الحكم الصادر عنه في الدعوى المعروضة عليه.¹

فاتباع المحاكم الأدنى درجة للسوابق القضائية أو للمبادئ التي أرستها المحاكم العليا ليس بمثابة إخلال بالاستقلال الداخلي ذلك ان اختلاف الوقائع المعروضة على المحكمة تعطىها سلطة تقديرية في تحديد المبدأ القانوني الذي ارسته المحكمة العليا الواجب الاتباع، ولا يتضمن ذلك تحكما في القاضي في محكمة أول درجة ذلك ان القاضي وحده هو من يحدد القانون الواجب التطبيق ويقوم بإنزال حكم القانون على الوقائع المعروضة عليه، وهو ما من شأنه ان يحقق الأمن القانوني من خلال توحيد المبادئ القانونية المعمول بها على مستوى السلطة القضائية بأكملها تحقيقا للتوقعات المشروعة للأفراد.

٢. مبدأ الفصل بين السلطات:

مر مبدأ الفصل بين السلطات بالعديد من التطورات على مستوى المفهوم والعلاقة التي ينبغي ان توجد بين السلطات، فلم تتبنى التشريعات الحالية الفصل بالمفهوم الجامد ولكن المرن فتتعاون السلطات فيما بينها مع اعتماد مبدأ الرقابة المتبادلة بينهم على ألا يصل ذلك إلى حد إعتداء أي من السلطات على اختصاص غيرها.

مع أخذ المفهوم السابق في الاعتبار يعتبر من أبرز التحديات التي تواجه الاجتهاد القضائي ودور محكمة النقض - أو المحاكم العليا عموما- في تفسير القانون ومن ثم المساهمة في تحقيق الأمن القانوني، وهو ما يتعلق بحدود التفسير المقبول، وما إذا كان الحكم القضائي هو المجال الحقيقي لكي يوجه القاضي نداء للمشرع أو بعبارة أخرى هل من المقبول ان تكون الأحكام القضائية انعكاسا لهكذا اعتبارات؟، وما هو الحد الفاصل بين التفسير القضائي المقبول وما بين التفسير الذي يعكس تنازعا بين السلطات؟

- تجاوز حدود التفسير:

نسوق في هذا الصدد الحكم الصادر مؤخرا عن محكمة النقض المصرية¹ بمناسبة تطبيق القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٧ بشأن تعديل بعض أحكام قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩- والصادر في ٢٧ أبريل ٢٠١٧.

¹ Joost Sillen, The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights, European Constitutional Law Review, No.15, 2019, p.110.

Internal judicial independence is breached if

- (1) a colleague
- (2) who can exert pressure on the judge
- (3) Tries to influence the judge's decision in a concrete case.

هذا الحكم تعرضت فيه محكمة النقض لتفسير المادة 239² التي تم تعديلها بمقتضى القانون رقم 11 لسنة 2017³ وبموجب النص المعدل أصبح من اختصاص محكمة النقض ان تفصل في الموضوع متى نقضت الحكم المطعون فيه، وهو النص محل الحكم إذ امتنعت محكمة النقض عن تنفيذ نص المادة تأسيسا على ان المادة تخالف الثابت والمتعارف عليه من ان محكمة النقض هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع في الوقت الذي يأتي فيه نص المادة واضحا فمحكمة النقض أصبحت ملزمة ان تنظر في موضوع هذه القضايا وعدم الإحالة إلى محكمة الجنايات لنظر القضية، الأمر الذي اعتبره البعض تمردا من محكمة النقض على تعديل القانون، بينما رأى اتجاه آخر ان المحكمة تدافع عن وظيفتها⁴، ولكن الإجابة الحقيقية عن هذا التساؤل تكمن في حدود تفسير القاضي للنص، ففي القواعد التي قررتها المحكمة الدستورية ومحكمة النقض ذاتها انه لا اجتهاد مع صراحة النص، وانه لا ينبغي تفسير النص القانوني بطريقة تؤدي إلى تعطيله، ولكن في هذا الاتجاه أؤيد بشدة ما قال به البعض⁵ ان ما جعل هذا الحكم يعكس تنازعا بين السلطات، بل ويحيد به عن ضوابط التفسير المتعارف اعتبارين أساسيين:

الأول: ان محكمة النقض في تسببها لهذا الحكم - وهو ما يعكس أهمية التسبب في واقع الأمر - لم تؤسس للحكم على أساس بيان الصلة بين أهمية دورها كمحكمة قانون وليس محكمة موضوع وبين الحقوق الإجرائية للمتقاضين أو - في المسائل الجنائية من باب أولى - ضمانات المحاكمة العادلة، ذلك ان تكوين السلطة القضائية وألية أدائها لوظيفتها من أوثق المسائل صلة بالمحاكمة العادلة أيا كان نوعها، لكنها ركزت في حيثياتها على دورها فقط دون إشارة لحقوق المتقاضين من جانب، ومن جانب آخر كان من الممكن لمحكمة النقض ان تشير إلى الأعباء التي من شأن هذا الاختصاص ان يتقلها به

¹ نقض جنائي، جلسة 2019/7/6، الطعن رقم 16525، س 88 ق.

² يقرر نص م 39: "إذا قدم الطعن أو أسبابه بعد الميعاد تقضى المحكمة بعدم قبوله شكلا وإذا كان الطعن مقبولا وكان مبنيا على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، تصح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون.

وإذا كان الطعن مبنيا على بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر فيه، تنقض المحكمة الحكم، وتتنظر موضوعه ويتبع في ذلك الأصول المقررة قانونا عن الجريمة التي وقعت، ويكون الحكم الصادر في جميع الأحوال حذوريا.

³ المادة الثانية من القانون 11 لسنة 2017 تقرر: يستبدل بنصوص المواد (39، 44، 46) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم 57 لسنة 1959، النصوص الآتية...

⁴ في العرض لهذه الاتجاهات راجع: منة عمر، هكذا عطلت محكمة النقض المصرية إجراءات الطعن أمامها: أي حدود لتفسير القاضي للقانون؟، مقال بتاريخ 2019/9/16، المفكرة القانونية، متاح على الموقع التالي:

<https://legal-agenda.com/%d9%87%d9%83%d8%b0%d8%a7-%d8%b9%d8%b7%d9%84%d8%aa-%d9%85%d8%ad%d9%83%d9%85%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d9%86%d9%82%d8%b6-%d8%a7%d9%84%d9%85%d8%b5%d8%b1%d9%8a%d8%a9-%d8%a5%d8%ac%d8%b1%d8%a7%d8%a1%d8%a7%d8%aa/>

⁵ منة عمر، المرجع السابق.

فمع عدد الدوائر الجنائية والمستشارين من الصعب ان تنتظر محكمة النقض القضايا من جهة الموضوع أيضا، الأمر الذي من شأنه ان يتعارض مع فكرة العدالة الناجزة أيضا وهو الهدف الرئيسي للتعديل التشريعي.

الثاني: عزز من ترسيخ مظهر تنازع السلطات الخلفيات السياسية التي أحاطت بصور القانون فظهرت محكمة النقض تدافع عن اختصاصها الأصلي في مواجهة السلطة التشريعية من جانب، والسلطة التنفيذية التي تضغط من أجل هذه التعديلات على خلفية مواجهة الارهاب والحاجة إلى العدالة الناجزة.

ومن ناحية فنية تتصل مباشرة بتفسير القاضي للقانون ففي الحكم محل البحث قامت المحكمة بتفسير نص المادة، فاعتبرت في حيثيات حكمها أن هذا التعديل ينتج عنه أمران: الأول أنه أصبح واجباً على محكمة النقض أن تنتظر في موضوع الدعوى عند نقض الحكم في الحالات المنصوص عليها، بعد أن كان ذلك جوازياً وفقاً لنص المادة قبل التعديل، أما الأمر الثاني: أن النص ألزمها بذلك بصرف النظر "عن صلاحية الموضوع للفصل فيه بحالته"، وهو ما يخالف نص المادة قبل تعديلها ويتعارض مع صريح نص المادة.¹

- التفسير الذي من شأنه ان يؤدي إلى الاخلال باعتبارات الأمن القانوني:

على خلفية ذات التعديلات التشريعات أصدرت أحد الدوائر بمحكمة النقض حكمها² والتي عدل بموجبه عن مبدأ قانوني مستقر في قضاء محكمة النقض فبسطت المحكمة بموجب هذا الحكم رقابتها على مقدار العقوبة التي يحكم بها قاضي الموضوع، أي سلطته في التفريد العقابي، تأسيساً على ان: "لما كان تقدير محكمة الموضوع للعقوبة لا يعدو أن يكون خاتمة مطاف الموضوع ومحصلته النهائية، فمن غير المقبول عقلاً ومنطقاً أن يبقى تقدير العقوبة بمنأى عن رقابة محكمة النقض بعد التعديل الذي سنه الشارع في مايو ٢٠١٧، ومن ثم فقد بات متعيناً بسط رقابة هذه المحكمة - محكمة النقض - على تقدير محكمة الموضوع للعقوبة، دون حاجة لنقض الحكم المطعون فيه وتحديد جلسة لنظر موضوعه."

تناول الفقه³ هذا الحكم بالتعليق مركزاً على ان التفريد العقابي حق دستوري لمتهم، وان ما جاء به الحكم يعتبر نتيجة صادمة ذلك انه في تعديله للعقوبة لم ينقض الحكم أولاً على سبيل المثال ثم راقب بعد ذلك العقوبة، بل تناول العقوبة وعدلها من الإعدام إلى السجن المشدد.

¹ في العرض لهذه الاتجاهات راجع: منة عمر، هكذا عطلت محكمة النقض المصرية إجراءات الطعن أمامها: أي حدود لتفسير القاضي للقانون؟، المفكرة القانونية، مقال بتاريخ ٢٠١٩/٩/١٦.

² نقض جنائي، جلسة ٢٠١٩/٦/١٠، الطعن رقم ١٣٣٢٤، س ٨٨ ق.

³ أحمد صالح، محكمة النقض تقرض رقابتها في تقدير العقوبة: اجتهاد مبدئي للحد من عقوبة الإعدام أم اجتهاد منعزل؟، المفكرة القانونية، مقال منشور بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٢، متاح على الموقع التالي:

ولكن الحقيقة ما يثير الانتباه بشكل رئيسي -خاصة فيما يتصل بإطار الدراسة- هل هذا الحكم يعتبر مبدأ عدلت عنه محكمة النقض أم انه اجتهاد فردي لأحد الدوائر، وبالإشارة إلى ضوابط العدول عن المبادئ القضائية المستقرة فإنه إذا أرادت إحدى المحاكم العليا كمحكمة النقض ان تعدل عن مبدأ قضائي ثابت لمدة زمنية طويلة، وان تقر مبدأ جديدا عكسه تماما فإنه يقع على عاتقها مجهود مضاعف لتأصيل المبدأ الجديد إلى الحد الذي يجعل منه مبدأ مستقرا يسهل على القضاة والمحامين فهم دوافعه وأسبابه.

المبحث الثاني

اعتبارات الأمن القانوني في الخصومة المدنية

كما سبق الإشارة فإن مصطلح الأمن القانوني على قدر من الاتساع بما قد يتداخل معه مفهوم واعتبارات المحاكمة العادلة بالمعنى الواسع، ومن المفترض ان الاجراءات على قدر كبير من التحديد (في التشريع الإجرائي) في النهاية، لكن الأمر لا يقتصر على جانب القواعد فقط بل التطبيق أيضا وأحسن ما تكون القواعد الإجرائية في الخصومة المدنية.

الواقع ان الخصومة المدنية تعتمد بقدر كبير على التصرفات الصادرة من أشخاصها، القاضي وأعوانه من جهة والخصوم ومن يمثلهم من جهة ثانية والغير أحيانا، ومهما تم ضمان الأمن القانوني للقواعد أو التشريع الإجرائي إلا ان تصرفات أشخاص الخصومة من شأنها ان تؤدي إلى تهديد الأمن القانوني.

من أحد الجوانب الهامة التي تهتم النظم بإمكانية توقعها هي الاجراءات القضائية، فيجب على الخصوم وهم بصدد الممثل أمام المحكمة ان يتوقعوا - إلى حد ما- القادم، وان يكون بإمكانهم تقييم فرص فوزهم بقضية معينة أو خسارتها، وهو ما يعتمد على القواعد الإجرائية من جانب، وعلى مسلك خصومهم والمحكمة من الجانب الآخر، ومن هنا كانت أهمية دراسة هذا الجانب الأخير، من الصحيح ان الخصومة بمثابة مباراة -بين الخصوم، ولكل من الخصوم مصالح يبتغي حمايتها، لكن كل ذلك ينبغي ان يتم في حدود مشروعة، ويمثل الفقه للخصومة من هذا المنظور كمباراة، لها قواعد وان القواعد هي التي تمكن كل خصم من التحرك ومحاولة استقراء الحركة القادمة لخصمه، غير ان الخصوم أحيانا من الممكن ان يلجؤوا إلى الصمت، ففي هذه الحالة هل من الممكن استمرار الاجراءات؟، الأمر الذي يطرح التساؤل حول الأليات اللازمة لضمان ان تظل تصرفات أشخاص الخصومة في حدودها المشروعة مع ضمان حقوقهم في ذات الوقت وعدم المساس باعتبارات الأمن القانوني.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد ان أي تنظيم إجرائي تشريعي سوف يفقد بالضرورة فاعليته إذا لم يتم اكماله بتنظيم منضبط يضمن التزام كافة من الأشخاص الفاعلة في الخصومة باحترامه، وهو ما من شأن الصمت ان يهدده.

المطلب الأول

الصمت في إطار الخصومة المدنية

سواء اعتبر الصمت خلال اجراءات الخصومة المدنية خطة (استراتيجية) من أحد الخصوم للوصول إلى حكم معين أو لتحقيق مصلحة خاصة له في الاجراءات، إلا ان قانون المرافعات يقر الحق في الصمت متى كان من شأنه ان يشكل جزء من حقوق الدفاع ولتحقيق مبدأ المواجهة -على ما سنرى- وكلا منهما من أهداف الأمن القانوني، ويعتمد الحق في الصمت في تطبيقه من خلال اجراءات محددة قررها قانون المرافعات على مبدأ ان الخصومة القضائية هي ملك للخصوم ولكن في ذات الوقت يتمتع القاضي بسلطة رقابة وتنظيم الاجراءات، فالقاضي لم يعد له دور سلبي مطلق وفي ذات الوقت لا يتمتع بذات الدور الإيجابي المنوط بالقاضي الجنائي (حرية القاضي في تكوين عقيدته من أي دليل يعرض عليه)، فالقاضي المدني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لكن في الحدود التي يضعها المشرع الإجرائي، كما انها تكون محلا للرقابة من خلال التسبيب و طرق الطعن في الأحكام.

ولهذا يقرر جانب من الفقه¹ - في محاولة لدراسة الحق في الصمت في قانون المرافعات- ان الحق في الصمت لا يوجد بذاته أو بصورة صريحة في قانون المرافعات، ولكنه يظهر بطرق مختلفة في عدد من الاجراءات أثناء الخصومة المدنية، لذا كان من الصعوبة محاولة وضع قائمة بالإجراءات التي تدرج تحت ممارسة الخصوم للحق في الصمت، - ويستطرد هذا الاتجاه- وبحق- ان هذا لا يشكل دلالة في ذات الوقت على وجود فوضى تشريعية، ذلك ان القانون الإجرائي نظم الاجراءات التي تشكل الحق في الصمت من جانب، ورتب عليها آثار إجرائية من جانب آخر. وفي رأبي فإن صعوبة وضع طائفة جامعة مانعة للإجراءات التي تشكل ممارسة للحق في الصمت إنه يأتي نتيجة لخصوصية القانون الإجرائي ذاته، فإن كان قانون المرافعات يحتوى على قواعد موضوعية إلا انه مازال قانون إجرائي بالدرجة الأولى.

فالخصومة بوصفها مجموعة من الاجراءات التي تبدأ بإيداع صحيفة الدعوى وقيدها مرورا بالإعلان وانعقاد الجلسات وسيورها وصولا إلى الحكم، فالإجراءات - مهما كانت منظمة- غير قابلة لحصرها بصورة مسبقة، كما ان الأمر يعتمد على الخصوم والخطة التي يتبعونها في التقاضي وصلا لتحقيق أكبر مكسب لهم من الاجراءات -أي الوصول لأحكام لصالحهم-.

وانطلاقا من هذه المبادئ يمكن تعريف الصمت في الخصومة المدنية.

¹ Sylvie Bernigaud, Le silences et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p.259.

الفرع الأول

ماهية الصمت

الصمت لغةً: صَمَتَ يَصْمُتُ صَمْتًا وَصُمُوتًا وَصُمَاتًا: سَكَتَ، وَأَصْمَتَ مِثْلَهُ، وَالتَّصْمِيْتُ: التَّسْكِيْتُ، وَيُقَالُ لغير الناطق صامت وصالصت ولا يقال ساكت.

الصمت في الاصطلاح القانوني يختلف في مظهره ومعناه بحسب نطاق تطبيقه، ففي القانون المدني فالصمت عن الرد عن إيجاب معين تمهيدا لإبرام عقد قد يعنى القبول أو الرفض - حسب الظروف الملابسة-، وفي الإثبات فإن الصمت يعنى التسليم أو قبول دليل معين، فمثلا إذا ادعى أحد الخصوم أنه سدد الأجرة عن شهر معين ولم ينكر الخصم الآخر ذلك - أي صمت- فإنه يعد قبول، وكذلك في القانون الإداري عندما لا ترد جهة الإدارة على طلب معين أو في تظلم ما فإن (صمتها) يعنى القبول أو الرفض بحسب الأحوال.

– أولا: تعريف الصمت:

أما الصمت في قانون المرافعات، وبصفة خاصة في الخصومة المدنية، يعد أمر على قدر من الصعوبة، ذلك ان الخصومة المدنية "محل مناقشة الإدعاء - وهى الترجمة القانونية للإدعاء_ هي مجموعة من الأعمال الإجرائية والأعمال القضائية التي تتم أثناء سير القضية المدنية"¹ ، ويُعبر عن المرافعة بوصفها الوسيلة التي يستخدمها المتقاضين للدفاع والتي تشكل في ذات الوقت وسيلتهم لتفريغ شحنة "التنازع" بينهم أمام القاضي، وتعرف بأنها "المجلس الذي يلقي فيه الخصوم بإدعاءاتهم ودفاعهم ودفوعهم أمام القاضي."، ومع ذلك يظهر الصمت في الخصومة، ولعل مظهره الأساسي هو عدم التزام الخصم بالافصاح عن كافة ما يعلمه حتى لو كان مخالف لما يتم مناقشته، وكذلك عدم التزامه بتأكيد أو نفي واقعة يدعيها خصمه. كما رتب القانون الإجرائي آثارا للصمت، فتسقط الخصومة المدنية² بعد سنتين وتعتبر كأن لم تكن إذا لم يقدم المدعى بالنشاط اللازم لسيرها، فالمرشح الإجرائي يعطى تفسير موسع للصمت إلى الحد الذي يمكن ان يعتبر قرينة على الامتناع عن التصرف، وهو ما ترتب عليه آثار قانونية، وفي هذا الصدد وبالتطبيق على المثال السابق يقرر الفقه³ ان الحكمة من إقرار سقوط الخصومة ان "المدعى الذي لا يقوم بنشاط في الخصومة لمدة طويلة يعتبر مهملًا لا يستحق انشغال المحاكم بقضيته، وقد يعنى إبقاؤه للخصومة رغبته في إطالة أمد النزاع نكاية بخصمه."، فكل ذلك يدل على وجود الصمت وأثره الإجرائي، وإلا لما أعطى المشرع دلالة لكل مرة يصمت فيها الخصم ويتصل ذلك بالإجراءات بشكل مباشر، على الجانب الآخر فإنه من

¹ Emmanuel Jeuland, Droit processuel général, 2eme ed., Paris, Montchrestien, 2012, p. 504.

² د. فتحي والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٥٩٨.

³ د. فتحي والى، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

المقرر أنه إذا أغفل الحكم الرد على دفاع جوهرى في حيثياته فإن ذلك مما يجيز الطعن لاخلاله بالحق في الدفاع، فصمت المحكمة ترتب عليه آثارا إجرائية.

ثانيا: الأساس القانوني للحق في الصمت:

على الرغم من محاولة تعريف الصمت على النحو السابق إلا ان الأمر ليس على هذا القدر من السهولة خصوصا إذا حاولنا وضع معايير محددة وإطر ثابتة لما يعتبر صمتا في الخصومة المدنية، وذلك إذا أخذنا في الاعتبار مصطلحات أخرى كعدم قيام المتقاضين بالنشاط اللازم لسير الخصومة L'absence de diligence ، الامتناع L'inaction، التنازل L'acquiescement . فهل يشمل نطاق الصمت هذه المصطلحات أم ان له ذاتية مستقلة.

يعتبر الامتناع: هو طريقة لرفض التعبير عن طريق اجراءات قانونية معينة ويرتب عليها القانون أيضا أثرا إجرائيا، وأبرز مثال لها قبول الخصم للحكم الصادر، ويتبين ذلك من عدم قيامه بالطعن في الحكم من خلال طرق الطعن المقررة وفوات مواعيد الطعن.

لكن كيف يمكن تحديد إطار الصمت؟

ذهب اتجاه¹ إلى ربط الصمت بالحق في رفع الدعوى، وبهذا يأتي الصمت في الخصومة المدنية بصور مختلفة فتنتمى الامتناع أو القدرة على قيام بإجراء معين ومع ذلك يختار الخصم عدم القيام به، إلا ان الفقه يقرر و-بحق- عدم إمكانية تأسيس الصمت على وجود الحق في التقاضي، ذلك ان يوجد فروض كثيرة تعوق الحق في اللجوء إلى القضاء (بمعنى تقديم طلب إلى القاضي) وفي حكمها التمثيل القانوني لإرادة الشخص يعبر عنها أمام القضاء من خلال من يمثله.

وإذا عرف الصمت بالمفهوم الضيق فهو يعنى: " امتناع المتقاضين أو القاضي اختيارا عن الرد أو اختيارهم عدم الحديث."، غير ان هذا التعريف ربط الصمت بالارادة - وهو ما يقرر جانب من الفقه عدم صحة الإرادة كأساس للصمت الذي يعتد به في الخصومة، ذلك انه وإن وجدت بعض الاجراءات التي تظهر فيها إرادة الخصوم أو القاضي، إلا انه أيضا توجد بعض الاجراءات التي يسلب المشرع فيها أي ارادة للأطراف أو القاضي ولا يكون أمامهم إلا اتباع القانون.

¹ هذه الاتجاهات مشار إليها لدى:

بالرغم من وجهة الرأي السابق إلا أنى أجد صعوبة في التسليم به بصورة مطلقة، فمن مقتضيات الإجراء القضائي الموضوعية الإرادة، وقد اختلف الفقه¹ حول وجود هذا الركن من الأساس ودلوا على ذلك بعدم وجود عيوب للإرادة في الاجراءات خصوصا الصادرة عن المتقاضين، إلا انى أؤيد الجانب الذى يرى ان هناك ارادة في الإجراء لكنها تتخذ صورة مميزة وهى ان تأتى في الشكل الذى حدده لها قانون المرافعات، ويعتبر اتخاذ الإجراء صحيحا قرينة على صحة الارادة، وفيما يتصل بعيوب الارادة فيمكن اللجوء إلى طرق الطعن في الأحكام بعد ذلك، لكن يصعب نفي وجود الارادة بصورة مطلقة لأنها وفى حدها الأدنى تضع القانون الإجرائي موضع التطبيق.

ومهما كان الأمر فإن القدر المتفق عليه ان الصمت في قانون المرافعات هو محل اعتبار من المشرع طالما كان في إطار احترام حقوق الدفاع، والحق في المواجهة، ولكن يترتب عليه جزاءات كما في حالة سقوط الخصومة، أو امتناع القاضي لفترة طويلة عن الفصل في القضية فيتعرض للمسئولية ويعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

ولم يشر قانون المرافعات صراحة إلى الصمت كمفهوم في ذاته على قدر ما اهتم بتنظيم الاجراءات عموما ومنها الاجراءات التي تعبر عن الصمت بهذا المفهوم، ويشير جانب من الفقه² ان الاجراءات (الخصومة) تكون طريقة لتنظيم الدعوى كما أنها تشكل أحيانا وسيلة لضمان الحقوق والحريات الأساسية، وانطلاقا من هذا المفهوم فإنه من المؤكد ان الصمت في قانون المرافعات أمر لا يعوزه التنظيم بصورة مطلقة ولكن القيمة التي تعطى له في موضع معين تعتمد على ما يهدف المشرع الإجرائي إلى تحقيقه لاسيما التي تتعلق بالضمانات الإجرائية في الخصومة المدنية.

الفرع الثاني

الصمت في إطار اعتبارات الأمن القانوني في الخصومة المدنية

قبل تناول الصمت في علاقته ببعض المبادئ في الخصومة والتي تهدف إلى تحقيق الأمن القانوني، يجدر الإشارة إلى تطور دور كلا من القاضي والخصوم في الخصومة بمزيد من التفصيل.

كما سبق الإشارة فإن المفهوم التقليدي باعتبار ان الخصومة هي ملك للخصوم وان للقاضي دور سلبي وتطوره إلى حد الاعتراف للقاضي بعدد من السلطات أو الدور الإيجابي في الخصومة المدنية في إطار من التزامه بضمان حسن سير

¹ راجع في هذه الاتجاهات، د.وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٣٩٢.

²Serge Guinchard, Le reveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procedure civile entre droit processuel classique, neo-classique ou europeaniste et technique d'organisation du proces, dans Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 97.

العدالة، إلا ان هذا المفهوم في طريقه إلى مزيد من التطور في إطار من تطور مفهوم الواجبات الإجرائية للخصوم¹، تلك الأخيرة يلتزم بها كلا من: القاضي وأعدائه من جهة، والخصوم ومن يمثلهم من جهة أخرى، ويرتكز التطور على فكرة المسؤولية المشتركة بين كل أطراف الخصومة المدنية في ضمان اجراءات عادلة ، فاعلة، وسريعة ، وهو ما يقتضى تنظيم مفصل لكلا من الحقوق والواجبات والجزاءات الإجرائية.

وتأسيسا على ذلك، من ناحية أولى في هذا التنظيم تأخذ الحقوق والواجبات الإجرائية صفة إيجابية وصفة سلبية، بالنسبة للصفة الإيجابية فتقتضى هذه الحقوق والواجبات ان يمارسها الخصوم بحسن نية ولا يتقاعسوا عن اتخاذ كافة الخطوات الإيجابية للوصول إلى الحكم باعتباره النهاية الطبيعية للإجراءات.

ومن ناحية ثانية فالجانب السلبي لتلك الحقوق والواجبات يتمثل في امتناع الخصوم عن كل صور اساءة استعمال الحق الإجرائي أثناء الاجراءات.

ومما لا غنى عنه لاكتمال المنظومة الجزاءات الإجرائية لأن من شأنها ان تضبط نطاق ممارسة الحقوق والواجبات الإجرائية، وتحقيق التوازن بين المصلحة الخاصة لكلا من أطراف النزاع وفي ذات الوقت المصلحة العامة التي تتمثل في اجراءات سريعة، غير مكلفة، وعادلة.

– أولاً: الصمت والنظام العام الإجرائي: (الحفاظ على حقوق المتقاضين):

القانون الإجرائي يندرج ضمن مبدأ النظام العام، ولا يتصل ذلك بضمانات التقاضي بل يمتد إلى الاجراءات ذاتها والتنظيم القضائي وقواعد الاختصاص، ومهما كانت القاعدة التي تشكل جزء من النظام العام إلى الدرجة التي تجعلها ترقى إلى مصاف التشريع، غير ان الحقيقة التي لا يمكن الالتفات عنها ان فكرة النظام العام متغيرة بطبيعتها، وفيما يتصل بقانون المرافعات فإن الصمت بمفهومه الواسع باعتباره الامتناع الارادى أو اللارادى عن التصرف (اتخاذ إجراء معين) هو أمر يخضع في التطبيق لمعيار النظام العام، فلا يجب ان يتعارض الصمت مع الحق في التقاضي، في إطار أوسع مع القواعد الإجرائية التي تتصل بالنظام العام.

وفي هذا الصدد نعرض لبعض مواد قانون العمل، فتتص المادة ٧٠ من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أنه: "إذا نشأ نزاع فردى بين صاحب العمل والعامل في شأن تطبيق أحكام هذا القانون أو أي من القوانين أو اللوائح المنظمة لعلاقات العمل الفردية فلاى منهما أن يطلب من لجنة - تشكل من: ممثل للجهة الإدارية المختصة (مقرراً)، وممثل للمنظمة النقابية،

¹ Alan Uzelac, Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations, Hungarian Journal of Legal Studies Vol.58, No 1,2017, p. 3-18 .

وممثل لمنظمة أصحاب الأعمال - خلال عشرة أيام من تاريخ النزاع تسويته ودياً، فإذا لم تتم التسوية خلال واحد وعشرين يوماً - من تاريخ تقديم الطلب - جاز لأي منهما أن يطلب من الجهة الإدارية المختصة إحالة النزاع إلى المحكمة العمالية المنصوص عليها في المادة (٧١) من هذا القانون أو أن يلجأ إليها في موعد أقصاه خمسة وأربعين يوماً من تاريخ انتهاء المدة المحددة للتسوية سواء كان قد تقدم للجنة بطلب التسوية أو لم يتقدم به وإلا سقط حقه في عرض الأمر على المحكمة.

فالمادة السابقة تقرر حكيم الأول: فيما يتصل بعرض النزاع للتسوية الودية وأثر ذلك على الحق في اللجوء إلى القضاء، ولم ترتب المادة أي أثر إجرائي على مخالفة هذا الحكم، بمعنى ان العامل أو صاحب العمل إذا امتنع (مظهر للصمت) كلاهما عن اللجوء إلى التسوية الودية ولجؤوا مباشرة إلى القضاء، فلا يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى، ومناطق ذلك ان هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، ولم يعلق المشرع في المنازعات العمل الفردية الحق في اللجوء إلى القضاء على عرض الأمر على لجنة للتسوية الودية مسبقاً.

الثاني: حدد المشرع مدة ٤٥ يوم للأطراف لتقديم طلب إلى الجهة الادارية المختصة لإحالة النزاع إلى المحكمة العمالية من تاريخ انتهاء المدة المحددة لتقديم طلب التسوية، وبغض النظر عن تقديمه طلب التسوية من عدمه، فالضابط الذي وضعه المشرع للإجراء القضائي هو الميعاد، وهو ميعاد حتمي يترتب على مخالفته سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، فلا يمكن للأطراف الصمت/ أو الامتناع عن اتخاذ الإجراء لأن الأمر يتصل بالنظام العام (المصلحة العامة) من جانب، ولا اعتبارات حسن سير العدالة من جانب آخر.

على الجانب الآخر فوفقاً للقانون ٧ لسنة ٢٠٠٠ بإنشاء لجان التوفيق في المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها أنه يلزم لعرض النزاع على القضاء عرض النزاع ابتداء على تلك اللجان وهو نص يتعلق بالنظام العام وإلا ترتب جزاء إجرائي هو عدم قبول الدعوى إذا عرضت على القضاء ابتداء، ولذا قضت محكمة النقض في حكم لها: ".....لما كانت الدعوى المطروحة قد أقيمت من المطعون ضدهم على الطاعن - بنك التنمية والائتمان الزراعي بالشرقية - وهو من غير الجهات التي عناها المشرع بنص المادة الأولى من القانون المذكور ومن ثم يحق لهم إقامة دعواهم مباشرة أمام القضاء دون أن يسبقها اللجوء لتلك اللجان ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه إن التفت عن الرد على الدفع المبدى من الطاعن بعدم قبول الدعوى".¹

ولا يعتبر اختلاف الحكم بين النصين دليل على عدم اعتبار الصمت في الاجراءات، فالصمت لا يعد من قبيل الفوضى، لكن المشرع هو من يوظفه وفقاً للإطار والحالة محل التطبيق، فإما يقره أو يرتب عليه جزاء إجرائي، على أنه يجدر

¹ نقض مدني، الدوائر العمالية، جلسة ٢٠١٤/٦/١٥، الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٧٢ قضائية.

الإشارة إلى عدم الخلط بين الصمت في الاجراءات من جهة وعدم اتباع القاعدة الإجرائية من جهة أخرى، فالأخيرة طالما كانت على قدر من الوضوح فإن مخالفتها ترتب الجزاء الإجرائي ولا يعنى بحال من الأحوال انصراف ارادة الأطراف إلى خلاف القاعدة لأنها - بالذات حينما تتعلق بالتنظيم القضائي - فإنها تتعلق بالنظام العام.

– ثانيا: الصمت واعتبارات حسن ادارة العدالة:

١. دور القاضي في رقابة استعمال الخصوم للصمت في الاجراءات:

ويقوم القاضي بدور هام في هذا الصدد فعدم قبول الطلب من أحد الخصوم مهما تعددت أسبابه فهي ترجع في الأساس إلى القانون، وإلى تفسير القاضي لهذه النصوص وهو بصدد تطبيقها، وبالتالي فمتى تعلقت مسألة معينة بالنظام العام وكان من شأنها ان تؤدي إلى عدم قبول المحكمة للدعوى، فللمحكمة ان تثيرها من تلقاء نفسها، فقد لا تفصح النصوص بذاتها عن اعتبار إجراء معين من قبيل النظام العام من عدمه ففي هذه الحالة يقع الأمر على عاتق القاضي، وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ان: "تقرير المحكمة / القضاء لما يعتبر من قبيل النظام العام يعتمد على طبيعة المسألة وأهمية المصلحة محل الحماية."¹

على الجانب الآخر يرى البعض ان القاضي يمكن ان يثير قاعدة تتعلق بالنظام الخاص وذلك عند عدم حضور الخصم المعنى بها في الجلسة، وفي هذا الصدد يجدر الإشارة إلى ضمانات الخصم الغائب وأرى ان سلطة القاضي في هذا الصدد تتأسس على ضمان حقوق هذا الخصم الغائب التي وإن تعلقت بمصلحة خاصة ابتداء إلا انها تتصل باعتبارات العدالة وحقوق الدفاع بصفة غير مباشر، فالأمر الثابت في هذا الصدد ان غياب الخصم لا يعنى التسليم بما يوجه ضده من الخصم الآخر في الخصومة.

وفي هذا الصدد فإن للقاضي -وبحق- السلطة في تسيير الخصومة، ذلك ان المصلحة العامة تقتضي ان يكون للقاضي دور فعال في توجيه الخصومة فلا تترك لمحض أهواء الأفراد يتصرفون فيها كما يشاءوا، لأن في ذلك إهدار للحقوق من جهة، وتجاهل لإشراف الدولة من جهة لأن القضاء سلطة عامة وليس سلطة خاصة²، وهو الأمر الذي يتأسس على دور القاضي في تحقيق حسن سير العدالة Bonne administration de la justice.

¹ Cour de cassation, Rapport annuel, 2013, p. 95, available at: www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf.

² د. فتحى والى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٦٩، د. سعيد خالد الشرعبي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٧، فقرة ٣٧١، ص ٢٣٠.

فدور القاضي ينبغي ان ينصب على الوصول إلى عدالة و تحقيق نظام قضائي غاية في الفاعلية من خلال تلافى أكبر قدر ممكن من القصور في اجراءات التقاضي، الأمر الذي يجد له صلة بمبدأ حسن سير العدالة¹ بمعنى كل الاجراءات التي يمكن اتخاذها لتسهيل وإدارة المحاكمات عموماً، فالقاضي بحكم منصبه وما له من سلطات ينبغي ان يكمل أوجه القصور لدى الخصوم وألا يترك صمت الخصوم يؤثر على سير الاجراءات بما يعوق سيرها المنتظم، وعموما كافة الوسائل التي تمكن المحاكم من أداء وظيفتها كمؤسسة - سلطة - في الدولة²، وفي رأى جانب من الفقه³ فإن حسن إدارة العدالة تعنى التعامل القضائي مع زيادة عدد القضايا وكثرة الاجراءات، فيحاول القاضي ان يوفر أقرب الحلول للفروض التي تعرض عليه في ضوء النصوص الموجودة، ويعمل كقريب على ممارسة حقوق الدفاع والسير المنتظم للخصومة من خلال الاجراءات.

القاضي في هذا الصدد يراقب استخدام الخصوم للصمت في الاجراءات، فمتى أدى الصمت إلى الاخلال بحسن سير العدالة أو حقوق الدفاع أصبح مما يسوغ معه توقيع الجزاءات الإجرائية، فلا يوجد للصمت في هذه الحالة أي حماية/ احترام من قبل القانون⁴، فللقاضي في هذا الصدد ان يستبعد ما قدم متأخراً من مستندات، وفقاً للمادة ١٣٥ مرفعات يجوز للقاضي ان "ينحى جانبا المستندات التي لم يحط الخصم بها علماً في وقت مناسب، أو التي لم يلعن بها في وقت مناسب، أو التي قدمت بعد قفل باب المرافعة، أم فيما يتعلق بالصمت الذي من شأنه ان يهدد سير الاجراءات وبالتالي حسن سير العدالة فقد تقرر في هذا الصدد عدة جزاءات إجرائية للقاضي اللجوء إليها- ويتمتع في هذا الصدد بقدر من السلطة التقديرية - مثل شطب الخصومة وانقضاء الخصومة.

٢. شطب الخصومة:

الشطب عموماً يواجه الفرض الذي لا يلتزم فيه الخصمان (المدعى والمدعى عليه) بواجب الحضور أمام القاضي، ولم تستكمل دعواهم كافة أوجه التحقيق أمام القاضي على النحو الذي يمكنه من تكوين عقيدته ففي هذه الحالة يؤجل القاضي القضية إلى جلسة أخرى فإذا لم يمثل الخصمان أيضاً وكانت القضية غير صالحة للفصل فيه، تحكم المحكمة بشطب الخصومة، ولا يحمي القانون صمت الخصوم في هذه الحالة والذي يأخذ صورة الامتناع عن اتخاذ الاجراءات المطلوبة منهم، لأن في هذا التصير إضرار بحسن سير العدالة، وأرى في هذا الصدد انه من الصعب القول بقسوة الجزاء الإجرائي وإمكانية ان يمنع الخصوم ضمناً من اللجوء إلى القضاء، ذلك ان المشرع وازن بين اعتبارات حسن سير العدالة التي تتمثل

¹ Jacques Robert, la Bonne administration de la Justice, AJDA, 1995, p.117.

² Loic Cadiet (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, s.v. Justiciabilité .

³ Jacques Robert, Opt.cit, p.118.

⁴ Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p.270.

في ضرورة سير الخصومة وعدم تعطيل اجراءاتها ، وحق الخصوم في ان تنظر دعوامهم ، فلم يقرر الشطب مباشرة لكنه أعطى الخصوم فرصة من خلال التأجيل، وحتى بعد الشطب فللخصوم تعجيل الخصومة المشطوبة واستئناف سيرها من النقطة التي توقفت عندها إذا قاموا بالتعجيل خلال ٨ أيام، وفي جميع الأحوال وحتى إذا اعتبرت الخصومة كأن لم تكن لعدم تعجيلها من قبل الخصوم فلهم رفع نفس الدعوى مرة أخرى أمام المحكمة ولكن باجراءات جديدة ما لم ينقضى الحق الموضوعي نفسه بالتقادم.

وفي قانون المرافعات الفرنسي قرر المشرع شطب الخصومة أمام محكمة الاستئناف بنص خاص - أي إلى جانب القاعدة العامة- بموجب المادة ١٠٠٩-١¹ في حال عدم تنفيذ الخصوم للحكم الابتدائي واجب النفاذ بكفالة، وكان هذا الحكم محل للطعن أمام محكمة الاستئناف، ففي هذه الحالة أيضا يتساءل الفقه² حول ما إذا حقق الجزاء الإجرائي التوازن بين حقوق الخصوم في اللجوء إلى القضاء و اعتبارات حسن سير العدالة أم لا؟ ، ففي هذا الصدد تقرر ان تنفيذ الجزاء الإجرائي الذي يتمثل في الشطب نتيجة لعدم قيام الخصوم بالنشاط الإجرائي المطلوب منهم لم يتم بصورة تلقائية بل قام رئيس هيئة المحكمة قبلها بإجراء تحقيق وسماع أقوال النيابة والأطراف، كما ان الشطب لن يترتب عليه إلا تعليق سير الاجراءات لحين قيام الخصوم بواجباته التي تتنافى والحال كذلك مع الصمت.

٣. سقوط الخصومة:³

سقط الخصومة من أبعد الجزاءات الإجرائية آثرا لأنه يعنى انقضاء الخصومة نتيجة لعدم تاسير فيها بفعل المدعى أو امتناعه لمدة ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها، وهو يأتي حماية لاعتبارات حسن سير العدالة من جهة ولحماية الخصوم من ناحية أخرى حتى لا تبقى الخصومة دون السير فيها باعتبارها تشكل وسيلة تهديدية بغرض الكيد لخصمه.

فالسقوط يأتي كجزاء لعدم السير بفعل المدعى أو امتناعه، فلا تسقط إذا كان سبب عدم السير فيها مانع مادي خارج عن إرادة المدعى، ولا يؤدي سقوط الخصومة إلى انقضاء الحق الموضوعي فيمكن استهلال الخصومة مرة أخرى عن ذات الموضوع لأنه لم يستنفذ سلطة المحكمة، إلا انه يمكن ان يؤدي السقوط إلى انقضاء الحق الموضوعي بصورة غير

¹ Art. 1009-1 : "Hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, .."

² Patricia Granet, Le decret du 28 decembre 2005 a l'épreuve de l'inflation normative, Procédures 2006.4

³ د. وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص ٦٦٨.

مباشرة إذا سقطت الخصومة - فإن إجراءاتها تعتبر كأن لم تكن بأثر رجعي - فلا يمكن رفع دعوى مرة أخرى إذا كان مدة تقادم الحق الموضوعي قد أكتملت في هذه الفترة.

ثالثاً: مبدأ تركيز الخصومة:

يهدف مبدأ تركيز إلى حث الخصوم على تقديم كافة الأسانيد الواقعية والقانونية لطلباتهم أمام القضاء، والهدف من ذلك ان يفصل القاضي في موضوع خصومة واحدة وكافة ما يتعلق بها من مسائل، فلا تتعدد الخصومات بتعدد الطلبات، الأمر الذى يحقق الاقتصاد في الاجراءات من وبالتالي توفير وقت التقاضي من جهة، ومن جهة أخرى فإن تجميع كافة ما يتعلق بنفس الخصومة أمام قاض واحد يعجله الأقدر على الفصل فيها لأنه يحيط علماً بكافة جوانب القضية.

ولذا يلزم الخصوم بتقديم دفاعهم والمستندات المؤيدة له قبل الجلسة المحددة لها، فيوجب القانون على المدعى إيداع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة مع صحيفة الدعوى قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل، واستقر الفقه والقضاء على ان الاجراء عموماً إذا لم يتخذ في ميعاد (أي امتنع الخصوم عن القيام به) فإن من شأن ذلك ان يؤدي إلى سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، على انه يجدر الإشارة ان ميعاد الثلاثة أيام السابق الإشارة إليه هو ميعاد تنظيمي أي لا يؤدي إلى اهدار حق الخصوم في الدفاع وإنما يهدف إلى حثهم على سرعة تقديم طلباتهم إلى القضاء، على ان ذلك لا يعنى أنه لا يوجد في قانون المرافعات المصري مواعيد وطرق حتمية تحقيقاً لمبدأ تركيز الخصومة ويترتب على مخالفتها- أي الامتناع من جانب الخصوم وعد تقديمها في الميعاد وبالطريقة المحددة - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء.

ومن ذلك وجوب إبداء الخصوم الدفوع بترتيب محدد وهو إبداء الدفوع الإجرائية ثم الدفع بعد القبول وأخيراً الدفوع الموضوعية، فإذا امتنع الخصم عن إبداء دفع معين في هذا الترتيب وكان هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام، فإنه يسقط الحق في إبداء ما لم يبدى منها.

كذلك وجوب تقديم كافي الطلبات والدفوع قبل قفل باب المرافعة ولا يقبل - من حيث الأصل - تقديم طلبات أخرى أو سماع مرافعات أخرى بعد قفل باب المرافعة، أيضاً إبداء الطلبات العارضة وضرورة ان يكون الطلب الأصلي مرتبطاً بالطلب العارض، وقيام المحاكم بالضم والإحالة، وأخيراً في مرحلة الاستئناف وإعمال قاعدة "الأثر الناقل للاستئناف".

نفس الوضع في فرنسا حيث قررت محكمة النقض الفرنسية: "يجب على الطالب ان يقدم كافة الأسانيد القانونية والواقعية التي تدعم طلبه"¹، وفي ذلك اعتماد وتقرير لمبدأ تركيز الخصومة، غير ان هذا الحكم قد انتقده البعض تأسيساً على ان من شأن هذا الحكم ان يخل بحقوق الدفاع، ذلك ان الخصم الذي يتمتع الصمت - عن تقديم كافة أوجه دفاعه ودفعه مرة واحدة أمام محكمة أول درجة يسقط حقه فيما لم يبيديه منها بصورة قاطعة ويكون الجزاء الإجرائي حال تقديمها عدم القبول. على ان جانب آخر² دفاعاً عن هذا الحكم قرر ان تكريس هذا المبدأ يؤدي إلى فرض احترام ميعاد معين مناسب لإصدار حكم فاصل في القضية - محققاً مبدأ الفصل في الدعوى خلال مدة معقولة، ويحقق الاقتصاد في الاجراءات مما ينعكس على أداء السلطة القضائية وعدالة الحكم الصادر، كما يحارب عدم الأمن القانون *L'insécurité juridique*، كما يجابه الممارسات التي تنطوي على سوء النية والتي تعتمد على صمت أحد الخصوم وكشفه بصورة تدريجية عن إدعاءاته (وفي ذات الوقت حجه للمعلومات - الكشف التريجي يعتبر صورة من صور حجب المعلومات) ، بحيث يتمكن الخصم الآخر من أن يعلم في وقت مناسب بالادعاءات الموجهة ضده وإمكانية تحضير دفاعه في الوقت المناسب للرد عليها، أي ان الهدف ليس تهديد حقوق الدفاع ولكن تقليل وقت المحاكمة وفي ذات الوقت ضمان عدالة القرار الصادر وهو ما يندرج ضمن أهداف حسن سير العدالة.

على ان بمحاولة تأصيل الأمر فإن تركيز الخصومة على النحو الوارد في أحكام محكمة النقض الفرنسية بداية من ٢٠٠٨ يلزم الخصوم بتقديم طلباتهم التي تتعلق بذات الموضوع مرة واحدة وإلا لن تقبل هذه الطلبات في مرحلة لاحقة، فيعلق على ذلك جانب من الفقه³ -وبحق- ان الأمر وإن جاء في سياق حسن سير العدالة ورفع جودة التقاضي إلا ان الأمر يتصل باعتبارات الخصومة والأمن القانوني بالدرجة الأولى، تلك الاعتبارات التي أدت في فرنسا منذ عام ١٩٧٥ إلى زيادة سلطات القاضي في الخصومة المدنية، فبعد ان ساد مبدأ الدور السلبي للقاضي وهيمنة الخصوم على الخصومة المدنية، أضحي للقاضي دور إيجابي فيما يتعلق بالإجراءات والتي تعتبر من النظام العام الإجرائي، على ان يحتفظ الخصوم بالدور الذي تلعبه إرادتهم في تحديد موضوع النزاع - وهو ذات الوضع في مصر - فالخصومة تتكون من أشخاص ومحل وسبب، والمحل هو موضوع النزاع وتتحدد سلطة القاضي في الفصل في المسائل المطروحة عليه فقط من الخصوم فلا يتعداها إلى

¹ Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672: *Bull. civ. ass. plén.*, n° 8; *Bull. inf. C. cass.* 15 oct. 2006, "il incombe au demandeur de presenter des l'instance relative a la premiere demande L'ensemble des moyens qu'il estime de nature a fonder celle-ci"

² J.-Cl. Magendie, JCP, 2008, I, 192, p. 11, spéc. p. 12, entretien avec P. Granet.

³ Olivier Staes, *La concentration des demandes : le recul de la maîtrise de la volonté individuelle sur la sanction des droits litigieux*, Marc Nicod ed., de la volonté individuelle, L.G.D.J, 2009, p.177-189.

غيرها - ذلك ان القضاء مطلوب وليس معروض، على ان سلطة الخصوم في هذا الصدد لم تأتي حرة من أي تنظيم بل يمارسها الخصوم في إطار من تنظيم الطلبات العارضة وقواعد الاختصاص.

فبناء عليه كان للخصوم ان يقدموا ما يعنى لهم من طلبات، وأيضا غيرها من الطلبات التي قد تتأسس على ذات السبب في خصومة جديدة أمام المحكمة طالما لا تتعارض مع مبدأ حجية الأمر المقضى ولم تستنفذ سلطة المحكمة المعروض عليها الأمر.

فإذا ألزمت محكمة النقض الفرنسية الخصوم بتقديم كافة طلباتهم وادعاءاتهم دفعة واحدة وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها أمر يراه هذا الجانب من الفقه¹ تراجع لدور الإرادة الفردية في الخصومة من جانب وقد يؤدي إلى اهدار حقوق الدفاع من جانب آخر.

على ان اتجاه محكمة النقض يعلل دائما بالمزايا التي من شأنه ان يحققها مبدأ تركيز الخصومة- ولا يعتبر بالمبدأ المستحدث لأنه طالما ما وجد كما سبق الإشارة لكننا بصدد التوسع في نطاق تطبيقه، ويحقق هذا المبدأ السرعة وتوفير نفقات التقاضي، الأمانة الإجرائية لأنه سيمنع صمت أحد الخصوم عن تقديم الطلبات دفعة واحدة أو مباغته الخصم الآخر وغيرها من صور الصمت، على ان احترام المبادئ الأخرى للخصومة ستضمن احترام حقوق الدفاع.

في الواقع فإن الأمر يجعلنا أمام مصالح مشروعة متعارضة الأولى هي اعتبارات حسن سير العدالة، والثانية هي حقوق الدفاع، وأرى ان الأمر سيحتاج إلى ضمانات في التطبيق أو نصوص صريحة للتنظيم في هذا الصدد لأن الأمر في رأي خرج عن كونه وسيلة لحل نزاع أو إيجاد الحلول في ضوء النص والتي تضمن حسن سير العدالة، لكننا بصدد مبدأ عام للإجراءات فإن التوسع في تطبيقه وتفسيره على هذا النحو يستلزم تقنينه تشريعيا على النحو الذي يضمن حقوق الدفاع وفي ذات الوقت يراعى اعتبارات حسن سير العدالة.

¹ Olivier Staes, opt.cit. p.178 .

المطلب الثاني

التنظيم الإجرائي للحق في الصمت في الخصومة المدنية

إذا كان وجود الصمت الصادر عن الخصوم في القانون الإجرائي تتصل بدور الخصوم في القضية المدنية، إلا ان هذا الأمر كما سبق البيان يخضع للتنظيم بصورة أو بأخرى، وفي هذا الصدد يمارس القاضي بحكم اختصاصه (الرقابي على الاجراءات) دورا في هذا الصدد، وكذلك المشرع، لكن هذا التنظيم وحدوده ومداه يتأثر بمبادئ أساسية وهي النظام العام الإجرائي من جهة، حسن سير العدالة من جهة أخرى، وكلا منهما يشير إلى دور القضاء فيما يتعلق بتنظيم الحق في الصمت في ضوء النصوص التشريعية في هذا الصدد.

الفرع الأول

الصمت بين الحق الإجرائي والواجب الإجرائي

إن وجود الصمت في الخصومة - أو بالأحرى أول ما يتبادر إلى الذهن - ان الصمت هو بالضرورة حق إجرائي، لم يقره المشرع الإجرائي بصفة صريحة، ويتمثل هذا الحق الإجرائي في إمكانية استخدام الخصوم للصمت لتفادي آثار إجرائية معينة، أو للوصول لآثار إجرائية معينة يهدفوا إليها بحسب الأحوال، وبعبارة أخرى فيمكن استخدام الصمت من قبل الخصوم كاستراتيجية¹ أو خطة في دفاعهم أثناء سير القضية المدنية.

على انه وكما سبق البيان المشرع لم يُضمن قواعد خاصة تمكن من وضع " الصمت " في طائفة واحدة، كما انه أمر على قدر من الصعوبة فقها، على انه بالرغم من ذلك لا يعوزه التنظيم، فهل الصمت من قبل الحقوق الإجرائية أم الواجبات الإجرائية؟

أولا: مفهوم الحق والواجب الإجرائي وصولا لتكييف الصمت:

عرف جانب من الفقه² الواجب الإجرائي مفرقا بينه وبين العبء الإجرائي على ان الأول التزام يفرضه القانون على الخصم لمصلحة خصم آخر، بينما العبء الإجرائي فهو ما يفرضه القانون لصالح الخصم نفسه، وفي ذات الوقت عرف السلطات التي يخولها مركز الخصم لشخص معين بأنها سلطات إجرائية لمصلحة صاحبها إن شاء استعملها أو لا يستعملها،

¹ Élisabeth Deirmendjian, La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile, Thèse, Droit, Université de Toulon, 2012.

² د.فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، بند ١٩٦، ص ٢٩٩.

فلا يجبر على استعمالها ولا يترتب في حقه جزاء حال عدم استعمالها، تكتسب من مركز الخصم أو من مركز إجرائي معين في القضية.

وفى ذات الاتجاه يرى جانب آخر من الفقه¹ ان الواجب ما يفرضه القانون على الخصم من سلوك توافرت له أي من الصور التالية:

- ما يفرضه القانون على الخصم من سلوك يتوافر له مقومات الالتزام بالمعنى الفني
- فرض واجب عام يترتب عليه القانون جزاء إجرائي: مثل تقديم مستندات للمحكمة في وقت محدد
- فرض عبء على الخصم لمصلحته الذاتية، ولا يترتب على عدم أدائه جزاء إجرائي إنما فوات المصلحة عليه،
- الواجب الإجرائي قد يتمثل في الخضوع وذلك بالامتناع عن إعاقة نشاط شخص آخر، وذلك في حالة كون الخصم في مركز يمكن الخصم الآخر من استخدام مكنات قانونية معينة.
- وقد يتخذ الواجب صورة عدم الصلاحية للشهادة.

على ان التعريف الأخير على قدر من العمومية نظرا لشموله العديد من الصور، ويمكن الوصول إلى تحديد أكثر لما يعتبر لما إذا كان الصمت حقا أم واجبا إجرائيا استنادا إلى معيار وهو الجزاء الإجرائي، كما ان بيان خصائص الواجب الإجرائي تبين الحدود المشروعة لاستخدام الصمت في الاجراءات.

فيؤكد جانب من الفقه² ان الواجب الإجرائي بوصفه التزام فهو يترتب جزاء إجرائيا حال الاخلال بهذا الالتزام، ومما يميزه هو اتخاذه صورة الخضوع والامتناع لأمر المحكمة أو تحمل النتائج المتولدة عن ممارسة الحق الإجرائي، فهو لا يحقق مزية أو مصلحة ذاتية للخصم، بل "هو مجرد نشاط يظهر في صورة خضوع أو امتثال وطاعة لحق إجرائي أو لسلطة قانونية."³، الواجب الإجرائي لا يقتصر على الخصوم بل يشمل كل أشخاص الخصومة⁴، كما انه يقرر لمصلحة الخصم الآخر في الخصومة وليس للخصم ذاته، كما قد يتقرر الواجب الإجرائي مراعاة لاعتبارات حسن سير العدالة وسرعة الفصل في القضايا.

¹ د.وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٥١٨.

² د.أحمد عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى - دراسة تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص ١٥٦ ، ما بعدها.

³ د.نبيل اسماعيل عمر، سقوط الحق فى اتخاذ الاجراء، منشأة المعارف ، ١٩٧٧ ، بند ١٤ ، ص ١٨.

⁴ د.أحمد عبد التواب ، المرجع السابق، ص ١٥٦.

ثانيا: الجزاء الإجرائي وسيلة لتنظيم الصمت كواجب إجرائي:

على انه وفقا للقواعد العامة فإن الحق والالتزام وجهان لعملة واحدة، وهو ما ينطبق على المرافعات، فالواجب الاجرائي لابد ان يكون لصاحبه حق إجرائي ومن هنا كان من المتصور التعسف في استعمال الحق الإجرائي وهو ما يفرض التزام بحسن النية في الاجراءات والأمانة الإجرائية، وهو يفرض على الخصم ألا يباشر الاجراءات لمجرد الإضرار وبطريقة تنطوي على التعسف أو الاساءة في استخدام الحق، ومن الثابت في الفقه والقضاء الفرنسي ان الإساءة في استعمال الحق الإجرائي تأخذ صورتين استعمال الحق بطريقة تعسفية أو بطريقة تسوفية فيتخذ الإجراء في وقت متأخر إلى النحو الذي يضر بالخصم الآخر، والتناقض الإجرائي أو الاستوبل الذي يشكل تعسف في استخدام الحق الإجرائي عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه:"تغيير في المركز أو الموقف القانوني للخصم يؤدي حتما إلى وجود خطأ في جانب الخصم الآخر مما يؤدي في النهاية إلى عدم قبول طلبه."¹ على ان تغيير الطلبات أو تقديمها هو من حقوق الخصوم التي تمكنه من الدفاع ومن عناصر هذا الدفاع إبدائها في وقت معين يحقق فائدة للخصم في الاجراءات ويصب في صالحه وصياغة الأمر على هذا النحو من شأنه ان يؤدي إلى تطبيق جزاء إجرائي في كل مرة يصمت فيه الخصم - بمعنى الامتناع عن إبداء دفاع في وقت معين قد يكون مفاجئ للخصم الآخر ويؤدي إلى رفض طلباته ، لذا عادت محكمة النقض الفرنسية لتضع المعيار في اعتبار تصرف اتخاذ إجراء معين من أحد الخصوم تعسفيا من عدمه، فقررت: ينبغي تحقيق عدم التناقض في إطار من مبدأ المواجهة فلا بد حتى نكون بصدد تعارض إجرائي ان يكون في نفس الاجراءات القضائية، فإن كان في إجراءات آخري أمام قاضي آخر فلا نكون بصدد تعارض إجرائي من شأنه الاضرار بالخصم الآخر²، ويجدر الإشارة ان في وقائع هذه القضية غير أحد الخصوم إدعاءته على النحو الذي أفقد الخصم الآخر المصلحة في الدعوى على الرغم من استمرار القضية قبل هذا الإدعاء ولم يثر هذا الخصم هذا الإدعاء تماما، ويعلق الفقه³ على ان المحكمة حينما قررت وجود التعارض قصرت الأمر على الادعاءات القانونية أي الحجج والأسانيد التي يسوقها الخصوم تدعيما لادعاءاتهم، أما الادعاءات الواقعية والتي تتصل بالواقع، فإن للخصوم التمسك بأي واقع جديدة حتى ولو أدت إلى التناقض الإجرائي.

¹ Cass. Civ. 1 , 3 février 2010, Merial c/ Klocke Verspackung, n° 08-21288 ; et ,Cass. Civ. 1 , 24 sept. 2014, n° 13-14.534

² Soc., 22 sept. 2015, n°14-16.947

³ Marie Danis, Interdiction de se contredire au détriment d' autrui, Un Estoppel à la Française, 12/7/2017 , available at: <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1038-interdiction-de-se-contredire-au-detriment-dautrui-un-nessie-francais>

وقد أكد الفقه¹ - بمناسبة أحكام صادرة عن محكمة النقض - ان القضاء يطبق الجزاءات الإجرائية في حالة اساءة استعمال الحق الإجرائي (الحق في رفع الدعوى le droit d'ester en justice) على سبيل المثال، ويعاقب علي الأفعال المتهورة téméraires والمماطلة dilatoires.

وتعاقبت أحكام محكمة النقض الفرنسية التي تقرر جزاءات إجرائية حال إساءة استعمال الحق في التقاضي، فوصفت محكمة النقض² الدعوى المرفوعة والتي لا وجود لأدلة كافية تبرر (حيثياتها) رفع الدعوى بأنه اساءة لاستعمال الحق في لتقاضى، كما وضحت في حكم آخر ان الجزاء مقرر على التصرف الإجرائي، أما الخطأ القانوني في أساس هذا الإدعاء ذاته والمقدم من المدعى لا يرتب جزاء بذاته.³

ويرى الفقه⁴ نتيجة لاتجاه القضاء لمعاقبة أي أفعال من شأنها ان تشكل اساءة في استعمال الحق الإجرائي: يجب على الخصوم وهم بصدد رفع القضية ان يقيموا فرص نجاحهم ويجمعوا كافة المعلومات الممكنة، حتى لا يفاجؤا في النهاية بالفشل، كما رأى جانب آخر⁵ ان ما يستشف من هذه الأحكام للحكم على إجراء معين هو "جدوى القانونية Le mérite Juridique" لهذا الإجراء.

¹ H. Solus, R. Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, Sirey, 1961, n° 119.

² 3e Civ., 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-15.179

³ Cette décision met bien en évidence qu'il existe, pour l'application de ce texte, une certaine porosité entre l'attitude, que l'on pourrait qualifier de « processuelle », du demandeur et le fond de sa demande, même s'il a été jugé que « l'erreur d'une partie sur le fondement juridique de sa demande ne constitue pas, à elle seule, une faute » (2e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 01-16.617, Bull. 2003, II, n° 402).

Cour de cassation, Rapport annuel, Rapport 2012, chapitre 3
available

at:
https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2012_4571/livre_3_etude_preuve_4578/partie_4_administration_preuve_4589/techniques_administration_4590/chapitre_3_sanctions_26_237.html

⁴ J. Héron, T. Le Bars, Droit judiciaire privé, Montchrestien, 4^e éd., 2010, n° 53.

⁵ G. Cornu, J. Foyer, Procédure civile, PUF, 3^e éd., 1996, p. 326.

الفرع الثاني

الصمت حق وواجب إجرائي لأشخاص الخصومة المدنية

انتهينا مما سبق إلى التمييز بين الحق والواجب الإجرائي و إمكانية توقيع جزاءات إجرائية حال اساءة استعمال الحق في التقاضي والحق الإجرائي عموماً، فإنه بالتطبيق على الصمت في الإجراءات يتضح ان الصمت في جانب أطراف الخصومة أي القاضي وأعوانه من جهة والخصوم ومن يمثلهم من جهة أخرى:

- هو حق وواجب إجرائي إجرائي بالنسبة للخصوم، وذلك بحسب سياق ممارسة هذا الحق على ماسبق بيانه و نتناوله بمزيد من التفصيل

- هو مخالفة بالنسبة للقاضي ويمكن ان يؤدي إلى مساءلته عن جريمة انكار العدالة، على انه قد يشكل التزام على القاضي حال حماية سرية المداولة.

أولاً: بالنسبة للخصوم:

١. واجب إجرائي:

إن الصمت بمفهومه الواسع باعتباره الامتناع الارادى أو اللارادى عن التصرف (اتخاذ إجراء معين)، وعلى الرغم مما يبدو عليه الأمر من سهولة بحيث يمكن القول انه في كل حالة يكون الصمت فيها اراديا يعتبر حق، وفي كل مرة يكون الصمت فيها لارادى فإننا نكون بصدد واجب إجرائي، إلا ان الأمر ليس على هذا القدر من السهولة لأنه - كما سبق البيان- توجد حالات تخرج من إطار هذا المفهوم بهذه المثابة لعل أبرزها القاصر الذى لا يملك أهلية الادارة وبالتالي لا يمكنه اللجوء إلى القضاء بنفسه، فيفرض عليه الصمت (أي عدم القيام بالتصرف الإجرائي) لكن ليس بالمعنى الارادى للصمت ولا بالمعنى التذى ينطوى على الطاعة والامتثال.

ومع ذلك يمكن لأغراض هذه الدراسة تبني هذا المعيار للترفة بحسب السياق الإجرائي الذى يصمت الخصوم فيه.

في الكثير من الأحوال ينظم المشرع الإجراءات على النحو الذى يجعل الخصوم ملتزمين بالصمت *Devoir de se taire* وهذا هو الحال في كل مرة لا يتمكن فيها الخصوم من ممارسة الحق في التقاضي (فلا يتمكن القاضي من سماع طلبات الخصوم)، سواء لأسباب قد تتعلق بالأهلية، أو لعدم توافر المصلحة أو الصفة في الدعوى، التقادم، حجية الشئ المقضى به وأيضا في الحالات التي يقرر فيها المشرع ان القاضي سيفصل في النزاع بصورة مستعجلة دون الفصل

في موضوع الدعوى الأولى - من ظاهر الأوراق_ ، وأيضا في بعض الاجراءات مثل استصدار أمر على عريضة حيث لا يمثل أمام القاضي إلا الطالب، غير ان في هذه الحالة الأخيرة فإن الفقه¹ يقرر ان مبدأ المواجهة يعود للظهور مرة أخرى في الاجراءات حينما يقوم الخصم الآخر باللجوء إلى القاضي لتنظيم من الأمر على العريضة طالبا إلغاؤه أو تعديله.

والمشرع في تنظيمه للجزاءات الاجرائية يتغيا ان تساعد في الحفاظ على المبادئ الأساسية في الخصومة مثل شكلية الاجراءات، ضرورة اهتمام الخصوم بالاجراءات واتباعها أمام المحكمة، على ان هذه الجزاءات تكون آثارها على درجات متفاوتة من الخطورة، فمن شأن انطباقها في درجاتها القصوى حرمان الخصوم من اللجوء إلى القضاء وفي حدها الأدنى عدم التعويل على الاجراء (كالإجراء المنعده مثلا) وضرورة اتخاذه مرة أخرى بعد إستيفاء كافة عناصره، وتتفق جميعها في ان المشرع يفرض على المتقاضين واجب الصمت.

ففي هذه الفروض السابقة فإن الصمت يشكل واجب إجرائي، لأن في تطبيق الجزاء الإجرائي إلزام للخصم بأن يلتزم الصمت تحقيقا لمصالح الخصم الآخر ولاعتبارات حسن سير العدالة، وهو ما يصدق على الواجب الإجرائي أضف إلى ذلك ان الخصم لا يملك خيار آخر فهو أصبح في حالة طاعة وامتنال.

فعندما تحكم المحكمة بعدم القبول فهي تضع الخصم في حالة من الصمت لا يستطيع معها عرض إدعاءاته التي كان من الممكن ان يعرضها على القاضي، ومع ذلك فإن في بعض الأحيان ولاتباع أحد الخصوم استراتيجية معينة في الدفاع فقد يكون من مصلحته عدم قبول طلب معين أمام القضاء، وهنا يكون عدم القبول هدف في ذاته قد تحقق من خلال الالتزام بالواجبات الإجرائية، لكن على الجانب الآخر فالخصم الذي ينطبق في مواجهته عدم القبول هو في الحقيقة بصدد منعه من الحق في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي حتى ولو فرض جدلا انه تغيا عدم القبول.²

وعلى الجانب الآخر في الوقت الذي يمنع فيه القانون عدم التناقض الذي من شأنه ان يضر بالخصم الآخر في الاجراءات، فالاستوبل أو التناقض قد يتخذ شكل الصمت من خلال الممطالة أو عدم اتخاذ إجراء إلا قبل نهاية الميعاد مباغته للخصم الآخر.

¹ Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p.265.

² Cecile Chainais, Les sanctions en procedure civile. A la recherche d'un clavier bien tempere , dans Cecile Chainais et Dominique Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, 1.La sanction, entre technique et politique , Paris, Dalloz, 2012, p. 357,a la page 361.

والأمر الذى يؤكد وجود الصمت في الاجراءات واعتداد المشرع به وترتب أثرا إجرائيا عليه هو ما قرره المشرع المصري من تقريره للاستئناف الفرعى (م ٢٣٧ مرافعات)¹، فتواجه الفقرة الثانية من هذه المادة الفرض الذى يكون فيه كلا من الطرفين محكوما له ومحكوما عليه، فيلتزم أحدهما الصمت تماما فيقعد عن استئناف الحكم ثم يقوم فجأة باستئناف الحكم قرب نهاية الميعاد وفى توقيت لا يتمكن معه خصمه من تقديم استئناف مقابل لفوات الميعاد أو قبوله للحكم، ففي هذا الفرض قام أحد الأطراف فعلا باستخدام حقه وقد يتمكن بالفعل من تحقيق النتيجة التي يهدف إليها، غير انه المسألة لا تنحصر فقط في أنها تأتي على حساب الطرف الآخر - فمن الطبيعي ان يحكم لصالح أحد الأطراف ويخسر الطرف الآخر - إلا انه في استعماله حقه في الصمت - في صورة اتخاذ الإجراء متأخرا - على هذا النحو قد جاء على حساب حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة المقرر للخصم الآخر وكلاهما من النظام العام الإجرائي، فلا يمكن والحال كذلك إقرار مثل هذا الإجراء إضافة إلى انه جاء اساءة لاستعمال الحق في التقاضي، ومخالف لاعتبارات حسن النية، لذا فقد علق الفقه² في هذا الصدد على تقرير الحق في الاستئناف الفرعى للخصم الآخر الذى فوجئ برفع الاستئناف بأن: "من العدل تمكينه من رفع الاستئناف بعد الميعاد أو رغم قبول الحكم لأنه ربما يكون قد فوت الميعاد أو قبل الحكم اعتقادا منه بأن الطرف الآخر لن يستأنفه، ولذا يجيز له القانون رفع استئناف فرعى."

٢. الصمت حق إجرائي في إطار من الالتزام بالأمانة الإجرائية:

إن الصمت من قبل أحد الخصوم لا بد ان يتم ملاحظته من قبل القاضي ومن قبل الخصم الآخر، غير ان من غير الممكن ان يترك الصمت لينتج آثاره في الخصومة إلى ما لا نهاية لأن من شأنه التعارض مع مبدأ حسن سير العدالة، فهو على حد التعبير سلاح ذو حدين فهو يمكن ان يشكل استراتيجية يستخدمها أحد الخصوم للدفاع فيمتنع عن تقديم أوراق مثلا إلى المحكمة في وقت معين ثم يقدمها في مرحلة آخري وغيرها ، أما بالنسبة للخصم الآخر فمن شأنه ان يشكل ضررا، على انه في كل الأحوال فإن الصمت لا يترك خارج رقابة وتنظيم القانون، فلا تؤدي ممارسة الصمت من قبل الخصم إلى توقيع جزاءات إجرائية إلا إذا تعارضت مع مبادئ المحاكمة العادلة وحقوق الدفاع، ويعاقب - على نحو ما سلف - وحينها لا يكون محل العقاب الكلمة التي لم يفصح عنها ولكن عدم احترام واجب الصمت على النحو الذى بينه المشرع.

¹ م ٢٣٧ من قانون المرافعات تنص على: "يجوز للمستأنف عليه إلى ما قبل إقفال باب المرافعة ان يرفع استئنافا مقابلا بالاجراءات المعتادة أو بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه.

فإذا رفع الاستئناف المقابل بعد مضي ميعاد الاستئناف أو بعد قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي اعتبر استئنافا فرعيا يتبع الاستئناف الأصلي ويزول بزواله."

² د. وجدى راغب، مبادئ القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص ٧٥٨.
ويعرف الاستئناف الفرعى بأنه: "الاستئناف الذي يرد به المستأنف عليه في مواجهة المستأنف بعد فوات ميعاد الاستئناف، أو إذا كان قد سبق قبوله للحكم."

- مبدأ الأمانة الإجرائية:

يعتبر جانب من الفقه¹، ان الأمانة الإجرائية (حسن النية الإجرائي) لم يكن حتى وقت قريب يدخل ضمن مفهوم المبادئ الحاكمة للخصومة المدنية، أو بعبارة أخرى لم يكن من المفهوم كيف يمكن للخصوم ان يتعاونوا في الخصومة المدنية، غير انه مع ذلك من المقرر حاليا انطباق هذا المبدأ وينعكس ذلك من خلال عدد من الواجبات والجزاءات التي يقرها المشرع على الخصوم في هذا الصدد، على الرغم من ان الخصومة تنطوي على طرفين لهم مصالح متعارضة إلا ان كما يقرر الفقه² ان الخصومة المدنية ليست كغيرها من المعارك ومن غير المسموح استخدام أي "سلاح فيها" لأنه في النهاية يحكمها حسن النية في اتخاذ الإجراء، ويعول جانب كبير من الفقه والقضاء³ على هذا المبدأ لتقاضي الممارسات المتأخرة للخصوم وحجب الأوراق والمستندات إلى وقت معين مما من شأنه ان يؤثر على كيفية ممارسة الخصم الآخر لحقه في الدفع من جهة، وعلى الخصومة بأكملها من جهة أخرى.

والأمانة الإجرائية ينبغي ان تتوافر فيما يتعلق بالجلسات وأيضاً بتقديم الأدلة أمام القضاء، على ان تحترم في كل الأحوال مبدأ المواجهة، وإعطاء تفسير مضيق لمفهوم التنازل في الخصومة المدنية.

- عدم تعارض الصمت ومبدأ المواجهة في الاجراءات لا يرتب جزاء إجرائي:

رأى جانب من الفقه⁴ ان وجود مبدأ الأمانة الإجرائية وإن لم يعترف به البعض اكتفى بمبدأ تعاون الخصوم ما هو إلا التطور الطبيعي نتيجة لعدم وجود الأمانة في الاجراءات أو الخصومة المدنية، إلا انه في الواقع تعاقب محكمة النقض "التصرفات التي يأتيها الخصوم وتتعارض مع الأمانة الإجرائية التي ينبغي ان تتوافر للمناقشات".⁵ "débats"

على أنى أرى مع ذلك ان المشرع يهدف إلى ضمان الأمانة الإجرائية وإن لم ينص عليها صراحة، فيجب على الخصوم الواصل فيما بينهم وارسال المستندات التي تقدم إلى المحكمة، الإعلان بنذب خبير، أو اتخاذ أي إجراء آخر من اجراءات الاثبات، تحقيقاً لمبدأ المواجهة وحتى يستطيع الخصم الآخر تحضير دفاعه، وتأكيداً على أهمية تحقيق مبدأ

¹ Ozan Akyurek, Marie-Laure, Cartier-Marraud, La consécration du Principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile, Petites affiches, n°138, 11/07/2018, page 6.

² Serge Guinchard et autres, Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, 7e ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 1289.

³ Frédérique Agostini et Nicolas Molfessis, amélioration et simplification de la procédure civile, Chantiers de la Justice, Ministère de la justice, p.32, disponible sur:

http://www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/Chantiers_justice_Livret_03.pdf

⁴ Lionel Miniato, L'introuvable principe de loyauté en procédure civile, Recueil Dalloz, 2007, p.1035.

⁵ Civ. 2e, 2 dec. 2004, Bull. civ. II, no 514.

المواجهة في هذا الصدد يؤكد جانب من الفقه¹ على أنه إذا كان لابد للمتهم ان يتكلم دفاعا عن نفسه، فبذات المقدار -في المسائل المدنية- يجب ان يقال ان كل من لم يتكلم لا يمكن إدانته. فالصمت يمكن استخدامه بحكمة كاستراتيجية للدفاع لكن إذا لم يقم الخصم بذلك وأدت الكشف المتأخر (عن كل حججه وطلباته أو بعضها إلى مفاجأة الخصم الآخر إلى الاضرار بحق الخصم الآخر في المواجهة ومن ثم الدفاع فإن والحال كذلك لن يحمى القانون الحق في الصمت بل يؤدي إلى توقيع جزاءات إجرائية.

وهو الأمر الذي يتعارض مع حسن سير العدالة فعندما تطلب المحكمة من أحد الخصوم تقديم دليل معين أو (ورقة تحت يده) في ميعاد معين، فإن ذلك يتنافى مع مبدأ سرعة الاجراءات وصدور الأحكام في وقت مناسب، ويضيف الفقه² في هذا الصدد ان الصمت الاختياري للخصم كاستراتيجية لدفاعه يجب ألا يتعارض مع حسن سير الاجراءات وإلا أدى إلى توقيع الجزاءات الإجرائية.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية³ ان معارضة الخصم لطلبات الدائن بصورة مبالغ فيه وفي ذات الوقت مقابلة لطلباته بالصمت هو مما يببر تعويض آخر مستقل عن التعويض الذي يحكم به نتيجة اساءة استعمال الحق الإجرائي.

٣. اعتبار الصمت تنازل ضمنى عن إجراء من اجراءات الخصومة:

تقرر ١٤٤٤ مرافعات ان: "إذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمنا اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم يكن".

في هذا الصدد يستخدم جانب من الفقه⁴ تعبير "ترك إجراء من إجراءات الخصومة" تمييزا له عن ترك الخصومة، لكنى أرى من الأفضل استخدام تعبير "التنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة على ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه⁵ ، فمن ناحية التنازل هو التعبير الذي استخدمه المشرع في نص م ١٤٤٤ سالفه البيان، ومن ناحية أخرى فإن هناك فروق بين المصطلحين على النحو الذي لا يمكن معه الخلط بينهما.

¹ Marie-Anne Frison-Roche, Généralités sur le Principe du contradictoire, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 35.

² Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p.277.

³ Civ. 1re, 22 mars 2012, Bull. civ. I, no 63.

⁴ د.وجدى راغب، مبادئ القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٦٨١.

⁵ د.فتحي والى ، الوسيط ، المرجع السابق، ص ٦١٤.

فبينما ترك الخصومة هو تصرف إجرائي لا يمكن إلا ان يتم التعبير عنه صراحة، ويصدر عن المدعى فقط، وبضوابط معينة، فإن التنازل "نزول الخصم" عمل إجرائي يمكن ان يتم صراحة أو ضمنا ويصدر عن المدعى أو المدعى عليه على السواء، وهو المجال الذي تعلق بدراسة الصمت.

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى إمكانية اعتبار الصمت تنازلا ضمنا عن أحد الاجراءات في الخصومة المدنية؟

يجدر الإشارة في هذا الصدد ان أهمية الإجابة عن هذا التساؤل لا تنحصر فقط في الوقوف على التنظيم القانوني للصمت في هذا الإطار ولكن أيضا لما يترتب عليه من نتائج غاية في الخطورة فالنزول عن إجراء من إجراءات الخصومة يؤدي إلى اعتبار العمل الإجرائي الذي يعتمد على العمل الذي تم النزول عنه كأنه لم يكن من جهة، ومن جهة أخرى فإن النزول من قبل المحكوم له عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت فيه (م ١٤٥ مرافعات)، فلا يمكنه المطالبة به من جديد.

وفي هذا الصدد يشير الفقه الفرنسي¹ إلى التنازل الذي يستفاد من قبول تنفيذ الحكم الابتدائي تنفيذا دون اعتراض واعتباره قرينة عن نزول الخصم الذي يتم التنفيذ في مواجهته على قبول التنفيذ وكذلك التنازل عن حقه في الطعن وهو ما قرره م ١٤٤² من قانون المرافعات الفرنسي وكان محلا للتطبيق في حكم شهير صادر عن محكمة النقض عام ٢٠١٤³، وفقا لهذه المادة والتي طبقها الحكم القضائي فإن التنازل يمكن ان يكون صراحة أو ضمنا وفي حال قبول التنفيذ لحكم غير صالح للتنفيذ فإن ذلك يعتبر قرينة على القبول، ويعلق على ذلك جانب من الفقه⁴ فيرى ان الصمت رتب آثار في هذا الصدد واعتبر قرينة عن التنازل، وان تنظيم الصمت على هذا النحو في سبيله للتطور، فلا يجب ان يستتر الخصم وراء صمتهم فلا يستفاد مرادهم ولا ما تتجه إليه ارداتهم، وفي هذه الحالة فإن صمت الخصوم لا يعنى فقط رضاهم بالتنفيذ بل يستفاد من ذلك معنى أكبر هو تنازلهم عن الحق في الاستئناف، لأن صمتهم قانونا يعتبر قبولا ضمنا.

¹ Mehdi Kebir, Acquiescement : exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire, Dalloz Actualité, 7 février 2014.

² Article 410: " - L'acquiescement peut être exprès ou implicite.

- L'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, hors les cas où celui-ci n'est pas permis".

³ Cour de cassation chambre sociale, Audience publique du 21 janvier 2014, N° de pourvoi: 12-18427, disponible sur: <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2014/02/12-18.427.pdf>.

⁴ Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p.278.

أيضا وفي ذات الإطار فإن عدم إثارة الخصم الدفع غير المتعلق بالنظام العام أثناء سير الخصومة وإثارته في مرحلة لاحقة يؤدي إلى ترتيب جزاءات إجرائية كعدم القبول، وسقوط الحق في إتخاذ الإجراء، لذا فلا يجب ان يلجأ الخصوم إلى الصمت مطولا - بمعنى عدم التصرف أو الامتناع عنه- لأن من شأن ذلك في العديد من الفروض ان يؤدي إلا ضياع حقوقهم.

ثانيا: بالنسبة للقاضي:

١. يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن جريمة انكار العدالة:

يقصد بإنكار العدالة في القانون رفض القاضي صراحة أو ضمناً الفصل في الدعوى أو تأخير الفصل فيها رغم صلاحيتها للفصل فيها أو رفضه أو تأخيره البت في إصدار الأمر المطلوب على عريضة، غير أنه يجب اثبات واقعة الامتناع بصرف النظر عن إرادة القاضي إنكار العدالة.¹ على أن القاضي لا يعد منكرا للعدالة إذا كان تأخيره الفصل في الدعوى راجعا إلى ما يبرره قانونا كما لو كانت الدعوى لم يتم تحقيقها بعد أو من شأنها ان تثير مسائل معقدة تتطلب وقتا أطول للفصل فيه، أو ان يحل بالقاضي مانعا شخصا كالمرض يمنعه من الفصل في الدعوى.²

وقد أسس القانون المصري مسؤولية القضاة حال الإخلال بهذا الإلتزام ففي قانون المرافعات م ٢/٤٩٤ تقرر أنه إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم وذلك بعد إعداره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعدار.

كما قرر مسؤولية القاضي جنائيا³ ، ويعتبر ارتكابه لفعل التأخير أو الامتناع عن الفصل في ادعاءات الخصوم المقدمه له هي الركن المادي للجريمة أما الركن المعنوي فيتوافر حال:

¹ د. فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

² د. على عوض حسن، رد وخاصة أعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، ص 190.

³ نصت المادة (١٢١) من قانون العقوبات المصري على أنه (كل قاضي امتنع عن الحكم أو صدر منه حكم يثبت أنه غير حق وكان ذلك بناءً على سبب من أسباب المذكورة في المواد السابقة يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (١٠٥) مكرر وبالعزل) وتضمن قانون العقوبات المصري في المادة (١٢٢) على أنه (إذا امتنع أحد القضاة في غير الأحوال المذكورة يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد عن ٢٠٠ جنية مصري ، ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم إليه طلب في هذا الشأن).

١. علم المتهم بصفته كقاضي وعلمه بصفة من صدر منه الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوجيه كموظف عام وعلمه بأن هناك عريضة مقدمة له في قضية مرفوعة أمامه وصالحة للحكم وعلمه باعداره مرتين على يد محضر يتخللها المواعيد سالفه الاشارة اليها.

٢. اتجاه إرادة المتهم إلى فعل الإباء والتوقف عن الإجابة على العريضة المقدمة له أو عن الفصل في القضية الصالحة للحكم استجابة لأمر أو طلب أو رجاء وتوجيه الموظف رغم اعداره مرتين.

ويعاقب على جريمة امتناع القاضي عن الحكم في صورتها المشددة المنصوص عليها في المادة (١٢١) بالعقوبات المقررة في المادة (١٠٥) مكررة من القانون ذاته وهي السجن وغرامة لا تقل عن مائتين جنية ولا تزيد على خمسمائة جنية فضلا عن العزل.

كما تترتب مسؤوليته المدنية، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية: منذ زمن بعيد وعلى ذلك قضاؤها حتى اليوم بأنه - إذا ارتكب الموظف ولو أثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها- خطأ بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوهما فالموظف وحده الذي يجب أن يسأل عما جر إليه خطأ ومن الضرر بالغير.

وفى القانون الفرنسي ينظم المشرع جريمة إنكار العدالة بموجب نصوص خاصة في القانون المدني¹ والجناي² وقانون المرافعات³، وقانون السلطة القضائية⁴، الأساس القانوني لمسئولية القاضي عن إنكار العدالة هو التزام القاضي بالرد على الادعاءات المقدمة أمامه وأن يفصل فيها بحكم مسبب، والقاضي في ارتكابه لانكار العدالة يخل بمبادئ التقاضي ونظام الخصومة، وتنظم النصوص كما سبق البيان الجزاءات التي توقع على القاضي، لكنها ليست على نفس الدرجة بل تختلف

¹ Article 4 Code civil Créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803 Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

² Article 434-7-1 Code pénal Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans.

³ Article 366-9 CPC:Créé par Décret n°2006-1805 du 23 décembre 2006 - art. 5 JORF 31 décembre 2006 en vigueur le 1er janvier 2007

A peine d'irrecevabilité de la requête visée à l'article 366-1, le requérant qui invoque un déni de justice doit produire deux sommations de juger délivrées par huissier de justice au greffe de la juridiction. Le greffier vise l'original et le transmet au juge. La sommation doit être réitérée passé un délai de huit jours.

⁴ Article L141-1 Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 1 L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement defectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.

بحسب طبيعة الخطأ الصادر عن القاضي ومقدار الضرر الذي لحق بالأطراف نتيجة لصمت القاضي، فلا يمكن المساواة بين إغفال المحكمة الرد على أحد الدفوع الجوهرية في القضية برفض القاضي الفصل في الدعوى.

إن الصمت الذي يسبب مؤاخذة القاضي يرتب العديد من مصادر التعويض للمتضرر، ومع ذلك فإن م ٤٦٣ من قانون المرافعات الفرنسي تتيح للقاضي ان يتدخل إذا قدر ذلك في حكم سبق ان أصدره ليضيف إليه مسألة أغفل الفصل فيها ودون المساس بحجية الأمر المقضى به ويمكن ان يتم ذلك عن طريق تقديم طلب من أحد الأطراف خلال السنة التالية لصدور الحكم الحائز لحجية الأمر المقضى، وهو ذات الحكم الذي قرره القانون المصري حال إغفال القاضي الفصل في بعض الطلبات فالمحكمة لا تعتبر قد استنفذت ولايتها بالنسبة لهذا الطلب ، فلصاحب الشأن ان يعود مرة أخرى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك بالإجراءات العادية لرفع الدعوى، وليس للخصم ان يستعيض عن ذلك بطرق الطعن وإلا فوت على نفسه أحد درجات التقاضي وهو أمر من النظام العام.

وفى ذات الإطار فإن تسبب الأحكام من القواعد الثابتة، فيرى الفقه¹ ان الخطأ الذي يرتكبه القاضي فيما يتعلق بالتسبب هو الأكثر خطورة وسواء اتخذ صورة الامتناع عن التسبب أو كانت النتائج التي ساقها القاضي كأسباب للحكم غير كافية وغير منطقية لحمل الحكم الذي يتأسس عليها، فيجب ان تبين المحكمة² الوقائع التي يستند إليها الحكم والأدلة التي اقنعتها بثبوتها، فلا يكفي تقرير ثبوت الواقعة من حيث وجودها أو عدم وجودها دون ان تبين كيف ثبت لها ذلك بأدلة مما يصح قانونا الأخذ به، لأنه والحال كذلك سيجتنب البطلان ولك من خلال طرق الطعن في الأحكام لأن القصور في التسبب ذاته هو مما يبرر الطعن في الحكم.

وأخيرا فلا يمكن للقاضي الاحتجاج بعدم وجود نص تشريعي أو بغموض النص التشريعي الموجود وفى هذا الصدد يقرر جانب من الفقه³ ان هناك تنوع للمصادر⁴ التي يمكن ان يستقى القاضي منها الحكم حتى مع غياب النص، "القاضي لايعذر اطلاقا تحت أي ظرف من الظروف تحت أي ظرف من الظروف إذا امتنع - عن الحكم أو الإجابة على العريضة ما دامت لديه كل هذه المصادر."

فإذا كان التزام القاضي للصمت انكارا للعدالة، فلا يتأسس انكار العدالة فقط على الحالة التي يرفض فيها القاضي الفصل في نزاع معين، بل أيضا إهمال الفصل في نزاع معين إلى الحد الذي يؤدي إلى الاضرار بالعدالة والخصوم فيرقى إلى

¹ Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p.269.

² د.فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المرجع السابق ، بند ٣٣٩، ص ٦٣٧.

³ د. على عوض حسن، المرجع السابق ، ص ١٨٩.

⁴ م ٢/١ من القانون المدنى: " .. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

مرتبة الخطأ المهني الجسيم¹، ذلك انه من غير المتصور اللجوء للدولة متمثلة في القضاة طلبا للحماية القضائية وعدم الحصول عليها، ففي حالة عدم قيام القاضي بحل النزاع فإن ذلك يتساوى وإنكار العدالة بل انه يضع الدولة في موقع المسؤولية السير المعيب لخدمة العدالة. وإجمالاً فالأمر يتعلق بالنسبة للقضاة بالواجب في منح الحماية القضائية، والذي لا يتهدد فقط بالفروض السابقة، بل أيضا حال التأخير في الفصل في القضايا، فبطء العدالة² يعتبر صورة من صور إنكار العدالة حتى ولا يؤثر في ذلك فصل القاضي متأخر في القضية -أي ان صمته لم يكن على سبيل التأبيد.

٢. التزام القاضي بالصمت لحماية لسرية المداولة:

إن القاعدة ان المداولة سرية وهي المرحلة التي تسبق اصدار الحكم، حيث يجتمع القضاة الذين سمعوا المرافعة لاصدار حكم في القضية موضوع النزاع، وذلك بتبادل الآراء بينهم، وفي النظم اللاتينية فإن القضاة يلتزموا بسرية المداولة، فجلسة المداولة سرية، على ان عند إفشاء سر المداولة فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان الحكم ولكن إلى مساءلة العضو الذي أفشى سرية المداولة وهو الأمر الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض فقررت: " يجب أن تتم المداولة بين جميع أعضاء الهيئة التي سمعت المرافعة مجتمعين، وإفشاء سر المداولة لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وإن كان يعرض من أفشى السر للمساءلة"³، وبالتالي فإن القضاة في هذا الفرض يقع عليهم الالتزام بالصمت لحماية لسرية المداولة، ويرجع السبب في ذلك في النظم اللاتينية إلى حماية استقلال القضاة والقوة الأدبية لأحكامهم، ويمثل لذلك جانب من الفقه الفرنسي⁴ بأن إذا صدر الحكم بأغلبية ضعيفة كأغلبية (٤ أصوات ضد ٣ أصوات مثلا)، ويصبح من المعلوم من خلال الآراء الفردية للقضاة من مناهم كان مع الحكم ، ومن عارض الحكم، فمن شأن ذلك ان يؤدي إلى تعريض هؤلاء القضاة إلى الهجوم عليهم أو انتقادهم مما من شأنه - وفقا للخلفيات التاريخية لهذه النظم ان يؤدي إلى إضعاف السلطة القضائية وهيبة الأحكام.

على خلاف النظام الانجلوسكسوني والذي لا تعتبر فيه المداولة سرية كما في المملكة المتحدة، وحتى ان القضاة يمكنهم التعبير عن آرائهم بصدد القضية سواء بالتأييد أم المعارضة فكلا من الأغلبية والأقلية يمكنهم التعبير عن آرائهم، وفي هذه الحال يشير جانب من الفقه⁵ إلى انه من الرغم من ان هذا النظام يحقق إثراء للقانون والقاعدة المطبقة في هذا الصدد

¹ د. رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٢٦٤.

² راجع في هذا الصدد، د. أحمد صدقي محمود: المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

³ نقض مدني (دوائر تجارية)، جلسة ٢٠١٠/٢/٩، طعن رقم ٢٤٠، سنة ٧٤ق.

مكتب فني س ٦١، قاعدة ٣٤، ص ٢١٢.

⁴ Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3-4, 2015, p. 281.

⁵ Henry J. Abraham, The Judicial process, 7th ed., Oxford university press -NewYork, 1998.

غير انه من شأنه ان يثير صعوبة من حيث تحديد الحكم الواجب التطبيق على القضية محل النزاع ذلك ان كلا من القضاة المؤيدين للحكم والمعارضين له يعبروا عن رأيهم في التسبيب.

لم يشر النص إلى أي وسيلة للمداولة - سواء في القانون المصري أم في القانون الفرنسي - خصوصا فيما يتعلق في كيفية استهال النقاش وطرح الأسئلة بين القضاة فيما بينهم للتوصل إلى رأى الأغلبية، والأغلب ان الأمر يتم وفقا لما جرى عليه العمل بحسب عدد القضاة الذين تتكون منهم المحكمة، وما يتبعه رئيس كل محكمة عملا.¹

ثالثا: الالتزام بالسر المهني:

وهو الشرط الذي يتصل بباقي أشخاص الخصومة - أعوان القاضي ومن ضمنهم المحامون - من المستقر في القانون الإجرائي عموما والاجراءات المدنية خصوصا الحق في التمثيل القانوني واستعانة الخصوم بمحامى ليمثل أمام القضاء ويعاونهم في تقديم إدعاءاتهم، وهو من الحقوق الدستورية في ذات الوقت.

ويقع على المحامى واجب الصمت وعدم الافصاح عن ما يسره عملائه إليه من أسرار بمناسبة القضايا التي يمثلهم فيها حتى بعد نهايتها، ويمتد هذا الالتزام بالسرية تأسيسا على السر المهني إلى المراسلات غير الرسمية بين المحامين وبعضهم البعض، وهو الأمر كذلك الذى قرره قانون المحاماه المصري²، كما قرر المشرع الفرنسي في هذا الصدد للقاضي جزاءات جنائية حال المخالفة.

¹ Didier Chauvaux, De la contradiction entre les juges- Reflexions sur le delibere, dans Juger l'administration, administrer la justice, Paris, Dalloz, 2007, p. 175.

² قانون المحاماه المصرى فى م ٧٩ منه على ان: "على المحامى ان يحتفظ بما يفضى إليه موكله من تعليمات ما لم يطلب منه إيدائها للدفاع عن مصالحه فى الدعوى" وتشير م ١/٦٦ من قانون الاثبات إلى ان: "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعتة بواقعة أو بمعلومات ان يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جنابة أو جنحة."

- يعتبر الأمن القانوني من أهم الأهداف قاطبة والتي تدور حولها مجهودات النظم القانونية، وهو مصطلح على قدر من الاتساع على النحو الذي يشمل معه كافة فروع القانون الموضوعي منه والإجرائي، العام والخاص، وقد أكدت على اعتبارات الأمن القانوني كافة الدساتير والمعاهدات الدولية.
- لا تعتبر الاجراءات المدنية (المرافعات المدنية) بمنأى عن اعتبارات الأمن القانوني، بل تمتد لعدد من العناصر كحجية الأحكام، وشروط المحاكمة العادلة، وعدم تعارض الأحكام وغيرها.
- يعتبر من أهم عناصر الأمن القانوني التوقع المشروع، بمعنى ان الأفراد في تعاملهم مع الاجراءات القضائية ينبغي ان يتمكنوا من توقع القادم- في حدود معينة- وهو من أسمى الاعتبارات التي يحققها الأمن القانوني.
- وينبغي ان يتحقق التوقع المشروع في اجراءات التقاضي من خلال التشريع الإجرائي من ناحية، ومسلك أشخاص الخصومة من ناحية أخرى - وبعبارة أدق أي من حيث النص ومن حيث التطبيق، وكلا منهما يكمل الآخر لأن التطبيق هو ما يعطى فاعلية للنص، وبهذه المثابة يعتبر الصمت من أخطر المسائل التي من شأنها ان تهدد التوقع المشروع بصفة مباشرة والأمن القانوني بالتبعية، وذلك سواء أكان الصمت من قبل المشرع أم من قبل أشخاص الخصومة.
- غير ان الصمت لا يعنى الفراغ التام، فعدم وضوح النص كذلك يأخذ حكم الصمت، وهو ما يستدعى التدخل للتنظيم، فالنص الإجرائي بما له من طبيعة خاصة من المتصور ان يعتريه بعض القصور، وفي هذا الصدد يظهر بجلاء دور الاجتهاد القضائي ومحكمة النقض بوصفها المحكمة العليا التي يقع على عاتقها مهمة رقابة صحة تطبيق القانون، وتوحيد المبادئ القانونية.
- ومن جانب آخر قد يتصور الصمت في جانب أشخاص الخصومة: القاضي وأعوانه من جهة، والخصوم ومن يمثلهم من جهة أخرى، على ان الطائفة الأولى قد تبدو أكثر سهولة في التنظيم إلا ان لها دور هام في - القاضي- في رقابة تصرفات الخصوم في الاجراءات منعا للصمت الذي يشكل اساءة لاستعمال الحق الإجرائي ويتعارض مع مقتضيات الأمانة الإجرائية.

وبناء على ما سبق دراسته، فإنني أقترح ما يلي:

- ينبغي على المشرع وهو بصدد صياغته للقوانين الإجرائية انتقاء الألفاظ والمعاني التي تحقق أكبر قدر ممكن من الدقة والوضوح، وان يعمل المشرع على تعديل القوانين - خاصة الأقدم منها- بما يتناسب وحاجات المجتمع الحديث وبما يعطى مجالاً للقاضي للوصول إلى الحل القانوني دون خطر الخروج عن حدود النص، وينبغي ان تكون تلك التعديلات

جوهرية وليست شكلية بمعنى ان تحقق تطورا ملحوظا على أرض الواقع يفيد المتعاملين مع النص من المتقاضين أو القضاة وأعاونهم.

- لا ينبغي ان تترك كافة المسائل وتنظيمها للاجتهاد القضائي - ليس تقليلا من أهمية ومحورية القضاء في تفسير النصوص وتطبيقها- ولكن لأن بعض الاجراءات تحتاج فقط إلى نص صريح مما يحقق الأمن القانوني بصورة أكبر، ويمكن للمشرع في هذا الصدد ان يستهدى بما استقر عليه القضاء في هذا الصدد.

- على القضاء ان يقوم بالدور المنوط به في تفسير وتطبيق النصوص، ولكن مع التزام حدود التنظيم في هذا الصدد حتى لا يؤدي إلى الاخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، غير انه لكي تضطلع المحاكم بهذا الدور ينبغي ان يتوافر لها الآليات والطرق التي يمكن من خلالها عرض وجهة نظرها في صدد القوانين وما يسفر عنه الواقع العملي من الكشف عن ثغرات، لكي يتم التطوير وإرساء معايير الأمن القانوني في إطار من التعاون بين السلطة التشريعية والقضائية.

- ومن أحد الأهداف التي يحققها مثل هذا التعاون، انه - في رأيي - ومع التسليم بدور الاجتهاد القضائي ودور المحاكم العليا في توحيد المبادئ القانونية، إلا انه ليس من الأنسب ان نجد الكثير من الاجراءات بالذات من حيث أثرها موجودة في المبادئ التي أقرتها محكمة النقض أو ما استقر عليه العمل- والأولى ان يتم تقنينها بما يتناسب وما يجب ان تمتاز به الاجراءات -خصوصا في جانبها الشكلي - من تحديد، ووتدعيما لمقتضيات الأمن القانوني من جانب آخر.

- وتدعيما واستكمالاً للتنظيم السابق، ينبغي تدعيم مقتضيات الأمانة الإجرائية في الخصومة ولا يقتصر ذلك على تنظيم الواجبات الإجرائية للخصوم، بل أيضا واجباتهم وحقوقهم الإجرائية في مظهرها السلبي - أي الصمت- بمعنى عدم اتخاذ اجراء معين أو الممارسات التي تهدف إلى المماثلة وغير ذلك.

- ونقطة البداية في هذا الصدد - في رأيي - هو تبنى المشرع والقضاء والفقهاء كذلك للمفهوم الاجتماعي للقضية المدنية، وهو ما ينبغي ان ينعكس في الفلسفة الإجرائية لتنظيم الحقوق والواجبات الإجرائية لكل أشخاص الخصومة (القاضي وأعوانه - والخصوم ومن يمثلهم)، والجزاءات الإجرائية في هذا الصدد.

- القضية المدنية - وإن كانت "ملك للخصوم" - إلا انها تقوم بوظيفة اجتماعية تمثل مصلحة عامة تتمثل في استقرار الحقوق والمراكز القانونية في المجتمع، وهو فعلا المعمول به حاليا - ولو جزئيا - عن طريق الاعتراف للقاضي المدني ببعض السلطات الإيجابية في الخصومة وإمكانية توجيه وإشرافه على الاجراءات في حدود المقرر له بموجب القانون، غير ان هذا التنظيم ينبغي ان يكون وازعه المساواة بين المصلحة العامة والزام الخصوم بالأمانة الإجرائية والتعاون مع المحكمة للوصول للحقيقة من جانب ومن جانب آخر ضمان حقوق الدفاع والإبقاء على بعض جوانب الارادة الفردية في الخصومة المدنية والتي تميزها عن غيرها من الخصومات القضائية.

أولاً: المراجع باللغة العربية:

١. أحمد صالح، محكمة النقض تفرض رقابتها في تقدير العقوبة: اجتهاد مبدئي للحدّ من عقوبة الإعدام أم اجتهاد منعزل؟، المفكرة القانونية، مقال منشور بتاريخ ٢/٤/٢٠٢٠، متاح على الموقع التالي:
<https://legal-agenda.com/>
٢. أحمد صدقي محمود: المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٣. أحمد عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون- خلاصة المحاضرات التي ألقاها على طلاب السنة الأولى، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، ١٩٣٦.
٤. أحمد عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي دراسة تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
٥. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
٦. دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سعيدة، العدد الخامس، يونيو ٢٠١٦.
٧. رمزي الشاعر:
 - المسئولية عن أعمال السلطة القضائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
 - رقابة دستورية القوانين- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٨. سعيد خالد الشرعبي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٧.
٩. سيد أحمد محمود:
 - التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار نصر للطباعة، ٢٠١٠.
 - الغش الإجرائي - الغش في التقاضي والتنفيذ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، العدد الأول، يناير ١٩٩٩.
١٠. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، العدد ٤٢، مايو ٢٠٠٩.
١١. عبد المجيد لخداري، فطيمة بن جدو، الأمن القانوني والأمن القضائي (علاقة تكامل)، مجلة الشهاب، العدد الثاني، المجلد الرابع، يونيو ٢٠١٨.

١٢. عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، ١٩٥٠.
١٣. عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، إعادة نشر بواسطة موقع التالي، ٢٤ مايو ٢٠١٨
- <https://www.mohamah.net/law/>
١٤. على عوض حسن، رد وخاصة أعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، ١٩٩٩.
١٥. فتحى والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
١٦. محمد المدني صالح الشريف، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني (دراسة حول الظاهر والمعنى)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ٢٧، يوليو ٢٠١٨.
١٧. محمد حسين منصور، نظرية القانون (مفهوم وفلسفة وجوهر القانون - طبيعة وخصائص القاعدة القانونية ، مصادر القانون وتطبيقه)، بدون دار نشر، ٢٠٠٢.
١٨. محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
١٩. منة عمر، هكذا عطلت محكمة النقض المصرية إجراءات الطعن أمامها: أي حدود لتفسير القاضي للقانون؟، مقال بتاريخ ٢٠١٩/٩/١٦، المفكرة القانونية، متاح على الموقع التالي: [/https://legal-agenda.com/](https://legal-agenda.com/)
٢٠. موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة عدد ٣ يوليو ١٩٦٩.
٢١. نبيل اسماعيل عمر:
- سقوط الحق في اتخاذ الاجراء، منشأة المعارف، ١٩٧٧.
- النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٠.
٢٢. وجدي راغب:
- النظرية العامة للعمل القضائي، دار المعارف، ١٩٧٧.
- مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

1. Alan Uzelac, Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations, Hungarian Journal of Legal Studies Vol.58, No 1,2017.
2. Barry Friedman, Under the Law of Federal Jurisdiction: Allocating Cases between Federal and State Courts, Columbia Law Review, Vol. 104, Issue 5, June 2004.
3. David A. Strauss, Common Law Constitutional Interpretation, University of Chicago Law Review, Vol. 63, 1996.

Available at:
<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol63/iss3/1>
4. Edward A. Hartnett, Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy–Five Years after the Judges' Bill, Columbia Law Review, Vol. 100, No. 7, November 2000).
5. Fallon, Richard H., Jr., Hart and Wechsler's the federal courts and the federal system, New York: Foundation Press, 5th ed, 2003.
6. Henry J. Abraham, The Judicial process, 7th ed., Oxford university press –NewYork, 1998.
7. Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department.
8. John Briathwaite, Rule and Principles: A theory of Legal Certainty, Australian Journal of Legal philosophy, No.27, 2002.
9. John Leubsdorf, Theories of Judging and Judge Disqualification, New York University Law Review, No. 62.
10. Joost Sillen, The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights, European Constitutional Law Review, No.15, 2019.

11. Lech Garlicki, Constitutional courts versus Supreme courts, Symposium, International Journal of Constitutional Law, Volume 5, Number 1, 2007.
12. Mauro Cappelletti, “Who Watches the Watchmen?” A Comparative Study on Judicial Responsibility”, The American Journal of Comparative Law, vol. 31, no. 1, 1983.
13. Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy, Oxford University Press, 2004.
14. Neal Devins and Louis Fisher, The Democratic Constitution, Oxford University Press, 2004.
15. Oliver Wendell Holmes, Jr., The common law, Little, Brown, and Co., 1881, 1, cited by: Jan Komárek, Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts, LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011, London School of Economics and Political Science, Law Department.
16. Robert Post, Theories of Constitutional Interpretation, Representations, The Regents of the University of California, spring 1990.

Available at:
https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/209/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F209&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages
17. Shimon Shetreet, Sophie Turenne, Judges on Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary, Cambridge University Press, 2013.
18. Thomas Healy, The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings, North Carolina Law Review, Vol. 83, 2005.

Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol83/iss4/3>

1. André Tunc, La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises, Revue internationale de droit comparé, Vol.27, No.4, 1975.
2. Bernard Beignier, Hiérarchie des norms et des valeurs– les principes généraux du droit et la procédure civile, in le droit privé français à la fin du XXème siècle, étude offertes à Pierre Catala, Litec, 2001.
3. Cecile Chainais, Les sanctions en procedure civile. A la recherche d'un clavier bien tempere , dans Cecile Chainais et Dominique Fenouillet (dir.), Les sanctions en droit contemporain, 1.La sanction, entre technique et politique , Paris, Dalloz, 2012
4. Didier Chauvaux, De la contradiction entre les juges. Reflexions sur le delibere, dans Juger l'administration, administrer la justice, Paris, Dalloz, 2007.
5. Élisabeth Deirmendjian, La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile, Thèse, Droit, Université de Toulon, 2012.
6. Emmanuel Jeuland, Droit processuel général, 2eme ed., Paris, Montchrestien, 2012.
7. Frédérique Agostini et Nicolas Molfessis, amélioration et simplification de la procédure civile, Chantiers de la Justice, Ministère de la justice.
8. Frédérique Ferrand, Les « principes » relatifs à la procédure civil transnationale sont-ils autosuffisant? De la nécessité ou non de les assortir de « Règles » dans le projet ALI/Unidroit, Rev. Droit. unif.2001-4.
9. Frédéric Sudre, le droit à un procès équitable hors juridictions ordinaires, in Mélanges Jean Dubouis, Dalloz, 2002.
10. Frédéric Zenati-Castaing, La motivation des décisions de justice et les sources du droit, chronique, Dalloz, n° 22, 7 juin 2007.
11. Georges Ripert, le déclin du droit, Paris, L.G.D.J, 1949.

12. Hervé Croze, Au-delà du droit processuel pour une théorie juridique de la décision, n Mélanges Normand, Juris-Classeur, 2003.
13. Gérard Cornu, Jean Foyer, Procédure civile, PUF, 3^e éd., 1996.
14. Henry Solus, Roger Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, Sirey, 1961.
15. Jacques Robert, la Bonne administration de la Justice, AJDA, 1995.
16. J.-Cl. Magendie, JCP, 2008, I, 192, p. 11, spéc. p. 12, entretien avec P. Granet.
17. Jean Carbonnier, Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J, 10^e éd.
18. Jacques Héron, Thierry Le Bars, Droit judiciaire privé, Montchrestien, 4^e éd., 2010.
19. Lionel Miniato, L'introuvable Principe de loyauté en procédure civile, Recueil Dalloz, 2007.
20. Loïc Cadet:
 - la légalité procédurale en matière civile, disponible sur:
https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadnet.pdf
 - Dictionnaire de la justice, Paris, Presses universitaires de France, 2004, s.v. Justiciabilité.
21. Maan Bousaber, Les principes généraux de droit et la procédure civile, available at:
<https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/955/Lesprincipesgenerauxdedroitetlaprocedurecivile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
22. Maiwenn Tascher, Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation, Thèse, Droit, Université de Franche-Comté, 2011.
23. Marie-Anne Frison-Roche, Généralités sur le Principe du contradictoire, Paris, L.G.D.J., 2014.

24. Marie Danis, Interdiction de se contredire au détriment d' autrui, Un Estoppel à la Français, 12/7/2017 , available at: <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1038-interdiction-de-se-contredire-au-detriment-dautrui-un-nessie-francais>
25. Mehdi Kebir, Acquiescement: exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire, Dalloz Actualité,7 février 2014.
26. Mireille Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil, 1994, p.149.
27. Mireille Poirier, À propos des revirements de jurisprudence: cris et chuchotements, le Droit Ouvrier, Septembre 2008.
28. Nicolas Molfessis, Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet [Cour de cassation], mardi 30 novembre 2004, litem, 2005.
29. Olivier Staes, La concentration des demandes: le recul de la maîtrise de la volonté individuelle sur la sanction des droits litigieux, Marc Nicod ed., de la volonté individuelle, L.G.D.J, 2009.
30. Ozan Akyurek, Marie-Laure, Cartier-Marraud, La consécration du Principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile, Petites affiches, n°138, 11/07/2018.
31. Patricia Granet, Le decret du 28 decembre 2005 a l'epreuve de l'inflation normative, Procédures 2006.4
32. Pascale Deumier:
 - Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, Archives de Philosophie du Droit, No. 50, 2007.
 - Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation- Étude des travaux préparatoires, in Mélanges Burgelin, 2009.

33. Romaric Nelson Goun, étude comparée du style des décisions de justice cour de cassation Française– cour supreme du Royaume Uni) – Tribunal Federal suisse, mémoire, Université Pantheon– Assas (Paris 2) – Institut de Droit Comparé.
34. Serge Guinchard, Le reveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, neo-classique ou europeaniste et technique d'organisation du proces, dans Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin, Paris, L.G.D.J., 2004.
35. Serge Guinchard et autres, Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, 7e ed., Paris, Dalloz, 2013.
36. Soraya Amrani Mekki, La part du droit (et de la justice) dans l'angoisse contemporaine – La computation des délais, 30 Mars 2020, le club des jurists, disponible sur:
<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/la-part-du-droit-et-de-la-justice-dans-langoisse-contemporaine-la-computation-des-delais/>
37. Sylvie Bernigaud, Le silence et le procès civil, Les Cahiers de droit, Vol. 56, No. 3–4, 2015.
38. Tetiana Tsuvina, principle of legal certainty in civil procedure, Legea și viața, September 2019.
39. Yves Gaudemet, Légalité (Principe de), in Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. Stéphane Rials, Denis Alland, PUF, 2003.