درء المفسدة في قانون المرافعات
" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

الباحث / محمد كمال بسيوني

مدرس قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة مدينة السادات

المستخلص

أثناء سير الدعوى القضائية أمام المحكمة ، قد تطرأ على الخصومة مفسدة ما ، تترتب من قيام أحد الخصوم أو أي شخص من أشخاص الخصومة بإعمال بعض القواعد أو النصوص على خلاف مقصود المشرع ، مما ينجم عن هذه الإجراءات أضرار ومفاسد تؤثر على حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ؛ مما يتعين على المحكمة في هذا الشأن أن تقوم بدرء هذه المفسدة والوقوف أمامها ودفعها خارج نطاق الخصومة القضائية ، بحسب ما يتوافق مع حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة

والقاضي أثناء سير الخصومة القضائية يسعى في المقام الأول لتغليب وترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للخصوم - إذا تعارضت هذه المصالح - ولكن ماذا لو تعارضت مصلحتين كلا منهما تتصف بأنها مصلحة عامة ؟ أو ماذا لو تعارضت مصلحتين كلا منهما تتصف بأنها مصلحة خاصة ؟ هنا في هذا الشأن قد يصمُت القاضي برهة وهو في حيره من أمره ؛ لتحديد أيا من هاتين المصلحتين سوف يُغلب ويُرجح ، برغم تساوي وتوازي المصلحتين في الأهمية والقدر

هنا واستنادا إلى القاعدة الشرعية العامة وهي قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " يتعين على القاضي تغليب وترجيح المصلحة التي تتجسد في شكل درء المفسدة على المصلحة الأخرى التي تتعارض معها ، ولكي يُغلب القاضي المصلحة المتجسدة في درء المفسدة على المصلحة الأخرى ، يتعين عليه أن يحدد أولا نوعية المصلحة المترتبة من كلا القاعدتين ، لكي يوازن بينهم ويتعرف على المصلحة التي تتجسد في درء المفسدة حتى يغلبها ويرجحها على المصلحة الأخرى .

(ISSN: 2356 - 9492)

Abstract

During the course of the lawsuit before the court, some corruption may arise in the dispute, resulting from one of the opponents or any person from the disputed persons applying some rules or texts contrary to the intent of the legislator, which results from these procedures in damages and corruptions that affect the proper functioning of the judicial function and the proper performance of justice; In this regard, the court must prevent this corruption and stand up to it and push it outside the scope of the judicial dispute, according to what is consistent with the proper functioning of the judicial function and the proper performance of justice

The judge during the course of the judicial dispute seeks primarily to give priority to the public interest over the private interest of the opponents - if these interests conflict - but what if two interests conflict, each of which is characterized as a public interest? Or what if two interests conflict, each of which is characterized as a private interest? Here, in this regard, the judge may remain silent for a moment, confused about his situation; to determine which of these two interests will prevail and outweigh, despite the equality and parallelism of the two interests in importance and value. Here, and based on the general legal rule, which is the rule of “preventing corruption takes precedence over bringing about interest,” the judge must give precedence and outweigh the interest embodied in the form of preventing corruption over the other interest that conflicts with it. In order for the judge to give precedence to the interest embodied in preventing corruption over the other interest, he must first determine the type of interest resulting from both rules, in order to balance between them and identify the interest embodied in preventing corruption so that he can overcome it and outweigh the other interest.

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

مقدمة

يتسم قانون المرافعات بأنه قانون إجرائي وليس موضوعي فهو ينظم إجراءات ولا يتعرض للموضوعات ، ومن ثم فهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية ، وباعتبار أن قانون المرافعات ينظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية فهناك إجراءات استهدف المشرع منها تحقيق مصلحة عامة وإجراءات اخرى استهدف المشرع منها تحقيق مصلحة خاصة للخصوم ، والمصلحة العامة المقصودة هنا هي مصلحة مرفق القضاء والتي تتجسد في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العداله ، أما المصلحة الخاصة فهي تنصب على الخصوم ، أي تلك التي تُرتب نفع خاص للخصوم ولا ترقى لأن تحقق مصالح عامة ومنافع عامة لمرفق القضاء.

وليس هناك شك في أن المشرع غلّب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، فإن تعارضت مصلحة عامة في قانون المرافعات مع مصلحة خاصة للخصوم فإن المشرع أولى رعايته للمصلحة العامة ، فهي أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة لأنها أعم وأشمل منها ، فهي تحقق النفع العام لمرفق القضاء وتحقق أيضا النفع الخاص للخصوم ، وعليه يمكن القول بان هناك مصلحة عامة في قانون المرافعات تتجسد في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، وهناك مصلحة خاصة في قانون المرافعات تنصب في المقام الأول على الخصوم وتعود عليهم بالنفع الخاص ، فإن تعارضت كلا المصلحتين - العامة والخاصة - يتم تغليب المصلحة العامة بلا شك .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ماذا لو تعارضت مصلحتين في نفس الدرجة ، أي ماذا لو تعارضت مصلحة عامة مع مصلحة عامة أخرى ، أو ماذا لو تعارضت مصلحة خاصة مع مصلحة خاصة أخرى ؟ فأي من المصلحتين سوف يتم ترجيحها وتغليبها في هذه الحالة ؟ من هنا تظهر أهمية موضوع البحث وتبرز مشكلته .

أهمية موضوع البحث

يعد درء المفسدة في قانون المرافعات من الموضوعات الهامة التي يفتقدها القانون الإجرائي ، فقانون المرافعات كما سلف القول يعد قانون إجرائي لأنه ينظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية ، فهو ينظم إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة وإجراءات نظرها وإجراءات الحكم فيها والطعن في الحكم الصادر ، وخلال مرور الدعوى القضائية أمام المحكمة في تلك المراحل حتى يصدر حكم قضائي نهائي أو بات ، فلا شك من وجود مصالح ومنافع نص عليها المشرع واستهدفها من تلك الإجراءات ، وأيضا توجد مفاسد متعددة نهى عنها المشرع أثناء سير الدعوى والحكم فيها .

وعليه فهناك مصلحة مستهدفة من القاعدة القانونية قد تكون مصلحة عامة وقد تكون خاصة ، وهناك أيضا مفاسد قد تترتب عند عدم إعمال القاعدة أو الإجراء الذي نص عليه المشرع ، هذه المصالح والمفاسد قد تتعارض

(ISSN: 2356 - 9492)

مع بعضها البعض ، فإن تعارضت مصلحة مع مفسدة تم تغليب المصلحة إذا كانت هذه المصلحة أولى بالرعاية والاعتبار ، أما إذا كانت درء المفسدة هو الأولى بالرعاية فيتم تغليب درء المفسدة على المصلحة ، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ماذا لو كانت المصلحة تتعادل مع درء المفسدة ؟ هنا يتم تطبيق القاعدة الأصولية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية الغراء وهي قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " .

ومن ثَم فإن موضوع درء المفسدة في قانون المرافعات يعد من الموضوعات المحورية التي يرتكز عليها حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، باعتبار تلك القاعده تمثل آلية من آليات القانون الإجرائي تمكّن مرفق القضاء من آداء مهامه ، وقد بدا أن الحظ الوافر من الدراسة التي انصبت في مضمون هذه القاعدة قد ارتكز في موضوعات الشريعة الإسلامية ، وإن كان هناك بعض الدراسات القانونية لهذه القاعدة في نطاق القانون المدني العراقي إلا أنها لم تتطرق تلك الدراسات لهذه القاعدة في نطاق القانون الإجرائي وخاصة قانون الإجراءات المدنية .

فلم يساير فقه القانون الإجرائي الفقه الشرعي في بحثهم لتلك القاعدة برغم الدور الفعال لها في المجال الإجرائي والحاجة المُلحة لها في التطبيق العملي أمام المحاكم ، وعليه فإن توافرت مثل هذه الدراسات وتم تطبيق تلك القاعدة في قانون المرافعات فهذا يعد تعبيراً عن تطور العِلم الإجرائي ليلحق بسائر العلوم الأخرى ، وليس هناك شك في أن تلك القاعدة لها مردود إيجابي ومؤثر في كل مراحل التقاضي منذ بداية رفع الدعوى وحتى صدور حكم نهائي في النزاع المعروض على المحكمة .

وتبرز الأهمية العملية لتلك القاعدة في أنها تُمكّن القاضي من تطبيق صحيح القانون وتفضيل القواعد القانونية وتغليبها على بعضها بما يتناسب مع تحقيق الصالح العام والنفع العام لمرفق القضاء وبما يحقق حسن سير العدالة وسرعة إنجازها ، فهناك العديد من المصالح المتداخلة في قانون المرافعات قد يقف القاضي أمامها عاجزا عن تحقيق حسن سير العدالة وسرعة إنجازها إلا بمساعدة تلك القاعدة التي تخوله مساحة واسعة من إعمال المصلحة العامة لمرفق القضاء وتغليب المصلحة الأولى بالرعاية ، فضلا عن درء المفاسد التي تبرز أثناء نظر الدعوى والحكم فيها نتيجة التسويف وسوء النية والكيد الصادر من الخصوم .

مشكله البحث وسبب اختياره

المفسدة في قانون المرافعات عكس المصلحة والمنفعة ، والمصلحة في هذا القانون الإجرائي تتجسد في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة وسرعة إنجازها ، إذاً فإن بطء إجراءات التقاضي والتسويف والكيد الصادر من الخصوم أمام المحكمة ، هو ما يشار إليه بالمفسدة في قانون المرافعات ، فعندما يتعمد الخصم تعطيل مرفق القضاء والتسويف أمام المحكمة ويتعمد الكيد والإضرار بالخصم الآخر فهذا ما يجسد المفسدة في قانون المرافعات .

ودرء المفسدة في قانون المرافعات يعد من الواجبات الإجرائية التي يتعين على القاضي وعلى الخصوم الوقوف أمامها ودرءها ودفعها خارج نطاق الخصومة المدنية ، وإن أخل الخصوم بواجباتهم الإجرائية فيعد ذلك إخلالا بحسن سير العدالة مما يستوجب المساءلة ، والتي تتم هذه الأخيرة بعدة وسائل ، من بينها قيام المحكمة بتوقيع الجزاءات الإجرائية التي نص عليها المشرع ، وقيامها بتوقيع الغرامات على الخصم الذي يتعمد الإضرار بحسن سير العدالة ، كما أن القاضي نفسه ملتزم بدرء المفسدة ودفعها عن نطاق الخصومة المعروضة أمامه ، فإن أخل بهذا الواجب تعرض للمساءلة لأنه بذلك أخل بواجبات وظيفتة التي تستهدف في المقام الأول تحقيق حسن سير العدالة وسرعة إنجازها ، وعليه يمكن التوصل لنتيجة مضمونها أن القاضي والخصوم عليهم واجب إجرائي يتمثل

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

في درء المفاسد التي تصيب الخصومة المدنية منذ بداية رفع الدعوى وحتى إصدار حكم نهائي أو بات من المحكمة .

وتبدو وتنكشف مشكلة البحث عندما ينص المشرع على تطبيق قاعدة ما ، ويستهدف من ورائها تحقيق مصلحة عامة تعود بالنفع على الخصوم وعلى مرفق القضاء وحسن سير العدالة ، ويتضح عند تطبيق هذه القاعدة أن هناك قاعدة أخرى تستهدف تحقيق مصلحة عامة أخرى تعود بالنفع العام على سير مرفق القضاء وآداء العدالة ، وأن تطبيق إحدى هاتين القاعدتين يُجلب مصلحة تعود بالنفع على الجميع ، والقاعدة الثانية تقوم بدرء ودفع مفسدة قد تتحقق - هذه المفسدة - عند تطبيق القاعدة الأولى ، فهنا يكون القاضي في حيرة من أمره !! هل يقوم بتطبيق القاعدة الأولى التي يترتب من ورائها تحقيق مصلحة عامة للمجموع ولكنها ترتب بعض المفاسد ، أم يطبق القاعدة الثانية التي يترتب على تطبيقها درء مفسدة ناتجة من القاعدة الثانية ، ويظهر هنا الدور الإيجابي للقاضي في إعمال العقل والمنطق في التنبؤ بالآثار المترتبة على كل قاعدة من هذه القواعد ؛ حتى يستطيع في النهاية أن يقوم بدفع المفسدة المترتبة من تطبيق القاعدة الأولى ، وهذا ما يتوافق مع إعمال قاعدة " درء المفسدة مُقدم على جلب المصلحة " .

كما أن درء المفسدة في قانون المرافعات يقتضي عدم إجبار المحكمة على السير في إجراءات من المحتمل أن تكون مهددة بالزوال والبطلان ، فكلما شاب إجراءات الخصومة عيب ترتب عليه بطلان نسبي مقرر للمصلحة الخاصة الخصوم ، وافتقدت الخصومة أثناء سيرها أمام المحكمة إمكانية تصحيح هذا العيب من خلال التنازل الصريح أو الضمني للخصم الذي شُرع البطلان لمصلحته ، فهنا تتولد مصلحة أخرى تتجسد في تفادي المحكمة السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان ، ويكون من حق المحكمة في هذه الحالات إعمال مقتضيات هذه المصلحة من تلقاء نفسها وبدون طلب من الخصم ، وتغليب تلك المصلحة - التي تتجسد في عدم السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان - على المصلحة الخاصة الأخرى المقررة لصالح الخصوم .

وعليه يمكن القول بأنه عند غياب الخصم صاحب الحق في التمسك بالجزاء المقرر لحماية مصلحة ما تعود عليه بالنفع الخاص ، فإن ذلك يؤدي إلى غل يد المحكمه في القضاء بهذا الجزاء الذي قرره المشرع لحماية المصلحة الخاصة للخصم ، ويؤدي ذلك إلى وقوع مفسدة تتمثل في تمادي الطرف الآخر في اتخاذ إجراءات غالبا ما تقع باطلة عندما يتمكّن الطرف الآخر من التمسك ببطلانها ، وقد يهوي ذلك بالمحكمه إلى السير في إجراءات سوف يكون مصيرها الزوال والبطلان ، هنا ومن أجل تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة ، يكون من حق المحكمة إعمال الجزاء المقرر لمصلحة الخصم من تلقاء نفسها .

إذاً فإن درء المفسدة في قانون المرافعات يتمثل في تخويل القاضي حق التصدي لأي إجراء يُتَخذ من قِبل الخصوم يتضمن ما يناهض المبادئ والأصول التي ينهض عليها مرفق القضاء ، كالتعسف في استعمال الحق وسوء النية والتسويف وقصد تعطيل إجراءات سير الدعوى ، ومن الملاحظ هنا أن حق القاضي في الوقوف أمام هذه التصرفات لا يستند بالضرورة إلى قاعدة قانونية مكتوبة ، ولكن يستند إلى مبادئ وقيم وأصول موجودة في ضمير المجتمع ، ومن بينها قاعده درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة .

والشاهد في ذلك هو أن المشرع قد نص على أن الإجراءات التي تُتَخذ من قِبل الخصم أثناء انقطاع الخصومة تقع باطلة ، وهذا البطلان مقرر لمصلحة الخصم الآخر ، ولكن أثناء انقطاع الخصومة نجد أن الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته غير موجود ، فإن قام الخصم الآخر باتخاذ أي إجراء من الاجراءات أثناء انقطاع الخصومة ،

(ISSN: 2356 - 9492)

فَمِن المحتمل أن يقرها الخصم الآخر بعد زوال سبب الانقطاع ، ومن المحتمل أيضا أن يتمسك ببطلانها ، فإن تمسك الخصم ببطلانها فسوف تتحقق مصلحة ومنفعة خاصة له تتجسد في إبطال الإجراءات المتخذة أثناء انقطاع الخصومة ، حمايةً لمبدأ المواجهة ، ولكن في نفس الوقت قد تترتب مفسدة إذا تأخر الخصم في التمسك بهذا البطلان ، تتجسد هذه المفسدة في قيام الخصم باتخاذ إجراءات هي في الأصل مُعرضة للبطلان والزوال .

وعليه يكون من حق المحكمة أن تقضي هي ببطلان الإجراءات التي تُتَخذ من قِبل الخصم أثناء انقطاع الخصومة وأثناء غياب الخصم الآخر عن الحضور في أول جلسة بعد زوال سبب الانقطاع ؛ حتى لا تنجرف المحكمة وراء إجراءات مهددة بالزوال والبطلان فيضيع وقت وجهد القضاء ، وبذلك يحق للمحكمة أن تدرء هذه المفسدة المتولدة من قيام الخصم بهدم تلك الإجراءات التي اتخذت في غيابه أو أثناء انقطاع الخصومة ، وذلك من خلال قيام المحكمة بالحكم ببطلان تلك الإجراءات من تلقاء نفسها ودون انتظار تمسك الخصم صاحب المصلحة به ؛ حفاظا على جهد ووقت مرفق القضاء ، وبذلك يحق للمحكمة أن تدرء هذه المفسدة المتولدة من قيام الخصم بطلب إبطال الإجراءات التي اتخذت في غيابه أو أثناء انقطاع الخصومة ، من خلال قيامها بالحكم ببطلان تلك الإجراءات من تلقاء نفسها ودون انتظار تمسك الخصم صاحب المصلحة بها ؛ حفاظا على وقت وجهد مرفق القضاء .

وعليه فقد برز وانكشف جانب آخر من مشكلة البحث يتمثل في الإجابة على سؤال هل يحق للقاضي من تلقاء نفسه أن يتصدى لجزاء مقرر لمصلحة الخصوم ولا يستهدف تحقيق المصلحة العامة ؟ أم أن القاضي إذا فعل ذلك فإنه يخالف مبدا الطلب ؟

وهذا ما يجعلنا نوجه دفة البحث إلى التعمق في الدور الإيجابي للقاضي ، ومدى أحقيته في التصدي للإجراءات والقضاء بالجزاءات المقررة لمصلحة الخصوم ولو من تلقاء نفسه ، بهدف تحقيق مصلحة أعم وأشمل من المصلحة التي ابتغاها المشرع من وراء مبدأ الطلب ، والمصلحة المقصودة هنا تتجسد في درء المفسدة التي أولاها المشرع بالرعاية وغلبها على جلب المصلحة

أهداف البحث

لا شك أن موضوع درء المفسدة في قانون المرافعات يعد من الموضوعات الهامة ، وخاصة في الآونة الأخيرة التي زادت فيها وسائل الغش الإجرائي ، والتحايل على المحكمة ، وقصد الإضرار ، وسوء النية الصادر من قبل الخصوم أمام المحكمة ، باعتبار أن درء المفسدة التي تبرز أثناء الفصل في الدعاوى المعروضة أمام المحكمة يعد واجب إجرائي على القاضي ، يتعين عليه أن يقوم بدرء المفاسد التي تصيب إجراءات التقاضي ؛ حتى تتحقق المصلحة العامة التي حث عليها المشرع ، والتي تتجسد في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، فضلا على أن درء المفاسد في قانون المرافعات سيؤدي بالضرورة إلى سرعة الفصل في المنازعات وتحقيق العدالة الناجزة وتحقيق الأمانة الإجرائية ، مما يؤدي بشكل غير مباشر إلى تخفيف العبء على كاهل مرفق القضاء ، ومن ثَم كانت الحاجة إلى تحديد أهداف البحث والتي تمثلت في الآتي :

أولاً : يسعى الباحث من وراء هذه الدراسة إلى بيان وتوضيح المصلحة التي ابتغاها المشرع من القواعد القانونية في قانون المرافعات ، وذلك على مدار نظر الدعوى وحتى الحكم فيها والطعن على الحكم الصادر ، وذلك بهدف الموازنة بين المصالح العائدة من القاعدة القانونية ، ومحاولة تغليب مصلحة على مصلحة أخرى ، من خلال درء المفسدة الناجمة عن تلك القواعد .

ثانيا : يستهدف الباحث من وراء هذه الدراسة بيان المقصود بالمفسدة في قانون المرافعات ، وتحديد أساسها القانوني والفني ، وتمييزها عما يتشابه معها من مصطلحات .

ثالثا : يسعى الباحث من وراء الدراسة في هذا الموضوع إلى بيان الأحكام المنظمة لدرء المفسدة في قانون المرافعات ، والتي تتجسد في القواعد الحاكمة لعملية درء المفسدة والموازنة بين المصالح المستهدفة من القواعد القانونية ، وكيفيه قيام القاضي بتغليب مصلحة على مصلحة أخرى ، حتى يستطيع أن يدرء المفسدة الناجمة عن تطبيق بعض القواعد أثناء سير الدعوى والحكم فيها .

رابعا : يسعى الباحث من وراء هذه الدراسة إلى محاولة ربط القانون الإجرائي - الذي ينظم إجراءات التقاضي - بالعلوم الموضوعية والفقهية الأخرى ، ومحاولة إثبات أن القانون الإجرائي يتسع نطاقه لاستيعاب أفكار ونظريات موضوعية أخرى صالحة للتكييف مع أحكامه ، كما هو الحال بالنسبة للقاعدة الفقهية الأصولية وهي قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة .

خامسا : يسعى الباحث من وراء الدراسة في هذا الموضوع إلى وضع إطار نظري يساهم في تحديد المصلحة الأولى بالرعاية إذا تساوت المصالح الناجمة عن تطبيق القواعد القانونية الإجرائية أثناء سير الدعاوى أمام المحكمة ، وفي مرحلة إصدار الحكم القضائي والطعن فيه ؛ حتى يستهدي القاضي للقاعدة الأولى بالرعاية والاعتبار والتطبيق ، ولا يكون في حيرة من أمره عند تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أو عند تغليب القاعدة التي يتم من خلالها درء مفسدة على القاعدة التي يأتي من ورائها جلب مصلحة ، مع مراعاة الضوابط التي يتعين وضعها في الاعتبار عند هذا التمييز .

صعوبات البحث

تبدو صعوبات الدراسة في موضوع درء المفسدة في قانون المرافعات في الآتي :

أولا : عدم وجود دراسات سابقة لهذا الموضوع في القانون الإجرائي ، ومن ثَم ندرة المراجع التي تناولت هذا الموضوع ، وخاصة في المجال القانوني .

ثانيا : صعوبة وضع معيار ثابت يستهدي به القاضي في تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أو التمييز بينهم ، وخاصة عندما تتساوى المصالح وتتكافئ .

ثالثا: تبدو أيضا صعوبة البحث في هذا الموضوع في أن القاضي ليس لديه الصلاحية الكاملة للتمييز بين القواعد القانونية الإجرائية في التطبيق ، على اعتبار أن المشرع قد ألزم القاضي بتطبيق قواعد معينة لا يكون له خيارا في العدول عنها لتعلقها بالصالح العام المتمثل في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، وهناك أيضا قواعد شاء المشرع أن يجعلها تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم وليس للقاضي إعمالها إذا لم يقم الخصم نفسه بالتمسك بها .

رابعا : تبدو صعوبة البحث في هذا الموضوع أيضا في أن هناك العديد من قواعد قانون المرافعات المنظمة لسير الخصومة أمام المحكمة ومرحلة إصدار الحكم ، يترتب من ورائها مصلحة عامة أو مصلحة خاصة ، وفي نفس الوقت يتولد من ورائها مفسدة ، فهنا يكون القاضي في حيرة من أمره ؛ لأنه أمام قاعدتين كلا منهما يستهدف تحقيق مصلحة ما وفي نفس الوقت يترتب عليهما مفسدة ، فالقضي هنا يُغلب مفسدة على مفسدة أخرى ويدرءها خارج نطاق إجراءات سير الدعوى والحكم فيها .

(ISSN: 2356 - 9492)

فرضيات البحث

بينا سلفا أن مشكلة البحث في هذا الموضوع قد تمثلت في أن هناك العديد من القواعد القانونية التي تضمنها قانون المرافعات والتي تنظم مرحلة سير الخصومة القضائية ومرحلة إصدار الحكم والطعن فيه ، استهدف المشرع منها تحقيق مصلحة ما ، قد تكون هذه المصلحة مصلحة عامة وقد تكون مصلحة خاصة للخصوم ، وأن العديد من هذه المصالح تتعارض مع بعضها البعض ، بحيث يترتب على القاعدة القانونية مصلحة ما ويعود من ورائها مفسدة أخرى ، فيحتاج القاضي إلى أن يستبعد هذه القاعدة ويقوم بتطبيق قاعدة أخرى تحقق مصلحة أولى بالرعاية وتدرء أيضا المفسدة الناتجة من تطبيق القاعدة الأخرى .

والشاهد في ذلك هو أنه عندما يسمح المشرع للخصم بالتمسك ببطلان صحيفة الدعوى لعدم توافر الأهلية لدى خصم ما ، ويكون للخصم حق التمسك بهذا البطلان في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ، فهنا قد يتعمد الخصم صاحب المصلحة عدم التمسك بهذا البطلان إلا في مرحلة متأخرة من نظر الدعوى ، وذلك بما يتوافق مع أهواءه ومصالحه هو ، دون أن يبالي بمصلحة العدالة وحسن سير مرفق القضاء ، فتكون المحكمة قد أشرفت على إصدار الحكم ، فيفاجئ الخصم المحكمة بالتمسك ببطلان صحيفة الدعوى ، فيضيع جهد المحكمة وتزول الإجراءات التي بَذلت فيها المحكمة الوقت والجهد ، وهذا في حد ذاته يمثل مفسدة في قانون المرافعات ، وهُنا ولكي يتم درء هذه المفسدة فيتعين تمكين القاضي من أن يثير - هو من تلقاء نفسه - بطلان صحيفة الدعوى ؛ حتى لا يخّول الخصم فرصة هدم ما توصلت إليه المحكمة من جهد في البحث والتحري للفصل في الدعوى المعروضة أمامها ، هنا القاضي يكون قد درء مفسدة في مقابل التخلي على مصلحة ما قد تعود على الخصم من تأخير التمسك بالدفع ببطلان صحيفة الدعوى .

وعليه يمكن تحديد فرضيات البحث في النقاط التالية :

أولا : قد يكون السبب في هذه المشكلة سالفة البيان هو صعوبة تحديد المصلحة المستهدفة من القاعدة القانونية الإجرائية ، هل هي مصلحة عامة أم خاصة ؛ لأن ذلك يعد من النظام العام وأن النظام العام يتسم بالمرونة والنسبية ، ومن أجل هذه المرونة ترك المشرع مهمة تحديد المصلحة المستهدفة من القاعدة - في العديد من الحالات - للفقه والقضاء ؛ حتى لا تُصاب هذه القواعد بالجمود ، وحتى تكون صالحة للتطور والتكيّف مع مستجدات الأحداث في المجتمع .

ثانيا : قد يكون السبب في إبراز تلك المشكلة في أن هناك العديد من القواعد القانونية التي قد تتعارض مع بعضها البعض رغم تكافؤها في تحقيق مصلحة أو تكافؤها في درء مفسدة ، وهُنا يظهر دور القاضي في التمييز بين القاعدتين وتغليب قاعدة على أُخرى ، بالاستعانة بقاعده درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة .

ثالثا : وقد يكون السبب في بروز هذه المشكلة هو أن المشرع لم يطلق يد القاضي ولم يجعل له سلطة تقديرية في بعض الحالات في تطبيق القاعدة القانونية من عدمه ، كما هو الحال في القواعد التي استهدف منها المشرع تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، فليس للقاضي التصدي لها من تلقاء نفسه ، طالما أن الخصم لم يتمسك بها .

نطاق البحث

يسعى قانون المرافعات إلى تنظيم إجراءات التقاضي المدني وإجراءات التنفيذ الجبري أمام المحاكم ، فهو ينظم مرحلة التقاضي منذ بداية رفع الدعوى مرورا بنظرها وسيرها أمام المحكمة وحتى مرحله إصدار الحكم والطعن فيه ، وليس هذا فحسب بل يتناول أيضا مرحلة تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة من خلال إداره التنفيذ الجبري ، فهو

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

ينظم إجراءات التنفيذ الجبري وإجراءات الحجز على العقار والمنقول وحجز مال المدين لدى الغير ، ولكن موضوع درء المفسدة في قانون المرافعات ينحصر نطاقة في هذه الدراسة في مرحلة التقاضي المدني دون مرحله التنفيذ الجبري ، ومن ثَم فسوف نتناول هذا الموضوع في مرحلة رفع الدعوى وسيرها أمام المحكمة مرورا بمرحلة إصدار الحكم والطعن فيه ، دون الخوض في إجراءات التنفيذ الجبري .

منهجيه البحث

اعتمد الباحث في تناول هذا الموضوع على أكثر من منهج علمي ، وذلك بهدف الإلمام بكافة جوانب الدراسة ، وتمثلت تلك المناهج في المنهج التأصيلي والتحليلي والتطبيقي ، حيث انصبت الدراسة أولا على بيان وفهم وتأصيل قاعده درء المفسدة وماهيتها وتكييفها في قانون المرافعات ، وبيان الأحكام المنظمة لها في مرحلة الخصومة المدنية ، ثم عرجت الدراسة بعد ذلك إلى تحليل القواعد العامة التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم ، والتي تناهض المفسدة المقصودة هنا ، والتي تجسدت في دفع كل ما يؤدي الى تعطيل سير مرفق القضاء وتعطيل سرعة إنجاز العدالة ، وكل ما يؤدي إلى سوء النية والتسويف والغش والكيد الصادر من قبل الخصوم .

وذلك بهدف وضع الضوابط والأحكام التي من خلالها يتم دفع هذه المفاسد والوقوف أمامها حتى تتحقق المصلحة الأرجح والأولى بالرعاية ، والتي يسعى المشرع لتحقيقها من وراء تطبيق قواعد قانون المرافعات وهي حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة وإنجازها ، وتخفيف العبء على كاهل مرفق القضاء ، وذلك للقضاء على ظاهرة بطء العدالة .

وفي الجزء الثاني من البحث انصبت الدراسة على الجانب التطبيقي ، وذلك من خلال بيان مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في مراحل التقاضي المدني منذ بداية رفع الدعوى ومرورا بنظرها أمام المحكمة وإصدار حكم فيها وحتى مرحلة الطعن في الحكم ، وبحث مواطن المفسدة التي تشوب هذه المراحل ، وذلك بهدف معالجتها وبيان دور القاضي في الوقوف أمامها من خلال تغليب المصلحة الأولى بالرعاية والاعتبار .

الدراسات السابقة

١- **قاعـدة درء المفسدة العامة بارتكاب المفسدة الخاصة دراسةٌ أصولية تطبيقية** .مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية - 2019 - د. فهد صلاح جادالرب عبدالدايم.

٢- **درء المفاسد أولى من جلب المصالح** - 2012 م - رسالة دكتوراه – د.وينز كمال.

٣- " **قاعدة درء المفسدة مقدّم على جلب المصلحة** " – دراسة أصوليّة فقهيّة – ٢٠١١ م – د. حسن بن إبراهيم الهنداوي .

٤- **مقاصد الشريعة في أحكام البيوع** – د. زهر الدين عبد الرحمن – دار الكتب العلمية – ٢٠٠٩ .

٥- **قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح – وتطبيقاتها الطبية** – د. محمد بن عبدالعزيز المبارك

٦- **الأولوية في درء المفاسد على جلب المنافع في القانون المدني العراقي** ، د. أندلس حامد عيد ، مجلة العلوم القانونية كلية القانون جامعة بغداد – ٢٠١٥ م

(ISSN: 2356 - 9492)

خطه البحث

سوف نتناول موضوع درء المفسدة في قانون المرافعات في فصلين ، يتناول الفصل الأول ماهية وأحكام درء المفسدة في قانون المرافعات ، ويتناول الفصل الثاني مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات .

ويتضمن الفصل الأول بيان ما هية درء المفسدة في قانون المرافعات في مبحث أول ، أما الأحكام المنظمة والحاكمة لدرء المفسدة في قانون المرافعات فسوف نتناولها في مبحث ثاني ، ويتناول الفصل الثاني الجانب التطبيقي لدرء المفسدة في قانون المرافعات ، وذلك في مراحل التقاضي المدني بداية من مرحلة رفع الدعوى أمام المحكمة ، مرورا بنظرها وانتهائها بإصدار حكم فيها والطعن عليه ، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية وأحكام درء المفسدة في قانون المرافعات

المبحث الأول : ما هية درء المفسدة في قانون المرافعات

المبحث الثاني : احكام درء المفسدة في قانون المرافعات

الفصل الثاني : مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات

المبحث الأول : مجال تطبيق درء المفسدة في مرحلة رفع الدعوى وسيرها

المبحث الثاني : مجال تطبيق درء المفسدة في مرحلة إصدار الحكم والطعن فيه

الفصل الأول

ماهية وأحكام درء

المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

سوف تتناول الدراسة في هذه الجزئية من البحث ما هية درء المفسدة في قانون المرافعات وهذا في شق أول ، أما الشق الثاني فسوف تتناول الدراسة فيه الأحكام المنظمة لعملية درء المفسدة في قانون المرافعات ، وكيفيه وقوف القاضي أمامها ودفعها عن نطاق التقاضي ، ومن أجل ذلك سوف نوضح أولا ما المقصود بدرء المفسدة في قانون المرافعات وهذا ما يأخذنا أولا لبحث مضمون القاعدة في الشريعة الإسلامية حتى نستطيع تكييفها في نطاق القانون الإجرائي ومراحل الخصومة المدنية ، هذا بالإضافة إلى بيان أساس هذه القاعدة في قانون المرافعات ، وتمييزها عما يتشابه بها من قواعد أخرى في نطاق قانون المرافعات .

أما المبحث الثاني فسوف يتضمن الأحكام العامة التي تنظم درء المفسدة ، والذي يتم من خلاله بيان المصالح المعتبرة في قانون المرافعات وأنواعها ، والموازنة بين هذه المصالح وكيفية تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أولى بالرعاية والاعتبار ، وكيفية درء المفسدة في قانون المرافعات والضوابط المنظمة لعملية درء المفسدة ، وذلك من خلال مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية درء المفسدة في قانون المرافعات

المبحث الثاني : أحكام درء المفسدة في قانون المرافعات

المبحث الأول

ماهية درء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

(ISSN: 2356 - 9492)

درء المفسدة في قانون المرافعات يُقصد بها منع الفعل الضار في جميع صوره قبل وقوعه احترازا ، وبتطبيق ذلك في قانون المرافعات فسوف يتم تخويل القاضي - باعتباره الأمين على حسن تطبيق القانون وحسن آداء العدالة - الحق في التصدي لأي إجراء يُتخذ من قِبل الخصوم يتضمن ما يناهض المبادئ والأصوال التي ينهض عليها مرفق القضاء ، كالتعسف وسوء النية في استعمال الحق الإجرائي ، وقصد تأخير نظر الدعوى [١] .

وعليه فسوف نوضح في هذه الجزئية من البحث ما المقصود بدر المفسدة في قانون المرافعات ، وأساس هذه القاعدة ، وتميزها عن غيرها من المصطلحات المتشابهة معها ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : المقصود بدرء المفسدة في قانون المرافعات

المطلب الثاني : أساس درء المفسدة في قانون المرافعات

المطلب الثالث : تمييز قاعدة درء المفسدة عما يختلط بها من مصطلحات

(1) الرافدين ". انظر د. خالد نواف حازم - " المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف فى استعمال الحق الإجرائى فى الدعوى المدنية للحقوق ٢٠١٠ - ص ١٣٥ .

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

المطلب الأول

المقصود بدرء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

حتى يتم تحديد المقصود بدرء المفسدة في نطاق قانون المرافعات يتعين أولا بيان مضمون تلك القاعدة في نطاق الفقة الإسلامي ، وذلك حتى نستطيع بيان مضمونها وأبعادها في نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وعليه فسوف توضح الدراسة في هذه الجزئية ما المقصود بدرء المفسدة كقاعدة أصولية في الشريعة الإسلامية ، وبعد ذلك سوف نوضح ما المقصود بتلك القاعدة في نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : المقصود بقاعدة درء المفسدة في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني : المقصود بقاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الأول

المقصود بقاعدة

درء المفسدة في الشريعة الإسلامية

تمهيد

سوف توضح الدراسة في هذه الجزئية من البحث المقصود بقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وذلك من الناحية اللغوية والاصطلاحية ، وذلك على النحو التالي :

أولا : التعريف اللغوي لقاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة "

١- التعريف اللغوي للقاعدة

تعد قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة من القواعد الكلية الكبرى المتفرعة من قاعدة أعم وأشمل وهي قاعدة " **لا ضرر ولا ضرار** " ، وهي في الحقيقة قاعدة لها أهمية عظيمة في تيسير وتوضيح الكثير من اللبس ، كما أنها قاعدة تُعين في فهم الأولويات ، وخاصة في هذه الأونة الأخيرة التي اختلطت فيها الأعمال الصالحة مع الأعمال السيئة [١].

ومعنى الدرء في اللغة هو الدفع ، حيث قال صلى الله عليه وسلم " اللهم إني أدرء بك في نحورهم " ، أي أدفع بك في نحورهم حتى تكفيني أمرهم ، **وكلمة المفاسد** كلمة جمع مفردها مفسدة ، والمفسدة هي ما يكون ضد المصلحة أو ضد المنفعة ، **أما كلمة مقدم** أي له الأولوية على غيره وله الأفضلية والسبق على غيره ، **أما كلمة جلب** بمعنى الإحضار والإتيان بالشيء أو الفعل ، أما **كلمة المصالح** فهي كلمة جمع مفردها مصلحة وهي نقيض المفسدة ، فهي تحمل في معناها النفع والصلاح ، وعليه فإن مضمون القاعدة هو أن دفع ما فيه مفسدة يعد أولى من إحضار ما فيه مصلحة ، فإذا تعارضت عند المكلف مفسدة ومصلحة في أمر من أمور دينه أو دنياه ، فإن الأصل

(1) انظر د. عبدالغفور محمد اسماعيل ، القواعد والضوابط الفقهية في أصول التقاضي – دار الكتب العلمية - ٢٠١٩ م – ص ١٦٥ .

في حقه هو دفع المفسدة ودرءها ، وأن ذلك مقدم على طلب تحصيل المصلحة ، لعناية المشرع بترك المفاسد ؛ لِما يترتب عليها من أضرار ، ويتعين التنبيه إلى أن هذه القاعدة تمثل جانب كبير منها في مبدأ الوقاية خير من العلاج [١] .

٢- أدلة القاعدة

تعددت أدلة تلك القاعدة سواء كانت أدلة من الكتاب أو من السنة ، حيث قال تعالى " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم " فنهى الله تعالى عن سب آلهه المشركين مع أن ذلك يتضمن مصلحة ، إلا أن ذلك قد يترتب عليه سب المولى عز وجل ، ففي سب آلهه الكفار والمشركين مصلحة معتبرة تتجسد في تحقير وتهميش دينهم وإهانته ، ولكن لَما أدى ذلك إلى وجود مفسدة تتجسد في تجرؤهم على الله تعالى عز وجل بالسب ، نهانا الله تعالى في علاه عن سب آلهتهم درءاً للمفسدة المترتبة على ذلك [٢].

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما استأذنه أحد الصحابة في القيام بقتل رجل من المنافقين ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعه لكي لا يتحدث الناس أن محمد يقتل أصحابه ، ويعد هذا الحديث من أبرز وأوضح الأدلة على تفضيل وتقديم درء المفسدة على جلب المصلحة ، ففي مسألة قتل المنافقين وتخليص الناس من آذاهم وأفعالهم الضارة مصلحة ظاهرة ومعتبرة ، وهناك أيضا في نفس الوقت مفسدة واضحة مترتبة من قتلهم ، ولكن هذه المفسدة تفوق حجم وقدر المصلحة ، تتجسد هذه الأخيرة في نفور الناس عن دين الله عز وجل وتشويه صورة الدين ، ومن أجل ذلك قدم ورجح النبي صلى الله عليه وسلم درء المفسدة على جلب المصلحة الناجمة من قتل المنافقين ، فتم تفضيل ترك قتلهم من أجل درء المفسدة المترتبة من ذلك [٣] .

وما جاء عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إياكم والجلوس في الطرقات ، قالوا : يا رسول الله ، ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : فإذا أبيتم إلا المجلس فاعطوا الطريق حقه ، قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ، قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ففي هذا الحديث الجلوس في الطرقات يتضمن مصالح ومفاسد ، وقد أبغضه وكرهه النبي صلى الله عليه وسلم للصحابة ، من أجل دفع المفاسد المترتبة عليه [٤] .

---

(1) انظر د. منير بنجمور – القضايا الطبية المعاصرة ومقاصد الشريعة ، ٢٠١٤ م ، ص ٩٧ .

(2) انظر د. بسيوني الخولى – براعة النص القرآني في نقل الواقع بمكوناته الاجتماعية – ٢٠٢٣ م – ص ٤٦٧ .

(3) انظر د. محمد سالم هاشم – صحيح مسلم بشرح الأبي والسنوسي ، ٢٠٠٨ م – ص ٥٥٧ .

(4) انظر د. محمد عبدالعزيز الخالدي – ارشاد الساري لشرح صحصح البخاري – ٢٠١٦ م – ص ٢٣٤ .

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الثاني

المقصود بدر المفسدة

في إجراءات التقاضي المدني

أولا : المقصود بالمفسدة في قانون المرافعات

تتجسد المفسدة في قانون المرافعات وخاصة في إجراءات التقاضي أمام المحاكم ، في كل إجراء يُتخذ من قِبل الخصوم والقاضي يتضمن ما يناهض المبادئ الأساسية والأصول العامة التي ينهض عليها مرفق القضاء ، كالتعسف في استعمال الحق وسوء النية والتسويف ، وقصد تأخير وتعطيل الفصل في الدعاوى المعروضه أمام المحكمة ، ويتعين على القاضي أن يتصدى لمثل هذه الإجراءات والتصرفات الصادرة من قبل الخصوم ، والتي

تتضمن مفسدة في إجراءات التقاضي ، وحق القاضي في التصدي لهذه التصرفات والإجراءات هو حق أصيل باعتباره الأمين على حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة وسرعة إنجازها [1].

ولا يستند هذا الحق بالضرورة إلى قاعدة قانونية صريحة ، بل يستند إلى مبادئ وقيم وأصول مكنونة في ضمير المجتمع ، ومنصهرة في روح القانون ، كما هو الحال في قاعدة درء المفسدة ، طالما أنها تتفق مع التقاليد والقيم السائدة في المجتمع .

ثانيا : تطبيقات وحالات للمفسدة في قانون المرافعات

١- التعسف في استعمال الحق

من المُلاحظ أن استعمال الحق لا يكون مشروعا إذا قُصد به الإضرار بالغير أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة ، حيث أجاز المشرع للمحكمة أن توقع غرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز أربعة مائة جنيه على المدعي إذا تعمد بسوء نية ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه ، وأجاز أيضا المشرع للمحكمة أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعون جنيها ولا تجاوز أربعة مائة جنيه على أي خصم يقوم باتخاذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا بسوء نيه .

كما أجاز المشرع لمحكمة الاستئناف في الماده ٢٣٥ من قانون المرافعات أن تحكم بالتعويض على المستأنف إذا قصد باستئنافه الكيد ، كما نص أيضا في الماده ٣٢٤ منه على أنه إذا تم الحكم ببطلان الحجز التحفظي أو إلغائه لانعدام أساسه ، فيكون من حق المحكمة أن تحكم على الحاجز بغرامة لا تذيد عن ثمانى مائة جنيه ، كما حرص المشرع الفرنسي أيضا على الوقوف أمام ظاهرة التعسف في استعمال الحق ، حيث أجاز للمحكمة أن تحكم بغرامة مدنية لا تجاوز ٣٠٠ يورو ، على الخصم الذي يتصرف في الدعوى بشكل تعسفي ، مع عدم المساس بحق الشخص المضرور في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر .

٢ - المماطلة والتسويف وقصد تأخير الإجراءات

نص المشرع الفرنسي على أنه يمكن إثارة الدفع بالبطلان المبني على مخالفة القواعد الموضوعية المتعلقة بالأعمال الإجرائية في أية حالة تكون عليها الدعوى ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، ويمكن للقاضي الحكم

---

(1) انظر د. مصطفى مجدي هرجه – اشكالات التنفيذ المدنية – ص ٢٩ .

(ISSN: 2356 - 9492)

بالتعويضات على مَن يمتنع بقصد المماطلة عن التمسك بتلك الدفوع في وقت سابق [١] ، كما أجاز المشرع الفرنسي للقاضي أن يحكم بالتعويضات على مَن يمتنع بقصد المماطلة عن التمسك بالدفع بعدم القبول في وقت سابق [٢] .

كما أجاز أيضاً للمحكمة أن تحكم بغرامة مدنية بحد أقصى ثلاثة آلاف يورو دون المساس بحق المتضرر فى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ، وذلك عند الطعن بالاستئناف بقصد المماطلة [٣] ، وأجاز للخصوم الدفع بالإحالة للارتباط في أية حالة تكون عليها الدعوى ما لم تكن هذه الإحالة بهدف التأجيل [٤] ، كما نص المشرع الفرنسي على ضرورة التمسك بالدفوع المتعلقة بالبطلان الشكلي معاً وقبل إبداء الدفوع الموضوعية أو التمسك بعدم القبول وإلا قضت المحكمة بعدم قبولها [٥] ، وذلك لكي يتمسك بها الخصم معا دفعة واحدة ، فلا تتبعثر تلك الدفوع في كل مراحل سير الدعوى فتُشتت ذهن المحكمة وتعرقل إجراءات الفصل فيها ، كما خول المشرع القاضي سلطة الحكم من تلقاء نفسه بشطب الدعوى بقرار لا يقبل الطعن فيه ، وذلك إذا لم يتخذ الخصوم الأعمال الإجرائية اللازمة فى المواعيد المحددة لها ، وذلك بعد أن يقوم القاضي بتوجيه إنذار للخصوم بذلك [٦] .

٣- حالات الغش

حدد المشرع الفرنسي فى المادة ١/٥٩٥ من قانون المرافعات حالات أربعة يمكن للخصوم فيها مراجعة الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي وهي : إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم ، وإذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضي بتزويرها ، وإذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة ، وإذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى [٧] .

([1]) Art .118 de code procedure civil francais " Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt "

([2]) Art .123 de code procedure civil francais " Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ".

([3]) Art .559 de code procedure civil francais " En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés ".

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية

Cour de cassation, chamber civil 1. 21 – 11 – 2012, n° de pourvoi : 11 – 25513. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

([4]) Art .103 de code procedure civil francais " L'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire".

([5]) Art .113 de code procedure civil francais " Tous les moyens de nullité contre des actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été ".

([6]) Art .470 de code procedure civil francais " Si aucune des parties n'accomplit les actes de la procédure dans les délais requis, le juge peut, d'office, radier l'affaire par une décision non susceptible de recours après un dernier avis adressé aux parties elles-mêmes et à leur mandataire si elles en ont un ".

([7]) Art .595 de code procedure civil francais " Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes :

S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de

ثالثا : صاحب الصفة في درء المفسدة

وضحنا سلفا أن المفسدة في قانون المرافعات عبارة عن كل ما يؤدي إلى تعطيل سير مرفق القضاء وعرقلة آداء العدالة وسوء النية والتسويف والكيد والغش الصادر من أشخاص الخصومة ، سواء كان ذلك صادرا من الخصوم أو من القاضي نفسه - في حدود معينة - ، وعليه فإن المشرع أوجب على المحكمة أن تقف أمام تلك التصرفات والإجراءات الصادرة من قِبَل الخصوم والتي تتضمن مفسدة أيا كان شكلها .

ليس هذا فحسب ، بل أجاز المشرع للخصوم أيضا الوقوف ضد أي فعل أو تصرف يتضمن أي شكل من أشكال المفسدة أثناء سير الإجراءات أمام المحكمة ، حتى وإن كان هذا التصرف صادرا من قِبل القاضي نفسه ، حيث أجاز المشرع للخصوم القيام برفع دعوى مخاصمة ضد القاضي الذي وقع منه غش وتحايل وغدر أثناء نظر الدعوى ، كما تُرفع أيضا ضد القاضي الذي وقع منه خطأ مهني جسيم أو القاضي الذي أنكر العدالة وامتنع عن نظر الدعوى ، باعتبار أن ذلك يؤدي إلى تعطيل مرفق القضاء وعرقلة سير العدالة ، وعليه يمكن القول بأن القاضي له صفة في درء المفسدة إذا وقعت هذه المفسدة من قِبَل أحد الخصوم ، وللخصوم أيضا درء المفسدة إذا وقعت هذه المفسدة من المحكمة ممثلة في القاضي أو أعوان القضاه ، وسوف نوضح من له الصفة في درء المفسدة وذلك على النحو التالي :

ا) دور المحكمة في درء المفسدة

١- وضع المشرع قواعد تُنظم وتحكم مسألة الحيازة ومنازعاتها ، واستهدف منها المشرع تحقيق مصلحة عامة تتمثل في تحقيق السكينة العامة والأمن ، حتى يتم منع الأشخاص من التصدي بأنفسهم – دون اللجوء إلى القضاء - للحصول على ما يدعونه من حقوق قِبل الغير [١] ، فاحترام الحيازة حتى ولو كان الحائز مغتصباً فيه حماية للصالح العام ولا يُخل ذلك بحق المالك الحقيقي في القيام برفع دعوى المطالبة بحقه ، وبذلك فلا يجوز لمن يدعي الملكية أن يعتدي على الحائز مبررا ذلك بكونه صاحب الحق الموضوعي المتنازع فيه ، لِما يترتب على ذلك من شيوع الفوضى فى المجتمع ؛ وذلك لأن الصالح العام للمجتمع يتحقق عندما يبقى الوضع الظاهر هادئ ومستقرا ومصاناً لفترة أطول من الزمن [٢] ، ويتجلى من ذلك الدور التوجيهي لقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، فهذه

---

la partie au profit de laquelle elle a été rendue, Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre Partie, S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement , S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement "

(١) انظر د. قدري عبد الفتاح الشهاوي – منازعات الحيازة والملكية فى التشريع المصري والعربي والأجنبي – دراسة مقارنة ، ٢٠٠٦ – دار النهضة العربية – ص ١٨ .

(٢) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٤٣٧ .

(ISSN: 2356 - 9492)

القاعدة توجه تصرفات الأفراد في اتجاه معين ينبغي اتباعه حتى يسلم التصرف من المفسدة التي من المحتمل أن تلحق به [١] .

٢- يعد حق التقاضي من الحقوق الأساسية للأشخاص فى المجتمع [٢] ، ولا يجوز حرمان أي شخص من هذا الحق ، ورغم ذلك فإن هذا الحق يتقيد بعدم التعسف فى استعماله ، ومن أجل ذلك فقد خوّل المشرع المصري فى المادة ٤/٣ من قانون المرافعات للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم بغرامة على المدعي إذا تعسف في استعمال حق التقاضي ، وتجلت حكمة المشرع من ذلك في تنزيه محراب العدالة من العبث وتوفير وقت وجهد العدالة ، وأجاز أيضاً للمحكمة أن تقضي بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ولا تذيد عن أربعمائة جنيه على الخصم الذي يقوم بإجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً بسوء نية [٣] ، كما أجاز لمحكمة الاستئناف أن تقضي بالتعويض ضد المستأنف إذا قصدمن استئنافه الكيد [٤] .

٣- كما نص المشرع فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات على أنه في حالة عدم تكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة في خلال ثلاثة أشهر من بداية تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، بسبب متعلق بفعل المدعي ، كان للمحكمة أن تقضي باعتبار الخصومة كأن لم تكن [٥] بناءً على طلب المدعى عليه ، وأجاز المشرع للمحكمة أن توقف سير الدعوى لمدة لا تجاوز شهراً جزاءً للمدعي إذا امتنع عن إيداع مستنداته أو امتنع عن القيام بأي إجراء من الإجراءات المطلوبة منه فى الميعاد الذي حددته له المحكمة ، وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه [٦] ، وإذا انقضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي تجديد السير في الدعوى أو لم يقم بتنفيذ ما أمرت به المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من انتهاء مدة الوقف ، حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن [٧] ، أما إذا وقع هذا الإهمال من قِبَل المدعى عليه فلا تقضي المحكمة بالوقف الجزائي بل تحكم عليه بغرامة لا تقل عن أربعون جنيهاً ولا تجاوز ربعمائة جنيه [٨] .

([1]) Nicolas Rousseau, Historique de l'ordre public, op. cit., p. 1.

(٢) انظر د. علي عبد الحميد تركي – الحق فى التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف في مجال الدعاوى المدنية والتجارية والأحوال الشخصية – ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية – ص ٢٠ .

(٣) انظر د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٨ .

(٤) انظر د. إبراهيم الشريعي – الصفة فى الدفاع أمام القضاء المدني – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – ٢٠٠٨ ، ص ٢٢٨ .

(٥) انظر د. محمود محمد هاشم – اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون القضاء المدني – ص ٢٩ .

(٦) وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ٣٧٧ من قانون المرافعات على أنه " فيما عدا الحالات التي نص عليها القانون تقف الخصومة للحكم بوقف الفصل فى الدعوى أو لشطب الدعوى من الجدول "

" En dehors des cas où la loi le prévoit, l'instance est suspendue par la décision qui sursoit à statuer, radie l'affaire ou ordonne son retrait du rôle "

كما نص المشرع فى المادة ٣٨١ منه على أن " الشطب يعد جزاء لعدم تعجيل الخصومة ويؤدي إلى سحب الدعوى من عداد الدعاوى المتداولة أمام المحكمة ، ويتم إخطار الخصوم بقرار الشطب بخطاب مسجل بعلم الوصول "

" Elle est notifiée par lettre simple aux parties ainsi qu'à leurs représentants. Cette notification précise le défaut de diligence sanctionné "

(٧) حيث نصت على أنه يجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعي بالغرامة ، أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تجاوز شهراً بعد سماع أقوال المدعى عليه .

(٨) حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون المرافعات على أن " تحكم المحكمة على مَن يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن

٤- كما أجاز المشرع للمحكمة فى المادة ٨٢ من قانون المرافعات إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه أمام المحكمة أن تحكم فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها ، فإذا انقضى ستون يوماً بعد الشطب ولم يطلب أحد الخصوم السير فى الدعوى أو لم يحضر الخصوم بعد السير فيها اعتُبرت الدعوى كأن لم تكن [١] ، كما أتاح المشرع للمحكمة أن تحكم على الخصم طالب الرد عند رفض الطلب أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ولا تزيد على ربعمائة جنيه وأن تقضي أيضا بمصادرة الكفالة ، وفي حالة استناد طلب الرد على ادعاء اللخصم بوجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم ، فيمكن للمحكمة رفع قيمة الغرامة إلى ستة آلاف جنيه ، وقد استهدف المشرع من هذه الغرامة درء مفسدة ظاهرة من خلال ردع الخصم الذي يطلب رد القاضي بمزاعم وادعاءات غير صحيحة [٢] .

ب) دور الخصوم في درء المفسدة

١- أجاز المشرع للخصوم فى المادة ١٤٨ من قانون المرافعات طلب رد القاضي في حلالت معينة [٣] ، كما أجاز للقاضي من تلقاء نفسه أن يُخطر المحكمة بسبب الرد القائم به وذلك للإذن له بالتنحي [٤] ، كما مكن المشرع القاضي من التنحي عن نظر الدعوى لأي سبب آخر لم يرد ضمن حالات الرد ، من خلال عرض سبب تَنحّيه على المحكمة في غرفة المشورة أو على رئيس المحكمة للنظر فيه [٥] ، وبذلك فقد مكّن المشرع القاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى إذا استشعر الحرج لأي سبب ؛ باعتبار أن الحرج قد يؤثر سلباً على حياد القاضي عند الفصل فى المنازعة المعروضة عليه [٦] .

القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات فى الميعاد الذي حددته له بغرامة لا تقل عن أربعون جنيهاً ، ويكون ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية " .

(١) وقد نصت المادة ٤٧٠ من قانون المرافعات الفرنسي على ذلك حيث تضمنت أنه إذا تخلف كل من المدعي والمدعى عليه عن القيام بالإجراءات فى المواعيد المحددة فإنه يكون للقاضي شطب الدعوى من تلقاء نفسه بقرار غير قابل للطعن وذلك بعد إخطار الخصوم أو وكلائهم .

(٢) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٧٠ .

(٣) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٩ .

(٤) انظر نص المادة ١٤٩ من قانون المرافعات المصري .

(٥) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٤ ، ٨٥ – حيث أشار إلى أن المشرع قد علّق تنحي القاضي من تلقاء نفسها على إذن المحكمة منعقدة في غرفة المشورة أو من رئيس المحكمة ؛ وذلك حتى لا يكون تنحي القاضي بإرادته نكولاً عن أداء واجب العدالة .

(٦) وقد نصت المادة ١٥٠ من قانون المرافعات على أنه " يجوز للقاضي في غير حالات الرد المذكورة ، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب ، أن يعرض أمر تنحيته على المحكمة في غرفة المشورة ، أو على رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي " .

(ISSN: 2356 - 9492)

٢- وقد حظر المشرع على القضاة وعلى العاملين بالمحاكم من الكتبة والحضرين ومعاوني التنفيذ أن يكونوا وكلاء عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة [١] ، كما حظر عليهم التقدم للمزايدة لأنفسهم عند نظر إجراءات التنفيذ [٢] .

٣- وقد بين المشرع فى المادة ١٤٦ من قانون المرافعات حالات عدم صلاحية القاضي [٣] ، إذا توافرت حالة من هذه الحالات أصبح القاضي غير صالح لنظر الدعوى وممنوعاً من سماعها حتى وإن سكت الخصوم عن ذلك [٤] ، وتوجد حالات أخرى لعدم الصلاحية بخلاف ما نص عليه المشرع فى المادة ١٤٦ من قانون المرافعات ، وقد أشار إليها المشرع فى المواد ١٦٥ ، ٤٩٨ من قانون المرافعات ، والمادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية [٥] .

٤- كما حدد المشرع حالات مخاصمة القاضي فى المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات ، والتي تتمثل في حالة وقوع غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم من قبل القاضي ، وحالة امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى المقدمة إليه وخاصة إذا كانت صالحة للحكم فيها [٦] ، وهناك أيضا حالات أخرى يقرر فيها المشرع بمسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويض ، كما هو الحال عند عدم إيداع مسودة الحكم ملف الدعوى عند النطق بالحكم طبقاً لما نص عليه المشرع فى المادة ١٧٥ من قانون المرافعات .

---

(١) حيث نصت المادة ٨١ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز لأحد القضاة ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من العاملين بالمحاكم ، أن يكون وكيلاً عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة ، سواء أكان بالمشافهة ، أم الكتابة ، أم بالإفتاء ، ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها ، وإلا كان العمل باطلاً ، ولكن يجوز لهم ذلك عمن يمثلونهم قانوناً ، وعن زوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية " .

(٢) وقد نصت المادة ٣١١ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز للمدين وللقضاة الذين نظروا بأي وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها ، ولا للمحامين الوكلاء عمن يباشر الإجراءات أو المدين أن يتقدموا للمذايدة بأنفسهم أو بتسخير غيرهم ، وإلا كان البيع باطلاً " .

(٣) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٠ .

(٤) راجع نص المادة ١٤٦ من قانون المرافعات .

(٥) فقد نصت المادة ١٦٥ من قانون المرافعات على أنه " إذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغ لجهة الاختصاص زالت عنه صلاحيته بالحكم فى الدعوى ويتعين عليه أن يتنحى عن نظرها " ونصت المادة ٤٩٨ منه على أن " يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى من تاريخ الحكم بقبول المخاصمة " كما أشارت المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية على أنه إذا كان بين القضاة الذين يجلسون فى الدائرة التي تنظر الدعوى أو بين أحدهم وممثل النيابة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية ، على أنه لا يعتد بتوكيل المحامي الذي تربطه بالقاضي الصلة المذكورة إذا كانت الوكالة لاحقة لقيام القاضي بنظر الدعوى ، حتى لا يتعمد أحد الخصوم تنحية القاضي عن نظر الدعوى بتوكيل محام له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة .

(6) ويلزم لقبول طلب المخاصمة استناداً إلى حالة إنكار العدالة أن يقوم طالب المخاصمة بإعذار القاضي المخاصم مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام فى الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام فى الدعاوى الأخرى ، ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعذار ، والغرض من تلك الإعذارات المقدمة هو إعطاء القاضي فرصة للعدول عن امتناعه تجنباً لرفع دعوى المخاصمة عليه ، ويحق للمحكمة أن تقضي بعدم قبول دعوى المخاصمة إذا لم يلتزم المدعي بذلك طبقاً لنص المادة ٤٩٤ ، باعتبار أن إعذار القاضي المراد اختصامه يمكّنه من العدول من تلقاء نفسه عن نظر الدعوى بدلاً من الخوض في إجراءات دعوى المخاصمة ، وهذا ما يحفظ للمحكمة هيبتها ، ومن ثَم فهو إجراء يتعلق بفكرة النظام العام ، راجع د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٧٥٧ ، راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles ". op . cit . p. 6.

وبمقتضى هذه النصوص درء المشرع المفسدة التي من المحتمل أن تظهر ، من أجل حماية الخصوم من القاضي من جانب ، وحماية القاضي من نفسه من جانب آخر ، حتى تتحقق مقتضيات مبدأ الحياد التي يتعين توافرها فى القاضي ، ومن ثَم يتعين عليه أن يتنحى عن نظر الدعوى من تلقاء نفسه [١] ، فإذا فصل القاضي فى الدعوى رغم توافر حالة من حالات عدم الصلاحية وقع عمله باطلاً ولو باتفاق الخصوم درءا للمفسدة التي قد تتحقق من عدم إعمال مقتضيات مبدأ حياد ونزاهة القاضي .

٥- كما يتعين على القاضي عند الفصل فى النزاع المعروض عليه أن يعتمد في تكوين عقيدته واقتناعه على ما قُدم من أدلة وأسانيد في الدعوى ، وإذا استند القاضي على أدلة وأسانيد غير مُقدمة في الدعوى فيتعين عليه تنبيه الخصوم إليها ؛ حتى يتمكنوا من إبداء أوجه الدفاع المتعلقة بها [٢] ، على اعتبار أن القاضي ملتزم بإعمال مبدأ المواجهة بينه وبين الخصوم ، وليس له أن يستند في حكمه على أدلة أو توضيحات إلا إذا استشهد بها الخصوم ونوقشت بينهم [٣] ، ولا يجوز للقاضي أيضا أن يبني حكمه على أسانيد قانونية أثارها هو من تلقاء نفسه إلا إذا قام بتمكين الخصوم مسبقاً من إبداء ملاحظاتهم عليها [٤] ، وتدعيما لذلك نص المشرع الفرنسي على أنه لا يجوز الحكم على خصم ما دون أن يكون قد سُمع أو دُعي ، وهذا ما جاء فى المادة ١٤ من قانون المرافعات ، كما يتعين على المحكمة أن تمكن كل خصم من الاطلاع على أدلة ومستندات خصمه ، وأن تمكنه من الرد على ما قُدم من أدلة ومستندات [٥] .

---

(١) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٧ .

(٢) انظر د. أسامه أحمد شوقي المليجي – القواعد الإجرائية فى الإثبات المدني وفقاً لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه – الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨ – دار النهضة العربية – ص ١٨، د. سحر عبد الستار إمام ، دور القاضي فى الإثبات – دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ ، د. فكري عبد الحميد أبو صيام ، الأسباب الجديدة فى النقض المدني – دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٣.

(3) Gohin, Olivier et Florian,poulet. contentieux administrative. litec 1996. p.19.

(٤) وقد نصت المادة ١٦ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه يجب على القاضي في كل الحالات أن يراقب إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم من تلقاء نفسه وألا يستند على وسائل ومستندات قدمها الخصوم إلا بعد أن يمَكّنهم من مناقشتها فيما بينهم ، وليس له أن يستند على أسس قانونية آثارها من تلقاء نفسه إلا بعد أن يدعوا الأطراف لإبداء ملاحظاتهم عليها ، راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " op . cit . , p. 16 .

(٥) حيث نصت المادة ١٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي على التزام كل خصم بأن يُطلع خصمه بما يستند إليه من مستندات وذلك بصورة تلقائية .

(ISSN: 2356 - 9492)

المطلب الثاني

أساس درء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

المفسدة في قانون المرافعات هي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل سير العدالة ، وسوء النية ، والتسويف ، وقصد الكيد والغش ، سواء صادرا من قِبل الخصوم أو كان صادرا من قِبل القاضي ، ولكي يتم تحديد أساس درء المفسدة في قانون المرافعات يتعين أولا تحديد أساس هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية في فرع أول ، يليه تحديد أساسها التشريعي والفني في نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية في فرع ثاني ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : أساس قاعده درء المفسدة في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني : الأساس التشريعي والفني لقاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الفرع الأول

أساس قاعدة درء المفسدة في الشريعة الإسلامية

تمهيد

(ISSN: 2356 - 9492)

قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة في الشريعة الإسلامية تجد أساسها فيما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية من أدلة تفيد بإعمال هذه القاعدة ، بالإضافة إلى الأساس الفني هذه القاعدة ، فهناك أساس فني لهذه القاعدة يجد مرجعيته في أن المجتمع في الوقت الحالي كَثُرت فيه الأفعال الطالحة والفاسدة واختلطت بالأفعال الصالحة ، وتكافأت الموازين تجاه الأفعال التي يترتب عليها مصلحة والأفعال التي يترتب عليها مفسدة ، وعليه سوف نوضح الأساس التشريعي الفني لهذه القاعدة ، وذلك على النحو التالي :

أولا : الأساس التشريعي للقاعدة

بينت الدراسة سلفا أن الله سبحانه وتعالى أشار إلى هذه القاعدة في مواطن عديدة في القرآن الكريم ، حيث قال تعالى " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم " فنهى الله تعالى عن سب آلهة المشركين مع أن ذلك فيه مصلحة ، إلا أن ذلك قد يؤدي إلى سب المولى عز وجل ، ففي سب آلهة الكفار والمشركين مصلحة معتبرة تتجسد في تحقير وتهميش دينهم وإهانته ، ولكن لَما أدى ذلك إلى وجود مفسدة تتجسد في تجرؤهم على سب الله عز وجل ، نهانا الله تعالى في علاه عن سب آلهتهم درءاً للمفسدة المترتبة على ذلك .

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما استاذنه أحد الصحابة في القيام بقتل رجل من المنافقين ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعه لكي لا يتحدث الناس أن محمد يقتل أصحابه ، ويعد هذا الحديث من أبرز وأوضح الأدلة عن تفضيل وتقديم درء المفسدة عن جلب المصلحة ، ففي مسألة قتل المنافقين وتخليص الناس من أفعالهم الضارة شرهم مصلحة ظاهرة ومعتبرة ، وهناك أيضا مفسدة واضحة مترتبة من قتلهم ، ولكن هذه المفسدة تفوق حجم وقدر المصلحة ، تتجسد تلك المفسدة في نفور الناس عن دين الله عز وجل وتشويه صورة الدين ، ومن أجل ذلك قدم النبي صلى الله عليه وسلم درء المفسدة على جلب المصلحة الناجمة من قتل المنافقين ، فتم تفضيل ترك قتلهم لدرء المفسدة المترتبة من ذلك .

وما جاء عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إياكم والجلوس في الطرقات ، قالوا : يا رسول الله ، ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : فإذا أبيتم إلا المجلس فاعطوا الطريق حقه ، قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ، قال : غض البصر ، وكف الأذى ، ورد السلام ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وإعمالا لهذا الحديث فإن الجلوس في الطرقات يتضمن مصالح ومفاسد ، وقد أبغضه وكرهه النبي صلى الله عليه وسلم للصحابة ، من أجل دفع المفاسد المترتبة عليه .

ويتضح من ذلك أن هذه الآيات والأحاديث النبوية تُجسد الأساس التشريعي لهذه القاعدة ، والتي من خلالها وجدت المرجعية العامة لإعمال قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وعليه فإن تعارضت مصلحة ما مع درء مفسدة ما فيتعين تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة ، على اعتبار أن درء المفسدة سيترتب عليه مصلحة غير مباشرة مكنونة في عدم اعمال الحكم أو القاعدة التي يترتب من وراءها جلب المصلحة .

ثانيا : الأساس الفني للقاعدة

يتمثل الأساس الفني لقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة في الاحتياج الحيوي إليها في معظم التصرفات والمعاملات التي تتم بين أفراد المجتمع ، وخاصة في تلك الآونة الأخيرة التي كَثُر فيها اختلاط الصالح بالطالح ، أي اختلاط المصالح بالمفاسد وخاصة إذا توازنت وتكافأت المصلحة مع درء المفسدة ، فإذا كان هناك فعلا أو تصرفا ما يتضمن مصلحة معينة ستعود على الشخص ولكن مع هذه المصلحة سوف يترتب أيضا مفسدة ، ففي هذه الحالة سوف يتم تغليب المصلحة على المفسدة إذا كانت المصلحة المترتبة هي الأعم والأشمل من المفسدة ، وعلى العكس من ذلك يتم تغليب درء المفسدة إذا كان درء المفسدة أعم وأشمل من جلب المصلحة ، هذا عندما لا

تتكافئ المصالح مع درء المفاسد ، أما إذا تكافأت المصلحة المترتبة من الفعل مع درء المفسدة الناتجة عنه فإن الشرع أمرنا أن نُغلّب درء المفسدة على جلب المصلحة .

كما أن هذه القاعدة تجد أساسها الفني أيضا في كثرة مستجدات الأحداث في المجتمع ، وذلك لأن حاجات ورغبات المجتمع دائما متغيرة ومتطورة ، فأفراد المجتمع في حِراك دائم ، وحتما سوف يتولد عن هذا الحِراك أفعال وتصرفات جديدة ومتطورة تحتاج إلى معالجة ، وتحتاج إلى قواعد أخرى حاكمة لها تتسم بقدر كافي من المرونة والنسبية حتى يتم ضبط هذه التصرفات والمستجدات من الأحداث والأفعال الصادرة من أفراد المجتمع ، وعليه فقد جاءت هذه القاعدة على هذا النحو من المرونة ، والشاهد أن المشرع لم يحدد بشكل جامد تغليب مصلحة على مصلحة ما ، أو تغليب مصلحة على مفسدة ، أو تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة ، بل جعل تقييم ما إذا كانت المصلحة هي الأولى من درء المفسدة أو أن درء المفسدة هي الأولى من جلب المصلحة إلى مَن له سلطة تقدير ذلك ، بحسب ما يتوافق مع مستجدات المجتمع من أحداث ومواقف وأفعال متولدة عن تعاملات أفراد المجتمع .

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الثاني

أساس درء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد

المقصود بدرء المفسدة في قانون المرافعات هو دفع أي فعل أو إجراء من شأنه أن يُعَطل حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، ويتضمن ذلك كل فعل صادر من الخصوم ومن القاضي يحمل في طياته ما يؤدي إلى تعطيل مرفق القضاء أو يتضمن سوء نية وغش بقصد تضليل العدالة وتعطيل الفصل في المنازعات ، وعليه يمكن تحديد أساس درء المفسدة في قانون المرافعات في تلك القواعد التشريعية التي حث عليها المشرع وجعلها وسيلة للوقوف والتصدي لأي فعل أو إجراء صادر من أحد أشخاص الخصومة ، ويتضمن أي شكل من أشكال الكيد والغش وسوء النية وقصد تعطيل العدالة ، وكل ما من شأنه إدخال الغش على المحكمة .

فهذه النصوص التي تحس القاضي على الفصل في الدعاوى المعروضة أمامه بسرعة وأمانة تُعَد من قبيل الأساس التشريعي لقاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات ، وعليه فإن القواعد التي تَحس القاضي على الوقوف أمام العثرات والمفاسد التي تطرأ على إجراءات الخصومة أثناء سرها أمام المحكمة ، تُعَد من قبيل الأساس القانوني والتشريعي لقاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات .

وبالإضافة إلى هذا الأساس التشريعي فهناك أساس آخر فني لهذه القاعدة يتمثل في ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضي ، والحاجة المُلحة لتطوير دور القاضي الإيجابي في الخصومة المدنية ، وتوفير له قدر كافي من السلطة التقديرية لمواجهة حالات الغش والتحايل الصادر من قِبل الخصوم ، والقدرة على تقييم المصالح المرجوة من القاعدة القانونية حتى يتم تغليب المصلحة الأولى بالرعاية والاعتبار ، فضلا على إعطاء القاضي السلطة الكافية التي تمكنه من الوقوف حجر عسرة ضد كل ما فيه مفسدة في نطاق إجراءات التقاضي المدني ، ومن هذا المنطلق سوف نوضح الأساس التشريعي والأساس الفني لقاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات ، وذلك على النحو التالي :

أولا : الأساس التشريعي لقاعده درء المفسدة في قانون المرافعات

وضحنا سلفا أن المفسدة في قانون المرافعات تتجسد في كل فعل أو تصرف أو إجراء يتخذه الخصم أو القاضي بسوء نية وبقصد الكيد والإضرار بالعدالة وحسن سرها ، كما هو الحال في الغش والتحايل والكيد والتسويف والتزوير وتضليل العدالة ، كل هذه الأفعال والتصرفات تنحصر في مصطلح المفسدة في قانون المرافعات ، وقد وضع المشرع العديد من القواعد التي من خلالها يتم معالجة هذه التصرفات أو الوقاية منها قبل وقوعها حتى يتحقق الهدف المنشود من القاعدة والذي يتمثل في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة .

وعليه فقد نص المشرع على الآتي :

١- حظر المشرع على ذات المحكمة التي فصلت في موضوع النزاع أن تتعرض له مرة أخرى ، على اعتبار أن الحكم بمجرد صدوره يُنهي سلطة المحكمة في نظر النزاع مرة أخرى [١] ، وذلك حرصاً من المشرع على درء

([1]) Rolland, Blandine. Procédure civile. op. cit . , p. 177.

وقد نصت المادة ٤٨١ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه بصدور الحكم يستنفد القاضي ولايته بخصوص المسألة التي فصل فيها ، وجاء نصها على النحو التالي :

المفسدة التي تتمثل في منع تضارب الأحكام وتحقيقاً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية وتدعيماً لثقة التي يتعين تواجدها لدى المتقاضين في الأحكام القضائية [١] ، واستنادا لنفس الغاية فقد أوجب المشرع على المحكمة أن توقف الفصل فى الدعوى المدنية لحين إصدار حكم نهائي فى الدعوى الجنائية [٢] ، واستهدف المشرع من هذا النص توقي المفسدة التي قد تترتب من ذلك والتي تتجسد في صدور أحكام متعارضة [٣] .

٢- أجاز المشرع للخصوم الطعن أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم ، وحاز قوة الأمر المقضي ، وهذا ما يطلق عليه النقض الاستثنائي [٤] ، باعتبار أن الحكم القضائي بمجرد صدوره قد أصبح عنواناً للحقيقة فيما فصل فيه ، فلا يجوز أن يُعاد طرح ما تم الفصل فيه الحكم مرة أخرى أمام القضاء إلا من خلال وسائل الطعن المحددة قانوناً ؛ حتى تتحقق من وراء ذلك مصلحة تتمثل في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، والقول بغير ذلك يولد مفسدة من خلال تمكين الخصوم من طرح النزاع الذي تم الفصل فيه مرة أخرى أمام القضاء ، ويؤدي ذلك إلى تأبيد المنازعات فى المحاكم وعدم استقرر المراكز القانونية [٥].

٢- أشار المشرع إلى أنه لا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم [٦] ، وهو نفسه ما نص عليه المشرع الفرنسي [٧] ، فإذا قام الخصم برفع دعوى بطلان ضد الحكم سوف تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول هذه الدعوى ،

" Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche ".

(١) انظر د. أحمد هندي – قانون المرافعات – الخصومة ، والحكم ، والطعن – ١٩٩٥ – دار الجامعة الجديدة للنشر – بدون طبعة – ص ٥٥٤ ، انظر د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني – النقض الاستثنائي ، ٢٠١٤ – دار النهضة العربية – ص ٥٩ .

(٢) انظر المادة ٢٦٥ من قانون المرافعات ، والأصل فى الدعاوى المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية ، ورغم ذلك ولتحقيق مصلحة عامة أولى بالرعاية فقد أتاح المشرع استثناءً رفعها أمام المحكمة الجنائية ، متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر وقع للمدعي من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية ، راجع في ذلك النقض المدني رقم ٦٩١ لسنة ٧٣ ق ، جلسة ٢٠١٢/١/٢١ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، عدد ٢٢٧ ، ص ١١٩ .

(٣) انظر د. سعيد محمد الأزمازي – وقف الخصومة في قانون المرافعات – دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – ص ٩٥ .

(٤) انظر د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني – النقض الاستثنائي – مرجع سابق – ص ٤٧ .

(٥) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٨٨ ، د. محمد سعيد عبد الرحمن – تقادم الأحكام القضائية فى المواد المدنية والتجارية – الطبعة الثانية – ٢٠١٦ – دار النهضة العربية – ص ١٥٥ ، وقضت محكمة النقض بأن حجية الأمر المقضي تسمو على اعتبارات النظام العام ، فإن كان الحق فى الطعن فى الحكم من النظام العام فإن عدم الطعن فيه وفوات المواعيد يقرر للحكم قوة المر المقضي ، راجع الطعن رقم ٣٠١٨ لسنة ٧١ قضائية ،جلسة ٢٠١٢/٤/٢ ، والطعن رقم ٣٧ لسنة ٧٧ قضائية ، جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٢ ، ، والطعن رقم ٤٦٥٣ لسنة ٦٢ قضائية ، جلسة ٢٠٠٣/٣/٣

http://www.ecs.eg. Vue le 15-3-2019 .

(٦) انظر د. أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها أو النظام الخاص للمراجعة – تصحيح الأحكام وتفسيرها وإكمالها – ١٩٩٣ – ص ٣١ ، د. محمود مصطفى يونس ، نظرات فى الإحالة لعدم الاختصاص – دراسة فقهية وتحليلية مقارنة – ، مرجع سابق – ص ٨٣ .

(٧) حيث نص فى المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات على أنه لا يمكن طلب بطلان الحكم إلا بوسائل الطعن المنصوص عليها فى القانون .

(ISSN: 2356 - 9492)

ورغم ذلك نجد أن إعمال تلك القاعدة يقتصر على حالات البطلان الذي يشوب الحكم ويؤثر في صحته ، ولكن لا يتطرق هذا المنع إذا كان العيب الذي أصاب الحكم قد وصل لدرجة انعدامه ، فإن وصل الحكم لدرجة الانعدام فهنا يمكن رفع دعوى بطلان أصلية ضد هذا الحكم ، كما لو صدر الحكم من محكمة مشكلة تشكيلاً غير صحيح ، أو إذا كان الحكم صادرا في مسألة تخرج عن حدود الولاية العامة لقضاء الدولة [١] ، وهذا ما يشير إلى أن المشرع استهدف من تلك النصوص درء مفسدة ، تتمثل في تأبيد المنازعات في المحاكم وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية .

٣- أجاز المشرع المصري للقاضي إدخال مَن يرى أن إدخاله قد يساهم في تحقيق العدالة أو إظهار الحقيقة ، وقد نص المشرع الفرنسي لأقصى من ذلك عندما مكّن القاضي في أية لحظة أثناء الجلسة أو في غرفة المداولة وفي أية حالة تكون عليها الإجراءات أن يسمع كل شخص يبدو أن سماعه يفيد في إظهار الحقيقة [٢] ، ومعى هذا أن المشرع أجاز للمحكمة أن تستعين بأي شخص للحصول على معلومات ترى أنها تفيد بشأن النزاع المعروض عليها ، ويُطلق على هذا الشخص (صديق المحكمة) ، وهو " شخص يدعوه القاضي للمحكمة ليُقدم إيضاحات بصدد مسألة معروضة علي المحكمة ، ولا يقتصر دوره على تقديم المشورة الفنية فقط بل يقدم أيضا المشورة القانونية ، وبذلك يكون المشرع من خلال هذه النصوص قد درء مفسدة تتمثل في عدم الفهم الجيد من القاضي للمسائل الفنية والقانونية التي قد تكون بعيدة عن إدراكه [٣] .

ثانيا : الأساس الفني للقاعدة

أ) ضرورة تطوير قواعد القانون نظراً لتطور حاجات المجتمع

من الحقائق المعلومة لدى الجميع أن حاجات ورغبات المجتمع دائماً وأبداً متغيرة ومتطورة ، تتلاحق مع الأحداث [٤] ، وهذا على عكس ما يتسم به التشريع من ثبات نسبي أراده المشرع للحفاظ على استقرار وثبات

راجع أيضاً :

Huet, véronique. " l'appel-nullité" revue juridique de l'ouest, 1.1 (1988). p. 349.
Cour de cassation chambre commerciale. 22 -3 - 2017
N° de pourvoi : 15 – 16579. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

(١) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٠٠ .

(2) Art .231 de code procedure civil francais " Le juge peut, à l'audience ou en son cabinet, ainsi qu'en tout lieu à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'instruction, entendre sur-le-champ les personnes dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité "

راجع أيضاً :

Labbée, pascal. Introduction au droit processuel. Presses Univ. Septentrion, 1995. p. 71.

(٣) انظر د. سحر عبد الستار إمام – دور القاضي فى الإثبات – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٥٥٨ .

(4) Garat, Patrice. " quelques réflexion sur l'ordre public dans le droit processuer

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

المراكز القانونية ، فالتشريع يتسم بالثبات حتي يُنظم ويحكم علاقات الأشخاص فى المجتمع ، في حين أن العلاقات والمعاملات بين الأفراد في حِراك مستمر ، وحتماً سوف يتولد عن ذلك الحراك المستمر أثار جديدة ومتطورة لم ينظمها ولم يعالجها المشرع من قبل [١] . ومن الضروري تعديل وتطوير القواعد القانونية فى المجتمع من وقت لآخر حتى تتلاءم مع مستجدات الأحداث والتطورات [٢] .

والشاهد في ذلك أن المشرع من خلال قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة قد خول القاضي دورا هاما في الوقوف أمام أي فعل يتضمن أي صورة من صور المفسدة في قانون المرافعات ، وأن يوازن بين المصالح بعضها البعض لتغليب بعضها على البعض الآخر بما يتوافق مع المبادئ التي ينهض عليها العمل بمرفق القضاء [٣] ، ونجد أن المشرع في قانون المرافعات وقَبل التعديل الذي جاء بقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ لم يكن يجعل لمحكمة النقض نصاباً مالياً ، مما أدى إلى كثرة الطعون وتزايدها أمام محمة النقض ، مما ترتب عليه بطء الفصل فيها ، ولكن عندما صدر قانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ ، وضع المشرع نصاباً مالياً لمحكمة النقض للحد من كثرة الطعون المقدمة أمامها بغية تحقيق عدالة ناجزة وسريعة ، وجاء ذلك في نص المادة ٢٤٨ منه والتي نصت على أن " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز خمسمائة ألف جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة " [٤] ، وبهذا التوجه الحديث يكون المشرع قد درء مفسدة ما تتمثل في كثرة الطعون المقامة أمام محكمة النقض وعدم قدرة المحكمة على استيعاب كل هذه الطعون ، وقدم المشرع درء هذه المفسدة على جلب المصلحة العائدة من عدم وضع نصابا ماليا للطعون المقامة أمام محكمة النقض .

كما نص المشرع في قانون المرافعات الوطني القديم على أنها قواعد الاختصاص لا تتعلق بحسن سير الوظيفة القضائية ومن ثَم لا تتعلق بالنظام العام ، ولكنه بعد ذلك نص في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فى المادة ١٣٤ على أن قواعد الاختصاص النوعي تتعلق بالنظام العام وأن وقواعد الاختصاص القيمي لا تتعلق بالنظام العام ، أما قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ نص فيه المشرع على فى المادة ١٠٩ على تعلق قواعد الاختصاص النوعي والقيمي بالتنظيم القضائي وحسن سير الوظيفة القضائية [٥] ، كما أن حجية الأمر المقضي لم تكن تتعلق

---

québécois " .les cahiers de droit 40. 2 (1999). p. 368.

(١) انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن – نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات – دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة – الطبعة الأولى – ٢٠٠٨ – دار الفكر الجامعي – ص ١٣ .

(٢) ويقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في هذا الشأن " أن الثبات والاستقرار فى المعاملات القانونية أمراً لازماً لحسن سير الأعمال ، ولكن القانون لابد أن يتغير فيصير موافقاً للوسط الذي يعيش فيه ، والذي لا يثبت بدوره على حالة واحدة ، فالأمر دقيق لأننا أمام ثبات مرغوب فيه من جهة وتطور لا مناص منه من الجهة الأخرى " ، مشار إليه لدى د. حامد ذكي ، التوفيق بين القانون والواقع – دراسة في فلسفة القانون الخاص ، مرجع سابق ، ص ٧٦٥.

) المرجع السابق ، ص ١٠٧ .[3](

(٤) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – ٢٠١١ – مرجع سابق – ص ٣٥ .

(٥) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٤٢٥ .

(ISSN: 2356 - 9492)

بالنظام العام في الوقت الذي كان القانون المدني يتضمن قواعد قانون المرافعات ، إلى أن نص المشرع على تعلقها بالمصلحة العامة فى المادة ١٠١ من قانون الإثبات والمادة ١٦ من قانون المرافعات الحالي [١] .

والشاهد من ذلك أن المشرع قد استجاب لمستجدات المجتمع والتي اختلفت وتباينت من وقت لآخر حتي يتمكن القاضي من درء المفاسد الغير مباشرة التي قد تتحقق من وراء جلب مصالح مباشرة ، وهنا تظهر أهمية قاعدة درء المفسدة في تطوير قواعد القانون [٢] ، فضلا على أنها تعد أداة يُكَمل بها القاضي عجز التشريع وقصوره في تلبية مستجدات المجتمع المتطورة وخاصة في حال صمت المشرع ، وعليه يمكن القول بأن القضاء قد وجد ضالته في هذه القاعدة التي تمكنه من الوقوف أمام كل فعل يتضمن مفسدة ، فيدرءها القاضي ويدفعها خارج نطاق الخصومة ، ويوازن بين المصالح المباشرة والمصالح غير المباشرة (التي تتجسد في درء المفاسد) ، ويغلب بعضها على الأخرى بما يتلاءم مع حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، فيصنع القاضي من خلال استنادة لقاعدة درء المفسدة حلولاً ومبادئ تعالج عجز التشريع وتسد ثغراته التي ينبعث من ورائها مفسدة ما [٣] .

ب) قاعدة الغش يفسد كل شيء

ليس المقصود بالغش هنا في هذه القاعدة المعنى المحدد والدقيق للغش ، ولكن المقصود هنا هو القياس على هذه القاعدة ، بمعنى أن أي فعل أو تصرف صدر من الخصم يتضمن غش أو تحايل أو تعسف في استعمال الحق أو استهدف الكيد وتعطيل إجراءات التقاضي ، فإنه يُفسد الهدف العام والمقصد الذي قصده المشرع من قانون المرافعات والمتمثل في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، وعليه فإن أي تصرف صدر من الخصم واقترن بالغش والتسويف والكيد وقصد الإضرار بالآخرين فهو مردود على صاحبه ، ويتعين على المحكمة أن تدرءه ؛ لِما يتضمنه ذلك الفعل من مفاسد .

والمفسدة في قانون المرافعات تتعارض مع أهداف المشرع ، ويتعين على القاضي أن يقف حجر عسرة أمام أي تصرف يتضمن مفسدة ؛ حتى يتم صيانة المصلحة العامة المنشودة في قانون المرافعات والتي تتمثل في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة وسرعة انجازها ، والقضاء على الغش والتحايل والتسويف والكيد ، ويدخل في هذا المعنى قاعدة الوقاية خير من العلاج ، ومضمون هذه القاعدة في قانون المرافعات منع الفعل الضار احترازا قبل وقوعة ، فلا يتم ترك الفعل الضار حتى يتحقق ثم بعد ذلك يتم إزالة الأثار المترتبة عليه ، فالأولى أن يتم تدارك الفعل الضار قبل وقوعه بدلا من معالجة آثاره ، وهو ما يتوافق مع مضمون قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة .

---

(١) انظر د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٣٥٣ ، ٣٥٤ – حيث أشار إلى أن الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص لم تكن جائزة بين الجهات القضائية ، بل تجوز فقط بين المحاكم داخل الجهة الواحد ، ولكن في القانون الحالي قد أجاز المشرع الحكم بالإحالة من جهة إلى أخرى بعد القضاء بعدم الاختصاص .

(٢) انظر د. عيد أحمد الغفلول – فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ، ص ١٧ .

(٣) انظر د. فيصل نسيغة – د. رياض دنش ، النظام العام – مجلة المنتدى القانوني – تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد خيضر بسكرة – العدد الخامس – ص ١٧١ .

المطلب الثاني

تمييز قاعدة درء المفسدة

عما يتشابه معها من مصطلحات

تمهيد وتقسيم

توصلنا فيما سلف إلى أن قاعده درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة تعد من القواعد الأصوليه في الشريعة الإسلامية ، وهي تعني أنه إذا تواجدت مصلحة ناتجة من تصرف أو إجراء ما ، ولكن يترتب على نفس التصرف أو الإجراء مفسدة ما ، فهنا إن كانت المصلحة تتكافئ مع المفسدة وتتوازن معها فيتعين تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة ، أما إذا كانت المصلحة أقوى من درء المفسدة فيتم جلب المصلحة ، ودرء المفسدة في القانون الإجرائي يعني وقوف القاضي ضد أي فعل أو إجراء يترتب عليه مفسدة أو ما تتضمنه هذه الكلمة من معاني ، فهنا يتعين على القاضي أن يدفع ويدرء أي فعل يترتب عليه مفسدة في قانون المرافعات ، والمفسدة المقصودة هنا تأخذ صور متعددة ومنها سوء النية والغش والتحايل والتسويف وقصد الإضرار بالآخرين وقصد تعطيل سير العدالة ، فإذا وقع من الخصم إجراء ما يتضمن هذا الإجراء مصلحة معينة أو فائدة معينة تعود عليه بالنفع وتتضمن أيضا هذه القاعدة في نفس الوقت مفسدة سوف تعود من هذا الفعل أيا كان شكل هذه المفسدة ، فهنا يتعين على القاضي أن يدرء المفسدة ويقدمها على جلب المصلحة ، طالما تعادلت وتكافأت المصلحة مع درء المفسدة .

(ISSN: 2356 - 9492)

وفي نطاق الشريعة الإسلامية نجد أن هذه القاعدة تختلط بقاعدتين أو تتشابه معهما في المعنى والمضمون ، وهما : ١- قاعدة " إذا تعارض المانع والمقتضى يُقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم " ٢- قاعدة " إذا اجتمع الحلال والحرام ، والمبيح والحرام ، غُلب الحرام " ، أما في نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية نجد أن هذه القاعدة تتشابه في مضمونها مع بعض المصطلحات ، مثل مصطلح الغش يبطل التصرفات ، ومصطلح النظام العام ، ومصطلح حجية الأمر المقضي ، وتوقي الضرر قبل وقوعة ، والتعسف في استعمال الحق ، وسوف نُميّز ما بين تلك القاعدة وهي درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة عما يتشابه معها من مصطلحات وذلك في نطاق الشريعة الإسلامية وقانون الإجراءات المدنية ،وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : تمييز القاعدة عما يتشابه بها من مصطلحات في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني : تمييز القاعدة عما يتشابه بها من مصطلحات في قانون الإجراءات المدنية

الفرع الأول

تمييز القاعدة عما يتشابه بها

من مصطلحات في الشريعة الإسلامية

تمهيد

هناك العديد من المصطلحات والقواعد التي تتشابه مع قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، ويمكن حصر هذه القواعد في قاعدتين ، سوف نوضح أحكام كل قاعدة منهم على النحو التالي :

القاعدة الأولى : " إذا تعارض المانع والمقتضى يُقدم المانع

إلا إذا كان المقتضى أعظم "

والمقصود بالمانع هنا في هذه القاعدة هو المفسدة التي منعتها أحكام الشريعة ، وكما عرفنا المفسدة سلفا فهي نقيض المصلحة ، فكل ما يترتب عليه ضرر وتم منعه من قبل المشرع فهو مفسدة ، أما المقتضى فهو الأمر الطالب للفعل لتضمنه مصلحة ، فوجود المانع في هذه الحالة يمنع الفعل الذي يتضمن مصلحة ، إلا إذا كانت المصلحة أعم

وأعظم من المانع ، والشاهد في ذلك أنه إذا أراد إنسان فتح نافذة في بيته للتهوية ولكن ليس هناك مجال لفتحها إلا في الناحية التي تطل على عورة جاره ، فهنا في هذه الحالة قد اجتمع مقتضى ما - هو فتح النافذة – مع المانع وهو النظر إلى عورة الجار ، ففي تلك الحالة يتم تغليب المانع على المقتضى ، فلا يتم فتح تلك النافذة ، على اعتبار أن المانع أولى في الاعتبار من المقتضى في هذه الحالة [١].

وعليه يمكن القول بأن هذه القاعدة تتشابه مع قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " في أنها تقوم بتمييز مصلحة غير مباشرة تتمثل في إعمال مقتضى المانع وتغليب علة المقتضى ، أي أن " قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " يتم من خلالها تمييز مصلحة على مصلحة أخرى ، تتمثل المصلحة الأولى في درء المفسدة الناتجة من التصرف أو الفعل أو الإجراء ، أما المصلحة الثانية فهي المنفعة المترتبة من هذا الفعل ، فإن تكافأت المصلحة المترتبة من الفعل مع درء المفسدة الناتجة ، فيتم تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة ، وبذلك يمكن القول بأن قاعدة " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم " ، تتضمن لمانع يتجسد في شكل مفسدة ممنوعة ناتجة من عدم القيام بالفعل أو العمل ، وتتضمن مقتضى يتجسد في المنفعة المترتبة من القيام بالفعل أو الإجراء ، وطبقا لهذه القاعدة يتم تغليب المانع هو منع الفعل أو الإجراء على المقتضى وهو المنفعة المترتبة من القيام بالفعل أو الإجراء [٢].

القاعدة الثانية : " إذا اجتمع الحلال والحرام ، والمبيح والحرام ، غُلب الحرام "

الحلال طبقا لهذه القاعدة هو ما أحله الله تعالى ، والحرام هو ما حرمه الله تعالى ، فإذا اجتمع الحلال والحرام في شيء واحد يرجح جانب التحريم ؛ لأنه محظور ولأن الحرام ممنوع في جميع أحواله ، فضلا على أنه يمكن تحصيل الحلال من مصادر أخرى ، فهذه القاعده تعتبر من المرجحات التي يتم اللجوء إليها عند تعارض دليلين أحدهما يفيد الإباحة والآخر يفيد التحريم ، فيتم تقديم الدليل الذي يفيد التحريم على الدليل الذي يفيد الإباحة ، فإذا اجتمع الحلال والحرام في شيء واحد فيرجح جانب التحريم لأنه محظور [٣] .

وعليه يمكن القول بأن هذه القاعدة تتشابه مع قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " في أن هناك من المصالح إثنين الأولى هي مصلحة مباشرة - أي منفعة سوف تعود من التصرف أو الفعل - والثانية فهي مصلحة غير مباشرة تتجسد في درء مفسدة - أي أنها مصلحة مترتبة عن درء مفسدة - ، أما أوجه الاختلاف بين هذه القاعدة وقاعدة درء المفسدة فيتمثل في أن قاعدة تغليب الحرام على الحلال تنصب على الأدلة الشرعية بنسبة كبيرة ، بمعنى أنه إذا كان هناك تصرف أو فعل معين يجتمع فيه الحلال والحرام ، فإنه يتم تغليب الدليل أو الرأي الذي يحرم هذا الفعل ، لأن الحرام ممنوع في جميع صوره ، أما الحلال فيمكن الحصول عليه من أي مصدر آخر .

---

(١) انظر د. محمد أمين سهيلي – قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح – دراسة تحليلية – ٢٠١٠ م – ص٢٠٢ .

(٢) انظر د. عبدالله يحي كمالى – مقاصد الشريعة الاسلامية في ضوء فقه الموازنات – ٢٠٠٠ م – ص ٩٥ .

(٣) انظر د. البدري السيد مصطفى أحمد – القواعد الفقهية ودورها في اقامة مقاصد الشريعة الاسلامية – ٢٠٢٠ م – ص ٢٨٣ .

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الثاني

تمييز القاعدة عما يتشابه بها

من مصطلحات في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

درء المفسدة في قانون المرافعات تعني الوقوف أمام أي فعل يتضمن اعتداء على المصلحة العامة أو الخاصة المنشودة في قانون المرافعات ، بمعنى أنه يتعين على القاضي الوقوف ضد أي فعل أو تصرف أو إجراء صادر من أحد الخصوم يتضمن مفسدة ، والمفسدة على خلاف المنفعة أو المصلحة ، وعليه فإن كل فعل يُقصد منه الإضرار بالآخرين والإضرار بحسن سير العدالة وسرعة إنجازها فهو مفسدة ، وأن درء المفسدة كما جاء في القاعدة الأصولية في الشريعة الإسلامية مُقدم ومُرَجّح على جلب المصلحة .

وبالتمعن في مفهوم هذه القاعدة في نطاق قانون المرافعات نجد أن هناك مصطلحات وقواعد تتشابه معها في المضمون والهدف أو الغاية المنشودة ، كما هو الحال في فكرة النظام العام ، وفكرة المصلحة الأولى بالرعاية ، ومصطلح التعسف في استعمال الحق ، وقاعدة حجية الأمر المقضي ، ومصطلح الوقاية خير من العلاج ، كل هذه مصطلحات يتعين التمييز بينها وبين قاعدة درء المفسدة مُقدم على جلب المصلحة في قانون المرافعات ، وعليه فإن هذه الجزئية من البحث سوف تتناول التمييز بين القاعدة محل الدراسة وبين المصطلحات التالية :

أولا : فكرة النظام العام

ثانيا : مصطلح الوقاية خير من العلاج

ثالثا : قاعدة الغش يُبطل كل التصرفات

رابعا : السلطة التقديرية للقاضي

وسوف نوضح مضمون هذه المصطلحات وأوجه الشبه والاختلاف بينها وبين قاعدة " درء المفسدة مُقدم على جلب المصلحة " في نطاق قانون المرافعات ، وذلك على النحو التالي :

أولا : فكرة النظام العام

النظام العام في قانون المرافعات هو مجموعة القواعد والمبادئ التي يرتكز عليها حسن سير العمل بمرفق القضاء وحسن آداء العدالة والتي تستهدف تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات وعدم التعسف في استعمال الحق وعدم تناقض الأحكام والوقوف أمام الكيد والتسويف وسوء النية الصادر من قِبل الخصوم أمام المحكم [١].

وتتبلور فكرة النظام في قانون المرافعات على أساس أن هناك مجموعة من قواعد قانون المرافعات تستهدف تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، وهناك أيضا مجموعة أخرى من القواعد في قانون المرافعات استهدف منها المشرع تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، والتي من خلالها ترك المشرع مجالا رحبا لإرادة الخصوم كي توازن بين مصالحهم في التمسك بإعمال تلك القاعدة التي تتعلق بالمصلحة الخاصة أو النزول عنها [٢] .

([1]) Jeauneau, Adeline. L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systematization. Diss. Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2015. p. 2.

وقد قضت محكمة النقض بأنة لا يمكن مخالفة قواعد وأحكام النظام العام ، فهي قواعد ملزمة للجميع فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويتعين على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها .

([٢]) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – طبعة ٢٠٠٧ – دار المطبوعات الجامعية – ص ١٩ ، د. أبو جعفر عمر المنصوري – فكرة النظام العام والآداب العامة فى القانون والفقه مع التطبيقات القضائية – طبعة ٢٠١٠

(ISSN: 2356 - 9492)

وقد أولى المشرع رعايته للمصلحة العامة وغلّبها على المصلحة الخاصة للخصوم ، فإن تعارضت تلك المصالح فيتعين تغليب المصلحة العامة وإعمال القاعدة التي تتعلق بالمصلحة العامة ، ولم يُجِز المشرع لإرادة الأفراد مخالفتها بل أوجب على المحكمة القضاء بها من تلقاء نفسها ؛ حتى وإن لم يتمسك بها الخصوم ، كما أجاز المشرع للخصوم أيضا التمسك بإعمال القاعدة المتعلقة بالنظام العام في أي حالة تكون عليها الدعوى ، وعليه يمكن القول بأن هناك قواعد في قانون المرافعات تستهدف تحقيق المصلحة العامة وقواعد أخرى تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، وقد أولى المشرع رعايته للقواعد التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، لأن تحقيق المصلحة العامة فيه نفع عام للكافة ، ومن خلال هذا النفع العام تتحقق أيضا المصلحة الخاصة للخصوم [١] .

وعليه يمكن التمييز بين قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " وبين فكرة النظام العام في قانون المرافعات ، على اعتبار أن كلا المصطلحين يسعى للتمييز بين مصلحتين أحدهما أولى بالرعاية من الأخرى ، لكن فكرة النظام العام تُميز وتفضل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، أي أنه ليس هناك تعادل وتوازن ما بين المصلحتين ، ومن ثَم ولم يكن هناك حيرة في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

أما قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " فإنها لا تُميز بين مصلحتين مختلفتين بل تمييز بين مصلحتين متساويتين أو متعادلتين في القيمة والأهمية ، أي أن كلا المصلحتين متوازيتين ومتكافئتين ، بمعنى أن المصلحة هنا وهي المنفعة المنشودة من القاعدة أو الإجراء أما درء المفسدة فإنه يمثل مصلحة تترتب من درء المفسدة ودفعها ، وهنا يمكن القول بأن هناك مصلحتين متكافئتين تتمثل إحداهما في المصلحة المباشرة المترتبة من الفعل أو الإجراء وتتمثل الأخرى في درء المفسدة المترتبة من اتخاذ الإجراء ، والقاضي هنا يتعين عليه تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة [٢].

ثانيا : قاعدة " الوقاية خير من العلاج "

قاعدة الوقاية خير من العلاج تجد معناها ومقصدها العام في أن الوقاية الصحية خير من أن يصاب الشخص بالمرض ثم يسعى للعلاج ، فبدلا من ذلك والأولى أن يقي الإنسان نفسه من الأمراض قبل أن يصاب بالمرض ، وعليه فقد أباح المشرع الفطر في رمضان للمسافر والمريض حتى لا يزداد المرض على المريض وحتى لا يُصاب المسافر بالمرض ، وتصلح هذه القاعدة في كل مجالات العلوم الإنسانية ، فبالإضافة إلى علوم الطب والصحة فإن طبقنا هذه القاعدة في نطاق قانون المرافعات الذي ينظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية نجد أن قاعدة الوقاية خير من العلاج لها مجال واسع في نطاق هذا القانون الإجرائي ، فأي فعل أو إجراء سوف يترتب عليه تَعَرُض الخصومة المدنية وإجراءات سرها للمرض - والمرض المقصود هنا هو إي فعل أو إجراء يؤثر سابا على حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة كالغش والتحايل والتسويف وقصد الإضرار بالآخرين وإدخال الغش على المحكمة والتعسف في استعمال الحق ، فكل هذه التصرفات التي تتضمن إحدى هذه الصور يمكن وصفها بالمرض - فيكون تَصَرُف مريض يحتاج إلى علاج ، والعلاج المقصود هنا هو وقوف القاضي أمام تلك التصرفات المريضة

– دار الجامعة الجديدة – ص ٢٠٩ .

.

(١) انظر د. محمد عبد الحافظ هريدي – أعمال السيادة فى القانون المصري والمقارن – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – طبعة ١٩٥٢ – مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر – ص ٨ .

(٢) انظر د. عبدالغفور محمد البياتي – القواعد والضوابط الفقهية في أصول التقاضي – ٢٠١٨ م – ص ١٢٤ .

من خلال فرض غرامات على كل مَن قصد الإضرار بالآخرين وكل من قام بالتسويف وتعطيل إجراءات التقاضي وكل من يحاول ممارسة صور الغش أو إدخاله على المحكمة [١].

كذلك فهناك العديد من الجزاءات التي فرضها المشرع وأجاز للقاضي أن يوقعها على كل من يسيء استعمال حقه في التقاضي مثل بطلان الإجراء ، وانعدامة ، وسقوط الحق ، ووقف الخصومة وغيرها من الجزاءات التي نص عليها المشرع ، وذلك لعلاج هذا المرض المتمثل في سوء اتخاذ إجراءات التقاضي ، ومن هنا نجد أن علاج هذه الأمراض التي أصابت إجراءات التقاضي يعد واجب على القاضي ، ولكن الأولى بالرعاية من العلاج هو أن يتم توقي إجراءات التقاضي من هذه الأمراض وذلك بمنعها من قَبل أن تقع ، فيتعين على المشرع أن يضع التدابير الوقائية التي تقف أمام أي تصرف فيه صورة من صور الغش والتحايل والتسويف وسوء النية والتعسف في استعمال الحق ، فهذا أولى من العلاج حتى نحافظ على حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة [٢].

وعليه فقد تتشابهت تلك القاعدة مع قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " في أن هذه الأخيرة تُميز بين مصلحتين ، المصلحة الأولى مصلحة مباشرة ناتجة من إجراء ما ، والثانية مصلحة غير مباشرة مترتبة على درء ودفع المفسدة الناتجة من نفس الفعل ، لأنها نفترض وجود فعل ما أو إجراء يتضمن مصلحة ما وفي نفس الوقت يتضمن مفسدة ، وهنا يتعين على القاضي أن يُغلب درء المفسدة على جلب المصلحة لِما فيه من توقي وقوع الضرر ، وهذا يتشابه مع قاعدة الوقاية خير من العلاج .

أما الاختلاف ما بين هذه القاعدة وقاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " يتمثل في أن قاعدة الوقاية خير من العلاج لا يتوافر للقاضي - إذا طبقنا هذه القاعدة في قانون المرافعات - مجال للمقارنة بين مصلحتين كما هو الحال في قاعده درء المفسدة ، فالقاضي عند تطبيق قاعدة الوقاية خير من العلاج يحاول بقدر الإمكان أن يتوقع وقوع الفعل المريض – أي ذلك الفعل الذي يصيب الخصومة بمرض – ثم يسعى لتوقيه قبل وقوعه ، فلا مجال للقاضي في التفضيل ما بين المصالح ، أما عندما يقوم القاضي بتطبيق قاعدة درء المفسدة فإنه يكون في حيرة من أمره لأنه معروض عليه مصلحتين ، المصلحة الأولى مصلحة مباشرة ، والمصلحة الثانية غير مباشرة تتجسد في درء المفسدة ، وهنا طبقا لهذه القاعدة فإن القاضي يسعى لدرء المفسدة ويقدمه على جلب المصلحة .

ثالثا : قاعدة الغش يبطل كل التصرفات

إذا أُدخل الغش في أي تصرف أو فعل أو إجراء فإنه يفسده ويبطله ويقع هذا التصرف باطلا ، وما بُني عليه يقع باطلا أيضا ، هذا هو مضمون هذه القاعدة ، والمقصود بالغش هو استعمال طرق احتيالية بهدف إيقاع الطرف الآخر أو إيقاع الشخص الآخر في الغلط أو قد يتم ذلك بهدف الحصول على منفعة بغير وجه حق [٣].

---

(١) انظر د. رجاء مراد – اساليب الوقاية في تشريعات الأحداث العربية – ٢٠١٢ م – ص ٦٧ . .

(٢) انظر د. عباس قاسم مهدي – الاجتهاد القضائي – ٢٠١٥ م – ص ١٣٦ .

(٣) انظر د. جمال أحمد هيكل – الاتفاق الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية – ٢٠١٤ م – ص ٩١ .د. محمد سليمان الأحمد – نظرية الغش في العقد – ٢٠١١ م – ص ٤٣ .

(ISSN: 2356 - 9492)

والغش في قانون المرافعات هو استعمال الخصم أو القاضي طرق احتيالية بهدف تحقيق مصلحة شخصية أو إيقاع الشخص الأخر في الغلط ، فعلى سبيل المثال عندما يقوم القاضي باصطناع دليل مزور أو إخفاء دليل ما من ملف الدعوى حتى يحكم لصالح خصم أخر ليس له الحق ، فهذا يعد من قبيل الغش ، كذلك عندما يقدم الخصم دليل مزور لتضليل العداله فهذا يعد من قبيل الغش ، وأكدت محكمة النقض في حكمها الصادر فى الطعن رقم ٥٥٢٩ لسنه ٨٠ قضائية - الصادر بجلسة ٢٠٢١/١٠/١٩ م ، أن قاعده الغش يبطل التصرفات قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجري بها نص خاص في القانون ، ويشترط في الغش والتدليس المبطل للتصرفات استعمال حيلة غير مشروعة قانونا في خداع المتعاقد ، ويكون من شأن هذه الحيلة التغرير بالشخص وجعله غير قادر على الحكم على الأمور حكما صحيحا [١].

وعليه فإن قاعدة الغش يبطل كل التصرفات تتشابه مع قاعده درء المفسدة في أن القاضي يتعين عليه أن يقف ضد هذا الغش الصادر من قبل الخصوم ، كما يجب عليه أيضا أن يقف أمام المفسدة ويدرءها ويغلب درء المفسدة على جلب المصلحة ، ويعتبر الغش المبطل للتصرفات والإجراءات أحد صور المفسدة المقصودة في هذه القاعدة ، وعليه يمكن القول بأن قاعدة درء المفسدة أعم وأشمل من قاعدة الغش يبطل التصرفات .

كما تختلف قاعدة الغش يبطل كل التصرفات عن قاعدة درء المفسدة في أن الأثر المترتب على قاعدة الغش يبطل كل التصرفات يتمثل في أنه إذا صدر غش من أحد الخصوم فيترتب عليه بطلان التصرف أو الإجراء الذي تم اتخاذه وكان مشوبا بالغش والتدليس ، أما الأثر المترتب على قاعده درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة يتمثل في أن التصرف أو الإجراء نفسه يتضمن مصلحتين المصلحة الأولى مباشرة وهي الفائدة العملية التي تعود من الإجراء ، أما المصلحة الثانية غير مباشرة وتتمثل في درء المفسدة المترتبة من الفعل أو الإجراء ، وعليه فإن القاضي في هذه الحالة يقوم بالترجيح بين مصلحتين متوازيتين ومتكافئتين الأولى مصلحة مباشرة والثانية مصلحة غير مباشرة عائدة من درء المفسدة والمفسدة هنا قد تتجسد في شكل غش إجرائي صادر من قبل أحد الخصوم [٢] .

رابعا : التعسف في استعمال الحق

المقصود بالتعسف هنا هو التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، كما هو الحال عند التعسف في استعمال حق التقاضي والتعسف في استعمال حق خوله المشرع لخصم ما ، كما هو الحال عندما يخول المشرع خصم حق التمسك بالدفوع الموضوعية التي أجاز المشرع التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى ، فهذا يعد حق إجرائي خوله المشرع للخصوم ، هنا قد يتعمد الخصم تأخير التمسك بالدفع الموضوعي لمرحله تكون فيها المحكمة على وشك الإنتهاء من نظر الدعوى ، ثم يقوم بالتمسك بهذا الدفع فيترتب عليه زوال الخصومة وما اتخذ فيها من إجراءات ، ويترتب على ذلك إهدار الجهد والوقت والنفقات التي بذلت في نظر هذه الدعوى ، وعليه يمكن القول بأن قاعدة التعسف في استعمال الحق الإجرائي تعني الإساءة والانحراف عن المسار الطبيعي والغاية المشروعة التي ابتغاها المشرع والتي تتجسد في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة [٣].

---

(١) انظر د. محمد عمر أبو هلال – الجهالة وأثرها في الدعوى – ٢٠١٣ م – ص ٧٠ .

(٢) انظر د. محمد أمين سهيلى – قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح – دراسة مقارنة – ٢٠١٠ م – ص ٩٦ .

(٣) انظر د. شوقي السيد – التعسف في استعمال الحق – دار الشروق – ٢٠١٤ م – ص ٥ .

والتعسف في استعمال الحق يعد صوره من صور المفسدة في قانون المرافعات ، إذا فإن المفسدة أعم وأشمل من التعسف في استعمال الحق ، فإذا قام أحد الخصوم بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي فهذا يمثل مفسدة في قانون المرافعات ويتعين على القاضي درءها والوقوف أمامها ومنعها [١] .

وقد تتشابه قاعدة درء المفسدة مع قاعدة التعسف في استعمال الحق ، وذلك عندما يقوم الخصم بالاستعمال المشروع لحق له ولكن ترتب على هذا الاستعمال المشروع ضرر ما يفوق النفع الذي يبتغيه الشخص من وراء هذا الإجراء ، ففي هذه الحالة يكون الخصم قد استعمل حقه ولكن المصلحة التي تعود عليه من هذا الحق أقل بكثير من الضرر المترتب على نفس الفعل ، وهنا يتعين على القاضي أن يوازن بين المصلحة المترتبة على الفعل المشروع وبين الضرر المترتب على هذا الفعل ، فإذا كان الضرر أكبر من المنفعة العائدة من الفعل ، تَعَيّن على القاضي أن يقف أمام هذا التصرف باعتبار هذا التصرف أضحى صورة من صور المفسدة ، وبذلك فيجب على القاضي أن يقدم درء المفسده على جلب المصلحة [٢] .

والاختلاف ما بين القاعدتين يبرز في أن القاضي في قاعدة درء المفسدة يقوم بالموازنة بين مصلحتين متكافئتين ومتساويتين ، تتجسد المصلحة الأولى في منفعة مباشرة من الفعل أو الإجراء أما المصلحة الثانية فهي غير مباشرة لأنها تتجسد في درء مفسدة ما قد تتحقق من القيام بالفعل ، والقاضي هنا يوازن بين مصلحتين متكافئتين ، أما في قاعدة التعسف في استعمال الحق فإن القاضي يوازن بين مصلحتين متفاوتتين أي أن المصلحتين غير متكافئتين ، مصلحة تعود على الشخص القائم بالفعل المشروع ، ومصلحة أخرى غير مباشرة سوف تترتب من ورائها منع هذا الشخص من القيام بالفعل أو الإجراء المشروع ، هذه المصلحة الأخيرة هي تلك المصلحة غير المباشرة التي سوف تعود على الطرف الأخر عندما يتم منع الشخص من استعمال حقه .

خامسا : السلطة التقديرية للقاضي

تتمثل السلطة التقديرية للقاضي في مبدا الحياد الإيجابي للقاضي ، وهو تمكين القاضي من بعض الصلاحيات على الخصومة المدنية بدلا من أن يكون موقفه سلبي ، حيث نصت المادة ١٧ من قانون الإثبات على أن للمحكمة أن

---

(١) انظر د. سيد أحمد محمود – أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٣٩٦ ، حيث أشار إلى أن هناك مجموعة قواعد إجرائية يجب أن تُنسب للآداب العامة الإجرائية ، وأن مخالفتها يعتبر مخالفة للنظام العام ، كعدم مقاطعة الشهود عند الشهادة إلا بإذن المحكمة ، وأن القاضي مخول في كل الأحوال برفض أي طلب يرمي إلى إطالة أمد النزاع بدون جدوى ، كما أن هناك مواعيد معينة للتنفيذ والحجز يتعين مراعاتها حتى لا يتم كسر الراحة التي شاء المشرع أن يحققها بين أفراد المجتمع ، ويدخل تحت نفس المظلة ضرورة عدم مشاركة عدة قضاة تجمعهم صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة في نظر دعوى واحدة ، راجع أيضاً :

Allocution prononcée, et rolland l'honorable francois. " l'Acces à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile ". 2006 p. 4.

(٢) حيث أجاز المشرع فى المادة ٤/٣ من قانون المرافعات للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تقضي بغرامة على المدعي إذا تبين أنه قد أساء استخدام حقه فى التقاضي ، وتجلت حكمة المشرع من ذلك في تنزيه ساحات القضاء من العبث وتوفير وقت وجهد العدالة ، راجع أيضاً :

Cuy Canivet " admission des pourvois en cassation. p. 2195 .article paru au recueil le dalloz. 2002.

(ISSN: 2356 - 9492)

تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه لازما لكشف الحقيقة ، وهذا ما يُمَكّن المحكمة من الخروج من الحياد السلبى والقيام بدور إيجابي في البحث عن الحقيقة التي أصبحت من أبرز اهتمامات المشرع ، فلم يعد دور القاضي يقتصر على الحقائق النسبية التي يقدمها المتقاضين بل أصبح يبحث بنفسه عن الحقيقة الموضوعية .

كما أجاز المشرع للقاضي في نطاق قانون المرافعات توقيع بعض الجزاءات الإجرائية كالغرامة والبطلان والوقف والشطب وغيرها من الجزاءات ، ذلك في سبيل تحقيق حسن سير الخصومة وسرعة إنجاز العدالة ، كما أجاز المشرع للقاضي إدخال من يرى أن إدخاله يحقق مصلحة العدالة أو يفيد في إظهار الحقيقة ، كل هذه تطبيقات تبرز أهمية الحياد الإيجابي للقاضي وتطور دوره في الخصومة المدنية ؛ وذلك حتى يستطيع الوقوف أمام صور المفسدة التي قد تبدو وتنكشف في مرحلة التقاضي [١].

والسلطة التقديرية للقاضي تبرز عندما ينص المشرع على إعمال قاعدة ما أو تطبيق إجراء معين ويخول المشرع للقاضي هذا الحق دون أن يفرضه عليه ، أي أنه يعطي سلطة للقاضي في تقدير إعمال هذا الجزاء أو عدم إعماله ، فهنا نجد القاضي مُخيّر بين أمرين وهما هل يقوم بتطبيق هذا الجزاء الذي نص عليه المشرع أم لا ، وذلك بحسب ظروف الدعوى ووقائعها ، والقاضي هنا عندما يقوم بتقدير تطبيق القاعدة أو الإجراء من عدمة يضع أمام عينه في المقام الأول حسن سير العدالة وسرعة إنجازها ، فالقاضي هنا مُخَيّر بين تطبيق القاعدة أو الجزاء وعدم توقيعه بحسب ظروف كل دعوى ، وبحسب ما يحقق حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة [٢] .

ويختلف ذلك عن قاعده درء المفسدة في أن القاضي هنا يوازن بين مصلحتين ، إن عظمت مصلحة على أخرى فيغلب المصلحة الأعظم ، وإن غلبت مفسدة على أخرى يُغلب المفسدة الأقل ضررا ، ولكن إذا تساوت المصلحة وتكافأت مع درء المفسدة فيتعين عليه هنا أن يقوم بدرء المفسدة على اعتبار أن هذه القاعدة تمثل الضابط الشرعي لهذا التقدير والتقييم الصادر من قِبل القاضي فيتعين عليه أن يُقدم درء المفسدة على جلب المصلحة طالما أنهما متكافئتين .

http://www.ecs.eg. Vue le 10-4-2019 .

(١) انظر د. إبراهيم أمين النفياوي – التعسف فى التقاضي – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – ص ٣٥٥ ، حيث يشير إلى أنه يتعين وضع حد لاستعمال الحق إذا بدا أنه سوف يهدر التوازن القائم بين الحقوق ، ويمثل ذلك جانب وقائي للحد من فكرة التعسف ، وأن هناك فرق بين الجزاء الناشئ من التعسف وبين الجزاء الذي يحول دونه ،كالفرق بين المريض والصحيح ، فالأول أصابه الداء أما الثاني يتوقى خطره . راجع أيضاً الحكم الصادر فى الطعن بالنقض المدني رقم ١٢٥٧ ، لسنة ٥٩ قضائية ، جلسة ٢٠٠٦/٣/١٣ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، عدد ١٩٩ ، ص ١٧٦ .

(٢) انظر د. فكري عبد الحميد أبو صيام – الأسباب الجديدة فى النقض المدني – دراسة تحليلية مقارنة – مرجع سابق – ص ٤٦٣ ، د. أيمن أحمد رمضان – الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات – مرجع سابق – ص ١٠٩ .

المبحث الثاني

أحكام درء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

تُبين الدراسة في هذه الجزئية من البحث ماهية المصالح المعتبرة في قانون المرافعات وصورها وماهية المفسدة التي تحيط بإجراءات التقاضي وصورها في قانون المرافعات وذلك في مطلب أول ، ثم تُوضح الدراسة في المطلب الثاني كيفية التعرف على عِظَم مصلحة ما على أخرى أو عِظَم مفسدة على مفسدة أخرى ، والحل الذي يتبناه القاضي إذا تكافأت تلك المصالح والمفاسد ، وهو ما يطلق عليه ضوابط وشروط إعمال قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " ، وسوف نوضح ذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : المصالح والمفاسد المعتبرة في قانون المرافعات

المطلب الثاني : ضوابط درء المفسدة في قانون المرافعات

(ISSN: 2356 - 9492)

المطلب الأول

المصالح المعتبرة والمفاسد في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

يضم قانون المرافعات مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية فهو ينظم إجراءات رفع الدعوى وسرها أمام المحكمة ، وإجراءات إصدار الحكم القضائي وإجراءات الطعن فيه ، كل هذه الإجراءات جسدها المشرع في شكل نصوص قانونية ، هذه النصوص القانونية تنقسم إلى قسمين ، القسم الأول : يستهدف المشرع منه تحقيق مصلحة عامة في قانون المرافعات ، تتجسد هذه المصلحة العامة في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة وسرعة إنجازها ، أما القسم الأخر من هذه النصوص فإنه يستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، أي أنه يحقق منفعة خاصة للخصوم ولا يترتب عليه تحقيق مصلحة عامة ، ومن ثم يمكن للخصوم الاتفاق على عدم إعمال هذه القواعد التي تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة ، وليس للمحكمة أن تقوم بتطبيق هذه القواعد من تلقاء نفسها وبدون طلب من الخصوم ، على خلاف القواعد التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة والتي تتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها وبدون طلب من الخصوم .

ومن ناحية أخرى هناك مجموعة من القواعد سواء كانت تستهدف تحقيق المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة للخصوم ، وعندما يتم تطبيق هذه القواعد على خلاف مقصود المشرع فيترتب عليها مفسدة ، والمفسدة المقصودة هنا تأتي على نقيض المصلحة التي ابتغاها المشرع من النص القانوني ، سواء كانت مفسدة لأنها تتعارض مع المصلحة العامة أو أنها مفسدة لأنها تتعارض مع المصلحة الخاصة للخصوم .

والشاهد من ذلك أن هناك مصالح معتبرة في قانون المرافعات ، وهناك أيضا مفاسد محيطة بإجراءات التقاضي ، تبرز هذه الأخيرة إذا تم تطبيق القاعدة على خلاف مقصود المشرع سواء كانت قاعدة تستهدف تحقيق المصلحة العامة أو تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، وسوف نوضح في هذه الجزئية من البحث المقصود بالمصالح المعتبرة في قانون المرافعات وصورها ونوضح أيضا المقصود بالمفسدة في قانون المرافعات وصورها ، وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : المقصود بالمصالح المعتبرة في قانون المرافعات وتطبيقاتها

الفرع الثاني : المقصود بالمفسدة في قانون المرافعات وتطبيقاتها

الفرع الأول
المقصود بالمصالح المعتبرة
في قانون المرافعات وتطبيقاتها

تمهيد

لم يشأ المشرع المصري أن يجعل كل قواعد قانون المرافعات تستهدف تحقيق المصلحة العامة ولم يُرد أيضا أن يجعلها جميعا تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، ولكن جعل جزء منها يستهدف تحقيق المصلحة العامة وجزء أخر يستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، والضابط في هذا الشأن هو أن الذي يحدد ما هي تلك القواعد التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة من عدمة هو ما يُعرف بالنظام العام ، والذي تم تعريفة في نطاق قانون المرافعات على أنه مجموعة القواعد التي ينهض عليها مرفق القضاء المدني والتي تستهدف تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، فلا يستطيع الخصوم الاتفاق على مخالفة أحكامه ، ويتعين على المحكمة إعمال مقتضياته من تلقاء نفسها ، وفي هذه الجزئية من البحث سوف نوضح المقصود بالمصالح المعتبرة في قانون المرافعات وصورها ، وذلك على النحو التالي :

أولا : المصالح المعتبرة في قانون المرافعات

أ) المصلحة العامة في قانون المرافعات

المصلحة العامة في قانون المرافعات ما هي إلا تجسيد للنظام العام الإجرائي ، وتعني المصلحة العامة تلك الفائدة العملية التي تعود على النظام القضائي كافة [1] ، أي الفائدة التي تنبعث من حسن سير مرفق القضاء وحسن

(1) Bernard Stirn – Ordre public et libertés publiques, op.cit., p 3.

(ISSN: 2356 - 9492)

آداء العدالة ، فالمصلحة العامة في قانون المرافعات لا تخص أشخاص الخصوم فقط بل هي تعود بالنفع العام على الخصوم وعلى المجتمع كافة وعلى مرفق القضاء ، فإن استهدفت القاعدة تحقيق حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة كانت المصلحة المستهدفة مصلحة عامة [١] .

وعليه فإن القواعد التي تستهدف تحقيق الصالح العام للمجموع ولا تخص مصلحة الخصوم فقط فهي تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، ويترتب على ذلك أن القاعدة التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها [٢].

ب) المصلحة الخاصة في قانون المرافعات

المصلحة الخاصة هي تلك المصلحة والفائدة العملية التي تعود على الخصوم من تطبيق القاعدة القانونية أو المنفعة التي تعود عليهم من اتخاذ الإجراء ، وعليه فإن القاعدة التي تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم يمكن للخصوم الاتفاق على مخالفتها ، ولا يكون للمحكمة القضاء بها من تلقاء نفسها ؛ لأن المشرع ترك مساحة للخصوم لتقدير مدى ضرورة التمسك بها من عدمة بحسب ما يعود عليهم بالنفع الخاص [٣] .

ثانيا : تطبيقات المصالح المعتبرة في قانون المرافعات

أ) تطبيقات للمصلحة العامة في قانون المرافعات

١- سرعة الفصل في المنازعات

اشترط المشرع عند رفع الدعوى أو الطعن توافر مصلحة لدى أطراف الخصومة المدنية [٤] ، حتى لا تكثر الدعاوى بدون وجه حق فيتعطل مرفق القضاء ويؤثر سلباً على سرعة انجاز العدالة [١] ، وقد نصت المادة ٤ من

---

(١) انظر د. عمرو عبد الرحمن البورينش – المصلحة العامة كمحدد لمشروعية العمل الإداري – مرجع سابق – ص٢٦٣ – ويقول في هذا الشأن أن كلمة مصلحة عامة هى " تعبير ذو مفهوم واسع وفضفاض ، وغالباً ما تثير الكثير من الإشكاليات ، وبناءً على ذلك فإن مدى خضوع الإدارة العامة للقانون يتحدد من خلال تلك المصلحة ، بل إن صلاحيتها تضيق وتتسع من خلال ارتباطها بها ، فابإسم المصلحة العامة قد تُضيّق الإدارة على الحقوق الأساسية والحريات العامة للمواطنين " ، وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين في براءة الاخترع ألا يكون فيه مساس أو إخلال بالنظام العام والآداب ، راجع الطعن رقم ١١٣٥٧ لسنة ٨٣ قضائية ، جلسة ٢٠١٤/١١/٢٤

http://www.ecs.eg. Vue le 15-3-2019 .

(٢) انظر د. أبو جعفر عمر المنصوري – فكرة النظام العام والآداب العامة فى القانون والفقه مع التطبيقات القضائية – مرجع سابق – ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

(٣) انظر د. أجياد ثامر نايف الدليمي – الأساس القانوني لجزاء ابطال عريضة الدعوى المدنية طبقاً لما هو وارد في قانون المرافعات والفقه والقضاء العراقي والمصري والفرنسي – دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة – ٢٠١٨ – حيث كانت الخصومة عبارة عن تنظيم يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للخصوم فحسب ، ودى ذلك إلى إطلاق حرية الخصوم فى الدعوى المدنية وخضوع القاضي في ممارسته لسلطاته لإرادة الخصوم إلى حد كبير .

https://books.google.com.eg , vue le 13 - 6 - 2019.

(٤) حيث نصت المادة ٣١ من قانون المرافعات الفرنسي على أن الدعوى تتاح لكل ذي مصلحة مشروعة في نجاح الادعاء أو دحضه ، مع مراعاة أن مباشرة الدعوى لا يكون فى الحالات التي ينص عليها القانون إلا بالنسبة لبعض الأشخاص الذين يكونوا فقط دون غيرهم هم المخولين لإقامة الادعاءات أو دحضها دفاعاً عن مصلحة محددة ، وجاء نصها على النحو التالي :

" L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet

قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة جاز للمحكمة أن تندب لإجرائه قاضي محكمة المواد الجزئية التي يقع هذا المكان في دائرتها [٢] ، وقد استهدف المشرع من هذا النص تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير مرفق القضاء وسرعة إنجاز العدالة [٣] ، كما أجاز للقاضي أن يشطب الدعوى عند عدم حضور المدعي والمدعى عليه إذا لم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها [٤] ، فينبغي تنزيه محراب العدالة من عبث غير الجادين حتى لا يكون مجالاً لتحقيق مآرب كيدية تنال من هيبة واحترام الأحكام القضائية [٥] .

وقد ألزم المشرع المحكمة بأن تقضي بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة عند الحكم بعدم الاختصاص ، وذلك حتى لا يتحمل المدعي مشقة رفع الدعوى من جديد بإجراءات جديدة أمام محكمة أخرى ، مما يوفر الوقت والجهد لمرفق القضاء [٦] ، كما أجاز المشرع للخصوم تقديم طلبات مقابلة أثناء نظر الدعوى ، لِما يحققه ذلك من

---

d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt determine".

راجع أيضاً :

Rolland, Blandine " Procédure civile " Studyrama, 2005. p. 58 .

كما ألزم المشرع الفرنسي الخصوم فى المادة ١٥ من قانون المرافعات بأن يتبادلوا في وقت مفيد العناصر الواقعية التي يتمسكون بها لتأييد ادعاءاتهم وعناصر الإثبات المقدمة ووسائل القانون ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense "

([1]) Todorova, Liliana. L'engagement en droit: l'individualisation et le Code civil au XXIème siècle. Editions Publibook, 2007. p. 40.

راجع أيضاً الطعن بالنقض رقم ١٥٤٤١ لسنة ٧٨ قضائية ، جلسة ٢٠١٧/٣/٦

http://www.ecs.eg. Vue le 10-4-2019 .

(٢) حيث قضت محكمة النقض بأن ندب القضاة إلى محاكم غير التي يعملون بها يعد سلطة تقديرية لجهة الإدارة تمارسها في حدود المصلحة العامة ، راجع الطعن رقم ٣٥ لسنة ٧٨ قضائية ، جلسة ٢٠١٠/٢/٢٣ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، عدد ٢١٤ ، ص ١٣٩ .

(٣) انظر د. محمود مصطفى يونس – الإنابات القضائية في إجراءات التقاضي والتنفيذ – دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة فى القانون المصري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية الغراء – الطبعة الأولى – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص ٢٠ .

(٤) راجع نص المادة ٨٢ من قانون المرافعات ، راجع أيضاً :

Tahri, Cédric. Procédure civile. op.cit . , p.145.

(٥) انظر د. احمد هندي ، شطب الدعوى – دراسة مقارنة فى القانون المصري والقانون الفرنسي – دار النهضة العربية – بدون طبعة – ص ٦٦ .

(6) انظر د. محمود مصطفى يونس - نظرات فى الإحالة لعدم الاختصاص القضائي - دراسة فقهية وتحلليلية مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٩٨ - دار النهضة العربية - ص ١٥٢ .

(ISSN: 2356 - 9492)

حسن سير الإجراءات وسرعة إنجاز العدالة [١] ، وقد استهدف المشرع من هذه النصوص تحقيق عدالة ناجزة عن طريق تبسيط الإجراءات وعدم تعقيدها [٢] .

٢- احترام حقوق الدفاع والمواجهة

يعد مبدأ المواجهة من المبادئ الأساسية للتقاضي [٣] ، ويُقصد به عِلم الخصم بما لدى الخصم الآخر من وسائل دفاع وعلمه بما يثيره القاضي من تلقاء نفسه من وسائل القانون ، وأن يكون هذا العِلم في وقت مناسب يسمح للخصم الآخر بتنظيم دفاعه فى الرد [٤] ، ويتحقق مبدأ المواجهة عندما يتمكن كل خصم من مواجهة الخصم الآخر من خلال إتاحة الفرصة له فى الرد على ما يُقدَمه الخصم الآخر من أدلة وأسانيد ، وأن يكون على عِلم بما يُتخذ في الخصومة من إجراءات [٥] .

واحتراما لهذا المبدأ أوجب المشرع على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يُعاد فيها إعلان المدعى عليه إذا لم يحضر في أول جلسة حتى يتمكن من الحضور ، طبقا لِما جاء فى المادة ٨٤ من قانون المرافعات ، كما أوجب فى المادة ١٧٤ على قلم الكتاب إعلان قرار المحكمة بفتح باب المرافعة إلى مَن لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بالحكم إذا انقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب ، كما نص المشرع على انقطاع الخصومة بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية التقاضي أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين ؛ باعتبار أن السير فى الخصومة من طرف واحد يتعارض مع مبدأ المواجهة [٦] ، وقد حظر المشرع على المحكمة أثناء المداولة أن تسمع

---

(١) انظر د. علي عبد الحميد تركي ، نطاق القضية فى الاستئناف – دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٤٩٨ ، والطلب المقابل هو الطلب الذي يُقَدم من المدعى عليه بقصد الحصول على ميزة أخرى غير مجرد رفض ادعاءات الخصم ، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي فى المادة ٦٤ من قانون المرافعات ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ".

كما أجاز المشرع الفرنسي فى المادة ٥٦٧ منه إبداء الطلبات المقابلة في خصومة الاستئناف ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel ".

(2) انظر د. سيد أحمد محمود - الإجراءات المختصرة فى القضية الموضوعية - دراسة مقارنة بين قانون المرافعات الكويتي والمصري - ١٩٩٦ - دار النهضة العربية - ص ١٢ .

(٣) راجع الطعن بالنقض رقم ٤٨٩ لسنة ٦٧ قضائية ، جلسة ٢٠١٣/٣/١٢

http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

(٤) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق ، ص ١٦١ .

(٥) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٥٩ ، د. سيد أحمد محمود – أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٣٢٠ ، ٣٢١ ، د. عيد محمد القصاص – التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة – دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٢٠ – حيث عرفه بأنه " حق الخصم في أن يعلم علماً تاماً وفي وقت مفيد ، بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساساً في تكوين اقتناع القاضي " .

(٦) انظر د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٢٠ ، د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١١٤ – وقد نصت المادة ١٤ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه لا

أحد الخصوم إلا في حضور خصمه ، وألا تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها [١].

وقد ألزم المشرع القاضي بإعمال مبدأ المواجهة بينه وبين الخصوم فليس للقاضي أن يعوّل في قراره على وسائل أو توضيحات أو وثائق إلا إذا استشهد بها الخصوم ونوقشت بينهم [٢] ، ولا يجوز له أن يبني حكمه على وسائل قانونية قد أثارها من تلقاء نفسه دون أن يُمَكّن الخصوم مسبقاً من إبداء ملاحظاتهم عليها [٣] ، وعليه يعد من مقتضيات العدالة أن يُلزم القاضي نفسه بمبدأ المواجهة ، فيُمتَنع عليه أن يبني حكمه على مستندات وأوراق لم يُطّلع الخصوم عليها وإلا وقع حكمه باطلاً [٤] ، ومن ثم يمكن اعتبار مبدأ المواجهة من أهم المبادئ التي تُنظم سير الخصومة ويمثل عنصراً أساسياً من عناصر المصلحة العامة في قانون المرافعات .

يجوز الحكم على طرف ما إلا بعد سماعه أو دعوته

" Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée "

فضلاً عما نص عليه فى المادة ١٥ والتي فرضت على الخصوم أن يتعرفوا بالتبادل فيما بينهم وفي وقت مفيد على الأدلة الواقعية التي تستند إليها ادعاءاتهم وما يقدمونه من عناصر الإثبات وما يتمسكون به من أدلة قانونية ، حتى يستطيع كل منهم تنظيم دفاعه ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa defense "

(١) انظر د. إبراهيم أمين النفياوي – مبادئ الخصومة المدنية – مرجع سابق – ص ٥٥ – وقد أشارت المادة ١٦٨ من قانون المرافعات إلى أنه لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه ، أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع بقية الخصوم عليها ، وإلا كان العمل باطلاً ، كما أجازت المادة ١٣٥ من قانون المرافعات الفرنسي للقاضي أن يستبعد من المرافعة المستندات التي لم يتم تبادلها عن طريق الاطلاع في وقت مفيد ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile "

(2) Gohin, Olivier et Florian,poulet. contentieux administrative. litec 1996. p.19.

(٣) وقد نصت المادة ١٦ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه يجب على القاضي في كل الحالات أن يراقب إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم من تلقاء نفسه وألا يستند على وسائل ومستندات قدمها الخصوم إلا بعد أن يمَكّنهم من مناقشتها فيما بينهم ، وليس له أن يستند على أسس قانونية أثارها من تلقاء نفسه إلا بعد أن يدعوا الأطراف لإبداء ملاحظاتهم عليها ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ".

راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " op . cit . , p. 16 .

(٤) انظر د. عيد محمد القصاص – التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة – دراسة تحليلية مقارنة – مرجع سابق ، ص ٢٤٩ – د. سحر عبد الستار إمام – دور

(ISSN: 2356 - 9492)

٣- احترام مقتضيات مبدأ التقاضي على درجتين

يعد مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للتقاضي التي يقوم عليها نظام العمل فى المحاكم [١] ؛ لما يترتب عليه من حسن سير الوظيفة القضائية ، ومن خلاله يتمكن الخصوم من إعادة طرح النزاع أمام محكمة الطعن [٢] ، مما يتيح الفرصة للخصوم لاستدراك ما فاتهم أمام محكمة أول درجة [٣] .

وإعمالاً لهذا المبدأ فقد منع المشرع الخصوم من إبداء طلبات جديدة أمام محكمة ثاني درجة كأصل عام ، وقد أوجب المشرع على المحكمة القضاء من تلقاء نفسها بعدم قبول الطلبات الجديدة [٤] ، كما يتعين على المحكمة إذا ألغت الحكم الصادر فى الطلب الأصلي أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل فى الطلبات الاحتياطية [٥] ، وقد استهدف المشرع من تلك النصوص تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير الوظيفة القضائية .

ب) تطبيقات المصلحة الخاصة في قانون المرافعات

١- الاختصاص المحلي

أولى المشرع رعايته لمقتضيات المصلحة الخاصة للخصوم عند تنظيمه لقواعد الاختصاص المحلى ، ولم يعلقها كأصل عام بقواعد تنظيم الوظيفة القضائية [٦] ، وقد نصت المادة ١٠٨ من قانون المرافعات على أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي يجب إبداؤه قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيه ، وأجاز المشرع للخصوم فى المادة ١/٦٢ الاتفاق على أن تختص بالنزاع محكمة غير محكمة موطن المدعى عليه [٧] ، ويتعين ألا يتضمن

القاضي فى الإثبات – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٣٦٧ – وقد فرض المشرع الفرنسي فى المادة ١٣٢ من قانون المرافعات على الخصم الذي يتمسك بمستند أن يلتزم بتبادله مع جميع الخصوم الآخرون فى الخصومة عن طريق الاطلاع ، ويجب أن يتم ذلك تلقائياً

" La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance , La communication des pièces doit être spontanée "

(١) انظر د. طلعت محمد دويدار – الوسيط في شرح قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة – ٢٠١٦ – ص ١٩٥ – راجع الحكم الصادر فى الطعن بالنقض المدني رقم ١٢١٦٤ لسنة ٧٨ قضائية – جلسة ٢٠١٧/٣/٢٣ ، والطعن رقم ٧٤١ لسنة ٦٤ قضائية – جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٥ .

http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

ولا يعد مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الدستورية بل هو مبدأ قانوني نص عليه القانون ولم يشير إليه الدستور ، ويترتب على ذلك أن المشرع يمكنه العدول عنه.

(٢) انظر د. علي عبد الحميد تركي ، نطاق القضية فى الاستئناف ، دراسة تحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٣٢ ، حيث أشار إلى أن المفهوم الحديث للاستئناف يجعله يعمل على تفادي تناقض الأحكام ، وذلك بإتاحة الفرصة لعرض الطلبات الجديدة فى الاستئناف ، ويؤدي ذلك إلى سرعة الفصل فى المنازعات عن طريق تفادي ما يتولد من منازعات فرعية فيقلل ذلك من احتمال تجديد النزاع مرة أخرى .

(٣) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٩٥ – راجع أيضاً :

Cour de cassation, chamber commerciale 1. 22 – 3 – 2017, n° de pourvoi : 15 – 16579.

(٤) انظر المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات .

(٥) انظر المادة ٢٣٤ من قانون المرافعات .

(6) Strickler, yves " l'office du juge et les principles ". op. cit. p. 9.

(٧) وقد نصت المادة ٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي على أن كل شرط يخالف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة قواعد الاختصاص المحلي يعتبر باطلاً ما لم يكن قد تم الاتفاق عليه بين أشخاص تعاقدوا بصفتهم تجار وأن يكون هذا الشرط قد ورد بطريقة واضحة ضمن التزامات الطرف الذي يحتج به عليه

الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي أي تحايل أو تعسف فى استعمال الحق ، وإلا جاز للقاضي الوقوف ضد هذا التعسف استناداً لمبدأ الأمانة الإجرائية والعدالة الناجزة [١] .

٢- رد القاضي

بين المشرع فى المادة ١٤٨ من قانون المرافعات الحالات التي يجوز فيها للخصوم طلب رد القاضي ، ورد القاضي يعني استبعاده من تشكيل المحكمة من الحكم فى الدعوى بناءً على طلب أحد الخصوم إذا كان القاضي متحيزا لأحد الخصوم [٢] ، كما أجاز المشرع للقاضي من تلقاء نفسه أن يُخطر المحكمة بسبب الرد القائم به من أجل التنحي عن نظر الدعوى [٣] ، كما يجوز له أن يتنحى عن نظر الدعوى لأي سبب آخر لم تتضمنه المادة ١٤٨ من قانون المرافعات ، وذلك بأن يقوم بعرض طلب التنحي على المحكمة للنظر فيه [٤] .

وتعد حالات الرد أقل تأثيراً على حياد القاضي بالمقارنة بحالات عدم الصلاحية ، وعليه فقد استهدف منها المشرع تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، ويتعين على الخصم صاحب المصلحة التمسك بها قبل إبداء أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيها [٥] .

" toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est oppose " .

راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " op. cit. p. 9.

(١) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٥٨٣ .

(٢) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٩ .

(٣) انظر نص المادة ١٤٩ من قانون المرافعات المصري .

(٤) انظر د. علي أبو عطية هيكل – الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات – مرجع سابق – ص ١٢٠ ، د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٤ ، ٨٥ – حيث أشار إلى أن المشرع قد علّق تنحي القاضي من تلقاء نفسها على إذن المحكمة منعقدة في غرفة المشورة أو من رئيس المحكمة ؛ وذلك حتى لا يكون في تنحي القاضي بإرادته نكولاً عن أداء واجب العدالة .

(٥) انظر د. عبد الحكم فودة – أسباب صحيفة الاستئناف – مرجع سابق – ص ١١٥ ، د. محمد شتا أبو سعد – الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة – دار الفكر الجامعي – ٢٠٠٧ – ص ٧٨ ، حيث يشير إلى أن قضاء القاضي المطلوب رده فى الدعوى قبل الفصل في طلب الرد يقع باطلاً وذلك لتعلقه بأصل من أصول المحاكمة تقديراً لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى توزيع العدالة .

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الثاني

المقصود بالمفسدة

في قانون المرافعات وتطبيقاتها

أولا : المقصود بالمفسدة في قانون المرافعات

بيننا سلفا أن المفسدة هي على نقيض المصلحة والمنفعة ، ومن ثم فهي كل ما يؤدي إلى الإضرار بالصالح العام والإضرار بمصالح الأشخاص في المجتمع ، وفي نطاق قانون المرافعات نجد أن المفسدة تتجسد في كل فعل أو إجراء يُتخذ من قِبَل الخصوم والقاضي يؤثر سلبا على حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، وعليه فإن أي إجراء يؤدي إلى تعطيل سير مرفق القضاء وتعطيل العدالة فيعد من قبيل المفسدة في قانون المرافعات ، وكل إجراء يُتَخذ بسوء نيه وبقصد الكيد والإضرار بالآخرين فهو من قبيل المفسدة .

ثانيا : تطبيقات المفسدة في قانون المرافعات

١- التعسف في استعمال الحق

باعتبار أن استعمال الحق لا يكون مشروعاً إذا قُصد به الإضرار بالغير أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة أو قليلة الأهمية ولا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر [١] ، وقد نص المشرع المغربي صراحة على ضرورة احترام مقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات [٢] ، وأجاز المشرع المصري لناقص الأهلية أن يطلب من المحكمة إبطال العقد مع عدم الإخلال بالتزامه بالتعويض إذا استعمل طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته [٣] ، كما أجاز المشرع للمحكمة أن تقضي بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تذيد عن أربعمائة جنيه على المدعي إذا

---

(١) انظر نص المادة ٥ من القانون المدني المصري ، والمادة ١١٠٤ من نظيره الفرنسي والتي نصت على أنه يجب التفاوض على العقود وتشكيلها وتنفيذها بحسن نية ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi "

كما نصت المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن " الدعوى المقامة من نية سيئة وبقصد إيقاع الضرر ، يجب أن تُرد ، ويجوز أن يُحكم على المدعي ببدل العطل والضرر لمصلحة المدعى عليه ، وبالعكس فإن مَن يعارض عن نية سيئة في طلب ظهرت صحته ، يجوز أن يُحكم عليه ببدل العطل والضرر لمصلحة المدعي " .

(٢) راجع قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر في ١٢ أغسطس ١٩١٣ ، الفصل ٢٣١ والذي نص على أن "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية ، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقاً لما تقتضيه طبيعته "

(٣) انظر نص المادة ١١٩ من القانون المدني .

تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه [١] ، وأجاز للمحكمة أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ولا تزيد عن أربعمائة جنيه على الخصم إذا ايتخذ إجراء أو أبدى طلباً أو دفعاً بسوء نية [٢] ، كما أجاز المشرع لمحكمة الاستئناف فى الفقرة المادة ٢٣٥ أن تقضي بالتعويض على المستأنف إذا قصد باستئنافه الكيد .

٢- مبدأ الأمانة الإجرائية

وقد حرص المشرع الفرنسي على تحقيق مبدأ الأمانة الإجرائية باعتباره واجب على أطراف الخصومة ، حيث أجاز المشرع للقاضي أن يحكم بالتعويضات على مَن يمتنع بقصد المماطلة عن إثارة تلك الدفوع في وقت سابق [٣] ، كما أجاز المشرع للقاضي أن يحكم بالتعويضات على مَن يمتنع بقصد المماطلة عن التمسك بعدم القبول في وقت سابق [٤] .

وأجاز أيضاً للمحكمة أن تحكم بغرامة مدنية بحد أقصى ثلاثة آلاف يورو دون المساس بحق المتضرر فى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ، وذلك عند الطعن بالاستئناف بقصد المماطلة [٥] ، كما حدد فى المادة ١/٥٩٥ منه حالات أربعة يمكن للخصوم فيها مراجعة الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي وهي : إذا وقع من الخصم

---

(١) انظر نص المادة ١٤ من قانون المرافعات .

(٢) انظر د. محمد وعبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات المدنية والتجارية – الجزء الثاني – ص ٧٠٩ ، د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٨ – راجع أيضاً نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المصري – والمادة ١/٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés"

راجع أيضاً :

Blandine Rolland, " Procédure Civile ". op.cit. p.310.

(3) Art .118 de code procedure civil francais " Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt "

(4) Art .123 de code procedure civil francais " Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ".

(5) Art .559 de code procedure civil francais " En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés ".

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية

Cour de cassation, chamber civil 1. 21 – 11 – 2012, n° de pourvoi : 11 – 25513. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

(ISSN: 2356 - 9492)

غش كان من شأنه التأثير فى الحكم ، وإذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها أو قضي بتزويرها ، وإذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة ، وإذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى [1] .

وقد حظر المشرع الاتفاق مقدماً على ما يخالف القواعد التي تجعل الاختصاص لغير محكمة موطن المدعى عليه ، وقد استهدف المشرع من ذلك حماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي ، ولنفس الغاية جعل المشرع الفرنسي للقاضي فى المادة ٧٧ من قانون المرافعات أن يقضي بعدم الاختصاص المحلي من تلقاء نفسه في حالة عدم حضور المدعى عليه

المطلب الثاني

ضوابط درء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

وضحنا سلفا مضمون قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة في قانون المرافعات ، ولكي يقوم القاضي بتغليب درء المفسدة على جلب المصلحة يتعين عليه مراعاة الضوابط والأحكام والشروط التي تُنَظم عملية الموازنة بين المصالح المعتبرة أو تلك التي توازن ما بين مصلحة ما مباشرة ومصلحة أخرى غير مباشرة ، تتجسد هذه الأخيرة في درء المفسدة المترتبة من اتخاذ الإجراء ، وتتجسد هذه الضوابط في عدم إمكانية الجمع بين جلب المصلحة ودرء المفسدة ، كما يتعين أيضا الّا تكون المصلحة أرجح من المفسدة ، كما يتعين أن تكون كلا من المصلحة والمفسدة محققة وليست ظنية أو وهمية ، وضرورة أن يتم التقدير الصحيح للمصالح والمفاسد ، وعليه فسوف نوضح في هذه الجزئية من البحث ضوابط درء المفسدة في قانون المرافعات ، وذلك في ثلاث فروع على النحو التالي :

الفرع الأول : عدم إمكانية الجمع بين جلب المصلحة ودرء المفسدة

الفرع الثاني : الّا تكون المصلحة أرجح من المفسدة

الفرع الثالث : التقدير الصحيح للمصالح والمفاسد

([1]) Art .595 de code procedure civil francais " Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes :

S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue, Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre Partie, S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement , S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement "

الفرع الأول

عدم إمكانية الجمع

بين جلب المصلحة ودرء المفسدة

إذا تواجدت مصلحة سوف تعود من اتخاذ إجراء معين من إجراءات التقاضي أمام المحكمة وكان هناك مفسدة سوف تعود أيضا من اتخاذ هذا الإجراء ، فهنا إذا تمكن القاضي من الجمع بين تحقيق المصلحة ودرء المفسدة في نفس الوقت كان عليه أن يجلب المصلحة ويدرء المفسدة ، أما إذا تعذر على القاضي الجمع بين جلب المصلحة ودرء المفسدة فعليه أن يقوم بدرء المفسدة ؛ لأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، والشاهد في ذلك التطبيقات التالية :

(ISSN: 2356 - 9492)

١- حدد أسباب مسئولية القاضي فى المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات ، والتي تتمثل في حالة وقوع غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم من قبل القاضي ، وحالة امتناع القاضي عن الفصل في عريضة أو دعوى وكانت صالحة للحكم فيها [١] ، وفى الأحوال الأخرى التي يقرر فيها المشرع مسئولية القاضي والحكم عليه بالتعويض .

فالمشرع هنا لم يرد أن يجعل القاضي كالشخص العادي عند إعمال قواعد المسئولية عن أعماله القضائية ، حتى لا يتعرض للكثير من دعاوى المسئولية من قبل الخصوم ، وبذلك فإن المشرع قد جمع بين جلب المصلحة - والتي تتمثل في أعمال القواعد العامة للمسئولية على جميع الأشخاص – وبين درء المفسدة التي قد تتحقق هذه الأخيرة من تطبيق هذه القواعد العامة للمسئولية على القاضي ، حيث وضع ضوابط وأحكام خاصة لتحديد مسئولية القاضي تحميه من كثرة دعاوى المسئولية المدنية التي من المحتمل أن تُرفع ضده إذا خضع للقواعد العامة في المسئولية .

٢- أتاح المشرع الفرنسي التدخل في خصومة الاستئناف من قِبل كل شخص له مصلحة في الدعوى ولم يكن من الخصوم أو لم يمثل في خصومة أول درجة ولم يظهر فيها بأي صفة [٢] ، وأشار إلى أن هؤلاء الأشخاص يمكن اختصامهم أمام محكمة الاستئناف بهدف الحكم عليهم ، وذلك عندما يتطور النزاع ويكون في حاجة لهذا الاختصام [٣] ، كما أجاز للخصوم في خصومة الاستئناف توضيح الادعاءات الكامنة فى الطلبات والدفوع السابق طرحها أمام قاضي أول درجة ، ولهم أن يضيفوا لها الطلبات المتعلقة بها أو الناتجة عنها أو المكملة لها [٤] ، ومن ثم يكون المشرع قد جمع بين جلب المصلحة المتمثلة في التحكم في نطاق خصومة الاستئناف ، وبين درء المفسدة التي قد تتحقق في عدم جواز إدخال من لم يكن خصما في خصومة أول درجة في خصومة الاستئناف .

ويلزم لقبول طلب المخاصمة استناداً إلى حالة إنكار العدالة أن يقوم طالب المخاصمة بإعذار القاضي المخاصم مرتين على يد ([1]) محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض وثلاثة أيام بالنسبة للأحكام فى الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية وثمانية أيام فى الدعاوى الأخرى ، ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعذار ، والغرض من تلك الإعذارات المقدمة هو إعطاء القاضي فرصة للعدول عن امتناعه تجنباً لرفع دعوى المخاصمة عليه ، ويحق للمحكمة أن تقضي بعدم قبول دعوى المخاصمة إذا لم يلتزم المدعي بذلك طبقاً لنص المادة ٤٩٤ ، باعتبار أن إعذار القاضي المراد اختصامه يمكّنه من العدول من تلقاء نفسه عن نظر الدعوى بدلاً من الخوض في إجراءات دعوى المخاصمة ، وهذا ما يحفظ للمحكمة هيبتها ، ومن ثَم فهو إجراء يتعلق بفكرة النظام العام ، راجع د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٧٥٧ ، راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles ". op . cit . p. 6.

([2]) Art .554 de code procedure civil francais " francais " Peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité"

([3]) Art .555 de code procedure civil francais " Ces mêmes personnes peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause"

([4]) Art .566 de code procedure civil francais " Les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément".

الفرع الثاني
ألّا تكون المصلحة أرجح من المفسدة

(ISSN: 2356 - 9492)

لكي يقوم القاضي بتغليب درء المفسدة على جلب المصلحة يتعين الّا تكون المصلحة أرجح من المفسدة ، فإن كانت المصلحة العائدة من اتخاذ الإجراء أرجح وأقوى من الضرر المترتب من المفسدة الناتجة من الفعل فيتم تغليب جلب المصلحة على درء المفسدة ، ومن ثم فيتعين على القاضي - عند تطبيق قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة - أن يراعي ويوازن بين المصالح المعتبرة ويقيم المصلحة ويقارنها بدرء المفسدة ، فإن كانت المصلحة أولى في الاعتبار من درء المفسدة فيتم تغليب جلب المصلحة على درء المفسدة ، أما إذا كانت المفسدة الناتجة من الفعل أرجح من المصلحة العائدة منه فيتم تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة .

والشاهد في ذلك التطبيقات التالية :

١- أن المشرع حظر على الخصوم إبداء طلبات جديدة أمام محكمة ثاني درجة مع مراعاة ما استثناه المشرع من ذلك ، وقد أوجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الطلبات الجديدة المقدمة أمامها [١] ، كما أوجب عليها إذا ألغت الحكم الصادر فى الطلب الأصلي أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل فى الطلبات الاحتياطية [٢] ، وقد استهدف المشرع من تلك النصوص تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن أداء العدالة .

والشاهد من ذلك هو أن المشرع قد جعل مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية التي ينتظم عليها حسن سير العدالة ، إلا أن المشرع في بعض الأحيان قد خرج على هذا الأصل كما هو الحال في قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، حيث أجاز للخصوم إبداء طلبات جديدة في خصومة الاستئناف طالما كانت مكملة للطلب الأصلي أو مترتبة عليه أو متصلة به اتصال لا يقبل التجزئة ، مراعاة من المشرع لإنهاء فروع النزاع التي من المحتمل أن تنشأ بين أفراد الأسرة الواحدة [٣] .

وعليه فقد تجلت إرادة المشرع في تخفيف حدة مبدأ التقاضي على درجتين عندما أجاز فى المادة ٢/٢١٩ من قانون المرافعات للخصوم الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة أول درجة انتهائياً ، كما نص فى المادة ٥/٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه " ويكون الحكم بالخلع غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن " [٤] ، كما أشار فى المادة ٢٩٥ من قانون المرافعات إلى اعتبار الحكم الصادر فى المنازعة فى اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفاية ما يودع حكماً انتهائياً [٥] ، كما أجاز فى المادة ٢١١ من قانون المرافعات للخصوم الحق في قبول حكم الصادر من محكمة أول درجة والذي يُعد بمثابة تنازل عن حق الطعن [٦] ، كما قصَرَ المشرع التقاضي فى الدعاوى الأدنى قيمة على درجة واحدة ، فلم يُجز استئناف الأحكام الصادرة فيها لأنها لا تحتمل نفقات العرض أمام درجتين [٧] ، ويتبين من هذه النصوص أن المصلحة العامة التي يسعى مبدأ التقاضي على درجتين لتحقيقها تتراجع أمام مبدأ العدالة الناجزة .

---

(١) انظر المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات .

(٢) انظر المادة ٢٣٤ من قانون المرافعات .

(٣) انظر د. سحر عبد الستار إمام – محكمة الأسرة – دراسة مقارنة فى القانونين المصري والفرنسي – مرجع سابق – ص ٢٣٥ .

(٤) انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن – تيسير إجراءات التقاضي فى المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية " مستلزماته – مظاهره " – مرجع سابق – ص ١٨٦ .

(٥) انظر د. أحمد صدقي محمود – د. سحر عبد الستار إمام – التنفيذ الجبري القضائي – ص ٨٢ .

(٦) انظر د. سحر عبد الستار إمام – آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة – الاختصاص بإبداء الرأي – الطعن لتجاوز السلطة – المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية – العدد الأول – مارس ٢٠١٤ – ص ٥٨ .

(٧) راجع نص المادة ٤٢ والمادة ٤٧ من قانون المرافعات ، كما قرر المشرع فى المادة ٢٣١ من قانون المرافعات غرامة حدها الأدنى أربعين جنيه ولا تجاوز أربعة مائة جنيه

٢- يعد مبدأ العلانية من المبادئ الأساسية في التقاضي [١] ، وقد أقره الدستور المصري حيث نص على ضرورة أن تُجرى جلسات المحاكم علانية إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام والآداب ، ومخالفة المحكمة لهذا المبدأ يُمكن الخصم من التمسك بطلان الحكم الصادر ، ويجوز للخصوم التمسك بهذا البطلان في أية حالة تكون عليها الدعوى قبل حجز الدعوى للحكم ، وتنتفي مصلحة الخصوم فى التمسك بهذا البطلان بعد حجز الدعوى للحكم ؛ مراعاة لمقتضيات العدالة الناجزة [٢] .

واستثناءً من ذلك ولتحقيق مصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية فإن المُحاكمة التأديبية للقضاة يجب أن تكون جلساتها سرية لاعتبارات تتعلق بهيبة القضاء [٣] ، كما أوجب المشرع على المحكمة أن تفصل في مدى قبول أو عدم قبول دعوى المخاصمة في غرفة المشورة طبقاً للمواد ٣/٤٩٥ ، ٢/٤٩٦ من قانون المرافعات ، كما أشار فى المادة ٢٥٠ منه إلى أن محكمة النقض تنظر الطعن المقدم من النائب العام في غرفة المشورة بغير دعوى الخصوم ، كما يتم استبعاد مبدأ العلانية عند استصدار الأمر على عريضة وأوامر الأداء ؛ لأنها لا تحتاج إلى مواجهة بين أطرافها [٤] .

توقع على مَن يُهمل أداء عمله من قلم الكتاب وذلك بحكم لا يقبل الطعن ، كما أوجب على محكمة المواد الجزئية أن تقضي من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط إلى المحكمة الابتدائية بحكم غير قابل للطعن فيه ، متى قدرت المحكمة أن الفصل فى الطلب الأصلي وحده سوف يرتب ضرر بسير العدالة ، وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٤٦ من قانون المرافعات ، مع مراعاة ما قرره الفقه من اعتبار تلك القرارات أعمال إدارة قضائية لا تنال حجية الأمر المقضي ولا تستنفد بها ولاية المحكمة ، راجع في ذلك د. أحمد صدقي محمود – الوجيز في قانون المرافعات – ٢٠٠١ – ص ١٥٦ ، د. محمد سعيد عبد الرحمن – الحكم القضائي (أركانه وقواعد إصداره) – دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة – مرجع سابق – ص ١٤٥ .

.

([1]) Garat, Patrice " quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois ". op.cit., p. 370.

([٢]) حيث نص المشرع الفرنسي فى المادة ٤٤٦ على أن عدم مراعاة ما هو منصوص عليه فى المواد ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٤٤ . القواعد الخاصة بعلانية الإجراءات . يؤدي إلى البطلان ، ولا يجوز التمسك بهذا البطلان في وقت لاحق لقفل باب المرافعة ، وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Ce qui est prescrit par les articles 432 (alinéa 2),433,434,435 et 444 (alinéa 2) doit être observé à peine de nullité.Toutefois, aucune nullité ne pourra être ultérieurement soulevée pour inobservation de ces dispositions si elle n'a pas été invoquée avant la clôture des débats. La nullité ne peut pas être relevée d'office "

([٣]) انظر د. محمود مصطفى يونس ، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ – ١٧٨ .

([٤]) انظر د. إبراهيم أمين النفياوي – مبادئ الخصومة المدنية – مرجع سابق – ص ٦٢ .

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الثالث

التقدير الصحيح للمصالح والمفاسد

تمهيد

يتعين على القاضي عند تطبيق قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " أن يقدر ويوازن بين المصالح والمفاسد بشكل صحيح ، ومعنى ذلك أنه ليس هناك معيار محدد لتحديد ما إذا كانت مصلحة ما أولى بالرعاية الاعتبار من مصلحة أخرى ، أو أولى بالاعتبار من درء مفسدة ، ومن ثَم فيتعين على القاضي عند تقدير المصالح والمفاسد حتى يصل إلى تغليب إحداهم على الأخرى أن يراعي إعمال مقتضيات **المبادئ الأساسية للتقاضي ، ومقتضيات النظام العام وما يسمو على قواعد النظام العام ، فضلا على ذلك يتعين على القاضي تغليب مقتضيات العدالة والاستقرار** ، وسوف نوضح هذه المعايير التي يتعين على القاضي مراعاتها عند تقدير المصالح والمفاسد والترجيح بينهم وذلك على النحو التالي :

أولا : مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي

١ – مبدأ استقلال وحياد القضاة

تعد قاعدة " **عدم قابلية القاضي للعزل** " من أهم الضمانات التي تضمن للقاضي استقلاله وتُعينه على تأدية مهامه دون خوف أو تردد [١] ، ولم يُرد المشرع أن يجعل القاضي مسئولاً عن كل خطأ يصدر عنه أثناء نظر الدعاوى المعروضة عليه إلا عن الإخلال المهني الجسيم أو الغش أو الغدر أو التدليس ، أو عند إنكار العدالة ؛ وذلك حتى لا تُتَخذ الدعوى بهدف الكيد والتنكيل بالقاضي [٢] ، ولنفس الغاية والمقصد فقد نص المشرع فى المادة ١/٧٥ من قانون السلطة القضائية على أنه " لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية " [٣] **، ومن ثَم يمكن اعتبار مبدأ استقلال القضاء من المبادئ الأساسية التي ينهض عليها مرفق القضاء ، ويمثل أحد المعايير التي يستعين بها القاضي لتقدير المصالح والمفاسد المعتبرة في قانون المرافعات ، حتي يتغليب مصلحة على أخري.**

---

(١) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٤٦ ، ٤٧ ، د. سحر عبد الستار إمام – انعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليد القضاء – مرجع سابق – ص ٤ .

(٢) انظر د. سحر عبد الستار إمام – المرجع السابق – ص ٦ – وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري .

(٣) انظر د. فضل آدم المسيري – قانون المرافعات الليبي – التنظيم القضائي والخصومة القضائية – ٢٠١١ – ص ٧٦ ، حيث أشار إلى أن الهدف من هذه القاعدة هو منع التواطوء بين القضاة الذين تجمعهم هذه الصلة حفظاً لمبدأ تعدد القضاة ، فإن تم الاتفاق بين القضاة التي تجمعهم هذه الصلة فلا يكون للقاضي الثالث أي أهمية ، وإن كان يبدو لي أن التواطوء شيء غير مفترض بين القضاة ، فغاية المشرع من ذلك هي رفع الحرج بين القضاة الذين تجمع بينهم صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة ، حتى لا يستحي أحدهم من مخالفة رأي الآخر .

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

كما يعد مبدأ حياد القاضي أحد المبادئ الأساسية فى التقاضي ويشكل ضمانة أساسية لحماية حقوق وحريات الأفراد [١] ، وليس معنى الحياد أن يتخذ القاضي موقفاً سلبياً عند نظر النزاع المعروض عليه ، بل أصبح للقاضي الحف في أن يصحح شكل الدعوى وأن يأمر بما يرى ضرورة اتخاذه من إجراءات الإثبات ، ويتعين أيضا على القاضي أن يعتمد في تكوين عقيدته واقتناعه على ما قُدم من أدلة وأسانيد فى الدعوى [٢] ، وإذا اعتمد القاضي في حكمه على أدلة وأسانيد حصل عليها بنفسه بعيدا عن ملف الدعوى فيتعين عليه أن ينبه الخصوم بها حتى يتمكنوا من إبداء أوجه دفاعهم فيها [٣] ، وهذا هو نفس ما قرره المشرع الفرنسي فقد حظر على القاضي أن يبني حكمه على وقائع لم تكن محل نقاش بين الخصوم أو لم تكن موجودة بين عناصر الدعوى [٤] ، إلا أنه يمكن الاعتماد على وقائع وردت فى الدعوى ولو لم يتمسك بها الخصوم لتأييد ادعاءاتهم [٥] .

ولا يتعارض مع حياد القاضي ما أجازه المشرع للقاضي فى المادة ١١٨ من قانون المرافعات من سلطة في إدخال مَن يرى أن إدخاله قد يساهم في تحقيق العدالة أو إظهار الحقيقة ، كما لا يتعارض مع مبدأ الحياد ما خوله المشرع للقاضي من أحقيته في أن يطلب من الخصوم أية توضيحات أو تفسيرات قانونية أو واقعية يرى أنها

---

(١) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٢٢٨ – راجع أيضاً :

Christian Engo Assoumou. Les garanties d'impartialité du juge dans le code de procédure pénale.2008. p. 7.

(٢) انظر د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٠ – راجع الطعن بالنقض رقم ٧٢١٥ لسنة ٨٥ قضائية – جلسة ٢٠١٦/١٠/٢٢

http://www.ecs.eg. Vue le 15-3-2019 .

راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " Diss. formation ecole nationale de la magistrature, 2012. p. 13.

(٣) انظر د. أسامه أحمد شوقي المليجي – القواعد الإجرائية فى الإثبات المدني وفقاً لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه – الطبعة الثانية – ٢٠٠٨ – دار النهضة العربية – ص ١٨، د. سحر عبد الستار إمام – دور القاضي فى الإثبات – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٣٣٩ ، د. فكري عبد الحميد أبو صيام – الأسباب الجديدة فى النقض المدني – دراسة تحليلية مقارنة – مرجع سابق – ص ٢٦٣.

(4) Rolland, Blandine " procédure civile ". Vol. 409. Studyrama, 2005. p. 79.

(٥) حيث نصت المادة ٧ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه لا يمكن للقاضي أن يبني قراره على وقائع لم تكن محل نقاش بين الخصوم وموجودة بين عناصر النزاع ، ولكن يجوز له أن يعتمد على وقائع وردت بين عناصر الدعوى ولو لم يتمسك بها الخصوم لتأييد ادعاءاتهم ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions "

راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " Diss. formation ecole nationale de la magistrature, op. cit.,. p.12.

(ISSN: 2356 - 9492)

ضرورية لبيان ما يبدو غامضاً [١] ، وله أيضا الحق في إعادة التكييف القانوني الصحيح للوقائع حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك [٢] ، وله أيضا تفسير الغموض والإبهام الذى أحاط بالقاعدة القانونية [٣] ، وله الحق بأن يقضي بالجزاءات الإجرائية من تلقاء نفسه عند غياب صاحب المصلحة في التمسك بها [٤] ، كل هذا يُدعم الحياد بمفهومه الحديث ويعطي للقاضي مكنات متعددة بهدف تحقيق العدالة الناجزة [٥] .

---

(١) حيث نصت المادة ٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه يجوز لرئيس المحكمة أو أحد القضاة أن يدعوا الأطراف لتقديم توضيحات بشأن الواقع أو القانون يرى أنها ضرورية لبيان ما يبدو غامضاً ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscure "

وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية :

Cour de cassation chambre civile 1. 1- 3 – 2018
N° de pourvoi: 17- 13116. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

كما نص المشرع الفرنسي فى المادة ١٣ من قانون المرافعات على أنه يجوز للقاضي دعوة الأطراف لتقديم تفسيرات لقواعد القانون التي يرى أنها ضرورية لحل النزاع ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige"

راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " Diss. formation ecole nationale de la magistrature, 2012. p. 13. , Bergsten, Eric E. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy. convergence, and evolution : liber amicrum eric Bergsten. kluwer law international, 2011. p. 11.

(٢) وقضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للمحكمة أن تغير سبب الدعوى لأن ذلك يعد بمثابة رفع دعوى جديدة ، هذا على خلاف الأسباب المتعلقة بالنظام العام فهي معروضة على المحكمة تلقائياً ، راجع الطعن رقم ٥٢٩١ لسنة ٨٣ ، جلسة ٢٠١٤/٧/١

http://www.ecs.eg. Vue le 15-3-2019 .

وقد نصت المادة ١/١٢ من قانون المرافعات الفرنسي على أن القاضي ينظر النزاع وفقاً لقواعد القانون التي تنطبق عليه ، ويجب على القاضي أن يعطي الوقائع محل النزاع التكييف الصحيح دون أن يتوقف على التسمية أو التكييف الصادر من الخصوم

Donnier le Gallou Anne " le juge et le droit : presentation de l'article 12 NCPC. Revue juridique de l'ouest 8.4 (1995). p. 479.

(٣) انظر د. سيد أحمد محمود – أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات – ٢٠٠٥ – ص ١٢٣ .

(٤) انظر د. الأنصاري حسن النيداني – القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات – دراسة تحليلية وتطبيقية لدور القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية والإعفاء منها والحد من آثارها – مرجع سابق – ص ٨١ .

(5) انظر د. سحر عبد الستار إمام - محكمة الأسرة - دراسة مقارنة فى القانونين المصري والفرنسي - الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧ - دار النهضة العربية - ص ١٢٤ - حيث أشارت إلى أن المشرع قد التمس العلاقة الوثيقة بين القانون والحياة الاجتماعية ، عن طريق محاولة التوفيق بين الخصوم حتى يتحقق السلام الاجتماعي وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية ، وقد نصت المادة ٣٧٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد على أنه " يعتبر التوفيق بين الخصوم من ضمن مهمة القاضي " ، كما أجازت المادة ١٢٧ من

وعليه يمكن القول بأن مبدأ حياد القضاة من أهم الركائز التي ينهض عليها مرفق القضاء المدني ، ويسطتيع القاضي من خلاله أن يميز بين المصالح المعتبرة في قانون المرافعات ويقدم مصلحة على مصلحة أخرى أو يقدم درء مفسدة على جلب مصلحة .

٢ــ مبدأ العدالة الناجزة

يعد مبدأ العدالة الناجزة من المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها مرفق القضاء [١] ، وقد أجاز المشرع للقاضي أن يشطب الدعوى عند عدم حضور المدعي والمدعى عليه [٢] ، كما ألزم المشرع المحكمة أن تقضي بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة عند الحكم بعدم الاختصاص ، مما يوفر وقت وجهد مرفق القضاء [٣] ، كما أتاح المشرع للخصوم تقديم طلبات مقابلة أثناء نظر الدعوى [٤] ، وقد استهدف المشرع من ذلك تحقيق عدالة ناجزة عن طريق تبسيط الإجراءات وعدم تعقيدها [١] .

قانون المرافعات الفرنسي للأطراف طوال سير الخصومة التصالح بإرادتهم أو بناءً على مبادرة من القاضي ، وجاء نصها على النحو التالي :

" S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58,des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de mediation "

راجع أيضاً :

Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends

https://www.legifrance.gouv.fr, vue le 27 – 8 – 2018.

(١) انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن – تيسير إجراءات التقاضي فى المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية " مستلزماته – مظاهره – مرجع سابق – ص ٢٢ ، وذلك مع مراعاة مقتضيات النظام العام الحمائي الذي يسعى دائماً لحماية الطرف الضعيف فى العلاقة التعاقدية إذا لم يتمكن من حماية حقوقه تحت ظروف خاصة به .

(٢) راجع نص المادة ٨٢ من قانون المرافعات ، راجع أيضاً :

Tahri, Cédric. Procédure civile. op.cit . , p.145.

(3) انظر د. محمود مصطفى يونس - نظرات فى الإحالة لعدم الاختصاص القضائي - دراسة فقهية وتحلليلية مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٩٨ - دار النهضة العربية - ص ١٥٢ .

(٤) انظر د. علي عبد الحميد تركي – نطاق القضية فى الاستئناف – دراسة تحليلية مقارنة – مرجع سابق – ص ٤٩٨ ، والطلب المقابل هو الطلب الذي يُقَدم من المدعى عليه بقصد الحصول على ميزة أخرى غير مجرد رفض ادعاءات الخصم ، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي فى المادة ٦٤ من قانون المرافعات ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le

(ISSN: 2356 - 9492)

ولم يغفل المشرع أهمية مبدأ العدالة الناجزة في مرحلة الطعن ، فقد حدد مواعيد للطعن فى الأحكام ؛ حتى لا تظل وسيلة الطعن سيفا مسلطا على رقبة الخصوم ، حتى لا تتأبد المنازعات في المحاكم وتتزلزل المزاكز القانونية ، ومن أجل ذلك يجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن عند فوات المواعيد المحددة له [٢] .

وعليه يمكن القول بأن مبدأ العدالة الناجزة يعد من أهم الركائز التي ينهض عليها مرفق القضاء المدني ، ويسطتيع القاضي من خلاله أن يميز بين المصالح والمفاسد المعتبرة في قانون المرافعات ، حتى يستطيع تغليب وترجيح مصلحة على مصلحة أخرى أو ترجيح درء مفسدة على جلب مصلحة .

٣- مبدأ الأمانة الإجرائية

يتحقق مبدأ الأمانة الإجرائية عندما يتم مباشرة إجراءات التقاضي بحسن نية دون قصد التسويف أو عرقلة إجراءات التقاضي [٣] ، لأن استعمال الحق لا يكون مشروعاً إذا قُصد به الإضرار بالغير [٤] ، ومن أجل ذلك فقد أجاز المشرع للمحكمة أن توقع غرامة على المدعي إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه [٥] ، وأجاز أيضاً للمحكمة أن تقضي بغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفاعاً بسوء نية [٦] .

---

défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ".

كما أجاز المشرع الفرنسي فى المادة ٥٦٧ منه إبداء الطلبات المقابلة في خصومة الاستئناف ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel ".

[1]) انظر د. سيد أحمد محمود - الإجراءات المختصرة فى القضية الموضوعية - دراسة مقارنة بين قانون المرافعت الكويتي والمصري - ١٩٩٦ - دار النهضة العربية - ص ١٢ .

(٢) انظر د. وجدي راغب فهمي – مبادئ القضاء المدني – دار النهضة العربية – ٢٠٠١ – ص ٧٣٤ .

(٣) انظر د. سيد أحمد محمود – أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات – مرجع سابق – ص ٣٩٦ – د. أبو جعفر عمر المنصوري – فكرة النظام العام والآداب العامة فى القانون والفقه مع التطبيقات القضائية – مرجع سابق – ص ٤٨٦ – حيث أشار إلى أن هناك مجموعة قواعد إجرائية يجب أن تُنسب للآداب العامة الإجرائية ، وأن مخالفتها يعتبر مخالفة للنظام العام ، كعدم مقاطعة الشهود عند الشهادة إلا بإذن المحكمة ، وأن القاضي مخول في كل الأحوال برفض أي طلب يرمي إلى إطالة أمد النزاع بدون جدوى ، كما أن هناك مواعيد معينة للتنفيذ والحجز يتعين مراعاتها حتى لا يتم كسر الراحة التي شاء المشرع أن يحققها بين أفراد المجتمع ، ويدخل تحت نفس المظلة ضرورة عدم مشاركة عدة قضاة تجمعهم صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة في نظر دعوى واحدة ، راجع أيضاً :

Allocution prononcée, et rolland l'honorable francois. " l'Acces à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile ". 2006 p. 4.

(٤) انظر نص المادة ٥ من القانون المدني المصري ، والمادة ١١٠٤ من نظيره الفرنسي والتي نصت على أنه يجب التفاوض على العقود وتشكيلها وتنفيذها بحسن نية ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi "

كما نصت المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن " الدعوى المقامة من نية سيئة وبقصد إيقاع الضرر ، يجب أن تُرد ، ويجوز أن يُحكم على المدعي ببدل العطل والضرر لمصلحة المدعى عليه ، وبالعكس فإن مَن يعارض عن نية سيئة في طلب ظهرت صحته ، يجوز أن يُحكم عليه ببدل العطل والضرر لمصلحة المدعي " .

(٥) انظر نص المادة ١٤ من قانون المرافعات .

(٦) انظر د. محمد وعبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات المدنية والتجارية – الجزء الثاني – ص ٧٠٩ ، د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ

وقد نص المشرع الفرنسي على أن الدفوع بالبطلان المبنية على مخالفة القواعد الموضوعية المتعلقة بالأعمال الإجرائية ، يمكن التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وأجاز للقاضي الحكم بالتعويضات على مَن يمتنع بقصد المماطلة عن إثارة تلك الدفوع في وقت سابق [١] ، ويمكن للقاضي أيضا أن يحكم بالتعويضات على مَن يمتنع بقصد المماطلة عن التمسك بعدم القبول في وقت سابق [٢] .

وعند التمعن في فحوى تلك النصوص يتبين أن المشرع قد استهدف منها غلق باب الكيد والغش والمماطلة بين الخصوم كي يتحقق حسن سير العدالة ، ومن ثَم سرعة الفصل فى المنازعات [٣] ، وبذلك يمكن اعتبار مبدأ العدالة الناجزة والأمانة الإجرائية من المبادئ الحاكمة لحسن سير العدالة ، وتشكل أحد المعايير التي يهتدي بها القاضي في تغليب مصلحة على مصلحة أخري أو تغليب درء مفسدة على جلب مصلحة .

٤ــ مبدأ احترام حقوق الدفاع والمواجهة

نص الدستور فى المادة ٩٨ على أن " حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ... " ، وقد أوجب المشرع على المحكمة فى المادة ١٠٢ من قانون المرافعات أن تسمع أقوال الخصوم أثناء المرافعة ، ولا يجوز للمحكمة مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن مقتضيات الدفاع أو موضوع الدعوى [٤] ، وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ١٤ من قانون المرافعات على أنه لا يجوز الحكم على خصم ما إلا إذا تم مسماعه أو دعوته من قِبل المحكمة .

المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٨ – راجع أيضاً نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات المصري – والمادة ١/٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي – وجاء نصها على النحو التالي :

" Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés"

راجع أيضاً :

Blandine Rolland, " Procédure Civile ". op.cit. p.310.

([1]) Art .118 de code procedure civil francais " Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt "

([2]) Art .123 de code procedure civil francais " Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ".

(٣) انظر د. أحمد إبراهيم عبد التواب محمد – النظرية العامة للتعسف فى استعمال الحق الإجرائي – دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ٢٠٠٥ – ص ١١٦ ، د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٤٠ .

(٤) انظر د. أحمد مسلم – أصول المرافعات – دار الفكر العربي – ص ٣٨٠ ، د. إبراهيم أمين النفياوي ، مبادئ الخصومة المدنية – مرجع سابق – ص ٦٤ – راجع أيضاً :

(ISSN: 2356 - 9492)

. ويتسع نطاق مبدأ احترام حقوق الدفاع عن مبدأ المواجهة ، حيث ينصب عمل مبدأ المواجهة في تحقيق عِلم الخصوم بما يتم فى الخصومة من إجراءات وما يُقدم فيها من أدلة ، بحيث يتمكن كل خصم من الاطلاع على ما يقدمه خصمه من أدلة ومستندات [١] ، أما مبدأ احترام حقوق الدفاع فإنه يتيح الفرصة للخصم فى الرد على ما قدمه الخصم الأخر من أدلة ومستندات ، **وعليه فإن مبدأ احترام حقوق الدفاع والمواجهة يعد من المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها مرفق القضاء [٢] ، وبذلك فهو أحد المبادئ الأساسية التي تتشكل المنارة التي يهتدي بها القاضي عند ترجيح مصلحة على أخرى ، أو ترجيح درء مفسدة على جلب مصلحة .**

٥– مبدأ علانية جلسات المحاكم

يعد مبدأ العلانية من المبادئ الأساسية في التقاضي [٣] ، وقد أقره الدستور المصري حيث نص على ضرورة أن تُجرى جلسات المحاكم علانية إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام والآداب ، فيجب أن تتم عملية التقاضي بشكل علني ، وأن يُسمح للجمهور بحضور الجلسات لسماع المرافعات [٤] ، وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي حيث أوجب على المحكمة أن تفصل فى الدعاوى المعروضة علناً ، إلا إذا قررت المحكمة نظرها سراً في غرفة المشورة للحفاظ على حرمة الحياة الخاصة [٥] ، **ومن ثَم يمكن اعتبار مبدأ علانية جلسات المحاكم من المبادئ الأساسية التي ينهض عليها مرفق القضاء ويستهدى به القاضي عند الترجيح والتمييز ما بين المصالح المعتبرة في قانون المرافعات ، ومن خلاله يستطيع القاضي تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أو تغليب درء مفسدة على جلب مصلحة .**

Garat, Patrice " quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois ". op.cit., p. 373.

(١) حيث نصت المادة ١٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي على التزام كل خصم بأن يُطلع خصمه بما يستند إليه من مستندات وذلك بصورة تلقائية

(٢) انظر د. أحمد خليل – مبدأ المواجهة ودوره فى التنفيذ الجبري – دار المطبوعات الجامعية – بدون طبعة – ص ٣ ، د. أمينة النمر – قانون المرافعات – مرجع سابق – ص ١٣ .

(3) Garat, Patrice " quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois ". op.cit., p. 370.

(٤) راجع المادة ١٠١ من قانون المرافعات المصري ، كما أجاز المشرع الفرنسي فى المادة ٤٣٥ من قانون المرافعات للقاضي أن يقرر أن تجرى المرافعة في غرفة المشورة إذا كان من شأن العلانية المساس بصميم الحياة الخاصة ، أو إذا طلب الخصوم ذلك ، أو في حالة ما إذا وقع إخلال بالنظام يضر بهدوء الجلسة .

" Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice "

راجع أيضاً :

Gérard Couchez, Procédure Civile. 2008. p. 35.

(5) Art .1016 de code procedure civil francais " Conformément aux articles 11-1 et 11-2 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 modifiée, les débats sont publics. La Cour peut néanmoins décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. Les arrêts sont prononcés publiquement notamment par mise à disposition au greffe " .

ثانيا : احترام مقتضيات النظام العام الإجرائي وما يسمو عليه

يُعرف النظام العام في قانون المرافعات على أنه مجموعه القواعد التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة في قانون المرافعات والمتمثلة في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، فأي قاعدة استهدف المشرع منها تحقيق حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة وسرعة انجازها والوقوف أمام التحايل والغش والكيد فهي قاعدة تستهدف تحقيق المصلحة العامة ومن ثَم تتعلق بالنظام العام ، ولا يكون للخصوم الاتفاق على مخالفتها وتقضي المحكمة بإعمال هذه القواعد من تلقاء نفسها ، ويعد النظام العام مؤشرا أو معيارا يتم الاستناد إليه حتى يتم التقييم والتقدير بين المصالح المعتبرة في قانون المرافعات وبين المفاسد التي يتعين على القاضي درءها ، فإن تعارضت مصلحتين مع بعضهما البعض أو تعارضت مصلحة مع درء مفسدة فيقوم القاضي بتغليب أحد هذه المصالح على الأخرى ، وعندما يقوم القاضي بذلك فعليه أن يضع نصب عينيه مقتضيات النظام العام والآداب العامة الإجرائية وما يسمو قواعد النظام العام ، كحجية الأمر المقضي التي تسعى لتحقيق الاستقرار المنشود للحقوق والمراكز القانونية .

حجية الأمر المقضي

يُعد الحكم القضائي عنوانا للحقيقة ، فلا يجوز للخصوم المجادلة أو المنازعة فيما ورد فيه من قضاء ، وإذا أثير ما قضى به الحكم أمام القضاء وجب عليه التسليم به دون بحث مجدد واعتباره قضية مسلم بها لا يجوز التعقيب عليها ، وعليه فلا يكون من الممكن الفصل فى الدعوى التي سبق الفصل في موضوعها ، ضمانا لاستقرار الحقوق ووضع حد نهائي للمنازعة حولها ، وعليه فلا يجوز للخصوم - احتراما لحجية الأمر المقضي - طرح المسألة التي فصل فيها الحكم على القضاء من جديد بإجراءات مبتدأه بقصد إعادة الفصل فيها مرة اخرى ، كما لا يجوز للخصوم التنصل من مضمون هذا القضاء إذا اثير هذا المضمون في أي إجراءات أخرى بينهم .

لكن احترام حجية الحكم على هذا النحو لا يمنع من إعادة طرح النزاع أمام نفس المحكمة التي أصدرته أو محكمة أعلى درجة من خلال الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانونا ، وهنا يكون من الممكن المساس بالحكم بشرط أن يكون قابلا للطعن ، فإذا لم يكن الحكم قابلا للطعن بأي طريق فإنه لا يجوز المساس به أيا كان العيب الذي يشوبه .

ثالثا : تغليب مقتضيات العدالة والاستقرار

يتعين على القاضي أثناء تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أن يراعي مقتضيات العدالة والاستقرار ، والعدل بوجه عام هو الاعتدال والاستقامة على طريق الحق دون جور أو حيف ، والاستقرار هو الأمن سواء الأمن الفردي أو الأُسري أو أمن المجتمع كافة ، ويتحقق الاستقرار نتيجه تحقق العدل ، إذا العدل هو الذي يأتي بالاستقرار ، فإن غُلب الظلم على العدل تولد عن ذلك اضطراب وعدم استقرار ، وعليه فإن تغليب مقتضيات العدالة يعد أولى من تغليب مقتضيات الاستقرار ، وعليه فإن تعارضت العدالة مع الاستقرار فيتعين تغليب وترجيح تحقيق مقتضيات العدالة على مقتضيات الاستقرار ؛ لأن تغليب العدالة سوف يولّد استقرار ، وفرضا إذا تولد على تغليب العدالة اضطراب فسوف يكون اضطراب مؤقت لأنه قائم على عدل ، وسوف يعود الاستقرار مره أخرى .

والشاهد من هذه الحالات أن المشرع أولى رعايته لاعتبارات العدالة على اعتبارات الاستقرار ، فلا ينبغي تغليب الاستقرار على حساب العدالة ، ومن ثَم فإن صدر الحكم وفات عليه مواعيد الطعن وتوافرت حالة من حالات الالتماس فهنا أتاح المشرع الطعن في الحكم وإعاده نظره مرة أخرى أمام نفس المحكمة ، كذلك فقد أجاز المشرع

(ISSN: 2356 - 9492)

مراجعة الحكم الصادر من محكمة النقض رغم كونه حكم بات ، وذلك في حالة ما إذا كان أحد أعضاء هذه الدائرة التي أصدرت الحكم غير صالح لنظر الدعوى ، ولكن إذا لم توجد أي من هذه الحالات فيتم تحصين الحكم ولا يجوز إعادة طرحه مرة أخرى أمام المحكمة ؛ لأن استقرار الحقوق والمراكز القانونية في هذه الحالة يعد عدل والعدل يولد الاستقرار ، ومن ثم يتعين على القاضي أثناء تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أن يراعي مقتضيات العدالة والاستقرار ، مع الأخذ في الاعتبار أن مقتضيات العدالة أولى وأرجح من مقتضيات الاستقرار ، لأن الاستقرار لا يتولد إلا من خلال تحقيق العدل ، أما الظلم والجور فلا يتولد عنه إلا اضطراب وعدم استقرار .

الفصل الثاني
مجال تطبيق قاعدة
درء المفسدة في قانون المرافعات

تمهيد وتقسيم

تناولنا سلفا في الفصل الأول من هذه الدراسة ماهية قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات من حيث المقصود بها وأساسها القانوني والفني ، وبيان أوجه الشبه والاختلاف بين تلك القاعدة والقواعد والمصطلحات المتشابهة معها ، كما بيّنا أيضا الأحكام المنظمة لهذه القاعدة في نطاق قانون المرافعات وضوابط إعمالها مع عرض العديد من التطبيقات القضائية .

وفى هذا الفصل الذي نحن بصدده الآن فسوف نوضح فيه مجال تطبيق تلك القاعدة في قانون المرافعات ، أي مواطن إعمال تلك القاعدة في مراحل الخصومة المختلفة بداية من مرحلة رفع الدعوى مرورا بنظرها وسيرها أمام المحكمة وانتهائها بإصدار حكم فيها والطعن عليه ، وعليه فسوف نوضح مجال تطبيق تلك القاعدة في مرحلة رفع الدعوى وسرها أمام المحكمة ، وذلك في مبحث أول ، أما المبحث الثاني فسوف نوضح فيه مجال تطبيق تلك القاعدة في مرحلة إصدار الحكم والطعن عليه ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : مجال تطبيق القاعدة في مرحلة رفع الدعوى وسيرها أمام المحكمة

المبحث الثاني : مجال تطبيق القاعدة في مرحلة إصدار الحكم والطعن عليه

(ISSN: 2356 - 9492)

المبحث الأول
مجال تطبيق القاعدة
في مرحلة رفع الدعوى وسيرها أمام المحكمة

تمهيد وتقسيم

تعد قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة من القواعد الأساسية الهامة في الشريعة الإسلامية وفي قانون الإجراءات المدنية أيضا ؛ لِما لها من أهمية في تحقيق حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، ونظرا للطبيعة الإجرائية لقانون المرافعات فقد وَجَدت هذه القاعدة مجال واسع ورَحب لتطبيقها وإعمال مضمونها في هذا القانون الإجرائي الذي يُنظم إجراءات التقاضي منذ رفع الدعوى وحتى إصدار حكم بات فيها ، فهناك العديد من القواعد التي يجد القاضي نفسه في حيرة من أمرها ، وذلك عندما تتواجد قاعدة ما أو إجراء ما سوف يترتب عليه مصلحة أيا كان نوعها أو يترتب عليه مفسدة ، فهنا يوازن القاضي بين تلك المصالح والمفاسد حتى يستقر على تغليب مصلحة على مصلحة أخرى أو تغليب مصلحة على مفسدة أو أن يقوم بتغليب درء المفسدة على جلب المصلحة المترتبة من هذا الإجراء .

وعليه فسوف نوضح في هذه الجزئية من البحث مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة مُقدم على جلب المصلحة في مرحلة رفع الدعوى وما يسبق تلك المرحلة من إجراءات وذلك في مطلب أول ، ثم نوضح مجال تطبيق تلك القاعدة في مرحلة نظر الدعوى وسيرها أمام المحكمة وذلك في مطلب ثاني ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : مجال تطبيق القاعدة في مرحلة رفع الدعوى

المطلب الثاني : مجال تطبيق القاعدة في مرحلة نظر الدعوى وسرها

المطلب الأول
مجال تطبيق القاعدة في مرحلة رفع الدعوى

تمهيد وتقسيم

تبدأ إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية بمرحلة رفع الدعوى ، ولكي يتم رفع الدعوى أمام المحكمة فهناك بعض الإجراءات التي يتعين اتخاذها من قِبل المدعي ، وهي على سبيل المثال تحديد الاختصاص القضائي حتى يتم رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة ، ثم تليه مرحلة تحرير صحيفة الدعوى ومرحلة إيداع تلك الصحيفة قلم كتاب المحكمه ، ثم مرحلة إعلان الصحيفة للمدعى عليه ، وعليه فسوف نوضح في هذه الجزئية مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة في هذه المرحلة القضائية مع إبراز التطبيقات التي تجد هذه القاعدة مجال إعمالها فيها ، وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : الاختصاص القضائي

الفرع الثاني : تحرير صحيفة الدعوى وإيداعها قلم كتاب المحكمه

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الأول
قواعد الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم

ينقسم الاختصاص القضائي إلى أربع أنواع وهي الاختصاص الولائي والاختصاص القيمي والاختصاص النوعي والاختصاص المحلي .

الاختصاص الولائي هو الذي يحدد نصيب كل جهة قضائية من المنازعات والدعاوى المعروضة أمام القضاء ، فيحدد الدعاوى التي يختص بها القضاء الإداري (مجلس الدولة) والدعاوى التي يختص بها القضاء العادي ، أما الاختصاص القيمي فهو مجموعة القواعد التي تحدد نصيب كل محكمة من المنازعات المرفوعة أمام القضاء العادي بحسب قيمة الدعوى ، أما الاختصاص النوعي فيحدد نصيب كل محكمة من المنازعات والدعاوى المعروضة أمام القضاء العادي بحسب نوع الدعوى وبغض النظر عن قيمتها ، والاختصاص المحلي هو الاختصاص الذي يحدد نصيب كل محكمة من المنازعات المعروضة أمام القضاء بحسب الموقع الإقليمي للمحكمة ، وسوف نوضح مواطن إعمال قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ودورها في هذه المرحلة وهي مرحلة تحديد اختصاص المحكمه ، وذلك على النحو التالي :

اولا : الاختصاص الولائي

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الأصل العام أن القضاء المصري له ولاية عامة على كل ما يقع على إقليمه من منازعات ، وقد أخرج المشرع من نطاق هذه الولاية أعمال السيادة [١] ، والأعمال السيادية التي تقوم بها الدول الأجنبية [٢] ، والمنازعات ذات العنصر الأجنبي ، وقد خص المشرع المنازعات ذات العنصر الأجنبي بقدر وافر من العناية حيث حدد فى المواد (٢٨ – ٣٥) من قانون المرافعات المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل في نطاق ولاية القضاء المصري ، وأخرج غيرها من نطاق هذه الولاية **إلا إذا قَبِل الخصم ولاية القضاء صراحة أو ضمناً** [٣] ، **وقيد المشرع سلطة المحكمة عند الحكم بعدم الاختصاص الولائي من تلقاء نفسها بعدم حضور المدعى عليه** [٤] ، باعتبار أن المشرع استنادا للمادة ٣٢ من قانون المرافعات قد عوّل على إرادة الخصم بقبوله ولاية المحاكم المصرية حتى وإن لم يكن لها ولاية الفصل فيها [٥] ، وعلى الرغم من تعلق تلك المسائل بالنظام العام إلا أنه ليس للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها في حالة حضور الطرف الأجنبي وسكوته عن التمسك بعدم الاختصاص [١] .

---

[١] انظر د. علي غسان أحمد – الدفوع الشكلية فى الدعوى المدنية – ٢٠١٦ – ص ١٣٦ ، حيث عرّف أعمال السيادة بأنها تلك الأعمال التي تقوم بها الدولة باعتبارها سلطة حكم وليست سلطة إدارة وتباشرها للمحافظة على كيان الدولة فى الداخل والخارج ، حيث نصت المادة ١١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه " لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة " ،كما نصت المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أنه " ليس للمحاكم أن تفصل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة .... " ، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقدر ما إذا كان العمل يدخل في أعمال السيادة فتقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، أم لا يدخل في أعمال السيادة فتفصل فيه ، راجع الطعن رقم ٢٢٣٣ لسنة ٦٨ ق ، جلسة ٢٠٠٣/١/٢٦ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، عدد ١٨٩ ، ص ٢٠٣ .

[2] انظر د. أحمد مليجي - تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي - دار النهضة العربية - ص ٢٩٤ ، د. عبد الغني عبد الحميد محمود - الحصانة الشخصية لأعضاء البعثات الدبلوماسية فى القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر - ٢٠٠٠ - ص ١١٠ ، راجع النقض المدني رقم ١١٥٩٠ لسنة ٨٠ قضائية - جلسة ٢٠١١/١٢/١٢ - مجلة هيئة قضايا الدولة - عدد ٢٢٣ - ص ١٤٥ .

[3] انظر د. أحمد ماهر زغلول - أصول وقواعد المرافعات - دار النهضة العربية - ص ٤٤٩ - ٤٥٠ ، حيث نصت المادة ٣٢ من قانون المرافعات على أنه " تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخله فى اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا " ، وقضت محكمة النقض بأن ضابط القبول لولاية القضاء لا يؤثر على طبيعة الاختصاص وكونه من النظام العام - راجع الطعن رقم ٥٠١٩ لسنة ٨١ قضائية - جلسة ٢٠١٣/٦/١١

http://www.ecs.eg. Vue le 10-4-2019 .

[4] انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن - الحكم القضائي (أركانه وقواعد إصداره) – دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة - مرجع سابق - ص ١٠٨ . وقد نصت المادة ٣٥ من قانون المرافعات على أنه " إذا لم يحضر المدعي عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها " .

[٥] انظر د. محمود مصطفى يونس – المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجرية – مرجع سابق – ص ٢٠١ ، د. أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها – دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة حول نطاق حجية القرارات والأحكام القضائية – مرجع سابق – ص ٢٢٧ ، حيث أشار إلى " أن الدفع من وراء هذا القيد لا يخرج عن كونه محاولة من المشرع لتطبيق قواعد الولاية مع فروضها المتنوعة ، وضمان اتساق أحكام التنظيم القضائي الذي اختطه لرسم حدود ولاية القضاء الوطني من الناحية الدولية " ومن ثَم فإن حضور المدعى عليه وقبوله ولاية المحكمة يفقد المحكمة سلطتها فى القضاء من

(ISSN: 2356 - 9492)

ويتضح من ذلك أنه عندما قام المشرع بإخراج بعض الأعمال من نطاق ولاية القضاء المصري كان مراعاة منه لمقتضيات الصالح العام ، ومن ثَم فإذا عُرض على المحكمة أي من هذه المسائل فيتعين عليها أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها [٢] ، مع مراعاة ما قرره المشرع فى المادة ٣٢ والمادة ٣٥ من قانون المرافعات ، حيث أجاز المشرع للأجنبي قبول ولاية القضاء المصري حتى ولو لم يكن القضاء مختص بنظر هذه المسائل ، مع الأخذ في الاعتبار أنه في حالة عدم حضور المدعى عليه وكانت المحاكم المصرية غير مختصة بنظر الدعوى فيتعين على المحكمة تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها [٣] .

ويتضح من تلك الأحكام المنظمة لقواعد الاختصاص الولائي أن قاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " تجد مجال تطبيقها عندما نص المشرع المصري في المواد ٢٨ الى ٣٥ على المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل في نطاق ولاية القضاء المصري وأخرج المشرع غيرها من نطاق هذه الولاية **إلا إذا قَبِل الخصم ولاية القضاء صراحة أو ضمنا** ، وقد قيد المشرع المصري سلطة المحكمة عند الحكم بانتفاء ولايتها من تلقاء نفسها **بعدم حضور المدعي عليه** ، على اعتبار أن المشرع في هذه الماده ٣٢ من قانون مرافعات قد عوّل على إراده الخصم بقبول ولاية المحاكم المصرية حتى ولو لم يكن لها ولاية الفصل فيها .

والشاهد من هذه النصوص أن المشرع حدد بعض المنازعات ذات العنصر الأجنبي وأدخلها في ولاية القضاء المصري ، أما غير هذه المنازعات فقد أخرجها المشرع من ولاية القضاء المصري ، وقد استهدف المشرع من ذلك تحقيق مصلحة عامة تتمثل في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، ورغم ذلك فقد أجاز المشرع للقضاء المصري الفصل في المنازعات الأجنبية - أي تلك التي يكون فيها عنصر أجنبي - حتى وإن لم تكن تدخل في اختصاصه وعلّق ذلك على قبول الخصم هذا الاختصاص وعدم تمسكه بانتفاء الولاية ، ومعنى ذلك أنه إذا عُرِضَت مسألة لا تدخل في اختصاص القضاء المصري ولكن الخصم صاحب المصلحة لم يتمسك بعدم الاختصاص ، فهذا يُمَكّن القضاء المصري من الفصل في هذه المسالة برغم عدم اختصاصه .

وليس للقضاء المصري الحكم بعدم الاختصاص في هذه الحالة إلا إذا كان المدعى عليه - صاحب المصلحة في التمسك بعدم الاختصاص – غائبا عن الحضور ، فإذا تحقق هذا الفرض فلا يجوز للمحكمة أن تنظر الدعوى التي لا تدخل في اختصاصها طالما أن المدعى عليه غائبا ؛ وذلك لاحتمال تمسكه بانتفاء الولاية إن كان حاضرا ، والشاهد

تلقاء نفسها بانتفاء ولايتها ، راجع أيضاً حكم النقض الصادر فى الطعن رقم ١٥٨٠٧ لسنة ٨٠ جلسة ٢٤/٠٣/٢٠١٤

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

(1) حيث نصت المادة ١/٢٩٨ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي : أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر ... " ، ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه يمكن للماكم المصرية أن تتخلى عن اختصاصها الدولي طالما اتفق الأطراف عى ذلك شريطة ألا يتضمن ذلك مساس بسيادة الدولة أو مساس بأحكام النظام العام في مصر .

(٢) وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ٧٦ من قانون المرافعات في فقرتها الأخيرة على أن لمحكمة الاستئناف والنقض أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظر النزاع إذا لم يدخل في ولاية القضاء الفرنسي ، راجع أيضاً :

Garat, Patrice " quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois ". op.cit. p. 373.

(3) راجع الطعن بالنقض رقم ٦٠١ لسنة ٧٠ قضائية - جلسة ٢٠١٢/١/٩ - مجلة هيئة قضايا الدولة - عدد ٢٢٤ - ص ١١٧ - والطعن رقم ٧٣٤٢ لسنة ٨٣ قضائية - جلسة ٢٠١٦/١/٢٦

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

في ذلك أن المشرع هنا جعل القاضي حائرا بين مصلحتين ، المصلحة الأولى مصلحة عامة تتمثل في أن المشرع حدد بعض المنازعات الأجنبيه أي تلك التي بها عنصر أجنبي وأخرجها من ولاية القضاء وربط ذلك بالمصلحة العامة ، فلا يجوز للخصوم مخالفة تلك القواعد التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، ورغم ذلك أجاز المشرع للقضاء المصري أن ينظر دعاوى ومنازعات بها عنصر أجنبي طالما أن الخصم صاحب المصلحة لم يتمسك بانتفاء ولاية القضاء المصري ، ولكن ذلك مقيد بحضور الخصم صاحب المصلحة في التمسك بانتفاء الولاية ، أما إذا كان الخصم صاحب المصلحة في التمسك بانتفاء الولاية غائبا فلا يكون للمحكمة أن تفصل في الدعوى أو المنازعة ذات العنصر الأجنبي ، لأن المدعى عليه لم يُجز للمحكمة أن تقضي في هذه المنازعة سواء صراحة أو ضمنا .

وهذا يمثل مصلحة عامة أخرى تتجسد في قبول القضاء المصري بعض المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي هي في الأصل لم تدخل في اختصاصه ، تحقيقا لمصلحة عامة أخرى أولى بالرعاية والاعتبار ، هذه المصلحة الأخيره تمثل مصلحة غير مباشرة تتجسد في درء مفسدة ناتجة عن إعمال القاعدة الأصليه التي تمنع القضاء المصري من الحكم في المسائل ذات العنصر الأجنبي ، وإن طبقنا القاعدة الأولى التي تمنع القضاء المصري من الفصل في هذة المسائل فسوف يترتب على ذلك بجانب المصلحة العامة مفسدة تتجسد في عدم الفصل في المسائل ذات العنصر الأجنبي رغم قبول الخصم صاحب المصلحة لولايه القضاء المصري ، وحتى يتم درء هذه المفسدة غلّب المشرع ورجّح المصلحة غير المباشرة على المصلحة المباشرة وتم قبول الفصل في هذه المنازعات طالما أن الخصم صاحب المصلحة لم يعترض على هذا الاختصاص ولم يتمسك بانتفاء الولاية .

ومن ثم نجد أن القاضي في مثل هذه الحالة يُرَجح بين مصلحتين متوازيتين ومتكافئتين ، المصلحة الأولى وهي القضاء بعدم الاختصاص وانتفاء الولاية لأن المنازعه بها عنصر أجنبي ، والمصلحة الثانية غير مباشرة تتمثل في قبول تلك المنازعات والفصل فيها ، طالما أن الخصم صاحب المصلحة لم يتمسك بانتفاء الولاية صراحة أو ضمنا ، وبذلك يكون القاضي في حيرة من أمره ، إما أن يحكم بانتفاء الولاية القضائية لأن المنازعة ذات عنصر أجنبي ولم تدخل في اختصاصه ، وإما أن يفصل في المنازعة ذات العنصر الأجنبي التي سكت الخصم عن التمسك فيها بانتفاء الولاية القضائية ، وهنا يمكن تغليب درء المفسدة على جلب المصلحة ، ويتم الفصل في هذه المنازعات ذات العنصر الأجنبي طالما أن الخصم صاحب المصلحة لم يتمسك بانتفاء الولاية .

ثانيا : الاختصاص النوعي

نص المشرع المصري على أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي يجوز للخصم أن يتمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى باعتبار أنه يستهدف تحقيق الصالح العام ، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص فى المادة ٧٤ من قانون المرافعات على وجوب إبداء جميع الدفوع الشكلية معاً وقبل الكلام فى الموضوع حتى وإن كانت متعلقة بالنظام العام ، وباعتبار أن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الشكلية طبقا للتشريع الفرنسي فإن إبداء الدفع الموضوعي أو الدفع بعدم القبول قبل إبداء الدفع بعدم الاختصاص يؤدي إلى سقوط الحق فى التمسك بعدم الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام ، ويستفاد من ذلك أنه ليس كل ما يستهدف تحقيق المصلحة العامة يمكن

(ISSN: 2356 - 9492)

التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ، فقد يتعلق الدفع الشكلي بالنظام العام ويستهدف تحقيق المصلحة العامة ورغم ذلك يتعين على الخصم التمسك به قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيه[١] .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل للمحكمة – طبقا لأحكام القانون الفرنسي أن تقضي بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها أم يتعين على الخصم أن يتمسك به ؟ وقد أجاب المشرع الفرنسي فى المادة ٧٦ من قانون المرافعات على ذلك فأجاز للمحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة من تلقاء نفسها في حالة مخالفة قواعد الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام ، ونص فى الفقرة الثانية منها على أنه ليس لمحكمة الاستئناف والنقض أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها إلا فى الحالات التي تكون فيها المسألة المطروحة عليها من اختصاص القضاء الإداري أو الجنائي أو فى الحالة التى تخرج فيها المسألة عن اختصاص القضاء الفرنسي ، والشاهد من هذا النص أن المشرع **أجاز** لمحاكم الدرجة الأولى أن تقضي بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، **دون أن يُلزم** المشرع المحكمة بذلك ـ أي أن الأمر جوازي للمحكمة ـ [٢] ، أما محاكم الاستئناف والنقض فلم يمكنها المشرع من هذا الحق إلا إذا عُرِض عليها مسألة تدخل فى اختصاص القضاء الإداري أو الجنائي أو تخرج عن ولاية القضاء الفرنسي .

هذا على خلاف المشرع المصري الذي أجاز للخصوم إثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي في أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أوجب على المحكمة أياً كان نوعها أن تتعرض لمسألة الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها وإلا وقع حكمها باطلاً .

والشاهد من ذلك أن قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات الفرنسي تجد مجالها التطبيقي في قواعد الاختصاص النوعي ، فبرغم من كونها قواعد تستهدف تحقيق المصلحة العامة - المتمثلة في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة - إلا أن المشرع ألزم الخصم المتمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي أن يبديه قبل الكلام في موضوع الدعوى ، وهنا نجد قاعدة درء المفسدة تجد مجالها التطبيقي عندما استهدف المشرع الفرنسي من قواعد الاختصاص النوعي تحقيق مصلحة عامة ، وبرغم أنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة إلا أنه يترتب على تطبيق تلك القاعدة مفسدة تتمثل في أن الخصم قد يتعمد تأخير التمسك بالدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام في مرحلة تكون فيها المحكمة على وشك إصدار الحكم وقفل باب المرافعة .

ففي هذه الحالة إذا كان الخصم سيء النية وقام بتأخير التمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي في مرحله متأخره ، فهذا يؤدي إلى تعطيل حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة وبطء إجراءات التقاضي وضياع وقت وجهد المحكمة ، وهذا ما يجسد المفسدة المترتبة من تلك القاعدة ، وحتى يتم درء هذه المفسدة فقد نص المشرع الفرنسي على ضرورة أن يتم التمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي قبل الكلام في الموضوع حتى يتم تفادي هذه المفسدة ودرءها ، وفي نفس الوقت أجاز المشرع للمحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها .

ومن ثَم يمكن القول بأن هناك مصلحة عامه تتمثل في أن قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام ومن ثم يكون للخصم حق التمسك بها والدفع بعدم الاختصاص في أي حاله تكون عليها الدعوى ، وتوجد أيضا مفسدة مترتبة من هذه القاعدة تتمثل في تعمد الخصم تأخير التمسك بعدم الاختصاص النوعي في مرحلة متأخرة من نظر الدعوى فيضيع وقت وجهد المحكمة ، هنا يكون القاضي في حيرة من أمره ، هل يُغلّب ويرجّح جلب المصلحة

([1]) Blandine Rolland, " Procédure Civile ". 2005. p. 224.

(٢) وباعتبار أن المشرع الفرنسي لم يُلزم المحكمة بالتعرض لمسألة الاختصاص النوعي من تلقاء نفسها ، بل جعل الأمر جوازي لها تقدر هي بحسب مقتضيات المصلحة العامة ضرورة أو عدم ضرورة التعرض لها ، فيمكن اعتبار ذلك من النظام العام الوقائي .

العامة أم يرجّح درء المفسدة التي من المحتمل وقوعها ، وطبقا لقاعدة " درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة " فيتعين على القاضي أن يقوم بدرء المفسدة حتى لا يتم تأخير التمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي وذلك بقيام المحكمه من تلقاء نفسها بالحكم بعدم الاختصاص حتى ولو لم يتمسك به الخصم .

ثالثا : الاختصاص القيمي

وضع المشرع ضوابط وأحكام بشأن توزيع الدعاوى على محاكم الدرجة الأولى بحسب قيمتها [١] ، واستهدف من هذه الضوابط تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن أداء العدالة [٢] ، وسوف نبين بعض تطبيقات درء المفسدة في هذه الجزئية على النحو التالي :

١- نص المشرع على أن العبرة في تقدير قيمة الدعوى بما يطلبه الخصم وليس بما يحكم به القاضي ، حتى لا يتحكم للقاضي في تحديد مدى اختصاصه من عدمه وفق أهوائه ورغباته الشخصية ، وما إذا كان الحكم الصادر سوف يقبل الاستئناف أم أم لا ، ولكن إذا تحايل المدعي على قواعد تقدير قيمة الدعوى وبالغ في تحديد قيمة ما يطلبه أو قلل من قيمته لأغراض ذاتية له تتضمن شبهة التحايل على قواعد الاختصاص ، فهل يكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تَرُد قيمة الطلب إلى حقيقتها أم ليس من حق المحكمة ذلك إلا إذا تمسك به الخصم الآخر صاحب المصلحة ؟ وقد اختلف الفقه في هذه الجزئية بين معارض [٣] ومؤيد ، متى اتضح لها سوء نية المدعي وتحايله على قواعد تقدير قيمة الدعوى [٤] .

ويبدو لي أن مقتضيات مبدأ الأمانة الإجرائية تخوّل المحكمة من تلقاء نفسها التصدي لهذا التحايل الواقع على قواعد الاختصاص عند تقدير قيمة الدعوى ؛ وأن القول بضرورة تمسك المدعى عليه واعتراضه على تقدير المدعي لقيمة طلبه قد يغل يد المحكمة في هذا الشأن ، فضلا على أنه قد يفتح باب الغش والتحايل على إرادة المشرع .

ويتضح مما سبق أن قواعد تقدير قيمة الدعوى تستهدف تحقيق مصلحة عامة ، باعتبار أن المشرع قد استهدف من خلالها تحديد أساس ثابت وموحّد لتقدير قيمة الدعوى ، بحيث لا يلجأ القاضي في تقدير قيمة الدعاوى إلى المستندات المقدمة من الأطراف ، وهذا ما يحقق العدالة الناجزة عن طريق صيانة وقت وجهد المحكمة ، وأجاز

---

(١) تختص محكمة المواد الجزئية طبقاً لنص المادة ١/٤٢ من قانون المرافعات بالحكم ابتدائياً فى الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه ، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه ، وتعد المحاكم الابتدائية طبقاً لنص المادة ٤٧ صاحبة الاختصاص العام في نظر الدعاوى المدنية والتجارية التي ترفع إلى القضاء ابتداءً والتي ليست من اختصاص المحاكم الجزئية ، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز أربعين ألف جنيه .

(٢) انظر د. أحمد هندي – أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – ٢٠٠٦ – ص ٤٦ – راجع الحكم الصادر فى الطعن بالنقض رقم ١٠٢٦٩ لسنة ٧٩ – جلسة ٢٠١٦/٦/٢٣

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

(٣) انظر د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٧٦ .

(٤) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٢٤١ .

(ISSN: 2356 - 9492)

المشرع للخصوم التمسك بعدم اختصاص المحكمة لمخالفة قواعد الاختصاص القيمي في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وأوجب على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها [١] .

والشاهد من ذلك أن قاعدة درء المفسدة تجد مجالها في هذه القاعدة لوجود مصلحتين يتعين على القاضي تقييم كلا منهم وتغليب واحدة على الأخرى ، وغالبا سوف يُرجّح ويغلب المصلحة الناتجة من درء المفسدة ، حيث أن تحديد قيمة الدعوى هو من صميم عمل المشرع ولم يترك لإرادة الخصوم وإرادة المحكمة التدخل في قواعد تحديد قيمة الدعوى ، وهذا يمثل مصلحة عامة تتمثل في منع التحايل على قواعد الاختصاص من قبل الخصوم أو المحكمة ، حيث نص المشرع على أن العبرة في تحديد قيمة الدعوى بما يطلبه الخصم لا بما يحكم به القاضي ؛ حتى لا يتحكم القاضي في تحديد اختصاصه أو عدم اختصاصه بنظر الدعوى .

وعليه فإن المشرع استهدف من هذا النص تحقيق مصلحة عامة ، ورغم ذلك قد يترتب عليه مفسدة تتمثل في تحايل الخصم على قواعد تقدير قيمة الدعوى بقيامه بتقديم طلب يتضمن أكثر مما يستحقه أو أقل مما يستحقه حتى يغيّر اختصاص المحكمة بما يتوافق مع أهوائه الشخصية ، ويدخل ذلك في سوء النية والتحايل والكيد الصادر من الخصوم ، وهذا يمثل مفسدة يتعين على القاضي درؤها ، على اعتبار أن القاضي في هذه الحالة يوازن بين إعمال المصلحة العامة المترتبة من القاعدة الأصلية التي تجعل العبرة في تحديد الاختصاص بما يطلبه الخصم ، وبين والمصلحة المترتبة عن درء المفسدة الناتجة من تحايل الخصم على قواعد الاختصاص ، وإعمالا لقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، فإن القاضي يسعى للوقوف أمام هذا التحايل الصادر من قبل الخصوم ويكون له الحق في أن يَرُد قيمة الطلب المقدم من الخصم إلى حقيقته ، وهذا ما يجسد درء المفسدة في هذا التطبيق .

٢- جعل المشرع الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية في حدود النصاب الانتهائي أحكاماً انتهائية لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف [٢] ، حتى لا يتعطل مرفق القضاء ، ومن ثَم تستهدف تلك القواعد تحقيق المصلحة العامة وتقضي المحكمة بعدم قبول الطعن في هذه الحالات من تلقاء نفسها ، وإعمالاً لمصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية استثنى المشرع من هذا الحظر الأحكام التي تصدر في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام [٣] ، والأحكام التي يقع بطلان فيها أو بطلان في الإجراءات المؤثره فيها ، وأجاز المشرع الطعن عليها بالاستئناف رغم أنها صادرة في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة ، استنادا لِما نص عليه المشرع فى المادة ٢٢١ من قانون المرافعات .

ويبدو من ذلك أن هناك مصلحتين يتعين على القاضي التوفيق بينهم لكي يتم ترجيح مصلحة على أخرى ، المصلحة الأولى المترتبة هنا في هذه القاعدة هي المصلحة التي تترتب على عدم جواز الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة ، والمقصود هنا تلك الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية في الدعاوى التي تكون قيمتها ٣٠ الف جنيه فأقل ، والأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في دعاوى قيمتها ٢٠٠ الف جنيه فأقل ، فالمصلحة المستهدفة من تلك القاعدة هي مصلحة عامة تتمثل في سرعة إنجاز العدالة وعدم ضياع وقت وجهد المحكمة في قضايا ومنازعات ليس لها قدر من الاهمية .

---

(١) انظر د. أحمد ماهر زغلول – أصول وقواعد المرافعات – دار النهضة العربية – ص ٥٥٧ – راجع الطعن بالنقض رقم ١٣٠٩٥ لسنة ٨٠ قضائية – جلسة ٢٠١٣/١/١٧

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

(٢) انظر الطعن بالنقض رقم ٩١٠١ لسنة ٦٤ قضائية ، جلسة ٢٠٠٥/١/٩ ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، عدد ١٩٥ ، ص ١٧٤ .

(٣) انظر الطعن بالنقض رقم ٨٧١ لسنة ٧١ قضائية ، جلسة ٢٠١٢/٢/١٢

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

ولكن بتطبيق تلك القاعدة في كل الحالات قد يترتب عليه مفسدة ، تتمثل وتتجسد هذه المفسدة في كون الحكم الصادر في حدود النصاب الانتهائي قد صدر بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو قد يكون هناك بطلان في هذا الحكم أو في الإجراءات التي تؤثر في الحكم ، فإن كان الحكم الانتهائي صادرا بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام أو كان هناك بطلان في الحكم أو في الإجراءات المؤثره في الحكم ، فهنا إن لم يُجِز المشرع الطعن في هذا الحكم على اعتبار أنه صادرا في حدود النصاب الانتهائي فيترتب على ذلك مفسدة وهي أن الحكم رغم بطلانه أو رغم مخالفته لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام فيتم تحصينه ضد الطعن بالاستئناف ، وهذا يتعارض مع مقتضيات النظام العام والمصلحة العامة المتمثلة في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة .

وعليه يمكن القول بأن تطبيق هذه القاعدة يترتب عليه مصلحة عامة ، ولكن قد يترتب عليه أيضا مفسدة إن تم تطبيق القاعدة على إطلاقها ، وهنا يتعين على القاضي درء المفسدة الناتجة من تطبيق هذه القاعدة وتغليبها على جلب المصلحة العامة ، ومن ثم فإنه إذا صدر حكم في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة ولكنه وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات المؤثرة في الحكم أو كان الحكم مخالف لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام فهنا يجوز الطعن في الحكم رغم كونه صادرا في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة .

٣- نص المشرع على أنه لا تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم فى الطلب العارض أو الطلب المرتبط إذا كان بحسب قيمته أو نوعه لا يدخل فى اختصاصها ، باعتبار أن قواعد الاختصاص القيمي من النظام العام ولا يجوز مخالفتها ، ورغم ذلك إذا عُرض على المحكمة طلب من هذا النوع جاز لها أن تحكم فى الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وإلا وجب عليها أن تقضي من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط إلى المحكمة الابتدائية المختصة [١] ، ويتضح من ذلك أن حق المحكمة في تقدير ما إذا كانت ستحيل الطلب العارض أو المرتبط إلى المحكمة الابتدائية وتقضي فى الطلب الأصلي وحده أو ستحيل الطلب الأصلي والطلب العارض أو المرتبط إلى المحكمة الابتدائية هو من مقتضيات النظام العام ، فالمحكمة تقدر ما إذا كانت ستفصل في الطلب الأصلي وحده وتحيل الطلب المرتبط ، أو أنها ستحيل الطلب الأصلي والمرتبط معاً إلى المحكمة الابتدائية .

وبالتمعن في هذا النص يتبين أن المشرع أجاز للمحكمة الجزئية أن تحيل الطلب الأصلي إلى المحكمة الابتدائية برغم أنه يدخل فى اختصاصها طبقاً لقواعد الاختصاص القيمي ، ومن ثم فقد ضحّى المشرع بالمصلحة العامة المنبعثة من إعمال قواعد الاختصاص القيمي في سبيل تحقيق مصلحة عامة أقوى وأولى منها بالرعاية تتمثل في عدم الإضرار بحسن سير العدالة ، فإذا ترتب على قيام المحكمة الجزئية بنظر الطلب الأصلي وحده وإحالة الطلب المرتبط أو العارض ضرراً بسير العدالة ، وجب على المحكمة أن تحيل الطلبين (الأصلي والمرتبط أو العارض) إلى المحكمة الابتدائية ، وهذا ما يتوافق مع قاعدة الوقاية خير من العلاج التي تسعى دائماً لدرء المفسدة قبل وقوعها

(١) انظر نص المادة ٤٦ من قانون المرافعات ، راجع أيضاً حكم محكمة الاستئناف الفرنسية :
Cour d'appel de reims 22 – 10 – 2008, N° de RG : 08 – 1397.
https://www.legifrance.gouv.fr . Vue le 11 – 7 – 2018.

(ISSN: 2356 - 9492)

، في سبيل تحقيق المصلحة العامة للمجموع ، والتي تتمثل في هذا الصدد في حسن سير العدالة وعدم الإضرار بها [١] .

كما يتبين من ذلك أيضاً أن المشرع أولى رعايته لحسن سير العدالة وسرعة إنجازها على مبدأ التقاضي على درجتين ، باعتبار ما أجازه للمحكمة الجزئية من إحالة الطلب الأصلي الذي يدخل فى اختصاصها قيميا إلى المحكمة الابتدائية ، والذي من المحتمل أن يكون هذا الطلب الأصلي من الطلبات التي سوف تفصل فيها المحكمة الجزئية بحكم ابتدائي وليس نهائي ، فيكون الطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية [٢] ، وهذا يعني أن الطلب الأصلي سوف يُنظر لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية التي من المفترض أن يُطعن علية بالاستئناف أمامها .

والشاهد من هذه النصوص هو أن المشرع احتراما لقواعد الاختصاص القيمي والنوعي التي استهدف منها تحقيق المصلحة العامة ، لم يجعل المحكمة الجزئية مختصة بالطلبات العارضة أو الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي طالما لا تدخل في اختصاصها طبقا لقواعد الاختصاص القيمي والنوعي ، ومن ثَم ألزم المشرع المحكمة إذا عُرض عليها طلب عارض أو مرتبط ولكنه لا يدخل في اختصاصها قيميا أو نوعيا أن تحكم في الطلب الأصلي فقط ما لم يترتب على ذلك ضرر بحسن سير العدالة ، أما إذا كان سيترتب على الفصل في الطلب الأصلي وحده دون الفصل في الطلب العارض أو المرتبط ضرر بحسن سير العدالة ، فهنا نص المشرع على ضرورة أن تحكم المحكمة بإحالة الطلب الأصلي والطلب العارض إلى المحكمة الابتدائية المختصة بالطلب العارض أو المرتبط ، بحسب قيمة ونوع الطلب .

ويتضح من ذلك أن المشرع جعل هذا الأمر سلطة تقديرية للمحكمة الجزئية فهي تقدر بحسب تغليب المصلحة الأولى بالرعاية فأجاز المشرع للمحكمة أن تقضي في الطلب الأصلي فقط الذي يدخل في اختصاصها مع إحالة الطلب المرتبط أو العارض إلى المحكمة الابتدائية المختصة به قيميا ، كما أجاز لها أيضا أن تقوم بإحالة كلا الطلبين سواء الطلب الأصلي الذي يدخل في اختصاصها والطلب العارض أو المرتبط الذي يدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية أجاز لها إحالتهم إلى المحكمة الابتدائية معا .

وإن دل ذلك على شيء فإنه يدل على تمكين المشرع القاضي أن يدرء أي مفسدة تحول دون تحقيق المصلحة العامة على أكمل وجه ، وهنا القاضي سوف يوازن بين المصلحة العامة المباشرة الناتجة من إعمال قواعد الاختصاص القيمي وعدم مخالفتها ، وبين عدم إعمالها وإحالة الطلبين إلى المحكمة الابتدائية ، حتى لو أن الطلب الأصلي لا يدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية قيميا ، وذلك لتفويت الفرصة على المفسدة الناتجة من قيام المحكمة الجزئية بنظر الطلب الأصلي دون العارض ، ومن ثَم نجد مجالا رحبا لقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة في هذه القاعدة وقيام القاضي بتغليب درء المفسدة الناتجة من قيام المحكمة الجزئية بنظر الطلب الأصلي دون العارض على جلب المصلحة التي تترتب على التزام المحكمة بإعمال قواعد الاختصاص القيمي والنوعي المتعلقة بالنظام العام .

رابعا : الاختصاص المحلي

---

(١) والسؤال المطروح على الذهن في هذا الصدد هو هل يقبل الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية فى الطلب الأصلي الطعن فيه بالاستئناف ؟ وإن كان يقبل الطعن بالاستئناف فهل المحكمة المختصة بالفصل فى الطعن هي محكمة الاستئناف طبقاً لما نصت عليه المادة ٤٨ من قانون المرافعات ، أم نفس المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم باعتبارها محكمة درجة ثانية طبقاً لما نص عليه المشرع فى المادة ٢/٤٧ من قانون المرافعات ؟

(٢) حيث نص المشرع فى المادة ٢/٤٧ من قانون المرافعات على أن المحكمة الابتدائية تختص بالحكم في قضايا الاستئناف الذي يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من محكمة المواد الجزئية .

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

نص المشرع فى المادة ١٠٨ من قانون المرافعات على أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي يتعين إبداؤه قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيه ، وأجاز المشرع للخصوم فى المادة ١/٦٢ الاتفاق على أن تختص بالنزاع محكمة غير محكمة موطن المدعى عليه [١] ، ويتعين ألا يتضمن الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي أي تحايل أو تعسف فى استعمال الحق أو الكيد أو تسويف من قِبل الخصوم ، وإلا جاز للقاضي الوقوف ضد هذا التعسف من تلقاء نفسه استناداً لمبدأ الأمانة الإجرائية ، ويضحى للقاضي حق في أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص المحلي وإحالة الدعوى للمحكمة المختصة [٢] ، وهذا ما يتوافق مع اعتبارات قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات .

وبرغم عدم تعلق أحكام الاختصاص المحلي - كأصل – بالمصلحة العامة فقد حظر المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من قانون المرافعات الاتفاق مقدماً (أي قبل رفع الدعوى) على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي التي تجعل الاختصاص لمحكمة أخرى خلافا لمحكمة موطن المدعى عليه ، ويشير الفقه إلى عدم تعلق هذا القيد بالنظام العام [٣] ، ولكن يبدو لي أن هذا الحظر قد استهدف منه المشرع تحقيق مصلحة عامة تتمثل في حماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي ، باعتبار أن المدعى عليه فى هذا الفرض في وضع المضطر والمُجبر على تنفيذ ما يمليه عليه المدعي من شروط ، هنا ومن أجل تحقيق مصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية يكون للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه وبدون طلب من صاحب المصلحة لرفع هذا الاستغلال والحكم بعدم الاختصاص ، ويتوافق ذلك مع ما نص عليه المشرع فى المادة ١١١ من قانون المرافعات [٤] ، والتي جعلت للمحكمة سلطة جوازية في إقرار أو عدم إقرار ما اتفق عليه الخصوم من جعل الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه .

والشاهد من ذلك أن المشرع جعل قواعد الاختصاص المحلي تستهدف تحقيق المصلحة الخاصة للخصوم ، ومن ثم يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي ، فإن قام الخصم برفع الدعوى أمام محكمة

---

(١) وقد نصت المادة ٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي على أن كل شرط يخالف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة قواعد الاختصاص المحلي يعتبر باطلاً ما لم يكن قد تم الاتفاق عليه بين أشخاص تعاقدوا بصفتهم تجار وأن يكون هذا الشرط قد ورد بطريقة واضحة ضمن التزامات الطرف الذي يحتج به عليه

" toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est oppose " .

راجع أيضاً :

Strickler, yves " l'office du juge et les principles " op. cit. p. 9.

(٢) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٥٨٣ .

(٣) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٤١٤ .

(٤) تنص المادة ١١١ من قانون المرافعات على أنه " إذا اتفق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى – جاز للمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي اتفقوا عليها " .

(ISSN: 2356 - 9492)

غير مختصة محليا فليس للمحكمه أن تقضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها طالما أن الخصم الأخر صاحب المصلحة لم يتمسك بعدم الاختصاص ، ورغم ذلك نص المشرع في الماده ٦٢ من قانون مرافعات على عدم جواز الاتفاق مقدما على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي ، ورغم وجاهة هذا النص إلا أن الفقه أشار إلى أنه يستهدف تحقيق مصلحة خاصة للخصوم تتمثل في منع الاستغلال الذي قد يصدر من قِبل المدعي إذا كان الطرف المدعى عليه ضعيف وفي وضع يمنعه من التمسك بعدم الاختصاص المحلي ، وهنا نجد أن المشرع استهدف من هذه النصوص تحقيق مصلحة خاصة للخصوم تتجسد في جواز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي ، واستهدف أيضا من النص الذي يمنع الخصوم من الاتفاق مسبقا على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي في الماده ٦٢ تحقيق مصلحة خاصة أخرى تتجسد في منع المدعي الذي هو في وضع أقوى من وضع المدعي عليه أن يجبر المدعي عليه على مخالفة قواعد الاختصاص وتغيير المحكمة المختصة محليا .

إذا المشرع جعل المحكمة توازن بين أمرين أو توازن بين مصلحتين ، المصلحة الأولى وهي مصلحة خاصة تتجسد في حق الخصوم في الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي والاتفاق على رفع الدعوى أمام محكمة بخلاف محكمة موطن المدعى عليه ، وهناك مصلحة أخرى غير مباشرة تترتب من قيام القاضي بدرء مفسدة مترتبة على نفس القاعدة ، تتجسد هذه المفسدة في كون المدعي طرف أقوى من المدعى عليه ، وقد تتواجد شبهة الاستغلال وإجبار المدعى عليه على قبول هذا الاتفاق الذي يجعل المحكمة المختصة محكمة غير محكمة موطن المدعى عليه ، وباعتبار المدعى عليه هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة فقد حظر المشرع الاتفاق المسبق – أي قبل رفع الدعوى - بين المدعي والمدعى عليه على رفع الدعوى أمام محكمة غير محكمة موطن المدعى عليه .

والشاهد هنا أن القاضي في هذه الحالة يتعين عليه أن يوازن بين مصلحتين كلاهما مصالح خاصة بالخصوم ، المصلحة الأولى وهي جواز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي ، والمصلحة الثانية وهي مصلحة غير مباشرة مترتبة على درء مفسدة ، هذه المفسدة تتجسد في شبهة استغلال المدعي للمدعى عليه وقيامة بالاتفاق معه قبل رفع الدعوى على أن يتم رفع الدعوى أمام محكمة بخلاف محكمة موطن المدعي عليه ، ومن ثَم يُقدم ويرجّح القاضي درء المفسدة على جلب المصلحة ، فيكون للقاضي الحق في الحكم بعدم الاختصاص المحلي إذا تم الاتفاق ما بين المدعي والمدعى عليه على مخالفة قاعدة محكمة موطن المدعى عليه ، وذلك إعمالا لنص المشرع في الماده ٦٢ مرافعات .

الفرع الثاني
تحرير صحيفة الدعوى
وإيداعها قلم كتاب المحكمة المختصة

تمهيد

تعد الخطوة الأولى في رفع الدعوى بعد تحديد المحكمة المختصة هي مرحلة تحرير صحيفة الدعوة تمهيدا لإيداعها قلم كتاب المحكمة وإعلانها للمدعي عليه ، وتبرز مظاهر تطبيق قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات في تلك المرحلة في مواطن متعددة يسعى فيها القاضي للترجيح بين مصلحتين ، الأولى وهي مصلحة مباشرة مترتبة من الإجراء نفسه ، والثانية مصلحة غير مباشرة مترتبة من عملية درء مفسدة كانت على وشك الوقوع ، فيقوم القاضي بتغليب المصلحة المترتبة على درء المفسدة على المصلحة المباشرة الأخرى ، وسوف نوضح في هذه الجزئية مواطن إعمال قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وذلك على النحو التالي :

أولا : التوقيع على الصحيفة من قِبل محامى مقبول أمام المحكمة

نص المشرع فى المادة ٨٧ فقرة ٣ من قانون المحاماه على ضرورة توقيع محام مقبول على صحيفة رفع الدعوى أو الطعن [١] ، واستهدف المشرع من ذلك ضرورة الإشراف على تحرير صحيفة الدعوى مِمَن تتوافر لديه الخبرة ، الأمر الذي يوفّر وقت وجهد المحكمة ، ويتعين على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان صحيفة الدعوى إذا لم تكن موقعة من محام مقبول [٢] ، وقد استهدف المشرع من ذلك تحقيق مصلحة عامة تتمثل في ضرورة الاشراف على إعداد صحيفة الدعوى أو الطعن من قبل متخصص ، حتى لا يضيع وقت وجهد المحكمة إذا

---

(١) حيث نصت على أنه " ... لا يجوز تقديم صحف الاستئناف أو تقديم صحف الدعاوى أمام محكمة القضاء الإدارى إلا اذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامهما على الأقل ، وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات أوامر الأداء للمحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعه من أحد المحامين المشتغلين وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أو أمر الأداء خمسين جنيهاً ، ويقع باطلاً كل إجراء يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة " .

(٢) انظر د. أسامه روبي عبد العزيز الروبي – تحرير صحف الدعاوى بين النظرية والتطبيق – مرجع سابق – ص ٦١ .

(ISSN: 2356 - 9492)

لم يتم الإشراف على كتابة الصحيفة ، على اعتبار أن توقيع محامي على صحيفة الدعوى أو الطعن فيه ما يضمن كتابة الصحيفة بشكل قانوني يوفر على المحكمة الوقت والجهد .

قد يترتب على هذه القاعدة أيضا مفسدة تتمثل في أن المحكمة عندما تحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو صحيفة الطعن فانها بذلك تُجبر المدعي أو الطاعن على القيام مرة أخرى بإعادة إجراءات رفع الدعوى أو الطعن من البداية مما يؤدي إلى تعطيل سير الوظيفة القضائية وحسن سير العدالة وسرعة إنجازها ، ولكي يتم درء هذه المفسدة فقد أجاز المشرع للخصم الذي قام برفع الدعوى دون التوقيع من محامي مقبول على الصحيفة ، أجاز له المشرع أن يوقع صحيفة الدعوى أو الطعن في نفس مرحلة التقاضي التي هو بصددها ، بدلا من الحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو الطعن .

إذا القاضي هنا يوازن ما بين مصلحتين ، المصلحة الأولى وهي الحكم ببطلان الصحيفة لعدم توقيع محامي عليها ، والمصلحه الثانية وهي تترتب من خلال درء مفسدة ما ، والمفسدة المقصودة هنا هي تعطيل سير مرفق القضاء عندما يحكم القاضي ببطلان صحيفة الدعوى ، لأن الخصم سوف يقوم بإعادة إجراءات رفع الدعوى من جديد بعد توقيع الصحيفة من محامي مقبول ، وعليه يمكن للقاضي أن يدرء هذه المفسدة من خلال تمكين الخصم بتوقيع صحيفة الدعوى من محامي مقبول بعد رفع الدعوى وفي نفس مرحلة التقاضي الذي هو بصددها ، وبذلك يكون القاضي قد غلب درء المفسدة المتمثلة في القضاء ببطلان صحيفة الدعوى نتيجه عدم توقيعها من محامي مقبول على جلب المصلحة المتمثلة في توفير الوقت والجهد عندما يقوم المحامي بالتوقيع على الصحيفة فتضمن المحكمه صياغتها بطريقة قانونية وسليمة لا يكون فيها لبس للمحكمة .

ثانيا : بيانات إعلان صحيفة الدعوى

وقد أوجب المشرع أن تتضمن ورقة الإعلان مجموعة من البيانات نص عليها فى المادة ٩ من قانون المرافعات ومنها (**إسم وصفة من سُلمت إليه صورة الإعلان - وبيان الخطوات التي قام بها المحضر لإتمام الإعلان**)

نص المشرع على ضرورة أن يتضمن الإعلان بيان إسم وصفة من سُلمت إليه صورة الإعلان ، للتأكّد من أن الشخص الذي تَسَلم صورة الإعلان من الأشخاص الذين يصح تسليم الإعلان إليهم نيابة عن المدعى عليه عند عدم وجوده في موطنه [١] ، ومن الملاحظ أن البطلان المترتب على عدم توافر هذا البيان هو بطلان نسبي ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يتعين أن يتمسك به الخصم صاحب المصلحة ، وبرغم ذلك يبدو لي أنه يتعين على المحكمة أن تحكم على المُحضر بغرامة إجرائية ، إذا لم يقم بإثبات اسم وصفة من سُلمت إليه صورة الإعلان ، وذلك لكي يبذل المحضر أقصى جهده واهتمامه أثناء قيامه بالإعلان [٢] .

كما أوجب المشرع المصري على المحضر أن يثبت ويدون ما قام به من إجراءات وما واجهه من عراقيل كلاً في حينه أثناء إجراء عملية الإعلان [٣] ، وهذا ما أوجبه المشرع الفرنسي على المحضر ، حيث ألزمه المشرع

([1]) Braudo, serge. " définition de avis de passage. https://www.dictionnaire - juridique.com . vue le 4 – 9 – 2018 .

([2]) Cour d'appel d'angers 18 – 10 – 2015. N° de RG : 547. https://www.legifrance.gouv.fr . Vue le 11 – 7 – 2018.

([٣]) انظر نص المادة ٣/١١ من قانون المرافعات

الفرنسي بأن يذكر في أصل ورقة الإعلان ما بذله من جهد وتحري لإعمال القواعد الخاصة بالإعلان [١] ، وقد استهدف المشرع من ذلك حس المحضر على عدم الإهمال فى القيام بعمله ، فضلاً عن الرقابة الفعّالة على عمل المحضر مما يؤدي إلى غلق باب الغش والتحايل الذي قد يترتب عن القيام بالإعلان [٢] .

والشاهد من هذه النصوص أن المشرع عندما نص على ضرورة أن يتضمن الإعلان إسم وصفة من سُلمت إليه صورة الإعلان فقد استهدف من ذلك تحقيق مصلحة الخصوم ، ومن ثَم إذا لم يتم ذكر إسم وصفة مَن سُلمت إليه صورة الإعلان فلا يجوز للمحكمة هنا أن تقضي ببطلان الإعلان من تلقاء نفسها إلا إذا تمسك به الخصم صاحب المصلحة ، ويترتب على ذلك مصلحة تتجسد في عدم القضاء بالبطلان طالما أن الخصم لم يتمسك ببطلان الإعلان ، وفي نفس الوقت تترتب على هذه القاعدة مفسدة وهي وجود لا مبالاة وإهمال لدى المُحضر الذي قام بالإعلان دون أن يثبت إسم وصفة مَن سُلمت إليه صورة الإعلان ، وقد يترتب أيضا على ذلك شبهة الغش الإجرائي في تسليم الصورة لِمَن لم يحدده القانون لاستلامها ، ولكي يدرء القاضي هذه المفسدة فعليه أن يحكم بغرامة إجرائية على المحضر الذي قام بالإعلان دون إثبات إسم وصفة مَن سُلمت إليه صورة الإعلان في ظروف لم يكن صاحب المصلحة متمسكا فيها بالبطلان ؛ وذلك لِحَمل المحضر على الإلتزام بأحكام القانون وغلق باب الغش الذي قد يترتب على إهمال المحضر وعدم اهتمامه وعدم تحققه من الاشخاص الذين خولهم القانون حق إستلام صورة الإعلان .

ومن ثَم نجد أن القاضي هنا يوازن بين مصلحة ما تتمثل في عدم القضاء بالبطلان إذا لم يتم إثبات إسم وصفة مَن سُلمت إليه صورة الإعلان طالما أن الخصم لم يتمسك بالبطلان ، وبين درء مفسدة من خلال قيام القاضي بتوقيع غرامة إجرائية على المحضر بسبب إهماله في التحقق من إسم وصفة مَن سُلمت إليه صورة الإعلان ، توقيا لفتح باب الغش والتلاعب أثناء القيام بعملية الإعلان .

([1]) Art. 663 du code procedure civil francaise " Les originaux des actes d'huissier de justice doivent porter mention des formalités et diligences auxquelles donne lieu l'application des dispositions de la présente section, avec l'indication de leurs dates. En cas de signification par voie électronique faite à personne, ils mentionnent les dates et heure auxquelles le destinataire de l'acte en a pris connaissance Lorsque la signification n'a pas été faite à personne, l'original de l'acte doit préciser les nom et qualité de la personne à laquelle la copie a été laissée. Il en est de même dans le cas prévu à l'article 654 (alinéa 2 "

راجع أيضاً :

jean, Marc Ducourau " Les regles relatives a la signif ". 2012. https://www.jurtravail.com . vue le 17 – 9 – 2018.

(٢) انظر د. أسامه روبي عبد العزيز الروبي – تحرير صحف الدعاوى بين النظرية والتطبيق – مرجع سابق – ص ٤٦ .

(ISSN: 2356 - 9492)

المطلب الثاني

مجال تطبيق القاعدة

في مرحلة نظر الدعوى وسيرها أمام المحكمة

تمهيد وتقسيم

مرحلة نظر الدعوى وسيرها أمام المحكمة هي تلك المرحلة التالية لرفع الدعوى مباشرة والتي تسعى المحكمة فيها للوصول إلى الحقيقة وسماع دفاع الخصوم وتمكينهم من عرض طلباتهم ودفوعهم ، حتى تصل المحكمة لقناعة بالقرار المراد إصداره فتقوم بعد ذلك بحجز الدعوى للحكم أو ما يُعرف بقفل باب المرافعة ، وفي هذه المرحلة نجد أن قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة لها باع طويل ومجال واسع وتطبيقات متعددة في هذه المرحلة ، وسوف نوضح ونبرز مجال تطبيق تلك القاعدة ودورها في هذه المرحلة في أربع فروع وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : شروط قبول الدعوى وقاعدة درء المفسدة

الفرع الثاني : مدى صلاحية القاضي لنظر النزاع وقاعدة درء المفسدة

الفرع الثالث : الدفوع وقاعدة درء المفسدة

الفرع الرابع : عوارض سير الخصومة وقاعدة درء المفسدة

الفرع الأول

شروط قبول الدعوى وقاعدة درء المفسدة

نص المشرع فى المادة ٣ من قانون المرافعات على شروط قبول الدعوى والتي تتمثل في شرط المصلحة الشخصية والمباشرة والقائمة التي يقرها القانون [١] ، واستهدف المشرع منها عدم شغل المحاكم بدعاوى ليس

(١) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٤١٦ ، وقد أشار الدكتور عبد المنعم الشرقاوي إلى اعتبار

(ISSN: 2356 - 9492)

لأصحابها مصلحة ، ومن ثَم تنزيه مرفق القضاء من عبث غير الجادين فى اللجوء إليه [١] ، وفي نفس الوقت أشار المشرع إلى أنه تكفي المصلحة المُحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر مُحدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند المنازعة فيه [٢] ، والمقصود بالمصلحة المحتملة تلك المصلحة الوقائية التي تستهدف تجنب الضرر قبل وقوعه [٣] .

وبالتمعن في هذا النص نجد أن المشرع استهدف من شروط قبول الدعوى تحقيق مصلحة ومنفعة تتمثل في تنزيه محراب العدالة وعدم ضياع وقته جهده في دعاوى لا يكون لأصحابها مصلحة ، **ولكن هذا النص قد يترتب عليه مفسدة برغم أنه يستهدف تحقيق مصلحة** ، تتجسد هذه المفسدة في أن هناك دعاوى لا يتوافر لأصاحبها مصلحة حالة ومباشرة عند رفعها كالدعاوى المتعلقة بالبيئة ، فهنا رغم أن الشخص المتضرر قد أصابه ضرر ولكنه إذا قام برفع الدعوى فلا يتم قبولها من المحكمة بحجة عدم توافر المصلحة الحالة والمباشرة ، وهذا في حد ذاته يمثل مفسدة يتعين على القاضي درءها والوقوف أمامها .

ومن أجل ذلك أشار المشرع في النص نفسه على أنه تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله ، ويتعين على القاضي إذا رفعت دعوى لم يتوافر لصاحبها مصلحة شخصية ومباشرة وحالة أن يقضي بعدم القبول ، ولكن المدعي قد يُصاب بضرر ولكنه ليس ضرر حال ومباشر كما هو الحال في الدعاوى المتعلقة بالبيئة ، فبدلا من أن تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى في هذه الحالات يتم قبول الدعوى طالما توفرت فيها المصلحة المحتملة ، وبذلك نجد مجال تطبيق قاعده درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة في هذه الحالة .

ورغم تعلق شروط قبول الدعوى بالمصلحة العامة وما يترتب عليه من جواز تمسك الخصوم بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى [٤] ، إلا أنه مراعاة لمبدأ الأمانة الإجرائية وحسن النية فى الإجراءات وتقديراً لمقتضيات المصلحة العامة الوقائية فقد خوّل المشرع الفرنسي القاضي من تلقاء نفسه الحكم بالتعويض كجزاء على مَن يتعمد بسوء نية تأخير ابداء الدفع بعدم القبول إلى وقت تكون فيه المحكمة قد أوشكت على الفصل فى النزاع المعروض عليها [٥] .

الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو المصلحة وأن ما نص عليه المشرع من كونها شخصية ومباشرة يقرها القانون ما هي إلا أوصاف لشرط المصلحة – راجع في ذلك د. عبد المنعم الشرقاوي – نظرية المصلحة فى الدعوى – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ، ص ٤١ – راجع أيضاً د. عزمي عبد الفتاح – نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى – ص ٢١٥.

(١) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٢٤٢ ، د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٤١٧ .

(٢) انظر نص المادة ٣ من قانون المرافعات المصري ، وتعني المصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها راجع في ذلك د. محمود مصطفى يونس – المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٣٦٠ .

(٣) انظر د. سحر عبد الستار إمام – الطعن لمصلحة القانون بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ١٢ .

(4) Brenner, Claude et Fricero, Natalie. La nouvelle procédure d'appel, lamy. 2011. P. 124.

(5) Art .123 de code procedure civil francais. Article précédente p. 79.
Maltre, Anthony bem " le droit, l'intérét et la qualité à agir comme conditions de recevabilité des deMandes en justice ". 2016, https://www.legavox.fr .

ويتضح من صراحة هذه النصوص أن شروط قبول الدعوى تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، فهي شروط لم يقررها المشرع لحماية مصلحة الخصوم بل أقرها لحماية المصلحة العامة التي تتجسد في حسن سير الوظيفة القضائية وحسن أداء العدالة [١] ، باعتبار أن حسن سير الوظيفة القضائية يقتضي أن يتفرّغ القضاء لنظر المنازعات التي تَستحق الاهتمام والتقدير ، وهذا ما يخفف من العبء المُلقى على كاهل مرفق القضاء ويتوافق مع مبدأ العدالة الناجزة [٢].

ورغم أن المشرع استهدف من شروط قبول الدعوى تحقيق المصلحة العامة إلا أنه أولى رعايته لمصلحة عامة أخرى أولى بالرعاية والتقدير من تلك السابقة ، حيث أجاز للمحكمة فى الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من قانون المرافعات تأجل نظر الدعوى لإعلان ذي الصفة إذا رأت أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس ، وقد استهدف المشرع من هذا التأجيل تبسيط الإجراءات ، وتصحيح صفة المدعى عليه ، كما أجاز المشرع الفرنسي فى المادة ١٢٦ من قانون المرافعات تصحيح العيب الذي يؤدي إلى عدم القبول ، بشرط أن يتم ذلك قبل النطق بالحكم ، كتدخل صاحب الصفة الأصلي فى الدعوى المرفوعة ممن لا صفة له [٣] .

ونلاحظ هنا أن المشرع قد أجاز للقاضي بدلاً من الحكم بعدم قبول الدعوى – لِما فيه من مفسدة يتعين درءها - أن يقوم بإدخال صاحب الصفة الأصلي في الدعوى بدلا من الحكم بعدم القبول الذي قد يؤدي إلى تعطيل سير الدعوى وإعادة رفع الدعوى من جديد بإجراءات جديدة وما يصاحبه من ضياع وقت وجهد المحكمة وتحميل المدعي نفقات جديدة، ويساهم ذلك في سرعة الفصل فى المنازعات ، فبدلاً من الحكم بعدم القبول يتم تصحيح هذا العيب بإدخال صاحب الصفة الأصلي فى الدعوى ، وهذا ما يجسد مجال اعمال قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات .

والشاهد من ذلك أن قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة تجد مجالا واسعا ورحبا في إجراءات سير الدعوى ، فنجد أن هذه النصوص تستهدف تحقيق مصلحة ما وهي حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، والذي يتم من خلال الحكم بعدم قبول الدعاوى إلا ممَن يتوافر فيه شروط قبول الدعوى وهي الصفة والمصلحة ، فإن لم تتوافر هذه الشروط حكمت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم القبول ، ولكن قد يترتب على ذلك – الحكم بعدم القبول - مفسدة تتمثل في أن الحكم بعدم القبول لانتفاء الصفة سوف يؤدي إلى إعاده رفع الدعوى مرة أخرى بإجراءات جديدة ، مما يؤدي إلى تعطيل سير المنازعات وتعطيل مرفق القضاء وبطئ إجراءات التقاضي ، وهذه المفسدة يمكن للقاضي درءها بأن يقوم بتأجيل نظر الدعوى وإدخال صاحب الصفة الأصلي في الدعوى ، بدلا من

---

(١) راجع الحكم الصادر فى الطعن بالنقض رقم ٩١٤٩ لسنة ٧٨ قضائية ، جلسة ٢٠١٦/٧/٣١

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

(٢) انظر د. أحمد هندي – أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – ٢٠٠٦ – ص ٤٦ ، د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٠ ، د. محمد شتا أبو سعد – الموجز فى الدفع بعدم القبول مدنياً وتجارياً وإدارياً في ضوء القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ – مرجع سابق – ص ٣٢ ، د. عبد الحكم فودة – أسباب صحيفة الاستئناف – دار الفكر الجامعي – ص ١٠٩ ، د. محمود السيد عمر التحيوي – دعوى الحسبة – مرجع سابق – ص ٢٤٩ .

(3) Blandine Rolland, " Procédure Civile ". op.cit. P. 311

(ISSN: 2356 - 9492)

الحكم بعدم القبول مما يوفر الجهد والوقت والنفقات ، ويساهم ذلك في تقلص ظاهرة بطء إجراءات التقاضي ، وبذلك يكون القاضي قد درء المفسدة وغلّبها على جلب المصلحة .

الفرع الثاني
مدى صلاحية القاضي
لنظر النزاع المعروض عليه

تمهيد

سوف نوضح في هذه الجزئية من البحث مدى صلاحية القاضي لنظر الدعوى المعروضة أمامه ، وليس المقصود بصلاحية القاضي هو المعنى الدقيق المتعلق بحالات عدم الصلاحية بل يُقصد منه المعنى الواسع للمصطلح وهو مدى صلاحية القاضي لنظر النزاع المعروض عليه ، أي مدى قدرة القاضي على الفصل في النزاع المعروض عليه بكل حيدة ونزاهة دون أن يكون هناك أي معوقات تقف أمام القاضي عند الفصل في النزاع ، وعليه فسوف نوضح مدى صلاحية القاضي لنظر النزاع المعروض عليه مع إبراز مجال إعمال قاعدة درء المفسدة في هذه الجزئية من البحث ، وذلك على النحو التالي :

أولا : مخاصمة القاضي

نص المشرع في الماده ٤٩٤ على حالات مخاصمة القاضي وذكر منها حالة إنكار العدالة ومن ثَم فان إنكار العدالة من قِبل القاضي يُعد حالة من حالات مخاصمة القاضي ، والمخاصمة بمعنى أنه يجوز للخصم القيام برفع دعوى مخاصمة على القاضي يطلب فيها الخصم تعويض من القاضي لأنه أُصيب بضرر من إنكار العدالة ، وإنكار العدالة يتوافر إذا لم يفصل القاضي في المنازعة المعروضة عليه ، سواء بحجة أنه لا يوجد نص قانوني ينطبق على النزاع أو إذا كان ذلك نتيجة أهمال القاضي وقامه بتأجيل نظر الدعوى بدون مبرر برغم صلاحية الدعوى للحكم فيها .

والشاهد من ذلك هو أن المشرع استهدف من هذه النصوص تحقيق مصلحة عامة تتجسد في ضرورة الفصل في المنازعات وسرعة إنجاز العدالة حتى لا يتعطل مرفق القضاء ، وهذا في حد ذاته يمثل مصلحة للخصوم ومصلة عامة لمرفق القضاء وحسن سير العدالة ، لكن في مواطن أخرى أجاز المشرع للقاضي التنحي عن نظر الدعوى المعروضة أمامه لاستشعار الحرج ، ونص على ذلك في الماده ١٤٩ من قانون المرافعات ، وقد استهدف المشرع من هذه النص توفير مجال للقاضي للتنحي عن نظر الدعوى المعروضة أمامه إذا استشعر الحرج .

إذ نجد من هذه النصوص أن هناك مصلحتين متوازيتين يتعين على المحكمة أن تُغلّب إحداهما على الأخرى ، تتمثل المصلحة الأولى في ضرورة أن يقوم القاضي بالفصل في المنازعات المعروضة أمامه وألّا يتأخر في الفصل

(ISSN: 2356 - 9492)

فيها أو يمتنع عن الفصل فيها ، ويؤدي ذلك إلى حسن سير العدالة وسرعة إنجازها ، وهناك بجانب تلك المصلحة سالفة البيان مصلحة أخرى غير مباشرة تترتب من درء مفسدة ، تتمثل هذه المفسدة في حالة استشعار القاضي الحرج عند نظر نزاع ما وهو مجبر على الفصل فيه ، وحتى لا يكون منكرا للعدالة فإن تم إجبار القاضي على الفصل في النزاع المعروض عليه في حالة استشعار الحرج فهذا يمثل المفسدة التي يتم درءها بإتاحة الفرصة له لكي يتنحى عن نظر النزاع لاستشعار الحرج ، وبذلك يكون القاضي قد درء مفسدة وغلبها على جلب مصلحة .

ثانيا : رد القاضي

نص المشرع على أنه يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يتم الفصل فيه ، ومع ذلك ورعاية من المشرع لمصلحة عامة أقوى فإنه يجوز لرئيس المحكمة ندب قاضي آخر بدلاً ممن طُلب رده حتى لا تُضار العدالة من تأخير الفصل فى القضايا [١] ، فأراد المشرع توقي ضياع وقت المحكمة بعدم تعطيل سير الدعوى الأصلية [٢] ، وبالتمعن في هذا المضمون نجد أن المشرع أوجب على المحكمة أن تحكم بوقف نظر الدعوى الأصلية لحين الفصل في طلب الرد المقدم ، واستهدف المشرع من هذه القاعدة تحقيق مصلحة عامة تتمثل في ضرورة الفصل في طلب الرد أولا قبل نظر الدعوى الأصلية ، ورغم المصلحة المترتبة من إعمال هذه القاعدة إلا أنه يترتب على هذه القاعدة أيضا مفسدة تتمثل في تعطيل سير الفصل في المنازعات وسرعة إنجاز العدالة ، وعندما يتم وقف نظر الدعوى الأصلية فمن المحتمل أن يتعمد الخصم مقدم طلب الرد تعطيل سير الدعوى بتقديم هذا الطلب وذلك بسوء نيه وكيد ، فهذا يمثل مفسدة ، ويتم درء هذه المفسدة عندما تقوم المحكمة باستبدال القاضي المطلوب رده من خلال انتداب قاضي آخر يحل محله حتى لا يتم تعطيل سير الدعوى ، وبذلك يكون القاضي قد درء المفسدة وقدمها على جلب المصلحة من خلال ندب قاضي آخر يحل محل القاضي المطلوب رده ؛ حتى يتم غلق الباب في وجه الخصم سيء النية الذي يستهدف تعطيل سير الدعوى والكيد وضياع وقت وجهد المحكمة .

ثالثا : مخاصمة القاضي

اقتضت المصلحة العامة أن يلتزم كل من ارتكب خطأ سبب ضرر بتعويض المضرور عن هذا الضرر ، وهذا ما أشارت إليه المادة ١٦٣ من القانون المدني ، ولكن لم يُرد المشرع أن يُقرر مسئولية القاضي عن كل الأخطاء التي تصدر منه أثناء أدائه لعمله ، وإنما قصر مسئوليته على الأخطاء الجسيمة فقط ، حتى لا يفقد القاضي ثقته في أداء عمله أو يتخوّف عند الاجتهاد لتحقيق العدالة ، فضلاً على أن فتح الباب الخصوم لمقاضات القاضي وفقاً للقواعد العامة فى القانون المدني سوف يُعرض القاضي لكم كبير من الدعاوى ، وذلك بحسب قناعة كل خصم بأن القاضي قد أخطأ في أداء عمله ، وسوف يؤثر ذلك سلباً على حسن سير العدالة [٣] ، وعلى هذا الأساس فقد حدد المشرع أسباب مسئولية القاضي فى المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات ، والتي تتمثل في حالة وقوع غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم من قبل القاضي .

والشاهد من ذلك أن المشرع في الماده ١٦٣ من القانون المدني نص على ضرورة أن يلتزم كل من ارتكب خطأ سبب ضرر بتعويض المضرور ، ونجد أن العدالة تتمركز في هذا النص لأنه يلزم من تسبب في ضرر غيره

---

(١) حيث نصت المادة ١٦٢ من قانون المرافعات على أنه " يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم فيه ، ومع ذلك يجوز لرئيس المحكمة ندب قاضي بدلاً ممن طُلب رده "

(٢) انظر د. إبراهيم أمين النفياوي – مبادئ الخصومة المدنية – مرجع سابق – ص ٥٩٢ .

(٣) انظر د. فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – الجزء الأول – دار النهضة العربية – ٢٠١٧ – ص ٣٩٤ ، د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٦٨ ، د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٥ .

أن يعوضه عن هذا الضرر ، ومن ثم فهناك مصلحة مترتبة على هذا النص ، ولكن قد يترتب عليه أيضا مفسدة ، وذلك عندما يتم تطبيق هذه القواعد العامة على القاضي ، فإن تم تطبيق هذه القواعد العامة في المسئولية على القاضي فسوف يلتزم القاضي بتعويض كل خصم أصابه ضرر من حكم القاضي في النزاع المعروض عليه ، وبطبيعة الحال قد يخطئ القاضي وقد يتم إبطال الحكم الصادر لأي سبب ما ، وفي كل هذه الحالات هل يكون القاضي ملزم بتعويض الخصم عن الضرر الذي أصابه ؟ إن كانت الإجابة بنعم فهذا سوف يؤثر سلبا على القاضي ومن ثم على حسن سير العدالة وسوف يؤثر على مبدا استقلال القضاة ، وهذا في حد ذاته مفسدة مترتبة من تطبيق الأحكام العامة في المسئولية على القضاة ، ومن أجل درء هذه المفسدة فقد نص المشرع في الماده ٤٩٤ من قانون المرافعات على بعض الحالات فقط يكون القاضي فيها ملزما بتعويض الخصم عما أصابه من ضرر ، وهي حالات مخاصمة القاضي ، وبذلك نجد في هذه الحالة مجالا لإعمال قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة .

كما أجاز المشرع للمحكمة التي تنظر دعوى المخاصمة متى قضت بصحة المخاصمة – توفيراً للوقت والجهد والنفقات – أن تفصل فى الدعوى الأصلية بين الخصوم إذا رأت عدم القضاء ببطلان الحكم الصادر فيها لصدوره لمصلحة خصم آخر غير المدعي في دعوى المخاصمة ، وذلك متى رأت أن الدعوى صالحة للفصل فيها ، ويتم ذلك بعد سماع أقوال الخصوم [١] ، وهذا ما يتوافق مع اعتبارات درء المفسدة ، باعتبار ان تلك المحكمة أقدر من غيرها على الفصل فى النزاع المعروض عليها ، فضلاً عما يرتبه ذلك من صيانة هيبة المحكمة التي تم مخاصمة أحد قضاتها .

وطقا للقواعد العامة فإنه إذا تم رفع دعوى مخاصمة على القاضي لتوافر حالة من حالات المخاصمة فإن المحكمة تنظر دعوى المخاصمة ، وإن تبين فعلا أن القاضي توافر فيه حالة من حالات المخاصمة فإن المحكمة تبطل الحكم الذي أصدره القاضي الذي توافرت في شأنه حالة من حالات المخاصمة ، وتحكم بالتعويض للخصم المضرور رافع الدعوى إن كان له مقتضى ، وهذا هو الوضع الطبيعي ، ولكن أجاز المشرع في هذه الحالة للمحكمة التي تفصل في دعوى المخاصمة - إذا وجدت فعلا حالة من حالات مخاصمة القاضي - أن تفصل في موضوع الدعوى الأصلية إذا كانت هذه الدعوى صالحة للحكم فيها ، وكان الحكم الصادر فيها صادرا لصالح المدعى عليه فيها وليس لصالح المدعي في دعوى المخاصمة .

وبذلك نجد أنه طبقا للقواعد العامة فإن المحكمة مفترض أن تقضي ببطلان الحكم الصادر من القاضي الذي توافر فيه حالة من حالات المخاصمة ، وهذا في حد ذاته يمثل مصلحة عامة تتمثل في إحقاق الحق وتعويض الخصم المضرور وإبطال عمل القاضي القائم على غش أو غدر أو تدليس ، ولكن هذه القاعدة يترتب عليها أيضا مفسدة تتمثل في تعطيل سير العدالة ، وذلك لأن الخصم سوف يقوم برفع دعوى من جديد بإجراءات جديدة ، وهذه المفسدة يمكن درءها بقيام المحكمة التي تنظر دعوى المخاصمة بالفصل في موضوع الدعوى الأصلية طالما كانت صالحة للحكم فيها بدلا من إبطال الحكم الصادر واضطرار الخصوم لرفع الدعوى من جديد بإجراءات ونفقات جديدة ، والشاهد من ذللك هو أن درء المفسدة قد قدمه المشرع وأولاه بالرعاية والاعتبار عن جلب المصلحة ، ومن ثم يتعين

(١) انظر د. محمود مصطفى يونس – المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٩٥ ، وهذا ما قرره المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من قانون المرافعات .

(ISSN: 2356 - 9492)

على المحكمة التي تنظر دعوى المخاصمة أن تفصل في الدعوى الأصلية بدلا من الحكم ببطلان الحكم الصادر في الدعوى .

الفرع الثالث

الدفوع الشكلية وقاعدة درء المفسدة

أولا : أوجب المشرع فى المادة ١٠٨ من قانون المرافعات إبداءالدفوع الشكلية قبل الكلام فى موضوع الدعوى وقبل إبداء الدفع بعدم القبول ، ويتعين التمسك بهذه الدفوع جملة واحدة وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها [١] ، وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي فى المادة ١١٣ من قانون المرافعات حيث نص على وجوب إبداء وسائل البطلان المتعلقة بالأعمال الشكلية معاً في وقت واحد ، فإن أبدى الخصم بعضها وأخّر البعض الآخر فإن هذه الأخيرة تسقط بإبداء الدفوع الموضوعية ، كما نص المشرع في المادة ١١٢ منه على جواز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية أثناء نظر الدعوى بشرط أن يتم هذا التمسك فور اتخاذ الإجراء ، ويسقط الحق فى التمسك ببطلان هذا الأعمال بالكلام فى الموضوع [٢] .

([1]) Junillon, Jacques et Romain laffly. " la communication simultanee des pieces en appel : c'est maintenant ". semaine juridique 36 (2012): p. 1576.

([٢]) راجع الطعن رقم ٢٢٦٣ لسنة ٦٤ ق – جلسة ٢٠٠١/١٢/٢٧ – مجلة هيئة قضايا الدولة – عدد ١٨٢ – ص ١٦٠ ، وقد نصت المادة ١١٣ من قانون المرافعات الفرنسي على وجوب إبداء وسائل البطلان المتعلقة بالأعمال الشكلية معاً وفي وقت واحد ، فإن أبدى الخصم بعضها وأخّر البعض الآخر ، فإن هذه الأخيرة تسقط بإبداء الدفوع الموضوعية أو بإبداء الدفع بعدم القبول ، وجاء نصها على النحو التالي :

" Tous les moyens de nullité contre des actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été "

كما نصت المادة ١١٢ منه على جواز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية أثناء نظر الدعوى بشرط أن يتم هذا التمسك فور اتخاذ الإجراء ، ويسقط الحق فى التمسك ببطلان هذا الإجراء بالتكلم فى الموضوع أو بإبداء الدفع بعدم القبول متى تم هذا أو ذاك بعد اتخاذ الإجراء الباطل ، وجاء نصها على النحو التالي :

" La nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement ; mais elle est couverte si celui qui l'invoque a,

وقد برزت حكمة المشرع من ذلك في تحقيق حسن سير الوظيفة القضائية وسرعة انجاز العدالة، وذلك حتى لا تظل المحكمة أثناء مرحلة نظر النزاع مهددة بإبداء دفوع شكلية قد تؤدي إلى تعطيل الفصل فيها أو زوال الخصومة بعد أن تكون قد أوشكت المحكمة على إصدار حكم فيها ، فضلاً عما يؤديه ذلك من بطء إجراءات التقاضي وفتح باب الكيد والتسويف بإعطاء الخصم المتمسك بالدفع الشكلي فرصة لِأن يتراخى فى التمسك بهذا الدفع الشكلي لحين أن يتأكد من أن دفة الحق لم تتجه نحوه ، فيقرر التمسك بالدفع وتزول الخصومة بما اتخذته من جهد ونفقات ، ويضطر المدعي إلى رفع دعوى جديدة بإجراءات جديدة ، فيضيع وقت وجهد المحكمة دون جدوى ، وينعكس ذلك سلباً على حسن آداء العدالة وسرعة إنجاز العدالة .

ويستثنى من هذا الأصل العام الدفوع الشكلية التي ينشأ الحق فيها بعد التعرض لموضوع الدعوى [1] ، فيجوز للخصوم التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى وبعد الكلام في الموضوع ، ولكن يتعين ألا يتعسف الخصم في هذا الحق ويتعمد تأخير التمسك بهذه الدفوع إلى أن توشك المحكمة على الفصل فى الدعوى ، بحجة أن هذه الدفوع نشأ الحق في التمسك بها بعد الكلام في موضوع الدعوى ، أو بحجة أنها دفوع تتعلق بالنظام العام ؛ لأنه بذلك يتعمد تعطيل إجراءات التقاضي ، وهذا يخالف مبدأ الأمانة الإجرائية وحسن النية .

وبالتمعن في الأحكام المنظمة للدفوع الشكلية وضرورة ابدائها قبل الكلام في الموضوع ، نجد أن المشرع نص على ضرورة إبداء هذه الدفوع الشكلية قبل الكلام في موضوع الدعوى وإلّا سقط الحق في إبدائها ، والهدف من ذلك هو تحقيق مصلحة العدالة وحسن سير مرفق القضاء من خلال قيام الخصم بتجميع كل دفوعه الشكلية وإبدائها جملة واحدة قبل الكلام في الموضوع ؛ حتى لا تتفاجأ المحكمة في كل جلسة بالتمسك بأحد هذه الدفوع دون الأخرى مما يعطل سير العدالة وسرعة إنجازها ، إذا يمكن التسليم بأن هناك فائدة من ضرورة تمسك الخصم بالدفوع الشكلية معا وجملة واحدة قبل الكلام في موضوع الدعوى ، ولكن المشرع استثنى بعض الدفوع الشكلية التي ينشأ الحق فيها بعد التعرض لموضوع الدعوى ، فأجاز المشرع إبدائها في أي حالة تكون عليها الدعوى ، والهدف من ذلك هو تحقيق مصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية والاعتبار تتجسد في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة ، وسرعة انجازها .

ورغم ذلك فلا يجوز للخصم أن يتعسف في استعمال هذا الحق ويؤخر التمسك بالدفع الشكلي إلى مرحلة متأخرة في الدعوى حتى يُقَيّم هل الدعوى تسير لصالحه أم لا فيقرر بعد ذلك التمسك بهذا الدفع إذا لم تكن الدعوى تسير لصالحه فيترتب على ذلك ضياع وقت وجهد المحكمة دون جدوى ، وعليه فإن تعمد الخصم التمسك بالدفع الشكلي - الذي نشأ الحق فيه بعد الكلام في موضوع الدعوى - في مرحلة متأخرة من نظر الدعوى فهذا يمثل مفسدة في قانون المرافعات ، تؤدي هذه المفسدة إلى زوال الخصومة وزوال ما تم فيها من إجراءات ، ويتم إعادة رفع الدعوى من جديد بإجراءات جديدة ، ويتم درء هذه المفسدة من خلال قيام المحكمة من تلقاء نفسها بإعمال مقتضيات هذا الدفع الشكلي دون أن تنتظر تمسك الخصم به ، حتى تتفادى هذه الآثار السلبية ، وبذلك تكون المحكمة قد وقفت

---

postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité "

(1) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٠٥ – ٨٠٦ .

(ISSN: 2356 - 9492)

أمام المفسدة ودفعتها وغلّبت ذلك على جلب المصلحة التي كانت تكمن في أحقية الخصم في تأخير التمسك بالدفوع الشكلية التي نشأ الحق فيها بعد الكلام في موضوع الدعوى .

كما يبرز مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في هذه الجزئية من البحث عندما نص المشرع على إجازه التمسك بالدفوع الموضوعية في أي حالة تكون عليها الدعوى حتى ولو لم تتعلق تلك الدفوع بالنظام العام ، هذا في حد ذاته يترتب عليه مصلحة ومفسدة في ذات الوقت ، تتمثل المصلحة في احترام حقوق الدفاع والمواجهة وتمكين الخصم من التمسك بالدفوع الموضوعية في أي حالة تكون عليها الدعوى ، أما المفسدة فهي تتجسد في فتح باب التحايل وقصد تعطيل إجراءات التقاضي عندما يتعمد الخصم تأخير التمسك بهذه الدفوع إلى مرحلة تكون المحكمة على وشك الحكم في الدعوى ، فيتمسك الخصم بالدفع الموضوعي فتزول الخصومة وما تحمله من إجراءات ، ويضيع وقت وجهد المحكمة هباء وخاصة أن هذه الدفوع الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام وليس للمحكمة أن تتصدى لها من تلقاء نفسها .

الفرع الرابع

عوارض سير الخصومة

تمهيد

قد تنشأ أثناء سير الخصومة أمام المحكمة عوامل وحالات تُعطل حركة سيرها وتؤدي إلى ركودها كما هو الحال في حالات الوقف والانقطاع ، وقد تؤدي هذه الحالات إلى انقضاء الخصومة كاحالات الترك والسقوط ومضي المدة ، والمشرع وهو بصدد تنظيم تلك الحالات لم يشأ أن يترك لإرادة الخصوم أمر تسيير الخصومة في هذه الحالات إن شاءوا عجلو تحريكها وإن شاؤا تركوها راكدة أمام القضاء ، وإنما تولى المشرع وضع قواعد تسييرها ، محدداً مدداً وفترات قصوى لبقاء الخصومة راكدة أمام القضاء ، وقد أولى المشرع رعايته في ذلك لمقتضيات المصلحة العامة التي تتطلب تعجيل الفصل فى المنازعات [١] ، ومن أجل تحقيق هذه المصلحة منح المشرع القاضي دوراً إيجابياً في تصحيح الإجراءات وتفادي الحكم بالجزاءات الإجرائية والحد من آثارها [٢] ، وسوف تتناول

(١) انظر د. محمود محمد هاشم – اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون القضاء المدني – حالاته وطبيعته – ١٩٨١ – ص ٥٥.

(2) Allocution prononcée, et l'honorable francois. " l'Acces à la justice : 3 ans

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الدراسة في هذه الجزئية بيان وإبراز مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة ، وخاصة عند الحديث عن حالات انقطاع الخصومة وحالات سقوطها ، وذلك فى محورين على النحو التالي :

أ) انقطاع الخصومة

انقطاع الخصومة هو عدم السير فيها بقوة القانون لسبب عارض يتعلق بحالة الخصوم [١] ، وقد حدد المشرع المادة ١٣٠ من قانون المرافعات حالات الانقطاع وتتمثل في وفاة أحد الخصوم أو فقدانه أهلية التقاضي أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن أحد الخصوم ، ولم ينص المشرع على حالة ما إذا توفى محامي أحد الخصوم أو حالة انقضاء وكالته بالتنحي أو بالعزل ؛ والسبب في ذلك هو أن الوكيل بالخصومة ليس طرفاً فيها ، فضلا على أن الخصم في إمكانه أن ينيب عنه وكيلاً جديداً ، أضف إلى ذلك أنه يتعارض مع حسن سير العدالة وسرعة إنجازها أن يكون انقطاع الخصومة رهناً على إرادة الخصوم عند قيام الخصوم اصطناع سبباً لانقطاع الخصومة عن طريق عزل وكلائهم ، الأمر الذي يترتب عليه انتهاك مبدأ الأمانة الإجرائية وتعطيل الفصل فى المنازعات ، وهذا يمثل مفسدة محققه يتعين على القاضي الوقوف أمامها ودرءها عن نطاق الخصومة من خلال غلق باب الكيد والتحايل للخصوم [٢]

وتتجسد الحكمة من انقطاع الخصومة فى استحالة نظر الدعوى والفصل فيها دون سماع الخصم ، وبدون المواجهة بين الخصوم يضحى الحكم الصادر باطلاً لإخلاله بمبدأ احترام حقوق الدفاع والمواجهة [٣] ، وعلى هذا الأساس أجاز المشرع للمحكمة فى المادة ١٣٢ أن تحكم ببطلان الإجراءات المتخذة أثناء انقطاع الخصومة ؛ لأن إذا تم الحكم فى الدعوى بسماع طرف واحد يمثل انتهاكا لمبدأ احترام حقوق الدفاع والمواجهة ، ومن أجل ذلك نص المشرع الفرنسي فى المادة ٣٧٢ من قانون المرافعات على أن الإجراءات التي تتم والأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي والتي تم الحصول عليها أثناء انقطاع الخصومة تعتبر كأن لم تكن ، لأنها تمت من وراء ظهر الخصم ، ما لم يُجيزها الخصم الذي توافرت في شأنه حالة الانقطاع [٤] .

---

après la réforme de la procédure civile " p. 4

(١) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٢٧ .

(٢) انظر د. السعيد محمد الأزمازي – وقف الخصومة في قانون المرافعات – دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي – مرجع سابق – ص ١٠٣ .

(٣) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٠٣ – وقد نصت المادة ١٤ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه لا يمكن الحكم على خصم دون سماعه أو دعوته – راجع أيضاً :

Garat, patrice. " quelques réflexion sur l'ordre public dans le droit processuer québécois " . op . cit . p. 373 ., Strickler, yves " l'office du juge et les principles ". op . cit . p. 16 .

(٤) وما يؤكد ذلك أن إعادة إعلان المدعى عليه عند غيابه في أول جلسة يُعد إجراء متعلق بالنظام العام لأنه مقرر للمصلحة العامة المتمثلة في تحقيق مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع ، راجع د. الأنصاري حسن النيداني ، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، ١٩٩٦ ، ص ٢٣٢ ، وقد نصت المادة ٣٧٢ من قانون المرافعات الفرنسي على أن الإجراءات التي تتم والأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي والتي تم الحصول عليها بعد انقطاع

(ISSN: 2356 - 9492)

والشاهد من ذلك أن المشرع جعل البطلان المترتب على قيام الخصم باتخاذ إجراءات أثناء فتره انقطاع الخصومة بطلان مقرر لتحقيق مصلحة خاصة للخصوم ، ومن ثم لا يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وعليه فإن قام الخصم الآخر باتخاذ بعض الإجراءات أثناء فترة انقطاع الخصومة ، فلا يكون للمحكمة أن تقضي ببطلان هذه الإجراءات من تلقاء نفسها ، وهذا قد يدفع الخصم لاتخاذ إجراءات أثناء فترة انقطاع الخصومة ، وبعد زوال سبب انقطاع الخصومة سوف يتم تعجيل الخصومة وتستأنف المحكمة نظرها ، وهنا قد يتمسك الخصم الذي توافر في شأنه سبب الانقطاع ببطلان الإجراءات التي اتخذها الخصم الآخر أثناء فترة الانقطاع ، وتكون المحكمة بذلك مجبرة على الحكم بالبطلان طالما أن الخصم صاحب المصلحة تمسك به ، وهنا يضيع وقت وجهد المحكمة وتزول تلك الإجراءات التي قام بها الخصم الآخر أثناء فتره الانقطاع .

والشاهد في ذلك أن هذا الجزاء المتعلق ببطلان الإجراءات المتخذة أثناء انقطاع الخصومة هو بطلان مقرر لمصلحة الخصم ، وليس للمحكمة أن تحكم به طالما أن الخصم لم يتمسك به ، ولكن بعد زوال سبب انقطاع الخصومة قد يتمسك الخصم بهذا البطلان فيترتب على ذلك زوال تلك الإجراءات والحكم ببطلانها ، وبالتمعن في ذلك نجد أنه يترتب على ذلك مفسدة تتجسد في غل يد المحكمة عن الحكم ببطلان الإجراءات المتخذة أثناء فترة الانقطاع بحجة أن هذا البطلان مقرر لمصلحة الخصم الآخر ، على الرغم أن هذا الخصم الذي قُرِر البطلان لمصلحته غير موجود بالخصومة في هذه الفترة التي انقطعت فيها الخصومة .

وطالما أن الخصم غائب وغير موجود أثناء اتخاذ تلك الإجراءات فَمِن باب أولى أن تدافع المحكمة عن مصالحه باعتباره غير موجود أثناء اتخاذ هذه الإجراءات ، وهذا هو الوجه البارز للمفسدة في هذه الجزئية والذي يتعين على المحكمه درءها من خلال تخويل القاضي الحق في الحكم ببطلان الإجراءات التي تُتخذ أثناء فترة انقطاع الخصومة ، طالما أن الخصم الآخر الذي توافر في شأنه سبب الانقطاع غير موجود ، وهذا ما يتوافق مع مبدا إحترام حقوق الدفاع والمواجهة ، وبذلك يكون القاضي قد درء المفسدة وغلبها على جلب المصلحة .

ب) سقوط الخصومة

السقوط جزاء يؤدي إلى توقف الخصومة بما تم فيها من إجراءات قبل الحكم فيها ، نتيجة لعدم السير فيها - بفعل المدعي أو امتناعه - مدة ستة أشهر من آخر إجراء صحيح تم فيها [١] ، وهذا الجزاء مقرر للمصلحة الخاصة للخصوم ولا يتعلق بالمصلحة العامة ، حيث نص فى المادة ١٣٤ من قانون المرافعات على أنه " لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير فى الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه **أن يطلب** الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي " ، كما نص المشرع فى المادة ١٣٦ عى أنه " **يُقدم طلب** الحكم بسقوط الخصومة إلى المحكمة المُقام أمامها الدعوى المطلوب إسقاط الخصومة فيها بالأوضاع المعتادة لرفع

الخصومة تعتبر كأن لم تكن ، لأنها تمت من وراء ظهر الخصم إلا إذا أجازها الخصم الذي حدث الانقطاع لصالحه صراحة أو ضمناً ، راجع أيضاً :

François Boucard. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. op . cit . p.10.

(١) انظر د. إبراهيم أمين النفياوي – المرجع السابق – ص ٦٣١ – ومدة سقوط الخصومة فى القانون الفرنسي هي سنتان تبدأ عندما يتوقف كلا الخصوم عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسيير الدعوى ، وقد نصت المادة ٣٨٦ من قانون المرافعات على ذلك

" L'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans"

ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي جعل السقوط جزاءً لعدم تسيير الدعوى من قِبل كافة الخصوم فإن أهمل طرف ما تسييرها ولكن قام الطرف الآخر بذلك فلا تقضي المحكمة بالسقوط .

الدعوى ، **ويجوز التمسك** بسقوط الخصومة في صورة دفع إذا عجّل المدعي دعواه بعد انقضاء المدة المنصوص عليها فى المادة ١٣٤ من هذا القانون " .

والشاهد من هذه النصوص أن المشرع لم يُمَكّن المحكمة من القضاء بالسقوط من تلقاء نفسها ، ولكن يجب أن يتمسك به الخصم صاحب المصلحة [١] ، برغم أن الهدف الواضح من هذا الجزاء هو تأبيد المنازعات أمام المحاكم وعدم تراكمها فترات طويلة أمام المحكمة ، فضلا عن تخفيف العبء على كاهل المحكمة بالتخلص من القضايا التي ترك الخصوم تسييرها أمام المحاكم ، مراعات لمقتضيات مبدأ سرعة الفصل في المنازعات [٢] ، مما يوحي بأنه من المفترض تمكين المحكمة من القضاء به من تلقاء نفسها [٣] .

ومن جانب آخر اذا اعتبرنا أن هذا الجزاء مقرر لحماية المصلحة العامة ، فسوف تكون المحكمة مُجبرة على القضاء به من تلقاء نفسها – حتى ولو رضيَ به المدعى عليه – وإن لم تفعل كان الحكم الصادر منها مشوباً بعيب الخطأ في تطبيق القانون ، وسوف يكون لكلا الخصمين التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وهذا ما لا يتفق مع مقتضيات حسن سير العدالة ، ومن أجل ذاك يمكن اعتبار هذا الجزاء من الجزاءات المستمرة ، فيكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم به من عدمه بحسب ما يتوافق مع مقتضيات العدالة الناجزة ، لأنه قد تكون مصلحة المدعى عليه في عدم الحكم به والاستمرار في نظر الدعوى ، عندما يتعمد المدعي إهمال دعواه لقناعته بأنه لن يستطيع إثبات ما يدعيه ، وباعتباره جزاءً متجدد فيكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها متى قدرت أن من شأن ذلك تحقيق العدالة الناجزة ، وفي نفس الوقت لا يحق للمدعى عليه أن يتمسك بهذا الجزاء إلا قبل الكلام فى موضوع الدعوى حتى يتم غلق الباب في وجهه إذا أراد تأخير التمسك به لوقت تكون المحكمة قد أوشكت على إصدار حكم في الدعوى .

والشاهد من مضمون هذه القاعدة هو أن المشرع لم يعلق هذا الجزاء بالمصلحة العامة ومن ثَم فلم يُجز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما أنه ليس للخصوم حق التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوة ، فضلا على أنه ليس للمدعي التمسك به لأنه جزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه ، ويترتب على ذلك غل يد المحكمة في القضاء بهذا الجزاء حتى لو كان المدعي سيء النية وقصد بذلك الكيد والتسويف ، طالما أن الخصم الآخر المدعي عليه لم يتمسك به ، وعلى العكس من ذلك إذا اعتبرنا أن هذا الجزاء يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، فهذا سيجعل المحكمة ملزمة بالقضاء به من تلقاء نفسها حتى إذا كان المدعى عليه يريد الاستمرار في نظر الدعوى ،

---

(١) راجع الطعن بالنقض رقم ٦١٤١ لسنة ٧٨ قضائية – جلسة ٢٠٠٩/١٠/١٨ – والطعن رقم ٣٣٧٧ لسنة ٧٦ قضائية – جلسة ٢٠٠٧/١٠/٢٧ – مجلة هيئة قضايا الدولة – عدد ٢٠٨ – ص ١٢٧ .

(٢) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٩٤٩ ، د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٤١ ، د. محمد الصاوي مصطفى – فكرة الافتراض في قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٩٨ – دار النهضة العربية – ص ٢٥٠ .

(٣) انظر د. أحمد هندي – التمسك بسقوط الخصومة " همة الخصوم " – دراسة مقارنة فى القانون المصري والفرنسي والقانون اللبناني – مرجع سابق – ص ٥٢ ، ٥٣ ، حيث يشير إلى أن جزاء السقوط رغم أنه مقرر لحماية المصلحة الخاصة إلا أنه أيضاً مقرر لحماية المصلحة العامة المتمثلة في منع تراكم الدعاوى في ساحات المحاكم وتعطيل مرفق القضاء ، د. كمال أبو السعود – الدفع بسقوط الخصومة – مجلة المحاماه – السنة ٣٦ – العدد الخامس – ١٩٥٦ – ص ٧٥٤ .

(ISSN: 2356 - 9492)

فالمحكمة في هذه الحالة ملزمة بالقضاء بهذا الجزاء رغم أنه في صالح المدعي الذي قصد هذا الجزاء بسوء نية ؛ لأنه يتوقع أنه سوف يخسر دعواه .

إذ نجد أن هذا النص يتضمن مصلحة ومفسدة في آن واحد ، تتمثل المصلحة في أن المحكمة غير ملزمة بالقضاء بهذا الجزاء لأنه لا يتعلق بالمصلحة العامة ، ومن ثم يحق للمدعى عليه التمسك به أو عدم التمسك به بحسب مصلحته هو ، أما المفسدة فتظهر عندما يتم اعتبار هذا الجزاء مقرر للمصلحة العامة فتكون المحكمة ملزمة بالقضاء به من تلقاء نفسها ، حتى ولو كان المدعي قد تعمد تأخير اتخاذ الإجراءات في الدعوى لكي تقضي المحكمه بالسقوط ، لأن السقوط في هذه الحالة سيكون لصالح المدعي سيء النية ، فتكون المحكمة قد كافأت المدعي سيء النية على سوء نيته وتحايله على المحكمة بالقضاء بهذا الجزاء .

ولكي نعالج هذه المفسدة وندرءها فيمكن اعتبار هذا الجزاء من الجزاءات المتجددة ، وذلك بالقياس على جزاء البطلان المترتب على افتقاد الخصم لأهليته في التقاضي ، وهذا لا يُغير من طبيعة هذا الجزاء ، وأنه ما زال يستهدف تحقيق المصلحة الخاصة ولا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا تكون المحكمة مجبرة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى لا تُجيب المدعي سيء النية لمراده ، وفي نفس الوقت لا يكون للمدعي حق في التمسك بهذا الجزاء أمام المحكمه عندما يَجِد أن سير الدعوى يتجه لغير صالحه ، وبذلك تكون المحكمة قد درءت المفسدة وغلبتها على جلب المصلحة .

المبحث الثاني

مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة

في مرحلة إصدار الحكم والطعن عليه

تمهيد وتقسيم

عندما تنتهي المحكمة من مرحلة نظر الدعوى وتصل إلى قناعة بالقرار المراد إصداره ، تقوم المحكمة بقفل باب المرافعة ، وهو ما يطلق عليه من الناحية العملية " حجز الدعوى للحكم " تمهيدا للمداولة وإصدار الحكم في الدعوى ، وعليه فإن هذه المرحلة من مراحل التقاضي تبدأ بقرار يصدر من المحكمة يسمى قرار قفل باب المرافعة ، لكي يتم إغلاق باب المرافعة في وجه الخصوم بعد أن يُدلي كلا منهما بدفوعه وطلباته ، ثم بعد ذلك تتم عملية المداولة وهي المشاورة ما بين أعضاء المحكمة في القرار المراد اتخاذه في هذه الدعوى ، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة كتابة مسودة الحكم وكتابة نسخة الحكم الأصلية ، وسوف نوضح في هذه الجزئية من البحث تلك الخطوات التي تتبعها المحكمة لإصدار الحكم القضائي والطعن عليه مع إبراز مجال إعمال قاعدة درء المفسدة ، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : درء المفسدة في مرحلة إصدار الحكم

المطلب الثاني : درء المفسدة في مرحلة الطعن على الحكم

(ISSN: 2356 - 9492)

المطلب الأول

درء المفسدة في مرحلة إصدار الحكم

تمهيد

سوف نوضح في هذه الجزئية من البحث مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في مرحلة إصدار الحكم القضائي ، والتي تتضمن قيام المحكمة بإصدار قرار بقفل باب المرافعة ، ثم إجراء عملية المداولة ، ثم كتابة مسودة الحكم ، ثم كتابة نسخة الحكم الأصلية ، وذلك على النحو التالي :

أولا : قفل باب المرافعة وقاعدة درء المفسدة

عندما تصل المحكمة إلى قناعة بصلاحية الدعوى للحكم فيها تقوم بإصدار قرار بقفل باب المرافعة [١] ، وهو ما يُطلق عليه تحديد جلسة للنطق بالحكم ، وقد أجاز المشرع للمحكمة أن تسمع أحد الخصوم أو وكلائهم بعد قفل باب المرافعة ، ولها أيضا أن تقبل مذكرات من الخصوم أثناء قفل باب المرافعة مع مراعاة مقتضيات مبدأ المواجهة ، وقد أجاز أيضا المشرع الفرنسي فى المادة ٢٣١ من قانون المرافعات للمحكمة أثناء نظر الدعوى أو في غرفة المداولة وفي أية حالة تكون عليها الإجراءات أن تسمع كل شخص يبدو أن سماعه يفيد في إظهار الحقيقة ، فلا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم إلا بحضور خصمه ، وليس لها أن تقبل أسانيد أو مذكرات من أحد الخصوم دون تمكين بقية الخصوم من الاطلاع عليها ، وإلا وقع العمل باطلاً طالما أن المذكرة المقدمة تتضمن دفاعاً جوهرياً عوّلت عليه المحكمة فى الحكم [٢] .

---

(١) وطبقاً لنص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المصري لا يجوز فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة النطق بالحكم إلا بقرار تصرح به المحكمة فى الجلسة ، ولا يكون ذلك إلا لأسباب جدية تبين في ورقة الجلسة وفى المحضر ، كما نصت المادة ١/٤٤٤ من قانون المرافعات الفرنسي على أن رئيس الجلسة يستطيع أن يأمر بإعادة فتح باب المرافعة ، ويجب عليه أن يأمر به في كل مرة لم يكن الخصوم قد وضعوا في موضع يستطيعون معه بيان رأيهم تواجهياً بشأن توضيحات القانون أو الواقع التي طُلبت منهم

" Le président peut ordonner la réouverture des débats. Il doit le faire chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés "

(٢) وقد نصت الماد ٤٤٥ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه لا يجوز للخصوم بعد قفل باب المرافعة تقديم أي ملاحظات لتأييد ادعاءاتهم إلا في حالة الرد على الحجج المقدمة من النيابة العامة أو بناءً على طلب الرئيس فى الحالات المنصوص عليها فى المواد ٤٤٢ ، ٤٤٤ (وهما حالة قيام القاضي بطلب توضيحات أو تفسيرات للقانون أو الواقع يرى أنها ضرورية لتحديد ما يبدو غامضاً منها ، وحالة ما إذا لم يتمكن الخصوم من بيان رأيهم تواجهياً بشأن توضيحات القانون أو الواقع)

وعليه فيتعين على القاضي أن يُلزم نفسه بإعمال مبدأ المواجهة ، من خلال قيامه بتمكين الخصوم من الاطلاع على ما يجريه من بحث بشأن الوقائع المعروضة عليه وخاصة ما يثيره من تلقاء نفسه ، وأن يعطي فرصة للخصوم لمناقشة تلك الأسباب(١) ، وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ١٤ من قانون المرافعات على أن العدالة تقتضي عدم جواز إصدار الحكم في مواجهة شخص لم يُسمع أو يُستدعى(٢) .

والشاهد من هذه النصوص أن المشرع جعل القرار الصادر بقفل باب المرافعة قرار غير قطعي ، أي أنه أجاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقوم مرة أخرى بفتح باب المرافعة إذا كان له جدوى ، كما أجاز المشرع للخصوم تقديم مذكرات دفاع أثناء قفل باب المرافعة ، ولكن يتعين على المحكمة أن تقوم باطلاع الخصم الآخر على هذه المذكرات إذا عولت عليها المحكمة ، ويتضح من ذلك أن القاضي عندما يحكم بقفل باب المرافعة ويقدم أحد الخصوم مذكرة دفاع فيكون له سلطة تقديرية في فتح باب المرافعة مرة أخرى أو عدم فتحها ، وذلك بحسب مردود هذه المذكرة وتأثيرها في الدعوى وقرار المحكمة .

وهنا القاضي يوازن بين مصلحتين ، المصلحة الأولى وهي عدم فتح باب المرافعة والقيام بالمداولة وإصدار الحكم ، وهذا سوف يؤدي إلى سرعة إنجاز العدالة وحسن سيرها ، طالما أن المذكرة المقدمة لم تتضمن دفاعا جوهريا ولم يُعَول عليها القاضي ، والمصلحة الثانية تتمثل في قيام القاضي بفتح باب المرافعة مرة أخرى إذا كانت المذكرة المقدمة من الخصم أثناء غلق باب المرافعة مؤثرة في الدعوى وفي الحكم الصادر ، وهذه المصلحة الأخيرة عبارة عن فائدة تترتب من درء مفسدة ، والمفسدة المقصوده هنا هي قيام القاضي بالتعويل على المذكرة المقدمة من

" Après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 "

(١) انظر د. محمود مصطفى يونس – نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٦٦ – ١٦٧ ، د. محمد نور عبد الهادي شحاتة – سلطة التكييف فى القانون الإجرائي – دراسة مقارنة فى القوانين الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية – دار النهضة العربية – ص ١٤٦ – راجع أيضاً :

Rolland, Blandine. Procédure civile. op . cit . p. 111 ., François Boucard. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. op . cit . p. 8.

وقد نصت المادة ١٦ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه يجب على القاضي في كل الحالات أن يراقب إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم من تلقاء نفسه ، وألا يستند على وسائل ومستندات قدمها الخصوم إلا بعد أن يمكنهم من مناقشتها فيما بينهم ، وليس له أن يستند على أسس قانونية آثارها من تلقاء نفسه إلا بعد أن يدعوا الأطراف لإبداء ملاحظاتهم عليها .

(٢) راجع د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٣٣ – وقد أشار إلى التزام القاضي بأن يُطلع الخصم على ما قدمه الخصم الآخر من مستندات فى الدرجة الأولى ، أما فى الاستئناف فلا يكون القاضي ملزم بذلك إلا إذا قدم الخصم أدلة أخرى لم يطلع عليها الخصم الآخر فى مرحلة أول درجة ، د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٧٤٧ ، د. عبد الحكم فودة – أسباب صحيفة الاستئناف – مرجع سابق – ص ١٢٢ .

(ISSN: 2356 - 9492)

الخصم أثناء قفل باب المرافعة دون القيام بفتح باب المرافعة مرة أخرى أو امتناعه عن اطلاع الطرف الآخر على هذه المذكرة وعدم تمكينه من الرد عليها ، وبذلك يكون القاضي قد درء مفسدة محققة في هذه الحالة ، تتمثل في فتح باب المرافعة مرة أخرى أو تمكين الخصم الآخر من الاطلاع على المذكرة المقدمة والرد عليها ، وذلك احتراما لحقوق الدفاع والمواجهة ، وهذا بطبيعة الحال له أولوية على سرعة إنجاز العدالة .

ثانيا : المداولة

المداولة هي المشاورة بين قضاة المحكمة للوصول إلى رأي يحسم النزاع ، ويتم ذلك بعد إتمام المرافعة وقبل النطق بالحكم [١] ، ونص المشرع على ضرورة أن تُجرى المداولة سراً [٢] ، وإذا أفشى أحد القضاة هذه السرية فلا يترتب على ذلك بطلان الحكم ؛ حتى لا تُهدر الإجراءات التي اتُخذت فى الدعوى هباءً ودون جدوى ، وإنما يتعرض القاضي الذي أفشى سرية المداولة للمساءلة التأديبية ، حيث نص المشرع فى المادة ٧٤ من قانون السلطة القضائية على أنه لا يجوز للقضاة إفشاء سرية المداولات [٣].

يتبين من هذه القواعد أن المشرع نص على ضرورة أن تتم المداولة في شكل سري ، وإن تم إفشاء هذه السرية فسوف يترتب على ذلك بطلان الحكم ، احتراما لسرية المداولات ، ولكن إذا تم إفشاء سرية المداولة من أحد القضاة ، بأن خرج من المداولة وأفشى ما تم فيها من مناقشات وأراء ، فهذا لا يؤدي لبطان الحكم الصادر على خلاف ما إذا تم إفشاء سرية المداولة في الحكم الصادر نفسه ، وتجد قاعدة درء المفسدة مجالها رحبا في هذا الشأن في أن المشرع استهدف من تلك القاعدة تحقيق مصلحة ما تتمثل في وقوع الحكم باطلا إذا لم تتم المداولة في شكل سري ، وأن إفشاء سرية المداولة فيه بيان ما يدور بين هيئة المحكمة وهذا يقلل من هيبة الخصوم للقضاة والمحكمة، ومن أجل ذلك قرر المشرع جزاء البطلان لإفشاء سرية المداولة في الحكم .

ورغم ذلك وحتى لا تهدر الإجراءات التي اتُخذت في الدعوى من خلال إبطال الحكم الصادر بعد أن وصلت المحكمة لتلك المرحلة وهي مرحلة المداولة ، فقد خفف المشرع من حدة تلك القاعدة ونص على أن افشاء سرية المداولة من قبل أحد قضاة الدائرة لا يؤدي لبطلان الحكم ، بل يتعرض القاضي الذي أفشى سرية المداولة للمسائلة التاديبية بدلا من الحكم بالبطلان وما يترتب عليه من ضياع جهد المحكمة بعد أن أوشكت على النطق بالحكم ، وعليه فإنّ جزاء البطلان إذا ترتب على إفشاء سرية المداولة من قِبَل قاضي من قضاة الدائرة يتضمن مفسدة معتبرة تتجسد في ضياع جهد المحكمة وزوال ما تم اتخاذه من إجراءات في الدعوى ، ويتم درء هذه المفسدة عن طريق عدم إعتبار الحكم باطلا لإفشاء سرية المداولة من قِبَل أحد قضاة الدائرة التي أصدرت الحكم ، واستبدال ذلك بجزاء تأديبي يوقع على القاضي الذي أخل بواجبات وظيفته وأفشى سرية المداولة .

---

(١) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية مرجع سابق – ص ٧٤٢ ، وإذا كانت المحكمة مُشَكلة من قاضي فرد كما هو الحال فى المحاكم الجزئية ، فإن القاضي يقوم بحجز الدعوى للحكم في جلسة ما ، ويعطي لنفسه فرصة في نظر وفحص الأوراق والتدقيق فيها حتى يصدر الحكم المناسب .

(٢) حيث نصت المادة ١٦٦ من قانون المرافعات المصري على أن " تكون المداولة فى الأحكام سراً بين القضاة مجتمعين " ، كما نصت على ذلك المادة ٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي

" Les délibérations des juges sont secretes "

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية :

Cour de cassation, chamber civil 3 . 18 – 3 –1992, n° de pourvoi: 90 – 116438. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

(٣) انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن – الحكم القضائي (أركانه وقواعد إصداره) – دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة – ص ٢١٧ .

كما نص المشرع على أنه لا يجوز أن يشترك فى المداولة إلا القضاة الذين حضروا المرافعة ، ويترتب على مشاركة غيرهم فى المداولة بطلان الحكم [1] ، ويبدو أنه إذا حضر المداولة قاض لم يكن من القضاة الذين حضروا المرافعة وبدون أن يشارك فى المداولة فلا يترتب على ذلك بطلان ، مراعاة لسرعة إنجاز العدالة وتخفيفاً من كثرة الحكم بالبطلان ، أما إذا اشترك هذا القاضي فعلياً فى المداولة بأن أبدى رأيه فيها وكان لصوته تأثير فيقع الحكم باطلاً ؛ لأن الهدف الذي ابتغاه المشرع هنا يتجسد في ضرورة أن يأتي الحكم ثمرة عقيدة تكونت لدى هيئة المحكمة نتيجة سماع ما دار في الخصومة من مناقشات ، فإذا وجد مانع يحول بين أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة وبين الاشتراك فى المداولة كالوفاه أو الاستقالة أو بلوغ سن التقاعد أو الرد ، تعيّن على المحكمة إعادة فتح باب المرافعة مرة أخرى لتُعاد المرافعة مرة أخرى أمام مَن حل محل هذا القاضي الذي تواجد لديه مانع ، ويُكتفى هنا - مراعاة لمبدأ الاقتصاد فى الإجراءات وسرعة الفصل فى المنازعات - بإعادة عرض الطلبات الختامية فقط .

ونجد أيضا من خلال هذه النصوص أن المشرع قرر جزاء البطلان المطلق على مشاركة قاضي في المداولة لم يكن من القضاة الذين حضروا المرافعة ، فإذا حضر المدولة قاضي لم يكن حاضرا للمرافعة التي تمت أمام المحكمة فسوف يقع الحكم باطلا ، ولكن هذا البطلان أيضا سيكون سببا في هدر الإجراءات التي اتُخذت للوصول إلى هذه المرحلة وهي مرحلة المداولة ، أي أن المحكمة أصبحت على وشك إصدار الحكم ، فإن تم الحكم بالبطلان سيضيع وقت وجهد المحكمة هباء ودون جدوى، وسيضطر الخصم لرفع الدعوى مرة أخرى بإجراءات جديدة ، وهذا يساهم بلا شك في تضخم ظاهرة بطء إجراءات التقاضي .

وهذا يمثل مفسدة في قانون المرافعات تتجسد في بطء إجراءات التقاضي وهدر الإجراءات والجهد الذي بذلته المحكمة في الدعوى التي صدر فيها حكم بالبطلان لحضور قاضي في المداولة لم يكن من القضاة الذين حضروا المرافعة ، وحتى يتم درء هذه المفسدة فقد أجاز المشرع للقاضي هنا أن يقوم بفتح باب المرافعة مرة أخرى وإدخال هذا القاضي الذي حضر المداولة ، لكي يسمع المرافعة من جديد ، وبذلك يكون القاضي قد غلب ورجّح درء المفسدة على جلب المصلحة .

---

(1) راجع د. عزمي عبد الفتاح – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع – مرجع سابق – ص ٢٠ ، د. طلعت محمد دويدار – الوسيط في شرح قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة – ٢٠١٦ – ص ٧٠٥ – حيث نصت المادة ١٦٧ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز أن يشترك فى المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً " ، راجع أيضاً :

François Boucard. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. op . cit . p.9.

(ISSN: 2356 - 9492)

المطلب الثاني

درء المفسدة في مرحلة الطعن على الحكم

تمهيد وتقسيم

سوف نوضح في هذه الجزئية من البحث مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة وأحكامها في مرحلة الطعن على الحكم ، وتتضمن هذه المرحلة الحديث عن الطعن بالاستئناف والطعن بالتماس إعاده النظر والطعن بالنقض ، وعليه سوف نوضح مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في مرحلة الطعن على الحكم في الفروع التالية :

الفرع الأول : درء المفسدة في مرحلة الاستئناف والالتماس

الفرع الثاني : درء المفسدة في مرحلة الطعن بالنقض

الفرع الأول
درء المفسدة في
مرحلة الاستئناف والالتماس

أولا : الطعن بالاستئناف وقاعدة درء المفسدة

تَبَنى المشرع المصري مبدأ التقاضي على درجتين باعتباره أحد المبادئ الأساسية للتقاضي ، فأجاز للخصوم إعادة طرح النزاع - الذي تم الفصل فيه من محكمة أول درجة - مرة أخرى أمام محكمة أعلى درجة وأكثر خبرة لاستدراك ما فات الخصوم من وسائل دفاع ، وينبعث عن هذا المبدأ طمأنينة وثقة ورضا فى الأحكام القضائية من قبل المتقاضين ، ومن ثَم فقد حدد المشرع وسائل للطعن فى الأحكام لا يجوز العدول عنها أو الاتفاق على مخالفة أحكامها ، باعتبارها وسائل تتعلق بحسن سير الوظيفة القضائية [١] ، وسوف نُبرز في هذه الجزئية من البحث الجانب التطبيقي لقاعدة درء المفسدة في مرحلة الطعن على الحكم بالاستئناف .

أ) الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة

يعد الاستئناف أحد وسائل الطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى ، يُرفع أمام محكمة أعلى درجة من بين محاكم الدرجة الثانية بهدف تعديل الحكم أو إلغائه [٢] ، ويستند إلى فكرة ضمان حسن سير العدالة [١] ،

---

(١) انظر د. محمود السيد عمر التحيوي – حالات انعدام الحجية القضائية – مرجع سابق – ص ٨٣ – راجع أيضاً الطعن بالنقض رقم ٤٧١٩ لسنة ٧٢ قضائية – جلسة ٢٠١٧/٢/٢٣ – والطعن رقم ٩٤٣٤ لسنة ٨٢ – جلسة ٢٠١٦/١/١٠

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

كما نصت المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات الفرنسي على أنه لا محل لدعوى البطلان ضد الأحكام إلا بطرق الطعن المحددة قانوناً ، راجع أيضاً :

Bouty, cedric. L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé . presses universitaires d'aix – marseille, 2015 – p. 1.

(٢) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٠٧١ .

(ISSN: 2356 - 9492)

وبرغم تبني المشرع لمبدأ التقاضي على درجتين باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي ينهض عليها مرفق القضاء ، إلا أنه قصَرَ التقاضي فى الدعاوى الأدنى قيمة على درجة واحدة ، فلم يُجز استئناف الأحكام الصادرة فيها لبساطتها وعدم احتياجها إلى جهد كبير فى الكشف عن حقيقة الواقع فيها ، وذلك توفيراً للوقت وجهد القضاء وتجنباً لتعسف وتسويف الطاعن الذي قد لا يهدف من طعنه سوى الكيد وسوء النية لخصمه .

وعليه فالقاضي الجزئي يحكم بصفة انتهائية فى الدعاوى التي لا تزيد قيمتها عن ثلاثون ألف جنيه وهذا ما يُطلق عليه النصاب الانتهائي للقاضي الجزئي [٢] ، كما تحكم المحكمة الابتدائية بصفة انتهائية أيضاً فى الدعاوى التي لا تزيد قيمتها عن مائتي ألف جنيه ، وهو ما يطلق عليه النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية ، ورغم ذلك فقد استثنى المشرع من تلك القاعدة بعض الاستثناءات ، حيث أجاز فى المادة ١/٢٢١ من قانون المرافعات الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام أو بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثّر فى الحكم [٣] .

ومن ثَم يمكن القول بأن المشرع قد استهدف تحقيق المصلحة العامة من قاعدة عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي ، باعتبارها قاعدة توفّر وقت وجهد المحكمة وتُحقق سرعة انجاز العدالة ، وترفع العبء عن كاهل مرفق القضاء ، ولكن في مواطن أخرى رجّح المشرع مصلحة عامة أخرى أولى بالرعاية والاهتمام تحتل مرتبة أقوى وأولى من تلك المصلحة سالفة البيان ، تتجسد في شكل درء مفسدة ، على اعتبار أنه إذا صدر الحكم الانتهائي باطلاً أو مبنياً على إجراءات باطلة أو مخالفاً لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ، فيجوز الطعن فيه بالاستئناف حتى يضمن المشرع حسن تطبيق القانون على الواقع [٤] .

وعند التمعن في هذه النصوص يتضح أن هناك مصلحة مترتبة من عدم جواز الطعن بالاستئناف في الاحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة تتمثل في سرعة الفصل في المنازعات ومحاولة التخفيف من حدة ظاهرة بطئ التقاضي ، وفي نفس الوقت يترتب على نفس القاعدة مفسدة تبرز عندما يتم تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها ، فقد يكون الحكم باطلا أو مبني على إجراءات باطلة أو أنه صدر بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ، وفي هذه الحالة إن تم القول بعدم جواز الطعن في هذا الحكم بحجة أنه انتهائي فهذا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي ينهض عليها مرفق القضاء وحسن سير العدالة ، ومن ثم يتعين درء هذه المفسدة من خلال إجازة الطعن في هذه الأحكام الانتهائية إذا صدرت بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو إذا وقع

---

(١)انظر د. نبيل إسماعيل عمر – الطعن بالاستئناف وإجراءاته فى المواد المدنية والتجارية – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٤٨٧ ، د. علي عبد الحميد تركي – نطاق القضية فى الاستئناف – دراسة تحليلية مقارنة – مرجع سابق – ص ١٦ . راجع الطعن بالنقض رقم ٥٢١١ لسنة ٧٨ قضائية – جلسة ٢٠١٥/٢/١٨

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

(٢) وقد نص المشرع فى المادة ١/٤٢ من قانون المرافعات على أن " تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً فى الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه "

(٣) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٨٧٢ ، كما أجاز المشرع أيضاً فى المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي ، وتظهر المصلحة العامة في هذا النص عادة عند تنفيذ هذه الأحكام فقد يستحيل تنفيذهما معاً ، كما أجازت المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التي أصدرتها .

(٤) راجع الطعن بالنقض رقم ١٧٨٧٧ لسنة ٨٥ – جلسة ٢٠١٧/٥/٣ – والطعن رقم ٥١٠ لسنة ٧٢ قضائية – جلسة ٢٠٠٣/١١/٢٢

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات التي أثرت في الحكم ، وبذلك يكون القاضي قد درء المفسدة المترتبة من تلك القاعدة وأولاها بالاعتبار والعناية عن جلب المصلحة .

ب) لا دعوى بطلان ضد الأحكام

إذا فُتح المشرع الباب للمتقاضين بشكل دائم للتشكيك فى الأحكام القضائية ما انتهى نزاع لحل وما استقرت حجية لحكم ، وسيصاب المجتمع بالإضطراب والفوضى وعدم الاستقرار لعدم ثبات المراكز القانونية للأشخاص ، ولذلك حدد المشرع وسائل للطعن فى الأحكام إن استنفدت أو فات ميعادها تحصن الحكم وحاز حجية الأمر المقضي ، وأُغلق كل باب لإعادة طرح نفس النزاع أمام القضاء ، وعلى هذا الأساس حظر المشرع على الخصوم رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم باعتبار أن ذلك من أهم أساسيات التنظيم القضائي [١] ، وقد تبنى المشرع الفرنسي هذه القاعدة وأولاها بالرعاية والاعتبار [٢] .

فإذا رفعت دعوى بطلان ضد الحكم قضت المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، إلا أن إعمال تلك القاعدة يقتصر على حالات البطلان الذي يشوب الحكم ويؤثر في صحته ، فإذا تجاوز العيب الذي أصب الحكم إلى حد إهدار كيان الحكم مما يجعله هو والعدم سواء ، فهنا أجاز المشرع – استثناء - للخصوم رفع دعوى بطلان أصلية فى الحكم الصادر ، كما لو صدر الحكم من محكمة مشكلة تشكيلاً غير صحيح ، أو صدر في مسألة تخرج عن حدود الولاية العامة لقضاء الدولة ، ويتضح من ذلك أنه قد تتولد مصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية من تلك السابقة عندما يكون الحكم الذي تحصن ضد وسائل الطعن منعدماً ، فهنا يجب تغليب المصلحة العامة المتمثلة في تحقيق العدالة وحسن تطبيق القانون ، على المصلحة العامة المتمثلة في تحقيق استقرار المراكز القانونية ، باعتبار أن تحقيق العدالة على وجهها الصحيح أولى وأشمل من تحقيق استقرار المراكز القانونية ، وهذا ما يجسد مضمون قاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، باعتبار أن المشرع ميز بين مصلحتين الأولى تمثل مصلحة مباشرة تتمثل في عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم ، والثانية تمثل مصلحة غير مباشرة ناتجة من دفع مفسدة ، والمفسدة المقصودة هنا هي ترك الحكم المنعدم على حالة ومنع الخصوم من رفع دعوى أصلية ببطلانه ، والتي يتعين على القاضي درءها ودفعها ولو كان ذلك على حساب جلب المصلحة [٣] .

---

(١) انظر د. أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها أو النظام الخاص للمراجعة – تصحيح الأحكام وتفسيرها وإكمالها – ١٩٩٣ – ص ٣١ ، د. محمود مصطفى يونس – نظرات فى الإحالة لعدم الاختصاص " دراسة فقهية وتحليلية مقارنة " – مرجع سابق – ص ٨٣ .

(٢) حيث نص فى المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات على أنه لا يمكن طلب بطلان الحكم إلا بوسائل الطعن المنصوص عليها فى القانون .

راجع أيضاً :

Huet, véronique. " l'appel-nullité" revue juridique de l'ouest, 1.1 (1988). p. 349.
Cour de cassation chambre commerciale. 22 -3 - 2017
N° de pourvoi : 15 - 16579 . https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

(٣) مع مراعاة ما قرره المشرع من جواز رفع دعوى أصلية ببطلان حكم التحكيم خلال تسعين يوماً من إعلانه للمحكوم عليه أمام المحكمة الاستئنافية للمحكمة

(ISSN: 2356 - 9492)

ج) **ميعاد الطعن بالاستئناف**

نص المشرع المصري فى المادة ٢١٥ من قانون المرافعات على أنه " يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام سقوط الحق فى الطعن ، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها " [١] ، وقد خول المشرع الفرنسي للقاضي فى المادة ١٢٥ من قانون المرافعات أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم قبول الدعوى إذا كان متعلقاً بالنظام العام وفي حالة انتفاء المصلحة وعدم مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام ، وقد استهدف المشرع من ذلك تحقيق استقرار الحقوق لدى أصحابها ، ومن ثَم فإن تم الطعن بالاستئناف في حكم ما بعد انقضاء الميعاد المحدد للطعن فيه تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله .

ورغم ذلك ولتحقيق مصلحة أخرى أولى بالرعاية ، فقد خرج المشرع على مواعيد الطعن حيث أتاح رفع الاستئناف الفرعي ، بعد انتهاء الميعاد المحدد قانوناً للطعن بالاستئناف وأثناء نظر المحكمة للاستئناف الأصلي [٢] ، كذلك الحال عندما يتم الطعن فى الحكم الصادر من أحد المحكوم عليهم في موضوع غير قابل للتجزئة أو كان موضوع الدعوى من الموضوعات التي يوجب فيها القانون اختصام أشخاص معينين ، ففي هذه الحالة أجاز المشرع لِمن فوّت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قَبِل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته [٣] .

المختصة أصلاً بنظر النزاع ، ويعد ذلك من النظام العام لتفرعه عن الاختصاص النوعي ، عدا حالة التحكيم التجاري الدولي الذي يدخل فى اختصاص محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى وتكون هي المختصة كذلك بدعوى البطلان ، راجع د. أحمد صدقي محمود – د. سحر عبد الستار إمام – التنفيذ الجبري القضائي – مرجع سابق – ص ١١٨ .

(١) انظر د. نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة للنشر – ٢٠٠٦ – ص ٦٠٧ – راجع الطعن بالنقض رقم ٤٨٧٥ لسنة ٦٣ قضائية – جلسة ٢٠٠٠/١٢/٢١– مجلة هيئة قضايا الدولة – عدد ١٧٨ – ص ١٧٧ ، وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت للمواعيد المسقطة مفهوم خاص – مختلف عن مواعيد التقادم – فهي تلك التي يجب أن يتم فيها استعمال حق أو رخصة قررها القانون ، فيكون للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصم بها ، ولا ينقطع ولا يتوقف سريان مواعيدها ولا يتخلف عنها إلتزام طبيعي ، وتعد فى الأصل متعلقة بالنظام العام ما لم يرد بالقانون جواز الاتفاق على إطالة مدتها أو تقصيرها " ، راجع الطعن رقم ٣١ لسنة ٧٨ قضائية ، جلسة ٢٠١٠/٢/٢٣
http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

(٢) راجع الطعن بالنقض رقم ١٥ لسنة ٧٣ قضائية – جلسة ٢٠٠٤/٣/١١ – مجلة هيئة قضايا الدولة – عدد ١٩١ – ص ١٥٨ – والطعن رقم ١٠٢٥٤ لسنة ٦٥ قضائية – جلسة ٢٠٠٧/١٢/٩

http://www.ecs.eg. Vue le 20-4-2019 .

(٣) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٠٣٤ ، د. محمود مصطفى يونس – عدم تجزئة الطعن فى المواد المدنية والتجارية – دراسة مقارنة فى القانون المصري والقانون الفرنسي – مرجع سابق – ص ٥ ، كذلك نظرات فى الإحالة لعدم الاختصاص القضائي – دراسة فقهية وتحليلية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٩٢ ، ويقابل ذلك ما أشار إليه المشرع الفرنسي فى المادة ٥٥٢ من قانون المرافعات على أنه في حالة التضامن أو عدم القابلية للتجزئة فإن الاستئناف المرفوع من أحد المحكوم عليهم يحفظ حق الباقين فى الانضمام لخصومة الاستئناف ، وأن الاستئناف المرفوع على أحد المحكوم لهم يحفظ حق الطاعن فى اختصام الباقين ، فيجب على المحكمة قبل أن تقضي بعدم القبول أن تنبه الخصم إلى اختصام الخصوم الباقين فإن لم يفعل حكمت المحكمة بعدم القبول ، وأجازت الفقرة الثالثة للقاضي أن يأمر باختصام باقي أطراف خصومة أول درجة عندما يكون موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو في حالة الالتزام بالتضامن

" En cas de solidarité ou d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel

والشاهد من هذه النصوص هو أن المشرع أراد أن يُغلب مصلحة على مصاحة أخري تتمثل المصلحة الأولى في عدم جواز الطعن على الأحكام القضائية بعد فوات مواعيد الطعن المحددة قانونا حماية لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية وعدم تأبيد المنازعات أمام المحاكم ، أما المصلحة الثانية التي غلبها المشرع فهي تتمثل في درء مفسدة ، والمفسدة المقصودة هنا تبرز عندما يكون موضوع الدعوى - التي صدر فيها الحكم وانقضت مواعيد الطعن عليه - غير قابل للتجزئة أو أن موضوع الدعوى من الموضوعات التي يوجب فيها القانون اختصام أشخاص معينين ولم يتم اختصامهم ، فهنا طبقا للقاعدة العامة لا يجوز لهؤلاء الطعن في الحكم الصادر فى الموضوع ، طالما أن مواعيد الطعن قد فاتت وانقضت ، وهذا هو ما يرتب مفسدة لأن موضوع النزاع الذي صدر فية الحكم يتعلق بحقوقهم ، ومن أجل درء هذه المفسدة فقد أجاز المشرع لمن فوّت ميعاد الطعن أو قَبِلَ الحكم من المحكوم عليهم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته ، وبذلك يكون القاضي قد درء المفسدة المترتبة من هذه القاعدة وغلبها على جلب مصلحة .

د) النطاق الموضوعي لخصومة الاستئناف [1]

نص المشرع على أنه لا يجوز تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف [2] ، وليس لمحكمة الاستئناف أن تفصل في طلبات لم تكن مطروحة على محكمة أول درجة ، والقول بغير ذلك يفوّت على

---

formé par l'une conserve le droit d'appel des autres, sauf à ces dernières à se joindre à l'instance. Dans les mêmes cas, l'appel dirigé contre l'une des parties réserve à l'appelant la faculté d'appeler les autres à l'instance. La cour peut ordonner d'office la mise en cause de tous les co-intéressés"

(1) لا تقف سلطة محكمة الاستئناف عند مراقبة صحة الإجراءات أمام محكمة أول درجة بل تعيد نظر الدعوى من حيث الواقع والقانون ، وهذا ما يميزها عن محكمة النقض التي يقتصر دورها – كقاعدة – على تأييد الحكم المطعون فيه أو نقضه لمخالفة القانون دون أن تتصدى لبحث موضوع الطعن ، وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ٥٦١ من قانون المرافعات على أن الاستئناف يعيد طرح الشئ المقضي أمام قضاء الاستئناف كي يتم الفصل فيه من جديد بالنسبة للواقع والقانون

" L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel. Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code"

راجع أيضاً :

François Boucard. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. op. cit . p.2 .

Fricerole, Natalie " l'appel nouveau est arrivé ! . op . cit .

(2) انظر د. نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٦ – ص ٦٥٥ ، د. محمود مصطفى يونس – المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية – مرجع سابق ، ص ١٠٣٧ ، وقد بين أن الطلب الجديد هو الطلب الذي يختلف عن الطلب الذي سبق وأن أبدي أمام محكمة أول درجة في موضوعه أو الخصوم فيه أو جاوز الطلب الذي كان مطروحاً أمامها في مقداره ما لم تكن هذه الزيادة مما نص عليه فى المادة

(ISSN: 2356 - 9492)

الخصوم درجة من درجات التقاضي مما يخل بمبدأ التقاضي على درجتين ، والذي يُعَد من المبادئ الأصولية في قانون المرافعات [١] .

وعلى الرغم من ذلك فقد أجاز المشرع للمحكمة التي فصلت في دعوى المخاصمة - في حالة نجاح المخاصمة - إذا رأت أن الدعوى الأصلية صالحة للحكم فيها ، أن تفصل في موضوع الدعوى بعد سماع أقوال الخصوم [٢] ، كما أجاز المشرع للخصوم في خصومة الاستئناف ابداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو ناتجة عنها أو متصلة بها اتصالا لا يقبل التجزئة [٣] ، ويتبين من ذلك أن المصلحة العامة التي يسعى مبدأ التقاضي على درجتين لتحقيقها تتراجع أمام ظهور مصلحة عامة أخري أولى بالرعاية والاهتمام ، تُمكن المحكمة التي تنظر دعوى المخاصمة من التعرض لموضوع الدعوى الأصلية والفصل فيه متى نجح طالب المخاصمة فى اختصام القاضي وقدّرت المحكمة أن الدعوى الأصلية صالحة للحكم فيها ، باعتبار أن ذلك يحقق مبدأ العدالة الناجزة والاقتصاد في الإجراءات .

وقد أشار المشرع الفرنسي إلى أنه إذا كانت محكمة الاستئناف المطعون أمامها بهدف تحديد المحكمة المختصة هي نفسها محكمة الاستئناف المختصة في الأصل بنظر النزاع المطروح أمامها ، فيجوز لها أن تتصدى لنظر الموضوع وتفصل فيه إذا رأت أن من حسن سير العدالة الحكم فيه [٤] ، كما أجاز المشرع الفرنسي فى المادة ٥٦٨ لمحكمة الاستئناف عند إلغاء الحكم الإجرائي المنهي للخصومة أن تتعرض لبحث موضوع الدعوى إذا قدرت أن حسن سير العدالة يقتضي ذلك [٥] ، كما نص المشرع الفرنسي فى المادة ٥٦٦ من قانون المرافعات على أنه " يمكن

٢/٢٣٥ .

(١) راجع الطعن بالنقض رقم ٧٠٠٣ لسنة ٧٧ قضائية – جلسة ٢٠٠٨/٣/٢٥ – والطعن رقم ٥٢٩١ لسنة ٨٣ قضائية – جلسة ٢٠١٤/٧/١ – والطعن رقم ٢٠٥٠ لسنة ٤٧ – جلسة ٢٠١٤/٦/٢٤ .

http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

(٢) حيث نصت المادة ٢/٤٩٩ على أنه ".... ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم فى الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم وذلك بعد سماع أقوال الخصوم " .

(٣) انظر د. سحر عبد الستار إمام - محكمة الأسرة - دراسة مقارنة فى القانوني المصري والفرنسي - مرجع سابق - ص ٢٣٥ .

(4) Art .88 de code procedure civil francais " Lorsque la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle- même, le cas échéant, une mesure d'instruction "

باعتبار أن المشرع الفرنسي قد نص فى المادة ٨٠ من قانون المرافعات على أنه إذا قضت محكمة أول درجة في مسألة الاختصاص دون الفصل في موضوع النزاع ، فإن هذا الحكم لا يمكن الطعن فيه إلا بطريق الاعتراض ، حتى ولو حسمت المحكمة مسألة تتعلق بالموضوع متى كان حسمها ضرورياً نظراً لتعلقها بمسألة الاختصاص

" Si le juge se déclare compétent, sans statuer sur le fond, l'instance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour former appel et, en cas d'appel, jusqu'à ce que la cour d'appel ait rendu sa décision "

(5) Art .568 de code procedure civil francais " Lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou qui, statuant

للخصوم القيام بتوضيح الادعاءات الكامنة فى الطلبات الأصلية وفى الدفوع السابق لهم طرحها أمام محكمة أول درجة ، كما يجوز لهم إضافة ما يكون متعلقاً بهذه الطلبات أو ناتجاً عنها أو مكملاً لها "[١] ، وأجاز أيضاً للمحكمة قبول الطلبات التي تكون غايتها الفصل فى المسائل المتولدة عن تدخل الغير أو اكتشاف واقعة جديدة فى الاستئناف [٢] .

ثانيا) التماس اعادة النظر وقاعدة درء المفسدة

يتعين لكي يقبل الحكم لطعن عليه بالتماس إعادة النظر أن يكون نهائيا [٣] ، وهذا ما أشار إليه أيضاً المشرع الفرنسي فى المادة ٥٩٣ من قانون المرافعات والتي نصت على أن الطعن بالاتماس يوجه للأحكام الحائزة على قوة الأمر المقضي [٤] ، ومن ثَم فإن تم الطعن بالتماس إعادة النظر في حكم ابتدائي صار انتهائي لقبوله أو تفويت فرصة

---

sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction. L'évocation ne fait pas obstacle à l'application des articles 554,555 et 563 à567 "

([1]) Guy Narran, " les demandes nouvelles aprés le décret ". du 6 mai 2017 https://www.village-justice.com, vue le 11 – 10 – 2018 .

Cour de cassation chambre civile 1, 18 – 12 - 2014

N° de pourvoi: 13 – 23009. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

(٢) وقد أشار فى المادة ٥٦٥ من قانون المرافعات إلى أن الادعاءات المطروحة أمام محكمة الاستئناف لا تعد طلبات جديدة طالما أنها ترمي إلى نفس الغاية من الطلبات المقدمة أمام محكمة الدرجة الأولى حتى وإن كان أساسها القانوني مختلفاً

" A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait "

راجع أيضاً :

Fricerole, Natalie " l'appel nouveau est arrivé ! ". op . cit .

(٣) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٩٢٥ .

Cour de cassation chambre civile 2 , 30 – 1 – 2014

N° de pourvoi: 12 - 28323 . https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018

([4]) Art . 593 de code procedure civil francais " Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à

(ISSN: 2356 - 9492)

الطعن فيه بالاستئناف فيتعين على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبوله ، باعتبار أن الخصم قد أسقط حقه فيه [١] ، وهذا ما يتعلق بحسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة .

ومن الملاحظ أن المشرع المصري لم يُجز الطعن بالاتماس إعادة النظر فى الحكم الصادر فى خصومة الطعن بالالتماس أياً كان الحكم الصادر [٢] ، وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي ولكنه أورد عليه استثناء ، حيث نص فى المادة ٦٠٣ من قانون المرافعات على عدم جواز الطعن بالالتماس فى الحكم الصادر فى خصومة الطعن بالالتماس **إلا إذا بُني هذا الطعن على سبب لم يُكتشف إلا بعد إصدار الحكم فى الالتماس الأول** [٣] ، ويتبين من ذلك أن المشرع الفرنسي قد أولى رعايته لاعتبارات تحقيق العدالة عن اعتبارات استقرار الحقوق والمراكز القانونية ، على خلاف المشرع المصري الذي حظر على الخصوم الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر في خصومة الطعن بالتماس إعادة النظر ، والشاهد من ذلك هو أن قاعدة عدم جواز الطعن بالالتماس في الحكم الصادر في خصومة الطعن بالالتماس هي قاعدة استهدف المشرع منها تحقيق مصلحة عامة تتمثل في تحقيق الاستقرار وعدم تأبيد المنازعات في المحاكم ، ولكن هذه القاعدة أيضا يتولد من ورائها مفسدة تتجسد هذة المفسدة في أن الحكم الصادر من محكمة الالتماس قد يتضمن حالة من حالات الطعن بالتماس إعادة النظر ، ورغم ذلك لا يجوز للخصوم الطعن عليه بالتماس إعادة النظر .

ولم يسعى المشرع المصري لدرء هذه المفسدة ، لكن المشرع الفرنسي سعى لدرء هذه المفسدة عندما أجاز للخصم ان يطعن في الحكم الصادر بالتماس إعادة النظر ، وقيد ذلك بأن يكون الحكم الصادر قد بُني على سبب لم يُكتشف إلا بعد إصدار الحكم في الالتماس الأول وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد درء مفسدة وأولاها على جلب مصلحة .

---

nouveau statué en fait et en droit "

([1]) Recours en revision : une recevabilitésous condition. 2014 , https://actu.dalloz-etudiant.fr

([٢]) حيث نصت المادة ٢٤٧ من قانون المرافعات على أن " الحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يجوز الطعن في أيهما بالالتماس "

([3]) Art. 603 de code procedure civil francais " Une partie n'est pas recevable à demander la révision d'un jugement qu'elle a déjà attaqué par cette voie, si ce n'est pour une cause qui se serait révélée postérieurement. Le jugement qui statue sur le recours en révision ne peut être attaqué par cette voie "

الفرع الثاني

الطعن بالنقض وقاعدة درء المفسدة

تمهيد

سوف نوضح في هذه الجزئية من البحث مواطن إعمال قاعدة درء المفسدة ، وخاصة مع الأحكام المنظمة لإجراءات الطعن بالنقض ، وذلك على النحو التالي :

أولا : الواقع والقانون أمام محكمة النقض

نص المشرع على أن محكمة النقض تعد محكمة قانون وليست محكمة موضوع ، بمعنى أن محكمة النقض لا تنظر في المسائل الواقعية وليس لها الحكم في موضوع الدعوى ؛ لأنها محكمة قانون تسعى في المقام الأول لمراقبة صحة تطبيق القانون ، فليس لها كأصل عام أن تتعرض لموضوع الطعن المعروض عليها [1] ؛ لأن محكمة النقض

([1]) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١١٥٠ ، د. محمود عمر السيد التحيوي – الطعن فى الأحكام القضائية – الطبعة الأولى – ٢٠٠١ – ص ١٠٧ ، راجع أيضاً :

François Boucard. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. op . cit . p.2.

ويتضمن الواقع ما حصل وكان له كيان ذاتي وصار بذلك منتمياً إلى الماضي ، ويسمي الفقه المسائل الواقعية التي لا معقب على رأي قاضي الدعوى فيها بواقع الدعوى ، راجع في ذلك د.أحمد مليجي ، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى ، مرجع سابق ، ص ٦١ ، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي فى المادة ٦٠٤ من

(ISSN: 2356 - 9492)

ليست درجه ثالثة من درجات التقاضي ، بل هي تُراقب المحاكم الأدنى في صحة تطبيق القانون ، ورغم ذلك لم يُرد المشرع أن يُنَحي المحكمة تماما عن مجال الواقع ، ولكنه مكنها من مراقبة مدى كفاية الوقائع التي أثارها قاضي الموضوع لتبرير ما انتهى إليه الحكم[١] ، حتى تتأكد المحكمة من كفاية الأسباب ومنطقيتها وعدم تحريفها[٢].

والشاهد من ذلك أن محكمة النقض إذا مُنعت نهائيا من بحث مسائل الواقع ؛ لأدى ذلك إلى وجود مفسدة تتجسد في عدم تمكنها من فرض رقابتها على القانون ، وعليه يمكن درء هذه المفسدة بأن يكون لمحكمة النقض الحق في بسط رقابتها على أسباب الحكم لكي تستكشف منه مدى كفاية الوقائع التي أثارها قاضي الموضوع لتبرير ما انتهى إليه الحكم ، كما أجاز المشرع للمحكمة أن تنظر موضوع الطعن إذا كان صالحا للحكم فيه أو كان الطعن مرفوع أمامها للمرة الثانية[٣] ، وفي بعض الحالات الاستثنائية الأخرى التي أجاز فيها المشرع لمحكمة النقض أن تتعرض لموضوع الطعن[٤] ، وقد نص المشرع فى المادة ٥/١٢ من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة

قانون المرافعات حيث قررت أن " الطعن بالنقض يرمي إلى رقابة محكمة النقض لمدى مطابقة الحكم المطعون فيه لقواعد القانون " .

(١) انظر د. نبيل إسماعيل عمر – النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية طبقاً لما هو وارد في قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي – منشأة المعارف بالاسكندرية – ١٩٨٠ – ص ٣٤٨ ، وقد نصت المادة ١/١٢ من قانون المرافعات الفرنسي على أن القاضي يحدد النزاع وفقاً لقواعد القانون المنطبقة عليه ، ويتعين عليه أن يعيد تكيف الوقائع والأفعال المتنازع عليها دون أن يتوقف على التكييف الصادر من قبل الخصوم (نص مادة سابق مشار إليه في ص ١٢٧) ، ونصت في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز للقاضي أن يغير التسمية (التكييف) الصادر من قبل الخصوم بشأن الحقوق الخاصة التي لهم حق التصرف فيها والتي تم الاتفاق بينهم على تكييفها

" Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat "

راجع أيضاً :

Tahre cédric " procédur civile ". op. cit. p. 168.

(٢) انظر د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١١٨٢ ، حيث أشار إلى أنه ليس لمحكمة النقض التعرض من تلقاء نفسها لبحث ما إذا كان قاضي الموضوع قد قام بمسخ الواقع أو تحريفه أم لا ، وإنما يجب أن يتمسك الخصم صاحب المصلحة بذلك ، إلا أنه قد يبدو لي – مراعاة لمقتضيات حسن سير العدالة وحسن تطبيق القانون وتقديراً لسلطة محكمة النقض في بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون على الواقع – أنه إذا رأت محكمة النقض أن هناك مسخ أو تحريف للواقع فى الجزء المطعون فيه من الحكم فلا مانع من أن تتعرض له من تلقاء نفسها متى قدّرت ضرورة ذلك ، فليس هناك داعي من القول بضرورة تمسك الخصوم به حتى تقضي به محكمة النقض ؛ لأن من شأن ذلك تقيد سلطة المحكمة في أداء المهام الموكلة إليها ، ولا يُمكّنها ذلك من إعمال رقابتها على تطبيق القانون .

(٣) راجع الطعن بالنقض رقم ١٥٣٠ لسنة ٦٠ قضائية ، جلسة ١٩٩٩/١١/١٨ – مجلة هيئة قضايا الدولة – عدد ١٧٣ – ص ١٧٩ – وقد نصت المادة ٤/٢٦٩ من قانون المرافعات على أنه " ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أياً كان سبب النقض أن تحكم فى الموضوع " **والمستفاد من هذا النص أن المشرع قد أجاز لمحكمة النقض في كل الأحوال أن تلقي نظرة سريعة على موضوع النزاع سواء كان الطعن للمرة الأولى أو الثانية ، ومن ثَم لا تعد محكمة النقض محكمة قانون فقط بل محكمة موضوع أيضاً ، وأن القول باعتبارها محكمة قانون فقط هو من قبيل النظام العام الوقائي ؛ لأن المحكمة لها سلطة تقديرية في بحث موضوع الدعوى في نطاق ما يمكّنها من تقدير مدى صلاحية الفصل فيه من عدمه .**

(٤) انظر د. سحر عبد الستار إمام – آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة — الاختصاص بإبداء الرأي – الطعن لتجاوز السلطة – مرجع سابق – ص ٦٣ ، راجع أيضاً الطعن بالنقض رقم ٨٢٨٦ لسنة ٧٩ ، جلسة ٢٠١١/٣/٢٢ – حيث قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة النقض بنقض

٢٠٠٨ على أنه " إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه حكمت في موضوع الدعوى ولو كان الطعن للمرة الأولى " [١] ، كما تعد محكمة النقض محكمة موضوع عندما تَنظر طلب رد أحد مستشاري محكمة النقض [٢] ، وأيضاً عندما تَنظر دعوى المخاصمة إذا كان القاضي المخاصم هو قاضي بمحكمة النقض [٣] ، وللمحكمة أن تقوم بتصحيح الأسباب القانونية للحكم المطعون فيه عندما تجد قصوراً فى التسبيب ، ثم ترفض الطعن ، وهذا ما يُطلق عليه رقابة بلا نقض [٤] ، لأنه إذا فرضنا أن محكمة النقض محكمة قانون فقط في كل الأحوال فسوف يؤدي ذلك إلى وجود مفسدة تتمثل في تأبيد بعض المنازعات بين المحاكم وتعطيل إجراءات الفصل في الطعون وبطء إجراءات التقاضي .

على عكس الحال عندما يكون لمحكمة النقض الحق في التعرض لموضوع الطعن في هذه الحالات الاستثنائية ، فيتم الفصل في الطعن المعروض عليها بدلا من إحالة الموضوع مرة أخرى لمحكمة الموضوع ، وهذا يوفر وقت وجهد القضاء ويوفر النفقات ويدرء المفسدة المترتبة من القول بضرورة أن تكون محكمة النقض محكمة قانون في كل الأحوال .

الحكم المطعون فيه الصادر من المحاكم الاقتصادية حكمت في موضوع الدعوى ولو كان الطعن لأول مرة ، وذلك نظراً لطبيعة الأحكام الصادرة فى المنازعات الاقتصادية ومدى حرص المشرع على سرعة إنهائها

http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

(١) انظر د. سحر عبد الستار إمام – آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة – الاختصاص بإبداء الرأي – الطعن لتجاوز السلطة – مرجع سابق – ص ٦٣ – راجع أيضاً الطعن بالنقض رقم ٨٢٨٦ لسنة ٧٩ ، جلسة ٢٠١١/٣/٢٢ ، حيث قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه الصادر من المحاكم الاقتصادية حكمت في موضوع الدعوى ولو كان الطعن لأول مرة ، وذلك نظراً لطبيعة الأحكام الصادرة فى المنازعات الاقتصادية ومدى حرص المشرع على سرعة إنهائها

http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

(٢) حيث نصت المادة ٤/١٥٣ من قانون المرافعات على أنه " وتختص بنظر طلب رد المستشار بمحكمة الاستئناف أو بمحكمة النقض دائرة بمحكمة الاستئناف أو بمحكمة النقض حسب الأحوال غير الدائرة التي يكون المطلوب رده عضواً فيها " .

(٣) حيث نصت المادة ٤٩٦ من قانون المرافعات على أنه " تحكم المحكمة في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها وذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضي أو عضو النيابة المخاصم حسب الأحوال وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت فى الدعوى ، وإذا كان القاضي المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض تولت الفصل في جواز قبول المخاصمة إحدى دوائر هذه المحكمة في غرفة المشورة " .

(٤) انظر د. أحمد هندي – أثار أحكام محكمة النقض وقوتها (حكم النقض – حكم الإحالة) – دراسة تحليليه في القانونين المصري والفرنسي – دار الجامعة الجديدة للنشر – ص ٣٢ – راجع الطعن بالنقض رقم ٥١٦٢ لسنة ٧٩ قضائية ، جلسة ٢٠١٦/١/٢١ ، حيث قضت بأنه يجوز لمحكمة النقض أن تستكمل أسباب الحكم المطعون فيه وأن تعطي الوقائع التي حصلها الحكم المطعون فيه تكييفها القانوني الصحيح دون أن تنقضه ، وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ٦٢٠ من قانون المرافعات على أنه يمكن لمحكمة النقض أن ترفض الطعن مستبدلة السبب القانوني بسبب آخر

http://www.cc.gov.eg. Vue le 10-8-2018 .

François Boucard. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. op . cit . p.7.

(ISSN: 2356 - 9492)

ثانيا : ميعاد الطعن بالنقض

حدد المشرع المصري فى المادة ١/٢٥٢ من قانون المرافعات ميعاد للطعن على الحكم بالنقض وهو ستون يوماً من تاريخ إصدار الحكم أو من تاريخ إعلان المحكوم عليه بالحكم [١] ، كما حدد المشرع الفرنسي أيضا ميعاد الطعن بالنقض فى المادة ٦١٢ من قانون المرافعات ، وهو شهرين من تاريخ إصدار الحكم [٢] ، وقد استهدف المشرع من هذه المواعيد تحقيق مصلحة عامة تتمثل في عدم تأبيد المنازعات والطعون أمام المحاكم .

إلا أن المشرع الفرنسي قد خرج عن هذه المواعيد مراعاة منه لمصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية ، تتمثل في إعمال مقتضيات مبدأ عدم تناقض الأحكام وحسن تطبيق القانون على الواقع ، حيث أجاز الطعن بالنقض حتى بعد فوات ميعاده في حالة تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم آخر نهائي ، وأشار إلى ذلك فى المادة ٦١٨ من قانون المرافعات [٣] ، كما لا يسري ميعاد الطعن بالنقض على الطعن المُقدم من النائب العام لمصلحة القانون ، ومن ثَم يبرز الهدف الأساسي منه في توحيد كلمة القضاء حول تفسير وفهم قواعد القانون [٤] .

والشاهد من ذلك هو أن المشرع قد وضع مواعيد للطعن بالنقض وجعلها تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، فلا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها ويتعين على المحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبول الطعن إذا تم رفعه بعد فوات المواعيد ، ويترتب من ذلك مصلحة عامة تتجسد في حسن سير مرفق القضاء وعدم تأبيد المنازعات ووضع حد لها من خلال احترام االمواعيد المقرر قانونا ، بحيث يؤدي عدم مراعاة هذه المواعيد إلى سقوط الحق في الطعن ، قد تبرز مفسدة مترتبة من إعمال هذه القاعدة وخاصة عند فوات مواعيد الطعن وصيرورة الحكم بات رغم كونه حكما مبنيا على مخالفة أحكام القانون أو وقع بالحكم خطأ في تطبيق القانون أو في تأويله ، فهنا وطبقا لأحكام القاعدة الأولى سوف يتحصن الحكم على هذا الوضع المعيب ، وهذا يتعارض مع المصلحة العامة التي تسعى لتحقيق وحدة الأحكام القضائية وعدم تناقضها ، وهذا ما يجسد مفسدة واضحة ، ومن أجل درء هذه المفسدة فقد مكّن المشرع النائب العام من القيام بالطعن بالنقض لمصلحة القانون في الحكم النهائي الصادر بالمخالفة لأحكام القانون ، وذلك من أجل أن يتم درء هذه المفسدة وتصحيح الخطأ الذي شاب هذا الحكم المعيب ؛ حتى يتحصن الحكم

---

(١) حيث نصت المادة ٢١٣ من قانون المرافعات على أنه " يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير ، وكذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب ، كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته ، ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، ويجري الميعاد في حق من أعلن الحكم "

(2) Art. 612 de code procedure civil francais " Le délai de pourvoi en cassation est de deux mois, sauf disposition contraire "

(٣) حيث أشارت المادة ٦١٨ من قانون المرافعات الفرنسي إلى إمكانية رفع الطعن المؤسس على التناقض بين الأحكام ولو بعد انقضاء المدة المقررة للطعن بالنقض

" La contrariété de jugements peut aussi, par dérogation aux dispositions de l'article *605*, être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire ; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté. En ce cas, le pourvoi peut être formé même après l'expiration du délai prévu à l'article *612*. Il doit être dirigé contre les deux décisions ; lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux "

(٤) انظر د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ١٢٢٧ .

على أساس سليم ، وذلك دون أن يستفاد الخصوم من هذا الطعن ؛ لأن الهدف الأول والأساسي لهذا الطعن هو تصحيح العيب الذي يشمله الحكم ؛ حتى لا يتحصن الحكم ويكون سابقا قضائية وهو على هذا العيب ، وبذلك يتم الوقوف أمام المفسدة ويتم درءها من خلال قيام النائب العام بالطعن في هذا الحكم طالما أن الخصوم لم يطعنوا عليه .

ثالثا : ضوابط الطعن بالنقض

يجوز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز خمسمائة ألف جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة ، وذلك إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو عند وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم ، أما المشرع الفرنسي فلم يعدد فى المادة ٦٠٤ من قانون المرافعات الحالات التي يجوز فيها الطعن بالنقض ، فقد جمعها في سبب واحد وعام وهو مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون [١] ، ولم يكتف المشرع الفرنسي بضرورة أن يقع الحكم مخالفاً للقانون حتى يتم الطعن عليه بالنقض ، وإنما تطلب فضلاً عن ذلك أن يكون الحكم المطعون فيه انتهائياً [٢] ، والشاهد من ذلك أن المشرع المصري قيد حق الطعن في هذه الحالات بأن تزيد قيمة الدعوى المطعون فى الحكم الصادر فيها عن خمسمائة ألف جنيه ، واستهدف من ذلك تخفيف العبء الملقى على عاتق محكمة النقض بتقليل عدد الطعون المقدمة أمامها .

وقد خرج المشرع عن مقتضيات تلك القاعدة في بعض الحالات الاستثنائية وأجاز للخصوم فى المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات الطعن أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين نفس الخصوم وحاز قوة الأمر المقضي ، ما لم يكن قد فوّت الطاعن ميعاد الطعن فى الحكم بالاستئناف أو أسقط استئنافه أمام المحكمة ، وهذا ما يساهم في درء المفسدة المتمثلة في تناقض الأحكام [٣] .

والشاهد من هذه النصوص أن المشرع أجاز الطعن بالنقض فقط في الأحكام النهائية وتلك التي لا تقل قيمتها عن ٥٠٠ ألف جنيه ، واستهدف من ذلك تحقيق مصلحة عامة تتمثل في تخفيف العبء على كاهل محكمة النقض ، ولكن قد يترتب على ذلك مفسدة ، تتجسد في أنه قد يكون هناك أحكام قيمتها أقل من ٥٠٠ ألف جنيه ولكنها صدرت بالمخالفة لحكم أخر سابق صادر بين نفس الخصوم وحائز لقوة الأمر المقضي ، فهنا لكي يدرء المشرع هذه المفسدة أجاز الطعن في مثل هذه الأحكام لأنه إذا لم يتم الطعن فيها فسوف تتحصن هذه الأحكام ضد وسائل الطعن رغم أنها

([1]) Art. 604 de code procedure civil francais" Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit" .

([2]) Art. 605 de code procedure civil francais " Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier resort "

Cour de cassation chambre civile 2 Audience publique du jeudi 7 avril 2016

N° de pourvoi: 15-13012 . https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018

(٣) انظر د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٩٤٢ – د خيري عبد الفتاح البتانوني – النقض الاستثنائي – مرجع سابق – ص ١٣ .

(ISSN: 2356 - 9492)

صادرة بالمخالفة لحكم أخر سابق حائز لقوة الأمر المقضي ، وبذلك يكون المشرع قد درء هذه المفسدة وقدمها على جلب المصلحة .

رابعا : الطعن في أحكام محكمة النقض

حظر المشرع المصري والمشرع الفرنسي الطعن فى الأحكم الصادرة من محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن [١] ، وقد راعى المشرع فى ذلك مقتضيات حسن سير الوظيفة القضائية وعدم تأبيد المنازعات في المحاكم [٢] ، ورغم ذلك أجاز **المشرع للخصوم أن يطلبوا من محكمة النقض إلغاء الحكم الصادر منها فى الطعن وإعادة نظره أمام دائرة أخرى إذا توافر في أحد القضاة حالة من حالات عدم الصلاحية [٣] ، كما يجوز لمحكمة النقض سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن ترجع عن الحكم البات الذي أصدرته متى اتضح لها أنه مخالف لقانون ، باعتبار أن إتاحة مراجعة الحكم الباطل لا يرقى لأن يكون طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام ، ويتم ممارسة هذا الحق متى تحققت مقتضياته** [٤] .

وقد أجاز المشرع الإماراتي **الطعن بالتماس اعادة النظر فى الحكم الصادر من محكمة النقض ، وذلك فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، وهي حالة ابتناء الحكم على غش أو تزوير ، وعندما يتم حجب أوراق قاطعة فى الدعوى من قبل الخصوم** [٥] **، وقد تبين من نص المادة ٦٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي أنه لا يجوز الطعن فى القرار الصادر من محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن إلا في حالة تناقض الأحكام ، حيث نصت المادة ٦١٨ منه على جواز الطعن بالنقض عندما يتواجد حكمان - ولو لم يكونا صادرين بصفة انتهائية - غير متوافقين ولا يقبل أي منهما الطعن بالطريق العادي ويقبل الطعن بالنقض ، فإذا كان أحد الحكمين قد سبق وأن طُعن عليه بالنقض ورُفض هذا الطعن ، هنا يجوز تقديم الطعن فى الحكمين معاً ، وبثبوت التناقض تقوم محكمة النقض بإلغاء أحد الحكمين أو كلاهما عند الاقتضاء** [٦] **، ويبدو أن ذلك يتوافق مع مقتضيات قاعدة درء المفسدة في قانون المرافعات** .

وعليه فقد برزت أحكام قاعدة درء المفسدة في هذه الجزئية عندما نص المشرع على عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة النقض ، وهذا في حد ذاته يترتب عليه مصلحة عامة تكمن في عدم تأبيد المنازعات أمام المحاكم واستقرار الحقوق والمراكز القانونية للخصوم ، ورغم هذه الفائدة التي تعود من إعمال هذه النصوص إلا أنه قد يصدر الحكم القضائي من قبل محكمة النقض وهو مشوب بمخالفة أحكام القانون ، وذلك عندما يصدر

---

(١) حيث نصت المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن ، وقد حظرت المادة ٦٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن

" Les arrêts rendus par la Cour de cassation ne sont pas susceptibles d'opposition "

(2) Cour de cassation chambre civile 2. 19 - 2 – 2015
N° de pourvoi: 13-25728. https://www.Courdecassation.fr. Vue le 11 – 7 – 2018.

(٣) فبعد أن نص المشرع فى المادة ١/١٤٧ على بطلان الحكم الصادر عن القاضي عندما تتوافر لديه إحدى حالات عدم الصلاحية المنصوص عليها فى المادة ١٤٦ ، ونصّ فى الفقرة الثانية منها على أنه " وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى " .

(٤) انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن – الرجوع عن الأحكام الباتة – دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان – مرجع سابق – ص ٢١ .

(٥) انظر د. أحمد صدقي محمود – الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر فى المواد المدنية والتجارية – مرجع سابق – ص ٢٩ .

(6) Cour de cassation chambre commercial, 24 - 2 – 2015
N° de pourvoi: 14-23942.

درء المفسدة في قانون المرافعات

" دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة "

د. محمد كمال بسيوني

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الحكم من محكمة يكون أحد قضاتها غير صالح لنظر الدعوى ، فهنا في هذه الحالة تبرز وتظهر مفسدة من تطبيق هذه القاعدة ، تتمثل في تحصين الحكم الصادر على أساس مخالف لأحكام القانون ، فكان من الأولى والأرجح إجازة مراجعة هذا الحكم الصادر بالمخالفة لأحكام القانون ، حتى لا يتحصن الحكم على أساس مخالف للقانون .

ومن ثم فقد درء المشرع هذه المفسدة بأن أجاز للخصم أن يطلب من المحكمة مراجعة الحكم البات إذا كان صادرا بالمخالفة لأحكام القانون ، وأجاز أيضا للخصم أن يطلب من المحكمة إعادة نظر النزاع أمام دائرة أخرى إذا كان الحكم صادر من دائرة أحد قضاتها غير صالح لنظر الدعوى ، هذا بالإضافة إلى إجازه المشرع الإماراتي الطعن بالتماس إعاده النظر في الحكم الصادر من محكمة النقض في حاله ابتناء الحكم على غش أو تزوير أو عندما يتم حجب أوراق قاطعة في الدعوى من قبل الخصوم ، كما أجاز المشرع الفرنسي للخصم الحق في الطعن في الحكم البات ، وذلك في حالة وجود حكمين متناقضين أحدهما تم الطعن فيه بالنقض وتم رفض هذا الطعن ، فهنا يجوز الطعن بالنقض في الحكمين معا رغم أن أحدهما تم الطعن عليه بالنقض مسبقا وتم رفضه .

والشاهد من ذلك أن المشرع غلب مصلحة على مصلحة أخرى ، حيث غلب مصلحة ناتجة من عملية درء المفسدة المترتبة من تحصين الحكم الباطل أو المخالف لأحكام القانون والاعتراف به كسابقة قضائية تهتدي بها بقيه المحاكم ، فمن باب أولى أجاز المشرع للخصوم الطعن في مثل هذا الحكم ، حتى يتم درء هذه المفسدة ويتم تصحيح الحكم وأعادة ابتنائه على أساس سليم وغير مخالف لأحكام القانون .

(ISSN: 2356 - 9492)

الخاتمة

تناولت الدراسة موضوع درء المفسدة في قانون المرافعات من الناحية التأصيلية والتطبيقية ، والتي تستهدف إبراز دور القاضي والخصوم في الوقوف أمام المفسدة التي تبدو وتظهر أثناء نظر الدعوى وسيرها أمام المحكمة ، ومن أجل ذلك بينا في الفصل الأول ماهية تلك القاعدة وأساسها القانوني والفني والأحكام المنظمة لها في مراحل رفع الدعوى وسيرها أمام المحكمة ومرحلة إصدار الحكم والطعن عليه ، فضلا عن بيان مجال إعمال وتطبيق تلك القاعدة في مراحل سير الخصومة والحكم فيها ومرحلة الطعن ، وقد توصلت الدراسية في ختام هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات ، والتي يمكن عرض أهمها وذلك على النحو التالي :

أولا : النتائج

١- توصلت الدراسة من خلال بحثها لهذا الموضوع إلى أن المفسدة المقصودة في قانون المرافعات تعني كل فعل أو إجراء يُتخذ من قِبل أشخاص الخصومة بسوء نية وبقصد الإضرار بمصالح الغير ، وكل ما يُقصد به الكيد والتسويف وتعطيل حسن سير الوظيفة القضائية وحسن آداء العدالة ، وكل ما يتضمن شبة الغش والتحايل وتضليل المحكمة ، هذا ما يجسد مضمون وفحوى مصطلح المفسدة في قانون المرافعات .

٢- توصلت الدراسة إلى أن درء المفسدة في قانون المرافعات تعني دفع الفعل الضار في جميع صوره احترازا ، أي إبعاد الفعل الضار في جميع صورة عن نطاق الخصومة القضائية ، وذلك من أجل توقي كل ما يناهض المبادئ الأساسية التي ينهض عليها مرفق القضاء وحسن سير العدالة وسرعة إنجازها .

٣- توصلت الدراسة إلى أن درء المفسدة ودفعها عن نطاق الخصومة يعد واجب إجرائي على جميع أشخاص الخصومة ، وأن كلا من القاضي والخصوم ملزمين بالوقوف أمام أي فعل يتضمن صورة من صور المفسدة في قانون المرافعات ، تؤثر على حسن سير العدالة وسرعة إنجازها ، وهذا يعد واجب والتزام إجرائي مقرر لحماية المصلحة العامة في قانون المرافعات .

٤- توصلت الدراسة من خلال بحثها لهذا الموضوع إلى أن هناك العديد من القواعد استهدف منها المشرع تحقيق مصلحة ما – قد تكون عامة أو خاصة – ولكن هذه القواعد أيضا يأتي وينبعث من وراء إعمالها مفسدة غير مباشرة ، وهذ ما يؤكد أن هناك العديد من القواعد تستهدف تحقيق مصلحة ويترتب أيضا من وراء إعمالها مفسدة في نفس الوقت ، ويتعين على القاضي هنا الوقوف أمام الفسدة المترتبة من إعمال القاعدة .

٥- توصلت الدراسة إلى أن القاضي - وهو بصدد الفصل في دعوى ما - عندما تتعارض المصالح المترتبة من إعمال القواعد القانونية ، فإنه بطبيعة الحال يقوم بتغليب المصلحة الأقوى والأهم على المصلحة الأقل أهمية منها ، ولكن إذا تعارضت المصالح المترتبة من القواعد ، وكانت تلك المصالح متساوية ومتوازنة ومتكافأة مع بعضها البعض ، فالقاضي هنا في هذه الحالة يكون في حيرة من أمره عند التمييز بين المصلحتين باعتبارهم مصالح متوازية ومتساوية ، ولكن إعمالا لقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة فإن القاضي يُقدّم المصلحة المترتبة من درء المفسدة على المصلحة الأخرى المترتبة من جلب المصلحة ؛ وذلك بهدف توقي أضرار الفعل الفاسد قبل وقوعة .

٦- توصلت الدراسة إلى أن هناك العديد من قواعد قانون المرافعات لها جانب إيجابى يمثل المصلحة المترتبة من القاعدة وجانب سلبي يمثل المفسدة المترتبة من القاعدة ، كما هو الحال عندما نص المشرع على ضرورة توافر شروط قبول الدعوى وإلا حكمت المحكمة بعدم القبول ، فهذه القاعدة استهدف منها المشرع تحقيق مصلحة عامة

تتمثل في تنزيه محراب العدالة من عبث غير الجادين عند اللجوء إليه ، وهذا هو الجانب الإيجابي للقاعدة ، وهناك جانب سلبي يترتب من هذه القاعدة يتمثل في أن المشرع اشترط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ، وهذا لا يتحقق في بعض الدعاوى كالدعاوى والمنازعات المترتبة من الاعتداء على حق الإنسان في بيئة نظيفة – الدعاوى البيئية – فعندما يصاب الشخص بضرر ما من أضرار البيئة ويقوم برفع الدعوى للمطالبة بالتعويض نجد أن المحكمة تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لافتقاد شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، وهذ ما يجسد المفسدة المترتبة من تلك القاعدة ، والتي يتعين على القاضي درءها من خلال إعمال أحكام المصلحة المحتملة ، حتى تتمكن المحكمة من قبول هذه الدعاوى برغم عدم تحقق شرط المصلحة الشخصية المباشرة ، وبذلك يكون القاضي قد غلب ورجح درء المفسدة في هذه القاعدة على جلب المصلحة .

٧- توصلت الدراسة من خلال بحثها للموضوع أن المشرع نص في المادة ١٣٠ من قانون المرافعات على حالات انقطاع الخصومة ومن ضمنها حالة فقد الخصم لأهلية التقاضي ، ولم يُمكن المشرع القاضي من تلقاء نفسه من الحكم ببطلان الإجراءات التي تُتخذ من الخصم أثناء فترة الانقطاع لحين زوال سبب الانقطاع ، وهذا ما يمثل المفسدة المعتبرة في هذه القاعدة ، لأنه من المفترض أن يتمكن القاضي من الحكم ببطلان الإجراءات التي تُتخذ من قِبل الخصم أثناء فترة الانقطاع ، وذلك توقيا لمفسدة تتمثل في أن الخصم الذي توافر فيه سبب الانقطاع من المحتمل أن يتمسك ببطلان هذه الإجراءات في أول جلسة بعد زوال سبب الانقطاع ، وسوف يتم إهدار الإجراءات المتخذة وسوف تزول تلك الإجراءات ويضيع وقت وجهد المحكمة هباء بلا جدوى ، فمن باب أولى تخويل لقاضي الحق في إعمال الجزاءات الإجرائية من تلقاء نفسه وخاصة في الحالات التي لا يتمكن فيها الخصم من التمسك بالجزاء ، كما هو الحال في حالة غياب الخصم عن الحضور ، فهنا تتولد مصلحة للمحكمة تتمثل في قيام القاضي بحماية الخصم الغائب عن الحضور والحكم بالجزاء الإجرائي المقرر لمصلحة هذا الخصم الغائب .

٨- توصلت الدراسة إلى أن المشرع قد حدد مُدد معينه للطعن في الأحكام القضائية ، واستهدف المشرع من خلال هذه المُدد تحقيق مصلحة عامة تتمثل في عدم تأبيد المنازعات في المحاكم حماية لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية ، وفي مواطن أخرى أجاز المشرع للخصم مخالفة هذه المدد من أجل تحقيق مصلحة أخري أولى بالرعاية والاهتمام ، وبالتمعن في هذه الغايات نجد أن المشرع أراد أن يغلب مصلحة على مصاحة أخري تتمثل المصلحة الأولى في عدم جواز الطعن على الأحكام القضائية بعد فوات مواعيد الطعن المحددة قانونا ، حماية لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية وعدم تأبيد المنازعات أمام المحاكم ، أما المصلحة الثانية التي غلبها المشرع ورجحها فهي تتمثل في درء مفسدة ، والمفسدة المقصودة هنا تبرز عندما يكون موضوع الدعوى - التي صدر فيها الحكم وانقضت مواعيد الطعن عليه - غير قابل للتجزئة أو كان موضوع الدعوى من الموضوعات التي يوجب فيها القانون اختصام أشخاص معينين ولم يتم اختصامهم ، فهنا طبقا للقاعدة العامة لا يجوز لهؤلاء الذين لم يتم اختصامهم الطعن في الحكم الصادر فى الموضوع ، طالما أن مواعيد الطعن قد فاتت ، وهذا هو ما يرتب مفسدة لأن موضوع النزاع الذي صدر فية الحكم يتعلق بحقوقهم ، ومن أجل درء هذه المفسدة فقد أجاز المشرع لمن فوّت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قَبِل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته ، وبالتمعن في ذلك نجد أن المشرع قد درء تلك المفسدة وغلبها ورجحها على جلب المصلحة .

(ISSN: 2356 - 9492)

٩- توصلت الدراسة إلى أن المشرع أجاز للمحكمة التي فصلت في دعوى المخاصمة - في حالة نجاح المخاصمة - إذا رأت أن الدعوى الأصلية صالحة للحكم فيها ، أن تفصل في موضوع الدعوى بعد سماع أقوال الخصوم ، ويتبين من ذلك أن المصلحة العامة التي يسعى مبدأ التقاضي على درجتين لتحقيقها تتراجع أمام ظهور مصلحة عامة أولى بالرعاية ، هذه المصلحة الأولى بالرعاية تُمكن المحكمة التي تنظر دعوى المخاصمة من التعرض لموضوع الدعوى الأصلية متى نجح طالب المخاصمة فى اختصام القاضي وقدّرت المحكمة أن الدعوى الأصلية صالحة للحكم فيها ، باعتبار أن ذلك يحقق مبدأ العدالة الناجزة والاقتصاد في الإجراءات ، فضلاً عما يرتبه من حفظ هيبة القضاة من خلال منع عودة الخصوم - ومِن ضمنهم الطرف الذي نجح في مخاصمة القاضي - إلى نفس الهيئة التي اختُصم فيها أحد القضاة .

١٠- توصلت الدراسة إلى أن المشرع الفرنسي قد حدد في المادة ٦١٢ من قانون المرافعات ميعاد الطعن بالنقض وهو شهرين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك [١] ، ويستهدف ميعاد الطعن بالنقض تحقيق مصلحة عامة تتمثل في عدم تأبيد هذه المنازعات أمام المحاكم ، إلا أن المشرع الفرنسي قد خرج عن هذه المواعيد مراعاة منه لمصلحة عامة أقوى وأولى بالرعاية ، تتمثل في إعمال مقتضيات مبدأ عدم تناقض الأحكام وحسن تطبيق القانون على الواقع ، حيث أجاز الطعن بالنقض حتى بعد فوات ميعاده في حالة تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم آخر نهائي ، وأشار إلى ذلك فى المادة ٦١٨ من قانون المرافعات .

وقد تبين من نص المادة ٦٢٢ من قانون المرافعات الفرنسي أنه لا يجوز الطعن فى القرار الصادر من محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن ، اللهم إلا في حالة تناقض الأحكام ، حيث نصت المادة ٦١٨ منه على جواز الطعن بالنقض عندما يتواجد حكمان - ولو لم يكونا صادرين بصفة انتهائية - غير متوافقين ولا يقبل أي منهما الطعن بالطريق العادي ويقبل الطعن بالنقض ، فإذا كان أحد الحكمين قد سبق وأن طُعن عليه بالنقض ورُفض هذا الطعن ، هنا يجوز تقديم الطعن فى الحكمين معاً ، وبثبوت التناقض تقوم محكمة النقض بإلغاء أحد الحكمين أو كلاهما عند الاقتضاء [٢] ، ويبدو أن ذلك يتوافق مع مقتضياتقاعدة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة .

١١- توصلت الدراسة إلى أن المشرع المصري لم يجز الطعن في أحكام محكمة النقض ولكن أجاز المشرع للخصوم أن يطلبوا من محكمة النقض إلغاء الحكم الصادر منها فى الطعن وإعادة نظره أمام دائرة أخرى إذا توافر في أحد القضاة حالة من حالات عدم الصلاحية ، كما يجوز لمحكمة النقض سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن ترجع عن الحكم البات الذي أصدرته متى اتضح لها أنه مخالف لقانون .

١٢- توصلت الدراسة إلى أن المشرع الإيماراتي أجاز الطعن بالتماس إعادة النظر فى الحكم الصادر من محكمة النقض ، وذلك فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، وهي حالة ابتناء الحكم على غش أو تزوير وعندما يتم حجب أوراق قاطعة فى الدعوى من قبل الخصوم .

ثانيا : التوصيات

(1) Art. 612 de code procedure civil francais " Le délai de pourvoi en cassation est de deux mois, sauf disposition contraire "

(2) Cour de cassation chambre commercial, 24 - 2 – 2015
N° de pourvoi: 14-23942.

١- أُوصي المشرع بأن يُمكن القاضي من الوقوف أمام أي صورة من صور المفسدة ، وذلك من خلال توسيع نطاق دائرة الحياد الإيجابي للقاضي ، حتى يتمكن من القيام بدرء المفاسد الناجمة أثناء سير الدعوى ونظرها أمام المحكمة .

٢- أوصي المشرع بأن يمكن القاضي من التصدي من تلقاء نفسه للجزاءات الإجرائية المقررة لحماية **المصلحة الخاصة للخصوم** ، وذلك في الحالات التي لم يتمكن الخصم من التمسك بها ، كما هو الحال عند غياب الخصم صاحب المصلحة في التمسك بالجزاء وعدم حضوره أمام المحكمة ، وعند انقطاع الخصومة - عندما يفتقد الخصم أهلية التقاضي - ، وذلك من أجل أن يتوقى القاضي المفسدة التي قد تنجم من سوء نية الخصم الآخر ؛ حماية للمصلحة العامة المتمثلة في حسن سير مرفق القضاء وحسن آداء العدالة .

٣- أوصي المشرع بأن يمكن القاضي من الوقوف أمام سوء النية المنبعث من الخصم الذي يؤخر التمسك بالدفع الموضوعي لمرحلة متأخرة تكون فيها المحكمة على وشك الفصل في الدعوى ، فيفاجئ المحكمة بالتمسك بالدفع في هذه المرحلة المتأخرة ، فتزول الإجراءات المتخذه في الدعوى ويضيع وقت وجهد المحكمة ، وهذا ما يمثل المفسدة المقصودة في هذه الحالة ، مما يتعين على المحكمة الوقوف أمام هذه المفسدة ودرءها من خلال قيام المشرع بتمكين القاضي من التصدي لمثل هذه الدفوع من تلقاء نفسه ودون انتظار تمسك الخصوم بها .

٤- أوصي المشرع بأن يمكن الخصوم من الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر من محكمة النقض أسوة بالمشرع الإيماراتي ، وخاصة إذا كان الحكم الصادر من محكمة النقض قد صدر بالمخالفة لحكم آخر ، ولكن يتعين أن يتم ذلك بضوابط دقيقة وفي حالات الضرورة ؛ من أجل درء المفسدة المترتبة من تناقض الأحكام القضائية .

٥- أقترح على المشرع أن يتيح لمحكمة الدرجة الثانية أثناء نظرها للطعون المقامة أمامها أن تتصدى لنظر النزاع - حتى وإن لم تستنفد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه - متى قدرت المحكمة أن من شأن ذلك تحقيق حسن سير العدالة وسرعة الفصل فى المنازعات ، وقد التمس المشرع ذلك عندما أجاز فى المادة ٢/٤٩٩ من قانون المرافعات للمحكمة التي فصلت في دعوى المخاصمة - في حالة نجاح المخاصمة - إذا رأت أن الدعوى الأصلية صالحة للحكم فيها أن تفصل فيها بعد سماع أقوال الخصوم؛ حتى لا تقضي المحكمة ببطلان الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر غير المدعي في دعوى المخاصمة ، كما التمس المشرع الفرنسي ذلك عندما نص فى المادة ٨٨ من قانون المرافعات على أنه إذا كانت محكمة الاستئناف المطعون أمامها بهدف تحديد المحكمة المختصة هي ذاتها محكمة الاستئناف المختصة بالنسبة للنزاع المطروح أمامها، فيجوز لها في هذه الحالة أن تتصدى لنظر الموضوع إذا رأت أن من حسن سير العدالة حسم النزاع ، ويتبين من ذلك أن المصلحة العامة التي يسعى مبدأ التقاضي على درجتين لتحقيقها تتراجع أمام درء مفسدة من خلال تغليب مقتضيات مبدأ العدالة الناجزة والاقتصاد فى الإجراءات على مقتضيات مبدأ التقاضي على درجتين .

هذا ما استطعت أن أصل إليه ، ولا أدعي لنفسي أو لبحثي كمالاً ، فالكمال لله وحده العالم بدقائق الأمور وعظائمها ، وحسبي أني قدمت ما وصل إليه اجتهادي ، فما وفقت فيه فهو من عند الله سبحانه وتعالى ، وما كان فيه من خطأ أو تقصير أو نسيان فمني ومن الشيطان ، واسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا ، ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وأنت خير الفاتحين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

(ISSN: 2356 - 9492)

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية

١) المراجع العامة

- **إبراهيم أمين النفياوي** : مبادئ الخصومة المدنية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية
- **أحمد أبو الوفا** : الحكم القضائي (مفهومه ، تقسيماته ، اصداره ، مضمونه ، آثاره) - دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية .

---------- المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، طبعة ٢٠٠٧ ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية .

---------- نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ٢٠٠٧ ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

---------- نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ٢٠٠٧ ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

- **أحمد السيد صاوي** : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ٢٠١١ ، بدون دار نشر
- **أحمد صدقي محمود ، سحر عبد الستار إمام** : التنفيذ الجبري القضائي .

---------- الوجيز في قانون المرافعات ، ٢٠٠١ .

- **أحمد ماهر زغلول** : أصول وقواعد المرافعات ، دار النهضة العربية .
- **أحمد مسلم** : أصول المرافعات ، دار الفكر العربي .
- **أحمد هندي** : قانون المرافعات المدنية والتجارية (الخصومة ، والحكم ، والطعن) ، ١٩٩٥ ، دار الجامعة الجديدة للنشر .

---------- أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦ .

- **الأنصاري حسن النيداني ، علي مصطفى الشيخ** : قانون المرافعات (مبادئ الخصومة المدنية ، الأحكام وطرق الطعن) ، ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ ، بدون دار نشر .
- **أمينة النمر** : قانون المرافعات ، ١٩٩٢ .
- **بسيوني الخولى** – براعة النص القرآني في نقل الواقع بمكوناته الاجتماعية – ٢٠٢٣ م
- **سيد أحمد محمود** : أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات ، ٢٠٠٥ ، بدون دار نشر.
- **طلعت محمد دويدار** : الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٦ .
- **عزمي عبد الفتاح** : نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ، جامعة الكويت ، بدون طبعة ودار نشر .
- **عيد محمد القصاص** : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٠ ، بدون دار نشر .

- **عبدالغفور محمد اسماعيل** : القواعد والضوابط الفقهية في أصول التقاضي – دار الكتب العلمية – ٢٠١٩ م
- **فتحي والي** : الوسيط في قانون القضاء المدني ، ٢٠٠٩ ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي .
---------- الوسيط في قانون القضاء المدني ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٧.
- **فضل آدم المسيري** : قانون المرافعات الليبي - التنظيم القضائي والخصومة القضائية ، ٢٠١١ ، بدون دار نشر .
- **محمد حامد فهمي** : المرافعت المدنية والتجارية ، ١٩٣٨ ، مطبعة النصر .
- **محمد عزمي البكري** : موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى القانون المدني الجديد ، ٢٠١٨ ، المجلد الرابع عشر ، دار محمود للنشر والتوزيع .
- **محمد وعبد الوهاب العشماوي** : قواعد المرافعات المدنية والتجارية .
- **محمود مصطفى يونس** : المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية ، ٢٠١٥ ، دار النهضة العربية

- **محمد سالم هاشم** – صحيح مسلم بشرح الأبي والسنوسي ، ٢٠٠٨ م
- **محمد عبدالعزيز الخالدي** – ارشاد الساري لشرح صحصح البخاري – ٢٠١٦ م
- **مصطفى مجدي هرجه** – اشكالات التنفيذ المدنية

- **نبيل إسماعيل عمر** : النظرية العامة للطعن بالنقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٠ ، منشأة المعارف بالاسكندرية .
---------- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٦ .
- **وجدي راغب** : النظرية العامة للعمل القضائي ، ١٩٧٤ ، منشأة المعارف بالاسكندرية .
---------- مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .

٢) المراجع الخاصة

أ) المؤلفات المتخصصة

- **إبراهيم أمين النفياوي** : الإخلال بالواجب الإجرائي ، الطبعة الأولى ، ٢٠١١ ، دار النهضة العربية .
---------- التعسف فى التقاضي ، ٢٠٠٦ ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية .
- **أجيد ثامر نايف الدليمي** : أحكام قطع السير فى الدعوى المدنية وآثاره القانونية – دراسة تحليلية مقارنة ، ٢٠١٨ .
- **أحمد أبو الوفا** : الطعن فى الأحكام القضائية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١ ، بدون دار نشر .
- **أحمد السيد صاوي** : فى الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني ، ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية .

(ISSN: 2356 - 9492)

---------- نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية .

- **أحمد خليل** : مبدأ المواجهة ودوره فى التنفيذ الجبري ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة .
- **أحمد صدقي محمود** : الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر فى المواد المدنية والتجارية ، ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية .

---------- المدعى عليه وظاهرة البطء فى التقاضي ، ١٩٠٥ ، دار النهضة العربية .

- **أحمد مليجي** : ركود الخصومة المدنية ، ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية .
- **أحمد هندي** : أثار أحكام محكمة النقض وقوتها (حكم النقض ، حكم الإحالة) - دراسة تحليليه في القانونين المصري والفرنسي ، ١٩٩٧ ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

---------- شطب الدعوى ، دراسة مقارنة فى القانون المصري والقانون الفرنسي ، ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية .

---------- مبدأ التقاضي على درجتين - حدوده وتطبيقاته فى القانون المصري والقانون الفرنسي ، ١٩٩٢، دار النهضة العربية .

---------- التمسك بسقوط الخصومة " همة الخصوم " دراسة مقارنة فى القانون المصري والفرنسي واللبناني ، ١٩٩١، دار النهضة العربية .

- **أسامه أحمد شوقي المليجي** : القواعد الإجرائية فى الإثبات المدني وفقاً لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨ ، دار النهضة العربية .
- **أسامه روبي عبد العزيز الروبي** : تحرير صحف الدعاوى بين النظرية والتطبيق ، ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية .
- **الأنصاري حسن النيداني** : القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، دراسة تحليلة وتطبيقية لدور القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية والإعفاء منها والحد من أثارها ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩
- **خيري عبد الفتاح السيد البتانوني** : النقض الاستثنائي ، ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية .
- **رمضان إبراهيم علام** : التناقض الإجرائي - دراسة مقارنة في نظرية الخصومة القضائية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٠ ، مكتبة الوفاء القانونية .
- **سحر عبد الستار إمام** : انعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليد القضاء ، ٢٠١٨ ، دار النهضة العربية .

---------- الطعن لمصلحة القانون بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة ، ٢٠١٤ ، دار النهضة العربية .

---------- ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية - الحق فى التقاضي ، والحق فى التنفيذ ، ١٠١٢ ، دار النهضة العربية .

---------- محكمة الأسرة - دراسة مقارنة فى القانونين المصري والفرنسي ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧ ، دار النهضة العربية .

- **السعيد محمد الأزمازى** : نظام رد القضاة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصرى والأنظمة العربية والقانون الفرنسي ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٠ ، دار النهضة العربية .

---------- وقف الخصومة في قانون المرافعات ، دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٠ ، دار النهضة العربية .

- **سيد أحمد محمود** : النقض الجزئي للأحكام ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣ ، دار الفكر العربي .

---------- الإجراءات المختصرة فى القضية الموضوعية ، دراسة مقارنة بين قانون المرافعات الكويتي والمصري ، ١٩٩٦ ، دار النهضة العربية .

- **صدقي محمود أمين عيسى** : التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة - دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٤ ، بدون دار نشر .
- **عبد الحكم فودة** : أسباب صحيفة الاستئناف على ضوء قضاء النقض ، ٢٠٠٥ ، دار الفكر الجامعي .
- **علي غسان أحمد** : الدفوع الشكلية فى الدعوى المدنية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦ ، بدون دار نشر .
- **عزمي عبد الفتاح** : واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع ، ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية .

---------- أساس الادعاء أمام القضاء المدني ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧ ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي .

- **علي أبو عطية هيكل** : الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات ، ٢٠٠٥ ، دار الجامعة الجديدة للنشر .
- **علي عبد الحميد تركي** : الحق فى التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف في مجال الدعاوى المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، ٢٠٠٩ ، دار النهضة العربية .
- **عيد محمد القصاص** : التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٠ ، بدون دار نشر .

---------- نحو فكرة عامة لتقادم الخصومة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية .

- **محمد الصاوي مصطفى** : فكرة الافتراض في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية .
- **محمد سعيد عبد الرحمن** : تقادم الأحكام القضائية فى المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ، ٢٠١٦ ، دار النهضة العربية .

---------- الحكم القضائي (أركانه وقواعد إصداره) – دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ ، دار الفكر الجامعي .

---------- نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات – دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ ، دار الفكر الجامعي .

---------- دعوى قطع النزاع – دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة في حرية التقاضي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ ، دار الفكر الجامعي .

---------- الرجوع عن الأحكام الباتة - دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ولبنان ، ٢٠١١ ، دار النهضة العربية .

---------- الحكم الشرطي – نحو إعادة صياغة نظرية عامة للأحكام القضائية . دراسة مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، ص ١٠٨ .

---------- القوة القاهرة في قانون المرافعات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة) ، ٢٠٠٩ ، بدون طبعة أو مكان نشر .

---------- تيسير إجراءات التقاضي فى المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية " مستلزماته – مظاهره " ، ٢٠١٣ ، دار النهضة العربية .

- **محمود السيد عمر التحيوى** : حالات انعدام الحجية القضائية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١١ ، مكتبة الوفاء القانونية .

(ISSN: 2356 - 9492)

---------- نطاق الدعوى القضائية في خصومة الاستئناف - دراسة تأصيلية وتحليلية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١١ ، مكتبة الوفاء القانونية .

- **محمود محمد هاشم** : اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون القضاء المدني " حالاته وطبيعته " ١٩٨١ ، بدون دار نشر .
- **محمود مصطفى يونس** : الإنابات القضائية في إجراءات التقاضي والتنفيذ - دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة فى القانون المصري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية الغراء ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢ ، دار النهضة العربية .

---------- عدم تجزئة الطعن فى المواد المدنية والتجارية - دراسة مقارنة فى القانون المصري والقانون الفرنسي ، دار النهضة العربية ، بدون طبعة .

---------- نظرات فى الإحالة لعدم الاختصاص القضائي ، دراسة فقهية وتحليلية مقارنة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية .

---------- نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ ، دار النهضة العربية .

- **نبيل إسماعيل عمر** : عدم فعالية الجزاءات في قانون المرافعات ، ٢٠٠٧ ، دار الجامعة الجديدة للنشر .

---------- التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٩ ، دار الجامعة الجديدة للنشر .

---------- الطعن بالاستئناف وإجراءاته فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٠ ، منشأة المعارف بالأسكندرية .

ب) الرسائل الجامعية

- **إبراهيم الشريعي** : الصفة فى الدفاع أمام القضاء المدني ، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ، ٢٠٠٨.
- **أحمد إبراهيم عبد التواب محمد** : النظرية العامة للتعسف فى استعمال الحق الإجرائي " دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي " ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥ .
- **أحمد مليجي** : تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ، ١٣٩٩ ، دار النهضة العربية .
- **ايمن أحمد رمضان** : الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، رسالة دكتوراه - جامعة الأسكندرية ، ٢٠٠٣ .
- **جمال أحمد سيد أحمد هيكل** : الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، رسالة دكتوراه - جامعة المنوفية ، ٢٠٠٩ .
- **سحر عبد الستار إمام** : دور القاضي فى الإثبات ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ، ٢٠٠٧ ، در الفكر الجامعي .
- **صلاح أحمد عبد الصادق أحمد** : نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات ، دراسة تأصيلية لاتساع نطاق الخصومة من حيث أطرافها ، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ، ١٩٨٦ ، بدون طبعة أو مكان نشر .
- **عبد الباسط علي أبو جعفر** : حق الدفاع وضمانات المحال للمحكمة التأديبية فى القانون الإداري وقانون المرافعات المصري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه - جامعة أسيوط ، ٢٠٠٤ .
- **عبد المنعم الشرقاوي** : نظرية المصلحة فى الدعوى ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ، ١٩٤٤.

- **علي عبد الحميد تركي** : نطاق القضية فى الاستئناف ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية .
- **فكري عبد الحميد أبو صيام** : الأسباب الجديدة فى النقض المدني - دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥ ، دار النهضة العربية .

ثالثا : المجلات والتشريعات

١) المجلات

- **مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة**
- **مجلة الأمن والقانون ، أكاديمية شرطة دبي**
- **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق ، جامعة المنوفية**
- **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة**
- **مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار بالجزائر**
- **مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة**
- **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**
- **مجلة الفكر القانوني والاقتصادي ، كلية الحقوق جامعة بنها**
- **مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة**
- **مجلة المحاماه**
- **المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية**
- **مجلة المنتدى القانوني ، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماه**
- **مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، جامعة الأزهر**
- **مجلة مركز بحوث الشرطة ، أكاديمية مبارك للأمن**
- **مجلة هيئة قضايا الدولة**
- **مجله الدستورية**

٢) التشريعات

- **دستور مصر الحالي الصادر عام ٢٠١٤**
- **قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨**
- **قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢**
- **قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩**
- **قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**

(ISSN: 2356 - 9492)

- قانون السلطة القضائية المصري رقم ٦٤ لسنة ١٧٩١
- قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨
- قانون مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦

رابعا : المجلات والقوانين

- Dalloz, Sirey
- Gazette de Palais
- Revue Camerounaise de l’Arbitrage
- Revue française de droit constitutionnel
- Revue internationale de droit comparé
- Revue juridique de l'ouest
- Revue les cahiers de droit
- Revue psychiatrique
- Annuaire français de Droit international
- code civil français
- code l'organisation judiciaire française
- code procédure civil française

خامسا : المواقع الإلكترونية

- http://adala.justice.gov.ma
- https://actu.dalloz-etudiant.fr
- https://archive-ouvertes.fr
- https://books.google.com
- https://scholar.google.com.eg
- https://search.mandumah.com
- https://www.amazon.fr
- https://www.conseilconstitutionnel.fr
- https://www.courdecassation.fr
- https://www.dalloz-actualite.fr
- https://www.dalloz-avocats.fr
- https://www.dalloz-revues.fr
- https://www.dictionnaire - juridique.com
- https://www.erudit.org/fr
- https://www.google.com

- https://www.legifrance.gouv.fr
- https://www.pdfdrive.com
- https://www.village-justice.com
- www.conseil-en-procedure.fr

ثانيا : المراجع الأجنبية

- **Akuesson, Ernest Tonawa** " les exceptions de procédure dans le procés civil ". université panthéon – Sorbonne – paris, 2016.
- **Rolland l'honorable francois**. " l'Acces à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile ". 2006.
- **Rolland**, **Blandine**. Procédure Civile. Vol. 409. Study rama, 2005.
- caducité " procedure civil " 2017.
- **Gérard Couchez**, " Procédure Civile ". 2008.
- **Carbonnier, Jean** " Droit civil ". les biens et obligations, editia a va, paris, presses (1962).
- **Jean, Marc Ducourau** " Les regles relatives a la signif ". 2012.
- **Jean, Sandrine**. Droit du travail: Les arrêts décisifs, 2007-2008.
- **Labbée, Pascal**. Introduction au droit processuel. Presses Univ. Septentrion, 1995.
- **Loic Cadiet.** "Droit judiciaire privé" deuxième édition.
- **Rainaud, Jean-Marie**. Les métamorphoses du droit : Hommage, Editions L'Harmattan, 2009.
- **Strickler, yves** " l'office du juge et les principes " Diss. formation Ecole nationale de la magistrature, 2012.
- **Terré, François, Philippe Simler**, **et Yves Lequette**. Droit civil : les obligations, 2007.
- **Vergés, Etienne, et Lara Khoury**. " le traitement judiciare de la preuve scientifique : une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile ", 2017.
- **Boulmier, Daniel**. Conseil de prud'hommes: agir et réagir au procès prud'homal. lamy. 2011.
- **Bouty, Cédric**. L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé. presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015.

(ISSN: 2356 - 9492)

- **Brenner, Claude et Natalie, Fricero**. La nouvelle procédure d'appel. Wolters kluwer france, 2011.
- **Christian Engo Assoumou.** Les garanties d'impartialité du juge dans le code de procédure pénale. 2008.
- **Lopez, Laetitia**. L'action en justice des parties prenantes dans le cadre. de la responsabilité sociale de l'entreprise. Editions Publibook, 2017.
- **Rousseau, Jean-Jacques** "Du contrat social ou Principes du droit politique (1762) " vol 3, 2002.
- **Talandier, Hilaire-Edouard.** Traité de l'appel en matière civile. Cotillon, 1839.
- **Woog. Jean Claude**, la résistance injustifiée à l'exercice d'un droit. [librairie générale de droit et de jurisprudence],1972.
- **Ancel, jean- Pierre** " la rédaction de la décision de justice en France". revue international de droit comparé 50.50 (1998).
- **Guy Canivet** "admission des pourvois en cassation". article paru au recueil le Dalloz, 2002.
- **Donnier le Gallou, Anne** " le juge et le droit : présentation de l'article 12 NCPC. Revue juridique de l'ouest 8.4 (1995).
- **Dubout Édouard**." Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? " Revue française de droit constitutionnel 3 (2010).
- **Fabrice R. Luciani**. les de non-recevoir "les exceptions de procédure". 2017.
- **Fisselier, Alain** " double degré de juridiction – autorité de chose jugée au criminel sur le civil ". revue juridique de l'ouest 7.2 (1976).
- **François Boucard**. " pourvoi en cassation. contrôle de la conformité du jugement cas d'ouveture et moyens de cassation. 2017.
- **Fricero, Natalie.** "l'appel nouveau est arrivé!". Recueil Dalloz 19 (2017).
- **Frison-Roche, Marie-Anne**. "les différentes natures de l'ordre public économique" Archives de philosophie du droit, Paris, 2015 .
- **Garat, Patrice**. "quelques réflexion sur l'ordre public dans le droit processuel québécois" .les cahiers de droit 40. 2 (1999).
- **Gourion, Julie** " les fins de non-recevoir peuvent véritablement etre invoquées en tout état de cause. 2014.
- **Guillemard, sylvette**. " comment mettre fin a son Differend sans proces, selion le code de procedure civile du qubec. " Rev .Notariat 118 (2016).
- **Guillemard, sylvette**. " la réforme du Cood de procédure civile du québec : quelques réflexions sar le contrat judiciaire. les cahiers de droit 45. 1 (2004).
- **Guy Narran,** " les demandes nouvelles après le décret 6 mai 2017 ".
- **Haupais, Nicolas**.**Giraudeau Géraldine,** Les différends territoriaux devant le juge international: Entre droit et transaction. Annuaire français de Droit international 58. 58 (2012).
- **Huet, véronique**. "l'appel-nullité." revue juridique de l'ouest. 1.1(1988).
- **Jean, François carlot**. " les nouvelles procedures d'appel et leurs pièges", 2017.
- **Jean-Marc Sauvé**, L'ordre public Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, Vendredi 24 février 2017.

- **Junillon, Jacques et Romain laffly**. " la communication simultanée des pièces en appel : c'est maintenant ". semaine juridique 36 (2012).
- **Koudgo lgneza nayo**, " le pourvoi en cassation devant la cour commune de justice et d'arbitrage de l'ohada ".
- **Haddad sabine** " un recours en révision : c'est quoi ? Article juridique publié le 15/05/2011.
- **Anthony Bem** " le droit, l'intérêt et la qualité à agir comme conditions de recevabilité des demandes en justice ", Article juridique publié le 16/03/2015.
- **Mehdi Kebir** "Indivision: regularisation délivrée au nom d'indivisaires protégés". 2017.
- **Mehdi Kebir,** Mesure in futurum: intérêt à agir en rétractation du défendeur potentiel à l'action, 2016.
- **Péchillon, Eric**. " place de la jurisprudence dans la gestion et l'évolution de la législation relative aux soins sous contrainte " Annales médico – psychologiques, revue psychiatrique. Vol. 170. No .10 . Elsevier Masson, 2012.
- **Pellerin, Jacques** " la réforme de la procédure d'appel : nouveautés et vigilance. 2017.
- **Philippe. Malinvaud et Dominique. Fenouillet**, Droit des obligations, Lexis Nexis, 2012, n°267.
- **Serge Braudo**, Définition de Suspicion légitime.
- **Société de législation comparée,** Journées de la Société de législation comparée. vol. 17. 1995.
- **Hemle Djob Sotong, et Simon pierre**." le perspective d'indépendance judiciarire a travers la poursuite privée dans le contexte du lutte contre la corruption " les cahiers de droit. 57(2016).

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	٤
أهمية موضوع البحث	٤
مشكله البحث وسبب اختياره	٥
أهداف البحث	٧

(ISSN: 2356 - 9492)

صعوبات البحث فرضيات البحث نطاق البحث منهجيه البحث الدراسات السابقة خطه البحث	٨ ٨ ٩ ٩ ١٠ ١٠
الفصل الأول **ماهية وأحكام درء** **المفسدة في قانون المرافعات**	١١
المبحث الأول **ماهية درء المفسدة في قانون المرافعات**	١٢
المطلب الأول **المقصود بدرء المفسدة في قانون المرافعات**	١٣
الفرع الأول **المقصود بقاعدة** **درء المفسدة في الشريعة الإسلامية**	١٤
الفرع الثاني **المقصود بدر المفسدة** **في إجراءات التقاضي المدني**	١٦
المطلب الثاني **أساس درء المفسدة في قانون المرافعات**	**٢٣**
الفرع الأول **أساس قاعدة درء المفسدة في الشريعة الإسلامية**	٢٤
الفرع الثاني **أساس درء المفسدة في قانون المرافعات**	**٢٦**
المطلب الثاني	**٣١**

تمييز قاعدة درء المفسدة عما يتشابه معها من مصطلحات	
الفرع الأول تمييز القاعدة عما يتشابه بها من مصطلحات في الشريعة الإسلامية	٣٢
الفرع الثاني تمييز القاعدة عما يتشابه بها من مصطلحات في قانون المرافعات	٣٤
المبحث الثاني أحكام درء المفسدة في قانون المرافعات	٤٠
المطلب الأول المصالح المعتبرة والمفاسد في قانون المرافعات	٤١
الفرع الأول المقصود بالمصالح المعتبرة في قانون المرافعات وتطبيقاتها	٤٢
الفرع الثاني المقصود بالمفسدة في قانون المرافعات وتطبيقاتها	٤٨
المطلب الثاني ضوابط درء المفسدة في قانون المرافعات	٥٠

(ISSN: 2356 - 9492)

الفرع الأول عدم إمكانية الجمع بين جلب المصلحة ودرء المفسدة	٥١
الفرع الثاني الّا تكون المصلحة أرجح من المفسدة	٥٣
الفرع الثالث التقدير الصحيح للمصالح والمفاسد	٥٥
الفصل الثاني **مجال تطبيق قاعدة** **درء المفسدة في قانون المرافعات**	٦٣
المبحث الأول مجال تطبيق القاعدة في مرحلة رفع الدعوى وسيرها أمام المحكمة	٦٤
المطلب الأول مجال تطبيق القاعدة في مرحلة رفع الدعوى	٦٥
الفرع الأول قواعد الاختصاص القضائي	٦٦
الفرع الثاني تحرير صحيفة الدعوى وإيداعها قلم كتاب المحكمة المختصة	٧٥
المطلب الثاني مجال تطبيق القاعدة في مرحلة نظر الدعوى وسيرها أمام المحكمة	٧٩
الفرع الأول شروط قبول الدعوى وقاعدة درء المفسدة	٨٠
الفرع الثاني مدى صلاحية القاضي	٨٣

لنظر النزاع المعروض عليه	
الفرع الثالث الدفوع الشكلية وقاعدة درء المفسدة	٨٦
الفرع الرابع عوارض سير الخصومة	٨٩
المبحث الثاني مجال تطبيق قاعدة درء المفسدة في مرحلة إصدار الحكم والطعن عليه	٩٢
المطلب الأول درء المفسدة في مرحلة إصدار الحكم	٩٣
المطلب الثاني درء المفسدة في مرحلة الطعن على الحكم	٩٧
الفرع الأول درء المفسدة في مرحلة الاستئناف والالتماس	٩٨
الفرع الثاني الطعن بالنقض وقاعدة درء المفسدة	١٠٥
الخاتمة	١١١
قائمة المراجع	١١٥
فهرس المحتويات	٢٢٤