

الأستاذ: نبيل صقر

الوسيط

في شرح قانون

الإجراءات المدنية والإدارية

قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008

الخصومة - التنفيذ - التحكيم

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

دار الهدى

للطباعة والنشر والتوزيع

المطبعة الصناعية ص.ب 193

عين مليلة - الجزائر

الهاتف:

032.44.92.00

032.44.95.47

الفاكس:

032.44.94.18

Web: www.elhouda.com
e-mail: darelhouda@yahoo.fr

الرقم التسلسلي: 99 - 2008 شركة دار الهدى

رقم الإيداع القانوني: 4027 - 2008 المكتبة الوطنية

ردمك: 3 - 062 - 26 - 9947 - 978

الضروع

مكتبة وراقعة دار الهدى بـ:

عين مليلة: جبل بوزبين طريق باتنة

الهاتف: 030.34.46.85 الفاكس: 030.34.46.84

قسنطينة: حي كوحيل حفضر جنان الزيون

الهاتف: 031.92.22.08 الفاكس: 031.92.27.08

الجزائر: 01 شارع أوراس بشير باب الواد

الهاتف: 021.96.62.20 الفاكس: 021.96.61.11

وهران: 05 شارع زيفود يوسف عمارة الحرية

الهاتف: 041.40.46.47/041.40.46.89

الفاكس: 041.41.46.54

إهد

إلى روح أبي وأمي

إلى الساهرين علي إحقاق العدل

إلى من اقتدرت هذا الكتاب قبل رحيلها

أهدي هذا العمل

وهران في 8 أوت 2008

جميع الحقوق محفوظة. ولا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو نقله في أي شكل أو واسطة، سواء أكانت إلكترونية أو ميكانيكية، بما في ذلك التصوير بالنسخ (فوتوكوب، دي، أو التسجيل، أو الترخيز والاسرجاج، دون إذن خطي من الناشر

مقدمة

يعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 من القوانين الرائدة في التشريعات العربية فلقد جمع بين عدة قوانين وجميعها تخضع للإجراءات المدنية فجمع بين مبادئ الإجراءات في الخصومة والقواعد الإجرائية للإثبات والتحكيم وأضاف لذلك الإجراءات الإدارية وهو ما يجعله مميزا عن القوانين الأخرى ولقد عكف المشرع الجزائري على تقسيم القانون إلى خمس كتب سبقهم بأحكام تمهيدية وكان هذا التقسيم كالتالي

الكتاب الأول الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية

الكتاب الثاني في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية

الكتاب الثالث في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية

الكتاب الرابع في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية

الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات

ففي الكتاب الأول قد وضع أسس إجراءات الخصومة وأشكالها وأشخاصها من خلال بيان قواعدها من خلال بيان الاختصاص والدعوى واستخدامها بالطلبات و الدفع بأنواعها ثم القواعد الإجرائية للإثبات والخصومة وعوارضها والحكم والظعن في الأحكام

والكتاب الثاني تعرض للإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية وهي تأكيد

وتوضيح لعرف كانت عليه المحاكم وأقسامها قام بتقنينها المشرع

أما الكتاب الثالث فتعرض لطرق التنفيذ من تبليغ السند التنفيذي والتكليف بالوفاء

و الحجز التنفيذية والتحفطية والعقارية وإشكالات التنفيذ

ولقد تعرض الكتاب الرابع للإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية

أما الكتاب الخامس : فتعرض للطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والتوسط

و التحكيم

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

" أنكم تختصمون إلي و إنما أنا بشر ، و لعل بعضكم
الذين بحجته و أنا أقضي بينكم على نحو ما أسمع ، فمن
قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له
قطعة من النار."

كما قال صلى الله عليه وسلم

" لو يعطى الناس بدعواهم ، لأدعى أناس دماء
رجال و أموالهم ، و لكن البينة على من ادعى و
اليمين على المدعى عليه "

إجراءات تكوين الشركات وإجراءات الإفلاس في القانون التجاري، وترد إجراءات إبرام العقود وإجراءات الشفعة في القانون المدني.

2- قانون الإجراءات المدنية هو القانون الإجرائي العام:

القضاء أياً كان نوعه، مدنياً أو جزائياً أو إدارياً له أصول عامة ومقومات واحدة وتحكمه مبادئ أساسية واحدة، كحرية الدفاع وعدم صلاحية القضاة والتكليف بالحضور ونظام إدارة الجلسات وولاية المحاكم في تصحيح الأحكام وتفسيرها. ولما كانت هذه الأصول والمبادئ يتضمنها قانون الإجراءات المدنية فقد قيل - بحق - أن قانون الإجراءات المدنية هو الشريعة العامة لإجراءات التقاضي¹. لذلك، يتعين الرجوع إليه كلما شاب القوانين الإجرائية الأخرى نقص أو غموض.

- فائدة قانون الإجراءات المدنية:

تبدو فائدة قانون الإجراءات المدنية فيما يضعه من ضمانات لحقوق المواطنين الأمر الذي يبيث في نفوسهم الثقة والاطمئنان فيقبلوا على التعامل فيما بينهم وتزدهر الحياة الاقتصادية. وكلما يسرت قواعد قانون الإجراءات المدنية سبل حماية الحق ونأت بها عن تعقد الإجراءات وزيادة النفقات كلما أدى ذلك إلى ازدهار الحياة الاقتصادية وشيوع السلام بين الناس².

- طبيعة قانون الإجراءات المدنية:

يقصد بطبيعة قانون الإجراءات المدنية بيان ما إذا كان قانون الإجراءات المدنية فرعاً من فروع القانون العام أم فرعاً من فروع القانون الخاص. جرى الفقه التقليدي³ في فرنسا على اعتبار قانون الإجراءات المدنية من القانون الخاص على أساس أن الغرض منه حماية حقوق الأفراد. وقد ساعد على هذه الفكرة أن قواعد قانون

الإجراءات المدنية ظلت لفترة طويلة جزء من القانون المدني الفرنسي¹. وقانون الإجراءات المدنية المصري القديم، إذا تعدم فيهما سلطة القاضي في إدارة حركة الدعوى.

ومن ثم، تبدو قواعد قانون الإجراءات المدنية وكأنها تشغل بين القانون العام والقانون الخاص مركزاً وسطاً². مما يصعب معه القطع باعتبار قانون الإجراءات المدنية من القانون العام أو القانون الخاص.

والصحيح، أن قانون الإجراءات المدنية وهو قانون يعني بحماية الحقوق لا يلزم بالضرورة أن تكون له طبيعة الحقوق التي يحميها³.

- خصائص قانون الإجراءات المدنية:

1- قانون الإجراءات المدنية قانوني جزائي:

تنقسم القوانين إلى قوانين مقررة للحقوق تبين كيف ينشأ الحق وكيف ينقضي كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري. وقوانين جزائية تبين سبل احترام الحق وتنظم جزاء الإخلاء به كقانون الإجراءات المدنية. فقانون الإجراءات المدنية إذن قانوني جزائي⁴. لما يفرضه من جزاء على انتهاك حقوق الغير. وبغير هذه الحماية تتعدم جدوى الحق، ويلجأ الأفراد لقضاء حقوقهم بأنفسهم الأمر الذي يهدد الأمن والسلام الاجتماعيين.

والجزاء الجزائية في قانون الإجراءات المدنية تنحصر في أمرين لا ثالث لهما:

1- الجزاء المالي المتمثل في غرامة، مصادرة، كفالة

2- عدم إنتاج الإجراء لأثاره التي كان ينتجها لو كان صحيحاً.

- عدم الاختصاص، والجزاء هو عدم القيام المحكمة بنظر الدعوى.

- عدم القبول، امتناع المحكمة عن قبول الدعوى هو الجزاء.

- بطلان العمل الإجمالي، والجزاء هو عدم إنتاجه لأثاره التي كان يمكن

للعمل الإجمالي إنتاجها لو كان صحيحاً.

أو الوفا: صفحة 15 - العثماني. بند 4.

¹ أنظر: مقال د. طعيمة الجرف "مدى التعارض بين طبيعة المنازعات الإدارية وقواعد المرافعات" مجلة مجلس الدولة 1957 السنة سابعة - صفحة 280 وما بعدها.

Classon et tissier : proc. Civ. 2 éd. 1908. (i.p.)

(أحمد مسلم: بند 24 - رمزي سيف: بند 3 - محمد عبد الجواد: صفحة 10.

³ La coste : No. 17- Sotus et perrot : No.7.p.14.

¹ (Glasson et Tissier : op. cit ; No.9.

² كامل ليلة: صفحة 214: هامش 1.

³ رمزي سيف: صفحة 10 - مصطفى كامل كريمة: صفحة 16: أبو الوفا: صفحة 30

⁴ Soins et perrot : No. 15. p. 21.

- سقوط الحق الإجرائي هو الوصف القانوني للحق الإجرائي الذي لم تتم ممارسته في الميعاد المحدد له، والجزء هو عدم عودة هذا الحق إلى الحياة مرة ثانية، وبطلان ما تأخذ من إجراء بناء على الحق الذي سقط. مثال ذلك رفع طعن بعد فوات ميعاده.

2- قانون الإجراءات المدنية قانون تنظيمي:

يعتبر قانون الإجراءات المدنية من القوانين التنظيمية إذ تعني قواعده بتنظيم القضاء وحسن أدائه لوظيفته، كما تعني بيان كيفية الالتجاء إليه.

لذلك تتميز قواعده بأنها قواعد في مجموعها شكلية وأمرة:

أ- قواعد الإجراءات المدنية قواعد شكلية

- ما هي خصائص القواعد القانونية الإجرائية

القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية هي القواعد القانونية من صنع المشرع ولها كل صفات القاعدة القانونية من عموم وتجريد وإلزام. وكل قاعدة إجرائية تنقسم إلى عنصرين الأول هو "العنصر المفترض" ويشتمل على جميع عناصر الإجراء النموذجي الذي حدده المشرع.

والعنصر الثاني هو "الأثر القانوني" ويشتمل على كافة النتائج التي يولدها الإجراء إذا اتخذ بشكل صحيح ويسمى ذلك بالأثر السلبي للقاعدة الإجرائية. ويتوصل القاضي إلى تحديد أي الآثار التي يولدها الإجراء بأعمال التكيف القانوني. ونقصد بذلك قيام القاضي بالمقارنة بين عناصر الإجراء المتخذ أمامه بواسطة الخصوم، وعناصر الإجراءات النموذجية القائمة في القاعدة الإجرائية، ونتيجة هذه المقارنة أما أن تكون:

1- مطابقة الإجراء لما هو منصوص عليه في القانون. وبالتالي تتولد كافة الآثار الإيجابية للإجراء الصحيح.

2- عدم مطابقة الإجراء الذي اتخذته الخصوم أمام القاضي للقاعدة النموذجية، وبالتالي تتولد آثار سلبية هي عدم إنتاج الإجراء المتخذ لآثاره نظرا لعدم صحته. ومن جهة أخرى وبناء على ما سبق، فقواعد الإجراءات هي قواعد شكلية، تبين أشكال الإجراءات الواجب اتخاذها وتبين الجزاءات الواجب توقيعها عند

مخالفة هذه الأشكال. وهذه الأشكال وضعت لاحترام كافة الحقوق الموضوعية.

لأن هذه الأخيرة يتم حمايتها من خلال هذه القواعد

3- علاقة القواعد الإجرائية بأصل الحق المتنازع عليه أمام القضاء:

القواعد الإجرائية هي وسيلة حماية الحقوق الموضوعية، فهي قواعد وسيلية، هي قواعد خادمة للحقوق الموضوعية. قواعد الإجراءات المدنية تخدم جميع فروع لقانون الموضوعي، فقانون الإجراءات المدنية في جميع القضايا المدنية والتجارية وقضايا الأحوال الشخصية والمنازعات البحرية والجوية والعمالية.. الخ.

أ- من المعروف أن رفع الدعوى يقطع التقادم الموضوعي الساري لصالح المدين. إذا اشترطنا شروط متعددة ووضعنا قواعد إجرائية كثيرة لرفع الدعوى بشكل صحيح، ورتبنا جزاء البطلان على تخلف أي شرط من هذه الشروط و أنزلنا بالفعل هذا الجزاء عند كل مخالفة، فإن مؤدي هذا الجزاء زوال الإجراء المعيب عند كل مخالفة، فتزول عريضة الدعوى بفرض أنها معيبة.

ويترتب على زوالها زوال الآثار التي تولدت عنها. من هذه الآثار قطع التقادم.

فإلى جانب ما يتضمنه قانون الإجراءات المدنية من قواعد موضوعية كالقواعد التي تحدد شروط انعقاد الخصومة وآثار المطالبة القضائية وغيرها، فإن قواعده تتميز في مجموعها بأنها قواعد شكلية تلزم الأفراد بمراعاة مواعيد وإجراءات معينة، وترتب جزاء على مخالفة ذلك¹.

وهكذا تبدو فائدة الشكلية في قانون الإجراءات المدنية من ناحيتين: فهي تحقق المصلحة العامة وذلك بوضع القواعد التي تضمن حسن سير القضاء فلا يترك الأمر لكيد الخصوم وتحكم القضاء، كما أنها تحقق المصلحة الخاصة للخصوم وذلك باطمئنانهم على حقوقهم إذا ما اتبع الشكل الذي نص عليه القانون².

ب - قواعد الإجراءات المدنية قواعد أمرة:

وتفترض هذه الخاصية التزام المتقاضيين بهذه القواعد بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام.

¹) Classon et Tissier : No. 11- Solus et Perrot : No. 18.

عبد الفتاح السيد. الوجيز في الإجراءات المدنية المصرية- 1924 - ط 1 بند 6.

² رمزي سيف مرجع سابق ص 24.

والضابط في معرفة ما إذا كانت قاعدة من قواعد الإجراءات المدنية تتعلق بالنظام العام، هو الوقوف على الغاية التي توخاها المشرع بتنظيمه لهذه القاعدة، فإن كانت المصلحة العامة تعلقت القاعدة بالنظام العام، أما إذا كانت غاية المشرع حماية مصلحة خاصة فإن القاعدة لا تعتبر من النظام العام ويجوز اتفاق الخصوم على مخالفتها¹.

فكرة النظام العام في قانون الإجراءات المدنية:

فكرة النظام العام هي فكرة غامضة، وهي تستمد عظمتها من هذا الغموض، وهي فكرة طاردة لكل الأفكار التي تخالفها، وهي تلعب دور الحماية في كل فروع القانون وذلك عن طريق استبعاد كل ما يتعارض معها.

لفكرة النظام العام دور هام في قانون الإجراءات المدنية فهي تلعب دوراً متعدد الأوجه:

أ- فهي المبرر لإبطال بعض الأعمال الإجرائية.

ب- وهي ميرر لمنع سقوط بعض الحقوق الإجرائية.

ج- وهي المبرر لقيام القاضي بالفصل في بعض المسائل من تلقاء نفسه ودون طلبها من جانب الخصوم.

د- وهي المبرر لحماية بعض المبادئ العامة في قانون الإجراءات المدنية.

هـ- وهي المبرر لإهدار بعض أسس قانون الإجراءات المدنية.

وإلى تفصيل كل ذلك:

فالاستئناف أو الطعن الذي يرفع بعد الميعاد يكون باطلاً لسبق سقوط الحق في رفعه، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه، والسبب في ذلك يرجع إلى ضرورة استقرار الحقوق التي حددها الحكم المطعون فيه.

كما أن فكرة النظام العام وتعلق أية مسألة إجرائية بها تسمح للقاضي بالفصل في هذه المسألة من تلقاء نفسه، بمعنى أنه ليس في حاجة لأن تطرح هذه المسألة عليه من جانب الخصوم وفقاً للقواعد العامة.

د- كما أن اعتبارات النظام العام هي التي أدت إلى تعلق بعض المبادئ العامة في قانون الإجراءات المدنية بها، لأن النظام العام يهتم بمثل هذه المبادئ، مثال ذلك مبدأ احترام حقوق الدفاع، مبدأ التقاضي على درجتين، مبدأ عدم تحصين أي عمل من الطعن عليه، مبدأ حياد القاضي واستقلاله، مبدأ علانية إجراءات التقاضي كل هذه المبادئ هامة وواجبة الاحترام ومخالفتها تؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي الذي تم بالمخالفة لها، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام وتحكم به المحاكم من نفسها ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.

المبادئ العامة في قانون الإجراءات المدنية الجديد

1 - تطبيق القانون من حيث الزمان

ميعاد سريان وتطبيق قانون الإجراءات المدنية¹:

تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالاً، غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة، وكذلك الحال فيما يخص آجال المرافعة (المادة 7 من القانون المدني) فقاعدة التطبيق الفوري للقانون الشكلي في المجالين: المدني والجزائي، مع الاستثناءات المذكورة أعلاه هي مطبقة من طرف المشرع²

ملاحظة:

إذا كانت قاعدة تنازع القوانين الخاصة بالموضوع لا تطرح إشكالات لوضوح النصوص القانونية بشأنها، فإن قوانين الشكل تطرح عدة إشكاليات يعكف الفقه على مناقشتها. فإذا كانت القاعدة في الإجراءات هي التطبيق الفوري للقانون الجديد، إلا أن عدة حالات تتطلب المناقشة. وأول إشكالية هي تلك التي تتعلق بتشكيل الجهات القضائية، والاختصاص وكذا تقادم الدعوى العمومية.

¹ أحمد لعور ونبيل صقر المواعيد القانونية الطبعة الثالثة دار الهلال ص 8

² المادة 2: تطبق أحكام هذا القانون فور سريان، باستثناء ما يتعلق منها بالآجال التي بدأ

سريانها في ظل القانون القديم

- الطلبات المقابلة من المدعى عليه

- مفهومها وأهميتها:

لا يخرج موقف المدعى عليه في الدعوى عن إحدى صورتين، الأولى، أن يقف موقف الدفاع فيتقدم بالرد على الدعوى، في صورة دفع موضوعية أو شكلية، أو بعدم القبول. والثانية، أن يقابل الدعوى بموقف هجومي، فيوجه إلى المدعى إدعاء مضاد، وهذا هو ما يسمى بالدعوى الفرعية أو الطلب العارض المقدم من المدعى عليه¹. وهو ما يطلق عليه الطلبات المقابلة.

والمقصود بالطلبات المقابلة، أو دعاوى المدعى عليه، الطلبات العارضة التي يقدمها المدعى عليه قبل المدعى للحصول على حكم في مواجهته، كأن يطلب المدعى تنفيذ العقد فيرد المدعى عليه باعتبار أن خير وسيلة للدفاع هي الهجوم. فالمدعى عليه لا يقف منها عند طلب رفض طلبات المدعى، بل يطلب الحكم لصالحه بطلبات جديدة قبل المدعى، وهكذا تؤدي الطلبات المقابلة، خلافا للدفع، إلى تغيير موضوع الخصومة بإضافة طلبات جديدة².

ولإمكانية تقديم طلب مقابل من المدعى عليه كثير من المزايا.

فالسماح به يمكن المحكمة من إعطاء نظرة كاملة للمركز القانوني للطرفين فننفادى إصدار أحكام متناقضة أو أحكام يصعب التوفيق بينها، كما أنه يؤدي إلى نظر دعويين أو أكثر في خصومة واحدة مما يوفر في الوقت والجهد والنفقات ويعتبر أعمالا لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات، وأخيرا فإن طلب المقاصة القضائية الذي يعتبر أهم الطلبات المقابلة، يمكن المدعى عليه من الحصول على حقه أيضا قبل المدعى

طلب المقاصة القضائية:

المقاصة القضائية بين دينين قد تكون قانونية وقد تكون قضائية: فتكون قانونية إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثلثات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء

العارض حتى يقبل الطلب العارض¹. فيمتنع قبول أي طلب عارض إن لم يكن مرتبطا بالدعوى الأصلية، إذ أنه يتناولها بالتعديل الموضوعي لذلك ينبغي أن يكون متصلا بها اتصالا موضوعيا، بالمحل أو السبب².

ويقدم الطلب قبل قفل باب المرافعة في الدعوى أي قبل حجز الدعوى للحكم باعتبار أن القضية قد تهيأت للفصل فيها بعد أن أبدى الخصوم دفاعهم.

ومتى تم هذا الإقفال تنقطع صلة الخصوم بالدعوى، فلا يجوز التعديل في نطاق الخصومة وإلا كان معطلا للإجراءات ومؤخرا للعدالة. ولكن قد تصرح المحكمة رغم قفل باب المرافعة بتقديم مذكرات خلال أجل محدد، وبالتالي يجوز للخصوم تقديم الطلبات العارضة خلال هذا الأجل³.

فالمرافعة لا تعتبر قد أقيمت إلا بانتهاء هذا الأجل، مع مراعاة ضرورة أن يمكن الخصم الذي وجهت إليه الطلبات العارضة من الرد عليها، وذلك بمذكرة من ناحيته وإلا كان في ذلك إخلال بحق الدفاع⁴.

هذه هي شروط قبول الطلبات العارضة، بجانب ضرورة توافر الشروط العامة اللازمة لقبول أي طلب أو دفع، وهي شرط المصلحة وشرط الصفة.

¹ وجدي واغب ص 404، وانظر عبد العزيز بدوي، بحوث في المرافعات، ص 32، 23.

² أحمد هندي ص 460.

³ نقض 1975/2/27 - الطعن رقم 572 لسنة 40 ق مجموعة النقض السنة 26 ص 1085 لدى أمينة النمر ص 137، 138، ونقض 1976/5/22 السنة 27 ص 1153، وكذلك نقض 1966/2/24 السنة 17 ص 467.

وأبضا أنظر محكمة النيا الابتدائية في 1954/9/23 الخامة السنة 35 ص 1766 ونقض 1945/5/24 طعن رقم 78 لسنة 14 ق، وكذلك نقض 1943/4/15 طعن 63 لسنة 12 ق، لدى أبو الوفا - التعليق ص 561، وقارن الشرفاوي وجميعي الشرح ص 477.

⁴ أنظر أبو الوفا التعليق ص 561، وكذلك الدناجوري و عكاز - التعليق ص 226، 337.

¹ الشرفاوي وجميعي الشرح ص 481، و انظر ابراهيم نجيب سعد ص 620.

² انظر وجدي واغب ص 407، و لنحي والي ص 462.

من الناحية النظرية فالتشكيكية (التنظيم القضائي عامة) وقواعد الاختصاص من حيث فورية أو عدم فورية التطبيق تتطلب الانتباه إلى 3 حالات:

الحالة الأولى:

قاعدة الإبقاء على الإجراءات القديمة التي وقعت الأفعال حال سريانها و هي النظرية التي دافع عليها كل من: كانو وفاستا إيلي (نظرية قانون العقوبات سنة 1872).

الحالة الثانية:

قاعدة التطبيق الكلي والفوري للقانون الجديد ما دام لم يصدر حكم في الموضوع (فكرة مارلان كتاب الاختصاص).

الحالة الثالثة:

المرحلة الانتقالية التي تقتضي تطبيق القواعد القديمة بشأن طرق الطعن وما يتبعها، حتى حال صدور حكم نهائي فاصل في الموضوع (فكرة قارو وروبيي: تنازع القوانين من حيث الزمان 1929-1933).

هذه الحالات الثلاث ليست متناقضة فيما بينها بل هي متكاملة ، إذ أن الوقائع يطبق عليها القانون القديم بالرغم من أن بتاريخ الوقائع صدر قانون جديد، والإجراءات التي تمت تحت ظل القانون القديم تبقى قائمة لأنها تمت تطبيقاً لذلك القانون، وأن ما يلزم به القانون الجديد لا يعتبر إلا إضافياً في حالة عدم التناقض، ولا يؤثر فيما هو قديم في حالة تناقض القوانين (الإلغاء الصريح أو الضمني).

أما بشأن تسيب الأحكام والخبرات والاستجابات والحبس المؤقت، وهي من الإجراءات، فتطبيق القانون الجديد هو فوري.

أما بشأن طرق الطعن فالقانون الساري المفعول حال النطق بالحكم أو القرار هو الذي يجب تطبيقه من حيث مواعيد الطعن عادية كانت أو غير عادية، لأن بداية الميعاد القانوني للطعن تنطلق من تاريخ النطق بالحكم أو القرار وأن المحكوم عليه أو المحكوم له، عليه أن يتعرف على ميعاد الطعن وقت تاريخ صدور الحكم فميعاد المعارضة في القانون القديم شهر من تاريخ التبليغ

فإذا جاء قانون جديد وأحدث تغييراً في ميعاد المعارضة بالزيادة في الميعاد والنقصان منه، فإن القانون القديم هو الذي يطبق لأن هذا الميعاد هو جزء من

إجراء أُنفتح بصور الحكم وبالتالي لا يتعطل ولا يتوسع ولا يتقلص بأية قاعدة تأتي بعد بداية وجوده.

هذه القاعدة تطبق على أحكام الموضوع.

إلا أنه يجب التفريق بين أجل الطعن وشكله ، فإن كانت القاعدة هي أن ميعاد الطعن المنصوص عليه في القانون القديم هو الذي يطبق، إلا أن شكله يطبق عليه القانون الجديد¹.

مع الملاحظة أنه بالنظر إلى أهمية هذه النقطة وما أثارته من دراسات ونقاش، ذهب الكثير من المشرعين إلى تقنينها، فالمشرع الفرنسي وفي قانون العقوبات الفرنسي الجديد أوجد المادة 112 الفقرة 3 التي نصت على أن طرق الطعن تخضع للإجراءات الشكلية السارية وقت صدور الحكم.

أما بشأن التّقدم، فالمشرع عندنا قد اعتبر التّقدم إجراءات، وأنه قرّر أن القانون القديم هو الذي يطبق من حيث البدء والانقطاع والوقف فيما يتعلق بالمدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة (المادة 7 قانون مدني) إلا أن القوانين في الدول الأخرى قد أوجدت مواد تفصيلية بشأن بدء التّقدم، تطبيقاً لمعايير موضوعية لها أهمية كبرى.

2- الحق في التقاضي أو الحماية القضائية:

يقصد بالحماية القضائية أو الدعوى القضائية رخصة اللجوء إلى السلطة القضائية، بهدف إنشاء حق أو تقريره بالكشف عنه.

فالحماية القضائية هي وسيلة قانونية يلجأ لها المدعى طالبا حماية حق له بإثبات وجوده فقط، أو لحماية هذا الحق، أو بإثبات قيامه وإلزام خصمه بأدائه.

والحماية القضائية وسيلة حضارية ابتداعها الإنسان ليكفل الأمن والأمان لأفراد المجتمع، فلا يجوز لأي منهم أن يأخذ حقه بنفسه كما كان يحدث في العصور الرومانية من حبس الدائن لمدينة عقابا له على عدم السداد².

¹القرارات الكبرى لحكمة التقض الفرنسية ، الطبعة الثالثة لسنة 2001 ، برادال وفرنار الصفحة 179

²المادة 3 : يميز لكل شخص بدعي حقا ، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.

يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم.

يلتزم الخصوم والقاضي ببدأ الرجحية.

3 - مبدأ التقاضي يتم على درجتين :

يأخذ نظام التقاضي في الجزائر بمبدأ التقاضي على درجتين بمعنى أن النزاع الواحد يعرض على محاكم أول درجة، فيصدر فيه حكم، هذا الحكم يقبل بشروط معينة الطعن فيه أمام المجالس كدرجة ثانية، هذه المحكمة لها ذات سلطات محكمة الدرجة الأولى وهي تعيد فحص الموضوع إذا ألغت الحكم الصادر من أول درجة وتصدر حكما جديدا في النزاع.

ونعني به إتاحة الفرصة للخصم الذي خسر دعواه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد.

ويعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الهامة التي تكفل السير الحسن للعدالة فهي تسمح للخصوم تدارك ما وقعوا فيه من أخطاء وعرض قضيتهم على قضاة أكثر عددا وأكثر خبرة.

فالنظام القضائي في الجزائر يرتكز على المحاكم كأول درجة للتقاضي والمجالس القضائية كدرجة ثانية لاستئناف الأحكام الصادرة من الدرجة الأولى¹. ولقد قضت المحكمة العليا من المقرر قانونا وقضاء أنه لا يمكن للمجلس القضائي التصريح بعقوبة ضد شخص لم يكن طرفا في القضية أمام محكمة أول درجة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن أ ق لم يكن ملاحقا شخصيا أمام القاضي الأول، فإن جهة الاستئناف التي صرحت بعقوبته تكون قد خرقت مبدأ التقاضي على درجتين².

كما قضت من المقرر قانونا أنه يجوز رد القاضي إذا سبق له أن أفتى أو أدى شهادة في النزاع أو سبق له الفصل فيه في أول درجة وكذا الحالات الأخرى المحددة بالنص المذكور في المرجع مع ضرورة احترام الإجراءات المقررة.

ومتى ثبت ان القاضي المطلوب رده كان قد صرح بعدم اختصاصه على مستوى المحكمة و لم يتطرق لموضوع القضية التي فصل فيها قاضي آخر فإنه لا يعتبر خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين لذا يتعين رفض الطلب¹.

كما قضت " ولما ثبت -في قضية الحال- أن الطاعن قد علم بالحكم الغيابي الذي لم يتم تكليفه بالحضور فيه واختيار طريق الاستئناف بدلا من تقديم معارضة فإنه باختياره هذا يكون قد حرم نفسه من إحدى درجات التقاضي وعليه أن يتحمل نتائج اختياره².

4- مبدأ علنية الجلسات :

ويقصد بالعلنية كفالة إتاحة الفرصة لأي شخص للولوج إلى قاعة المحاكمة وتعني أن يتم تحقيق الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية يسمح فيها بالحضور لكل شخص، وأن يسبب القاضي حكمه، وأن ينطق به في جلسة علنية، وأن يسمح -كضمان لتحقيق هذه العلنية- بنشر المناقشات والمرافعات ومنطوق الأحكام في الصحف³، وفي هذا ضمان عامة لاتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم.

ويضمن مبدأ العلنية مراقبة الرأي العام عمل القضاء، كما أن ذلك يؤدي إلى ترتيب نوع من أنواع الرقابة الشعبية على عمل القضاة، وتبعث الطمأنينة في نفوس المتقاضيين وتؤكد نزاهة القضاة.

فالعلنية تحقق ثقة الأفراد في سلامة الحكام، ويتعين أن يمارس القاضي حكمه علنية. ولا يشترط أن يكون الجمهور حاضرا وقت المرافعة أو النطق بالحكم، فالعلنية تتحقق طالما كانت قاعة الجلسة المفتوحة دون قيد ولا شرط لجمهور المتقاضيين.

5- مبدأ التزام اللغة العربية في الأعمال الإجرائية

تأكيدا على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، كما تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، كما تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية.

¹المجلة القضائية 1995/2 ص 72 ملف : 94004 بتاريخ: 1992/10/20

²ملف رقم 187530 قرار بتاريخ 1998/07/14

³المادة 7 : الجلسات علنية ، ما لم تنس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة.

مفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة

¹المادة 6 : المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك

²المجلة القضائية العدد 1990/3 ملف رقم 51195 قرار بتاريخ 1988/02/20

7- مبدأ حياد القاضي:

القاضي هو شخص له ولاية القضاء يحكم وفقاً للقانون بين المتنازعين ويجب أن يكون محايداً، ويقصد بالحياد عدم الميل إلى هذا الخصم أو ذلك، ولا يساعد أي منهما، ولا يضيف وقائع من عنده للنزاع، ولا يقوم نيابة عن الخصوم بالإثبات وإنما هو يفصل فيما يقدم إليه من وقائع تم طرحها وإثباتها أمامه بمعرفة الخصوم.

هذه هي المبادئ التي تسيطر على قانون الإجراءات المدنية ككل وإلى جانب هذه المبادئ العامة توجد مبادئ خاصة بكل منظومة إجرائية نستعرض الآن هذه المبادئ الخاصة:

1- لا دعوى بلا مصلحة:

من المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية أنه يشترط لقبول الدعوى أو الطلب أو الطعن أن يكون لصاحبه فيه مصلحة، والمصلحة هي المنفعة التي تعود على الخصم من اللجوء إلى القضاء. وهي تنشأ من كونه صاحب حق أو مركز قانوني اعتدى عليه وهو يرغب في الحصول على الحماية القضائية لحقه أو لمركزه القانوني.

2- الخصومة ملك للخصوم: وبمعنى هذا المبدأ هو أن النزاع الخاص يعتبر معلوماً للخصوم شأنه شأن الحق المتنازع عليه، ثم أن الخصوم هم اللذين يبدؤون الخصومة، وهم اللذين يقبلون السير فيها، ولهم وضع حد لها وإنهائها قبل صدور حكم في الموضوع. وحتى إذا صدر الحكم في هذا النزاع فالمحكوم له يملك التنازل عن الحكم. ومن ذلك نشأ الدور السلبي للقاضي المدني ونشأ مبدأ حياده.

3- مبدأ ثبات الطلب القضائي:

ومعناه إن الطلب القضائي الأصلي إذا وردت به كافة عناصر الصراع فقد يتم فيه تركيز هذا النزاع بصورة نهائية لا يجوز إدخال أي تعديل عليه. وأي تعديل يراد إدخاله على هذه العناصر لا بد أن ترفق به دعوى أصلية. وكان هذا المبدأ يهدف إلى عدم توسيع نطاق الخصومة، وعدم إدخال الاضطراب عليها.

ولكن هذا المبدأ خضع لتطور مؤداه إمكان إدخال عناصر جديدة على النزاع الأصلي. سواء تعلق هذه العناصر بالوقائع أم بالقانون أم بالأشخاص لإدخال مرونة كافية على النزاع الخاص تؤدي إلى إعفاء الخصوم من ضرورة رفع

من أهم الأعمال الإجرائية الشفهية الاستجواب والشهادة، ويجب أن تتم باللغة العربية، فذلك هو الأصل. ولكن يستثنى من ذلك حالة الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية. عندئذ يجوز للمحكمة أن تأذن لهم بتأدية الشهادة أو الإدلاء بالإجابات الاستجواب باللغة الأجنبية، مع الاستعانة ب مترجم يتولى ترجمة هذه اللغة إلى اللغة العربية بعد تأدية اليمين القانونية، وهذا الاستثناء قاصر على الأعمال الشفهية، لا يمتد إلى الأعمال الكتابية التي يجب أن تتم باللغة العربية، مثل رفع الدعاوى، وتحرير المذكرات، وإصدار الأحكام، وتحرير الأسباب. وإذا استلزم الأمر تقديم مستند محرر بلغة أجنبية، تعيين إرفاق ترجمة رسمية بالعربية له، أو ترجمة عرفية ليست محل نزاع عن الخصم، والحكم الذي يستند إلى محرر بلغة أجنبية دون ترجمة حكم باطل قانوناً.

وإذا كانت اللغة الأجنبية جائزة للخصوم والشهود في حالات إستثنائية فهي ليست جائزة بالنسبة للمحامي الذي عليه الترافع باللغة العربية، وتقديم مذكراته بنفس اللغة مع الأخذ في الاعتبار أن الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة.

ولقد قضت المحكمة العليا من المبادئ العامة المقر قانوناً أن التعبير على المبالغ المحكومة بها يجب أن تكون بالعملة الوطنية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف عبروا عما حكم به من مبالغ بالعملة الأجنبية يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون¹.

6- مبدأ احترام حقوق الدفاع:

وهو درة المبادئ الإجرائية وأهمها على وجه الإطلاق، والذي من أجله كافح الفقهاء منا طويلاً. وهو سلاح صاحب الحق ضد جبروت السلطة وتغنت الظلم، ويعد مجاله المفضل في نطاق الإجراءات الجزائية وله انعكاس في جميع القوانين الإجرائية والبطلان هو الوصف القانوني لأي عمل إجرائي يتم بالمخالفة لهذا المبدأ، وهو مبدأ متعلق بالنظام لعام يثيره القاضي من تلقاء نفسه و يتم التمسك به أمام جميع درجات التقاضي.

دعوى جديدة في كل مرة يراد فيها إضافة عنصر جديد إلى نفس النزاع وتمثل هذا التطور في نظرية الطلبات العارضة بصفة أساسية.

5- لا يجوز لأحد أن يستفيد من خطأه:

فمن تسبب في بطلان عمل إجرائي معين لا يستطيع أن يتمسك ببطلانه لأنه بذلك يكون قد استفاد من خطأ وقع منه.

6- الطعن على الحكم بذات الطريق مرتين لا يجوز:

فلا يجوز الطعن على الحكم الابتدائي بالاستئناف مرتين، كذلك المعارضة، كذلك التماس إعادة النظر، كذلك النقض. لأن الحكم الصادر في الطعن بمجرد صدوره يؤدي إلى استفاد ولاية المحكمة التي أصدرته، وحياسة الحكم قوة الشيء المحكوم به وبالتالي لا يجوز الطعن على ذات الحكم بذات الطريق مرتين متتاليتين. هذه بعض المبادئ الخاصة في القانون الإجراءات المدنية والتي تسود كل منظومة من المنظومات الإجرائية لهذا القانون.

الدعوى

الحق فائدة يقررها القانون لصالح الأفراد، ويشمل هذا المعنى حتما إمكان الالتجاء إلى السلطة القضائية للحصول منها على تقرير هذا الحق إذا ما نوزع فيه أو على إرجاعه إلى صاحبه إذا ما انتهكت حرمة¹، فالحق لا يستكمل مقومات وجوده إذا لم يكن في وسع صاحبه أن يحميه، ولا سبيل للتمكن من ذلك، عند المنازعة، غير الدعوى، فهي من عناصر قيام الحق²، إذ طالما أن الدولة حرمت على الفرد اقتضاء حقه بنفسه وهيات له هذه الحماية بواسطة القضاء، كان لا بد أن تخول الفرد صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه حق الحصول على هذه الحماية، وهذا الحق هو الذي يسمى بالدعوى³. فالدعوى هي وسيلة التقاضي، وهي الوسيلة القانونية التي يتوجه بها الشخص إلى القضاء لكي يحصل على تقرير حق له أو حمايته، وليس للقضاء أن يتدخل من تلقاء نفسه لفض المنازعات بين الناس وإنما لا بد من دعوى ترفع إليه من صاحب الحق⁴.

ويبين من ذلك أن الدعوى وسيلة اختيارية⁵ لصاحب الحق أن يستعملها أو لا يستعملها فليست الدعوى واجبا على من يتعدى على حقه نحو نفسه و نحو المجتمع الذي يعيش فيه كما ذهب إلى ذلك الفقيه "أهرنج"⁶.

والدعوى كلمة قلقة غير معينة المراد، شاع الاضطراب في استعمالها والتعبير عنها، ولم يعرفها المشرع في قانون الإجراءات ولا في القانون المدني⁷، وقد ساعدت

¹ أبو هيف - المرافعات المدنية و التجارية و النظام القضائي في مصر - الجزء الأول - 1915 ص 312.

² الشرفاوي وجمعي - الشرح - ص 19.

³ فتحي والي - الوسيط - 1993 ص 45.

⁴ أحمد مسلم - أصول المرافعات ص 307. و محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية و التجارية، الجزء الثاني ص 3.

⁵ ضياء شيت خطاب: الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية - بغداد - 1973.

⁶ morel : traité de proc. Civ. 2 éd. T.i. 1949. No.22.

رمزي سيف : بند 70 - الشرفاوي : بند 21 - أبو لوفاء : بند 91. محمد حامد فهمي : بند 328 - 229. مصطفى كيرة : صفحة 227.

⁷ أنظر عبد المنعم الشرفاوي، نظرية المصلحة في الدعوى - رسالة 1947 ص 11.

ويشير إلى أن المشرع أحيانا يستعمل الدعوى في بعض النصوص بمعنى الوسيلة القانونية للحصول، على حماية القضاء للحقوق، وأحيانا يستعملها بمعنى المطالبة. القضائية، والدعوى تشغل مركزا وسطا بين القانون المدني وقانون المرافعات فهي حمزة الوصل بينهما، فالحقوق التي ينظمها القانون المدني لا تكتمل تنظيمها إلا بتنظيم وسائل حمايتها و أهم هذه الوسائل =

اللغة القانونية المستعملة سواء من المشرع أو من رجال القانون على زيادة هذا الاضطراب، ذلك أن هذه اللغة تعرف عدة معان للفظ الدعوى: فأحيانا تعني المطالبة القضائية فيقال رفع شخص الدعوى أي قدم طلبا إلى القضاء، وأحيانا أخرى يقصد بلفظ الدعوى الإيداع فيقال البينة على من أدعى، وأحيانا تستعمل الدعوى بمعنى الحق في حكم بمضمون معين لصالح المدعى¹، وأخيرا تستعمل الدعوى بمعنى الخصومة أي مجموعة الإجراءات أمام القضاء، فيقال مصاريف الدعوى أي المصاريف التي انقضت بالنسبة لجميع إجراءات الخصومة، أو وقف الدعوى و المقصود به وقف إجراءات الخصومة².

تعريف الدعوى: إن التعريف التقليدي للدعوى بأنها "حق للشخص في المطالبة أمام القضاء بكل ما يملكه أو يكون وواجب الأداء له، إذ يوجد إلى جوار كل حق موضوعي حق آخر منفصل عنه وإن كان تابعا وهذا الأخير هو حق الدعوى. ويؤخذ على هذا التعريف بأنه يعبر عن الدعوى بأنها حق، وهو تعبير تعوزه الصحة والدقة. ولهذا تذهب النظرية الحديثة في تعريف الدعوى إلى أنها "وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو حمايته"، فالدعوى هي وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق، وليست في ذاتها حقا آخر إلى جوار الحق الذي تحميه يضاف إلى نمة صاحب الحق، إذ هي من عناصره كما أنه قد يتصور وجود عدة دعاوى أي عدة وسائل لحماية حق واحد، وأخيرا ليست الدعوى هي الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الحقوق بل أن للحقوق طرقا قانونية أخرى لحمايتها مثل طرق التنفيذ والدفاع الشرعي وحق الحبس، كلها وسائل قانونية لحماية الحق،

ولكن الدعوى تتميز عنها جميعا بأنها ترفع إلى المحاكم أي أنها حماية عن طريق سلطة القضاء¹.

وقد عرف جمهور الفقهاء الدعوى بأنها الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته.

إذن الدعوى هي وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق، فهي الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه². فبدونها يقف القضاء ساكنا مهما شاهد القضاء من اختلال في المراكز القانونية للأفراد أو في المجتمع بصفة عامة³، وهي وسيلة حماية الحق، أي أنها الوسيلة الحديثة التي استعيرت بها الانتقام الفردي⁴، وإذا كانت هناك وسائل أخرى لحماية الحق ألا إن الدعوى هي أهم الوسائل القانونية واكفلها في حماية الحقوق لما لها من طابع عام، فلكل الأفراد أن يلجئوا إليها في جميع الحالات التي يعتدي فيها على حقوقهم، هذا فضلا عن الضمانات التي أحاط المشرع بها استعمال الدعوى مما جعلها أو في حماية للحق من الالتجاء إلى باقي الوسائل.

الدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث هي "سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته". ويعرفها أحد الشراح بأنها "سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون" وبهذا المعنى يعرفها ديجي إذ يقول أنها "حماية لقاعدة مقررة في القانون"⁵.

تميز الدعوى عن الطلب وعن حق الالتجاء إلى القضاء وعن الخصومة وعن القضية.

تختلف الدعوى عن المطالبة القضائية، أو الطلب، فالمطالبة القضائية هي الإجراء الذي يتم به رفع الدعوى إلى القضاء، فهي مجرد وسيلة لرفع الدعوى، فالدعوى تقدم في الصورة طلب، الذي هو عبارة عن محرر مكتوب يتقدم به

=الدعوى، كما أن الدعوى تمهيدا لإجراءات القاضي التي ينظمها قانون المرافعات، فالدعوى هي مادة العمل القضائي (رمزي سيف ص 100)

¹ وهي هنا الكلام عن شروط دعوى الإسترداد أو عن شروط دعوى منع التعرض، فهذا لا يقصد ما يجب لوجود المطالبة أو لإقامة مجرد الإيداع (فحجي رالي ص 45)

² تم لتحي رالي الوسيط ص 45.

¹ انظر عبد النعم الشراوي، - نظرية المصلحة في الدعوى ص 11-13، و أنظر كذلك أمية النمر، الدعوى و اجراءاتها 1990 ص 11

² رمزي سيف ص 101، وكذلك، و قريب من ذلك العشماوي ص 1-554.

³ أحمد مسلم ص 309، وكذلك ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص 1-ص 128، 129.

⁴ محمد حامد فهمي - المرافعات - جزء ثان، ص 3

⁵ أحمد أبو الوفا أصول المحاكمات المدنية الدار الجامعية 1983 ص 138

المدعى إلى القضاء، أو هو القرار الذي يطلبه المدعى من القاضي حماية للحق أو مركز القانوني الذي يستهدفه بدعواه. ومن الممكن أن ينتهي الطلب ويزول الإدعاء -الذي يتضمنه الطلب- مع بقاء الحق في الدعوى قائما، كأن يحكم بسقوط الخصومة أو بتقادمها باعتبارها كأن لم تكن¹، كما أنه إذا تخلف شرط من شروط صحة المطالبة القضائية فإن وسيلة التمسك بذلك هي الدفع ببطلان المطالبة القضائية أما وسيلة التمسك بتخلف شرط من شروط الدعوى فهي الدفع بعدم القبول².

كذلك تختلف الدعوى عن حق اللجوء إلى القضاء، فحق اللجوء إلى القضاء أو ما يسمى بحق التقاضي هو حق من الحقوق العامة، ومكفول للناس كافة كما تنص على ذلك المادة 29 من الدستور "كل المواطنين سواسية أمام القانون" ولا يسأل الشخص عما يترتب على استعمال هذا الحق من ضرر إلا إذا تعسف أو أساء استعمال حقه³ وهذا الحق لا يجوز النزول عنه ولا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء. أما الحق في الدعوى فهو حق محدد مقرر لشخص معين هو من حدث اعتداء على حقه يبرر حصوله على الحماية القضائية وهو باعتباره حقا محددًا فإنه يمكن النزول عنه كما أنه ينقضي بالتقادم.

فالتفرقة بين الدعوى وحق اللجوء إلى القضاء هي تماما كالتفرقة بين حق الملكية وحق التملك⁴.

وتختلف الدعوى أيضا عن الخصومة، فالخصومة هي مجموعة الإجراءات التي تستمد من وقت افتتاحها بالمطالبة القضائية إلى وقت انتهائها بالفصل في موضوعها أو انقضائها لأي سبب، أو هي الحالة القانونية التي تنشأ نتيجة مباشرة الدعوى ويترتب عليها علاقات بين الخصوم فيما بينهم من ناحية وبين الدولة ممثلة في المحكمة من ناحية أخرى.

فالدعوى تفترق عن الخصومة في وجوه عدة، من حيث شروط وجود كل

وتتميز الدعوى أيضا عن القضية وهي مجموعة الإجراءات التي تتخذ في الدعوى من وقت رفعها إلى الحكم فيها¹ فتعبير القضية يستخدم في الحياة العملية بمعنى أوسع من الدعوى يشمل مجموعة المسائل الموضوعية والإجرائية المطروحة أمام القضاء للفصل فيها، وبذلك يمكن القول أن الدعوى بما تطرحه من مسائل موضوعية هي محور القضية، ولكن القضية تشمل كذلك ما يقدم إزاءها من دفع و ما يثور خلالها من مسائل إجرائية. أما الخصومة فهي إجراءات القضية².

- موضوع الدعوى

يختلف موضوع الدعوى باختلاف الغرض منها³، فقد يقصد بها إلزام المدعي عليه بتقديم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وقد يقصد بها تقرير حق أو حالة قانونية كطلب ملكية عين أو ثبوت بنوة، وقد يقصد بها الحصول على حكم وقتي أو اتخاذ إجراء تحفظي كالحكم بتفقة وتبينة أو تعيين حارس على عين متنازع عليها إلى حين الفصل في ملكيتها، وقد يقصد بالدعوى الحكم على المدين بغرامة تهديدية.

1- **الفقه التقليدي:** ذهب الفقه التقليدي إلى أن الدعوى هي ذات الحق. فالحق يبقى ساكنا هادئا ما لم يعتد عليه، فإذا تم الاعتداء فقد الحق سكونه و هدوءه وتحرك في صورة دعوى، فالدعوى إذن هي الحق في حالة حركة⁴.

وحجة هذا الفقه، أن الدعوى تولد مع الحق وتزول بزواله، فلا توجد دعوى بدون حق كما لا يوجد حق بدون دعوى.

وتتصف الدعوى بما يتصف به الحق¹. فتكون شخصية إذا كان الحق شخصا وتكون عينية إذا كان الحق عينيا، وإذا كان الحق معلقا على شرط أو

¹ رمزي سيف ص 108

² فتحي والي ص 82.

³ Cuche et vncnt : éd. 1960, No. 10. bis. Solus et perrot : 114 et 115.

أبو الوفا: صفحة 98. رمز سيف: بند 72. كبيرة: صفحة 24-241.

⁴ L'action n'est au fond. Que le droit lui-même qui reste en quelque sorte inactif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé, le droit est l'état statique, l'action est l'état dynamique.

D'une même situation juridique » : Garsonnet : No. 77

¹ نبيل عمر- المرافعات 1993- ص 215

² وجدي واغب- ص 81.

³ أنظر بالتفصيل رمزي سيف، ص 105، 106.

⁴ فتحي والي ص 48، وأنظر رمزي سيف ص 106.

مؤجلا فإنه لا يصح المطالبة بالحق قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل. وأخيراً، فإن موضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق، فالقاضي يحكم على المدين بأن يسلم نفس الشيء الموعود به أو الواجب أدائه.

2- **الفقه الحديث:** انتقد الفقه الحديث ما ذهب إليه الفقه التقليدي.

فالدعوى عنده ذات كيان مستقل عن الحق الذي تحميه، فهي وسيلة لحماية الحق وليست الحق ذاته.

وأساس ذلك، أن الحق يختلف في سببه عن الدعوى فسبب الحق هو الواقعة المنشئة له عقدا كانت أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص القانون، بينما سبب الدعوى هو الاعتداء على الحق

والدعوى هي المرجع الأخير لكل صاحب حق يصعب عليه الحصول على حقه بالطرق الودية، وهي الوسيلة الطبيعية التي نظمها المشرع لكل صاحب حق يريد لحقه أن يصاب² ...

والدعوى كوسيلة أخيرة للحصول على الحقوق أو الحفاظ عليها لها شكل رسمي معين، وشروط محددة يجب أن ترفع به، ولها رسم يضمنه صاحب الحق مطالبه وطلباته، وذلك هو ما يطلق عليه عريضة الدعوى.

والصحيح في نظرنا أن الدعوى وإن كانت تتصل بالحق اتصالاً وثيقاً فتتأثر ببعض مظاهره، إلا أنها لا تخلط بالحق ولا تعدو كما ذهب الفقه الحديث بحق- أن تكون وسيلة لحماية.

وذهب رأى آخر إلى أن الدعوى القضائية وإن لم تكن هي الحق ذاته، فهي عنصر الحماية القانونية فيه³.

وذلك للأسباب الآتية:

1- الحق لا يكتمل وجوده إلا بوجود سلطة الإلتجاء إلى القضاء لحماية المنفعة التي يخولها الحق لصاحبه.

2- لا يتصور وجود دعوى دون أن تستند على حق.

3- لا يوجد حق دون أن تحميه دعوى.

4- إذا تعددت الدعاوى بصدد حق معين لحماية هذا الحق فذلك لأن الاعتداء

على هذا الحق قد أنشأ من الدعاوى بقدر الأضرار التي أصابت هذا الأخير¹.

وقال البعض بأن الدعوى القضائية هي سلطة عامة بمقتضاها يلجأ الفرد إلى القضاء². وهي تعتبر حق دائم من الحقوق العامة الموضوعية التي لا يمكن التنازل عنها، ولا تتأثر بطبيعة الحق المتنازع عليه، وهي لا يمكن اعتبارها حقاً شخصياً، وهي تباشر عن طريق المطالبة القضائية التي تعتبر عملاً شرطياً لمباشرة الدولة لولايتها القضائية.

ويعيب هذا الرأي أنه يفصل تماماً بين الدعوى والحق الذي تحميه رغم قيام وشائج قوية بينهما. ومن ناحية ثانية فهذا الرأي يخلط بين الحق في الدعوى القضائية والحق في الإلتجاء إلى القضاء. ذلك الحق الأخير يمنح للكافة ولا يشترط في صاحبه أن يكون صاحب حق موضوعي.

وذهب البعض الآخر إلى أن الدعوى القضائية هي حق إجرائي يثبت للمدعى في مواجهة المدعى عليه ويوجد مصدره في القانون الإجرائي.

والمدعى عليه هو طرف سلبي إذ لا يلزم بأداء شيء إزاء هذا الحق. وإنما يكون فقط في حالة خضوع للآثار القانونية التي يرتبها هذا الحق.

وعلى ذلك فحق الدعوى يعتبر من الحقوق المنشئة أو الحقوق الإرادية التي تخول لصاحبها أحداث آثار قانونية بمحض إرادته ما دام هذا يوافق إرادة القانون³.

هذه هي بعض الآراء التي قيلت في تعريف الدعوى القضائية.

وإذا كانت الدعوى القضائية بهذا التحليل هي حق إجرائي يتمتع به كل صاحب حق موضوعي أو صاحب مركز قانوني موضوعي ولا يتأكد لنا ذلك إلا بعد صدور الحكم النهائي في الموضوع، فإن الحق في الدعوى يختلف في الآتي:

¹ أبو هيف المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر الطبعة الثالثة 1931 بند: 395.

² سيد حسن البعل المظول في المرافعات عام الكتب 2000 المجلد الأول ص 918

³ موريل الإجراءات المدنية. ص 25/ أبو الوفا. الإجراءات المدنية ط 12 ص 101.

¹ عبد النعم الشقاري. نظرية المصلحة. ص 21/ شفيق شحاتة، نظرية الحق ص 15.

² فريور. قانون الإجراءات المدنية. ص 65. ص 1965.

³ إبراهيم بيعد. المرجع السابق. ص 130.

1- الحق في الدعوى بهذا المعنى يختلف عن الحق في اللجوء إلى القضاء. فهذا الحق هو أحد الحقوق العامة التي يكفلها الدستور لكل الأشخاص.

ومعناه أن باب القضاء مفتوح لأي شخص يريد أن يطرح عليه ادعاء سواء كان هذا الشخص صاحب حق أو ليس صاحب حق.

أي يقصد بالحماية القضائية أو الدعوى القضائية رخصة الالتجاء إلى السلطة القضائية، بهدف إنشاء حق أو تقريره بالكشف عنه.

ومن هذا القبيل دعوى صحة التوقيع فالهدف منها إثبات أحقية المدعى في العقد وأن ما ورد به من توقيعات صحيحة ويكفيه هذا، أما إذا كان الهدف إثبات قيام الحق وإلزام الخصم بأدائه فمثال ذلك دعوى إلزام الخصم بسداد قيمه ورقة تجاربه مستحقة عليه.

استعجال وسيلة الحماية القضائية لا تجري على سبيل الإلزام بل هي مرخصة لصاحب الحق فله اللجوء إليها أو التنازل عنها.

العلاقة بين الحماية القضائية و الحق محل الحماية:

الحماية القضائية تهدف إلى تقرير حق أو حمايته وإلزام الخصم بأدائه، وهذه الوسيلة تختلف عن أصل الحق الذي نرد عليه الدعوى، سواء كان حقا ماليا أو أدبيا، فالحق المالي هو الذي يرد في صورته مصلحة مادية على شيء مقوم كالدعوى بتسليم عقار أو منقول، أو إلزام المدعى عليه بتعويض مالي، أما الحق الأدبي فهو حق المؤلف على مؤلفه، وحق المبتكر على اختراعه، وحق الفنان على إبداعاته، وحق المبرور في جبر الضرر الأدبي.

وظالما وجد الحق فإن وسيلة حمايته تكون قائمة، فإذا انقضت الحق أنقضت معه وسيلة الحماية.

وعبارة موضوع الدعوى أو الحق مناط الدعوى أو أصل الحق جميعها رادفات تنصب عليها وسيلة الحماية القضائية، و وسيلة الحماية القضائية تصف بنفس أوصاف الحق، وإذا كان الحق شخصا كانت الدعوى شخصية، وإذا كان الدعوى عينيه كانت الدعوى كذلك، وإذا كانت الدعوى شخصية عقارية فإن ك ناتج عن أن الحق شخصي عقاري.

2- الدعوى القضائية:

الخصومة القضائية هي الوسط الإجرائي الذي يعيش فيه مشروع الحكم القضائي المزمع إصداره. هذه الخصومة تنشأ من ممارسة الحق في الدعوى، وهذه الممارسة عبارة عن قيام الخصوم بالعديد من الأعمال الإجرائية اللازمة لرفع الدعوى والسير فيها إلى أن يصدر حكم في الموضوع أو حكم ينهي الخصومة دون صدور حكم في الموضوع. والعمل الإجرائي هو عمل قانوني، أي نشاط يقوم به الخصوم مجموع هذه الأعمال الإجرائية الصادرة من الخصوم ومعاونيهم ومن القاضي ومعاونيه يكون كتلة من العمال تسمى خصومة. هذه الخصومة تتولد من استعمال الدعوى، وقبل استعمالها لا توجد هذه الخصومة، والخصومة القضائية ليست حق إجرائي.

3- الدعوى و المطالبة القضائية أو الإداء:

الدعوى القضائية هي حق إجرائي، أو مكنة أو سلطة مخولة لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء. ولهذا الحق محل مادي يرد عليه، هذا المحل هو وسيلة استعمال الحق في الدعوى. وهذا المحل المادي هو المطالبة القضائية أي تقديم طلب قضائي إلى المحكمة يحتوي على بيانات معينة تتعلق بتاريخ المطالبة وأسماء الخصوم وبيان موضوع النزاع ومواطن الخصوم والمطلوب من القاضي الحكم به.

4- الدعوى القضائية والحق الموضوعي:

سبقت الإشارة بالتحليل الدقيق للعلاقة الوثيقة بين الحقوق الموضوعية والحق في الدعوى. فلكل حق موضوعي دعوى قضائية تحميه. هذه الدعوى تستجيب لعنصر الحماية القانونية الموجود في القاعدة القانونية التي تولد الحق الموضوعي. وتهدف الدعوى إلى الحصول على الحماية القضائية التي تعزز وتؤدي إلى فعالية الحماية القانونية الموجودة كعنصر من عناصر نشأة الحق الموضوعي.

ولكل حق دعوى تحميه، وإذا زال الحق زالت الدعوى التي تحميه وقد يبقى الحق دون أن تكون له دعوى تحميه كالحقوق الطبيعية. ومن الثابت أن استعمال الحق في الدعوى هو أمر اختياري لا إلزامي، فلصاحب الحق في الدعوى الحرية المطلقة في أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقه أو أن لا يلجأ إليه فيسكت عن الاعتداء الواقع على هذه الحقوق.

الحكم القضائي هو القرار الصادر من القاضي في النزاع المطروح عليه بما له من سلطة قضائية. هذا الحكم قد يكون صادرا في مسألة إجرائية وقد يكون صادرا في أصل الحق المتنازع عليه. وإذا صدر في مسألة إجرائية فإنه قد يكون بالرفض أو القبول، وكذلك الحال بالنسبة للأحكام الصادرة في داخل الخصومة، وقد يؤدي إلى زوال الحق في الدعوى، فهذا الأخير يظل قائما طالما بقي الحق الموضوعي الذي تحميه هذه الدعوى.

أما الحكم الصادر في الموضوع، فقد يصدر في شق من الموضوع أو في مسألة متفرغة منه أو متولدة عنه، وقد يصدر حاسما للنزاع على أصل الحق كله. في هذه الحالة يؤدي مثل هذا الحكم إلى أمرين:

أ- زوال الخصومة نظرا لزوال النزاع على أصل الحق كله أو زوال الحق في الدعوى حيث لم يعد هناك نزاع.

ب - اكتساب الحكم الموضوعي لحجية الشيء المقضي به، فلا يجوز إعادة رفع الدعوى مرة ثانية وإلا حكم بعدم قبولها لسبق الفصل في الموضوع.

- الدعوى وحق الانتجاع للقضاء:

نصت المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.

لا يتصور قصر حق التقاضي على من توافرت لديهم شروط قبول الدعوى، لأنه لا يمكن التحقق من توافر هذه الشروط، إلا بعد عرض الدعوى على القضاء، لهذا كان الانتجاع إلى القضاء حرا، بمعنى أن كل شخص له الحق في الانتجاع إلى القضاء ليعرض عليه مزاعمه، فإذا توافرت شروط قبول الدعوى حكم له بما يطلبه، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط خسر الدعوى، كأن لم يكن صاحب الحق الذي يدعيه، أو كأن يثبت عدم توافر شرط المصلحة مثلا، أو يثبت سقوط حقه بالتقادم. ولا يعتبر أخفاق الشخص

في الدعوى دليلا على خطئه موجبا لمسئولية. وإنما يقضي عليه بالتعويض إذا أساء استعمال حقه في الانتجاع إلى القضاء¹.

الدعوى باعتبارها حقا من الحقوق لها الصفات التي يتميز بها الحق الشخص، ولأنها وسيلة حماية حق أو مركز قانوني آخر فإنها تتأثر بصفات هذا الحق الآخر الذي ترمي إلى حمايته وترتبط به².

1- الدعوى حق و ليست واجبا:

فالدعوى حق وليست واجب، وللشخص أن يتنازل عن هذا الحق ولكنه لا يجوز حرمانه منه، وهو حق يمكن حوالته وانتقاله، وينقضي بالتقادم، وذلك على التفصيل الآتي:

فاستعمال الدعوى أمر اختياري، ولا يجبر الشخص على مباشرة الدعوى، فله مطلق الحرية في أن يلجأ إلى القضاء إذا ما اعتدى على حقه، وقد يفضل تجنب الانتجاع إلى القضاء بالتوصل إلى صلح مع المعتدي، وقد يفضل الانتجاع إلى محكم لما يقدمه نظام التحكيم من سهولة ويسر في إجراءات التقاضي وتوفير الوقت والمصاريف³.

إن الدعوى حق وليست واجب، ويجب عدم إساءة استعمال هذا الحق بأن يباشره صاحبه عن طريق الكيد ويقصد الإضرار بالخصم، فإن فعل جاز الحكم عليه بتعويض الضرر الناشئ عن تصرفه هذا، كما أن المدعى عليه يتعرض لهذه المسئولية بالذات إن أساء حق الدفاع أو قدم دفاعا كيديا يقصد الأضرار بخصمه⁴.

2- حق الدعوى يجوز التنازل عنه أو تقييده و لكن لا يجوز الحرمان منه:

إذا تنازل صاحب الحق الموضوعي عن حقه ترتب على هذا زوال حقه في

¹ أحمد أبو الوفا أصول المحاكمات المدنية الدار الجامعية 1987 ص 399.

² فتحي والي ص 454.

³ انظر ابراهيم نجيب سعد ص 142

⁴ وإذا باشر الشخص حق الدعوى فيها عن إهمال أو عدم احتياط وليس عن سوء نية وإصر بالغير فإنه يسأل عن ذلك لركونه إلى دعوى خاسرة أو دفاع غير منتج، باعتبار أن كل شخص يسأل عن نتيجة إنشاعه بالمرجات التي منحها إياه القانون، إذا تبين أن إهمال في هذا الإنشاع إهمالا أضر بالغير، فهذا ما يتفق مع القواعد العامة (انظر العشماوي. -1- ص 555-556).

من ناحية ثانية لا يجوز أن يصدر حکمان في نفس لدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، ويتحدد هذه الحجية بعناصر الدعوى- فيجب أن تتحد جميع العناصر، الخصوم والمحل والسبب، حتى يمكن التمسك بالحجية.

من ناحية ثالثة يتقيد القاضي في حكمه بعناصر الدعوى، فلا يجوز أن يقضي لشخص أو على شخص لم يكن طرفا في الدعوى، كما أنه لا يجوز أن يقضي بأكثر مما طلب المدعى أو بغير ما يطلب .

وأخيرا يفيد تحديد عناصر في بيان حدود الأثر الناقل للاستئناف، فما ينظره المجلس في الاستئناف يجب أن يكون ذات ما نظرته محكمة أول درجة من ناحية الموضوع والأشخاص بالذات²، على أن تحديد عناصر الدعوى والقول بأن الأمر يتعلق بدعوى واحدة أو بدعويين تعتبر مسألة موضوعية تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

وعناصر الدعوى، أو عناصر الإدعاء، تتمثل في الأشخاص والمحل والسبب، وذلك بالتفصيل الآتي:

أ- أشخاص الدعوى:

وهم من يوجه الإدعاء باسمهم بناء على ما لهم من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدعى³، وهم أساسا المدعى، وهو رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية، سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، وسواء كان واحد أم متعددا، والمدعى عليه وهو المشكو منه الابتداء، المراد الحكم عليه، ولا يعتبر صفة في الدعوى الأصلية حتى ولو شكنا بدوره من المدعى، فإن ما قد يطلب الحكم له به على المدعى يسمى دعوى المدعى عليه، وهو قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وقد يكون واحد أو متعددا⁴.

ويجب أن تتوافر في الخصم الأهلية اللازمة لأن يكون طرفا في الخصومة أي أهلية الوجوب منقولة إلى الخصومة القضائية. وإذا توفي

الدعوى، وذلك سواء قصد المتنازل هذا الأثر أم لا، ذلك أنه يترتب على التنازل عن الحق الموضوعي زوال أهم شرط لازم لوجود الحق في الدعوى¹،

لكن حق الدعوى لا يجوز الاتفاق على عدم مباشرته لأن في هذا الاتفاق إخلالا بحق مقدس تقتضيه المصلحة العامة و يحميه القانون العام، ولكن هذه الصفة لا تنفي جواز الاتفاق على تقييده، كأن يترضى الخصوم على الالتجاء في منازعاتهم إلى طريق التحكيم، بدل طريق القضاء العادي، أو كأن يتضمن عقد تأسيس شركة نصا يحرم الشركاء الالتجاء للقضاء قبل عرض منازعاتهم مع الشركة على جمعيتهم العمومية، أو كأن يتفق الخصوم على الاكتفاء بدرجة واحدة من درجات القضاء².

3- الدعوى حق يقبل الانتقال و ينقضي بالتقادم: ينتقل حق الدعوى إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص. فلورثته أن يرفعوا الدعوى مطالبين بحق مورثهم لدى الغير، فطالما انتقلت إليهم الحق في رفع الدعوى للمطالبة بهذه الحقوق، كما أن للمشتري أن يستعمل الدعوى التي كانت للبائع، فالحقوق الموضوعية انتقلت من البائع إلى المشتري ومعها الدعوى المقررة لحمايتها. مع ملاحظة أن الدعوى قد تكون غير قابلة للانتقال إلا في أحوال معينة، فدعوى التعويض عن الضرر الأبدي لا تنتقل للورثة ما لم يكن المورث قد رفعها إلى القضاء قبل الوفاء³.

عناصر الدعوى

لكل دعوى ثلاثة عناصر تميزها بحيث إذا أتحدت هذه العناصر بين طلبين تعلق الأمر بدعوى واحدة وأن تعدد رفعها للقضاء. أما إذا اختلفت إحدى هذه العناصر بينهما، فإن الأمر يتعلق عندئذ بدعويين. وتبدو أهمية تحديد عناصر الدعوى من عدة نواحي، أولا، لا يجوز أن تقوم خصومتان متعاصرتان بالنسبة لنفس الدعوى، ولهذا إذا بدأت خصومة النسبة لدعوى معينة ثم خصومة ثانية بالنسبة لنفس الدعوى، ولهذا إذا بدأت خصومة النسبة لدعوى معينة ثم خصومة ثانية بالنسبة لنفس الدعوى فإنها تدفع بسبق الدعوى.

¹ فتحى رالي ص 69، 70. و أنظر ابراهيم سعد ص 544.

² أنظر وجدي راغب ص 77، 78.

³ وجدي راغب ص 78.

⁴ أحمد مسلم- أصول المرافعات ص 313.

¹ تحي والي- الوسيط- ص 55.

² العثماني قواعد المرافعات- 1- ص 557.

³ أنظر فتحى والي- ص 55. ويشير كذلك إلى أن حق الدعوى يمكن حوالته سواء في جانبه الإيجابي أو في جانبه السلبي.

للشخص الطبيعي أو انتقضت الشخصية القانونية للشخص الاعتباري قبل تقديم الطلب أو الطعن فإن الخصومة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ويعتبر الحكم الصادر فيها معدوما. وكذلك يجب أن تتوافر في الخصم أهلية التقاضي-وهي ترتبط بأهلية الأداء المعترف بها بالنسبة للحق الموضوعي، وهي تثبت لمن بلغ تسعة عشر سنة، وذلك حتى تكون الإجراءات صحيحة. ومركز الخصم ينتقل بالخلافة، إلى الخلف العام الورثة- والخلف الخاص، المشتري عن البائع، والخلف العام يحل محل السلف في الخصومة إذا كان خلفا في المركز الموضوعي المطلوب حمايته بالوفاة، أو بزوال الشخصية القانونية للشخص الاعتباري. أما الخلف الخاص فيعتبر ممثلا في الخصومة في شخص السلف، وتسري جميع إثارة التي تترتب في مواجهة السلف عليه، فيصبح الحكم الصادر عن السلف حجة للخلف الخاص وعليه، وله أن يطعن فيه¹.

والعبرة في تحديد أشخاص الدعوى هي بصفاتهم في الدعوى لا بمباشرتهم فعلا إجراءاتها، فقد يكون المدعى أو المدعى عليه ممثلا في الإجراءات بواسطة شخص آخر، كما لو كان قاصرا ومثله الولي أو الوصي، أو كان شخصا معنويا كشركة يمثلها رئيس مجلس الإدارة. ففي هذه الحالة يظل المدعى أو المدعى عليه هو الأصل الذي ينسب له الحق، أو يكون طرفا سلبيا فيه، أي أنه القاصر أو الشخص المعنوي وليس الولي أو الوصي أو رئيس مجلس الإدارة.

ولذا إذا رفع الولي بعد تلك دعوى ينسب لنفسه الحق الذي كان يدعيه للقاصر في الدعوى السابقة فإنها تعد دعوى مختلفة عن الدعوى الأولى من حيث أشخاصها².

ب- محل الدعوى:

وهو ما يطلبه المدعى في دعواه، أي ما يطلب القضاء به على المدعى عليه أو في مواجهته. ويختلف محل أو موضوع الدعوى باختلاف الغرض منها، فقد يقصد بالدعوى إلزام المدعى عليه بتقديم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن

عمل، وقد يقصد بها تقرير حق أو مركز قانوني بلا إلزام ما كطلب ملكية عين أو ثبوت بنوة أو تقرير بطلان عقد زواج، وقد يقصد بالدعوى إنشاء مركز قانوني جديد كالتطبيق أو حل شركة أو يطلب مجرد إجراء وقتي أو تحفظي كتعيين حارس على عقار متنازع عليه أو الحكم بنفقة وقتية.

وعنصر المحل يتحلل إلى ثلاثة عناصر:

أولا: نوع الحماية التي يطلبها المدعى من القضاء، تقرير أو إلزام أو تغيير، فدعوى تقرير صحة عقد تختلف عن دعوى إلزام الخصم بتنفيذ التزامه في العقد.

ثانيا: نوع الحق المطلوب حمايته، فلاشك أن دعوى إلزام المُرَجِر بتركيب مصعد في عمارة غير دعوى تخفيض الأجرة بسبب عدم تركيب المصعد.

ثالثا: ذاتية الشيء محل الحق المطلوب حمايته، فدعوى تقرير ملكية عقار معين تختلف عن دعوى تقرير ملكية عقار أو منقول آخر.

والمعيار الذي يجب الأخذ به لمعرفة ما إذا كانت الدعوى واحدة أم لا، هو النظر لما إذا كان المحل في أحد عناصره الثلاثة مختلفا. فاختلاف عنصر واحد في المحل يؤدي إلى اختلاف الدعوى، ومن باب أولى إذا اختلف عنصران أو اختلف المحل بجميع عناصره.

ج- سبب الدعوى

السبب هو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي تولد عنه الالتزام أو الحق فهو الأساس القانوني الذي يبنى عليه الطلب سواء كان هذا السبب يستند إلى عقد أم أرادة منفردة أم فعل غير مشروع أم اثره بلا سبب أم نص في القانون¹.

ترمي فكرة السبب، بالتعاون مع المحل، إلى تحديد معالم الشيء المطلوب القضاء به من الناحية الموضوعية فهذا الشيء لا يتحدد فقط بتحديد ما يطلبه المدعى من القضاء أو المحل، وإنما أيضا بتحديد سبب هذه الحماية، فإذا اختلف السبب كنا بصدد دعويين لا دعوى واحدة².

¹ وانظر المشماوي- 1 ص 453، رمزي سيف، ص 279، أحمد السيد صاري ص 354.

² فصحى والي ص 73.

¹ (الرواهم غيب سعد، القانون القضائي الخاص ص 549 و ما بعدها).

² وحدي راغب ص 79.

- شرط الصفة. الأصل هو وجوب رفع الدعوى أو الطلب أو الطعن أو الدفع أو الدفاع من ذي صفة على ذي صفة وإلا كان غير مقبول¹ والصفة الإجرائية غير الصفة الموضوعية فهذه الأخيرة تعني التظابق بين المراكز الموضوعية والمراكز الإجرائية. بمعنى أن يكون صاحب الحق الموضوعي هو من شغل مركز الخصم في الدعوى، والمعتدي على هذا الحق هو شاغل مركز الخصم الآخر في الدعوى.

ويرى بعض الفقه أن الصفة ليست هي المصلحة الشخصية والمباشرة للخصم، بل هي شرط مستقل وتعني السلطة التي بمقتضاها يمارس الشخص الدعوى أمام القضاء، وهي تكون عادة لصاحب الحق المدعى به أو لمن تلقى الحق عنه بأي طريق قانوني، كما تكون لممثل الشخص الاعتباري، ولممثل صاحب الحق، أو لمن أحله القانون محله في الإدعاء، وهي تكون كذلك للنيابة العامة في حالات معينة. ويزى أن هذا الرأي يمنح الصفة لممثل صاحب الحق. ويظهر التمييز بوضوح بين الصفة والمصلحة عندما يعين القانون الأشخاص الذين يملكون الصفة لممارسة الدعوى، فينقطع بذلك طريق الإدعاء أمام سائر الأشخاص الذين قد تتوافر لهم المصلحة في ذلك.

مثال ذلك دعوى الحجر مثلاً فهي لا يجوز أن ترفع إلا ممن أولاهم القانون حق رفعها، كما أن دعوى النسب لأب لا ترفع إلا من ولد غير الشرعي أو من والدته كنائبه عنه، بينما يوجد هناك أشخاص آخرون قد تتوافر لهم، مصلحة في إقرار الحجر أو النسب غير من يملكون صفة الإدعاء والوضع الآن ثابت تشريعياً على تعلق شرط الصفة بالنظام العام.

شرط الصفة لا يمكن النظر إليه منفصلاً عن شرط المصلحة، لأن الصفة هي وصف من أوصاف شرط المصلحة وهذا الأخير هو الشرط الرئيسي لقبول أي طلب أو دفع أو طعن أمام المحاكم. ويقصد بالمدعى عليه أن يكون هو الخصم الذي يدخل في العلاقة محل النزاع مع صاحب الحق.

ولقد تعددت الآراء حول تحديد السبب، فيذهب البعض إلى أن السبب هو مجموعة الوقائع القانونية التي تؤدي إلى منح الحماية القضائية، أي التي تؤدي إلى تطبيق القاعدة القانونية بواسطة القاضي، فالسبب الذي يحدد معالم دعوى معينة يتمثل في العناصر أو الظروف الواقعية أساس الدعوى و نتيجة لهذا فإنه إذا استند المدعى إلى وقائع معينة كسبب لدعواه فإن الدعوى تظل واحدة لوحد السبب ولو غير المدعى تكيفه لهذه الوقائع أو غير القاعدة القانونية التي يستند إليها في دعواه¹.

هذه هي فكرة الدعوى، وتمييزها عن غيرها، وخصائصها وعناصرها، وتعرض بالتفصيل لشروط قبول الدعوى، وأخيراً لاستعمال الدعوى عن طريق الطلبات والدفع، وذلك في فصلين متتاليين.

في شروط قبول الدعوى

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية علي "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون."

يتفق الفقهاء على أن هناك شروطاً عامة يجب توافرها لقبول الدعوى، هي أن تستند إلى حق أو إلى مصلحة، صاحب صفة في رفعها، وألا يكون قد سبق صدور حكماً في موضوعها.

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها وهي حق أو مركز قانوني-اعتداء يحتاج لحماية القضاء- صفة، نشأت له مصلحة في الحصول على حماية قضائية لرد هذا الاعتداء، أي نشأت له مصلحة في الدعوى، وبعبارة أخرى له الحق في الدعوى، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط، فلا يوجد هذا الحق ووجود الحق في رفع الدعوى يرادف قيام المصلحة القانونية وإذا كان الحق جالب الإدعاء فإن المصلحة تكون حالة أيضاً.

¹ المادة 13: لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

¹ من هذا الرأي فتحي والي ص 74، وجدي زاغب ص 80، وعزمي عبد الفتاح، ص 246، وأحمد، ماهر زغلول ص 585.

فالفئة، في رأى الفقه الغالب، في رفع الدعوى لحماية الحق تكون لصاحب الحق وحده، فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق، ولمعرفة ما إذا كان للشخص صفة في رفع الدعوى نتعرف ما إذا كان هو صاحب الحق الذي يراد حمايته، وهذا المعنى لا يختلف عن معنى المصلحة الشخصية، فالصفة ليست في نهاية الأمر سوى أحد الشروط التي يجب أن تتوافر في المصلحة منظوراً إليها من وجهة ما¹.

السنة فالدعوى لا تقبل إلا من صاحب الحق أو من ينوب عنه²، فأصحاب الحقوق ذور الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء، ولا يمكن الفصل من مالك الحق وبين ذي الشأن في الدعوى التي تكفله، فيجب لمعرفة من له الصفة في الخصومة البحث عن صاحب الحق في موضوع النزاع، ولا يقبل من غير ذي الحق أن يقاضي عنه لحساب غيره³، ويترتب على هذا أن انتقال الحق يستتبع انتقال الصفة أو المصلحة، فمثلاً إذا كان الدائن قد نقل حقه إلى شخص آخر قبل صدور الحكم فإن صفته ومصلحته تزولان وتظهر مصلحة صاحب الحق الجديد وهي التي تكون أساساً للدعوى القائمة⁴.

فيجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق في مواجهة المعتدي على الحق أي أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة⁵ أي أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته. فالصفة هي تمييز للجانب الشخصي للحق في الدعوى. على أنه في الغالب، وبمجرد إثبات الحق أو المركز القانوني وحوادث الاعتداء على حق معين تكون لصاحب هذا الحق في مواجهة المعتدي⁶.

وتطبيقاً لذلك قضى بعدم قبول الدعوى التي ترفعها الزوجة حال حياة زوجها لإبطال التصرف الحاصل منه لبعض أولاده لأنه قصد به الخروج عن أحكام الميراث، لأنه لا صفة، ولا مصلحة قانونية للزوجة في رفع هذه الدعوى مادام زوجها حياً، فحق الزوجة في الميراث لا يتقرر إلا بوفاة

وإذا تخلفت الصفة، في المدعى أو المدعى عليه، كانت الدعوى غير مقبولة، وتولد عن ذلك دفعا بعدم قبول الدعوى، على أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته فإذا ما تنازل عنه فإن تنازله يسقط حقه في التمسك به¹، وبالتالي فإن البطلان المترتب على فقدان أحد الخصوم. صفة في الدعوى وانعدامها هو بطلان نسبي مقرر لصالح من وجه لحمايته. وإن كان هذا الدفع يجوز ابدائه في أية حالة

وإذا كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يكن المدعى صاحب صفة في رفعها، إلا أنه متى اكتسب المدعى هذه الصفة إثناء نظر الدعوى مراعياً المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في القانون، فإن العيب الذي شاب صفته عن رفعها قد زال وتصبح الخصومة بعد زوال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها، ولا يكون للمدعى عليه مصلحة في التمسك بهذا الدفع. وبالمقابل فإنه إذا زالت صفة المدعى أثناء نظر الدعوى، كأن يكون قد تنازل عن حقه، فإن الدعوى تكون غير مقبولة لإنعدام الصفة.

ويجب أن تتوافر الصفة كذلك في الطعن في الحكم، فلا يقبل الطعن إلا من المحكوم عليه وهو ما يقتضي أن يكون المحكوم عليه موجوداً على قيد الحياة في وقت رفع الطعن، فإذا تبين موته قبل رفع الطعن فإنه لا يكون لمن يمثله صفة في الطعن في الحكم، فإذا طعن فيه كان الطعن باطلاً لرفعه ممن لا صفة له فيه

وعلى أي الأحوال فإن المحكمة تستخلص توافر صفة الخصوم في الدعوى، ولها أن تستعين في ذلك بخبير لتحقيق الوقائع المادية المتعلقة بها والتي يشق عليها الوصول إليها، والتي تستخلص منها مدى توافر الصفة في

¹ أم جلاسو ص 3 وتيسيه، وموريل لدى عبد النعم الشرقاوي نظرية المصلحة ص 269، 271، والقضاء المصري يعبر كذلك عن الصفة لي هذا مجال بمعنى المصلحة الشخصية انظر نقض 1937/1/28 مجموعة عمر جزء 2 ص 84، وأسبوط الجزئية ص 1931/8/4 الجريدة القضائية عدد 97 ص 12، لدى الشرقاوي ص 271-272. وكذلك نقض 1973/6/12 السنة 24 ص 885.

² أم أحمد السيد حاروي ص 160، ورمزي سيف ص 114، وعبد النعم الشرقاوي-الإجراءات المدنية 1950، ص 48، وأبو الوفا المرغاطات ص 124. أم العشماوي- فواعد الإجراءات المدنية-1-1 ص 580.

³ أم عبد النعم الشرقاوي. نظرية المصلحة ص 273

⁴ أم أبو الوفا-الإجراءات المدنية- ص 133.

⁵ التبعي رلي ص 58.

والأصل أن يكون المدعى هو صاحب الحق أو المركز القانوني، والمدعى عليه هو الطرف السلبي في هذا الحق أو المسؤول عن تجهيله، وهذه هي الصفة العادية في الدعوى. ولكن القانون قد يعترف بالصفة في الدعوى لشخص آخر وهو ما يعرف بالصفة غير العادية كذلك فإنه قد يسمح لشخص آخر أن يمثل المدعى عليه في الدعوى وهو ما يعرف بالصفة في التقاضي، أو التمثيل القانوني، وأخيراً فإن القانون يعترف لأشخاص أو هيئات بالصفة في الدعوى دفاعاً عن مصلحة جماعية أو عامة¹. وهذه حالات تقبل فيها الدعوى مع أن الصفة فيها غير عادية، أي أن المصلحة فيها ليست شخصية ومباشرة²، وتعرض بالتفصيل لتلك الحالات.

2- الصفة غير العادية أو الاستثنائية "الحلول الإجرائي"

يجيز القانون صراحة في بعض الحالات حلول شخص أو هيئة محل صاحب الصفة الأصلية في الدعوى. وهذه هي ألفة غير العادية. ولا تقبل إلا بناء على نص تشريعي، على أن القانون يعترف بها للشخص بسبب مركز قانوني مرتبط في نفاذه بالمركز القانوني المدعى. ومثال ذلك الدعوى غير المباشرة، حيث تجيز المادة 190 مني للدائن متى توافرت شروط معينة أن يستعمل حقوق مدنيه بما في ذلك رفع الدعوى للمطالبة بحقوقه. فالقانون يعترف في هذه الحالة بصفة استثنائية للدائن في الدعوى التي يتمسك فيها بحقوق مدنيه وذلك لأن حق الدائن يتأثر في نفاذه عن طريق الضمان العام بحقوق مدنيه³.

3- الصفة الإجرائية أو التمثيل القانوني صفة الممثل القانوني

ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى، سواء كانت صفة عادية أو غير عادية، وبين الصفة في التقاضي أو الصفة الإجرائية وهي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى باسم غيره. فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرة الدعوى. وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في

الإجراءات، مثال ذلك تمثيل الولي أو الوصي للقاصر، وتمثيل الحارس العام لمن وضع تحت الحراسة، وتمثيل رئيس مجلس إدارة الشركة للشركة¹.

على أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، لزوال التمثيل القانوني، لا شأن له بالنظام العام²، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا³، وإذا بلغ القاصر سن الرشد عند الطعن في الحكم فيجب أن يقيم هو الطعن، أما إذا رفع الطعن بالاستئناف الولي أو الوصي فإنه لا يكون مقبولاً⁴، وإذا بلغ القاصر سن الرشد قبل رفع الطعن بالنقض فإنه يجب إقامة الطعن منه شخصياً حتى وإن كان الولي أو الوصي قد مثله في الاستئناف⁵.

والدفع الذي يمكن أن يثار في حالة انعدام الصفة أو تعيينها هو دفع بعدم القبول ذو محتوى موضوعي، أو هو بالأحرى دفعا موضوعياً. لأن عدم القبول لانتهاء الصفة، هو حكم فرعي، صادر قبل الفصل في الموضوع يستنفذ ولاية القاضي. وهو يقيد بذلك فلا يستطيع العودة في حكمه، كما أنه يلتزم بهذا الحكم في الخصومة المطروحة على القاضي. وهو حكم منهي للخصومة لأن بعد صدوره لا توجد خصومة.

جعل للقاضي سلطة إثارة مسألة الصفة من تلقاء نفسه باعتبارها متعلقة بالنظام العام وذلك في حالة "انتفاء" هذه الصفة، أي إذا رفعت الدعوى أو الطعن على شخص أو من شخص لا صفة له إطلاقاً في رفع الدعوى عليه.

وإذا كان يمكن القول أن القاضي له الحق إثارة حالة تخلف صفة الخصوم من تلقاء نفسه وبالتالي الحكم بعدم قبول الدعوى دون طلب من أحد لأن ذلك هو مقتضى تعلق أمر من الأمور بالنظام العام. ويترتب على هذا الحكم انقضاء الخصومة وعودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى، وبالتالي لن يكون هناك أي مجال للكلام عن تأجيل، أو صفة تستوجب التصحيح.

¹ (وجدي راغب - ص 125، 126).

² نقض 1968/3/5 السنة 19 ص 501.

³ نقض 1979/1/10 طعن رقم 666 لسنة 45 ق.

⁴ نقض 1978/1/24 - طعن رقم 175 لسنة 44 ق.

⁵ نقض 1978/12/20 - الطعن رقم 1110 لسنة 47 ق - وهذه الأحكام لدى الدناصوري و عكاو التعليق - ص 20-22.

¹ (وجدي راغب - ص 124).

² (رمزي ميباش، ص 116).

³ (وجدي راغب - ص 125).

تميز الصفة عن ثبوت أصل الحق وصحة الدعوى:

الصفة تتميز عن ثبوت أصل الحق وصحة الدعوى في الموضوع. لأن الصفة جوهرها أن صاحب الدعوى هو صاحب الحق، وبحث الصفة سابق على بحث صحة الدعوى لأنها شرط لقبول الدعوى. وقد يحكم بقبول الدعوى لتوافر الصفة، ثم يحكم برفضها في الموضوع لعدم وجود الحق المدعى به، ويتم تقدير الصفة بصورة مجردة بحتة حتى يحكم بقبول الدعوى.

وبالنظر إلى الصلة الوثيقة بين الصفة والحق الموضوعي، لأن جوهرها هو أن مصادرة الحق هو صاحب الصفة في الدفاع عنه، فقد ذهب البعض إلى اعتبار الدفع بعدم القبول المبني على انتفاء الصفة هو دفع يقارب وسائل الدفاع، وتم إدخاله في طائفة الدفع الموضوعية، بحيث يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف، حتى إذا كان موضوع القضية لا يتعلق بالنظام العام¹.

انتفاء سلطة من يمثل الشخص المعنوي في الخصومة:

وذلك يعتبر عيبا موضوعيا في الإجراءات، والدفع بالبطلان الناتج عنه يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى. ومعنى ذلك أن الممثل القانوني للشخص المعنوي في مثل هذه الحالة ليس له صفة إجرائية في تمثيله. ويشترط توافر الصفة اللازمة لقبول الدعوى عند رفع الدعوى واستمرارها إلى حين صدور الحكم فيها.

والحكمة في ذلك ترجع إلى أن تغيير شخص أو صفة أحد الخصوم أثناء سير الخصومة من شأنه أن يدخل الاضطراب في نطاق الخصومة، لأن ذلك يشكل في الواقع استبدالا للنزاع بنزاع جديد يتطلب تقديم طلب جديد، ومع ذلك فمن الأفضل الاقتصاد في الإجراءات وتقليل النفقات تمكن أصحاب المصلحة من ضبط خصوماتهم بتمكين أصحاب الصفة الجدد من التمثول أمام القضاء لكي يصدر الحكم في مواجهة ذو الصفة الحقيقية، وذلك ما يحصل في الأحوال التي

¹ نفس فرنسي 1953/10/6 سوي 1954 ص 107

يتم التصرف فيها في الشيء المتنازع عليه إلى شخص جديد، وعند وفاة أحد الخصوم، وغير ذلك.

والصفة المطلوبة لاستعمال طرق الطعن تعود لأي خصم في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، والذي يكون في غير صالح الطاعن أي الشخص المتضرر من الحكم، بمعنى أن الصفة اللازمة لممارسة الحق في الطعن يجب أن تكون في معنى إصابة الطاعن بضرر أو بخسارة من الحكم المراد الطعن فيه.

خلفاء صاحب الحق - خلفاء الطرف في الدعوى:

مادام أن الصفة تعود لصاحب الحق الموضوعي بالذات، فإنها تظل ملازمة لهذا الحق، وتنتقل مبدئيا لمن ينتقل إليه سواء بطريق الإرث أو الوصية أم بطريق الحوالة. وهناك بعض الدعاوى لها صفة شخصية ضيقة والتي لا يمكن تصور انتقالها إلى الورثة حتى لو كان المورث قد أقامها بنفسه، ولا يجوز بالتالي متابعتها من قبلهم بعد وفاته، كدعوى الطلاق، والهجر في القانون الفرنسي، ودعوى النفقة الزوجية.

ومن جهة أخرى لا تنشأ الصفة للوارث للمخاصمة في الدعاوى المتعلقة بحقوق أو التزامات تخص المورث إلا بعد وفاة هذا الأخير لأنه مادام الشخص على قيد الحياة، فإن الصفة تكون له وحدة للمخاصمة بشأن حقوق والتزاماته، ولا يملك أي شخص آخر ولو كان من ورثته المحتملين

والفضالة غير جائزة في الأعمال الإجرائية لأنه لا بد من إثبات الصفة أمام القضاء كوكيل أو ممثل قانوني والفضولي غير ذلك. والتمثيل القانوني قد يتم من جانب الأشخاص كاملي الأهلية لأسباب خاصة بهم، وهو يكون إلزامي بالنسبة لناقض الأهلية ومعدوميها والغائبين والحمل المستكن والمحكوم عليه بعقوبة جنائية¹.

أما المصلحة فنقوم لديه من صيانة حق غيره، والذي يحقق بصيانته مصلحة خاصة له، أو منفعة ذاتية. وتحقيق في ذات الوقت مصلحة صاحب الحق الموضوعي الذي

¹ جاسن: الصفة بند 64.

لاية: تعليق منشدد في سوي 1883-2-49.

بيور: تعليق جازيت 1982 ص 398.

بصان من اعتداء الغير، أما الصفة فتتوافر لدى الخصم المذكور بثبوت الصلة الوثيقة القائمة بينه وبين صاحب الحق الموضوعي والتي تعتبر المبرر القانوني للحلول.

وعلى ذلك فمن يقوم بالحلول محل غيره كخصم أصلي في الدعوى تكون له جميع حقوق الخصم وواجباته، ويترتب في مواجهته جميع الآثار الإجرائية. ومنها بالأخص تحمل النفقات في حال خسارة الدعوى.

ويتحقق الحلول أيضا في دعاوى الشركات التي يرفعها المساهم فرديا، فالأصل أن دعاوى الشركات تقام ممن له صفة في تمثيلها أي الشريك أو رئيس مجلس الإدارة. ولكن إذا تقاعس الشريك صاحب الصفة في التمثيل، أو مدير الشركة عن رفع الدعوى، أجازت بعض القوانين لأي شريك الحق في رفع الدعوى على أعضاء مجلس الإدارة. وتعتبر هذه الحالة من حالات الحلول لأن المدعى فيها يستند إلى حق لا يرجع إليه بل إلى الشركة، ولكنه يدعي باسمه الشخصي نيابة عن الشركة حيث لا صفة لديه يمثلها بها.

والواقع أن جميع هذه الحالات يظهر فيها المتقاضي كأنه يحل محل غيره. ولقد قضت المحكمة العليا:

من المقرر قانونا أن المؤمن يحل محل المؤمن له في حقوقه ودعواه ضد الغير كما أن رافع الدعوى أمام القضاء يجب أن تكون له الصفة وأهلية التقاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما ثبت -في قضية الحال- أن الشركة الجزائرية لتأمينات النقل لم تقدم عقد الحلول الذي أعطى لها الصفة في رفع الدعوى الرامية إلى الحصول على التعويضات عن الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة.

ولما رفض قضاء الموضوع الدعوى شكلا لانعدام الصفة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما¹.

كما قضت "من المقرر قانونا" لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة ومن الثابت في قضية الحال أن قضاء المجلس قد أخطئوا عندما اعتبروا أن الصفة مسألة تتعلق بالشكل في حين أنها تشكل في حد ذاتها مسألة تتعلق بالموضوع إذ يجب على الجهات القضائية، معاينة ثبوتها أو

دحضها باللجوء إلى إجراءات تحقيق مناسبة طبقا لمقتضيات المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار¹.

كما قضت " أن استئناف الحكم أو عدمه ذا مصلحة خاصة مرتبطة بمن له الحق في ذلك و لا تمس المصلحة العامة المتعلقة بالنظام العام و حسن سير القضاء².

كما قضت "متى كان من المقرر قانونا انه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام قضاء ما لم يكن حائز الصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاء الموضوع لما قضاوا بمنح تعويضات للمدعي المدني عن خسائر السيارة وعن الضرر المعنوي بالرغم من انه ليس مالكا لها يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون³.

كما قضت حيث انه وقد ثبت للقضاء بأن المدعي عليها في الطعن م.ش. المدعوة م هي بالأصل صاحبة حق في مبلغ الدار و الثلاجة التي طالبت به وقد أثبت محكمة الدرجة الأولى القرار الطاعن بهذا المبلغ لذا فهي تتوفر بذلك على الصفة التي خولتها حق التقاضي للمطالبة بحقها⁴

كما قضت "إن القضاء ببطلان التنبيه بالإخلاء الموجه من المالك الجديد للمحل المتنازع عليه على أساس عدم إتمام إجراءات شهر عقد الملكية طبقا للمادة 793 من القانون المدني للمحل المكتسب هو قضاء سليم باعتبار أن الطاعن لا يحوز صفة التقاضي يوم توجيه الإنذار للمستأجر⁵".

كما قضت "من الثابت قانونا أن المستثمرة الفلاحية وإن كانت تتمتع بأهلية التقاضي كشركة مدنية إلا أن أعضاءها لا يتمتعون إلا بحق الانتفاع الدائم، أما ملكية الأرض فتبقى ملكا للدولة ومتى تعلق الأمر بالمنازعة و ملكية الأرض الممنوحة للمستثمرة فإن القانون حدد الهيئات المؤهلة للمنازعة باسم الدولة.

¹ ملف رقم 150865 قرار بتاريخ 1998/02/25

² ملف رقم : 33310 قرار بتاريخ: 1987/04/22

³ ملف رقم 61416 قرار بتاريخ 1990/10/30

⁴ ملف رقم 45566 قرار بتاريخ 1988/03/23

⁵ رقم القرار 203162 تاريخ القرار 1999/12/07

¹ مجلة القضائية - عدد خاص - 1999 - ملف رقم : 138267 قرار بتاريخ 1996/02/27

ولما قضى قضاة المجلس بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة على أساس أن إدارة أملاك الدولة هي الممثلة القانونية للمستثمرة الفلاحية أمام القضاء، فإنهم طبقوا القانون تطبيقاً سليماً¹.

كما قضت "حيث ويتضح من خلال دراستنا للملف ان الطاعنة لم تقدم أي دليل على أنها تتمتع بمركزها القانوني واكتفيت بتقديم عقد حبس لقطعة ترابية معدة لبناء مسجد ومرافقه الى كما قدمت نسخة من عرض حال وكالة وتفويض الذي هو بمثابة عقد عرفي وكل ذلك لا يكون دليل قاطعاً على ان المدعية تتمتع بصفة التقاضي مما يجعل القول بان قضاة المجلس لم يغفلوا عن أي قاعدة للإجراءات ويرد الوجه²

ثانياً: المصلحة

المصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من التجاؤه للقضاء فهذه المنفعة هي الدافع لرفع الدعوى، وهي الهدف من تحريكها ويقال عادة في هذا الصدد لا دعوى بغير مصلحة فالمصلحة مناط والمصلحة هي : الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها فلا يكفي مجرد المصلحة النظرية البحتة³.

فالمصلحة هي الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها وهي كونها وسيلة لحماية الحق⁴.

ونرى أنه يتعين فهم المقصود من اصطلاح "المصلحة في الدعوى" على الوجه الآتي: أنه إذا سلمنا بوجود الحق في الخصومة المطروحة إلا أن رافعها لا يحق، الالتجاء إلى

¹ رقم القرار 194631 تاريخ القرار 2000/04/26

² رقم الملف 128862 بتاريخ 1994/7/12

³ أحمد مسلم، بند 288 أبو الوفاء 101- رمز سيف : بند 76. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه ولئن كان من المقرر أنه إن رأت محكمة الاستئناف أن الحكم المستأنف باطل لعب شاب إجراءاته دون أن يمتد إلى صحيفة الدعوى. فإنه يجب عليها إلا تنفذ عند حد تقرير هذا البطلان وإنما عليها أن تفصل في الموضوع بحكم جديد يراعي فيه الإجراءات الصحيحة، إلا أنه وقد اجازت محكمة الاستئناف وتنازل الخصوم أمامها لي إبداء الدفوع و الرد عليها على النحو الوارد بالحكم المطعون فيه فإن نقض الحكم لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحتة.

نقض هدي 28 فبراير 1990 الطعن رقم 3249 لسنة 58.

⁴ أبو الوفاء، بند 41- الشرفي: صفحة 52.

القضاء لأنه لا توجد لديه مصلحة، ولن يفيد من الالتجاء إلى القضاء حتى لو سلم له بما يدعيه، فمثلاً لا يجوز أن يطلب إثبات واقعة معينة بشهادة الشهود إذا كانت هذه الواقعة لا تتعلق بالدعوى و غير منتجة فيها ، وإذا لم يكتسب الطاعن من وراء طعنه شيئاً، كما إذا كانت المحكمة لم تستند في حكمها الموضوعي على شهادة الشهود التي أمرت بها.

وقد أراد الفقه والقضاء، وجاراهما المشرع في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية، إبراز هذه المصلحة، فأشاروا إلى المصلحة في الدعوى كشرط للدعوى، ولكننا نرى أن المشكلة الحقيقية هي في معرفة متى توجد المصلحة في الدعوى؟

لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة:

القاعدة التي تنص عليها المادة الثالثة عشر هي من القواعد الأدولية المسلم بها في الفقه والقضاء، ويعبر عن هذه القاعدة بأنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة، إذ المصلحة هدف رافع الدعوى من الحكم له، أما حيث لا تعود على من رفع الدعوى فائدة فلا تقبل دعواه.

فمثل هذه الدعاوى غير منتجة أو كيدية، وما أنشئت المحاكم لمثل هذه الدعاوى، فالمصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب إنما هي شرط لقبول أي طلب دفع أو طعن في حكم¹

فكما أن المصلحة شرط لقبول الدعوى عند رفعها فهي أيضاً شرط لاستمرار قبولها أمام المحكمة و شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم.

وإذا حصل تغيير على الحكم ولا على طريقة تنفيذه فلا مصلحة في الإدعاء بتزويره، وإذا رفعت دعوى على شخصين لمطالبتهما بمبلغ، وحكم بإلزام أحد ما به ورفضه بالنسبة للآخر وإخراجه منها، فلا مصلحة للآخر في الطعن في الحكم طالما أنه قد أخرج من الدعوى التي رفعت عليه بغير مصاريف. ففي كل الأحوال المتقدمة يجوز أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة.

كما أوضح ذلك أيضاً القانون في المادة 194 حيث أعتبر أن التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريًا أو وجوبيًا . لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة.

¹ (رمزي سيف الوسيط في قانون الإجراءات المدنية - الطبعة 8 ص 111.

يتم التدخل تبعاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى.

لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد التقض، ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التقض المصرية بأنه لما كانت المصلحة هي مناط الدفع، وكان الدفع في الدعوى أن البائع لعقار كان يضع يده نيابة عن المشتري وأن القدر الذي يتمسك بوضع يده عليه غير القدر الذي باعه مورثه، فإنه لا تكون لهذا الوارث مصلحة في الدفع بسقوط حق المشتري الذي يطلب صحة ونفاذ عقده بالتقادم الطويل¹.

خصائص المصلحة:

يجب أن تتوفر في المصلحة خصائص معينة هي:

أن تكون مصلحة قانونية:

المصلحة القانونية هي المصلحة التي يقرها القانون، ويتحقق ذلك إذا كانت الدعوى تستند إلى حق أو مركز قانوني²، فيكون الغرض من الدعوى المطالبة بحق أو مركز قانوني أو رد الاعتداء عليه أو المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصاب الحق.

والمصلحة القانونية قد تكون مصلحة مادية أو أدبية، والمصلحة المادية هي التي تحمي المنفعة المادية لرافع الدعوى³.

كدعوى المطالبة بالدين أو الفوائد التأخيرية، والدعوى على من اغتصب العقار من حائزه. والدعوى على صاحب البناء إذا تسبب البناء في حجب النور والهواء عن الجار.

أن تكون مصلحة شخصية و مباشرة:

وهو ما يعبر عنه فقه الإجراءات للمدنية بالصفة في رفع الدعوى. ويذهب بعض للشرح إلى أن الصفة تعتبر شرطاً قلماً بذاته من شروط قبول الدعوى، مستقلاً عن شرط المصلحة، وهذا هو الأصل لعام وإن كان المشرع قد استثنى حالات معينة من عموم هذا النص عليها صراحة في بعض القوانين مثل ما ورد في المادتين 189 و190 من لقانون المدني¹ والتي تجيز لدائن المدين أن يرفع دعوى مباشرة للمطالبة بحقوق مدنية مع أنه ليست له صفة للنيابة عن المدين.

كما أجاز للقانون للنيابة العامة باعتبارها ممثلة للصالح العام وأميناً على مصلحة القانون، أن ترفع في أحوال استثنائية بعض الدعاوى في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، أما في حالة عدم ورود نص خاص، فإن قانون الإجراءات المدنية لا يجيز رفع الدعوى من غير ذي صفة، وبذلك فلا يعرف دعاوى الحسبة المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، كما أنه يتعين أن يتوافر لرفع الدعوى المستعجلة صفة في رفعها، إلا أن القاضي المستعجل في بحثه لتوافر الصفة والمصلحة يتحسسها من ظاهر الأوراق، دون تعمق وبغير مساس بأصل الحق. ولذلك لا تقبل دعوى من أحد المنافسين لشركة ما بطلب بطلانها لعيب في تكوينها، لأن مصلحته في التخلص منها لأنها تنافسه، لأن المصلحة وإن استندت إلى مصلحة اقتصادية لرفعها إلا أنها لا تستند لأساس قانوني².

- **مصلحة قائمة وحالة:** بمعنى أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل، أو حصلت له منازعة فيه، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء. كأن يمتنع المؤجر عن تسليم المستأجر العين موضع عقد الإيجار، أو كأن يحل أجل الدين فيمتنع المدين عن الوفاء للدائن به³.

¹ المادة 189 : لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين. إلا ما كان منها خاصاً بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره، أو أن يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام.

المادة 190 : يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين. وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضماناً لجميع دائنيه.

² د/ أحمد أبو الوفا- المرجع السابق ص 162 وما بعدها.

³ و في هذا الصدد قضى " بأن العبرة في قبول الدعوى بتوافر المصلحة يوم رفعها، أمام زوال هذه المصلحة أثناء نظر الدعوى وعدم زوالها فإنه يكون من الأمور الموضوعية التي تنظر فيها المحكمة دون أن يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى.

(جلسة 1950/1/24 - التشريع و القضاء (3) س 187).

¹ قرض مدني في 24 نوفمبر 1955 - طعن رقم 121 - السنة 22 ق كذلك قضت محكمة التقض المصرية بأنه لما كانت المصلحة هي مناط الدفع كما في مناط الدعوى فإنه لا يجوز لأحد الخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي أهلية متى كان العيب الذي يناب تمثيل نافع الأهلية قد زال. إذ يزاوله تصح إجراءات التقاضي صحيحة و منتجة لآثارها في حق الخصمين على السواء منذ بدايتها و تنتفي كل مصلحة في الطعن عليها.

² محمد حامد فقيهي. بند 334 -

³ أنظر قرض لورني

Cass. Civ. 17 juill. 1937.d h. 437.7.

أنظر أيضاً الشرقي نظرية المصلحة - بند 70 - العنماوي: صفحة 575 كيرة: صفحة 258 و 259.

أما إذا كان الضرر محتملا أو بعبارة أخرى إذا كانت المصلحة محتملة فالأصل أن لا تقبل، وإنما هناك دعاوى معينة جرى القضاء على جواز قبولها بالرغم من أن المصلحة في رفعها محتملة.

أما القول بأنه يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة، وأنه استثناء يمكن رفع الدعوى في بعض الحالات التي يكون فيها المصلحة محتملة، فإنه غير دقيق. فمن ناحية، من البديهي ألا تمنح الحماية القضائية إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة، ذلك أنه إذا حدث اعتداء تولدت عنه مصلحة في الدعوى، أي تنشأ عنه حق في الدعوى، وانقضي هذا الحق فلا تمنح الحماية التي يرمي إليها فقيام المصلحة في الدعوى، وبالتالي الحق في الدعوى، ضروري كضرورة عدم انقضاء أي حق لإمكان استعماله، ومن ناحية أخرى، فإن المصلحة في الدعوى، وهي مضمون الحق في الدعوى، لا يمكن - شأنها شأن مضمون أي حق قائم - إلا أن تكون موجودة، أي أن تكون حالة وإذا كانت هناك حالات يرى الفقه والقضاء أن تكفي فيها المصلحة "المحتملة" لنشأة الحق في الدعوى، كما هو الحال بالنسبة لدعوى وقف الأعمال الجديدة. فإن الأمر في الواقع يتعلق بدعوى حالة أي بمصلحة حالة في الحماية القضائية وإنما تنشأ الدعوى لمواجهة اعتداء محتمل. فالاستثناءات التي يذكرها الفقه والقضاء لا ترد في الواقع على وصف الحلول في المصلحة في الدعوى، وإنما على وصف الحلول في الاعتداء الذي يولد المصلحة.

المصلحة المحتملة:

ما يقال من أن هناك بعض دعاوى لا تستند إلى حق، وأن المصلحة فيها محتملة ومع ذلك فهي تقبل، هذا القول محل نظر، لأن الدعوى مثلا التي ترفع بقصد إثبات وقائع للاستناد إليها في نزاع مستقبل ترفع بقصد حماية للدليل (إذا وجبت هذه الحماية وكانت ضرورية) وحماية للحق نفسه، ودعوى قطع النزاع تقبل لأن رفعها يستند إلى حق، إذ ينتجى صون سمعته ومركزه المالي واستقرار أحواله المالية، فهو مستند أن إلى مصلحة قائمة وحالة من رفع دعواه، والدعوى بطلب بطلان العقود الباطلة أو المتضمنة شروطا باطلة تستند إلى حق، وهي تقبل لأن لرفعها مصلحة قائمة حالة للعمل على استقرار مركزه القانوني،

ودعوى وقف الأعمال الجديدة تقبل لأن الغرض المقصود منها درء التعرض قبل حصوله، ويستند رافعها إلى حق ظاهر ويطلب حمايته كما قدمنا.

- الدفع بانتفاء المصلحة هل من النظام العام؟

اختلف الفقه والقضاء في ظل القانون الملغى حول ما إذا كانت المصلحة بمقوماتها بما فيها الصفة من النظام العام من عدمه، فذهب رأى إلى أنها متعلقة بالنظام العام فما دام الدليل قد قام أمام المحكمة على أن المدعى لا مصلحة له في رفع الدعوى أو لا صفة في ذلك تعيين عليها أن تقضي بعدم قبولها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى إثارة دفعه بذلك أمامها حتى ولو اتفق الطرفان على السير في الدعوى بحالتها، واستندوا في ذلك إلى أنه من العبث أن ترفع أمام المحكمة دعاوى لا مصلحة لأصحابها في رفعها أو لا صفة لهم فيها، ولن تكون ذات قيمة أو حجية على أصحاب الصفة الحقيقية. ورفع هذا الشيء من النظام العام، إذ أن القضاء كسلطة من سلطات الدولة شرع للفصل في الخصومات ذات النتائج المرجوة، ولا محل لتعطيله برفع خصومات عديمة الجدوى لانعدام المصلحة أو صدور أحكام عديمة الحجية لانعدام الصفة¹ وذهب رأى آخر إلى أن المصلحة بمقوماتها بما فيها الصفة ليست متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لانقضاء الصفة ما لم يدفع أحد لخصوم بذلك إذ لا يجوز لها التعرض لها من تلقاء نفسها، وقد حسم قانون الإجراءات الجديد هذا الخلاف إذا نصت الفقرة الثانية من المادة 13 "يشير القاضي تلقائيا لانعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه"

هذا النص يؤكد أن الصفة من النظام العام ذلك أن المحكمة يجوز لها من تلقاء نفسها وبدون دفع من الخصم أن تقضي بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، أو من غير ذي صفة .

و تطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا الجزائرية :

"من المقرر قانونا أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا في بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ومن المقرر أيضا أنه لا يجوز لأحد أن

¹مدونة الفقه والقضاء للأستاذة أبو الوفاء و نصر الدين كامل و عبد العزيز يوسف الجزء الأول من 202

يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة و أهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن أحد المطعون ضدهم لم يكن طرفاً في الحكم الغيابي المعارض فيه، فإن قضاة الموضوع بقبولهم شخص لم يكن طرفاً في الحكم الغيابي الذي إن كانت له مصلحة في الدعوى كان عليه أن يقوم الطاعن الغير الخارج عن الخصومة خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات¹.

كما قضت من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم، بل يجب أن يكون بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون².

كما قضت "من المقرر قانوناً أنه إذا رفض المدين تنفيذ التزام بعمل أو خالف التزاماً بالامتناع عن عمل فإن القائم بالتنفيذ يثبت ذلك في محضر ويحيل صاحب المصلحة على المحكمة للمطالبة بالتعويض³.

كما قضت "من المقرر قانوناً أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفاً فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ومن المقرر أيضاً أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن أحد المطعون ضدهم لم يكن طرفاً في الحكم الغيابي المعارض فيه، فإن قضاة الموضوع بقبولهم شخص لم يكن طرفاً في الحكم الغيابي الذي إن كانت له مصلحة في الدعوى كان عليه أن يقوم الطاعن الغير الخارج عن الخصومة خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات⁴.

كما قضت "قسمة تركة طبقاً للنصيب الشرعي وبالتالي يكون الحكم الصادر عن محكمة أول درجة القاضي برفض دعوى المطعون ضدها لانعدام الصفة والمصلحة كان صائباً¹.

كما قضت "الدعوى الجماعية -استثناء- عدم ورود شروطها -قبولها- نقض إجتهااد قضائي - من المستقر عليه قانوناً وقضاء" أن أحادية الدعوى هو المبدأ أما الدعوى الجماعية فهو الاستثناء، طالما توفرت فيها شروط أحادية المصلحة والسبب بين أفراد الجماعة².

أما محكمة النقض المصرية فقضت بعدم قبول دعوى وارث بإبطال إقرار مورثه بملكية الغير لمال إذا كان الوارث لا يدعي أن هذا المال ملك المورث لانتفاء المصلحة³.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كانت الشركة في حالة انحلال فإنه لا تقبل دعوى الشريك ببطلان الشركة لعدم الإعلان عنها، لأن البطلان يترتب عليه فيما بين الشركاء نفس الآثار التي تترتب على الحل، ومن ثم تنعدم المصلحة من دعوى البطلان⁴.

¹ ملف رقم 178125 قرار بتاريخ : 7 افريل سنة 1999

² مجلة القضائية 2/ 1997 - قرار رقم 153115 بتاريخ 1997/12/09 ص رقم 104

³ نقض مدني في 29 مارس 1972 - مجموعة أبو شادي

⁴ Cass. Civ. 31 janv. 1912.1901

¹ المجلة القضائية العدد 1990/3 ملف رقم 52039 قرار بتاريخ 1989/04/05

² مجلة القضائية العدد الأول 1993 : ملف رقم 35324 قرار بتاريخ : 1986/03/12

³ قرار 115284 بتاريخ 1997/04/13 ص رقم 193

⁴ المجلة القضائية العدد 1990/3 ملف رقم 52039 قرار بتاريخ 1989/04/05

في عريضة افتتاح الدعوى

المادة 14: ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

المادة 15: يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له.

4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6- الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

في شكل وبيانات التكليف بالحضور

نصت المادة من قانون الإجراءات المدنية على البيانات الأساسية في التكليف بالحضور الآتية:

1- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه ،

4- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5- تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

أما المادة 19: مع مراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون، يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي، الذي يحرر محضرا يتضمن البيانات الآتية :

1- اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له.

4- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورها.

5- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط.

6- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه.

7- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.

8- تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.

الاختصاص النوعي للمحاكم الجزائرية

يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها، فضابط إسناد الاختصاص لمحكمة معينة وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع مثال ذلك، اختصاص محكمة النقض، نوعيا بنظر الطعون في الأحكام بهذا الطريق. واختصاص محاكم الاستئناف نوعيا بنظر الطعن في الأحكام بهذا الطريق.

واختصاص محكمة الأصل بنظر الفرع أو الدفع واختصاص المحكمة بنظر الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي أيا كان نوعها أو قيمتها. كذلك اختصاص المحاكم بتوقيع عقوبات جزائية في جرائم الجلسات فإن الاختصاص بذلك يعتبر من باب الاختصاص النوعي. والذي يقوم بتحديد طبيعة المنازعة لمعرفة الاختصاص بنظرها هي المحكمة ذاتها وذلك حينما تتصدى لمعرفة طبيعة المنازعات لكي تحسم النزاع على مسألة الاختصاص.

وتقوم المحكمة في هذا الفرض بإعطاء تكييف قانوني للمنازعة، وقد يكون هذا التكييف إيجابيا يؤدي إلى منح الاختصاص بالنزاع لها، وقد تنتهي المحكمة إلى أن التكييف لا يكشف عن طبيعة النزاع. وعلى ذلك فتحدد الاختصاص بواسطة المحكمة استنادا على المعيار النوعي هو من باب استقلالها بتحديد الاختصاص المنوط بها. والخطأ في هذا التكييف يؤدي إلى العديد من مشاكل الاختصاص، فالتكييف الخاطئ من جانب المحكمة المطروح عليها النزاع يؤدي بها إلى الحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص والإحالة .

وقد تحكم بعدم الاختصاص وتغفل الإحالة. فإذا عرض النزاع مرة ثانية على محكمة تتبع ذات الجهة التي تتبعها المحكمة الأولى فقد تخطئ هي أيضا في تكييف طبيعة النزاع وتحكم بعدم الاختصاص بنظر النزاع، وقد تغفل هي أيضا أقران الحكم بعدم الاختصاص بالإحالة إلى المحكمة التي تراها مختصة . ونواجه في مثل هذا الفرض حالة من حالات إنكار العدالة بين المحاكم التابعة لذات الجهة يتم حسمها عن طريق الطعن في الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص بالطرق المقررة في القانون.

ويتعد الفرض أكثر إذا كان الخطأ في التكييف صادر من محاكم تتبع جهات قضائية مختلفة. كأن ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية باعتبارها المختصة نوعيا وفقا لتقدير المدعى. وعندما تقوم هذه المحكمة بتكييف النزاع لتحديد اختصاصها تخطئ في التكييف وتحكم بعدم الاختصاص والإحالة إلى محكمة تتبع جهة أخرى. وقد لا تفرق الحكم بعدم الاختصاص بالإحالة فلو فرض وأعيد رفع النزاع إلى محكمة القضاء الإداري حيث يقدر المدعى أنها هي المختصة وقد تخطئ هذه الأخيرة في تكييف الدعوى لتحديد اختصاصها وتنتهي إلى أنها غير مختصة فتحكم بعدم الاختصاص وقد تغفل الإحالة. هنا يوجد إنكار عدالة وتنازع سلبي على الاختصاص.

فالمتنازعي لا يجد محكمة تفصل في نزاعه، وحل هذه المشكلة يكون باللجوء إلى المحكمة العليا لحل مشكلة التنازع على الاختصاص. هذه الحالات وأن كانت عرضت على شكل فروض نظرية ألا أنها قابلة للتحقيق. ويلاحظ أن الاختصاص النوعي يتعلق بالنظام العام. الاختصاص النوعي لمختلف محاكم جهة القضاء العادي.

الاختصاص النوعي للمحكمة العليا :

الأصل أن اختصاص محكمة العليا هو اختصاص نوعي. أي أنها تختص بنوعيه معينة من المنازعات عهد بها . هذه المنازعات هي الطعون في الأحكام النهائية سواء لمخالفتها للقانون أو لبطلانها أو لبنائها على إجراءات باطلة، و بعض طلبات رجال القضاء. و هذا الاختصاص متعلق بالنظام العام، وغير ذلك من المسائل التي سندرسها فيما بعد.

- الاختصاص النوعي

تنص المادة 34 على "يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئا" تختص محاكم الاستئناف بالنظر في الطعون بالاستئناف التي تخضع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية وهذا يعتبر اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام... وأحكام المحاكم في الدرجة الأولى التي يتم استئنافها هكذا هي الأحكام الصادرة في الدعاوى التي تختص بها المحاكم باعتبارها محاكم أول درجة.

أيضا تختص محكمة الاستئناف العليا ببعض الطلبات التي تعرض عليها
الأول مرة كطلب تفسير قرارات المجلس، وتصحيحها، وطلب إسقاط الخصومة،
أو تقادمها أمامها، والطلبات المستعجلة، وطلبات رد المستشارين.

في الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية

القسم الأول: في الاختصاص النوعي

المحاكم الإدارية هي جهات للولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي
تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة
الإدارية طرفا فيها.

تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص
المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على
مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة¹.

مع الأخذ في الاعتبار أحكام المادة 802 والتي تنص على " خلافا لأحكام
لمادتين 800 و 801 أعلاه، يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات
لأتية:

1- مخالفات الطرق.

2- المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب
تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة ، أو لإحدى الولايات أو
بلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ولقد قضت المحكمة العليا متى ثبت أن القرار المطعون فيه قد أدين المتهم بتهمة القتل
الخطأ فإنه لا يسوغ في مثل هذه الأحوال تحميل الخزينة العمومية لتعويضات المستحقة
للطرف المدني لأنه لا يمكن أن تحل الدولة محل المتهم للمدان بجريمة القتل الخطأ للقتل
الخطأ لتعويض نوى الحقوق طالما أن الوقائع لا تتعلق بحوادث مرور بل هي تنخل في
إطار تعويض ضحايا الإرهاب يعود الاختصاص للنظر فيها للقضاء الإداري وفقا
لأحكام المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية وبالتالي فإن قضاة الموضوع يتمسكهم
باختصاصهم يكونوا قد خالفوا قواعد جوهرية في الإجراءات مما ينج عنه البطلان¹

كما قضت "الثابت من القرار المطعون فيه أن الدعوى تتعلق بتعويض عن قتل
خطأ تسبب فيه عون أمن عمومي تابع لمؤسسة إدارية فإن الاختصاص للفصل
فيها يؤول للقضاء الإداري وعليه فإن تمسك المحكمة والمجلس باختصاصهم هو
تطبيق سيئ للقانون ومخالفة له مما يتعين تقض وإبطال القرار المطعون فيه².

متى كان من المستقر عليه قضاء أن سلطة مراقبة أعمال الإدارة تعود
للقضاء الإداري فإن قضاة الاستئناف -في قضية الحال- الذين أبعدوا تطبيق
القرار الصادر عن رئيس دائرة المرسى الكبير الذي ألغى القرار الذي منح سابقا
السكن المتنازع عليه للمدعى عليه راقبوا بقضائهم كما فعلوا قانونية قرار صادر
عن سلطة إدارية متجاوزين بذلك السلطة الممنوحة لهم³.

كما قضت "من المقرر قانونا أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر
من النظام العام و تقتضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها
الدعوى.

ولما ثبت أن الدعوى الحالية ترمي إلى إبطال عقد التنازل عن أملاك الدولة المبرم
في إطار القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07/02/1981 فإن هذا العقد يكتسي طابعا إداريا
وبعود الاختصاص في مراقبته للجهة المختصة للفصل في القضايا الإدارية.

¹ملف 210162 قرار بتاريخ 2000/11/22

²ملف 208279 بتاريخ 2000/09/27

³المجلة القضائية 1993/2 ملف: 73992 بتاريخ 1991/07/08

مختصة فإن قرارها خرق القانون ويتعين نقضه¹.

كما قضت "من المقرر قانوناً أن المجالس القضائية بالفصل ابتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف المبدأ مخالفًا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحادث الذي تضرر منه الطاعن وقع داخل مرفق عام -إدارة الضرائب- وأن قضاء الموضوع بقضائهم بإبعاد عن الوظيفة والتطبيق عليه الأمر رقم 183/66 المتضمن التعويض من حوادث العمل والأمراض المهنية بالرغم من أن هذا الحادث لا يدخل في نطاق هذا الأمر اخطئوا في تطبيق القانون².

كما قضت "حيث أنه يستتج من المادة 66 من قانون الصفقات العمومية بأن النظام المالي للصفقة يتم بواسطة دفعات مسبقة أو دفعات تحت الحساب أو تسديدات للرصيد.

حيث أن المادة 67 من نفس القانون تحدد التسبيق على أنه كل المبلغ مدفوع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد.

حيث انه يستخلص من هاتين المادتين بأن التسبيقات التي تلقاها الطاعن تدخل في إطار الالتزامات التعاقدية للطرفين في صفقة عمومية.

حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلا من نيل القاضي الإداري وهو القاضي الطبيعي للإدارة وخاصة في هذه الأيام³.

ولقد قضت المحكمة العليا "إن مديرية المنافسة والأسعار التي يشرف عليها لوالي، هي مؤسسة عمومية يؤول الاختصاص للفصل في المنازعات التي يكون طرفاً فيها إلى الجهة القضائية الإدارية وفقاً لنص المادة 7 من ق.إ.م وبتمسك

قضاة الغرفة التجارية بالمجلس باختصاصهم للنظر في النزاع فإنهم قد تجاوزوا سلطاتهم وعرضوا قرارهم للنقض¹.

كما قضت "المستفاد من القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب التعويض الإستحقاقى لعدم وجود قاعدة تجارية في الأماكن المتنازع عليها ومع ذلك قضى بفسخ العقد المبرم بين الطرفين يكون قد جانب الصواب إذ كان يتعين بعد التأكد من عدم وجود قاعدة تجارية أن يصرح بعدم الاختصاص في التزام القائم بين المجلس الشعبي لبلدية بومرداس والطاعن لكون النزاع من الاختصاص المانع للجهات القضائية الإدارية مما ينجر عنه النقض والبطالان².

من المقرر قانوناً أن القرارات الصادرة عن نائب مدير الضرائب للولاية فيما يخص الشكايات النزاعية والتي لم ترضى المعنيين وكذلك القرارات المتخذة فوراً فيما يخص الحصص الضريبية طبقاً لأحكام المادة 404 يمكن الطعن فيها أمام الغرفة الإدارية التابعة للمجلس خلال أجل شهرين ابتداء من يوم استلام الرأي المتضمن تبليغ القرار ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بعدم الاختصاص في طلب الإغفاء الكلي من الغرامة المفروضة من مصلحة الضرائب أخطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المادة المذكورة أعلاه حددت صراحة الجهة القضائية وهي الغرفة الإدارية لدى المجلس القضائي للنظر في النزاعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن نائب مدير الضرائب.

فإن الاختصاص يعود إلى المجلس القضائي³.

كما قضت "من المقرر قانوناً أنه تختص المجالس بالفصل بحكم قابل أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أي كانت طبيعتها التي تكونه الدولة أو الولايات" ومن الثابت -في قضية الحال- أن قضاء الاستئناف لما يبينوا الصادر عن وزير الصناعة بتاريخ 1973/08/13 صرح بمنفعة العمومية لقطعة الأرض المتنازع

¹ المجلة القضائية 2/ 1994 ملف 109743 بتاريخ 1993/09/27

² المجلة القضائية 2/ 1992: ملف 43408 بتاريخ: 1988/01/15

³ رقم الملف 47186 قرار بتاريخ 1990/01/18.

¹ رقم القرار 283058 تاريخ القرار 2002/05/25

² رقم القرار 251111 تاريخ القرار 2001/11/06

³ المجلة القضائية 2/ 1993 ص 148 ملف 88444 بتاريخ: 1991/12/29

عليها، وبموجب القانون رقم 48/76 المؤرخ في 25 ماي 1976 المادتين 17/03 يجعل دعوى المتنازع في الملكية من أجل المنفعة العامة يفصل فيها من طرف المجلس وخاصة أنه في قضية الحال التصريح بالمنفعة من طرف الصناعة ممثل الدولة.

ولما فصل قضاء المجلس بعدم الاختصاص لطبيعة النزاع يكونوا قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب الرفض¹.

كما فصلت " من المقرر قانونا أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا تنظر ابتدائيا ونهائيا في الطعن بالبطلان في القرارات التنظيمية أو الفردية التي تصدر من السلطة الإدارية ومن ثم فإن الجهات القضائية العادية لا يجوز لها الفصل في قانونية هذه القرارات.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاء الجهة القضائية العادية بإبطالهم عقد الإيجار الصادر من سلطة إدارية ومقرر بتسوية الوضعية خرقوا القانون وتجاوزوا اختصاصهم².

كما قضت " من المقرر قانونا أن المجالس القضائية، تختص ابتدائيا بقرار قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى، في جميع القضايا التي تكون إحدى البلديات طرفا فيها، ومن ثم فإن الطعن لأول مرة أمام المجلس الأعلى ببطلان تصرف البيع ذاته لا يكون مقبول بخلاف الطعن في القرار الإداري.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن هذا الطعن ليس موجها ضد قرار شخصي وإنما موجه ضد قرار بإجراء ملزم لجانبين مبرم بين رئيس المجلس الشعبي البلدي وبين شخص آخر تضمن بيع البلدية لهذا الشخص قطعة أرض، فإن هذا النزاع يخضع لاختصاص قضاء الدرجة الأولى بالمجلس القضائي الغرفة الإدارية³. متى ثبت أن الوكالات المحلية العقارية هي مؤسسات عامة ذات طابع تجاري إذ تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقا للأمر 75-35. فإن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع الذي تكون مثل هذه المؤسسات طرفا فيه.

مما يستوجب إلغاء الأمر الاستعجالي موضوع الطعن الحالي والتصريح برفض العريضة الأصلية¹.

كما قضت " من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملائمة لاختيار الإدارة للأراضي محل نزاع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة.

ومن ثم إن النعي على القرار الإداري المطعون فيه أن صفة المنفعة العامة غير مقدرة غير محله.

حيث أن الطاعنين أثاروا ضد المقرر وجهين يوضحان من جهة أن صفة المنفعة العامة غير محددة وكان بإمكان تشيد 500 مسكن فوق قطعة أرض مجاورة لأرض الطاعنين دون المساس بملكيتهم ومن جهة أخرى لم يتم تبليغ الطاعنين لا من طرف الولاية ولا من طرف المجلس الشعبي البلدي قبل اتخاذ هذا القرار.

حيث أن الأمر يتعلق بعائلة كبيرة ليست بحاجة للتعويض بل بحاجة للمسكن وإن قطعة الأرض المعنية غير مهجورة بل تعتبر أرضا خصبة مغروسة بأشجار الزيتون وبما أنه لم يؤخذ بعين الاعتبار فإن المقرر لم يحترم قواعد الإجراءات مما يتعين الأمر بالإبطال².

ولقد قضت المحكمة العليا: متى كان مقرا قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوي الشركات التي تختص بها محليا، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل هي تنظيم إداري بحت، ومن ثم فإن النعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي الغير سليم يتعين رفضه³.

متى كان مقرا قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام والتي تفصل في القضايا المدنية والتجارية....، فإن الفروع الموجودة لدى بعض المحاكم ما هي إلا تنظيم إداري لا علاقة لها بالاختصاص النوعي، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون في غير محله.

¹ المجلة القضائية 1991/1 ص 183 ملف 130998 بتاريخ 1995/04/30

² ملف رقم 66960 قرار بتاريخ: 1990/04/21

³ ملف رقم: 54288 قرار بتاريخ: 1989/02/19

¹ المجلة القضائية 98/2 ملف 202986 بتاريخ 1998/12/16 ص 47

² المجلة القضائية 4/1991 ص 74 ملف 65740 بتاريخ 1990/12/17

³ المجلة القضائية 99/2 ملف رقم 27475 قرار بتاريخ 1982/05/29

الاختصاص الإقليمي " المحلي "

تنص المادة 37 على "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

- القواعد العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي المحلي

ضابط إسناد الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه هو المعيار العام الذي أخذ به المشرع في تحديد الاختصاص بالنسبة لمحاكم الموضوع التي يرفع إليها النزاع بصفة مبتدأه.

أما منازعة الطعن في الأحكام بأي طريق كان، أو منازعات للتنفيذ أو للمسائل المنفرعة عن الدعوى الأصلية أو العارضة عليها أو المتولدة عنها، فلها قواعد اختصاص محلي مختلفة قد تترد إلى القاعدة للوردة في المادة السابقة وقد تبني على اعتبارات مختلفة.

وفكرة الموطن الذي تبني عليه القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي تحتاج إلى بيان الاعتبار التي جعلت للمشرع يعتمد عليها كما تحتاج إلى بيان فكرة للموطن في حد ذاتها.

أعتمد المشرع فكرة موطن المدعى عليه كأساس لتحديد الاختصاص الإقليمي للأسباب التالية:

(1) الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك وعلى المدعي إثبات ذلك في موطن المدعى عليه.

(2) الأصل أن الدين مطلوب و ليس محمول فعلي المدعى أن يبادر بالمطالبة بدينه في موطن المدعى عليه.

(3) إيجاد نوع من التوازن بين مراكز الخصوم فكما أن المدعى من حقه أن يرفع الدعوى في اللحظة التي يختارها، فعليه إذ أن يذهب إلى حيث يقوم المدعى عليه لرفع الدعوى.

(4) في موطن المدعى عليه تتركز في الغالب أدلة الإثبات.

وحيث أن الطاعن استند في تدعيم طعنه لنقض وإبطال القرار المطعون فيه على وجهين الأول منهما: مأخوذ من خطأ في تطبيق القانون، ذلك أن القرار المطعون فيه رفض الدفع الذي تمسك به الطاعن والمتعلق بعدم الاختصاص بحجة أن القسم المدني هو الأصل، والتجاري ما هو إلا فرع منه، وأن مسألة المساعدين اختيارية، إلا أن هذا التعليل خاطئ فهو يتجاهل اختصاص فرع من فروع المحكمة، و فضلا عن ذلك فإن القضية تجارية والحكم التمهيدي الذي صادق على التنبية بالإخلاء صدر عن القسم التجاري، فوجب أن يفصل هذا القسم في القضية والخبرة، إذ أن الاختصاص النوعي من النظام العام¹.

من المقرر قانونا أن الاختصاص النوعي لا يتعلق بشخص القاضي الذي يرأس الجلسة وإنما يتعلق بنوع الدعوى "ومن ثم فإن وجود دعوى إيجار ضمن الدعوى المقضي ضمنها لا ينزع عن القاضي المدني اختصاصه ولما كان الأمر كذلك" فإن النعي على القرار المطعون فيه في الوجه المأخوذ من خرق أشكال جوهرية للإجراءات باعتبار أن إحدى الدعاوي من اختصاص قسم الإيجار ولا يرأسها نفس القاضي الذي أمر بضم ثلاث قضايا ' كان في غير محله ويتعين القضاء برده².

كما قضت "من المقرر قانونا أن الاختصاص في المنازعات المتعلقة بتطبيق الباب الثاني المتضمن الإجراءات محل لتجارية يكون لجهة للقضاء للعادي الإجراءات المدنية في حالة نزاع ينحصر بمنحة التعويض إذا كان الإتفاق قائما حول الإخلاء فيجوز اتجاه إلى القضاء المستعجل.

لما كان من الثابت- في قضية الحال - أن جهة الاستئناف التي صادقت على أمر استعجالي قضى بإجراء خبرة لتقدير منحة الاستحقاق في حين أن التنبية بالإخلاء محل النزاع بين الطرفين يكونوا قد خرقتوا قواعد الاختصاص النوعي³.

¹ ملف رقم 51730 قرار بتاريخ 1988/10/02

² ملف رقم 33528 قرار بتاريخ 1985/04/03

³ ملف رقم: 55119 بتاريخ: 1989/03/05

ومن جهة أخرى يقصد بموطن المدعى عليه أما موطنه الأصلي أو العالم أو الموطن المختار، أو الموطن القانوني، أو موطن الأعمال كما يجب الإشارة باختصار إلى موطن الأشخاص الاعتبارية.

(1) الموطن الأصلي أو العام: يتحدد هذا الموطن وفقا للمادة 36 مدني بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة¹ وهو يتكون من عنصرين: الأول هو الإقامة الفعلية وهو عنصر عادي مادي، والثاني معنوي يعتمد على عنصر الاستقرار أو الاعتياد وقد أخذ المشرع بالتصور الواقعي للموطن أي التصور الذي يتطابق مع الواقع، ولم يأخذ بالتصور الحتمي كما فعل المشرع الفرنسي الذي يربط الموطن أما بمحل الميلاد أو بمكان العمل، أو بتركيز العائلة.

فوفقا لهذا التصور يعتد بالموطن بهذا المعنى حتى ولو لم يقيم فيه المدعى عليه والأخذ بالتصور الفعلي أو الواقعي للموطن يؤدي إلى مواجهة حالات يمكن أن يتعدد فيها الموطن ويمكن أن ينعدم وجوده فيها.

وإذا لم يكن موطن أصلي جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع فيها محل إقامته، أي محل سكنه، ومحل السكن هو المكان الذي يتواجد فيه الشخص بصفة عابرة.

فالسجين يعتد بموطنه الأصلي أما إعلانه فيتم في السجن والنزير في فندق، أو الطالب في حي جامعي فإن هذه الأماكن تعتبر مسكن أو محل إقامة وإذا لم يكن للمدعى عليه سكن أو موطن في الجمهورية ترفع الدعوى أمام محكمة آخر موطن له، أو محله سكنه إذ لم يوجد له موطن .

(2) موطن الأعمال:

وهو يكون مقصورا على ناحية معينة من نشاط الشخصي أو حرفته مهنة، مثل هذا المكان يعتبر موطنًا بالنسبة للمنازعات المتعلقة بهذا النشاط وذلك طبقا للمادة 37 من القانون المدني² ويتعين رفع الدعوى في المحكمة التي يقع بدائلتها موطن الأعمال. وموطن المحامي يعتبر موطن أعمال بالنسبة له إذا ثار

نزاع بينه وبين أحد الأشخاص متعلقا بعمل من أعمال مكتبة. أما المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله فلا يعتبر موطنًا بالنسبة له.

(3) الموطن القانوني:

هو المكان الذي يحدده القانون للشخص ولو لم يقيم فيه عادة مثال ذلك موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب طبقا للمادة 38 من القانون المدني¹ مثل هؤلاء الأشخاص يحدد القانون لهم موطن حتمي أو قانوني هو موطن الوصي والقيم والوكيل. هذا الموطن هو الذي يعتد به في تحديد الاختصاص المحلي لرفع الدعوى على القاصر ومن في حكمه وذلك رعاية لهؤلاء الأشخاص الذين لا يستطيعون الدفاع عن مصالحهم أما القاصر الذي بلغ ثمانين عشر سنة وكان يمارس أعمالا يعتبره القانون أهلا لمباشرتها فإنه يعتد بموطنه هو في رفع الدعوى المتعلقة بهذه العمل أمام المحكمة التي تقع في دائرته.

(4) الموطن المختار:

يجوز للشخص أن يتخذ موطنًا مختارًا لنفسه لتنفيذ بعض الأعمال ولا يعتد بهذا الموطن في غير هذه الأعمال. و الأصل أن اتخاذ موطن مختار هو عمل جبرائي الشخصي، إلا أن القانون قد يفرض هذا الموطن في بعض الأحوال مثال ذلك المادة 613 إجراءات التي تنص على "يجب أن يشتمل التكليف بالوفاء، تحت طائلة القابلية للإبطال، فضلا عن البيانات المعتادة، على ما يأتي:

1- اسم ولقب طالب التنفيذ وصفته، شخصا طبيعيا أو معنويا، وموطنه الحقيقي وموطن مختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ.

ويشترط القانون الكتابة لإثبات وجود الموطن المختار.

(5) موطن الشخص الاعتباري:

المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى التي ترفع على الشخص الاعتباري هي المحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارته الرئيسي باعتبارها محكمة موطن المدعى عليه. وإذا كان

¹ المادة 36 مدني موطن كل جزائري هو المخل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكني يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت

² المادة 37: يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة.

¹ المادة 38: موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونًا.

غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يخبره القانون أهلا لمباشرتها.

لتشخص الاعتباري عدة فروع فإنه يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع.

القواعد الخاصة في تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية

- يقصد بهذه القواعد للحالات التي يخرج فيها المشرع عن القاعدة العامة في تحديد المحكمة المختصة محليا استنادا على موطن المدعى عليه، ومقتضي الخروج على القاعدة هو إسناد الاختصاص محليا إلى محكمة أخرى بناء على ضابط اختصاص آخر. مثال ذلك:

(1) حالات تعدد المدعى عليهم:

قد يرغب المدعى في رفع الدعوى على عدة مدعى عليهم يقع موطن كل منهم في دائرة اختصاص محلي يختلف عن الآخر فهل يرفع دعاوى تتعدد بتعدد المدعى عليهم كل أمام محكمة موطن المدعى عليه أم يرفع دعوى واحدة أمام محكمة أحدهم ويختصم الباقين أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى.

تصادف مثل هذه الحالة في الأحوال الذي يشتري فيها شخص سيارة مثلا من مجموعة بائعين يملكونها على الشيوع ويقومون في أماكن متفرقة.

وإذا رفع الدعوى عند الحاجة أمام محكمة موطن كل بائع، فهذا الوضع يزيد لإجراءات والنفقات ويخاطر بوجود أحكام متعارضة. أما إذا رفع الدعوى أمام محكمة الأولى فإن هذا الحل يتخلص من كل العيوب السابقة.

ويشترط لإمكانية الأخذ بالحل الأخير الشروط التالية:

أ- يجب أن يكون تعدد المدعى عليهم تعدد حقيقي وليس تعدد صوري فلا يجوز إقامة دعوى أمام محكمة شخص لا صلة له بالنزاع لجنب باقي المدعى عليهم أمام هذه المحكمة.

ب- أن يكون المدعى عليهم ملتزمون بصفة أصلية كالمدينين المتضامنون فلا يجوز إقامة الدعوى أمام محكمة الكفيل لجذب المدين الأصلي.

الاختصاص الإقليمي والنوعي للأقسام

يختص قسم شؤون الأسرة بالمحكمة طبقا للمادة 423 بالدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال

رابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة،

2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.

3- دعاوى إثبات الزواج والنسب.

4- الدعاوى المتعلقة بانحلاله.

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.

وفي هذه الدعاوى تكون المحكمة مختصة إقليميا:

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.

2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي

الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

4- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر

المحضون بمكان ممارسة الحضانة.

5- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.

6- في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.

7- في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.

8- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.

9- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية¹.

المادة 464: يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد في دائرة

اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر.

2- في منازعات الولاية على أموال القاصر ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية

على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأسرة وفي حالة الاستعجال يفصل في

الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية.

3 - في دعاوى النسب ترفع دعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو بالأبوة أو

بالأمومة لشخص مجهول النسب أو إنكار الأبوة، أمام محكمة موطن المدعى عليه.

4- يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة

محكمة مقر موطن طالب الكفالة.

¹ المواد 426 و 474 و 496 و 492 و 498 من قانون الإجراءات المدنية

5- يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ولقد قضت المحكمة العليا من المقرر قانوناً أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية ومن المقرر أيضاً أن تطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفاً للأحكام الشرعية الإسلامية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون .

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضي بتطليق الزوجة والحكم بتعويضها في غياب الزوج دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً ودون أداء اليمين فيما يخص النفقة فبقضائهم كما فلوا خالفوا القانون وانتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية¹.

كما قضت، " من المقرر قانوناً أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن للزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع دائرة اختصاصها مسكن الزوجية. ومن لمستقر عليه قضاء أن على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوج أصبح يسكن ويعمل بمدينة بسة، فإن المجلس القضائي لما قضي برجوع الزوجة والتحاقها بزوجها لموجود بمدينة بسة بصفة دائمة طبق القانون تطبيقاً سليماً².

كما قضت "من المقرر قانوناً أن دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي تقع في دائرتها اختصاصها مسكن الزوجية أما في حالة لإقامة ببلد أجنبي فيسرى على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه زوج وقت رفع الدعوى.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن طرفي النزاع يقيمان في بلد جنبي فإنه لا يمكن التخلي والامتناع على الفصل في النزاع القائم بين جزائريين

لصالح قضاة أجنبية وأن بإجابة قضاة الموضوع على الدفع المتعلق بعدم الاختصاص القضاء الجزائري يكونوا قد أعطوا تعليلاً كافياً لقرارهم مما يستوجب رفض الطعن مؤسسة طعنهما على وجهين للنقض¹.

القسم الاجتماعي

طبقاً للمادة 500 من القانون يختص القسم الاجتماعي اختصاصاً مانعاً في المواد الآتية :

1- إثبات عقود العمل والتكوين والتمهين ،

2- تنفيذ وتعليق وإنهاء عقود العمل والتكوين والتمهين ،

3- منازعات انتخاب مندوبي العمال ،

4- المنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي ،

5- المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب ،

6- منازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد ،

7- المنازعات المتعلقة بالاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للعمل .

مع ملاحظة أن يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه.

غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يوجد بها موطن المدعى².

ولقد قضت، المحكمة العليا "ينعقد اختصاص الفصل في النزاع المتعلق بنزاع

فردى بين مساهم في شركة أسهم يتقاضى أجره مقابل العمل المؤدى وبين هذه الشركة، الناتج عن التسريح التعسفي، للمحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية³.

كما قضت "متى كان من المقرر قانوناً أن الاختصاص المحلي للمحكمة يتحدد في المنازعات التي تنشأ بين المستخدم والأجير' إذا كان العمل حاصلًا في

مؤسسة ثابتة أمام محكمة المكان الواقعة في دائرة اختصاصها تلك المؤسسة' وإذا كان العمل غير حاصل في مؤسسة ثابتة فيعود الاختصاص لمحكمة المكان

¹ (ملف رقم: 1144؛ قرار بتاريخ: 1993/06/23)

² طبقاً للمادة 501 من القانون

³ (ملف رقم 318213 قرار بتاريخ 2004/02/17)

الذي أبرم فيه عقد العمل¹ ومن المقرر كذلك أن القرار الذي تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة وما أبدي من دفوع في الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبب المساوي لانعدامه.

إذا كان الثابت في قضية الحال- أن التعاونية الطاعنة دفعت بعدم الاختصاص المحلي لمحكمة الدرجة الأولى² غير أن قضاة الاستئناف لم يستجيبوا لهذا الدفع وفصلوا في الدعوى بتأييد الحكم الصادر فيها³ فإنهم بقضائهم هذا عرضوا قرارهم للنقض. أما فيما يخص الدفع بعدم الاختصاص المحلي فتجدر ملاحظة أن من واقع كون هذا الخلاف لم يعرض أمام مفتش العمل لإجراء المصالحة وفقاً لأحكام المادة 7 الفقرة 2 من الأمر رقم 75/32 المؤرخ في 29 أبريل 1975 المتعلق بعدالة العمل⁴.

كما قضت تسريح تعسفي-دعوى قضائية- رفض الإرجاع أو الرجوع.

المبدأ: القاضي ملزم، في دعوى إلغاء قرار التسريح التعسفي، بالفصل في رفض أحد الطرفين الرجوع إلى العمل⁵.

القسم العقاري

ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأحكام العقارية.

ب- ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:

1- في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية.

2- في الحيازة والتقديم وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق الاستغلال وحق السكن.

3- في نشاط الترقية العقارية.

4- في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوع.

5- في إثبات الملكية العقارية.

6- في الشفعة،

7- في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات.

8- في التنازل عن الملكية وحق الانتفاع.

9- في القسمة وتحديد المعالم.

10- في إيجار السكنات والمحلات المهنية.

11- في الإيجارات الفلاحية.

ج- ينظر القسم العقاري في المنازعات التي تنشأ بين المستغلين الفلاحيين أو مع الغير، بخصوص الأراضي الفلاحية التابعة للأحكام الوطنية وشغلها واستغلالها.

د- ينظر القسم العقاري في الدعاوى المقدمة من طرف عضو أو أكثر من أعضاء المجموعة الفلاحية ضد عضو أو أكثر من تلك المجموعة بسبب خرق الالتزامات القانونية أو الاتفاقية.

س- ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود يقع شهرها.

ص- ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص.

م- ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بمقايضة عقارات تابعة للأحكام الخاصة للدولة مع عقارات تابعة لملكية الخواص⁶.

مع ملاحظة أن: المادة 518 تنص على: يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

ولقد قضت المحكمة العليا " ينعقد الاختصاص المحلي في الدعوى المتعلقة بالحقوق الشخصية العقارية للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

حيث ينبغي التنكير أن الاختصاص المحلي في المنازعات القضائية تحكمه المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية التي تجعل الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة لدعاوى الحقوق الشخصية العقارية ما لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص.

¹ ملف رقم 36172 قرار بتاريخ 1984/03/26

² ملف رقم 288364 قرار بتاريخ 2005/03/16

³ المواد 311 إلى 317 من قانون الإجراءات المدنية

حيث أن في الدعوى الشخصية العقارية يستعمل المدعى فيها حقا شخصيا قصد الحصول على حق عيني على عقار، والحق الشخصي رابطة بين شخصين وليس سلطة على شيء.

حيث أنه في دعوى الحال فإن النزاع المعروف محله مبالغ مالية أدهى المطعون ضده أنه قد سبقها للطاعنين في إطار اتفاق بينهما من أجل أن يبيعا له متر لا في طور الإنجاز، غير أن قضاة الموضوع أعطوا الاختصاص لمحكمة سيدي بلعباس خطأ بقولهم أن الاختصاص ينعقد لمقر العقار مع أن الأمر لا يتعلق بدعوى عقارية بل بدعوى تتعلق بحقوق شخصية عقارية والثابت من الملف أن موطن المدعى عليهما في الدعوى الأصلية هو مدينة وهران ومن ثم ينعقد الاختصاص لمحكمة وهران وعليه يكون قضاة مجلس سيدي بلعباس بقضائهم كما فعلوا قد أخطئوا في تطبيق القانون فيما يخص تحديد الاختصاص المحلي مما يعرض قرارهم للنقض¹.

في صلاحيات القسم التجاري

طبقا للمادة 531: ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية، وعند الاقتضاء، في المنازعات البحرية، وفقا لما هو منصوص عليه في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة، مع مراعاة أحكام المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية.

ملاحظات:

تطبق على القسم التجاري، أحكام الاختصاص الإقليمي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والقواعد الواردة في القانون التجاري والقانون البحري والنصوص الخاصة.

يمكن لرئيس القسم التجاري، أن يتخذ عن طريق الاستعجال، الإجراءات المؤقتة أو التحفظية للحفاظ على الحقوق موضوع النزاع وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والنصوص الخاصة

ولقد قضت المحكمة العليا " أن للمجلس فصلا في الاستئناف الاختصاص الكلي للفصل في كل المواد ولا يجوز له أن يصرح تلقائيا بعدم الاختصاص قسم من أقسام المحكمة. 193 أ م بما أن المحاكم يجوز لها الفصل في المسائل التجارية والمدنية على حد سواء فإن عدم اختصاص قسم لا بد أن يثار قبل الدخول في الموضوع والمحكمة أن تسوي هذا بالإحالة.

إن توجيه تنبيه لتاريخ يحل قبل الانتهاء مدة 6 أشهر لا يترتب عنه أثر إلا بعد انتهاء الميعاد القانوني دون أن يكون هذا التنبيه مشوبا بالبطالان¹.

كما قضت " من المقرر قانونا انه يجوز أن يرفع دعوى تعويض الضرر الناشئ من جنابة أو جنحة أو مخالفة أو شبه مخالفة الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن حادث المرور الذي يشكل شبه مخالفة والذي تضرر منه الطاعنة وقع في دائرة اختصاص محكمة سكيكدة فإن قضاة الموضوع الذين حكموا بعدم الاختصاص المحلي قد خالفوا القانون².

من المقرر قانونيا أنه يجب إطلاع النائب العام على القضايا التي تتضمن دفعا بعدم الاختصاص في نزاع يتعلق بصلاحيات الجهة القضائية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنين دفعوا بعدم الاختصاص باعتبار أن الأرض موضوع نزاع أرض عروشية، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد برفض الدعوى لعدم الاختصاص دون عرض ملف القضية على النيابة العامة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون³.

¹ ملف رقم 28906 قرار بتاريخ: 1983/06/04

² المجلة القضائية 19:2/3 ملف: 79116 بتاريخ: 199/03/02

³ المجلة القضائية 1990/4 ملف 53320 بتاريخ: 1989/11/15

⁴ ملف رقم 259587 قرار بتاريخ 2002/05/29

كما قضت " ينعقد الاختصاص المحلي في دعوى ضياع الأمتعة المنقولة جوا لمحكمة تنفيذ العقد و ليس لمحكمة موطن شركة النقل¹."

كما قضت " من المقرر قانوناً أن الاختصاص المحلي للجهة القضائية في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن السكن الزوجي يقع بدائرة الحساسنة ولاية سعيدة وأن الطاعن دفع بعدم الاختصاص المحلي أمام محكمة تيارت ثم تسجيلها فإن قضاة الموضوع الذين لم يستجيبوا لدفع الطاعن قد خرقوا القانون²."

كما قضت " ينعقد الاختصاص المحلي في الدعوى المتعلقة بالحقوق الشخصية العقارية للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه. حيث ينبغي التذكير أن الاختصاص المحلي في المنازعات القضائية تحكمه المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية التي تجعل الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بالنسبة لدعاوى الحقوق الشخصية العقارية ما لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص.

حيث أن في الدعوى للشخصية العقارية يستعمل المدعى فيها حقاً شخصياً قصد للحصول على حق عيني على عقار، والحق للشخصي رابطة بين شخصين وليس سلطة على شيء.

حيث أنه في دعوى الحال فإن النزاع المعروف محله مبالغ مالية أدهى المطعون ضده أنه قد سبقها للطاعنين في إطار اتفاق بينهما من أجل أن يبيعا له متر لا في طور الإنجاز، غير أن قضاة الموضوع أعطوا الاختصاص لمحكمة سيدي بلعباس خطأ بقولهم أن الاختصاص ينعقد لمقر العقار مع أن الأمر لا يتعلق بدعوى عقارية بل بدعوى تتعلق بحقوق شخصية عقارية والثابت من الملف أن موطن المدعى عليهما في الدعوى الأصلية هو مدينة وهران ومن ثم

¹ ملف رقم 286176 لوار بتاريخ 2002/07/23

² ملف رقم 44941 قرار بتاريخ 1986/12/29

ينعقد الاختصاص لمحكمة وهران وعليه يكون قضاة مجلس سيدي بلعباس بقضائهم كما فعلوا قد أخطئوا في تطبيق القانون فيما يخص تحديد الاختصاص المحلي مما يعرض قرارهم للنقض¹."

كما قضت " من المقرر قانوناً أنه يجوز أن يرفع دعوى تعويض الضرر الناشئ من جنائية أو جنحة أو مخالفة أو شبه مخالفة الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن حادث المرور الذي يشكل شبه مخالفة والذي تضرر منه الطاعنة وقع في دائرة اختصاص محكمة سكيكدة فإن قضاة الموضوع الذين حكموا بعدم الاختصاص المحلي قد خالفوا القانون²."

من المقرر قانوناً أن "يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه بالنسبة للدعاوي الخاصة بالأموال المنقولة".

ولما ثبت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما أسندوا الاختصاص لمحكمة بني صاف لوجود الباخرة بمينائها متجاهلين أحكام المادة 56 من القانون البحري التي تصنف السفن ضمن الأموال المنقولة وبالتالي فكل نزاع حولها يؤول الاختصاص للفصل فيه إلى موطن المدعي عليه أي محل إقامته وعليه فإنهم قد خالفوا أحكام المادة 8 من القانون الإجراءات المدنية³."

كما قضت "من المقرر قانوناً أن تجري المحكمة في الجزائر على كل وقعة بالخارج ذات وصف جزائي في نظر المشرع الجزائري متى كان مرتكبها جزائرياً مع إلزامه بالتعويض عن ذلك. ولما ثبت -من قضية الحال- أن المطعون ضده ارتكب خطأ جزائرياً أدى إلى الوفاة إثر حادث مرور بأراضي ليبيا فهو ملزم بالتعويض عنه من قبل الجهة القضائية الجزائرية التي يقع فيها موطنه لذا فإن الحكم بعدم الاختصاص الذي صرح به قضاة المجلس جاء مخالفاً للقانون ويستوجب نقضه⁴."

¹ ملف رقم 59587 : قرار بتاريخ 2002/05/29

² مجلة القضائية 1991/2/3 ملف: 79116 بتاريخ : 199/03/02

³ ملف رقم 71793 : قرار بتاريخ 1998/12/08 (ص: 120)

⁴ مجلة القضائية 1/ 1951 ملف 126986 بتاريخ 1996/01/10

في عريضة افتتاح الدعوى

المادة 14 :ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ومؤرخة ،
تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه ، بعدد من النسخ يساوي
عدد الأطراف

ولقد حددت المادة 15 البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح
الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهي كالآتي :

الجهة القضائية المرفوعة أمامها الدعوى، والغرض من ذلك أن يلتقي
الخصمان أمام محكمة واحدة، ولا يتحقق هذا الغرض إلا إذا حدد المدعي
للمدعي عليه المحكمة المطلوب حضوره أمامها تحديدا دقيقا ، فلا يكفي أن
يطلب منه الحضور أمام *المحكمة المختصة*. فقد تختص بالدعوى أكثر من
محكمة ، كما هو الحال في دعاوى النفقة حيث يتعدد الاختصاص بها أمام
المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعي أو المحكمة الكائن بدائرتها المسكن
الزوجي ، وكما هو الحال في حالة تعدد المدعي عليهم حيث يكون الاختصاص
للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن احدهم ، فضلا عن أن بعض قواعد
الاختصاص تنسم بالدقة الأمر الذي يعرض المدعي عليه للخطأ عند تحديد
المحكمة المختصة فيحضر أمام محكمة غير التي رفعت أمامها الدعوى و طالما
أن الخطأ أمر وارد بين الخصوم عند تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع فإن
عبء هذا الخطأ يجب أن يتحمله المدعي لأنه يعلم أمام أي محكمة رفع دعواه
فمن واجبه تبصره المدعي عليه بالحضور أمام هذه المحكمة .

اسم المدعي ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو
وظيفته وصفته و موطنه

بيان موطن مختار للمدعي في البلدة التي بها مقر المحكمة المرفوعة أمامها
الدعوى إن لم يكن له موطن فيها . والغرض من ذلك هو إعلان المدعي
بالأوراق المتعلقة بالدعوى في هذا الموطن. .

أما البيانات الأخرى التي نصت المادة 15 على اشتغال عريضة الدعوى
عليها فهي بيانات خاصة بها وهي :

كما قضت " من لمقرر قنوننا أن الفصل في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل وصاحب
الأجر يعود لاختصاص المحكمة التي أبرم في دائرتها عقد العمل إذا كان حصلا في مؤسسة غير
ثلية.

ولما ثبت من -أوراق ملف الدعوى الحالية- أن الطاعن يعمل في مختلف
الأماكن التي تعمل فيها المؤسسة فإن الجهة القضائية المختصة في هذه الحالة
هي المحكمة مكان إبرام عقد العمل -كما جاء في القرار المطعون فيه وعليه فإن
الوجه غير مؤسس ويتعين رفض الطعن¹.

كما قضت " أخطأ القرار المطعون فيه في تفسير المادة 7 مكرر من قانون
الإجراءات المدنية لما اعتبر الإجراءات الممنوحة بموجب عقود التخصيص من
إدارة أملاك الدولة لا تدخل ضمن الإستثناءات الواردة في هذا النص².

¹ المجلة القضائية 1994/2 ملف 98278 بتاريخ 1992/04/28

² رقم القرار 228601 تاريخ القرار 2000/03/14

الآجال في قانون الإجراءات المدنية

تنص المادة 2: تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه، باستثناء ما يتعلق منها بالآجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم
كما تنص المادة 69: يجب على القاضي أن يثير تلقائياً، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن .

أما المادة 301 فتتص: يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين (24) ساعة.
في حالة الاستعجال القصوى، يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصياً أو إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي.

المادة 302: في حالة الاستعجال القصوى، يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل بمقر الجهة القضائية حتى قبل قيد العريضة في سجل أمانة الضبط يحدد القاضي تاريخ الجلسة، ويسمح عند الضرورة، بتكليف الخصم بالحضور من ساعة إلى ساعة.

المادة 322: كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

يتم تقديم طلب رفع السقوط إلى رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، يفصل فيه بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن، وذلك بحضور الخصوم، أو بعد صحة تكليفهم بالحضور.

فما هو فقه المواعيد وكيفية حساب الآجال

1- حساب الآجال والمواعيد:1

وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها. وذلك حتى يقف المدعي عليه على المطلوب منه، وأساس ذلك، فبتهيأ للدفاع قبل حضوره أمام المحكمة، كما يتيح هذا البيان للقاضي تكوين فكرة عن الدعوى المطلوب منه الفصل فيها وما إذا كان مختصاً بها أم غير مختص، فضلاً عما يحققه هذا البيان من جدية الدعوى. صور من العريضة بقدر عدد المدعي عليهم فضلاً عن نسخة لكتابة الضبط. المستندات المؤيدة للدعوى أو صور منها تحت مسؤولية المدعي وما يركن إليه من أدلة لإثبات دعواه.

مذكرة شارحة للدعوى أو إقرار باشمال عريضة الدعوى على شرح كامل لها، وصور من المذكرة أو الإقرار بقدر عدد الدعي عليهم.
تاريخ تقديم عريضة الدعوى إلى أمانة ضبط المحكمة، ولا تختفي أهمية هذا البيان، فمن هذا التاريخ تعتبر الدعوى مرفوعة وتنتج آثارها القانونية كما يمكن معرفة ما إذا كانت الدعوى رفعت في الميعاد أم بعد فواته.

تحتسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

جميع المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية وفي كامل القوانين، مواعيد كاملة ولا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم انقضائها، وتحسب أيام الأعياد ضمن الميعاد، وإذا كان اليوم الأخير من الميعاد ليس من أيام العمل كله أو بعضه فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل تالي².

تعدّ من أيام العطلة الرسمية أيام الراحة الأسبوعية و الأعياد الرسمية³.

وقد يكون الأجل مجموعة ساعات أو يوماً أو عدة أيام أو شهراً أو عدة أشهر أو عاماً أو عدة أعوام.

فيما يتعلّق بالأجل المقدّر بشهر، يتوجّب الانتباه إلى أنّ شهراً لا يعني 30 يوماً، وأنّ المحكمة العليا فسّرت كلمة شهر على أنّها المدة الممتدة من اليوم في الشهر إلى اليوم الذي يقابله في الشهر الموالي (قرار المحكمة العليا المؤرخ في 85/5/23، ملف رقم 33810، المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثاني).

يفهم من هذا أنّ أجل شهر يأخذ بعين الاعتبار ما يسمّى بالأيام المحرّرة فيكون الشهر إمّا 28 يوماً أو 29 يوماً أو 30 يوماً أو 31 يوماً.

والمحكمة العليا قد أصابت في هذا التقدير لأنّ المشرّع حينما أراد من الأجل أن يكون 30 يوماً نصّ على ذلك في عدة قوانين منها المادة 137 مكرّر 7 من القانون رقم 08/01 المؤرخ في 01/6/26، المتضمّن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، والتي جاء في فقرتها 2: "يسلم المدعي أو يوجه لأمانة اللجنة ردوده في أجل أقصاه 30 يوماً ابتداءً من تاريخ التبليغ المذكور في الفقرة الأولى أعلاه". أو ما جاء في المواد: 97، 121 ... من القانون التجاري التي نصّت على وجوب قيد الرهن التجاري في ميعاد 30 يوماً وإلا كان عقد الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو ما جاء في قانون الإجراءات الجبائية (قانون المالية لسنة

2002) المادة 42 التي حدّدت موعد القبول أو إيداء الملاحظات في أجل مدته 30 يوماً.

ويمكن الاستمرار في إعطاء الأمثلة التي يتّضح منها الفرق بين كلمة شهر و 30 يوماً في التشريع.

4- تداخل وتمديد وتكامل المواعيد القانونية:

(أ) تداخل المواعيد القانونية:

يفهم من هذا المبدأ أنّ عدّة إجراءات مفتوحة للقاضي والمتقاضي تتمّ في موعد قانوني واحد، موحد.

فإذا كانت القاعدة الأساسية في الإجراءات المدنية أنّ المواعيد تتكامل وتتتالي بحيث أنّ المحكوم عليه بحكم مدني، غيابياً، يكون له الحق في المعارضة خلال شهر ولا يبدأ أجل الاستئناف في السريان إلا بعد انقضاء أجل المعارضة (المواد 329، 336 من قانون الإجراءات المدنية) فإنّ أجل المعارضة وأجل الاستئناف.

(ب) تمديد المواعيد القانونية:

المواعيد القانونية قد تمّدد في حالات عدّة منها:

إنّ التّكليف بالحضور فيالمواد الجزائية الذي يخضع لنفس المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (المادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية) والذي (أي التّكليف بالحضور) هو محدّد بـ 20 يوم على الأقلّ من تاريخ التّسليم إلى اليوم المحدّد للحضور، هو ميعاد يمدّد إلى ثلاثة شهور إذا كان المكلف بالحضور يقيم في خارج الجزائر (المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية).

(ج) تكامل المواعيد القانونية:

قد يقترن موعد قانوني بموعد قانوني آخر، ويكون هذا الأخير مكملاً للأول. يكون الاستئناف في الحكم الجزائي خلال مهلة 10 أيام (المادة 1/418 قانون الإجراءات الجزائية) وفي حالة استئناف أحد الخصوم في الميعاد المقرر يكون للخصوم الآخرين مهلة إضافية قدرها خمسة أيام لرفع الاستئناف (نفس المادة القانونية، الفقرة الأخيرة).

¹ المادة 3 قانون مدني

² المادتان 726 من قانون الإجراءات جزائية و463 من قانون الإجراءات المدنية

³ المادة 464 من قانون الإجراءات المدنية

هذا النوع من المواعيد يرتكز على النوع الأساسي السابق له في الموعد يقوم بقيامه، ويأتي مضافاً له ، يبدأ مع نهاية الموعد الأول الذي هو الموعد الرئيسي.

ثانياً : تاريخ التبليغ :

ملاحظة:

فيما يتعلق بالدعوى المدنية، يقوم المحضر القضائي بالتبليغ.

فيما يتعلق بالدعوى العمومية، فالنيابة العامة هي التي تقوم بالتبليغ.

إن للتبليغ أهمية كبرى لأن منه وفي الحالات التي يفرقها القانون، تبدأ عدة مواعيد.

ومن الأهمية إدراك الفرق بين قواعد التبليغ في المجال المدني والتبليغ في المجال الجزائي، فإذا كان التبليغ في المواد المدنية سواء كان للمحكوم عليه شخصياً أو لأحد يقيم في نفس المنزل فمواعيد الطعون المختلفة تبدأ في السريان من تبليغ الحكم.

المواعيد الكاملة

يقصد بالمواعيد الكاملة، أنها تلك المواعيد التي لا يحسب فيها اليوم الذي تم فيه الإجراء الذي يفتح الأجل. كما أن يوم انتهائها لا يدخل في الحساب إذا صادف يوم عطلة كله أو جزء منه ، حسبما جاء في المادة 726 قانون إجراءات جزائية.

وبديهي أن يوم النطق بالحكم أو القرار الجزائي، لا يدخل في ميعاد الاستئناف بالنسبة للحكم الابتدائي، ولا يدخل في ميعاد الطعن بالنسبة للقرار النهائي.

كما أنه من البديهي أن اليوم الموالي لليوم الذي تم فيه النطق، إذا كان يوم عطلة كله أو بعضه، لا يدخل في الحساب، كأن يصدر الحكم أو القرار يوم الثلاثاء، ويوم الأربعاء هو يوم عيد رسمي، ويوم الخميس هو يوم عطلة في جزء منه، ويوم الجمعة هو يوم عطلة كله، فلا يبدأ حساب الميعاد إلا انطلاقاً من يوم السبت.

والمحكمة العليا سرت في هذا الإتجاه في التطبيق¹ (إلا أن أيام العطل متى جاءت بعد انطلاق الميعاد القانوني، فإنها لا تخصم من الحساب، وتدخل فيه. أولاً: كيفية حساب المواعيد القانونية الكاملة:

سبق التعرض لكيفية الحساب بإيجاز. إلا أن المهم هو أن الميعاد الكامل ينصرف محتواه إلى: الساعات والأيام والأشهر والسنوات.

1) الموعد بالساعات: احتوت القوانين الجزائية على عدة مواعيد وقدرها بالساعات، كأن ينص على 48 ساعة بشأن الإيقاف للنظر (المادة 51 من قانون إجراءات جزائية) ويمكن لوكيل الجمهورية بإذن كتابي أن يمدد الحجز إلى مدة لا تتجاوز 48 ساعة (المادة 65 نفس القانون)، والأصل أن المواعيد كلها مواعيد كاملة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك في قوانين خاصة، أو مبادئ قانونية هي أعلا من القانون المكتوب.

والأصل كذلك أن المشرع، في النسق القانوني العام أهتم بالتعداد بالساعة، ليس في الجانب الجزائي بل تعداه إلى الجوانب ذات الطابع المدني كأن نص في المادة 86 في القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات² على أن ميعاد إنهاء أشغال الانتخابات يكون خلال 48 ساعة على الأكثر ابتداء من ساعة اختتام الاقتراع. أو ما جاء في المادة 13 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/1/95 المتضمن قانون التأمينات، التي حددت المدة القصوى بالتصريح بهلاك الماشية 24 ساعة، أو ما جاء في المادة 710 من القانون رقم 05/98 المتضمن القانون البحري التي نصت على أن تكون أجرة الشحن مستحقة خلال الأوقات عندما لا تتعدى هذه الأوقات 24 ساعة.

ويمكن الاستمرار في إعطاء الأمثلة التي مفادها أن المشرع في مجموع القوانين كان في استطاعته أن يذكر (يوماً) عوض (24 ساعة) وكان في إمكانه أن يذكر (يوهين) عوض (48 ساعة). ولكن لحكمة فرّق بين (يوم) و(24 ساعة) وبين (يومين) و(48 ساعة).

¹ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 85/02/23 ملف رقم 33810 المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 2

² أمر رقم 07/97 المؤرخ في 97/3/6

فما دامت المواعيد (أصلها) أنها مواعيد كاملة، وفرضاً أن المشرع ذكر كلمة (يوم) عوض (24 ساعة)، لكان اليوم الذي يتم فيه الإجراء لا يحسب كله ويبدأ الحساب انطلاقاً من اليوم الموالي، وإذا كان ذلك اليوم الموالي يوم عطلة أنقل بدء حساب الميعاد من اليوم إلى اليوم الذي يليه.

إنّ هناك إجراءات تتطلب السرعة في التبليغ أو التنفيذ أو التصريح أو حثها طبيعة الإجراء نفسه، تجعل من الحساب اليومي حساباً غير ملائم.

والموعد الذي يحسب بالساعات، ما دام أنه موعداً كاملاً، فالساعة الأولى لا تحسب فيه، وينطلق حساب الميعاد هنا ابتداء من الساعة الموالية.

مع الملاحظة أنّ هذا النوع من المواعيد لا يتوقف إذا بدأ في السريان، ولا تطبق عليه قاعدة مصادفة نهايته بيوم عطلة كله أو جزء منه، لأنّ الحساب بالساعات يخرج عن قواعد الحساب بالأيام، وبالتالي لا تطبق عليه قواعد الحساب من حيث البداية أو المسير أو الانتهاء، المطبقة على الحساب بالأيام.

(2) الموعد بالأيام:

الأصل في هذا النوع من المواعيد أنها كاملة، إلا إذا نصّ القانون على خلاف ذلك نصاً صريحاً أو إعمالاً لمبادئ أقوى من القانون نفسه.

هذا النوع من المواعيد لا يحسب اليوم الأول فيه، وآخر يوم لا يحسب كذلك إذا صادف يوم عطلة كله أو جزء منه، أمّا أيام العطل كلها أو جزء منها، إذا كانت داخل حساب الميعاد، تحسب.

اقتران موعد بالساعات بموعد بالأيام :

إذا كان الميعاد الأولي هو بالساعات، وترتب عن الإجراء المحسوب بالساعات (مثلاً) إجراء يحسب بالأيام، فالعملية لا تطرح إشكالاً، بحيث أنّ اليوم الذي ينتهي فيه ميعاد الساعات لا يحسب كبتدائية لحساب الميعاد الذي يحسب بالأيام وتكون بداية حساب الميعاد بالأيام انطلاقاً من اليوم الموالي لليوم الذي تم فيه الإجراء الساعاتي. أو انتهى فيه الميعاد المحسوب بالساعات.

كأن أقول أنّ تبليغ الأمر القضائي الذي يصدره قاضي التحقيق يجب أن يتم خلال (24 ساعة) (المادة 168 ق.إ.ج) ولوكيل الجمهورية الحق في أن

يستأنف أوامر قاضي التحقيق خلال (3 أيام) من تاريخ صدور الأمر (المادة 170 ق.إ.ج)، في هذه الحالة (والتبليغ وجوبي خلال 24 ساعة) لا يدخل في الحساب اليوم الذي تم فيه التبليغ، ويبدأ من اليوم الموالي له ولا تناقض بين النصين (المادتان 168 و170 ق.إ.ج) بحيث إذا حسبنا الميعاد بالأيام يكون اليوم الذي صدر فيه الأمر لا يحسب (المادة 170 ق.إ.ج) وإذا أخذنا بعين الاعتبار نصّ المادة 168 ق.إ.ج فنقول أنّ الساعة التي تمّ فيها تبليغ أمر قاضي التحقيق لا يدخل يومها في الحساب وينتقل إلى اليوم الموالي لوقوع ذلك التبليغ.

من هنا يتضح أنّه لا يكفي الوقوف على تعداد المواعيد (أصلية كانت أو فرعية)، وأنّ مقارنة النصوص القانونية، وأخذها بنوع من الذكاء هو الغرض المطلوب لعدم الوقوع في إشكالية الخروج عن المواعيد القانونية.

الموعد القانوني الذي مدته شهراً ، يحسب من يوم إلى اليوم الذي يقابله في الشهر الموالي، وهذا لا يعني أن الشهر يساوي 30 يوماً.

مع الإشارة أن المشرع فرق بين الميعاد الشهري والميعاد اليومي، بحيث أنه لما أراد الميعاد مجموعة أيام نصّ على ذلك في قوانين مختلفة مثل المواد 97 ، 121 من القانون التجاري التي نصّت على وجوب قيد الرهن الحيازي في ميعاد 30 يوماً (ولم يقل المشرع شهراً)، وإلا كان عقد الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو المادة 42 من قانون الإجراءات الجزائية (قانون المالية لسنة 2002) التي هي الأخرى حدّدت موعد القبول أو إيداء الملاحظات في أجل مدته 30 يوماً، أو ما نصّت عليه المادة 713 من قانون الإجراءات الجزائية التي حدّدت المدة القصوى لحبس أجنبي في مجال تسليم المجرمين ب 45 يوماً (ولم يقل المشرع شهراً ونصف شهر) أو ما نصّت عليه المادة 71 من نفس القانون المعدل بالقانون 08/01 من حيث وجوب الفصل من طرف غرفة الاتهام بشأن تحية قاضي التحقيق في أجل 30 يوماً.

ويمكن الاستمرار في سرد الأمثلة التي يتّضح منها الفرق بين ميعاد قدره شهراً وميعاد قدره 30 يوماً.

إن المحكمة العليا قد فسّرت ذلك واعتبرت الشهر يحسب كميعاد بالأيام المقررة ومن يوم في الشهر إلى اليوم الذي يقابله في الشهر الموالي، القرارات في ذلك كثيرة (قرارات المحكمة العليا 05/2/23 ملف رقم 33.810 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني).

ومن أجل التركيز على هذه النقطة أشير إلى ما نصّت عليه المادة 498 الفقرة الأخيرة قانون إجراءات جزائية التي جاء فيها: "وإذا كان أحد أطراف الدعوى مقيماً بالخارج فتزاد مهلة ثمانية أيام إلى شهر يحسب من يوم كذا إلى يوم كذا". إضافة إلى ذلك، فالقضاء الدولي طبق القاعدة المذكورة أعلاه، منذ القدم¹.

فميعاد الشهر قد يكون: 28 يوماً أو 29 يوماً أو 30 يوماً أو 31 يوماً.

وبذلك فالميعاد الشهري الذي يبدأ يوم أول فيفري ينتهي في أول مارس (ميعاد شهر تقابله إما 28 يوماً أو 29 يوماً) أما إذا بدأ الميعاد الشهري بأول مارس فينتهي في أول أفريل (ميعاد الشهر هنا تقابله 31 يوماً). أما إذا بدأ أول أفريل لينتهي في أول ماي (ميعاد الشهر هنا تقابله 30 يوماً)¹.

وفي حالة كون الميعاد شهران، فالقاعدة لا تتغير بحيث أن كلمة شهرين لا تعني 60 يوماً، فقد يكون ميعاد الشهرين 59 يوماً أو 60 يوماً أو 61 أو 62 يوماً. حسب الحالات.

وأصوّر أن ميعاد الشهرين ينطلق من أول ديسمبر (فيه 31 يوماً) ويمتد إلى جانفي (31 يوماً) فيصبح هذا الميعاد مساوياً لـ: 62 يوماً.

أو أن ينطلق من فاتح فبراير (28 يوماً أو 29 يوماً) لينتهي في آخر مارس (31 يوماً) ويكون ميعاد الشهرين (59 يوماً) أو (60 يوماً)، أو قد يبدأ في الفاتح من ماي (31 يوماً في هذا الشهر) لينتهي في آخر جوان (30 يوماً) فيكون ميعاد الشهرين (61 يوماً).

الحكمة من كون الشهر ليس 30 يوماً:

قد يظهر أن فكرة شهر لا تساوي 30 يوماً، هي مجرد تعقيد أجوف. أرى خلاف ذلك لعدة أسباب منها:

1- يريد المشرع ومن ورائه القضاء والفقهاء أن يعيش المتقاضي داخل الزمن الفعلي للإجراءات، بعيداً عن المتعارف عليه عامية، بهذه الوسائل يريد المشرع الضبط والتنظيم والانتباه إلى عامل الزمن، فهو يريد من المتقاضي (بمختلف صفاته) أن يجعله يعيش ذلك الشهر الذي وقعت فيه تلك الواقعة القانونية بكامله وبتعداد أيامه (28 يوماً، 29 يوماً، أو 30 يوماً أو 31 يوماً).

2- 30 يوماً لا يأتي بعدها إلا 31 يوماً، ولكن تسبقها 28 يوماً، و29 يوماً، فلو كان الشهر مساوياً لثلاثين يوماً، وانتشرت هذه الفكرة لأصبحنا في غنا عن المواعيد اليومية، أو تداخل الموعد الشهري مع المواعيد اليومية، وتتعطل بعد

¹يراجع في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1811/3/12 والحكم المؤرخ في 1862/6/2، دالوز، إجراءات، الصفحات

ذلك المواعيد التي تحسب بالسنة أو السنوات، لأنّ الحساب السنوي أساسه حسابان: يومي وشهري، فإذا أخذنا بالحساب اليومي فقط بالنسبة لحساب السنوات للاحظنا أنّ السنة الشمسية متغيرة مرة واحدة كلّ أربع سنوات. ومع تراكم السنوات في المواعيد الطويلة، بفروقاتها، نصبح خارج عامل الوقت. وهذا هو الانحطاط.

ولتوضيح ذلك أقول، إذا قلنا أنّ الشهر هو 30 يوماً وأنّ في السنة 12 شهراً، فالنتيجة أنّ السنة هي: $12 \times 30 = 360$ يوماً. فنكون قد فقدنا في السنة العادية: 5 أيام (لأنّ عدد أيام السنة الشمسية العادية هي 365 يوماً)، فإذا وقع الاستمرار في الحساب بالنسبة لتقادم العقوبة (في المادة الجنائية التي هي 20 سنة) لكان الفرق على الأقلّ هو: $20 \times 5 = 100$ يوماً.

وفرّق بمائة يوم في الحساب يؤدّي إلى ضياع حقوق شرعية لأطراف الدّعى وعدم السيطرة على الحساب هي السبب في ذلك، وهذا هو الخطأ الجسيم بالنسبة لرجال القانون كيف ما كانت مهامهم ووظائفهم.

الفصل الثاني: في عقود التبليغ الرسمي

المادة 406: يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي .

يمكن أن يتعلّق التبليغ الرسمي بعقد قضائي أو عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار .

يجوز التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية والسندات التنفيذية ، بتسليم نسخة منها إلى المطلوب تبليغه أينما وجد ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي ، ويحرر بشأنه محضراً في عدد من النسخ مساو لعدد الأشخاص الذين يتم تبليغهم رسمياً .

لا يعد التبليغ الرسمي ولو بدون تحفظ قبولا بالحكم .

يكون التبليغ الرسمي صحيحاً إلى الشخص الذي يقيم في الخارج إذا يقع في الوطن الذي اختاره في الجزائر .

المادة 407: يجب أن يتضمّن محضر التبليغ الرسمي في أصله ونسخه، البيانات الآتية :

1- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه.

2- تاريخ التبليغ بالحروف وساعته.

3- اسم ولقب طالب التبليغ وموطنه.

4- إذا كان طالب التبليغ شخصاً معنوياً، تذكر تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5- اسم ولقب وموطن الشخص الذي تلقى التبليغ . وإذا تعلّق الأمر بشخص معنوي يشار إلى طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي واسم ولقب وصفة الشخص الذي تلقى التبليغ الرسمي .

6 - توقيع الشخص الذي تلقى التبليغ وبيان طبيعة الوثيقة التي تثبت هويته ورقمها وتاريخ إصدارها ، وإذا تعذر على المبلغ له التوقيع على المحضر ، يجب عليه وضع بصمته .

7 - الإشارة إلى تسليم الوثيقة موضوع التبليغ الرسمي إلى المبلغ له وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه ، يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطالته قبل إثارته لأي دفع أو دفاع.

ولقد قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن محضر التبليغ يجب أن يتضمن البيانات الجوهرية المتمثلة في تاريخ التبليغ و إمضاء الموظف الذي قام به و ختم الجهة القضائية، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال- إن قضاة المجلس بعدم قبولهم الاستئناف شكلا لرفعه خارج المهلة المحددة في المادة 102 من ق.أ.م معتبرين أن محضر تبليغ الحكم الابتدائي صحيحا بالرغم من عدم ذكر تاريخ التبليغ و خلوه من ختم الجهة القضائية فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون¹.

كما قضت " من المقرر قانونا أن الأوراق أو السندات أو الوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعائه يجب أن تبلغ للخصم ، من المقرر أيضا أن سند تبليغ الأحكام الغيابية يجب ان يذكر فيه مهلة عشرة أيام للطعن بالمعارضة تحت طائلة البطلان ، من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد إضرار بحقوق الدفاع وخرقا للقانون .

لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بقبولهم استئناف شكلا وفي الموضوع بتأييد الحكم المعاد قبول المعارضة شكلا يكون الطاعن اعتراف بتبليغه دون أن يوجد أي اثر سواء لذلك الاعتراف أو السند التبليغي دون

¹ ملف رقم: 53790 قرار بتاريخ: 1989/01/08

أن يوجد أي أثر سواء لذلك الاعتراف أو السند بالتبليغ ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون¹ .

المادة 408 : يجب أن يتم التبليغ الرسمي شخصيا.

ويعتبر التبليغ الرسمي إلى الشخص المعنوي شخصيا ، إذا سلم محضر التبليغ إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي أو لأي شخص يقع تعيينه لهذا الغرض.

يتم التبليغ الرسمي ، الموجه إلى الإدارات والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ، إلى الممثل المعين لهذا الغرض وبمقرها .

يتم التبليغ الرسمي ، الموجه إلى شخص معنوي في حالة تصفية ، إلى المصفي .

ولقد قضت المحكمة العليا " إن التبليغ الموجه إلى المصالح الولاية بواسطة كتابة ضبط الغرفة الإدارية للمجلس القضائي بمقتضى رسالة موصى عليها مصحوبة بالإشعار بالاستلام يعتبر تبليغا صحيحا و الدفع بوجوب توجيهه إلى مصلحة

المنازعات بالولاية مردود و لا تأثير له على قانونية الإجراء الذي تم وفق أحكام

المادتين 467 و 473 ق.أ.م التي تجيز إشعار الممثل القانوني المبلغ له.

و أن استيفاء التبليغ لهذه الأشكال القانونية يرتب إثر سريان ميعاد الاستئناف الذي حدده المادة 277 من نفس القانون مما يتعين معه رفض عريضة الطعن

بالاستئناف المرفوع خارج الأجل القانوني².

المادة 409 : إذا عين أحد الخصوم وكيلًا ، فإن التبليغات الرسمية للوكيل تعد صحيحة .

ولقد قضت المحكمة العليا "متى كان من المقرر قانونا أن المشرع حدد مهلة الاستئناف بشهر واحد تبتدئ من تاريخ تبليغ الحكم سواء إلى شخص المطلوب

تبليغه أو إلى موطنه الحقيقي أو المختار فإنه من الواضح ان المحامي غير

¹ المجلة القضائية 1990/4 ملف 40402 بتاريخ: 1987/06/17

² المجلة القضائية 1989/2 ملف 46150 بتاريخ 1985/12/21

منصوص عليه من الناحية القانونية في هذه الحالة يتعلق الأمر بذات الشخص الذي هو أرى بمصالحه وحريص على عدم ضياع حقوقه أكثر من غيره إن المحامي الذي كان يمثل موكله في مرحلة التقاضي وكانت المخابرة معه في مكتبه صحيحة من الناحية القانونية فإنه يعتبر أجنبيا عنها بمجرد صدور الحكم فيها وتكون وكالته العادية انتهت بمجرد النطق بالحكم في تلك القضية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى برفض استئناف الطاعن شكلا تأسيسا على أن تبليغ الحكم وقع محاميه¹ .

المادة 410 : عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه ، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار .

يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعا بالأهلية ، وإلا كان التبليغ قابلا للإبطال .

المادة 411 : إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه رسميا ، استلام محضر التبليغ الرسمي أو رفض التوقيع عليه أو رفض وضع بصمته ، يدون ذلك في المحضر الذي يحرره المحضر القضائي ، وترسل له نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام .

ويعتبر التبليغ الرسمي في هذه الحالة بمثابة التبليغ الشخصي ، ويحسب الأجل من تاريخ ختم البريد .

المادة 412 : إذا كان الشخص المطلوب تبليغه رسميا ، لا يملك موطنا معروفا ، يحرر المحضر القضائي محضرا يضمه الإجراءات التي قام بها ، ويتم التبليغ الرسمي بتعليق نسخة منه بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن .

¹ المحلة القضائية 3/ 1989 ملك ، رقم 25696 قرار بتاريخ 29 6 81

إذا رفض الأشخاص ، الذين لهم صفة تلقى التبليغ الرسمي ، استلام محضر التبليغ ، تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه ، وعلاوة على ذلك ، يرسل التبليغ الرسمي برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام إلى آخر موطن له يثبت الإرسال المضمون ، والتعليق ، بختم إدارة البريد أو تأشيرة رئيس المجلس الشعبي البلدي أو موظف مؤهل لذلك ، أو تأشيرة رئيس أمناء الضبط ، حسب الحالة .

وإذا كانت قيمة الالتزام تتجاوز خمسمائة ألف دينار (500.000) دج ، يجب أن ينشر مضمون عقد التبليغ الرسمي في جريدة يومية وطنية ، بإذن من رئيس المحكمة التي يقع فيها مكان التبليغ وعلى نفقة طالبه .

وفي جميع الأحوال ، يسري أجل التبليغ الرسمي من تاريخ آخر إجراء حصل وفق هذه الطرق .

يعتبر التبليغ الرسمي بهذه الطرق بمثابة التبليغ الشخصي .

المادة 413 : إذا كان الشخص المطلوب تبليغه رسميا محبوسا يكون هذا التبليغ صحيحا إذا تم بمكان حبسه .

المادة 414 : يتم تبليغ الشخص الذي له موطن في الخارج ، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية .

المادة 415 : في حالة عدم وجود اتفاقية قضائية ، يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية .

المادة 416 : لا يجوز القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الساعة مساء ولا أيام العطل ، إلا في حالة الضرورة وبعد إذن من القاضي .

المبحث الرابع

انعقاد الخصومة

تنشأ الخصومة القضائية برفع الدعوى إلى المحكمة وتتعد بتبليغها للمدعي عليه وفقا للإجراءات المرسومة تحت طائلة عدم الانعقاد .

3). اسم المرسل إليه ومحل إقامته وذكر الشخص الذي تركت له نسخة التكليف بالحضور.

4). ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين للمثول أمامها.

5). ملخص الموضوع ومستندات الطلب. ويتمثل هذا في عريضة افتتاح الدعوى والوثائق المرفقة بها لتدعيم الطلب ليرتب المدعي عليه دفاعه على ضوئها . وفي هذا الصدد تنص المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية على وجوب تبليغ الوثائق والمستندات للخصم.

ثانيا: استلام الشخصي المؤهل للتكليف :

القاعدة طبقا للمادة 23 من قانون الإجراءات المدنية يكون التكليف بالحضور صحيحا إذا سلم إلى الشخص المطلوب تبليغه أو إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو أي شخص آخر يقيم بالمنزل نفسه.

وبالنسبة للشخص المعنوي يكون التبليغ صحيحا إذا تم إلى ممثله القانوني أو مفوض عنه أو أي شخص آخر مؤهل لهذا الغرض.

ثالثا: إرسال التكليف بالحضور نميز بين حالات ثلاث :

الحالة الأولى:

نصت عليها المادة 3/22 من قانون الإجراءات المدنية وهي تخص الحالة التي يكون المطلوب تبليغه فيها مقيما بالخارج بحيث يتم إعلانه بواسطة النيابة عبر القنوات الدبلوماسية .

الحالة الثانية: حالة المطلوب تبليغه الذي ليس له موطن بحيث يتم إعلانه في محل إقامته بواسطة رسالة موصي عليها.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي تخص استحالة تسليم التكليف بالحضور ، أمام لعدم مقابلة المطلوب أو من يقيم في موطنه أو محل إقامته وإما بسبب رفضه استلام التبليغ أو رفض الأشخاص المؤهلين لاستلام التكليف بالحضور عنه. وفي هذه الحالة يحضر القائم بالتبليغ محضرا ويرسل التكليف بالحضور بواسطة رسالة

وقد رسم المشرع إجراءات انعقاد الخصومة والجزاء المترتب على الإخلال بها وهو البطلان والذي من أثاره عدم قبول الدعوى شكلا. وهذا تطبيقا لمبدأ التواجهية في التقاضي الذي يقتضي إعلان المدعي المدعي عليه بطلبه ومستنداته ومنحة فسحة من الوقت لتحضير دفاعه وعدم الحكم عليه الا بعد دعوته للحضور . ويتم ذلك الإعلان بواسطة التكليف بالحضور.

المطلب الأول: إعلان التكليف بالحضور

التكليف بالحضور هو الاستدعاء أو الدعوة الموجهة للمدعي عليه للمثول أمام المحكمة للرد على طلبات المدعي المحددة في العريضة المعلنة له . وقد حددت المادة 13-22-23-24-26 من قانون الإجراءات المدنية مستلزمات التكليف بالحضور من حيث محتواه وبياناته والشخص المؤهل لا سلامته وأسلوب إعلانه وكذلك المهلة المستوجبة للرد عليه.

أولا: بيانات التكليف بالحضور:

حددت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية البيانات الواجب توافرها في التكليف بالحضور تحت طائلة البطلان وذلك باستعمال المشرع من تحضير دفاعه على ضوئها وهذه البيانات هي:

1). اسم ولقب مقدم العريضة ومهنته وموطنه. واستقرت المحكمة العليا على أن عريضة الدعوى التي لا تتضمن هذه البيانات تكون عرضة للبطلان كما في حالة عدم ذكر أسماء جميع الورثة المدعين والقول بعدم وجوب ذكرهم لتولي محامي الدفاع عنهم، كما يتعين أن تتضمن العريضة أو التصريح على بيان عنوان الشركة ونوعها ومركزها كمدعية تحت طائلة بطلان الدعوى.

2). تاريخ تسليم التكليف بالحضور واسم القائم بالتبليغ وتوقيعه وتحديد التاريخ. وتمكن أهمية ذلك في تمكين المدعي عليه من المهلة الزمنية المحددة في المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية للحضور.

موصى عليها إلى السلطة الإدارية المختصة التي توصل التكليف إلى المطلوب، ويكون التكليف بالحضور صحيحا إذا حصل خلال عشرين يوم تبدأ من إعادة الوصل.

رابعا: عدم وجود موطن للمطلوب:

إذا لم يكن للمطلوب تبليغه موطن معروف في الجزائر يوجه التكليف بالحضور إلى محل إقامته المعتاد. فإذا لم يكن هذا المحل معروفا يعلن على لوحة إعلانات المحكمة المرفوع أمامها الطلب وتسلم نسخة ثانياه للبنائية التي تؤشر على الأصل بالاستلام.

وعليه فإن اعتماد أي إجراء من إجراءات التبليغ هذه يترتب عليه صحة التبليغ وانعقاد الخصومة ولو لم يحضر المدعي عليه بحيث تقضي المحكمة في غيبته. إن التكليف بالحضور المستوفي لأحكام القانونية المشار إليها يترتب عليه انعقاد الخصومة بالنسبة للمدعي عليه في اليوم المحدد لها، بحيث يحضر الأطراف أمام المحكمة بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم .

وقد تضمن من قانون الإجراءات المدنية مسألة حضور وغياب الأطراف وأثار ذلك على النحو التالي:

(1). إذا رفعت الدعوى بمقتضى تصريح قدمه المدعي وسجله كاتب الضبط فإنه يتعين عليه الحضور لتاريخ الجلسة لشرح دعواه أو توكيله شخص آخر أو محامي وإلا تعرضت الدعوى للشطب وهذا ما نصت عليه المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية.

(2). بالنسبة للمدعي عليه إذا كان التكليف بالحضور صحيحا ولم يحضر المدعي عليه أو محامية أو وكيله في اليوم المحدد تقضي المحكمة في غيبته.

وقضاء المحكمة في غيبة المدعي عليه قد يكون بحكم غيابه قابل للمعارضة طبقا لنص المادة 98 من قانون الإجراءات المدنية إذا لم يكن التكليف بالحضور

قد سلم للمدعي عليه شخصيا كأن يسلم إلى أحد أقاربه أو تتخذ بشأنه إجراءات التبليغ الأخرى كالإرسال بالبريد أو التعليق.

ويكون قضاء المحكمة بحكم حضوري في غيبة المدعي عليه المعين له التكليف بالحضور في حالتين:

(1). إذا استلم التكليف بالحضور بنفسه .

(2). في حالة تعدد المدعي عليهم وعدم حضور أحدهم تؤجل المحكمة القضية لجلسة أخرى ويكلف الخصم المتغيب من جديد بالحضور ويقضي في الجلسة الأخرى بحكم حضوري بالنسبة للجميع ولو لم يحضر المتغيب .

هذه هي إجراءات افتتاح الخصومة القضائية ورفعها إلى الجهة المختصة نوعيا ومحليا ووفقا لمواعيد إجرائية محددة خاصة بموضوع الدعوى أو تتعلق بزمن اتخاذ الإجراء القضائي. وهذه الإجراءات منها ما يشكل الإخلال به خرقا للنظام العام أو مصلحة الخصوم ومنها ما يمكن تصحيحه وذلك بتجاوز آثاره.

واحترام إجراءات الخصومة المشار إليها لم يتركه المشرع لرغبة أطراف الخصومة الأصليين أو للقاضي وإنما رتب على الإخلال به جزاءات إجرائية .

ولقد قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن الشخص لا يعتبر متغيبا عن الحكم ويحكم عليه بهذه الصفة إلا إذا توصل بالاستدعاء أو افتراض علمه بالدعوى المرفوعة عليه ، إتباعا للقواعد المنصوص عليها في المادة 22 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية للإجراءات .

لما كان من الثابت - في - قضية الحال - ان الحكم القاضي بالتطبيق المؤيد بقرار المجلس لم يتبين منه استلام الطاعن للاستدعاء ومن ثم يعتبر غير عالم

- تمهيد:

عبء الإدعاء بالوقائع

معنى عبء الإدعاء بالوقائع:

وقائع النزاع التي تطرح على المحكمة من أجل الفصل فيها تقدم من الخصم و القاعدة في هذا المجال هي أنه يقع على عاتق الخصوم الإدلاء بالوقائع التي يسندون مطالبهم اليها. وهذه الوقائع هي التي تكون محل للإثبات الذي يقع عبئه أيضا على عاتق من ادعى الواقعة.

ويقصد بالخصوم المدعى، والمدعى عليه وكل من هو بمنزلة كالمتدخل أو المدخل في الدعوى، فعلى كل هؤلاء الإدلاء بالوقائع التي يستند كل منهم طلبه أو دفعه أو دفاعه إليها.

وبيان هذه الوقائع يعتبر مسألة هامة لأنه بدونها تفنقر الدعوى إلى ركن هام لقيامها وهو ركن السبب الذي ترتكز عليه طلبات المدعى، كما يفتقر الدفع بالإدلاء بهذه الوقائع يتعين على من أدلى بها أن يقوم بإثباتها، فإذا أفلح في الإثبات نجح طلبه، وإذا فشل فيه انهيار طلبه¹.

ويقوم القاضي من جانبه بتدقيق لهذه الوقائع من حيث صلاحيتها لأن تكون متعلقة بالدعوى، ومنتجة فيها إذا ما تم إثباتها أم لا. فإذا وجد القاضي أن هذه الوقائع غير متعلقة بالدعوى، وغير منتجة فيها فإنه يرد الطلب القضائي، وعلى ذلك فععب الإدلاء بالوقائع هو عبارة عن:

واجب الخصم الذي يدعي أن له حق ذاتي أمام القضاء بأن يدلي بجميع ظروف الوقائع التي تؤلف العناصر المنشئة لهذا الحق تحت طائلة رد طلبه.

إذا كان هذا هو عبء الإدلاء بالوقائع، فإن عبء الإثبات لا يرد إلا في المرحلة التالية، أي بعد أن يكون المدعى قد قام بما يفرضه عليه عبء الإدلاء

بالدعوى مع غياب توفر الإجراءات القانونية المنصوص عليها بالمواد 22 وما بعدها من (ق ا م) خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات¹.

كما قضت "المبدأ: إن إرسال التكليف بالحضور باسم رئيس التعاونية لا يعني شخصه بالذات وإنما يعني التعاونية التي يمثلها، كما أن نتائج النزاع لا يتحملها الممثل لوحده وإنما كامل أفراد التعاونية طبقا لأحكام المادتين 49-50 من القانون المدني².

محضر تبليغ : لم يتم بطريق سليم خالي من الشروط المذكورة في المادة نقض المبدأ : يجب لكل تكليف بالحضور إلى المحكمة أن يتضمن ما يلي : اسم مقدم ولقبه ومهنته وموطنه وتاريخ تسليم التكليف بالحضور ورقم الموظف القائم بالتبليغ وتوقيعه واسم المرسل إليه ومحل إقامته وذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين للمثول أمامها وملخص الموضوع ومستندات الطلب³

¹ ملف رقم 46757 قرار بتاريخ 1987/12/07

² رقم القرار 236859 تاريخ القرار 2001/11/14

³ نشرة القضاة العدد 44 : ملف 43850 بتاريخ 1986/09/22 ص 182

¹ أدررار عيد أصول المحاكمات دار الحلبي القانونية جـ 13 رقم 11 ص 117

نقض فرنسي 1967/6/15 المجلة الفصلية المدني 1968 ص 357.

بالوقائع، وإذا أكر المدعى عليه حقيقة هذه الوقائع المدلى بها ضده، بتعيين على المدعى عندئذ القيام بواجب الإثبات.

وبالتالي يمكن تعريف عبء الإثبات بأنه: واجب الخصم بأن يحقق بوسائل يجيزها القانون، قناعة القاضي، بالنسبة إلى حقيقة ظروف الواقع التي تؤلف العناصر المنشئة للحق الذي يدعيه، والتي نازع فيها خصمه منازعة قانونية، وذلك تحت طائلة رد الدعوى في حال فشله في تقديم الدليل اللازم¹.

لكن شتخص الحق في اللجوء إلى القضاء لطرح منازعته عليه. وهذا الحق كفته الدستور بالنص الصريح عليه، وترك للقانون العادي مهمة تنظيمية.

ولكل صاحب حق الحق في الدعوى القضائية لحماية حقه ورد الاعتداء عنه، أو للمطالبة بجبر الضرر الذي أصاب هذا الحق. والحق في الدعوى يثبت كقاعدة عامة لصاحب الحق الموضوعي المعروض للاعتداء عليه، أو الذي اعتدى عليه، فعلا. بمقتضى الحق في الدعوى يستطيع الشخصي اللجوء إلى القضاء ويستخدم في هذا اللجوء أدوات إجرائية حددها المشرع الإجرائي هي الطلبات والدفع. والحق في الدعوى يعتبر حقا إجرائيا يقوم جنبا إلى جنب مع الحق الموضوعي محل الحماية. والأصل أن لكل صاحب حق دعوى تحمي حقه، وأنه لا توجد دعوى دون حق تحميه.

هذا الطلب القضائي يحتوي على مجموعة عناصر موضوعية وشخصية وشكلية، العناصر الموضوعية بقصد بها الإدلاء بمجموع الوقائع المكونة للنزاع من وجهة نظر صاحب الطلب القضائي الذي يسمى في هذه المرحلة بالطالب وفقا للغة المحاكم. ويقصد به المدعى. وهذه هي الوقائع التي تكون محلا للإثبات.

تباشر الدعوى أمام القضاء بطريقتين: الطلبات والدفع. فإذا أبدى شخص إدعاء أمام المحكمة في مواجهة الخصم وطلب الحكم به يكون قد استعمل دعواه بطريق الطلب، وإذا رد الخصم الإدعاء الموجه إليه والطلب المقدم ضده، لتفادي

الحكم به للمدعى أو لمنع المحكمة من الفصل في الدعوى أو القضاء فيها فحسب، يكون قد استعمل دعواه بطريق الدفع، فالدعوى تشمل الطلب والدفع، وكل منهما دعوى¹.

فالطلب هو الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضا عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به، أما الدفع فهو الوسيلة التي يجب بها الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه.

ولما كان الطلب أو الدفع هو وسيلة لاستعمال الدعوى، فلا يقبل أيهما إلا إذا توافرت فيه شروط قبول الدعوى، هذا فضلا عن أن المشرع قد يحدد مواعيد أو شروطا لإيداع الدفع و الطلبات أثناء نظر الدعوى².
ونعرض أولا للطلبات، وبعد ذلك للدفع.

¹ مونتسكي، مبادئ التحقيق المهيج القانون، رسالة ليون 1947 ص 50.

شغالبي: رقابة محكمة النقض على الصفة المنتجة لطلب الإثبات و اللوز 1956 قسم الفقه ص 37.

نقض مدني فرنسي 1978/2/28 و لبنان جـ 3 رقم 288

¹ أمينة النمر - الدعوى و إجراءاتها - 1990 ص 125.

² أبو الوفا - المرافعات 1990 ص 182.

أولا : الطلبات

- تنوع الطلبات إلى أصلية و عارضة:

تنقسم الطلبات إلى نوعين: طلبات أصلية أو مفتوحة للخصومة، وهي الطلبات التي تنشأ بها خصومة لم تكن موجودة من قبل وترفع بورقة تسمى عريضة افتتاح الدعوى أو ورقة التكليف بالحضور، ويجب أن تطرح على محكمة مختصة بها من جميع الوجوه، وطلبات عارضة وهي الطلبات التي تبدي أثناء سير الدعوى، لذلك يجوز إيدؤها شفاهة في الجلسة بشرط حضورهم الخصم الآخر، كما أنه لا يلزم أن تكون المحكمة مختصة بها من جميع الوجوه¹.

وللتفرقة بين الطلب الأصلي والطلب العارض أهمية تظهر من ناحية إجراءات تقديم الطلب، والاختصاص به وحرية إيداء الطلبات. فالطلب الأصلي يبدي بالإجراءات العادية لرفع الدعوى، ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف المادة 14 إجراءات، والطلبات هي التي تحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد المادة 1/25 إجراءات غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية المادة 2/25 إجراءات ويجب أن تكون المحكمة مختصة بالطلب الأصلي وظيفيا وقيميا ونوعيا ومحليا، بينما قد تنتظر المحكمة طالبا عارضا دون أن تكون مختصة محليا دائما وقيميا ونوعيا أحيانا.

كذلك فإذا كان المدعي حر في إيداء ما يشاء من الطلبات الأصلية في عريضة دعواه، فإن الخصوم ليسوا أحزارا في إيداء ما يشاءون من الطلبات العارضة التي تعدل من نطاق الخصومة.

- آثار الطلب:

يترتب على رفع الدعوى، أي على تقديم طلب إلى القضاء سواء أكان طلبا أصليا أم عارضا آثار متعددة وهذه الآثار تترتب بمجرد تقديم الطلب، و قبل أن

يتصل به القاضي، فهي قرينة بالطلب القضائي الصحيح. ومصدر هذه الآثار المباشرة هو القانون، فهي تتم بمعزل عن إرادة الخصوم، وكل ما للأفراد إذ أنها هو التنازل عنها أو إسقاط الحق فيها¹.

وآثار الطلب، أو المطالبة القضائية، تنتوع إلى آثار إجرائية و آثار موضوعية، وذلك على النحو التالي:

أ- نشأة الخصومة- يترتب على تقديم للطلب القضائي إلى المحكمة افتتاح الأعمال الإجرائية التي تتابع من الخصوم ومن القاضي إلى لحظة إصدار الحكم في الدعوى، وهو ما يطلق عليه الخصومة² فالطلب الأصلي يترتب عليه نشأة الخصومة وافتتاحها بين المدعي والمدعى عليه³.

والأصل أن يتحدد نطاق للدعوى بالطلب الأصلي، فينظر إلى عناصر الدعوى التي يتضمنها هذا الطلب أي أشخاص للدعوى ومحلها وسببها. وتطور للخصومة حول هذه العناصر دون غيرها، فلا يجوز -كقاعدة- بعد بدء للخصومة تغيير أي من هذه العناصر⁴.

وإذا كانت الدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ تقديم الطلب الأصلي وقيدته في كتابة الضبط، فإن الخصومة تقوم من تاريخ تمام إعلان المدعى عليه. اعلانا صحيحا بصورة من عريضة الدعوى⁵.

2- التزام القاضي بتحقيق الطلب والفصل فيه. يترتب على تقديم الطلب إلى المحكمة أن تلتزم بتحقيقه والفصل فيه فإن لمتنع للقاضي عن الفصل في الطلب كان مرتكبا لإنكار العدالة والمحكمة من ذلك ترجع إلى قاعدة امتناع القصاص الخاص، لأن صاحب الحق للمعتدي عليه إذا لم يحصل على الحماية القضائية فإنه سوف يحاول الاقتصاص بنفسه لنفسه.

كما أن امتناع القاضي عن الحكم في الدعوى بلا مبرر يعتبر سببا من أسباب مخاصمة القاضي¹.

¹ نبيل عمر - قانون المرافعات - 1993 ص 314-315.

² أنظر نبيل عمر - قانون المرافعات ص 315.

³ أمينة النمر - الدعوى و إجراءاتها ص 127.

⁴ فتحي والي - الوسيط ص 456، 457.

⁵ نقض 1980/10/30 - في الطعن رقم 1607 لسنة 49 ق وكذلك نقض 1979/27 طعن رقم 419 لسنة 46 ق، ونقض 1987/6/10

- طعن رقم 371 لسنة 50 ق - لدى نبيل عمر ص 215.

كما أن سلطة المحكمة تتحدد فيما يتعين عليه الفصل فيه بما يقدم لها من طلبات، فليس للمحكمة أن تفصل فيما لم يطلبه الخصوم، فإن قضت في أمر لم يطلبه الخصوم أو جاوزت فيه ما طلبه الخصوم فإن حكمها يكون خاطئا وجاز الطعن فيه.

3- نزع الاختصاص عن باقي المحاكم: يترتب على تقديم الطلب إلى محكمة مختصة به نزع اختصاص سائر المحاكم بالفصل فيه .

ب- الآثار الموضوعية للطلب:

1- قطع التقادم- من أهم آثار الطلب القضائي على الإطلاق قطع التقادم، فبمجرد إيداع عريضة الدعوى كتابة الضبط ينقطع التقادم الساري لمصلحة المدعى عليه، ويظل التقادم منقطعاً طالما بقيت الخصومة قائمة إلى أن يحكم فيها².

فالحق، إذا لم يطالب به في ميعاد معين من تاريخ استحقاقه، تبدأ مدة تقادمه لصالح المدين على أساس قرينة الوفاء، بحيث لو تمت مدة التقادم لكسب المدين هذا الحق. ولما كان رفع الدعوى يتضمن إعلان إرادة الدائن في المطالبة بحقه فإن هذا يؤدي إلى هدم قرينة الوفاء التي يقوم عليها التقادم، و يسمى هذا بانقطاع التقادم³.

وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة قضت بعدم اختصاصها، فالأصل أن تزول الدعوى بما رتبته من آثار، فيعتبر التقادم كأنه لم ينقطع، إلا أن المشرع استثنى من ذلك قطع التقادم- فنص في المادة 317- مدني- على أن التقادم ينقطع ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة⁴. والحكم بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة لا يؤثر في التقادم الذي يظل مقطوعاً⁵.

¹ نيل عمر- ص 215، 216.

² أحمد السيد صاري، ص 219.

³ أنظر نيل عمر- ص 318.

⁴ المادة 317: ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالنسبة أو بالخجز، وبالطلب الذي يقدم به الدائن لقبول حقه في تغطية الدين أو في توزيع أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مراعاة لإثبات حقه.

⁵ رمزي سيف، ص 336، 337 وأحمد السيد صاري ص 219؛ ونيل عمر ص 318.

ويظل التقادم منقطعاً بمجرد رفع الدعوى إلى أن يصدر حكم في موضوعها. فإذا صدر الحكم في الموضوع لصالح المدعى ولم يقم بتنفيذه فإن مدة تقادم حقه تبدأ من جديد من تاريخ صدور هذا الحكم. وإذا اتخذ أي إجراء من إجراءات تنفيذ هذا الحكم فإن ذلك يؤدي إلى قطع مدة التقادم، بحيث تسري مدة جديدة من تاريخ هذا الإجراء¹. أما إذا كان الحكم برفض دعوى فلا مشكلة هنا لأن معنى هذا الحكم أن المدعى لم يكن صاحب حق من الأصل يرد عليه التقادم.

أما إذا زالت الخصومة بغير حكم في الموضوع، كالحكم ببطلان عريضة الدعوى أو الحكم بسقوط الخصومة أو تقادمها أو اعتبارها كأن لم تكن، أو الحكم بتركها، فإنه يترتب على ذلك، زوال أثر قطع التقادم، فيعتبر التقادم كأن لم تنقطع، لأن زوال الخصومة يؤدي حتماً إلى زوال الآثار المتولدة عنها. وهذا أخطر أثر يترتب على الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى.

2- أضرار المدعى عليه- تتضمن المطالبة القضائية أضرار المدعى عليه أي تكليفه بالوفاء فيصبح مسئولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ما لم ينص القانون على غير ذلك المادة 119 مدني². كذلك فإنه بمجرد رفع الدعوى يلتزم المدين بالفوائد التأخيرية إذا كان محل التزام المدعى عليه بمبلغ من النقود، هذا ما لم يحدد القانون أو الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر .

3- إمكانية توارث بعض الحقوق: إذا كان الخلف العام- الوارث- يرث عن السلف كافة الحقوق، لأنه يتحمل بكافة التزاماته، ومن بين تلك الحقوق الحق في رفع الدعاوى للمطالبة بما للخلف في ذمة الغير، إلا أن هناك طائفة من الحقوق الشخصية لا تنتقل إلى الخلف إذا توفي السلف قبل المطالبة القضائية بها، بمعنى أن هذه الحقوق إذا توفي صاحبها قبل المطالبة بها أمام القضاء فلا تنتقل إلى خلفه مثال ذلك دعوى الطلاق³.

¹ أما الأحكام الغير قابلة لتنفيذ الجبري فإنها لا تلزم المدين بأدائها بما يسقط بالتقادم (نيل عمر- المرافعات ص 318).

² المادة 119: في العقود الملزمة للجائين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

³ نيل عمر- ص 319، وكذلك إبراهيم نجيب سعد ص 587.

تلك أهم الآثار المترتبة على الطلب القضائي، سواء كان أصليا أم عارضا، ويلاحظ أن الأثر الإجرائي الأول-نشأة الخصومة- خاص بالطلب الأصلي، فالطلب العارض لا ينشأ خصومة جديدة وإنما هو يعدل من نطاق خصومة قائمة قبل بدئه، كما يجب ملاحظة أن الطلب الأصلي هو الذي تقدر به الدعوى، كما تحدد به المحكمة المختصة بالدعوى لأنه هو الذي يحدد نطاق الخصومة سواء من حيث موضوعها أو من حيث الخصوم فيها، ولأنه إذا جاز تعديل نطاق الخصومة بإبداء طلبات عارضة فإن جواز ذلك مشروع بشروط معينة كما انه مقيد بحالات معينة نص عليها القانون¹.

- الطلبات الأصلية:

الطلب القضائي الأصلي هو ذلك المحرر الذي يقدم إلى المحكمة والذي منه وبه تبدأ الخصومة². وهو يبدي بصفة مبتدأة أي دون أن يكون تابعا لطلب آخر³، فهو يرفع إلى المحكمة بورقة تسمى عريضة افتتاح الدعوى. وهو الذي يحدد نطاق الخصومة من جهة موضوعها وسببها وأطرافها وإن كان هذا التحديد قد ترد عليه تعديلات عن طريق الطلبات العارضة.

وتقدر قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلي، ويعرف نوعها من نوع الطلب الأصلي لأنه أول طلب يقدم إلى القضاء، وكل ذلك يفيد في تحديد القسم المختص بنظر النزاع، كما يفيد في تحديد قابلية الحكم للطعن فيه⁴.

والطلب الأصلي يقدم من المدعى الأصلي الذي يختار وقت رفعه والعناصر التي تضمنها طلبه، ويرفع هذا الطلب على المدعى عليه الأصلي الذي لا يستطيع أن يحول بين المدعى واستخدامه لحقه في الدعوى⁵.

والأصل إن استعمال الدعوى يكون بطلبات أصلية، وذلك نظرا لأن المشرع نرر بالنسبة لهذه الدعاوى ضمانات خاصة من حيث إجراءاتها وإعلان الخصم

بها ومواعيد الحضور، ولهذا فتقديم الطلبات الأصلية مطلق غير مقيد، فالأشخاص لهم أن يتقدموا بأية طلبات وأيا كان موضوعها، غير أن هذه القاعدة قد يرد عليها الاستثناء، فالدعوى الأصلية لا تجوز في بعض الحالات وإنما يجب ان يكون الإدعاء بطريق الطلب العارض، ومثال هذا دعوى التزوير. فالدعوى الأصلية بالتزوير لا تجوز إذا كانت الورقة قد سبق الاحتجاج بتزويرها في دعوى ينظرها القضاء¹.

وللمدعى أن يقيم دعوى واحدة بعدة طلبات على مدعى عليه واحد فتكون الدعوى مستملة في الواقع على عدة دعاوى متعددة، وليس هناك نص قانوني يمنع من هذا². فإذا كان بين هذه الطلبات أو الإدعاءات ارتباط.

فإنها تكون مقبولة وتتنظر معا مما أمام ذات المحكمة، إما إذا وجدت المحكمة أنه لا رابطة بين هذه الطلبات فإنها تحكم بعدم جواز جمع تلك الطلبات في عريضة واحدة، وبالتالي يجب على المدعى أن يقيم بها عدة دعاوى لا دعوى واحدة.

ومن المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات أن القاضي لا يباشر ولايته إلا بناء على طلب وعلى وقائع لم تكن محل مناقشة طبقا للمادة 26 من قانون الإجراءات المدنية، فهذا الطلب هو العمل الشرطي لكي تباشر الدولة ولايتها القضائية، ويعبر عن ذلك بأن القاضي لا يختص من تلقاء نفسه بالمنازعات-. وكذلك ليس للقاضي أن يفصل خارج ما قدم له من طلبات سواء بتغيير مضمون هذه الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليه الخصوم. وإن كان لا يلتزم بتكليف الخصوم للوقائع أو الطلبات التي طرحها عليه الخصوم، كما أن القاضي لا يلتزم بالوقوف عند حد الظاهر من عباراتهم، إذ عليه إعطاؤها التكييف القانوني الصحيح بالنظر إلى حقيقة المطلوب فيها والسبب القانوني الذي تستند إليه وفقا لما يتبيناه من الوقائع المعروضة عليه.

¹ غير أنه يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون للمحكمة، التي تنظر الدعوى الأصلية، الفصل في الإدعاء بالتزوير فإذا لم يكن للمحكمة هذا يكون للخصوم إقامة دعوى التزوير الأصلية بشأن الورقة الرسمية رغم وجود الدعوى التي احتج فيها بهذه الورقة أمام القضاء. ومثال هذا، أن تكون هذه الدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة أو أمام محكمة الاستئناف (أمانة النمر- الأعرى و إجراءاتها- ص 130-121).

² أنظر أمانة النمر- الدعوى و إجراءاتها ص 131

¹ أنظر رمزي سيف ص 339.

² نبيل عمر- ص 293.

³ أمانة النمر- الدعوى و إجراءاتها ص 27.

⁴ نبيل عمر - قانون المرافعات - 1993، ص 293، و أنظر فتحى والي ص 457، و أبو الوفا- المرافعات ص.

⁵ نبيل عمر ص 293، 294.

يشتمل الطلب القضائي على ادعاء واحد، أو على عدة إدعاءات مرتبطة، مثل دفع الدين مع الفائدة، تسليم العقار مع الربيع، أما إذا كانت الإدعاءات الواردة في ذات الطلب الأصلي متعددة ويوجد بينها رابط ومقدمة من نفس الخصم إلى خصم آخر فلا يوجد مانع من الاعتداد بها وتجمع وتقدر قيمتها بقيمة مجموعها إذا كان سببها واحد. مثال ذلك مطالبة المدعى بقيمة الدين، وبتعويض عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، وبقيمة بضاعة. أما إذا لم يوجد لهذه الإدعاءات سبب واحد فلا تجمع في طلب واحد وإنما يقدم بكل منها طلب المستقبل.

كل مطالبة قضائية يجب في الأصل أن يظهر فيها خصمان، يشغل كل منهما مركزا إجرائيا هو مركز المدعى ومركز المدعى عليه، وهذه المراكز تنتقل من خصم إلى آخر طوال سير الخصومة بحسب الإدعاءات الصادرة منهما. وقد يجمع الخصم على رأسه أكثر من مركز. ولكل مطالبة موضوع وسبب وقد يتسع نطاق المطالبة فيضم طلبات جديدة، ودفوع، وأشخاص جدد.

والطلب الأصلي يحدد ويركز النزاع في عناصره الجوهرية لأول وهلة، وقع ذلك ونتيجة للعديد من الأنظمة الإجرائية التي تسمح بإبداء طلبات عارضة مختلفة فإن هذا النطاق الأولي للطلب الأصلي يرد عليه التعديل والتغيير.

موضوع الطلب القضائي بوجه عام

يقصد بمحل أو موضوع الطلب القضائي الهدف الذي يسعى المدعى-أيا كان من الخصوم- إلى الحصول على حمايته قضائيا. هذا المطلوب أو الهدف قد يكون التقرير الإيجابي أو السلبي لحق أو مركز قانوني كطلب ثبوت حق ارتفاق، ثبوت نسب، ثبوت جنسية، صحة عقد. أو نفي كل ذلك.

وقد يكون المطلوب هو إنشاء أو تعديل حق أو مركز قانوني أو الآثار المتولدة من هذا أو ذلك أو تعديل في هذه المراكز والحقوق والآثار.

مثال ذلك فسخ عقد، حل شركة، شهر إفلاس، تطليق زوجة، انفصال جثماني، حل جمعية. وقد يكون المطلوب المدعى هادفا إلى إلزام خصمه بدفع مبلغ من النقود، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ويرى البعض أن موضوع الطلب القضائي ينصب على الحق أو المركز القانوني المطالب به + المحل المادي الذي يرد عليه هذا الحق + القرار القضائي الصادر لصالح المدعى والذي يأمل في الحصول عليه.

إلا أن سبب الطلب القضائي هو مجموع الوقائع التي أدلى بها المدعى أو الخصم أما القضاء وكان من شأنها توليد الحق أو المركز القانوني المطالب به، تلك الوقائع التي كانت محلا للإثبات، وكانت عبئا على المدعى بالإدعاء كما سبق القول. أما موضوع الطلب القضائي فهو نتيجة هذه الوقائع في إشباع آمال المتقاضى، أي المركز القانوني أو الحق الذي يتولد عنها.

تعديلا في الثاني. وأمثلة للطلبات التي تتعدّل الأسباب التي تقوم عليها نضرب الأمثلة التالية:

طلب إبطال عقد حوالة بالاستناد إلى الخداع بعد سبق الاستناد على للصورية للشخصي.
طلب التعويض عن ضرر بالاستناد على فعل الحيوان بعد أن تستد على لفعل لشخصي.
طلب التعويض بالاستناد على المسؤولية التقصيرية بعد سبق الاعتماد على المسؤولية العقدية أو العكس بالعكس.

طلب إخلاء مستأجر لسبب معين بعد الاستناد إلى سبب آخر.

طلب إبطال شركة بعد أن طلب أولا حلها.

طلب فسخ الهبة بعد أن طلب فسخ القسمة.

ولقد قضت المحكمة العليا¹ إن القانون يوجب تحديد عناصر الطلب القضائي التي تتكون من عنصر الأشخاص والموضوع والسبب تحديدا نافيا للجهالة. وإن خلو الدعوى من أحد هذه العناصر يترتب عنه بطلان المطالبة القضائية.

ولما قضى قضاة الموضوع في الدعوى الراهنة برفض الدعوى في الحال لعدم تحديد موضوع الطلب القضائي فإنهم يكونون قد خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات مما يعرض قرارهم للنقض¹.

¹ رقم القرار 246329 تاريخ القرار 2001/04/03

الطلبات العارضة

أولاً: القواعد العامة التي تحكم الطلبات العارضة

- تعريفها و حكمتها:

الطلب العارض هو ذلك الطلب الذي يبدي أثناء نظر خصومه قائمة ويتناول بالتغيير أو بالنقض أو بالزيادة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها أو سببها أو طرفها¹، فهو طلب يتفرع عن الخصومة الأصلية² ويمكن أن يطلق عليه تسمية "الدعوى الفرعية" بالمقابل للدعوى الأصلية التي تنشأ عن الطلب الأصلي³.

ويتنازع فكرة الطلبات العارضة اعتباران، فالمبدأ التقليدي هو ثبات النزاع⁴ أو عدم جواز تغيير محل الخصومة، فالخصومة يتحدد نطاقها بناء على الطلب الأصلي، ولا يجوز تغيير هذا النطاق حتى يسهل فض النزاع الأصلي، وهو ما يملية أيضاً مبدأ تركيز الخصومة. ويقال أن حرية الدفاع تقتضي إلا يمكن الخصم من إعاقة سير الخصومة وتأخيرها عن طريق تقديم طلبات جديدة. لكن يلاحظ من ناحية أخرى، أن السماح بتقديم طلبات جديدة يؤدي إلى التسير على الخصوم وتوفير وقت القضاء، إذ يؤدي إلى تصفية المنازعات المرتبطة بالنزاع الأصلي المتفرعة عنه معاً في خصومه واحدة، وذلك بدلاً من تعدد الخصومات وما يمثله هذا من إرهاق للخصوم وزيادة عدد القضايا⁵.

كما قضت " إذا كان موضوع الطلب أمام مجلس الفصل في قضية الطرد من السكن الذي يملكه المدعي فإن المجلس يفصله في صحة عقد إيجار يربط المدعي بديوان السكن المعتدل الكراء ، الذي لم يكن طرفاً في النزاع ، خرق القانون وارتكب هفوة تجاوز السلطة .

-وتأسيساً على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد صرح بان المدعي ليس له أي حق قانوني في السكن المتنازع عليه باعتباره ملكاً للدولة¹ .

كما قضت "من المقرر قانوناً ان " القرار الذي لا يستجيب لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما ابدى من طلبات الأطراف ودفعها ، فإنه يكون مشوب بالقصور في التسبب " .

ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما أهملوا الإجابة عن طلبات الطاعن المتعلقة بتشريح جثة العامل وعدم التأكد من رفض ذوي حقوق الهالك هذه العملية واستنتاج ما يترتب عن هذا الرفض من نتائج قانونية يكونوا قد عرضوا قرارهم للإساءة في التسبب ، مما يستوجب نقضه² .

¹ أنظر أبو الوفا- المرافعات ص 183، و العشاوي، ص 308، وكذلك محمد كمال أبو الخير- التعليق- 1963- ص 322.

² امينة النمر- الدعوى واجراءاتها- 1990 ص 122.

³ محمد محمود ابراهيم- النظرية العامة للطلبات العارضة- الدعوى الفرعية في قانون المرافعات على ضوء المنهج القضائي-

1984 أنظر ص 8 وبعدها، ويميل إلى تعريفه بأنه " تلك الدعوى الفرعية التي تطرح بصدده دعوى أصلية متميزة عنها ومرتبطة بها في أن واحد من أطرافها أو من الغير أو من القاضي بشرط أن تتناول الدعوى الفرعية الموضوع أو السبب أو الخصوم في الدعوى الأصلية ص 28.

⁴ يقصد ببيات النزاع أن الطلب الأصلي يتعين بقاء عناصره دون أي تعديل إلى أن يفصل فيه، فيعتبر الحكم فاصلاً في ذات العناصر التي حملها الطلب الأصلي دون غيرها (بيل عمر- أصول المرافعات، 1986 ص 527).

⁵ و جدي راغب، ص 404، و أنظر محمد كمال أبو الخير- التعليق ص 322، 323.

لذلك، فإنه توفيقاً بين هذه الاعتبارات تسمح التشريعات الحديثة، ومنها قانون الإجراءات المدنية الجزائري، بتغيير محل الخصومة عن طريق إبداء الطلبات العارضة في حدود معينة، ويجيز القانون تقديم الطلبات العارضة من المدعى أو من المدعى عليه، كما يجيز تقديمها بالنسبة للغير. وتسمى الطلبات العارضة التي يقدمها المدعى الطلبات الإضافية، إما الطلبات العارضة من المدعى عليه فتسمى الطلبات المقابلة أو دعاوى المدعى عليه، أما تقديم الطلبات العارضة من الغير أو في مواجهة الغير فيتم عن طريق التدخل والإختصاص¹.

- شروط الطلبات العارضة:

1- يجب أن يكون مما حدده المشرع صراحة الطلبات العارضة من المدعي والمدعى عليه في المادة 25 من قانون الإجراءات حيث نص علي " يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية.

تحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والإضافية وبالطلبات المقابلة أو المقاصة للقضائية. الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية. الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة، ضالا عن طلبه رفض مزاعم خصمه".

بالإضافة اما ذكره في المادتان 866 و 867 من قانون الإجراءات المدنية² وهذه لمواد تعتبر القاعدة العامة في الطلبات الإضافية والمقابلة. وفضلا عن هذا فقد جاز المشرع طلبات عارضة أخرى في نصوص أخرى¹.

فعلي سبيل المثال طلب تثبيت حجز تحفظي المذكور في المادة 648 والتي تنص على "يجوز توقيع الحجز التحفظي، خلال وجود دعوى أمام قاضي الموضوع، وفي هذه الحالة، يقدم طلب تثبيت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع بمذكرة إضافية تضم إلى أصل الدعوى للفصل فيهما معا وبحكم واحد" وكذلك طلب نسخة من عقد أو وثيقة لذي الخصم أو الغير كما تنص عليها المادة 73 إجراءات²

ويتبين من تلك النصوص أن المشرع لم يحدد الطلبات العارضة على سبيل الحصر فالطلب العارض يجب أن يكون من هذه الطلبات³.

وهذه الشروط هو شرط خاص لقبول الطلب العارض، لأنه يتعلّق بسلطة الخصم في الإدعاء أمام المحاكم للمطالبة بالحماية القانونية وسلطة المحكمة لمنح هذه الحماية.

وعدم التحديد للطلبات العارضة إلا ما كان مرتبطا بالطلب الأصلي، باعتبار أن مبناه تنظيم استعمال وسائل وطرق الحصول على الحماية القانونية، أي الدعوى.

وكذلك تنظيم أداء المحاكم لوظيفتها.

والارتباط هو صلة بين دعويين، أو طلبين، تجعل من حسن سير العدالة أن تنظرهما وتفصل فيهما محكمة واحدة، ويتضح هذا الارتباط من الاشتراك الجزئي بين الدعويين أو الطلبيين في أحد العناصر، بحيث أن الفصل في احد الدعويين يمكن أن يؤثر على الفصل في الأخرى⁴. فيجب أن تقوم تلك الصلة بين الطلب الأصلي الخصومة الأصلية والطلب

¹ و مثال هذا بشأن الدعوى المستعجلة تبعاً للدعوى الموضوعية، و المادة 188 بشأن التعويض عن الضرر الذي يلحق الخصم في الدعوى أو إجراء فيها، و المادة 2/323 بشأن دعوى صحة الحجز تبعاً للدعوى الدين، و يلاحظ على هذه المواد أنها لم تجعل إبداء الطلبات الواردة بما تصورا على خصم معين (أمانة النمر - الدعوى و إجراءاتها - 1990 - ص 126).

² المادة 73 : يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عربي أو إحضار أية وثيقة معجوزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم، حتى ولو لم يكن طرفا في العقد.

³ أمانة النمر - الدعوى و إجراءاتها ص 136/135.

⁴ أحمد هندي، ارتباط الدعوى و الطلبات في قانون المرافعات - 1991 ص 15 وما بعدها و ص 44.

¹ أنظر وجدي وراغب ص 404، وكذلك ابراهيم نجيب سعد ص 589، 890.

² المادة 866 الطلبات العارضة هي الطلبات المقابلة والتدخل، ويعقق فيها حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى.

المادة 867 يكون اطلب المقابل مقبولا إذا كان مرتبطا بالطلب الأصلي.

المادة 868 يترتب على عدم قبول اطلب الأصلي عدم قبول اطلب المقابل.

المدعى عليه حصول ضرر فهو يبدي دفعا موضوعيا، أما إذا هو طالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعى يكون قد تقدم بطلب عارض¹.

أي أن الدفوع الموضوعية، فهي الوسائل المتعلقة بأصل الحق وموضوع الدعوى بإنكار وجوده أو الإدعاء بانتقضائه بالسداد أو الإبراء و التقادم أو المقاصة أو إتحاد الذمة الخ.

و الدفع الموضوعي هو الإجراء الذي يقوم به المدعى عليه لتأكيد واقعة مانعة أو منهيّة يتناول بها موضوع الخصومة هادفا إلى رفض الدعوى. حيث يتغلغل المدعى عليه إلى وقائع الدعوى، يدخل إليها وقائع مغايرة يتعين عليه إثباتها عملا بمبدأ البيئة على من أدى ومن يخالف الظاهر عليه الإثبات.

فالدفع الموضوعي يوجه إلى أصل الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده من الأساس، أو الوفاء، و التقادم، أو المقاصة أو اتخاذ الذمة. وبصفة عامة فكل السبل الدفاعية التي يؤدي قبولها إلى رفض طلب المدعى، وبذلك لا تقع هذه الدفوع الموضوعية تحت حصر.

وقد يتعلق الدفع بالوقائع، وأحيانا يتعلق بالقانون، فمثلا الدفع بالمقاصة بقيام واقع ديني مغايل هو دفاع متعلق بالوقائع، أما الدفع بإلغاء قانون معين يراد تطبيقه على الدعوى فهو تناول المسألة قانونية.

وليست الدفوع الموضوعية كلها متماثلة، بل أنها تتغير بحسب الدعوى، فمثلا دعوى التعويض إذا دفع المدعى عليه بعدم توافر أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية فهو يتناول دفوع موضوعية تتعلق بأصل الحق، كذلك الدفع برفض دعوى صحة و نفاذ العقد و التمسك بالبطلان المطلق أو النسبي للعقد، أو إنه ولو كان صحيحا إلا أنه غير نافذ لتعليقه على شرط واقف أو ارتباطه بأجل.

- العلاقة بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي:

موقف المدعى عليه في الدعوى يتمثل في موقف الراض لموضوعها وذلك باتخاذ أحد المواقف التالية:

1- إنكار الوقائع التي يطرحها المدعى كاساس لطلبه، أو يسلم بالواقعة ولكنه ينكر الأثر القانوني لهذه الواقعة، كأن يسلم بوقوع الفعل المادي ولكنه ينكر ترتيبه للمسئولية أو يسلم بالعقد لكنه ينكر ترتيبه للشرط الجزائي.

2- التمسك بواقعة مقابلة من شأنها أن تمحو أو تؤدي إلى انقضاء الواقعة المعنية، كأن يتمسك المدعى بعلاقة مديونية، فيدعى المدعى عليه قيام علاقة مقابلة ترتب آثار تفوق علاقة المدعى ومن ثمة فهو يتمسك بانقضاء الالتزام بالمقاصة، أو يتمسك باتحاد الذمة كان يقرر بشراء العقار الذي كان مؤجرا له فاتحدت ذمته في شأن الواقعتين فبعد أن كان مستأجرا أصبح مالكا.

3- التمسك بواقعة منهيّة للأثر القانوني، كالتمسك بواقعة وفاء أو ورقة ضد تلغي الالتزام المدعى به.

ويطلق الفقهاء اصطلاح الدفوع الموضوعية على هذه الصور الثلاث، فعندهم إن كان ما يعترض به على الحق ذاته هو دفع موضوعي.

والجدير بالذكر أن إنكار الحق المدعى أو إنكار الأثر القانوني لا يعتبر دفعا بالمعنى الصحيح¹ ذلك أن القاضي لا يحكم للمدعى بطلباته إلا بعد أن يثبتها ويثبت الآثار القانونية المترتبة عليه، و إنكار المدعى عليه للوقائع أو إنكار أثارها يعني لفت نظر القاضي إلى تكليف المدعى لتقديم أدلة الإثبات.

فالدور السلبي للمدعى عليه لا يعدو من قبيل الدفوع الموضوعية، ولكن الدور الإيجابي هو الذي يمكن تسميته بالدفوع الموضوعية، فإذا قام المدعى عليه بإثبات واقعة مانعة أو منهيّة ترمي إلى رفض الدعوى فإنه بذلك يكون قد أدخل إلى نطاق الدعوى وقائع جديدة، إذا ما أثبتها جنح في رفض دفوع المدعى الموضوعية.

وهذه الوقائع المانعة أو المنهيّة لطلبات المدعى والتي تعتبر من الدفوع الموضوعية يمكن أن تنقسم إلى قسمين.

أ- الوقائع التي طرحت أمام القاضي، ويتعين على القاضي أن يبحثها ولو لم يتمسك بها المدعى عليه. فإذا أشار المدعى عليه في مذكراته إلى عدم سلامة

¹ د/ عبد الباسط جيمعي شرح قانون الإجراءات المدنية ص 413.

طلبات المدعى، لأنها مشوبة بالبطلان لعدم مشروعية السبب، فإن هذه الواقعة تعتبر مطروحة على القاضي باعتبارها من مسائل النظام العام، وعندئذ لا يحتاج الأمر إلى ثمة دفع موضوعي بل هي وقائع مطروحة للبحث والتمحيص.

ب- من الوقائع ما، يدخلها في اعتباره إلا إذا أثارها المدعى، عليه صراحة طالباً الأخذ بها، ورفض الدعوى فمثلاً الدفع بتقادم أصل الحق يجب أن يثيره المدعى عليه صراحة ويقدم الدليل على توافر شرائطه، فإذا ما ثبت لدى القاضي قضي برفض الدعوى.

والخلاصة أن الدفع الموضوعي يتعلق بواقع ليس للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه فالقاضي لا يحكم إلا بما يطلبه المدعى وليس أكثر من ذلك، كذلك القاضي لا يأخذ بالوقائع التي لا يتصدى لها من تلقاء نفسه إلا إذا أثارها المدعى عليه.

فالدفع الموضوعي بمعناه الضيق مكنه مخوله للمدعى عليه يستطيع بها أن يؤكد واقعة مانعة أو منهيّة للواقعة المدعاة لا ترتب أثارها القانوني في الدعوى إلا إذا أثارها المدعى عليه.

تنص المادة 325 مدني على أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فلا يجوز للقاضي تطبيق أحكام المقاصة إذا لم يثيرها المدعى عليه فإذا أثارها كان ذلك دفعا موضوعيا، و من هذا القبيل الصورية وعدم المشروعية والتقادم.

يتضح مما تقدم أن هناك فرقا بين الدفاع الموضوعي و الدفع الموضوعي يتمثل في النتائج الآتية.

1- إمكانية التنازل عن الدفع، فلا تنتج الواقعة المدعاة أثرها، أما وسائل الدفاع فإن التنازل عنها لا يمنع القاضي من أن يأخذ في اعتباره ما أثارته من وقائع، ويجوز الاتفاق بين الخصوم على التنازل عن دفع من الدفوع الموضوعية كالدفع بالتقادم، ولكن لا يجوز الاتفاق على حرمان المدعى عليه من وسائل الدفاع.

2- الدفع الموضوعي يقبل التقادم شأنه شأن الدعوى، أما وسائل الدفاع فإنها لا تقبل التقادم، إذا هو يهدف إلى عدم صحة الواقعة المدعاة من المدعي، ومن الدفوع التي تقبل التقادم للدفع ببطلان العقد فيسقط بالتقادم إذا انقضت خمس سنوات من وقت توافر الأهلية

أو من المدعى اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار للمبيع المادة 101 مدني¹. كما تنص المادة 359 من القانون المدني علي "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز.

أما الدفاعات فيقصد بها أوجه الرد على الدعوى شفاهة أو كتابة سواء تعلقت بإثبات الحق أو إثبات انقضائه سواء تعلق الأمر بالمدعى أو المدعى عليه أو في المواد الجزائية سواء أبدى الدفاع من النيابة العامة كسلطة ممثلة للاتهام حيث تدافع عن حق المجتمع في الأمن والاستقرار أو كان من المتهم بدرء الاتهام أو كان من المدعى المدني بإثبات عناصر المسؤولية التقصيرية، أو من المسؤول عن الحقوق المدنية بنفي أركان هذه المسؤولية.

والجدير بالذكر أن وسائل الدفاع الموضوعي، سواء كانت دفوعا موضوعية أو وسائل دفاع عادية، تتعلق بإنكار الحق فإنها تخضع للإجراءات الآتية:

1- عدم ورودها على سبيل الحصر دون ترتيب معين، ولا يشترط إبدائها في مرحلة معينة، أو إبدائها جميعا دفعه واحدة كما هو الشأن للدفوع الشكلية، بل يجوز إبداء البعض منها و التريث في مرحلة مقبلة بالنسبة للبعض الآخر، ولا يؤدي تأخير إبداء بعضها إلى سقوط الحق في التمسك بها.

2- يمكن أثاره للدفوع الموضوعية في أي حالة كانت عليها الدعوى

3- إذا نظرت المحكمة دفعا أو دفاعا موضوعيا فإنها تكون قد استنفذت حقها، فإذا طعن على حكمها بالاستئناف، تعين على محكمة الدرجة الثانية التصدي للموضوع دون إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيها.

¹ يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد.

ثانيا : الدفوع الشكلية

تنص المادة 49 على " الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها .

أي أن الدفوع الشكلية تتعلق بصحة الخصومة أمام المحكمة حيث توجه إلى الخصومة أو إلى بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعي به أو المنازعة فيه، ويقصد بها تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة.

ويعد من الدفوع الشكلية الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى، والدفع بإسقاط الخصومة أو باعتبارها كان لم تكن، وأي دفع يتصل بالإجراءات.

ويلاحظ أن الدفوع الشكلية غير محصورة في القانون فكل دفع يتصل بالإجراءات يعتبر شكليا¹.

أن الدفع الشكلي هو مجرد وسيلة دفاع توجه إلى شكل الدعوى أو الإجراءات التي تتبع فيها دون التعرض لأصل الحق، الذي يناضل حوله الخصوم، ويستهدف الدافع من وراء هذا الدفع تأجيل الفصل في الموضوع حتى يستوفي الشكل الصحيح.

فتبدأ الخصومة في الانعقاد برفع الدعوى وتحديد جلسة نظرها أمام المحكمة، ثم إعلان الخصم بها.

فإذا رآن على أي إجراء البطلان فإن للخصم المضرور أن يتمسك بالدفع الشكلي حتى يرغم خصمه على إتباع الوجه الصحيح الذي أشرطه القانون، دون أن يتناول أصل الحق محل التداعي.

المنطق يقتضي أن الشكل أو لا ثم الموضوع ثانيا فإذا تناول الخصم الموضوع فإن ذلك يعني أنها يسلم بصحة الشكل، وإذا كان هناك ثمة غرار في الشكل فإنه يغض الطرف عنه ضمنا للدخول مباشرة في الموضوع إلا في حالة تعلق الشكل

بالنظام العام فإن على القاضي أن يقرر بطلان هذا الشكل دون انتظار تمسك صاحب المصلحة، كما في حالة انتقاء الصفة أو المصلحة.

وإذا ما لاحظ المدعي أن خصمه دلف إلى الموضوع مباشرة فإنه يأمن بذلك تهديده مرة أخرى بالدفع الشكلي، فلا يعقل أن يظل المدعي مهددا بالدفوع الشكلية حتى بعد الخوض في الموضوع، واقتراب الخصومة من نهايتها بحيث أصبحت ممهدة للفصل في موضوعها.

2- إبداء الدفع:

يجب إبداء الدفع الشكلي قبل تناول الموضوع، وإلا سقط الحق فيه، إذ يعتبر تناول الموضوع بمثابة تنازل ضمني عن الدفع الشكلي.

فالمنطق يقتضي أن يبدأ الخصم بالشكل ثم يتطرق إلى موضوع، وإذا تطرق إلى الموضوع فمعنى ذلك أنه يقبل الدعوى شكلا وهو ما نصت عليه المادة 50 "يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

ولقد قضت المحكمة العليا " متى كان مقرا قانونا أنه يجوز لطرفي الخصومة دائما الحضور باختيارهما أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى، فإن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، و من المقرر أيضا انه لا يجوز الدفع بالبطلان أو بعدم صحة الإجراءات من خصمه يكون قد أودع مذكرته في الموضوع، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله ويتعين رفضه.

لما كان من الثابت في قضية الحال- إن الطاعنة طلبت بنفسها حسم النزاع أمام المحكمة و أنها ما أثارت الدفع بعدم الاختصاص المحلي أمام المحكمة أول درجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي بتعيين خبير لمراقبة حسابات الطاعنة لم يخالفوا القانون¹.

رغم ما نصت عليه المادة سالفة الذكر إلا أنه يستثنى منها الدفوع الآتية:

أ- الدفوع المتعلقة بالنظام العام كالدفع بانتفاء الصفة، والدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالوظيفة والدفع بعدم الاختصاص النوعي والدفع المتعلق بالنظام حتى لو لم يثره الخصوم تقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها، فتبدي في أي وقت.

ب - الدفوع التي ينشأ الحق في الإدلاء بها بعد تناول الموضوع وبعد السير في الدعوى كالدفع بطلب الإطلاع على المستندات أو إدخال خصم في الدعوى إذا لم ينشأ الحق فيه إلا بعد تناول الموضوع، وعندئذ يكون للخصم التمسك به أثناء نظر الدعوى، وإنما على الخصم أن يتمسك بالدفع فوراً وبمجرد قيام سببه، وقبل التكلم في الموضوع وقبل الرد على الإجراء بما يفيد اعتباره صحيحاً، كالدفع ببطلان إجراءات الإثبات مثلاً، وكالدفع بالتمسك بمهلة نشأ سببها بعد تكشف دفاع الخصم مما استلزم مثلاً اختصام ضامن واستحضاره لسمع الحكم في دعوى الضمان الفرعية المرفوعة عليه¹.

ج - الإجراءات المنعومة يجوز للتمسك بانعدامها في أي حالة كانت عليها للدعوى لأن المنعوم لا حصانة له، فهو مجرد واقعة مادية يجوز لثارتها حتى بعد تناول الموضوع.

د- الدفوع المتعلقة بعدم صلاحية القاضي، والتي تناولها إجراءات الرد الواردة بالمواد 241 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية، فهذه الدفوع من النظام العام تدخل في الاستثناء الأول.

هـ - الدفوع المتعلقة ببطلان الإجراءات التي تتم أثناء نظر الدعوى فيجوز التمسك ببطلتها ولو بعد تناول الموضوع طالما لم تتم إلا بعد الخوض في أصل الحق.

ولقد قضت المحكمة العليا " كما قضت " من المقرر قانوناً أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام و تقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.

ولما ثبت أن الدعوى الحالية ترمي إلى إبطال عقد التنازل عن أملاك لدولة المبرم في إطار القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07/02/1981 فإن هذا العقد يكتسي طابعاً إدارياً ويعود الاختصاص في مراقبته للجهة المختصة للفصل في القضايا الإدارية.

ولما أن الغرفة المدنية لمجلس قضاء وهران فصلت في النزاع مع أنها غير مختصة فإن قرارها خرق القانون ويتعين نقضه¹.

كما قضت " من المقرر قانوناً أن المجالس القضائية بالفصل ابتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف المبدأ مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحادث الذي تضرر منه الطاعن وقع داخل مرفق عام -إدارة الضرائب- وأن قضاة الموضوع بقضائهم بإبعاد عن الوظيفة والتطبيق عليه الأمر رقم 183/66 المتضمن التعويض من حوادث العمل والأمراض المهنية بالرغم من أن هذا الحادث لا يدخل في نطاق هذا الأمر اخطئوا في تطبيق القانون².

من المقرر قانوناً أن الاختصاص النوعي لا يتعلق بشخص القاضي الذي يرأس الجلسة وإنما يتعلق بنوع الدعوى "ومن ثم فإن وجود دعوى إيجار ضمن الدعوى المقضي ضمنها لا ينزع عن القاضي المدني اختصاصه ولما كان الأمر كذلك" فإن النعي على القرار المطعون فيه في الوجه المأخوذ من خرق أشكال جوهرية للإجراءات باعتبار أن إحدى الدعاوي من اختصاص قسم الإيجار ولا يرأسها نفس القاضي الذي أمر بضم ثلاث قضايا ' كان في غير محله ويتعين القضاء برده³.

قدمنا أن الدفوع الشكلية غير محصورة في التشريع، وان كل دفع يتعلق بالإجراءات يعتبر شكلياً ومن أمثله ذلك الدفع ببطلان أي إجراء من إجراءات المرافعات.

4- الجمع بين الدفوع الشكلية:

¹ المجلة القضائية 2 / 1994 ملف 109743 بتاريخ 1993/09/27

² المجلة القضائية 2 / 1992 : ملف 43408 بتاريخ : 1988/01/15

³ ملف رقم 33528 قرار بتاريخ 1985/04/03

يستلزم المشرع الجزائري وجوب إيداء الدفوع الشكلية معا محمولة على أسبابها قبل تناول أصل الحق، وإلا سقط الحق فيما لم يثر منها، وهذه مسألة تتعلق بالنظام العام. جاء في المادة 50 "أنه يتعين إيداء جميع الدفوع الشكلية معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

فالمدعى عليه علم بالدعوى من العريضة الافتتاحية الموجه إليه، ومن ثمة عليه أن يجمع ما في جعبته من دفوع شكلية ليقدف بها دفعه واحدة أمام مجلس القضاء في جلسة واحدة وليس له أن يبدي بعضها ويطلب أجلا إيداء البعض الآخر بجلسة مقبلة، وذلك يؤدي إلى تراخي الفصل في الدعوى الأمر الذي يمس أصل الحق. وإذا تمسك المدعى عليه ببطلان إجراء وجزت المحكمة الدعوى للحكم ورفض الدفع وقضت بصحة الإجراء، فلا يجوز للمدعى عليه أن يعود لطرح نفس الدفع مرة ثانية.

لا يجوز للمدعي عليه أن يبدي دفعا شكليا في جلسة ثم يستأجل لجلسة أخرى لإيداء المبررات أو الأسباب أو الأوجه التي يبرر بها هذا الدفع.

فالدفع يجب أن يبدي مع أوجهه وأسبابه في جلسة واحدة، وإلا سقط الباقي منها. فلا يجوز للمدعي عليه أن يدفع ببطلان ورقة التكاليف بالحضور ثم بالجلسة التالية ببطلان عريضة الدعوى وفي الجلسة الثالثة ببطلان إنذار العرض والإيداع أو بطلان تقرير الخبير لعدم أخطار الخصوم طالما كان أمامه التقرير بحيث يستطيع أن يجمع جميع الدفوع الشكلية في وقت واحد.

والجدير بالذكر أنه يجب إيداء الدفوع الشكلية قبل تناول الموضوع ولو أحيلت الدعوى بعد ذلك إلى محكمة أخرى فلا يجوز للمدعى عليه الذي تناول الموضوع أمام محكمة أن يعود للمحكمة المحال عليها الدعوى إلى الدفع بدفوع شكلية بمقولة أنه أمام محكمة أخرى.

ويستوي أن يكون إيداء الدفوع الشكلية شفاهة في محضر الجلسة أو في مذكرة مكتوبة. ولكن ليس هناك ما يمنع أن تضم المحكمة الدفع إلى الموضوع لتحكم فيهما سويا، وذلك إذا كان الفصل في الدفع يتضمن التطرق إلى الموضوع. وضم الدفع للموضوع لا يقيد المحكمة، فلها أن تقضي بقبول الدفع وإنهاء الخصومة

أمامها دون فحص الموضوع.

مثال ذلك الدفع بعدم اختصاص المحكمة نوعيا فلها أن تضم الدفع للموضوع، فإذا رأت الدفع في محله قضت بعدم الاختصاص دون حاجة إلى بحث الموضوع. وإذا أدخلت الدفع بعدم الاختصاص مع باقي الدفوع الشكلية، فإن على المحكمة أن تقضي في الاختصاص أولا ليستبين لها الأمر أما بالتعرض لباقي الدفوع، أو الاكتفاء بعدم الاختصاص والوقوف عند هذا الحد.

- مسقطات الدفوع الشكلية:

يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي بتقديم دفع شكلي آخر عليه أو بتقديم مذكرة بدفاع الخصم دون أن تتضمن الإشارة إليه، أو طلب الخصم طلبات تتعلق بأصل الحق، أو دخل في الموضوع فناقش طلبات المدعى، أو عرض التصالح أو عرض دفع جزء من الدين، أو فوض الأمر للمحكمة، أو وجه دعوى الضمان الفرعية، أو طلب إدخال خصم في الدعوى، أو طلب حسم الدعوى باليمين، أو طلب أجلا للمستندات، أو طلب ضم دعوى أخرى للدعوى المنظورة، أو طلب وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية، أو دفع بسقوط الخصومة عملا بالمادة 222 إجراءات أو انقضائها بالتقادم طبقا لمواعيد سقوط الحق حسب الحالة بالقانون المدني والقوانين الخاصة، أو دفع بعدم قبول الدعوى، تناول أهلية خصمه للنقاضي، أو طلب عرض النزاع على المحكمين أو كانت المحكمة قد وافقت الخصوم على طلبهم بعدم السير في الدعوى.

وهذه المسألة نسبية فإذا تناول أحد الخصوم الموضوع فإنه لا يسقط حق خصم آخر في إيداء دفع شكلي. ولا يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي تكليف المدعى عليه للحضور للجلسة المقبلة تفاديا للشطب.

كما لا يعد مسقطا للدفع الشكلي مناقشة الموضوع على سبيل الاحتياط وتعجيل الدعوى من جانب المدعى عليه لا يعتبر تناولا للموضوع، كذلك التأجيل للإطلاع والاستعداد لا يعتبر تناولا للموضوع.

ويدخل في الاستعداد التأجيل لتقديم مستندات تتعلق بالشكل أو الإطلاع على مستندات مقدمة من المدعى لتأييد الشكل إذا كان الهدف من التأجيل الاستعداد للدفع الشكلي.

8- طبيعة الحكم في الدفع الشكلي:

الحكم في الدفع الشكلي حكم فرعي صادر قبل الفصل في الموضوع، إما الحكم في الموضوع فيعد حكماً موضوعياً على نحو ما سنرى فيما بعد.

أثر الحكم في الدفع الشكلي:

الحكم الصادر في الدفع الشكلي حكم غير منهي للنزاع فلا يمس أصل الحق. فإذا قبلت المحكمة دفعا شكليا، فإنها تكون بذلك قد فصلت في مسألة أولية دون أن تمس أصل الحق حتى لو تطلب بحث الدفع الشكلي التطرق للموضوع طالما أنه ليس غاية في ذاته، بل مجرد وسيلة للحكم في الشكل.

والحكم في الدفع الشكلي حكماً فرعياً، فإذا طعن عليه بالاستئناف فلا يطرح من النزاع إلا الشق الشكلي أمام المجلس، فإذا ألغيت حكم محكمة الدرجة الأولى إعادة الأوراق إليها للفصل في الموضوع باعتبارها لم تستنفذ ولايتها بشأن الموضوع ولا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تفصل في أصل الحق إلا في حالة النزاع في المواد المستعجلة فعليها الفصل في موضوع الاستئناف.

ومن البديهي إذا قضت محكمة الدرجة الأولى برفض الدفع الشكلي والفصل في الموضوع فإن الاستئناف يطرح الدعوى بشقيها الشكلي والموضوع أمام محكمة الدرجة الثانية.

والجدير بالذكر أن مسألة إبداء الدفع الشكلي قبل الدفوع الموضوعية أو الدفع بعدم القبول، لا يسري على الدفوع الشكالية المتعلقة بالنظام العام، فهذه يجوز إيدؤها في أية حالة كانت عليها الدعوى، ومن ثمة فمسألة إبداء الدفع الشكلي مقدما إنما ينطبق على الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، لعدم تعلقه بالنظام العام.

-أوجه التفرقة بين الدفوع الشكالية والدفوع الموضوعية :

تتشرك الدفوع الشكالية في أحكام عامة تتميز بها عن الدفوع الموضوعية وفيما يلي أوجه التفرقة بينهما:

أولاً: الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع بصدده، وإنما قد يترتب عليه إما انقضاء الخصومة أمام المحكمة كما هو الحال بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص والدفع ببطلان ورقة

كذلك طلب رد القاضي، ذلك أن تناول الموضوع ثم طلب الرد يعني التنازل عن الدفوع الشكالية، أما طلب الرد في ذاته فلا يعتبر تنازلاً عن الشكل ولا يسقط الحق في الدفع الشكلي تناول المدعى عليه موضوع الدعوى في خصومه سابقة أنقضت بغير حكم.

كما لا يعد الإنذار السابق على الدعوى تنازلاً للموضوع، إذا العبارة بتناول الموضوع في المحكمة أثناء انعقاد الخصومة، والمنازعة في صفة الحاضر عن المدعى كعدم سلامة توكيله، وانعدام التوكيل.

5- الحكم في الدفع:

تقضي المحكمة في الدفع الشكلي أولاً، فإذا قبلته أكتفت بهذا، ولا يجوز أن تتطرق إلى الموضوع، وإذا رفضته فإنها تدلف إلى أصل الحق. فالفصل في الشكل قد يغنيها عن تناول الموضوع، فالطعن بالاستئناف عن الأحكام المدنية يكون خلال أربعين يوماً، وإذا أودعت العريضة بعد هذا التاريخ، وسواء تمسك الخصم بالدفع بعدم قبول الاستئناف شكلاً أو لم يتمسك، فإن على محكمة الاستئناف أن تتطرق إلى الشكل فإذا اكتشفت أن الاستئناف بعد الميعاد قضت بسقوط حق الطاعن في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، لأن بحث هذه المسألة يتعلق بالنظام العام.

وإذا تعددت الدفوع الشكالية فإن على المحكمة أن تبدأ بالاختصاص فإذا وجدت أنها غير مختصة قضت بعدم اختصاصها تون بحث باقي أوجه الدفوع الشكالية.

6- أثر الحكم بقبول الدفع الشكلي:

إذا قبلت المحكمة الدفع الشكلي لبطلان ورقة التكليف بالحضور فإن هذا لا يمس أصل الحق، حيث يجوز للمدعى أن يعاود الكره بعقد خصومة جديدة بإجراءات صحيحة.

7- استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي:

استئناف الدفع الشكلي لا يطرح أمام محكمة الاستئناف إلا الشكل فقط دون الموضوع، فإذا قبلت الاستئناف فإن عليها إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في الموضوع لأنها لم تستنفذ ولايتها بعد، إلا في المواد المستعجلة فعلى المحكمة إذا ما ألغيت الحكم الشكلي أن تتطرق مباشرة للموضوع تون إعادة لمحكمة الدرجة الأولى، لما تتسم به هذه المواد من استعجال.

التكليف بالحضور أي بطلان الاستحضار وفي الوضع الأول يجوز تجديد الخصومة باتخاذ الإجراءات الصحيحة. أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعي به. وهذا الحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى .

ثانيا: يتعين إيداء الدفوع الشكلية قبل التكلم في موضوع الدعوى أي في بدء النزاع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها على اعتبار أن صاحب المصلحة فيها قد تنازل عنها ما لم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام، فالدفوع المتعلقة بالنظام العام يحوز إيدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى كالدفع بعدم اختصاص المحكمة أو بنوع القضية.

أما الدفوع الموضوعية فيجوز إيدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

ثالثا: يجب إيداء سائر الدفوع الشكلية معا وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها وعلى ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع آخر عليه.

أما الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع آخر عليه.

رابعا: الأصل أن المحكمة تقضي في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع لان الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيها عن التعرض للموضوع إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامها، ولكن يجوز للمحكمة أن تضم الدفع إلى الموضوع وتصدر فيهما حكما واحدا بشرط أن تبين في حكمها ما قضت به في كل منهما

ثالثا- الدفع بعدم الاختصاص

يقصد بالدفع بعدم الاختصاص بصفة عامة إخراج النزاع من ولاية المحكمة المعروض عليها الدعوى. ويرجع هذا الدفع إلى أن الدعوى عرضت على محكمة لا تختص بنظرها طبقا لضوابط الاختصاص.

والدفع بعدم الاختصاص بصفة عامة من الدفوع الشكلية التي يتعين أن تبدي قبل التصدي للموضوع، ويجب أن يكون هذا الدفع قد أبدى مع جميع الدفوع الشكلية الأخرى في وقت واحد.

والجدير بالذكر أن مسألة إيداء الدفع الشكلي قبل الدفوع الموضوعية أو الدفع بعدم القبول، لا يسري على الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، فهذه يجوز إيدؤها في أية حالة كانت عليها الدعوى، ومن ثمة فمسألة إيداء الدفع الشكلي مقدما إنما ينطبق على الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، لعدم تعلقه بالنظام العام وبذا نصت المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية الجديد "يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".

الدفع بعدم الاختصاص الولائي والنوعي

المستقر عليه أن قواعد التنظيم القضائي من النظام العام، وبالتالي تكون قواعد الاختصاص الولائي المتعلقة بوظيفة الجهة القضائية من مسائل النظام العام. فقد نصت المادة 36 على "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى"

فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على رفع دعوى مدنية أمام محكمة القضاء الإداري أو العكس، فقواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة أو النوع أو القيمة من النظام العام، وتقضي المحكمة بعدم اختصاصها ولائيا أو نوعيا أو قيميا من تلقاء نفسها.

ولقد قضت المحكمة العليا: متى كان مقررا قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية المختصة

بالقانون العام، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعوي الشركات التي

تختص بها محليا فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل

هي تنظيم لإلاري بحت، ومن ثم فإن للنعي على لقرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي لغير سليم يتعين رفضه¹.

من المقرر قانونا أن الاختصاص النوعي لا يتعلق بشخص القاضي الذي يرأس الجلسة وإنما يتعلق بنوع الدعوى "ومن ثم فإن وجود دعوى إيجار ضمن الدعوى المقضي ضمنها لا ينزع عن القاضي المدني اختصاصه ولما كان الأمر كذلك" فإن النعي على القرار المطعون فيه في الوجه المأخوذ من خرق أشكال جوهرية للإجراءات باعتبار أن إحدى الدعاوي من اختصاص قسم الإيجار ولا يرأسها نفس القاضي الذي أمر بضم ثلاث قضايا ' كان في غير محله ويتعين القضاء برده².

كما قضت "من المقرر قانونا أن الاختصاص في المنازعات المتعلقة بتطبيق الباب لثاني للمتضمن الإجراءات محل تجارية يكون لجهة للقضاء العادي الإجراءات المدنية في حالة نزاع ينحصر بمنحة التعويض إذا كان الاتفاق قائما حول الإخلاء فيجوز اتجاه إلى القضاء المستعجل ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن جهة الاستئناف التي صادقت على أمر استعجالي قضى بإجراء خبرة لتقدير منحة الاستحقاق في حين أن التنبيه بالإخلاء محل النزاع بين الطرفين يكونوا قد خرقتوا قواعد الاختصاص النوعي³.

الحكم بعدم الاختصاص

قاضي الدفع هو قاضي الموضوع، فإذا أبدى دفعا أمامه بعدم الاختصاص فإنه بالخيار بين أن يحجز الدعوى للحكم ليبت في مسألة الاختصاص، أو يضم الدفع للموضوع ليقضي فيهما سويا دون أن يعد ذلك رفضا ضمنيا للدفع، فقد يرى عند نظر موضوع الدعوى أنه غير مختص ولائيا أو نوعيا أو أن هناك اتفاقا بين الطرفين على اختصاص محكمة أخرى محليا مع مراعاة المادة 45 من القانون⁴ عندئذ يقبل الدفع ويقضي بعدم الاختصاص دون التعرض للموضوع.

والأمر الطبيعي أن يتصدى قاضي الموضوع لمسألة الاختصاص قبل الخوض في الموضوع.

حجية الحكم بعدم الاختصاص

الأصل أن المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها، فإن حكمها يحوز حجية الشيء المحكوم به في هذه الدعوى أمام هذه المحكمة فقط، فلا يجوز رفع دعوى بنفس الموضوع أمام نفس المحكمة مرة أخرى. ولكن هذا لا يمنع من رفع النزاع مرة أخرى إلى المحكمة المختصة طالما لم تقض المحكمة الأولى بالإحالة إلى المحكمة الثانية.

¹ ملف رقم: 54288 قرار بتاريخ: 1989/02/19

² ملف رقم: 33528 قرار بتاريخ: 1985/04/03

³ ملف رقم: 55119 بتاريخ: 1989/03/05

⁴ المادة 45: يعتبر لاعتبار الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة - إلا إذا تم من الفجار

رابعاً : الدفع بالإحالة

الدفع بالإحالة هو دفع شكلي يقدمه المدعى عليه نظراً لعدم اختصاص المحكمة أو لوجود اتفاق مع المدعى سابق برفع الدعوى أمام محكمة معينة أو لارتباط الدعوى بدعوى أخرى معروضة في نفس الوقت، كما يقوم به القاضي من تلقاء نفسه حين يقوم بالحكم بعدم الاختصاص النوعي، أما قاضي الأمور المستعجلة فإنه لا يحكم بالإحالة في حالة الحكم بعدم الاختصاص النوعي إلا إذا كان سبب عدم اختصاصه أن الطلب المقدم إليه طلب موضوعي، فيحيله إلى القضاء الموضوعي. أما إذا كان السبب في عدم اختصاصه عدم توافر الاستعجال أو المساس بأصل الحق فإن القاضي المستعجل لا يحكم بالإحالة لأن حكمه في هذه الحالة هو في الحقيقة حكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها وليس حكماً بعدم الاختصاص. ولكن إذا حكم القاضي المستعجل بعدم اختصاصه الوظيفي أو المحلي فيجب أن يحكم بالإحالة إلى المحكمة المختصة وظيفتها أو محلياً¹.

وتحال الدعوى بحالتها إلى المحكمة، أي أن ما تم من إجراءات فيها قبل الإحالة، كالأجراءات التحقق وأعمال الخبرة، يبقى صحيحاً ويجوز التمسك به، وبالتالي تظل الدعوى محتفظة بكافة أثارها التي رتبها يوم رفعها، فيظل التقادم منقطعاً والفوائد سارية والمدين معزراً، إلى آخر أثار الطلب التي سبق بيانها. بينما إذا كان الحكم بعدم الاختصاص لا يتبعه إحالة فإن ذلك كان يعني زوال الخصومة وجميع ما تم فيها وزوال كافة أثار الدعوى وخاصة قطع التقادم الذي يعتبر كأنه لم ينقطع². فما تم صحيحاً من إجراءات قبل الإحالة يبقى صحيحاً، وعلى المحكمة المحال إليها الدعوى متبعة الإجراءات من حيث انتهت، فإذا ما تمت تهيئة الدعوى للمرافعة بإجراءات صحيحة أمام المحكمة المحلية فلا يقتضي الأمر من المحكمة المحال إليها اتخاذ إجراءات جديدة لتحضيرها، وإذا صدرت أحكام متعلقة بالتحقيق فإن ذلك لا يمنع من الإحالة.

إن، المحكمة المحال إليها الدعوى تلتزم بنظر الدعوى، ويقوم هذا الالتزام ولو كان تحديد الاختصاص قد بنى على قاعدة قانونية غير سليمة أو قد خالف نصاً قانونياً

¹ انظر وجدي راغب ص 293 وكذلك انظر فتحي والي ص 285، 286 وأبو الوفا-الإجراءات المدنية ص 250

² انظر رمزي سيف ص 389، 39 وهامش 1 ص 390

صريحاً، ويمتنع على الخصوم إعادة الجدل في هذا التحديد فحكم الإحالة يقيد المحكمة المحال إليها في مسألة اختصاصها بحيث لا يجوز أن تحكم بعدم اختصاصها بالدعوى، فهذا الحكم يستنفذ سلطة تلك المحكمة في مسألة الاختصاص¹.

الدفع بالإحالة الإتفاقية

- شروطه وأثره:

إذا اتفق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى جاز للمحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التي اتفقوا عليها فيجوز للخصوم في الحالات التي لا يكون فيها عدم الاختصاص متعلقاً بالنظام العام أن يتفقوا، بعد رفع الدعوى إلى محكمة مختصة على إحالتها إلى محكمة أخرى غير مختصة. ولذا يكون صحيحاً الاتفاق على إحالة الدعوى إلى محكمة غير مختصة محلياً بعد رفعها إلى محكمة المختصة، ويكون هذا الاتفاق ملزماً للخصوم، ولأي من الخصوم أن يتمسك بهذا الاتفاق أمام المحكمة الغير مختصة في صورة دفع بالإحالة بسبب الاتفاق². وهو دفع شكلي تسري عليه القواعد التي سبق بيانها التي تحكم الدفوع الشكلية.

وسبب الإحالة هنا اتفاق الخصوم، لذلك لا يشترط أن تكون المحكمة التي رفعت إليها الدعوى غير مختصة، فالإحالة ليس سببها عدم الاختصاص، وإنما الاتفاق. لذلك يجب اتفاق جميع الخصوم على الإحالة ولا يكفي أن يطلبها أحدهم³. أما إذا كانت المحكمة المرفوعة إليها الدعوى غير مختصة، فإن الإحالة تكون وجوبية بسبب عدم الاختصاص، وليست جوازية لاتفاق الخصوم⁴. ذلك أن اتفاق الخصوم على الإحالة لا يلزم المحكمة ويجعل الإحالة وجوبية، وإنما هي جوازية.

والاتفاق يجوز في أي وقت سواء قبل نشأة النزاع أو بعد نشأته وسواء قبل رفع الدعوى به أو بعد رفعها وسواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً⁵. ويصح

¹ وجدي راغب ص 294

² وجدي راغب ص 295

³ انظر رمزي سيف ص 393

⁴ انظر أبو الوفا-الإجراءات المدنية ص 252 وكذلك فتحي والي ص 282

⁵ كما يمكن أن يتفق الخصوم على ترك تحديد المحكمة لمن يرفع الدعوى منهما، ويشترط عندئذ ألا يتصرف المدعى في استعمال

هذا الحق (فتحي والي ص 280)

هذا الاتفاق على الإحالة في أية حالة تكون عليها الدعوى حتى ولو بعد الكلام في الموضوع، لأن الدفع الشكلي المتولد من هذا الاتفاق لم يولد إلا بعد الكلام في الموضوع فيكون بالتالي جائزا التمسك به. وتحال القضية - إذا قضت المحكمة بالإحالة - إلى المحكمة المتفق عليها بكل ما تم فيها من إجراءات. والحكم بالإحالة يستنفذ ولاية المحكمة التي قضت به فلا يكون لها سلطة نظر النزاع. ولكن هذا الحكم لا يقيد المحكمة المحال إليها، إلا إذا كانت هي المختصة محليا وفقا لقاعدة من قواعد الإجراءات المدنية. كما أن للمحكمة المحال إليها أن تقضي بعدم الاختصاص إذا كانت غير مختصة بنظر مثل هذه الدعوى¹.

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانونا أنه يجوز لطرفي الخصومة دائما الحضور باختيارهما أمام القاضي ولو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى على أن يوقعا إقرار بقبولهما التقاضي أمامه ومن ثم فإن النعي قضى فيه مطعون فيه بخرقه للإجراءات الجوهرية للتقاضي في غير محله.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطرفين في الصفقة المبرمة بينهما اتفقا على محكمة التقاضي وما تم فإن قضاة الموضوع بقضائهم باختصاص المحكمة المتفق عليها لم يخالفوا القانون².

وبجانب هذه الإحالة الاتفاقية، والإحالة الناتجة عن الحكم بعدم الاختصاص، هناك الإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة للارتباط، والدفع بطلب هذين النوعين من الإحالة هو أيضا دفع شكلي.

3- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع

- مفهوم قيام ذات النزاع والاعتبارات التي يقوم عليها الدفع:

إذا رفعت دعوى واحدة أمام محكمتين مختلفتين جاز طلب إحالة القضية الثانية إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا ولو كانت كل من المحكمتين مختصة بالحكم فيها، لأن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا أولى بالفصل فيها، نظرا لأنه يترتب على رفع الدعوى إلى محكمة مختصة نزاع الاختصاص

من سائر المحاكم الأخرى المختصة بالحكم في الدعوى، فالدفع بالإحالة في هذه الصورة فيه معنى الدفع بعدم الاختصاص، هذا فضلا عما يترتب على رفع النزاع إلى محاكم متعددة من زيادة عمل المحاكم وزيادة نفقات التقاضي بغير فائدة من احتمال تعارض الأحكام¹.

ولعله من النادر عملا رفع نفس الدعوى مرتين، ولكن المشكلة ممكنة الحدوث، فقد يرفع شخص دعوى ثم يتوفى، فيرفع ورثته نفس الدعوى - جاهلين سبق الدعوى من مورثهم - أمام محكمة أخرى مختصة بها²، كما قد يحدث أن يقيم شخص دعوى أمام محكمة غير مختصة ثم يثبت لها اختصاصها بعدم الاعتراض عليه في الوقت المناسب، بعد أن يكون الشخص قد رفع دعوى مرة أخرى أمام محكمة أخرى مختصة، أو أن يرفع دعوى أمام محكمة مختصة ثم يبادر برفعها أمام محكمة أخرى مختصة قبل الفصل في الدعوى الأولى لعدم رضاه مثلا عن اتجاه هذه المحكمة في تحقيق القضية المرفوعة أمامها³.

ويمكن القول أننا نكون إزاء تعدد صوري للدعوى، لأننا في الواقع إزاء دعوى واحدة رفعت أمام أكثر من محكمة. وأخطر ما يترتب على قيام هذا التعاصر الإجرائي للدعوى أمام المحاكم هو احتمال صدور أحكام متعارضة في ذات الدعوى، ومثل هذا التعرض يؤدي إلى إهدار حجية الشيء المقضي لأن تضارب الأحكام ينفي عنها أنها تصدر كدليل على صحة الإجراءات وسلامة المضمون⁴.

شروط الدفع:

أ- وحدة الدعوى: يشترط لقيام ذات النزاع أن نكون بصدد دعوى واحدة، أي أن ترفع ذات الدعوى أمام المحكمتين، ويستدل على هذه الوحدة بوحدة عناصرها أشخاصا ومحلا وسببا، وتعد الدعوى واحدة إذا استغرق محل إحدى الدعويين محل الأخرى، مثل المطالبة في إحداها بالدين والفوائد والمطالبة في الأخرى بالدين فقط⁵.

¹ رمزي سيف، ص 396، 397.

² فصي والي ص 289.

³ انظر أبو الوفا - الإجراءات المدنية ص 253.

⁴ انظر بيل عشر - ص 366.

⁵ وجدي واغب ص 296. وكذلك فصي والي ص 289.

وهو ما يسمى احتواء الدعوى، وتعتبر تلك الفكرة عن قيام ذات النزاع بصورة جزئية، فهي تفترض قيام وحدة جزئية بين الدعويين -دعوى كبرى أو محتوية ودعوى صغرى أو محتواه. فالدعويان متطابقتان في كل العناصر مع اختلاف وحيد هو أن المطلوب في إحداها أوسع من المطلوب في الأخرى¹.

2- قيام الدعوى أمام محكمتين مختصتين تتبعان جهة واحدة، فيجب أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمتين مختلفتين في ذات الجهة القضائية أي يجب أن يكون هناك عرضا متعاضرا، في ذات الموضوع، لذات الدعوى أمام محكمتين مختصتين. فإذا لم تكن إحدى الدعويين قد رفعت بعد أو كانت قد انتهت قبل طلب الإحالة فلا يتحقق مفهوم قيام ذات النزاع²، ويجب قيام الدعوى أمام محكمتين، فلا يتحقق قيام ذات النزاع إذا قامت الدعويين أمام دائرة واحدة في نفس المحكمة، فحيث يحدث ذلك على القاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى التي رفعت مؤخرا أو أن يقوم بضمهما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الخصوم. وإذا قامت الدعويين أمام دائرتين في ذات المحكمة فيجب أن يتم ضم إحداها إلى الأخرى³.

ثانية⁴. كذلك لا يتحقق شرط وحدة الجهة إذا كانت إحدى الدعويين قائمة أمام محكمتين⁵، ولا يلزم وحدة الدرجة التي تنتمي إليها المحكمتان، فهذا، ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 102⁶.

ومن ناحية أخرى يجب أن تكون كل من المحكمتين المرفوع أمامها الدعوى مختصة بنظرها، فإذا كانت إحداها غير مختصة فإنها تحكم بالإحالة بسبب عدم الاختصاص لا بسبب وحدة الدعوى⁷، على أنه ليس للمحكمة المطلوب منها

الإحالة-التي طرحت عليها الدعوى مؤخرا- إن تتحقق من اختصاص المحكمة المراد الإحالة إليها، إذ أن كل قاض هو رقيب نفسه وليس له أن يمارس تلك الرقابة على قاض آخر، طالما أنهما من نفس الدرجة. وإذا فرض أن كانت الدعوى القائمة أمام القاضي المطلوب منه الإحالة-المعروض عليه مؤخرا- من اختصاصه الحتمي، فإنه لا يمكنه في هذه الحالة إحالتها إلى القاضي المعروضة عليه أولا، إذ لا يتحقق من الأصل فرض قيام ذات النزاع، فالدعوى ليست من اختصاص القاضي الأول ولا يمكنه الفصل فيها¹.

- الدفع بالإحالة للارتباط

- تعريف الارتباط وأهميته:

الارتباط هو صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحقيقهما وتحكم فيهما معا منعا من صدور أحكام لا توافق بينهما²، وتتضح هذه الصلة من الاشتراك الجزئي لعناصر الدعوى الموضوعية بالمحل فقط أو بالسبب الذي تنشأ عنه بحيث أن الفصل في دعوى يمكن أن يؤثر على الفصل في الأخرى، فإذا كان الارتباط بين دعويين يعني وجود صلة بينهما إلا أن الذي يساعد على كشف هذه الصلة ويوضحها هو اشتراك الدعويين في المحل أو السبب³.

وإن كان الارتباط يمكن أن يقوم كذلك ولو لم يكن الموضوع والسبب متحدين، كما لا يلزم أن يكون الخصوم في إحدى الدعويين هم الخصوم في الأخرى⁴.

ومن أمثلة الارتباط دعوى الفسخ اللتان يرفعهما كل من الطرفين على الآخر بسبب عدم الوفاء بالالتزامات، والدعوى بطلب تنفيذ عقد ودعوى الطرف الآخر ببطلانه، ودعوى الدائن على المدين ودعواه على الكفيل ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب ودعوى الوكيل على الموكل بطلب مصاريفه وأتعابه⁵. ومن أمثله كذلك طلب

¹ انظر بالتفصيل أحمد هندي- الارتباط- ص 70 وبعدها

² انظر أحمد هندي- الارتباط في قانون المرافعات ص 78.

³ رمزي سيف ص 398. وإذا فرض أن قامت إحدى الدعويين أمام قاض مدني والآخر أمام قاض جنائي فإن قيام ذات النزاع يتحقق، إذا أتتا أمام دعوى مرفوعة أمام قضاة ينتمون لنفس جهة القضاء (أحمد هندي- الارتباط في قانون المرافعات ص 81).

⁴ انظر بالتفصيل أحمد هندي- الارتباط ص 83- و انظر فرض قيام إحدى الدعويين أمام محكمة أجنبية ص 85 وبعدها.

⁵ انظر أحمد هندي- الارتباط ص 92 وبعدها

⁶ وحدي داغب ص 296 وانظر بالتفصيل أحمد هندي الارتباط- ص 97 وبعدها.

¹ أحمد هندي- الارتباط في قانون الإجراءات المدنية ص 101، 102.

² أبو الوفاء- الإجراءات المدنية ص 255 وانظر دراسة تفصيلية لتعريف الارتباط في مصر وفرنسا وفي إيطاليا أحمد هندي ارتباط

الدعوى و الطلبات في قانون الإجراءات المدنية 191 ص 15 وبعدها.

³ أحمد هندي ارتباط الدعوى ص 31-34.

⁴ أبو الوفاء ص 255، ووحدي داغب ص 299. وانظر تبيل عمر الارتباط الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية ص 21

⁵ أبو الوفاء ص 255.

الضمان والطلب الذي ترتب عليه الالتزام بالضمان، وطلب التعويض اللذان يوجههما كل من الطرفين للآخر في حادثة تصادم مثلا، وطلب البائع من المشتري دفع الثمن وطلب المشتري من البائع تسليم العين المبيعة¹، ويوجد ارتباط بين الدعوى بطلب صحة رهن والدعوى بطلب شطبه، وكذلك بين الدعوى بطلب تثبيت الحيز والدعوى بطلب بطلانه أو استرداد الأشياء المحجوزة².

وتبدو أهمية الارتباط في إمكان الدفع بإحالة الدعوى من محكمة إلى أخرى، حتى تنظر الدعويين المرتبطين محكمة واحدة لما بينهما من صلة وثيقة وتجنب صدور أحكام متعارضة. كما أن الارتباط يرتب آثار أخرى، فهو يبيح لكل من المدعى والمدعى عليه تقديم الطلب في صورة طلب عارض، ويجيز الارتباط كذلك التدخل في الدعوى³. فالارتباط يؤدي إلى امتداد اختصاص المحكمة للفصل في الطلبات العارضة بمختلف أنواعها، كما أنه له دوره في مجال الأحكام إذ يبسط حجية الحكم إلى الأسباب حيث ترتبط بالمنطوق، وكذلك من شأن الارتباط أن يوسع من نطاق الطعن في الحكم إلى الأجزاء التي لم يطعن فيها طالما كانت مرتبطة بالأجزاء المطعون فيها، كما أنه يجوز قبول الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف استنادا إلى الارتباط⁴.

- الارتباط الإجرائي

وبجانب ارتباط الدعوى أو الطلبات الذي هو صلة بين دعويين أو طلبين، وهو ما يسمى بالارتباط الموضوعي، هناك ارتباط إجرائي، وهو صلة

- شروط الدفع بالإحالة للارتباط

إذا قامت صلة الارتباط الموضوعي بين دعويين تولد للخصوم حقا في الدفع بإحالة إحدى الدعويين المرتبطين من محكمة إلى أخرى. وحتى يتم التمسك بهذا الدفع يجب تحقق الارتباط، والمحكمة المعروض أمامها إحدى الدعوى المرتبطة والتي يدفع أمامها إحدى الدعوى المرتبطة والتي يدفع أمامها بالإحالة هي التي

تقدر ما إذا كان هناك ارتباطا بين الدعويين أم لا، واستنباط صلة الارتباط هي مسألة موضوعية تتعلق بظروف كل دعوى ومن سلطة محكمة الموضوع التقديرية ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض¹.

ويشترط فضلا عن توافر الارتباط، أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى القائمة أمامها، وأن تكون تلك المحكمة مختصة كذلك بالدعوى المطلوب إحالتها إليها، نوعيا وقيميا، فلا يشترط اختصاصها المحلي بتلك الدعوى لأن هذا الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام ولأن دواعي الارتباط حسن الفصل في الدعوى المرتبطة وتجنب تعارض الأحكام أكثر أهمية من الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الاختصاص المحلي تقرب المحكمة من المتقاضين كذلك يجب أن تكون المحكمتان تابعيتين لجهة القضاء العادي وأن تكونا من درجة واحدة، وإلا ترتب على ذلك الإخلال بدرجات التقاضي، فلا تجوز الإحالة من محكمة أول درجة إلى محكمة ثاني درجة، والعكس الصحيح، ذلك أننا بصدد دعوتين لا دعوى واحدة².

ولا تكون الإحالة للارتباط إلا من محكمة إلى محكمة أخرى، فإذا قامت الدعويان أمام محكمة واحدة، أي أمام قسمين مختلفين في نفس المحكمة فلا تجوز الإحالة وإنما يمكن ضم الدعويين إلى بعضهما، فضم الدعوى هو أحد آثار الارتباط. فكما أن الارتباط بين الدعوى يؤدي إلى إحالتها- إذا قامت الدعوى بين محاكم مختلفة، فإنه يؤدي أيضا إلى ضمها- إذا قامت الدعوى أمام ذات المحكمة كما أن الضم قد يترتب على قيام ذات النزاع أو على قيام عدم التجزئة³.

فالضم هو إجراء تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها-أو بناء على طلب أحد الخصوم- حيث تجد أمامها دعويان مرتبطان، أمام نفس القسم أو أمام قسمين في نفس المحكمة. فتقوم المحكمة بجمع هاتين الدعوتين لتحكم فيهما معا لما بينهما من صلة وثيقة تقتضي تحقيقهما والفصل فيهما معا. فوجود الارتباط في حد ذاته يكفي كي تقوم المحكمة بالضم، إنما الارتباط لا يجعل الضم محتملا لا تتحقق

¹ انظر رمزي سيف ص 402.

² انظر أبو الوفا-الإجراءات المدنية ص 256 انظر في شرح هذه الشروط بالتفصيل أحمد هندي ارتباط الدعوى والطلبات ص

131 وبعدها.

³ انظر أحمد هندي ارتباط ص 209 وبعدها.

¹ رمزي سيف ص 402.

² العسوي-2- ص 260

³ انظر رمزي سيف ص 401، هامش 1

⁴ انظر بالتفصيل أحمد هندي. ارتباط الدعوى والطلبات- 1991 ص 468 وبعدها.

العدالة بدونه ولا يستقيم القضاء، فالأمر متروك للمحكمة، حسبما تراه في الدعوى من ظروف وأحوال¹.

على أن ضم الدعوى للارتباط لا يترتب عليه اندماج الدعويين، بل تبقى كل منهما محتفظة باستقلالها. أما إذا كان الضم لقيام ذات النزاع، أي أن ذات الطلب معروض على محكمتين في ذات الوقت، فإن الطلبين أو الدعويين يندمجان معا ولا تكون لأي منهما بعد الضم ذاتية مستقلة².

والقرار الصادر من المحكمة بالضم هو مجرد إجراء إدارة قضائية، فهو ليس حكما فلا تتقيد به المحكمة التي أصدرته، فلها أن تعدل عنه أو تلغيه ولا يطعن فيه بالتالي بالاستئناف ولا يخضع لرقابة محكمة النقض³، وإذا تم الضم فلا ضرورة لإخطار الخصوم الغائبين⁴.

والدفع بالإحالة للارتباط وإن كان يسقط الحق فيه بعد بإيداء أي طلب أو دفاع موضوعي في الدعوى، إلا أن التمسك بهذا السقوط يجب أن يتم أمام المحكمة التي يبدي أمامها الدفع وقبل صدور الحكم بالإحالة⁵.

¹ انظر أحمد مندي ص 211-213

² نقض 1968/31 مجموعة النقض السنة 19 ص 170 وكذلك نقض 1869/21 السنة 19 ص 184.

³ انظر بالتفصيل أحمد مندي 221 وبعدها.

⁴ نقض 1983/3/13 طعن رقم 61 لسنة 48 ق، وفي 1982/12/5 طعن رقم 812 لسنة 48 ق، وفي 1983/12/12 طعن رقم 1426

لسنة 48 ق لدى الدناصوري و عكاز الملحق ص 248.

⁵ نقض 1970/12/22 مجموعة النقض السنة 26 ص 1640.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ينص في المادة 103 إجراءات مدنية على أن الدفع بالإحالة للارتباط يمكن أن يبدي في كل حالة تكون عليها الدعوى. و لكنه يستبعد إذا بدأ بينه المطالبة

وفي الحقيقة فإن الدفع بالإحالة للارتباط إنما يتميز عن سائر الدفع الكلية الأخرى لأن صلة الارتباط ذاتها غامضة و من الصعب اكتشافها كمن أن الارتباط يبنى على اعتبارات وإن كانت في أغلبها لمصلحة الخصوم إلا أنها تؤدي في النهاية إلى حسن سير القضاء و فذلك أساسا لتجنب صدور قرارات متعارضة و ليس من اللطفي أن نضحي بتلك الاعتبارات مجرد أن صاحب المصلحة في الدفع لدنسى أو لم يستطع إبداء الدفع في بداية النزاع لذلك فرى ضرورة السماح بإيداء هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى لعدم محكمتها أول درجة (انظر بالتفصيل - الارتباط ص 199 وبعدها.

رابعاً- الدفع بعدم القبول:

تعرف المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية الدفع بعدم القبول، بأنه الدفع الذي يرمى إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع.

وهو دفع لا يوجه إلي إجراءات الخصومة كما هو الحال في الدفوع الشكلية، أو إلي الحق المدعي به كما هو الحال في الدفوع الموضوعية، وإنما هو دفع يوجه إلي حق المدعي في رفع الدعوى ويهدف لمنع المحكمة من النظر فيها، كالدفع بعدم القبول الدعوى لانتفاء المصلحة أو لرفعها من غير ذي صفة أو لرفعها بعد الميعاد أو لسبق الفصل فيها¹

يرمي هذا الدفع إلى الطعن في حق المدعي في استعمال الدعوى، فالمدعي عليه يدفع الدعوى بأنها غير مقبولة، بمعنى أيضا أنه يوجه طعنه إلى وسيلة الحماية القضائية فيقول أنه ليس من حق المدعي اللجوء لهذه الدعوى لأنه يفتقد شرطا من الشروط اللازمة لقبولها أمام القضاء، كأن يدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعي، أي رفعها من غير ذي صفة، أو أن آخرين لم ينضموا إليه في الدعوى، فيدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي كامل صفة، أو يدفع بأن المدعي لم يختصم كافة الأطراف الواجب اختصامها، ومن ثمة فهو يدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي كامل صفة، أو يدفع بعدم قبول الدعوى بانتفاء المصلحة، لعدم وجود مصلحة مباشرة للمدعي من وراء رفعها.

أي أن الدفع بعدم القبول وسيلة الدفاع التي يرمى بها الخصم إلى إنكار وجود الدعوى، فهو يوجه إلى وسيلة الحماية القضائية أو المطالبة القضائية فينكر على خصمه الحق في استعمالها، لعدم توافر شرط من شروط استعمالها، فهو يدفع بأن الدعوى غير مقبولة من القاضي.

والدفع بعدم القبول يختلف على الدفوع الشكلية وعن الدفوع الموضوعية حيث يأخذ مركزا وسطا بينهما، فتارة نجده من الدفوع الشكلية التي يجب إيدؤها قبل

¹ أحمد السيد صاري مرجع سابق ص 324

ومن أمثلة الأسباب التي تؤدي للدفع بعدم قبول الدعوى الواردة في قانون الإجراءات المدنية ما يلي :

- 1- أن لا تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة¹.
- 2- أن لا تتم الإجراءات والعهود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية².
- 3- أن لا ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع³.
- 4- أن لا تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة⁴.
- 5- أن لا يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الإداري، للقرار الإداري المطعون فيه ، ما لم يوجد مانع مبرر⁵.
- 6- أن عريضة افتتاح الدعوى للبيانات المذكورة في المادة 15، وكذلك عدم قبول عريضة الاستئناف نظرا لخلوها من بيان من البيانات المذكورة في المادة 540 من القانون وكذلك عدم قبول عريضة الطعن بالنقض لنفس السبب لخلوها من البيانات المذكورة في المادة 565
- 7- عدم إرفاق عريضة الاستئناف شكلا ، بنسخة مطابقة لأصل الحكم المستأنف طبقا لنص المادة 541.
- 8- عدم امضاء محام على عريضة الاستئناف طبقا للمادة 540 وكذلك عدم قبول عريضة الطعن بالنقض نظرا لعدم إمضاء محام معتمد لدى المحكمة العليا طبقا للمادة 567
- 9- عدم قبول العريضة في القسم العقاري نظرا لعدم إشهارها طبقا للمادة 17

¹ المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية 08-09

² المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية 08-09

³ المادة 926 من قانون الإجراءات المدنية 08-09

⁴ المادة 905 من قانون الإجراءات المدنية 08-09

⁵ المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية 08-09

تناول الموضوع وتارة يمكن أثارها في أي حالة كانت عليها الدعوى، ذلك أنه يوجه إلى أصل الحق وبقبوله يحسم النزاع حوله، فلا يجوز إعادة طرح النزاع أمام نفس المحكمة أو محكمة أخرى في درجتها فإذا ما طرحها الخصم كانت غير مقبولة لسبق الفصل فيها.

أما عن الدفع بعدم القبول فإنه له أحكامه الخاصة التي تجعله أقرب إلى أن يكون دفعا موضوعيا:

وهذا الدفع له وضع خاص يختلف عن أوضاع الدفوع الشكلية، والدفوع الموضوعية. فهو تارة من الدفوع الموضوعية كأن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل في موضوعها أو الصلح فيها أو الاتفاق على التحكيم في شأنها.

وقد تكون من الدفوع الشكلية كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتهاء الصفة أو المصلحة أو رفعها قبل الأوان أو عدم اختصاص من أوجب القانون اختصاصه.

ويصفة عامة فإن آراء الفقهاء جد مضطربة في الطبيعة القانونية لهذا الدفع، فتارة يعتبر البعض دفعا معينا من الدفوع الشكلية، بينما يرى آخرون أن الدفع بعدم القبول هنا من الدفوع الموضوعية.

أما الدفع الشكلي فإنه لا يوجه إلى أصل الحق وموضوع الدعوى، بل يوجه إلى الشكل والأعمال الإجرائية التي تجب مباشرتها للوصول إلى أصل الحق، بحيث يمكن اعتباره عقبة مؤقتة يمكن تداركها باتخاذ الشكل الصحيح، وتقاديا لإطالة أمد التقاضي واستهدافا للجديفة فإنه يتعين إيدؤها دفعة واحدة وقبل تناول الموضوع.

والأمثلة على الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم، فالاتفاق على التحكيم يؤدي إلى التزام أطراف الاتفاق على احترامه.

الدفع بعدم القبول لعدم اختصاص من يوجب القانون اختصاصه مثل دعوى الشفعة التي يجب أن ترفع على كل من البائع والمشتري وطالب الشفعة، ومن الأمثلة كذلك الدفع بعدم القبول لعدم اتباع إجراءات معينة قبل رفع الدعوى مثل إشهار العريضة في حالة رفع دعوى عقارية¹.

هذا وقد أحتوي قانون الإجراءات المدنية حالات عديدة لعدم القبول وهي عدم قبول الدفوع الشكلية أن لم تقدم قبل الدخول في الموضوع أو تقديم دفوع أخرى طبقا للمادة 50 من القانون، عدم قبول المعارضة في الأوامر والأحكام والقرارات، التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق وعدم قبول استئنافها أو الطعن فيها بالنقض، إلا مع الحكم الذي فصل في موضوع الدعوى طبقا للمادة 81، عدم قبول التدخل إلا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه طبقا للمادة 198، عدم قبول الاعتراض على النفاذ المعجل، إلا إذا ثبت أن الحكم الذي أمر به طعن فيه بالاستئناف أو المعارضة طبقا للمادة 325، عدم قبول أي طعن في الأحكام الفاصلة في الاعتراض على النفاذ المعجل طبقا للمادة 326، عدم قبول الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلا مع الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع طبقا للمادة 351، عدم قبول الطعن في ذات الوقت بالتماس إعادة النظر في الأحكام والقرارات المطعون فيها بالنقض طبقا للمادة 352، عدم قبول الطعن بالنقض إلا إذا قدم من أحد الخصوم أو من ذوي الحقوق طبقا للمادة 353، عدم قبول تدخل الغير أمام جهة الإحالة. طبقا للمادة 371 عدم قبول التماس إعادة النظر، إلا إذا كانت العريضة مرفقة بوصل يثبت إيداع كفالة بأمانة ضبط الجهة القضائية، لا تقل عن الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها المادة 834 .

عدم قبول طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، ما لم يكن مترامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع، أو في حالة التظلم المشار إليه في المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية، عدم قبول تدخل بعد اختتام التحقيق طبقا للمادة 870

ميعاد تقديم الدفوع بعدم القبول:

إذا كانت الدفوع الشكلية تقدم قبل بداية المرافعات إلا أن الدفوع بعدم القبول يختلف عنها فإنه يمكن الدفوع بعدم القبول في أي مرحلة عليها الدعوى فلقد نص المشرع في المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية 08-09: يمكن للخصوم تقديم الدفوع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع.

وأن كان الدفوع بعدم القبول يقدم من المدعي عليه إلا أن المشرع في المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية 08-09 قد رجع للقاعدة العامة وهي تدخل القاضي وإثارة للدفوع بعدم القبول في حالتين بنصه: يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفوع بعدم القبول إذا كان من النظم العام، لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن".

الدفوع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان أو المناسبة

كما تناولت المادة حقا من حقوق وادي انقضاؤها إلى انقضاء الحق، فإن للخصم أن يدفع بزوال الدعوى لزوال الحق الذي يحمي.

وهذه قاعدة عامة تسري في سائر فروع القانون.

والجدير بالذكر أن الحق يسقط في ثلاث صور.

الصورة الأولى: إذا تعددت حقوق الشخص ورتبها القانون ترتيبا معينيا لاستعمالها ثم خالف صاحبها هذا الترتيب، فالدفوع الشكلي الذي لا يتعلق بالنظام العام يسقط بالحديث حول الموضوع، أو بسابقة إثارة دفوع شكلية أخرى، وكذلك أيضا دعوى الحيازة التي تسقط برفع دعوى المطالبة بأصل الحق.

الصورة الثانية: حالة ما إذا أوجب القانون اتخاذ إجراء معين في ميعاد معين، ولم يتخذ صاحب الحق هذا الإجراء في الميعاد فإنه حقه يسقط بفوات هذا الميعاد.

الصورة الثالثة: إذا فوت الخصم المناسبة التي أشتراط القانون مباشرة الإجراء من خلالها فإن عدم مباشرة الإجراء يسقط الحق.

كضرورة التدخل قبل أقفال باب المرافعة، فأقال باب المرافعة يعني سقوط الحق في التدخل، وسقوط الحق في رفع الاستئناف المقابل لقفل باب المرافعة في الاستئناف الأصلي.

وفي بعض الحالات ينص القانون على جزاء خاص لتجاوز الميعاد كحالة اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وحالة اعتبار المدعى تاركا الدعوى، وحالة سقوط الخصومة، وحالة اعتبار الحجر. كأن لم يكن.

الجدير بالذكر أنه يجب التفرقة بين مواعيد الإجراءات ومواعيد السقوط.

فمواعيد الإجراءات تكون خلال مباشرة الإجراءات، بينما مواعيد السقوط تسبق رفع الدعوى.

ومخالفة مواعيد الإجراءات التي تؤدي إلى تعجيل الفصل في الدعوى يترتب

ذلك زوال الخصومة، بينما عدم احترام مواعيد السقوط يؤدي إلى سقوط الحق وعدم إمكان المطالبة به.

ويكون التمسك بمخالفة مواعيد الإجراءات بدفع شكلي أما سقوط الحق فيكون بالندف بعدم القبول.

وإذا ألزم المشرع بفترة معينة يباشر خلالها الإجراء، فإن مباشرة هذا الإجراء قبل فوات المدة يؤدي إلى الدفع بعدم القبول لرفع الدعوى قبل الأوان، مثل ذلك رفع دعوى الشفعة قبل مرور المدة القانونية.

ومن الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله، والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد إقامة دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل التخلي عن الحيازة لخصمه، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين عملاً بالمادة 660 مدني¹. كذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء الحق بالتقادم، لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها عملاً بالمادة 321 مدني².

أثر الحكم بقبول الدفع

إذا كنا قد انتهينا إلى أن الدفع بعدم القبول من الدفوع الموضوعية الدفوع فإنه يجدر بنا التساؤل عن طبيعة هذا الدفع بالنسبة للنظام العام هل يتعلق به من عدمه؟ لا يمكن وضع قاعدة عامة في هذا الصدد فهناك حالات من دفوع عدم القبول تتعلق بالنظام العام، وحالات أخرى لا تتعلق بها.

ومن الدفوع المتصلة بالنظام العام الدفع بعدم قبول طلبات جديدة في الاستئناف (المادة 34 إجراءات مدنية)، والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه قبل الميعاد أو بعده، كعدم قبول الاستئناف المرفوع قبل الفصل في الموضوع عن حكم فرعي

لا يعجل الطعن المباشر، ففي مثل هذه الأحوال يتعين على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى عملاً بالمادة 337 إجراءات.

هذا إذا كان الطعن رفع بعد الميعاد، أما رفع الطعن قبل الميعاد فلا يؤدي إلى سقوط الحق فيه، وإنما تقضي المحكمة بعدم قبول الطعن لرفعه قبل الأوان باعتبار أن هذه المسألة من النظام العام.

كذلك من الدفوع النظام العام إنكار صفة الخصم في رفع الدعوى، و يجب على المحكمة أن تقضي في ذلك من تلقاء نفسها، خاصة بالإطلاع على توكيل المحامي الذي يبيح له رفع الدعوى أو قرار الوصاية أو قرار القوامة فهذه المسألة من النظام العام يجب على المحكمة أن تتأكد من صحتها، كذلك إذا حل الورثة محل المدعى، فإنها تطالبهم بتقديم أعلام الورثة للتأكد من الصفة.

ومن الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله، والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد إقامة دعوى المطالبة بالحق، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل التخلي عن الحيازة لخصمه، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين عملاً بالمادة 660 مدني¹. كذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء الحق بالتقادم، لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها عملاً بالفقرة الأولى من المادة 321 مدني².

ويجدر التساؤل عن أثر الحكم بقبول الدفع، هل يعني عدم تجديد الدعوى أم يقتصر على إلغاء إجراءات الخصومة.

والحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يؤدي إلى عدم جواز تجديد الدعوى، لأنه فصل في الموضوع فيحوز حجية الشيء المحكوم به.

¹ المادة 660 مدني: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.

ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتسلك بهذا الحل.

² المادة 321 مدني: لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتسلك المدين به.

ويجوز التسلك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية.

¹ المادة 660 مدني: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.

ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتسلك بهذا الحل.

² المادة 321 مدني: لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتسلك المدين به.

هذا بخلاف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فهو عائق مؤقت يؤدي إلى إلغاء الإجراءات التي بوشرت في الدعوى، ويجوز لصاحب الشأن تجديدها إذا لم يكن قد سقط الحق فيها.

والجدير بالذكر أنه لا يمكن وضع قاعدة عامة في هذا الصدد، فأحيانا يؤدي الحكم بقبول الدفع إلى عدم جواز رفع الدعوى مرة أخرى، كحالة قبول الدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة لمن يادر برفع دعوى المطالبة بالحق أولا، كذلك سقوط الاستئناف لرفعه بعد الميعاد.

ولكن هناك حالات، يؤدي قبول الدفع إلى الأوان والمناسبة، كذلك إذا حكم بعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل إذا لم يكن رجع على المدين (م 660 مدني) فيجوز له تجديد دعواه على الكفيل إذا ما رجع أولا على المدين، كذلك الحكم بعدم قبول الطعن بالنقض في حكم فرعي، فيجوز تجديد الطعن بعد صدور الحكم في الموضوع.

حالات خاصة للدفع بعدم القبول:

تتمثل هذه الحالات في: عدم القبول لسبق الاتفاق على التحكيم، عدم القبول لعدم اختصاص أشخاص معينين، عدم القبول لعدم رفعها ممن يوجب القانون رفعها منهم، عدم القبول لعدم إتباع خطوات سابقة على رفع الدعوى، عدم القبول لرفعها قبل الأوان.

فهذه حالات نعالجها تباعا.

أولا: الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم

إذا اتفق الطرفان على التحكيم، فإن ذلك لا ينفي اختصاص المحكمة أنسا تكون الدعوى غير مقبولة أمامها لقيام شرط التحكيم، فإذا خالف الخصم الشرط سالف الذكر وأقام دعواه أمام القضاء، أمكن للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى لسابقه الاتفاق على التحكيم، ويجب أن يكون هذا الدفع موجه إلى جميع المدعين وإلا كان غير مقبول.

ثانيا: الدفع بعدم القبول لعدم اختصاص أشخاص معينين

نصت المادة 802 من القانون المدني على أنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما

من تاريخ الإعلان المتخصص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".

كما نصت المادة 222 إجراءات على أنه:

"تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة .

يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط، إما عن طريق دعوى أو عن طريق دفع بثيره أحدهم قبل أية مناقشة في الموضوع.

مفاده ما تقدم أن المشرع يشترط اختصاص أشخاص معينين في الدعوى (البائع والمشتري في دعوى الشفعة) وتوجيه الدفع إلى جميع المدعين عند طلب إسقاط الخصومة، فإذا خالف الدافع هذه الأوضاع أمكن الدفع في مواجهته بعدم قبول الدعوى، لعدم اختصاص من أوجب القانون اختصاصهم سواء تعلقت المسألة بالنظام العام من عدمه.

ولكن يجوز إذا اكتشف المدعى أنه لم يختصم من أوجب القانون اختصاصهم، أن يطلب من القاضي أجلا لاختصاصهم عملا بأحكام المادة 214 إجراءات.

ولقد قضت المحكمة العليا "متى كان من المقرر قانونا انه يجب ان ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ومن المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام وتطبق تلقائيا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمباشرة الطاعن بمخالفة أحكام المادة 799 من (ق م)، غير مؤسس ويستوجب رده.

ولما كان ثابتا أن الطاعنين لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانونا رغم علمهم بالبائع الواقع، وكان ثابتا كذلك أنهم لم يرفعوا دعواهم على البائع والمشتري معا واكتفوا برفعها على البائع فقط لدى فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم للقاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة، التزموا صحيح القانون¹.

ثالثا: الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير صاحب الحق

قد يكتشف المدعى عليه تزويرا في محرر قدمه المدعى، ويكون هو صاحب الصفة في دعوى التزوير الفرعية، فإذا كان هناك خصما قد أقام هذه الدعوى، فإن للمتمسك

بالمحرر أن يدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي مصلحة، وينطبق ذلك على حالة البطلان النسبي، كذلك في الحالات التي يوجب فيها القانون رفع الدعوى من أشخاص معينين، كما إذا رفعت الدعوى من أحد الورثة طالب إخلاء المستأجر للعين لانتهاء عقد الإيجار، دون أن يكون هذا الوارث وكيلًا عن باقي الورثة، فيمكن للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها غير ذي كامل صفة.

وفي المقابل إذا أقام شخص الدعوى ضد أحد الورثة لإخلاء العين التي كان بها المورث، فإن للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بعدم قبولها لرفعها على غير ذي كامل صفة، إذ كان يتعين اختصاص جميع الورثة في الدعوى.

رابعاً: الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اتخاذ الإجراءات السابقة على رفعها

مثل ذلك إجراءات التنبيه بالإخلاء في الإيجار القديم وتقديم أعمار للمستأجر في المواد التجارية عند وجود مخالفة طبقاً للمادة 177 تجاري وكذلك القيام بإشهار العريضة في المادة العقارية يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلقت بعقار أو حق عيني عقاري مشهور طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار.

الطعن في الحكم الصادر في الدفع

تنص المادة 333: تكون الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

إذا قضى بعدم قبول الدعوى فطعن المحكوم ضده على هذا الحكم بالاستئناف، فإنه يثور التساؤل هل يترتب على الاستئناف إعادة طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية، أم أن دورها يقتصر على الفصل في الدفع بعدم القبول؟

بالنسبة للدفع الشكلي فإنه عند الفصل فيه لا يمس موضوع الدعوى، ومن ثمة عند استئنافه فإن دور محكمة الاستئناف هو الفصل في الدفع هل كان في محله أم في غير محله دون تناول الموضوع، فإذا قضت بأن الدفع في محله أو غير محله، فإنها تعيد النزاع إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في الموضوع على ضوء قرار المجلس.

فإذا ألغا المجلس الحكم الصادر بقبول لدفع شكلي، فإن على محكمة الدرجة الأولى التقيد بالحكم الاستئنافي والتصدي للموضوع، وإذا قضت بتأييد الحكم الصادر بقبول لدفع شكلي فإنها تكون حسمت دفعا يؤدي إلى عدم التصدي للموضوع، كالدفع بعدم قبول لدعوى لانتفاء الصفة، فلا محل عندئذ لإعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى، وعلى المحكوم ضده استئنافا معلومة رفع الدعوى بالشكل الصحيح.

المادة 350: تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر.

الدفع بعدم الأهلية:

كان الفقه الفرنسي غير متفق حول طبيعة هذا الدفع، إذ اعتبره البعض دفع استمهال أن يمنح أجل أو دفعا شكلياً مترتب عليه البطلان¹، وكان ذلك الفقه ينظر إلى الأهلية كشرط من شروط صحة الخصومة.

بينما اعتبره البعض الآخر دفعا بعدم القبول، نظراً إلى الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى أو الخصومة².

وكان للقضاء منقسماً حول هذا الدفع، وهل هو دفع شكلي أم دفع بعدم القبول. وقد جاء القانون الفرنسي الجديد سنة 1975 ونص في المادة 117 منه على أنه دفع بالبطلان، وبالتالي اعتبره دفعا شكلياً. ونتيجة ذلك صار عيب عدم الأهلية واحداً من العيوب الموضوعية تؤدي إلى بطلان الخصومة أو الإجراءات المتخذة فيها. وهذا الدفع بالتالي يكون جائزاً لتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولا يشترط لإعماله وقوع أي ضرر يصيب المتمسك به³.

وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري حيث نص في المادة 65 على:

¹ جامان، الصفة، رسالة ص 324.

² موليير بيير المرجع السابق ج 1 فقرة 222.283.

تعليق هيرو، المجلة الفصلية للمدعي 1957 ص 164.

³ نفص مصري 1950/12/14 مجموعة القواعد القانونية 1931-1955 ص 623.

نفص فرنسي 1953/10/28 و اللوز 1954 ص 41.

"يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التقويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"

أي أن المشرع الجزائري في القانون الجديد قد حرص على تأكيد أن الدفع بانعدام الأهلية من النظام العام فيستطيع أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه.

القواعد الإجرائية للإثبات

في معنى الإثبات

الإثبات لغة تأكيد أمر معين أو حق معين بالدليل والحجة.

بالمعنى القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها.

أو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي يجيزها القانون، على واقعة قانونية تؤثر في الفصل في الدعوى.

وللإثبات أهمية لا تخفي إذ لا يمكن التمتع بحق ما دون إقامة الدليل عليه عند النزاع فان ثبت العجز عن تقديم الدليل المرسوم تعذر التمسك بالحق أو المركز القانوني الذي يدعيه الشخص ومع ذلك فالدليل هو غير الحق لأنه الوسيلة لإثبات وجود الحق بشروطه وأوصافه فلو كان الدليل باطلا مثلا فان ذلك لا يحول دون إثبات الحق بدليل آخر.

ويتضح أيضا من التعريف السابق أن الإثبات ينصب على صحة واقعة قانونية لا على الحق المتنازع عليه بعبارة أخرى، محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق والوقائع القانونية أما أن تكون تصرفات قانونية، كعقد رتب التزامات معينة على عاتق أطرافه، وإما أن تكون أعمالا مادية. ومثال العمل المادي، العمل غير المشروع والفعل النافع.

القواعد العامة في الإثبات:

قبل التطرق للقواعد الإجرائية لابد من المرور على القواعد العامة والمبادئ الرئيسية للإثبات وفي هذا نتطرق إلى:

مبدأ حياد القاضي، والحق في الإثبات، ومحل الإثبات، وعبء الإثبات

، دور القاضي في عملية الإثبات

إن دور القاضي في عملية الإثبات يختلف من مذهب لآخر. وهذه الطرق قد تكون محددة أو غير محددة فهي تختلف من نظام إلى آخر ففي النظام الحر للإثبات نجد أن للقاضي حرية واسعة في اختيار الدليل وفي تقدير الألة التي يبني على أساسها حكمه ولا يرسم للقاضي طرقا ووسائل للإثبات تقيد نشاطه في التحري عن الحقائق بكل الوسائل فله كامل الحرية في نظر الوقائع المعروضة من الخصوم فله أن يستكمل ما نقص من

ومبدأ حياد القاضي يتعلق بالنظام العام ، لذلك يجب على القاضي أن يأخذ به ، حتى ولو لم يرد به نص في القانون، لأنه من غير المتصور أن يرد نص يوجب على القاضي أن يأخذ موقفا حياديا من الخصوم.

ومن مظاهر حياد القاضي وسلبية دوره في الإثبات ان لا تكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها سواء كانت هذه المصلحة مادية أم معنوية وذلك لضمان حماية القاضي من نفسه ، اذ لا يجوز له أن يجمع بين صفتي الخصم والحكم . وكذلك يجب على القاضي أن لا يخل بحق الدفاع والحق الذي يتطلب اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم والمساواة بينهم في المعاملة ومنحهم فرص متكافئة.

فالأصل أن القاضي مقيد بطرق الإثبات التي حددها القانون، وأن دوره يقتصر على تلقي ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى، وتقديرها وفقا للقيمة التي قررها لها القانون فليس من وظيفة القاضي أن يساهم في جمع أدلة جديدة ولا يستطيع القاضي أن يستند إلى أدلة استنبطها بنفسه خارج الجلسة، ولا يجوز له أن يأخذ بأدلة قامت في قضية أخرى، أو قامت في القضية المعروضة عليه ولم يعلم بها أحد طرفي الخصومة وهذا الموقف السلبي في تسير الدعوى يعبر عنه بمبدأ حياد القاضي ولا يتطلب المشرع حياد القاضي فحسب، وإنما يتطلب منه حماية مظهر الحيادة الذي يجب أن يتحلى به ومن متطلبات مبدأ حياد القاضي، أو حماية مظهر الحيادة، أو هما معا، ألا يكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها .. مادية كانت أو معنوية وألا يكون له رأي مسبق في الدعوى التي ينظرها، فهذا الرأي قد يشل تقديره الصحيح .. وإلا يخل بحق الدفاع وهو الحق الذي يستوجب اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم ويستوجب بدها المساواة بينهم في المعاملة وجه للعموم ومنحهم جميعا قرصا متكافئة على وجه الخصوص.

وبناء على ذلك، فلا يكون للقاضي - وفقا لهذا المبدأ- أي دور إيجابي في عملية الإثبات أو في استكمال عناصر اقتناعه بالحقوق المتنازع عليها.

7- النتائج المترتبة على اعتناق مبدأ الحياد :

يتضح لنا مما تقدم أن مبدأ حياد القاضي يعتبر من أهم ركائز نظام الإثبات المقيد، حيث تتسم سلطة القاضي وفقا لهذا المذهب بالسلبية المفرطة، التي يفرضها كذلك تطبيق مبدأ الحياد المطلق والواقع أن اعتناق هذا المبدأ على إطلاقه يرتب عدد من النتائج الهامة:

النتيجة الأولى: يجب على القاضي ألا يقضي بعلمه الشخصي

بمعنى أنه يتمتع عليه الاستناد إلى واقعة أو دليل معين يعلمه هو شخصيا دون يقدم له عن طريق الخصوم، ولا يجوز له بالتالي أن يؤسس حكمه على هذه الواقعة أو ذلك الدليل.

فحياد القاضي يمنعه أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى، والسبب في ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية، ولما كان الخصوم حق مناقشة هذا الدليل، اقتضى الأمر أن ينزل القاضي بمنزلة الخصوم، فيكون خصما وحكما وهذا لا يجوز ولا تعد المعلومات المستقاة من خبرة القاضي في الشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضي أن يبني حكمه عليها

فيجب إذن وفقا لمبدأ الحياد أن يقتصر القاضي في تأسيسه لحكمه على ما يبديه أمامه الخصوم من وقائع وأقوال وما يقدمونه-طبقا للقانون- من أدلة لإثبات حقوقهم في النزاع المطروح عليه. ويكون حكمه في الطلبات و الدفوع المثارة أمامه على أساس الأدلة المقدمة من الخصوم فقط وبحسب قيمة كل دليل وفقا للقواعد القانونية المنظمة لأدلة الإثبات.

لا يعتبر من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي ما يحكم به وفقا لمعلوماته العامة الفنية أو العلمية التي يفترض علم الكافة بها.

النتيجة الثانية: يجب أن يتاح لكل خصم العلم بالأدلة المقدمة من الخصم الآخر أو ما يعرف بمبدأ حق الخصوم في الإثبات والمجابهة بالأدلة ، من المبادئ الأساسية التي تستلزم في نظام التقاضي ، فالإثبات إذا كان واجبا على

المدعي ويستلزم منه إقامة الدليل على صحة ادعائه فإنه في الوقت نفسه يحق لهذا الخصم ، أن يثبت الواقعة القانونية التي تعد مصدرا للحق الدعي به وتقديم جميع ما عنده من أدلة يسمح بها القانون لإثبات ما يدعيه ولا يستطيع القاضي أن يحرمه من هذا الحق و ألا كان حكمه مشوبا بالقصور الذي يستوجب النقض ويترتب على الحق في الإثبات أن لكل من المدعي والمدعي عليه الحق في رد ونفي ادعاءات كل منهما الآخر وإقامة الدليل على عكسها وهذا المبدأ يطلق عليه بالمجابهة بالأدلة.

ويتصل بمبدأ حق الخصوم في الإثبات والمجابهة بالأدلة مبادئ أخرى تعد من المبادئ الأساسية أيضا في الإثبات وهما مبدأ عدم جواز إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه ومبدأ عدم جواز ان يصطنع الخصم دليلا طالما أن الحكم يؤسس على الأدلة المقدمة من الخصوم دون تدخل من القاضي.

وعلى هذا فلا يستطيع القاضي أن يبني حكمه على دليل تم تقديمه من أحد الخصوم دون أن يجابه به الخصم الآخر وهذا ما يعرف بمبدأ وجوب مجابهة الخصم بالدليل أو مبدأ حضورية الأدلة، ويعرف بمبدأ المواجهة.

النتيجة الثالثة: يلتزم القاضي وفقا لمبدأ الحياد بأن يسبب حكمه

فعليه أن يبين في هذا الحكم الوقائع والأدلة التي استند إليها في قضائه وعدم بيان الأسانيد الواقعية بيانا وافيا يترتب عليه القصور في التسبب مما يوجب نقض الحكم. والالتزام بالتسبب يعد من الضمانات الهامة التي تكفل الرقابة.

النتيجة الرابعة : لا يجوز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه :

أن هذا الأمر يعد بديهيا ، لأنه من غير المتصور أن ينشأ الشخص لنفسه دليلا على الحق الذي يدعيه ، لأن الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد شخص معين يجب أن يكون صادرا من تلك الشخص نفسه حتى يمكن الاحتجاج به عليه ، ولذلك لا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه للخصم مجرد سند صادر منه أو مذكرته التي دونها بنفسه ، وإثما يجب أن يكون هذا السند

صادرا من الخصم الذي يحتج بالسند في مواجهته ، فلا يجوز للشخص أن ينشئ بنفسه سببا لحق يكسبه، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية انه : (لا يجوز اتخاذ أقوال احد الخصوم في محضر الاستجواب دليلا ضد خصمه وانه لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه دليلا يحتج به على الغير).

إذا كان للخصم الحق في أن يقدم الأدلة التي تثبت ما يدعيه، فإنه لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه فإذا اشترط القانون الكتابة للإثبات، فلا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم ورقة صادرة منه، أو محررات دونها بنفسه وإنما يجب أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يتم التمسك بالكتابة في مواجهته وإذا اشترط القانون البينة للإثبات فلا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم مجرد أقواله وادعاءاته، فلا يحق للخصم أن يشهد لنفسه ضد خصمه

على أن القانون يبيح للشخص في حالات استثنائية أن يحتج بدليل صادر عنه من ومنها أن ((دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار إلا أن البيانات الواردة فيها عما أورده التجار تصح أساسا للمحكمة أن توجه اليمين المتممة إلى لأي من الطرفين)) فطبقا لهذا النص للتاجر أن يتمسك بما دونه في دفاتره كدليل لصالحه ولو أنه ليس بدليل كامل وإنما يصلح أساسا يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين

النتيجة الخامسة : عدم جواز إلزام الخصم على تقديم دليل ضد نفسه

الأصل انه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ، فمن حق الخصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة ولا يجوز لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يرغب بتقديمه . غير أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع الحقوق لعدم تمكن أصحابها من تقديم أدلة إثبات ما يدعونه،

المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهنا بمبارزة الخصوم وحدهم، والحرص على استقرار الحقوق، وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد وهواة المطل".

مظاهر الدور الإيجابي للقاضي

يتجلى الدور الإيجابي للقاضي في أنه يستطيع أن يتخذ ما يراه مهما في حدود القانون. فيجوز له-

أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم، حتى ولو لم يكن طرفا في العقد طبقا للمادة 73

يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى طبقا للمادة 76. يمكن للقاضي، ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع. وهذا بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال. طبقا للمادة 77

يتولى القاضي المقرر، مراقبة تنفيذ إجراء التحقيق المأمور به، إذا كان الحكم الذي قضى به صادرا عن تشكيلة جماعية. طبقا للمادة 83 يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه، للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه طبقا للمادة 84

عند إشراف القاضي على عمليات الخبرة، يأمر أمين الضبط بتحرير محضر يدون فيه معانيته، والتوضيحات المقدمة من الخبير، وتصريحات الخصوم والغير. يفصل القاضي في الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ التحقيق، بأمر غير قابل لأي طعن طبقا للمادة 92 .

يمكن للقاضي في جميع المواد أن يأمر الخصوم أو أحدهم، بالحضور شخصيا أمامه طبقا للمادة 98 .

يفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن، في طلب أحد الخصوم الرامي إلى الحضور الشخصي لطرف آخر طبقا للمادة 98 .

تقيم المبدأ: بناء على ما سبق يتضح لنا أن مبدأ حياد القاضي يعد من أهم مظاهر نظام الإثبات المقيد وأن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه وما يترتب عليه من نتائج هامة من شأنه أن يعجز القاضي في كثير من الأحيان عن الوصول إلى الحقيقة الواقعية أو العدالة. والواقع أن الفقه التقليدي قد بالغ في تصوير حياد القاضي على نحو يجعل منه أشبه بالآلة الميكانيكية في تأدية وظيفته، فيقتصر دور القاضي-وفقا لهذا التصوير على مجرد تلقي وقائع القضية وتفصيلاتها ليقوم هو بعد ذلك باستخراج الحكم منها دون أي دور إيجابي في هذا الشأن.

سلطة المحكمة في اتخاذ إجراءات الإثبات

للمحكمة سلطة تقديرية في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه ضروريا للوصول إلى الحقيقة سواء طلب الخصم أو لم يطلب وذلك انطلاقا من الدور الإيجابي للقاضي في التحرك الذاتي للكشف عن الحقيقة والتوصل إلى الحكم العادل، لأن تلك الإجراءات الذاتية للكشف عن الحقيقة والتوصل إلى الحكم العادل، لأن تلك الإجراءات المتصلة بموضوع الدعوى، قد تكشف عن قرائن قضائية تثير للمحكمة الطريق في الوصول إلى الحقيقة. فضلا عن أن الخصومة ليست ملكا للخصوم وحدهم، بل هي أداة لتطبيق القانون، وإن أدلة الإثبات تقدم تحت مراقبة القاضي الذي لا يقتنع إلا بما يرتاح إليه من النتائج المستخلصة من إجراءات الإثبات التي يأمر بها في حدود ما يدعيه كل خصم من وقائع الدعوى.

- ماهية الدور الإيجابي للقاضي

يتجلى الدور الإيجابي للقاضي في قدرته على تيسير إجراءات الإثبات وتحقيق مزيد من إيجابية القاضي وفاعليته بإمداده بمزيد من حرية الحركة في هذه

يمكن للقاضي أن يأمر بمثول فاقد الأهلية رفقة ممثله القانوني.

يمكن أيضا أن يأمر بمثول الممثل القانوني للشخص المعنوي، سواء كان خاضعا للقانون العام أو الخاص. طبقا للمادة 107.

إذا تعذر على القاضي الانتقال خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة، أو بسبب المصاريف، جاز له إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة، أو درجة أدنى، للقيام بالإجراءات المأمور بها طبقا للمادة 108.

إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير واقية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية. طبقا للمادة 141 يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة طبقا للمادة 144.

يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية طبقا للمادة 146. إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته طبقا للمادة 147.

يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية طبقا للمادة 150.

يمكن للقاضي أن يأمر بالحضور الشخصي للخصوم وسماع من كتب المحرر المنازع فيه، وعند الاقتضاء، سماع الشهود الذين شاهدوا كتابة ذلك المحرر أو توقيعه طبقا للمادة 166.

يأمر القاضي بأداء اليمين في المواد التي يجوز فيها ذلك طبقا للمادة 189.

يمكن للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لإدخال الضامن.

يستأنف سير الخصومة بمجرد انقضاء هذا الأجل طبقا للمادة 204.

يمكن للقاضي أن يمنح أجلا للضامن لتحضير وسائل دفاعه. طبقا للمادة 205.

يفصل القاضي في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد، إلا إذا دعت الضرورة طبقا للمادة 206.

ودور القاضي الإيجابي في الإثبات يظهر بصفة عامة جليا من خلال أربعة أمور هامة:

قله أن يأمر من تلقاء نفسه بأي إجراء من إجراءات الإثبات.

ويمكنه كذلك أن يعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات.

وله حرية كاملة في تقدير دليل الإثبات.

وله تفسير ما وضع أمامه من وسائل وتطبيق النص القانوني

أولا: للقاضي الأمر بأي إجراء من إجراءات الإثبات

القاعدة العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن إجراءات الإثبات تتخذ بناء على أمر يصدر بإجرائها سواء كان ذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس القاضي، وذلك لأن القاضي ملزم بأن يصدر حكما في الدعوى المعروضة عليه وإلا يعد مسئولا عن إنكار العدالة وهذا الأمر يتطلب منه السعي لتكوين عقيدته واقتناعه بالقرار الذي يهدف الوصول له لحل النزاع المعروض عليه¹ وذلك قد يكون عن طريق الأمر بإجراءات الإثبات اللازمة إن وجد محل لذلك. ولهذا فقد منحه المشرع- في بعض الأحيان- الحق في أن يأمر ولو من تلقاء نفسه باتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات فله:

1- أن يأمر أحد الخصوم، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة المادة 201 .

2- سماع أي شخص أثناء تنقله، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة.

كما يجوز له في نفس الظروف سماع الخصوم المادة 148.

3- أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون المادة 75.

4- تسوية الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ التحقيق المأمور به المادة 91

5- تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة للمدة (126)
6- القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية المادة 146
ولقد منح المشرع حماية لأي أمر أو حكم أو قرار يصدر من القاضي يقضي بإجراء تحقيق حيث نص في المادة 81 على: "لا تقبل المعارضة في الأوامر والأحكام والقرارات، التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، ولا يقبل استئنافها أو الطعن فيها بالنقض، إلا مع الحكم الذي فصل في موضوع الدعوى".

كما أن لا يترتب على الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، تخلي القاضي عن الفصل في القضية المادة 80.

من الثابت أن الأمر باتخاذ أي إجراءات من إجراءات الإثبات يكون جوازي للمحكمة حسب ما يترأى لها من ظروف الدعوى فإذا تبين لها عدم أهمية هذا الأمر، وأن الأدلة المقدمة في الدعوى كافية لتكوين عقيدتها والحكم فيها، فليس للخصوم الحق في أن يعيبوا عليها موقفها هذا ولا يكون لمحكمة النقض أي رقابة هذا الخصوم.

كذلك استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن الرخصة الممنوحة للقاضي لكي يأمر بإجراء التحقيق أو يرفض ذلك تتعلق بسلطته التقديرية. ومن ذلك قضائياً بأن المواد 10، 143، 144 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لا تعطي القاضي إلا مجرد رخصة لكي يأمر باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق بدون أن يكون ملزماً باستخدام هذه الرخصة طالما أنه قدر أن الأدلة المقدمة إليه تكفي لتكوين عقيدته كما قضت أيضاً في أحكام أخرى بأن لقضاء الموضوع حرية تقدير فائدة سماع أقوال شهود جدد، وأن لهم حرية الاستعانة بوسيلة إثبات إضافية أو إجراء تحقيق مكمل أو رفض ذلك، أو الإحالة إلى خبير آخر أو رفض هذا الأمر لتقدير بعدم ضرورة هذا الإجراء.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية⁴ بأنه إذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ومن المذكرة المقدمة من الطاعن إلى محكمة الاستئناف أنه تمسك أمام تلك المحكمة بصورية عقد البيع الصادر من والدته إلى باقي أولادها صورية مطلقة

ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها أن العقد تضمن أن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى-وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث- وأن المتصرف إليهم لا يستطيعون أداء الثمن وأن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد وفاة المتصرف، كما طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت هذه الصورية بالبينه على أساس أن رابطة الأمومة التي تربط المتصرف بأولادها المتصرف إليهم والظروف التي تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على دليل كتابي، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه، فإنه يكون مشوباً بالقصور بما يستوجب نقضه¹.

يتعين من ناحية أخرى-أن تكون الوقائع التي يمكن للقاضي أن يأمر بإثباتها محددة وممكنة ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ومن الجائز قبولها. والمقصود بالوقائع المحددة تلك الوقائع التي لا تكون مجهولة لأن تجهيلها يجعلها غير ممكنة الإثبات.

وعلى ذلك فلا محل لإثبات عقد دون بيان خصائصه. أما الوقائع الممكنة فهي تلك يمكن للعقل أن يتصور وقوعها، ولو كان ذلك في حالات نادرة.

ثانياً: للقاضي العدول عن إجراءات الإثبات

يتجلى دور القاضي الإيجابي في الإثبات، من ناحية ثانية، فهي أن يمكنه العدول عما سبق أن أمر به من إجراءات الإثبات ويجوز له ألا يأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن يبين أسباب ذلك في حكمه²

فلقاضي إذن يعدل عن تنفيذ إجراء سبق له أن أمر به طالما أن تقديره قد انتهى لعدم جدوى اتخاذ مثل هذا الإجراء.

ثالثاً: حرية القاضي في تقدير أدلة الإثبات

يتمتع قاضي الموضوع بحرية كبيرة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له وفقاً للقانون وفي موازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها وفي استخلاص ما يراه متفقاً مع واقع الدعوى.

⁴ من أحكام محكمة النقض المصرية - طعن رقم 410 - جلسة 1973/6/9، ص 24، ص 46.

فالقاعدة إذن أن تقدير الدليل هو مما تستقل به محكمة الموضوع، التي لها في ذلك سلطانها المطلق في استخلاص ما تقتنع به وما يطمئن إليه ضميرها. والمحكمة وهي في مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفي في الدعوى لها أن تأخذ ببعضها وتطرح البعض الآخر غير خاضعة في ذلك لرقابة المحكمة العليا. فلقاضى الموضوع إذن السلطة التامة والحرية الكاملة في تقدير الدليل دون الخضوع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

ومن ناحية أخرى يتمتع قاضى الموضوع بسلطة واسعة في تقدير كفاية الأدلة التي يبنى عليها قضاءه دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا طالما تؤدي هذه الأدلة عقلا إلى النتيجة استخلصها منها وانتهى إليها في حكمه. وبناء على ذلك فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصم إلى أي طلب يتعلق بالإثبات متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها أو الرد استقلالا على كل ما يثيره الخصم.

على أنه وإن كان لقاضى الموضوع حرية كاملة في تقدير أدلة الإثبات كما رأينا إلا أن هذه الحرية ترد عليها قيد هام وهو ضرورة أن يبنى حكمه على أسايا سائغة تكفي لجملة وإلا يخل بدفاع جوهرى للخصوم لو صح لتغيير به وجه الحكم في الدعوى.

فيجب إذن أن تكون أسايا الحكم كافية لتبرر ما انتهى إليه من نتيجة وللرد على كل ما أثاره الخصوم من أوجه دفاع فيما يتعلق بالإثبات.

فالدعوى ترفع بطلب من أحد الخصوم وهو المدعى، الذي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، والطرف الآخر وهو المدعى عليه يقوم بدفع طلبات المدعى بكل وسائل الإثبات الممكنة، وإذا تقدم أحد الخصوم في الدعوى بدليل كان من حق الخصم الآخر الإطلاع عليه ومناقشته وذلك وفقا لمبدأ المواجهة أو المواجهة بالدليل.

● **ثالثا: حرية القاضي في تفسير ما وضع أمامه من وسائل**

إلزام القاضي بالتفسير المتطور يستلزم من القاضي بالتفسير أن يكون مزودا بجملة معطيات يمكن أن نحملها على النحو

لآتى :

أولا- أن يكون القاضي مزودا بثقافة قانونية شاملة لكي تساعده على الاجتهاد في تطبيق النصوص القانونية على القضايا المطروحة عليه.

ثانيا- أن تكون لدى القاضي دراية واسعة بالمنطق القضائي وفن القضاء. والمنطق القضائي هو التفكير الواضح الذي يعصم الذهن من الخطأ ويجعل تفكير القاضي واضحا ومنظما يستطيع بوساطته التفسير الصحيح للقضية المعروضة عليه .

وفن القضاء هو قدرة القاضي على التطبيق السليم لأحكام القانون على القضية المعروضة عليه والفصل بها بصورة صحيحة.

ثالثا- أن يستعين القاضي بالتفسير الفقهي للقوانين ، لأن دور الفقه لاسيما في العصر الحديث يعد من العوامل المهمة في تطوير القانون وكذلك أن يستعين القاضي بأراء الفقه الإسلامى الموافقة للنظام العام ويطبقها على القضايا موضوع النزاع في الدعوى المرفوعة أمامه .

رابعا- أن يستعين القاضي الاعمال التحضيرية لكل قانون ، ذلك أن هذه الأعمال تعد في الواقع من أفضل الأمور التي يستطيع القاضي أن يستنبط منها حكمة التشريع وفلسفة ونية المشرع.

خامسا- أن يمنح القاضي دورا ايجابيا في تفسير القانون ، لأن هذا الدور الايجابي يساعد القاضي كثيرا في تفسير القانون والوصول إلى الحكم العادل في النزاع المعروض عليه.

- **الإثبات حق للخصم صاحب الإدعاء:**

الإثبات حق أصيل للخصوم أصحاب الإدعاء، فهم الذين يقدمون أدلة إثبات إدعائهم للقاضي. فمن يدعي أمام القضاء وجود حق معين عليه أن يقدم بالطرق القانونية الدليل المؤيد لهذا الحق.

ولكن ما يجب ملاحظته في هذا الإطار أن مركز الخصم في الدعوى واعتباره مدعيا أو مدعى عليه لا يتم تحديده فقط بناء على عريضة الدعوى، إنما قد تتغير الظروف ويقدم المدعى عليه طلبا عارضا في الدعوى ردا على الطلب الأصلي المقدم من المدعى فيصبح المدعى عليه مدعيا ويصبح المدعى مدعيا عليه في خصوص هذا الطلب، و بالتالي فإن عبء الإثبات سينتقل في هذه الحالة لصاحب الإدعاء الجديد أو من تقدم بالطلب العارض. وقد استقر قضاء محكمة النقض على تأكيد هذا الأمر، وعلى أن "الأصل هو براءة الذمة، وانشغالها عارض، ويقع الإثبات على عاتق من يدعيه يخالف الثابت أصلا، مدعيا كان أو مدعى عليه".

وحق الخصم في الإثبات يقابله التزام الخصم الآخر بعدم تعطيل هذا الحق بتعنت منه أو يسوء نية. وبناء عليه فإذا كان إثبات حق الخصم يعتمد على تقديم مستندات معينة في حوزة الخصم الآخر فلا يجوز له الامتناع عن تقديمها، حتى لا يحرم خصمه من الاستدلال بها.

- للخصم الآخر حق إثبات العكس:

حق الخصم صاحب الإدعاء في إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في إثبات عكس ما جاء بهذا الإدعاء.

يجوز كذلك للخصم الآخر إثبات العكس إذا كان الدليل المقدم ضده هو إقراره، وذلك في حالة توصله لإثبات بطلان هذا الإقرار لنقض أهليته أو لوجود عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التليس أو الإكراه قد لحق به لحظة توقيعه، وذلك لأن الإقرار يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف الذي يوجب توافر الأهلية الخاصة بذلك في المقر.

الضوابط المحددة لحق الخصوم في الإثبات

- حق الخصوم في الإثبات ليس مطلقا:

إذا كان لكل من الخصوم الحق في الإثبات وفي تقديم الأدلة الكافية لتأييد ادعاءات خصمه وإثبات عكسها، فهذا الحق ليس مطلقا بل ترد عليه بعض الضوابط

والقيود التي يحددها القانون، فالخصم مقيد في إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات المقررة قانونا. ومن ناحية أخرى، فلا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه. كما أنه لا يجوز إجبار أحد الخصوم على تقديم دليل ضد نفسه. هذه القواعد الثلاث تؤكد أن حق الخصوم في الإثبات ليس مطلقا، وتمثل في الواقع أهم الضوابط المحددة لدورهم في عملية الإثبات، ولذلك سوف نلقي عليها الضوء تباعا.

- الالتزام بطرق الإثبات المقررة قانونا:

وإن كان الإثبات حق للخصم كما رأينا، فإن عليه في نفس الوقت أن يلتزم في إثبات ما يدعيه بالطرق التي حددها القانون. فلا يجوز له مثلا أن يثبت بشهادة الشهود ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، فالقاعدة أنه في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار طبقا للمادة 333 من القانون المدني¹ كان غير محددة القيمة، فلا يجوز شهادة الشهود في إثبات وجود أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

- لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه:

من القواعد الهامة التي تقيد حق الخصوم في الإثبات قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه. ومعنى ذلك أنه ليس للخصم أن يقدم في الدعوى دليلا من صنع نفسه ضد مصلحة خصمه، أي أنه لا يسمح له أن يستند على مجرد أقواله الخاصة أو على مستندات وأوراق قام بصنعها بنفسه لكي يؤكد عن طريقها صحة ادعاءاته.

- لا يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:

¹ المادة 333 معدلة بالقانون رقم 05 - 10: في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات الي الأصل.

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل ولاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري.

إذا كان الأصل، كما رأينا في القاعدة السابقة - أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه - فإن ذلك يقابله قاعدة أخرى مقتضاها أنه لا يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه وقد أوضحت محكمة النقض المصرية المقصود بهذه القاعدة الأخيرة بقولها أنه "لا يجبر خصم على تقديم دليل يرى أنه ليس في مصلحته. فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد أن يقدمه".

والواقع أنه وإن كانت الدوافع والاعتبارات التي تستند إليها قاعدة أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه - والتي سبق أن تعرضنا لها تفصيلاً تبدو منطقية ومبررة، فإن أساس القاعدة الثانية، الخاصة بعدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، لا يبدو لنا ظاهراً أو منطقياً. فإذا كانت هذه القاعدة الأخيرة تستند لمبدأ احترام الحرية الشخصية للإنسان، فإنها تصطدم في نفس الوقت باعتبارها هامة وجوهرية.

غير أنه استثناء من هذا الأصل يجوز لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الخصم الآخر على تقديم ما تحت يده من محررات منتجة في الدعوى وذلك في حالتين

الحالة الأولى: إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو بتسليمها
الحالة الثانية: إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى
ومع توافر حالة من الحالات السابقة التي يجوز فيها إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، فإن الفصل في طلب إلزام الخصم بذلك يتعلق بأوجه الإثبات وهو بذلك متروك لتقدير القاضي فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته، أو عدم جدواه، أو إذا كون عقيدته في الدعوى من أدلة أخرى اطمأن إليها

ومن ناحية أخرى فهذه الأحكام لا تقبل الطعن فيها على استقلال، قبل صدور الحكم المنهي للخصومة، الأمر الذي تتنقي معه الحاجة لوضع أسباب مستقلة لهذه الأحكام. يضاف إلى ذلك أن رغبة المشرع قد اتجهت في هذا الصدد إلى التخفيف عن كاهل القضاة والإسراع في حسم الدعاوى التي تذخر بأعدادها المحاكم، وهذا يتطلب إعفاء القضاة من بذل الجهد والوقت في تحرير الأسباب الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات.

والمقصود بعدم تسبیب الحكم، في هذا الصدد، عدم بيان الأسانيد القانونية و الواقعية التي يستند إليها القاضي في بناء حكمه، اكتفاء منه بأن مجرد مباشرته لإجراء من إجراءات الإثبات يدل بذاته على سبب اللجوء إليه.

والمقصود بالأحكام غير القطعية، تلك التي لا تفصل في موضوع النزاع أو في شق منه، وتملك المحكمة بالتالي العدول عنها. ومثالها فيما يتعلق بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات - الحكم الصادر بإجراء التحقيق أو بالتقييم بالمعاينة أو بالإحالة إلى خبير، فكل هذه الأحكام لا تحسم في موضوع النزاع بين الخصوم.

أما الحكم القطعي فهو، على حد تعبير محكمة النقض المصرية: ذلك الذي يضع حداً للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته².

محل الإثبات

والقاعدة أن الإثبات إنما يقصد به إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنتجة في الدعوى بالمعنى العام الشامل للواقعة الذي يشمل التصرف القانوني أيضاً لأن هذا التصرف بدوره واقعه وأراديه منتجه ويقابل هذه القاعدة أن الإثبات لا يرد على القاعدة القانونية لأن القاضي على معرفة بالقانون

ولولا ذلك لما أنيط به الفصل في الخصومات وليس على المتقاضين إثبات القاعدة القانونية التي تحكم النزاع الناشئ بينهما إيجاباً أو نفيًا، ومع ذلك فالعادة أن المتقاضي أو وكيله يحاول أن يدلل على القاعدة التي تحكم الواقعة محل النزاع، وهو لا يكتفي بذلك بل يحاول أن يفسرها تفسيراً مرجحاً لمصلحة الدعوى أو الدفع الذي يزعمه، ومع إن المحامين يوفرون على القاضي جهداً كبيراً في هذا الصدد فإن الحماسة والرغبة في كسب القضية غالباً ما يؤديان إلى استنباطات واجتهادات متباينة، وقد يصل هذا التباين إلى طرفي النقيض فينبري القاضي استبعاد ما يعزوه للمغالطة ويضطلع بالتفسير والتكييف وتسعفه خبرته الطويلة إلى جانب ثقافته القانونية، فإن هو صدر عن التزام العدل والحياد كان

¹ محمد زهدور: الوجيز في طرق الإثبات المدنية في التشريع الجزائري طبعة 1991 ص 27

² مجموعة أحكام النقض الدوا القومية للأصدرات القانونية ص 186

دنى إلى إصابتها الحقيقة والتوفيق، ومهما يكن فإن تفسير المتقاضي أو وكيله لقانون لا يعني إن عبء ذلك عليه .

الشروط الواجب توافرها في الواقعة القانونية محل الإثبات :

يلزم في الواقعة المراد إثباتها تتوافر شروط هي :

أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى، وأن تكون منتجة فيها. وأن تكون جائزة لقبول، ويضيف الفقه شرطين آخرين تفرضهما طبيعة الأشياء، وهما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع، وأن تكون محددة ونعرض فيما يلي لكل من هذه الشروط الخمسة

الشرط الأول : يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى

يشترط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى أي متصلة بالحق المطالب به وإذا انصب الإثبات على الواقعة التي تكون مصدر الحق، فلا شك أن الواقعة في هذه الحالة تكون متعلقة بالحق المطالب به كما إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة، وكما إذا أثبت المقرض عقد القرض لكي

يطالب بسداد الدين

الشرط الثاني : يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى

ومفاد ذلك أن يكون من شأن إثبات الواقعة أن يؤدي إلى اقتناع القاضي بصحة الحق المدعي به وليست كل واقعة متعلقة بالحق المدعي به تكون بالضرورة منتجة في الدعوى ومثال ذلك ((تقديم المستأجر مخالصات بالأجرة عن مدد سابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ذلك لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة.

أو تقديم من يدعي اكتساب حق الملكية على العقار بالتقادم الدليل على حيازته للعقار مدة 3 سنوات متصلة لأن هذه المدة أقل من المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم .

أو تقديم من يدعي وفاء دين الدليل على صدور إقرار من غير الدائن بهذا الوفاء، لأن الإقرار على افتراض ثبوته لا يفيد الدائن .

وينضح من الأمثلة السابقة أنه لا يكفي أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به وإنما يجب أيضا أن تكون منتجة في الدعوى ((وقد يقال لماذا

يشترط في الواقعة هذان الشرطان معا، وأحدهما - وهو الإنتاج يستغرق الآخر فكان يكفي أن يشترط وحده؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية ولكن يحسن، من الناحية العملية، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى فهذا يكفي لقبول إثبات هذه الواقعة قبولاً مبدئياً، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة في الإثبات رفض القاضي استمرار السير في إثبات الواقعة أو أضاف إليها وقائع أخرى تتساند معها أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد، وكان لا بد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر، لم يستطع القاضي قبول إثبات الواقعة قبولاً مبدئياً، فيتعطل بذلك طريق الإثبات، ويترتب على هذا الشرط أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات متى رأت أنه أصبح غير منتج وذلك إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها الفصل في موضوع النزاع واعتبار بان من العبث وضياع الجهد والوقت الإصرار على تنفيذ إجراء اتضح أنه غير مجد .

الشرط الثالث : يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة لقبول:

والواقعة قد تكون غير جائزة لقبول إثباتها لاستحالة تمنع من الإثبات أو لأن

القانون يحرم إثباتها

والاستحالة التي تمنع من الإثبات قد تكون استحالة مادية، كمن يدعي أنه ابن لشخص أصغر منه سناً، وقد تكون الاستحالة نتيجة عدم تحديد الواقعة كمن يدعي أنه مالك بعقد دون أن يبين هل هو عقد بيع أو هبة، والقانون قد يحرم إثبات واقعة لأسباب مختلفة نرولا على اعتبارات النظام العام والآداب، فيمنع إثبات دين القمار أو بيع المخدرات أو قرض بفائدة، أو علاقة جنسية غير مشروعة أو صحة القذف وقد يمنع القانون إثبات واقعة لأسباب تقتضيها الصياغة الفنية كما هو الحال بالنسبة لواقعة مخالفة لقرينة قانونية قاطعة فلا يجوز للخصم إثبات عدم صحة حكم صدر ضده لأن هذا يتعارض مع مبدأ حجية الأمر المقضي

وهناك من الوقائع ما تعتبر في ذاتها جائزة لقبول ولكن القانون يحظر قبول الدليل في إثباتها كما إذا كان الإثبات ينطوي على إفشاء أسرار الوظيفة أو المهنة

أو الصنعة أو علاقة الزوجية فكما رأينا لا تجوز الشهادة من الموظف العام والمحامي والوكيل والطبيب والزوج في حالات معينة، وحظر الإثبات في هذا الصدد لا يتعلق بواقعة يحرم إثباتها وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها وإنما على دليلها، بحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادته.

كذلك قد تكون الواقعة في ذاتها جائزة القبول ولكن القانون لا يجيز إثباتها إلا طبقاً لطرق معينة فالقانون المدني لا يجيز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب لا تزيد قيمته على مائة ألف دينار فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي وفيما إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته بالشهادة طبقاً للمادة 333 من القانون المدني وإذا طالب أحد الخصوم الدعوى بما تزيد قيمته على مائة ألف دينار ثم عدل طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة طبقاً للمادة 334 من القانون المدني¹ ولا تقبل البيئة الشفوية لإثبات ما يخالف مضمون السند ولا يجوز دحض السند بسند آخر أو بإقرار أو بدفاتر من يدعي بالسند ويشترط جواز قبول البيئة الشفوية لإثبات الظروف التي أحاطت بتنظيم السند أو لإثبات العلاقة بما بين السند بموضوع الدعوى وسند آخر وكذلك يشترط جواز قبول البيئة الشفوية ضد السند بحالات الإدعاء بأنه أخذ عن طريق الغش والاحتيال أو الإكراه.

الشرط الرابع: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع:

وهذا شرط بديهي، فإذا لم يوجد نزاع حول الواقعة فلا محل للنظر فيها فلا داعي لاستلزام إثباتها، فإن كانت مسلماً بها من الخصم الآخر تنتفي الغاية من إثباتها، إلا أنه ينبغي أن يكون هذا الاعتراف قاطعاً صريحاً وشاملاً.

الشرط الخامس: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة:

¹ المادة 334 من القانون المدني معدلة بالقانون رقم 05-10 لا تجوز الإثبات بالشهود ولو لم ترد القيمة على 100.000 دينار جزائري.

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي،

- إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى ما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.

وهذا شرط بديهي أيضاً فالواقعة القانونية محل الإثبات يجب أن تكون محددة كافيًا نافيًا للجهالة وإلا تعذر إثباتها وضاع وقت القضاء في غير فائدة وطال أمد النزاع بغير داع فإذا ادعى الخصم أن مصدر الدين الذي يطالب هو عقد، يجب عليه تحديد ماهية هذا العقد، ما إذا كان عقد بيع أو عقد قرض أو عقد هبة أو غير ذلك من العقود، وإذا ادعى الخصم أنه مالك عليه أن يحدد سند ملكيته.

ويجب أن يكون تحديد الواقعة كافيًا حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذي سيقيم يتعلق بها لا غيرها فإذا كان محل الإثبات عقدًا وجب بيان نوعه وتعيين محله، كأن يذكر مثلاً أنه عقد بيع سيارة معينة بأوصافها وأن يعين تاريخه وإن كان وفاء بدين وجب بيان زمانه ومكانه وأصل الدين المؤمن به ومقداره، وإن كان واقعة ضرب وجب تعيين الضارب والمضروب وزمانه ومكانه والضرب... الخ. أما الإدعاء بعقد أو بوفاء أو بفعل ضار دون بيان خصائصه التي يتعين بها فلا يكون قابلاً للإثبات.

والواقعة القانونية محل الإثبات قد تكون واقعة إيجابية كوجود شيء معين أو القيام بعمل معين وقد تكون واقعة سلبية كالامتناع عن عمل معين أو عدم التقصير في الوفاء بالالتزام معين والواقعة السلبية كالواقعة الإيجابية يمكن قبولها للإثبات ما دامت محددة. وإثبات الواقعة السلبية قد يكون عن طريق إثبات واقعة إيجابية منافية لها فإذا أراد الطبيب أن يثبت عدم تقصيره في علاج مريض فإنه يستطيع إثبات ذلك بإقامة الدليل على أنه قام بالعناية اللازمة التي يفرضها واجب العلاج وإذا أراد الدائن بالالتزام بعدم البناء أن يثبت عدم وفاء المدين بهذا الالتزام فإنه يستطيع إثبات ذلك بإقامة الدليل على حصول البناء¹.

خصائص القواعد الإجرائية للإثبات

تميز القواعد الإجرائية للإثبات بعدد من الخصائص تميزها عن لقواعد الموضوعية للإثبات وهي القانونية والعمومية وصلاتها بالنظام العام

خاصية قانونية

ما كان الإثبات في الاصطلاح القانوني ، هو إقامة الدليل أمام القاضي على صحة واقعة قانونية وبالطرق التي حددها القانون ، فإن نظام الإثبات تبعاً لذلك يحدد قواعده القانون ولذا ينبغي على القاضي أن يؤسس قناعته على الأدلة الثبوتية التي قررها القانون ، إذ لا عبرة بالأدلة التي يحصل عليها باقتناعه الوجداني إذا لم يكن القانون قد نص عليها ، فمثلاً لا يستطيع القاضي أن يأخذ بالقسامة والقيافة والفراسة التي كانت موجودة في العصور القديمة . لأن هذه الأدلة لم تعد تأخذ بها التشريعات الحديثة في الإثبات .

فقواعد الإثبات استناداً إلى خاصية القانون يتحدد بقواعد وإجراءات قانونية تلزم القاضي والخصوم ويتحتم عليهما إتباعهما ، إذ إن المدعي لا يستطيع أن يصل إلى حقه عند المنازعة فيه ، إلا إذا توافرت لديه الدليل الذي نص عليه القانون ، ومتى وجد لدى الخصم هذا الدليل الذي حدده القانون ، فإن القاضي لا يملك سوى الاستجابة إلى طلبه ، إذا ما عجز عن تقديمه فإن القاضي يرد دعواه وذلك بصرف النظر عن اقتناعه بحجة المدعي أو عدم اقتناعه بها .

عمومية قواعد الإثبات

تشكل قواعد الإثبات نظرية عامة ترتبط بكل فروع القانون، إذ يمكن تطبيقها على كافة مصادر الحق ، سواء في ذلك الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية أم الحقوق الذهنية ، وسواء أكانت الحقوق الشخصية مدنية أم تجارية بل إنه يشمل حتى القضايا الإدارية، باستثناء الدعوى الجزائية .

وبالرغم من أن قواعد الإثبات ترتبط بكل فروع القانون فإن قواعدها ترتبط بعلاقة خاصة مع القانون المدني لاشتراكه مع الإثبات بالحقوق الشخصية لاسيما من ناحية تنظيمها وحمايتها، وكذلك ترتبط قواعد الإثبات مع قانون الإجراءات المدنية، تأكيداً للجانب العملي للإثبات الذي يقع أمام المحاكم استناداً لما ينظمه هذا القانون من إجراءات وأحياناً تنقيح هذه العمومية عندما ترد قواعد إثبات خاصة لواقعة معينة أو تصرف قانوني في تشريعات خاصة فيجب عند ذلك تطبيق القواعد الخاصة في هذا المجال ،

أن لبعض قواعد الإثبات صلة وثيقة بالنظام العام

تنقسم قواعد الإثبات إلى قواعد إجرائية وقواعد موضوعية ، وقواعد الإثبات الإجرائية هي القواعد التي تتبع في سلوك طريق الإثبات وتوضح هذه القواعد ، طريقة تقديم الدليل أمام القضاء للاستدلال به بوصفه دليلاً في الإثبات.

ويتفق الفقه على أن قواعد الإثبات الإجرائية تعد من النظام العام لأنها وضعت لخدمة العدالة وتحقيقها ، فهي تتصل بنظام التقاضي مما يجب أن يلتزم بها الخصوم والقضاة على حد سواء ولا يجوز مخالفتها.

رضا الخصم أثناء سير الدعوى بتعديل قواعد الإثبات الموضوعية يعد رضاء صحيحا وينتج أثره في عدم ضرورة الالتزام بالقواعد الموضوعية وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية (أن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ولذا لا يجوز الاتفاق على مخالفتها).

أما قواعد الإثبات الموضوعية ، فنقصد بها القواعد التي تتعلق بتحديد أدلة الإثبات المختلفة وبيان قيمة كل دليل ومن يقع عليه عبء الإثبات وإذا كان الفقه قد اتفق على تعلق قواعد الإثبات الإجرائية بالنظام العام ، فإنهم اختلفوا بصدد القواعد الموضوعية وتتفق مع الرأي الراجح الذي يرى بأن قسما من هذه القواعد يتعلق بالنظام العام ، كما هو الحال في القواعد التي تعطي للقاضي سلطة توجيه اليمين في حالات معينة ، وكذلك القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع ومبدأ المجابهة بالأدلة، وكذلك التي تتضمن قيودا على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع ، فضلا عن ذلك أنها لا تتصل بسلطة القاضي في الإثبات ، كما هو الشأن في القواعد التي تجيز الاتفاق على الإثبات في شهادة الشهود في الحالات التي يستلزم فيها القانون الإثبات بالكتابة.

ويترتب على أهمية تحديد قواعد الإثبات بوصفها من النظام العام نتائج مهمة إذ يجوز للأطراف المتنازعة أن يتمسكوا فيها في أي مرحلة من مراحل الدعوى وان لهم الحق في أثارها لأول مرة أمام المحكمة العليا ، غير أنه لا يجوز لهم أن يتفقوا صراحة أو ضمنا على خلافها بوصفها قواعد أمرية وإلا كان اتفاقهم باطلا وعلى المحكمة أن ترفض هذا الاتفاق من تلقاء نفسها.

أما إذا عدت قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيترتب على ذلك عكس النتائج المذكورة فيحق للخصوم أن يتمسكوا بها أو يخالفوها صراحة أم ضمنا غير انه لا يحق لهم إثارها لأول مرة أمام المحكمة العليا ، فضلا عن ذلك أن كل ما يدل على

نقصد بعبء الإثبات، تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها، ولتحديد من يقع عليه عبء الإثبات أهمية كبيرة من الناحية العلمية، إذ تتوقف عليه في كثير من الأحيان نتيجة الدعوى، فمن يقع عليه عبء الإثبات يكون في مركز اضعف من مركز خصمه، إذ يكلفه أمرا ايجابيا بقيامه بإثبات الواقعة المتنازع عليها، في حين يكفي من خصمه ان يقف موقفا سلبيًا، وهذا ما يفسر الاسم الذي يطلق عليه وهو (عبء الإثبات) لأنه تكليف ثقيل وقد يؤدي إخفاق الملقى على عاتقه هذا العبء أن يخسر دعواه، و في الفقه القانوني نجد أن المشرع كرس بموجب أحكام المادة 323 من التقنين المدني أنه : " على الدائن إثبات التزام و على المدين التخلص منه "

ولقد قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون و من المقرر أيضا أن إثبات الالتزام المتنازع فيه يقع على عاتق المتنازع به، من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون وفقدانا للقاعدة القانونية الشرعية¹.

كما قضت من المقرر قانونا أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الإثبات لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن كل من مالك العمارة و المقاول لم يحددا بعقد مكتوب مبلغ الأشغال المنفق على إنجازها، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف

لديهم القاضي على الطاعن ان يدفع للمطعون ضده المبلغ المتبقى في ذمته دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه ودون اللجوء لخبرة، انتهكوا قواعد الإثبات¹ كما قضت "من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون .

لما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعنين إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه يكونوا قد خالفوا القانون².

عبء الإثبات يقع على المدعي:

يقوم تكليف المدعي بإثبات دعواه على قاعدة أن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر على أن يفهم بالمدعي كل من يدعي بواقعة على خلاف الوضع الثابت أصلا و هو ما كان مرد ثبوته هو ظهور موافقته للغالب بحسب طبيعة الأشياء، أو عرضا بإثبات خصمه له أو فرضا و هو ما افترض المشرع تحققه بقريضة قانونية بصرف النظر عما إذا كان وفقا لمفهوم قانون. بحيث أن المدعي في الإثبات قد يكون هو المدعي الذي رفع الدعوى أو المدعى عليه فيها أو طرف مدخل في الخصام أو متدخل، و سواء كان ما يدعيه هو طلب أصلي أو مقابل أو كان صاحب دفع موضوعي أو شكلي أو دفع بعدم القبول. و تحديد من يتحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

و يبدو للوهلة الأولى أن المدعي هو ذلك الذي يرفع الدعوى ضد غيره يطالبه بحق معين فهو مدع في دعواه يلزمه إثبات ما يدعيه، فمن يرفع دعوى على غيره يطالبه بسداد ما عليه من دين يلزمه أن يثبت وجود هذا الدين (مصدره) في ذمة المطلوب، و من يرفع دعوى على غيره يطالبه بملكية عقار في حيازة المطلوب يلزمه إقامة الدليل على ملكيته

هو لهذا العقار. و لكن ليس بصفة مطلقة أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى، فالمدعي في مجال الإثبات قد يختلف عن المدعي في الدعوى فقد يحدث و أن يدفع المدعي عليه الدعوى بدفع معين فيصبح مدعياً في هذا الدفع و عليه إقامة الدليل على صحة ادعائه و مثالها المدعي عليه الذي يدفع بأنه وفي ما عليه من دين أو أن هذا الحق قد انقضى بالتقادم أو المقاصة أو غير ذلك فقد ينكر المدعي عليه وجود الحق المدعي به فيقع عبء الإثبات أي إثبات الحق المدعي به و إثبات وجوده على المدعي و عليه كانت القاعدة في الفقه المدني. هو أن الذي يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى و المدعي عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.¹

عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الوضع الثابت: من المبادئ الفقهية العامة

الأصل براءة الذمة، وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه مع اتخاذ مبدأ البينة على من أدعى واليمين على من أنكر وكذلك الأصل بقاء ما كان على ما كان كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه² ويتضح من النصوص السابقة أن عبء الإثبات على المدعي وليس المقصود بالمدعي الخصم الذي يبدأ إجراءات رفع الدعوى وإنما يقصد به كل من ادعى أمراً على خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً بعبارة أخرى، المدعي بالواقعة محل الإثبات، لا المدعي في الدعوى

أولاً - عبء إثبات خلاف الوضع الثابت أصلاً (الظاهر أصلاً)

الوضع للظاهر أصلاً هو الوضع العادي والمألوف الذي يتفق مع طبيعة الأمور. فالقاعدة هي افتراض صحة الأوضاع والمراكز القانونية القائمة إلى أن يثبت العكس. عبء الإثبات من يوجد في مركز قانوني معين لا يطالب بإثبات شرعيته، بل على من يدعي خلاف الوضع الظاهر التبدليل على مزاعمه.

مثال: الأصل في الحقوق الشخصية أو الالتزامات هو براءة الذمة فإذا ادعى الدائن أن له ديناً في ذمة آخر فإنه يدعي خلاف الأصل وعليه إثبات ما يدعيه بإقامة الدليل على مصدر هذا الدين أما المدعي عليه فلا يكلف بأي إثبات وذلك لأنه يتمسك بالوضع الثابت أصلاً وإذا نجح الدائن في ذلك انتفى الوضع الثابت أصلاً وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضاً، فإذا أراد المدين أن يثبت عكس ذلك فعليه إقامة الدليل على دعواه، كأن يثبت أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء مثلاً.

وهناك حالات كثيرة يعتبر فيها القانون وضعاً معيناً هو الأصل، فمن تمسك به لا يكلف بأي إثبات، ومن يدعي خلافه يقع عليه عبء إثبات فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون والأصل سلامة العقد من العيوب فمن يدعي خلاف ذلك عليه إثباته، والأصل أن للعقد سبباً حقيقياً مشروعاً، فإذا أقيم الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه والأصل في الإجراءات أنها روعيت، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه.

والأصل بالنسبة للحقوق العينية هو وجوب احترام الوضع الثابت ظاهراً فالحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين، وهذه السلطة تخلق وضعاً ظاهراً لصالح من يباشرها فحائز العقار يعتبر هو المالك لهذا العقار ولا يطلب منه إقامة الدليل على ملكيته وعلى من يدعي خلاف الظاهر إثبات ما يدعيه والأصل أيضاً أن تعتبر الملكية خالية من كل حق للغير كحق ارتفاق أو حق رهن فإذا ادعى شخص أن له حقاً على ملك الغير فعليه إثبات ما يدعيه لأنه يدعي خلاف الظاهر

القرائن القانونية

إلى جانب الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً توجد أوضاع يفترض القانون وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها لصالح المدعي والقرينة القانونية وسيلة يلجأ إليها المشرع في حالات يصعب فيها على المدعي إقامة الدليل على ما يدعيه، يفترض ثبوت واقعة معينة بمجرد ثبوت واقعة أخرى ويعفى المدعي من إقامة الدليل على الواقعة التي يدعيها، ويكتفي منه إثبات الظروف اللازمة لقيام القرينة القانونية.

والقرائن القانونية نوعان، فهي إما أن تكون قرائن قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وأما أن تكون قرائن غير قاطعة وهذه تقبل إثبات العكس والقرينة القانونية القاطعة

¹ أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات ص. 25

² نيل نشر الموسوعة التونسية الجزئية عن مجلة الأحكام العدلية

على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن ينفي عنه وصف الإهمال¹

القاعدة في توزيع الإثبات

أن الإثبات يكون المدعي وهو الذي يتمسك بخلاف الظاهر، والمدعي في مجال الإثبات لا يقصد به رافع الدعوى بل يقصد به من يدعي خلاف الظاهر أصلا أو عرضا أو يخالف قرينة قانونية غير قاطعة وهو ما يعرف بالظاهر فرضا، غير أن الذي يحدث عملا أن عبء الإثبات ينتقل من طرف إلى آخر في الدعوى فإذا قدم المدعي دليلا على رجحان ادعائه فإن القاضي ينقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه، لنفي هذد الدعوى، فإذا استطاع ذلك، انتقل عبء الإثبات إلى خصمه مجددا وهكذا ينتقل عبء الإثبات بينهما إلى أن يعجز أحدهما عن إثبات خلاف الظاهر عرضا فيحكم عليه وعلى حد تعبير العلامة السنهوري (وهكذا يتقافن الخصمان الكره، كل منهما يدفعهما إلى صاحبه إلى أن يعجز أحدهما من ردها فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة).

1- الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم.

2- وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

وسائل الإثبات تنقسم من عدة نواحي:

فمن حيث طبيعتها، تنقسم إلى أدلة أصلية وهي الكتابة والشهادة والقرائن والمعايينة، أدلة احتياطية وهي الإقرار اليمين.

ومن حيث حجيتها أن تنقسم إلى أدلة ملزمة للقاضي وهي الكتابة والإقرار واليمين، وأدلة غير ملزمة وهي البيينة والقرائن القضائية والمعايينة.

تعفى من تقررت لصالحه من عبء إثبات الواقعة الأصلية المطلوب إثباتها وهي أيضا لا تقبل الدليل العكسي أما القرينة القانونية غير القاطعة، أو القرينة البسيطة، فالافتراض القانوني فيها يقبل إثبات العكس ومثال ذلك التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن للتأشير موقعا عليه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته فإذا وجد التأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، فإن المدين لا يطالب بأي إثبات، ويكون على الدائن إذا أراد أن ينقض دلالة هذا التأشير، أن يقيم الدليل على ذلك، فعليه أن يثبت أن المدين لم يقم بالوفاء رغم التأشير الصادر منه.

والوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك فطبقا لهذه القرينة يعفى المستأجر من إثبات الوفاء بالأقساط السابقة على القسط الذي يطالب به المؤجر وعليه فقط إثبات الوفاء بهذا القسط ذلك أن المؤجر لا يقبل عادة استيفاء قسط من الأجرة عن مدة معينة إلا إذا كان قد استوفى الأقساط السابقة عليه والمستأجر لا يحتفظ بالعادة بمخالصات الوفاء بالأجرة إلا بالنسبة للقسط الأخير غير أن هذه القرينة ليست قاطعة، فيستطيع المؤجر أن يقيم الدليل على أن المستأجر لم يقم بالوفاء بالأقساط السابقة.

تبادل عبء الإثبات

وإذا كان عبء الإثبات يتحملة من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا، فإن عبء الإثبات يوزع عملا بين الخصمين في الدعوى ويتبادل الخصمان ذلك حتى يعجز أحدهما عن إقامة الدليل على ما يدعيه فيخسر دعواه ويحكم للأخر

فالمريض مثلا إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض إلا أنه إذا اثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب وفقا للأصول الطبية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية

ومن حيث ما يجوز إثباته، تنقسم إلى أدلة مطلقة تصلح لإثبات جميع الوقائع وهي الكتابة والإقرار واليمين، وأدلة مقيدة يجوز قبولها في إثبات بعض الوقائع دون بعض وهي البينة والقرائن والمعينة.

الأدلة ذات الحجية غير القاطعة

الأدلة ذات الحجية غير القاطعة هي كل دليل حدد المشرع حجيته بنص القانون، ولم يترك المجال فيه للقاضي لإعمال سلطته التقديرية بشأنه إلا أنه يتميز من مجمل أدلة الإثبات بأنه قابل لإثبات عكسه لذا كانت حجيته غير قاطعة وهذه الأدلة تنحصر في الكتابة والإقرار.

والدليل الكتابي هو طريقة يبين بها المتقاضي حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية تكون هي مصدر حقه الذي يدعي به أمام القضاء¹.

تنص المادة 324 من القانون المدني "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"

فاختلال أي شرط من شروط المادة المنكورة أعلاه تجعل الورقة الرسمية باطلة وبمفهوم المخالفة أنه بمجرد توافر الشروط الثلاثة المتقدمة في المحرر تكتسب بذلك الصفة الرسمية

وتصبح للورقة للقوة الدلالية في الإثبات لذا كل من قدم ورقة رسمية للقضاء تتوافر على الشروط السابقة لا يطلب منه إثبات صحتها بل إن كل من أنكر حجيتها عليه أن يطعن فيها²

إجراءات الإثبات

إجراءات الإثبات، هي قواعد شكلية تحدد ما يتبع من إجراءات في تقديم الإثبات وقبولها من الخصوم، ويهدف المشرع من تنظيم إجراءات الإثبات خدمة العدالة وتحقيقها واحترام حقوق الدفاع وتسهيل عملية الإثبات، فيحدد في ضوئها إجراءات التقاضي التي يلتزم بها الخصوم والقضاة على حد سواء، فلا

يجوز للخصوم فرض إجراءات أخرى لم ينص عليها القانون ولا تستطيع المحاكم تطبيق إجراءات غير مقررة في التشريع. ولذلك فإن إجراءات الإثبات تحتل أهمية بالغة بالنسبة للخصوم، فكثيراً ما يخسرون دعواهم لأنهم لم يسلكوا الطريق الذي حدده القانون، لأن الحق بلا إجراءات يسلكها الخصوم ويلتزم بها القاضي يصبح أمراً نظرياً.

وإذا كان الأصل أن إجراءات الإثبات يجب أن تتم أمام المحكمة التي يفصل النزاع أمامها، لأنها هي التي تأذن للشهور بالأدلة بشاهدتهم وهي التي تستدعي الخصوم لاستجوابهم أو لإلزامهم بحلف اليمين، فإن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة في حالة قيام عذر مقبول قانوناً يمنع من حضور الخصم كالمرض أو العوق أو اكبر السن أو غير ذلك من الأمور التي تقتنع بها المحكمة، إذ يجوز للمحكمة في هذه الحالات أن تنتقل بنفسها لاستجواب الخصم أو لأداء اليمين أو استماع شهادته.

الإجراءات المتعلقة بالدليل الكتابي

أهمية الأدلة الكتابية والمشكلات الإجرائية التي تثيرها:

تعتبر الأدلة الكتابية من أقوى طرق الإثبات وأهمها نظراً لما تلعبه في الحياة العملية من دور كبير في إثبات تصرفات الأفراد، وذلك عن طريق تدوينها في محررات رسمية أو عرفية. وتمتاز الكتابة من غيرها من طرق الإثبات في أنه من الأدلة التي تعد مسبقاً منذ وجود الحق ودون انتظار المنازعة فيه، ولذا يطلق عليها الدليل المعد أو المهيأ. كما تمتاز كذلك بانفرادها عن باقي الأدلة بقوتها المطلقة في الإثبات، حيث تصلح لإثبات جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية على حد سواء.

ولكن الإثبات بالكتابة يثير في الواقع العديد من المشكلات الهامة. خاصة من الناحية الإجرائية. ويمكن لنا إجمال هذه المشكلات في موضوعين أساسيين:

¹ يحي بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر طبعه 2 ص 71

² محمد زهدور: الوجيز في طرق الإثبات المدنية في التشريع الجزائري طبعه 1991 ص 27

يتعلق الأول بطلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده إذا كانت منتجة في الدعوى، والثاني يخص إثبات صحة ما يقدمه أحد الخصوم من محررات رسمية كانت أم عرفية وذلك بهدف إثبات ادعائه.

طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

إذا كان الأصل، كما سبق أن رأينا، أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، كما أنه بالمقابلة لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات في حالات معينة، قررها القانون وطبقا لهذه النصوص، فإنه يجوز إلزام الخصم أو الغير كذلك بتقديم أي محرر يكون تحت يده في حالات وردت فيها على سبيل الحصر، وطبقا للإجراءات التي حددتها.

خصمه تقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده في الحالات الآتية:

أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

ب- إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا للالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

ج- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

فإذا لم تتوفر إحدى هذه الحالات الثلاث فإنه لا يجوز إلزام الخصم بتقديم أي ورقة تحت يده.

- أولا: إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المحرر أو تسليمه:

قد يجيز نص القانون في بعض الأحوال مطالبة أحد الخصوم لخصمه بتقديم ورقة منتجة في الدعوى، فإذا وجد مثل هذا النص فإنه يجوز للمحكمة إلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده. فالمحكمة تتمتع في هذا الخصوص بسلطة تقديرية واسعة في إجابة هذا الطلب وإلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده أو رفض هذا الأمر.

المقصود بالقانون في هذا الصدد ليس فقط القانون الموضوعي الذي ينص على إلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده، كالقانون المدني أو القانون التجاري. وإنما القانون بمعناه العام. وعلى ذلك يكفي أن يكون الخصم-أو الغير يملك وثيقة منتجة في الدعوى وفقا لنص المادة 73 من قانون الإجراءات المدنية

"يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم، حتى ولو لم يكن طرفا في العقد.

- ملزما بتقديم هذا المحرر بمقتضى أي قانون أو قرار إلى أية جهة إدارية أو لأحد رجال الضبطية القضائية، وذلك كالدفتري العائلي أو البطاقة المهنية أو بطاقة الحيازة أو الضرائب أو جواز السفر... الخ، فكل هذه الأوراق تشتمل على بيانات رسمية لا تتعلق بشخص الخصم فحسب بحيث يستطيع الامتناع عن تقديمها عند طلبها، وإنما تتضمن بيانات أخرى قصد المشرع أن تكون في متناول الجهات الإدارية عند طلبها، ومن باب أولى في متناول القضاء عند طلبها لإثبات أمر معين أو على ذلك فإن حكم المادة 73 من قانون الإجراءات المدنية ينطبق على كل هذه الأوراق. فيملك الخصم على سبيل المثال أن يطلب من المحكمة إلزام خصمه بأن يقدم لها جواز سفره لإثبات أنه في تاريخ معين لم يكن داخل الجمهورية أو خارجها، بدون الحاجة إلى اللجوء لمصالح الأمن لاستصدار شهادة تثبت هذا الأمر.

ومن أمثلة النصوص القانونية التي تجيز للمحكمة إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده ما تنص عليه المادة 13 من القانون التجاري¹ 59-75 "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".

ولقد حددت المواد 14 إلى 18 من القانون التجاري² الإجراءات الواجب إتباعها في استخدام دفاتر التجار كوسيلة من وسائل الإثبات

¹ أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975

² المادة 14 من القانون التجاري: إن الدفاتر التي يلتزم الأفراد بتسكيها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه لا يمكن تقديمها للقضاء، ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يسكوها، وذلك مع عدم المساس بما ورد في اتص بشأنه في كتاب الإفلاس والفلس.

المادة 15 من القانون التجاري: لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرت وقسمة الشركة وفي حالة الإفلاس.

المادة 16 من القانون التجاري: يجوز للقضاء أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالتراع.

المادة 17 من القانون التجاري: يجوز للقضاء أن يوجهوا إثابة قضائية لدى المحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعينون قاضيا للإطلاع عليها وتحرير محضر محتواها وإرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى وذلك في حالة العرض بتقديمها أو طلب تقديمها أو الأمر به إذا كانت هذه الدفاتر موجودة في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة

- ثانياً: إذا كان المحرر مشتركاً بين الطالب وخصمه:

يعتبر المحرر مشتركاً بين الطالب وخصمه إذا حرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبّتا لحقوقهما والتزاماتهما المتبادلة، ومن أمثلة هذه المحررات عقود البيع والإيجار والمقايضة التي تثبت حقوق والتزامات الطرفين، إذ ما فرض تحرير هذه العقود من نسخة واحدة توجد لدى أحد الطرفين دون الآخر، أو في حالة فقد أحد الطرفين لنسخته. وعلة إلزام الخصم بتقديم المحرر الموجود تحت يده في هذه الحالة أنه لا يتضمن أمور شخصية خاصة به بمفرده، وإنما هو يثبت حقوق والتزامات متبادلة بين الخصمين.

وتقدير ما إذا كان المحرر مشتركاً بين الطرفين أو يخص أحد الخصمين فقط من وسائل الواقع التي تتعلق بأدلة الإثبات والتي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون أن يكون خاضعاً في ذلك إلى رقابة محكمة النقض، بشرط أن يكون تقديره لذلك سائغاً ولا يخالف واقع الدعوى.

ثالثاً، إذا استند الخصم إلى المحرر في أية مرحلة من مراحل الدعوى:

حينما يستند الخصم في الدعوى إلى أحد المحررات دون أن يقدمه إلى المحكمة فذلك يعني أنه قد جعل منه دليل يمكن الاحتجاج به لصالحه وأيضاً عليه. وعلى هذا الأساس لزم المشرع للخصم الآخر بموجب المادة (70) بتقديم المحرر الذي يلوح به. حيث أنه يس منطقياً أن يسمح لأحد الخصوم بالتلويح بورقة معينة في الدعوى دون أن يقدمها إلى محكمة لإثبات مدى صحة ما يدعيه.

وإذا كان الخصم قد استند إلى المحرر في أية مرحلة من مراحل الخصومة لخصمه الحق في أن يطلب إلزامه بتقديم هذا المستند¹. وعلى هذا الأساس إذا رض واستند أحد الخصوم إلى محرر أمام محكمة أول درجة، فيكون لخصمه لحق، إذا ما استأنف الحكم، في المطالبة بتقديم هذا المحرر أمام المجلس².

1- دة من القانون التجاري: إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر، تقدم هذه الأخيرة، جاز للقاضي توجيه اليمين - الطرف الآخر.

¹ د سليمان مرقص، المرجع السابق، بند 152، ص 401.

² لا يشترط إبلاغ الخصم في مرحلة الاستئناف بالأوراق المودعة في ملف الدعوى بالدرجة الأولى، غير أنه يجوز لكل طرف

ولقد قضت المحكمة العليا في ذلك فإنهم وإن ذكروا في قرارهم بوجود خبيرة في موضوع الدعوى وأن المدعي في الطعن دفع بها إلا أنهم لم يوضحوا ويكشفوا بأنهم أطلعوا عليها وناقشوها أو أطلعوا عليها الخصوم مع أن المادة 32 من ق.م.توجب على القاضي أن يتدخل من أجل تمكين الخصوم من الاطلاع على جميع السندات المقدمة في الدعوى والمادة 43 من ق.م.تمكنته من الدور الإيجابي في الدعوى المدنية ولو من تلقاء نفسه بكافة الوسائل للوصول إلى الحقيقة لذا فإن قرارهم ناقص التعليل والتسبيب وعديم الأساس القانوني ويتعين بذلك قبول الطعن¹

إذا كان المحرر المستدل به لم يقدم أو له أثر في الدعوى يستطيع المعني أن يتقدم بطلب لرئيس المحكمة بعريضة تبلغ للخصوم داخل الجلسة

يجب أن يبين في هذا الطلب:

(أ) أوصاف المحرر الذي يعينه.

(ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.

(ج) الواقعة التي يستدل به عليها.

(د) الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم أو الغير.

(هـ) وجه إلزام الخصم أو الغير بتقديمه.

(س) مكان وجود هذا المحرر.

الحكم في الطلب: يعد الفصل في طلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده، متروكاً لتقدير قاضي الموضوع باعتباره بمثابة إجراء من إجراءات الإثبات².

القواعد الإجرائية العامة في التحقيق

يقصد بإجراءات التحقيق مجموعة الإجراءات التي حددها القانون لكل من القاضي والمتقاضي من أجل استخدام وسائل الإثبات ويقوم فيها القاضي بنورا مهما للوصول للحقيقة حيث أنه بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كتابة

أنظر د. فصي والي، المرجع السابق، بند 295، ص 518.

¹ ملف رقم 36210 قرار بتاريخ 1987/05/06

² المواد 72 و73 من قانون الإجراءات المدنية

بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون وهذا في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، كما يمكنه أن يأمر بعدة إجراءات تحقيق في آن واحد أو متتالية¹.

كما أن المشرع أعطي للقاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، مثل إثبات حالة أو سماع شاهد بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع ومن أمثلة ذلك سماع شهادة شاهد في حالة خطيرة ويخشي وفاته أو سماع شهادته قبل السفر وغيبه عن أرض الوطن، أو إثبات حالة سلع وبضائع استلمت فاسدة أو معاينة حالة سكن استلم من مستأجره وغيرها من الحالات لاستخدامها فيما بعد كدليل إثبات.

يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال قوة الأحكام والأوامر المتعلقة بالإثبات

تتمتع الأحكام والأوامر الخاصة بإجراء من إجراءات التحقيق بحصانة قضائية لا تقبل المعارضة في الأوامر والأحكام والقرارات، التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، ولا يقبل استئنافها أو الطعن فيها بالنقض، إلا مع الحكم الذي فصل في موضوع الدعوى.

ومن ناحية أخرى فهذه الأحكام لا تقبل الطعن فيها على استقلال، قبل صدور الحكم المنهي للخصومة²، الأمر الذي تنفي معه الحاجة لوضع أسباب مستقلة لهذه الأحكام. يضاف إلى ذلك أن رغبة المشرع قد اتجهت في هذا الصدد إلى التخفيف عن كاهل القضاة والإسراع في حسم الدعاوى التي تذخر بأعدادها للمحاكم، وهذا يتطلب إعفاء القضاة من بذل الجهد والوقت في تحرير الأسباب الخاصة بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات.

والمقصود بعدم تسبب الحكم، في هذا الصدد، عدم بيان الأسانيد القانونية الواقعية التي يستند إليها القاضي في بناء حكمه، اكتفاء منه بأن مجرد مباشرته بإجراء من إجراءات الإثبات يدل بذاته على سبب اللجوء إليه.

والمقصود بالأحكام غير القطعية، تلك التي لا تفصل في موضوع النزاع أو في شق منه، وتملك المحكمة بالتالي العدول عنها. ومثالها فيما يتعلق بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات -الحكم الصادر بإجراء التحقيق أو بالقيام بالمعاينة أو بالإحالة إلى خبير، فكل هذه الأحكام لا تحسم في موضوع النزاع بين الخصوم

أما الحكم القطعي فهو، على حد تعبير محكمة النقض المصرية: ذلك الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته.

ومثال الأحكام القطعية المتعلقة بالإثبات، الحكم القاطع في بيان الأساس الذي يبنى عليه الخبير تقديره لوعاء الضريبة.

كما لا يترتب على الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، تخلي القاضي عن الفصل في القضية.

ثانياً: تنفيذ إجراءات التحقيق

يتم تنفيذ إجراءات التحقيق، حسب الحالة، أما بمبادرة من القاضي أو من أحد الخصوم، بموجب أمر شفوي أو تنفيذاً لمستخرج الحكم أو نسخة منه.

إذا كان الحكم الذي قضى به صادراً عن تشكيلة جماعية فيتولى القاضي المقرر، مراقبة تنفيذ إجراء التحقيق المأمور به

يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه، للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه.

يجب إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق المأمور به شفاهة بالجلسة أو بواسطة محاميهم.

في حالة غيابهم ومحاميهم عن الجلسة التي أمر فيها بإجراء التحقيق، يتم استدعائهم برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام من طرف أمين ضبط الجهة القضائية.

ويتم استدعاء الغير بالحضور لنفس الغرض بنفس الإجراء¹.

¹ المواد 75 و 76 و 78 من قانون الإجراءات المدنية

² طبقاً للمادة 81 من قانون الإجراءات المدنية

الخبرة

قد يتعذر على القاضي في بعض القضايا المطروحة عليه أن يباشر بنفسه تحقيق في كل أو بعض وقائع الدعوى، سيما إذا كان التحقيق فيها يتطلب الإلمام بمعلومات فنية دقيقة وهي خارجة نوعا ما عن معارف القاضي، ولذا يجوز له أن يستعين بالخبراء المختصين في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب نقطة فنية معينة، أو كان الفصل في النزاع يتوقف على معرفة معلومات فنية في أي فرع من فروع المعرفة إذ ليس على القاضي أن يكون خبيراً في كل المواد والأمر التقني المطروحة عليه بل يفترض فيه أن يكون ملماً بالمبادئ القانونية والقواعد الفقهية والأحكام القضائية التي هي من صميم وظيفته لذا يمكنه تعيين خبير

تعريف الخبرة

الخبرة إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية في المسائل التي قد تعرض على القاضي ولا يستطيع العلم بها بل أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها، بل يجب الرجوع فيها إلى رأي أهل الخبرة وتقتصر الخبرة على المسائل الفنية التي يصعب على القاضي الإلمام بها دون المسائل القانونية، وتقدير طلب الاستعانة بالخبرة أمر متروك لتقدير المحكمة لها أن تلتفت عنها أن وجدة في الدعوى من العناصر ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة لخبرة

القاعدة أن نذب الخبير يعتبر أمراً جوازيًا للمحكمة فهي غير ملزمة بإجابة طلب الخصوم نذب خبير فلها أن ترفضه إذا رأت أنها في غير حاجة للاستعانة برأي الخبير أو كانت قد تبينت حقيقة موضوع الخبرة من عناصر الدعوى وما بوشر فيها وهي بذلك تفصل في أمر موضوعي لا رقابة عليه للمحكمة العليا .

على أن تسبب المحكمة رفضها نذب الخبير وإلا كان الحكم معيباً. وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن تقدير إمكانية حدوث الضرب على قمة الرأس ممن يقف أمام المجني عليه أو خلفه لا يحتاج بدهاءة إلى خبرة فنية خاصة يتعين على القاضي الالتجاء إليها. ومع ذلك فإنه إذا كانت المسألة التي تواجه المحكمة مسألة فنية يحته يتعذر عليها أن تشق طريقها فيها، فأنها تلتزم بنذب الخبير فإن هي فصلت فيها دون الاستعانة بخبير كان الحكم معيباً.

ولقد قضت المحكمة العليا لما كان من الثابت-في قضية الحال- أن قضاة المجلس قاموا بتحقيق دون أن يتم تبليغ منطوق الأمر بإجراء ذلك التحقيق ودون أن يعينوا العضو المكلف بالتحقيق أو يحددوا تاريخه ومكانه، يكونوا بقضائهم كما فعلوا انتهكوا القانون¹.

كما قضت "لما كان من الثابت-في قضية الحال- أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على تحقيق أمرت به المحكمة دون أن يذكروا نوعية الأمر بالتحقيق وهل المحكمة فعلاً أجرت ذلك التحقيق أم لا ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد اغفلوا قاعدة جوهرية في الإجراءات².

يجوز للقاضي أن يقوم شخصياً بتنفيذ إجراء من إجراءات التحقيق أو يشرف على تنفيذه، ويتم بحضور أمين الضبط الذي يحرر محضراً بذلك، يودع بأمانة الضبط. يجوز لممثل أو محامي أحد الخصوم أمام الجهة القضائية التي أمرت بإجراء التحقيق، متابعة تنفيذه أياً كان مكانه، وتقديم الملاحظات والطلبات المتعلقة به حتى في غياب للخصم. تنفذ إجراءات التحقيق أمام الجهة القضائية، في جلسة علنية أو في غرفة المشورة، حسب القواعد المعمول بها في سير الخصومة³.

¹ مجلة القضائية العدد 4/1990 ملف 51534 بتاريخ 11/11/1987

² مجلة القضائية 3/1992 ملف رقم : 43134 قرار بتاريخ 01/06/1988

³ المواد 87 و 89 و 90 من قانون الإجراءات المدنية

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يسوغ للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفني عن سرقة السيارة وعدم صلاحية فرملة اليد لإيقافها أثناء سيرها إلى معلومات شخصية. وبأن قول المحكمة أن الإصابات التي وجدت في المصاب مفتعلة هو فصل في مسألة فنية بحيث كان يجب أن يلجا إلى الطبيب الشرعي¹.

وعلى الخبير أن يقدم تقريراً بنتيجة أعماله ويودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله وما سلم إليه من أوراق قلم الكتاب

ومتى أودع التقرير يبلغ كل من الفرقاء نسخة عنه ثم يتلى علناً في الجلسة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تدعو الخبير للمناقشة في تقريره، ويبيد الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى

ورأى الخبير لا يقيد المحكمة فلها في حدود سلطتها التقديرية أن تأخذ بتقرير الخبير كله أو ببعض ما جاء وتطرح بعضه لأنها غير مقيدة بأراء أهل الخبرة، فرأى الخبير لا يعدو أن يكون مجرد دليل في الدعوى وللمحكمة الموضوع مخالفته دون معقب وحسبها إقامة قضائها على أسباب سائغة، ولها أيضاً أن تعيد التقرير إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه، ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين، ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق

القواعد الإجرائية للخبرة

في الحكم الصادر بالخبرة :

تنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية على أن: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

أي أن تعيين الخبير قد يكون بطلب أصلي أو عارض من الخصوم وقد يكون بطلب من المحكمة نفسها من أجل كشف غموض مسألة فنية فيقوم القاضي بإصدار حكم بالخبرة يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي:

- 1- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء.

- 2- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص.

- 3- تحديد مهمة الخبير تحديداً دقيقاً.

- 4- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.

- 5- المبلغ الواجب وضعه كتسبيق للخبير.

إذا كان الخبير المعين غير مقيد في جدول الخبراء قام بحلف اليمين أمام القاضي الذي قام بتعيينه¹.

وفي ذلك قد قضت المحكمة العليا "ومن المقرر أنه لقبول تقرير الخبير شكلاً يجب على الجهة القضائية أن تذكر إن كان مسجلاً في قائمة الخبراء وإن لم يكن أن تثبت أنه أدى اليمين القانونية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد إساءة في تطبيق القانون. لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع أيدوا تقرير الخبير وصادقوا على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى الطاعن دون أن يناقشوا الوثائق المقدمة ودون أن يبينوا أن الخبير المعين مسجلاً في قائمة الخبراء أو أنه أدى اليمين القانونية فإنهم بقضائهم كما فعلوا شابوا قرارهم بالقصور في التسييب وأسأوا تطبيق القانون"².

يمكن استبدال الخبير المعين في الحكم كما يمكن رده إذا وجد سبباً معقولاً وفي ذلك تنص المادة 132 على "إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، استبدل بغيره بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه.

¹المواد 128 و 129 و 130 و 131 من قانون الإجراءات المدنية

²أخلة القضائية 1990/4 ملف 46225 بتاريخ : 1989/07/19

إذا قبل الخبير المهمة ولم يقم بها أو لم ينجز تقريره أو لم يودعه في الأجل المحدد، جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف، وعند الاقتضاء، الحكم عليه بالتعويضات المدنية، ويمكن علاوة على ذلك استبداله¹.

أما المادة 133 فتحدد كيفية رد الخبير وهذا بتقديم طلب أو عريضة للقاضي الذي عينه تحتوى العريضة على أسباب الرد، توجه العريضة إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية (8) أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن .

لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر .

لا يجوز استئناف الحكم الأمر بالخبرة، أو الطعن فيه بالنقض، إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع.

لا يمكن أن تشكل المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة، أسبابا لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض، إذا لم تكن قد أثيرت مسبقا أمام الجهة القضائية التي فصلت في نتائج الخبرة.

ولقد قضت المحكمة العليا² من المستقر عليه أن الحكم بتعيين خبير للبحث في مزاعم الأطراف وإعداد مشروع قسمة اعتمادا على فريضة، هو حكم تحضيرى وليس تمهيدى ومن ثمة كان غير قابل للاستئناف إلا مع الحكم القطعي¹.

ثانيا مصاريف الخبرة :

يحدد القاضي الأمر بالخبرة، مبلغ التسبيق، على أن يكون مقاربا قدر الإمكان للمبلغ النهائي المحتمل لأتعاب ومصاريف الخبير.

ويعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده.

فإذا لم يتم إيداع التسبيق في الأجل المحدد اعتبر تعيين الخبير لاغيا، إلا إذا بين الخصم الذي يجب أن يضع التسبيق حسن النية فيمدد الأجل له بواسطة أمر على عريضة

يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية، بعد إيداع التقرير، مراعى في ذلك المساعي المبذولة، واحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز. يأذن رئيس الجهة القضائية لأمانة الضبط، بتسليم المبالغ المودعة لديها للخبير، في حدود المبلغ المستحق مقابل أتعابه .

يأمر الرئيس عند اللزوم، إما باستكمال المبالغ المستحقة للخبير مع تعيين الخصم الذي يتحمل ذلك، وإما إعادة المبالغ الفائضة إلى من أودعها. في جميع هذه الحالات، يفصل رئيس الجهة القضائية بأمر، تسلم أمانة الضبط نسخة رسمية منه إلى الخبير للتنفيذ .

وفي ذلك قضت المحكمة العليا³ حيث أنه وإن كانت الخبرة مداولاتها الفنية لدى القضاة ولهم سلطتهم التقديرية في ذلك فإن عدم تحديد مصاريف وأتعاب الخبير في قرار تكليفه لا يشكل عنصرا من بطلانه إذ أن لا تأثير في عدم ذكرها وتحديدها الأصلي مصلحة الخبير الشخصية باعتبار ان تلك المصاريف لها صفة الحق الخاص به¹.

ثالثا : تنفيذ الخبرة

يقوم الخبير بإخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة عن طريق محضر قضائي. فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة.

ويطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته دون تأخير. فإذا أعترض الخبير إشكال في تنفيذ الخبرة يطلع الخبير القاضي على الإشكال، ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم، تحت طائلة غرامة تهديدية، بتقديم المستندات.

وفي هذه الحالة تستخلص الجهة القضائية الآثار القانونية المترتبة على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات.

إذا تطلب الأمر أثناء القيام بالخبرة، اللجوء إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية بواسطة مترجم، يختار الخبير مترجما من بين المترجمين المعتمدين أو يرجع إلى القاضي في ذلك

يرفع الخبير تقريرا عن جميع الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يمكنه عند الضرورة طلب تمديد المهمة.

¹ملف رقم 34970 لقرار بتاريخ 1985/5/29

¹ملف رقم 38933 لقرار بتاريخ 14 جانفي 1987

يقوم الخبير بتسجيل في تقريره على الخصوص:

1- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم.

2- عرض تحليلي عما قام به وعاينه في حدود المهمة المسندة إليه.

3- نتائج الخبرة.

إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية.

إذا تبين للخبير أن مهمته أصبحت بدون موضوع، بسبب تصالح الخصوم، يتعين عليه إخبار القاضي عن ذلك بموجب تقرير¹.

كما يمكن أن يطلب بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه بخبرة تكميلية.

نتيجة الخبرة :

يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة. وهذا طبقاً للمادة 144 من قانون الإجراءات المدنية.

ولقد قضت المحكمة العليا "حيث أن الخبرة بينت بما فيه الكفاية عدم وقوع أي اعتداء من قبل المطعون عليه وأن المرأب المتنازع عليه تم تشييده على القطعة الأرضية التي تعود للمطعون عليه وقد توصل الخبير إلى هذه النتيجة بعد أن رجع إلى أصل الملكية وإلى الخرائط المعدة لذلك والمعاينة التي قام بها.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما اعتمدوا على تلك الخبرة في تسبب قرارهم فقد سببوا قضاءهم بما فيه الكفاية مما يتعين التصريح برفض هذا الوجه².

كما قضت "من المقرر قانوناً أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي حولها لهم القانون -ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب

وانعدام الأساس القانوني لكونه استعنى عن الخبرة الأولى للمجراه أمام المحكمة- في غير محله ويتعين رده¹.

المعاينة

المعاينة:

المقصود بالمعاينة كوسيلة من وسائل الإثبات (الكشف) مشاهدة المحكمة الشيء المتنازع عليه. وهذا عن طريق انتقال هيئة المحكمة أو أحد قضاتها لمعاينة محل النزاع

تنص المادة 146 على "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية، مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات. إذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرر.

في حالة غياب الخصوم أو أحدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من هذا القانون".

إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته.

يمكن للقاضي أثناء تنقله، سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة

والقيام بالمعاينة يتطلب ذلك في الغالب أن تنتقل المحكمة للمعاينة، ويصدر قرار المعاينة من المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر إجراء المعاينة، وقد تتم المعاينة من المحكمة بكامل هيئتها، وللمحكمة أن تندب أحد قضاتها للقيام. ويجوز رفع دعوى أصلية مستعجلة بطلب الانتقال للمعاينة وتسمى هذه الدعوى بدعوى إثبات الحالة ويتعين لرفعها توافر

¹المواد 134 إلى 141 من قانون الإجراءات المدنية

²ملف رقم 189290 قرار بتاريخ 1999/05/05

¹ملف رقم 33801 قرار بتاريخ 85/01/09

الإثبات بشهادة الشهود

التعريف بشهادة الشهود

شهادة الشهود أو البيينة هي إخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره والأصل أن تكون شهادة الشهود مباشرة، فيخبر الشاهد بما وقع تحت بصره وسمعه كمن يشهد حادثه أو تعاقداً فيروي ما سمعه أو رآه

غير أنه بجانب الشهادة المباشرة، وتوجد صورة أخرى للشهادة وهذه هي: الشهادة السماعية وفيها يشهد الشاهد بما سمع بالواقعة رواية عن شخص آخر والشهادة بالتسامع وفيها يشهد الشاهد بما هو شائع بين الناس، وتكون الشهادة بالسماع في حالات هي الوفاة والنسب والوقف الصحيح الموقوف لجهة خيرية منذ مدة طويلة، ولا ترقى الشهادة غير المباشرة إلى مرتبة الشهادة المباشرة فقيمة الشهادة السماعية في الإثبات أقل من الشهادة الأصلية

فالمقصود بالشهادة إذن قيام شخص من غير أطراف الخصومة-بعد حلف اليمين- بالإخبار أمام القضاء عن إدراكه بحاسة من حواسه لواقعة تصلح محلاً للإثبات، صدرت من شخص آخر ويترتب عليها حق لشخص ثالث¹ فالشاهد يخبر بوقائع تنشئ التزاماً على الغير وليس عليه هو وإلا لأصبحت إقراراً، كما أنه يخبر بوقائع وقد جعل المشرع للشهادة قوة محدودة في الإثبات، وذلك على خلاف الكتابة، نظراً لما يحيط هذا النوع من أدلة الإثبات من عيوب تتمثل في شهادة الزور إما لمحاباة شخص أو للانتقام منه أو للحصول منه على رشوة، هذا فضلاً عن الخطأ والنسيان الذي قد يعترى الشاهد لحظة أدائه للشهادة مما قد يؤدي إلى ضياع الحقوق على أصحابها².

الإجراءات الخاصة بالشهادة

والواقع أن إجراءات الإثبات بشهادة الشهود تبدأ بطلب يتقدم به الخصم يستأذن فيه المحكمة سماع الشهود لإثبات واقعة معينة، يسمى طلب سماع شاهد.

شروط الاستعجال ويتوافر هذا الشرط إذا كان المقصود بالدعوى منع ضرر محقق قد يتعذر تلافيه في المستقبل كإثبات واقعة يحتمل ضياع معالمها إذا تركت وشأنها، أو تأكيد معالم قد تتغير مع الزمن وقد يتطلب إثبات الحالة خبرة فنية لا تتوافر لدى قاضي الأمور المستعجلة ولذلك يجوز له أن ينتدب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة.

يحرر محضر عن الانتقال إلى الأماكن، يوقعه القاضي وأمين الضبط، ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط.

يمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر. بشهادة الشهود

¹ أنظر د. حسن أبو النجا، المرجع السابق، ص 109، د. أسامة المدجي، المرجع السابق، بند 96، ص 146.

² أنظر أحمد نشأت، المرجع السابق، بند 377، ص 532.

(أ) اسم الشاهد وعنوانه .

(ب) علاقة الشاهد بموضوع الدعوى.

(ج) الواقعة التي يستدل بشهادته عليها.

(د) أهمية الشهادة.

فإذا قبلت المحكمة هذا الطلب أصدرت حكمها بالإحالة إلى التحقيق لسماع الشهود. حيث يحدد القاضي في الحكم الأمر بسماع الشهود، الوقائع التي يسمعون حولها، ويوم وساعة الجلسة المحددة لذلك، مع مراعاة الظروف الخاصة بكل قضية.

يتضمن هذا الحكم دعوة الخصوم للحضور وإحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين للجلسة.

2- يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعلى نفقته، بعد ايداع المبالغ اللازمة لتغطية التعويضات المستحقة للشهود والمقررة قانوناً.

3- يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو في غياب الخصوم، ويعرف قبل سماعه، باسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم.

4- يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال .

5- يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب.

6- يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو من أحدهم، أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة.

7- لا يمكن لأي كان، ما عدا القاضي، أن يقاطع الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته أو يسأله مباشرة.

8- تتلى على الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها.

9- يتم التجريح في شاهد بسبب عدم أهليته للشهادة أو قرابته أو لأي سبب جدي آخر، يفصل فوراً في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

10- يجب إثارة أوجه التجريح قبل الإدلاء بالشهادة، إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين، إذا قبل التجريح في

الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة.

11- يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض .

تتم الشهادة في وجود القاضي وكاتب الضبط والخصوم ودفاعهم تدون أقوال الشاهد في محضر يتضمن المحضر البيانات الآتية:

1- مكان ويوم وساعة سماع الشاهد ،

2- حضور أو غياب الخصوم ،

3- اسم ولقب ومهنة وموطن الشاهد ،

4- أداء اليمين من طرف الشاهد، ودرجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم.

5- أوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء.

6- أقوال الشاهد والتنويه بتلاوتها عليه.

7- يجب توقيع المحضر من القاضي وأمين الضبط والشاهد ويلحق مع أصل الحكم إذا كان الشاهد لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع أو يرفضه، ينوه عن ذلك في المحضر .

سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود

رأينا أن الدليل الكتابي ذات قوة مطلقة في الإثبات، فهو ملزم للقاضي ما لم ينكره الخصم أو يطعن فيه بالتزوير وعلى خلاف ذلك الشهادة أو البيينة، فهي

تخضع لتقدير القاضي بمعنى أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان لأحد عليها في ذلك إلا أن تخرج

تلك الأقوال إلى غير ما يؤدي إليها مدلولها، وهي غير مقيدة بالرأي الذي يبديه الشاهد تعليقا على ما رآه أو سمعه، فلها أن تأخذ ببعض أقواله مما ترتاح إليه

وتثق به دون البعض الآخر، بل لها أن تأخذ بمعنى الشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا متى كان المعنى الذي أخذت به لا يتجافى مع عبارتها كذلك فإن

ترجيح شهادة شاهد على آخر هو من أطلاقات قاضي الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه وليس بملزم أن يبين أسباب هذا الترجيح ما دام لم

يخرج بأقوال الشاهد عما يؤدي إليه مدلولها.

يجوز للقاضي أن يفصل في القضية فور سماع الشهود أو يؤجلها إلى جلسة لاحقة.

استخدام الشهادة في الإثبات

تنص المادة 334 من القانون المدني: لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة علي 100.000 دينار جزائري:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

- إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته علي 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلي ما لا يزيد علي هذه القيمة.

عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة:

يقتصر نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات خلاف ما هو ثابت بالكتابة أو ما يجاوزه إلا بالكتابة على المتعاقدين أما الغير فلا يلتزم بشرط الكتابة في إثبات الثابت كتابة ويجوز له إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة بشهادة الشهود والقرائن.

فإذا كان العقد الصوري مثلا ثابتا بالكتابة فلا يجوز للمتعاقدين إثبات الصورية إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تجاوز حد البيئة ويسري هذا الحكم على كل من كان طرفا في العقد الصوري كما يسري على خلفه العام كالوارث والموصى به أما الغير فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات حتى ولو كانت قيمة التصرف تجاوز حد البيئة ويعتبر من الغير الدائنين والخلف الخاص لكل من المتعاقدين على أنه يجوز للمتعاقدين إثبات الصورية بالبيئة خلافا للقاعدة المتقدمة إذا كان القصد من الصورية الغش أو التحايل على القانون أو إذا كان القانون يجيز الإثبات بالبيئة بدلا من الكتابة كما هو الشأن في حالات وجود مبدأ مثبت بالكتابة أو وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي ففي هذه الحالات لا يتقيد مدعي الصورية بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة

ويشترط لتطبيق قاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

وجود دليل كتابي وأن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت كتابة

فيشترط أولا: وجود دليل كتابي ويجب أن يكون الدليل الكتابي كاملا المحرر

رسميا أو المحرر عاديا معدا للإثبات أو الرسالة الموقع عليها أما إذا كان الدليل الكتابي غير كامل كما هو الشأن في المحررات العادية غير المعدة للإثبات كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية والتأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين فيجوز إثبات عكس ما هو مدون فيه بكافة طرق الإثبات

ويشترط ثانيا: أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت كتابة فما يخالف الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة كما إذا المحرر المكتوب مثبتا لعقد بيع ذكر فيه ثمن معين أو أن هذا الثمن قد تم دفعه وأراد البائع أن يثبت أن الثمن المذكور غير صحيح وأن الثمن الحقيقي أقل مما هو مكتوب أو أن الثمن لم يدفع وأن التصرف في حقيقته هبة مستورة، فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة

كذلك ما يجوز الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فإذا أراد المدين إثبات أن الالتزام المكتوب المنجز، قد علق فيما بعد على شرط أو اقترن بأجل، فعليه إثبات ذلك بالكتابة وإذا كانت الكتابة مثبتة لعقد قرض لم يذكر فيه أنه قرض بفائدة وأراد الدائن أن يثبت أن القرض بغير فائدة فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة

المقصود بتحقيق الخطوط:

يقصد بتحقيق الخطوط مجموعة الإجراءات التي حددها القانون لإثبات مدى صحة المحرر العرفي إذا أنكره الشخص المنسوب صدوره منه¹ فعند الاحتجاج بورقة عرفية على من صدرت منه فيلجأ هذا الشخص في بعض الأحيان إلى إنكار هذه الورقة وذلك بإنكار خطه أو توقيعه أو ختمه.

- كيفية التمسك بإجراءات تحقيق الخطوط:

يتم التمسك بإجراءات تحقيق الخطوط إما من تلقاء نفس المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم. ويأخذ التحقيق في الغالب صورة الدعوى الفرعية، وذلك يكون في حالة أمر المحكمة بإحالة المحرر العرفي المتنازع عليه إلى التحقيق أثناء نظر دعوى أصلية بين الخصوم للتأكد من صحة هذا المحرر الذي أنكره الخصم المنسوب إليه إصداره. ويعني ذلك أنه تحقيق يتم بإجراءات متفرعة عن خصومه أصلية².

أولاً: دعوى تحقيق الخطوط الفرعية:

يقصد بدعوى تحقيق الخطوط الفرعية، التحقيق الذي تأمر به المحكمة أثناء نظر دعوى أصلية لإثبات صحة ورقة عرفية تمسك بها أحد الخصوم فأنكرها الخصم الذي نسبت إليه، وتبين للمحكمة أن الفصل في الدعوى الأصلية متوقف على إثبات صحة هذه الورقة أو عدم صحتها.

وفي هذا تنص المادة 164: تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي.

يختص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، بالفصل في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط المتعلقة بمحرر عرفي.

يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية، أمام الجهة القضائية المختصة.

فإذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع.

وفي الحالة العكسية، يؤشر القاضي على الوثيقة محل النزاع، ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط، كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط، اعتماداً على المستندات أو على شهادة الشهود، وعند الاقتضاء، بواسطة خبير.

يبلغ ملف القضية إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها المكتوبة.

إذا عرضت القضية أمام القاضي الجزائي، يتم إرجاء الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية.

يمكن للقاضي أن يأمر بالحضور الشخصي للخصوم وسماع من كتب المحرر المنازع فيه.

وعند الاقتضاء، سماع الشهود الذين شاهدوا كتابة ذلك المحرر أو توقيعه.

أولاً: المضاهاة

المقصود بالمضاهاة:

يقصد بالمضاهاة فحص الخط أو الإمضاء أو التوقيع أو بصمة الإصبع التي تم إنكارها ومقارنتها بخط أو إمضاء أو توقيع أو بصمة صحيحة للمنكر، وذلك يكون بواسطة خبراء الخطوط لإثبات التشابه من عدمه¹ وهذا ما تؤكد المادة 167 من قانون الإجراءات بنصها على أنه "يتعين على القاضي إجراء مضاهاة الخطوط استناداً إلى عناصر المقارنة التي توجد بحوزته.

يمكنه، عند الاقتضاء، أمر الخصوم بتقديم الوثائق التي تسمح بإجراء المقارنة، مع كتابة نماذج بإملاء منه.

يقبل على وجه المقارنة، لا سيما العناصر الآتية:

- 1- التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية.
- 2- الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها.
- 3- الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يتم إنكاره.

¹ انظر د. أحمد الصاوي، المرجع السابق، بند 414، ص 660.

² انظر د. أحمد الصاوي، المرجع السابق، بند 415، ص 662.

¹ د. أحمد مسلم، المرجع السابق، بند 567، ص 589. د. أحمد الصاوي، المرجع السابق، بند 416، ص 663.

في الإدعاء بالتزوير

الإدعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه.

وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد.

يقام الإدعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية.

والإدعاء بالتزوير يمثل الوسيلة الوحيدة المتاحة قانونا لهم قوة المحررات الرسمية في الإثبات، بينما قد يكفي للمساس بصحة المحررات العرفية - كما بينا - مجرد إنكارها دون إلزام بإتباع إجراءات الإدعاء بالتزوير. ومع ذلك توجد بعض الحالات التي يتعين فيها لهم قوة المحرر العرفي في الإثبات اللجوء إلى الطعن عليها بالتزوير. وأهم هذه الحالات¹:

والتزوير المدعى به إما أن يكون ماديا أو معنويا. فيكون التزوير ماديا إذا حدث إيداع بأن المحرر المنسوب صدوره من موظف عام لم يصدر منه أو أنه قد حدث تغيير أو إضافة إلى المحرر الذي تم الإقرار به أو ثبتت صحته، سواء كان هذا المحرر رسميا أم عرفيا². ومثال ذلك إزالة جزء من المحرر بالقطع أو التمزيق لإعدام بعض عباراته بنية الغش³، أو حصول تزوير بطريق المحو والإضافة في العبارة التي كانت متونة بخط الدائن في هامش السند والتي كانت تدل على حقيقة مبلغ الدين الذي حرر السند لإثباته⁴.

أما التزوير المعنوي فصورته أن يحصل الإدعاء بأن الموظف العام قد وضع في المحرر ما يخالف الحقيقة التي تمت في حضوره. والتزوير بهذا الشكل معنوي، إذ لا تتم عنه آثار مادية في المحرر، و بالتالي لا تتيسر عملية اكتشافه إلا عن طريق الرجوع إلى صاحب الشأن لمعرفة البيانات.

كيفية التمسك بالتزوير:

يمكن أن يتم الإدعاء بالتزوير، كما هو الحال في تحقيق الخطوط⁵، إما أثناء سير الخصومة التي يحتج فيها بالمحرر، وذلك عن طريق دعوى التزوير

ثانيا: يؤشر القاضي على الوثائق المعتمدة للمقارنة ويحتفظ بها مع المحرر المنازع فيه أو يأمر بإيداعها بأمانة الضبط، ليتم سحبها من طرف الخبير المعين مقابل توقيعه بالاستلام.

ثالثا: يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه وتحت طائلة غرامة تهديدية، بإحضار الأصل أو نسخة من الوثائق التي بحوزة الغير إذا كانت مقارنتها بالمحرر المنازع فيه مفيدة.

تودع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية مقابل وصل.

يأمر القاضي باتخاذ التدابير اللازمة التي من شأنها المحافظة على هذه الوثائق والاطلاع عليها أو نسخها أو إرجاعها أو إعادة إرجاعها.

رابعا: يعتبر القاضي عدم حضور المدعى عليه المبلغ شخصا في حالة الإدعاء الأصلي بمضاهاة الخطوط، إقرارا بصحة المحرر، ما لم يوجد له عذر مشروع.

خامسا: إذا اعترف المدعى عليه بكتابة المحرر، أعطى القاضي للمدعي إشهادا بذلك.

¹ أنظر في عرض هذه الحالات، د. أحمد الصاري، المرجع السابق، بند 421، ص 668.

² د. فتحي والي، المرجع السابق، بند 298، ص 529.

³ تم نقض مدني - طعن رقم 165 - جلسة 1967/1/17، س 18، ص 101.

⁴ تم نقض مدني - طعن رقم 310 - جلسة 1967/5/25، س 18، ص 1102.

⁵ أنظر ما سبق، بند 41.

الفرعية، وإما عن طريق دعوى مبتدأة، وهي دعوى التزوير الأصلية.

أولاً: دعوى التزوير الفرعية:

يكون الإدعاء بالتزوير بصورة فرعية- في أي حالة تكون عليها الدعوى، وذلك بتقرير في قلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها تلك الدعوى.

ويجب أن تبين في هذه المذكرة مواضع التزوير المدعى بها تحت طائلة عدم القبول (مادة 180). و يلاحظ في هذا الخصوص أن عدم القبول مقرر لمصلحة المدعى عليه بالتزوير، فلا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.

وتتضمن هذه المذكرة بدقة، الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير، تحت طائلة عدم قبول الادعاء.

يجب على المدعي في الطلب الفرعي تبليغ هذه المذكرة إلى خصمه، ويحدد القاضي الأجل الذي يمنحه للمدعى عليه للرد على هذا الطلب.

وللمدعى عليه بالتزوير -في دعوى التزوير الفرعية- إنهاء إجراءات الإدعاء في أية حالة كانت عليها الإجراءات، وذلك بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه.

ولقد قضت المحكمة العليا "حيث أنه وإن كان القانون يمكن القضاة من صرف النظر عن الإدعاء واستبعاد السند المدعي بتزويره إلا أنهم يجب عليهم أن يعللوا ذلك كما أنهم لم يكشفوا عن رأيهم ما إذا كان المستند المستبعد غير منتج في الدعوى من حيث ضرورة تعليل قبوله واستبعاده وأنهم كذلك لم يبينوا ولم يناقشوا ماهية وطبيعة الأدلة التي استندوا إليها في ترجيح دفع المطعون ضدهم وغفلوا عن إجابة الدفوع المتعلقة بتزوير الوثائق لذا فإن قرارهم المطعون جاء بعمومية الكلمات المحددة من تأسيس القانوني ناقص التعليل ويتعين بذلك نقضه وإحالة القضية أمام نفس المجلس مشكلاً تشكيلاً آخر¹.

كما قضت "ولما كان الثابت-في قضية الحال- أن المستند المدعى بتزويره يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية" وقد كان على قضاة الموضوع أن يوقفوا الفصل فيها لحين الفصل في دعوى التزوير² إلا أنهم رفضوا ذلك و سببوا

قرارهم برسمية العقد فإنهم بهذا القضاء خالفوا القانون³.

ثانياً: التحقيق في الإدعاء بالتزوير:

الأمر باتخاذ إجراءات التحقيق في الإدعاء بالتزوير يرجع للسلطة التقديرية الكاملة للمحكمة، فإذا تبين لها عدم جدية الإدعاء بالتزوير² أو أنه يمكنها أن تحكم بصحة الورقة أو بردها وبطلانها، وذلك إذا ظهر لها بجلاء أو من ظروف الدعوى أنها غير مزورة³، كان لها أن تحكم برفض طلب التحقيق. وعلى النقيض، فإذا كان الإدعاء بالتزوير منتجاً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستندات إقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره وقدرت المحكمة أن إجراء التحقيق، الذي طلبه المدعى بالتزوير في مذكرته، منتج وجائز فيكون لها، في هذه الحالة، أن تأمر بإجراء التحقيق كما حددتها المادة 181: "إذا أثار أحد الخصوم الادعاء الفرعي بالتزوير ضد عقد رسمي، جاز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك، إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد المطعون فيه، وإذا كان الفصل في الدعوى يتوقف عليه، يدعو الخصم الذي قدمه للتصريح عما إذا كان يتمسك به.

إذا صرح الخصم بعدم التمسك بالمحرر الرسمي أو لم يبد أي تصريح، استبعد المحرر. وإذا تمسك الخصم باستعماله، دعاه القاضي إلى إيداع أصل العقد أو نسخة مطابقة عنه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يزيد عن ثمانية (8) أيام. في حالة عدم إيداع المستند في الأجل المحدد، يتم استبعاده. وإذا كان أصل هذا المستند مودعاً ضمن محفوظات عمومية، يأمر القاضي المودع لديه هذا الأصل، بتسليمه إلى أمانة ضبط الجهة القضائية". يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في التزوير.

¹ ملف رقم 34700 قرار بتاريخ 1985/06/26

² مجموعة أحكام النقض المصرية، ص 25، ص 813

³ مجموعة أحكام النقض المصرية، ص 11، ص 95.

اليمين

تعريف اليمين:

اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حنث، وتكوين تأدية اليمين بأن يقول الحالف ((والله)) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ويعتبر اليمين عملاً دينياً، ولذلك لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانتها.

واليمين طريق من طرق الإثبات فهي أما قضائية وغير قضائية أما اليمين القضائية فهي التي توجه إلى الخصم وتحلف أمام القضاء وأما اليمين غير القضائية فهي التي يتفق على حلفها خارج مجلس القضاء.

ولقد اقتصر الشارع على تنظيم اليمين القضائية أما غير القضائية فيتبع في شأنها القواعد العامة فإذا كان موضوع اليمين يتجاوز حد البيعة وجبت الكتابة لإثبات الاتفاق الخاص به أما حلف اليمين فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات.

واليمين القضائية نوعان: يمين حاسمة ويمين متممة

اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة ((هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصم ليحسم بها النزاع)) وبها يحتكم الخصم اليمين إلى ضمير خصمه إذا أعوزه دليل آخر لإثبات ما يدعيه فإذا أدى خصم اليمين خسر خصمه دعواه، وإذا نكل عنها كسبها خصمه ولسن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه وهي بذلك طريق غير عادي للإثبات نظمه القانون وحدد آثاره بما يحقق العدالة.

شروط وإجراءات توجيه اليمين الحاسمة:

اليمين الحاسمة ملك الخصوم ولا يستطيع القاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه ولكن للمحكمة أن تحلفه يمين الاستظهار وعند الاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه وعند الحكم بالشفعة ولو لم يطلب الخصم.

ويشترط فيمن يوجه اليمين أن تتوافر لديه أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين وذلك أن

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانوناً أنه في حالة الإدعاء بالتزوير يقوم رئيس الجهة القضائية بتحديد الأجل الذي صرح خلاله من أبرز الوثيقة - المدعي بتزويرها- ما إذا كان يتمسك باستعمالها فإن قرر أنه لا ينوي استعمالها أو سكت عن الرد، استبعد المستند المذكور. أما إذا قرر أنه متمسك بها فإنه يجوز للمجلس إما أن يوقف الفصل في الخصومة الأصلية حتى يفصل في دعوى التزوير وإما أن يصرف النظر عن الطعن بالتزوير إذا تراءى له أن الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعي بتزويره.

ولما ثبت -في قضية الحال- أن الطاعن قدم طلباً فرعياً يطعن فيه بتزوير الوثيقة المقدمة من طرف خصمه وتمسك بطلبه إلى النهاية إلا أن قضية الموضوع لم يناقشوا هذا الدفع الجوهرية الذي لو صح لتغير وجه الرأي في القضية. لذا فإن قرارهم جاء مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض¹.

إجراءات اليمين:

تنص المواد 190 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية على أنه:
المادة 190: يحدد الخصم الذي يوجه اليمين لخصم آخر، الوقائع التي يتصب عليها اليمين.

يحدد القاضي في الحكم، الوقائع التي ستؤدى بشأنها اليمين، سواء كان طلب توجيه اليمين من أحد الخصوم أو قرره القاضي تلقائياً.
لا يجوز توجيه اليمين حول وقائع مخالفة للنظام العام.

المادة 191: يحدد القاضي اليوم والساعة والمكان الذي تؤدى فيه اليمين.
يحدد القاضي الصيغة التي تؤدى بها اليمين، وينبه الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة.

المادة 193: تؤدى اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصياً بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وإذا برر استحالة التنقل يمكنه أداءها إما أمام قاضٍ منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط، وإما أمام المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها محل إقامته.

تؤدى اليمين حسب الحالة، بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرر محضراً عن ذلك، وفي جميع الحالات، تؤدى بحضور الخصم الآخر أو بعد صحة تبليغه. ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانوناً أن حلف اليمين في نزاع ما يتم في جميع الأحوال بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة ويعد ذلك من مضمّن الأشكال الجوهرية للإجراءات ومتى ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس قد وجهوا اليمين التكميلية للمستأنف عليه بالجلسة في غياب المستأنف ودون تبليغه لحضور الجلسة أداء اليمين¹

كما قضت "المبدأ: الأصل في أداء اليمين أن يؤدى أمام الهيئة القضائية وأن تغيير مكان أداء اليمين أو إلغائها من اختصاص القضاة وما يرونه مناسباً لضمان البلوغ نتيجة الأحكام القضائية².

كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار بين الحلف والرد والنكول ورد اليمين لتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للوكيل توجيه اليمين إلا إذا صدرت له وكالة خاصة بذلك ولا يجوز للولي أو الوصي أو القيم توجيهها إلا إذا كان له حق التصرف فيما يستحلف عليه الخصم.

موضوع اليمين الحاسمة:

((يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين، فإن كانت غير شخصية انصبت اليمين على مجرد علمه بها، يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللآداب.

ويتضح من هذا النص أنه يشترط أولاً في الواقعة التي توجه اليمين بالنسبة لها إلا تكون مخالفة للنظام العام أو الآداب فلا يجوز توجيه اليمين بالنسبة مدين قمار أو لإثبات إيجار منزل يستغل نادياً للقمار كذلك لا يجوز توجيه اليمين بالنسبة لواقعة سبق صدور حكم فيها حاز قوة الأمر المقضي، ولا بالنسبة لتصرف يشترط لانعقاد الكتابة ولا بالنسبة لواقعة يفيد سند رسمي حصوله إذ لا يجوز الطعن في صحته إلا عن طريق الإدعاء بالتزوير ولا يجوز أيضاً توجيه اليمين عن واقعة لو صحت لكانت جريمة.

ويشترط ثانياً في الواقعة موضوع اليمين أن تكون متعلقة بشخص من وجهة إليه لأن من يوجه اليمين يحتكم إلى ضمير خصمه فيلزم أن تكون الواقعة متعلقة بشخص هذا الخصم، فإن كانت اليمين غير شخصية له تعين أن تنصب على مجرد علمه بها وهذه هي يمين العلم ومثالها أن يحلف الوارث أنه لا يعلم أن مورثه كان مديناً، وإذا وجهت اليمين إلى الوارث بصيغة يمين العلم لا يجوز لها تعديل صيغتها ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى أي في أية مرحلة من مراحل المحاكمة

¹ ملف رقم 138429 قرار بتاريخ 96/10/13 ص 45

² رقم القرار 245065 تاريخ القرار 2000/05/23

اليمين

تعريف اليمين:

اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حنث، وتكوين تأدية اليمين بأن يقول الحالف ((والله)) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ويعتبر اليمين عملاً دينياً، ولذلك لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته.

واليمين طريق من طرق الإثبات فهي أما قضائية وغير قضائية أما اليمين القضائية فهي التي توجه إلى الخصم وتحلف أمام القضاء وأما اليمين غير القضائية فهي التي يتفق على حلفها خارج مجلس القضاء.

ولقد اقتصر الشارع على تنظيم اليمين القضائية أما غير القضائية فيتبع في شأنها القواعد العامة فإذا كان موضوع اليمين يتجاوز حد البيعة وجبت الكتابة لإثبات الاتفاق الخاص به أما حلف اليمين فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات.

واليمين القضائية نوعان: يمين حاسمة ويمين متممة

اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة ((هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصم ليحسم بها النزاع)) وبها يحتكم الخصم اليمين إلى ضمير خصمه إذا أعوزه دليل آخر لإثبات ما يدعيه فإذا أدى خصم اليمين خسر خصمه دعواه، وإذا نكل عنها كسبها خصمه ولسن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه وهي بذلك طريق غير عادي للإثبات نظمه القانون وحدد آثاره بما يحقق العدالة.

شروط وإجراءات توجيه اليمين الحاسمة:

اليمين الحاسمة ملك الخصوم ولا يستطيع القاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه ولكن للمحكمة أن تحلفه يمين الاستظهار وعند الاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه وعند الحكم بالشفعة ولو لم يطلب الخصم.

ويشترط فيمن يوجه اليمين أن تتوافر لديه أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين وذلك أن

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانوناً أنه في حالة الإدعاء بالتزوير يقوم رئيس الجهة القضائية بتحديد الأجل الذي صرح خلاله من أبرز الوثيقة - المدعي بتزويرها- ما إذا كان يتمسك باستعمالها فإن قرر أنه لا ينوي استعمالها أو سكت عن الرد، استبعد المستند المذكور. أما إذا قرر أنه متمسك بها فإنه يجوز للمجلس إما أن يوقف الفصل في الخصومة الأصلية حتى يفصل في دعوى التزوير وإما أن يصرف النظر عن الطعن بالتزوير إذا تراءى له أن الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعي بتزويره.

ولما ثبت -في قضية الحال- أن الطاعن قدم طلباً فرعياً يطعن فيه بتزوير الوثيقة المقدمة من طرف خصمه وتمسك بطلبه إلى النهاية إلا أن قضاة الموضوع لم يناقشوا هذا الدفع الجوهرى الذي لو صح لتغير وجه الرأي في القضية. لذا فإن قرارهم جاء مخالفاً للقانون ومستوجباً للنقض!

إذ وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم، إما أن يحلفها، وأما أن يردها وإما أن ينكل عنها

وإذا حلف من وجهت إليه اليمين، خسر موجه اليمين دعواه ولا يجوز له أن يثبت كذب اليمين بدعوى مدنية.

وعلى هذا نصت المادة 192 "إذا امتنع الخصم عن أداء اليمين التي وجهت إليه دون ردها للخصم الآخر سقط ادعاؤه.

إذا رفض من ردت عليه اليمين أداءها، سقط ادعاؤه".

فالنكول يقع بعدم الحلف ويترتب عليه أن يخسر الناكل دعواه.

وتقتصر حجية اليمين الحاسمة على الخصمين في الدعوى وعلى الخلف العام أو الخلف الخاص لأيهما ولا يكون لها أثر بالنسبة إلى غيرهم.

اليمين المتممة

اليمين المتممة هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين نون أن يتقيد بطلب الخصوم وللقاضي السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت هناك حاجة لتوجيهها ليستكمل بها اقتناعه إذا لم يقدم الخصم دليلا كافيا على دعواه، واليمين المتممة على خلاف اليمين الحاسمة تعتبر مجرد واقعة مادية، ويشترط توجيه اليمين المتممة إلا يكون في الدعوى دليل كامل وإلا تعين على القاضي أن يبني على أساسه، ويشترط أيضا إلا تكون الدعوى خالية من أي دليل، ذلك لأن اليمين المتممة يوجهها القاضي ليستكمل بها دليل ناقص في الدعوى.

فاليمين المتممة إذن لا تحسم النزاع لأنها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة فالقاضي من بعد توجيه هذه اليمين يكون يطلق الخيار في أن يقضي على أساس اليمين التي أدبت أو على أساس عناصر ثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها، واليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم.

التدخل

- مفهوم التدخل

أثر الدعوى نسبي، بمعنى أنه لا يضر الغير منها ولا يستفيد. ولكن الغير الذي يرى من مصلحته أن يتدخل في الدعوى فإنه يستطيع أن يتدخل فيها.

فالتدخل نوع من الطلبات العارضة يتسع به نطاق الخصومة من حيث أشخاصها بدخول شخص ثالث فيها من تلقاء نفسه، أو بتكليف شخص ثالث من الغير بالدخول فيها وهو ما يسمى باختصاص الغير¹. وينطبق على التدخل أيا كان نوعه-باعتباره طلبا عارضا- ما سبق بيانه من قواعد تتعلق باختصاص محكمة الطلب الأصلي بالطلبات العارضة²، ومن شروط قبول الطلبات العارضة وإجراءات تقديمها. فيجب توافر شرط المصلحة في طلب التدخل، وكذلك الصفة، والصفة تعني أن يكون طالب التدخل هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه، ويجب كذلك تحقق الارتباط وهو ما أكدته المادتان 194 و 195 من قانون الإجراءات المدنية³.

والتدخل لا يكون إلا من الغير. ولا يعتبر الشخص من الغير في الخصومة، إذا كان طرفا في الخصومة ويمثله فيها شخص آخر كالقاصر الذي يمثله الوصي، كما لا يعتبر من الغير الخلف العام لأحد أطراف الخصومة، ولذا فإنه إذا بلغ القاصر سن الرشد فإنه لا يتدخل في الخصومة، وإنما تنقطع الخصومة حتى يشترك فيها بدلا من الوصي، كذلك إذا تحققت الخلافة بوفاة الخصم مثلا،

¹ رمزي سيف ص 346.

² فتحي والي ص 221.

³ المادة 194 : يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا .

لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة.

يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى.

لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض . ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك.

المادة 195 : لا يقبل التدخل ما لم يكن مرتبطا ارتباطا كافيا بادعاءات الخصوم

فإن الورثة لا يتدخلون وإنما تنقطع الخصومة حتى يقوم فيها الورثة مقام السلف، ولكن يعد تدخلا من الغير إنصاف شخص أثناء الخصومة بصفته

1- التدخل

- أنواع التدخل:

أجاز المشرع لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الخصومة طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالطلب الأصلي أو منضما لأحد الخصوم في تلك الخصومة فالغير يتدخل باختياره في دعوى قائمة بين آخرين، والتدخل يكون أما أصليا أو تبعا، وذلك على النحو التالي¹:

أ- التدخل الأصلي أو الإختصامي أو الهجومي:

وقبه يدعى المتدخل بحق ذاتي يطلب الحكم به لنفسه² فهو لا يدافع عن وجهة نظر أحد الخصوم وإنما يتخذ لنفسه موقفا مستقلا في الخصومة، فيطالب بحق خاص به بطلب الحكم في مواجهة الخصوم في الدعوى، كأن يتدخل شخص في نزاع بين شخصين على ملكية عقار معين ويطلب الحكم له بالملكية لكونه المالك الحقيقي³.

ويسمى هذا التدخل بالتدخل الهجومي لأن المتدخل يهاجم طرفي الخصومة، يدعي بالحق لنفسه ولا يقتصر على مجرد الدفاع، ويسمى أيضا تدخلا أصليا مميذا له عن التدخل التبعية، ويسمى كذلك تدخلا إختصامي، لأن المتدخل يختصم طرفي الخصومة، فهو يدعي بحق خاص به في مواجهتهما. فما يميز هذا التدخل أن المتدخل يطالب بحق خاص به في مواجهة طرفي الخصومة⁴.

ب- التدخل الفرعي أو الإنضمامي أو التبعية أو التحفظي:

وهو صورة التدخل التي يقتصر فيها المتدخل على الانضمام لأحد الخصمين، المتدخل هنا لا يطالب بحق أو مركز قانوني لنفسه، وإنما يتدخل لتأييد طلبات

المدعى أو المدعى عليه، ولذا يسمى أيضا تدخلا تبعا¹، فالمتدخل يقصد بتدخله المحافظة على حقوقه عن طريق مساعدة مدينه على الغير يقصد الدفاع عن حقوقه ولمراقبة دفاعه حتى لا يخسر المدين الدعوى فيتأثر الضمان العام المقرر للدائن على جميع أمواله². وكنتدخل الضامن في الدعوى التي بين مضمونه والغير ليعينه على كسبها فيتخلص من التزامه بالضمان³. وهي صورة تشيع في الحياة العملية حيث تتدخل شركة التأمين بجانب المرفوع عليه الدعوى حتى تتجنب الرجوع عليها بالضمان إذا خسر المدعى عليه تلك الدعوى، وأيضا تدخل البائع في النزاع بين المشتري وبين الغير حتى لا يخسر المشتري الدعوى فيعود على البائع بدعوى ضمان الإستحقاق⁴.

إن، المتدخل فرعيا يقتصر فقط على تأييد طلبات الخصم الذي ينضم إليه، عادة المدعى عليه، بأن يبدي ما يراه من أوجه الدفاع لتأييد طلب الخصم الذي تدخل إلى جانبه دون أن يطلب القضاء لنفسه بحق ما، فإن طلب المتدخل لنفسه حقا ذاتيا يدعيه في مواجهة طرفي الخصومة، فإن تدخله على هذا النحو يكون تدخلا هجوميا، فالعبرة في اعتبار التدخل أصليا أو فرعيا هي بحقيقة تكيفه القانوني لا بتكليف الخصوم له.

- آثار التدخل:

إذا توافرت شروط التدخل، الشروط العامة وهي المصلحة والصفة، والشروط الخاصة من الارتباط وضرورة الإبداء قبل قفل باب المرافعة فإن المحكمة تحكم بقبول التدخل. أما إذا وجدت المحكمة أن هذه الشروط غير متوافرة فإنها تحكم بعدم قبول. وإذا قضت المحكمة بعدم قبول التدخل فإن طالب التدخل لا يعتبر منضما في الدعوى الأصلية أو طرفا في الحكم الصادر فيها، ولكن له مع ذلك استئناف الحكم الصادر بعدم قبول تدخله⁵، باعتبار أنه محكوم عليه في طلب التدخل¹.

¹ و جدي راغب ص 489 ويحيل إلى تسميته بالتدخل الدفاعي لأن موقف المتدخل ينحصر في الدفاع عن أحد الخصمين.

² مجلة التشريع والقضاء السنة 55 ص 16، لدى أبو الوفا - المرافعات - ص 203

³ أبو الوفا - المرافعات ص 203

⁴ رمزي سيف، ص 348، 349، وانظر بالتفصيل بعض حالات التدخل البارزة والتي تقع كثيرا في العمل لدى العثماني

قواعد المرافعات - 2 ص 240-242.

⁵ نقض 1989/2/22 - طعن رقم 1879 لسنة 50 ق لدى الفكاكي - 6 - ص 292 رقم 424.

طبقا للمادة 194 والمادة 195 من قانون الإجراءات المدنية

(رمزي سيف ص 348

(أحمد السيد صاري ص 227

(انظر بالتفصيل فحى والى - ص 323

إختصاص الغير

يعتبر اختصاص الغير نوع من الطلبات العارضة، يؤدي إلى اتساع نطاق الخصومة بإدخال شخص خارج عن الخصومة لم يكن طرفا فيها، يقصد من ورائه تحقيق الأغراض الآتية:

أولاً: الحكم على الغير بذات الطلبات المرفوعة بها الدعوى الأصلية أو يطلب بوجه إليه خاصة

ثانياً: جعل الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة على الغير وملزماً له حتى لا تتكرر حجيته باعتبار أنه لم يكن طرفاً فيها¹.

ثالثاً: إلزام الغير بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى الأصلية تكون تحت يده المادة 73 إجراءات² وقد يقصد أيضاً من اختصاص الغير جلبه إلى الخصومة للدفاع عن الخصم الذي طلب اختصاصه³.

معنى ذلك أنه إذا توافقت الصفة الأصلية لأكثر من شخص سواء من ناحية المدعى أو المدعى عليه، ولم ترفع الدعوى إلا من أحدهم أو لم ترفع إلا على أحدهم، فإنه يجوز اختصاص من لم يرفع منهم الدعوى أو لم ترفع عليه الدعوى. مثال ذلك أن يرفع الدائن دعوى للمطالبة بالدين على احد المدينين المتضامنين، فإنه يجوز اختصاص غيره من المتضامنين بناء على طلب الدائن أو المدين. كذلك لو رفع أحد الشركاء على الشبوع دعوى للمطالبة بملكية المال الشائع يجوز اختصاص غيره من الشركاء⁴. ويجوز أيضاً لمن رفع دعوى ملكية على من ينازعه أن يدخل فيها من تلقى حقا على العين المتنازع عليها من المدعى عليها ليكون الحكم حجة عليه، ويجوز كذلك لمدين المدين الذي رفعت عليه دعوى من دائن باسم.

فالمتدخل الأصلي يعتبر خصماً كاملاً في وضع المدعى، ولذا فإنه يتمتع بحقوق المدعى الأصلي، فيجوز له تعديل طلباته أو التنازل عنها، ويجوز له توجيه اليمين الحاسمة وحلفها وردّها كما يجوز له ترك الخصومة وأن يقبل تركها وذلك فضلاً عما له توجيه من حق تسيير الخصومة وحقوق الدفاع المختلفة. والحكم الصادر في طلبه يكون حجة له أو عليه، ولو حسم النزاع صلحاً بين الخصوم الأصليين، ويجوز له الطعن فيه².

أما المتدخل الإنضمامي فإنه خصم ناقص تبعي، ولذا فإنه إذا كان يتمتع بحق تسيير الخصومة وحقوق الدفاع في الخصومة إلا أن حقه في التصرف في الخصومة قاصر على الحقوق الإجرائية الخاصة به، فليس له أن يطرح على المحكمة طلب خاص به لتقضي فيه³ وليس له إبداء طلبات تغاير.

وإذا تنازل المدعى الأصلي عن دعواه أو ترك الخصومة فإن هذا لا يؤثر على طلب المتدخل الإختصاصي وتبقى الخصومة للنظر فيه، وإذا حكم ببطلان عريضة الدعوى المرفوعة بها فإن هذا يؤدي إلى زوال الخصومة بكل ما فيها من إجراءات بما في ذلك التدخل، ما لم يكن التدخل قد تم بالإجراءات المعتادة فيتحول التدخل الاختصاص إلى مطالبة قضائية أصلية.

أما في التدخل الفرعي فإن زوال الخصومة لأي سبب سواء كان موضوعياً أو إجرائياً يؤدي إلى زوال التدخل فالتدخل، الانضمام مجرد خصم تبعي⁴.

¹ طبقاً للمادة 199 من قانون الإجراءات المدنية

² أنظر أبو الوفا- المرافعات - ص 210، 211، وكذلك رمزي سيف ص 253

³ بيل عمر قانون المرافعات ص 234

⁴ وجدي وراغب ص 494 ق- الدناصوري و عكاز التعليق ص 225

¹ نقض 1969/12/02 لسنة 20 ص 1248

² و وجدي وراغب ص 491

³ نقض 1989/2/22 طعن رقم 1879 لسنة 50 لدى الفكهاني -6- ص 292 رقم 424

⁴ نقض 1980/3/25 طعن رقم 990 لسنة 47 ق، لدى الدناصوري و عكاز- ص 355

وبصفة عامة يجوز اختصام أي شخص من الغير إذا وجد ارتباط بين الدعوى المرفوعة والطلب الموجه له¹. فلا يجوز اختصام من كان يجوز اختصامه في الدعوى عند رفعها إلا إذا توافرت حالة ارتباط² بين القضية المعروضة وبين شخص الغير، فالمقصود من نص المادة 195 إجراءات³ عدم إفساح المجال لاختصام الغير إلا إذا كان الطلب الموجه إليه مرتبطا بالدعوى الأصلية، بحيث كان من الجائز اختصامه فيها ابتداء عند رفعها⁴.

شروط إدخال الغير في الخصومة:

يجب أن يكون دخول الغير مفيدا لحسن سير العدالة.

يجب دخول الغير قبل إقفال باب المرافعة

لا يجوز للغير المدخل في الخصام أن يثير الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلف بالحضور أمامها، حتى ولو استند على شرط محدد للاختصاص⁵.

دور القاضي في إدخال الغير في الخصومة:

يتجلى الدور الإيجابي للقاضي في أنه يستطيع أن يتخذ ما يراه مهما في حدود القانون فيجوز له:

- 1- أن يأمر أحد الخصوم ولو من تلقاء نفسه، عند الاقتضاء، تحت طائلة غرامة تهديدية، بإدخال من يرى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة.
- 2- أن يمنح أجلا للخصوم لإدخال الضامن.
- 3- أن يمنح أجلا للضامن لتحضير وسائل دفاعه.
- 4- يفصل القاضي في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد، إلا إذا دعت الضرورة⁶.

ولقد قضت المحكمة العليا "متى كان من المقرر قانونا أن لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه باعتراض الغير الخارج عن الخصومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

إذا كان ثبت في قضية الحل أنه لا يوجد لآية علاقة قانونية بين المدعي عليهم في لطن باعتبار أن هذا الأخير ليست له مصلحة في لتقاضي فإن المجلس لتقضتي عندما صرح بعدم قبول لطن المرفوع عن طريق اعتراض لغير لخارج عن لخصومة كان قد طبق لتقنون لتطبيق لصحيح . و متى كان كذلك لتتوجب رفض لطن لمؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ¹.

كما قضت "من المقرر قانونا أن لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء و لو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما نسبوا للطاعنة أنها طالبت بمفردها بحقوق مشاعة وبعدم قبولهم دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي سجلتها بالرغم من كون أن القانون يسمح لها كمشاركة في الشيوخ فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد خرخوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

كما قضت "ولما كان ثابت -في قضية الحال- أن المجلس الأعلى قرر إبطال قرار والي ولاية سطيف، المتضمن وضع أملاك أحد المواطنين تحت حماية الدولة، فإن وزير الداخلية، الذي كان ممثلا قانونا في الدعوى من طرف الوالي لا يتمتع بصفة الاستفادة من الأحكام التشريعية المقررة لمباشرة حق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ذلك أن هذا الحق شرع لمصلحة من لم يمثل في الدعوى. ومتى كان كذلك استوجب القضاء بعدم قبول عريضة وزير الداخلية³.

¹ وجدي راغب ص 494.

² فصي واني ص 230.

³ المادة 195 : لايقبل التدخل مالم يكن مرتبطا ارتباطا كافيا بادعاءات الخصوم

⁴ أبوا الوفا- المرافعات- ص 211.

⁵ المواد 200 و 201 و 202 من قانون الإجراءات المدنية

⁶ المواد 201 و 204 و 205 من قانون الإجراءات المدنية

¹ المجلة القضائية 1989/2 ملف رقم 35645 قرار بتاريخ 1985/05/204

² المجلة القضائية 1994/1 ملف 75576 بتاريخ 1992/01/21

³ ملف رقم 35467 قرار بتاريخ 1984/06/09

في عوارض الخصومة

الفصل الأول: في ضم الخصومات وفصلها

تنص المادة 207 على: "إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر، معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة، ضمهما من تلقاء نفسه، أو طلب من الخصوم والفصل فيهما بحكم واحد.

الارتباط هو صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحقيقهما وتحكم فيهما معا من صدور حكام لا توافق بينها¹، وتتضح هذه الصلة من الاشتراك الجزئي لعناصر لدعوى الموضوعية بالمحل فقط أو بالسبب الذي تنشأ عنه بحيث أن الفصل في دعوى يمكن أن يؤثر على الفصل في الأخرى، فإذا كان الارتباط بين دعويين يعني وجود صلة بينهما إلا أن الذي يساعد على كشف هذه الصلة ويوضحها هو اشتراك الدعويين في المحل أو السبب².

شروط الضم:

- وحدة الدعوى: يشترط لقيام ذات النزاع أن تكون بصدد دعوى واحدة، أي أن ترفع ذات الدعوى أمام المحكمتين، ويستدل على هذه الوحدة بوحدة عناصرها شخصيا ومحلا وسببا، وتعد الدعوى واحدة إذا استغرق محل إحدى الدعويين محل لأخرى، مثل المطالبة في إحداهما بالدين والفوائد والمطالبة في الأخرى بالدين فقط³، وهو ما يسمى احتواء الدعوى، وتعتبر تلك الفكرة عن قيام ذات النزاع بصورة جزئية، فهي تفترض قيام وحدة جزئية بين الدعويين -دعوى كبرى أو محتوية دعوى صغرى أو محتواه-. فالدعويان متطابقتان في كل العناصر مع اختلاف وحيد هو أن المطلوب في إحداهما أوسع من المطلوب في الأخرى.

وإن كان الارتباط يمكن أن يقوم كذلك ولو لم يكن الموضوع والسبب متحدين، كما لا يلزم أن يكون الخصوم في إحدى الدعويين هم الخصوم في الأخرى¹. ومن أمثلة الارتباط دعوى الفسخ للثان يرفعهما كل من الطرفين على الآخر بسبب عدم الوفاء بالالتزامات، والدعوى بطلب تنفيذ عقد ودعوى الطرف الآخر ببطالته، ودعوى الدائن على المدين ودعواه على الكفيل ودعوى الموكل على الوكيل بتقديم حساب ودعوى الوكيل على الموكل بطلب مصاريفه وأتعابه². ومن أمثله كذلك طلب الضمان والطلب الذي ترتب عليه الالتزام بالضمان، وطلبا للتعويض اللذان يوجههما كل من الطرفين للآخر في حادثة تصادم مثلا، وطلب للبائع من المشتري دفع الثمن وطلب للمشتري من البائع تسليم العين للمبيعة³، ويوجد ارتباط بين الدعوى بطلب صحة رهن والدعوى بطلب شطبه، وكذلك بين الدعوى بطلب تثبيت الحجز والدعوى بطلب بطالته أو لسترداد الأشياء للمحجوزة⁴.

وما يقال عن الضم للارتباط يقال أيضا عن الفصل بين القضايا حيث ينص في المادة 208: يمكن للقاضي، ولحسن سير العدالة، أن يأمر بفصل الخصومة إلى خصومتين أو أكثر.

فقد تكون هناك عدد من الطلبات، يقوم بتقديمها المدعي في قضية واحدة لأنه حين عرضها على القاضي قد يجد أن هناك فرقا بين القضايا وفصله في الطلبات جميعا قد يجعل فيها عدم الاختصاص في بعض الطلبات أو رفضها فيصبح حكمه حينها حائزا لحجية الشيء المقضي به فيكون من باب أفضل أن يقوم بفصل الطلبات إلى قضيتين يفصل في واحدة ويحيل الأخرى للمحكمة المختصة ملاحظة: تعد أحكام الضم أو الفصل من الأعمال الولائية، وهي غير قابلة لأي طعن طبقا للمادة 209.

¹ أبو الوفا ص 255، ورجدي رغب ص 299، وانظر نبيل عمر الارتباط الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية ص 21.

² أبو الوفا ص 255.

³ رمزي سيف ص 402.

⁴ أبو الوفا ص 255.

¹ أبو الوفا - المرافعات ص 255 و أحمد هندي ارتباط الدعوى و الطلبات في قانون المرافعات 191 ص 15 ر بعدها.

² أحمد هندي ارتباط الدعوى ص 31-34.

انقطاع الخصومة

- المقصود بانقطاع الخصومة:

يقصد بانقطاع الخصومة وقف السير فيها بقوة لقانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع في حقها. وهذه الأسباب وردت في القانون على سبيل الحصر، فلا يجوز الإضافة إليها أو القياس عليها، وتتمثل هذه الأسباب في الآتي:

1- وفاه أحد الخصوم سواء كان خصما أصليا أو مدخلا أو مت دخلا.
2- انعدام الأهلية، كتوقيع الحجر على المدعى أو المدعى عليه، لسفه أو جنونا أو عته أو إفلاس.

3- وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازيا¹ ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانونا أن القضية إذا لم تكن مهياة للفصل فيها وتوفي أحد الخصوم فإن المحكمة تكلف كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية في الإجراءات.

ولما كان الثابت -أن المحكمة لم تأمر بإخال الورثة يدعو وفاة المستأنف ضده مورثهم واستمرت الدعوى باسمه فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

كما قضت من المقرر قانونا -وطبقا لما استقر عليه قضاء- أن وفاة أحد أطراف الدعوى لا يترتب عليه إيقاف الدعوى إلا إذا بلغ ذلك للطرف الخصم في نفس الدعوى، ومن ثم فإن الأحكام التي تعرضت لمثل هذه الأوضاع لا يشملها البطلان إلا إذا كانت صادرة أثر تبليغ الوفاة، وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون³.

ووضح القانون في المادة 211 أن القاضي يدعو شفاهة، فور علمه بسبب انقطاع الخصومة، كل من له صفة ليقوم باستئناف السير فيها أو يختار محام جديد.

كما يمكن للقاضي دعوة الخصم الذي يعينه لاستئناف سير الخصومة عن طريق التكليف بالحضور.

ويلاحظ هنا أن انقطاع الخصومة بسبب المحامي يعتبر من أحد عيوب القانون الحالي إذ أن انقضاء توكيل المحامي يعطي الأصيل الحق في تأجيل الدعوى لتوكيل محاميا آخر وتستمر الخصومة.

وقف الخصومة

توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها أو شطبها من الجدول.

وإرجاء الفصل في الخصومة أما أن يكون الهدف منه التريث حتى يتم الفصل في مسألة يتوقف عليها الحكم في الدعوى، أو التوقف لحسن سير العدالة ولعدم تناقض الأحكام فيما بينها. وإرجاء الفصل في الخصومة يتم بأمر قابل للاستئناف في أجل عشرين 20 يوما، يحسب من تاريخ النطق به.

طبيعة الدفع بوقف السير في الخصومة:

طلب وقف السير في الخصومة الهدف منه تأخير البت فيها، بطلب تأجيلها لأجل مناسب، إما لتصحيح شكلها، أو اختصام صاحب الصفة، أو الإطلاع على المستندات، أو رفع دعوى فرعية، أو تقديم مستندات حاسمة في الدعوى. وهذا الطلب وأن سمي دفعا فهو دفع شكلي، الهدف منه وقف السير في الخصومة لمدة معينة، تفاديا للحكم في الموضوع.

ويسري على هذا الدفع ما يسري على الدفوع الشكلية من قواعد كإبدائه قبل تناول الموضوع، وإبدائه مع الدفوع الشكلية في وقت واحد، طالما نشأ السبب قبل التحدث في الموضوع، أما إذا نشأ السبب بعد تناول الموضوع فإن هذا التنازل لا يسقط الدفع الشكلي.

- العلاقة بين الوقف والتأجيل:

وإن كان كل منها يهدف إلى تأجيل الفصل في الموضوع إلا أن أنهما متباينان، فالتأجيل يتطلب تحديد الجلسة المقبلة أما الوقف فلا تتحدد له جلسة، والتأجيل لا يكون إلا بقرار من المحكمة، أما الوقف فقد يتم بناء على طلب الخصوم.

¹ المادة 210: تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون غير مهياة للفصل للأسباب الآتية:
1- تغير في أهلية القاضي لأحد الخصوم.
2- وفاة أحد الخصوم، إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال.

3- وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازيا.
² مجلة قضائية 4/ 1991 ملف 45573 بتاريخ 1988/5/04

³ ملف رقم 38781 قرار بتاريخ 1985/11/11

ثانيا : الشطب

شطب القضية يعني أنه لا بقاء للدعوى بجدول القضايا، وهو حكم يصدره القاضي غير قابل لأي طعن.

وقد يصدره القاضي من تلقاء نفسه بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها والتي لم يسعى الخصوم للقيام بتصحيحها.

كما يمكن له الأمر بشطب القضية بناء على طلب مشترك من الخصوم.

ينم إعادة السير في الخصومة بموجب عريضة افتتاح دعوى، تودع بأمانة الضبط، بعد إثبات القيام بالإجراء الشكلي الذي كان سببا في شطبها¹.

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانونا أن استئناف السير في الدعوى أمام المجلس يرفع بتقديم طلب وتكليف بالحضور مستوف لجميع الشروط القانونية وعلى الخصوص ملخصا للوقائع ومستندات طلبه.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بعدم قبولهم عريضة إعادة السير في الدعوى شكلا لمخالفتها مقتضيات المادة 5/13 من ق.ا.م قد طبقوا القانون ويتعين رفض الطعن².

كما قضت "من المقرر أنه إذا لم تكن القضية قد تهيأت بعد الفصل فيها، فإن القاضي بمجرد إعلامه بوفاة أحد الخصوم أو تغير أهليته، يكلف شفويا أو بتبليغ يقع طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المواد من 22 إلى 27 من ق.ا.م كل ذي صفة لإعادة السير في الدعوى ' ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس بامتناعهم عن القيام بالتدابير المنصوص عليها قانونا وإبطال الإجراءات المتبعة بعد وفاة أحد الخصوم وصرافهم لما يبدو لهم يكونوا قد خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه³.

كما قضت "إعادة السير في الدعوى إدخال ورثة - تجاهل النظام بالمصادقة على حكم معاد دون أن يفصل⁴.

¹ المواد من 213 إلى 219 من قانون الإجراءات المدنية

² المجلة القضائية 1994/2 ملف رقم 109672 قرار بتاريخ 1993/12/20

³ المجلة القضائية 1993/1 ملف 73514 بتاريخ 1991/06/12 ص 32

⁴ ملف رقم 45361 قرار بتاريخ 1988/03/09

نتناول التعريف بسقوط الحق في الإجراء، ثم العلاقة بين سقوط الحق وسقوط الخصومة، ثم أسباب السقوط.

المقصود بالسقوط:

يقصد بالسقوط كجزء إجرائي عدم أحقية الخصم في القيام بالعمل الإجرائي. فالخصومة تسقط نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة. والسقوط يتعلق بالإجراء وحق مباشرته، ولا يتعلق بالحق المرفوعة به الدعوى. مثال ذلك سقوط الحق في الاستئناف المقابل، وسقوط الحق في الدفع الشكلي. يجوز للخصوم تقديم طلب السقوط، إما عن طريق دعوى أو عن طريق دفع يثيره أحدهم قبل أية مناقشة في الموضوع.

- العلاقة بين سقوط الحق و سقوط الخصومة:

عندما نتناول السقوط فنأنا نعني به سقوط الحق، وأما سقوط الخصومة فموضوع آخر، سقوط للخصومة معناه زوالها وإلغاء إجراءاتها بسبب عدم السير فيها بفعل أو انقضاء مدة سنتين من آخر إجراء صحيح طبقاً للمادة²²³. فالهدف من سقوط الخصومة حيث المدعى على متابعة سير القضية، ومعاقبته في حالة تقاعسه عن ذلك لمدة سنتين من تاريخ آخر إجراء صحيح، إذا يحمل ذلك على نزوله ضمناً عن الدعوى وعدم الرغبة في مباشرتها.

أما سقوط الحق فيتناول الإجراء فقط حيث يفقد الخصم أحقيته في مباشرته مخالفته للقواعد التي أوجبها المشرع ليصحح الإجراء.

- أسباب سقوط الحق:

لسقوط الحق أسباب ثلاثة:

الأول: مخالفة الخصم للترتيب التشريعي الذي أراده المشرع فإذا رأى المشرع أن تبدي الدفع الشكلية قبل تناول الموضوع. فمعنى ذلك أن إيداء أي دفع موضوعي أو الدخول مباشرة في موضوع الدعوى يعني سقوط الحق في الدفع الشكلي كعمل إجرائي. لمخالفة الخصم للترتيب التشريعي.

الثاني: إذا حدد المشرع مناسبة معينة يتعين مباشرة الإجراء فيها، فإن إغفال ذلك يسقط حق الخصم في الإجراء. مثال ذلك ما نصت عليه المادة 337 إجراءات من لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول، فمعنى ذلك أن عدم قبول الاستئناف الأصلي على سقوط حق الخصم في رفع الاستئناف المقابل.

الثالث: أن يحدد المشرع مدة معينة لمباشرة الإجراء خلالها، أو عدم مباشرة الإجراء قبل انقضاء مدة معينة، فإذا خولف الميعاد على النحو سالف الذكر فإن هذا يعني سقوط حق الخصم في الإجراء، مثال ذلك المادة 336 إجراءات التي تلزم أن يكون الاستئناف خلال مدة معينة، فإذا يراع المستأنف هذا الميعاد وأقام استئنافه بعد الميعاد، فإن ذلك يعني سقوط حقه في الاستئناف.

مبادئ السقوط:

أولاً: لا يؤدي سقوط الخصومة إلى انقضاء الدعوى، إنما يترتب عليه انقضاء الخصومة، وعدم الاحتجاج بأي إجراء من إجراءات الخصومة المنقضية أو التمسك به. ثانياً: إذا تقرر سقوط الخصومة في مرحلة الاستئناف أو المعارضة، حاز الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو المعارضة، قوة الشيء المقضي به، حتى ولو لم يتم تبليغه رسمياً.

ثالثاً: ينقطع سريان أجل سقوط الخصومة بأحد الأسباب الآتية:

- 1- تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم،
- 2- وفاة أحد الخصوم، إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال.
- 3- وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تنحي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازياً. يبقى الأجل سارياً في حالة وقف الخصومة، ما عدا في حالة إرجاء الفصل في القضية. ولقد قضت المحكمة العليا في الجزائر "لا يثير القاضي، تلقائياً، سقوط الخصومة، عملاً بالمقتضيات غير الأمرة، للمادة 220 من قانون الإجراءات المدنية.

المادة 223: تسقط الخصومة بمرور سنتين (2)، بحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي، الذي كلف أحد الخصوم بام المساعي

تت المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقديمها

أن إثارة الدفع بسبق الفصل في سقوط الدعوى تلقائيا والقضاء بسقوط الدعوى رغم عدم إثارة هذا الدفع من أي طرف في الدعوى كما هو ثابت بملف الإجراءات من جهة أخرى يجعل القرار مخالفا لأحكام المادتين 338 من القانون المدني و220 من قانون الإجراءات المدنية لأن هاتين المادتين قد قررتا لفائدة أطراف النزاع وليس لهما أثر بقوة القانون و لا يجوز للقضاة إثارتها تلقائيا¹.

كما قضت "حيث أن إذا تعلق الأمر بسقوط الخصومة بعد إحالة القضية بعد إحالة القضية بعد نقض، فإن الحق في رفع هذه الدعوى يكون للطرف الذي له مصلحة في ذلك، بعد نهاية مدة سنتين تسري من تاريخ النطق بقرار المحكمة العليا².

كما قضت " أن المدعين في الطعن أثاروا سقوط الدعوى وفقا لأحكام المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية كون الحكم الصادر في 1990/02/03 القاضي بتعيين خبير قد تم تبليغه للمطعون ضدهم ولم يقوموا بتنفيذ إجراءات التحقيق إلا بعدما مضى سنتين بعد التبليغ³.

كما قضت "من المقرر قانونا بأنه يرفع طلب سقوط الدعوى طبقا للقواعد لرفع دعاوى كما يمكن تقديمه على شكل دفع.

ولما ثبت -قضية الحال ان قضاة المجلس لما تمسكوا بانه لا يمكن تقديم طلب سقوط الدعوى على شكل دفع مصرحين بان النص العربي ما هو إلا مجرد ترجمة للنص الفرنسي لوجود تناقض بين 2/221 و المادة 220 من ق.ا.م

حيث أن النص العربي هو النص الأصلي لأن اللغة العربية هي اللغة الرسمية كما نص عليها الدستور بأن المعمول عليه هو النص العربي مادام واردا في الجريدة الرسمية .

حيث يستنتج مما سبق ان للمجلس قد أخطأ عندما أخذ بالنص الفرنسي للمادة 221 من ق.ا.م فإنهم في تطبيق القانون ذلك ان النص العربي هو النص الأصلي الرسمي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁴.

كما قضت "يحق للمدعى عليه ولكل خصم في مركزه القانوني كالمستأنف عليه، أن يتمسك بسقوط الخصومة القضائية.

أن الخصم الذي يحق له أن يرفع دعوى سقوط الخصومة أو أن يتمسك بدفع بسقوطها هو المدعى عليه أو من يكون في مركزه القانوني.

وتبعاً لذلك يصبح المستأنف - حسب مفهوم المادة 220 إجراءات مدنية- في مركز المدعى والمستأنف عليه في مركز المدعى عليه، وبالتالي يصبح من حق المستأنف عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة أمام جهة الاستئناف ولو كان مدعياً أصلياً أمام المحكمة الابتدائية.

وحيث أن قضاة الاستئناف عندما صرحوا بقبول الدعوى بسقوط الخصومة التي رفعها المطعون عليه أمام جهة الاستئناف لم يخرقوا أحكام المادة 220 إجراءات مدنية، مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه¹.

ملف رقم 349586 قرار بتاريخ 2005/05/11

قرار للمعرف الجمعية رقم 201823 القرار 2001/03/27

ملف رقم : 232678 قرار بتاريخ: 2000/02/22

اخلة القضائية 1997/2 ص 42 ملف 148405 بتاريخ: 1997/05/28

¹ الملف رقم 326904 قرار بتاريخ 2006/02/15

التنازل عن الخصومة

التنازل أحد العوارض التي تدخل على الخصومة وقد خصص لها المشرع الجزائري المواد من 231 إلى 236 من قانون الإجراءات المدنية¹

- التعريف بالتنازل عن الخصومة:

يقصد بالتنازل للخصومة بترك المدعى عنها وعن إجراءاتها. بدءا من عريضة دعواها. فإذا قرر الترك وقبل خصمه ذلك، ألغيت كافة الآثار القانونية التي رتبها بحيث يعود الطرفان إلى الحالة التي كان عليها قبل رفع الدعوى، والمدعى عندما يترك للخصومة، فإنه لا يقصد ترك أصل الحق، بل يترك وسيلة حمايته إما مؤقتا وإما بصفة قد تطول بعض الوقت.

ويحق للمدعى إعادة رفع الدعوى مستقبلا، إلا إذا كان رفع الدعوى مرتبطا بمدة معينة انتهت باستعمال عريضتها في المدة المحددة، كالطعن بالاستئناف خلال المدة المحددة، أو الطعن على قرار الترميم في المدة التي حددها القانون، أو الطعن على قرار الفصل التعسفي من العمل.

والعلة التي قد يذهب إليها المدعى في تنازله عن الخصومة لها أكثر من وجه:

فقد يكتشف المدعى أنه أقام الدعوى أمام محكمة غير مختصة، وبدلا من حجز الدعوى للحكم بعدم الاختصاص وإطالة الوقت إذا طلب المدعى عليه التأجيل للمذكرات والمستندات، فإنه يترك الخصومة ليرفعها أمام المحكمة المختصة.

وقد يكتشف المدعى بطلان العريضة، فيترك الخصومة تلافيا للدفع بالبطلان وبحث هذه المسألة من المحكمة، والحكم فيها بالإضافة إلى ضياع الوقت والجهد.

وقد يكون التنازل إذا كان المدعى قد تعجل رفع الدعوى لئلا يخل أجله، أو الشرط المعلق عليه، بحيث يتفادى الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان.

وقد يكون السبب أن المدعى تعجل رفع الدعوى قبل أن يجمع الأدلة المناسبة لكسب دعواه، وقد يترك الخصومة بسبب تخلفه عن اتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات في مواعده.

والخلاصة أن المدعى إنما يترك الإجراءات التي سبقت له مباشرتها دون أن يتنازل عن أصل الحق، ويجب أن يكون التنازل عن الحق صريحا، وإذا كان ضمنيا فيجب ألا يكون هناك شك في قيامه، وإلا فإن الشك يفسر لمصلحة التارك.

شروط التنازل عن الخصومة.

1- حصول التنازل ممن يملكه

لا يكون التنازل مقبولا ويقضي القاضي بذلك، إذ صدر عن المدعى وهو ليس أهلا له أو صدر التنازل من المدعى عليه لأنه الخصم الذي يجب أن يظل في الدعوى حتى يحكم فيها، ولا يجوز حرمان شخص من الحضور أو الدفاع عن نفسه، فذلك أمر من أهم أسس التقاضي ويتعلق بالنظام العام.

وأما عن أهلية المتنازل فإن من له أهلية التقاضي له أهلية التنازل عن الخصومة.

ولما كان الصغير والمجنون والمعتوه ليسوا أهلا للتقاضي، فإن التنازل لا يجوز إلا من الولي أو الوصي أو القيم، وسواء كان الصغير فاقدا للأهلية أو ناقصها.

ولا يجوز للمحامي أن يتنازل عن الخصومة إلا إذا كان توكيله يبيح له ذلك، فإذا لم يتضمن التوكيل حق التنازل فإن المحامي يكون قد تجاوز نطاق الوكالة، وتنازله غير مقبول لانعدام صفته في هذا الشأن، ولا يلزم تنازله الموكل.

المادة 231 : التنازل هو إمكانية موجهة للمدعي لإنهاء الخصومة ، ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى .

نعم التعبير عن التنازل ، إما كتابيا وإما بتصريح يثبت بمحضر محرره رئيس أمناء الضبط :

مادة 232 : يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعى عليه إذا قدم هذا الأخير ، عند التنازل ، طلبا مقابلا أو استنفا فرعيا أو فرعا بعدم القبول أو دفعوا في الموضوع .

مادة 233 : يجب أن يؤسس رفض التنازل من طرف المدعى عليه على أسباب مشروعة.

مادة 234 : يحتمل الحكم القاضي بالتنازل المدعي مضاريف إجراءات الخصومة ، وعند الاقتضاء ، التعويضات المطلوبة من المدعى عليه ، ما لم يوجد اتفاق مخالف .

مادة 235 : تطبق المواد من 231 إلى 234 و 238 من هذا القانون على التنازل المتعلق بالاستئناف والمعارضة والطعن بالنقض .

مادة 236 : يعتبر التنازل عن المعارضة أو الاستئناف ، قبولا بالحكم .

ينتج التنازل أثره إذا عارض أو استأنف أحد الخصوم الحكم لاحقا

وإذا صرح المتنازل بأنه لا يتنازل عن الخصومة فقط بل يتنازل عن أصل الحق ذاته فيجب على المتنازل أن تكون له أهلية التصرف، لأن ذلك يعني إسقاط الحقوق. وهناك تنازل للخصومة يؤدي إلى إسقاط الحق محل التقاضي. وذلك في حالة ما إذا كانت المدة المسقطه للحق بالتقادم أكثر أجلا من المدة بين رفع الدعوى والحكم بتنازلها.

أما إذا تخلف المدعى عليه فإن المدعى يطلب من المحكمة أن تأذن له بإعلان المدعى عليه الغائب بتنازل الخصومة، عندئذ يكون الإعلان بعريضة تنازل متضمنة التكاليف بالحضور للجلسة المقبلة وطلب التنازل صراحة. ولكي يكون التنازل مقبولا، يجب ألا يكون معلقا على شرط واقف أو فاسخ، أي يجب أن يكون التنازل مجردا من أية تحفظات.

والتنازل استثناء من القاعدة العامة إذ أن كل خصم يتمسك بخصومته التي أقامها، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره بل يفسر ضيقا. وإذا دفع المدعى بالتنازل فلم يقبل منه، فلا يجوز له أن يتعجل برفع دعوى أخرى أمام محكمة مغايرة، لأننا نكون بذلك أمام محكمتين ينظران نفس النزاع ويتطلب الأمر إحالة القضية الحديثة إلى القضية الأقدم. وإذا لم يفصل بعد في التنازل فإن الخصومة تكون سارية وللغير أن يتدخل إنضماميا أو هجوميا في الدعوى.

2- موافقة المدعى عليه على التنازل

فلا يجوز للمدعى أن يتدخل من الدعوى هربا من الحكم عليه لصالح المدعى عليه بطلباته، إلا إذا وافق المدعى عليه على هذا التنازل.

ولكن المشرع وضع ضوابط على هذه القاعدة بحيث لا يعلق أمر التنازل على موافقة المدعى عليه، بل لا يلتفت إلى اعتراضه على التنازل إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة، أو إحالة القضية إلى محكمة أخرى، أو ببطلان عريضة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى.

ويعلل بعض الشراح شرط القبول بالقول، أن الخصومة تنشأ بين طرفيها عقدا قضائيا أو شبه عقد قضائي، يرتب على كل منهم التزاما بالسير في الخصومة وتنفيذ الحكم الصادر فيها، بحيث لا يكون لأحدهما التنازل عنها إلا بموافقة الطرف الآخر.

لكن قبل إيداء المدعى عليه لطلباته فإن العقد لا ينشأ عندئذ، لعدم إيداء المدعى عليه لطلباته.

كيف يتحقق قبول المدعى عليه؟:

إيداء الموافقة على التنازل قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، والإيداء الصريح قد يكون شفاهة يثبت بمحضر الجلسة، أو في مذكرة مكتوبة تضمنت هذه الموافقة، أو حتى بتقرير من المدعى عليه، أو في صورة برقية تلغرافية أو خطاب مسجل، وهذا القبول يعتبر تصرفا قانونيا يخضع لشروط صحة التصرفات القانونية، من حيث شروط الشكل والمضمون التي أوجبها القانون المدني. ومن قبل الموافقة الضمنية أن لا يعترض المدعى عليه صراحة على طلب التنازل، بل يطلب إلزام المدعى بمصاريف التنازل وذلك يعني ضمنا الموافقة.

متى يتحقق رفض التنازل؟:

شرحنا فيما تقدم كيفية موافقة المدعى عليه على تنازله عن الخصومة، وهنا نحيل إلى ما سبق بشأن كيفية رفض التنازل الذي قد يكون صريحا أو ضمنيا.

الحكم

الحكم هو ما يصدره القاضي بعد الفصل في الخصومة القضائية والمعروضة أمامه وتنقسم الأحكام تقسيمات عديدة فمن حيث النظر في موضوع النزاع:
أولاً: الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية:

والحكم القطعي هو الحكم الذي يحسم موضوع النزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه، كالحكم بإجابة طلبات المدعى أو برفضها. والحكم في تكليف عقد، والحكم بثبوت خدلاً المدعى عليه ومسئوليته عن تعويض الضرر الذي ترتب على عمله غير المنروع، والحكم بجواز الإثبات بشهادة الشهود أو عدم جواز ذلك، والحكم بوقف الدعوى حتى يتم الفصل في مسألة أولية، والحكم بصحة ورقة بتزويرها والحكم بصحة عريضة الدعوى أو بطلانها. والحكم بعدم اختصاص المحكمة أو برفض الدفع بعدم اختصاص، والحكم بقبول الدعوى أو بعدم قبولها. والحكم بقبول الاستئناف شكلاً.

أما الحكم غير القطعي فهو الحكم الذي لا يفصل في نزاع ما. وإنما يتعلق بتنظيم إجراءات السير في الخصومة كالحكم بضم دعويين أو تأجيل الدعوى، أو يتعلق بإجراءات الإثبات كالحكم بنسب خبير، أو يتعلق بطلب وقتي كالحكم بنفقة وقتية للدائن على مدينة إلى أن يصفى الحساب بينهما والحكم بتعيين حارس على العين إلى أن يفصل في النزاع القائم بشأن ملكيتها.

وتظهر أهمية التفرقة بين الحكم القطعي والحكم غير القطعي من ناحيتين: الأولى، أن الحكم القطعي يجوز حجية الشيء المحكوم فيه فلا يجوز للمحكمة أن تعدل عنه، كما يجوز لها ألا تأخذ بنتيجته، بينما يحوز الحجية إذا كان وقتياً، فإذا تغيرت الظروف التي صدر فيها زالت حجيته الموقوتة وجاز العدول عنه. الثانية، أن الأحكام القطعية لا تسقط بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم، أما الأحكام غير لقطعية فتزول بسقوط الخصومة أو بانقضائها بالتقادم.

ثانياً: الأحكام الابتدائية والنهائية والحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه والباتية: تنقسم الأحكام من حيث قابليتها للطعن إلى:

- 1- أحكام ابتدائية وهي الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى وتقبل الطعن فيها بالاستئناف.
 - 2- أحكام نهائية وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف. وينطبق هذا الوصف على:
 - أ- الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى في حدود نصابها نهائي والمقدر أنها لا تتجاوز مائتي ألف دينار.
 - ب- الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى وكانت تقبل الطعن فيها بالاستئناف ولكن سقط حق الطعن فيها إما بقبول المحكوم عليه للحكم بعد صدوره أو بتسويته لميعاد الطعن.
 - ج - الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية¹. فالحكم الصادر من المجالس القضائية لا يستأنف.ولا يخل ووصف الحكم بأنه انتهائي أن يكون قابلاً للطعن فيه بالمعارضة، فالحكم يعتبر انتهائياً طالما أنه لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ولو كان قابلاً للطعن فيه بالمعارضة.
 - 3- أحكام حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية وهي المعارضة أو الاستئناف، ولو كانت قابلة للطعن فيها بطرق الطعن غير العادية وهي التماس إعادة النظر والنقض.
 - 4- أحكام باتية وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق سواء العادية أو غير العادية.
- وتبدو أهمية هذا التقسيم، فضلاً عن معرفة قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن المختلفة، في معرفة مدى صلاحية الحكم للتنفيذ الجبري.
- فالقاعدة في تنفيذ الأحكام أن الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقتضي به هي التي تنفذ تنفيذاً جبرياً.
- وعلى هذا يكون التعريف الخاص بكل حكم هو:

¹ وهي المجالس في الاستئناف.

هو الحكم الذي تصدره المحكمة باعتبارها أول درجة ، أو بعبارة أخرى كون النزاع بدأ على مستوى المحكمة، أي طرح عليها في بدايته . وهذا النوع من الأحكام قابل للطعن فيه بكافة الطرق، وهو الحكم الذي يتناول صميم الموضوع دون حاجة إلى خبير أو تحقيق.

الحكم النهائي:

وهو نوع من الأحكام يكون على مستوى المحكمة، بحيث يكون ابتدائيا ونهائيا، وفي قضايا نوعية حددها القانون.

كما أن الأحكام النهائية تكون بعد استفادها لمختلف طرق الطعن بدءا من المعارضة وانتهاء بالطعن بالنقض، أو بمعنى آخر أن الحكم النهائي فيه نوعان أحدهما يكون على مستوى المحكمة بحيث يمكن الطعن بالنقض جانزا. وثانيهما يبدأ حكما ابتدائيا، وبعد استفادته يصبح نهائيا ، أي بمرحلتين، أو بدرجتين من التقاضي.

وهذه الأنواع من الأحكام تتناول دورها صلب الموضوع.

الحكم التمهيدي:

هو الحكم الذي أبدت المحكمة رأيها في موضوع النزاع أو في جزء منه قبل إصدار الحكم فيه، كأن تقوم بتعيين خبير لتقدير العجز الذي أصاب الضحية.

أي أن المحكمة ارتأت أن الحكم في النزاع أساسا يحتاج إلى حكم قبله بحكم أولى الغرض، منه تقييم الضرر قبل تقدير مقدرا التعويض. وهذا النوع من الأحكام قابل للطعن فيه بكافة الطرق، قبل الحكم القطعي الذي سيصدر فيه فيما بعد، أي في النزاع من أساسه.

الحكم التذوييري:

هو الحكم الذي يصدر لإجراء تحقيق في الدعوى دون التعرض لموضوعها. أي أن المحكمة لم تبد رأيها بعد في الموضوع، على عكس الحكم التمهيدي مثاله (سماح شهود المتخاصمين)، لغرض الوقوف الحقيقي على حقيقة النزاع، من صاحب الحق المتنازع عنه. وهذا ينجلي بعد سماع الشهود.

وهذا النوع من الأحكام لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف بمفرده، بل لا بد من انتظار صدور الحكم القطعي فيه، ومن ثم يمكن الطعن فيه بالاستئناف.

على عكس الحكم التمهيدي الذي يمكن الطعن فيه بالاستئناف قبل صدور الحكم القطعي .

ثالثا: الأحكام الحضورية والأحكام الغيابية:

وتبدو أهمية التفرقة بين الحكم الحضورى والحكم الغيابي في أن الحكم الغيابي يجوز الطعن فيه بالمعارضة بينما لا يجوز ذلك بالنسبة للحكم الحضورى.

وقد تضاعفت أهمية هذه التفرقة بعد أن توسع المشرع في قانون الإجراءات المدنية الجديد في معنى الحكم الحضورى فاعتبر الحكم حضوريا دائما في حق المدعى. أما بالنسبة للمدعى عليه فقد اعتبر الحكم حضوريا في حقه إذا كان قد أعلن بعريضة الدعوى لشخصه أو حضر أية جلسة أمام المحكمة أو أمام الخبير أو أودع منكرة بدفاعه، طبقا للمادة 293 من القانون¹ . ومن ثم، فإنه لم يعد من المتصور صدور حكم غيابي في المسائل المدنية والتجارية يقبل الطعن فيه بالمعارضة إلا في الأحوال التي أجاز القانون فيها ذلك، كما هو الحال بالنسبة للأحكام الغيابية الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية أو الحالة التي نصت عليها المادة 292 "إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو مناميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا".

فبالنسبة لمثل هذه الأحكام تبقى أهمية التفرقة بين الأحكام الحضورية والأحكام الغيبية.

¹ المادة 293 : إذا تمخض المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو مناميه عن الحضور، يفصل بحكم اعتيادي حضورى.

المدافلة

يقصد بالمدافلة المناقشة التي تتم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى¹. وتدخل القضية مرحلة المدافلة حينما تصبح مهياً للحكم فيها بتمام تحقيقاً وانتهاء المرافعة فيها وإيداء الخصوم طلباتهم الختامية².

وطبقاً للمادة 269 تتم المداولات في سرية، وتكون وجوباً بحضور كل قضاة التشكيل، دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط.

وقد تتم المدافلة همساً في الجلسة بعد انتهاء المرافعة ثم ينطق بالحكم فوراً إذا كانت الدعوى من الدعاوى البسيطة.

فإذا كانت من الأهمية بحيث تحتاج إلى أخذ ورد، فإن المحكمة ترفع الجلسة لمدافلة وتتسحب إلى غرفة المشورة ثم تعود بعد انتهاء المدافلة إلى قاعة جلسة للنطق بالحكم. فإذا كانت القضية تحتاج إلى وقت أطول للدراسة والبحث جلست المحكمة للنطق بالحكم إلى جلسة أخرى قريبة وطبقاً للمادة 271: يتم النطق بالحكم في المال أو في تاريخ لاجق، ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة.

في حالة التأجيل، يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم للجلسة الموالية. مع ملاحظة أنه لا يجوز تمديد المدافلة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك، على ألا تتجاوز جلستين متتاليتين.

والحاصل، عملاً أن المحاكم لكثرة القضايا تتوجّل للنطق بالحكم إلى جلسة أخرى³. هذا إذا كانت المحكمة مشكلة من قضاة متعددين. فإذا كانت مشكلة من قاضي رد، فله أن يصدر حكمه في الجلسة بعد انتهاء المرافعة أو أن يرفع الجلسة

¹ الشرفاري: بند 6: 3.

² رمزي سيف: بند 530.

³ وقد تصدر المحكمة في هذه الحالة قراراً بفتح باب المرافعة، ويعتبر بمثابة قفل باب المرافعة أن تحدد المحكمة جلسة للنطق بالحكم وأن تسحب للخصوم بتقديم مذكرات.

ما إذا سمحت للخصوم بتقديم مذكرات خلال الأجل المحدد للنطق بالحكم فإن باب المرافعة يظل مفتوحاً طوال هذه المدة، وبالتالي فإن نطق باب المرافعة، فإن تقدم أحد الخصوم بمذكرة أو مستند بعد الميعاد فإن المحكمة لا تلزم بالرد على ما جاء بها.

نقض مديني 26 أكتوبر 1971 مجموعة النقض 22 ص 141 ق 137.

مؤقتاً ليراجع أوراق القضية ويمعن النظر فيها أو يؤجل النطق بالحكم إلى جلسة أخرى إذا قدر أنها تحتاج منه إلى دراسة دقيقة⁴.

وعليه، فسواء كانت المحكمة مشكلة من قضاة متعددين أو كانت مشكلة من قاضي فرد، فإن من حقها الجوهرية أن تأخذ فسحة من الوقت تقدرها حسب ظروف كل قضية على حدة للتشاور قبل النطق بالحكم إذا تعدد قضاتها ولتكوين الرأي إذا كان القاضي غرداً.

وقد أوجب المشرع أن تكون المدافلة سرية حفظاً لهيبة الأحكام في نفوس المتقاضين وضمناناً لحرية القضاة في إيداء الرأي، فإذا أخل أحد القضاة بهذه السرية بأن ألقى أسرار المناقشة التي دارت بين القضاة بشأن الحكم الواجب إصداره في الدعوى تعرض للمسألة التأديبية. كما أوجب المشرع أن تتم المدافلة بين القضاة مجتمعين حتى تتحقق الحكمة من تعدد القضاة فلا يجوز إجراء المدافلة في غيبة أحدهم م 269. ولما كان الرأي الذي سيدلي به القاضي عند المدافلة في الحكم هو نتيجة متابعة لمرافعة الخصوم في الدعوى، فقد نص المشرع على أنه لا يجوز أن يشترك في المدافلة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة و إلا كان الحكم باطلاً² فإذا تغير أحد القضاة الذين سمعوا المرافعة لأي سبب كإحالة إلى المعاش أو نقله أو رده أو وفاته أو مرضه، يجب فتح باب المرافعة من جديد، وإعادة القضية للجدول لإعادة الإجراءات أمام المحكمة بهيئتها الجديد. ويكتفي عملاً بإعادة الطلبات الختامية³. على أنه تجدر ملاحظة أنه لما كان المهم هو صدور الحكم من نفس الهيئة التي سمعت المرافعة، فإن التغيير الذي يحدث في هيئة المحكمة يؤثر فقط على ما سوف يصدر من أحكام دون ما سبق صدوره من أحكام فرعية في الدعوى من هيئة المحكمة قبل حدوث التغيير، ومن ثم، فإن الإجراءات التي يجب إعادةتها عند تغيير أحد أعضاء الهيئة هي الإجراءات التي تمت بعد صدور آخر حكم فرعي في الدعوى⁴.

¹ أبو هيف - 1079 - عبد الفلاح السيد: بند 474 ص 474. محمد حامد فهمي: بند 620.

² نقض مديني 6 يناير 1998 الظمن رقم 651 لسنة 62 ق.

³ محمد حامد فهمي: بند 622. أبو الوفا: بند 538 ص 721. الشرفاري: بند 367. رمزي سيف: بند 530 ص 670.

⁴ Classon : T3.NO. 738- Carsonnet : T3. No. 632- 634 Morel : No. 556.

ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة، ضمنا لحق الدفاع، أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أو أوراها أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها و إلا كان العمل باطلا.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما جاء بمستند قدم في فترة حيز الدعوى للحكم دون أن يثبت اطلاع الطاعن على هذا المستند فإنه يكون قد أخل بحق الطاعن في الدفاع. ولا يغير من ذلك أن يكون الخصم أو وكيله، قد أشر على المذكرة المصرح بتقديمها والتي أرفق بها ذلك المستند بما يفيد استلامه صورتها أو أن يكون مشارا فيها إلى فحوى المستند ما دام لم يثبت اطلاع الخصم على المستند ذاته.

فإذا كانت المذكرة التي تقدم بها الخصم لا تتضمن دفاعا جديدا، بل إن كل ورد بها إنما هو ترديد للدفاع الذي تمسك به في كافة مراحل النزاع وسبق للخصم الآخر الرد عليه، فإنه لا يصح النعي على الحكم بالبطلان لعدم تمكينه هذا الخصم من الإطلاع عليها.

وبعد انتهاء المداولة يؤخذ الرأي بين القضاة تمهيدا لإصدار الحكم. وقد نظم المشرع هذه المسألة فنص على أن الأحكام تصدر بالأغلبية المطلقة للأراء. فإذا لم تتحقق الأغلبية المطلقة وجب أن ينضم الفريق الأقل عددا أو الفريق الذي يضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الأكثر منه عددا ليرجحه.

على أن انتهاء المداولة واستقرار المحكمة على الرأي الذي سوف يصدر به الحكم لا يمنع القاضي من العدول عن رأيه وطلب إعادة المناقشة طالما أن الحكم لم ينطق به¹. وقبل النطق بالحكم يظل الحكم ملكا للمحكمة.

وبناء على ذلك، إذا توفى أحد القضاة أو نقل بعد تمام المداولة وقبل النطق بالحكم وجب فتح باب المرافعة من جديد أمام الهيئة الجديدة².

متى هيا لقاضي حكمه نطق به في الجلسة التي حددها لذلك على مسامع الحاضرين دون استثناء، ويخبر الأطراف بالأجال المخصصة للطعن في ذلك الحكم

إن لم يقتنعوا بما توصل إليه بحكمه، على أن يخاطبهم بما يفهمون، وبكلام مقبول حتى وإن اضطر إلى إعادته على مسامعهم لأكثر من مرة، دونما إثارة أو تجريح يقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة من طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلية الذين تداولوا في القضية.

مع ملاحظة أن تاريخ الحكم هو تاريخ النطق به.

بيانات الحكم

محتوى الحكم: يتضمن الحكم ثلاثة عناصر رئيسية تتمثل في الوقائع والتسبيب والمنطوق¹.

والعنصر الأول :

الوقائع وهي جزء من الحكم المشتمل على أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطنهم وحضورهم وغيابهم وأسماء ممثليهم، وما قدموه من طلبات أو دفوع، وخالصة ما سئلوا عليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية.

والعنصر الثاني:

أسباب الحكم وهي الأدلة الواقعية، والحجج القانونية التي أقيم على أساسها منطوق الحكم، ويطلق عليها الحيثيات، ويشترط أن تكون أسباب الحكم واضحة وضوحا كافيا بحيث تحمل الدليل على أن المحكمة بحثت النزاع المطروح أمامها بحثا دقيقا من ناحية الوقائع والقانون. لذلك فإن خلو الحكم من أسبابه أو قصورها أو تناقضها أو تهافتها يبطله².

¹ وقد جرى نص المادة 276 على ذكر : يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:

- 1- الجهة القضائية التي أصدرته.
 - 2- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية.
 - 3- تاريخ النطق به.
 - 4- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الانقضاء.
 - 5- اسم ولقب أمين ضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.
 - 6- أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم . وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
 - 7- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.
 - 8- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.
- ² أنه يحمل هيئة المحكمة أن توحي العدالة في قضائها، حتى لا يصدر الحكم تحت تأثير عاطفة عارضة أو على أساس فكرة مبهمة لم تستبين معالمها، وإنما صدر الحكم بناء على تدقيق وتمحيص وتقدير لطلبات و دفوع وحجج المنازعين
- 2- إقناع الخصوم به، وإزالة الأحكام حتى تنزل في نفوس الخصوم منزلة التقدير والاحترام

¹ أبو حيف: بند 182؛ محمد حامد فهكي: بند: 62، الشرفاري: بند 637 ص 511

² Norel : No. 558- Carssonnet : T.3No. 660- Japiot :No. 556.

ويمكن للقاضي أيضا تسبب الحكم بإحالة إلى أسباب حكم آخر صدر في دعوى سابقة بشرط أن يكون هذا الحكم سبق صدوره بين نفس الخصوم وأودع ملف الدعوى وأصبح ورقة من أوراقها تناضل فيه الخصوم، وعنصرا من عناصر الإثبات فيها كالحكم الصادر بالطرد للغاصب يمكن الإشارة واستناد إليه في طلب التعويض، لأن الحكم الأول يعد أساسا من أسس الحكم الثاني الصادر بالتعويض، ورافعة قانونية تقوي من حكم التعويض، أو كان الحكم السابق بأحقية المدعي في اوديعة البنكية. ثم يقيم دعوى جديدة بالمطالبة بالتعويضات والفوائد عن حرمانه من وديعته طوال فترة المطالبة.

والعنصر الثالث:

هو المنطوق وهو النص الذي حكمت به المحكمة في طلبات الخصوم المعروضة عليها (أحقية المدعى في طلبه أو عدم أحقيته في الطلب كليا أو جزئيا). ويعتبر المنطوق¹ أهم أجزاء الحكم قاطبة، حيث يحدد بناء عليه حقوق الخصوم المحكوم بها. واهتمام القاضي لا يقتصر على صياغة المنطوق (على الحل فقط) وإنما يمتد إلى تسببيه وعلى نحو ما سلف إذ يهتم القاضي دائما بربط حلوله بمسبباتها كما أنه يستخدم بعض العبارات، الشائعة الاستعمال لاستخلاص الحل بناء على هذه المسببات².

1- السبب ضمانته من ضمانات مدعى المشروعية، حيث يكون السبب ضريبا من ضروب الرقابة التي قررهما القانون على أعمال القضاء. كما يمكن جهة القضاء الأعلى من مراقبة أعمال جهة القضاء الأدنى لتصحيح حكم القانون.

2- يجب أن لا يكون المنطوق متناقضا في ذاته، بأن يكون أحد شقيه متعارضا مع الشق الآخر ولا أن يغفل الفصل في دفع أو طلب من المدفوع الطلبات التي قدمت لمحكمة. فإذا تناقض منطوق الحكم مع أسبابه، فإن العبرة تكون بالمنطوق لا بالأسباب. أما الأسباب الجوهرية التي تعبر براء متصلا بالمنطوق، فإن تناقضها مع المنطوق يعتبر تناقضا في ذات المنطوق يطل الحكم، وليس تناقضا بين المنطوق والأسباب.

الأصل أن الأسباب تكمل المنطوق، كما لو طلب المدعي فسخ العقد وإعادة الثمن، فقتضت الحكمة في الأسباب بالفسخ وبإعادة تعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها، وفي المنطوق قضت بالزام المدعي عليه برد الثمن دون أن تشير إلى الفسخ. هنا الأسباب تكمل المنطوق - ولا يعد منها إغفالا لطلبات المدعي.

3- طبقا للأصول المقررة فإن كل ما يتعين مراعاته في تسبب الأحكام أن تتضمن أسباب الحكم عرضا وجيزا لوقائع الدعوى وإجمالا جوهرية من الدفاع الخصوم ودفاعهم، وإيرادا للقاعدة القانونية الواجبة الأعمال وتطبيقها على واقعة الدعوى وصولا إلى وجه الحق فيها، ودون إسقاط تسطير الأسباب قبل المنطوق أو تدوين المنطوق قبل تحرير الأسباب. بالتالي فإن النعي بأن الحكم المنطوق قد شابه عيب شألي يتمثل في ورود منطوقه قبل أسبابه - وأيا كان وجه الرأي في صحته - ليس من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الحكم. ويكون النعي غير منتج وبالتالي غير مقبول.

الجلس رقم 183 لسنة 90 حقوق جلسة 91/1/27 العدد الثاني ص 66 وما بعدها.

الشروط الشكلية للحكم:

أولا تصدير الحكم:

إذا كانت الأحكام تصدر عن القضاء بصفته أحدي سلطات الدولة الجزائرية ولذا أكد الدستور في المادة 141 أنه "يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب" وهو ما حرص عليه المشرع في المادة 275 منه على ورود ذلك تحت طائلة بطلان الحكم بقوله "يجب أن يشمل الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
باسم الشعب الجزائري"

يجب أن ينمل الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
باسم الشعب الجزائري

حكم جنائي، جاء خاليا من الصيغة التي تنص صراحة على ما يلي: "تصدر الأحكام في جلسة علنية وتتضمن التصدير التالي: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - باسم الشعب الجزائري
ولقد قضت المحكمة العليا "كما أن المادة 141 من الدستور 1996 من الدستور تقتضي صراحة: "يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب". نقض¹.

حكم: قرار الإحالة لا يحمل في صدارته صيغة باسم الشعب الجزائري.

صدارة باسم الشعب تطبيق على أحكام جهات الحكم قرارات جهات التحقيق²
عدم تواجد باسم الشعب

"باسم الشعب الجزائري" هذه العبارة التي يتعين وجودها في مقدمة الحكم بموجب المادة 167 من الدستور. وعليه يتعين نقض الحكم المطعون فيه³.

ثانيا : بيانات الحكم

حتى يكون الحكم سليما من الناحية الشكلية لا بد أن يتضمن البيانات الآتية:

(1) رقم الملف 214563 قرار بتاريخ 1999/06/29

(2) ملف رقم : 269، 4 بتاريخ: 12 / 03 / 1987

(3) ملف رقم : 41441 بتاريخ : 16 / 12 / 1987

- الجهة افضائية التي اصدرته، وتاريخ النطق به.

- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية.

- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.

- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.

- أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي

تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.

- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.

وإذا أوجبت المادة 276 أن يتضمن الحكم بيان الخصوم وألقابهم وصفاتهم قد

قصدت بذلك التعريف بأشخاص وصفات من تتردد الخصومة في الدعوى التي

صدر فيها الحكم تعريفا نافيا للجهالة أو اللبس حتى لا يكتف الغموض شخص

المحكوم له أو المحكوم عليه، و يترتب على هذه المادة البطلان على "النقض أو

الخطأ الجسيب في أسماء الخصوم وصفاتهم" إنما عنت النقص أو الخطأ اللذين

يترتب عليهما التجهيل بالخصم أو اللبس في التعريف بشخصيته مما قد يؤدي

إلى عدم التعرف على حقيقة شخصيته أو إلى تغيير شخص الخصم بآخر لا شأن

له بالخصوم، في الدعوى، ولما كان لا يغني عن هذا البيان إمكان معرفة

الخصم من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو كانت رسمية، لأن الحكم يجب

أن يكون مستغلا بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقض

فيه من البيانات الجوهرية التي يستلزمها القانون لصحته بأي دليل آخر غير

مستمد منه، وإذ صدر الحكم المطعون فيه مغفلا في ديباجته ومدوناته اسم

الطاعنة الثالث؛ إغفالا تاما وكان من شأن ذلك أن يشكك في حقيقة وضع الطاعنة

الثالثة واتصالها بالخصومة المرددة في الدعوى ولا يغني عن ذلك ما أورده

الحكم المطعون فيه من أن المحكوم ضدهم طعنوا عليه بطريق الاستئناف لأن

بعض المحكوم عليهم ارتضوا حكم محكمة أول درجة ولم يستأنفوه، ويكون

الحكم قد أغفل، بيانا جوهريا من بياناته يترتب عليه بطلان الحكم¹.

الشروط الموضوعية للحكم:

يجب أن يستعرض الحكم بإيجاز، وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم، ويجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة.

يتضمن ما قضى به في شكل منطوق .

تسبب الحكم

معناه و ضرورته: يقصد بتسبب الحكم بيان الأدلة الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي حكمه¹. وتسبق أسباب الحكم بعبارة "بما أن" أو "بناء على" أو بعبارة "حيث" وتسبق أسباب الحكم منطوقه وتتفصل عنه بعبارة "لهذه الأسباب"².

ولا يخفى ما ينطوي عليه تسبب الحكم من بث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين فيعرف كل متقاضي على أي أساس صدر الحكم. فإن كان له على الحكم مأخذ استخدم حقه في الطعن فيه. وبذا تتمكن محكمة الدرجة الثانية من مراقبة أحكام محاكم الدرجة الأولى، وتتمكن محكمة النقض من مراقبة الاتيين معا فيما يصدر عنهما من أحكام ضمانا لسلامة تطبيق القانون وتفسيره، فضلا عن أن تسبب الحكم يضمن حيده القاضي وعدم تحيزه، كما يحمله على العناية بحكمه.

كيفية تسبب الأحكام

يستمد القاضي تسبب أحكامه إما بالنظر إلى مكانة وأهمية الوقائع أو من تكيفه لتلك الوقائع، أو بالاستعارة من حكم سابق ذا محمول واسع أو بالتزامه الصمت حول إحدى وقائع القضية.

1- مكانة وأهمية الوقائع.

تلعب الوقائع دورا هاما، وتؤثر تأثيرا مباشرا على تكوين التسبب لأن محمول الحكم، عادة ما يكون موجودا ومحددا في ملف القضية، ويلتزم القاضي تحديد اقتناعه من داخل الملف لا خارجه، وتساعد الوقائع القاضي في التعريف على الظروف الخاصة التي صاحبت مولد القضية وتطورها، وعليه فإنه عندما

¹ العشاوي، ج 2 بند 1081 - رمزي سيف، بند 533.

² سامي كمال عبده، الشروط الموضوعية للدفع بالحيث - بحث مجلة المحاماة العدد الثاني 2007 ص 35.

يدرك القاضي محمول القضية، فإنه يشير إلى ذات الوقائع، وإلى معطيات الواقعة الأساسية وإلى الحل الذي اعتنقه، ويكون من الأفضل دائما أن يساق الحكم بواسطة اعتبارات الوقائع المحددة.

2- وقد يكفي القاضي عادة بذكر تسببها واحدا لمحمول قراره وذلك في حالة تكامل أدلة المدعى وتماسكها وإشارتها إلى الحق بوضوح دون إبهام أو غموض، أو في حالة رفض الدعوى، وأحيانا أخرى يلجأ إلى ذكر أكثر من دعامة للحكم رغم كفاية إحداها، كتأكيد للحل الذي توصل إليه في القضية، وذلك من أجل إقناع المتقاضين بتماسك الأدلة، ولكي ينزل لديهم حكمة منزلة التقدير والاحترام. أن عدم تسبب الحكم على نحو كاف لا يسمح بمراقبة مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية وهو ما يؤدي إلى تخلف الأساس القانوني للحكم، مما يجعل المحكمة العليا عاجزة عن مراقبة صحة التكييف القانوني للواقعة، وهو أمر يمس التزام المحكمة ببيان الأسباب التي تبرر اختيارها تكييفها معينا وفهما معينا للوقائع دون غيره. ويجب أن تعكس أسباب الحكم سلامة الاستدلال القضائي الذي استخدمته المحكمة بما يسهل رقابة المجلس القضائي على حكم الدرجة الأولى و المحكمة العليا على قرار المجلس.

ولأهمية التسبب ومكانته في الحكم سنعرض في هذا المقام لضوابط التسبب وعبوبه. ضوابط تسبب الأحكام:

التسبب هو الاستدلال القضائي الذي يقوم على الاقتناع الجدلي بأدلة دعوى، ثم استقراء العناصر الواقعية التي أثبتتها الأدلة، واستنباط الصورة النهائية للواقعة بناء عليها. ويلاحظ أن الاستقراء قد يؤدي إلى أن تراجع محكمة نفسها في الاقتناع بأدلة الدعوى، وذلك إذا ما كشف عن وقوع تناقض شعبي معه استنباط صورة سليمة للواقعة. وهكذا يتضح أن الاقتناع الجدلي بأدلة الدعوى لا يفي و وقوع تداخل بين خطوات المنطق القضائي المتعلقة بالوقائع. فقد يلجأ القاضي بعد فحص أدلة الدعوى إلى استقراءها لاستنباط مدى صدق اقتناعه حتى إذا ما كون اقتناعه النهائي بدأ عملية استقراء جديدة للعناصر الواقعية التي ثبتت من الأدلة لاستنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى.

ونخلص مما تقدم أن الاستدلال الجدلي يكون لدى القاضي اقتناعا مبدئيا بأدلة الدعوى، ثم يتحدد اقتناعه النهائي بها في ضوء استقراء مجموع الأدلة لاستنباط الأدلة الصحيحة بعد ذلك. وبعد الانتهاء من مهمة التأكد من الأدلة يبدأ في استقراء العناصر الواقعية التي شهدت عليها الأدلة لاستنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى.

ولا بد أن ينعكس هذا الاستدلال القضائي على أسباب الحكم حتى تستطيع محكمة النقض أو التمييز مراقبة محكمة الموضوع في منطقتها القضائي المتعلقة بالوقائع. وفي ضوء ذلك يمكن استخلاص الضوابط الآتية لتسبب الحكم فيما يتعلق بالواقع.

أولاً: فيما يتعلق بأدلة الدعوى:

تلك هي المقدمة الأولى في الاستدلال القضائي المتعلقة بالواقع. وعلى القاضي أن يكون اقتناعه من خلال الموازنة بين الطلبات والدفع بين الخصوم ومن خلال دوره الإيجابي في تحقيق الدعوى. وهو اقتناع خاضع للاختبار النهائي بعد ذلك في ضوء استقراء مجموع الأدلة لاستنباط مدى تماسكها وسلامتها.

واقتراع القاضي بالأدلة أمر موضوعي متروك لضميره ووجدانه. وهناك حدان لسلامة هذا الاقتناع هما الحد الإجرائي، والحد الموضوعي. ومن خلال هذين الحدين تراقب محكمة النقض أسباب الحكم فيما يتعلق بأدلة الدعوى.

ويتمثل الحد الإجرائي في الضمانات الإجرائية التي أوجبها القانون¹. وهو ما يعكس إحدى خصائص المنطق القضائي التي تميزه عن المنطق القانوني المجرد. ذلك أن القاضي يلتزم بأن يعتمد في حكمه على الأدلة القضائية، وأن تكون الأدلة مشروعة.

وبالنسبة إلى شرط الاعتماد على الأدلة القضائية، فإنه لا يجوز للقاضي أن يبنى حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، ولا يجوز له أن يستمد اقتناعه من أدلة لم يعلم بها الخصوم، أو من معلوماته الشخصية - عدا المعلومات العامة التي لا تخفي على أحد.

ويترتب على مخالفة هذا الحد الإجرائي أن يصبح الحكم مشوباً بالبطلان لابتنائه على إجراءات غير مشروعة. هذا فضلاً عن الفساد في الاستدلال إذا بني

يدرك القاضي محمول القضية، فإنه يشير إلى ذات الوقائع، وإلى معطيات الواقعة الأساسية وإلى الحل الذي اعتقته، ويكون من الأفضل دائما أن يساق الحكم بواسطة اعتبارات الوقائع المحددة.

2- وقد يكتفي القاضي عادة بذكر تسببها واحدا لمحمول قراره وذلك في حالة تكامل أدلة المدعى وتماسكها وإشارتها إلى الحق بوضوح دون إبهام أو غموض، أو في حالة رفض الدعوى، وأحيانا أخرى يلجأ إلى ذكر أكثر من دعامة للحكم رغم كفاية إحداها، كتأكيد للحل الذي توصل إليه في القضية، وذلك من أجل إقناع المتقاضين بتماسك الأدلة، ولكي ينزل لديهم حكمة منزلة التقدير والاحترام. أن عدم تسبب الحكم على نحو كاف لا يسمح بمراقبة مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية وهو ما يؤدي إلى تخلف الأساس القانوني للحكم، مما يجعل المحكمة العليا عاجزة عن مراقبة صحة التكييف القانوني للواقعة، وهو أمر يمس التزام المحكمة ببيان الأسباب التي تبرر اختيارها تكييفا معينا وقهما معينا للوقائع دون غيره.

ويجب أن تعكس أسباب الحكم سلامة الاستدلال القضائي الذي استخدمته المحكمة بما يسهل رقابة المجلس القضائي على حكم الدرجة الأولى و المحكمة العليا على قرار المجلس.

ولأهمية التسبب ومكانته في الحكم سنعرض في هذا المقام لضوابط التسبب و عيوبه.

ضوابط تسبب الأحكام:

التسبب هو الاستدلال القضائي الذي يقوم على الاقتناع الجدلي بأدلة الدعوى، ثم استقراء العناصر الواقعية التي أثبتتها الأدلة، واستنباط الصورة النهائية للواقعة بناء عليها. ويلاحظ أن الاستقراء قد يؤدي إلى أن تراجع المحكمة نفسها في الاقتناع بأدلة الدعوى، وذلك إذا ما كشف عن وقوع تناقض يصعب معه استنباط صورة سليمة للواقعة. وهكذا يتضح أن الاقتناع الجدلي بأدلة الدعوى لا يفي وقوع تداخل بين خطوات المنطق القضائي المتعلق بالوقائع. فقد يلجأ القاضي بعد فحص أدلة الدعوى إلى استقراءها لاستنباط مدى صدق اقتناعه حتى إذا ما كون اقتناعه النهائي بدأ عملية استقراء جديدة للعناصر الواقعية التي ثبتت من الأدلة لاستنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى.

ونخلص مما تقدم أن الاستدلال الجدلي يكون لدى القاضي اقتناعا مبدئيا باد الدعوى، ثم يتحدد اقتناعه النهائي بها في ضوء استقراء مجموع الأدلة لاستنباط الأد الصحيحة بعد ذلك. وبعد الانتهاء من مهمة التأكد من الأدلة يبدأ في استقراء العناصر الواقعية التي شهدت عليها الأدلة لاستنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى.

ولا بد أن ينعكس هذا الاستدلال القضائي على أسباب الحكم حتى تستطيع محكمة النقض أو التمييز مراقبة محكمة الموضوع في منطقتها القضائي المتعلق بالواقع. وقد ضوء ذلك يمكن استخلاص الضوابط الآتية لتسبب الحكم فيما يتعلق بالواقع.

أولا: فيما يتعلق بأدلة الدعوى:

تلك هي المقدمة الأولى في الاستدلال القضائي المتعلق بالواقع. وعلى القاضي أن يكون اقتناعه من خلال الموازنة بين الطلبات والدفع بين الخصوم ومن خلال دور الإيجابي في تحقيق الدعوى. وهو اقتناع خاضع للاختبار النهائي بعد ذلك في ضوء استقراء مجموع الأدلة لاستنباط مدى تماسكها وسلامتها.

واقناع القاضي بالأدلة أمر موضوعي متروك لضميره ووجدانه. وهذا حدان لسلامة هذا الاقتناع هما الحد الإجرائي، والحد الموضوعي. ومن خلا هذين الحدين تراقب محكمة النقض أسباب الحكم فيما يتعلق بأدلة الدعوى.

ويتمثل الحد الإجرائي في الضمانات الإجرائية التي أوجبها القانون¹. وهو ه يعكس إحدى خصائص المنطق القضائي التي تميزه عن المنطق القانوني المجرد. ذلك أن القاضي يلتزم بأن يعتمد في حكمه على الأدلة القضائية، وأن تكون الأدلة مشروعة.

وبالنسبة إلى شرط الاعتماد على الأدلة القضائية، فإنه لا يجوز للقاضي أن يبنى حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، ولا يجوز له أن يستمد اقتناعه من أدلة لم يعلم بها الخصوم، أو من معلوماته الشخصية - عدا المعلومات العام التي لا تخفي على أحد.

ويترتب على مخالفة هذا الحد الإجرائي أن يصبح الحكم مشوبا بالبطلان لابتناؤه على إجراءات غير مشروعة. هذا فضلا عن الفساد في الاستدلال إذا بني

¹ ر. د. أحمد، فحفي مرقوم - المرجع السابق - ص 212 وما بعدها.

قتناع المحكمة على أدلة باطلة. وقد يكون الحكم أيضا مشوباً بالخطأ في القانون إذا أخطأ في الرد على الدفع بالبطلان.

ويتمثل الحد الموضوعي في أن يبني القاضي اقتناعه على أدلة حقيقية لا رهمية، وهو ما يفترض أن يكون لهذه الأدلة مصدر حقيقي في أوراق الدعوى. كما تتطلب موضوعيته أن تكون الأدلة مقبولة في العقل والمنطق وأن يبحث القاضي وجه الدفاع الجوهرى وأن يرد عليها.

والخلاصة أنه للتحقق من الاستدلال القضائي المتعلق بأدلة الدعوى يجب أن يستوفي أسباب الحكم الضوابط الآتية¹:

- أن يكون لهذه الأدلة مصدر حقيقي في أوراق الدعوى (للتحقيق من موضوعية اقتناع المحكمة).

- أن يبين الحكم مضمون الأدلة التي استندت إليها المحكمة. ومن هذا البيان تراقب محكمة النقض أو التمييز مدى سلامة استقراء الأدلة لوزن قيمتها.

- أن تكون الأدلة قد نوقشت في إطار موضوعي، مما يتطلب الرد على أوجه الدفاع الجوهرى.

- أن تستند المحكمة إلى أدلة مقبولة قانوناً (وفقاً للشروط الإجرائية التي أوجبها القانون)، وصالحة للاقتناع بها من الناحية الموضوعية. (فلا يجوز للمحكمة أن تحل نفسها محل الخبير في مسألة فنية).

والإخلال بهذه الضوابط يمس إما موضوعية اقتناع المحكمة (من خلال المنطق الجدلي) أو سلامة استقراء الأدلة والاستنباط منها.

ويترتب على الإخلال بالضوابط الأولى أن يصبح التسبب مشوباً بالقصور في البيان. أما الضابط الرابع فإنه يجعل التسبب مشوباً بالفساد في الاستدلال.

ثانياً: فيما يتعلق بوقائع الدعوى:

أ- إن أدلة الدعوى هي مصادر الاقتناع بعناصرها الواقعية. ويجب على القاضي انتقاء العناصر التي من شأنها التأثير في مضمون الحكم. وهذه العناصر المنتقاة هي وحدها التي يتعين عليه التحقق من ثبوتها المادي. ومن هنا، يجب

استبعاد العناصر غير المفيدة أو السطحية التي ليس لها أدنى تأثير في اقتناعه القضائي اللازم للفصل في الدعوى. ويتطلب ذلك أن يفض القاضي الاشتباك بين العناصر الأساسية والعناصر الثانوية، وهو أمر لا يخلوا من صعوبة. فيجب عليه أن يتجنب حدوث نوعين من التجاوز

(الأول) مضاعفة التحليل والتدقيق في جميع العناصر الواقعية، مما يؤدي إلى إنهاكه بيث وقائع غير مفيدة تشتت انتباهه في جميع الاتجاهات.

(الثاني) استنباط العناصر الأساسية قبل الأوان، وإجراء انتقاء ضيق لها، والاعتماد على وقائع معينة على حساب وقائع أخرى، والإخلال بالتوازن بين الوقائع قبل أن يزن قيمة كل منها.

والعناصر الأساسية ليست مجرد وقائع مادية بحتة، وإنما هي بالإضافة إلى ذلك وقائع تتجه إلى اختراق نصوص القانون، ويتحدد مضمونها وفقاً لعلاقتها بالقاعدة القانونية. وهكذا يتضح أن المعطيات الموضوعية يستخلصها القاضي تحت مظلة القاعدة القانونية، لأن الوقائع التي يبني عليها الحكم لا تعبر عن أي معنى إلا بواسطة الفكرة القانونية التي توضح مدلولها. فمثلاً في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، لا قيمة للبحث في مدى علم المتهم بأن له رصيد كاف أم لا، لأن هذا العلم لا يؤثر في وقوع الجريمة قانوناً. وفي جريمة القتل، لا قيمة للبحث في نوع المرض الذي كان مصاباً به المجنى عليه، لأن هذه الجريمة تقع قانوناً بارتكابها على إنسان حي مهما كانت حالته الصحية.

وإذن فإن العناصر الأساسية التي يجب أن يستظهرها القاضي هي الوقائع التي تؤثر في التكييف القانوني الذي يعتمد عليه في استخلاص النتيجة.

ب- وفي ضوء العناصر الأساسية التي تستظهرها المحكمة يجب أن يقع استقراء جيد لها ثم تستنبط المحكمة الصورة النهائية لواقعة الدعوى. ويتطلب هذا الاستنباط أن يكون في غير إيهام أو تناقض، مؤدياً إلى النتيجة بحكم اللزوم المنطقي. وهذا اللزوم لا يعني اليقين المطلق. إن القاضي يجب أن يبني حكمه على أساس اليقين لاحتمال. ولكن المقصود بهذا اليقين هو الاقتناع الأكيد المبني على الاستدلال المنطقي. وهو ما يكفي لسلامة الحكم، فهذا الاستدلال يقدم للقاضي في دائرة الشك والاحتمال والترجيح. وهكذا

يتضح أن اليقين القضائي المطلوب هو ثمرة الاستدلال المنطقي، ولكن ذلك لا يعني أن هذه الثمرة هي حقيقة حتمية أو يقينا مطلقا لأن الأدلة نفسها مهما قويت تسيير في مجموعها إلى مجرد احتمالات.

وللتحقق من الاستدلال المنطقي للوقائع يجب أن تتوافر في الأسباب الضوابط الآتية:

- 1- بيان المحكمة للعناصر الواقعية الأساسية في الجريمة، لضمان سلامة الاستقراء.
- 2- فهم المحكمة للعناصر الواقعية التي ثبتت لديها. وهو ما يضمن سلامة الاستقراء والاستنباط.
- 3- رفع التناقض بين العناصر الواقعية التي ثبتت لديها وهو ما يضمن سلامة الاستقراء والاستنباط.

4- لزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على الوقائع التي ثبتت لديها. وهو ما يضمن سلامة الاستنباط ويلاحظ أن كافة هذه الضوابط تمس سائر عناصر الاستدلال القضائي المتعلق بالوقوع (الاستقراء والاستنباط). والعيب الذي يمس الاستقراء (الإخلال بالضوابط الأول) يؤدي إلى جعل الحكم مشوبا بالقصور في البيان. أما سائر العيوب التي تمس الاستنباط (الإخلال بالضوابط الأخرى) فتؤدي إلى جعل الحكم مشوبا بالفساد في الاستدلال (أي الاستنباط). ويعتبر الحكم مشوبا بالفساد في الاستدلال (أي الاستنباط). ويعتبر الحكم مشوبا بالقصور في البيان و الفساد في الاستدلال إذا كان العيب مؤثرا في سلامة الاستقراء والاستنباط.

التسبب الكافي: وحتى تتحقق الأغراض المتقدمة يجب أن يكون تسبب الحكم كافيا، بمعنى أن تقيم المحكمة قضائها على ما يكفي لحمله ومتى فعلت المحكمة ذلك، فإنها لا تكون ملزمة بتعقب حجج الخصوم والرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه في مرافعتهم. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض العليا بأنه متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن قرر القاعدة القانونية الصحيحة المنطبقة على الواقعة قد أقام مسؤولية المطعون ضده عن الاعتداء على حق المؤلف على أساس من المسؤولية التقصيرية، فلا تثريب عليه إن أغفل مناقشة ظرية الإثراء بلا سبب التي جعلها الطاعن من بين الأسس التي أقام عليها طلب

التعويض.

ما لا يعتبر عيبا في التسبب:

(أ) تزيد التسبب: ومتى كانت أسباب الحكم تكفي بذاتها لحمله فإنه لا يعيب الحكم استطراده لتأكيد وجهة نظره، متى كان هذا الاستطراد زائدا على حاجة الدعوى و يستقيم الحكم بدونه¹.
والتزيد في التسبب لا يعيب الحكم حتى ولو كان من شأنه ذكر تقريرات قانونية خاطئة أو ذكر مادة في القانون غير منطبقة على الواقعة، طالما أن أسبابه الأخرى، و النتيجة التي انتهى إليها صحيحة² إذ تصحح المحكمة التي تنظر الطعن الحكم في هذه الحالة دون أن تبطله.

(ب) الإحالة على تقرير خبير أو أوراق الدعوى أو أسباب حكم آخر:

سبق أن ذكرنا³ أن الحكم باعتباره ورقة من أوراق الإجراءات المدنية ينبغي أن يكون دالا بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي ورقة أخرى من أوراق الدعوى. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن إغفال اسم المحكوم له هو إغفال لبيان جوهرى يبطل الحكم ولو أمكن الاستدلال على اسمه من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو كانت رسمية⁴، وهو ما ينطبق على الأسباب.

غير أن إغفال الأسباب شيء وإحالة الحكم في تسببه شيئا آخر. فإذا صدق القول بأن إغفال ذكر الأسباب في الحكم يبطله لأن الحكم يعتبر خاليا من الأسباب فإن ذلك لا يصدق بشأن الإحالة لأن ما يحيل إليه الحكم بشأن الأسباب يعتبر متمما في هذا الخصوم وملحقا به فلا يكون الحكم بذلك خاليا من الأسباب.

¹ نقض مدني 20 يناير 1972 مجموعة النقض 23 ص 76 ق 13.

² نقض مدني 5 مايو 1998 الطعن رقم 11264 لسنة 66 ق.

وفقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى إلى أن المتعرض للمشتري وهو من الغير لم يكن على حق في تعرضه وأن الباع قد باع ما يملك. فإن مؤدي ذلك أن ينفك عن الباع التزامه بضمان التعرض القانوني، ولا يعيب الحكم وصفة ذلك التعرض بأنه مادي. ذلك أن وجه الرأي في الحكم لا يتغير سواء أسع الحكم على التعرض المذكور صفة التعرض المادي أو القانوني

³ بند 245

⁴ نقض مدني 20 يونيو 1963 مجموعة النقض 14 ص 896 ق 127 أيضا نفس مدني 29 ديسمبر 1996 الطعن رقم 18070 لسنة 63 ق

وعلى تقرير خبير أو ورقة من أوراق الدعوى أو أسباب حكم آخر. وهو اتجاه يزكيه كثرة القضايا أمام المحاكم الأمر الذي يقتضي توفيره وقت وجهد القضاة. على أنه يشترط لصحة الإحالة في هذه الحالة:

1- ألا يكون تسبب الحكم الابتدائي معيبا حتى لا يلحق ما به من عيب القرار الاستئناف. وتطبيقا لذلك.

2- ألا تكون محكمة الاستئناف قد سبق وأن قضت ببطلان الحكم الابتدائي وإلا كانت إحالتها في هذه الحالة إحالة على معدوم. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الاستئناف على الرغم من

3- ألا يكون الخصوم قد أبدوا أمام المجلس في الاستئناف أية دفوعا أو طلبات جديدة. إذ يجب على المجلس في هذه الحالة التصدي لهذه الطلبات والدفوع والفصل فيها بأسباب مستقلة وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا "حيث بنى القضاة قناعتهم للوصول إلى تأييد الحكم المعاد على تقرير الخبير دون مناقشة ودون بيان أسباب قناعتهم غافلين على الإجابة على الدفع بعدم صحة وقائعه لذا فإن القرار المطعون ناقص التسبب و التعليل و لم يفصل في حقيقة النزاع وأنه عديم التأسيس القانوني ويتعين بذلك نقضه وإحالة الطرفين على نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر¹.

كما قضت و اكتفوا لتأييد الحكم المعاد بسرد الوقائع وتأييد الخبرة التي جاءت جزافية وخاطئة ومخالفة للوقائع².

وكما يجوز إحالة الحكم في تسببه على الحكم آخر صدر في نفس الدعوى بين نفس الخصوم، كما هو الشأن في الصورة السابقة، فإنه يجوز الدعوى بين نفس الخصوم، كما هو الشأن في الصورة السابقة، فإنه يجوز إحالة الحكم في تسببه على الحكم آخر صدر في دعوى أخرى.

ويشترط لصحة الإحالة في هذه الحالة أن يكون الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم، وألا يكون قد ألغى، وأن يكون قد أودع ملف الدعوى وأصبح

بذلك ورقة من أوراقها يناضل الخصوم في دلالتها¹. على أنه يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى ما قضى به في قضية أخرى لم يكن المحكوم ضده طرفا فيها متى كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي أوردتها وعولت عليها في قضائها².

وفي ذلك قضت المحكمة العليا "الذي أبطل قرار الطرد مؤيدا لحكم محكمة سوق أهراس الصادر يوم 1989/12/18 تفحصوا وناقشوا الوثائق والمستندات التي سبقت دراستها من طرف قضاة الموضوع الذين أبعدها القرارات المشار إليها أعلاه وأصبحت بذلك نهائية وحازت حجية الشيء المقضي فيه وهذا كون الرد على الوجه المثارة ودون الاستناد إلى الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بين الطرفين وأن قرارهم يستوجب النقض لانعدام الأسباب³".

كما قضت "يعتبر تسبب تبني القرار لحيثيات الحكم والرد على الطلبات والدفوع في كل من الحكم والقرار باعتبارهما مكملين بعضهما البعض كما جاء ذلك التبني واضحا في حيثيات القرار⁴".

عيوب التسبب التي تبطل الحكم:

أولا: القصور في أسباب الحكم الواقعية - معناه الدقيق:

يعني القصور في أسباب الحكم الواقعية، العرض غير الكامل لوفائع الدعوى على نحو يجعل الحكم غير متضمن للعناصر الواقعية الضرورية لتبرير النص الذي طبقه القاضي عليها.

ما إذا كانت سمات الاختراع تنتج من الحالة الفنية للاختراع محل النزاع⁵، والحكم الذي يلزم المدين بالتعويض فضلا عن الفوائد التأخيرية دون أن بين سوء نية المدين⁶، والحكم الذي يقضي بالتطبيق بموجب المادة 53 من قانون الأسرة بسبب التعدي والإهانة دون أن يثبت أن هذه الوقائع تجعل استمرار الحياة الزوجية غير محتملة، والحكم الذي يقرر أن الدائن كان في استحالة معنوية

¹ نقض مصري مدني 5 فبراير 1964 مجموعة النقص 15 ص 186 ق 62، رمزي صف. ص 679

² نقض مدني 3 مارس 1965 مجموعة النقص 16 ص 244 ق 38.

³ مجلة قضائية 1/ 1989 ملف 17885 بتاريخ 1982/01/16

⁴ الطعن ملف رقم 171175 قرار بتاريخ 21 أكتوبر 1998

¹ ملف رقم 38115 قرار بتاريخ 03 جوان 1987

² ملف رقم 130808 قرار بتاريخ 1996/1/14

⁵ Civ. 14 Janv. 1924, D.H. 1924, I. 22

⁶ Com. 6 mars 1979 Bull. Civ. No. 89, P. 68

حول دون حصوله على دليل كتابي دون أن يبين الظروف الواقعية التي أنتجت هذه الاستحالة المدعاة¹.

(ج) إذا لم تكن الأسباب منصبة على مقطع النزاع في القضية، بل كانت دائرة حول نقطة غير جوهرية (عدم مواجهة المحكمة للنزاع المطروح):

ويحدث ذلك إما نتيجة لعدم فهم القاضي لجوهر النزاع المطروح عليه، وإما نتيجة تقديره الخاطئ الأمر الذي حجب عنه بحث إحدى نقاط النزاع المنتجة في الدعوى، مكتفياً بالحل الذي انتهى إليه في نقطة أخرى. وفي الحالتين يعيب الحكم للقصور في أسبابه الواقعية².

الإثباتات الواقعية غير المحددة:

وممكن العيب في هذه الحالات أن الأسباب يعترّيبها عدم التحديد الأمر الذي يدل على أن لقاضي لم يبحث بحثاً جزئياً وقائع النزاع، مما يعجز محكمة النقض عن الوقوف على الرأي لذي كونه قاضي الموضوع بشأنها والأساس الذي بنى عليه الحكم³. ومن طور ذلك:

أ) غموض الأسباب و إبهامها⁴:

يعني غموض الأسباب أو إبهامها، عدم وضوحها على نحو كاف بحيث لا يستبين منها وجه الرأي الذي أخذت به المحكمة وجعلته أساس قضائها⁵.

ب) و رود الأسباب بشكل عام أو مجمل

وتكون الأسباب كذلك، حينما يقتصر الحكم على مجرد تأكيد أمر دون أن يفسر من حيث الواقع هذا التأكيد. ومن أمثلة ذلك في قضاء محكمة النقض الفرنسية، أن يصدر لحكم مكتفياً بالقول أن الطلبات ليست مبررة أو لا تقوم على أساس⁶ أو أن المدعى عليه يلتزم بالضمان¹ دون وجود أسباب أخرى في الحكم تفسير ذلك.

¹) Civ. 13 avril 1023, D.P. 1926, 140.

نظر أيضاً: Com. 13 mars 1979 Bull. Civ. No. 101, P. 79.

Com. 14 juin 1976 Bull. Civ. No. 199, P. 172.

² Ernest Faye: La cour de cassation Paris 1970 No. 121.

³) Boré: op.cit. no. 2284.

⁴) Faye: op.cit. no. 121.

Joële Fossereau: controle de la motivation et de reponse aux conclusions.

Obligation de motiver. Juris class. Proc. Civ. T5.

Fasc. 784. 1981. no. 149.

⁵) نصوص عملي 21 مايو 1943 النقض رقم 126 السنة 12 في.

⁶) Cin. Mars. 1942. Bull. Civ. 1942. 142.

(ج) الاكتفاء بذكر النص القانوني دون تحديد الوقائع تحديداً كافياً يبرر الإشارة إليه:

ويسمى الفقه² ذلك بالقبحة التي تزين الحكم.

ثانياً: انعدام الأسباب: التمييز بين القصور في أسباب الحكم الواقعية وبين انعدام الأسباب:

يتعين التمييز بين القصور في أسباب الحكم الواقعية و بين انعدام الأسباب فانعدام الأسباب عيب في الشكل أما عدم كفاية الأسباب الواقعية فهو عيب موضوعي³ أي عيب في صميم موضوع الحكم، فلا يمكن بحثه إلا إذا كان الحكم صحيحاً من حيث الشكل. وحيث ينعلم التسبب سواء كان كلياً أو جزئياً فقد الحكم مقوماته كحكم و يكون باطلاً، فلا محل محل لبحث مضمونه أو قيمته الموضوعية⁴.

وتبدو أهمية هذه التفرقة بالنسبة لسلطة المحكمة العليا عند نظر الطعن بالنقض ففي حالة الطعن في الحكم لانعدام الأسباب تقتصر سلطتها على بيان أن الحكم ليس مسبباً كلية أو أنه ليس مسبباً في جزء منه. دون أن يكون من حقها أن تبدي رأيها في القيمة القانونية للحكم. أما إذا طعن في الحكم لانعدام الأساس القانوني فإنها على العكس تبدأ ببحث القيمة القانونية للحكم مبنيةً أو وجه القصور فيه⁵.

- صور انعدام الأسباب:

الانعدام الكلي للأسباب:

يقصد بالانعدام الكلي للأسباب خلو الحكم كلية من التسبب أو اعتباره كذلك رغم ما تضمنه من أسباب. فقد يبدو الحكم في ظاهرة مسبباً، وهو في واقع الأمر في حكم الخالي من الأسباب. ويحدث ذلك في الحالات الآتية:

¹) Civ. 21. Juin 1935. 1.345.

² Jonquères : journées jurid. Op. cit. No. 4. p. 126.

³ Faye : No. 120- Jonquères : op. cit. p. 128.

على أن الرأي الراجح في الفقه الإيطالي و البلجيكي أن عدم كفاية الأساس لا يعدو أن يكون امتداداً لانعدام الكامل للأسباب.

فناخذ طبيعتها من حيث كونها عيباً شكلياً في الحكم. انظر المراجع التي أفتأ إليها Boré صفحة 666 بند 2229. ومن هذا الرأي في

مصري، حامد فيهي. تسبب الأحكام: سابق الإشارة إليه بند 17 ص 231

⁴) Faye : No. 89.

⁵) Tournon : Le défaut de motifs. Vice de forme de jugements. La semaine Juridique 1964. Doctrine I. No. 553.

تتناقض أسباب الحكم بعضها مع البعض الآخر، وتهازتها، بحيث لا يبقى فيها ما يكفي لحمل الحكم عليها:

الأسباب الافتراضية والأسباب الظنية صورة من صور انعدام الأسباب فكليةما يقوم على مجرد التخمين وليس اليقين¹ وإن كانت الأولى تعني أن القاضي قد افترض الواقعة افتراضا فأقام الحكم على واقعة من نسج خياله بينما الثانية: أن القاضي بنى حكمه على واقعة غير مؤكدة الوجود². وفي الحالين ينعلم التسبب.

ويدل على الأسباب الافتراضية³، استخدام المحكمة لتعبير من المحتمل و أنه يعيد الإحتمال ومن تطبيقات قضاء محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد، نقضها للحكم الذي يقوم على مجرد افتراض أن التصادم لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجاوز السرعة أو الإهمال و عدم تبصرة وروية قائد السيارة⁴، والحكم الذي يحسب التعويض المستحق على الزوج في مواجهة زوجته المطلقة على أساس أن زواج الأخيرة مرة ثانية غير محتمل⁵، والحكم بأن أي تفسير آخر غير ممكن بل حتى لا يمكن الإدعاء به⁶، والحكم بأن أي تفسير آخر غير تقدير افتراضي لموقف الخصم المحتمل مستقبلا دون أن تثبت في حقه أي مخالفة لالتزاماته التعاقدية⁷.

وتعتبر المحكمة عن السبب الظني عادة بتعبير "يظهر"⁸ أو "يبدو"، أو "ربما"¹⁰ أو ليس مستبعدا¹¹.

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد، نقضها للحكم الذي يلقي جانبا من المسؤولية على عائق سائق سيارة تصادم مع دراجة بخارية على

¹ Fossereau : op. cit. No. 126.

² Boré : No.2292.

³ Fossereau : No.114 et s.-Borré b No. 2206 et 2297.

⁴ Ci. Avril.1965.Bull.Viv.II.No. 345.

⁵ Ci. 26 Avril.1948.Boll.civ.I.No. 121.

⁶ Ci. 17 juill.1957.Bull.Viv.II.No. 345.

⁷ Ci. 5 fév.1969.Bull. iv.No. 345.

soc. 24oct.1947.Bull.civ.III.No. 57.

Ci. 12oct.1960.Bull.civ.II.No. 566.

Civ.3 avr.1973. Bull.civ.I.No.125.

⁸ Civ.29juin.1972. Bull.civ.II.No.204.

Com.21 oct.1969.Bull.civ.IV.No.306.

⁹ Com.20 juin.1966.Bull.civ.IV.No.310.

¹⁰ Com.29 mars.1966.Bull.civ.III.No.180.

¹¹ Boré : No.2292.

انظر تطبيقات أخرى

أساس سبب هو أن السائق حين غير اتجاه سيارته يبدو أنه لم يندثر سائق المستخدمين للطريق¹. والحكم الذي يقرر مسؤولية قائد سيارة عن التصادم الذي وقع على أساس أنه يبدو أنه كان يقود سيارته بسرعة كبيرة وأن السائق الآخر يبدو أنه راعي قواعد المرور². والحكم الذي يقرر وهو بصدد الرد على دفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة التجارية التي تنظر الدعوى أن المرء يشك حقيقة في كون المدعى تاجر³.

- الإنعدام الجزئي للأسباب:

يتكون الحكم في جملته من مجموعة من الأحكام الصغيرة يجيب كل منها على كل طلب وكل دفع، وكل وجه من أوجه الدفاع الجوهرية التي طرحت على المحكمة سواء كان ذلك من جانب الخصوم أو من جانب النيابة العامة، وسواء أثرت أوجه الدفاع أمام المحكمة مباشرة أو آثارها الخصوم أمام الخبير أثناء دعوتهم للحضور أمامه، لأن محاضر أعماله تعتبر من أوراق الدعوى، فكل ما يثبت فيها من دفاع للخصوم يعتبر معروضا على المحكمة⁴.

لذا، يتعين عند رد كل حكم على كل طلب من هذه الطلبات وكل دفع من هذه الدفوع وكل وجه من أوجه الدفاع الجوهرية أن يكون مسببا. كما يتعين على المحكمة أن تسبب ما تبني عليه حكمها من دفع آثارها من تلقاء نفسها تتعلق بالنظام العام. فإذا لم يسبب الحكم في نقطة فصل فيها، بينما سبب بالنسبة لما فصل فيه في نقطة فصل فيها، بينما سبب بالنسبة لما فصل فيه في نقطة أخرى، كان الحكم عاريا من التسبب في جزء منه وأمكن الطعن فيه استنادا إلى هذا العيب. ما لم تكن المحكمة قد أقامت قضاءها على ما يكفي لحمله من الأسباب

ثالثا: عدم منطقيّة الأسباب (الاستخلاص غير النافع أو فساد الاستدلال):

ويحدث ذلك إذا كانت الأسباب التي بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم. بمعنى ألا تكون الأسباب مقدّمة

¹ Civ.16 mars.1966. Bull.viv.II.No.346.

² Civ.4juin.1964. Bull.civ.II.No.445.

³ Com.28 nov.1966.Bull.civ.III.No.458.

⁴ لم نلص مدني 10 يناير 1979 مجموعة القهر 20 ص 170

منطقية للحكم، ولا يكون الحكم نتيجة ضرورية لما سبق من الأسباب. وهو ما جرت محكمة النقض على تسميته بالاستخلاص غير السائغ أو فساد الاستدلال.

فالأمر هنا لا يتعلق بنقض في عرض الوقائع كما هو الحال بالنسبة لعيب القصور في الأسباب الواقعية. أو يكون الحكم خاليا من الأسباب كلية أو عار من التسبب في جزء منه فيعاب شكلا كما هو الحال بالنسبة لعيب انعدام الأسباب، وإنما عيب الأسباب هنا في كونها رغم ما تضمنه من عرض كامل للوقائع ورغم أنها مستوفاة من حيث الشكل، إلا أنها لا تؤدي منطقيا إلى ما انتهت إليه المحكمة في حكمها.

ولقد قضت في ذلك المحكمة العليا "ولم يبينوا وبأسباب سائغة كيف يمكن قبول المقاصة ورفض التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ العقد مما يعد ذلك قصور في الأسباب مما يعرض قرارهم للنقض".¹

كما قضت "لا بد من أن يذكر القرار الأسس القانونية التي يستند إليها في تأييد الحكم لا أنه لا يكفي مجرد القول بأن الحكم المعاد فيه صائب و يستحق إلغاءه".²

ولما ثبت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما أسسوا قرارهم برفض دعوى الطاعن لتقديمه طلب الاسترجاع طبقا لنص المادة 182 من القانون التجاري بحجة عدم مضي ستة سنوات من اكتساب الطاعن للمحل وهو الدفع المثار تلقائيا من قضاة الموضوع دون مناقشة باقي عناصر الخصام علما أن هذه المادة لا تتعلق إلا بالسكنات الملحقة بالمحلات التجارية، مما يجعل القرار المطعون فيه غير مسبب تسببيا صحيحا³.

كما قضت "ولما كان ثابت. في قضية الحال. أن المجلس القضائي عندما لم يجب على الطلبات المقدمة من طرف الطاعنة فيما يخص تواع العصمة بالإضافة إلى عدم بيان الأساس القانوني المعتمد عليه فيما يخص تخفيض المبلغ يكون بقضائه كما فعل خالف القانون⁴.

كما قضت " لما كانت الأوجه المثارة من الأطراف أمام القضاة تدخل ضمن وسائل الدفاع فإن عدم قيامهم بمناقشتها والرد عليها، يعتبر نقصا في التسبب مستوجبا للنقض".¹

كما قضت " من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يجيب على دفع الأطراف وأغفل الرد على طلباتهم يعد مشوبا بالغموض والقصور في التسبب، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يمنع المجلس الأعلى من استعمال حق الرقابة.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف الذين قضوا بالمصادقة على الحكم المعاد لديهم القاضي بعدم الاختصاص استنادا إلى المادة 7 من ق. إ. م دون مناقشة الدفع المثار من الطاعنين بإخراج البلدية من الخصام واعتبار القضية من اختصاص القضاء العادي ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا حرّموا المجلس الأعلى من استعمال حق الرقابة وشابوا قرارهم بالغموض والقصور في التسبب².

كما قضت "لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن أقام المنشآت المتنازع عليها بحسن نية وفي مراحل مختلفة من حيث الأسعار فإن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والحكم على المطعون ضده بدفعه للطاعن المصاريف التي صرفها على الفيلة محل النزاع اعتمادا على تقويم الإجمالي الذي قدره الخبير دون مراعاة ما تقرضه المادة 785 من (ق. م) فضلا عن أنهم أجابوا على دفع الطاعن بتعيين خبير آخر بجمل مفككة ومتناقضة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وشابوا قرارهم بالقصور في التسبب³.

كما قضت "من المقرر قانونا ، أن عدم الإجابة على طلبات ودفع أحد أطراف الدعوى يساوي انعدام التسبب، من المقرر كذلك أن القرار الذي تبني في تسببه الحكم المستأنف دون الإجابة على ما ورد في عريضة الاستئناف يكون قاصرا على البيان.

¹ الظعن رقم الملف: 101094 بتاريخ 93.06.09

² المجلة القضائية العدد 4/1990 ملف : 45662 بتاريخ 1988/10/12

³ المجلة القضائية العدد 3/1990 ملف 48167 بتاريخ 1988/10/26

¹ ملف رقم 119127 قرار بتاريخ 1995/1/25

² ملف رقم 103458 قرار بتاريخ 1994/04/20

³ ملف رقم 103458 قرار بتاريخ 1994/04/20

⁴ ملف رقم 44852 قرار بتاريخ 1987/04/06

ولما كان ثابتاً من بيانات القرار المطعون فيه أو الطلبات التي تضمنتها عريضة الاستئناف

المقدمة من المدعي تهدف إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء له بقبول طلبه والتمسك بان الشركة المطعون ضدها لن تقدم أي تبرير قانوني تأييداً لتأكيداتها حول ارتكابه خطأ يبرر فصله عن العمل وأن له شهود يمكنهم الإدلاء بشهادتهم لتأكيد أقواله و فإن المجلس القضائي بتأييده للحكم الراض لطب الطاعن بإعادته إلى عمله مع أداء كافة أجوره المستحقة له خلال فترة العمل و اكتفائه في تسبب قراره بأن الحكم جاء صائباً وسليماً وأن قاضي الدرجة الأولى قدر وقائع الدعوى جيداً، لم تعطي لقراره أسباباً ذاتية ما قضى به وبذلك لم يكن هذا القرار مستوفياً للشروط القانونية المطلوبة¹.

كما قضت "من المقرر قانوناً، أن القرار الذي لا يستحب في تسببه لطلبات أو دفوع أحد أطراف الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوباً بعدم التسبب ولما كان ثابتاً في القضية الحال- أن قضاة الاستئناف اقتصرُوا بالإشارة على أن الأوجه التي قدمتها الشركة المستأنفة لم تبين ولم تظهر النقاط، ولم تحصر محضر اجتماع القسم النقابي وعلى أن مديرية العمل ألزمت الشركة بإرجاع المستأنف عليه، فإن هذا التعليل لا يمكن اعتباره جواباً على الأوجه التي لا يمكن رفضها بدون مناقشة، وبالأحرى أنه لا يتجلى من الملف ولا من القرار المطعون فيه أن المجلس القضائي قد أمر بإحضار أي مستند، بما اقتصرُوا تبني مزاعم المستأنف عليه.

ومتى كان الأمر كذلك، أستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الأوجه المثارة من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ²

كما قضت "من المقرر قانوناً أن كل قرار يجب أن يتضمن الإجابة على كافة الطلبات والدفوع المقدمة من أطراف الدعوى دون تفرقة أو تمييز للأوجه المستظهر بها لتأييد طلب أو دفع ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يجعله مشوباً بعدم التسبب الكاف وانعدم الأساس القانوني .

¹ مجلة القضائية /1/ 1990/ملف 34961 بتاريخ 1984/05/07

² مجلة القضائية /1/ 1990/ملف رقم 31469 قرار بتاريخ 1984 /05 /21

ولما كان ثابتاً في قضية الحال- أن المدعيتين طلبتا طرد المطعون ضدها من سكن لهما، سلم لها على سبيل الإعادة لتمكينها من تزوج ابنها غير أنها ظلت محتفظة بالسكن زاعمة أنه مؤجر إلى زوجها المغترب بفرنسا الذي دفع كراء عدة شهور بهذا البلد دون تسلمه وصل إيجار وهذا خلافاً لما تتمسك به المدعيتان بإنكار وجود علاقة إيجار، فإن المجلس القضائي بتأييده الحكم الراض لطلب استصدار حكم بطرد المدعية عليها من السكن، بسبب عدم تقديم حجة على أن هذا التسليم كان على أساس الإعارة، كان قراره مشوباً بعدم التسبب وانعدم الأساس القانونية¹.

كما قضت " من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا يستحب لما قدم من أدلة وما أبدى من طلبات فإن القرار يكون مشوباً بعدم التعليل الكافي وبالقصور في التسبب . ولما كان ثابتاً في قضية الحال- أن المجلس القضائي بإبطال الشفعة دون المطالبة بها وتعيين خبير بالقيام بمحضر التركة وتقسيمها يكون قد تجاوز سلطته وعرض قراره لعدم التعليل الكافي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

كما قضت "من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى و ما أبدى من طلبات ودفوع أطرافها فإن هذا القرار يكون مشوباً بالقصور في التسبب.

وأما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الغوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بإعادة العامل إلى عمله مع أدائه كافة أجوره منذ فصله ومن جديد قضى برفض الدعوى دون تبيان الأسباب الكافية لذلك بتحديد صحة مشروعية الفصل من العمل دون أن توضح أي نظام تأديبي يخضع له هذا العامل حتى يتمكن المجلس الأعلى من تحقيق ما إذا كان هذا العامل فصل وفقاً لأحكام النظام الداخلي للمؤسسة فإنهم بقضائهم كما فعلوا كان قرارهم مشوب بالقصور في التسبب³.

كما قضت "من المقرر قانوناً، أن القرار الذي لا يستحب فيه في تسببه إلى طلبات أو دفوع أحد أطراف الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوباً بانعدام التسبب.

¹ مجلة القضائية /1/ 1990/ملف 35780 بتاريخ 1984 /11/26

² ملف 58037 بتاريخ 1990/01/08 ص 66

³ الظعن ملف رقم 39182 قرار بتاريخ 1985/06/24

ملف الدعوى:

لما كان ملف الدعوى يشتمل على مسودة الحكم، ووثائق الخصوم فيتم حفظه في أرشيف الجهة القضائية.

ويمكن للخصوم استعادة الوثائق المملوكة لهم، بناء على طلبهم مقابل وصل بالاستلام. وإذا كان غلاف الملف يحتوي منطوق الحكم وأسبابه ومسودته كان بذلك لا يعني على كتابة نسخة الحكم الأصلية التي يوجب القانون أن تشتمل على بيانات خاصة كثيرة ذكرها، فقد أوجب المشرع في المادة 278 أن يوقع على أصل الحكم، الرئيس وأمين الضبط والقاضي المقرر عند الاقتضاء، ويحفظ أصل الحكم في أرشيف الجهة القضائية. فإذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره، أو أمين الضبط، يعين رئيس الجهة القضائية المعنية بموجب أمر، قاضيا آخر و/ أو أمين ضبط آخر ليقوم بذلك بدله.

مخالفة ترتيب بيانات الحكم لا تبطله:

ويلاحظ أن الترتيب الوارد في المادة 276 بشأن البيانات الواجب تدوينها في الحكم، ليس ترتيبيا حتميا يترتب على الإخلال به البطلان. فيجوز أن تورد المحكمة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استند إليها الخصوم في ثنايا أسباب الحكم التي تكفلت بالرد عليها¹. كما لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه يقع فعلا مراعاة القواعد القانونية وهو منصت عليه المادة 283.

1- صورة بسيطة تعطي لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن في الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق. وتبدو فائدة هذه الصورة في كونها دليل رسمي على وجود الحكم².
2- صورة تنفيذية، أي الصورة المذيلة بالصيغة التنفيذية. ولا تسلم هذه الصورة إلا للخصم الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم، ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائز تنفيذه (م 281).

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أم قضاة الاستئناف بدل مناقشتهم الدفع بضرورة تعدد المساكن بسبب الوظيفة أو المهنة ووجود أو عدم وجود مغادرة المكنة، الغوا محضر المعاينة و الاستجواب و الحال أن هذا المحضر مبني على أمر أصدره رئيس المحكمة، وأن المادة 9 من المرسوم 63-65 المؤرخ في 18 فبراير 1963، لا تشترط بشأن الأمر بالرجوع إلى المحل أن يكون المحضر مبنا على أمر من رئيس المحكمة فأنهم بقضائهم هذا خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه لعدم تسبب قرارهم كافيا. ومتى كان الأمر كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

كما قضت " متى كان من المقرر قانونا أنه إذا وجد تناقضا بين حيثيات القرار ومنطوقه فإن هذا القرار يكون مشويا بانعدام التسبب و التناقض.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه يشير في حيثياته إلى تاريخ سريان النفقة ورفعها بالنسبة للبتين وللم و في منطوقه يصرح بالمصادقة على الحكم المستأنف برفع مبلغ التعويض فقط و عليه فإن هذا القرار يكون مشويا بالتناقض².

كما قضت "ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع عندما لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوج وما هو ملك للزوجة حتى يستطيع تطبيق القواعد الشرعية في هذا المجال ولما لم يبينوا طبيعة المنزل المتنازل عليه خالفوا القانون³.

كما قضت "حيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا بما فيه الكفاية الطريقة التي وصلوا بها إلى منح المطعون ضده القطعة الأرضية المسماة "طبة برقوقة" ذات المساحة هكتار الواحد و 98 مما يجعل قرارهم مشوبا بالقصور في التسبب⁴.

كما قضت " ولكن وحيث أنه بالرجوع إلى قراءة القرار المطعون فيه والى الوثائق والمستندات والأحكام والقرارات يتبين من كل ذلك أن قضاة الموضوع أشاروا إلى أنهم درسوا بعمق كل هذه الوثائق من فريضة وخبرة وطلبات بدأ من يوم تسجيل الدعوى الى غاية القرار النهائي فيها⁵.

¹ مجلة القضائية العدد الأول ملف رقم 31290 قرار بتاريخ 1984/05/21

² ملف رقم 26856 قرار بتاريخ 1989/12/25

³ ملف رقم 35474 قرار بتاريخ 1998/01/04

⁴ ملف رقم 180808 قرار بتاريخ 1996/11/10

⁵ رقم الملف 101109 قرار بتاريخ 1993/06/09

¹ نقض مدني 31 ديسمبر 1964 مجموعة النقض 15 ص 1288 ف 156

² السرقاري بند 374- أم الوفا 550 ص 736 العشاوي ج 2 بند 1024

3 ولا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حالة ضياع الصورة الأولى، وتحكم المحكمة التي أصدرت الحكم في المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياع الأولى بناء على عريضة تعلن عن طريق أحد الخصوم إلى خصمه الآخر (م 282).

آثار الأحكام

تقوية الحقوق وتدعيمها

يفرق الفقه¹ من حيث تحديد الوقت الذي يبدأ عنده أثر الحكم بين الأحكام المقررة للحقوق، والأحكام المنشئة لها، ويعرف الفقه الأحكام المقررة بأنها الأحكام التي لا تخلق حقا جديدا للخصوم وإنما تقرر حقا كان موجودا قبل صدورها. فإذا قضت المحكمة في نزاع على ملكية عقار بملكية المدعى، فهذا الحكم لا ينشئ ملكية جديدة للمدعى وإنما يقرر ملكيته للعقار دون المدعى عليه، وهذه الملكية كانت موجودة قبل صدور الحكم، غاية الأمر أنها كانت محل منازعة بين المدعى والمدعى عليه فحسم الحكم النزاع لصالح المدعى. فإذا صدر الحكم برفض دعوى المدعى، فإنه يقرر أيضا حالة قانونية موجودة قبل صدوره وهي انعدام حق المدعى في الملكية.

أما الأحكام المنشئة للحق، فيعرفها الفقه بأنها تلك التي تخلق أو تنشئ حالة قانونية جديدة لم تكن موجودة قبل صدور الحكم، كالحكم بالطلاق أو بشهر الإفلاس أو بتوقيع الحجز أو بتعيين حارس أو برسو المزداد.

ويترتب الفقه على هذه التفرقة أن الأحكام المنشئة لا تقوم آثارها إلا من وقت صدور الحكم، بينما يريد أثر الأحكام المقررة إلى وقت سابق على

تفسير الحكم

تفسير الحكم أجاز القانون للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام. ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متما من كل الوجوه

للحكم الذي يفسره ويسري على هذا الحكم القواعد الخاصة لطرق الطعن العادية وغير العادية (م 285). فإذا كان الحكم الأصلي مثلا لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف لحق ذلك بالحكم الصادر بتفسيره.

وطلب الرجوع إلى المحكمة لتفسير ما قضت به، غير محدد بموعد يسقط بانقضائه الحق في تقديمه¹. ولا يحول قبول الخصم للحكم دون طلب تفسيره.

وإنما يشترط حتى يمكن الرجوع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أن يكون الطلب بتفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو إبهام. فإذا كان قضاء الحكم لا يشوبه غموض أو إبهام فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء، حتى لا يكون التفسير تريعة للرجوع عنه والمساس بحجيته. وإنما يكون السبيل إلى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد بإحدى طرق الطعن المقابل لها².

ولقد قضت المحكمة العليا³ "إن الغموض الذي يكتنف الأحكام القضائية يجوز رفعه عن طريق دعوى تفسيرية تختص بها الجهة القضائية التي أصدرته دون غيرها. ولما قامت المحكمة المدنية بتفسير حكم جزائي في شقه المدني، يعتبر حكمها غير سليم ومخالفا للقانون يستوجب معه نقض القرار الذي أيده وإبطاله دون إحالة.

وحيث أن الحكم إذا احتوى على غموض فلا يمكن رفع هذا الغموض عن طريق تفسيره إلا من طرف المحكمة نفسها التي أصدرته، ومن ثم فإن تفسيرها حكم جزائي في شقه المدني من طرف المحكمة المدنية يعتبر مخالفا للقانون لكون هذه الأخيرة غير مختصة ويتعين لذلك نقض القرار المنتقد الذي أيدها غير سليم وبإستطاعة المطعون ضدهما أن يدهبا مباشرة إلى تفسير الحكم الغامض من طرف المحكمة المختصة، وعملا بالمادة 269 من قانون الإجراءات المدنية فإن المجلس الأعلى ينقض القرار دون إحالة⁴.

كما قضت⁵ متى كان من المستقر عليه قضاء أن الدعوى التفسيرية تقام أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المراد تفسيره فإنه ينبغي على القضاء المدني أن يصرح بعدم اختصاصه في الدعوى التفسيرية لحكم جزائي⁶.

¹ نص مدني 28 ديسمبر 1965 مجموعة النقص 16 ص 1339 ق 210

² نص مدني 28 ديسمبر 1965. سابقة الإشارة إليه

³ لجنة التصانيف 1989 ص 41 ملحق 30985 بتاريخ 1984/01/04

⁴ ملحق رقم 73195 قرار بتاريخ 91/05/13

⁵ أبو حيف ص 1108 - عبد الفتاح السيد ص 98 محمد حامد فهمي ص 641 و 642. مهدي سيف. ص 525 العبدوي.

⁶ ص 1111 أبو الوفاء ص 559 الشرفاوي. ص 376

كما قضت "من الثابت أنه" لا يمكن تعديل منطوق حكم نهائي على أثر دعوى تفسيرية. ولما ثبت -من قضية الحال- أن قضاة الاستئناف عدلوا منطوق الحكم الصادر عن محكمة مستغانم في 16 جوان 1992 وذلك بإضافة عبارة" وكل وليس إلى تغييره. مما يجعل القرار منعدم الأساس قانوني"¹.

تصحيح الحكم:

تصحيح الحكم فقد أجاز القانون للمحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية²، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مراعاة. ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو رئيس الجلسة (م 1/286). فالتصحيح تختص بإجراءاته المحكمة التي أصدرت الحكم. فلا يصح بذاته سببا للطعن في الحكم. وإنما يلاحظ أنه إذا طعن في الحكم لغير الخطأ المادي فإن المحكمة التي أصدرته تفقد الحق في تصحيحه³. ويتعين أن يكون التصحيح من واقع العناصر الثابتة في الحكم⁴.

يقدم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية، بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهما، وفقا للأشكال المقررة في رفع الدعوى، ويمكن للنيابة العامة تقديم هذا الطلب، لاسيما إذا تبين لها. أن الخطأ المادي يعود إلى مرفق العدالة. يفصل في طلب التصحيح بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور.

يؤشر بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح وعلى النسخ المستخرجة منه، ويبلغ الخصوم المعنيون بحكم التصحيح.

عندما يصبح الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء المقضي به، فلا يمكن الطعن في الحكم القاضي بالتصحيح إلا عن طريق الطعن بالنقض

¹قرار رقم 162757 بتاريخ 17/03/1998 ص 163

² سواء وقع الخطأ في منطوق الحكم أو في أسبابه. وقد كان التصحيح في ظل القانون الملغى يقتصر على ما يقع من أخطاء في

منطوق الحكم المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد

³ أبو الوفا ص 745

⁴محمد كمال عبد العزير تفنيد المرافعات المادة 191

ولقد قضت المحكمة العليا "متى أجاز القانون للطرف الذي يعينه الأمر أن يرفع طعنا المجلس الأعلى لتصحيح خطأ مادي يكون قد شاب حكما صادرا عنه حضوريا ومن شأنه التأثير عليه فإن طلب التصحيح المذكور لا يكون مقبولا إلا بتوافر شرطين رئيسيين في الخطأ المادي الذي لا يؤخذ بعين الاعتبار قضاء إلا باستيفانهما ارتباطه بالوقائع المحضنة وإسناده إلى القاضي.

ومن ثمة وجب اعتبار طلب تصحيح خطأ مادي لم يقدم صاحبه بشأنه ما يفيد استيفاء الشرطين المذكورين طلبا غير مؤسس ويستوجب الرفض.

عن طلب التصحيح حيث أن المادة 294 من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه إذا أصدر المجلس الأعلى حكما حضوريا مشوبا بخطأ مادي من شأنه التأثير على الحكم الصادر في الدعوى جاز للخصم المعني أن يرفع طعنا أمامه لتصحيح هذا الخطأ المادي. حيث أن الخطأ المادي وحسبما هو ثابت ومعمول به قضائيا لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا استوفى شرطين رئيسيين هما أن يكون مرتبنا بالوقائع المحضنة وأن يسند إلى القاضي"¹.

- ضرورة القضاء المستعجل¹ وماهيته:

راعي المشرع أن هناك مسائل لا تتحمل بطبيعتها وعلى ضوء الظروف الملازمة لها التأخير، الأمر الذي يقتضي إسعاف الخصوم بإجراءات سريعة، حتى لا تضار مصالحهم ضرراً بالغاً إذا ما لجئوا بشأنها إلى القضاء العادي بأسلوبه الإجرائي البطيء وانتظروا حتى يظفر صاحب الحق منهم بحكم يصدر بعد تروي وأناة يمحص حجة كل طرف ويزن كل دليل سعياً لكشف الحقيقة في خضم الجدل المحتكم بين الخصوم وكيد بعضهم بعضاً، ثم انتظروا ثانية نتيجة الطعن فيه بالاستئناف حتى يصير الحكم سنداً يمكن التنفيذ جبراً بمقتضاه. فإذا حان وقت التنفيذ، بعد سنوات من المطالبة بالحق، لم يصادف الحكم محلاً لصدوره بعد فوات الأوان، ويتمخض في يد من صدر لصالحه عن مجرد ورقة تؤكد حقاً بأن من العسير الحصول عليه بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو يحمي مصلحة له أهدرت وصار من المستحيل تداركها، كتلف المال المطلوب تعيين حارس عليه أو تهتم مبنى كان المطلوب سرعة ترميمه حفاظاً له من السقوط أو موت شاهد كان المطلوب سرعة سماع شهادته لتدهور صحته².

لذلك نظم المشرع إلى جانب القضاء العادي (الذي يصدر أحكاماً)

فالقاضي المستعجل نظمه المشرع لتعاشي ما يصيب مصالح أصحاب الشأن من ضرر نتيجة مرور الزمن³ لذلك لا يلجأ إليه إلا إذا توافر استعجال يبرر السعي إليه قبل الفصل في موضوع الدعوى، ولا يطلب منه إلا اتخاذ إجراء مؤقت. هذا الإجراء ليس مجرد إجراء

¹ عرف القضاء المستعجل في فرنسا في القرن السابع عشر، وابتدعه القضاء الفرنسي لمواجهة الحاجات العملية كعلاج لبطء القضاء الموضوعي. ومنذ أن قس المشرع الفرنسي في مجموعة 1806 هذا النظام حتى أخذ يتطور من حيث اتساع نطاقه في المسائل التجارية والزراعية والمالية، بل شمل هذا التطور وظيفته، فلم يعد اللجوء إلى القضاء المستعجل مرتبطاً بوجود طلب معروف على القضاء الموضوعي بالفعل، بل يمكن اللجوء إليه قبل أن ينزج النزاع الذي سيطرح فيما بعد على القضاء الموضوعي وذلك في طلبات إعداد الدليل كطلب سماع شاهد يخشى موته أو سفره الطويل. وينتج عن المشرع الفرنسي إلى تقوية اختصاص القاضي المستعجل باسناد ما أصبح يسمى بالاستعجال في الموضوع إلى هذا القاضي المستعجل باسناد ما أصبح يسمى بالاستعجال في الموضوع إلى هذا القاضي كالحكم بالسفح إذا تيقن من وجود الشرط الفاسخ الصريح (عزمي عبد الفتاح ص 22)

² أحمد السيد صاوي ص 319، 320. وانظر كذلك في نفس المعنى، العسماوي-1 ص 241، 242. وكذلك ونزي سيف ص

تحفظي وإنما هو إجراء يشف عن حماية ظاهرة لأحد خصمي لدعوى نون الآخر، ولذلك فإن الحكم الذي يصدر منه يكون حكماً مؤقتاً لا يمس أصل الحق ولا تكون له حجية الشيء المحكوم به بالنسبة له، لأن القضاء المستعجل لا يقوم على فكرة العدالة الكاملة وإنما هو ينهض على أساس فكرة الحماية العاجلة التي لا تهدر حقاً ولا تكسبه¹.

إن القضاء المستعجل، أو الوقتي، لا يحقق الحماية الكاملة التي يمنحها القضاء الموضوعي -أو العادي، وإنما يقدم حماية عاجلة سريعة، في صورة حلول تحويطه أي تدابير تتخذ تحوطاً للمستقبل أو تمنح مؤقتاً حماية احتياطية أو بديلة للحماية القضائية العادية²، فمهمة القضاء المستعجل مهمة وقتية وقائية، وليست علاجية، يميلها حسن سير العدالة التي تأتي أن يضيع حق بسبب بطء القضاء العادي³.

شروط اختصاص القضاء المستعجل:

1- الاستعجال:

هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيد⁴.

فيجب أن يوجد خوف من احتمال وقوع ضرر بالحق الموضوعي -على فرض وجود هذا الحق- إذا لم يحصل المدعى على الحماية الوقتية المطلوبة⁵، أي أن يكون هناك خطر حال يهدد الحق بالضيق أو الانتفاص منه نهائياً إذا لم يتخذ تدبير وقتي بدرء هذا الخطر، وهذا يعني خطر التأخير في حماية الحق⁶، أي خطر فوات الحماية العملية بسبب تأخيرها⁷.

¹ انظر أمينة النمر - مناط الإختصاص والحكم - ص 18.

² أنظر إبراهيم سعد ص 327.

³ بشأن القاضي المستعجل في ذلك شأن رجل الإسعاف في مهمته مجال العمل الطبي، حيث لا بدخل في اختصاصه تشخيص مرض أو وصف علاج وإنما تقتصر على اتخاذ التدابير الطبية الوقائية - لا العلاجية - كتنسيب الجروح ووقف النزيف وعدم مضاعفة الكسور حتى لا يتفاقم الأمر ويستفحل الخطر إذا لم يسعف المصاب، فتعتمد بعد ذلك جلوى العلاج أو نقل قاتده (أحمد السيد صاوي ص 320).

⁴ محمد علي والي - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة الثالثة 1952 ص 67

⁵ أنظر فتحي والي - ص 144.

⁶ وجددي واغب - مبادئ القضاء المدني 1986 - ص 257.

⁷ وجددي واغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات - مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية السنة 15 عدد 1 ص

246 وبعدها. و يشير في ذلك المعنى إلى أحكام قضاء: نقض 1948/1/15، 1950/11/23، 1955/1/20 - مجموعة القواعد جزء 2

أي أنه يجب أن تكون بصدد "خطر حال" الخشية أو الخوف من فوات الوقت يجب أن تكون خشية حالة" فالحاجة للحماية بواسطة القضاء المستعجل يجب أن تكون حاجة حالة وليست محتملة، أما الضرر الذي يخشى وقوعه فهو ضرر محتمل على أن يكون وشيك الوقوع، فإذا كان احتمال وقوعه مجرد احتمال بعيد فإنه الخشية منه لا تكون حالة ولا يكون هناك حاجة للحماية على الحماية الوقائية، المستعجلة كما يجب ألا يكون الحكم الموضوعي المحتمل كافياً لإزالة هذا الضرر¹. فالاستعجال يقوم حيث تكون بصدد خطر عاجل مع احتمال وقوع ضرر نهائي². ومن أمثلة ذلك أيضاً اشكالات التنفيذ الوقائية، التي تقدم لرئيس المحكمة لوقف التنفيذ (المادة 632 إجراءات مدنية³) ودعوى عدم الاعتداد بالحجز (المادة 351 إجراءات مدنية) حيث يجوز لقاضي التنفيذ أن يحكم بصفة مستعجلة في مواجهة الحاجز بإذن للمحجوز عليه في قبض دينه من المحجوز لديه رغم الحجز، في بعض الحالات⁴، وأيضاً طلب الإيداع و التخصيص (المادة 303 إجراءات مدنية) وطلب قصر الحجز (المادة 304)⁵، وكذلك طلب النفقة الوقائية وطلب طرد الغاضب، على ما أوضحنا في التطبيقات القضائية.

ص 893 رقم 5. ص 894 رقم 6، ص 895 رقم 8. ونقض 1964/3/14 إمامة السنة 43 ص 426، ونقض 1966/1/18، 142.

والموسكى الجزية في 3، 11، 1930 إمامة 11 ص 980 - ص 247 هامش 208.

¹ انظر بالتفصيل فنجي زلي ص 130، 131.

² انظر وجدي رابع - نحو فكرة عامة للقضاء الوقي - مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية السنة 15 عدد 1 ص 236 و بعدها المادة 632 ترفع دعوى الإشكال في التنفيذ من طرف المستفيد من السند التنفيذي أو المنفذ عليه أو الغير الذي له مصلحة، بحضور المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ.

في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف، يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة، عن طريق دعوى

استعجالية من ساعة إلى ساعة وتكليف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس

توقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة

⁴ إذا وقع الحجز بغير سند تنفيذي أو حكم أو أمر. أو إذا لم يبلغ الحجز إلى المحجوز عليه في الميعاد المنصوص عليه في المادة 332 أو إذا

لم ترفع الدعوى بصفة الحجز في الميعاد المنصوص عليه في المادة 333، وإذا كان قد حصل الإيداع و التخصيص طبقاً للمادة 302

⁵ نص المادة 303 على أنه يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضي التنفيذ في أية حالة تكون عليها الإجراءات تحديده مبلغ

يودعه خزائن المحكمة على ذمة الوفاء للحاجر، و يترتب على هذا الإيداع زوال الحجز على الأموال المحجوزة و انتقاله إلى المبلغ المدع

أما إذا انتفى الاستعجال فيجب الالتجاء إلى القضاء الموضوعي. فالاستعجال هو المبرر الوحيد للقضاء المستعجل. الوقي-وبدونه ينبغي أن يلجأ صاحب الحق للطريق العادي للحماية القضائية، أي للقضاء الموضوعي¹.

ولا تكون الدعوى مستعجلة بمجرد إرادة أطرافها أو رغبتهم في الحصول على قضاء مستعجل في شأنها²، فالاستعجال لا يتحدد بمعيار شخصي ولكنه يتحدد بمعيار موضوعي، إذ العبرة هي بطبيعة المنازعة³. فالمحكمة المستعجلة التي ترفع إليها الدعوى هي التي تقدر مدى توافر الاستعجال في الحالة المعروضة، على أساس الظروف الموضوعية المحيطة بالدعوى⁴.

هذا هو شرط الاستعجال، الذي يعتبر أهم شروط اختصاص القضاء المستعجل. ويجب توافر هذا الشرط عند رفع الدعوى المستعجلة، أو يستمر هذا الشرط قائماً حتى صدور الحكم. فإذا وجدت المحكمة أن الحق لم يعد مهدداً بخطر فإنها تقضي فيه من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها، إذ هي مسألة تتعلق بالاختصاص النوعي وهو من النظام العام⁵ على أن التراخي في رفع الدعوى المستعجلة لا ينفي عنها وصف الاستعجال، طالما تبين للقاضي من ظروف الدعوى أن الخطر مازال قائماً رغم هذا التأخير، فقد يكون السبب في هذا التأخير رغبة الخصم في الحصول على حل ودي أو صلح، ثم لما تبين له عدم جدوى الانتظار وأنه لا فائدة للتجأ إلى القضاء المستعجل⁶. وإذا انتفى الاستعجال في أية مرحلة تكون عليها الإجراءات فإنه يمكن التمسك بعدم اختصاص

وتنص المادة 304 على أنه إذا كانت قيمة الحق المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوز عليها، جاز للمدين أن يطلب من قاضي التنفيذ الحكم بصفة مستعجلة بقصر الحجز على بعض هذه الأموال و يكون ذلك بدعوى ترفع وفقاً للإجراءات المعتادة و يختصم فيها الدائنين المحجورون. انظر عزيمي عبد الفتاح ص 367، 368، وانظر كذلك فنجي زلي ص 129، ورمزي سيف ص 242 وبعدها

¹ وجدي رابع ص 257.

² أحمد ماهر زغلول ص 576. و انظر نقض 1978/11/8 - طعن رقم 1434 لسنة 47 ق - السنة 29 ص 1713.

³ انظر عزيمي عبد الفتاح ص 368، 369.

⁴ وجدي رابع ص 258، وانظر بالتفصيل أمينة النسر ص 58 و بعدها

⁵ انظر عزيمي عبد الفتاح ص 369، و أحمد ماهر زغلول ص 592، 593.

⁶ انظر أمينة النسر ص 101 و بعدها.

القضاء. فيجب توافر الاستعجال وقت رفع الدعوى المستعجلة وعند نظرها من المحكمة المستعجلة في أول درجة وأمام المجلس في الاستئناف إذا طعن في الحكم¹.

2- أن يكون المطلوب إجراء وقتيا لا يتضمن مساسا بأصل الحق:

الحماية المستعجلة هي في أساسها حماية وقتية ترمي إلى شل الخطر وتلافي وقوع الضرر أو وقفه عند الحدود التي بلغها والحيلولة دون تفاقمه واستفادته لآثاره. وإذ تبذل هذه الحماية في ظرف عجلة وسرعة ويتوقف نجاحها على سرعة تليتها بمنحها قبل وقوع الإضرار أو قبل تفاقم آثارها، فإنه لن يكون أمام القضاء المستعجل متسع من وقت يسمح له بأي يبحث في أصل الحقوق المراد حمايتها وأن يفصل فيها. ولذلك فإن القاعدة المعتمدة تحظر على القضاء المستعجل الفصل في أصل الحقوق أو المساس بها².

لهذا يتعين أن يكون المطلوب في الدعوى المستعجلة مجرد الحكم بإجراء مؤقت يحمي مصلحة رافعها وليس الفصل في أصل الحق المتنازع عليه بينه وبين المدعى عليه، لأن ذلك يخرج عن نطاق اختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي تقتصر سلطته على الحكم في الإجراء الوقتي مع بقاء أصل الحق يناضل فيه ذوي الشأن لدى محكمة الموضوع³.

فالقاضي المستعجل يجب أن "يحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق" (المادة 303 إجراءات مدنية⁴)، هذا قيد أساسي على سلطته وليس له أن يتحلل منه، فإذا كان القرار من شأنه أن يمس بأصل الحق كانت المسألة خارجة عن اختصاص القاضي المستعجل، وإذا كان القاضي عند اتخاذ القرار قد تناول موضوع الدعوى وفصل فيه فإنه يكون متجاوزا حدود سلطته⁵.

ويقصد بأصل الحقوق كل ما يتعلق بها وجودا وعلما، فيدخل في ذلك ما يمس صحتها أو يؤثر في كيانها أو يغير فيها أو في الآثار القانونية التي رتبها لها القانون أو التي قصدها العقادان¹. فيجب على القاضي المستعجل ألا يمس بأصل الحق، بمعنى ألا يفصل في الحق سواء في منطوق حكمه أو في أسباب الحكم المكمل للمنطوق، كما يتمتع عليه أن يلغي أو يعدل في حكم موضوعي صدر في شأن النزاع أو أن يعدل أو يلغي آثار هذا الحكم.

كذلك يتمتع على القاضي المستعجل ألا يمس بأصل الحق، بمعنى ألا يفصل في الحق سواء في منطوق حكمه أو في أسباب الحكم المكمل للمنطوق، كما يتمتع عليه أن يلغي أو يعدل في حكم موضوعي صدر في شأن النزاع أو أن يعدل أو يلغي آثار هذا الحكم، كذلك يتمتع على القاضي المستعجل أن يلغي أو يعدل مراكز قانونية ثابتة أو أن يلغي أو يعدل في آثار تلك المراكز، بجانب أنه يتمتع عليه بناء حكمه على اعتبارات تتصل بأصل الحق².

معنى ذلك أن القاضي المستعجل لا يطلب منه إلا إجراءات وقتية، تحفظية أو معجلة³، وهو يصدر حكمه بناء على رأى ظني بعد نظرة سطحية للمستندات، أما قاضي الموضوع فتقدم إليه طلبات موضوعية للحصول على حكم موضوعي في الدعوى، مثل تقرير الحق أو إلزام المدعى عليه بأداء معين يستحقه كالتعويض أو التغيير مركزه الموضوعي كدعوى فسخ عقد أو إبطاله، وهو يصدر حكمه بناء على رأى يقيني يصل إليه بعد تحقيق كاف وبحث عميق للمستندات وأدلة الدعوى⁴.

ويلاحظ أن منع قاضي الأمور المستعجلة من التعرض لأصل الحق يقتضي أيضا منعه من فحص المستندات المتعلقة بأصل الحق وبحثها وبناء حكمه على أسباب تتعلق بأصل

¹ استئناف مختلط في 1912/3/29 المجموعة 25 ص 264، وفي 1915/5/5 المجموعة 27 ص 212، وفي 1924/1/30 المجازيت مايو 1925 ص 136 رقم 223، لدى محمد علي راتب، قضاء الأمور المستعجلة ص 83.

² انظر ذلك بالتفصيل - أمينة النمر - ص 128 وبعدها، وكذلك عبد المنعم جيره ص 234.

³ الإجراءات التحفظية مضمونها المحافظة على وسائل الحصول على الحق مستقبلا ومثلها طلب الحراسة أو إثبات الحالة أو سماح شاهد، أما الإجراءات المعجلة فمضمونها اشباع فوري لمصلحة الطالب يتخذ صورة تحقيق مؤقت للحق الذي يتمسك به، ومثلها النفقة الوقفية وتسليم المستاجر العين المؤجرة بصفة مؤقتة ووقف الأعمال الجديدة ووقف تنفيذ قرار فصل عامل... (وحددي وراغب ص 256)

⁴ انظر وحددي وراغب ص 259.

¹ انظر بالتفصيل أمينة النمر ص 103 وبعدها.

² أحمد ماهر إغلول ص 579.

³ أحمد السيد صاوي، ص 327.

⁴ المادة 303. لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق. وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدورها ورغم كل طرق الطعن كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل.

⁵ حالة الاستعجال التصوري. يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله.

⁶ انظر العثماني - 1 - ص 274، 275.

الحق، أي أنه يتمتع على القضاء المستعجل المساس بالحق ولو بطريق غير مباشر. فإذا بنى القاضي حكمه المستعجل على اعتبارات تتصل بأصل الحق فإنه يكون قد خالف القانون.

إن القضاء المستعجل لا يختص إلا بالتدابير الوقائية، ويجب عليه ألا يتعرض لأصل الحق. وهذا هو الشرط الثاني لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وإذا تخلف هذا الشرط رغم توافر شرط الاستعجال فإن القضاء يستأهل حماية القضاء المستعجل¹.

وقاضي الأمور المستعجلة هو الذي يقدر مؤقتاً - مبلغ الجدل في المنازعة التي يثيرها المدعى عليه، فإذا استبان له عدم جديتها فإنه يكون مختصاً بالإجراء المطلوب².

هذا هو الاختصاص بالدعوى المستعجلة، وهو اختصاص نوعي، إذ هو مقرر لمحكمة الأمور المستعجلة أو للمحكمة الجزئية أو لقاضي التنفيذ - بصفة أصلية، أو لمحكمة الموضوع - ابتدائية كانت أم جزئية - بصفة فرعية، بصرف النظر عن قيمة الدعوى المستعجلة أو قيمة الدعوى الموضوعية التي تخدمها أو عن عدم قابلية أي من الدعويين للتقدير³.

الاستعجال

يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة. يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلاً لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد.

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح. وهذا طبقاً للمادة 426.

وهو أيضاً يقوم بإنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت، من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية

يتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي الصادر وفقاً للمادة 453 أعلاه، من طرف الخصم الذي يهمله التعجيل إلى باقي الخصوم خلال ثلاثين 30 يوماً من تاريخ النطق به، تحت طائلة سقوط الأمر¹.

تقدم الطلبات المشار إليها في المادة 453، حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية.

ينظر في الطلبات ويفصل فيها في غرفة المشورة، بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحامي الخصوم في ملاحظاتهم عند الاقتضاء.

ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأسرة وفي حالة الاستعجال يفصل في الدعوى وفقاً للإجراءات الاستعجالية.

يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الاستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لاسيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة.

يمكن لرئيس القسم الاجتماعي أن يأمر استعجالياً باتخاذ كل الإجراءات المؤقتة أو التحفظية الرامية إلى وقف كل تصرف من شأنه أن يعرقل حرية العمل

تكون الأوامر الصادرة عن رئيس القسم الاجتماعي قابلة للاستئناف ليس للاستئناف أثر موقوف.

يجوز تقديم طلب التنفيذ الفوري إلى رئيس القسم الاجتماعي في الحاليتين الآتيتين:

- 1- حالة الامتناع عن تنفيذ اتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف.
- 2- حالة الامتناع عن التنفيذ الكلي أو الجزئي للاتفاق الجماعي للعمل، يكون فيه ممثلو العمال طرفاً، وواحد أو أكثر من أصحاب العمل².

¹ ربي 1951/12/20 - الطعن رقم 243 لسنة 20 ق، لدى أحمد ماهر زغلول ص 589.

² ومثال المنازعة الجديدة تلك التي تلزم قاضي الأمور المستعجلة فحص مسألة الملكية قبل أن يبت في الإدعاء المطروح منه اتخاذ

قرارات بشأنه، أو تلزمه بتفسير عقد (عمومي عند الفتح ص 372).

³ فيحي واتي ص 249.

المادة 509: يأمر رئيس القسم الاجتماعي بالتنفيذ الفوري للأمر تحت طائلة غرامة تهديدية طبقاً لما ينص عليه تشريع العمل.

هذا الأمر قابل للتنفيذ بقوة القانون رغم استعمال كل طرق الطعن. ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانوناً أنه:"¹ يحدد القاضي الغرامة التهديدية اليومية في حالة اكتساب الحكم الصيغة التنفيذية"².

إن الحكم المطعون فيه لما قضى بالزام الطاعة بالغرامة التهديدية، فإنه قد خرق أحكام المادة 39 المشار إليها أعلاه، التي تجيز للقاضي أن يحدد الغرامة التهديدية اليومية في حالة اكتساب الحكم الصيغة التنفيذية وبما أن الحكم المطعون لم يكتسب بعد هذه الصيغة خلال نطقه بالغرامة التهديدية، فإنه خالف القانون، مما يتعين نقضه جزئياً¹.

غرامة تهديدية - اختصاص - رئيس القسم الاجتماعي - نعم
إن المادة 37 من القانون 04/90 المؤرخ في 1990/02/06 منحت صراحة الاختصاص لرئيس القسم الاجتماعي للفصل في طلب الغرامة التهديدية وهذا الاختصاص يدخل ضمن الاختصاص النوعي الذي هو من النظام العام.

وبما أن قضاة الاستئناف لم يصرحوا بعدم اختصاص قاض الاستعجال للنظر في طلب الغرامة التهديدية فأنهم اخطئوا في تطبيق القانون².

غرامة تهديدية - سريانها - تاريخ تبليغ الحكم - نعم.

المبدأ: إن امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ الأحكام النهائية في المسائل الاجتماعية تتم معالجته وفقاً لأحكام المواد 34 إلى 36 من القانون 04/90 وأن قاضي الموضوع في المادة الاجتماعية في حالة قبوله الطلب ينحصر اختصاصه في تحديد الغرامة التهديدية وفقاً لشروط المادتين 34 و 35 من نفس القانون³.

القسم الرابع: في صلاحيات رئيس القسم العقاري

المادة 521 يمكن لرئيس القسم العقاري، وحتى في حالة وجود منازعة جدية، أن يتخذ عن طريق الاستعجال التدابير التحفظية اللازمة.

¹ رقم القرار 181284 تاريخ القرار 1999/12/07

² ملف رقم: 240430 قرار بتاريخ 2000/07/11

³ رقم القرار 214908 تاريخ القرار 2001/03/21

إجراءات الدعوى المستعجلة وطبيعة الحكم الصادر فيها:

إذا كان الاختصاص بالدعوى المستعجلة أو الوقتية¹ - يثبت نوعياً لقاضي الأمور المستعجلة وهو قاض جزئي - أو للمحكمة الجزئية، فإن القضاء المستعجل يفصل في تلك الدعاوى بإجراءات مبسطة وخلال مواعيد قصيرة. فالدعوى المستعجلة وإن كانت ترفع بعريضة دعوى عادية، إذا رفعت بصورة أصلية، ويطلب عارض قبل قفل باب المرافعة إذا رفعت بصورة تبعية - وتعلن للخصم وفقاً للقواعد العامة للتكليف بالحضور، إلا أنه يجوز نظرها في أول جلسة حددت لنظرها ولو تخلف المدعى عليه عن الحضور إذا كان تكليفه بالحضور صحيحاً²، كما أن ميعاد الحضور فيها قصير - أربع وعشرين ساعة (بينما هو في الدعاوى المدنية عشرين يوماً وفي الدعاوى الجزئية عشرة أيام) ويجوز في حالة الضرورة القصوى نقض هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه.

وكذلك قصر المشرع ميعاد الاستئناف بالنسبة للأحكام المستعجلة

كذلك فإن هناك إجراءات لا يعمل بها أمام القضاء المستعجل، فلا يجوز تدخل النيابة العامة في الدعاوى المستعجلة، سواء كان تدخلاً وجوبياً أو جوازياً.

¹ جرت المادة على أن يطلق على الطلب المستعجل طلباً وقتياً أو العكس وكأقرب شيء واحد. ولقد سار المشرع على هذا النهج وأصبح يورد التعيين معاً حتى ولو كان المقصود بحكم المادة أحد الطرفين دون الآخر - كما في المواد 49، 52، 151، 378 مرفعات. على أن البعض (أمانة السر ص 116 وبعدها) يرى أن الطلب الوقتي وإن كان يشترك مع الطلب المستعجل في أن كلا منهما يقصد به اتخاذ إجراء وقتي أو تحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً إلا أن الطلب المستعجل يزيد عليه بتوافر الاستعجال. فالطلب الذي يبيده أحد الخصوم لتعيين حارس على الأموال المتنازع عليها إلى حين الفصل في النزاع على ملكيتها دون أن يكون هناك خطر يهدد هذه الأموال هو طلب وقتي. أما إذا كان هناك خطر من وجودها لدى أحد الخصوم أو وجدت ظروف أخرى يمكن وصقها بالاستعجال فإن الطلب في هذه الحالة يكون طلباً مستعجلاً. مثال ذلك أن يزعم أحد الخصوم في طلبه تعيين حارس، عدم ملاءمة المدعى عليه أو يدعي سوء إدارته للمال، ثم يتضح للمحكمة من ظاهر المستندات أن واضع اليد ملئ وبداين رفع الدعوى، أو أن له حقوق قبلة، أو أن أعماله تدل على محافظته على المال المطلوب وضعة تحت الحراسة. ففي هذه الحالات يكون طلب الحراسة وقتياً فحسب وليس مستعجلاً، فالطلب المستعجل هو طلب وقتي يتوافر فيه الاستعجال، وما يصدر في الطلب المستعجل من حكم يسمى حكماً مستعجلاً، بينما الحكم الصادر في الطلب الوقتي يسمى حكماً وقتياً، وكل حكم مستعجل هو حكم وقتي وإنما ليس كل حكم وقتي يعتبر مستعجلاً على أنه ليس هناك فارق جوهري في القواعد التي تحكم كلا من الأحكام المستعجلة والأحكام الوقتية.

² و المشرع بذلك لم ينص أن يتخذ المدعى عليه من عدم حضوره في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ذريعة لتعطيلها من ناحية وكذا للوقت من ناحية أخرى (أحمد السيد صاوي ص 321).

كما لا يجوز وقف الخصومة جزاء ولا اتفاقا أمام القضاء المستعجل لأن ذلك يتنافى مع فكرة الاستعجال، إلى جانب أن قاعدة "الجنائي يوقف المدني" لا تطبق أمام القضاء المستعجل لأن هذه القاعدة خاصة بالدعوى الموضوعية وحدها¹.

على أن الأحكام الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ولا حجية لها متى تغيرت الظروف، وذلك نظرا لأن قاضي الأمور المستعجلة يفصل بصفة مؤقتة في طلبات قائمة بطبيعتها على ظروف متغيرة، دون أن يستند في حكمه على أسباب تتعلق بأصل الحق، فمن الطبيعي أن يكون من الممكن تعديل تلك الأحكام تبعا لتغير الظروف. فإذا صدر حكم مستعجل في أثناء نظر دعوى موضوعية- بتقرير نفقة مؤقتة لدائن بسبب جدية دعواه ووضوح الأسانيد التي يستند إليها فيها، وبسبب حاجته العاجلة إلى المال، ثم قدم المدين بعد ذلك ما يكاد يثبت أنه قد أبرأ ذمته من الدين، فإن الحكم الأول بتقرير النفقة المؤقتة لا يمنع من استصدار حكم آخر بوقف دفعها².

معنى ذلك أن أحكام قاضي الأمور المستعجلة لا تتمتع بحجية الشيء المحكوم به بالنسبة إليه أو بالنسبة لأية محكمة مستعجلة، ولكنها ملزمة للخصوم واجبة التنفيذ. فإذا تغير مركز الخصوم أو تغيرت الظروف القائم عليها الحكم المستعجل أمكن تعديله وفق الظروف الجديدة، أما إذا لم تتغير الظروف فيكون للحكم المستعجل حجية الشيء المحكوم به مثله في ذلك مثل الحكم الموضوعي القطعي³.

فإذا تغيرت الظروف التي يقوم عليها الحكم المستعجل فإنه يجوز لقاضي الأمور المستعجلة إلغاء أو تعديل هذا الحكم. إما إذا لم تتغير هذه الظروف تكون للحكم المستعجل حجية أمام القضاء المستعجل، فلا يجوز تعديله أو تغييره، أي لا يجوز الحكم بصفة مستعجلة على خلاف حكم مستعجل آخر.

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانونا أنه في جميع أحوال لاستعجال، يرفع الطلب بموجب عريضة إلى رئيس لجهة القضائية الأولى المختصة بموضوع

الدعوى، ومن المقرر أيضا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق ومن ثم فإن الفصل في منازعة تنسم بالجدية يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف أيدوا الأمر الاستعجالي المستأنف لديهم القاضي بطرد الطاعن من الأمكنة المتنازع فيها وكل شاغل باسمه اعتمادا على أن يشغل بدون حق ولا سند، في حين أنه من الثابت أن جميع وصولات الإيجار سلمت باسم الطاعن منذ سنة 1972 مع أخيه الطاعن مما يميز اعتراض الطاعن بطابع الجدية وجعله محقا فيما ذهب إليه من عدم اختصاص قاضي الاستعجال، فإن قضاة الاستعجال بقائهم كما فعلوا خرقوا القانون¹.

كما قضت " ولما كان المجلس القضائي الذي أمر عن طريق الاستعجال بوقف الأشغال المتنازع فيها تعرض للفصل في الملكية بين الطرفين فإنه بهذا القضاء يكون قد مس الموضوع وخرق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا عن الوجه المنار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ².

كما قضت " إن رفض صاحب المسكن للشاغل الدخول إلى المسكن حيث توجد به ملبسه وأثاثه يعتبر تصرف يسمح لقاضي الاستعجال الذي هو أدرى بحالته الاستعجالية، التدخل من أجل وضع حد لحالة غير عادية، يمكن أن تؤدي إلى أفعال خطيرة، مما يجعل القاضي الاستعجالي مختص بالسماح للشاغل بالدخول إلى المسكن دون المساس بالموضوع ودون إعطاء شاغل الأمكنة صفة المستأجر³.

متى كان من المقرر قانونا أن الطلبات التي يكون الغرض منها استصدار أمر بإثبات الحالة أو بالإندار أو باتخاذ إجراء مستعجل آخر في أي موضوع كان دون المساس بحقوق الأطراف تقدم إلى رئيس الجهة القضائية المختصة الذي يصدره

¹ المجلة القضائية العدد 90/1 ملف رقم 36396 قرار بتاريخ 1985/07/08

² ملف رقم 33252 قرار بتاريخ 1985/03/06

³ نشرة القضاة العدد 52 ملف رقم 77378 قرار بتاريخ 1992/02/10

¹ انظر نيل عمر ص 262، وكذلك أبو الوفا-الإجراءات المدنية ص 372.

² انظر أبو الوفا-الإجراءات المدنية ص 357.

³ انظر أبو الوفا-الإجراءات المدنية- ص 357.

الطاعن لم يدافع على نفسه أمام المجلس أثناء نظر الدعوى في موضوع الإشكال وبدون تحديد مدة لإيقاف تنفيذ القرار فإنه بذلك قد مس بحقوق الطاعنة¹.

كما قضت " من المقرر قانونا أنه عندما يتعلق الأمر بالبت مؤقتة، ومعينة أو لشرط مقبول قانونا. ولما ثبت -من قضية الحال- أنه تم نشر دعوى قضائية ثانية، خاصة بالإشكال المطروح، وفصل فيها قضاة الموضوع بقرار يقضي بوقف التنفيذ دون تحديد مدة معنية، فإنهم بذلك تجاوزوا اختصاصهم لكون الإشكال في التنفيذ من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة من جهة، وبإغفالهم الإشارة إلى مدة الوقف أو الشرط المقبول قانونا فإنهم تجاوزوا سلطاتهم من جهة ثانية².

كما قضت " من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق ومن المقرر قانونا أيضا أن تدخل قاضي الاستعجال يعد ضروريا لوضع حد لتعدي مالك المحل التجاري في استيلاء على قاعدة مؤجرة للغير بصورة قانونية ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن من تجاوز السلطة وعدم الاختصاص غير سديد و يتعين رفضه.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- قضاة الاستئناف أيدوا قرارهم القاضي بإلغاء الأمر المستأنف لديهم ومن جديد قضاة بإرجاع المطعون ضده إلى محله التجاري فإنهم بقضائهم كما فعلوا لم يتجاوزوا سلطاتهم وفصلوا في قضية من اختصاصهم³.

كما قضت " من المقرر قانونا، أن الأمر الذي يصدره قاضي الاستعجال بتعيين خبير، لتقييم تعويض الإستحقاق طبقا لأحكام المادة 194 من القانون التجاري لا يمس بحقوق الأطراف وهو لذلك يعتبر أمرا تحضيريا، غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

كما قضت " ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس القضائي قبلوا الاستئناف المرفوع أمامهم بخصوص الأمر المشار إليه أعلاه، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا القانون¹.

كما قضت " ولما كان ثابت -في قضية الحال- أن الأمر الذي أصدره قضاة الاستعجال بالمجلس القضائي اقتصر على فتح باب المحل التجاري وصرف الطرفين إلى الجهة المختصة بالموضوع فيما عدا ذلك فإنهم بقضائهم كما فعلوا التزموا بتطبيق صحيح القانون².

كما قضت " لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف حال قضائهم بعدم قبول المعارضة شكلا تأسيسا على المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية فإنهم بقضائهم كما فعلوا أعطوا تفسيراً واسعاً للمادة المذكورة آنفا وأساءوا تطبيق القانون³.

كما قضت " ولما تبين -في قضية الحال- أن غلق الشركة من طرف الشريك المسير دون موافقة بقية الشركاء وثبوت استمرار التعدي يشكل ضرراً محققاً ومؤكداً يهدد حقوق بقية الشركاء ولما تمسك قضاة المجلس باختصاصهم في النزاع لتوافر ركن الاستعجال فإنهم يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً⁴.

كما قضت " من المقرر قانونا أن الطلبات التي يكون الغرض منها استصدار أمر بإثبات الحالة إجراء مستعجل أمر في أي موضوع كان دون مساس بحقوق الأطراف تقدم إلى رئيس الجهة القضائية المختصة الذي يصدره أمره بشأنها، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الخبير تطرق إلى موضوع التعويض الذي يمس بحقوق الأطراف فإن القرار المطعون فيه الذي قضى بالتعويض بناء على أمر استعجالي يكون قد مس حقوق الأطراف وخرق القانون⁵.

¹ ملف رقم 31224 قرار بتاريخ 07/05/1983

² ملف رقم 36008 قرار بتاريخ: 09/02/1985

³ المجلة القضائية 1990/3 ملف 50287 بتاريخ 21/10/1987

⁴ المجلة القضائية 1992 ملف 102227 بتاريخ: 30/01/1995

⁵ المجلة القضائية 1992/3 ملف 66903 بتاريخ: 16 جوان 1990

¹ ملف رقم 36907 قرار بتاريخ 15/06/1986 ص 86

² ملف رقم 105130 قرار بتاريخ 18 أبريل 1992

³ ملف رقم 32135 قرار بتاريخ: 09/03/1985

العمل الولائي

- تعريفه وطبيعته:

ترجع تسمية القضاء الولائي إلى القانون الروماني، حيث كان عملا ذو طبيعة توثيقية، وفي القرون الوسطى تشكلت فكرة القضاء الولائي وأصبح هو النشاط الذي يباشره القضاة دون وجود نزاع أو خصوم وإنما في مواجهة شخص أو أشخاص متفقين فيما بينهم. واستمر القضاء الولائي في فرنسا متميزا عن قضاء المنازعات بأنه القضاء الذي تباشره المحاكم دون نزاع ودون خصوم.

فجانب حالات المنازعات التي تنور بين الأفراد ويتم الالتجاء إلى القاضي لا لحسم نزاع قائم وإنما لاتخاذ تدابير معينة منها ما يستهدف المحافظة على الحق أو على ضماناته ومنها ما قد يقصد إلى تأكيد الحق أو إقراره، إلى غير ذلك من التدابير التي تتخذ أو يطلب اتخاذها تحقيقا لأعراض أخرى مشابهة، من هذا القبيل أو ما يقرب منه سواء كان ثمة نزاع قائم بالفعل أو كان النزاع على وشك الحصول أو كان قد قام وانتهى، بل وحتى لو لم يكن هناك نزاع قائم بالمرة أو احتمال لقيام النزاع.

وهذه الأعمال ذات الطبيعة الولائية لا تعتبر أعمالا أصلية أو أساسية، بل أن القاضي يمارس هذه الأعمال تكريما منه لأنها لا تدخل في وظيفة العادية، فهي تسمى الاختصاص بها الاختصاص الإداري على أساس أنه يستند إلى إرادة الطالب الذي يلجأ باختياره إلى القاضي ليمارس عملا يخرج عن نطاق وظيفته الأصلية أو المعتادة. كما تسمى هذه الأعمال الولائية، لأن القاضي يباشرها بما له من حق الولاية، إذ مصدر سلطة القاضي في ممارسة هذه الأعمال هو ولايته العامة، باعتباره واحدا من الحكام أو ولاية الأمور الذين يملكون توجيه الناس والسيطرة عليهم تحقيقا لما فيه مصلحتهم ومصلحة المجتمع الذي ينتمون إليه.

فإذا كان القانون يعترف بسلطان إرادة الأفراد، فإنه لمصلحة خاصة أو خيرية أو اجتماعية، يجعل إرادة الفرد قاصرة عن إحداث أثارها القانونية، ويعلق هذه الآثار على تدخل القضاء. في هذه الحالة نكون إزاء مركز ولائي أي مركز أو حق مراقب يحتاج إنشاؤه أو ممارسته إلى تدخل القضاء. وهو يتدخل في هذه

الحالة لا بسبب عدم فاعلية عملية للمركز القانوني، كما في قضاء المنازعات، وإنما من أجل عقبة أو عدم فاعلية قانونية.

فالعمل الولائي يتدخل في حالة الأشخاص لتحديد أهليتهم أو ولايتهم بالنسبة للنشاط الأصلي. وذلك بدرجات متفاوتة. فقد يقتصر على التوثيق - وذلك كالإشهاد بثبوت الوفاة والوراثة وإثبات الصلح محضر الجلسة. وقد يتدخل للتحقق من توافر الشروط القانونية لاستعمال حق أو مركز قانوني معين، وذلك كإقرار الكفالة لطفل أو الترخيص بالزواج أو الترشيح. والأمر بالاختصاص، أو يتدخل في النشاط ليراقب شرعيته أو ملائمته، سواء مقدما بالأذن أو مؤخرا بالتصديق، كالإذن ببيع عقار القاصر والتصديق على التبرع، وأخيرا فإن القضاء الولائي قد يأمر مباشرة باتخاذ تدابير معينة لرعاية مصالح ولأية، كتقدير نفقه للقصار من ماله، أو اتخاذ التدابير اللازمة لإدارة مال الشائع عند عدم تحقق أغلبية.

وسلطة القاضي الولائية تتعدد حالاتها وتتشعب جوانبها إلا أنها ترتد إلى فكرة جامعة تربطها وهي فكرة الوصاية القانونية على المصالح الفردية. وهذه الوصاية القانونية ترتبط أيضا بسلطة القاضي في الحكم، على أساس أن سلطة القاضي في الحكم وسلطته في الأمر تشتركان في أن المقصود بهما هو كفالة العدل وإزالة العوائق التي تعترض سيادة القانون. على أن أعمال القاضي النابعة من سلطة الأمر هي أعمال وسيلية، لا تعدو أن تكون سبلا يتخذها القاضي لأداء رسالته، ولذا كان من حقه أن يستبدل وسيلة بوسيلة. من هنا كان مميزات العمل الولائي أنه لا يتمتع بالحجية وأن للقاضي العدول عنه أو الرجوع فيه، وأنه يجوز الطعن فيه البطلان، بدعوى أصلية، إلى غير ذلك من الآثار الخاصة بالعمل الولائي، الناشئة عن كونه عملا من أعمال الإدارة.

ولم يعرف المشرع الجزائري العمل الولائي، أما نظيره الفرنسي فقد عرفه، في المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية الحالي الصادر سنة 1974، نص على أن القاضي يفصل في موضوع ولائي عندما لا يكون هناك نزاع، فيعرض عليه طلب يستلزم القانون، بسبب طبيعة الدعوى أو صفة الطالب، أن يكون خاضعا لرقابته.

النظام القانوني للإعمال الولائية:

لا تخضع الأعمال الولائية للقضاء لنظام قانوني موحد، فإذا كان القضاء يتمتع في بعضها بسلطة تقديرية واسعة كما في مسائل الولاية على المال، فإنه في بعض الصور تتعدم هذه السلطة التقديرية ويقتصر دوره على إثبات أمر أو مراقبة شرعية كما في حالة التوثيق.

كما أن القانون لا يضع نظاما إجرائيا موحدا لهذه الأعمال، ففي مسائل المعاملات يعد الأمر على عريضة هو الشكل الإجرائي العام الذي يلزم إتباعه في الأعمال الولائية ما لم ينص القانون على شكل آخر.

وتتميز الأعمال الولائية بصفة عامة أنها لا ترتب حجية الأمر المقضي. ولذلك فإن طالب العمل الولائي يستطيع إعادة تقديم نفس الطلب الذي سبق رفضه، ويستطيع أيضا رفع دعوى موضوعية ولو كان هناك تعارض بينهما وبين الطلب الولائي السابق رفضه. كذلك فإن سلطة القاضي في المسألة لا تنتضي بإصدار القرار الولائي، إذ لا يستنفذ القاضي سلطته بمجرد إصدار ذلك القرار. ولذلك يستطيع القاضي مصدر القرار الولائي أن يرجع في قراره السابق أو أن يعدله بل أنه يستطيع إصدار قرار سبق له رفض إصداره. كما أن من سمات العمل الولائي أنه لا توجد مواجهة في إجراءات هذا العمل، لأنه لا يوجد طرفان بالمعنى الصحيح، كذلك لا يقبل التدخل في إجراءات العمل الولائي، لأن موضوع هذه الإجراءات هو إعمال مصلحة مشروعة لشخص معين ومن ثم لا يتصور أن تكون محلا لحقوق شخص من الغير. كذلك فإن القاضي يتمتع في عمله الولائي بدور إيجابي سواء في تقدير ملائمة العمل أو القرار، أو في تقديره صحة الإجراءات المطلوب منه التصديق عليه.

ويتميز العمل الولائي أيضا أنه يجوز رفع دعوى بطلان أصلية لإلغائه وإزالة آثاره، إذ أنه يحوز الحجية، كما أنه يمكن التمسك ببطلانه بطريق الدفع، فمثلا إذا أصدر القاضي قرارا بفرض الحجز على شخص معين فإنه يمكن رفع دعوى يبطلان هذا القرار، وإذا حدث التمسك بهذا القرار في دعوى أمام القضاء فإنه يكون لذي المصلحة الدفع ببطلان ذلك القرار.

كذلك فإن الأعمال الولائية لا تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية لأنها ليست أحكاما ولأن دعوى البطلان الأصلية تغنى عن تلك الطرق. ذلك هو النظام القانوني للأعمال الولائية، وهي تختلف في كل ذلك عن الأعمال القضائية. كما أن الأعمال الولائية تختلف عن الأعمال الإدارية: فهي لا تبدأ إلا بناء على طلب من ذوى الشأن أو النيابة العامة خلافا للنشاط الإداري والقاعدة فيه هي التلقائية. ويجب على القاضي متى قدم إليه الطلب أن يصدر قرار بشأنه ولو برفضه شكلا أو موضوعا وإلا اعتبر سكوته إنكارا للعدالة، بينما يعد سكوت الإدارة رفضا للطلبات المقدمة إليها.

والقاضي لا يخضع لسلطة رئاسية يتلقى منها الأوامر والتعليمات في مباشرته للنشاط الولائي. وإذا كانت القاعدة أنه يجوز العدول عن القرارات الولائية فإن هذا لا يعني أنها تخضع لنظام سحب القرارات الإدارية من حيث ميعاد السحب أو من حيث جواز سحب القرار بواسطة السلطة الرئاسية.

كما أن دعوى البطلان الأصلية ترفع أمام القضاء العادي لا الإداري. ويصدر القاضي قراره في العمل الولائي في شكل أمر على عريضة، يتقدم بها صاحب الشأن إلى القاضي طالبا السماح له بتدبير معين. وأهم صور الأوامر على العرائض وأوامر الأداء، حيث يصدر القاضي أمرا بأن يؤدي الشخص ما عليه من حق لآخر إذا كان المطلوب مبلغا من النقود أو منقولا معيناً بذاته أو معيناً بنوعه ومقداره أو من المثليات طالما كان الدين ثابتا بالكتابة، في ورقة موقعا عليها من المدين، وكان الدين حال الأداء ومعين المقدار. إذ توافرت هذه الشروط كان على الدائن أن يسلك في استيفاء دينه طريق استصدار الأمر بالأداء، ويمتنع عليه أن يطال به برفع دعوى بالطريق المعتاد، نظرا لعدم وجود نزاع حقيقي بين الخصوم يقتضي تدخل القضاء لتحقيقه والبت فيه.

المبدأ: الطعن في الأمر على ذيل العريضة، يتم بالتنظلم منه، بدعوى مبتدأه، أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته، باعتباره عملا ولائيا.

إذا كانت المادة 300 من قانون الجمارك تسمح لإدارة الجمارك أن تقوم ببناء على ترخيص من القاضي الذي يبيت في القضايا المدنية بيع وسائل النقل

المحجوزة، فإن طلب هذه الإدارة إذا كان قد تم بواسطة عريضة ولم يحض بالموافقة فإن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة على ذيل تلك العريضة لا يجوز الاستئناف فيه، ذلك أنه من المبادئ العامة في الإجراءات أنه لا يجوز الاستئناف إلا في الأحكام الفاصلة في منازعة قضائية أما الطعن في الأمر على ذيل عريضة فلا يتم إلا بالتظلم منه أمام نفس الجهة التي أصدرته باعتباره من ضمن الأعمال الولائية وذلك برفع هذا التظلم بواسطة دعوى مبتدأه أمام نفس الجهة القضائية التي صدر عنها العمل الولائي فيصدر عنها في هذه الحالة حكم قضائي يكون قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية¹

أوامر الأداء

أوجب المشرع استثناء من القواعد العامة في رفع الدعوى الالتجاء الي نظام استصدار أوامر الأداء عند المطالبة بدين من النقود إذا كان ثابتاً بالكتابة وحال الأداء ومعين المقدار، سواء أكان الدين صغير أم كبير وهذا طبقاً للمادة 306 من قانون الإجراءات المدنية.

أوامر الأداء

إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معيناً المقدار أو منقول معيناً بذاته أو بنوعه وبمقداره وثابت بالكتابة، لا سيما الكتابة العرفية المتضمنة الاعتراف بدين أو التعهد بالوفاء أو فاتورة مؤشر عليها من المدين فإنه خلافاً للقواعد المقررة في رفع الدعوى، يجوز للدائن بدين من النقود، مستحق وحال الأداء ومعين المقدار، يتم تنفيذه عن طريق أمر أداء يصدر من رئيس المحكمة.

وعليه، فإنه يشترط في الحق لإمكان استيفائه بأمر أداء ما يلي¹:

1- أن يكون محله نقوداً أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه، فإذا كان بعض ما يطلبه الدائن مبلغاً من النقود أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه، والبعض الآخر التزامات أخرى ليس محلها نقوداً أو منقولاً معين بنوعه، وكان بين هذه الطلبات ارتباطاً يجعل من حسن سير العدالة جمعها ليفصل فيها معاً، فإنه يتعين أن ترفع بها جميعاً دعوى بالإجراءات المعتادة. ولا يشترط أن يبلغ الارتباط بين هذه الطلبات مبلغ عدم التجزئة، فإن لم يكن بينهما ارتباط وجب على الدائن سلوك سبيل أمر الأداء بالنسبة للطلبات التي يكون محلها مبلغاً من النقود أو منقولاً معيناً بنوعه، وسلوك سبيل الدعوى بالنسبة لغيرها من الطلبات².

¹ فإذا لم تتوفر هذه الشروط تعين اقتضاء الحق عن طريق الدعوى.

² رمزي سيف: ص 720 محمد كامل عبد العزيز: تقنين المرافعات ص 286 عكس ذلك: أبو الوفاء: التنفيذ ص 141-142 حيث يرى أنه يتعين دائماً عند تعدد الطلبات سلوك سبيل الدعوى منعاً لتعدد القضايا وتعقد الإجراءات. وهو تعميم محل نظر لأنه يهدر حق الدائن في الحصول على بعض حقه بأمر أداء رغم توافر شروطه. ولا يقدر في ذلك تعدد القضايا ظالماً انه لا يوجد بين طلبات الدائن ارتباطاً يجعل من حسن سير العدالة جمعها في دعوى واحدة ليفصل فيها معاً.

- إجراءات استصدار أمر الأداء:

على الدائن الذي يريد أن يستصدر أمرا بأداء حقه أن يتبع الإجراءات الآتية: فالتكليف بالوفاء إجراء سابق على تقديم العريضة لا يتعلق بالعريضة ذاتها، وإنما هو شرط لصدور الأمر، قصد به المشرع تنبيه الدائن لمدينة بضرورة الوفاء بما عليه حتى لا يؤخذ بغته بصدور الأمر عليه، بينما قد تتوافر لديه الرغبة في الوفاء اختيارا بمجرد تكليفه فلا تكون هناك حاجة لمطالبته قضاء.

وحتى تتحقق الحكمة من التكليف، ويكفي في التكليف بالوفاء أن يحصل بكتاب مسجل مع علم الوصول، تيسيرا على الدائن بالقصد في الإجراءات. على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم التكليف بالوفاء على يد محضر.

فإذا كان حق الدائن ثابتا بورقة تجارية، وقام بعمل بروتستو عدم الدفع ضد المدين، فإن ذلك يقوم مقام تكليفه بالوفاء.

ثانيا: تقديم العريضة:

يطلب أمر الأداء كنص المادة 306 بعريضة يقدمها الدائن أو وكيله، ويجب أن تحرر العريضة من نسختين متطابقتين حتى يصدر القاضي قراره على أحدها وتحفظ في المحكمة، وتسلم النسخة الثانية للدائن وعليها صورة من قرار القاضي ليتسنى له اتخاذ ما يلزم من إجراءات بمقتضاها.

ويجب أن تشمل العريضة على وقائع الطلب وأسائده، وذلك بذكر المبلغ المطلوب أداؤه من أصل وفوائد ومصروفات. فإذا كان المطلوب منقولاً وجب بيان نوعه ومقداره¹. أما أسانيد الطلب، فيقصد بها ما يرتكن إليه الدائن من حجج وأسانيد قانونية وواقعية تدعم طلبه وتوضحه. كما يجب أن تشمل العريضة على اسم المدين كاملا ولقبه ومهنته على نحو يكفي.

مرفقات العريضة:

لا يكفي لاستصدار أمر الأداء تقديم عريضة بطلبه مشتملة على ما أوجبه القانون من بيانات، وإنما يجب فضلا عن ذلك أن ترفق بالعريضة المستندات الآتية:

أما إذا كان الالتزام بدليا فإن الخيار يكون دائما للمدين، إذا يتعين على الدائن أن يقاضيه بطريق الدعوى. إلا إذا كان المدين قد أفصح عن اختياره قبل مقاضاته واختار الوفاء بالنقود أو لمنقول معين بذاته أو بنوعه، إذ يتعين على الدائن في هذه الحالة أن يقتضي حقه باستصدار أمر أداء¹.

2- أن يكون محل الحق معين المقدار. أي مبلغا محددا من النقود أو قدرا محددا من المنقولات المعينة بنوعها. فإذا كان محل منقولا معيناً يكون الدين معين المقدار أن يحتاج تحديده لبعض العمليات الحسابية البسيطة². فإذا لم يكن محل الحق معين المقدار فإنه يكون قابلا للمنازعة فيه بين الخصوم الأمر الذي يقتضي أن ترفع به دعوى³.

3- أن يكون الحق حال الأداء، بمعنى ألا يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل. لأنه لا يجوز المطالبة قضاء بحق لم يحل أجله.

4- أن يكون الحق ثابتا بالكتابة، لأن ثبوته بالكتابة يجعله محقق الوجود.

ويقضي ذلك أن يكون الحق ثابتا بورقة رسمية أو ورقة عرفية عليها توقيع المدين، يبين منها أن هذا الحق حال الأداء ومعين المقدار، فإن لم يكن معين المقدار وحال الأداء في ورقة من هذا القبيل فإن سبيل الدائن إلى المطالبة به يكون هو الطريق العادي لرفع الدعوى، ولا يجوز في هذه الحالة أن يلجأ إلى طريق استصدار أمر الأداء لأنه استثناء من القواعد العامة في رفع الدعوى لا يجوز التوسع فيه⁴.

وعليه، فإن نظام أوامر الأداء بما ينطوي عليه من تبسيط للإجراءات، فيه تيسير للقاضي والمتقاضي على السواء. فالزام الدائن بإتباعه فضلا عن أنه يحقق مصلحته في اقتضاء حقه في وقت قصير، يحقق حسن سير القضاء بتفرغ المحاكم لنظر الدعوى التي تنطوي على نزاع جدي.

¹ أفصحى والى: قانون القضاء المدني الكويتي-1977- بند 334 ص 432.

² أحمد مسلم: ص 655.

³ أفصحى والى الإشارة السابقة.

⁴ نفس مدل 23 مايو 1972 مجموعة النقص 23 ص 981 ق 152.

1- سند الدين، وذلك حتى يتحقق القاضي من أن الدين المطلوب استصدار أمر بإدائه تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون من حيث كونه ثابتاً بالكتابة، محله نقوداً أو منقولاً معيناً بذاته، معين المقدار حال الأداء.

2- المستندات المؤيدة للعريضة، وهي المستندات الأخرى غير سند الدين التي يؤيد بها الدائن طلبه. كالمستند الذي يثبت قيام الدائن بالتزامه المقابل، إذا كان اقتضائه لحقه يقتضي قيامه بالوفاء بالتزام مقابل، أو ما يثبت تحقق شرط وارد في سند الدين¹.

3- ما يثبت حصول تكليف المدين بالوفاء، كعلم الوصول إذا تم التكليف بخطاب مسجل مع علم الوصول، أو أصل الإعلان إذا كان التكليف قد تم على يد محضر. والقصد من ذلك، أن يتحقق القاضي قبل إصدار الأمر من أن الدائن قد قام بما أوجبه عليه القانون من تكليف المدين أولاً بالوفاء قبل تقديم العريضة، وأنه أمهله خمسة أيام على الأقل قبل تقديمها.

إعلان العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء:

لأن الأمر بالأداء يصدر في غيبة المدين ودون سماع أقواله اختصاراً للإجراءات، فقد أوجب المشرع إعلان المدين بالأمر الصادر ضده ليتمكن من التظلم منه، وهو ما لا يستثنى له إلا إذا أعلن بالوقائع والأسانيد التي تتضمنها العريضة والتي بنى عليها الأمر. لأن التظلم لا بد أن يكون مسبباً، لذا أوجب المشرع إعلان المدين بالعريضة والأمر الصادر عليها بالأداء.

فما هي طبيعة أمر الأداء التي تثار حولها الخلاف في الفقه والقضاء لما لها من أهمية عملية سواء من حيث الآثار القانونية المترتبة على أمر الأداء أو من حيث طرق الطعن فيه خصوصاً بعد أن أصبح الدائن ملزماً بأن يسلك طريق استصدار أمر الأداء في مطالبته بدينه الثابت بالكتابة الحال الأداء والمعين المقدار دون أن يسلك الطريق العادي في رفع الدعاوي ولكننا نرى قبل تناول ما نهدف إليه أن نبين إجمالاً إجراءات استصدار أمر الأداء التي أوجبها القانون والتي تبدأ بأن يكلف الدائن مدينة بالوفاء ثم يتقدم للقاضي المختص بعريضة

مشملة على وقائع طلبه وأسانيده واسم المدين كاملاً ومحل إقامته واسم الدائن ومحل إقامته مع المستندات المؤيدة لاستصدار أمر الأداء - ثم يصدر القاضي الأمر مبيناً به المبلغ الواجب الأداء من أصل وفوائد ومصاريف إذا رأى أن يجيب الدائن إلى كل طلباته- أما إذا رأى ألا يجيبه إليها أو إلى بعضها أصدر أمر بالرفض غير قابل لأي طعن وإذا أصدر القاضي أمر الأداء كان للمدين المعارضة فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه.

والذي نراه في طبيعة أمر الأداء أنه ليس أمراً على عريضة لاختلافها من حيث إجراءات الصدور والآثار التي رتبها القانون لكل منهما رغم إنهما يتفقان في أنهما يصدران من رئيس المحكمة على عريضة في غيبة الخصوم وبدون سماع مرافعة وذلك للأمور الآتية:

أولاً:- أن الأمر على عريضة يصدر باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية أو إدارية لتنظيم سير الخصومة التي لم تبدأ بعد فهي لا تفضل في خصومة بين طرفين متنازعين أما أمر الأداء فهو يفضل في مطالبة بحق وخصومة قائمة حول الحق لا حول إجراءات وقتية ولذلك فعمل القاضي في إصداره الأمر على عريضة ولا ياتي بعكس عمله في إصدار الأمر بالأداء فهو عمل قضائي.

ثانياً:- أن القانون قد جعل استصدار أوامر الأداء وجوباً واعتبره طريقاً لرفع الدعوي استثناء من القواعد العامة وذلك في حالات المطالبة بالديون الثابتة بالكتابة.... وعلي ذلك فإن طلب استصدار أمر الأداء يعد مطالبة قضائية لأن فيه معني المطالبة أمام القضاء بالحق مطالبة جازمة بعد تكليف المدين بالوفاء، ولا ينال من ذلك أن القاضي يفضل في طلب أمر الأداء في غيبة المدين ودون تكليف بالحضور ما دام أن المشرع قد أراد رفع الدعوي بهذا الطريق وجعل سلوك هذا الطريق حتمياً في حالة الديون الثابتة بالكتابة فضلاً عن أنه في تكليف المدين بالوفاء قبل طلب استصدار الأمر على عريضة فلا يشترط فيه إعلان الخصم قبل طلب استصدار الأمر على عريضة.

ثالثاً:- أن المادتين 307 و 308 من قانون الإجراءات قد قضتا صراحة بأن الأمر بالأداء يعتبر بمثابة حكم غيابي كما أن الحكم في المعارضة يعتبر بمثابة

حكم حضوري مما تنتفي معه فكرة ان الأمر بالأداء يأخذ حكم الأمر علي عريضة بمعنى ولذلك نصت المادة 309 "إذا لم يرفع الاعتراض في الأجل المحدد، يحوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي به، وفي هذه الحالة يقوم رئيس أمناء الضبط بمنح الصيغة التنفيذية لطالب التنفيذ بعد تقديم شهادة عدم الاعتراض".

شأنها في ذلك شأن باقي الأحكام مما يستدل منه علي ان أمر الأداء ليس أمرا علي عريضة بل هو حكم قضائي كغيره من الأحكام.

أن أمر الأداء يعتبر كأن لم يكن إذا لم يعلن للمدين خلال سنة من تاريخ صدوره وفقا للمادة 309 الفقرة الثانية وهو ذات الجزاء الذي ينتهي عليه تنفيذ الأحكام.

أما الأمر علي عريضة فإنه يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره.

أمر الأداء حكم قضائي:

وينبني علي ما تقدم أن أمر الأداء حكم غيابي فاصل في خصومة بحيث إذا لم يعارض فيه يصبح بعد فوات مواعيد المعارضة بمثابة حكم حضوري. -ولا ينال من كون أمر الأداء بمثابة حكم قضائي أنه لا تحرر له أسباب لأن المشرع هو الذي رسم طريق استصدار أمر الأداء تبسيطا للإجراءات ولم يتطلب تحرير أسباب له علي أساس أن موضوعه من الوضوح فهو لا يصدر إلا في حالة الديون الثابتة بالكتابة والحالة الأداء والمعينة المقدار - بحيث لا ضرورة أو أهمية من تحرير أسباب له. وعلي ذلك فلا نري صحيحا القول بأن أمر الأداء قضاء قطعي ملزم في مطالبة بحق وإن كان معلقا علي شرط عدم المعارضة فيه، فإذا تحقق شرط عدم المعارضة أصبح لأمر الأداء كل حجية الحكم وأثاره، وذلك لأننا رأينا أن أمر الأداء قبل المعارضة فيه بمثابة حكم غيابي فله حجة الحكم الغيابي وأثاره ما لم يسقط بمضي سنة من تاريخ صدوره دون تبليغه للخصم المدين - ولأنه بفوات مواعيد المعارضة يصبح حكما حضوريا له آثاره كذلك وعلي ذلك فالأمر بالأداء قوة الحكم مشمولاً بالإنفاذ، كما أنه ينبني علي صدور أمر الأداء قطع مدة التقادم.

1- وينبني علي كون أمر الأداء حكما لا أمرا علي عريضة فضلا عن الآثار التي للأحكام الغيابية كما بينا :-

أولا :- أنه يخضع للأحكام التي وضعها القانون لقواعد في الأحكام فلا يجوز للطعن فيه إلا ممن صدر ضده الأمر كما لا يجوز الطعن في الأمر ممن قبله أو ممن قضي له بكل طلباته كما ان مواعيد الطعن فيه لا تبدأ إلا من تاريخ تبليغ الأمر إلي نفس المدين أو في موطنه الأصلي كما أن المعارضة في أمر الأداء ترفع بتكليف بالحضور أمام المحكمة التي أصدرت الأمر المعارض فيه علي أن يراعي في صحيفة المعارضة إن تشتمل علي بيان الأمر المعارض فيه وأسبابه. شروط استصدار أمر أداء:

أن يكون الدين ثابتا بالكتابة، بمقتضى سند محرر كعقد اعتراف بدين أو أي سند آخر يدل بما لا يدع مجالاً للشك علي وجود الدين وثبوته.

أن يكون هذا الدين قد حل أجل دفعه، أي أن المدة المتفق عليها للتسديد قد حلت، أو انقضت.

أن يكون المطلوب بالأمر مقيما في الجزائر، أو له محل إقامة معروف وهذا يعني أنه لا يمكن إصدار أمر بالأداء ضد شخص يقيم خارج الوطن.

إجراءاته

1- ويتم ذلك بعد أعمار المدين برسالة لمطالبته بوفاء الدين ثم تقديم عريضة بطلبه من نسختين متطابقتين مشتملة علي وقائع الطلب وأسائده وتعيين موطن مختار للطالب في محل مقر المحكمة وإرفاق المستندات المؤيدة وهي سند الدين والالزام بالدفع.

2- أن تكون العريضة مذيلة بأمر أداء يتضمن إنذارا للمدين بأن يسدد الدين المطلوب وملحقاته من فوائد ومصروفات خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغه بالأمر، وإلا أجبر علي ذلك علي أن ينوه في الأمر بأن له أجل خمسة عشر يوما لتقديم معارضته في ذات الأمر.

ضرورة إرفاق العريضة بالمستندات المؤيدة للدين موضوع الطلب.

تقدم العريضة علي نسختين، إلي رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين، وتحتوي علي:

الأوامر علي ذيل العرائض

هي القرارات التي تصدر من القضاء علي الطلبات التي يتقدم بها نو الشأن في صورة عرائض بقصد الحصول علي إذن القضاء بعمل أو إجراء قانوني معين. وتعتبر هذه الأوامر من الأعمال الولائية للقاضي فتختلف طبيعتها عن الأحكام فبينما يفصل الحكم خصومة قائمة بين طرفيه بعد إتاحة الفرصة لكليهما للرد علي طلبات ودفع الطرف الآخر فلأن الأمر علي عريضة لا يدعو أن يكون إننا من القضاء لطالبه للقيام بعمل أو إجراء قانوني معين دون سماع أقوال خصمه وبغير علمه ولا يمكن حصرها في حالات محددة

مثل إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف. وهي أوامر مؤقتة، تصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك.

ولأن الأوامر علي العرائض هي إحدى صور ممارسة القاضي لسلطته الولائية، فإنه نظرا لطبيعتها لا يمكن حصرها في حالات محددة شأنها في ذلك شأن أحوال العمل الولائي. لذا أثر المشرع في قانون الإجراءات المدنية عدم تحديد الحالات التي يجوز فيها للقضاء إصدار أمر علي عريضة. وإنما ترك للمحكمة سلطة تقدير ما إذا كان هناك وجه لسلوك هذا السبيل فنص في المادة 2/310 علي أنه "تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة، ليفصل" ولأن الأوامر علي العرائض صورة من صور العمل الولائي فإنها تختلف في طبيعتها عن الأحكام. فبينما يحسم الحكم خصومه قائمة بين طرفيه بعد إتاحة الفرصة لكليهما للرد علي طلبات الآخر ودفعه، فإن الأمر علي عريضة لا يدعو أن يكون إننا من القضاء لطالبه للقيام بعمل أو إجراء قانوني معين دون سماع أقوال خصمه وبغير علمه. ومن هنا اختلفت قواعد الأحكام عن تلك التي تطبق علي الأوامر علي العرائض من حيث إجراءات استصدارها، وتسببها، والآثار المترتبة علي كل منها، وتنفيذها، والطعن فيها وسقوطها. وهو ما يتضح لنا باستعراض القواعد العامة التي تطبق علي الأوامر علي العرائض من حيث إجراءات استصدارها، وتسببها، والآثار المترتبة علي كل منها، وتنفيذها، والطعن فيها وسقوطها.

1- اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي أو المختار في الجزائر.

2- اسم ولقب المدين وموطنه الحقيقي أو المختار في الجزائر.

3- ذكر تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله لقانوني أو الاتفاقي .

4- عرض موجز عن سبب الدين ومقداره، ترفق جميع المستندات المثبتة للدين مع العريضة.

يسلم رئيس أمناء الضبط إلى الدائن نسخة رسمية من أمر الأداء.

يتم التبليغ الرسمي وتكليف المدين بالوفاء بأصل الدين والمصاريف في أجل خمسة عشر (15) يوما¹.

يجب أن يشار في التكليف بالوفاء تحت طائلة البطلان، بأن للمدين حق الاعتراض علي أمر الأداء في أجل خمسة عشر (15) يوما تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي.

يقدم الاعتراض علي أمر الأداء بطريق الاستعجال أمام القاضي الذي أصدره.

للاعتراض أثر موقف لتنفيذ أمر الأداء.

إذا لم يرفع الاعتراض في الأجل المحدد، يحوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي به، وفي هذه الحالة يقوم رئيس أمناء الضبط بمنح الصيغة التنفيذية طالب التنفيذ بعد تقديم شهادة عدم الاعتراض.

كل أمر أداء لم يطلب إماره بالصيغة التنفيذية خلال سنة واحدة (1) من تاريخ صدوره، يسقط ولا يرتب أي أثر.

وهو ما يتضح لنا باستعراض القواعد العامة التي تطبق على الأوامر على العرائض جدير بالذكر أن هذه القواعد لا تطبق إذا نص القانون على قواعد خاصة بنوع معين من الأوامر.

- إجراءات استصدار الأوامر على العرائض:

يجب على الخصم الذي يريد استصدار أمر على عريضة أن يقدم عريضة بطلبه من سخينين متطابقين في البلدة التي بها مقر المحكمة، وتشفع بها المستندات المؤيدة لها (م 310). ويختص بإصدار الأمر رئيس المحكمة المختصة. أو من يقوم مقامه أو من ندب لذلك من قضاتها وذلك إذا كان الأمر يتصل بموضوع من اختصاص لمحكمة، إذا تعلق الموضوع دعوى مطروحة فعلا على القضاة يجب بيان ذلك. ويصدر للقاضي أمره بغير علم الخصم المراد صدور الأمر عليه، فالقانون لا يلزم الطالب إعلان خصمه بالحضور أمام قاضي الأمور الوقتية لسماع أقواله، وعلّة ذلك، أن مصلحة طالب الأمر تقتضي في غالب الأحوال صدوره الأمر بغير علم خصمه وفي غفلة منه حتى تحقق الفائدة من صدور الأمر كما هو الحال بالنسبة لاستصدار أمر بتوقيع حجز تحفظي.

وسواء أصدر القاضي أمره بالرفض أو القبول -حسبما تراء له من ظروف الطلب والمستندات المرفقة به- فإنه لا يلزم بذكر الأسباب التي بنى عليها قراره.

على أن رفض القاضي للعريضة لا يحول دون عرض موضوعها ثانية عليه بطلب أمر جديد. فليس ثمة ما يمنع القاضي من أن يصدر أمرا مخالفا للأمر السابق صدوره منه يجيز ما سبق له منعه. غاية الأمر، أن القانون يوجب عليه في هذه الحالة أن يذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلا (م 311). وهنا يبدو الفارق بين الأمر على عريضة كعمل ولائي وبين الحكم كعمل قضائي، فبينما لا يبتسم الأمر بأي حجية بحيث يجوز للقاضي الذي أصدره أن يصدر ما يخالفه، فإنه يتمتع.

- استئناف الأمر:

لأن الأمر على عريضة ليس حكما فإنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وإنما أتاح المشرع فرصة التظلم منه وهذا الحق يقتصر على طالب الأمر إذا رفض طلبه.

أما إذا كان المتظلم هو الطالب الذي صدر الأمر برفض طلبه، فإن استئنافه يرفع فقط إلى رئيس المجلس فليس له أن يتظلم أمام القاضي الذي أصدر الأمر كما هو الحال في الخيار المتاح لمن صدر عليه الأمر. وعلّة ذلك، أن من صدر عليه الأمر إنما صدر الأمر في غيبته ودون أن يسمع القاضي الأمر أقواله فلا غضاضة على القاضي بعد سماع أقواله أن يعدل عن أمره السابق¹. أما طالب الأمر فقد سبق أن شرح في طلبه وجهة نظره ودعمها بالمستندات، فليس أمامه إذا لم يقنع القاضي بطلبه وأصدر قراره برفضه سوى الاستئناف أمام رئيس المجلس التابع لها القاضي.

شروط استصدار الأمر

يشترط في استصدار أمر على ذيل العريضة.

1. أن يكون الإجراء مستعجلا .. كمن يرغب في إثبات حالة بضاعة قبل تعرضها إلى التلف.. أو مزروعات،... الخ
2. أن يكون الإجراء مؤقتا.
3. ألا يمس ذلك الإجراء أصل الحق².

وبذلك فإن توافرت هذه الشروط أمكن للطالب تقديم طلب الأمر على ذيل عريضة.

إجراءات استصدار أمر علي ذيل عريضة:

يجب علي الخصم الذي يريد استصدار أمر ذيل العريضة أن يقدم عريضة بطلبه من نسختين متطابقتين مشتملة على وقائع الطلب وأسانيده ومعللة، وتتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها، تعيين موطن مختار للطالب في محل مقر المحكمة وإرفاق المستندات المؤيدة لها.

وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة، فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة.

يجب أن يكون الأمر على عريضة مسببا، ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة الأصلية كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة(3) أشهر من تاريخ صدوره، يسقط ولا يرتب أي أثر.

¹ رمزي سيف بند 555 ص 711

² صالح شقوفة مرجع سابق ص 106

فصل تمهيدي

في ماهية طرق الطعن وتقسيماتها وأحكامها المشتركة
أولاً: ماهية طرق الطعن في الأحكام:

1- تعريف الطعن:

الطعن لغة هو النّم والغيبة¹، حيث يقال طعن فلان بمعنى أصابه أو وخزه بسلاح أو بغيره، ويقال طعن في فلان أي عابه أو ذكره بما قد يكون فيه من مثالب وعيوب. وبذلك يقترب المعنى اللغوي للطعن من تعريفه الاصطلاحي، حيث يعرف بعض الفقهاء الطعن بأنه "النعي على الحكم بمخالفة القانون أو الواقع"² أو بأنه الرخصة المقررة للخصوم في الدعوى لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها، والمطالبة لدى القضاء المختص بإلغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه³. فالطاعن إنما يستهدف تعيب الحكم محل الطعن بإظهار مواطن القصور فيه، إجرائية كانت أم موضوعية، بغية إصلاحها سواء كان ذلك بإلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة طرح الدعوى على القضاء أو بتعديله.

2- أهمية الحق في الطعن:

الخطأ آفة بشرية، وخلة لصيقة بالإنسان، فالكمال صفة من صفات الله تعالى وحده وهو ما يجعل العدالة الإنسانية دائماً ناقصة، ذلك أن القاضي بشر، ومهما بلغت ثقافته ورجاحة عقله، ومهما أحيط قضاؤه بكل ما يضمن حيده ونزاهته فإنه غير معصوم من الخطأ، ومن ثم كان واجبا كفالة الحق في إصلاح هذا الخطأ من خلال تنظيم الحق في الطعن⁴. وغايته الحيلولة دون أن يصبح الحكم

¹ لسان العرب، لابن منظور، دار المعارف، ص 2676، 2677.

² عد الرزوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2002، ص 1437، بند رقم 1012.

³ جميل عبد الباقي الصغير، طرق الطعن في الأحكام الجنائية (المعارضة والاستئناف)، دار النهضة العربية، 1993، ص 3.

⁴ نصت العديد من المواثيق الدولية على الطعن باعتباره حقاً، ومثال ذلك المادة رقم 514 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي تنص على أن لكل شخص أعلنت إدانته بجريمة الحق في أن يعاد النظر في إدانته وفي العقوبة بواسطة محكمة أعلى. وبما يتفق وأحكام القانون، وكلمة المادة 68 في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تنص على أنه "لكل شخص الحق في الضمانات التالية كتحديد أدنى الحق في استئناف الحكم لدى محكمة أعلى وأخيراً المادة رقم 1/2 من البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

القضائي حجة بما ورد فيه وعنوانا عند الكافة على الحقيقة المطلقة قبل أن تتاح الفرصة الكاملة لمراجعته.

وتبدو أهمية كفالة الحق جلية إذا ما وضعنا في الاعتبار حقيقة أن الأحكام القضائية بصفة عامة إنما لا تستأهل الحماية لذاتها، ولكن لارتباطها ارتباطاً وثيقاً بالحقوق التي تناولتها إثباتاً ونقياً، فحماية الحق في الطعن وتسهيل مهمة كل ذي مصلحة في أن يمارس هذا الحق، إنما تمثل ضماناً لصحة الحكم، قيل ذلك ضماناً لحماية الحق محل هذا الحكم.

3- تنظيم الحق في الطعن:

وجدير بالإشارة إلى أنه وعلى الرغم من اتفاق الفقه بأسره على أهمية إتاحة فرصة الطعن في الأحكام القضائية بصفة عامة، إلا أن هذا الفقه قد انقسم في خصوص طريقة تنظيم هذا الحق بين اتجاه يضيق من نطاق الطعن، ساعياً من وراء ذلك إلى تحقيق العدالة الناجزة ومنقادياً تعطيل العقاب، واتجاه آخر يوسع في نطاق الطعن هادفاً إلى ضمان أقصى درجات الصحة والعدالة في الحكم، حتى ولو أدى إلى التضحية باعتبارات الاستقرار القانوني. ولا شك أن السياسة التشريعية الرشيدة هي تلك التي تنهج موقفاً متوازياً يحقق للمحكوم عليه حقه في أن يأمن تعسف القضاة أو خطأهم.

فالأصل في الأحكام هو جواز استئنافها، إذ يعد نظر النزاع على درجتين ضماناً أساسية للنفاضي لا يجوز حجبها عن المتقاضين بغير نص صحيح، ووفق أسس موضوعية، بما مؤداه أن الخروج عنه لا يفترض، سواء نظر إلى الطعن في الأحكام الصادرة باعتباره طريقاً محتوماً لمراقبة سلامتها وتقويم اعوجاجها أو نظر إليه كوسيلة لنقل النزاع برمته وبكامل العناصر التي يشتمل عليها إلى المجالس الاستئنافية لتجبل بصرها فيه من جديد².

إن تأمين الحق في الطعن إنما يمثل ضماناً هامة من ضمانات حسن إدارة العدالة، فدوره الوقائي حين يجعل القاضي يشعر بالمسؤولية ويبدل غاية جهده

¹ رؤوف عبدا، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار المحيل للطباعة، الطبعة السادسة عشرة، 1985، ص 861.

² زمري سيف مرجع سابق ص 256

حتى لا يخضع حكمه للتعييب أو للتعقيب، ودوره التقويمي حين يحقق للخصوم في الدعوى ضمانا هامة بإعادة نظرها أمام قضاة من درجة وظيفية أعلى لإصلاح ما قد يكون قد شاب الحكم المطعون فيه من خطأ، ودوره القانوني حين يوجد بين أحكام القضاة بما يحقق الاستقرار القانوني. تلك أدلة حاسمة على أهمية تدعيم الحق في الطعن وعلى ضرورة التضييق من إمكانية قصر التقاضي على درجة واحدة في أضيق نطاق ممكن.

ويؤكد على ذلك الرأي الراجع في الفقه الإسلامي¹ والذي يؤيد جواز نقض الأحكام ذلك أن الإسلام دين لا يسمح باستمرار الأوضاع الظالمة. فالقاضي ملزم شرعا وقانونا بالعدول عن الباطل إلى الحق بمجرد أن يتبين له موطن الصواب، فقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أوصي أبا موسى الأشعري في خطبته الشهيرة والتي تمثل دستور التنظيم القضائي في الإسلام، بضرورة أن يتحري الصواب حين قال له "لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فرأيت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن ترجع فيه إلى الحق، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل". ولا شك أن مطالبة أمير المؤمنين بمراجعة الحكم، لا تعني فقط حق القاضي في أن يراجع نفسه في معزل عن أطراف الخصومة بل يصح كذلك أن تكون هذه المراجعة بطلب من الخصوم، وهو ما يسميه فقهاء الشريعة دفعا أو نقضا، ويسميه رجال القانون الوضعي طعنا.

1- تعريف الطعن :

لما كان الحق في ذاته لا يحوي آليات استخدامه، فقد كان لزاما على المشرع أن يتدخل لينظم طرقا محددة يلتزم بإتباعها كل من يريد استخدام هذا الحق وهذه الطرق هي ما يطلق عليها الفقه اصطلاح "طرق الطعن في الحكم"، والتي يمكن تعريفها بأنها مجموعة الوسائل الإجرائية التي ينشئها المشرع ليوثر من خلالها فرصة إعادة النظر في الحكم، أو جزئيا أو إلغاءه² وصولا إلى جعل الحقيقة القانونية أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعية، وتغادها للأحكام الخاطئة التي لا

G. STEFANIA, G. LEVASSEUR ET B. BOULOC, PROCEDURE PENALE, DALLOZ, 16^{ème} ed., 1996, p. 748, N 737.

² في خصوص الطعن بالمعارضة فإنه و خلافا للأصل، ينظر الطعن بالمعارضة أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم فيه

يقتصر ضررها على حقوق المواطن وحسب بل تمتد لتشمل سمعة ونزاهة السلطة القضائية خاصة وسلامة وأمن المجتمع عامة.

ولذا فإن الأصل أن ينظر الطعن في الحكم محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه¹، والذي يفترض أنه لم يكتسب بعد حجية الشيء المقضي به بصيرورته باتا هذا ولا يشترط أن يكون الطعن مبنيا على خطأ قانوني وقع فيه الحكم المطعون فيه إجرائيا كان أم موضوعيا، بل يكفي أن يعتقد الخصم في عدم عدالة الحكم فيما قضى به، والأمر بعد ذلك تقديره للمحكمة المعروض عليها الطعن، والتي أن قدرت سلامته شكلا وموضوعا كان لها أن تقضي بإلغاء الحكم في أحوال أو بتعديله في أحوال أخرى وإلا حكمت برفضه.

هذا وقد أورد المشرع طرق الطعن في الأحكام على سبيل الحصر، فنص على المعارضة والاستئناف والنقض وطلب إعادة النظر، وحدد لكل طريق ميعاد محدد للطعن وأشترط للتقرير به إتباع إجراءات معينة تغلب عليها الشكلية. وإيرادها على هذا النحو يمنع من النعي على أي حكم مهما كانت عيوبه ظاهرة بغير هذه الطرق ومن ثم كان استنفادها لقوات الحق في استخدامها أو لعدم قبولها بمثابة تحصين للحكم من الإلغاء أو التعديل.

هذا ولا يجوز للمحكمة أن تنتظر من الطعن من تلقاء نفسها²، إنما يتعين أن يتخذ الخصم صاحب الصفة والمصلحة إجراءات الطعن التي تعد الوسيلة القانونية لإدخال الدعوى في حوزة المحكمة.

ولم يكتف المشرع بأن حدد طرق الطعن ومواعيدها وإجراءاتها بل نظم أيضا تدرجها، فلا يجوز للخصم أن يطعن في ذات الحكم بطريقتين أو أكثر في وقت واحد، ولا يجوز له أن يستعمل طريقا قبل أن يستنفذ طريقا آخر جعله المشرع سابقا عليه في الترتيب الزمني، ولذا أنه لا يجوز الطعن في الحكم بالنقض ما دام الطعن فيه بالمعارضة جائزا.

¹ استثناء من هذا القرض فإن طلب إعادة النظر لا ينصب موضوعه إلا على حكم بات حائز للحجية

² د/ محمود نجيب حسني، شرح القانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1988، ص 1001، بد 1147

لم يرد في القانون ألا تقسيم وحيد لطرق الطعن في الأحكام ، حيث اكتفى المشرع بتنظيم الأحكام الموضوعية والإجرائية لكل طريق من طرق الطعن على اعتبار أنه ينقسم الطعن وطرقه لطرق عادية وطرق غير عادية تاركا للفقهاء مهمة البحث عن تقسيمات لهذه الطرق، وهو ما اجتهد فيه الفقهاء محاولاً في كل تقسيم أن يجمع الطرق التي تتفق في بعض خصائصها المشتركة، هذا وقد تعددت التقسيمات وفقاً لمعيار التقسيم كما يلي:

1- تقسيم طرق الطعن وفقاً لمعيار الأثر الناقل:

حيث تنقسم طرق الطعن وفق هذا المعيار إلى طرق ناقلة وطرق غير ناقلة¹ فالطرق الناقلة هي التي يؤدي التقرير بها إلى نقل الدعوى محل الحكم المطعون فيه إلى محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم الأول، ويستوي بعد ذلك أن تنظر المحكمة الأعلى الموضوع برمته واقعا وقانونا أو تقتصر على أسباب محددة للطعن، وعليه فإن الاستئناف والنقض وطلب إعادة النظر تعتبر طرقاً ذات أثر ناقل.

أما الطرق غير الناقلة، فهي تلك التي تقتصر أثرها على إعادة طرح الدعوى على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم محل الطعن وذلك لنظرها من جديد.

2- تقسيم طرق الطعن وفقاً لطبيعة الحكم المطعون فيه:

حيث تنقسم طرق الطعن إلى طرق يطعن بها على حكم نهائي ولكنه لم يحز بعد لحجية الشيء المقضي به، لأنه لم يصبح بعد باتاً، ومن ثم فهي تحول بينه وبين أن يكون عنواناً للحقيقة، حجة على الكافة، وتلك هي طرق الطعن بالمعارضة والاستئناف .

أما طرق الطعن التي توجه إلى حكم بات، فإنها لا تحول بين الحكم وحوزته لحجية الشيء المقضي به، وتلك هي طرق الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر. وجدير بالإشارة أن الفقهاء الفرنسيين يفرقون في إطار هذا التقسيم وفي خصوص الطعن بالنقض بصفة خاصة، بين التقرير بالنقض لصالح أطراف الدعوى، فهو

حين ذلك يعد طريق من طرق الطعن التي تحول بين الحكم وعلّة التفرقة في هذا الخصوص واضحة، وهي أن الطعن العادي إنما يرد على حكم غير نهائي قريضة صحته ضعيفة نسبياً، فلا شك في أن الحكم الغيابي القابل للمعارضة أو الحكم الابتدائي القابل للاستئناف أضعف قريضة على صحته الحكم النهائي الحائز لقوة الشيء المحكوم به ولو أنه قابل للطعن بالنقض أو إعادة النظر.

ب- إنه يجوز للخصم في الدعوى أن يجمع بين طريقي طعن عاديين في وقت واحد بينما لا يجوز الجمع بين طريقتين غير عاديين، أو بين طريق عادي وطريق آخر غير عادي في وقت واحد¹. بينما لا يجوز الجمع بين طريقتين غير عاديين، أو بين طريق عادي وطريق آخر غير عادي في وقت واحد² وتفصيل ذلك أن القانون يوجب سلوك الطريق العادي أولاً، جاعلاً من إهمال الطعن به في بعض الحالات سبباً لإغلاق باب الطعن غير العادي في وجه المحكوم عليه³ فإذا كان من غير الجائز للمحكوم عليه غيابياً من المحكمة أول درجة أن يسلك في نفس الوقت طريق الطعن بالمعارضة والنقض في وقت واحد. بل عليه أن يعارض أولاً أو أن ينتظر الحكم في المعارضة أو يفوت ميعاد الطعن بطريقتها إذا رأى عدم التقرير به، ثم يطعن بعد ذلك بطريق النقض.

كذلك فإنه لا يجوز الطعن في آن واحد بطريق الاستئناف والنقض، ذلك لأن الأحكام التي تقبل الطعن فيها بالنقض هي فقط الأحكام النهائية الصادرة من محكمة الجنايات أو من المحال القضاية.

وبطبيعة الحال فإنه لا يجوز الجمع بين الطعن بالنقض وطلب إعادة النظر وذلك لأن طلب إعادة النظر لا يقبل إلا إذا كان الحكم باتاً، أي الحكم الذي لا يقبل طعناً بأي من طرق الطعن بما فيها طريق الطعن بالنقض.

وأياً ما كان معيار التقسيم وهدفه، وأياً ما كان معيار التقسيم وهدفه، وأياً ما كان وجه الرأي في جدوى هذه التقسيمات من الناحية العملية⁴، فالحقيقة التي لا يمكن إنكارها هو

¹ محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، 1988، ص 533، بند رقم 375.

² رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 861.

³ د/ محمد عبد الحميد مكي، طرق الطعن في الأحكام الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2001، ص 14.

⁴ شكك بعض الفقهاء في الأهمية العلمية لهذه التصنيفات بل وصل الأمر ببعضهم إلى اعتبار هذه التقسيمات ذات أثر سلبي.

¹ أحمد قنحي سرور، الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية، مكتبة رجال القضاء، 1993، ص 888.

أن كتب الفقه جميعها قد اجتهدت في إبراز هذه التقسيمات، وأن لهذه التقسيمات فائدة نظرية هامة حيث تساعد على فهم الأحكام المشتركة لطرق الطعن في الأحكام. وطرق الطعن في الأحكام التي نظمها المشرع الجزائري هي المعارضة والاستئناف والتماس إعادة النظر والنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة . ولأن هذه الطرق تختلف في طبيعتها، ونظامها، والغرض منها، فقد جرى الفقه على تقسيمها إلى ما يلي:

1- طرق سحب وطرق إصلاح.

وطرق السحب هي، المعارضة والتماس إعادة النظر، وفيهما يرجع الطاعن إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لسحب حكمها الأول، وتتنظر القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون على ضوء الظروف الجديدة التي لو كانت تعلمها المحكمة لما أصدرت حكمها محل الطعن، فالطعن هنا لا ينطوي على تجريم للحكم المطعون فيه. وعلى العكس، فإن إصلاح الحكم يكون بالرجوع إلى محكمة أعلى درجة يقصد تعديل الحكم أو إلغائه، كما هو الحال في الاستئناف ومن ثم ينطوي الطعن على تجريح للحكم المطعون فيه¹.

ويعيب هذا التقسيم أن الطعن بالنقض لا يندرج تحته. ذلك أن الطعن بالنقض يطرح على محكمة النقض مسألة مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون فقط، فلا شأن لمحكمة النقض بالوقائع، لذا فإن محكمة النقض تنقض الحكم المخالف للقانون دون أن تفصل في موضوع الدعوى، بينما يترتب على الالتماس والاستئناف إعادة الفصل من جديد في الدعوى من حيث الوقائع والقانون².

2- طرق عادية وطرق طعن غير عادية³.

وطرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف. وسميت كذلك لسببين:

أ) أن الأصل فيها أنه يجوز للمحكوم عليه ولوجها ما لم ينص القانون على غير ذلك.
ب) أن القانون لم يحصر أسبابها فلمن صدر عليه الحكم أن يرتكن في طعنه على ما شاء من الأسباب. فله أن يطعن في الحكم لعيب في الإجراءات التي بنى عليها أو في الأوضاع التي لا يست صدره أو لعيب في الحكم ذاته كخطأ القاضي في تقدير الوقائع أو استخلاص النتائج منها أو لخطئه في تطبيق القانون على ما ثبت من وقائع. ونتيجة لذلك. وتهدف طرق الطعن العادية إلى تجديد النزاع وإعادة الفصل فيه.

ولذا، فإن للمحكمة التي تنتظر للطعن نفس سلطات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فتتنظره من جميع الوجوه في حدود ما طرحه الطعن. أما طرق الطعن غير العادية فهي التماس إعادة النظر والنقض. وهي غير عادية لأن الأصل فيها لا يجوز سلوكها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون على سبيل الحصر ولأسباب محددة. ومن ثم، يجب على الطاعن أن يقيم الدليل على جواز حقه في الطعن. فالطعن بإحدى الطرق غير العادية يهدف إلى إصلاح عيب محدد في الحكم، لذا، تقتصر سلطة المحكمة التي تنتظر الطعن على النظر في العيب الذي بنى عليه الطعن.

وللتفرقة بين طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية نتائج أخرى عملية أهمها¹:

1- إذا كان الحكم يقبل الطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية أو طعن فيه بالفعل بإحدى هذه الطرق، لا يجوز تنفيذه تنفيذًا جبريًا ما لم ينص القانون على جواز تنفيذ الحكم تنفيذًا معجلًا. وعلى العكس، فإن قابلية الحكم للطعن فيه بإحدى طرق الطعن غير العادية أو الطعن فيه بالفعل بإحدى هذه الطرق لا يمنع من تنفيذه إلا في الأحوال التي أجاز فيها القانون للمحكمة التي تنتظر الطعن وقف تنفيذ الحكم.

2- إذا كان الحكم مشوبًا بعيب يجيز الطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية، ويجيز في نفس الوقت الطعن فيه بإحدى طرق الطعن غير العادية، وجب على

¹ Vincent : op.cit, No. 577- Lacoste : No. 721-722.

Garsonnet et Cézard - Bru: No. 800- Morel : No.604. Crémieu op. cit. p. 308.

يو هيف: بند 1190 - أبو الوفا: المرافعات: بند 572.

² Vincent : p.856-Morel : No. 601- Crémieu : p. 398-399.

³ الشرفاوي: بند 389- أبو الوفا: بند 573 - ومزي سيف. بند 587 وما بعده.

الطاعن أن يسلك أولاً طريق الطعن العادي. أي أنه لا يجوز الطعن بإحدى طرق الطعن غير العادية إلا إذا استنفذت أولاً طرق الطعن العادية وإلا سقط الحق في الطعن بالطريق غير العادي. فمن كان الحكم الصادر ضده يقبل الطعن فيه بالاستئناف والنقض وجب عليه أن يطعن أولاً في الحكم بالاستئناف، حتى إذا صدر الحكم من محكمة الاستئناف أمكن الطعن في حكمها بالنقض إذا توافرت إحدى حالات الطعن بالنقض. فإذا أسقط حقه في الطعن بالاستئناف لم يكن من حقه بعد ذلك الطعن في الحكم بالنقض.

القواعد العامة في الطعن

أولا الخصوم في الطعن:

الخصوم في الطعن هما الطاعن والمطعون ضده. وكلاهما يتعين أن تتوافر فيه عدة شروط حتى يصح اعتباره طرفاً في خصومه الطعن. الشروط التي يجب توافرها في الطاعن:

1- أن يكون طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، سواء كان مدعياً أو مدعياً عليه، وسواء كان قد أدخل في الدعوى أو تدخل فيها. كما يجوز الطعن أيضاً من خلف الخصم، سواء كان خلفاً عاماً كالورثة ومن في حكمهم من الدائنين أو خلفاً خاصاً كالمشتري إذا تحققت الخلافة بعد صدور الحكم¹. فالطعن لا يقبل إلا ممن كان طرفاً في الحكم.

ويجب أن يكون الطاعن خصماً حقيقياً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه. والمناطق في تحديد الخصم، هو بتوجيه الطلبات في الدعوى. فلا يكفي حتى يعتبر

الطاعن خصماً في الاستئناف مثوله أمام محكمة أول درجة بون أن تكون له طلبات أو توجه إليه طلبات، أو مجرد إدخاله فيها ليكون الحكم حجة عليه¹.

2- أن يكون محكوماً عليه، سواء صدر الحكم برفض طلباته كلها أو بعضها أو إلزامه أو أضره بشيء. بحيث تتوافر للطاعن مصلحة في الطعن بتعديل الحكم². وإذا رفعت الدعوى بطلب أصلي وآخر احتياطي، فقضت المحكمة بالطلب الأصلي كاملاً ورفضت الطلب الاحتياطي، فلا يجوز للمحكوم له أن يطعن فيما قضى به الحكم من رفض الطلب الاحتياطي لانعدام مصلحته في الطعن.

وطالما صدر الحكم وفقاً لطلبات الخصم، فلا ينهض مبرراً للطعن فيه أن يستند إلى حجج غير التي أثارها الخصم، وأن تتضمن أسبابه تقريراً لغير صالحه. على أنه إذا كانت المصلحة في الطعن هي أساس قبوله، فإنه يجب أن تكون -كما قدمنا- مصلحة عملية بأن يهدف إلى تعديل الحكم بإجابة الطاعن إلى ما رفض من طلباته أو بإعفائه مما قضى به عليه، فلا يقبل الطعن إذا كان لا ينبغي من ورائه سوى مصلحة نظرية صرف³.

والعبرة في قيام المصلحة أو عدم قيامها إنما يرجع فيه إلى وقت صدور الحكم المطعون فيه وما يلبس الدعوى إذ ذاك من ظروف ووقائع يثبتها الحكم وتكون تحت نظره وعليها يرتكز قضاءه، بحيث يقتصر الطعن فيه بمختلف وجوهه القانونية على هذا النطاق دون الاعتداد بوالها بعد ذلك. وتطبيقاً لذلك حكم بأنه

3- ألا يكون قد قبل الحكم المطعون فيه. والقبول المانع من الطعن في الحكم كما يكون صريحاً يكون ضمناً، ويستفاد القبول الضمني للحكم من كل قول أو عمل أو إجراء ينافي الرغبة في الطعن وذلك بشرطين.

(أ) - أن يدل ما صدر من الطاعن دلالة واضحة لا تحمل الشك أو التأويل على ترك الحق في الطعن. فلا يصح أن يستخلص قبول المحكوم عليه للحكم من

¹ الشرفقاري: بند 393 - حامد فهمي: بند 650 - أبو الوفا: بند 575. رمزي سيف: بند 597.

Morel: No. 607- Crémieu: p. 413 ets- Garsonnet et Cèzar- Bru No. 804-805.

قضت محكمة النقض بأنه إذا اندمجت شركة تضامن في شركة مساهمة اندماجاً كلياً تمحي به شخصيتها وتزول به بما لها وما عليها للشركة المساهمة. فإن الشركة المندجة في ذمتها المالية خلافة عامة تبيح لها حق الطعن في الأحكام الصادرة باسم الشركة المندجة سواء تحققت هذه الخلافة قبل أو بعد صدور تلك الأحكام، وليس ثمة ما يمنع محكمة النقض أن تبحث لأول مرة في صفة هذا الخلف وما يقدم من أوراق لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع اثباتاً لهذه الخلافة

نقض مدني 10 مارس 1955 الطعن رقم 123 لسنة 21 ق.

¹ نقض مدني 13 فبراير 1989 الطعن رقم 8141 لسنة 51 ق.

² نقض مدني 25 ديسمبر 1989 الطعن رقم 562 لسنة 53 ق.

نقض مدني 26 فبراير 1987 الطعن رقم 1259 لسنة 51 ق.

³ نقض مدني 17 نوفمبر 1976 مجموعة النقض 67 صفحة 1612 ق 299.

أنه قد صدر حضورياً وسكت عن الطعن فيه زمناً طويلاً مادامت المدة المسقطه للطعن لم تكتمل. وإذا طلب الطاعن في حكم رفض.

(ب) - أن يكون صادراً عن اختيار لا عن إلزام. وعلى ذلك، فإن إشترك المحكوم عليه بحكم نهائي واجب التنفيذ في إجراءات تنفيذه كحضور إجراءات النشر، وعلى صيغته، أو حضور جلسات المزاد، يعتبر من قبيل الإذعان الذي لا سبيل إلى منعه أو الحيلولة دون المضي فيه. بل إن التنفيذ الاختياري للحكم الواجب النفاذ لا يعتبر قبولاً مسقطاً للحق في الطعن وإنما يعتبر تقادياً للأضرار التي قد تنجم بسبب إرجاء التنفيذ، كما حكم بأن قيام الطاعن باستحضار شهوده تنفيذاً للحكم القاضي بالإحالة إلى التحقيق لا يعني قبولاً بما قضى به الحكم بصفة قطعية من رفض دفعه ببطلان صحيفة الدعوى، لأن حكم الإحالة واجب التنفيذ حتماً بنص القانون، كما لم يكن في إمكان الطاعن أن يطعن في الشق القطعي منه قبل صدور الحكم المنهي للخصومة نزولاً على حكم قانون الإجراءات المدنية.

تعدد الخصوم:

قد يتعدد الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وقد يكون هذا التعدد عند بدء الخصومة فيتعدد المدعون أو يتعدد المدعى عليهم أو كليهما، وقد ينشأ التعدد بعد بدء الخصومة بإدخال أو تدخل أحد الخصوم فيها، أو بسبب الخلافة العامة، فما هو الحكم إذا طعن البعض في الحكم ولم يطعن البعض الآخر، أو وجه الطعن للبعض ولم يوجه للبعض الآخر.

(أ) القاعدة العامة:

أما القاعدة العامة، فهي أنه لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه. وهي تطبيق لمبدأ أساسي في فقه الإجراءات المدنية هو مبدأ نسبية الأثر الذي يترتب على إجراءات الإجراءات المدنية¹.

وعلى ذلك، فإنه إذا صدر حكم على محكوم عليهم متعددين، فطعن في بعضهم ولم يطعن البعض الآخر فقبل الحكم أو فوت على نفسه ميعاد الطعن، لا ينتج أثره إلا بالنسبة لمن رفعه.

فلا يجوز لمن أسقط حقه في الطعن أن ينضم للطاعن الذي احتفظ بحقه في الطعن ورفع في الميعاد، إذا عدل أو ألغى الحكم، إذ يبقى الحكم الأول حجة عليه. كذلك إذا صدر الحكم لصالح محكوم لهم متعددين، فطعن فيه ضد بعضهم دون البعض الآخر، فإن الطعن لا ينتج أثره إلا بالنسبة لمن رفع عليه الطعن، فلا يجوز إدخال من سقط حق الطعن في مواجهته في خصومه الطعن وإذا عدل الحكم أو ألغى لم يضر ذلك به، إذ يستطيع أن يتمسك بالحكم الأول.

(ب) مستثنيات القاعدة العامة:

الاستثناء الأول: إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم، أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمًا إليه في طلباته، فإن لم يفعل، أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن.

والتضامن قد يكون بين المدنيين ويسمى بالتضامن السلبي وقد يكون بين الدنيين ويسمى بالتضامن الإيجابي¹. ويتحقق التضامن بين المدنيين حينما يكونون ملتزمين بنفس الدين بحيث يمكن إجبار كل واحد منهم على دفع الدين كله، ويترتب على وفاء أحدهم بالدين تبرئة ذمة الباقيين في مواجهة الدائن ويكون بين الدائنين تضامن حينما يكون لكل واحد منهم الحق في المطالبة المدين بكل الدين، ويؤدي وفاء المدين لأحدهم إلى تبرئة ذمته في مواجهة الباقيين.

ثانياً: الأحكام التي يجوز الطعن فيها:

القاعدة العامة: لا يجوز الطعن إلا في الأحكام المنهية للخصومة والمقصود بالحكم المنهي للخصومة كلها، هو الحكم الذي يفصل في موضوع

¹ انظر للمؤلف: أثر الأحكام بالنسبة للغير صفحة 50 وما بعدها

¹ محمد حامد قهبي: بند 653 - أبو الوفا صفحة 784 - رمزي سيف: بند 599.

الدعوى برمتها، أو ينهي الخصومة بغير حكم في موضوعها كالحكم ببطلان عريضة الدعوى أو بعدم قبولها والحكم بسقوط الخصومة أو بتركها. أما الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها، فلا يجوز الطعن فيها على استقلال فور صدورهما، وإنما يتعين انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة كلها ليطعن فيها معه. سواء أكانت تلك الأحكام قطعية، كالحكم برفض دفع شكلي أو دفع بعدم قبول الدعوى أو الحكم في مسألة فرعية أو في مسألة موضوعية، أو كانت متعلقة بالإثبات كالحكم بسماع الشهود أو نذب الخبراء أو انتقال المحكمة أو إحضار الخصوم، أو متعلقة بسير الإجراءات كالحكم بالفصل بين قضيتين أو بتأجيل الدعوى لإعادة إعلان الخصوم.

ثالثا: الأحكام المشتركة لطرق الطعن في الأحكام:

لطرق الطعن في الأحكام نافذة أو غير نافذة، سحب أو إصلاح، عادية أو استثنائية، أحكام عامة مشتركة تسري على جميع طرق الطعن ويمكن تقسيم هذه الأحكام إلى ما يلي:

1- الشروط العامة لقبول الطعن:

يشترط لقبول الطعن بوجه عام توافر عدة شروط شكلية وموضوعية يأتي في مقدمتها ما يلي:

أ- أن يكون المطعون فيه حكما: قصر الشارع الحق في الطعن على الأحكام دون غيرها، وذلك وفق المعنى الاصطلاحي للحكم والذي يقتصر على كل ما يكون من شأنه الفصل في نزاع مطروح أمام المحكمة، أما القرارات والأوامر التي تصدر عن المحكمة ويغلب عليها الطابع الإداري أو الولائي، فإنه لا يجوز الطعن فيها، مثال ذلك قرار المحكمة بإخراج شخص من قاعة الجلسة أو بالتحري عن نظر الدعوى أو بقبول دليل إثبات أو تأجيل الدعوى أو التصريح بتقديم مستندات أو مذكرات أو حجز الدعوى للحكم أو فتح باب المرافعة فيها أو التصدي لواقعة جديدة¹.

ويترتب على هذا الشرط ما يلي :

أنه لا يعتبر في قبيل طرق الطعن إشكالات التنفيذ لأنها ترد على تنفيذ الحكم ولا تنصب على الحكم ذاته، فهي لا تتعرض بحسب الأصل إلى صحة الحكم أو بطلانه أو إلى مخالفته للقانون.

أن الإجراءات الموجهة ضد القاضي مثل إجراءات رد القضاة، لا تدخل ضمن طرق الطعن حيث لا تمس حكمه.

أنه لا يعتبر من طرق الطعن الإجراءات التي تستهدف تصحيح الخطأ المادي في الأحكام لأنها لا تشمل تعديل مضمون الحكم بل تنظرها المحكمة التي أصدرت الحكم لتصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة أو كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره المحكمة في غرفة المشورة من غير مرافعة وذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم.

ب- الالتزام بمواعيد الطعن وإجراءاته:

حدد القانون لكل طريق من طريق من طرق الطعن ميعادا معيناً لاستعمال الحق خلاله، والعللة من هذا القيد هو أن ينتهي القضاء إلى وضع حد للنزاع في أجل معقول يضمن الاستقرار القانوني هذا ولا يوجد معيار موحد يحدد على أساسه المشرع هذا الميعاد، غاية ما هنالك أنه يجب أن يراعى عند تحديد هذا الموعد تحقيق التوازن بين هدفين:

الأول: ضرورة الإسراع في الإجراءات للحفاظ على الاستقرار القانوني للحقوق في المجتمع.

الثاني: هو إتاحة الفرصة الكاملة والكافية للخصوم لدراسة الحكم وتنفيذ مضمونه وأسبابه، بغية تحديد موقفهم منه، ولتحديد اعتراضاتهم عليه إن كانت هناك نية للطعن.

ثالثا: مواعيد الطعن:

يقصد بمواعيد الطعن الأجل التي حددها القانون للطعن في الأحكام والتي بانقضائها يسقط الحق في الطعن. وعلى المحكمة أن تقضي بذلك من بدء المواعيد- القاعدة العامة:

القاعدة في قانون الإجراءات المدنية، أن ميعاد الطعن في الحكم يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم

¹ محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية. طبعة نادي القضاة، 1988، ص 1004، بند رقم 1149.

يقصد بشرط الصفة أن يكون الطاعن خصما في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وعلّة اشتراط الصفة هي أن إجراءات نظر الطعن إنما هي مرحلة من مراحل الدعوى، إذا الفرد أنها مستمرة فيها، ومن ثم لا تجوز إلا بين خصومها.

المعارضة

- المعارضة هي طريق طعن عادي وغير ناقل¹، محله حكم غيابي صادر عن المحكمة، وغايته إعادة طرح موضوع الدعوى محل الحكم المطعون فيه على ذات المحكمة التي أصدرته.

المعارضة طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية. تهدف إلى سحب الحكم الذي صدر في غيبة المحكوم عليه، و إعادة نظر الدعوى من جديد.

ولأن المعارضة تهدف إلى سحب الحكم لا تجريحه، فإنها تقدم لذات المحكمة التي أصدرت الحكم. سواء كانت من محاكم الدرجة الأولى أو الثانية فلا يجوز تقديمها أمام محكمة أعلى، كما لا يجوز تقديمها أمام أي محكمة أخرى من نفس درجة المحكمة التي أصدرت الحكم منعا من تسليط قضاء على قضاء² ويعتبر اختصاص نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي بنظر المعارضة فيه، من النظام العام. على أن اختصاص نفس المحكمة التي أصدرت الحكم بنظر المعارضة لا يعني بالضرورة أن ينظرها نفس القاضي أو القضاة الذين أصدروا الحكم فالعبرة بالمحكمة وليست بتشكيلتها³.

ولا المعارض ضده⁴، عملا بقاعدة أن المعارضة بعد المعارضة لا تجوز وإذا طعن الخصم الغائب في الحكم الغيابي الصادر ضده بطريق آخر غير المعارضة، فإن ذلك منه يعتبر نزولا عن الحق في المعارضة.

- وقد نصت على الطعن بالمعارضة المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية بقولها تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي.

¹ R.MERLE et A.VITU, Traité de droit criminel, op. cit, P. 988, n 842

² أنظر المادة 571 و المادة 582 من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد. و انظر أيضا:

Vincent : éd. 19 No.580-Garsoninet et cézar-Bru : No. 776- Glasson et T.3.No.812.

محمد حامد فهمي: بند 658 العثماني: جـ 22 بند 1172. أحمد مسلم: بند 637

³ أبو الوفا: بند 591 من 803

نظم المشرع المعارضة كطريق من طرق الطعن العادية، إعمالاً لمقتضيات العدالة والإنصاف، وذلك أن الأصل الثابت في كل إجراءات التقاضي هو مبدأ المواجهة¹، لما في ذلك من إخلال بمبدأ التوازن بين أطراف الخصومة وبمبدأ المواجهة في الخصومة بما يكفل علمه بها، واشترآه فيها وانتقاده لها².

- هذا ويستند فتح طريق الطعن بالمعارضة على أساس هام آخر وهو حقيقة أن الحكم الغيابي إنما يعد من أضعف الأحكام دلالة على صحة ما قضى به³، إذا لم يستند على علم كاف بعناصر الدعوى³. وقد رأى الشارع أن مثل هذا الحكم لا يجوز أن تكون له القوة التنفيذية، أو قوة إنهاء الخصومة، دون إتاحة الفرصة لمراجعته في حضور الخصوم، فنظم طريق الطعن بالمعارضة لكي يعاد عرض الدعوى من جديد، لتستمع المحكمة إلى الخصم الذي كان غائباً، وتحصل على المعلومات التي كانت تنقصها لإصدار حكم سليم، وبعد ذلك يكون لها - وهي على معرفة كاملة بعناصر الدعوى - أن تؤيد حكمها أو تعدله.

وبذلك لا يكون الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي قد شرع لمصلحة الطرف الغائب فقط، بل لمصلحة القاضي الذي تسهل المعارضة من مهمته في كشف الحقيقة.

الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالمعارضة

ونتناول بيان هذه الأحكام من خلال تقسيمها إلى أحكام تجوز فيها المعارضة وأخرى لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة. وتالفة اختلاف الفقه في شأن حكمها.

أولاً: الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالمعارضة:

تنص المادة 327 على "تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي.

يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالنفاذ المعجل"

حدد الشارع هذه الأحكام بأنها الأحكام الغيابية وأن المعارضة توقف تنفيذ الحكم الغيابي وما هو يعني أنه يجب أن يتوافر في الحكم المطعون فيه بالمعارضة لإيقافه شرطان، الأول أن يكون حكم غيابياً، والثاني أن لا يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل.

1- مفهوم الحكم الغيابي:

غاير المشرع بين الحكم الغيابي والحكم الحضورى في خصوص مدى إمكانية الطعن فيه بالمعارضة، حيث قصر ذلك على الأول دون الثاني، والتساؤل الذي يثور الآن هو متى يكون الحكم غيابياً؟

أورد الفقه معيارين للتمييز بين الحكم الحضورى والحكم الغيابي، أحدهما إجرائي والآخر موضوعي.

أما المعيار الإجرائي فيعتمد على واقعة التكليف بالحضور، حيث يكون الحكم غيابياً إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور حسب القانون في اليوم المعين بورقة التكليف بالحضور، ولم يرسل وكيله عنه في الأحوال التي يسوع فيها ذلك رغم إعلانه لشخصه أو في موطنه القانوني وهو ما وضحه المشرع في المادة 292 بقوله إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابياً.

وأما المعيار الموضوعي والذي جرى عليه الفقه، فيستند على معيار مدى مساس غياب الخصم بأداء دوره الإجرائي المفترض الذي رسمه له القانون في مرحلة المحاكمة، حيث يكون الحكم حضورياً إذا كان قد أتيح للخصم أن يحضر في جلسات المحاكمة التي دارت فيها المرافعات، أي اتخذت فيها إجراءات التحقيق النهائي، بما يفيد أنه قد أتيح له الدفاع عن نفسه. أو أنه علم بالمحاكمة عن طريق تكليفه شخصياً بالحضور ومع ذلك رفض الحضور أو إرسال وكيل عنه.

ومفاد ذلك أن الحكم الحضورى يفترض حضور المدعى عليه بالمحاكمة وتقديم دفوعه وحججه في الدعوى⁴.

وحضور الخصم جلسة المرافعة قد يكون بنفسه، كما قد يكون بواسطة وكيل عنه.

Hussien Khaled, op. cit., P. 352, n 497

1 انظر في مقتضيات مبدأ المواجهة كذلك

2 دكتور عبد عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في قانون المصري، 1985، ص 865

3 محمد نجيب حسبي، المرجع السابق 1988 ص 1011 بند 1159

4 نقض جناني، جلسة 31 ديسمبر 1981، مجموعة أحكام محكمة النقض ص 32، رقم 223، ص 1239

الأحكام التي لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة:

تصنيف هذه الأحكام بحسب الشرط المختلف فيها إلى ثلاثة أقسام.

1- أحكام لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة لكونها حضورية أصلاً أو اعتبارياً، حيث لا تجوز المعارضة في:

(أ) الأحكام الحضورية بصفة مطلقة:

ومناط اعتبار الحكم حضورياً هو "حضور المدعي عليه أو وكيله الجلسات التي تمت فيها المرافعة بالنسبة له" سواء صدر الحكم فيها أو صدر في جلسة أخرى.

(ب) الأحكام الحضورية اعتبارياً: حيث حدد الشارع حالات معينة اعتبر فيها الحكم حضورياً رغم تغيب الخصم عن جلسات المرافعة كلها أو بعضها، ورغم عدم تمكنه بالتالي من إبداء دفاعه كاملاً، وذلك تقديراً منه أن تغيب الخصم في هذه الحالات لم يكن له هدف سوى الرغبة في المماطلة بإطالة الإجراءات فأراد أن يفوت عليه هدفه باعتبار الحكم حضورياً اعتبارياً، وهذه الحالة هي ما نصت عليها المادة 293 بقولها "إذا تخلف المدعي عليه المكلف بالحضور شخصياً أو وكيله أو محاميه عن الحضور، يفصل بحكم اعتباري حضورياً"

ويترتب على اعتبار الحكم الغيابي حضورياً في الحالة المنقمة، أنه لا يقبل كقاعدة- الطعن فيه بالمعارضة وهو ما أكدته المادة 295 من قانون الإجراءات المدنية.

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانوناً أنه إذا لم يحضر المدعي عليه أو محاميه أو وكيله في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ يقضي في غيبته ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون .

ولما كان من الثابت- في قضية الحال - أن قاضي المحكمة الابتدائية أصدر حكمه حضورياً رغم عدم حضور المدعي عليه (الطاعن) فإن قضاة المجلس أيدوا الحكم المستأنف لديهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون¹ .

ميعاد المعارضة: ميعاد المعارضة شهر واحد تبدأ من تاريخ إعلان الحكم الغيابي ما لم ينص القانون على غير ذلك (م 329 من قانون الإجراءات المدنية).

ويترتب على عدم مراعاة الميعاد، سقوط الحق في المعارضة، كما أنه يبدأ

بانتهاؤ ميعاد المعارضة مواعيد الطعن الأخرى التي يمكن توجيهها للحكم¹ .

إجراءات رفع المعارضة:

ترفع المعارضة بعريضة تقدم لنفس جهة الحكم التي أصدرت الحكم الغيابي وتحتوي بالإضافة لأطراف الخصومة بيان الحكم المعترض "الغيابي" وأسباب المعارضة. وبعدد من النسخ بعدد أطراف الخصومة مع تكليف بالحضور.

وتكون مصحوبة بنسخة من الحكم الصادر غيابياً تحت طائلة عدم القبول

ترفع المعارضة بتكليف بالحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي تراعي فيه الأوضاع المقررة لعريضة رفع الدعوى. فيجب أن تشمل عريضة المعارضة على البيانات الواجب توافرها في سائر العرائض، وفضلاً عن ذلك ضرورة أن تشمل عريضة المعارضة على البيانات الخاصة بها وهي بيان الحكم المعارض فيه، وأسباب المعارضة وإلا كانت باطلة وذلك ضماناً لجدية المعارضة كما يشترط أن و ذلك ضماناً لجدية المعارضة.

ولأن المعارضة ترفع بتكليف بالحضور لا تعتبر مرفوعة إلا من يوم إعلانها بالفعل للمعارض ضده في خلال الميعاد.

فلا يكفي تقديمها لكتابة الضبط لإعتبارها مرفوعة² .

قواعد الحضور والغياب عند نظر المعارضة:

سبق أن ذكرنا إن احترام حقوق الدفاع تقتضي السماح لمن صدر عليه الحكم في غيبته بالمعارضة فيه والحضور أمام المحكمة لإبداء دفاعه، عليها ترجع بعد سماع دفاعه عما قضت به عليه غيابياً. وعليه، فإن حضور المعارض للجلسة المحددة لنظر معارضته، أمر تمليه الحكمة من المعارضة، بل هو قوام نظرها والحكم فيها³ .

فإذا تغيب المعارض في الجلسة الأولى لنظر المعارضة انعدمت جدواها، ودل ذلك على عدم جدية طعنه. لذا، أوجب القانون على المحكمة في هذه الحالة

1/ الشرفاري. بند 401.

2/ محمد حامد فهمي: بند 664.

3/ أبو الوفا. بند 569.

أن تحكم من تلقاء نفسها باعتبار معارضته كأن لم تكن، فلا يجوز للمحكمة أن تؤجل نظر المعارضة لجلسة تالية يعلن بها المعارض.

وإذا تعدد المعارضون، فحضر البعض الجلسة الأولى بينما تخلف البعض الآخر. وجب على المحكمة الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن بالنسبة لمن لم يحضر و نظر المعارضة بالنسبة لمن حضر منهم¹. إلا. إذا كان الحكم صادرا في دعوى لا يقبل موضوعها التجزئة، أو يجب اختصام أشخاص معينين فيها، إذ يجب تأجيل نظر المعارضة بالنسبة للجميع لجلسة أخرى يعلن بها من تخلف عن الحضور عن الجلسة الأولى².

ويترتب على الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن. زوال إجراءات المعارضة وزوال ما ترتب عليها من آثار، كما يترتب عليه سقوط الحق في الطعن في الحكم بالمعارضة بعد ذلك حتى ولو كان ميعاد الطعن مازال ممتدا، وإنما تبدأ بعد ذلك مواعيد الطعن الأخرى التي يمكن توجيهها للحكم³.

يكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا في مواجهة جميع الخصوم، وهو غير قابل للمعارضة من جديد طبقا للمادة 331 من قانون الإجراءات المدنية.

طبيعة الخصومة أمام المحكمة في المعارضة:

يقيد تحديد طبيعة الخصومة أمام المحكمة في المعارضة في تحديد الآثار التي تنترب على المعارضة وهو أمر اختلف فيه الفقه⁴ والقضاء، ويحسم بها ما اختلف عليه الرأي في شأن اعتبار المعارضة خصومة جديدة من جميع النواحي عن الخصومة الأصلية التي صدر فيها الحكم الغيابي أم أنها مجرد امتداد لها وفي رأينا أن الخصومة في المعارضة هي امتداد للخصومة الأصلية مع فارق تبادل موقعي المدعي والمدعي عليه

ويعتبر رافع المعارضة مدعي في المعارضة وصاحب الدعوى الأصلية مدعي عليه في المعارضة.

يجب أن يتم التبليغ الرسمي للعريضة إلى كل أطراف الخصومة.

ولقد قضت المحكمة العليا في ذلك "تبليغ الحكم يجب أن يكون مصحوبا بنسخة رسمية أو مطابقة لأصله، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع يرفضوا المعارضة المقدمة من الطاعن ضد القرار الغيابي. اعتمادا على محضر الطرد المشار فيه أن الطاعن وجه له تنبيه، واعتبروا ذلك تبليغا صحيحا فإنهم بذلك للقرار الغيابي خرقوا القانون¹.

كما قضت "لما كان ثابت -في قضية الحال- أن القرار المعارض فيه لم يتوفر على بيان تقديم العرائض أو المذكرات أو الدفوع من قبل الطاعن أو محاميه، مما يحمل أنه صدر غيابيا، ولو أنه في منطوقه، أنه حضوري، وأن محضر تبليغه للطاعن قد تم على أساس أنه حضوري فإن قضاة الاستئناف بعدم قبولهم المعارضة شكلا، أخطئوا في تطبيق المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية و خرقوا أحكام المادة 166 من نفس القانون².

كما قضت "من المقرر قانونا أنه إذا لم يحضر المدعى عليه أو محاميه أو وكيله في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ يقضي في غيبته ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قاضي المحكمة الابتدائية أصدر حكمه حضوريا رغم عدم حضور المدعى عليه (الطاعن) فإن قضاة المجلس أيدوا الحكم المستأنف لديهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون³

1 العسماوي: ج 2. صفحة 824.

2 أبو الوفا: صفحة 806 هامش 1

3 العسماوي: ج 2 بند 1185- أبو الوفا بند 596 ص 808.

4 الشرفاوي بند 403. أحمد مستم. بند 640. محمد حامد فهمي بند 668.

1، المحلة القضائية 2/ 1994 ملف 54914 بتاريخ 1989/05/10

2، ملف رقم 52709 قرار بتاريخ 1988/10/02

3، المحلة القضائية 2/ 1993 ملف: 56031 بتاريخ 1988/10/05

الاستئناف

تعريفه والمحاكم التي يناط بها نظره:

الاستئناف طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى، يرفع إلى محكمة أعلى درجة من بين محاكم الدرجة الثانية بهدف تعديل الحكم أو إلغائه¹. ويسمى الطاعن بالاستأنف ويسمى المطعون ضده بالمستأنف عليه وتسمى محاكم الدرجة الثانية عموماً بالمجالس القضائية

والاستئناف هو الوسيلة التي يطبق بها المشرع عملاً مبدأ التقاضي على درجتين، بإتاحة الفرصة أمام المتقاضين للحصول على حكم أكثر عدالة، وهو لا يجوز إلا مرة واحدة تجنباً لإطالة أمد التقاضي ووضع حد للمنازعات، فأحكام الاستئناف لا تستأنف.

المادة 332: يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة.

الأحكام الجائزة استئنافاً

القاعدة هي جواز استئناف الأحكام الصادرة ابتداء:

تنص المادة 333 على "تكون الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف، عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

اتساقاً مع الحكمة من الاستئناف، فإن الأصل هو جواز قابلية أحكام محاكم الدرجة الأولى للاستئناف، ولكن المشرع قدر أن هناك بعض الدعاوى لا تستحق لضآلة قيمتها الاقتصادية أن يفصل فيها أكثر من مرة، فاكتمى بالنسبة لها بالتقاضي على درجة واحدة واعتبر الحكم الصادر فيها نهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، توفيراً لوقت القاضي وتجنباً لتعنّت الطاعن الذي قد لا ينبغي من طعنه في مثل هذه الحالة سوى الكيد لخصمه.

¹ انظر المادة 542 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد

(l'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré).

Vincent : éd 19. No. 599- Morel : No. 613- Grémieu : p.399.

وانظر الشرفاوي بند 404- أحمد مسلم: 641- رمزي سيف: بند 622- أبو هيف: بند 1195- محمد حامد فهمي: بند 673.

العشماوي: ج 2 بند 1193.

ولقد أورد المشرع حالات لا يقبل فيها الاستئناف وهي:

1- الأحكام الصادرة في الدعاوى ذات القيمة التي تقل عن مائتي ألف دينار:

وهذا ما نصت عليه المادة 33 بنصها "تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر

درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج).

إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000 دج)،

تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة، حتى ولو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو

المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة.

وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف "وهذا ما أكدته

المحكمة العليا" العبرة في تحديد قيمة النزاع لا بما يحدده الخبير أو يحكم به

القاضي بل العبرة بما يطلبه المدعي في مقاله الأخير¹.

كما قضت " إن القرار المطعون فيه الذي تمسك باختصاصه للفصل في

الاستئناف الذي أخطر به رغم أن المحكمة العليا سبق لها أن فصلت في

الاختصاص بإحالتها للدعوى أمام المحكمة وهو ما يعني أن الحكم الذي وقع نقضه

صدر ابتدائياً ونهائياً وبالضرورة يكون الحكم الصادر بعد الإحالة يحمل نفس

الوصف.

ومتى كان كذلك فإن قضاة المجلس يكونون قد ارتكبوا خطأ إجرائياً فادحاً لما

تمسكوا باختصاصهم للفصل في هذه الدعوى مما ينجر عنه النقض وبدون إحالة².

الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء

من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت ،

لا يقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، ما لم ينص

القانون على خلاف ذلك.

يتم الاستئناف في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع والحكم الفاصل في

موضوع الدعوى بموجب نفس عريضة الاستئناف.

¹ نشرة القضاة 2/ 1983 ملف 26132 بتاريخ 9 جوان 1982

² رقم القرار 235002 تاريخ القرار 2000/07/11

يترتب على عدم قبول استئناف الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، عدم قبول استئناف الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع¹.

ولقد قضت المحكمة العليا "الحكم التمهيدي -يعتبر في جزء منه موضوعيا- استئناف الحكم الابتدائي دونه يحول وإبطال الدعوى من طرف المجلس لصيرورته نهائيا.

إن الحكم التمهيدي القاضي بتقسيم المسؤولية بين الأطراف وتعيين خبير لتقدير العجز الذي أصاب الضحية، بالنظر إلى ما فصل فيه، يعتبر في جزء منه موضوعيا، وعدم استئنافه يكسبه حجية، الشيء المقضي فيه وتصبح بموجبه الحقوق التي حازها المستفيد منه ثابتة.

وإبطال الدعوى من طرف الجهة الاستئنافية حين النظر في استئناف الحكم الابتدائي الذي فصل في الرجوع بعد الخبرة يعد تجاوزا للسلطة ويستوجب النقض².

كما قضت "من المقرر قانونا أنه لا يجوز استئناف الحكم التمهيدي دون الحكم التحضيري قبل الحكم القطعي في الدعوى ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بتعيينهم الخبير لتصفية الشركة فإنهم فصلوا في وجودها ضمنيا وأضفوا على قرارهم صفة التمهيد ومن ثم فإنهم بحكمهم بعدم قبول الاستئناف قد خرقوا القانون³.

كما قضت "إذا كان من المقرر قانونا، أنه يجوز لقضاة الموضوع إثارة دفع تلقائي بعدم قبول استئناف في حكم تحضيري، فإنه ليس للمجلس القضائي تعديل قراره بعد قبول استئناف في حكم غير قطعي عن طريق التماس إعادة النظر إذا كان هذا القرار مخطئا في تكييف الحكم التحضيري المستأنف فإن ذهب إليه هؤلاء القضاة يعد تجاوزا في السلطة و القضاء بما لم يطلب⁴.

- مدى تعلق الاستئناف بالنظام العام:

من المسلم به، أنه حيث يقصر القانون النقاضي على درجة واحدة ضمنا حسن سير القضاء فيمنع الطعن في الحكم بالاستئناف سواء لصدور الحكم في

دعوى تدخل في حدود النصاب النهائي لمحكمة الدرجة الأولى، أو لمورود نص خاص يمنع الطعن فيه بالاستئناف رغم تجاوز الدعوى الصادر فيها لهذا النصاب، فإنه لا يجوز استئناف الحكم حتى ولو اتفق الخصوم على غير ذلك، لتعلق عدم جواز الاستئناف في مثل هذه الأحوال بالنظام العام، وإذا رفع الاستئناف وجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها برفضه.

شروط الاستئناف

تنص المادة 335 على "حق الاستئناف مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي حقوقهم. كما يحق للأشخاص الذين تم تمثيلهم على مستوى الدرجة الأولى، بسبب نقص الأهلية ممارسة الاستئناف إذا زال سبب ذلك.

ويجوز رفع الاستئناف من طرف المتدخل الأصلي أو المدخل في الخصام في الدرجة الأولى. يجب أن تتوفر المصلحة في المستأنف لممارسة الاستئناف".

شرط الصفة في الطعن: يقصد بشرط الصفة أن يكون الطاعن خصما في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.

وعلة اشتراط الصفة هي أن إجراءات نظر الطعن إنما هي مرحلة من مراحل الدعوى، إذا الفرد أنها مستمرة فيها، ومن ثم لا تجوز إلا بين خصومها¹، ومن ثم فإنه يقبل الطعن من وراث أحد أطراف الدعوى في الحكم الصادر في الدرجة الأولى كما أنه يجوز من كل الأشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي حقوقهم وسواء كانوا من طرفي الخصومة أو مدخلين في الخصام بشرط أن يكون لهم مصلحة في هذا الاستئناف

- شرط المصلحة في الطعن:

ويقصد بضرورة توافر المصلحة كشرط لقبول الطعن في الأحكام، حتمية أن يهدف الطاعن من وراء طعنه إلى تعديل الحكم فيما آخر به، ويأتي هذا الشرط تطبيقا لقاعدة رومانية قديمة تقضي بأن "المصلحة مناط الدعوى، ومفاد هذه القاعدة أنه لما كان الحق غير موجود بدون مصلحة، ولما كانت الدعوى هي وسيلة حماية هذا الحق، فإن

¹ المادة 334 من قانون الإجراءات المدنية

² ملف رقم 24509 قرار بتاريخ 1982/3/3

³ ملف رقم 482 قرار بتاريخ 1991/12/22 ص 97

⁴ مجلة القضائية 1989 ملف 33496 بتاريخ 1984/11/17

الدعوى لا يمكن أن توجد بغير مصلحة، فالمبدأ إذن هو أنه "حيث لا مصلحة فلا دعوى"، فإذا لم يكن هناك مصلحة في تعديل الحكم فلا يقبل طعنه فيه.

ويشترط في المصلحة المستقبلية، لأن الأمور المستقبلية يمكن توقعها على كل الفروض والاحتمالات ومن ثم لا تصلح أساساً للقول باكتساب الحق في الطعن، والعبارة في تحديد وقت توافر المصلحة للطاعن هي بتاريخ صدور الحكم المطعون فيه كقاعدة عامة، أو بتاريخ التقرير بالطعن.

كذلك يشترط في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة، وإن كان هناك كثير من الفقهاء يري أن شرط شخصية المصلحة إنما هو مرادف لشرط الصفة فما دام الطاعن ذو صفة فهو بطبيعة الحال ذا مصلحة شخصية ومباشرة

على أنه يستوي بعد ذلك أن تكون مصلحة الطاعن محققة أو محتملة، وتكون مصلحة الطاعن محققة إذا كان قبوله الطعن سيؤدي حتماً إلى تبرئة الطاعن وهو ما يتحقق في حالة الخطأ في تطبيق مواد القانون أو تأويله، وكان قبوله سوف يؤدي إلى تعديل الحكم لمصلحة الطاعن.

- وتكون المصلحة محتملة إذا وقع بطلان في الحكم المطعون فيه أو إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر فيه، إذا أن قبول الطعن لهذا الوجه يقتضي إعادة المحاكمة مرة أخرى أمام محكمة جديدة، وهو ما يفتح باب احتمالات عدة، ولذا اعتبرت المصلحة هذا محتملة.

- كذلك يستوي أن تكون المصلحة مادية أو أدبية، فكلاهما كاف لإثبات وجود المصلحة، شرط قبول الطعن بالحكم، ولكن يجب أن يراعى أن تكون المصلحة الأدبية جدية، وذلك أن الخصومة ليست نشاطاً أو مسرحاً للمناظرات وتبادل الآراء ووجهات النظر، بل هي نشاط يهدف إلى تحقيق نتائج عملية.

وهو ما حداً بالمشرع أن يفتح الباب لأشخاص لم يكونوا معنيين بالحكم في الدرجة الأولى ليكونوا أطرافاً في الخصومة في الدرجة الثانية أو ليطعنوا في حكم الدرجة الأولى إذا مس مصالحهم بنصه في المادة 338: يجوز للأشخاص الذين لم تكن لهم صفة الخصم أو لم يكونوا ممثلين في الخصومة أمام الدرجة الأولى، التدخل في الاستئناف إذا كانت لهم مصلحة في ذلك.

إذا تعلق الاستئناف بحكم صادر في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن بين الخصوم، لا يكون ذلك الاستئناف مقبولاً ضد أحدهم إلا إذا تم استدعاء بقية الخصوم لحضور الجلسة.

إذا كان موضوع الحكم غير قابل للتجزئة، أو صدر في التزام بالتضامن، فإن الاستئناف الذي يرفعه أحد الخصوم، يترتب عليه إدخال بقية الخصوم.

- شرط وجود محام :

وهو شرط استحدث في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وهو إلزامية تمثيل الأطراف بمحام عدا في قضايا شؤون الأسرة والقضايا الاجتماعية وهو ما نصت عليه المادة 538 والتي أعفت الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام¹.

- ميعاد الاستئناف :

وميعاد الاستئناف شأن مواعيد الإجراءات المدنية، ميعاد تحكيمي، راعي المشرع فيه الموازنة بين ضرورة إعطاء المحكوم عليه فرصة معقولة للتروي والتدبر قبل أن يقدم على الطعن في الحكم، وبين ضرورة التعجيل بحسم المنازعات وعدم إطالة أمد التقاضي.

وتسري على هذا الميعاد من حيث كيفية حسابه وامتداده بسبب العطلة أو المسافة وأثر القوة القاهرة، ما سبق أن ذكرناه من قواعد عامة تسري على مواعيد الإجراءات المدنية جميعها.

والأصل أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ تبليغ الحكم، ما لم ينص القانون على جريان الميعاد من تاريخ تبليغ الحكم أو من أي وقت آخر على نحو ما أوضحنا عند الكلام عن القواعد العامة في بدء مواعيد الطعن.

¹ المادة 538: تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك.

لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوباً في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال.

تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام.

ولقد نصت المادة 336 على تحديد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته ويمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة. ولقد قضت المحكمة العليا في ذلك حيث أنه يستفاد من دراسة أوراق الملف أن القرار الاستعجالي المعاد الصادر في 1999/11/03 عن الغرفة الإدارية لدى المجلس قضاء مستغاثم قد بلغ إلى المستأنف المدير الولائي للضرائب بولاية مستغاثم تبليغا صحيحا بتاريخ 1999/12/21 كما يصح من محضر التبليغ بالملف بتاريخ 1999/12/05 فطعن فيه عن طريق الاستئناف إلا في 2000/01/12 أي خارج الأجل القانونية¹.

كما قضت "متى كان من المقرر قانونا أنه يجب على الجهة القضائية التي تحال إليها الدعوى بعد النقض" أن تطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطع فيها المجلس الأعلى ومن المقرر كذلك أن جميع المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية تحتسب كاملة² ولذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد عدم التزام لما قضى به المجلس الأعلى وخرقا للقانون.

حيث أن النقض الصادر بتاريخ 11 ماي 1977 بني على مخالفة احتساب المواعيد³ وما كان على المجلس القضائي أن يخالف قرار الإحالة⁴ ومن ثم فإنه أهمل الالتزام بما قضى به المجلس الأعلى⁵ بعد أن كان قد نقض قراره من أجل نفس السبب لاحتسابه خطأ مهلة الاستئناف بالأيام وتحديدتها بثلاثين يوما كاملة⁶ والحال أن هذه المهلة تحتسب كاملة ويجب أن تعد من تاريخ إلى تاريخ بدون اعتبار اليوم الأول من التبليغ ولا اليوم الأخير من انتهائها ومتى خالف قضاء المجلس القضائي تطبيق قرار الإحالة وأحكام المادة 463 من (ق ا م) استوجب نقض القرار المطعون فيه².

وقضت "لا يسري أجل الاستئناف إلا بعد انقضاء أجل المعارضة وفي احتساب الأجل لا يدخل اليوم الأول من التبليغ ولا اليوم الأخير لكل من أجل المعارضة وأجل الاستئناف.

¹ رقم الملف : 004113 في الجلسة العلنية المعقدة بتاريخ 2001/12/04

² ملف رقم 22029 قرار بتاريخ 1981/05/16

¹ القضاة 2/ 1983 ملف 26243 بتاريخ 1982/11/10

² مجلة القضائية 1992/3 ملف : 66903 بتاريخ : 16 جوان 1990

³ ملف رقم 42359 قرار بتاريخ 1986/10/20

⁴ مجلة القضاة العدد 1990/3 ملف 51751 قرار بتاريخ 1988/11/21

⁵ رقم القرار 254572 تاريخ القرار 2000/10/18

حكم غيابي بلغ يوم 24 جويلية 1979 أجل المعارضة يبدأ يوم 1979/07/25 وينتهي يوم 03 أوت ويبدأ أجل الاستئناف من يوم 04 أوت 1979 إلى 04 سبتمبر 1979 رفع الاستئناف من يوم 04 سبتمبر 1979 يكون داخل الأجل¹.

كما قضت "من المقرر قانون استئناف الحكم الصادر من المحكمة يجب أن يرفع في مهلة شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم، وان هذه المهلة تسري سواء للمبلغ له على من قام بطلب التبليغ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضدها قامت بتبليغ حكم أول درجة إلى الطاعن بتاريخ 1984/01/25 في حين إنها لم تستأنف الحكم إلا بتاريخ 1984/03/21، فلن قضاة المجلس بقبولهم للاستئناف رغم قوات الأجل القانوني قد خرقوا القانون².

بإجراء تبليغ الحكم إلى المستأنف عليه بتاريخ 1984/01/25 وأن محضر التبليغ المؤرخ بهذا اليوم يشهد محرره انه تحدث مع المبلغ له (ح.ع) وأن المحضر المذكور تضمن تنبيهه بأن له حق الاستئناف خلال شهر من تاريخه ولو فرض انه استأنف الحكم المبلغ إليه بعد هذا التاريخ لكان غير مقبول منه والزوجة المبلغة كذلك فالأجل الذي حدده القانون لرفع الاستئناف ابتداء من يوم تسليم الحكم للخصم بطلب ما خصمه يسري على الطالب أيضا³.

كما قضت "من المقرر قانونا أن جميع المواعيد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية تحتسب كاملة و أن يوم بدايتها ونهايتها لا تحتسب ضمنها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون⁴.

كما قضت "إن القرار المطعون فيه الذي اعتمد على محضر الإنذار لاحتساب مهلة الاستئناف للحكم بعدم قبول الاستئناف شكلا جاء خرقا للقانون لأن محضر الإنذار لا يحل محل محضر التبليغ المطلوب قانونا بما يحويه من بيانات أساسية نص عليها القانون⁵.

كما قضت "من المقرر قانوناً أن تبليغ الحكم يكون مصحوباً بنسخة رسمية منه أو بنسخة مطابقة للأصل، ومن المقرر أيضاً أن مهلة الاستئناف تسري ابتداءً من تاريخ تبليغ حكم أول درجة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن جهة الاستئناف بعدم قبولها الاستئناف شكلاً لتقديمه مؤخراً اعتماداً على تأشيرة وردت بهامش نسخة حكم أول درجة مفادها أن الحكم بلغ بتعليقه في مشيخة المدينة دون استظهار النسخة الأصلية لوثيقة التبليغ تكونوا بقضائها كما فعلت خرقت القانون¹.

أثار الاستئناف

لا تقتصر وظيفة المجلس على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب، وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية، وإعادة طرحه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة ودفع، وأوجه دفاع، لنقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء.

وهو ما نصت عليه المادة 339 بنصها "تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون".

وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا حيث قضت "بتعيين على الجهة الاستئنافية عند حكمها بالإلغاء، التصدي للدعوى متى كانت مهينة للفصل فيها حسب ما تقتضيه المادة 109 م لأن الاكتفاء بإبطال الحكم دون تصديده، يعلق النزاع ويتركه دون فصل، وقرار المجلس الذي قضى بذلك، يشوبه البطلان ويستوجب النقض².

كما قضت متى كان من المقرر قانوناً أنه إذا ألغي الحكم المستأنف يجوز للجهة الاستئنافية التصدي للدعوى متى كانت مهينة للفصل فيها فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

إذا كان من الثابت أن القرار المطعون فيه نص على أن الحكم الغيابي بلغ تبليغاً غير قانوني ويعد باطلاً ولا أثر له طبقاً لمقتضيات المادة 98 من ق أ م فإن المجلس طبق القانون التطبيق الصحيح بخصوص قبول المعارضة في هذا القرار إلا أنه خرق أحكام المادة 109 من نفس القانون عندما قضى بإحالة الطرفين على التقاضي كما يشاء إن توجب عليه هذه المادة إما التصدي للدعوى متى كانت مهينة للفصل فيها وأما بإحالة القضية والطرفين على المحكمة والقضاء بما يخالف هذا المبدأ استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من قضاة المجلس الأعلى تلقائياً¹ من المقرر قانوناً أن المجلس القضائي إذا صرح بقبول الاستئناف شكلاً فإنه ملزم بالتصدي للحكم المستأنف¹ ومن ثم فإن مخالفة ذلك يعتبر خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت من منطوق الحكم (القرار) المطعون فيه أنه تضمن قبول الاستئناف شكلاً دون أن يتعرض لتأييد الحكم المستأنف أو إلغائه وذلك على الرغم من أن الأسباب تفيد أن القضاة يقصدون تأييده² فإنهم بهذا القضاء خرقوا المبدأ القانوني المنتقم².

فالاستئناف إذن، ينقل موضوع النزاع إلى المجلس كدرجة ثانية للتقاضي ليفصل فيه من جديد. وإنما يتم ذلك على ضوء القواعد الآتية:

أولاً: لا ينقل الاستئناف إلى الجهة الاستئنافية إلا ما استنفذت محكمة أول درجة ولايتها بشأنه:

ومبنى ذلك ضرورة احترام مبدأ التقاضي على درجتين. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بالطريق العادي دون إتباع طريق أمر الأداء قضاء لا تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها، من يتعين على محكمة الاستئناف عند إلغائها هذا الحكم، أن تعيد الدعوى لمحكمة أول درجة لنظر موضوعها³. كما قضت بأنه متى كانت محكمة أول درجة قد قبلت الدفع بعدم قبول الدعوى، فإنها لا تكون قد استنفذت ولايتها في نظر موضوع الدعوى، فإذا استأنف حكمها، وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا

¹ ملف رقم 36594 فرار بتاريخ 1985/06/15

² ملف رقم 34928 فرار بتاريخ 1985/03/06

³ نقض عدلي 23 مايو 1972 مجموعة النقض 23 ص 981 ق 153

¹ ملف رقم 43742 فرار تاريخ 1987/07/06 ص 139 م ق 90/4

² مجلة القضاة 1992/3 ج 16 ص 66903 تاريخ 16 جوان 1990

الحكم وبرفض الدفع، فإنه يتعين عليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه¹.

كما قضت وإذا رفعت الدعوى بطلبين أحدهما أصلي والآخر احتياطي، فقضت محكمة أول درجة بإجابة الطلب الأصلي وبالتالي لم تبحث الطلب الاحتياطي، واستؤنف حكمها، فقضت الجهة الاستئنافية بإلغاء الحكم في الطلب الأصلي، فإنه يتعين عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتتصل في الطلب الاحتياطي الذي لم تستنفذ ولايتها بشأنه.

أما إذا كانت محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بالحكم في موضوع الدعوى فإن من حق محكمة الاستئناف أن تتصدى لموضوع النزاع دون أن يعد ذلك منها تقويتا لدرجة من درجات التقاضي.

ثانيا: لا يجوز للجهة الاستئنافية الفصل في طلب جديد:

تنص المادة 341 على "لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، ما عدا الدفع بالمقاصة وطلبات استبعاد الادعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعة".

لأنه إذا كان لا يجوز للجهة الاستئنافية أن تنظر في طلب عرض على محكمة الدرجة الأولى و لم تستنفذ ولايتها بشأنه احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، فمن باب أولى لا يجوز أن يطرح على الجهة الاستئنافية طلب جديد لم يسبق عرضه على محكمة الدرجة الأولى.

ويعتبر الطلب جديداً إذا اختلف عن الطلب الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى في أحد الشروط التي يقوم عليها الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه وهي عند الفقه والقضاء التقليديين وحدة الخصوم²، ووحدة الموضوع ووحدة السبب. ولهذا، فإنه لا يجوز في الاستئناف إدخال من لم يكن خصماً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف سواء كان إدخاله بناء على طلب أحد الخصوم

¹ نفس مدني 6 يناير 1976 مجموعة النقص 27 صفحة 138 ق 38.

² وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المدعي دعواه لدى المحكمة الابتدائية بصفته الشخصية جاعلاً المحقوق التي يطالب فيها حقوقاً شخصية له وحكم في الدعوى ابتدائياً على هذا الاعتبار، فلا يقبل منه أمام محكمة الاستئناف أن يطالب بالحق صفتاً باطراً. نفس مدني 19 نوفمبر 1935 طعن رقم 39 لسنة 5 ق.

أو بناء على أمر المحكمة. كما لا يجوز لشخص من الغير أن يتدخل أمام الاستئناف تدخلاً اختصاصياً مطالباً بذات الحق موضوع الاستئناف أو أي حق آخر مرتبط به¹ وعلّة ذلك، أن إدخال شخص في الاستئناف بحرمة من إهدى درجتي التقاضي، وتدخله اختصاصياً حرماناً لطرفي خصومه الاستئناف أيضاً من درجة من درجتي التقاضي وهو ما لا يجوز.

أما إذا تطابق الطلب المعروف على الجهة الاستئنافية مع الطلب الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى خصوماً وموضوعاً وسبباً، فإن الطلب يكون هو نفسه، ولا يعتبر الفصل فيه تعرضاً لطلب جديد لم يسبق الفصل فيه.

ولا يخل بهذا التطابق مجرد المغايرة بين الطلبين طالما لم يمس ذلك جوهر الطلبين. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة العليا لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية.

حيث يعاب على القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس فصلوا في طلب جديد لم يكن محل المناقشة أمام المحكمة الابتدائية ذلك أن المطعون ضده اكتفى بطلب حقوقه أمامها وبعد أن رفضت دعواها استأنف الحكم طلب في عريضة الاستئناف إلزام المستأنف عليه بعدم التعرض له في الانتفاع بنصف السكن المتنازع عليه وتسليمه المفاتيح خرقاً للمادتين 5/41 و107 من ق.ا.م.

لكن حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المطعون ضده باعتباره دفاع في الدعوى الأصلية طبقاً لما نصت عليه المادة 107 من ق.ا.م والتي تنص صراحة على ما يلي: (لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية) وبالرجوع إلى قضية الحال فالأصل فيها كانت المطالبة بحقوقه يتفرع منها الحق بالمطالبة بعدم التعرض له في السكن المتنازع عليه ومن ثم فالوجه المثار في غير محله².

كما قضت "لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن طلب إيجار التسيير الحر قدم لأول مرة أمام المجلس ومن ثم فإن قضاة الاستئناف لما أيدوا هذا

¹ الوفاق بند 623 صفحة 152.

² ملف رقم 156882 قرار بتاريخ 1998/03/10

الطلب واعتبروا ان العلاقة بين طرفي النزاع غير قانونية يكونون قد خالفوا القانون¹.

كما قضت "والثابت في قضية الحال- أن نصيب الأب أهمل فعلا في الفريضة المقدمة من طرف الموثق والمصادق عليها من طرف المحكمة وأن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف دون الإجابة على الدفع المثار والخاص بنصيب الأب واعتباره طلبا جديدا، رغم أنه مستمد من الطلب الأصلي، فكان عليهم الأمر بإجراء فريضة أخرى تشمل كافة ورثة الهالك بما فيهم الأب، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض².

كما قضت " من المقرر قانونا أنه لا يعد طلبا جديدا الطلب المشتق مباشرة من طلب الأصلي في الدعوى والذي يهدف إلى غاية نفسها ولو كان مؤسسا على أسباب أو أسانيد مختلفة عنه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال- أن الطاعن لم يغير من موضوع الدعوى لكون الموضوع الذي تمسك به أمام الدرجة الثانية هو نفسه الذي طالب به أمام الدرجة الأولى ومن ثم فإن للقضاة الاستئناف لما صرحوا بأبطال الدعوى على أساس ان المستأنف غير من الموضوع الدعوى يكونوا قد خالفوا تطبيق القانون³.

كما قضت "يعتبر طلب الزوج برجوع زوجته لمحل الزوجية وطلب هذه الأخيرة للتطبيق أمام المجلس القضائي طلبين جديدين إذا كان موضوع الدعوى طلب الزوج التعويض لعدم امتثال الزوجة للحكم القاضي عليها بالرجوع لمحل الزوجية⁴.

بأنه إذا طلب أمام محكمة الدرجة الأولى تثبيت الملكية إلى قدر من الأرض محدد، ثم عدل هذا الطلب في الاستئناف إلى جزء شائع منها، فإن هذا لا يعد طلبا جديدا لتداخله في الطلب الأصلي وتبعيته له⁵.

1- يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حالة تغيير سببه والإضافة إليه (م 343).

فيجوز مثلا لمن طالب بملكية منزل على أساس الشراء، أن يطالب في الاستئناف بإثبات ملكيته للمنزل على أساس الميراث أو الهبة أو التقادم المكسب أو حجة وقف¹.

وأساس خروج المشرع في هذه الحالة القاعدة العامة، هو اختلاط سبب الدعوى بمجرد وسائل الدفاع فيها في صور عملية كثيرة، بحيث يتعذر التمييز من الناحية القانونية بين ما يعتبر سببا جديدا يترتب عليه اعتبار الطلب جديدا جديدا فلا يجوز قبوله في الاستئناف وبين ما يعتبر مجرد وسيلة دفاع أو حجة قانونية جديدة لا تؤثر على وحدة السبب في الطلبين ويجوز إبدالها في الاستئناف².

2- يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي الأجور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التي تتبع الأصل كالثمار التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى، وكذلك ما يزيد من التعويضات بعد تقدير هذه الطلبات (م 342). وأساس ذلك، أن هذه الإضافات وإن كانت تعتبر طلبات جديدة إلا أنها تابعة للأصل تقتضي الضرورة العملية قبولها استثناء حتى لا ترفع بها دعاوى جديدة فتعدد الدعاوى أمام القضاء، الأمر الذي يتقل كاهل القضاة والمتقاضيين.

وحتى تكتمل الفائدة من الاستئناف، أجاز المشرع للخصوم تقديم أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة أمام الجهة الاستئنافية وأوجب على المجلس أن ينظر الاستئناف (م 344) على ضوء هذه الأوجه الجديدة أيضا وليس على أساس ما قدم أمام محكمة أول درجة فحسب. وذلك بشرطين:

¹ المجلة القضائية 4/ 1991 ملف 63942 بتاريخ : 1990/02/24

² رقم القرار 200213 تاريخ القرار 1998/07/21

³ ملف رقم : 64361 قرار بتاريخ : 1990/12/4

⁴ المجلة القضائية 2/ 1989 ملف 42870 بتاريخ 1986/06/30

⁵ نقض مدني أول ديسمبر 1949 طعن رقم 6 السنة 18 ق.

¹ نقض مدني 22 مارس 1971 مجموعة النقض 22 صفحة 263 ق 58

² سامي كمال عبده مرجع سابق ص 222 وما بعدها

ألا يكون الحق في إيداء هذه الأدلة والدفع قد سقط أمام محكمة الدرجة الأولى¹. كما إذا سقط حتى الخصم في إنكار الورقة العرفية بتعريضه لموضوعها. وسقوط الدفع بعدم الاختصاص المحلي بإيداء أي دفع بعدم القبول أو بالتعرض لموضوع الدعوى.

ألا ينطوي الدفاع الجديد على طلب جديد لا يجوز تقديمه أمام الاستئناف. فإذا كان الدفاع الجديد لم يسقط الحق فيه لكونه دفاعا موضوعيا أو دفاعا شكليا يتعلق بالنظام العام، ولا ينطوي على طلب جديد يتمتع قبوله، جاز تقديمه أمام الجهة الاستئنافية وتعين عليها الفصل فيه.

ثالثا: ينقل الاستئناف النزاع إلى الجهة الاستئنافية في حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط (م 340):

فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو تسوء مركز المستأنف بالاستئناف المرفوع منه.

وعلى ذلك، فإنه إذا حكم ابتدائيا ضد المدعى عليه، فقبل بعض ما حكم به واستأنف الحكم بالنسبة للبعض الآخر، فإن ما قبله يحوز قوة الأمر المقضي به، ولا يجوز للجهة الاستئنافية التعرض له، وتقتصر سلطتها على الفصل فقط فيما رفع به الاستئناف. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض أنه إذا كانت مصلحة الضرائب قد دفعت ببطلان عريضة الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني فقضي الحكم الابتدائي في أسبابه المرتبطة بالمنطوق برفض هذا الدفع، فقبلت المصلحة هذا القضاء، وقصرت استئنافها لهذا الحكم على ما قضى به في الموضوع من سقوط حقها في المطالبة بأية ضريبة، فإن الدفع بالبطلان لا يكون مطروحا أمام محكمة الاستئناف ولو تعلق بالنظام العام.

وإذا طلب المستأنف إلغاء الحكم الابتدائي ورفض دعوى التعويض، فإنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف الحكم بإنقاص التعويض لأن ذلك يعتبر قضاء بما يجاوز الطلب.

وهو مأكد عليه المشرع في المادة 340 بنصه على "ينقل الاستئناف إلى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمنا أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها.

يمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض مقتضيات الحكم.

يتم نقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف إلى إلغاء الحكم أو إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة².

ولقد قضت المحكمة العليا "من المقرر قانونا أن الاستئناف هو الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الذي يشعر بالغبن من جراء حكم الدرجة الأولى ينقل القضية أو جوانب منها إلى جهة التقاضي الأعلى بغرض الحصول على إبطال أو إلغاء الحكم المطعون فيه.

ومن المقرر أيضا أنه بشأن الاستئناف المرفوع من أحد الأطراف فإن القرار الذي يصدر فعلا في الاستئناف ينصرف إليه وحده وأن حكم أول درجة يحوز قوة الشيء المقضي فيه تجاه الأطراف غير المستأنفة ومن المقرر كذلك أن إدخال طرف المستأنف ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بعدم قبول الاستئناف شكلا على أساس إدخال كان طرفا في الدعوى الأولى مخالفا للقانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

كما قضت "من المستقر عليه قانونا وقضاء أن الاستئناف هو الطعن الوارد من الخصم الذي يعتبر أن الحكم الصادر من الدرجة الأولى أضرب به ورفع القضية أو بعض نقاطها أمام الجهة القضائية الأعلى ليحصل على إبطال أو تعديل الحكم المستأنف ومن المقرر أيضا أن الاستئناف المرفوع من أحد الأطراف أثناء المرحلة الأولى لا يكون له أثر المرحلة الأولى إلا على المستأنف وحده ويكتسب الحكم الأول قوة الشيء المقضي فيه بالنسبة للأطراف الغير المستأنفين ومن ثم فإن المجلس في قضية الحال الذي قضى بعدم قبول الاستئناف شكلا بحجة عدم التكليف بالحضور كل الأطراف النزاع خالف

¹ المجلة القضائية 1991/4 ملف 49178 بتاريخ: 1989/03/20

القانون¹. كما قضت "من المبادئ المتفق عليها أن الاستئناف الذي يشمل كامل الحكم والذي فصل في الموضوع ينقل النزاع برمته إلى المجلس القضائي. يجب على هذه الجهة إذا ألغت الحكم المعاد أن تفصل في النزاع ولا يجوز لها أن ترده إلى قاضي الدرجة الأولى"².

يجوز عند الفصل في الجانب الشكلي، الطعن باستئناف ثان في نفس الحكم، في حالة الانتهاء الاستئناف الأول إلى قرار بطلان الإجراءات، شريطة عدم انقضاء ميعاد الاستئناف³.

الاستئناف المقابل والاستئناف الفرعي:

نكرنا أن الاستئناف ينقل النزاع إلى المجلس في حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط، وقلنا أنه يبنى على ذلك أنه إذا انطوى الحكم الابتدائي على شق لصالح المدعى عليه فطعن أحدهما في الحكم، فإن الاستئناف ينصب على الشق الضار به، أما ما قضى به لصالحه، فلا يعتبر مطروحا على الجهة الاستئنافية ما لم يرفع خصمه الآخر استئنافا مقابلا.

فالاستئناف المقابل هو الاستئناف الذي يرد به المستأنف عليه، عنى الاستئناف الذي رفعه المستأنف.

والاستئناف المقابل شأنه شأن الاستئناف الأصلي. يجب أن يتم في الميعاد ولو لم يسبق لرافعه قبول الحكم. لذا، فإن الاستئناف المقابل وإن كان ردا على الاستئناف الأصلي إلا أنه يعتبر مستقلا عنه.

غير أنه يحدث أن يرضي أحد الخصوم بالحكم فيقبله، أو يفوت ميعاد الطعن فيه، رغم انطواء الحكم في شق منه على قضاء ضده، اعتقادا منه برضاء خصمه بالحكم، فيفاجئه هذا الخصم بالطعن في الحكم بالاستئناف، عالج المشرع هذا الفرض فأجاز خروجاً على القاعدة العامة لمن قبل الحكم أو فوت ميعاد الطعن أن يرفع استئنافا فرعيا ردا على الاستئناف الأصلي الذي رفع عليه.

تنص المادة 337 على أنه "يجوز للمستأنف عليه، استئناف الحكم فرعيا في أية حالة كانت عليها الخصومة، ولو بلغ رسميا بالحكم دون تحفظ وحتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي.

لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول.

يترتب على التنازل في الاستئناف الأصلي عدم قبول الاستئناف الفرعي إذا وقع بعد التنازل".

فالاستئناف الفرعي إذن هو استئناف مقابل، ولكن لأنه مرفوع استثناء بعد قبول الحكم أو تفويت الميعاد استنادا للاستئناف الأصلي وتبعاً له، والذي يعتبر مبرر وجوده، سمي بالاستئناف الفرعي¹، فكل استئناف فرعي هو استئناف مقابل، ولكن ليس كل استئناف مقابل استئنافا فرعيا².

وعلّة جواز الاستئناف الفرعي وهي أن المستأنف عليه ما فوت على نفسه ميعاد الطعن وقيل الحكم إلا لاعتقاده برضاء خصمه بالحكم هذه العلة تنتفي إذا ما قبل المستأنف عليه الحكم بعد رفع الاستئناف الأصلي.

وقد قضت المحكمة العليا للمستأنف عليه أن يرفع استئنافا فرعيا في أية حالة كانت عليها الدعوى.

وتم فإن قضاة الاستئناف -وبعد إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة- قضوا بتخفيض قيمة التعويض الاستحقاق دون رفع استئناف فرعي من قبل المؤجر يكونون قد أساءوا تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب النقض³.

كما قضت "إن إثارة طلب إعادة النظر في طريقة حساب التعويض في شكل استئناف فرعي لا يشكل البتة طلبا جديدا وإنما يعد بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية يحق لصاحب المصلحة التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. ولما اعتبروا القضاة هذه الوسيلة كطلب جديد غير مقبول أمام جهة الاستئناف فإنهم يكونون قد خرقوا الإجراءات وعرضوا قرارهم للنقض⁴.

¹ أحمد مسلم: بند 651 صفحة 719

² رمزي سيف: بند 661- أبو الوفا: بند 626 صفحة 862.

³ مجلة قضائية 1997/2 ص 132 ملف 156933 بتاريخ: 1997/10/28

⁴ رقم القرار 247138 تاريخ القرار 2001/04/03

¹ مجلة القضائية 1993/2 ملف 54166 بتاريخ: 1989/04/16

² تنزه القضاة 2/ 1983 ملف 21.301 بتاريخ 1982/10/13

³ ملف رقم 306318 قرار بتاريخ 21/09/2005

كما قضت "أجل الاستئناف الفرعي المنصوص عليه في المادة 103 من قانون الإجراءات المدنية لا يخضع لميعاد محدد.

عن الوجه الأول: حيث أن التعي بهذا الوجه غير صحيح، ذلك أن الاستئناف الفرعي هو الذي يرد به المستأنف عليه في مواجهة المستأنف، يرفعه في أي حالة كانت عليها الدعوى طبقاً للمادة 103 من ق إ م نون أن يخضع لمواعيد معينة، لا سيما إذا كان لا يمكنه رفع استئناف أصلي عندما يكون قد بلغ الحكم أو الأمر بغير إيداء تحفظات أو إذا فاتته ميعاد الاستئناف الأصلي، وعليه يتعين رفض الوجه¹.

أما محكمة النقض المصرية فقضت "بأن طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف يعتبر قبولا منه ذلك الحكم يمنعه من إقامة استئناف فرعي بطلب تعديل الحكم المستأنف². وجواز أو عدم جواز الاستئناف الفرعي أمر يتعلق بالنظام العام للنقاضي، يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض³.

ولأن الاستئناف المقابل والاستئناف الفرعي كليهما رد على الاستئناف الأصلي فإنه لا يجوز رفعهما عن حكم غير الحكم الذي يتأوله الاستئناف الأصلي⁴. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كانت الطلبات في كل من الدعويين متميزة عن الأخرى سببا وموضوعا مما يجعل كلا منهما مستقلا عن الآخر، وكان لا يغير من هذا النظر قرار محكمة أول درجة بضم الدعويين إحداهما إلى الأخرى والنصل واحد لاتخاذ الخصوم فيهما، لما كان ذلك، فإنه يكون صحيحا ما قضت به الجهة الاستئنافية من عدم قبول الاستئناف الفرعي المرفوع عن الحكم الصادر في إحدى الدعويين لعدم رفع استئناف أصلي عن هذا الحكم.

وطالما رفع الاستئناف المقابل عن ذات الحكم الذي تتأوله الاستئناف الأصلي، فإنه لا يشترط أن ينصب الاستئناف المقابل على ذات الجزء من الحكم الذي رفع عنه الاستئناف الأصلي. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة

إجراءات الاستئناف:

الإجراء الذي يرفع به الاستئناف:

يرفع الاستئناف شأنه شأن الدعوى المبتدأة بعريضة تودع كتابة الضبط المجلس المرفوع إليه الاستئناف يراعي في تحريرها وما تشتمل عليه من بيانات ما يراعي في تحرير عريضة الدعوى¹. فضلا عن ضرورة اشتغالها على البيانات الخاصة بها وهي:

1- بيان الحكم المستأنف وتاريخه: ويقتضي ذلك: ذكر المحكمة التي أصدرت الحكم، ورقم القضية التي صدر فيها. والقصد من ذلك بيان الحكم المطعون فيه على نحو ناف للجهالة.

2- أسباب الاستئناف: أي الأوجه التي يستند إليها الطاعن في طعنه. والقصد من هذا البيان ضمان جدية الاستئناف. وقد ترك المشرع للمستأنف تقدير ما يرى بيانه في عريضة الاستئناف. وقد ترك المشرع للمستأنف تقدير ما يرى بيانه في عريضة الاستئناف من الأسباب التي يستند إليها في طلب إلغاء الحكم أو تعديله. وقد قضت محكمة النقض، بأنه لا يعيب عريضة الاستئناف اشتغالها على أوجه الدفاع التي سبق للمستأنف التمسك بها أمام محكمة أول درجة، والتي لم يأخذ بها الحكم المستأنف، لأن استناده إلى هذا الدفاع لا يجعلها خالية من الأسباب². وذكر أسباب الاستئناف لا يقيد المستأنف فله أثناء نظر الاستئناف أن يعدل عنها إلى غيرها أو يضيف إليها³.

3- طلبات المستأنف: لأن هذه الطلبات هي التي تحدد نطاق الاستئناف. ويترتب على إغفال أي بيان من هذه البيانات الثلاثة بطلان عريضة الاستئناف.

4- توقيع محام: والغرض من هذا البيان رعاية الصالح العام، وتحقيق الصالح الخاص للمتقاضين في ذات الوقت. لأن إشراف مثل هذا المحامي على تحرير عريضة الاستئناف من شأنه مراعاة أحكام القانون عند تحريرها. وبذلك

¹ و تطبيقاً لذلك. قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الغرض الذي رمى إليه الشارع من ذكر البيانات المتعلقة بأسماء الطاعنين وموطنهم - على ما جرى به قضاء

² نقض مدني ٧ مايو 1974 مجموعة النقض 25 صفحة 840 ق 127.

³ رمزي سيف: بند 643.

¹ ملف رقم 351303 قرار بتاريخ 2005/04/27

² نقض مدني 4 مارس 1965 مجموعة النقض 16 ص 237 ق 41.

³ نقض مدني 4 مارس 1965 سابق

⁴ نقض مدني 31 ديسمبر 1964 مجموعة النقض 15 صفحة 1248 ق 180.

الطعن بالنقض

هو طريق غير عادي بطعن به في الأحكام النهائية أمام المحكمة العليا وذلك بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون. والأصل أن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام محكمة النقض للفصل فيه من جديد كما هو الحال بالنسبة للاستئناف وإنما تقتصر سلطة المحكمة العليا على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها دون أن تطبقها عليه ودون أن تفصل في موضوعه، وهي لذلك إما أن تحكم برفض الطعن أو تحكم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه، وفي هذه الحالة لصاحب الشأن من الخصوم أن يوالي النزاع من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه. وهذه القاعدة مطلقة في القانون الفرنسي¹.

الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض

يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف سواء كانت أحكام صادرة في الموضوع أو قبل الفصل في الموضوع، وسواء كانت أحكاماً وقتية أو مستعجلة.

وهو ما أكدته المادتان 349 و 350 من قانون الإجراءات المدنية بنصها

1- تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية.

2- تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنتهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر.

يستوي أن يكون الحكم صادراً موضوعياً، أم في طلب وقتي، أم في مسألة متفرعة عن النزاع، سواء أكانت متصلة بإثبات الدعوى أم بسير الإجراءات.

تنقطع المنازعات التي كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوي الشأن¹ لذا، فإن هذا التوقيع يتصل بالنظام العام وواجب المراعاة. وعلى المحكمة ملاحظة من تلقاء نفسها، بحيث يترتب على إغفاله بطلان عريضة الاستئناف². على أنه يجوز تصحيح هذا البطلان باستيفاء التوقيع في الجلسة خلال ميعاد الاستئناف³.

¹ على أنه تجدر ملاحظة أنه لا يشترط أن يكون الخاطي الذي وقع على الصحيفة هو نفسه سحرها، فيكفي توقيعه. ذلك أن مجرد توقيعه يحقق الغرض من هذا البيان.

نقض مدني 20 ديسمبر 1988 رقم 75 لسنة 56 ق.

² نقض مدني 16 أبريل 1970 مجموعة النقض 21 صفحة 646 ق 103.

نقض 20 فبراير 1972 بحجم عن النقض 24 صفحة 282 ق 49. استئناف مصر أكتوبر 1946 مج 48 ص 125 ق 61. استئناف مصر

15 أبريل 1947 مج 48 ص 693 ق 309.

³ نقض مدني 16 أبريل 1970 ساحة الإشارة إليه.

مع ملاحظة أن الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة برمتها أمام المحكمة لا تقبل الطعن المباشر إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة أمام المحكمة.

كما يجوز الطعن في أي حكم نهائي أيا كانت المحكمة التي أصدرته إذا كان فاصلا في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي.

و إذا حكم بسقوط الخصومة في الاستئناف وصار الحكم الابتدائي نهائيا فلا يجوز الطعن فيه بالنقض لأن طريق الطعن العادي لم يستتفد كما أن ميعاد السقوط يجب ميعاد النقض.

كما يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الغيابية. و الطعن بطريق النقض لا يترتب عليه اعتبار الأحكام الصادرة قبل الحكم المطعون فيه مطروحة بقوة القانون على المحكمة العليا. حيث لا يوجد نص يجيز ذلك كما هو الحال بالنسبة للمادة 339 في الاستئناف. ولقد قضت المحكمة العليا "إذا كان مؤدى نص المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية هو أن المجلس الأعلى يختص بالحكم في الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من المجالس القضائية ومن ثم فإنه يستنتج من هذا النص أن الأحكام التحضيرية لا يمكن أن تكون موضوع الطعن بالنقض.

ولما كان ثابتا أن القرار المطعون فيه أيد قرارا غيابيا أمر بإجراء خبرة في دعوى العبن في بيع عقار متنازع فيه فإن هذا القرار يعد تحضيريا وليس له الطابع النهائي المنصوص عليه في المادة 231 ق أ م مما يترتب عليه عدم قبول طلب الطعن بالنقض 1.

كما قضت " من المقرر قانونا أنه تختص المحكمة العليا بالحكم في الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية و عن المحاكم بجميع أنواعها .

ومن الثابت في قضية الحال أن القضية موضوع النزاع لا تدخل ضمن الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 2 من قانون الإجراءات المدنية و أن شهادة عدم الاستئناف المحتج بعدها لا تكسب الحكم الصفة النهائية بمفهوم المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية و إنما تجعله قابلا للتنفيذ فقط و حائزا لقوة الشيء المقضي فيه الأمر الذي لا يسمح الطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا 1.

كما قضت " متى حدد القانون طبيعة القرارات الصادرة من المجلس القضائية ، التي أجاز فيها الطعن بها بقرار مستقل في الاختصاص ، فليست كل القرارات قابلة للطعن فإن القرار الذي يعين خبيرا لإجراء فحص طبي على شخص الضحية في قضية ضرب و جرح عمديين من القرارات التي لا تخضع للطعن بالنقض باعتباره قرار تمهيديا وليس من ضمن القرارات المنصوص عليها في المادة 495 من قانون الإجراءات الجزائية 2 .

ملاحظة : طبقا للمادة 352 من القانون : لا يقبل الطعن في ذات الوقت بالتماس إعادة النظر في الأحكام والقرارات المطعون فيها بالنقض.

وهو ما قضت به المحكمة العليا "من المقرر قانونا أن طريقي الطعن بالنقض و التماس إعادة النظر ، طريقتان لا يجوز إتباعهما على التوالي أو بالتوازي ، ذلك أن القرار الذي رفض الطعن فيه لا يحول دون رفع التماس إعادة النظر فيه ، إذا ما توفرت شروطه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان قضاة الاستئناف، قد قضوا بأن الطعن على العموم يحول دون رفع التماس إعادة النظر، فإنهم بذلك قد أخطئوا في تطبيق القانون 3

¹ قرار رقم 155172 بتاريخ 1996/03/20

² ملف رقم 25089 قرار بتاريخ 1983/04/807

ملف رقم 38500 قرار بتاريخ 1985 / 12 / 07

في آجال الطعن بالنقض

يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا يقع شخصياً .

و يمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة 3 أشهر ، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار .

لا يسري أجل الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الغيابية ، إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة .

يترتب على تقديم طلب المساعدة القضائية ، توقيف سريان أجل الطعن بالنقض أو أجل إيداع المذكرة الجوابية .

يستأنف سريان أجل الطعن بالنقض ، أو أجل إيداع المذكرة الجوابية للمدة المتبقية ، ابتداء من تاريخ تبليغ المعني بقرار مكتب المساعدة القضائية بواسطة رسالة مضمنة مع إشعار بالاستلام .

ولقد قضت المحكمة العليا " طعن - رفعه قبل انقضاء مهلة ثلاثة أشهر - سابق الأوان - رفضه عند استعراق الدعوى القضائية الأجل المذكور مع سكوت الإدارة - خطأ في تفسير أحكام المادة 169 مكرر من ق ا م

إذا كان مؤدى نص المادة 169 مكرر من ق ا م أن الطعن المرفوع قبل انقضاء مهلة ثلاثة أشهر لسكوت الإدارة يعتبر طعناً مرفوعاً قبل أوانه' و من ثم فإن سكوت الإدارة لا يعتبر قراراً ضمناً إلا بعد انتهاء اليوم الأخير من هذا الأجل .

إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن المجلس الشعبي البلدي أكد بمقتضى رسالة في رده على الطعن المرفوع لديه أنه طلب من مصلحة أملاك الدولة تقييم و تقدير التعويض المستحق للمنح للطاعنين' و من ثم فإن هذا الجواب لا يقطع فترة سكوت الإدارة المقررة قانوناً لعدم تضمنه جواب لا بالرفض الضمني و لا

بالقبول الصريح' و هو لذلك لا يقطع الأجل القانوني المتصوص عليه في أحكام المادة 169 مكرر من ق ا م .

وبناء عليه ، فإن المجلس القضائي رفض عريضة الطعن على أساس إيداعها قبل الأوان ، تجاهل أحكام المادة المشار إليها أعلاه وخطأً عندما قضى بذلك ، عرض قراره للإلغاء1 ..

أسباب الطعن بالنقض

- وردت الأسباب التي يجب بناء الطعن بالنقض عليها في القانون على سبيل الحصر و التحديد، وهي أسباب متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها أو القياس عليها .

وهذه الأسباب وردت في نص المادة 358 وهي :

لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ،

2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات ،

3- عدم الاختصاص ،

4- تجاوز السلطة ،

5- مخالفة القانون الداخلي ،

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ،

7- مخالفة الاتفاق يات الدولية ،

8- انعدام الأساس القانوني ،

9- انعدام التسبيب ،

10- قصور التسبيب ،

11- تناقض التسبيب مع المنطوق ،

12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار ،
13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة ، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى ، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ ، وإذا تأكد هذا التناقض ، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول ،

14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً ، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ، ويجب توجيهه ضد الحكمين ، وإذا تأكد التناقض ، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا ،

15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار ،

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب ،

17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية ،

18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية .

وأن كان قانون الإجراءات المدنية السابق قد حدد أوجه الطعن وأسبابه في المادة 233 في 6 حالات فقط 1

فلاحظ أن القانون الجديد قد قام بإثراء الأسباب التي يستند عليها الطعن بالنقض بأنه قد قام بتفصيل الأسباب السابقة ومن ذلك يتضح أن المحكمة العليا وهي المشرفة على صحة تطبيق القانون فهي تقوم بتقرير المبادئ القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل، و تثبت القضاء بشأنها و توحده. و لهذا ترفع أسباب الطعن بالنقض إلى أصل واحد هو مخالفة القانون بمعناه العام والتي تتغير تفصيلاً .

ذكرنا أن الأسباب التي يجب بناء الطعن بالنقض عليها في القانون وهي أسباب متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها أو القياس عليها. و يجب بناء الطعن إما عليها مجتمعة أو على واحد منها على الأقل و إلا كان الطعن غير مقبول شكلاً.

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات:

ويقصد بمخالفة قاعدة جوهرية وجود أخطاء إجرائية أدت إلى بطلان هذا الحكم. مثال ذلك النطق به في جلسة سرية، أو خلوه من الأسباب أو عدم اشتمال ورقته على البيانات الواجبة أو صدوره من قاضي لم يسمع المرافعة.

أما بطلان الإجراءات التي بنى عليها الحكم فمثاله صدور الحكم في خصومة منقطعة، عدم احترام حقوق الدفاع، بطلان عريضة الدعوى، عدم احترام مبدأ التقاضي على درجتين أو عدم احترام التشكيلة.... الخ

ولقد قضت المحكمة العليا " إذا كان الثابت في قضية الحال -أن قضاة المجلس القضائي لم يحتاطوا لتطبيق أحكام قرار الإحالة ، فيما يتطلبه من ضرورة التشكيل المعايير بعد النقض والإحالة أمام نفس المجلس ، إذا تبين أن المستشار الذي شارك في القرار الأول ، عاد ثم شارك في القرار الثاني ، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا إجراءات جوهرية في القانون 1."

¹ المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية السابق : الطعن بالنقض لا يبني إلا على أحد الأوجه الآتية :

1- عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة

2- مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات

3- انعدام الأساس القانوني للحكم

4- انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب

5- مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون اجنبي متعلق بالأحوال الشخصية

6- تناقض الأحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة

كما قضت " إذا كان من الثابت - في قضية الحال - أن أحد المستشارين بالمجلس القضائي ، كان قد ساهم بعضويته في تشكيل المجلس بإصدار القرار المطعون فيه ، و كان هذا المستشار قد فصل في الدعوى الابتدائية بصفته رئيس محكمة الدرجة الأولى ، فإن المجلس القضائي يفصله في الدعوى الاستئنافية على هذا النحو وبموقفته على الحكم المستأنف لديه خرق قواعد جوهرية في الإجراءات¹ .

كما قضت "متى نصت المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية أن الأحكام المجلس القضائي تصدر من ثلاثة أعضاء ومن ثم فإن القرار الصادر من عضوين يعد خرقاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال ان تشكيلة المجلس و حسبما هو منصوص عليه في القرار المطعون فيه تتكون من الرئيس المقرر و مستشار واحدة فإنه بقضائه كما فعل خرق القواعد الجوهرية في الإجراءات² .

كما قضت " إذا كان الثابت في قضية الحال - أن قضاة المجلس القضائي لم يحتاطوا لتطبيق أحكام قرار الإحالة ، فيما يتطلبه من ضرورة التشكيل المغاير بعد النقض والإحالة أمام نفس المجلس ، إذا تبين أن المستشار الذي شارك في القرار الأول ، عاد ثم شارك في القرار الثاني ، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا إجراءات جوهرية في القانون³ . كما قضت " من المقرر قانوناً أن الترتيب الزمني المتعاقب لإجراءات تلاوة التقرير في جلسة المرافعات ووضع القضية في المداولة وتحديد جلسة النطق بالقرار تعتبر من القواعد الجوهرية للإجراءات، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة صريحة للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن المستشار المقرر تلا تقريره المكتوب في نفس اليوم الذي صدر فيه القرار يعد مخالفة صريحة للمادتين 140 و 142 من ق.ا.م، فإن المجلس القضائي بقضائه، كما فعل، خرق القواعد الجوهرية في الإجراءات¹. كما قضت " أو بطلان الإجراءات لبطلان التكليف بالحضور وبذا قضت المحكمة العليا " من المقرر قانوناً أن الشخص لا يعتبر متغيباً عن الحكم ويحكم عليه بهذه الصفة إلا إذا توصل بالاستدعاء أو افترض علمه بالدعوى المرفوعة عليه ، إتباعاً للقواعد المنصوص عليها في المادة 22 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الجوهرية للإجراءات².

من المقرر قانوناً أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفاً فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ومن المقرر أيضاً أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة و أهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقواعد الجوهرية في الإجراءات³

2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات ،

ونقصد بهذه الأشكال وهي أشكال نص عليها المشرع من أجل ضمان محاكمة عادلة من ضمن تلك الأشكال ترتيب الإجراءات والتكليف بالحضور متى كان من المقرر قانوناً أنه إذا قبل المجلس الأعلى الطعن ، بنقض القرار المطعون فيه أو جزءاً منه ويحيل الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت القرار المنقوض مشكلاً تشكيلاً آخر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً

¹ أجلة القضائية العدد 1989/4 ملف رقم 34143 قرار بتاريخ 1985/04/03

² ملف رقم - 44605 قرار بتاريخ 1987/02/09

³ أجلة القضائية 89/4 ملف رقم 22267 قرار بتاريخ 1981/5/11

¹ ملف رقم 46192 قرار بتاريخ 1988/11/23 ص 12

² الملف رقم 46757 قرار بتاريخ 1987/12/07

³ أجلة القضائية العدد 1990/3 ملف 52039 تاريخ 1989/04/05

من المبادئ المستقر عليها قضاء مبدأ تفريد الدعوى الذي يوجب خاصة إذا كانت مبنية على أسباب مختلفة أن يتقاضى كل مدعى بصفة فردية ضمانا لحسن سير العدالة²

كما قضت " حيث أنه فعلا من المستقر قانونا وقضاء أحادية الدعوى هو المبدأ أما الدعوى الجماعية فهو الاستثناء طالما توفرت فيها شروط أحادية المصلحة والسبب بين أفراد الجماعة والحال في القضية أن تلك الشروط غير واردة في الدعوى مما يتعين القول أن قاضي الموضوع قد أهمل هذه القاعدة التي كان الطاعن قد دفع بها ومن ثم يستوجب نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة 3 .

كما قضت " إن القانون يوجب تحديد عناصر الطلب القضائي التي تتكون من عنصر الأشخاص والموضوع والسبب تحديدا نافيا للجهالة وإن خلو الدعوى من أحد هذه العناصر يترتب عنه بطلان المطالبة القضائية ولما قضى قضاة الموضوع في الدعوى الراهنة برفض الدعوى في الحال لعدم تحديد موضوع الطلب القضائي مما يعرض قرارهم للنقض⁴ .

كما قضت " والمستفاد من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لما اعتبرت الطلب المقدم من الطاعنة حول عدم تبليغ ملف الموضوع دفعا دون أي تعليل، فإنها قد أخطأت، لأن الطلب المقدم إليها يعتبر طلبا أو إجراء من الإجراءات التحضيرية المتعلقة بسير الجلسة وفي نفس الوقت بالدعوى ومن ثم فإن ذلك يعد مخالفة لقاعدة في مما يترتب عنه النقض 5

3- عدم اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم بصورة مطلقة:

ويجب لإعمال هذا السبب من أسباب النقض - وفقا لأحكام محكمة العليا الجزائرية أن يكون القرار أما صادر عن محكمة أو مجلس غير مختص نوعيا كما هو محدد في المواد 32 وما بعدها من القانون

ولقد قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن الاختصاص النوعي لا يتعلق بشخص القاضي الذي يرأس الجلسة وإنما يتعلق بنوع الدعوى ومن ثم فإن وجود دعوى إيجار ضمن الدعوى المقضي ضمنها لا ينزع عن القاضي المدني اختصاصه ولما كان الأمر كذلك ' فإن النعي على القرار المطعون فيه في الوجه المأخوذ من خرق أشكال جوهرية للإجراءات باعتبار أن إحدى الدعاوي من اختصاص قسم الإيجار ولا يرأسها نفس القاضي الذي أمر بضم ثلاث قضايا ' كان في غير محله ويتعين القضاء برده¹ .

كما قضت " المستبان من القرار المطعون فيه أن النزاع تم الفصل فيه نهائيا بإجراء خبرة فيه و بالتالي لا يمكن لقضاة المجلس في دعوى الرجوع بعد خبرة أن يصرحوا بعدم الاختصاص النوعي بعدما تمسكوا باختصاصهم و فصلوا في الطلب مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض² .

كما قضت " متى كان من المقرر قانونا أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ، فإن استئناف الأمر بإجراء خبرة باعتباره حكما تحضيريا يكون مقبولا رغم مقتضيات أحكام المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية والمتعلقة بالأحكام التحضيرية ، وأن قضاة الاستئناف المخاطرين بفعل الدفع لا يعد طلبا جديدا طبقا لمقتضيات المادة 107 من نفس القانون .

¹ ملف رقم 33528 قرار بتاريخ 1985/04/03

² رقم القرار 212487 تاريخ القرار 2001/04/10

¹ ملف رقم 22267 قرار بتاريخ 1981/5/11

² ملف رقم 47870 قرار بتاريخ 1988/06/27

³ لجنة القضائية 2 / 1997 قرار 153115 بتاريخ 1997/12/09

⁴ رقم القرار 246329 تاريخ القرار 2001/04/03

⁵ ملف رقم القرار 181927 تاريخ القرار 1999/12/07

-إذا كان المجلس قد أخطأ في تطبيق المادتين 106 و107 من ق أ م وخرق مقتضيات أحكام المادة 93 من نفس القانون، فإن ما قضى به من أحكام مخالفة يترتب عليه نقض القرار وإبطاله¹.

كما قضت " إن مديرية الحماية المدنية تعتبر مؤسسة عمومية وتخضع في معاملاتها الخاصة بتسيير شؤونها العامة للقضاء الإداري وأن الصفقة التي أبرمتها مع المطعون ضده موضوع النزاع تعتبر صفقة عمومية أبرمتها في إطار اختصاصها الإداري وتخضع المنازعات المتعلقة بشأنها للقضاء الإداري وليس لاختصاص القضاء العادي ومتى تجاهل القرار المنتقد قواعد الاختصاص النوعي فإنه يكون معرضاً للنقض².

أو تكون المحكمة أو المجلس الذي أصدر الحكم أو القرار غير مختص محلياً إذا كان من الثابت أن النزاع بين الطرفين يتعلق بإعادة النظر في سعر الإيجار و يطالب برفعه، و كان قاضي محكمة الدرجة الأولى قد استجاب لهذا الطالب، غير أنه على إثر استئناف المطعون ضده لهذا الحكم فإن المجلس القضائي قضى بإبطال دعوى الطاعنة في الحال بدعوى أن النزاع من اختصاص القاضي التجاري فإنه بهذا القضاء خالف أحكام المبدأ المذكور و تجاهل اختصاصه الشامل و هيمنته على جميع القضايا بصرف النظر عن طبيعتها مدنية أو تجارية³.

كما قضت " إن القرار المطعون فيه الذي تمسك باختصاصه للفصل في الاستئناف الذي أخطر به رغم أن المحكمة العليا سبق لها أن فصلت في الاختصاص بإحالتها للدعوى أمام المحكمة وهو ما يعني أن الحكم الذي وقع

نقضه صدر ابتدائياً ونهائياً وبالضرورة يكون الحكم الصادر بعد الإحالة يحمل نفس الوصف.

ومتى كان كذلك فإن قضاة المجلس يكونون قد ارتكبوا خطأ إجرائياً فادحاً لما تمسكوا باختصاصهم للفصل في هذه الدعوى مما ينجر عنه النقض وبدون إحالة¹.

كما قضت " ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن حادث المرور الذي يشكل شبه مخالفة والذي تضرر منه الطاعنة وقع في دائرة اختصاص محكمة سكيكدة فإن قضاة الموضوع الذين حكموا بعدم الاختصاص المحلي قد خالفوا القانون²

كما قضت " من المقرر قانوناً ان دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقرر الزوجية ومن المقرر أيضاً ان تطليق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفاً للأحكام الشرعية الإسلامية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدئين يعد خرقاً للقانون³.

كما قضت " من المقرر قانوناً ان دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع دائرة اختصاصها مسكن الزوجية⁴. كما قضت " من المقرر قانونياً أنه يجب إطلاع النائب العام على القضايا التي تتضمن دفعا بعدم الاختصاص في نزاع يتعلق بصلاحية الجهة القضائية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنين دفعوا بعدم الاختصاص باعتبار أن الأرض موضوع نزاع أرض عروضية، فإن قضاة الاستئناف الذين

¹ رقم القرار 235002 تاريخ القرار 2000/07/11

² المجلة القضائية 1992/3 ملف: 79116 بتاريخ: 1999/03/02

³ ملف 56249 بتاريخ: 1989/11/27

⁴ ملف رقم 34967 قرار بتاريخ 1986/01/13

¹ المجلة القضائية 89/1 ملف 31432 بتاريخ 1983/05/30

² رقم القرار 200572 تاريخ القرار 1999/10/12

³ ملف رقم 36408 قرار بتاريخ 1985 / 04 / 06

قضىوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد برفض الدعوى لعدم الاختصاص
نون عرض ملف القضية على النيابة العامة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا
القانون 1 .

3- تجاوز السلطة

يقصد بعيب تجاوز السلطة خروج الحكم عن ما هو مطلوب منه أو الحكم بشكل
مخالف للقانون أو الحكم بالاختصاص .

ولقد قضت المحكمة العليا في ذلك طلب تعديله -تغييره تجاوز السلطة . إذا كان
القانون قد عرف العقد بأنه شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا
باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد
خرقا للقانون وتجاوزا للسلطة .

-إذا كان موضوع الطلب أمام مجلس الفصل في قضية الطرد من السكن الذي
يملكه المدعي فإن المجلس بفصله في صحة عقد إيجار يربط المدعي بديوان
السكن المعتدل الكراء ، الذي لم يكن طرفا في النزاع ، خرق القانون وارتكب
هفوة تجاوز السلطة 2 .

كما قضت " من المقرر قانونا أن القرار الذي لا يستجيب لما قدم من أدلة وما
أبدى من طلبات فإن القرار يكون مشوبا بعدم التعليل الكافي وبالقصور في
التسبيب . ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس القضائي بإبطال
الشفعة دون المطالبة بها وتعيين خبير بالقيام بمحضر التركة وتقسيمها يكون قد
تجاوز سلطته وعرض قراره لعدم التعليل الكافي 3 .

كما قضت " من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا
تمس أصل الحق و من المقرر قانونا أيضا ان تدخل قاضي الاستعجال يعد

ضروريا لوضع حد لتعدي مالك المحل التجاري في استيلاء على قاعدة مؤجرة
للغير بصورة قانونية ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن
من تجاوز السلطة و عدم الاختصاص غير سديد و يتعين رفضه 1 .

كما قضت "متى كان من المستقر عليه قضاء أن سلطة مراقبة أعمال
الإدارة تعود للقضاء الإداري فإن قضاة الاستئناف - في قضية الحال -
الذين أبعثوا تطبيق القرار الصادر عن رئيس دائرة المرسى الكبير
الذي ألغى القرار الذي منح سابقا السكن الممتازع عليه للمدعى عليه
راقبوا بقضائهم كما فعلوا قانونية قرار صادر عن سلطة إدارية
متجاوزين بذلك السلطة الممنوحة لهم 2 .

كما قضت " حيث انه يستنتج من المادة 66 من قانون الصفقات العمومية بان
النظام المالي للصفقة يتم بواسطة دفعات مسبقة أو دفعات تحت الحساب أو
تسديدات للرصيد .

حيث أن المادة 67 من نفس القانون تحدد التسبيق على انه كل المبلغ مدفوع
قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد .

حيث انه يستخلص من هاتين المادتين بان التسبيقات التي تلقاها الطاعن تدخل
في إطار الالتزامات التعاقدية للطرفين في صفقة عمومية .

حيث انه نتيجة لذلك فان إخلال احد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه الا
من قبل القاضي الإداري وهو القاضي الطبيعي للإدارة و خاصة في هذه
الأيام 3 .

كما قضت " من المقرر - و على ما جرى به قضاء ثابت - استحالة سحب
القرار الإداري الصحيح الذي تتخذه السلطة و يكون منشئا لحقوق و من ثم فإن

¹ ملف رقم : 32135 قرار بتاريخ : 1985/03/09

² المجلة القضائية 1993/2 ملف : 73992 بتاريخ : 1991/07/08

³ رقم الملف 47186 قرار بتاريخ 1990/01/18

¹ المجلة القضائية 1990/4 ملف 53320 بتاريخ : 1989/11/15

² المجلة القضائية 89/1 ملف رقم 29500 قرار بتاريخ 1983/02/07

³ ملف 58037 بتاريخ 1990/01/08

القرار البلدي الملغي لرخصة البناء لمجرد إدعاء بوجود نزاع في الملكية يعد قراراً مشوباً يتجاوز السلطة.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المتخذ من رئيس المجلس الشعبي الذي منح بمقتضاه للطاعن رخصة البناء. يكتسي الصيغة التنفيذية و يترتب حقوقاً للمستفيد منه و الذي دون أن يكون مشوباً بأية مخالفة سحب فإن الطاعن كان على صواب عند تمسكه ببطلان القرار المطعون فيه التجاوز في السلطة¹.

5 مخالفة القانون في تطبيقه أو تفسيره:

ويقصد بمخالفة القانون عدم تطبيق نص واجب التطبيق، أما الخطأ في تطبيق القانون فهو أعمال النص على حالة لا ينطبق عليها، أما الخطأ في تأويل القانون فهو الخطأ في تفسيره وفهم معناه.

تقتصر المحكمة العليا عند الطعن بالنقض على مجرد إعادة النظر في الأحكام من ناحية صحة تطبيقها للقانون أو مخالفته، دون أن تعيد نظر الموضوع، و لذا هي لا تعتبر بمثابة درجة ثالثة من درجات النقاضي، و إن كان يترتب على نقض الحكم بسبب مخالفته للقانون إعادة نظر الموضوع .

وقد يترتب الخطأ في القانون عند تحديد الوقائع الصحيحة في الدعوى، أو عند وصف هذه الوقائع الثابتة الوصف الذي يعطيه القانون لها، أو عند أعمال القانون بعدئذ لاستخلاص الآثار التي يربتها و يحددها في الدعوى القائمة. وقد يترتب الخطأ عن تفسير القانون في أية حالة من هذه الأحوال.

ومن أمثلة الخطأ في تطبيق القانون، في الحالة الأولى، أن يكون القاضي قد خالف طرق الإثبات المقررة في القانون، أو اعتمد واقعة بغير سند لها في ملف الدعوى، أو استبعد وقائع ظاهرة الصحة دون أن يبين أسباب الاستبعاد، أو

استخلص من الوقائع نتائج غير مقبولة عقلاً، أو اعتد بعلمه الشخصي، واستبعد نتائج يجب أن تترتب على الوقائع الثابتة بطريق اللزوم و الاقتضاء، أو حرف الوقائع الثابتة في المستندات أو الأدلة أو أفسد معناها، أو لم يتخذ إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم .

ولا يقيد بخطأ محكمة الأساس في استخلاص الوقائع في تقديرها، فالأمر في هذا الصدد يرجع لمطلق تقديرها النهائي بغير رقابة محكمة النقض . وقد يكون الخطأ في القانون في صدد الإجراءات، فيكون الحكم باطلاً أو تكون الإجراءات التي بنى عليها الحكم باطلة.

و حكم بأن الخطأ في تفسير القانون يكون عندما يخطئ القرار في تحديد مفهوم القاعدة القانونية التي طبقها. أما الخطأ في تطبيق القانون فيكون عندما يخطئ القرار في الوصف القانوني الذي يجب إعطاؤه للوقائع موضوع الدعوى. ويكون هذا الخطأ الأخير على نوعين، فأما أن القرار يدخل الوقائع المذكورة في ملحوظ القاعدة القانونية التي طبقها مع أنها لم تكن ممكنة الإدخال أو أن القرار يرفض هذا الإدخال مع أنها كانت واجبة.

ولقد قضت المحكمة العليا " متى كان من المقرر قانوناً أنه يجب على الجهة القضائية التي تعاد إليها الدعوى بعد النقض ، أن تلتزم بتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطع فيها المجلس الأعلى ولذا فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لنقطة قانونية¹ .

6 مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ،

— إذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أو في تأويله فهل يجوز الطعن في حكمه أمام محكمة النقض؟

¹ ملف رقم 22267 قرار بتاريخ 1981/5/11

¹ ملف رقم 29432 قرار بتاريخ 1982/06/26

جرى قضاء محكمة النقض في فرنسا وفي بلجيكا على الإجابة عن السؤال بالنفي بحجة أن الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض هي الإشراف على توحيد حكم القانون الداخلي، ومنع التعارض بين المحاكم في تفسيره، ولا يتصور أن تقوم بهذا الدور بالنسبة إلى القانون الأجنبي، لا سيما وهو معتبر كواقعة.

ويبرر بعض الفقهاء موقف محكمة النقض الفرنسية من رفض الطعن بالنقض لخطأ في القانون الأجنبي بقولهم أن هذه المحكمة لو فتحت باب النقض في تلك الحالة فسوف تكون النتيجة أحد أمرين:

1 - فأما أن تعطي المحكمة العليا للقانون الأجنبي تفسيراً يختلف عن التفسير الذي يقوم به القضاء في دولة هذا القانون، وحينئذ يتعارض التفسيران وينال هذا التعارض من هيبة المحكمة العليا ويؤدي إلى القول بأن هذه المحكمة تطبق القانون الأجنبي تطبيقاً مختلفاً عن تطبيقه في بلده¹.

2 - وأما أن تفسر المحكمة العليا للقانون الأجنبي بنفس التفسير الذي يفسر به القضاء في بلده وحينئذ لا تكون المحكمة العليا تقوم برسالتها الأساسية وهي توحيد حكم القانون في الداخل بل يكون دورها حينئذ سلبياً وتقليداً لقضاء الدولة الأجنبية.

وإذا كانت الرسالة الأساسية للمحكمة العليا هي توحيد حكم القانون في الدولة، فإن للقانون الأجنبي محكمة عليا في بلده تعمل على توحيد حكمه، وتوحيد حكمه لا تستطيع هيئة أخرى أن تقوم به سوى هذه المحكمة.

إلا أنه طبقاً للمادة 6/358 إجراءات يجوز الطعن بالنقض لمخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة فقط. ويعني ذلك بمفهوم المخالفة أنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض في غير الأحوال الشخصية.

أي مسائل الزواج والطلاق و الميراث والوصية والولاية لما في ذلك من أثر

على معتقدات الفرد كما حددتها قواعد القانون المدني في المواد من 10 إلى 24 من القانون المدني وفقاً لأحدث التعديلات

7- مخالفة الاتفاقيات الدولية ،

تسمو الاتفاقيات التي تتضمن إليها الجزائر على القانون الداخلي فتطبيق القانون الداخلي دون الاتفاقية يؤدي إلى سوء تطبيق القانون هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الاتفاقيات الدولية المنضمة لها الجزائر تجعل لها التزامات وتطبيقها هو تطبيق للقانون الدولي التي تلتزم بها الدولة الجزائرية ومن ثم فمخالفتها يؤدي لبطلان الحكم ونقضه

ولقد قضت المحكمة العليا " تطبيقاً لأحكام المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فإنه لا يجوز سجن أي إنسان بمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية وأنه منذ انضمام الجزائر إلى تلك الاتفاقية فإنه أصبح غير جائز تنفيذ أي التزامات إرادية سواء كانت مدنية أو تجارية عن طريق إكراه البدني¹.

8- انعدام الأساس القانوني ،

قد يكتفي القاضي عادة بذكر سببها واحداً لمحمول قراره² وذلك في حالة تكامل أدلة المدعى وتماسكها وإشارتها إلى الحق بوضوح دون إبهام أو غموض، أو في حالة

أن عدم تسبب الحكم على نحو كاف لا يسمح بمراقبة مدى صحة تطبيق القاعدة القانونية وهو ما يؤدي إلى تخلف الأساس القانوني للحكم، مما يجعل المحكمة الأعلى - النقض أو التمييز أو العليا - عاجزة عن مراقبة صحة التكييف القانوني للواقعة، وهو أمر يمس التزام المحكمة ببيان الأسباب التي تبرر اختيارها لتكييفها معيناً وفهماً معيناً للوقائع دون غيره.

ولقد قضت المحكمة العليا " من المبادئ المستقر عليها قضاء مبدأ تفريد الدعوى الذي يوجب خاصة إذا كانت مبنية على أسباب مختلفة أن يتقاضى كل مدعى بصفة فردية ضمانا لحسن سير العدالة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انعداما في الأساس القانوني .

كما قضت "لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الدعوى رفعت ضد الطاعن من طرف أربعة من العمال في شكل دعوى مشتركة تعرضوا لعقوبات مختلفة من قبل مديرية المؤسسة من أجل دوافع وأسباب مختلفة من قبل مديرية المؤسسة من أجل دوافع وأسباب مختلفة فإن القضاء الاستئناف بقبولهم هذه الدعوى لم يؤسسوا قرارهم على أساس القانوني 1 .

كما قضت "من المقرر قانونا أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي حولها لهم القانون' و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون و القصور في التسييب و انعدام الأساس القانوني لكونه استغنى عن الخبرة الأولى المجرأة أمام المحكمة ' في غير محله و يتعين رده 2 .

كما قضت إذا كان من الثابت في قضية أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن و قد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية و دفع نفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البت فيها في المجلس الأعلى يكون قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني 3.

كما قضت " ولما كان ثابت. في قضية الحال. أن المجلس القضائي عندما لم يجب على الطلبات المقدمة من طرف الطاعنة فيما يخص توابع العصمة بالإضافة إلى عدم بيان الأساس القانوني المعتمد عليه فيما يخص تخفيض المبلغ يكون بقضائه كما فعل خالف القانون 1 .

9- انعدام التسييب 2،

10- قصور التسييب ،

عيوب التسييب في الأحكام:-

إن الإخلال بضوابط تسييب الأحكام يؤدي إلى ثلاثة أنواع من العيوب هي:-

1- القصور في البيان.

2- الفساد في الاستدلال الاستنباط.

3- وفيما يلي نعرض لكل من هذه العيوب:-

القصور في البيان:-

تعتبر أسباب الحكم مشوبة بالقصور في البيان إذا انطوت على عيب يمس سلامة استقراء الأدلة والعناصر الواقعية. ومن ثم فإن هذا الاستقراء يعتبر معيبا في الأحوال الآتية 3:-

1- عدم بيان مضمون الأدلة التي استند إليها.

2- عدم مناقشة الأدلة والدفاع الجوهرية بطريقة موضوعية.

(1) عدم بيان مضمون الأدلة التي استند إليها الحكم:-

يجب على المحكمة أن تبين مضمون الأدلة التي استند إليها الحكم. فلا يكفي مجرد بيان أن التهمة ثابتة قبل المتهم من تحقيقات، فتلك عبارة لا تكفي لبيان الأسباب التي يجب أن تشتمل عليها. وفي هذا الشأن تقول محكمة النقض أن

¹ ملف رقم: 44852 قرار بتاريخ: 1987/04/06

² أنظر ص 326 من هذا الكتاب

³ د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 221.

¹ ملف رقم: 47870 قرار بتاريخ: 1988/06/27

² ملف رقم: 33801 قرار بتاريخ: 85/01/09

³ المجلة القضائية 2 1989 ملف رقم 32066 قرار بتاريخ 1984/04/02

عبارة "التهمة ثابتة من التحقيقات والكشف الطبي" إن كان لها معنى عند وضعي الحكم، فإن هذا المعنى مستور في ضمائرهم لا يدركه غيرهم. ولو كان الغرض من تسبيب الأحكام أن يعلم من حكم لماذا حكم لكان إيجاب التسبيب ضرباً من العبث، ولكنما الغرض من التسبيب أن يعلم من له حق المراقبة على الأحكام القضاة من الخصوم وجمهور ومحاكمة النقض ما هي مسوغات الحكم. وهذا العلم لا يأتي بالمبهمات التي من قبيل ما أخذ به الحكم المطعون فيه، بل لا بد لحصوله من بيان مفصل. ولو إلى أقل قدر تطمئن معه النفس والعقل إلى أن القاضي ظاهر العذر في إيقاع حكمه على الوجه الذي ذهب إليه دون وجه آخر مباين أو مناقض له.

ومن أمثلة هذا القصور أن يخلو الحكم في جريمة تقليد العلامة التجارية من وصف العلامة الصحيحة والعلامة المقلدة ومن بيان أوجه التشابه والتطابق بينهما. ومثاله أيضاً أن يقول الحكم دون بيان مضمون هذه الأدلة. وقد حكم بأنه إذا أدان الحكم المتهم في جريمة القتل خطأً دون أن يورد مضمون ما قاله شاهد الإثبات في الدعوى ولا حاصل ما جاء في المعاينة وفي تقرير المهندس الفني وتقرير الصفة التشريحية. مع تعويله في الإدانة على الأدلة المستمدة من ذلك، فإنه يكون قاصراً. ولا مجرد إحالة الحكم في بيان دليل الإدانة إلى محضر ضبط الواقعة دون بيان مضمونه أو أوجه استدلاله به. ويلاحظ أن إيراد محكمة الموضوع لروايات الشهود المتعددة غير لازم، بل يكفي إيراد ما تطمئن إليه منها.

والمحاكمة ليست ملزمة بالتحدث في حكمها إلا عن الأدلة ذات الأثر في تكوين عقيدتها، وحسب الحكم كما يتم تدليله ويستقيم قضاءه أن يورد الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى المتهم، ولا عليه أن يتعقبه في كل جزئيه من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه طرحها.

2 عدم الرد على أوجه الدفاع الجوهرية، أو الرد عليه بطريقة غير كافية:-
إن الدفاع يعتبر جوهرياً إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظور أمامها، أي أن يكون الفصل في الدفاع لازماً للفصل في الموضوع ذاته. ويقضي ذلك أن يكون الدفاع مؤثراً في التطبيق القانوني على واقعة الدعوى، فلا تلزم المحكمة بالرد على دفاع لا يؤثر برفض صحته على هذا التطبيق.

ولقد قضت المحكمة العليا "حيث بنى القضاة قناعتهم للوصول إلى تأييد الحكم المعاد على تقرير الخبير دون مناقشة و دون بيان أسباب قناعتهم غافلين على الإجابة على الدفع بعدم صحة وقائعه لذا فإن القرار المطعون ناقص التسبيب و التعليل و لم يفصل في حقيقة النزاع و أنه عديم التأسيس القانوني و يتعين بذلك نقضه و إحالة الطرفين على نفس المجلس مشكلاً تشكيلاً آخر 1.

كما قضت " ولم يبينوا وبأسباب سائغة كيف يمكن قبول المقاصة ورفض التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ العقد مما يعد ذلك قصور في الأسباب مما يعرض قرارهم للنقض 2"

كما قضت " لا بد من أن يذكر القرار الأسس القانونية التي يستند إليها في تأييد الحكم لا أنه لا يكفي مجرد القول بأن الحكم المعاد فيه صائب و يستحق إلغاءه 3".
كما قضت " و أكتفوا لتأييد الحكم المعاد بسرد الوقائع وتأييد الخبرة التي جاءت جزافية وخاطئة ومخالفة للوقائع 4"

كما قضت " الذي أبطل قرار الطرد مؤيداً لحكم محكمة سوق أهراس الصادر يوم 1989/12/18 تفحصوا و ناقشوا الوثائق و المستندات التي سبقت دراستها من طرف قضاة الموضوع الذين أبعثوا القرارات المشار إليها أعلاه و أصبحت

¹ ملف رقم 38315 قرار بتاريخ 03 جوان 1987

² ملف رقم : 119127 قرار بتاريخ 1995/1/25

³ ملف رقم 103458 قرار بتاريخ 1994/04/20

⁴ ملف رقم : 130808 قرار بتاريخ : 1996/1/10

بذلك نهائية و حازت حجية الشيء المقضي فيه و هذا كون الرد على الوجه المثارة و دون الاستناد إلى الأحكام و القرارات القضائية الصادرة بين الطرفين و أن قرارهم يستوجب النقض لانعدام الأسباب¹ كما قضت " يعتبر تسبب تبني القرار لحيثيات الحكم والرد على الطلبات و الدفوع في كل من الحكم و القرار باعتبارهما مكملين بعضهما البعض كما جاء ذلك التبني واضحا في حيثيات القرار² .

كما قضت " لما كانت الأوجه المثارة من الأطراف أمام القضاة تدخل ضمن وسائل الدفاع فإن عدم قيامهم بمناقشتها و الرد عليها ، يعتبر نقصا في التسبب مستوجبا للنقض³ .

كما قضت " من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يجيب على دفوع الأطراف وأعفل الرد على طلباتهم يعد مشوبا بالغموض والقصور في التسبب ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يمنع المجلس الأعلى من استعمال حق الرقابة . ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف الذين قضوا بالمصادقة على الحكم المعاد لديهم القاضي بعدم الاختصاص استنادا إلى المادة 7 من ق. ا. م دون مناقشة الدفع المثار من الطاعنين بإخراج البلدية من الخصام واعتبار القضية من اختصاص القضاء العادي ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا حرموا المجلس الأعلى من استعمال حق الرقابة وشابوا قرارهم بالغموض والقصور في التسبب⁴ .

كما قضت " لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن أقام المنشآت المتنازع عليها بحسن نية وفي مراحل مختلفة من حيث الأسعار فإن قضاة

الموضوع بمصادقتهم على تقرر الخبير و الحكم على المطعون ضده بدفعه للطاعن المصاريف التي صرفها على الفيلة محل النزاع اعتمادا على تقويم الإجمالي الذي قدره الخبير دون مراعاة ما تفرضه المادة 785 من (ق. م) فضلا عن أنهم أجابوا على دفع الطاعن بتعيين خبير آخر بجمل مفككة ومتناقضة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وشابوا قرارهم بالقصور في التسبب¹ .

كما قضت " ولما كان ثابتا من بيانات القرار المطعون فيه أو الطلبات التي تضمنتها عريضة الاستئناف المقدمة من المدعي تهدف إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء له بقبول طلبه و التمسك بان الشركة المطعون ضدها لن تقدم أي تبرير قانوني تأييدا لتأكيداتها حول ارتكابه خطأ يبرر فصله عن العمل و ان له شهود يمكنهم الإدلاء بشهادتهم لتأكيد أقواله و فإن المجلس القضائي بتأييده للحكم الرفض لطلب الطاعن بإعادته إلى عمله مع أداء كافة أجوره المستحقة له خلال فترة العمل و اكتفائه في تسبب قراره بأن الحكم جاء صائبا وسليما و أن قاضي الدرجة الأولى قدر وقائع الدعوى جديدا ، لم تعطي لقراره أسبابا ذاتية ما قضى به وبذلك لم يكن هذا القرار مستوفيا للشروط القانونية المطلوبة² .

كما قضت " من المقرر قانونا ، أن القرار الذي لا يستحب في تسببه لطلبات أو دفوع أحد أطراف الدعوى ، فإن هذا القرار يكون مشوبا بعدم التسبب ولما كان ثابتا - في القضية الحال - أن قضاة الاستئناف اقتصرُوا بالإشارة على أن الأوجه التي قدمتها الشركة المستأنفة لم تبين ولم تظهر النقاط ، ولم تحصر محضر اجتماع القسم النقابي وعلى أن مديرية العمل ألزمت الشركة بإرجاع المستأنف عليه ، فإن هذا التعليل لا يمكن اعتباره جوابا على الأوجه التي لا يمكن رفضها بدون مناقشة ، و بالأحرى أنه لا يتجلى من الملف ولا من القرار

¹ مجلة قضائية / 1 1989 ملف 17885 بتاريخ 16/01/1982

² الطعن ملف رقم 171175 قرار بتاريخ 21 أكتوبر 1998

³ الطعن رقم الملف : 101094 بتاريخ : 09.06.93

⁴ مجلة القضائية العدد 4/1990 ملف : 45662 بتاريخ 12/10/1988

¹ مجلة القضائية العدد 3/1990 ملف 48167 بتاريخ 26/10/1988

² مجلة القضائية / 1 1990 ملف 34961 بتاريخ 07/05/1984

المطعون فيه ان المجلس القضائي قد امر بإحضار أي مستند ، بما اقتصرُوا
تبني مزاعم المستأنف عليه .

ومتى كان الأمر كذلك ، أستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيساً
على الأوجه المثارة من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ¹

كما قضت " ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - ان المدعيتين طلبتا طرد
المطعون ضدها من سكن لهما ، سلم لها على سبيل الإعادة لتمكينها من تزوج
ابنها غير أنها ظلت محتفظة بالسكن زاعمة أنه مؤجر إلى زوجها المغترب
بفرنسا الذي دفع كراء عدة شهور بهذا البلد دون تسلمه وصل إيجار وهذا خلافاً
لما تتمسك به المدعيتان بإنكار وجو علاقة إيجار ، فان المجلس القضائي بتأييده
الحكم الراض لطلب استصدار حكم بطرد المدعية عليها من السكن ، بسبب عدم
تقديم حجة على أن هذا التسليم كان على أساس الإعارة ، كان قراره مشوباً بعدم
التسبيب ومنعدم الأساس القانونية² .

كما قضت " من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا يستجيب لما قدم من أدلة وما
أبدى من طلبات فإن القرار يكون مشوباً بعدم التعليل الكافي وبالقصور في
التسبيب . ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس القضائي بإبطال
الشفعة دون المطالبة بها وتعيين خبير بالقيام بمحضر التركة وتقسيمها يكون قد
تجاوز سلطته وعرض قراره لعدم التعليل الكافي . ومتى كان كذلك استوجب
نقض القرار المطعون فيه³ .

كما قضت " ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف بدل
مناقشتهم الدفع بضرورة تعدد المساكن بسبب الوظيفة أو المهنة ووجود أو عدم
وجود مغادرة الأمكنة ، الغوا محضر المعاينة و الاستجواب و الحال ان هذا

المحضر مبني على أمر أصدره رئيس المحكمة ، وأن المادة 9 من المرسوم
63-65 المؤرخ في 18 فبراير 1963 ، لا تشترط بشأن الأمر بالرجوع إلى
المحل أن يكون المحضر مبني على أمر من رئيس المحكمة فأنهم بقضائهم هذا
خالفوا القانون و اخطأوا في تطبيقه لعدم تسبيب قرارهم كافياً .

ومتى كان الأمر كذلك ، استوجب نقض القرار المطعون فيه¹

كما قضت " حيث أن قضاة الموضوع لم يبينوا بما فيه الكفاية الطريقة التي
وصلوا بها إلى منح المطعون ضده القطعة الأرضية المسماة " طبة برقوقة " ذات
المساحة هكتار الواحد و 98 مما يجعل قرارهم مشوباً بالقصور في
التسبيب²

كما قضت " ولكن وحيث أنه بالرجوع إلى قراءة القرار المطعون فيه والى
الوثائق والمستندات والأحكام والقرارات يتبين من كل ذلك أن قضاة الموضوع
أشاروا إلى أنهم درسوا بعمق كل هذه الوثائق من فريضة وخبرة وطلبات بدأ من
يوم تسجيل الدعوى الى غاية القرار النهائي فيها³

11 - تناقض التسبيب مع المنطوق ،

يعتبر منطوق الحكم النتيجة التي انتهت إليها المحكمة من وراء الاستدلال
القضائي المتعلق بالواقع والقانون. ولما كانت الأسباب الواقعية والقانونية للحكم
هي المقومات التي اعتمدت عليها المحكمة في الوصول إلى النتيجة فيجب ان
تكون هناك صلة ضرورية بين الاثنين. ولكن ماذا يكون الحل لو حدث تعارض
أو تناقض بين المنطوق والأسباب⁴؟.

¹ مجلة القضائية العدد الأول ملف رقم 31290 قرار بتاريخ 1984/05/21

² ملف رقم : 180808 قرار بتاريخ : 1996/1/10

³ رقم الملف : 101109 قرار بتاريخ : 1993/06/09

⁴ راجع ص 67 من هذا المؤلف.

¹ مجلة القضائية 1 / 1990 ملف رقم 31469 قرار بتاريخ 1984 / 05 / 21

² مجلة القضاء، 1 / 1990 ملف 35780 بتاريخ 1984 / 11 / 26

³ ملف 58037 بتاريخ 1990/01/08 ص 66

كما قضت " متى كان من المقرر قانوناً أنه إذا وجد تناقضاً بين حيثيات القرار ومنطوقه فإن هذا القرار يكون مشوباً بانعدام التسبب والتناقض.

ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه يشير في حيثياته إلى تاريخ سريان النفقة ورفعها بالنسبة للبتين وللام وفي منطوقه يصرح بالمصادقة على الحكم المستأنف برفع مبلغ التعويض فقط وعليه فإن هذا القرار يكون مشوباً بالتناقض¹.

12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار ،

أو ما يعرف بالخطأ في الإسناد:-

على الرغم من التقدير المطلق لمحكمة الموضوع في إثبات الوقائع. إلا أن هذا التقدير يجب أن يستمد على نحو سليم من إجراءات الخصومة ويتطلب ذلك أن تبني المحكمة تقديرها على أدلة مأخوذة من أوراق ملف الدعوى المثبتة لهذه الإجراءات. فإذا أخطأت المحكمة، فاعتمدت على دليل لا أساس له في هذه الأوراق أثر ذلك في موضوعية اقتناعها، وبالتالي يكون منطوقها القضائي معيباً. ووجه العيب هو الخطأ في الإسناد.

ويتحقق الخطأ في الإسناد بتوافر شرطين هما:-

1- أن يكون ما أثبتته المحكمة من أدلة مصدر له في أوراق الدعوى. فلا يمكن الإعتداد بدليل أسندته المحكم إلى مصدر معين على خلاف الحقيقة. كأن يسند الحكم أقوال إلى شاهد معين لم يقلها². أو يسند اعترافاً إلى متهم لم يصدر منه، أو إلى نتيجة معينة في تقرير خبير فني لم ترد به.

ويتطلب ذلك الإطلاع على مفردات الدعوى للتحقق ما إذا كان الدليل الذي أسنده الحكم إلى مصدر معين قد تضمنه هذا المصدر أم لا. ولا يعتبر هذا الإطلاع

تحقيقاً موضوعياً من جانب محكمة النقض، لأنه لا يتطلب مراجعة محكمة الموضوع في تقديرها الأول. بل هو محض مراقبة لسلامة المصدر الذي اعتمد عليه منطوق المحكمة.

2- أن يكون الخطأ في الإسناد مؤثراً. ويتحقق إذا شاب هذا الخطأ أدلة تؤثر في عقيدة المحكمة. فلا عبرة إذا كان بفرض وجوده غير منصب على واقعة لها أثر قانوني كما إذا نصب الخطأ على دفاع غير جوهر في الدعوى.

فخطأ المحكمة في مصدر الدليل لا يؤثر في صحة الحكم، كأن يسند إلى الشاهد أقوالاً معينة في التحقيق الابتدائي بينما أنه أبدى هذه الأقوال في محضر جلسة محاكمة. فلا عبرة بهذا الخطأ طالما أن ما أورده الحكم من أقوال الشاهد له ما أخذ صحيح في أوراق و الخطأ في مصدر الدليل يجب ألا يترتب عليه تفاوت في قيمة الدليل، مثال ذلك أن تنسب المحكمة إلى الشاهد أنه شهد بأقوال معينة في الجلسة بينما لم تصدر عنه هذه الأقوال إلا في مرحلة الاستدلالات دون حلف اليمين. فهنا لا يعرف مدى تأثير هذه الشهادة على اقتناع المحكمة لو أنها علمت أن مصدرها هو محضر الاستدلالات.

ومن ناحية أخرى، فإنه خطأ المحكمة في وصف الدليل لا يعيب الحكم طالما ثبت أنها كانت على بينة من حقيقة هذا الدليل. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا يعيب الحكم خطؤه في وصف الأقوال المنسوبة إلى الطاعن بمحضر الضبط بأنها اعترف طالما أن ذلك لا يعدو أن يكون عدم دقة في التعبير، وكان الواضح من سياق الأسباب أن المحكمة كانت على بينة من حقيقة الدليل الذي تستند عليه وله أصل ثابت في الأوراق.

وإذا فقدت الأوراق التي استمدت منها المحكمة اقتناعها مثل فقد محضر التحقيق الذي استندت المحكمة إلى اعتراف المتهم به، ثم نازع الطاعن في سلامة الإسناد إلى هذه الأوراق، فإن هذا الفقد يجعل تحقق محكمة النقض من سلامة الإسناد إلى هذه الأوراق، فإن هذا الفقد يجعل تحقق محكمة النقض من سلامة الطعن

¹ ملف رقم 26856 قرار بتاريخ 1989/12/25

² مثال ذلك أنه إذا استند الحكم في إدانة المتهم ضمن ما أسند إلى ما نسب إلى شاهد أنه رواه بالجلسة مع مخلو

منطوق الحكم و أسبابه. ولا يعتد بالتناقض بين بعض أسباب الحكم و البعض الآخر ، و إن كان هذا التناقض قد يؤدي إلى اعتبار الحكم خاليا من الأسباب التي تبرره فيعتبر باطلا، قابلا للطعن بالنقض.

16 - الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب ،

الأصل أن المحكمة لا تقضي إلا فيما يطلب منها القضاء به، فيتعين عليها أن تلتزم في حكمها حدود الطلب المقدم إليها ولا تقضي بأكثر مما طلب منها ، فإذا سهت المحكمة أو أخطأت عن غير قصد وقضت في طلب لم يقدم لها أو قضت بأكثر مما طلب منها فإن حكمها يكون قابلا للنقض.

من أمثلة القضاء بما لم يطلب من القضاء، الحكم بالريع أو الفوائد على الرغم من أن الخصم كان قد اقتصر على طلب الحكم له الملكية أو بالدين فقط.

ويلاحظ أن المسائل المتعلقة بالنظام العام تعد مطروحة على المحكمة فلها أن تحكم تحكم بما يقتضيه النظام العام ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك. كما أن للمحكمة أن تقضي بما يقتضيه النظام العام ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك. كما أن للمحكمة أن تقضي بما يدخل في سلطتها وفقا للقانون ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك.

17 - السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية:

ويشترط أن يكون الإغفال إغفالا كليا يجعل الطلب معلقا لم يقصد فيه قضاء ضمنيا، و أن يكون الطلب طالبا موضوعيا لأنه إذا لم يكن كذلك، كأن يكون دفعا للطلب مثلا، اعتبر إغفاله رفضا له.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم الإجابة على طلب تشكل إغفالا في البيت في أحد المطالب، وذلك لأن الطلب يحدد بموضوعه و بسببه، فتعدد المطالب بتعدد الأسباب التي بينت عليها، و إن ظل الموضوع واحدا بشرط أن يؤولف كل من الأسباب المدلى بها بحد ذاته ركيزة مستقلة لموضوع الدعوى بمعزل عن باقي الأسباب المدلى بها، و ذلك بخلاف الحجج و الأدلة ووسائل الثبوت التي تدل على ذلك .

أمرا متعذرا، مما يجب معه عرض القضية على محكمة الموضوع لتبحث مدى سلامة الإدعاء بالخطأ في الإسناد ولكي تقول كلمتها فيه، في ضوء ما يكون له من أثر على عقيدتها. ولذا يتعين في هذه الحالة نقض الحكم وإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع إعادة المحاكمة من جديد.

13 - تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة ، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى

وجود حكمين نهائيين صادرين من أية محكمة، ابتدائية، استئنافية، وكان كلا منهما بين نفس الخصوم في ذات الموضوع و بهما تناقض يؤدي إلى استحالة تنفيذهما تنفيذا متعاصرا.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون الحكم الأول حائز القوة الأمر المقضي به وقت صدور الحكم الثاني الحائز لهذه القوة هو أيضا.

وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ ، وإذا تأكد هذا التناقض ، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول ،

14 - تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي .

في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض.

وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ، ويجب توجيهه ضد الحكمين ، وإذا تأكد التناقض ، تقضي المحكمة

العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا ،

15 - وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار ،

ومثال هذه الحالة أن تقضي بالمقاصة و تحكم في ذات الوقت بإلزام المدعي عليه بدفع الدين.

و العبرة أن يتناقض المنطوق بعضه مع البعض الآخر، فلا يعتد بالتناقض بين

وهو ينضم لمبدأ هام وهو الحق في الدفاع وناقصي الأهلية لهم حماية خاصة من القانون وبالتالي يصبح عدم الدفاع عنهم خرقا لحق لهم علي المجتمع بحمايتهم وحماية حقوقهم .

آثار الطعن بالنقض

الأصل أن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام محكمة العليا لإعادة الفصل فيه من جديد فيما يتعلق بالوقائع و القانون كما هو الحال في نظام الطعن بالاستئناف و إنما تقتصر سلطة محكمة النقض على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع ودون أن تفصل في موضوعه، فهي محكمة رقابة على صحة تطبيق القانون و حسن تفسيره فقط.

وبناء على ذلك فالمحكمة العليا إزاء الطعن المرفوع أمامها أما أن تحكم برفض الطعن، أو بعدم قبوله أو بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه. وفي حالة نقض الحكم أي هدمه يقوم صاحب الشأن من الخصوم بموالة النزاع من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

وللطعن بالنقض في الأحكام أثر ناقل يؤدي إلى طرح ما طعن فيه على المحكمة العليا لتفصل فيه، و يكون الطعن في الحكم بأكمله إذا وجهت المطاعن إلى كل منطوق الحكم أو إذا تمسك الطاعن ببطلانه، أو بإلغائه لبنائه على إجراءات باطلة، أو إذا كان النزاع الذي حسمه الحكم المطعون فيه لا يقبل التجزئة كما يمتد الطعن بالنقض إلى ما أحال إليه الحكم المطعون فيه من أسباب الحكم الابتدائي و إلى الأحكام السابق صدورها في ذات القضية و ذلك إذا أبدى أسبابا للطعن بالنقض تتعلق بها ما لم تكن قد قبلت صراحة.

- ولا يترتب على مجرد رفع الطعن وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إذا كان حكما مما يقبل التنفيذ الجبري، بمعنى أنه من المتصور بالنسبة للحكم المطعون فيه وهو حكم نهائي أن يشرع في تنفيذه جبرا و يستمر هذا التنفيذ مع استمرار

وجود الطعن أمام محكمة النقض لم يفصل بعد في موضوعه، وهذا وضع خطير لأنه من الممكن أن يتم إلغاء الحكم أمام النقض فيزول من الوجود وبالتالي يزول الأساس الذي تم التنفيذ بناء عليه فيجب إذا إعادة الحال إلى ما كان عليه مما قد يكون صعبا أو مستحيلا.

ولقد تم استثناء وقف التنفيذ في حالات كما حددتها المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية بنصها "لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير

ويولد الطعن بالنقض أثر ناقل يطرح بمقتضاه على هذه المحكمة أسباب الطعن المحددة في عريضة النقض. و تقتصر وظيفة النقض على تقرير المبادئ القانونية الواجب إعمالها في النزاع المطعون أمامها في الحكم الصادر فيه، دون أن تتطرق إلى بحث المسائل الواقعية.

إذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، فإن رفع الطعن بالنقض من أحد الخصوم ينتج آثاره بالنسبة إلى الباقي حتى ولو لم يطعنوا بالنقض.

وإذا رفع الطعن بالنقض ضد أحد الخصوم في موضوع غير قابل للتجزئة ، لا يكون ذلك الطعن مقبولا ، ما لم يتم استدعاء باقي الخصوم .

يتم نقض الحكم أو القرار المطعون فيه كليا أو جزئيا .

ويكون النقض جزئيا إذا تعلق بجزء من الحكم أو القرار ،قابل للانفصال عن الأجزاء الأخرى.

إذا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه ، تحيل المحكمة العليا القضية ، إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيله جديدة ، وإما أمام جهة

قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة .

يعيد قرار النقض الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض .

كما يترتب على النقض ، وبدون حاجة لاستصدار حكم جديد، الإلغاء بالنتيجة ، لكل حكم صدر بعد الحكم أو القرار المنقوض، جاء تطبيقاً أو تنفيذاً له أو كان له ارتباط ضروري به 1.

ولقد قضت المحكمة العليا " متى كان من المقرر قانوناً أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقوف إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم فإن القرار القاضي بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني.

إذا كان من الثابت في قضية أن القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن و قد نقض فعلاً من طرف المجلس الأعلى فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيح الزوجة إلى محل الزوجية و دفع نفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البت فيها في المجلس الأعلى يكون قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني 2.

كما قضت " إذا كان من الثابت أن المطعون ضده طلب من قضاة الاستعجال مهلة لتنفيذ القرار الذي كان قد طعن فيه بالنقض لحين البت في طعنه من المجلس الأعلى و استجاب القضاة إلى طلبه فإن أحكام المادة 238 من ق.ا.م لا تمنع بتاتا هؤلاء القضاة من منح مهلة المحكوم عليه إذا ما قدروا لزوم ذلك مما يجعل الطاعن في غير محله و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ 3.

كما قضت " من المقرر قانوناً أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقوف إلا إذ تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم أو حالة وجود دعوى تزوير فرعية .

ولما تبين أن القرار موضوع الطعن الحالي قد فصل في القضية المرجعة بطلب من المطعون ضدها على الرغم من وجود دعوى فرعية بالتزوير تتعلق

بالفريضة و عقد الشهرة و هي لا زالت محل الطعن بالنقض فإن قضاة الموضوع بقضائهم هذا قد عرضوا قرارهم للنقض و بدون إحالة 1 .

و يجوز لأول مرة أمام النقض الإدلاء بالحجج القانونية بشرط أن تكون الوقائع ثابتة في الحكم المطعون فيه، لأن محكمة النقض لا يجوز أن تتعرض لأمر ثبوت هذه الوقائع. وبالتالي لا يجوز تقديم طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض.

- و يتحدد نطاق النقض بأسبابه الواجب إيداعها في عريضة الطعن و يلتزم الطاعن بإدعاء أسباب طعنه في عريضة الطعن و يعرفها تعريفاً محدداً واضحاً لأن هذه الأسباب هي التي تحدد نطاق الطعن. ولا يجوز إيداع أسباب جديدة لم ترد في عريضة الطعن، حتى ولو وردت هذه الأسباب في المذكرة الشارحة. لأن هذه الأخيرة تقتصر على شرح و توضيح الأسباب الواردة في عريضة الطعن.

ويستثنى من ذلك الأسباب المتعلقة بالنظام العام فهذه يجوز طرحها لأول مرة أمام المحكمة العليا ولها الأخذ بها من تلقاء نفسها .

و أسباب الطعن بالنقض يجب أن تكون قد أثبتت من قبل أمام محكمة الموضوع، و ذلك حتى لا تقوم محكمة النقض بالفصل في المسائل الواقعية. بمعنى أن أسباب الطعن بالنقض يجب أن تشتق من مسائل الواقع التي طرحت على أول درجة و صدر فيها الحكم المطعون فيه.

و من المسائل الواقعية التي لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام النقض ما يلي:
لا يجوز التمسك أمام النقض بسقوط حق الإرث بمضي المدة طالما أن ذلك لم يثار أمام محكمة الموضوع. و كذلك لا يجوز الدفع بالتقادم لأول مرة أمام

1 طبقاً للمواد 352 و 354 و 354 من القانون

2 المحلة القضائية 2 / 1989 ملف رقم 32066 قرار بتاريخ 1984/04/02

المحلة القضائية 2 / 1989 ملف رقم 33922 قرار بتاريخ 1985/03/09

النقض، كذلك لا يجوز التمسك لأول مرة أمام النقض بتعسف رب العمل في تقدير كفاية العامل.

و إذا كان لا يجوز إثارة مسائل واقعية بحتة لأول مرة أمام نقض فإنه لا يجوز أيضا إثارة مسائل يختلط فيها الواقع بالقانون لأول مرة أمام محكمة النقض. أما المسائل القانونية الصرفة لا تقتضي تقدير جديدا للوقائع، و المتعلقة بوقائع سبق طرحها على محكمة الموضوع، فيجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض.

ويجب أن يكون دليل سبب الطعن بالنقض حاضرا وقت الطعن بحيث تودع المستندات التي تؤيد الطعن في أسبابه وقت تقديم العريضة إلى كتابة ضبط المحكمة العليا.

إجراءات الطعن بالنقض

يرفع الطعن بالنقض بعريضة مكتوبة

يجب للقبول العريضة شكلا أن تكون مستوفية للشروط الآتية :

1- أن تشمل على اسم ولقب ومهنة وموطن كل من الخصوم

2- أن يرفق بها صورة رسمية من الحكم المطعون فيه

3- أن تحتوي على موجز للوقائع وكذلك الأوجه التي يبني عليها الطعن

المرفوع للمحكمة العليا

4 يجب أن تكون العريضة موقع عليها من محام مقبول أمام المحكمة العليا.

كما يجب أن يرفق بها عدد من النسخ يمثل عدد الخصوم وكذا الإيصال المثبت لدفع الرسم القضائي المقرر لإيداع العريضة مع نسخة أصلية من القرار المنتقد

اعتراض الغير

- هو طريق تظلم خاص من الأحكام يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع حيث يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون.

وقد أجازته القانون الجزائري لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إذا ألحق الحكم ضررا بشخص لم يكن خصما في الدعوى، ولم يكن ممثلا فيها.

والخارج عن الخصومة الذي لم يكن ممثلا فيها يملك التمسك الاحتجاج بالأثر النسبي للأحكام، فلا يمتد أثرها إليه، دون حاجة إلى الالتجاء إلى اعتراض الغير. وهو يملك أيضا تجاهل الحكم الذي لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها ويرفع دعوى أصلية بمطلوبه.

أما إذا رأى أن يتظلم الخارج عن الخصومة بهذا الطريق فإنه يملك سلوكه، لا ليلغي الحكم أو يبطله وإنما لمجرد منع امتداد أثر الحكم إليه والتقرير بأنه ليس حجة عليه¹.

الطائفة الثانية: من يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل بشرط إثبات غش من كان يمثله أو احتياله.

فالورثة أو الدائنون يملكون التترع باعتراض الغير بشرط توافر المصلحة عملا بالأصل العام في القانون، وبشرط إثبات غش أو احتيال من كان يمثله، ولهم هذا الإثبات بكافة طرقه، وبشرط ألا يكونوا قد تدخلوا في الدعوى التي صدر فيها الحكم أو اختصموا فيها، إذ عندئذ يكون لهم الطعن في الحكم بطرق الطعن الأخرى العادية وغير العادية.

الطائفة الثالثة: الدائون والمدينون المتضامنون، والدائون بالتزام غير قابل للتجزئة، يجوز لهم الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر منهم، بشرط إثبات الغش أو الاحتيال.

وهذا التظلم جائز بالنسبة إلى الأحكام القطعية والأحكام الوقتية أو المستعجلة، سواء أكان الحكم صادرا من محكمة الدرجة الأولى أو المجالس، وسواء أكان وجاهيا أم غيابيا، وسواء أكان صادرا في الموضوع أم صادرا قبل الفصل في الموضوع. ويلاحظ أن الحكم الصادر من المحكمة العليا. وليس ثمة ما يمنع من الاعتراض على أمر رجائي، إذا أمكن تصور أن أثره يمتد إلى الغير، وعندئذ يتمسك بعدم امتداد أثره إليه.

ويجوز الاعتراض على الحكم في خلال خمسة عشر سنوات تبدأ من تاريخ صدوره غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين، (2) عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة (المادة 384 إجراءات جزائية)

ويرفع الاعتراض الأصلي وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، ويقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة مع ملاحظة

ويرفع اعتراض الغير الأصلي بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويكون موقوفا على إيداع غرامة لدى المحكمة تعادل الغرامة الواجبة، وهو يساوي الحد الأقصى من الغرامة والمحددة بعشرين ألف دينار جزائري.

أنه لا يقبل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ما لم يكن مصحوبا بوصول ثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط المادة (485).

وتنص المادة 387: إذا قبل القاضي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم أو القرار أو الأمر، يجب أن يقتصر في قضائه على إلغاء أو تعديل مقتضيات حكم أو القرار أو الأمر، التي اعترض عليها الغير والضارة به، ويحتفظ الحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين، حتى فيما يتعلق

بمقتضياته المبطللة، ما عدا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة المنصوص عليها في المادة 382 أعلاه.

أي أن الحكم الذي يصدر في الاعتراض لا يفيد منه إلا المعترض، ما لم يستقيم قضاء الحكم مع الحكم المعترض عليه فيما عدل به قضاء الحكم المعترض عليه.

وواضح من كل ما تقدم أن هذا التظلم في الحكم ليس بمثابة طعن عليه، وإنما هو بمثابة تمسك من "الغير" الذي لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم بعدم امتداد أثره إليه للأسباب وفي الحالات المتقدمة. ولهذا يقتصر أثر الحكم الصادر في التظلم على المتظلم وحده، ويظل قضاء الحكم المتظلم منه نافدا في حق الخصوم الأصليين.

مع الأخذ بعين الاعتبار أنه يجوز الطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الصادر في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بنفس طرق الطعن المقررة للأحكام وهذا طبقا للمادة 389.

ولقد قضت المحكمة العليا في ذلك "متى كان مقرا قانونا و قضاء أن الاعتراض الغير خارج عن الخصومة لا يمس ولا يغير الحكم أو القرار المطعون فيه إلا فيما يخص جوانبه المضررة بالمعترض ولقائده فقط، فإن الحكم أو القرار محل الطعن باعتراض الغير خارج عن الخصومة يبقى محتفظا بقوة الشيء المقضي فيه بين أطرافه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تجاهلا للقانون.

لما كان قضاء المجلس في قضية الحال - قضوا بإلغاء القرار المطعون فيه بطريق الاعتراض الغير خارج عن الخصومة وإلغاء الحكم المعاد ومن جديد رفض دعوى الطاعنين، متجاهلين ما قرره الحكم الأول من حقوق بين أطرافه دون أن تكون ذا أثر على المعترض يكونوا بقضائهم تجاهلوا القانون¹

كما قضت "من المقرر قانونا لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريقة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه بقبوله اعتراض الغير الخارج عن المؤسسة عن الخصومة والحكم بالتراجع في القضية ووفق الفصل فيها بالرغم من أنهم كانوا أطرافا فيها خالف القانون¹.

كما قضت "متى كان من المقرر قانونا، أن الوالي، حائز لسلطة الدولة في الولاية، وهو مندوب الحكومة والممثل المباشر لجميع الوزراء، وكان من المقرر كذلك أنه يحق لكل شخص لم يدع ولم يمثل في الدعوى أن يطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في القرار الناطق بالبطلان الذي تصدره الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ومن ثم، فإن اعتراض من كان ممثلا قانونا في الدعوى، عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لا يكون مقبولا.

ولما كان ثابت -في قضية الحال- أن المجلس الأعلى قرر إبطال قرار والي ولاية سطيف، المتضمن وضع أملاك أحد المواطنين تحت حماية الدولة، فإن وزير الداخلية، الذي كان ممثلا قانونا في الدعوى من طرف الوالي لا يتمتع بصفة الاستفادة من الأحكام التشريعية المقررة لمباشرة حق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ذلك أن هذا الحق شرع لمصلحة من لم يمثل في الدعوى.

ومتى كان كذلك استوجب القضاء بعدم قبول عريضة وزير الداخلية².

كما قضت "إذا كان الثابت في قضية الحال أنه لا يوجد لآية علاقة قانونية بين المدعي عليهم في الطعن باعتبار أن هذا الأخير ليست له مصلحة في التقاضي فإن المجلس القضائي عندما صرح بعدم قبول الطعن المرفوع عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة كان قد طبق القانون للتطبيق الصحيح³.

كما قضت "يمكن لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم أو قرار لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

كما أن طريق الاعتراض يوجه ضد آخر قرار صدر في النزاع الذي كان للمقترض مصلحة فيه.

ولما استبان من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس صادقوا على الحكم المعاد الصادر على إثر اعتراض ضد حكم صادق عليه المجلس بقرار فإنهم يكونون قد خرقوا أحكام المادة 191 ق.إ.م لأنه لا يسوغ لتقاضي الدرجة الأولى إلغاء قرار المجلس وهو ما يعد إخلالا بمبدأ التقاضي على الدرجتين¹.

من المقرر قانونا أن لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما نسبوا للطاعنة أنها طالبت بمفردها بحقوق مشاعة وبعدم قبولهم دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي سجلتها بالرغم من كون أن القانون يسمح لها كمشاركة في الشيوخ فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون².

كما قضت "من المقرر قانونا أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير ومن المقرر أيضا أنه إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع للبائع ان يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري ومن تم فغن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون.

لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف برفضهم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بحجة أن البائع لقطعة الأرض محل النزاع يفقده شرط المصلحة يكونوا قد خالفوا أحكام المادتين 371 و 372 من ق.م. اللتان تلزمان البائع ضمان كل تعرض يقع على المشتري مع وجوب التدخل في الخصومة إلى جانب المشتري³.

¹ رقم القرار 224739 تاريخ القرار 2000/09/12

² المجلة القضائية 1/ 1994 ملف رقم 75576 قرار بتاريخ 1992/01/21

¹ ملف رقم 48822 قرار بتاريخ 1988/03/28 ص 44

² ملف رقم 35467 قرار بتاريخ 1984/06/09

يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون

الأحكام القابلة للطعن فيها بالإلتماس

الطعن بالتماس إعادة النظر هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام الصادرة بصفة نهائية بناء على أسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وذلك لوقوع القاضي في خطأ غير عمدي عند تقديره لمسائل الواقع في النزاع المطروح عليه. أما إذا أخطأت في مسائل القانون عمداً أو سهواً، أو أخطأ عمداً في مسائل الواقع وكان الحكم قد صدر نهائياً فإن طريق الطعن الواجب الإلتزام به هو طريق الطعن بالنقض.

وحسب نص المادة 390 من قانون الإجراءات المدنية فإن الحكم الذي يقبل الطعن فيه بالتماس إعادة النظر يجب أن يكون صادراً بصفة نهائية أيأ كانت المحكمة التي أصدرته سواء كانت ابتدائية، استئنافية، وأحكام محكمة النقض لا يجوز الطعن فيها بالإلتماس والحكم يجب أن يكون نهائياً من لحظة صدوره.

أما الأحكام الابتدائية لكونها صادرة قابلة للطعن عليها بالاستئناف فهي لا تقبل الإلتماس لوجوب استنفاد طريق العادي بالاستئناف أولاً. فإذا ما صدر قرار بالاستئناف وهو نهائي في جميع الحالات جاز الطعن عليه بالإلتماس إذا توافرت أسبابه.

وإذا انقضى ميعاد الاستئناف ولم يطعن على الحكم الابتدائي بهذا الطريق فصار نهائياً، فإنه رغم ذلك لا يقبل الطعن عليه بالإلتماس لأنه لم يصر نهائياً كما أن طرق الطعن العادية بالنسبة لهذا الحكم لم تستنفذ.

وإذا ترك المستأنف استئنافه فإن هذا الترك يعتبر بمثابة قبول الطاعن للحكم المطعون فيه، وبالتالي يسقط حقه في الاستئناف وبما أن طرق الطعن العادية لم تستنفذ فلا يجوز استخدام الطرق غير العادية ومنها الإلتماس.

ويجوز الطعن بالإلتماس في الأحكام الغيابية بشرط صدورها نهائية، ويعتبر هذا المسلك نزولاً عن حق المعارضة فيها.

والأحكام التي تقبل الطعن المباشر يجوز الطعن فيها على استقلال بالإلتماس إذا كانت تقبله. كما أن المطاعن التي تشوب الحكم الفرعي وتجعله قابلاً للإلتماس لا يجوز الطعن بها في الحكم الصادر في الموضوع لأن شروط قبول الطعن غير عادي و يجب النظر إليها في كل حكم على حده.

والأحكام الصادرة في موضوع الإلتماس، أو برفضه لا يجوز رفع التماس فيها فالطعن بذات الطريق لا يجوز مرتين في الحكم.

أسباب الطعن بالإلتماس إعادة النظر

- حددت المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية الأسباب التي يبني عليها الطعن بالإلتماس على سبيل الحصر. وبالتالي لا يجوز مخالفتها، أو الاتفاق على عكسها، أو القياس عليها. وهذه الأسباب يكفي توافر واحدة منها لبناء الطعن عليها وهي:

2- السبب الأول من أسباب الإلتماس هو بناء الحكم المطعون فيه على ورقة مزورة ثم كشف تزويرها بإقرار المحكوم له أو بحكم قضائي. ويشترط لقيام هذا السبب:

أ- أن يبني الحكم الملتمس فيه على ورقة مزورة مقممة من المحكوم له، أو ممن يمثله.
ب- أن يثبت تزوير الورقة أما بإقرار المزور أو بحكم نهائي صادر من القضاء بتزوير هذه الورقة.

ج- أن يتم إثبات التزوير بعد صدور الحكم المطعون فيه.

أو إذا بنى الحكم على شهادة قضى بتزويرها بعد صدوره.

ويشترط في سبب من أسباب الإلتماس الشروط التالية:

أ- أن يبني الحكم المطعون فيه بصفة أساسية على شهادة شاهد بحيث تكون هذه الشهادة هي عماده الأساسي.

ب- أن يثبت تزوير هذه الشهادة بالحكم النهائي الصادر على شاهد الزور.

ج- أن يتم الحصول على هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه وقبل رفع

الطعن حتى يكون بيد الطاعن الدليل على قيام سبب الطعن المحدد في القانون.

السبب الثاني: إذا حصل الملتمس على أوراق قاطعة في الدعوى بعد صدور الحكم كان خصمه قد حال دون تقديمها.

مثال ذلك صدور حكم من محكمة جزائية بإلزام شخص برد مبلغ من المال لأنه لم يقدم مخالصة تحت يد خصمه ثم تحصل على هذه المخالصة بعد صدور الحكم الجزئي. ويشترط لقيام هذا السبب:

أ- أن توجد ورقة حاسمة للنزاع.

ب- أن تحجب هذه الورقة عن أنظار المحكمة بفعل المحكوم له دون أن يكون لها صورة في الدفاتر الرسمية.

ج- ألا يكون الملتمس على علم بوجود الورقة تحت يد خصمه.

د- أن يحصل الملتمس على هذه الورقة بعد صدور الحكم وقبل رفع الطعن.

إجراءات الطعن بالالتماس

المحكمة المختصة بنظر الطعن بالالتماس هي ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، سواء كانت ابتدائية، استئنافية، والسبب في ذلك هو أن الطاعن يلتمس من هذه المحكمة إعادة النظر في النزاع بناء على وقائع جديدة أو ظروف وملابسات نشأت بعد صدور الحكم. و تجيز المادة 394 أن يكون تشكيل المحكمة وهي تنتظر الالتماس من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم المطعون فيه.

ميعاد الطعن بالالتماس شهران ويسري على حساب الميعاد وامتداده ووقفه القواعد العامة السابق لنا دراستها.

ويبدأ الميعاد من تاريخ النطق بالحكم كقاعدة عامة. وإذا بنى الطعن على غش. أو بناء الحكم على ورقة مزورة أو شهادة زور أو حجب ورقة قاطعة في الدعوى فلا يبدأ الميعاد إلا من تاريخ ظهور الغش أو الإقرار بالتزوير، أو صدور حكم بثبوته، أو اليوم الذي حكم فيه على شاهد الزور، أو الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة.

كما أن الميعاد يبدأ من تاريخ التكليف بالحضور وتبليغ من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

ويتم رفع الالتماس بعريضة طعن بها البيانات التي نصت عليها المبادئ العامة في عرائض الطعون بالإضافة إلى ذكر الحكم المطعون فيه وأسباب الطعن و طلبات الطاعن.

ويكون موقوفاً على إيداع غرامة لدى المحكمة تعادل الغرامة الواجبة، وهي تساوي الحد الأقصى من الغرامة والمحددة بعشرون ألف دينار جزائري.

ويتم إعلان صورة من عريضة الطعن وفقاً للقواعد العامة. ولا يقبل الالتماس الفرعي.

المبحث الرابع

آثار الطعن بالتماس إعادة النظر

لا يترتب على مجرد رفع الطعن وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إذا كان هذا الحكم مما يقبل التنفيذ الجبري. لأن الحكم في هذه الأحوال يعتبر حكماً نهائياً حائزاً للقوة التنفيذية.

ومع ذلك يجوز أن يطلب صاحب المصلحة من محكمة الالتماس الحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى أن يفصل في موضوع الطعن، وذلك في الأحوال التي يخشى فيها من تمام التنفيذ حدوث ضرر جسيم يتعذر تداركه بالطاعن، وذلك إذا تم التنفيذ قبل الفصل في الطعن حيث يصعب أو يتعذر تدارك الوضع عند إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا حكم لصالح الطاعن.

ويتم نظر الطعن على مرحلتين:

الأولى: مرحلة النظر في شروط قبول الطعن. من حيث رفعه في الميعاد، طبيعة الحكم، أسباب الطعن، وتنتهي هذه المرحلة أما بعدم قبول الطعن فيستقر الحكم المطعون فيه. أو بقبول الطعن وعودة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم.

الثانية: الحكم في الموضوع من جديد وذلك في حالة قبول الطعن وتقوم المحكمة بتحديد جلسة جديدة للمرافعة في الموضوع دون حاجة لإعلان جديد، ويجوز الحكم بقبول الالتماس وفي الموضوع بحكم واحد.

والحكم الذي الالتماس لا يجوز الطعن فيه بالالتماس وأن كان يقبل الطعن بالنقض.

ولقد قضت المحكمة العليا " من المستقر عليه قضاء أنه لا يجوز التماس إعادة النظر في الأحكام والقرارات الاستعجالية التي لا تتصف بالطابع القطعي مع وجود دعوى موازية لها في الموضوع.

ولما قضى القضاة بعدم قبول الالتماس فإنهم طبقوا القانون والاجتهاد تطبيقاً سليماً¹.

التماس إعادة النظر في قرارات المحكمة العليا عدم توفر شروطه الرقضى مع إلزام الملتمس بدفع التعويض.

من المقرر قانوناً أن التماس إعادة النظر في قرارات المحكمة العليا لا يأتي في حدود الحالتين المشمولتين بأحكام المادة 295 إجراءات مدنية. ولما تمسك الطاعن الحالي بالفقرة 2 من المادة أعلاه والتي مفادها عدم تقديم مستندا قاطعا في النزاع حال الخصم دون تقديمه دون أن يبين كيف أنها قاطعة في النزاع أو يثبت أنها كانت بحوزة خصمه فإنه يكون قد أخل بالشروط المطلوبة قانوناً في مثل هذه الحالات مما يجعل طعنه في غير محله ويستوجب رفضه مع التعويض².

طعن بالنقض عدم تقديم المطعون ضده مذكرة جوابية على عريضة الطعن بالنقض، لا يجعل القرار الصادر عن محكمة العليا غيبياً. التماس إعادة النظر أمام المحكمة العليا في الموضوع: حيث أن المدعو (ت.ع) أسس طلبه الرامي إلى إعادة النظر في القرار الصادر في 1999/10/20 كون هذا القرار صدر في غيابه ولم يتمكن من الدفاع عن حقوقه والمدعى عليها في الالتماس قامت بمناورات وتحصلت على نقض القرار موضوع الطعن بالنقض لا سيما أنه كان في حوزته وثائق لم تقدم للمناقشة على مستوى المحكمة العليا وكانت محجوزة من طرف الملتمس ضدها ولم تقدمها للمحكمة العليا وعليه طلب طبقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة 295 من ق.إ.م إلغاء وإبطال القرار موضوع الالتماس الصادر عن المحكمة العليا وفصلاً من جديد التصريح بعدم قبول الطعن بالنقض³.

التماس إعادة النظر شروطه لا تكون الأحكام أو القرارات قابلة للطعن فيها بالطرق العادية السهو عن الفصل في أحد طلبات الخصوم.

من المقرر قانوناً أن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفاً فيها أو ممن أبلغ القانون بالحضور وذلك إذا سهي عن الفصل في أحد الطلبات ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الاستئناف سهواً عن الفصل في الطلب الأساسي المتمثل في هدم الطابق العلوي المتضرر منه الطاعن ولما التمس هذا الأخير إعادة النظر في القضية رفض طلب التماسه لعدم التأسيس فإن هؤلاء القضاة بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ¹.

التماس إعادة النظر -شروطه- غش شخصي - ظهور مستند جديد - إثباتهما بالكتابة. من المقرر قانوناً أنه يجوز التماس إعادة النظر في الأحكام الغير القابلة للطعن بطريق المعارضة أو الاستئناف في حالة وجود غش شخصي أو اكتشاف وثائق قاطعة في الدعوى تكون محتجزة لدى الخصم وإن سريان ميعاد الشهرين يبدأ من يوم العلم بالغش أو ظهور المستند ويتم إثباتهما بالكتابة.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أنه لم يثبت نقض المجلس الغش ضد المدعى عليه في الطعن ولم يثبت ضده بالكتابة تاريخ العلم بحجزه للوثائق القاطعة في الدعوى فإن قضاة المجلس بقضائهم برفض الطلب قد طبقوا صحيح القانون ويعتبر الدفع المثار غير مؤسس².

المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس عند نظرهم دعوى التماس إعادة النظر عوض أن يتناقشوا بالحالات المتمسك بها من المعطون ضدهم بالتدقيق لمعرفة مدى انطباقها أو عدم انطباقها على النزاع بين الأطراف وهو قضاء يعد من قبيل تشويه الوقائع والقصور في التسبب مما يتعين التصريح بالنقض³.

ملف رقم 33527 قرار بتاريخ 85/3/6 ص 33

² ملف رقم 84417 قرار بتاريخ : 1992/03/25

³ القضائية/1/ 2000 ملف 173310 بتاريخ 2000/02/23

رقم القرار 257682 تاريخ القرار 2001/02/13

² ملف رقم 358590 قرار بتاريخ 2005/10/19

³ 96/2/96 ملف 168745 بتاريخ 96/12/25 ص 60

في دعاوى الحيازة

إذا كان القانون المدني قد وضع القواعد الموضوعية لحماية الحيازة فإن قانون الإجراءات المدنية الجديد قد وضع القواعد الإجرائية لحماية هذه الحيازة وذلك في المواد 524 إلى 530 من قانون الإجراءات المدنية 08-09 وهي¹ :

- 1- ترفع دعاوى الحيازة، فيما عدا دعوى استرداد الحيازة، ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقاره أو لحق عيني عقاري، وكانت حيازته هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة، دون لبس، واستمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل.
- 2- لا تقبل دعاوى الحيازة، ومن بينها دعوى استردادها، إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض .

3- لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية.

4- إذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه الحيازة، وقدم كل منهما دليلا على حيازته، يجوز للقاضي إما أن يعين حارسا قضائيا أو أن يسند حراسة المال المتنازع عليه إلى أحد أطراف الخصومة، مع إلزامه بتقييم حساب عن الثمار، عند الاقتضاء.

4- يجب إجراء تحقيق للتأكد من الحيازة وهو ما أكدته المحكمة العليا¹

¹ المادة 524: يجوز رفع دعاوى الحيازة، فيما عدا دعوى استرداد الحيازة، من كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقاره أو لحق عيني عقاري، وكانت حيازته هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة، دون لبس، واستمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل .

ولا تقبل دعاوى الحيازة، ومن بينها دعوى استردادها، إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض .

المادة 525: يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة لعقار أو حق عيني عقاري. ممن اغتصب منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه، وكان له، وقت حصول التعدي أو الإكراه، الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني .

المادة 526: إذا أنكرت الحيازة أو أنكر التعرض لها فإن التحقيق الذي قد يؤمر به في هذا الخصوص لا يجوز أن يحس أصل الحق .

المادة 527: لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية .

المادة 528: إذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه الحيازة، وقدم كل منهما دليلا على حيازته، يجوز للقاضي إما أن يعين حارسا قضائيا أو أن يسند حراسة المال المتنازع عليه إلى أحد أطراف الخصومة، مع إلزامه بتقديم حساب عن الثمار . عند الاقتضاء.

المادة 529: لا تقبل دعوى الحيازة من سلك طريق دعوى الملكية .

المادة 530: لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة . وإذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلا بعد استكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضده .

ومع ذلك إذا كان تأخير التنفيذ راجعا إلى فعل المحكوم له، فإنه يجوز للقاضي الفاصل في دعوى الملكية أن يحدد أجلا للتنفيذ ويقبل

يُتضح - من قضية الحال- أن قضاة الموضوع بتأييدهم للحكم المستأنف و القاضي برفض دعوى المدعي مستندين بذلك على التحقيق الذي أجرته المفتشية و هو تحقيق ليست له القوة القانونية الملزمة ما دام أجري من طرف الخصم و لم يأمر به القضاة كما تشترطه المادة 415 من قانون الإجراءات المدنية ، فان قضاة المجلس يكونون قد خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار .

5 - لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية.

6- لا يجوز للمدعي عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة وإذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلا بعد استكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضده .

ومع ذلك إذا كان تأخير التنفيذ راجعا إلى فعل المحكوم له، فإنه يجوز للقاضي الفاصل في دعوى الملكية أن يحدد أجلا للتنفيذ ويقبل دعوى الملكية بعد انقضاء هذا الأجل.

- طبيعة دعاوى الحيازة:

دعاوى الحيازة عينية عقارية²، فهي عينية لكون الحيازة قرينة على الحق- كما سبق أن ذكرنا- فالحائز يفترض فيه أنه المالك إلى أن يثبت العكس. وعلى ذلك تعتبر الدعوى التي تحمي الحيازة دعوى عينية لكونها تحمي الحق العيني بطريق غير مباشر.

وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا³ إلى أن دعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية، لأن أساسها هو الفعل غير المشروع. ولا محل لهذا الرأي في الجزائر، فقد نصت المادة 819 من القانون المدني على أن: "للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية. كما نصت المادة 525 من قانون الإجراءات المدنية 08-09" يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة لعقار أو حق

عيني عقاري، ممن اغتصبته منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه، وكان له، وقت حصول التعدي أو الإكراه، الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني".

الأمر الذي يستفاد منه أن دعوى استرداد الحيازة دعوى عينية تتبع العقار في أي يد تؤول إليه حيازته¹. وهي عقارية لكونها تحمي حيازة في المنقول سند الملكية². فمن يحوز منقولا يعتبر مالكا له إذا توافر لديه السبب الصحيح وحسن النية. وقد اعتبر المشرع حيازة المنقول سند الملكية.

فمن يحوز منقولا يعتبر مالكا له إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك م 835 / 3 مدني³. فالحيازة في المنقول تختلط إذن بالحق فيه، وذلك على عكس العقار فقد يكون حائز العقار مالكا له وقد لا يكون هو المالك، ومن ثم تتميز حيازة العقار عن الحق فيه، الأمر الذي يقتضي حمايتها بدعاوي خاصة.

- طبيعة الحيازة التي يحميها القانون:

قلنا أن الحيازة قرينة على الملكية فحمايتها حماية للملكية في نفس الوقت، ومادامت الحيازة قرينة على الملكية فإنها يمكن أن تؤدي إلى كسب الملكية بمضي المدة، وهي لا تؤدي إلى ذلك إلا إذا كانت حيازة قانونية⁴.

والحيازة القانونية هي السيطرة المادية للشخص على الشيء باعتباره مالكا له أو صاحب حق عيني عليه، فيلزم إذن أن يتوافر فيها عنصران: عنصر مادي وهو السيطرة المادية على الشيء، وعنصر معنوي وهو ظهور الشخص على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني عليه. فإذا توافر العنصر المادي فقط فإن الحيازة تكون حيازة مادية، لا تكفي لقبول دعوى منع التعرض أو دعوى وقف العمال الجديدة، وإن كانت تكفي لقبول دعوى استرداد الحيازة فنلك يرجع إلى أن الاعتداء على الحيازة

¹ أبو الوفاء بند 158

² وجدي واغب - مبادئ القضاء المدني " قانون الإجراءات المدنية" ط 1999 صفحة 177

³ المادة 835 من حاز سند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من الكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه الكاليف والقيود العينية.

والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك

⁴ أبو الوفاء بند 135

¹ ملف رقم 170136 قرار بتاريخ 1999.05.05 ص 94 م ق 99/1

² محمد حامد فهمي ص 328- أبو الوفاء بند 122- رمز سيف: بند 117 أبو هيف: بند 451- الشرفاوي: بند 60

³ أنظر في ذلك Raviart : op. cit. No. 67 p. 53

في هذه الحالة ينطوي على إخلال بالأمن والنظام العام الأمر الذي يقتضي مواجهته بالتخفيف من شروط دعوى الحيازة والاكتفاء بالحيازة المادية.

- دعوى منع التعرض أهم دعاوى الحيازة:

ينظم المشرع - كما سبق أن ذكرنا - ثلاث دعاوى تحمي الحيازة في كافة صور الاعتداء عليها وهي: دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة. وتعتبر دعوى منع التعرض أهم هذه الدعاوى لكونها دعوى الحيازة العادية¹.

تعريف دعوى منع التعرض وشروطها²:

تستمد دعوى منع التعرض أساسها القانوني من المادة 820 من القانون المدني والتي تنص علي "من حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى بمنع التعرض".

ويشترط لقبول دعوى منع التعرض الشروط الآتية:

1- أن يكون المدعى حائزا حيازة قانونية: والحيازة القانونية هي السيطرة الفعلية لشخص على الشيء باعتباره مالكا له أو صاحب حق عيني عليه³. فيلزم أن يتوافر فيها عنصران⁴:

(أ) عنصر مادي: ، وهو السيطرة المادية على الشيء وذلك بالقيام بالأعمال المادية التي يقوم بها عادة مالك الشيء، فإن كانت أرضا زراعية قام بتمهيدها للزراعة بحرثها وغرسها، وإن كانت أرضا فضاء قام بتسويرها أو البناء عليها وإن كانت مكانا للسكن قام بسكنها.

ولا يشترط أن يقوم بالأعمال المادية الحائز نفسه، وإنما يمكن أن يقوم بها غيره ممن يأنمرون بأوامره وينتهون بنواهي كالخادم والأجير. وتكون الحيازة في هذه الحالة حيازة بالوساطة حيث تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان

متصلا به اتصالات يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة. وعند الشك يفترض فيمن يباشر هذه الحيازة أنه يجوز لنفسه إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك.

(ب) عنصر معنوي ويقصد به ظهور الحائز على الشيء بمظهر المالك له أو صاحب الحق العيني عليه، أي أن تتوافر في الحائز نية السيطرة على الشيء بقصد تملكه⁵. فإذا لم يظهر الحائز على الشيء بمظهر المالك فإن حيازته لا تكون حيازته قانونية وإنما تكون حيازة مادية أو عرضية، كحيازة المستأجر والمستعير والمودع لديه وهي لا تكفي كما سبق لقبول دعوى منع التعرض. لأن المشرع استثنى المستأجر نون سائر الحائزين العرضيين فأجاز له رفع جميع دعاوى الحيازة.

ولما كان الدليل على نية التملك تكثفه الصعوبة. فقد خفف المشرع العبء عن الحائز فنص في المادة 822 من القانون المدني على أنه "إذا تنازع أشخاص متعددون في حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من كانت له الحيازة المادية إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التدليس".

ولقد قضت المحكمة العليا في ذلك "دعوى عدم التعرض دعوى حيازة يلجأ إليها المتقاضي عند كل تعرض له في استغلال عقاره وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق قاعدة حجة الشيء المقضي فيه

المبدأ: إذا تعلق النزاع بدعوى عدم التعرض في الحيازة فإن أعمال قاعدة حجة الشيء المقضي فيه غير مبرر ما دام أن القانون خول للمتقاضي حق حماية حيازته عند كل تعرض تجدد بعد انتهاء التعرض السابق⁶.

فافترض المشرع بذلك أن الحائز المادي هو الحائز القانوني إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك.

2- أن تكون الحيازة ظاهرة و واضحة وهادئة. فإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو شابهها ليس، فلا أثر لها قبل من وقع عليه إكراه أو خفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب

¹ (و التأكيد من توافر شروط الحيازة مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

نقض مدني 29 ديسمبر 1996 الطعن رقم 8070 لسنة 23 ق.

² نقض مدني 27 أكتوبر 192 - الخمامة - السنة 13.

³ (و بر سلف بند 199.

⁴ (و الوقت حد 130 و جدي و اغب: صفحة 179 أيضا نقض مدني في 18 يناير 1940 الطعن رقم 49 لسنة 14 ق.

⁵ (محمد حامد فهمي: صفحة 393. رمزي سلف: صفحة 150 العسماوي: بند 505.

⁶ رقم القرار 203573 تاريخ القرار 2000/11/22

وعلة ذلك، أن الحيازة قرينة على الملكية فيجب أن تتوافر فيها صفات الحيازة التي تؤدي إلى كسب الملكية بمضي المدة وهي¹:

(أ) الظهور بمعنى أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز غير خفية بحيث يستطيع أن يراها ويعلمها من يحتج عليه بالحيازة فيتعرض عليها إذا شاء².

أما إذا كانت الحيازة خفية فإنها لا تظهر الحائز بمظهر المالك. ونادرا ما تكون حيازة العقار خفية ولا يتحقق الخفاء عادة إلى بالنسبة لحقوق الارتفاق غير الظاهرة.

(ب) الوضوح بمعنى ألا يشوب الحيازة أي لبس أو غموض في الكشف عن نية الحائز بحيث يمكن أن يفهم من الأعمال المادية التي يقوم بها أنه يباشرها لحسابه وباعتباره صاحب الحق. ويفترض عند الشك أن الشخص يحوز لنفسه إلى يثبت العكس، كما يفترض في الحائز المادي أنه الحائز القانوني.

ومن أمثلة الحيازة التي يكتفها الغموض أن يتوفى شخص ويترك عقارا له في حيازة أحد ورثته، ففي هذه الحالة لا يفهم ما إذا كان الابن يحوز العقار باعتباره وارثا أم بصفته الشخصية³.

ومن أمثلة ذلك أيضا، أن يضع شخص يده على أرض له جزء فيها على الشيوع فلا يفهم في هذه الحالة ما إذا كان يحوز نصيبه فقط أم أنصبة باقي الملاك على الشيوع، لأن لكل واحد من الملاك على الشيوع الحق في الانتفاع بالعين كلها، ولا يعرف ما إذا كان الشريك على الشيوع يحوز العين كلها لنفسه أم نيابة عن باقي الشركاء⁴.

(ج) الهدوء: بمعنى ألا تكون الحيازة قد اكتسبت بعمل من أعمال العنف أو الإكراه ماديا أو أدبيا. لأن استعمال العنف هنا يظهر الحائز بمظهر المقتصب وليس بمظهر المالك. ومن ثم، لا تقبل منه دعوى الحيازة. فضلا عن استعمال العنف يشكل اعتداء على حيازة شخص آخر يعطيه الحق في رده. على أن عيب الإكراه الذي يعيب الحيازة يزول إذا استقرت الحيازة هادئة بعد ذلك.

¹ Cuche et Vincent : No. 50.p. 47 – Raviart : p.78 et s.

² الشرفاوي: المرافعات صفحة 115.

³ أبو الوفا: صفحة 222.

⁴ انظر العثماني. بند 504- محمد حامد فهمي صفحة 393.

3- أن ترد الحيازة على عقار أو حق يجوز تملكه بمضي المدة، فلا تقبل دعاوى الحيازة من الأفراد على الولاية بشأن عقار من الأملاك العامة للدولة، كما لا تقبل دعاوى الحيازة بالنسبة لما يعتبر في حكم ملك الله تعالى كالمسجد، لأن القانون-كما رأينا- يحمي الحيازة كقرينة على الملكية ومن ثم، فإنه يجب أن يكون محل الحيازة مما يجوز تملكه، وهو ما لا يتوافر بالنسبة لهذه العقارات

4- أن تستمر الحيازة مدة سنة، يشترط لقبول دعوى منع التعرض أن تستمر حيازة العقار سنة كاملة بدون انقطاع. وهي مدة تحكيمية رأى المشرع أنها مدة معقولة تكفي لاستقرار الحيازة وتجعلها جدية بالاعتبار¹. ويجب أن تكون مدة السنة التي يباشر خلالها الحائز السيطرة المادية على العقار متصلة، فإذا انقطعت لطرد الحائز أو عدم مباشرته للأعمال المادية التي تتفق وطبيعة العقار محل الحيازة رغم صلاحيته لذلك، ترتب على ذلك انقضاء الحيازة وبالتالي عدم مباشرته للأعمال المادية التي تتفق وطبيعة العقار محل الحيازة رغم صلاحيته لذلك، ترتب على ذلك انقضاء الحيازة وبالتالي عدم قبول الدعوى، أما إذا كان الانقطاع نتيجة مانع وقتي حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق.

5- أن يقع تعرض للمدعي في حيازته² والتعرض قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا. والتعرض المادي هو كل عمل مادي من شأنه أن يعطل انتفاع الحائز بحيازته كزراعة الأرض أو البناء عليها، أو هدم مسقى في أرض المتعرض يروي الجار زراعته منها، لما في ذلك من اعتداء على حق ارتفاق الري³، وغير ذلك من الأعمال المادية التي تعطل انتفاع الحائز بحيازته و تنتطوي على إنكار لها.

أما التعرض القانوني فهو كل إجراء قانوني ينطوي على ادعاء يتعارض مع حيازة الحائز. كأن يرسل شخص إنذارا للمستأجر من الحائز بعدم دفع الأجرة للأخير ووجوب دفعها له هو، أو أن ينذر جاره بعدم تعديل الحائط الذي يفصل بينهما لكونه حائطا مشتركا بينهما، أو أن يرفع دعوى منع التعرض على الحائز لما في ذلك من إنكار حيازة الحائز، أما إذا رفع دعوى المطالبة بالحق، فإنها لا تعد تعرضا للحائز في

¹ محمد حامد فهمي: بند 62.

² انظر بند 109.

³ نقض مدني في 22 أكتوبر 1936 - اخاماد- ملحق مجلة القانون و الاقتصاد السنة 7 - رقم 4 صفحة 6.

- تعريفها:

هي الدعوى التي يرفعها الحائز لعقار أو لحق عيني على من شرع في عمل لو تم لأصبح تعرضاً بالفعل للحائز في حيازته¹.

فهي تهدف إلى الحيلولة دون تمام العمل أي قبل أن يصير العمل تعرضاً، كأن يشرع شخص في حفر أساس في أرضه ليقيم حائطاً ويكون من شأن هذا الحائط لو تم أن يحجب النور والهواء عن بناء الجار، فيرفع الأخير دعوى لطلب وقف البناء ليحول دون تمامه حتى يتجنب التعرض له في حق المطل إذا تم البناء.

فالضرر في هذه الدعوى لم يقع بالفعل لعدم وقوع التعرض، وإنما يحتمل وقوعه لوجود أمارات تدل عليه وهي الشروع في العمل، لذلك تكون للشخص مصلحة في تجنبه قبل وقوعه.

أساسها القانوني المادة 821 مدني والتي تنص "يجوز لمن حاز عقاراً واستمر حائزاً له مدة سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت ولم ينقص عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر.

وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقت إذا تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرار الأعمال كان على غير أساس وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها للتعويض عن الضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته".

- شروطها:

تتفق دعوى وقف الأعمال الجديدة مع دعوى منع التعرض في أنه يشترط

حيازته لأن مدعى الملكية لا ينازع الحائز في حيازته وإنما تتضمن مطالبته على العكس التسليم للمدعي عليه بالحيازة، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يبرر حق المدعي عليه في دعوى المطالبة بالحقوق فيرفع دعوى منع التعرض¹.

- أن ترفع الدعوى في خلال سنة من التعرض: فإذا أهمل المدعي في رفع الدعوى خلال سنة من حدوث التعرض، سقط حقه في الدعوى، و تحسب مدة السنة من وقوع التعرض. فإذا تعددت الأفعال التي تعد تعرضاً، فإن كل فعل يشكل في حد ذاته تعرضاً مستقلاً يعطي الحائز الحق في رفع الدعوى، وعلى ذلك تحسب مدة السنة من آخر تعرض للحائز في حيازته².

¹ رمزي سيف: بند 124 صفحة 157 - محمد حامد فهمي: بند 362 صفحة 399 أبو الوفا: بند 140 صفحة 229 - العشماوي: صفحة 638

² رمزي سيف: صفحة 158 - أبو الوفا: بند 141 صفحة 231. و يذهب البعض عكس ذلك إذا يرون احتساب مدة السنة من

تاريخ وقوع أول اعتداء على الحيازة لأن دعوى الحيازة ينشأ سببها من وقوع أول تعد عليها.

انظر الشوقري: الإجراءات المدنية صفحة 124

Raviart : No. 337- Solus et perrot : No. 168, p. 152.

¹ رمزي سيف: بند 126 - أبو الوفا: بند 148 - محمد حامد فهمي: بند 227 أبو جيف: بند 474 انظر أيضا:

Vincent : No. 51- Raviart : No. 48.

Solus et perrot : No. 198- Carssonnet: No. 128

فيها أن تكون الحيازة قانونية ظاهرة وواضحة وهادئة، وأن ترد على عقار أو حق عيني يجوز تملكه بمضي المدة، وأن تستمر الحيازة مدة سنة.¹
ولكنهما يختلفان من حيث السبب في الدعوى وسقوط الحق في رفعها:
1- من حيث السبب:

السبب في دعوى منع التعرض هو وقوع تعرض بالفعل للحائز في حيازته، أما في دعوى وقف الأعمال الجديدة فإن السبب هو الشروع في عمل لو تم لأصبح تعرضاً للحائز في حيازته.

ويلاحظ أن التعرض يحدث سواء وقع على عقار الحائز نفسه أو وقع على عقار المدعي عليه في دعوى الحيازة. كما إذا أقام شخص في أرضه هو - حائطاً حجب النور والهواء عن الجار، فذلك يعد تعرضاً لحق ارتفاق المثل الذي يحوزه الجار.

أما في دعوى وقف الأعمال الجديدة، فإن العمل يقع دائماً على عقار المدعي عليه في دعوى الحيازة، أي أنه يقع في غير عقار الحائز لأن وقوعه على عقار الحائز يعد تعرضاً بالفعل للحائز في حيازته¹، وتكون وسيلة حماية حينئذ دعوى منع التعرض وليست دعوى وقف الأعمال الجديدة.

2- سقوط الحق في رفع الدعوى: يسقط الحق في رفع دعوى منع التعرض - كما قدمنا - بمضي سنة على التعرض. أما في دعوى وقف الأعمال الجديدة فإن الدعوى تسقط بأحد أمرين²:

1- أن يمضي على الشروع فيه مدة سنة

2- أن يتم العمل حتى لو لم يمض على الشروع فيه مدة سنة لأنه بتمام العمل تصبح في مواجهة تعرض بالفعل وتكون وسيلة حماية الحيازة حينئذ هي رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تمام العمل.

دعوى استرداد الحيازة

تعريفها: هي الدعوى التي يرفعها الحائز الذي سلبت حيازته بالقوة على من اغتصب حيازته أو من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب طالبا رد حيازة العقار إليه.
شروطها:

جرى الفقه والقضاء على تيسير شروط قبول دعوى استرداد الحيازة¹، وقد قنن المشرع هذا الإتجاه في المادة 819 من القانون المدني، وعلته ذلك أن سلب الحيازة بالقوة أشد صور التعرض للحيازة وأخطرها، لما ينطوي عليه سلب الحيازة بالقوة من الإخلال بالأمن والنظام العام. ويبدو أثر التخفيف في الشروط الآتية لقبول دعوى استرداد الحيازة:

1- الحيازة:

لم يشترط المشرع لقبول دعوى استرداد الحيازة أن تكون حيازة مادية فيجوز رفع الدعوى من الحائز حيازة قانونية ومن الحائز مجرد حيازة مادية. ويجب أن تكون الحيازة ظاهرة وواضحة وهادئة لأن الهدف من دعوى استرداد الحيازة رد العنف، ومن ثم، فإنها لا تقبل ممن اكتسب حيازته بعمل من أعمال العنف². فإذا كانت الحيازة قد اقترنت بإكراه ثم زال عنها هذا العيب فاستقرت هادئة بعد ذلك لمدة معقولة، فإنها تكون جديرة بالحماية بدعوى استرداد الحيازة.

2- أن تستمر الحيازة - كقاعدة - مدة سنة:

يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز قد حاز العقار مدة سنة متصلة قبل رفع الدعوى. وقد خرج المشرع على هذه القاعدة في الحالتين:

¹ Souls et perrot : No. 201 - Cuhe et Vincent : No. 52.

رمز سيف: بند 131 - أبو الوفا: بند 150 صفحة 238 - أبو حيف: بند 477.

² وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: سلب الحيازة يقتضي أن يكون الإعتداء بالعنف واقعا على حيازة مادية للعين، وأنه لذلك لا تقبل دعوى استرداد الحيازة عن الإعتداء الواقع على حيازة معنوية، كأد يكون المعتدي قد هدم مسقي في حيازته هو يروي منها الجار أرضه، لأن هذا الهدم لا يفسد الحيازة المدعى، فتكون الدعوى المقبولة هي دعوى منع التعرض إذا استوفت شروطها. نقض مدني في 22 أكتوبر 1936 - ملحق مجلة القانون و الإقتصاد السنة 7 - رقم 4 صفحة 6.

¹ رمزي سيف: بند 127 - أبو الوفا: بند 148 - عبد الفتاح السيد - بند 359 ص 341.

² الشرفقاري: الإجراءات المدنية بند 65، صفحة 125.

تمهيد

معنى كلمة التنفيذ في اللغة تحقيق الشيء وإخراجه من حيز الفكر والتصوير إلى مجال الواقع الملموس، فيقال نفذ المأمور الأمر أي أجزاه وقضاهو ينقسم التنفيذ بالمعنى السابق إلى نوعين: تنفيذ اختياري أو رضائي و تنفيذ جبري أو قهري أو إجباري .

هو التنفيذ الاختياري هو الذي يقوم به المدين بمحض إرادته دون تدخل من السلطة العامة لإجباره عليه ، و يعتبر التنفيذ اختياريًا حتى ولو قام به المدين مدفوعًا بالخوف من إجباره على الوفاء بالالتزام بواسطة ما أعدده التنظيم القانوني من وسائل¹ ، و هو يعتبر اختياريًا أيضًا حتى لو قام به المدين تحت تأثير الخوف من بطش الدائن.

و لا يثير التنفيذ الاختياري عادة أية صعوبة، و لا توجد إجراءات خاصة به لأنه لا يتم بطريقة رسمية أو بتدخل السلطة القضائية اللهم إلا إذا رفض الدائن ما يوفي به المدين منازعا إياه في نوعيته أو كفايته ، و في هذه الحالة يقوم المدين بعرض ما وجب عليه أداؤه عرضا فعليًا على الدائن ثم يودعه خزانة المحكمة بطلب منها الحكم بصحة هذا العرض إبراء لذمته.

و يحدث العرض الفعلي بتبليغ يوجه إلى الدائن على يد محضر، و يحضر المحضر محضرا يسمى محضر العرض، و يجب أن يشمل محضر العرض على بيان الشيء المعروض و شروط العرض و قبول العرض أو رفضه.

أما التنفيذ الجبري فهو الذي يتم بواسطة السلطة العامة تحت إشراف القضاء و رقابته ، بناء على طلب إذن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء الدائن حقه الثابت في السند من المدين قهرا عنه²، وهذا طبقا لنص المادة 160 من القانون المدني³،

¹ فتحي والي- التنفيذ الجبري- دار النهضة العربية سنة 1980 - بند 2 ص 4

² محمد حامد فهمي- تنفيذ الأحكام و السندات الرسمية- بند 3 ص 2، أحمد أبو الوفاء- إجراءات التنفيذ- الطبعة السادسة- بند 12 ص 18

³ المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به

أ) إذا فقدت الحيابة بالقوة أو باستخدام التدليس، ففي هذه الحالة يقبل دعوى استرداد الحيابة ولو لم تكن قد مضت على الحيابة مدة سنة.

ب) إذا كانت حيابة رافع الدعوى رغم أنه لم يمض عليها سنة أحق بالتمضييل من حيابة خصمه حتى ولو لم تمض على حيابة المدعى مدة سنة.

"أما إذا كان فقد الحيابة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيابته من المعتدي"

3- سلب الحيابة:

والمقصود بسلب الحيابة أو فقدها حرمان الحائز من الانتفاع الكامل بالحيابة¹ وقد يقع فقد الحيابة بالقوة، على أن ذلك لا يعني أن يكون سلب الحيابة مصحوبا باعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره، بل يكفي أن يثبت أن المعتصب وعماله قد استولوا على العقار ولم يقو خفير الحائز على رد اعتدائهم². ويجري الفقه³ والقضاء على قياس الخديعة والحيلة على الإكراه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقص بأنه " إذا كان الشريك قد طلب تسليمه ما كان في حوزته معادلا لبعض نصيبه في الأطنان المشاعة، مقيما

4- أن ترفع الدعوى خلال سنة من فقد الحيابة أو من تاريخ العلم بها: يجب على حائز العقار إذا فقد حيابته أن يرفع دعوى استرداد الحيابة خلال سنة من فقد الحيابة، فإذا كان فقد الحيابة قد حدث خفية بدأ سريان السنة من الوقت الذي ينكشف فيه ذلك طبقا لنص المادة 817 من القانون المدني.

¹ أبو الوفاء بند 154- محمد حامد فهمي- صفحة: 408

² نقص مدني في 20 أكتوبر سنة 1955- طعن رقم 191 السنة 22

³ الغسماوي بند 543 و المراجع السابقه

فإذا ما أي المدين الاستجابة لعنصر المديونية في الالتزام و ماطل و لم يوف بالتزامه اختياريا ، فإن الدائن يلجأ إلى الاستعانة بعنصر المسؤولية في الالتزام لقهر المدين على تنفيذ التزامه جبرا بعد إعداره وهذا طبقا لنص المادة 164 من القانون المدني¹ ،

تبليغ السند التنفيذي والتكليف بالوفاء

أن العلة من اشتراط التكليف بالوفاء والإنذار فيمكن في تسجيل واقعة امتناع المدين عن الوفاء الاختياري بالتزامه ومن ثم تأكيد حق الدائن في الحماية التنفيذية ، باعتبار أن المدين لا يعتبر مخلا بالتزامه أو متأخرا في الوفاء به، وفقا للقواعد العامة إلا من تاريخ أعداره.

ويجب أن يعلن المدين بالصورة التنفيذية للسند التنفيذي، فتبليغ السند التنفيذي لابد أن يتم بمقتضى الصورة التنفيذية للسند موضوع التبليغ، أي الصورة الموضوع عليها الصيغة التنفيذية، وذلك لأن الغرض من تبليغ السند التنفيذي هو تبليغ المدين بحق الدائن في التنفيذ الجبري لكي يتمكن المدين من الوفاء بالحق نقاديا لإجراءات التنفيذ، ولا يثبت حق الدائن في التنفيذ الجبري إلا إذا كان بيده عمل قانوني ذو قوة تنفيذية وثابت في مستند معين هو الصورة التنفيذية من هذا السند، وعلى ذلك فإن تبليغ صورة غير تنفيذية لا تحقق الغرض منه حسب الرأي الراجح في الفقه أن المشرع اكتفى بتبليغ المدين بصورة السند التنفيذي الصورة التنفيذية دون حاجة لتبليغ ما عداها الأوراق الخاصة بتحويل الدين فيجب أن يتم إلى المدين بالصورة التنفيذية الحكم زبلا بالصيغة التنفيذية وإلا كان التبليغ باطلا.

وبالإضافة إلى الصورة التنفيذية للسند التنفيذي فإن التبليغ يجب أن يشمل أيضا على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب منه أدائه والتكليف بالوفاء هو في جوهره تنبيه وإنذار، تنبيه على المدين بالوفاء وإنذار بأنه إذا لم يف اختياريا أجرى التنفيذ عليه جبرا، ولا يشترط أن يتضمن التكليف بيانا بطريق التنفيذ الذي سيسلكه الدائن أو

بالأموال التي سيجرى التنفيذ عليها كما أنه لا يشترط عبارات معينة لهذا التكليف، فيكفي أية عبارة بذاتها تدل على تصميم صاحبها على هذا التكليف ويترتب على التكليف وضع المدين في وضع المدين المعذر مما يؤدي إلى قطع التقادم الساري لمصلحته ويطلق فقه القانون المدني على هذا التكليف تعبير "التنبيه"

والتكليف بالوفاء وأن كان غالبا ما يأتي بندا في محضر تبليغ السند التنفيذي إلا أنه يعد إجراء قائما بذاته وله استقلاله، وبالتالي فمن الممكن أن يتم تبليغ السند التنفيذي وحده، ثم يتم التكليف بالوفاء بعد ذلك بإجراء مستقل قبل التنفيذ، فيمكن أن يتم التكليف بالوفاء بإجراء مستقل مع الإشارة إلى سبق تبليغ السند التنفيذي وإعطاء بيان واضح عنه، ولكن لا يجوز أن يتم التكليف بالوفاء قبل تبليغ السند التنفيذي عن ضرورة تكليف المدين بالوفاء.

ويجب أن يتضمن تبليغ السند التنفيذي، فضلا عن التكليف بالوفاء، بيان المطلوب أي بيان نوع ومقدار الشيء المراد اقتضاؤه من المدين وذلك حتى يتمكن المدين من العلم بما هو مطلوب منه على وجه التحديد وينبغي أن يكون المطلوب من المدين في بيان التكليف مطابقا للثابت في السند التنفيذي، لذلك يكفي الإحالة إلى السند هذا الخصوص إذا كان يتضمن بيان المطلوب على وجه التحديد وإذا كان المطلوب يختلف في مقداره عن الثابت في السند التنفيذي فإن التبليغ لا يبطل، وإنما يصح التنفيذ لاقتضاء أقل المقدارين باعتباره القدر المتيقن الذي استوفى مقدمات التنفيذ وفي حالة التنفيذ بإخلاء عقار أو بتسليم منقول أو عقار يجب أن يشتمل تبليغ السند التنفيذي على تحديد كاف لهذه الأموال.

وينبغي أن يتم تبليغ السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي وإلا كان التنفيذ باطلا فنظرا لخطورة تبليغ السند التنفيذي ولضمان وصوله للمدين قبل البدء في التنفيذ حتى يتمكن من نقادى التنفيذ الجبري أو الاعتراض على السند التنفيذي فإن المشرع أوجب أن يكون التبليغ لشخص المدين أو في موطنه الأصلي وذلك مثل تبليغ الحكم الذي يبدأ منه ميعاد الطعن.

فيجب أن يتم تبليغ المدين أما لشخصه أو في موطنه الأصلي بمعنى أنه لا يجوز تبليغ السند التنفيذي في الموطن المختار للمدين، الذي اتخذ في الخصومة التي انتهت

غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبعيا.

¹ المادة 164 : يجبر المدين بعد أعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينا، متى كان ذلك ممكنا.

بالحكم المراد تنفيذه، أو الذي اتخذته في المحرر الموثق، فلا يجوز تبليغ السند التنفيذي في الموطن المختار سواء كان هذا الموطن محددًا باتفاق الخصوم أم مفروضًا بنص القانون، كما لا يجوز تبليغه أيضًا في موطن الوكيل في الخصومة التي انتهت بالحكم المراد تنفيذه ولا في موطن الوكيل العام للخصم، وإذا كان المبلغ إليه أحد الأشخاص الاعتبارية وجب تبليغه على مراكز إدارته للنائب عنه أو لمن يمثله قانونًا وإذا كان المبلغ إليه قاصرا وجب توجيه التبليغ إلى ممثله القانوني إذ أن موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانونًا ويتم تبليغ السند التنفيذي على يد المحضر طبقا لإجراءات التبليغ القضائي.

وإذا فرض أن المدين قد توفى أو فقد أهليته أو زالت صفة من يباشر الإجراءات بالنيابة عنه، سواء قبل البدء في التنفيذ أو قبل إتمامه، فإنه يجب في هذه الحالة القيام بتبليغ السند التنفيذي والتكليف بالوفاء لورثة المدين أو من يقوم مقامه فحتى يمكن التنفيذ تجاه ورثة المدين أو من يقوم مقامه يجب دائما تبليغهم بالسند التنفيذي وتكليفهم بالوفاء وذلك حتى لو كان المدين قد تم تبليغه قبل وفاته أو زوال الصفة أو الأهلية إذ يجب هنا إعادة التبليغ مرة أخرى ولكن لورثة المدين¹، أو لمن قام مقامه وذلك لتمكينهم من اتخاذ الموقف المناسب لهم بالوفاء

¹ المادة 584: يقدم عرض الوفاء بواسطة محضر قضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن. ويبلغ رسميا وفقا لأحكام هذا القانون يتضمن محضر العرض:

- 1 اسم ولقب المدين وموطنه،
 - 2 اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي أو المختار،
 - 3 وصف الشيء المعروض بحيث لا يمكن استبداله بغيره، وإن كان الشيء المعروض نقودا يحدد مقدارها ونوعها،
 - 4 ذكر أسباب العرض،
 - 5 رفض أو قبول الدائن للعرض،
 - 6 توقيع الدائن أو الشخص المبلغ له العرض، أو الإشارة إلى رفض التوقيع أو عدم قدرته على ذلك،
 - 7 تشبه الدائن بأنه في حالة رفض العرض سيتم الإيداع في المكان واليوم والساعة المحددة في طلب العرض، وأنه سيسقط حقه في المطالبة به، بعد مضي سنة واحدة (1) تسري من تاريخ الإيداع.
- المادة 585: إذا رفض الدائن العرض، جاز للمدين إيداع المبلغ أو الشيء المعروض بمكتب الخضر القضائي، وعند الاقتضاء بأمانة ضبط المحكمة. يفصل رئيس المحكمة في كل الإشكالات التي قد تثار بأمر غير قابل لأي طعن.
- ترتب على إيداع العرض، سقوط حق الدائن في المطالبة بالحق محل العرض والإيداع، بعد مضي أجل سنة واحدة (1) من تاريخ إيداع العرض. يمكن للمدين استرجاع المبلغ أو الشيء المعروض والمودع، بعد انقضاء هذا الأجل، بأمر على عريضة.

الاختياري تفاديا لإجراءات التنفيذ أو الاعتراض عليها ذلك أنهم قد لا يكونوا على علم بسبق صدور حكم على مورثهم، أو بوجود إجراءات تنفيذ جبري بدأت قبله، فإذا لم يتم تبليغهم وتكليفهم بالوفاء، مع بيان المطلوب، كان التنفيذ باطلا، ولكن يمكن للدائن أن يعلن الورثة مجتمعين جملة في آخر موطن كان لمورثهم.

من كل ذلك نجد أن من الضروري أن يسبق البدء بالتنفيذ الجبري تبليغ المدين بالسند التنفيذي مع تكليفه بالوفاء وبيان المطلوب منه، وأن يكون هذا التبليغ لشخص المدين أو في موطنه الأصلي أو في محل عمله، فإذا لم يتم هذا التبليغ أو تم معيبا أو على غير النحو الذي رسمه المشرع، كان التنفيذ باطلا إلا أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام إذ هو قد شرع لمصلحة المدين وحده فلا يقبل من غيره التمسك به.

سند التنفيذ

الحق الموضوعي و السند التنفيذي

المعنى الموضوعي والمعنى الشكلي لسبب التنفيذ:

ثمة معنيان لسبب التنفيذ¹ معنى موضوع وهو يتمثل في الحق الموضوعي الذي يجري التنفيذ لاقتضائه ومعنى شكلي يتمثل في السند التنفيذي الذي هو بمثابة أداة للتنفيذ.

وتجدر الملاحظة أن كل معنى من المعنيين السابقين لا يغني عن المعنى الآخر بل لا بد من وجود الحق الموضوعي ووجود السند التنفيذي الذي يتبلور فيه هذا الحق حتى يتوافر سبب التنفيذ. فلا الحق يغني عن السند ولا السند يغني عن الحق ومعنى ذلك أنه لو كان للدائن حق موضوعي كحق الملكية مثلا ولكنه غير ثابت في سند مستوف للشكل الذي يزوده بالقوة التنفيذية فإنه لن يستطيع التنفيذ لأن سبب التنفيذ لم يكتمل له الشكل المادي اللازم قانونا لإجرائه كذلك لو كان بيد الدائن حكم واجب النفاذ ومشمول بالصيغة التنفيذية وهذا نموذج للسند التنفيذي ولكنه استوفى دينه فان استخدامه لهذا الحكم للتنفيذ بعد الوفاء لا يمنع من بطلان هذا التنفيذ لقيامه على غير سبب لأن السند بذاته لا يكفي للتنفيذ مادام أي الحق الثابت فيه قد تم الوفاء به أو

¹ عبد الباسط جعبي - نظام التنفيذ - بند 180 ص 156

انتقضى، فيجب إذن اجتماع الحق والسند معا حتى يكون هناك سبب للتنفيذ وسوف نوضح كل معنى من المعنيين السابقين للتنفيذ، فندرس الحق الموضوعي الذي يجرى التنفيذ لاقتضائه، ثم ندرس بالتفصيل السند التنفيذي.

الحق الموضوعي الذي يجرى التنفيذ لاقتضائه
ضرورة توافر شروط ثلاثة في الحق الموضوعي:

لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء "ويتضح من هذا النص أنه يجب أن تتوافر شروط ثلاثة في الحق الموضوعي الذي يجرى التنفيذ لاقتضائه، وهي أن يكون الحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء.

والملاحظ أنه لا يعتد بمقدار الحق الموضوعي الذي يجرى التنفيذ بمقتضاه، إذ يمكن التنفيذ اقتضاء لأي حق مهما قل مقداره، كما يجوز التنفيذ إذا ما توافرت هذه الشروط بالنسبة لجزء من الحق الموضوعي بحيث يجري التنفيذ لاستيفاء هذا الجزء حتى ولو لم تتوافر هذه الشروط بالنسبة للجزء الباقي من الحق. ويخضع تقدير توافر هذه الشروط أو عدم توافرها لسلطة محكمة الموضوع، وإذا ما تخلف شرط من هذه الشروط فإنه لا يجوز إجراء التنفيذ الجبري، وإذا اتخذ أي إجراء رغم غياب شرط من هذه الشروط فإن هذا الإجراء يكون باطلا.

وجوب توافر الشروط عند البدء في التنفيذ وفي ذات السند التنفيذي:

وينبغي أن تتوافر هذه الشروط عند البدء في التنفيذ كما يجب أن تتوافر هذه الشروط في ذات السند التنفيذي، فلا يلزم أن تتوافر هذه الشروط قبل البدء في التنفيذ أي عند تكوين السند التنفيذي كما لا عبرة بتوافرها بعد البدء في التنفيذ بل ينبغي أن تتوافر في لحظة البدء في التنفيذ فإذا بدء التنفيذ وكان أحد هذه الشروط غير متوافر فإن التنفيذ يكون باطلا، حتى ولو توافر هذا الشرط فيما بعد، فمثلا إذا بدء الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ قبل حلول أجل دينه فإن التنفيذ يكون باطلا ولا يصححه حلول أجل الدين بعد ذلك أثناء إجراءات التنفيذ، وأيضا إذا بدء الدائن في التنفيذ بمقتضى حق غير معين المقدار فليس له أن يطلب من القاضي تعيين مقدار الدين لتصحيح إجراءات التنفيذ إذ يعتبر التنفيذ باطلا منذ بدايته.

كذلك ينبغي أن يتضح توافر هذه الشروط من نفس السند التنفيذي فإذا ثبت من السند التنفيذي تخلف أحد هذه الشروط فلا يجوز البدء في إجراء التنفيذ، فمثلا إذا كان السند التنفيذي يعلق إجراء التنفيذ على قيام الدائن بعمل فإنه لا يجوز للدائن طلب إجراء التنفيذ إلا بعد أن يثبت قيامه بالعمل المتفق عليه، وإذا صدر حكم بتعويض المضرور دون أن يحدد مقدار التعويض فإن هذا الحكم لا يجوز تكملة السند التنفيذي بسند آخر إذا أشار السند التنفيذي صراحة إلى هذا السند، ومثال ذلك أن الأمر بتقدير المصاريف يكمله الحكم الصادر في الدعوى والذي يحدد الخصم الذي يتحمل هذه المصاريف، وسوف نوضح المقصود بكل شرط من هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الحق محقق الوجود

لا يقصد بهذا الشرط أن يكون الحق خاليا من النزاع من جانب المدين لأنه لو كان هذا المعنى هو المقصود بهذا الشرط لما أمكن تحقق التنفيذ مطلقا واستحال توقيعه على المدين جبرا لأن المدين سوف ينازع دائما في الحق، كما أن هذا المعنى يجعل قوة السند التنفيذي تتوقف على أداء المدين، كما يجعل هذه القوة تتوقف أيضا على سلطة القائم بالتنفيذ وهو المحضر إذ سيترك له عند التنفيذ سلطة تقرير وجود نزاع جدي أو عدم وجوده وهذا ما يتعارض مع فكرة السند التنفيذي وكونه مؤكدا للحق وكافيا بذاته لإجراء التنفيذ الجبري.

ويقصد بكون الحق محقق الوجود أن يكون وجوده مؤكدا وحالا، فإذا كان الحق معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد أو كان الحق المقرر في السند حقا مؤقتا أو كان حقا احتماليا، فإنه لا يكون محقق الوجود في هذه الحالات.

ويلاحظ أن من يكون بيده سند التنفيذ لا يكلف بإثبات أن حقه الثابت في ذلك السند محقق الوجود وإنما الذي يكلف بالإثبات هو من يدعي العكس، فوجود السند قرينة على تحقيق وجود الحق الذي يتضمنه، ومن أمثلة السندات التنفيذية التي لا يمكن تنفيذها لأنها لا تتضمن حقا محقق الوجود الحكم الصادر بالغرامة التهديدية، فهذا الحكم لا يكون قابلا للتنفيذ لأنه حتى بعد أن يحدد القضاء نهائيا قيمة التعويض فإن التنفيذ عندئذ يكون واجبا لحكم القاضي بالتعويض لا الحكم

بالغرامة التهديدية وأساس ذلك أن الحكم بالغرامة التهديدية ليس حكما بالتعويض وإنما هو وسيلة للتغلب على عناد المدين وإكراهه على تنفيذ التزامه عينا.

وقد ينتهي الأمر إلى عدم الحكم على المدين بأي شيء من الغرامة التهديدية التي فرضت عليه إذا قام بتنفيذ التزامه ولذلك فإن الحكم بالغرامة التهديدية سواء تم الاستئناف والتأيد أو لم يستأنف فإنه لا يمكن تنفيذه لأنه لا يتضمن حقا محقق الوجود لمن صدر الحكم لصالحه، ومن أمثلة هذه السندات أيضا العقد الذي يتضمن حقا معلقا على شرط فهذا العقد لا يجوز تنفيذه إلا إذا تحقق الشرط ونظرا لكون تحقق الشرط أمرا خارجا عن نطاق العقد فهو لا يثبت من العقد نفسه ولذلك ينبغي استصدار حكم يفيد ذلك ويكون التنفيذ عندئذ مستندا إلى الحكم أما العقد ذاته فلا ينفذ رغم كونه سندا تنفيذيا لأنه لا يتضمن حقا محقق الوجود يمكن اقتضائه.

الشرط الثاني: أن يكون الحق معين المقدار

ينبغي أن يكون محل الحق الوارد في السند التنفيذي معين المقدار وهذا شرط بديهي، لأن الدائن يقتضي بالتنفيذ حقه لا أكثر من ذلك ولذا يجب أن يكون هذا الحق معيناً في مقداره، كما أن للمدين أن يتفادى التنفيذ الجبري بالوفاء ولذلك يجب أن يكون الحق معين المقدار حتى يقوم المدين بالوفاء بهذا المقدار فقط، وكذلك فإن التنفيذ بطريق الحجز يقتضى بيع أموال المدين بقر ما يكفي لتنفيذ التزامه ويجب على المحضر أن يكف عن البيع إذا وصل ناتج البيع إلى الحد الكافي لأداء حق الدائن ولذلك يجب أن يكون هذا الحق معين المقدار.

وتختلف طريقة التعيين باختلاف محل الحق، فإذا كان محل الحق نقودا وجب أن يكون مبلغا معلوما، وإذا كان المطلوب غير نقود كتسليم شيء مثلا فإذا كان الشيء منقولاً وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره أو معيناً بذاته وإذا كان عقارا وجب أن يكون معيناً أيضا بأن يتضمن السند التنفيذي وصفا تفصيليا له.

ومن أمثلة السندات التنفيذية التي لا يجوز تنفيذها لعدم تعيين مقدار الحق الحكم الصادر بالزام الخصم بالمصاريف القضائية إذا لم يكن هذا الحكم قد حدد هذه المصاريف وفي هذه الحالة يجب على المحكوم له أن يحددها عن طريق تقديم عريضة إلى رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم ومن أمثلة ذلك أيضا أمر الأداء الصادر باستيفاء ثمن منقول معين بنوعه ومقداره دون أن يحدد مبلغا يستحقه الدائن عوضا عن المنقول.

ومن ذلك أيضا العقد الذي يتضمن دينا غير معين المقدار أو يحتاج في تعيين مقداره إلى بحث طويل أو إلى الالتجاء لخبير يقوم بعمل الحساب ومن ذلك أيضا الحكم الذي يلزم المسئول بتعويض الضرر دون تحديد مبلغ التعويض الواجب الوفاء به إلى المضرور.

ويلاحظ أنه لا يلزم أن يكون تعيين مقدار الحق على وجه التحديد إذ يكون الحق معين المقدار إذ أمكن تعيينه بعملية حسابية بسيطة، ويكون تقدير ذلك للقاضي بناء على الأرقام المثبتة في السند التنفيذي، فمثلا إذا كان المطلوب هو مبلغ مائة ألف دينار و 10 بالمائة أرباح، فإنه في هذه الحالة يكون معين المقدار، لأنه من السهل في هذه الحالة معرفة مقدار الأرباح وضمها إلى أصل الحق.

الشرط الثالث: أن يكون الحق حال الأداء

ويكون الحق حال الأداء إذا كان أدائه غير مؤجل أي غير مرتب نفاذه على أمر مستقبل، فيجب أن يكون الحق غير مضاف إلى أجل، وهذا شرط بديهي أيضا لأن مطالبة المدين بالوفاء بالحق وإجباره بالتالي على هذا الوفاء، لا يكون إلا إذا كان حق الدائن مستحق الأداء، فإذا كان الحق مقترنا بأجل فإنه لا يكون نافذا إلا إذا حل الأجل لأن المدين قبل ذلك لا يعتبر مسئولا عن الدين مادام الأجل قائما أو ممتدا، ولكن يعتبر الحق حال الأداء إذا كان الأجل الواقف المقترن به مقفرا لمصلحة الدائن وحده وتنازل عن حقه فيه، كما يعتبر الحق حال الأداء أيضا إذا فقد المدين حقه في الأجل لأحد الأسباب الواردة في القانون كمن يشهر إفلاس المدين أو إعساره أو يضيف ما أعطى للدائن من تأمين خاص.

وبناء على هذا الشرط فإنه إذا كان حق الدائن احتماليا أو مقيدا بأي وصف فإنه لا يجوز تنفيذه حبرا عن المدين، ومن أمثلة السندات التنفيذية التي لا يجوز تنفيذها لأنها تتضمن حقا غير حال الأداء الحكم الذي يمنح.

المحكوم عليه أجالا للوفاء بالدين إذ تستطيع المحكمة أن تمهل المدين في السداد وهو يعرف بنظره المسيرة أو الأجل القضائي وقد يتم ذلك عن طريق تقسيط الدين ومن ثم لا يجوز التنفيذ بالدين أو بأي قسط منه ألا بعد حلول أجله،

ومن أمثلة ذلك أيضا العقد الرسمي إذا كان يحدد أجالا للمدين للوفاء بالدين أو إذا كان يمنحه الحق في سداد الدين على أقساط.

يجب توافر الشروط الثلاثة عند الحجز التنفيذي :

ويلاحظ أنه يجب توافر الشروط الثلاثة السالفة الذكر مجتمعة فلا يغني أحدهما عن الآخر، كما أن القانون يتطلب هذه الشروط في الحق المطلوب اقتضاؤه فقط إذا كان الدائن يريد اقتضاء هذا الحق ويكون ذلك في حالة اتخاذ إجراءات الحجز التنفيذي، أما إذا كان الدائن يهدف فقط إلى توقيع حجز تحفظي فإن القانون لا يشترط توافر كل هذه الشروط في الحق، إذ يجوز للدائن أن يوقع حجزا تحفظيا ولو كان حقه غير معين المقدار على النحو الذي سوف نوضحه فيما بعد عند دراسة الحجز.

السند التنفيذي

فكرة السند التنفيذي وهدفها:

تعتبر فكرة السند التنفيذي من أهم الأفكار الأساسية في التنفيذ الجبري، وعلة ذلك تكمن في الدور الهام الذي يلعبه السند التنفيذي في حماية الحقوق إذ لا يمكن إجراء التنفيذ الجبري لاقتضاء الحقوق ما لم يوجد سند تنفيذي.

حكمة السند التنفيذي:

وتتمثل حكمة السند التنفيذي في ضرورة ألا يترك البدء في التنفيذ لهوى طرف من أطرافه أو لتحكم القائم به، بل ينبغي أن يبدأ التنفيذ بناء على أساس موضوعي كاف في الدلالة على وجود حق جدير بالحماية التنفيذية، فيجب ألا يترك البدء في التنفيذ لهوى المدين لأن ذلك سوف يؤدي إلى عدم حصول الدائن على حقه أبدا، إذ سيعارض المدين في إجراء التنفيذ كما أنه سيبدل قسارى جهده لاابتداع العديد من الوسائل التي تهدف بها إلى عرقلة إجراءات التنفيذ كذلك يجب ألا يترك البدء في التنفيذ لهوى الدائن بحيث لا يبدأ إلا بمحض إرادته لأن ذلك سوف يعرض المدين لتعسف إجراء تنفيذ لا أساس له ولا حق للدائن في إجرائه، كما أنه ليس من المنطقي أن يمنح الموظف القائم بالتنفيذ سلطة التحقيق من وجود أو عدم وجود حق يراد حمايته قبل البدء في التنفيذ لأن ذلك يتجاوز وظيفته التنفيذية كما يؤدي إلى تعطيل التنفيذ وعرقلته.

ولذلك يستلزم القانون ضرورة وجود السند التنفيذي كأساس للتنفيذ بحيث يدل هذا السند على وجود الحق الموضوعي، ولكن ليس معنى ذلك أن السند التنفيذي يضمن يقينا مطلقا ونهائيا لوجود الحق، فقد يتضح عدم وجود الحق رغم توافر السند ومن ثم يلغى هذا السند فيما بعد، ومع ذلك فإن السند التنفيذي يضمن يقينا نسبيا بوجود الحق، وهذا اليقين النسبي يؤدي إلى إمكانية البدء في التنفيذ، نظرا لاحتمال وجود حق موضوعي لمن له السند التنفيذي .

ثلاث قواعد تتعلق بالسند التنفيذي :

هناك ثلاثة قواعد عملية أساسية تتعلق بالسند التنفيذي وتوضح ملامحه¹ وهذه القواعد هي:

أولا : انه لا يجوز التنفيذ بغير سند تنفيذي

فهو ضروري للتنفيذ لأنه الوسيلة الوحيدة التي اعتبرها القانون مؤكدة لوجود حق الدائن عند إجراء التنفيذ، ونتيجة لذلك لا يقبل من الدائن تقديم أي دليل غيره لسلطة التنفيذ لكي يقنع هذه السلطة بالقيام بالتنفيذ وحتى لو كان للدائن حق موضوعي ولكنه غير ثابت في سندا تنفيذيا مستوف للشكل الذي يزوده بالقوة التنفيذية فإنه لن يستطيع تنفيذ هذا الحق جبرا².

¹ محمد عبد الخالق عمر - طبعة سنة 1987 بند 44 ص 49

² المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية: المادة 600 : لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي .

والسندات التنفيذية هي :

1 أحكام المحاكم التي استنفدت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنافذ المعجل .

2 الأوامر الاستعجالية .

3 أوامر الأداء .

4 الأوامر على العرائض .

5 أوامر تحديد المصاريف القضائية ،

6 قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ .

7 أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة ،

8 محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط .

9 أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط .

10 الشيكات والسفاح ، بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين ، طبقا لأحكام القانون التجاري .

11 العقود التوثيقية ، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة ، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة .

12 محاضر البيع بالمزاد العلني . بعد إيداعها بأمانة الضبط .

ثانياً: إن السندات التنفيذية قد وردت في القانون على سبيل الحصر

فهي محددة بمقتضى القانون، ومعنى ذلك أنه لا يجوز الإضافة إلى السندات التنفيذية المنصوص عليها في صلب التشريع، ويبطل الاتفاق الذي قد يبرمه ذوو الشأن بإضافة الصفة التنفيذية على محرر لم يعتبره المشرع سنداً تنفيذياً.

ثالثاً: أن السند التنفيذي كاف لإجراء التنفيذ

ومعنى ذلك أن السند التنفيذي الذي تتوافر فيه الشروط القانونية يكفي لبدء إجراءات التنفيذ والاستمرار فيه حتى النهاية ما لم تثار منازعة في التنفيذ.

يجب توافر السند التنفيذي عند البدء في التنفيذ الجبري:

ونظراً لأهمية السند التنفيذي واعتباره مفترضا قانونياً للتنفيذ فإنه يجب أن تتوافر السند التنفيذي عند البدء في التنفيذ، وإذا لم تتوافر في لحظة البدء كان التنفيذ باطلاً، وإذا وجد السند التنفيذي بعد ذلك فإنه لا أثر لذلك على الإجراءات الباطلة، فلا يؤدي ذلك إلى تصحيح إجراءات التنفيذ الذي بدء بدون سند تنفيذي.

شروطان يجب توافرها في السند التنفيذي:

وكما اشترط المشرع شروطاً معينة يجب توافرها في الحق الموضوعي على النحو الذي سبق ذكره، فإنه يشترط شروطاً أيضاً معينة يجب توافرها في الأداء التي يتبلور فيها هذا الحق تكون صالحة للتنفيذ بمقتضاها إذ يشترط القانون في السند التنفيذي شرطين حتى يمكن التنفيذ به وهما: الأول أن يكون من بين السندات التنفيذية التي نص عليها المشرع على سبيل الحصر في المادة 600.

والشرط الثاني: أن يكون السند مشتملاً على الصيغة التنفيذية فلا يجوز التنفيذ كقاعدة إلا بمقتضى صورة تنفيذية من السند أي صورة عليها الصيغة التنفيذية، وقد نصت على ذلك المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية وسوف ندرس الآن بالتفصيل الأنواع المختلفة للسندات التنفيذية، ثم ندرس الصورة التنفيذية.

أنواع السندات التنفيذية

الأحكام القضائية:

تعريف الحكم القضائي وأهميته كسند تنفيذي وكونه أكثر السندات التنفيذية شيوعاً في العمل:

الحكم هو القرار الصادر من جهة قضائية بعد تحقيق كامل وفقاً لإجراءات وضمانات معينة متضمناً تأكيداً قضائياً يحسم نزاعاً ناشباً بين الخصوم، والدراسة التفصيلية للأحكام تتدرج في منهج قانون الإجراءات المدنية، وسوف نتعرض هنا للحكم كسند تنفيذي، إذ يعد الحكم القضائي من أهم السندات التنفيذية على الإطلاق، لأنه لا يصدر إلا بعد تحقيق كامل وهو يصدر متضمناً تأكيداً قضائياً لوجود حق الدائن مما يحسم كل نزاع حول هذا الحق كما أن القانون يكفل فاعلية الحكم وقدرته على تأكيد الحق وعدم السماح بالمنازعة حول وجوده عن طريق حجية الأمر المقضي به إذ يعتبر الحكم بمقتضاها عنواناً للحقيقة وفضلاً عن أهمية الحكم كسند تنفيذي فإن الأحكام القضائية تعتبر في الواقع أكثر السندات التنفيذية شيوعاً في الحياة العملية.

التفرقة بين نفاذ الحكم وتنفيذه:

ثمة فارق بين نفاذ الحكم وتنفيذه فنفاذ الحكم يعني إحداثه لأثار معينة دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، وللنفاذ أثر مباشر من آثار النطق بالحكم فهو يتولد بمجرد إصدار الحكم دون حاجة لاتخاذ إجراء معين، ولا يتطلب نفاذ الحكم استعمال القوة الجبرية ولا الحصول على صورة تنفيذية ولا مقدمات التنفيذ، فهو خاصية من خصائص الحكم ولا يتأثر بالطعن فيه ولا يحتاج لسريانه إلى إجراء تنفيذي، فمثلاً الحكم الصادر بصحة تصرف معين والحكم الصادر بالتصديق على محضر التبري يحدث أثره الفوري ويتبع مصلحة ذي الشأن بمجرد صدوره دون حاجة لإجراءات التنفيذ الجبري.

وهذا يختلف عن تنفيذ الحكم الذي يعتبر بمثابة ترجمة للقضاء الوارد به أي ترجمة لقوة التأكيد القضائي للحق الوارد به إلى واقع ملموس يؤدي إلى إشباع مصالح من صدر لصالحه الحكم، وهذا لا يتم بمجرد صدور الحكم، بل يقتضي

استخدام القوة الجبرية واتخاذ مقدمات التنفيذ ويقتضي توافر كافة الشروط اللازمة لاتخاذ التنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا.

شروط تنفيذ الحكم القضائي جبرا أن يكون حكم إلزام:

يجمع الفقه والقضاء على أن الأحكام التي تنفذ تنفيذا جبريا هي أحكام الإلزام فقط، أما الأحكام المقررة والمنشئة فإنها لا تكون قابلة للتنفيذ الجبري ولا تعتبر سندات تنفيذية، ويبرر ذلك بأن حكم الإلزام هو وحده الذي يقبل مضمونه التنفيذ الجبري ومن المعروف أن حكم الإلزام هو الذي يقرر أو يؤكد حقا لأحد الخصوم ويلزم الخصم الآخر بأدائه أو هو الحكم الذي يتضمن إلزاما لأحد الخصوم بأداء معين إلى الخصم الآخر. ومن أمثلة أحكام الإلزام الحكم على المدين بأداء حق الدائن والحكم بالنفقة والحكم الصادر على المستأجر برد العين المؤجرة والحكم الصادر على المسؤول بدفع التعويض.

بينما الأحكام المقررة هي التي تصدر مقررة ومؤكدة لحالة أو مركز موجود من قبل دون أن تتضمن إلزام أحد الخصوم بأداء معين، ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر بتثبيت زواج والحكم الصادر بثبوت النسب.

أما الأحكام المنشئة فهي التي تنشئ حالة أو مراكز قانونيا لم يكن موجودا من قبل دون أن تتضمن أيضا إلزام أحد الخصوم بأداء معين، ومن أمثلة ذلك الحكم بالانفصال الجسدي بين الزوجين والحكم الصادر في دعوى القسمة والحكم بفسخ عقد من العقود والحكم بالإفلاس.

ويلاحظ أنه إذا كان الحكم يتضمن في شق منه إلزام وفي شق آخر تقريرا أو إنشاء فإنه ينفذ جبرا فقط في الشق الأول، فمثلا إذا صدر حكم بصحة ونفاذ عقد بيع مع إلزام المدعي بالمصاريف فإن الحكم يعتبر سندا تنفيذيا فقط فيما يتعلق بالمصاريف المحكوم بها لا فيما يتعلق بصحة ونفاذ عقد البيع.

الشرط الثاني: أن يكون حكما نهائيا

أي حائزا لحجية الشيء المقضي فيه غير قابلة للطعن فيها لا بالمعارضة ولا بالاستئناف، بصفة عامة¹.

الشرط الثالث أن يكون مهورا بالصيغة التنفيذية

حتى يتم تنفيذ سندا أو حكما يجب أن يكون مهورا بالصيغة التنفيذية وهو ما نصت عليه المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية¹.

وتجدر الملاحظة أن الصيغة التنفيذية لا تعطي لصاحب الحق أكثر من مرة طبقا لنص المادة 282.

أما إذا فقدت قبل استفاء الحق فالقانون أجاز استصدار نسخة أخرى بأمر على عريضة يقدم لرئيس الجهة القضائية التي أصدرته بالشروط الآتية:

(1) تقديم عريضة معللة، مؤرخة وموقعة منه.

(2) استدعاء جميع الأطراف استدعاء صحيحا بسعي من الطالب، للحضور

أمام رئيس الجهة القضائية المختصة، لإبداء ملاحظاتهم التي يجب أن تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي سيصدر.

في جميع الحالات، يجب أن يكون الأمر الصادر عن رئيس الجهة القضائية مسببا.

يمكن مراجعة أمر الرفض، متى استوفت شروط منح نسخة تنفيذية ثانية.

السندات التنفيذية الأخرى : ما يلي:

أولا: الأوامر والأحكام الصادرة في المواد المستعجلة طبقا المادة 303ق.إ.م.

الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة هي أحكام مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة

القانون دون حاجة إلى النص في الحكم، ويكفي أن يذكر في بيانات الحكم أنه

¹ المادة 601 : لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون ، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، مهورة بالصيغة

التنفيذية الآتية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وتنتهي بالصيغة الآتية:

أ) في المواد المدنية:

وبناء على ما تقدم ، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار، وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه.

وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية.

وبناء عليه وقع هذا الحكم .

ب - في المواد الإدارية :

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، تدعو وتأمّر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكل مسؤول إداري

اخر، كل فيما يخصه.

وتدعو وتأمّر كل المحضرين المطلوب إليهم ذلك ، فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم الخواص ، أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم، القرار

¹ توجد أحكام وأوامر غير نهائية ومع ذلك تصلح سندا تنفيذيا كالأحكام الابتدائية المشمولة بالنفاذ المعجل

صادر في مادة مستعجلة. مثال: الحكم في طلب الملكية المتنازع تحت الحراسة القضائية لحين الفصل في موضوع الملكية.

ثانيا: حالة الإفلاس والتسوية القضائية: إذا تنص المادة 227 من القانون التجاري على أن جميع الأحكام والأوامر الصادرة في موضوع الإفلاس والتسوية القضائية تكون معجلة بالنفاذ رغم المعارضة أو الاستئناف باستثناء الحكم الذي يقتضي بالمصادقة على الصلح.

ثالثا: حالة الأمر الصادر من رئيس المحكمة بالترخيص بحق الاختصاص على العريضة المقدمة من الدائن بطلب إنشاء حق التخصيص على عقار لمدينه فإن هذا الأمر الصادر بالتخصيص واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميع طرق الطعن¹.

رابعا: الأحكام الصادرة عن جهات قضائية أجنبية، والعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين، أو موظفين قضائيين أجانب، لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية، دون إخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة وهذا طبقا للمادة 605 من قانون الإجراءات المدنية بشرط أن يخضع لنفس الشروط التي يخضع لها الحكم الجزائري².

الفرع الثاني-الأوامر-

أولا: أوامر الأداء:

نص المشرع الجزائري في المواد من 306 إلى 309 ق.إ.م و ما بعدها على انه يمكن منح الصيغة التنفيذية للأوامر الصادرة بالأداء على ذيل عريضة ما لم يتم الاعتراض عليها¹.

ثانيا: أوامر تقدير للمصاريف

وتشمل تقدير مصاريف الدعوى والرسوم القضائية (المادة 421 ق.إ.م) كما تشمل أتعاب ومصاريف الخبير (المواد 129 إ.م) ومصاريف الشهود إذ تنص المادة 419 ق.إ.م على يتحمل الخصم الذي خسر الدعوى المصاريف المترتبة عليها، ما لم يقرر القاضي تحميلها كلياً أو جزئياً لخصم آخر مع تسبب ذلك وفي حالة تعدد الخصوم الخاسرين الدعوى، يجوز للقاضي الأمر بتحميل المصاريف لكل واحد منهم حسب النسب التي يحددها

ثالثا: الأوامر على العرائض

¹ المادة 306: خلافا للقواعد المقررة في رفع الدعاوى، يجوز للدائن بدين من القرد، مستحق وحال الأداء وسعين المقدار وثابت بالكتابة، لا سيما الكتابة العرفية المتضمنة الاعتراف بدين أو التعهد بالوفاء أو فاتورة مؤشر عليها من المدين، تقديم طلب في شكل عريضة على نسختين، إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين، وتحتوي على:

1- اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي أو المختار في الجزائر،

2- اسم ولقب المدين وموطنه الحقيقي أو المختار في الجزائر،

3- ذكر تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

4- عرض موجز عن سبب الدين ومقداره، ترفق جميع المستندات المثبتة للدين مع العريضة

المادة 307: يفصل الرئيس في الطلب بأمر، خلال أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ إيداع الطلب،

إذا تبين أن الدين ثابت، أمر المدين بالوفاء ببلغ الدين والمصاريف، وإلا رفض الطلب.

الأمر بالرفض غير قابل لأي طعن، ودون المساس بحق الدائن في رفع دعوى وفقا للقواعد المقررة لها.

المادة 308: يسلم رئيس أمناء الضبط إلى الدائن نسخة رسمية من أمر الأداء.

يتم التبليغ الرسمي وتكليف المدين بالوفاء بأصل الدين والمصاريف في أجل خمسة عشر (15) يوما.

يجب أن يشار في التكليف بالوفاء، تحت طائلة البطلان، بأن للمدين حق الاعتراض على أمر الأداء في أجل خمسة عشر (15) يوما تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي.

يقدم الاعتراض على أمر الأداء بطريق الاستعجال أمام القاضي الذي أصدره.

للاعتراض أثر موقف لتنفيذ أمر الأداء.

المادة 309: إذا لم يرفع الاعتراض في الأجل المحدد، يجوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي به، وفي هذه الحالة يقوم رئيس أمناء الضبط

بتح الصيغة التنفيذية لطالب التنفيذ بعد تقديم شهادة عدم الاعتراض.

كل أمر أداء لم يطلب إظهاره بالصيغة التنفيذية خلال سنة واحدة (1) من تاريخ صدوره، يسقط ولا يوتب أي أثر

¹ راجع المادة 942 من القانون المدني

² المادة 605 لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الأقاليم الجزائرية، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الهيئات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1 ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،

2 حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،

3 ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية. وأثر من المدعى عليه.

4 ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر

يعطيها القانون صفة السند التنفيذي.

أولا : المحضر المثبت لتعهد الكفيل:

يكون للمحضر المثبت لتعهد الكفيل واجب النفاذ دون حاجة إلى صدور حكم بذلك عملا بالمادة 589 والتي تنص "تكون الكفالة المنصوص عليها في المادة 588 أعلاه، واجبة النفاذ دون حاجة إلى صدور حكم بذلك".

يكون المحضر المشتغل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي. وكذلك الحكم الصادر في المعارضة على الكفالة طبقا للمادة 587 "كل منازعة تتعلق بقبول الكفيل تقدم من الخصم في أول جلسة، ويفصل فيها في الحال. إذا وقعت المنازعة، يخطر أطراف الخصومة بتاريخ الجلسة التي سيتم الفصل فيها.

الحكم الصادر في المنازعة واجب النفاذ رغم المعارضة أو الاستئناف".

ثانيا: محضر بيع المنقولات المحجوزة:

يعتبر محضر بيع الأموال المحجوزة سندا تنفيذيا (راجع المادة 373 ق.إ.ج).

ثالثا: حكم مرسى المزاد :

يعتبر حكم مرسى المزاد سندا تنفيذيا للمدين أو للحائز أو خلفائها في استيفاء الثمن الذي رسا به المزاد راجع نص المادة (راجع المادة 399 ق.إ.م).

رابعا : محاضر الصلح:

المحاضر التي تصادق عليها المحكمة ويصدر الحكم بها بموجب سلطتها، ودور المحكمة هنا يقتصر على مجرد ما اتفق عليه الخصوم، ولا تصدر حكما قاصلا في خصومة، لكنه إذا تضمن هذا الصلح إلزاما على عاتق أحد الطرفين كان بمثابة سند تنفيذي.

-شروط اعتبار المحرر الموثق سندا تنفيذيا :

حتى يعتبر المحرر الموثق سندا تنفيذيا يجب أن يتم التوثيق بالشكل الذي رسمه القانون وإن يرد هذا التوثيق على التزام يجوز تنفيذه جبرا وإن يكون هذا الالتزام محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء، كما يجب أن يرد هذا التوثيق على مضمون المحرر ذاته لا على مجرد التوقيع عليه أو تاريخه، وإذا توافر في

هي أيضا نوع الأوامر التي يصدرها القضاء بناء على طلب الخصوم من غير مراجعة ودون تكليف الخصم الآخر بالحضور وفي غيبته وتعتبر سندات تنفيذية، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 1/941 من القانون المدني من انه "على الدائن الذي يريد اخذ تخصيص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة تذكر إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها، ونصت المادة 942 ق.إ.م على أنه" يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالتخصيص ... وأن الأمر بالتخصيص واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميع طرق الطعن".

الفرع الثالث: أحكام المحكمين

نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية (المواد من 1006 إلى 1042) وهي الأحكام التي تصدر من المحكمين أي يختارهم الخصوم بموجب اتفاق التحكيم التي يعين موضوع النزاع وأسماء المحكمين متى كان لهؤلاء الخصوم حق التصرف في الحقوق وموضوع النزاع (راجع الأحكام الخاصة بالتحكيم: المواد من 1006 إلى 1042 ق.إ.م)

الفرع الرابع: العقود الرسمية

نص المشرع على التنفيذ الجبري لأحكام المحاكم والمجالس القضائية والعقود الرسمية فتقضي المادة 601 ق.إ.م بأن كل حكم أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية "وتنص المادة 14 من قانون التوثيق (الأوامر 70-91 الصادر في 16/12/1972) على أنه "يعتبر ما ورد في العقود الموثقة حجة حتى يثبت تزويرها، وتعتبر نافذة في كامل التراب الوطني".

والعقود الرسمية هي التصرفات القانونية الموثقة التي يحررها الموثقون. وتنص المادة 20 من قانون التوثيق على أنه "تسلم الصور التنفيذية وحدها بصيغة التنفيذ فتحرر وتنتهي بنفس عبارات الأحكام الصادرة من المحاكم".

الفرع الخامس: بعض أنواع أخرى من الأدوات الرسمية

المادة 942 القانون المدني: يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالتخصيص. وعليه عند الترخيص به أن براعي مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والمصاريف المستحقة للدائنين.

المحرر الموثق هذه الشروط فإن القانون يعتبره سندا تنفيذيا بذاته سواء كان عقدا أو تصرفا بإرادة منفردة ، فيجوز تنفيذه جبرا دون حاجة إلى الحصول على حكم من المحكمة أو أمر منها، ويظل المحرر الموثق صالحا للتنفيذ بمقتضاه ما لم يتبين تزويره أو ينقضي الحق الثابت فيه بالتقادم وفقا لقواعد القانون المدني.

-أساس إضفاء القوة التنفيذية على المحررات الموثقة :

ولا شك في أن المحررات الموثقة لا تعتبر أعمالا قضائية، ومع ذلك يعترف لها القانون بقوة التنفيذ ويعدها الشارع من السندات التنفيذية رغم أنها لا ترقى إلى مستوى الأحكام القضائية، فما هو أساس إضفاء القوة التنفيذية على هذه المحررات؟

لقد اختلفت آراء الفقه في تفسير أساس القوة التنفيذية لهذه المحررات، فذهب رأي إلى أن الثقة في الموثق هي التي تبرر إسباغ القوة التنفيذية على هذه المحررات، إذ يقوم الموثق بتوثيق التصرف القانوني طبقا لإجراءات قانونية معينة، فهو يتحقق من شخصية ذوي الشأن في التصرف وصفاتهم وأهليتهم، ويقوم بعد توثيق التصرف بتلاوته كاملا مبينا آثاره حتى يتحقق من مطابقته لإرادة الأطراف، وغير ذلك من الإجراءات التي تؤكد وجود الحق بصورة تغني عن الالتجاء إلى المحاكم، و لكن هذا الرأي منتقد لأن عمل الموثق يقتصر على مجرد إثبات إبرام التصرف أمامه دون إجراء تحقيق لتأكيد وجود الحق الوارد في المحرر ولذلك لا يمكن أن يقوم عمله مقام حكم القاضي في تأكيد وجود الحق، كما أن الثقة في الموثق وإجراءاته لا يمكن أن تبلغ حد الثقة في القاضي وإجراءات التقاضي ورغم ذلك فإن كافة الأحكام ليست لها القوة التنفيذية، كذلك فإن الثقة التي تتوافر في الموثق قد تتوافر أيضا في غيره من الموظفين العموميين ومع ذلك لا تعتبر أعمالهم سندات تنفيذية، بل إنه في بعض القوانين لا يعتبر الموثق موظفا من موظفي الدولة إنما يعتبر شخصا يقوم بخدمة عامة ويمائل وضعه وضع المحامي، كما هو الحال في القانون الإيطالي والجزائري، ولذلك لا يمكن القول بأن أعمال الموثق تتمتع بنفس الثقة التي تتمتع بها أعمال السلطة العامة.

وذهب رأي آخر إلى أن القوة التنفيذية للمحرر الموثق هو الخضوع الإرادي للمدين، أي رضاه المدين مقما بالتنفيذ ضده بمقتضى المحرر الموثق وخضوعه

للتنفيذ الجبري في حالة عدم وفائه اختيارا بالالتزام الثابت في المحرر الموثق، و هذا الخضوع مفترض بمجرد إتباع إشكال معينة، إذ بإتباع هذا الإشكال يرتضي المدين مقما بالتنفيذ ضده، ولكن هذا الرأي لا يتفق إلا مع تشريعات البلاد التي تتطلب من المدين أن يذكر بعبارة صريحة أما الموثق ارتضاه مقما بالتنفيذ الجبري ضده، كما هو الحال في التشريع الألماني والنمساوي، وهو لا يصلح في ظل التشريع المصري أو الفرنسي أو الإيطالي إذ لا تتطلب هذه التشريعات نكر هذا الرضا، ولذلك يخالف هذا الرأي قاعدة أن الإرادة لا تفترض إذ ينسب للمدين إرادة لا توجد على الإطلاق.

ويؤسس البعض القوة التنفيذية للمحرر الموثق على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ووفقا لهذا الرأي يتمثل الأساس القانوني للقوة التنفيذية للمحرر الموثق في إرادة أطراف التصرف الموثق، ولكن هذا الرأي غير صحيح لأن هذه القاعدة ليست قاصرة على العقود الموثقة بل تمتد إلى العقود غير الموثقة، ولو كان هذا الرأي صحيحا لا يمكن تنفيذ العقود العرفية غير الموثقة تنفيذا جبريا، إذ يخضع العقد العرفي لهذه القاعدة ويعتبر أيضا شريعة لعاقديه. بينما يرى البعض في الفقه أن أساس القوة التنفيذية للمحررات الموثقة يكمن في أن هذه المحررات تعتبر نوعا من القضاء الخاص أو الاستثنائي، إذ يوجد إلى جانب قضاء الدولة العادي قضاء ذاتي أو قضاء خاص، ومن أمثله التحكيم العادي والأعمال التي تمارسها بعض الهيئات ذات الاختصاص القضائي، كما أنه توجد حالات يحق فيها للشخص أن يأخذ حقه بنفسه دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء كحالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة وتعتبر القوة التنفيذية للمحررات الموثقة حالة من الحالات التي يجوز فيها للشخص أن يطلب الأعمال الفعلي لحقه دون الالتجاء إلى القضاء.

ولكننا نؤيد ما ذهب إليه البعض بأنه من غير الممكن إيجاد أساس للقوة التنفيذية للمحررات الموثقة إلا بالنظر إلى الاعتبارات التاريخية، إذ هي نتيجة لتطور تطلبه الحاجة إلى حماية سريعة لحقوق الدائنين، وقد سجل المشرع هذه النتيجة، فنص في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية على المحررات الموثقة ضمن السندات التنفيذية، وبهذا أصبح للمحرر الموثق قوة تنفيذية بذاته، فأساس هذه القوة إن هو نص التشريع الذي يعتبر تسجيلا لما جرى عليه العمل وما انتهى إليه التطور التاريخي للمحررات الموثقة.

-أخذ المشرع الجزائري بفكرة إعطاء أعمال الموثقين قوة تنفيذية، نقلا عن القانون الفرنسي القديم حيث كانت تعد وظيفة الموثق وأعماله ذات طابع قضائي. ويقصد بالمحركات الموثقة المحركات المستعملة على تصرفات قانونية والتي يحررها الموظفون المختصون بتحريرها وتوثيقها بمكاتب التوثيق، أو القناصل الجزائريون في الخارج بوصفهم موثقين، وهذه المحركات تتضمن التزما بشيء يمكن اقتضاؤه جبرا، سواء كان العمل ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد، وسواء كان بين الأحياء أو مضافا إلى ما بعد الموت، وسواء عقدا أم تصرفا من جانب واحد.

تعتبر المحركات الموثقة سندات تنفيذية بذاتها، فطالما التصرف أو العقد قد تم إبرامه أمام الموثق وفقا للإجراءات المنصوص عليها، فإنه يغدو سندا تنفيذيا، وذلك أيا كان هذا التصرف أو العقد. فيكفي أن يرد التوثيق على مضمون المحرر، حتى يمكن اقتضاء الحق الوارد به جبرا عن طريق السلطة العامة دون حاجة إلى تدخل القضاء أو رفع دعوى أو حتى إلى الحصول على أمر تنفيذ، وإنما توضع فقط الصيغة التنفيذية على المحرر الموثق بوصفه سندا تنفيذيا، ولا يوجد نفاذ عاجل للمحركات الموثقة لأنها لا تقبل لا الطعن بالاستئناف أمام المحاكم ولا تحتاج إلى أمر بتنفيذها لأن المشرع لم يشترط ذلك، ولا تتمتع المحركات الموثقة بالحجية لأنها ليست أحكاما فيجوز للدائن أن يستصدر أمر ويستحق النظر في المحركات الموثقة كسندات تنفيذية. وتوثيق المحرر لا يكفي حتى يحوز تلقائيا القوة التنفيذية، وإنما يحوز المحرر الموثق هذه القوة إذا استوفى أركان وعناصر السند التنفيذي وقامت به الشروط التي يتطلبها القانون لذلك، فليس كل محرر موثق مما يصلح لإجراء التنفيذ الجبري وإنما يصلح لذلك فقط المحرر الذي تتوفر خصائص السند التنفيذي فمن حيث المضمون يجب أن يتضمن المحرر الموثق التزام بشيء يمكن اقتضاؤه جبرا، فلا يعد سندا تنفيذيا المحرر الذي يكتفي بمجرد التقرير دون إلزام بأداء معين كالتقرير بوجود علاقة أو رابطة ما بين أطرافه كرابطة الأبوة أو البنوة أو الزوجية طالما أن المحرر لم يلزم أحد الزوجين بأداء معين كذلك لا يعد سندا تنفيذيا المحرر الذي يكتفي

بإنشاء مركز قانوني محدد دون إلزام قابل للتنفيذ الجبري حتى يمكن تنفيذ الالتزام الوارد به بطريق القوة الجبرية، وإن كان لا يشترط بعد ذلك أي شرط بمحل الالتزام الذي يتضمنه المحرر فقد يكون مبلغا من المال أو تسليم منقول أو عقار أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل.

كذلك يجب أن تتوفر في الالتزام الوارد بالمحرر الموثق الشروط التي يتطلبها المشرع في مضمون السند التنفيذي أيا كان هذا الحق، بأن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط، فلا يصلح المحرر الموثق للتنفيذ الجبري، فمثلا إذا كان الالتزام الثابت بالمحرر الموثق لم يحل أجله بعد كدين لم يحل أجل دفعه أو أجره أو قسط لم يحل وقت أدائه أو وصية حال حياة الموصي فإن حق الدائن أو المؤجر أو البائع أو الموصي له يكون غير حال الأداء ويجب عليه الانتظار لحين حلول الأجل، ويعتبر أجل الأداء قد حل إذا كان قد ذكر في المحرر أن المدين يلتزم بالقيام به فور طلب الدائن، كذلك الحال إذا كان معلقا على شرط فاسخ، وثار نزاع حول تحقيق الشرط الفاسخ ففي هذه الأحوال لا يصلح المحرر الموثق بذاته سندا تنفيذيا أيضا إذا لم يكن حق الدائن محدد المقدار في المحرر الموثق، فلا يجوز عندئذ أن يطالب المدين بأدائه جبرا نظرا لأن مقدار الدين غير محدد، ونفس الوضع يقوم إذا لم يكن المنقول أو العقار أو العمل الذي يلزم المدين بالقيام به أو بتسليمه غير محدد بصورة كافية، تحديدا نافيا للجهالة.

وعليه يجب أن يكون التزام المدين الثابت بالمحرر الموثق قابلا للتنفيذ الجبري، ويجب أن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء فإذا تخلف شرط من هذه الشروط الثلاثة بأن زعم المدين بأن حق الدائن الثابت بالمحرر قد انقضى بالنقادم مثلا أو بأي وسيلة أخرى، أو ثار نزاع حول أيا منها بأن زعم المدين أن أجل الدين لم يحل أو أن الشرط الفاسخ قد نحقق أو أن الشرط الموقوف لم يتحقق، أو أن مقدار التزامه أو محله غير معين المقدار أو غير محدد بصورة كافية، فإن المحرر الموثق لا يكون كافيا بذاته في تلك الأحوال لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الثابت به، وطالما ثار مثل هذا النزاع الجدي فإنه يجب تدخل القضاء، ليحدد ما إذا كان حق الدائن الموضوعي الثابت في المحرر الموثق تتوفر فيه هذه الشروط أم لا يكون ذلك

عن طريق منازعه في التنفيذ ترفع أمام قاضي الأمور المستعجلة، والحكم في هذه المنازعة لا يجوز تنفيذه جبرا ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل، أي أنه يجب بحسب الأصل الانتظار إلى أن يصبح الحكم الصادر في هذه الدعوى حكما نهائيا حتى يمكن إجبار

المدين على أداء الدين الثابت بالمحرر الموثق بالقوة الجبرية، مع الأخذ في الاعتبار أن الحكم الصادر في هذه المنازعة (حول مدى تحقق الشروط في التزام المدين الثابت بالمحرر الموثق)، إنما يقبل التنفيذ المعجل القضائي لأنه يكون قد صدر في منازعة متعلقة بالتنفيذ، وذلك متى كان الحكم في تلك المنازعة قد صدر لمصلحة الدائن (طالب التنفيذ) على ما أوضحنا بصدد حالات النفاذ المعجل الجوازي¹.

معنى ذلك أن المحرر الموثق يصلح للتنفيذ الجبري إذا ورد التزام يمكن اقتضاه جبرا وكان هذا الالتزام محقق الوجود معين المقدار وحال الأداء، والتنفيذ الجبري هنا هو تنفيذ عادي فليس هناك نفاذ عاجل للمحررات الموثقة، وذلك أنها لا تقبل الطعن. ولكن إذا ثار نزاع حول أن التزام المدين غير محقق الوجود (بأن انقضى بالتقادم أو بالوفاء أو بأي سبب آخر) أو أن مقداره غير محدد، أو أن أجله لم يحل، فإننا نعتقد في هذه الأحوال بإمكانية أن يرفع المدين منازعة موضوعية على التنفيذ أمام قاضي الأمور المستعجلة ذلك أن المشرع يشترط توافر هذه الشروط في السند التنفيذي أي في المحرر الموثق ذاته ولهذه الدعوى أو المنازعة وجهان: وجه موضوعي حيث إنها توجه إلى الحق الموضوعي الثابت بالمحرر الموثق مما يسمح برفع دعوى أمام محكمة الدرجة الأولى للوصول إلى عدم توافر شروط الحق الواردة بالمحرر الموثق مما يحول دون تنفيذه جبرا ووجه إجرائي، وذلك أن المدين يبتغي من وراء تلك المنازعة إلى تعطيل القوة التنفيذية للمحرر الموثق وبالتالي يمكن للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الذي ينظر المنازعة في التنفيذ وقف التنفيذ مؤقتا.

من ناحية أخرى، فإن المحرر الموثق يجب أن يتضمن بذاته الشروط الثلاثة، أي أن يكون واضحا به حق الدائن المحقق الوجود والمعين المقدار والحال الأداء، وذلك أنه باعتبار سند تنفيذي، يجب أن يكون مستوفيا بذاته لهذه الشروط، فلا يمكن تكملة السند التنفيذي بورقة أخرى، فهذا ما يجيزه المشرع، ولم يخرج عليه سوى بصدد التنفيذ بموجب عقد رسمي بفتح اعتماد حيث أجاز التنفيذ بنص صريح، بموجب هذا العقد رغم أنه لا يتضمن شرط حلول الأجل وتعيين المقدار وذلك طالما أرفق البنك مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتره دفاتر الدائن التجارية ولم يقرر المشرع هذا الاستثناء بالنسبة للمحرر الموثق، وبالتالي فإنه إذا لم يكن مقدار الدين محددًا في المحرر الموثق فلا يصلح للتنفيذ الجبري إذا كان أطراف المحرر قد حدد المقدار في ورقة أخرى أو سندا آخر مستقبلي، كذلك الحال بالنسبة لأجل الدين، فإذا لم يكن أجل الدين محددًا في ذات المحرر الموثق فلا يصح للتنفيذ الجبري، فلا يصح إرفاق أوراق أو السندات مكملات للسند التنفيذي.

هكذا نجد أن المحرر الموثق من السندات التنفيذية التي يقوم الأطراف بصنعها بعيدا عن القضاء، وأنه يظل متمتعًا بالقوة التنفيذية طالما كان صحيحا ومكتملا في ذاته ومتضمنا للشروط المطلوبة في السند التنفيذي، وأن المحرر الموثق يظل متمتعًا بالقوة التنفيذية ما لم يطعن بتزويره، ويصلح المحرر الموثق للتنفيذ الجبري سواء تم التوثيق في الجزائر أو في الخارج، عن طريق القنصلية الجزائرية في الخارج، ويقوم الموثق أو القنصل بوضع الصيغة التنفيذية عليه.

كذلك فإن المحررات الموثقة في دول أجنبية لدى الموثق الأجنبي تعتبر سندات تنفيذية ويجوز الأمر بتنفيذها في الجزائر بناء على مبدأ المعاملة بالمثل، أي بنفس الشروط المقررة في قانون البلد الأجنبي لتنفيذ المحررات الموثقة في الجزائر ويمكن لطالب التنفيذ أن يقدم بعريضة لرئيس الجهة القضائية لطلب الأمر بتنفيذ المحرر الموثق الأجنبي، وعلى الرئيس أن يتحقق أولا قبل إصدار أمر التنفيذ من توافر الشروط المطلوبة لقبولية المحرر للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي تم توثيقه فيه، ومن خلوه مما يخالف الآداب والنظام العام في الجزائر.

¹ د محمد حامد فهدى المرجع السابق صفحة 51، د أبو الوفاء، المرجع السابق، صفحة 208 - ملاحظ أيضا أن المحرر عندما يكون مسجلا، فإن التسجيل يؤكد في الوقت نفسه صحة الوقيع والتاريخ إلا أن المحرر مع ذلك يظل - كما رأينا من قبل - سندا غير تنفيذي

التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي

(أ) محاضر الصلح المصادق عليها:

الصلح كالتحكيم، يجوز دائما بين أطراف النزاع، وينهي النزاع دون حكم في الموضوع، وبما يحفظ السلام والود بين الخصوم، طالما أن محله ليس مسألة تمس مسائل النظام العام، وسواء تم الصلح بمبادرة من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى، أو خارج ساحة القضاء، إذ أن رفع الدعوى لا يمنع الخصوم من التصالح عليها، وطالما تم الصلح وصادقت عليه المحكمة، فإن محضر الصلح المصادق عليه يعتبر سندا تنفيذيا فوريا، فيجب في جميع الأحوال تصديق المحكمة المطروح عليها الدعوى أو المختصة بنظر موضوع النزاع.

وفقا للقواعد العامة للاختصاص، على اتفاق الأطراف بإنهاء النزاع بينهم بطريق الصلح، فإذا بدأت المحكمة بالسعي بين الخصوم بالصلح وأفلحت فإنها تثبت ذلك في محضر الجلسة، الذي يكتبه كاتب الجلسة ويوقع عليه مع القاضي وبذلك تنتهي الخصومة صلحا ولا يكون هناك حاجة للاستمرار في إجراءاتها. وإذا حاول أحد الأطراف رفع الدعوى، بعد ذلك، فإن المحكمة تحكم بعدم قبولها لسبق تسوية النزاع بطريق الصلح، على أن محضر الصلح لا يتمتع بالحجية ولا يرتب استفاد الولاية، فهو مجرد عمل ولائي، كما لا يجوز الطعن في محضر الصلح، وإنما يجوز رفع دعوى ببطالته إلى المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة، ولا يختلف الحال حينما يكون الخصوم قد كتبوا ما اتفقوا عليه، حيث يلحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة ويثبت محتواه فيه.

معنى هذا أن إثبات الصلح في محضر الجلسة سواء تم بمبادرة من المحكمة أو بناء على اتفاق الخصوم مع توقيعه من الخصوم أو وكلائهم يكون كافيا لاعتباره سندا تنفيذيا بمجرد توقيع الكاتب والقاضي على المحضر، إذ أن محضر الجلسة يعد في هذه الحالة بمثابة توثيق قضائي للصلح، فمحضر الصلح المصادق عليه هو نوع من المحررات الموثقة ولا يلزم أن يصدر من المحكمة حكما في هذه الحالة وإنما يجب أن تكون المصادقة على المحضر في حضور الخصوم أو وكلائهم، فإذا تغيب أحدهم فإن

المحضر لا يكون سندا تنفيذيا وإنما لا يكون له سوى قيمة الورقة العرفية، ويجوز إثبات الاتفاق على الصلح في أي وقت وفي أية حالة تكون عليها الدعوى أي حتى قفل باب المرافعة أمام المحكمة أو أمام مجلس القضاء في.

حالات التنفيذ المعجل الوجوبي

والنفاذ المعجل يرجع إلى أن الحكم الصادر فيها قد بني على الاعتبار بأصل الالتزام وصحته ولو ادعى اقتضاؤه أو فسخه أو كان قد بني على حكم نهائي سابق أو على سند رسمي غير مطعون بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصما في الحكم السابق أو طرفا في السند، فلا يحتمل إلغاؤه في هذه الأحوال الثلاثة لأن الإقرار بالالتزام تسليم بطلب من المحكوم له، ولأن الحكم النهائي السابق حائز لقوة الشيء المحكوم فيه، ولأن السند الرسمي حجة بما فيه حتى يطعن عليه بالتزوير كذلك في النفقة وحكمة التنفيذ المعجل فيها ظاهرة لأن النفقة تسد حاجة إنسانية عاجلة بطبيعتها فهي ضرورة حياة المحكوم له بها، ومن ثم تكون واجبه النفاذ في حالتي الطعن بالمعارضة والاستئناف.

حالات التنفيذ المعجل القضائي الجوازي

وهي حيثما وجدت حالة استعجال.

أمثلة: الأحكام الصادرة في دعاوى الحيابة المتعلقة أو بحق عيني عقاري وهي دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيابة (المادة 817 مدني) ودعوى إيقاف الأعمال الجديدة (المادة 821 مدني) هذه الحالات هي على سبيل المثال فحسب، وحيثما وجدت حالة استعجال فإنه يجوز للقاضي أن يأمر بالتنفيذ المعجل إذا طلبه للمحكوم له، ولقاضي السلطة التقديرية في الأمر بالتنفيذ المعجل أو رفضه، وكذلك المشرع الجزائري أعطى للقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية في أن يقر دلائل ذلك النفاذ المعجل بالأمر بتقديم كفالة أو أن يجعله بدون كفالة سلطة المحكمة التي تنظر المعارضة أو الاستئناف فيما يتعلق بوقف التنفيذ المعجل:

أعطى القانون للمحكوم عليه حق التظلم من الأمر الصادر بشمول الحكم بالنفاذ المعجل كما أعطى السلطة لمحكمة المعارضة في أن تأمر بناء على طلب المحكوم عليه بوقف النفاذ المعجل إذا طعن أمامها في الحكم المشمول بهذا النفاذ، فلا يجوز طلب وقف النفاذ المعجل استقلالا بدون الطعن في الحكم أو التظلم من الأمر.

النسخة التنفيذية:

نشأت هذه الفكرة في فرنسا قبل الثورة الفرنسية، عندما كانت فرنسا مقسمة إلى مقاطعات، فمن كان يرغب في تنفيذ الحكم الصادر في إقليم معين خارج حدود الضروري الحصول على تأشيرة الإقليم الذي صدر فيه¹، ورغم أن حدة الإقليمية قد خفت فيما بعد وقويت السلطة المركزية إلا أن إستمر العمل بهذه الفكرة لأسباب مالية، إذ كان الحصول على هذه التأشيرة يتم مقابل دفع رسم، ولكن كان من المنطقي أن تختفي الصيغة التنفيذية بعد زوال المبرر الأساسي لوجودها، وهو ما لم يحدث من الناحية العملية.

وقد تعددت آراء الفقه الحديث حول الوظيفة التي تقوم بها الصيغة التنفيذية الآن²، فذهب رأي إلى أن الصيغة التنفيذية تعتبر تأكيدا لوجود السند التنفيذي ولصحته³، فالصيغة التنفيذية حسب هذا الرأي تعتبر الدليل الأكيد على أن طالب التنفيذ هو صاحب الحق الثابت بالسند التنفيذي وأنه لم يستوف هذا الحق بتنفيذ سابق، ويستند هذا الرأي إلى أن الصورة التنفيذية من السند التنفيذي لا تسلم إلا لصاحب الحق، وأنه لا تسلم له إلا صورة تنفيذية واحدة، وهو ما تنص عليه المادة 603 من ق. إ. م. ولكن هذا الرأي منقذ⁴، لأن التأكيد الذي قد يتضمنه وضع الصيغة التنفيذية على السند التنفيذي لا يضيف جديدا إلى التأكيد الذي يتضمنه السند التنفيذي باعتباره سندا تنفيذيا في ذاته، كما أن وجود الصورة التنفيذية لا يعني بالضرورة أن المحكوم عليه لم يقم بالوفاء بالدين، إذ هذه المسألة تخضع للقواعد العامة في الإثبات.

واتجه رأي آخر إلى وضع الصيغة التنفيذية على صورة السند التنفيذي إلى إنشاء وضع ظاهر يميز الصورة التنفيذية عن غيرها من الصور، إذ هذه الصيغة هي العلامة المادية الظاهرة التي توضح للمطلع عليها بشكل ملموس أن الورقة التي يجري التنفيذ بمقتضاها هي أداة صالحة للتنفيذ¹، مما يؤدي إلى تسهيل مهمة المحضر في التحقق من حق الطالب في التنفيذ وإلى تسهيل تمييز الصورة التنفيذية عن غيرها من الأوراق الرسمية²، بيد أن هذا الرأي يمكن انتقاده، إذ من الممكن التوصل إلى تمييز الصورة التنفيذية عن غيرها من الصور بطرق أخرى غير الصيغة التنفيذية، كوضع خاتم خاص على الصورة التنفيذية مكتوب عليه "صورة تنفيذية"³، وهو ما أخذت به بعض التشريعات كالقانون اللبناني الذي تميز الصورة التنفيذية طبقا للمادة 607 من قانون أصول المحاكمات بأن يوضع عليها عبارة "سلمت نسخة طبق الأصل لأجل التنفيذ".

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الصيغة التنفيذية بإعتبارها علامة مادية ظاهرة لا تؤدي إلى أن يكتسب أحد حقوقا على خلاف الحقيقة⁴.

ماهية الصورة التنفيذية وحكمتها:

الصورة التنفيذية هي أصل السند التنفيذي ممهورا بالصيغة التنفيذية: لا يكفي لإجراء التنفيذ الجبري أن يكون بيد الدائنين سند تنفيذي، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يكون التنفيذ بموجب الصورة التنفيذية لهذا السند، ولا تعتبر صورة السند صورة تنفيذية إلا إذا كان ثابتا عليها صيغة معينة.

فالصورة التنفيذية هي صورة من أصل السند التنفيذي سواء كان حكما أو أمرا أو محضر صلح أو محررا موثقا أو غير ذلك، وتذيل هذه الصورة بألفاظ معينة تعرف باسم الصيغة التنفيذية، وهي تتضمن أمرا.

ويرى البعض في الفقه⁵، أن حكمة الصورة التنفيذية تكمن في تسهيل مهمة المحضر القضائي في التحقق من حق الطالب في التنفيذ، فالمحضر يقوم بالتنفيذ

¹ عبد الباسط جمعي - التنفيذ - بند 307 ص 335

² وجدي راغب - ص 58

³ فتحي والي - بند 60 ص 112

⁴ محمد عبد الحائق عمر - بند 143 ص 141 و بند 142

⁵ وجدي راغب - ص 57

¹ انظر : فنيان - التنفيذ - بند 24 ص 41 ، فتحي والي - بند 60 ص 111

² أنظر عرضا و نقدا لهذه الآراء: محمد عبد الحائق عمر - بند 141 و ما بعده ص 139 و ما بعدها

³ رمزي سيف - بند 9 ص 17 ، محمد حامد فهمي - بند 17 ص 13 ، أحمد أبو الوفاء - بند 104 ص 238

⁴ محمد عبد الحائق عمر - بند 142 ص 140

متى سلمه الطالب هذه الصورة دون أن تترك له مجالاً للتقدير حول وجود السند التنفيذي، إذ هي علامة ظاهرة على حق حائزها في التنفيذ، وعلى أنه لم يستوف حقه بعد بتنفيذ سابق¹، ولا شك في أن ذلك من مصلحة الأطراف وحماية لهم من تحكم المحضر إذا منح سلطة تقدير وجود السند أو عدم وجوده، كذلك فإن عبارات الصيغة التنفيذية تعتبر وسيلة السند أو عدم وجوده، كذلك فإن عبارات الصيغة التنفيذية تعتبر وسيلة ظاهرة لتسهيل تمييز الصورة التنفيذية عن غيرها من الأوراق الرسمية المثبتة لحقوق الأفراد كالصورة البسيطة للأحكام القضائية مثلا وغيرها، وبذلك لا يختلط الأمر على المحضر وعلى ذوي الشأن فيما يتعلق بحق حائزها في التنفيذ، بحيث يبادر المحضر إلى تنفيذ الحكم بمجرد وجود الصيغة التنفيذية على صورة الحكم، وبحيث تبادر السلطات المختصة أيضا بالمعاونة في إجراء التنفيذ بإستعمال القوة الجبرية.

ثانيا: قواعد تسليم الصورة التنفيذية للعقود الرسمية وغيرها من المحررات الموثقة:
الصورة التنفيذية للعقد الرسمي أو المحرر الموثق هي صورة تؤخذ من الأصل المحفوظ في مكتب التوثيق ويقوم الموثق بوضع الصيغة التنفيذية عليها و يوقعها الموثق وتختتم بخاتم مكتب الشهر، وعبارات الصيغة التنفيذية التي توضع على المحرر الموثق أو العقد الرسمي هي نفس عبارات الصيغة التنفيذية التي توضع على الأحكام وغيرها من السندات التنفيذية.
إن الصيغة التنفيذية لا توضع إلا على صور المحررات الرسمية والواجبة التنفيذ، ونتيجة لذلك فإنه لم يكن المحرر متضمنا لحق واجب التنفيذ فإنه يجوز للموثق الامتناع عن وضع الصيغة التنفيذية عليه، ويجوز له لهذا السبب أن يمتنع عن تسليم صورة تنفيذية من المحرر الموثق لمن لا يكون السند لحق مسند إليه وواجب التنفيذ، أي لمن لا يتضمن المحرر عودة منفعة عليه من تنفيذه قياسا على الأحكام القضائية²، ولا يجوز تسليم أكثر من صورة تنفيذية واحدة كما هو الحال في الأحكام القضائية ولنفس العلة.

وإذا امتنع مكتب التوثيق عن تسليم الصورة التنفيذية فقد ذهب رأي¹ إلى أنه يجوز لطالب هذه الصورة أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها بطلب أمر على ذيل عريضة بتسليمه.
الأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها التنفيذ بغير صورة تنفيذية :
الأصل أنه لا يجوز التنفيذ إلا بموجب صورة تنفيذية من السند التنفيذي، أي بموجب صورة من ذلك السند مذيلة بصيغة التنفيذ، واستثناء من هذا الأصل يجوز التنفيذ في بعض الحالات بغير الصورة التنفيذية للسند، بشرط أن يرد النص على ذلك صراحة في القانون، "يجوز للمحكمة في المواد المستعجلة أو في الأحوال التي يكون فيها التأخير ضارا أن تأمر بتنفيذ حكم بموجب مسودته وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر وعلى المحضر أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ.
التفرقة بين الصورة التنفيذية ومسودة الحكم ونسخة الحكم الأصلية والصورة البسيطة:
وتختلف الصورة التنفيذية عن مسودة الحكم وعن نسخة الحكم الأصلية وعن الصورة البسيطة للحكم، فالمسودة هي الورقة التي يحرر عليها الحكم وتشتمل على منطوقة وأسبابه ويوقع عليها من رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم والقضاة الذين اشتركوا معه في إصداره وهي تكون محررة بخط يد القاضي الذي وضع الأسباب وقد تحتوي على شطب أو إضافات ولا يؤثر فيها ذلك، وتكتب المسودة في ملف القضية ولا تعطى منها صورة، وعقب إيداع المسودة يقوم كاتب الجلسة بنسخ هذه المسودة بخط واضح في ورقة أخرى يوقع عليها رئيس الجلسة وكاتبها وتشتمل على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ في ملف الدعوى وتسمى هذه الورقة نسخة الحكم الأصلية، أما صورة الحكم البسيطة أو النسخة العادية فهي صورة طبق الأصل من نسخة الحكم الأصلية وهي تعطى لأي شخص يطلبها ولو لم يكن له شأن في الدعوى، أما الصورة التنفيذية فهي صورة من نسخة الحكم الأصلية تبصم بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية فهي تفرق عن الصورة البسيطة لأن هذه الأخيرة لا تذيل بالصيغة التنفيذية.

¹ انظر - حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1969/1/28 - المنشور في مجموعة الأحكام - السنة 20 - ص 176

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الصيغة التنفيذية باعتبارها علامة مادية ظاهرة لا تؤدي إلى أن يكتسب أحدا حقوقا على خلاف الحقيقة وإذا تعدد الأشخاص الذين تعود منفعة من تنفيذ الحكم كما لو كان المحكوم له أكثر من شخص فإنه يجوز تسليم صورة تنفيذية لكل منهم كذلك فإنه من الممكن تصور عدم تسليم صورة تنفيذية من الحكم للمحكوم له إذا لم يقضى له بشيء يمكن تنفيذه جبرا كالحكم الصادر بغرامة تهديدية فهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا ولذلك لا يجوز تسليم صورة تنفيذية منه، ومن أمثلة ذلك أيضا الحكم الذي يقتضى بأمر سلبى كرفض الدعوى أو رفض الطعن.

وينبغي ملاحظة أنه لا عبرة بتعدد المحكوم عليهم، إذ تكفي صورة واحدة فقط للتنفيذ بها عليهم كل فيما يخصه، ولا تعدد الصور التنفيذية بتعدد المحكوم عليهم. يجب تسليم صورة واحدة فقط للخصم الواحد فلا يجوز تسليم الخصم أكثر من صورة تنفيذية واحدة وذلك منعا للتلاعب بالتنفيذ أكثر من مرة، وغلقا لمجال الغش واستخدام الحكم بعد استنفاده لقوته التنفيذية، فقد يوفي المحكوم عليه بالمبلغ المحكوم به أو بجزء منه ويكتفى في إثبات هذا الوفاء بالتأشير به على صورة الحكم التنفيذية، ولذلك يتسنى لمن يطلع على الصورة التنفيذية أن يتبين ما إذا كان طالب التنفيذ قد حصل على كل مطلوبه من التنفيذ أو على جزء منه طالما أنها صورة تنفيذية واحدة، ويتعذر ذلك إذا ما تعددت الصور التنفيذية.

كذلك يشترط لتسليم صورة تنفيذية من الحكم أن يكون جائزا تنفيذه جبرا فمثلا إذا كان الحكم ابتدائيا غير مشمول بالنفاذ المعجل لا يجوز تسليم صورة تنفيذية منه، كذلك إذا كان الحكم حكما منشئا أو تقريرا لا يتضمن إلزام بأداء معين يتطلب الحصول عليه إجراء تنفيذ جبري كالحكم الصادر بمجرد صحة المحرر المدعي بتزوير أو الصادر بعدم الاختصاص فإنه لا يجوز تسليم صورة تنفيذية منه أيضا.

وإذا توافرت هذه الشروط ورغم ذلك امتنع كاتب الضبط عن تسليم الصورة التنفيذية فإنه يجوز لطالبيها أن يقدم عريضة بشكواهم إلى قاضى الأمور المستعجلة

بالمحكمة التي أصدرت الحكم، ليصدر أمره لكاتب الضبط بتسليم الصورة طبقا للإجراءات المقررة في باب الأوامر على العرائض.

وإذا ضاعت الصورة التنفيذية أو هلكت فإنه للخصم أن يحصل على صورة تنفيذية ثانية بدلا من الأولى، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة التي أصدرت الحكم، مع استدعاء أطراف الخصومة لأبداء ملاحظاتهم ولا تتعرض المحكمة في هذه الدعوى لموضوع السند التنفيذي بل تبحث فقط مسألة سبق وجود السند التنفيذي وضياح الصورة الأولى أو هلاكها، ويقع على الخصم الذي يطلب الصورة عبء إثبات واقعة فقد أو هلاك الصورة الأولى، وله أن يثبتها بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة مادية وإذا ثبت للمحكمة واقعة الفقد أو الهلاك فإنها تحكم بتسليم صورة ثانية .

ويلاحظ أنه لا يجوز التنفيذ بمقتضى صورة فوتوغرافية معتمدة للصورة التنفيذية، لأن إجازة التنفيذ بموجب صورة فوتوغرافية من الصورة التنفيذية تؤدي إلى إمكان اقتضاء الدائن حقه الواحد أكثر من مرة، كما تؤدي إلى عدم جدوى شرط إعطاء صورة تنفيذية واحدة للدائن من الناحية العملية لأنه يستطيع استخراج أكثر من صورة فوتوغرافية، وفي حالة تعذر الحصول على الصورة التنفيذية الأولى لإيداعها مكتب الشهر العقاري مثلا فإنه يمكن الالتجاء إلى القضاء للحصول على الصورة تنفيذية أخرى طبقا للقواعد المتبعة في حالة ضياع الصورة التنفيذية الأولى أو طلب إن من القضاء بالحصول على الصورة التنفيذية المودعة لإجراء التنفيذ بموجبها وإعادتها مرة أخرى بعد انتهاء إجراءات التنفيذ.

أولا : أحكام خاصة ومشاركة
- التعريف بالحجز وطبيعته:

الحجز هو وضع المال تحت يد القضاء سواء كان هذا المال عقارا أم منقولا، وذلك بقصد منع صاحبه من التصرف فيه تصرفا يضر بحقوق من أوقع الحجز عليه من الدائنين. والتنفيذ بطريق الحجز ينحصر في الأحكام التي تصدر بإلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود، سواء كان محل التزام المحكوم عليه في الأصل مبلغا من النقود أو تحول التزامه إلى التزام بمقابل أي إلى تعويض يحدده القضاء. ولقد أثارت طبيعة الحجز جدلا في الفقه، ولم يتفق الشراح في تحديد هذه الطبيعة بل تعدد آراؤهم¹، فذهب البعض إلى أن الحجز على مال معين يؤدي إلى اعتبار المحجوز عليه عديم الأهلية بالنسبة لهذا المال، ومن ثم يفقد المحجوز عليه القدرة على التصرف في هذا المال أو إدارته ويحل القضاء محله في ذلك. فالقانون يترتب أثرا نسبيا على الحجز وهو عدم نفاذ تصرفات المحجوز عليه في مواجهة الدائنين الذين اشتركوا في الحجز، وهذا الأثر ينحصر فقط في المال المحجوز دون غيره من أموال المحجوز عليه، فإذا تصرف المدين المحجوز عليه في المال المحجوز فإن هذا التصرف ليس باطلا بل يعتبر تصرفا صحيحا ولكنه لا ينفذ في مواجهة الدائن الحاجز، ولذلك فإنه إذا زال الحجز لأي سبب من الأسباب فإن تصرف المدين يعتبر نافذا بأثر رجعي، بينما يترتب على انعدام أهلية الشخص آثار في مواجهة الكافة وبالنسبة لجميع أمواله، فعديم الأهلية إذا تصرف في ماله فإن هذا التصرف يعتبر باطلا غير صحيح، وهذا التفاوت في الآثار بين الحجز وانعدام الأهلية يؤكد أنه لا صلة بين الحجز والأهلية².

¹ أنظر في ذلك : فنجي والي-التفصيل الجبري- سنة 1989- بند 199 ص 392 وما بعدها، وجدي راغب- النظرية العامة للتنفيذ القضائي ص 152 وما بعدها.

² هذه الحقيقة يقرها فقهاء الشريعة الإسلامية ورغم أنهم يستعملون اصطلاح "الحجز" للدلالة على الحجز. فالمدني المحجوز عليه تبقى له أهليته كاملة، ولا ينال الحجز من أهليته لأن الدين لا يعد عارضا من عوارض الأهلية، وينبغي ملاحظة أن الحجز على الحجز ليس محل إجماع فقهاء المسلمين، بل قد أباحه بعضهم كوسيلة لإلزام المدين بالوفاء لدينيه والجلولة بينه وبين الإضرار بهم، وبفرض الحجز عندهم بواسطة القاضي بناء على طلب من أي من الدائنين ولكن أثره لا يقتصر على من طلبه وإنما يستفيد منه جميع

وذهب البعض الآخر إلى أن الحجز يخول الحاجز حقا عينيا¹ على المال المحجوز، ويعتقدون أن هذا الحق يخول الحاجز ما تخوله الحقوق العينية من تقدم وتتبع، وتبدو ميزة التقدم أو الأولوية في أن الدائن الحاجز يستأثر بحصيلة التنفيذ على المال المحجوز دون غيره من الدائنين، وتبدو ميزة التتبع في أنه يستطيع الاستمرار في التنفيذ على المال المحجوز رغم التصرف فيه.

واستثار الدائن الحاجز بحصيلة التنفيذ على المال المحجوز دون غيره من الدائنين غير الحاجزين ليس نتيجة لكون الحجز يخول حقا عينيا على المال المحجوز، وإنما ذلك نتيجة لكونه هو وحده الطرف الإيجابي في التنفيذ، إذ للحجز أثر فردي، فلا يستفيد منه إلا الدائن الحاجز وحده، أما غيره من الدائنين غير الحاجزين فلا يستفيدون من الحجز، لأن إجراءات التنفيذ لها أثر نسبي فهي لا تفيد ولا تضر إلا من يكون طرفا فيها.

كذلك فإن الحجز لا يترتب ميزة التتبع، إذ أن هذه الميزة تخول صاحبها التنفيذ على المال في أي يد يكون، ولا ينتج عن الحجز علاقة مباشرة بين الحاجز والمال المحجوز تمكنه من تتبعه، وإنما يؤدي الحجز فقد إلى عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الحاجز، فلا يستطيع الحاجز التنفيذ في مواجهة المتصرف إليه، ولكنه يتجاهل تماما حدوث التصرف ويستمر في إجراءات التنفيذ في

الدائنين إذ للحجز جماعي وهو في ذلك يشبه شهر الإفلاس في القانون التجاري ويختلف في ذلك عن الحجز الذي ليس له سوى أثر فردي، ورغم أن مال المدين بالحجز عليه يبقى في ذمته وعلى ملكه إلى أن ينتزعه القاضي ويبيعه جبرا عليه فإن الحجز يؤدي إلى غل يده في التصرف فيه بما يضر دائنيه-أنظر عبد العزيز بدوي-الوجيز في قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحقق- الطبعة الأولى سنة 1974- ص 28، ص 29، ص 30.

وقد منع الإمام أبو حنيفة الحجر على المدين فقال "لا أحجر في الدين. وإذا وجبت ديون على رجل و طلب غرماؤه حبسه والحجر عليه أحجر عليه"-أنظر : الهداية شرح البداية للمرعيني ج 3 ص 208، وقد منعه أيضا الفقيه ابن حزم من الظاهرية-أنظر المغلبي ج 2 ص 278، وسبب عدم جواز الحجر في رأسهم هو ما ينتج عنه من أضرار تصيب المدين المحجوز عليه.

ومما جدير بالذكر أن تنفيذ الأحكام في فجر الإسلام كان يقوم به الخصوم من تلقاء أنفسهم، لأن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم كان يباشر القضاء بنفسه، وطاعة الرسول واجبة بل لا يكون الإنسان مؤمنا حتى يرضى بما حكم به الرسول صلى الله عليه وسلم، فقد قال تعالى: {أَفَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مَّا قَضَيْتَ وَيَسَلُّوْا تَسْلِيمًا} - الآية 65 من سورة النساء- ومعنى هذه الآية أن الله عز وجل " يقسم تعالى نفسه الكريمة المقدسة أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور فما حكم به فهو حق الذي يجب الإتيان له باطنا وظاهرا"- أنظر تفسير القرآن الكريم- للفقهاء ابن كثير- الجزء الأول ص 250، ولذلك كان المتقاضون يسارعون إلى تنفيذ الحكم الذي يصدره الرسول صلى الله عليه وسلم من تلقاء أنفسهم.

¹ كيش وفسان- طرق التنفيذ- بند 222 ص 272، عبد الباسط جبري- طرق وإشكالات التنفيذ سنة 1974 ص 20

مواجهة المدين للمحجوز عليه، ولو كان الحجز يخول له ميزة التمتع من الممكن أن ينفذ على المال في مواجهة المتصرف إليه.

وذهب رأي ثالث¹ في الفقه إلى أن الحجز على مال معين هو إنشاء حيازة قانونية للدائنين على هذا المال، وإذا وردت هذه الحيازة على منقول فإنها تعطي للحائز أولوية على هذا المال تطبيقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولذلك فإن الحجز يمنح المدين من المتصرف في المال بما يضر حق الدائن الحاجز، فهو يفضل بمقتضى حيازته القانونية على المتصرف إليه، كما أنه ليس للمدين أن يتلف الشيء أو أن يقوم بأي عمل من شأنه الإضرار بحق الحائز القانوني الذي اكتسب حقاً في الأولوية على هذا المال نتيجة لحيازته له.

وهذا الرأي معيباً أيضاً، لأنه حتى ولو افترضنا جدلاً وجود ما يسمى بحق أولوية كنتيجة للحيازة القانونية، فإن هذا الرأي لا يقدم أي حل بالنسبة للحجز على العقار²، إذ لا تسرى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على العقارات وإنما تقتصر على المنقولات فقط.

والراجح هو ما ذهب إليه البعض بأن الحجز هو وصف إجرائي يلحق بالمال المحجوز فيجعله محلاً للتنفيذ³. فإجراء الحجز يحقق دورين: دور مادي هو تعيين المال محل التنفيذ، ودور قانوني هو ترتيب مركز قانوني جديد بالنسبة لهذا المال إذ يجعل منه محلاً للتنفيذ.

والمال قبل الحجز عليه يدخل مع سائر أموال المدين ضمن الضمان العام للدائنين ويكون بهذا قابلاً للتنفيذ عليه، أما بعد الحجز فإن المال يصير محلاً للتنفيذ فعلاً، وهذا وصف إجرائي ينسب إلى المال، فيجعل منه عنصراً من عناصر النشاط الإجرائي هو التنفيذ وبهذا الوصف يكفل المحافظة على المال المحجوز من أجل بلوغ التنفيذ غايته، أي أنه بالحجز يصبح المال المحجوز مخصصاً "لغرض معين وهو أن يكون محلاً للتنفيذ لإشباع حق الدائن المنفذ" ومعنى ذلك ارتباط المال المحجوز بالمصير الذي تقوده إليه إجراءات التنفيذ مما يؤدي إلى التأثير في مراكز أطراف التنفيذ والغير بالنسبة لهذا المال.

فبالنسبة للمحجوز عليه يؤدي الحجز إلى تقييد سلطته على المال في الحدود التي تتطلبها إجراءات التنفيذ لإشباع حق الدائن المنفذ، ورغم أن المحجوز عليه يظل مالكا للمال المحجوز فإنه لا تنفذ تصرفاته القانونية في هذا المال في حق الدائن المنفذ بعد قيامه بالحجز عليه، كما يؤدي الحجز إلى منع المحجوز عليه من التصرف مادياً في المال على نحو يضر بحق الدائن الحاجز.

أما بالنسبة للدائن الحاجز فإن الحجز يخوله سلطات إجرائية جديدة تمثل في تحريك إجراءات نزع الملكية بالنسبة للمال المحجوز، كما يخوله أيضاً سلطة التمسك بعدم نفاذ التصرفات التي تجرى في المال المحجوز دون التقييد بشرط الدعوى البوليصة.

وبالنسبة للغير الذي يتلقى حقاً على المال المحجوز فإن المال ينتقل إليه موصوفاً، فالمحجوز عليه لا يستطيع أن ينقل إليه أكثر مما يملك، ومن شأن هذا الوصف أن تستمر إجراءات التنفيذ على المال رغم انتقال المال إليه، ويتجاهل الدائن حدوث هذا الانتقال تجاهلاً تاماً.

لقد نصت المادة 636 على الحالات التي لا يجوز فيها حجز المنقول لدى المدين وهي:

لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:

- 1- الأموال العامة المملوكة للدولة، أو للجماعات الإقليمية، أو للمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
- 2- الأموال الموقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً، ماعدا الثمار والإيرادات.
- 3- أموال السفارات الأجنبية.
- 4- النفقات المحكوم بها قضائياً إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلثي (2 / 3) الأجر الوطني الأدنى المضمون.

5- الأموال التي يملكها المدين ولا يجوز له التصرف فيها.

6- الأثاث وأدوات التدفئة والفرش الضروري المستعمل يومياً للمحجوز عليه ولأولاده الذين يعيشون معه، والملابس التي يرتدونها.

منع المشرع الحجز على فراش و ملابس المحجوز عليهم غير أنه ربط ذلك شروط:

¹ مشار إليه في لانسيلان-المركز القانوني للأموال المحجوزة- رسالة للدكتوراة-باريس سنة 1901- ص 7- ص 10

² فيحي واني- التنفيذ الجمعي- بند 199 ص 392

³ وحدي واغ- ص 158

أ- أن يكون المنع منصبا على ما يعتبر فراشا: مهما كانت المادة التي صنع منها، ومهما كانت القيمة النقدية له.

ب- أن يكون الفراش ضروريا للمحجوز عليه وأولاده فقط: أما الفراش الزائد عن الضرورة أو المعد للضيوف فيجوز الحجز عليه.

ومعيار الضرورة خاضع لتقدير القاضي الذي يحدده استنادا إلي معطيات الحياة الاجتماعية والصحية لكل شخص والعادات السائدة في المجتمع.

ج- أن تتحقق حياة الأولاد مع المحجوز عليه: فإن كان هؤلاء الأولاد أو بعضهم لا يعيشون مع المحجوز عليه وإنما جاءوا ضيوفا وقدم إليهم المحجوز عليه فراش فإنه يجوز الحجز عليه.

د- يمنع الحجز على ملابس المحجوز عليهم وأولادهم: مهما كانت قيمتها وأوصافها ويلاحظ هنا أن المشرع لم ينص على الملابس الضرورية خلافا لما ذهب إليه فيما يخص الفراش.

7- الكتب اللازمة لمتابعة الدراسة أو المهنة المحجوز عليه في حدود مبلغ يساوي ثلاث مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، والخيار للمحجوز عليه في ذلك، إذا كان المحجوز عليه يمتن مهنة ما فإن الكتب التي يستعين بها على أداء مهنته والتي تعتبر لازمة لذلك يمنع الحجز عليها، والمشرع نص على الكتب اللازمة من غير بيان هذا اللزوم وترك أمر تقديره لقاضي الموضوع، كما اشترط الكتب اللازمة للمهنة بمعنى أن يكون المحجوز عليه يمارس مهنة فعلا، فإن كان متوقفا عن تلك المهنة، فإنه يجوز الحجز على كتبه.

وإن كانت الكتب كثيرة وقيمتها مرتفعة فإن منع الحجز ينصب على ما قيمته ثلاث مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون أن إذا زاد عن ذلك يجوز الحجز عليه ويترك للمحجوز عليه اختيار الكتب اللازمة لمهنته في حدود المبلغ المذكور.

8- أدوات العمل الشخصية والضرورية لأداء مهنة المحجوز عليه والتي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار (100.000) دج (والخيار له في ذلك)، أن الأدوات التي يستعملها الصانع كالنجار والحداد لا يجوز الحجز عليها غير أن هذا المنع مقيد بشرطين:

1) أن تكون تلك الأدوات لازمة لعمل المحجوز عليه ومسألة اللزوم تترك لأمر القاضي الذي يحدد اللزوم من عدمه.

2) أن يستعمل تلك الأدوات بنفسه أما إذا كانت تستعمل من طرف عماله فيجوز الحجز عليها لأنها تدخل في نشاط المدين والذي يرقى إلى مستوى الاستغلال التجاري والصناعي.

9- المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه ولعائلته لمدة شهر واحد (1). لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجته وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة ما يلزمه من الغذاء لمدة شهر وهذا المنع من الحجز دعت إليه الاعتبارات الإنسانية، فهو مقرر رعاية للمدين وأسرته، ورغبة في عدم تعريضهم للفاقة. تقديرا من المشرع بأن مدة شهر كافية للمحجوز عليه في أن يكتسب ما يكفيه وعائلته للعيش منع حجز الدقيق والحبوب اللازمة لقوت عائلته والمحجوز عليه اللازمة لمدة شهر. غير أن النص على الدقيق والحبوب فقط يثير عدة انتقادات. أن المدين وعائلته لا يكفيه الخبز وحده كغذاء.

في نفس هذه المادة منع المشرع الحجز على بعض المواشي مع ما يلزمها من غذاء من غير تحديد نوع الغذاء وكأن المشرع راع الماشية، أكثر من مراعاة صاحبها وهذا يتنافى والكرامة الإنسانية.

إذا لم يكن للمدين دقيق أو حبوب فإنه طبقا لهذه الفقرة يجوز الحجز على المواد الغذائية الأخرى التي قد تكون لديه.

وإذا كانت الحكمة من النص هي أن يترك المدين ما يتغذى به وعائلته لمدة شهر.

10- الأدوات المنزلية الضرورية، ثلاجة، مطبخة أو فرن الطبخ، ثلاث (3) قارورات غاز، والأواني المنزلية العادية الخاصة بالطهي والأكل للمحجوز عليه ولأولاده القصر الذين يعيشون معه.

11- الأدوات الضرورية للمعاقين: لا يجوز الحجز على الأدوات الضرورية للمعاقين حتى ولو كان الحجز من أجل استيفاء ثمنها أو ثمن إنتاجها أو ثمن إصلاحها.

12- نوازم القصر وناقصي الأهلية. غير أن هذه الأموال قابلة للحجز، إذا كان هذا الحجز من أجل استيفاء مبلغ القرض الذي منح من أجل اكتسابها أو ثمن إنتاجها أو ثمن تصليحها.

الحجز التنفيذي و الحجز التحفظي

معيار التفرقة بينهما :

ينقسم الحجز بالتعريف الذي حددناه إلى حجز تنفيذي وحجز تحفظي، ولا يختلف النوعان من حيث ما يترتب على كل منهما من آثار، وإنما أساس التفرقة هو أن الحجز التنفيذي لا يكون إلا للدائن الذي له حق في التنفيذ الجبري. كما يعتبر المرحلة الأولى من مراحل التنفيذ بنزع الملكية، ويجب أن يتوافر في من طلبه من الدائنين الحق في التنفيذ بالمعنى الذي حددناه في القسم الأول من هذا الكتاب أي أن يكون معه سند تنفيذي مثبتا لحق معين المقدار وحال الأداء عند الحجز، كما. يجب أن يقوم طالب هذا الحجز بتبليغ السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء، قبل إجراء الحجز.

أما الحجز التحفظي، فهو يثبت للدائن ولو لم يكن لديه حق في التنفيذ الجبري، فقد رأى المشرع أن حماية الدائن تتطلب أحيانا السماح له بتوقيع الحجز قبل أن يثبت له هذا الحق إذ قد يمضي وقت قبل استطاعته الحصول على سند تنفيذي أو قبل أن يعين مقدار حقه، ويكون من مصلحة الدائن الحجز على أموال المدين أو بعضها قبل أن يقوم هذا الأخير بتهريبها، كما أنه من ناحية أخرى قد تتطلب حماية الدائن توقيع الحجز دون سبق تكليف المدين بالوفاء وتبليغ السند التنفيذي إليه حتى لا يلجأ إلى تهريب أمواله قبل الحجز¹.

لهذا نظم المشرع حجزا يستطيع الدائن إجراؤه بغير أن يكون لديه الحق في التنفيذ الجبري، وهذا هو الحجز التحفظي.

وليس معنى هذا أن الحجز التنفيذي ليس إجراء تحفظيا، أو أن الحجز التحفظي لا يؤدي إلى التنفيذ. فللحجز سواء كان حجزا تحفظيا أو حجزا تنفيذيا وظيفة تحفظية، هدفه تقييد سلطة المدين على مال معين حماية لحق الحاجز، وكلا النوعين من الحجز يرمي مباشرة إلى هذه الوظيفة²، وإنما يختلفان في أن الحجز

13- ومن الحيوانات الأليفة، بقرة أو ناقة أو ست تعاج أو عشر عنزات، حسب اختيار المحجوز عليه، وما يلزم من التبن والعلف والحبوب لغذائها لمدة شهر واحد (1) وفراش الإسطبل.

14- لا يجوز الحجز على الأجور والمرتببات ومعاشات التقاعد أو العجز الجسماني، إلا في الحدود المنصوص عليها في القانون.

غير أن هذه الأموال قابلة للحجز، إذا كان هذا الحجز من أجل استيفاء مبلغ القرض الذي منح من أجل اكتسابها أو ثمن إنتاجها أو ثمن تصليحها.

فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، التنفيذ الجبري

إن التنفيذ بنزع الملكية يرد على مال معين من أموال المدين يضمن الوفاء بحق الدائن ولكنه ليس محل هذا الحق. ولهذا فإن استيفاء الدائن لحقه الذي محله مبلغ من النقود يقتضي بعد الحجز القيام بتحويل المال المحجوز إلى مبلغ من النقود ليستوفي الدائن حقه منه.

فالعلاقات القانونية في كل طريق من طرق التنفيذ بنزع الملكية واحدة: حجز مال المدين ثم بيعه، وأخيرا حصول الدائن على حقه من الثمن.

¹ كيش . التنفيذ بند 70 مكرر ص 94

² ر في هذا يقول المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري " الواقع أن جوهر الحجر باعتباره وجعا للمال تحت يد القضاء بإجراءات مخصوصة بحيث لا يجوز التصرف فيه ، و بحيث يعاقب على احتماله بتحقيق في الحجر التحفظي تحققه في الحجر التنفيذي "

التنفيذي وظيفة أخرى يرمي إليها مباشرة هي تحديد الأموال التي ستزج ملكيتها، وهذه الوظيفة تجعل من الحجز التنفيذي إجراء تنفيذيا.

والحجز التنفيذي يرمي مباشرة إلى الوظيفتين معا، وهو يعتبر إجراء ذا طبيعة مزدوجة تحفظية، وتنفيذية¹. وأما الحجز التحفظي فهو يرمي مباشرة إلى الوظيفة الأولى². أما الوظيفة التنفيذية فهو لا يؤديها إلا إذا توفر لدى الحاجز شروط الحق في التنفيذ وقام بتكليف المدين بالوفاء و تبليغه بالسند التنفيذي.

ويكون الفارق بين الحجزين هو أن الحجز التنفيذي يعتبر منذ بدئه إجراء تحفظيا وتنفيذيا في نفس الوقت، أما الحجز التحفظي فهو يعتبر ابتداء إجراء تحفظيا، ولا يؤدي إلى التنفيذ إلا بتوافر شروط معينة تنقصه عن الحجز التنفيذي، فإذا توافرت هذه الشروط انقلب الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي³.

- الحق في الحجز التحفظي :

ينشأ الحق في الحجز التحفظي للدائن ولولم يكن لديه الحق في التنفيذ الجبري، على أن الحجز التحفظي يرتب سائر آثار الحجز التنفيذي.

الحجز التحفظي¹

الحجز التحفظي :

الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن. وذلك لمنعه من التصرف فيها تصرفا يضر بالحاجز² ويتضح من هذا التعريف، أن الحجز التحفظي يتميز بخاصيتين تحددان نطاقه، وهما تتعلقان بمحل الحجز وهدفه.

محل الحجز التحفظي :

لا يرد الحجز التحفظي إلا على المنقولات المادية المملوكة للمدين وتطبيقا لذلك، فإن هذا الحجز يرد على المنقولات المادية، كالبضائع، والآلات التي لا تعد عقارا بالتخصيص، والأثاث والمفروشات، كما يرد أيضا على المنقولات غير المادية، كالديون التي تكون للمدين لدى الغير.

وتحديد محل الحجز على هذا النحو يقتضي استبعاد ما عدا المنقولات بحيث لا يصح أن تكون محلا لتوقيع الحجز التحفظي، فالقانون الجزائري لا يعرف الحجز التحفظي على العقار، وذلك بحجة أن العقار يكون ثابتا لا يستطيع المدين نقله، أو تهريبه³ وهي حجة ينتقدها الفقه⁴، أن استحالة التصرف المادي في العقار، أو صعوبته الشديدة، لا تنفي إمكانية التصرف فيه تصرفا قانونيا يترتب عليه إخراجه من الضمان العام للدائنين. لذلك كان ينبغي إجازة الحجز التحفظي على العقار، غير أنه مما يخفف أثر هذا النقص في التشريع الجزائري أن القانون قد خول الدائن بعض الوسائل التي يستطيع مباشرتها للمحافظة على عقارات المدين التي تدخل في ضمانه العام فهو يستطيع التمسك ببطلان التصرفات التي يجريها المدين بالنسبة للعقارات عن طريق الدعوى البوليصة، وذلك إذا توافرت شروطها.

¹ نظم المشرع الجزائري الحجز التحفظي في المواد من 646 إلى 666 في الفصل الثاني من الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية

² عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 386 - و في بيان تعريفات أخرى للحجز التحفظي . راجع : محمود مصطفى بونس -

النظام القانوني للحجز التحفظي القضائي - ص 15 و ما بعدها

³ في بيان الاعتبارات الأخرى التي يراها الفقه القانون الوضعي أساسا لعدم ورود الحجز التحفظي على العقارات، راجع : ديري سف - المرجع السابق - بند 543 ص

544 أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند 411 ص 854، وفي الرد على حجة الاعتبارات راجع : محمود مصطفى بونس - المرجع السابق - ص 367 و ما بعدها

⁴ محمد حامد فهمي - المرجع السابق - بند 392 ص 286، فصي ولي - التنفيذ الجزري - بند 932 ص 224، أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند 401 ص 836

¹ في رأي البعض أن الحجز التنفيذي هو إجراء تحفظي فالنفيذ بمعنى الكلمة - في التنفيذ بمرح الملكية - إنما يبدأ بالبيع ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه الإيطالي (من هذا الرأي : رانوكي - جزء ثالث 335) و في رأي آخر أنه إجراء تنفيذي، أو أنه إجراء تنفيذي ذو آثار تحفظية، أنظر لأراء المخالفة في الفقه الإيطالي في : كوسا - المرافعات - بند 390 ص 454 . و ركي : محاضرات جزء 3 ص 132

قانون : جازيمونيه - جزء 4 بند 37 ص 104 - 105 ، جلاسون - جزء 4 - بند 1025 ص 75

سأنا : التنفيذ بند 41 ص 62 . و أنظر : مانديبولي - دعوى التنفيذ بند 125 ص 637

هدف الحجز التحفظي :

لا يستهدف الحجز التحفظي بصفة أساسية، ومباشرة بيع أموال المدين ولكن غايته الأساسية هي حماية الدائن من خطر معين، هو قيام المدين بتنظيم مسألة إعساره، وذلك بالتصرف في منقولاته إلى مشتري حسن النية لا يمكن استردادها منه.

لذلك فإن الهدف المباشر لهذا الحجز هو مجرد المحافظة على أموال المدين وعدم نفاذ صرفات المدين بشأن هذه الأموال¹ وهو إجراء تمهيدي يستهدف بصفة أساسية تجنب آثار لتصرفات التي يجريها المدين في أمواله المنقولة، فإذا لم يقم المدين بالوفاء، فإن هذه الأموال باع جبرا بعد استيفاء الإجراءات اللازمة، وذلك بإجراءات الحجز على المنقول.

2- أهمية الحجز التحفظي :

الحجز التحفظي إجراء ضروريا وهاما بالنسبة للدائن الذي يرغب في تقاضي قيام مدينه بإخفاء بعض أمواله المنقولة من ذمته المادية، وذلك لأنه يستطيع توقيع هذا الحجز، ولو لم يكن بيده سندا تنفيذيا.

كما أن الشروط الموضوعية المطلوبة في الحق الذي يجري التنفيذ لاقتضائه لا تطلب كلها في حالة توقيع الحجز التحفظي، فيكفي أن يكون الحق محقق الوجود حال الأداء، فلا يعد تعيين المقدار بصفة نهائية شرطا لازما للإذن بهذا الحجز²

الشروط التي يلزم توافرها لتوقيع الحجز التحفظي³

يشترط لتوقيع الحجز التحفظي ثلاثة شروط :

يتعلق أولها: بالحق المحجوز من أجله، وثانيها: بالمال المحجوز، وثالثها: بالاستعجال.

الشروط التي تتعلق بالحق المحجوز من أجله¹

يشترط في الحق الذي يوقع الحجز التحفظي ضمانا له شروطا معينة، وهي أن يكون محقق الوجود وحال الأداء ومعين المقدار .
وقبل أن نحدد مدلول هذه الشروط هناك بعض الملاحظات المبدئية، وهي:
أولا: أنه يجوز إجراء الحجز التحفظي لاقتضاء أي مبلغ مهما كانت قيمته، وذلك بشرط عدم التعسف في استعمال الحق.

ثانيا: أنه لا توجد شروط شكلية معينة ينبغي توافرها في الحق الذي يوقع الحجز التحفظي لضمانه، واقتضائه، فلا يلزم لإجراء الحجز التحفظي أن يكون الدائن مزودا بسند تنفيذي أيا كان شكله، فيجوز إجراء هذا الحجز ولو كان الدائن مزودا بمجرد سند عرفي، بل يجوز توقيعه ولو لم يكن بيد الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق، وذلك بشرط الحصول على إذن من القضاء.

ثالثا: فإذا لم يكن تعيين المقدار شرطا لصدور الإذن بالحجز، فإن الحجز نفسه لا يوقع إلا بعد تعيين المقدار، ولو تعيينا مؤقتا.

الشرط الأول- تحقق الوجود:

تنص المادة 647 "يجوز للدائن، بدين محقق الوجود، حال الأداء، أن يطلب بعريضة مسببة، مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه، استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه، إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسؤوليات ظاهرة ترجح وجود الدين، ويخشى فقدان الضمان لحقوقه".

ويذهب الفقه في تحديد مدلول معنى تحقق وجود الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه، إلى التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا و حكما غير واجب النفاذ:

في هذا الفرض يجوز إجراء الحجز دون إذن من القضاء¹. فإذا كان الحق الثابت في السند حقا احتماليا، أو معلقا على شرط واقف، فإنه لا يجوز توقيع الحجز بمقتضاه، وبناء على ذلك. لا يجوز الحجز بمقتضى حكم صادر بتقديم حساب، وذلك

¹ عزمي عبد الفتاح- المرجع السابق- ص 388

² رمزي سيف- المرجع السابق- بند 533 ص 543. احمد أوب الوفا-إجراءات التنفيذ- بند 401 ص 834 ، عزمي عبد الفتاح- لوجع السابق- ص 390

³ في بيان شروط حق في مباشرة الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين - راجع: فتحي والي-التنفيذ الجبري- بند 131 و ما يليه ص 358 و ما بعدها ، محمد محمود إبراهيم-أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي- ص 378 و ما بعدها، عزمي عبد الفتاح قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات- ص 392 و ما بعدها. محمود مصطفى بونس- النظام القانوني للحجز التحفظي قضائي- ص 131 و ما بعدها، وجدي و الغب فهسي- التنفيذ القضائي- ص 212 و ما بعدها

في بيان شروط الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه، راجع: عزمي عبد الفتاح- قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات- ص 392 و ما بعدها. محمود مصطفى بونس- النظام القانوني للحجز التحفظي القضائي- ص 171 و ما بعدها. وجدي و الغب فهسي- التنفيذ القضائي- ص 215 و ما بعدها
¹ محمد عبد الخالق عمر- المرجع السابق ص 265 ، عزمي عبد الفتاح-المرجع السابق- ص 394

هدف الحجز التحفظي :

لا يستهدف الحجز التحفظي بصفة أساسية، ومباشرة بيع أموال المدين ولكن غايته الأساسية هي حماية الدائن من خطر معين، هو قيام المدين بتنظيم مسألة إعساره، وذلك بالتصرف في منقولاته إلى مشتري حسن النية لا يمكن استردادها منه.

لذلك فإن الهدف المباشر لهذا الحجز هو مجرد المحافظة على أموال المدين وعدم نفاذ صرفات المدين بشأن هذه الأموال¹ وهو إجراء تمهيدي يستهدف بصفة أساسية تجنب آثار لتصرفات التي يجريها المدين في أمواله المنقولة، فإذا لم يقم المدين بالوفاء، فإن هذه الأموال باع جبرا بعد استيفاء الإجراءات اللازمة، وذلك بإجراءات الحجز على المنقول.

2- أهمية الحجز التحفظي :

الحجز التحفظي إجراء ضروريا وهاما بالنسبة للدائن الذي يرغب في تقاضي قيام مدينه بإخفاء بعض أمواله المنقولة من ذمته المادية، وذلك لأنه يستطيع توقيع هذا الحجز، ولو لم يكن بيده سندا تنفيذيا.

كما أن الشروط الموضوعية المتطلبية في الحق الذي يجري التنفيذ لاقتضائه لا تطلب كلها في حالة توقيع الحجز التحفظي، فيكفي أن يكون الحق محقق الوجود حال الأداء، فلا يعد تعيين المقدار بصفة نهائية شرطا لازما للإذن بهذا الحجز²

الشروط التي يلزم توافرها لتوقيع الحجز التحفظي³

يشترط لتوقيع الحجز التحفظي ثلاثة شروط :

يتعلق أولها: بالحق المحجوز من أجله، وثانيها: بالمال المحجوز، وثالثها: بالاستعجال.

الشروط التي تتعلق بالحق المحجوز من أجله¹

يشترط في الحق الذي يوقع الحجز التحفظي ضمانا له شروطا معينة، وهي أن يكون محقق الوجود وحال الأداء ومعين المقدار.

وقبل أن نحدد مدلول هذه الشروط هناك بعض الملاحظات المبدئية، وهي: أولا: أنه يجوز إجراء الحجز التحفظي لاقتضاء أي مبلغ مهما كانت قيمته، وذلك بشرط عدم التعسف في استعمال الحق.

ثانيا: أنه لا توجد شروط شكلية معينة ينبغي توافرها في الحق الذي يوقع الحجز التحفظي لضمانه، واقتضائه، فلا يلزم لإجراء الحجز التحفظي أن يكون الدائن مزودا بسند تنفيذي أيا كان شكله، فيجوز إجراء هذا الحجز ولو كان الدائن مزودا بمجرد سند عرفي، بل يجوز توقيعه ولو لم يكن بيد الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق، وذلك بشرط الحصول على إذن من القضاء.

ثالثا: فإذا لم يكن تعيين المقدار شرطا لصدور الإذن بالحجز، فإن الحجز نفسه لا يوقع إلا بعد تعيين المقدار، ولو تعيينا مؤقتا.

الشرط الأول- تحقق الوجود:

تنص المادة 647 "يجوز للدائن، بدين محقق الوجود، حال الأداء، أن يطلب بعريضة مسببة، مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه، استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه، إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين، ويخشى فقدان الضمان لحقوقه".

ويذهب الفقه في تحديد مدلول معنى تحقق وجود الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه، إلى التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا و حكما غير واجب النفاذ:

في هذا الفرض يجوز إجراء الحجز دون إذن من القضاء¹. فإذا كان الحق الثابت في السند حقا احتماليا، أو معلقا على شرط واقف، فإنه لا يجوز توقيع الحجز بمقتضاه، وبناء على ذلك. لا يجوز الحجز بمقتضى حكم صادر بتقديم حساب، و ذلك

¹ عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 388

² وهري سيف - المرجع السابق - بند 533 ص 543، أحمد أرب الوفاء - إجراءات التنفيذ - بند 401 ص 834، عزمي عبد الفتاح -

راجع السابق - ص 390

³ في بيان شروط الحق في مباشرة الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين - راجع: فضحي والي - التنفيذ الجبري - بند 131 و ما يليه ص 358 و ما بعدها - محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي - ص 378 و ما بعدها، عزمي عبد

مناج فؤاد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات - ص 392 و ما بعدها، محمود مصطفى بونس - النظام القانوني للحجز التحفظي

قضائي - ص 134 - ما بعدها، وجدي وراغب فهسي - التنفيذ القضائي - ص 212 و ما بعدها

¹ في بيان شروط الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه، راجع - عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات - ص 392 و ما بعدها، محمود مصطفى بونس - النظام القانوني للحجز التحفظي القضائي - ص 171 و ما بعدها، وجدي

راغب فهسي - التنفيذ القضائي - ص 215 و ما بعدها

¹ محمد عبد خالق عمرو - المرجع السابق ص 265 - عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 394

هدف الحجز التحفظي :

لا يستهدف الحجز التحفظي بصفة أساسية، ومباشرة بيع أموال المدين ولكن غايته الأساسية هي حماية الدائن من خطر معين، هو قيام المدين بتنظيم مسألة إعساره، وذلك بالتصرف في منقولاته إلى مشتري حسن النية لا يمكن استردادها منه.

لذلك فإن الهدف المباشر لهذا الحجز هو مجرد المحافظة على أموال المدين وعدم نفاذ تصرفات المدين بشأن هذه الأموال¹ وهو إجراء تمهيدي يستهدف بصفة أساسية تجنب آثار التصرفات التي يجريها المدين في أمواله المنقولة، فإذا لم يقم المدين بالوفاء، فإن هذه الأموال تباع جبرا بعد استيفاء الإجراءات اللازمة، وذلك بإجراءات الحجز على المنقول.

2- أهمية الحجز التحفظي :

الحجز التحفظي إجراء ضروريا وهاما بالنسبة للدائن الذي يرغب في تفادي قيام مدينه بإخفاء بعض أمواله المنقولة من ذمته المادية، وذلك لأنه يستطيع توقيع هذا الحجز، ولو لم يكن بيده سندا تنفيذيا.

كما أن الشروط الموضوعية المطلوبة في الحق الذي يجري التنفيذ لاقتضائه لا تتطلب كلها في حالة توقيع الحجز التحفظي، فيكفي أن يكون الحق محقق الوجود وحال الأداء، فلا يعد تعيين المقدار بصفة نهائية شرطا لازما للإذن بهذا الحجز²

الشروط التي يلزم توافرها لتوقيع الحجز التحفظي³

يشترط لتوقيع الحجز التحفظي ثلاثة شروط :

يتعلق أولها: بالحق المحجوز من أجله، وثانيها: بالمال المحجوز، وثالثها: بالاستعجال.

الشروط التي تتعلق بالحق المحجوز من أجله¹

يشترط في الحق الذي يوقع الحجز التحفظي ضمانا له شروطا معينة، وهي أن يكون محقق الوجود وحال الأداء ومعين المقدار.

وقبل أن نحدد مدلول هذه الشروط هناك بعض الملاحظات المبدئية، وهي: أولا: أنه يجوز إجراء الحجز التحفظي لاقتضاء أي مبلغ مهما كانت قيمته، وذلك بشرط عدم التعسف في استعمال الحق.

ثانيا: أنه لا توجد شروط شكلية معينة ينبغي توافرها في الحق الذي يوقع الحجز التحفظي لضمانه، واقتضائه، فلا يلزم لإجراء الحجز التحفظي أن يكون الدائن مزودا بسند تنفيذي أيا كان شكله، فيجوز إجراء هذا الحجز ولو كان الدائن مزودا بمجرد سند عرفي، بل يجوز توقيعه ولو لم يكن بيد الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق، وذلك بشرط الحصول على إذن من القضاء.

ثالثا: فإذا لم يكن تعيين المقدار شرطا لصدور الإذن بالحجز، فإن الحجز نفسه لا يوقع إلا بعد تعيين المقدار، ولو تعيينا مؤقتا.

الشرط الأول- تحقق الوجود:

تنص المادة 647 "يجوز للدائن، بدين محقق الوجود، حال الأداء، أن يطلب بعريضة مسببة، مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه، استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه، إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين، ويخشى فقدان الضمان لحقوقه".

ويذهب الفقه في تحديد مدلول معنى تحقق وجود الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه، إلى التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا و حكما غير واجب النفاذ:

في هذا الفرض يجوز إجراء الحجز دون إذن من القضاء¹. فإذا كان الحق الثابت في السند حقا احتماليا، أو معلقا على شرط واقف، فإنه لا يجوز توقيع الحجز بمقتضاه، وبناء على ذلك. لا يجوز الحجز بمقتضى حكم صادر بتقديم حساب، وذلك

¹ عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 388

² زمرى سيف - المرجع السابق - بند 533 ص 543. احمد آرب الوفا - إجراءات التنفيذ - بند 401 ص 834، عزمي عبد الفتاح -

المرجع السابق - ص 390

³ في بيان شروط حق في مباشرة الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين . راجع: فتحى والى - التنفيذ الجبري - بند 131 و ما يليه

ص 358 و ما بعدها . محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي - ص 378 و ما بعدها. عزمي عبد

الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات - ص 392 و ما بعدها. محمود مصطفى بونس - النظام القانوني للحجز التحفظي

القضائي - ص 134 و ما بعدها. وجدي واغب فهمي - التنفيذ القضائي - ص 212 و ما بعدها

¹ في بيان شروط الحق الذي يجري الحجز التحفظي لاقتضائه، راجع - عزمي عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبري في قانون

المرافعات - ص 392 و ما بعدها. محمود مصطفى بونس - النظام القانوني للحجز التحفظي القضائي - ص 171 و ما بعدها. وجدي

واغب فهمي - التنفيذ القضائي - ص 215 و ما بعدها

الشرط الثالث: تعيين المقدار:

ومعنى هذا، أن الحجز التحفظي لا يوقع إلا بعد تعيين مقدار الدين، فإذا تم توقيع الحجز التحفظي دون تعيين مقدار الدين تعييناً نهائياً، أو مؤقتاً، فإن الحجز يكون باطلاً¹.
ويعد هذا شرطاً لازماً مهما كان سند الحجز، فإن كان بيد الدائن طالب التنفيذ سنداً تنفيذياً، أو حكماً غير واجب النفاذ، أو لم يكن معه سنداً، وحصل على إذن من قاضي الأمور المستعجلة، وكان الدين غير معين المقدار، فإنه ينبغي الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة لتقديره تقديراً مؤقتاً، ثم يوقع الحجز التحفظي بعد ذلك. ويجوز التظلم من هذا الأمر طبقاً للقواعد العامة للتظلم من الأوامر على عرائض، والتقدير الذي يحدده قاضي الأمور المستعجلة لا يلزم محكمة الموضوع عند نظر موضوع النزاع². وحكمة هذا الشرط، هي تمكين المدين المحجوز عليه من استخدام الوسائل التي منحها إياه القانون للتخلص من الأثر الكلي للحجز، كالاتجاء إلى الإبداع والتخصيص، أو طلب قصر الحجز، فاستخدام هذه الوسائل يتطلب تعيين مقدار حق الدائن³.

الشروط التي تتعلق بالمال المحجوز³

1- الحجز التحفظي على المنقول المادي :

لا يثور أي خلاف حول جواز الحجز التحفظي على المنقول المادي، كالأمتعة والبضائع، والآلات، والأثاث، والمفروشات.

والحجز التحفظي يكون جائزاً سواء كان المنقول المادي في حيازة المدين أم في حيازة الغير، وكل ما في الأمر أن الإجراءات تختلف من حالة إلى أخرى، فوجود المنقول في حيازة الغير يستلزم حجزه بإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.

جواز الحجز التحفظي على المنقول المعنوي بدلاً من إتباع إجراءات حجز

ما للمدين لدى الغير :

لأن الحساب قد لا يسفر عن حق لطالب التنفيذ. وينبغي الانتظار حتى تقديم الحساب، ويطبق نفس الحكم على الحكم الصادر بالغرامة التهديدية قبل توقيعها.

وإذا حدث نزاع بشأن هذا الحق، فلا يعني ذلك أن الحق غير محقق الوجود، ولذلك فإذا أثار المدين منازعة في وجود الحق، فإن ذلك لا يمنع من إجراء الحجز التحفظي طالما أن طالب التنفيذ يحوز سنداً تنفيذياً¹.

الفرض الثاني: ألا يكون بيد الدائن سنداً تنفيذياً، أو حكماً غير واجب النفاذ:

في هذا الحالة يلزم القانون طالب التنفيذ بالالتجاء بصفة أساسية إلى قاضي الأمور المستعجلة كي يستصدر أمراً بتوقيع الحجز، و الحجز في هذه الحالة سيوقع استناداً إلى أمر وقتي يصدره قاضي الأمور المستعجلة أو القاضي المختص، وذلك بناء على العريضة التي تقدم إليه، وهو يصدر أساساً في غيبة الخصوم، وأساس منحه هو الاستعجال لذلك فإنه يخضع للنظام القانوني للقضاء الاستعجالي، ومن ثم فيكفي لكي يكون الحق محقق الوجود، أن يكون الظاهر يدل على وجود هذا الحق². كما يجوز توقيع الحجز التحفظي، خلال وجود دعوى أمام قاضي الموضوع، وفي هذه الحالة، يقدم طلب تثبيت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع بذاكرة إضافية تضم إلى أصل الدعوى للفصل فيهما معا وبحكم واحد، دون مراعاة الأجل المنصوص عليه في المادة 662 أدناه.

الشرط الثاني: حلول الأداء³:

ويقصد بهذا الشرط، ألا يكون الدين مؤجلاً قانونياً أو اتفاقاً، أما إذا سقط الأجل بسبب من الأسباب، فإن الأجل يحل ويجوز توقيع الحجز التحفظي، وينبغي أن يتحقق هذا الشرط عند توقيع الحجز، أما عند طلب الحجز فلا يعد هذا الشرط لازماً².

¹عززي عبد الفتاح - ص 394، 395

² أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند 402 ص 839، فتحي والي - التنفيذ الجزري - بند 138 ص 233. عزمي عبد الفتاح -

المرجع السابق - ص 395

³عززي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 399، حيث يرى هذا الشرط من طبيعة الحجز التحفظي ذاته، وذلك لأن انتظار الدائن حتى يحل أجل حقه، يعرضه لمخاطر هرب المدين لأمواله، وهو ما يتعارض مع هذا الحجز

¹عززي فيهمي - النظرية العامة لتنفيذ القصاصي - 1987 - دار الفكر العربي - ص 198.

²فتحي والي - التنفيذ الجزري - بند 140 ص 239، وجدي وراغب فيهمي - المرجع السابق - ص 197.

¹فتحي والي - التنفيذ الجزري - بند 140 ص 238،

²عززي وراغب فيهمي - المرجع السابق - ص 198، عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 402

³عززي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 404

يجوز حجز المنقولات المعنوية، أي ما يكون من حقوق للمدين لدى الغير، بإجراءات الحجز التحفظي، بدلا من إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، وذلك استنادا إلى أن القانون الجزائري يستلزم في الحق الذي يجرى الحجز لضمائه أو اقتضائه أن يكون محقق الوجود وحال الأداء وذلك سواء كان الحجز تحفظيا أو حجز ما للمدين لدى الغير.

ومع ذلك، يرى جانب من الفقه أن حقوق المدين لدى الغير لا تحجز إلا بطريق حجز ما للمدين لدى الغير، وذلك لأن هذا الحجز هو مما يتلاءم مع طبيعتها، ولا يتصور حجزها بإجراءات الحجز التحفظي، إلا إذا كانت متجسدة في ورقة، كالسند لحامله¹، فضلا عن أن الدائن يفضل الالتجاء إلى حجز ما للمدين لدى الغير، وذلك لأن الاستعجال في هذا الحجز بطبيعته، لأن مجرد وجود أموال للمدين في ذمة الغير، يستدعي حبسها، لذلك يعفى الدائن من إثبات الاستعجال، أما إذا أراد توقيع حجز تحفظيا، فإنه لا بد أن يبرر الاستعجال الذي يستدعي توقيع الحجز²

شرط الاستعجال³

يعد الاستعجال شرطا جوهريا لتوقيع الحجز التحفظي وذلك على التفصيل الآتي:
- ضرورة شرط الاستعجال :

يعتبر شرط الاستعجال شرطا ضروريا للإذن بتوقيع الحجز التحفظي، وينبغي على القاضي قبل أن يأذن بتوقيع هذا الحجز في الحالات التي يكون فيها هذا الإذن لازما أن يتحقق من تلقاء نفسه من توافر هذا الشرط
تحديد معنى الاستعجال :

يتحدد الاستعجال طبقا لمعيار موضوعي، فاستعجال الدائن للحصول على حقه ليس كافيا للأمر بالحجز التحفظي، ويقدر القاضي الذي يطلب منه أمر الحجز التحفظي مسألة وجود الاستعجال، أو عدم وجوده كما يجب على الدائن أن يثبت وجود الاستعجال حتى يأذن القاضي بالحجز إذا كان إنذره لازما لتوقيع الحجز، وذلك بأن يدلل على أن تأثير الحجز سوف يهدد مصالحه، وأن ذلك سوف يصيبه ضرر.

إجراءات الحجز التحفظي¹

إذا كان الدائن يحوز سندا تنفيذيا جائز النفاذ، أو حكما غير نافذ، و يريد توقيع الحجز التحفظي، فإن إذن قاضي التنفيذ لا يكون لازما، أما من لا يحوز هذا السند، فإنه يكون في حاجة إلى إذن القضاء لتوقيع هذا الحجز، ويكون السند، أو الإذن بمثابة السبب الشكلي للحق الذي يسمح بتوقيع الحجز².

وبعد تحقق السبب الشكلي الذي يجيز توقيع الحجز، فإنه يجرى الحجز التحفظي بمعناه الفني، وذلك بانتقال محضر الجرد، ويعقب ذلك إبلاغ المحجوز عليه بالحجز، فقد يوفي خشية موالة إجراءات التنفيذ.

وبعد الحجز قد لا يوفي المحجوز عليه، ولذلك فلا بد من تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي، وذلك حتى تتحقق الغاية النهائية من الحجز. ويكون ذلك بحصول الدائن على السند الذي يسمح بالتحول، و صدور حكم نافذ في هذه الدعوى، واستيفاء مقدمات التنفيذ.

السبب الشكلي لتوقيع الحجز التحفظي

لا يوقع الحجز التحفظي إلا إذا كان بيد الحاجز سندا يسمح بإجرائه ويقصد بالسند في هذا المجال، السند التنفيذي، فوجود محرر موثق، أو حكم محكمين مشمول بالأمر بالتنفيذ، أو محضر صلح مصادق عليه، أو ورقة من الأوراق التي يعطيها القانون قوة تنفيذية، يكون سببا شكليا يسمح بتوقيع الحجز التحفظي، ووجود حكم قضائي يكون مسوغا أيضا لتوقيع الحجز التحفظي، غير أنه لا يشترط أن يكون حكم التحكيم نهائيا، أو مشمولاً بالنفاذ المعجل.

توقيع الحجز التحفظي بأمر من القضاء³

وإذا لم يكن بيد الدائن سندا تنفيذيا، أو حكما غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار، فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي الأمور المستعجلة يأذن فيه بالحجز و يقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا. أي أنه إذا لم يوجد سندا تنفيذيا بيد الدائن فإنه ينبغي عليه الحصول على

¹ فتحي والي - التنفيذ الجزائري - بند 143 و ما يليه ص 281 و ما بعدها ، محمود مصطفى بونس - المرجع السابق - ص 509 و ما

بعدها ، وحدي راغب فهمي - التنفيذ القضائي - ص 201 و ما بعدها

² عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 411

³ محمود مصطفى بونس - المرجع السابق - ص 425

¹ عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 404

² وحدي راغب فهمي - المرجع السابق - ص 111

³ في بيان التنظيم التشريعي لشرط الاستعجال في مباشرة الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين ، وتحديد مدلوله ، وحدي

راغب فهمي - التنفيذ القضائي - ص 212 و ما بعدها

إن من القضاء بتوقيع الحجز، فإذا وقع الحجز دون هذا الإذن كان باطلاً¹. وإذا كان الحق غير معين المقدار، استصدار الدائن أمر تعيين المقدار مؤقتاً والإذن بالحجز بإجراءات واحدة.

- طلب الأمر بالحجز وصدوره والتظلم منه:

يطلب الأمر بعريضة مسببة فإذا كان المطلوب حجراً إستحقاقياً وجب أن تشمل العريضة على بيان واف للمنقولات المطلوب وللقاضي قبل إصداره أمره أن يجري تحقيقاً مختصراً إذا لم تكفه المستندات المؤيدة للطلب².

ويتعين ملاحظة أنه في حالة الحجز على المستأجر من الباطن يجب طلب الأمر بتوقيع الحجز على كل من المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن.

ولقد قضت المحكمة العليا متى اقتصر القانون على أن الحجز التحفظي يجري بمقتضى أمر على ذيل عريضة ومن ثم فإن استصدار هذا الأمر عن طريق القضاء الاستعجالي يكون من الجائز قانوناً لعدم وجود أي نص قانوني يمنع ذلك مادام حق الدفاع المحجوز عليه مضموناً لأتسام هذا الإجراء في كلا الأمرين بالطابع المؤقت ولما كان كذلك فإن نعي على القرار المطعون فيه بخرق إجراءات جوهرية في غير محله ويستوجب الرفض. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستعجال أيدوا أمراً استعجالياً بإجراء حجز تحفظي على سيارتين متنازعتين في ملكيتهما فإنهم بقضائهم كما فعلوا التزموا بتطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن³.

إجراءات تحفظية أخرى نص عليها القانون¹

الحجز على القاعدة التجارية²

يجوز للدائن الذي بيده سند بحقه أو مسوغات ظاهرة أن يطلب من القاضي فضلاً عن الحجز التحفظي الإذن بقيد رهن حيازي على محل تجارة مدينة (المادة 651 من قانون الإجراءات المدنية). ويذكر القائم بالتنفيذ العناصر المادية لهذا المحل وهي المعدات والآلات والبضائع ووصفها وتقديرها. ويقوم في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ تحريره لمحضره بما يلزم نحو قيد الحجز في السجل التجاري للاحتجاج به فيما يتعلق بالعناصر غير المادية للمحل التجاري، وهي العملاء والشهرة وعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار وحق الملكية الصناعية والتجارية (المادة 651 من قانون الإجراءات المدنية)³.

الحجز التحفظي على عقار المدين:

كذلك يجوز للدائن بيده سند بحقه أن يحصل على قيد مؤقت برهن قضائي على عقار أو أكثر لمدينه ريثما يستصدر به حكماً نهائياً فيجب أن يثبت القائم بالتنفيذ في محضره هذا العقار أو هذه العقارات ويعين موقعها وحدودها ويقيد أمر الحجز التحفظي بالمحافظة العقارية بمكان العقارات ويكون للرهن مرتبته من تاريخ حصوله.

ويجب إجراء قيد نهائي لهذا الرهن بموجب الصورة التنفيذية للحكم الصادر في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي به وذلك خلال شهرين من تاريخ صدور هذا الحكم، ويحل هذا القيد بأثر رجعي محل القيد المؤقت ويكون ترتيبه هو ترتيب ذلك القيد المؤقت وفي حدود مبلغ الحق المضمون بذلك القيد، وإذا لم يحصل إجراء القيد النهائي في الميعاد السالف ذكره فإن القيد المؤقت يعتبر كأن لم يكن.

وهذا الرهن القضائي سببه بحق التخصيص الوارد بالقانون المدني الجزائري في المواد 937 وما بعدها، إذ تنص المادة 1/937 من القانون المدني على أنه يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ حق تخصيص بعقارات مدينه ضمان لأصل الدين

¹ فتحي والي - التنفيذ الجزري - ص 240، عزمي عبد الفتاح - المرجع السابق - ص 414.

² المادة 649: يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر

لأموال المطلوب حجراً

لمؤد رئيس المحكمة بالفصل في طلب الحجز في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط

³ ملف رقم 31/624 قرار بتاريخ 27/04/83 ص 22

¹ محمد حسنين مرجع سابق ص 155 وما بعدها

² هو في حقيقة أنه بالرهن التأميني، إذ لا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرهن بل يبقى للمدين الراهن رغم تسميته بالرهن الحيازي

³ راجع أيضاً المادة 78 من قانون التجارة الجزائري عن عناصر المحل التجاري

النصوص الموضوعية

تلك هي النصوص الإجرائية بشأن حجز المؤجر على منقولات المستأجر، أما النصوص الموضوعية التي منحت للمؤجر حق الحبس وحق الامتياز على منقولات المستأجر فقد وردت في القانون المدني.

إذ نص المشرع الجزائري في المادة 1/501 من القانون المدني 'يحق للمؤجر، ضمنا لحقوقه الناشئة عن الإيجار، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر.

يجوز للمؤجر أن يعترض على نقلها، وإذا نقلت رغم اعتراضه أو دون علمه، جاز له استردادها من الحائز ولو كان حسن النية، ولهذا الأخير المطالبة بحقوقه.

ولا يجوز للمؤجر استعمال حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه المنقولات تقتضيه حرفة المستأجر، أو تقتضيه شؤون الحياة العادية، أو كانت المنقولات التي أقيمت في العين المؤجرة أو التي طلب استردادها تفي ببند الإيجار.

كذلك نصت المادة 1/995 من القانون المدني الجزائري على أنه يكون لأجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لكامل مدة الإيجار إن قلت عن ذلك وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على كل ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل الحجز ومن محصول زراعي.

ونصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية تكمل بعضها بعضا في هذا الصدد، فالمادة 501 من القانون المدني تتكلم في حق الحبس الذي للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة مدني حق الامتياز الذي منحه القانون لحقوق الناشئة عن عقد الإيجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من المنقولات.

ولهذا الحجز شروط موضوعية تتعلق بالدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والمال محل الحجز والدين المحجوز من أجله، كما أن له شروطا شكلية تتعلق بإجراءاته:

والمصاريف، غير أن حق التخصيص يستلزم أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ بينما الإنز للدائن بالرهن التأميني القضائي الوارد بقانون الإجراءات المدنية يجوز إصداره للدائن الذي يكون حاملا للسند دون أن يستلزم القانون أن يكون هذا السند تنفيذيا أو حكما واجب التنفيذ، ولذلك تختلف الإجراءات في كل منهما، وحق التخصيص من الإجراءات التحفظية يلجأ إليها الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له¹.

فالرهن التأميني القضائي المؤقت وحق التخصيص كلاهما نوعا من الإجراءات التحفظية.

حالات الخاصة في الحجوز التحفظية²

حجز المؤجر على منقولات المستأجر

هو نوع من الحجز التحفظي نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 653 إلى 656 من قانون الإجراءات المدنية، وبناء على تلك النصوص يجوز لملاك المباني والأراضي الزراعية ومستأجريها الأصليين أن يباشروا حجز المؤجر على المنقولات والأثاث والثمار الموجودة في هذه العقارات وفاء للأجرة المستحقة من إيجارها.

المادة 653: يجوز لمؤجر المباني أن يحجز تحفظيا على منقولات مستأجريه الموجودة في هذه المباني وفاء للأجرة المستحقة عن الإيجار.

المادة 654: يجوز لمؤجر الأراضي الزراعية أو الحقول أو البساتين، أن يحجز تحفظيا على المزروعات والثمار الموجودة في تلك الأراضي، وفاء للأجرة المستحقة عن إيجارها.

المادة 655: يجوز للمؤجر أن يحجز تحفظيا على المنقولات الموجودة بالمبنى أو المزرعة إذا نقلت من مكانها بغير رضاه المؤجر والتي له عليها حق الامتياز المنصوص عليه في القانون، ما لم يكن قد مضى على نقلها مدة ستين (60) يوما.

المادة 656: يجوز للمؤجر أن يحجز تحفظيا على منقولات المستأجرين الفرعيين للمباني أو الأراضي الزراعية أو الحقول أو البساتين الموجودة في الأماكن التي يشغلونها.

ويجوز أيضا الحجز تحفظيا على ثمار تلك الأراضي وفاء للأجرة المستحقة.

¹ الوسيط للسيوري - المرجع السابق، ج 10 ص 660 بند 400

² نص عليها المشرع في الباب الخامس من الكتاب السابع من قانون الإجراءات المدنية

أولاً-الشروط الموضوعية:

أ-الدائن الحاجز: يشترط في الدائن الحاجز أن يكون مالكا لعقار أو مؤجرا له من الباطن، و ينص القانون على أن هذا الحق للمالك وللمستأجر الأصلي في حالة الإجازة الثانوية أي الفرعية أو الإجازة من الباطن إذن فهذا الحق يكون لمؤجر العقار ولو كان غير مالك له ويكون هذا الحق في توقيع الحجز لمؤجر العقار دون المنقول، وذلك سواء كان العقار مبينا أو أراض زراعية أو أرضا فضاء.

ب-المدين المحجوز عليه : هو مستأجر العقار بعقد صحيح سواء من المالك نفسه أو من المستأجر الأصلي أو من المنتفع أو واضع اليد.

ج-المال محل الحجز: هو المنقولات المادية الموجودة في العين المؤجرة والضامنة لحق الامتياز المقرر للأجرة، سواء كانت مملوكة للمستأجر أو لغيره، فيجوز توقيع الحجز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ولو لم تكن مملوكة للمستأجر إذا كان للمؤجر عليها وامتياز طبقا للقانون. وقد نصت المادة 2/995 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يثبت هذا الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة.

ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات للمستأجر من الباطن (المستأجر الفرعي والثانوي) إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن.

أما إذا كان المستأجر الأصلي غير ممنوع من التأجير من الباطن فإنه يجوز للمستأجر من الباطن أن يطلب رفع الحجز على منقولاته مع بقاء الحجز تحت يده على الأجرة وهذا الطلب بمثابة اعتراض على التنفيذ.

وتنص المادة 3/995 من القانون المدني الجزائري على أنه "يقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر الفرعي إذا كان المؤجر

قد اشترط صراحة عدم الإيجار الفرعي، فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ المستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الفرعي.

د-الدين المحجوز من أجله: يجب أن يكون الدين المحجوز من أجله ناشئا عن عقد الإيجار مما يكون مضمونا بحق الامتياز فيجوز الحجز من أجل الأجرة أو أي دين آخر ينشأ عن عقد الإيجار، ويجب أن يكون الدين المحجوز من أجله حال الأداء وقت الحجز سواء كان ذلك بحلول ميعاد استحقاقه أو لسقوط الأجل لأحد الأسباب الواردة في القانون.

ثانيا-الشروط الشكلية أو إجراءات حجز المؤجر:

تجرى إجراءات حجز المؤجر بالأوضاع نفسها بالحجز التنفيذي مع هذا القانون، وهو عدم اشتراط سند تنفيذي لإجرائه، فيوقع كقاعدة عامة بغير إذن من القاضي، وهذا هو أيضا حكم القانون الفرنسي، ويجوز أن يعين المحجوز عليه حارسا.

غير أنه يجب استصدار إذن من القاضي عند مباشرة حجز المؤجر على الأثاث الموجودة بالمبنى أو المزرعة إذا نقل من مكانه بغير رضاء المؤجر ويحتفظ على هذه المنقولات بحق الامتياز الخاص المنصوص عنه في القانون.

كما يجب استصدار إذن من القاضي عند مباشرة حجز المؤجر على منقولات المستأجرين والزارعين الثانويين (أي المستأجرين والمزارعين من الباطن) الموجودة في الأمكنة التي يشغلونها وكذا على ثمار الأرض التي يستأجرونها وفاء للأجرة النقدية أو العينية المستحقة على المستأجرين.

الحجز التحفظي على الحقوق الصناعية والتجارية

أكد قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات الحجز التحفظي الموجودة أصلا في قانون حقوق المؤلف حيث ينص في مادته 146 على "فضلا عن ضباط الشرطة القضائية، يؤهل الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة للقيام بصفة تحفظية بحجز نسخ دعائم المصنفات أو الأداءات المقلدة، شريطة وضعها تحت حراسة الديوان.

يخطر فورا رئيس الجهة القضائية المختصة بناء على محضر مؤرخ وموقع قانونا يثبت النسخ المقلدة المحجوزة.

تفصل الجهة القضائية في طلب الحجز التحفظي خلال ثلاثة (3) أيام على الأكثر من تاريخ إخطارها.

أما في المادة 147 فقد أكد على عدد من الأسباب والمواضيع التي يستطيع أن يتخذها المؤلف أو مالك الحقوق بتدابير وحجوز تحفظية حيث نص على "يمكن رئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بناء على طلب من مالك الحقوق أو ممثله بالتدابير التحفظية الآتية:

- إيقاف كل عملية صنع جارية ترمي إلى الاستساح غير المشروع للمصنف أو للآداء المحمي أو تسويق دعائم مصنوعة بما يخالف حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة.

- القيام ولو خارج الأوقات القانونية بحجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة من الاستغلال غير المشروع للمصنفات والأداءات.

- حجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة.

يمكن رئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بتأسيس كفالة من قبل المدعي".

فقد أكد على هذا الحق فنص في المادة 650 "يجوز لكل من له ابتكار أو إنتاج مسجل ومحمي قانونا، أن يحجز تحفظيا على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة.

يحرر المحضر القضائي، محضر الحجز، يبين فيه المنتج أو العينة أو النموذج المحجوز، ويضعه في حرز مختوم ومشمع، وإيداعه مع نسخة من المحضر بأمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا".

الحجز الإستحقاقي:

الحجز الإستحقاقي هو الحجز الذي يوقعه مالك المنقولات عليها تحت يد حائزها إلى أن يرفع الدعوى باستردادها، فشرط هذا الحجز أن يكون الحاجز وقت توقيعه مالكا، وإلا امتنع توقيع الحجز، والغرض من الحجز في هذه الحالة ضبط الأشياء المملوكة للحاجز لمنع حائزها من التصرف فيها تصرفا قد يمنع صاحبها من استردادها إذا حكم له بعد ذلك بملكيته.

فالحجز الإستحقاقي نتيجة لما للمالك من الحق في تتبع منقولاته تحت يد حائزها، لذلك يتمتع الحجز كلما امتنع على المالك أن يتتبع العين بسبب ترتيب حق للغير يمكن الاحتجاج به في مواجهة المالك، كما إذا كان للغير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وبيان الحالات التي يكون فيها للشخص حق التتبع وتلك التي يتمتع فيها هذا الحق تحكمه قواعد القانون المدني.

وبناء على ذلك إذا نزل المالك عن التمسك بملكية المنقول مكتفيا بصفته كدائن للمدين وطلب التنفيذ على المنقول لاستيفاء دينه من ثمنه فلا يكون له الحق في توقيع الحجز الإستحقاقي التحفظي¹

إذ المناط في توقيع الحجز الإستحقاقي هو قيام حق طالب الحجز في تتبع المنقول تحت يد المطلوب الحجز عليه فكلما قام هذا الحق جاز الحجز سواء كان طالبه مالكا أو صاحب حق انتفاع أو صاحب حق في الحبس²، وكلما انتفى الحق في التتبع طبقا لأحكام القانون المدني انتفى الحق في الحجز كحالة حق الحائز في التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

فإذا أوقعه بائع المنقول مع الاحتفاظ بالملكية لحين سداد الثمن حجرا إستحقاقيا تحفظيا ولكنه لم يطلب القسخ بل طلب التنفيذ على المنقول ليقترض باقي المستحق له من ثمنه، فإن الحجز يكون باطلا لما يفيد مسلك البائع الحاجز من تنازله عن الاحتفاظ بالملكية فلا يكون له التتبع، ومن ثم توقيع الحجز التحفظي الإستحقاقي³

¹ رمزي سيف - بند 548 - ص 556 رص 557

² محمد حامد فهمي - بند 507

³ محمد عبد الحالق عم - التنفيذ - بند 359

محل هذا الحجز منقول مادي في حيازة المدين، أما إن كنا بصدد حجز منقول غير مادي، أي حقا للمدين في ذمة الغير أو كنا بصدد منقول مادي في حيازة الغير، فطريق التنفيذ هو حجز ما للمدين لدى الغير.

إجراءات الحجز والبيع وآثارها

1- إجراءات الحجز والحراسة :

يشترط لصحة الحجز أن يوقع في المكان الذي توجد فيه الأشياء المراد حجزها، فالقائم بالتنفيذ مكلف بأن يحرر محضر جرد للمنقولات المحجوز عليها، ويمكن للقائم بالتنفيذ بأن يفتح أبواب المنازل والحجرات والأثاث لتسهيل مأموريته وفي حدود ما تستلزمه مقتضيات التنفيذ ولا تجوز مباشرة التنفيذ في الليل ولا في أيام العطل فيما عدا الحالات المقررة بموجب أمر. ويحصل توقيع الحجز محضر ويشترط في السند التنفيذي الذي بموجبه تباشر إجراءات الحجز ألا يكون قد سقط بالتقادم بمضي مدة ثلاثين سنة إذا كان هذا السند حكما قضائيا. وإذا لم يكن بمكان الحجز ما يصح حجزه فيثبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضره ويسمى هذا محضر عدم وجود.

حراسة المحجوزات ، جواز تعيين المدين حارسا:

وتوضع الأشياء المحجوزة في عهدة حارس، ويجوز ترك الأشياء المحجوزة في حراسة المدين المحجوز عليه إذا وافق الدائن أو إذا كان إيداعها لدى حارس آخر يحمل المدين مصاريف باهظة طبقا للمادة 660 إجراءات مدنية التي تنص على أنه تبقى الأموال المحجوزة تحت يد المحجوز عليه إلى حين الحكم بتثبيت الحجز أو الأمر برفعه.

وله أن ينتفع بها انتفاع أب الأسرة الحريص وأن يمتلك ثمارها مع المحافظة عليها. وإذا بدد الحارس الأشياء المحجوزة عوقب جزائيا بخيانة الأمانة ولو كان هو المالك أو كان محضر الحجز باطلا، لأن القانون إنما يعاقب المحجوز عليها والموجودة في حيازة الحارس سارقا ولو أنه مالك لها فيعاقب جزائيا بجريمة تبديد

¹ محمد حسنين طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية ديوان المطبوعات الجامعية 1996 ص 86 وما بعدها

الأموال المحجوزة، وعلى المحجوز عليه أن يلجأ إلى القضاء ليحكم له ببطلان الحجز إذا شابه عيب أما تصرفه في الأشياء دون أن يستصدر حكما ببطلان الحجز فكأنه يقضي لنفسه وهذا غير جائز قانونا وهو ما تنص عليه المادة 661 "كل تصرف قانوني من المدين في الأموال المحجوزة، لا يكون نافذا. ويترتب على التصرفات القانونية أو الأعمال المادية المضرة بالحاجز، تعرضه للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

غير أنه يجوز للمدين أن يؤجر الأموال المحجوزة بترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز وذلك بأمر على عريضة".

إذا وقع الحجز التحفظي على أموال منقولة موجودة تحت يد المدين، يحرر المحضر القضائي محضر الحجز والجرد، ويسلم نسخة منه للمدين، ويعينه حارسا عليها طبقا لنص المادة 665.

دعوى تثبيت الحجز

هي دعوى يقوم من خلالها الحاجز بتحويل الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي وتكون في الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي الأمور المستعجلة يجب على الحاجز تثبيت الحجز وتحويله ويستهدف جميع المنقولات المحجوز عليها والوفاء بحق الدائن الحاجز من ثمنها بصدور الحكم النهائي بصحة دين الحاجز في دعوى صحة الحجز المرفوعة إلى محكمة الموضوع المختصة نوعيا ومحليا. وتقام هذه الدعوى بالإجراءات المعتادة المشرع في كيفية رفع دعوى صحة الحجز في سائر الحجز التحفظية بنفس القاعدة المتبعة في حجز ما للمدين لدى الغير في الحالات التي يجب فيها رفع الدعوى¹.

وترفع الدعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى للمحكمة المختصة بنظر الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز هي المحكمة التي تختص طبقا للقواعد العامة، نوعيا ومحليا، وليس قاضي التنفيذ. وتختص بالفصل في هذه الدعوى المحكمة الكائن بدائرتها موطن المحجوز عليه وذلك تطبيقا للقواعد العامة. ولكن إذا كانت الدعوى بالحق مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى قدمت دعوى صحة الحجز إلى هذه المحكمة لتفصل في الطلبين معا.

¹ رمزي سيف - بند 558 ص 563

ولقد حدد المشرع في المادة 662 لها أجلا محدد بـ 15 يوما علي الأقصى من توقيع الأمر الخاص بالحجز التحفظي تحت طائلة البطلان.

ومتى حاز الحكم القطعي الصادر فيها الشيء المقضي فيه فإن يصير الحجز على منقولات المدين المتقل حجزا تنفيذيا عند الاقتضاء بحكم يصدر في صحة دين الحاجز بعد تبليغ المحجوز عليه حق التنفيذ بموجبه، وتسرى المادة 662 من قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بميعاد رفع دعوى صحة الحجز وإلا كان الحجز باطلا.

إذا فصلت المحكمة في دعوى تثبيت الحجز التحفظي بإثبات الدين، قضت بصحة الحجز التحفظي وتثبيته، كما يمكنها أن تقضي برفع الحجز كلياً أو جزئياً، إذا برر المدين طلبه بأسباب جدية ومشروعة.

إذا فصلت المحكمة برفض الدعوى لعدم إثبات الدين، قضت وجوباً برفع الحجز، وفصلت في طلب التعويضات المدنية، عند الاقتضاء.

يجوز الحكم أيضاً على الحاجز بغرامة مدنية لا تقل عن عشرين ألف دينار¹ (20.000 دج) إجراءات خاصة

1- رفع الحجز

يتم رفع الحجز التحفظي، بدعوى استعجالية، في الحالات الآتية:

أولاً: إذا لم يسع الدائن إلى رفع دعوى تثبيته في خلال 15 يوماً من صدور أمر الحجز.

ثانياً: إذا قام المدين بإيداع مبالغ مالية بأمانة ضبط المحكمة أو بمكتب المحصر القضائي لتغطية أصل الدين والمصاريف.

ثالثاً: في كل حالة يثبت فيها المستأجر أو المستأجر الفرعي أنه دفع الأجرة المستحقة في حالة حجز المؤجر على منقولات المستأجر.

2- الحجز على مَصُوغَات أو سبائك ذهبية أو فضية أو معادن نفيسة أخرى أو حلي أو أحجار كريمة، ويجب على المحضر القضائي، أن يبين في محضر الحجز، نوع المعدن والوزن الحقيقي وأوصافه وتقدير قيمته بمعرفة خبير يعين

بأمر على عريضة، أو من طرف الإدارة المكلفة بدمغ المعادن الثمينة، وهذا بحضور المدين أو ممثله القانوني، أو بعد صحة تكليفه بالحضور.

وفي كل الأحوال، يرفق تقرير الخبير الخاص بالتقدير والوزن بمحضر الحجز. ويجب، بعد الوزن والتقييم، أن توضع في حرز مختوم ومشمع، وأن يذكر ذلك في محضر الحجز مع وصف الأختام وإيداعها بأمانة ضبط المحكمة مقابل وصل.

إجراءات البيع الجبري:

البيع الجبري: هو عمل إجرائي ومرحلة في خصومة التنفيذ، ومن ثم فليس البيع الجبري عقداً، إذ أنه لا يتم رضاء المالك بل أمر ممثل السلطة العامة القائم بالتنفيذ جبراً على المالك.

يحصل البيع في اليوم المحدد لذلك في محضر الحجز أو المحل بإجراء لا حق له، وفي كلتا الحالتين يراعى أن يجرى البيع بعد مضي عشرة أيام من تاريخ الحجز إلا إذا اتفق الحاجز والمحجوز عليه على تحديد أجل آخر لا تزيد مدته القصوى على ثلاثة (3) أشهر أو كان تعديل الميعاد ضرورياً لمنع خطر انخفاض كبير في ثمن البيع أو لتفادي مصروفات حراسة لا تتناسب من قيمة الشيء (المادة 2/704 من قانون الإجراءات المدنية). والغرض من ميعاد العشرة الأيام هو تمكين المدين من تفادي البيع بعبارته بالوفاء للحاجز بمطلوبه ولو بعد توقيع الحجز، وتمكينه من الاعتراض على الحجز إن كان للاعتراض محل، وتمكين الحاجز من إجراء الإعلان عن البيع، ويترتب على إغفال هذا الميعاد بطلان البيع.

البيع بالمزاد العلني :

يجرى البيع بالمزاد العلني بمعرفة القائم بإجراء التنفيذ محافظ البيع أو المحضر بعد جرد الأشياء المحجوزة، وقد نص القانون على الإعلان عن تاريخ ومكان المزاد للجمهور بكل وسائل النشر التي تتناسب وأهمية الحجز (المادتان 706 و 707 إجراءات مدنية) مثال ذلك النشر في إحدى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية أو بلسق الإعلان في المقر الإداري التابع له المكان كالبلادية والولاية أو النشر في لوحة الإعلانات بالمحكمة.

¹ طبقاً لنص المادة 666 من قانون الإجراءات المدنية

ويحصل البيع في أقرب سوق عمومي أو في مكان الأشياء المحجوزة أو في مكان آخر يكون من شأنه الحصول على أحسن النتائج (المادة 706 السالف ذكرها) ويثبت القائم بإجراء التنفيذ إجراء البيع في محضر يبين فيه هذه الإجراءات والتمن الذي رسا به المزداد واسم من رسا عليه ويقرر إرساء الشيء المباع على من تقدم بأعلى عرض ولا يسلم إليه المبيع إلا بعد دفع ثمنه (المادة 713 و715 إجراءات مدنية)، وغني عن البيان أنه على القائم بالتنفيذ أن يرسي المزداد على صاحب أكبر عرض.

الكف عن البيع : تقضي مصلحة الدائن بأن يحجز على ما يشاء من أموال مدينه مهما بلغت قيمتها، ومن ناحية أخرى، تقضي مصلحة المدين بالألا يباع من أمواله إلا ما يفي بحق الدائن الحاجز حتى لا يجرد من ملكه بغير داع، لذلك نص المشرع على نظام الكف عن البيع فيوقف القائم بالتنفيذ البيع إذا نتج منه مبلغ كاف للوفاء بدين الحاجز والمصاريف عملا بالمادة 713 إجراءات مدنية .

آثار البيع :

1- يلزم المشتري بدفع الثمن الذي رسا به المزداد فورا، فإن لم يدفعه يعاد البيع على ذمته بأي ثمن ويكون ملزما بفرق الثمن ويعتبر محضر البيع سندا تنفيذيا على المشتري المنخلف بالفرق بين الثمن لا الذي عرضه وثمان إعادة البيع دون أن يكون له الحق في طلب الزيادة في الثمن إن وجدت (المادة 3/713 إجراءات مدنية جزائري) وذلك حتى لا يحتاج الحاجز إلى مقاضاته بهذا الفرق الذي يكون من حق المدين ودائنيه.

ويترتب على البيع أيضا أن يصبح المشتري مالكا للأشياء المبيعة بمجرد رسو المزداد ودفعه الثمن متى كانت إجراءات التنفيذ صحيحة وكانت الأشياء المحجوزة مملوكة للمدين.

2- وبالنسبة للدائن يترتب البيع تخصيص المبلغ المتحصل من البيع للوفاء بديون الدائنين الحاجزين قبل البيع بحيث أن ما يوقع بعد ذلك.

الحجز على منقولات المدين المتنقل

شروطه الموضوعية وإجراءاته .

هو نوع من الحجز التحفظي نصت عليه المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية¹ وبمقتضاه يجوز لكل دائن وإن لم يكن بيده سند أن يحصل على إذن من القاضي بمباشرة الحجز على المنقولات الموجودة في المنطقة التي يقيم فيها والمملوكة لمدينه المتنقل، ويجوز إقامة الحاجز حارسا على هذه المنقولات إن وجدت تحت يديه وإلا عين غيره حارسا عليها.

ومعني ذلك أن المشرع قد أجاز للدائن سواء كان بيده سند أو لم يكن بيده سند ما أن يستصدر إذنا من القاضي بتوقيع حجز تحفظي على منقولات مدينه المتنقل الذي ليس له موطن أو محل إقامة ثابت متى كانت هذه المنقولات موجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن.

وهنا يحل شرط آخر محل شرط الضرورة والاستعجال الوارد في باب الحجز التحفظي وهو كون المدين متنقلا، فكلاهما يهدد الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه، وغني عن البيان أنه يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود وحال الأداء، وإنما ليس بشرط أن يكون معين المقدار، إذ أنه في هذه الحالة يعين القاضي مقداره التقريبي تعيينا مؤقتا ريثما يحكم موضوعيا في دعوى صحة الحجز.

ومحل هذا الحجز هو المنقولات المادية الموجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن والمملوكة للمدين المتنقل وقد تكون تحت يد الدائن الحاجز نفسه وقد تكون تحت يد غيره، وفي هذه الحالة تكون إزاء حجز ما للمدين لدى الغير.

ويترتب على الحجز ما يترتب على الحجز التحفظي من وضع المنقولات المحجوزة تحت يد القضاء ومنع المدين من التصرف فيهما إضرارا بدائنه.

الإجراءات المتبعة في هذا النوع من الحجز :

يستصدر الأمر بالحجز من القاضي الذي يؤشر به في ذيل العريضة المقدمة من الدائن طالب الحجز، ويعين الحاجز حارسا على تلك المنقولات متى كانت

¹المادة 668 : إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي ، لكن له مسوغات ظاهرة ، جاز له أن يحجز حجرا تحفظيا على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المشار إليها في المادة 667 أعلاه وبنفس الإجراء.

في حيازته، وقد يعين غيره حارسا عليها، ويخضع هذا الإذن لسائر الأحكام المنصوص عليها في صدد الحجز التحفظي. والقاضي المختص بإصدار هذا الإذن هو قاضي محكمة مقر الأموال المطلوب حجزها.

الحجز لدى شخص ثالث

تعريفه وطبيعة ومحلّه وشروطه

تعريفه: هو الحجز الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق في ذمة الغير أو منقولات في ذمة الغير أو منقولات في حيازة هذا الغير، بقصد تجميد هذه الحقوق والمنقولات تمهيدا لاقتضاء حقه منها ومن ثمنها بعد البيع.

ولقد عرفه قانون الإجراءات المدنية في المادة 667 "يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي، أن يحجز حجرا تنفيذيا، على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون، ولو لم يحل أجل استحقاقها، وذلك بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي توجد فيها الأموال".

وهذا الحجز يشكل وسيلة فعالة للتنفيذ على أموال موجودة في حوزة الغير، بمباغثة المدين والحائز بتوقيع الحجز على تلك الأموال وبتطبيق الإجراءات التي تؤدي إلى بيعها واستيفاء قيمة الدين من ثمنها.

فالحجز لدى شخص ثالث هو في الحقيقة وجه خاص من وجوه قهر المدين على التنفيذ، وذلك بمنع مدينه من دفع ما في ذمته له من دين أو ما في يده من مال منقول يجوز، وبإلزامه بدفعه مباشرة إلى الدائن إن كان نقدا، أو بيعه إن كان منقولا لتحصيل الدين من ثمنه.

ويعتبر شخصا ثالثا المودع لديه والمصرف والوكيل والمستأجر والشريك والحارس والناقل الذين بفعل تعاملهم مع المدين قد تبيقت بذمتهم أو لديهم بعض المبالغ أو المنقولات لحسابه، وتعتبر الدوائر الحكومية كذلك بمنزلة الشخص الثالث بالنسبة إلى الموظف المدين الذي تستحق له رواتب أو تعويضات عليها.

- طبيعة الحجز لدى شخص ثالث:

حسب الرأي الراجح، فإن الحجز لدى شخص ثالث عمل ذو طابع مختلط فهو يبدأ إجراء تحفظيا وينتهي تنفيذا، فله طابع تحفظي أو احتياطي يلزمه في المرحلة الأولى، وطابع تنفيذي في مرحلته النهائية.

والثاني المحجوز عليه وهو المدين مباشرة للحاجز.

أما الطرف الثالث المحجوز لديه ويطلق عليه لفظ الغير وهو الذي يتم حجزه تحت يده على الأموال والحقوق التي يدين بها مباشرة إلى المحجوز عليه.

ومن الأمثلة العملية لهذا الحجز أن يكون المدين مالكا لعقار يؤجره فيحجز الدائن على الإيجار المستحق له لدى المستأجر، أو أن يقوم الدائن بالحجز على أموال مدينه المودعة في أحد البنوك، ومن ذلك أيضا أن تكون للمدين منقولات في حيازة شخص آخر فيقوم الدائن بالحجز عليها لدى هذا الشخص.

ولا يقصد الدائن بهذا الحجز ابتداء التنفيذ على أموال المدين واقتضاء حقه منها، وإنما يتحقق ذلك في مرحلة لاحقة، إذ أن حجز ما للمدين لدى الغير يبدأ حجزا تحفظيا، ثم يتحول بعد ذلك إلى حجز تنفيذي وذلك عندما يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقه، ونتيجة لذلك فإن هذا الحجز له خصائص وصفات كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي.

ونتيجة لطابع التحفظي ما للمدين لدى الغير فقد نظم المشرع الجزائري قواعد هذا الحجز وأحكامه في الفصل الثالث من الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية، كما تجاوز بعض الشروط اللازم توافرها لإجراء الحجز التنفيذي، إذ يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير ولو لم يكن بيده سند تنفيذي بحقه أو كان للمدين المحجوز من أجله غير معين المقدار ولكن يتعين على الدائن في هذه الحالة أن يحصل على إذن بتوقيع الحجز من قاضي الأمور المستعجلة كما سنوضح ذلك بعد قليل، كما يجوز للدائن توقيع الحجز على أموال المدين لدى الغير ولو كان الحكم الذي بيده غير واجب النفاذ متى كان الدين الثابت به معين المقدار ولا يلزم في هذه الحالة الحصول على إذن من قاضي الأمور المستعجلة لتوقيع الحجز.

ولكن إذا بدأ الدائن في اتخاذ الإجراءات لاستيفاء حقه، فإن حجز ما للمدين لدى الغير يصبح جزءا تنفيذيا يلزم لإجرائه توفر الشروط والإجراءات التي يستلزمها القانون لتوقيع أي حجز تنفيذي، فيجب اتخاذ مقدمات التنفيذ، كما يجب أن يكون سند الدائن قد أصبح قابلا للتنفيذ، وأن يكون حقه معين المقدار وغير ذلك من الشروط والإجراءات اللازمة في هذا الشأن.

فالحجز لدى شخص ثالث هو وسيلة يلجأ إليها الدائن لضبط الأموال التي تعود لمدينة في حوزة الغير وتجميدها تمهيدا لاقتضاء حقه منها أو من ثمنها بعد البيع فيكون هذا الحجز إذا، في مرحلته الأولى، ذا صفة احتياطية تقوم على منع الشخص الثالث - الملقى لديه الحجز - من التصرف بأموال المدين المحجوز عليه الكائنة في يده والتي تشكل جزءا من ارتهان الدائن العام، ومن ثم في مرحلة ثانية، يتخذ صفة تنفيذية، إذ يؤدي إلى إيفاء دين الحاجز من تلك الأموال المحجوزة إذا كانت من النقود، وألا فمن ثمنها بعد بيعها بالمزاد العلني.

والحجز لدى شخص ثالث يعتبر دائما في بدايته حجزا تحفظيا لأن الدائن لا يتخذه في مواجهة مدينة مباشرة وعلى أمواله، وإنما هو يحجز بمقتضاه على ما يعتقد أن يكون لمدينة لدى الغير من حقوق أو منقولات، من هنا تأتي الصفة التحفظية للحجز ولو كان بيد الحاجز سند تنفيذي.

وطالما أن الحجز لدى شخص ثالث يبدأ تحفظيا دائما، فإنه لا يجب أن يسبق توقيعه اتجاه مقدمات التنفيذ من تبليغ السند الحاصل التنفيذ بمقتضاه إلى المدين وتكليفه بالوفاء، وبالتالي ليس هناك ما يدعو إلى تبليغ الوارث إذا أراد الدائن الحجز على ما للمورث لدى الغير.

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد بيان الإجراءات الواجب اتخاذها قبل الحجز ولا بيان الشروط الواجب توافرها في الدين المطلوب الحجز من أجله للقواعد العامة في التنفيذ، بل اهتم بالنص على كل ما تجب مراعاته وما لا تجب.

حجز ما للمدين لدى الغير

التعريف بحجز ما للمدين لدى الغير و صورته:

حجز ما للمدين لدى الغير هو الحجز الذي يوقع تحت يد غير المدين على حق المدين في ذمته أو عين منقولة مملوكة للمدين في حيازته، والهدف منه منع هذا الغير من الوفاء بما في يده أو تسليمه للمدين، وذلك تمهيدا لاقتضاء الحاجز حقه من المال المحجوز أو من ثمنه بعد بيعه. ويفترض لهذا النوع من الحجز وجود ثلاثة أطراف:

الأول هو الحاجز الذي يتخذ إجراءات الحجز

محل حجز ما للمدين لدى الغير: يتضح لنا من نص المادة 667 من قانون الإجراءات المدنية أن محل حجز ما للمدين لدى الغير قد يكون من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون في حيازة الغير أو حق دائنيه.

أولاً- المنقول المادي الذي في حيازة الغير :

إذا كان المنقول في حيازة الغير فإن القانون يوجب الحجز على هذا المنقول إتياع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، والمقصود بالغير هذا من له سلطة على الشيء تمنع المحجوز عليه من الاتصال به إلا عن طريقه، بحيث تكون له حيازة مستقلة عن حيازة المدين، مثل المودع لديه أو الحارس القضائي أو الوكيل أو الوصي والولي والقيم بالنسبة لأموال القاصر أو البنك بالنسبة إلى الخزائن الحديدية المؤجرة به أو المحضر بالنسبة إلى الثمن المتحصل من البيع، أما إذا كان الشخص خاضعا للمدين فإنه لا تكون له حيازة مستقلة على المنقول ومن ثم لا يعتبر من الغير في هذا الصدد، كالخادم أو صراف خزانة المدين.

وكقاعدة لا يجوز إتياع إجراءات المنقول لدى المدين للحجز على المنقول لدى الغير، بل يجب إتياع الإجراءات الخاصة لدى الغير، والحكمة في ذلك تكمن في عدم الإضرار بالغير الذي يوجد المنقول لديه، إذ قد يؤدي إتياع إجراءات حجز المنقول لدى المدين إلى قيام المحضر بالحجز على مال مملوك لهذا الغير، كما أن سمعة الغير قد تتأثر من دخول المحضر المكان الذي توجد فيه المنقولات حيث أن إجراءات حجز المنقول لدى المدين تقتضي انتقال المحضر لتحرير محضر الحجز، ولذلك حتى لو كان المنقول المادي الذي يتم توقيع الحجز عليه متميزا عن أموال المحجوز لديه الشخصية فإنه يجب أيضا إتياع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.

ويلاحظ أنه يشترط أن يكون المنقول مملوكا للمدين وقت الحجز، وهذا شرط عام بالنسبة لجميع ما يحجز، وقد أثار البعض في الفقه الشك حول ضرورة هذا الشرط في حجز ما للمدين لدى الغير بالقول بأنه يكفي أن تكون الملكية قد آلت إلى المدين قبل التقرير بما في الذمة ولو بعد الحجز، ولكن استثناء على القاعدة العامة التي توجب أن يكون ما يحجز مملوكا للمدين وقت الحجز، والاستثناء لا يقاس عليه.

وينبغي أن يوجد المنقول المادي في حيازة الغير، ومثال ذلك المنقولات المودعة في مخزن اللودج، أو الطرد أثناء نقلها لدى السكة الحديد أو شركة النقل، أو منقول لشترها المدين وانتقلت ملكيته إليه وما زال في حيازة البائع، أو منقول أعطاه مالكه لدائنه كرهن حيازي¹

ثانياً- حق لدائنيه :

كل حق للمدين لدى الغير محله مبلغ من النقود يتم الحجز عليه بطريق إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، ولا يشترط أن يكون هذا الحق معين المقدار أو حال الأداء، ومن ثم يجوز على الإيجار الذي يستحقه المؤجر تحن يد المستأجر ولو قبل حلول ميعاد استحقاقه، كما يجوز أيضا الحجز على مرتب الموظف أو أجر العامل ولو قبل استحقاقه².

ولقد قضت في ذلك المحكمة العليا أن القانون لا يشترط في حجز ما للمدين لدى الغير أن يكون الدين ثابتا ومبلغه معين بل يسمح بذلك الحجز حتى ولو كان الدين احتماليا لأن المقصود منه هو خلق وسيلة تضمن للدائن الحصول على ما عسى أن يثبت له من الدين بذمته المحجوز عليه وتعطيه حق الامتياز³

ويجوز للدائن أن يحجز لدى الغير على دين معين لمدينه، كالحجز على الأجرة لدى المستأجر، كما يجوز له أن يحجز على كل ما يكون الغير مدينا به للمحجوز عليه وفي هذه الحالة يكون الحجز عاما لا يرد على مال معين بذاته، كما يشمل الحجز كل دين ينشأ للمدين المحجوز عليه في ذمة المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في الذمة، ولو نشأ بعد تبليغ الحجز وذلك دون حاجة إلى إجراء آخر من جانب الحاجز، ولكن يشترط في جميع الأحوال أن ينصب الحجز على ما لا يمنع المشرع الحجز عليه، كما يجب ألا يكون الدين قد انقضى قبل الحجز بالوفاء أو بالمقاصة أو بغير ذلك، لأنه في هذه الحالة لم يصادف الحجز محلا.

- ترتيب آثار الحجز منذ لحظة تبليغه للمحجوز لديه :

لما كان ما للمدين لدى الغير يتم توقيعه بمجرد تبليغ المحجوز لديه بورقة الحجز تبليغا صحيحا، فإن آثار هذا الحجز تترتب منذ ذلك التاريخ، سواء بالنسبة إلى

¹ احمد أبو الوفا- مرجع سابق ص 296

² عزمي عبد الفتاح- المرجع السابق- ص 437

³ ملف رقم 15078 بتاريخ 8-03-1978

المحجوز لديه أو بالنسبة إلى المحجوز عليه، ولكن هذه الآثار تكون معلقة على شرط فاسخ، فإذا لم يتم إبلاغ المحجوز عليه بتوقيع الحجز خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتبليغ المحجوز لديه أو لم ترفع دعوى صحة الحجز حيث يجب رفعها في خلال هذا الميعاد أيضاً، فإن الحجز يعتبر كأن لم يكن وتترول آثاره.

فالعبرة في ترتيب حجز ما للمدين لدى الغير لأثاره هي بتاريخ تبليغ المحجوز لديه بورقة الحجز، لا بتاريخ إبلاغ المحجوز عليه أو رفع دعوى صحة الحجز حيث يجب رفعها، وأهم الآثار التي تترتب على هذا الحجز ما يلي:

آثار حجز ما للمدين لدى الغير : تترتب آثار حجز ما للمدين لدى الغير منذ تبليغ الحجز للمحجوز لديه، وأهم هذه الآثار ما يلي:

- أو لا- قطع التقادم :

يترتب على حجز ما للمدين لدى الغير انقطاع التقادم، والواقع أن هذا الأثر يترتب على الحجز أياً كان نوعه، أي سواء كان حجراً على ما للمدين لدى الغير، أو حجراً على المنقول لدى المدين أو حجراً على عقارات المدين، وسواء أكان الحجز حجراً تحفظياً أو حجراً تنفيذياً.

وقد ذهب جانب من الفقه¹ إلى أن تقادم حق الدائن الحاجز قبل مدينه لا ينقطع بمجرد الحجز أي بمجرد تبليغ ورقة الحجز إلى المحجوز لديه، بل ينقطع بإجراء لاحق هو إبلاغ الحجز إلى المدين، وعلة ذلك تكمن في أن قطع التقادم إنما يكون بعمل موجه إلى المدين، بينما تبليغ حجز ما للمدين لدى الغير لا يوجه إلى المدين وإنما يوجه إلى الغير أي المحجوز لديه.

إلا أن تبليغ الحجز إلى المحجوز لديه يقطع تقادم حق الدائن الحاجز، لأن الحجز يوقع بهذا التبليغ والحجز يقطع التقادم وهذا النص عبارته عامة تسرى على كل أنواع الحجوز بما فيها حجز ما للمدين لدى الغير، كما أنه ليس في طبيعة التقادم أو قطعه أو نصوص القانون ما يستلزم لانقطاع التقادم أن يكون

العمل موجهاً إلى المدين، بل كان يلزم هو أن يدل العمل على حرص الدائن على حقه، ولا شك أن تبليغ الحجز يدل على هذا الحرص.

ويلاحظ أنه يترتب على حجز ما للمدين لدى الغير فضلاً عن قطع تقادم حق الدائن الحاجز في ذمة المدين المحجوز عليه، قطع تقادم حق المدين المحجوز عليه في ذمة المحجوز لديه، وذلك لأن الدائن الحاجز يستعمل حق المحجوز عليه في مواجهة مدينه المحجوز لديه و يحافظ عليه، ومن ثم يترتب على توقيع الحجز قطع مدة تقادم الحق السارية لمصلحة المحجوز لديه في مواجهة المحجوز عليه، وأيضاً قطع السارية لمصلحة المحجوز عليه في مواجهة الدائن الحاجز.

ومنع المحجوز لديه من الوفاء للمحجوز عليه يعني حبس المال لدى المحجوز لديه، وهذا الحبس هو حبس كلي لأنه لا يقتصر على ما يكون مقابلاً للمدين المحجوز من أجله وإنما يشمل كل ما شمله الحجز، بحيث يتمتع المحجوز لديه عن الوفاء بأي مبلغ في ذمته حتى ولو كان دين الحاجز ضئيلاً، إذ لا يشترط التناسب بين دين الحاجز وما يتمتع على المحجوز لديه الوفاء به للمحجوز عليه نتيجة لتوقيع حجزاً ما للمدين لدى الغير.

وأساس اعتبار الحبس الذي يترتب على حجز ما للمدين لدى الغير حبساً كلياً، هو أن الحجز لا يؤدي إلى اختصاص الدائن الحاجز بالمال محل التنفيذ، بل يجوز لغيره من الدائنين أن يوقعوا حجوزاً جديدة على المال وهذه الحجوز قد تستغرق ما في ذمة المحجوز لديه، ولذلك إذا سمح للمحجوز لديه بالوفاء للمحجوز عليه بما يزيد عن دين الحاجز فإن هذا الحاجز قد لا يحصل على حقه إذا حصل حجز آخر على المال وكان الحاجز المتأخر متقدماً في المرتبة عليه.

إذن الحبس يشمل كل ما شمله الحجز، فإذا كان محل الحجز ديناً معيناً فإن المحجوز لديه لا يستطيع الوفاء به للمحجوز عليه حتى ولو كانت قيمته تتجاوز قيمة الدين المحجوز من أجله، وإذا كان الحجز عاماً أي شاملاً لجميع ما يكون المحجوز لديه مديناً به للمحجوز عليه فإن المحجوز لديه لا يستطيع الوفاء بأي دين للمحجوز عليه حتى ولو كان الدين قد نشأ في ذمته بعد توقيع الحجز، لأن حجزاً ما للمدين لدى الغير إذا كان عاماً فإنه يشمل كل دين ينشأ للمحجوز عليه

¹ آية مصطفى النمر مرجع سابق ص 582

في ذمة المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في الذمة، وإذا كان محل الحجز عينا فإن الحبس لا يتناول إلا ما يكون مملوكا للمدين وقت الحجز وموجودا في حيازة المحجوز لديه في ذلك الوقت أي أن المحجوز لديه يتمتع عن تسليم المنقولات الموجودة في حيازته والمملوكة للمحجوز عليه له، حتى ولو كانت قيمة هذه المنقولات تجاوز قيمة الدين المحجوز من أجله¹.

- الشروط الواجب توافرها في المال الذي يجوز التنفيذ عليه بطريق حجز المنقول لدى المدين:

ثمة شروط معينة يجب توافرها في المال حتى يمكن التنفيذ عليه باتباع إجراءات حجز المنقول لدى المدين وهذه الشروط هي:

أولا- يجب أن يكون المال محل التنفيذ منقولا ماديا:

ويتحدد المنقول المادي بأعمال القواعد العامة في القانون المدني ووفقا لهذه القواعد فإن المنقول المادي هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف، ويأخذ حكم المنقول المادي المنقول بحسب المال وهو الشيء الذي يعتبر عقارا بالطبيعة بالنظر إلى حالته الراهنة ومنقولا بالنظر إلى ما سينؤول إليه في المستقبل القريب ومن أمثلة ذلك الأشجار المعدة للقطع والمباني المباعة أنقضا أي المعدة للهدم وتلك المحصولات الزراعية قبل جنيها وفصلها عن الأرض لأن مصيرها إلى ذلك.

ويجب أن يكون المال منقولا ماديا فإذا كان المال محل التنفيذ منقولا معنويا أي دينيا من الديون فإن الحجز عليه يكون بطريق حجز ما للمدين لدى الغير حتى ولو كان لدى المدين المحجوز عليه ورقة مكتوبة تثبت حقه كدائن، ولكن إذا كانت هذه الورقة من السندات التي يتجسد فيها الحق كالأوراق النقدية والسندات لحاملها أو القابلة للتظهير فإنه يمكن الحجز عليها بطريق حجز المنقول باعتبارها في حكم المنقول المادي.

ثانيا- يجب أن يكون المال محل التنفيذ مملوكا للمدين وفي حيازته أو حيازة من يمثله²:

ومن البديهي أن يكون المال مملوكا للمدين وإلا فإنه لا يكون محلا للتنفيذ، وفضلا عن ذلك يجب أن يكون المال في حيازة المدين أو من يمثله ويرى الفقه أنه يكفي بتوافر هذا الشرط ألا يكون المال في حيازة الغير، ولذلك فإنه إذا لم يكن المال محل التنفيذ في حيازة أحد اتبعت إجراءات حجز المنقول لدى المدين حتى ولو لم يكن هذا المال في حيازة المدين نفسه أو من يمثله كما لو كان في الطريق العام مثلا، فالمهم ألا يكون المال في حيازة شخص غير المدين أو من يمثله، فإذا لم يكن في حيازة أحد على الإطلاق فإنه من الممكن حجزه بطريق حجز المنقول لدى المدين، أما إذا كان المنقول المادي في حيازة الغير كالمستعير أو المودع لديه أو الحارس أو غير ذلك، فإن الحجز في هذه الحالات يكون بطريق حجز ما للمدين لدى الغير وليس بطريق حجز المنقول لدى المدين.

كيفية توقيع حجز المنقول لدى المدين¹:

يبلغ أمر الحجز إلى الغير المحجوز لديه شخصا إذا كان شخصا طبيعيا، وإذا كان شخصا معنويا يبلغ إلى الممثل القانوني، مع تسليمه نسخة من أمر الحجز والتنويه بذلك في المحضر.

يقوم المحضر القضائي على الفور بجرد الأموال المراد حجزها وتعيينها تعيينا دقيقا في محضر الحجز والجرد، ويعين المحجوز لديه حارسا عليها وعلى ثمارها، إلا إذا فضل هذا الأخير تسليمها للمحضر القضائي فينوّه في هذه الحالة عن ذلك في المحضر.

يجب أن ينوّه في محضر الحجز على إعدار المحجوز لديه بعدم التخلي عن الأموال المحجوزة وعدم تسليمها إلى المدين أو غيره، إلا بصدر أمر مخالف يجرى الحجز بموجب محضر يحرره المحضر في مكان توقيعه، فتحرير المحضر أمر ضروري إذ يترتب على عدم كتابته بطلان الحجز لأن المشرع لا يعرف حجزا شفويا، كما يجب أن يتم تحرير محضر الحجز في ذات المكان الذي توجد به الأشياء المراد الحجز عليها وحكمة ذلك منع تحرير محاضر حجز دون انتقال المحضر إلى المحل الذي توجد به المنقولات المطلوب حجزها.

¹ أحمد أبو الوفا- المرجع السابق ص 884

¹ محمود مصطفى بوس- مرجع سابق- ص 385

² عزمي عبد الفتاح- المرجع السابق- ص 482

ومحضر الحجز يعتبر ورقة من أوراق المحصرين ولذلك يجب أن يشتمل على بيانات أوراق المحصرين وفضلا عن هذه البيانات العامة التي يجب أن يتضمنها محضر الحجز فإنه يجب أن يشتمل¹ -محل التعليق- وهي:

1- ذكر السند التنفيذي الذي يجري التنفيذ بمقتضاه، وذلك لأن هذا الحجز حيز تنفيذيا يستلزم وجود سند تنفيذي بيد الدائن، فإذا لم يكن بيد الدائن هذا السند فلا يجوز له إجراء الحجز، وذكر السند لا يغني عن تبليغه كمقدمة للتنفيذ، وإذا لم يذكر السند التنفيذي في المحضر فإنه يكون باطلا مما يؤدي إلى بطلان الحجز أيضا.

2- ذكر مبلغ الدين الواجب الوفاء به

3- بيان الموطن المختار الذي اتخذته الحاجز في البلدة التي بها مقر محكمة المنقول الواقع في دائرتها الحجز، وهي هنا المحكمة التي يقع المنقول بدائرتها، ويكون بيان الموطن المختار في الحالة التي لا يكون للحاجز موطن أصلي بدائرة هذه المحكمة فإذا كان يقيم في هذه الدائرة فلا حاجة لبيان الموطن المختار.

والحكمة من ضرورة تحديد الموطن المختار هي تسهيل تبليغ الحاجز بكافة الأوراق المتعلقة بالحجز، ولكن إغفال هذا البيان لا يترتب عليه أية بطلان.

4- ذكر مكان الحجز، وهو المكان الذي توجد به المنقولات المراد حجزها، والهدف من ضرورة ذكر مكان الحجز هو التأكد من أن المحضر قد انتقل بالفعل إلى مكان المنقولات و أجرى الحجز، ويترتب على إغفال ذكر مكان الحجز البطلان.

5- بيان مفصل بمفردات الأشياء المحجوزة مع ذكر نوعها وأوصافها ومقدارها ووزنها أو مقاسها إن كانت مما يكال أو يوزن أو يقاس، ويجب أن يكون هذا البيان واقيا ودقيقا لا يمكن بعد الحجز تهريب الشيء المحجوز أو استبداله.

وإذا كان الحجز واردا على ثمار متصلة أو مزروعات قائمة قبل جنيها أو قطعها، وجب على المحضر أن يبين موقع الأرض واسم الحوض ورقم القطعة ومساحتها وحدودها ونوع المزروعات وعدد الأشجار ونوعها وما ينتظر أن يحصد أو يجنى أو ينتج منها وقيمتها على وجه التقريب.

وإذا وقع الحجز على مصنوعات أو سبائك ذهب أو فضة أو من معدن نفيس آخر أو على مجوهرات أو أحجار كريمة فتوزن وتبين أوصافها بدقة في محضر الحجز، وتقوم هذه الأشياء بمعرفة خبير يعينه رئيس الجهة القضائية التابع له مكان التنفيذ بناء على طلب المحضر.

وإذا لم يذكر المحضر مفردات الأشياء المحجوزة بالتفصيل في محضر الحجز، واكتفى مثلا بذكر توقيع الحجز على المنقولات الموجودة فإن الحجز يكون باطلا.

ولكن إذا لم يجد المحضر شيئا يجوز الحجز عليه، فإنه يجب أن يثبت ذلك في المحضر الذي يحرره ويسمى بمحضر عدم وجود.

هذه هي البيانات الرئيسية في محضر الحجز فإذا خلا من أحد هذه البيانات كان قابلا للإبطال خلال 10 أيام من تاريخه.

كما يمكن أن يشمل المحضر كذلك

1- بيان بالإجراءات التي قام بها المحضر، وما لقيه من اعتراضات في الحجز من

المدين أو غيره وما قابله من عقبات، وما اتخذ في شأنها، ومن أمثلة ذلك أن ينكر نوع العقبات التي واجهته سواء كانت مادية أو قانونية، بأن ينكر مثلا أنه لقي مقاومة مادية فلجأ إلى السلطات العامة أو أضطر إلى كسر الأبواب أو فض الأقفال، بحضور أحد ضباط الشرطة القضائية أو أن المدين أو غيره استشكل أمامه فيرفع الإشكال إلى رئيس المحكمة.

2- تعيين حارس وتوقيعه على المحضر، وإذا لم يقم الحارس بالتوقيع تذكر أسباب الامتناع في المحضر.

هذا وينبغي عدم حضور طالب التنفيذ أثناء توقيع الحجز، كما يجب الاستعانة بأحد ضباط الشرطة القضائية عند استخدام القوة، و يجب إجراء الحجز في أيام متتابعة وذلك إذا لم يتم في يوم واحد، وإذا تم الحجز في غيبة المدين وفي غير موطنه وجب على المحضر أن يبلغ المدين بمحضر الحجز في موطنه.

يتم التبليغ الرسمي لمحضر الحجز إلى المدين المحجوز عليه خلال أجل ثمانية (8) أيام التالية لإجراء الحجز، مرفقا بنسخة من أمر الحجز مع التنويه على ذلك في محضر التبليغ، وإلا كان الحجز قابلا للإبطال.

1- نوع السند التنفيذي الذي بموجبه يقع الحجز وتاريخه والجهة التي أصدرته ومبلغ الدين المطلوب الوفاء به.

2- تاريخ التبليغ الرسمي للسند التنفيذي، وتاريخ تكليف المدين بالوفاء بقيمة الدين.

3- تعيين العقار و/ أو الحق العيني العقاري المحجوز، تعيينا دقيقا، لا سيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاعا، وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإذا كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.

وإذا خلا الأمر من أحد البيانات الثلاثة أعلاه، كان قابلا للإبطال يقدم طلب الحجز على العقار و/ أو الحقوق العينية العقارية، إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار، من طرف الدائن أو من ممثله القانوني أو الاتفاقي. ويتضمن الطلب على الخصوص:

1- اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي وموطنه المختار في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد فيها العقار و/ أو الحق العيني العقاري.

2- اسم ولقب المدين وموطنه.

3- وصف العقار و/ أو الحق العيني العقاري المطلوب حجزه، مع بيان موقعه، وأية بيانات أخرى تفيد في تعيينه، طبقا لما هو ثابت في مستخرج سند الملكية.

يجوز للدائن أن يستصدر أمرا على عريضة، يسمح للمحضر القضائي بدخول العقار، للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشمولاته، وهذا الأمر غير قابل لأي طعن.

يرفق طلب الحجز، بالوثائق الآتية:

1- نسخة من السند التنفيذي المتضمن مبلغ الدين، ونسخة من محضر التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء.

2- محضر عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها بالنسبة للدائن العادي.

3- مستخرج عقد الرهن أو أمر التخصيص على عقار أو مستخرج من قيد حق الامتياز، بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية.

4- مستخرج من سند ملكية المدين للعقار.

ويبطل الحجز إذا لم يذكر في المحضر مكانه، ولم يستشف هذا المكان من سائر بيانات المحضر، ويبطل أيضا إذا لم يحرر محضر الحجز في مكان توقيعه، وإذا ورد نقص أو خطأ وجدير بالإشارة أن توقيع المحضر بيان جوهرى وبغيره لا يعتد بأي كيان قانوني للحجز.

الحجز العقاري

التنفيذ على العقار منصوص عليه في المواد 721 إلى 789 من ق.إ.م كقاعدة عامة لا يجوز نزع ملكية عقار المدين إلا في حالة عدم كفاية المنقولات وتنص المادة 721 ق.إ.م على أنه [يجوز للدائن الحجز على العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية لمدينه، مفرزة كانت أو مشاعة، إذا كان بيده سند تنفيذي وأثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها.

غير أن الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على عقار أو صاحب حق التخصيص على عقار، الذي بيده سندا تنفيذيا، يجوز له الحجز على العقارات و/ أو على الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة حتى لو انتقلت ملكيتها إلى الغير] وتتم إجراءات التنفيذ على العقار بثلاثة مراحل هي:

1- وضع العقار تحت يد القضاء

2- إعداد العقار للبيع

3- البيع بالمزاد العني

أولاً: وضع العقار تحت يد القضاء.

التنفيذ على العقار تحت يد القضاء :

يبدأ ذلك بصدور أمر الحجز وهو أمر على عريضة، يصدره رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها هذا العقار و/ أو الحق العيني العقاري، في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام من تاريخ إيداع الطلب.

إذا كان للمدين عدة عقارات و/ أو حقوق عينية عقارية تقع في دوائر اختصاص مختلفة، يجوز للدائن استصدار أمر واحد بالحجز عليها من طرف رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إحدى هذه العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية. يجب أن يتضمن أمر الحجز، فضلا عن البيانات المعتادة، ما يأتي:

على سجلات الشهر العقاري، فمن يريد شراء هذا العقار الذي تم حجزه سوف يعرف بمجرد الإطلاع على سجلات الشهر أن هذا الشراء لن يكون نافذاً في مواجهة الدائن الحاجز.

وطبقاً للمادة 728 من القانون يجب على المحافظ العقاري، قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع وتسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي، أو إلى الدائن الحاجز، خلال أجل أقصاه ثمانية (8) أيام، وإلا تعرض للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

تتضمن الشهادة العقارية جميع القيود والحقوق المنقولة للعقار أو الحق العيني العقاري وكذا أسماء الدائنين وموطن كل منهم.

الآثار التي تترتب على تسجيل أمر الحجز

1- نطاق هذا الأثر من حيث التصرفات التي لا تنفذ:

تنص المادة 735 على أنه "لا يجوز للمدين المحجوز عليه، ولا لحائز العقار، ولا للكفيل العيني، بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية، أن ينقل ملكية العقار و/ أو الحق العيني العقاري المحجوز، ولا أن يرتب تأمينات عينية عليه، وإلا كان تصرفه قابلاً للإبطال، غير أنه يجوز لبائع العقار المحجوز ومقرض ثمنه والشريك المقاسم، أن يفيد حق الامتياز على العقار في الآجال والأوضاع المنصوص عليها في القانون المدني".

لا ينفذ أي تصرف من جانب المدين أو الحاجز أو الكفيل العيني يكون للعقار المحجوز محلاً له بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، سواء أكان هذا التصرف بنقل الملكية أم بنقل حق عيني آخر متفرع منها أن إنشائه يعوض أو بغير عوض، كالبيع والهبة والوقف أو إنشاء حق انتفاع أو حق سكنى أو استعمال أو ارتفاق، كذلك لا ينفذ الرهن الرسمي أو الحيازي ولا يجوز ترتيب حق اختصاص أو امتياز بعد تسجيل التنبيه.

والعبرة في نفاذ التصرف أو عدم نفاذه هي بتاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية بصرف النظر عن أي اعتبار آخر كالغش أو سوء النية، فلا أهمية لجدية التصرف أو صورته ولا أهمية لثبوت تاريخه أو عدم ثبوت ذلك التاريخ، ولا أهمية كذلك لثبوت التواطؤ بين المالك المتصرف والمتصرف إليه أو عدم ثبوته، فكل ذلك لا قيمة له لأن عدم النفاذ هنا يرجع إلى أسبابية تسجيل تنبيه نزع الملكية على شهر الحق العيني، فإذا كان التصرف

صادراً من المدين أو الحاجز أو الكفيل العيني قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فإنه يكون تصرفاً صحيحاً نافذاً، أما إذا كان التصرف قد صدر عن أي منهم بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية فلا يكون التصرف نافذاً في مواجهة الدائنين.

ومعنى هذا من الناحية الواقعية أن تسجيل التنبيه يسبق على الحجز صيغة عينية بحيث تكون الحقوق الناشئة على العقار بعد توقيعه عديمة الأثر في حق الحاجز ومن يلحق به ممن تعلق لهم بالحجز حق.

ويلاحظ أن هذا الأثر لا يقتصر على التصرفات الصادرة من مالك العقار بإرادته، بل يمتد أيضاً إلى الحقوق العينية التي تترتب على العقار بغير إرادته، أي بموجب أحكام أو أوامر صادرة قضائياً مثل حقوق الارتفاق التي يحكم بها أو حقوق الاختصاص التي تنقرر لصالح أحد الدائنين بأمر القاضي على العقار المنفذ عليه، بل ومن الممكن أيضاً أن يمتد هذا الأثر إلى حقوق الامتياز التي تنقرر بمقتضى القانون، إذا أن الأمر لا يتعلق هنا بعدم نفاذ التصرفات الصادرة من مالك العقار وإنما يتعلق بعدم نفاذ الحقوق العينية التي تترتب على العقار.

الآثار التي تنفذ: يترتب على تسجيل أمر الحجز عدة آثار ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي أن العقار يعتبر من يوم تسجيل أمر الحجز محجوزاً وبالتالي موضوعاً تحت يد القضاء و تلك الآثار هي :

1- تقييد حق المدين في تأجير العقار واستغلاله

2- عدم سريان تصرفات مالك العقار على الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ، وعلى مشتري العقار بالمزاد، فتبطل تصرفات المدين في العقار المحجوز عليه اللاحقة، للتسجيل ولا يكون له أن ينقل ملكية العقار المحجوز عليه ولا أن يرتب عليه حقوقاً عينية وإلا كان تصرفه باطلاً.

- إتباع إجراءات التنفيذ العقاري إذا كان المال عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص أو ثماراً تابعة لعقار:

وتتبع إجراءات التنفيذ على العقار إذا كان محل التنفيذ عقاراً، سواء كان عقاراً بطبيعته أو كان عقاراً بالتخصيص، فتتبع هذه الإجراءات عند التنفيذ على الأراضي وما يثبت على سطحها من نباتات أو أشجار وما يقام عليها من مباني وما يلزمها من أبواب ومصاعد ونوافذ، كما تتبع عند التنفيذ على المنقولات المخصصة لخدمة العقار واستغلاله كالآلات

الزراعية، والحيوانات المخصصة لخدمة الأرض الزراعية والسيارات والآلات المخصصة للمصانع، والأثاث والمفروشات المخصصة للفنادق، ولكن إذا فصل المنقول المعتبر عقارا بالتخصيص عن العقار أي إذا أنهى المالك تخصيص المنقول لخدمة عقاره دون أن يتصرف في هذا المنقول فإنه يفقد تخصيص صفته كعقار بالتخصيص وعندئذ يجوز حجزه بطريق حجز المنقول ولا يجوز حجزه مع العقار.

أما الثمار فإنه يتم الحجز عليها بطريق حجز المنقول لدى المدين، كما سبق أن ذكرنا عند دراستنا لحجز المنقول لدى المدين، وذلك رغم أنها في الأصل عقارا لثباتها في الأرض واستقرارها ولكن المشرع يعتمد بما ستؤول إليه أي باعتبارها منقولات بحسب المال ويشترط لذلك أن يكون التنفيذ عليها على استقلال.

أولاً: عدم نفاذ التصرف في العقار:

بتسجيل التنبية يعتبر العقار محجوزاً كما نكرنا آنفاً، ولكن ذلك لا يؤثر على أن العقار يظل في ذمة المدين بحيث يستطيع التصرف فيه، لأن الحجز لا ينزع الملكية ولا ينقص الأهلية، ولذا فالمدين المحجوز عليه باعتباره مالكا للعقار يجوز له التصرف في العقار بكل أنواع التصرفات كما أن له أن يتخذ جميع الإجراءات التحفظية للمحافظة عليه، كما أن هلاكه تكون تبعته على المدين، ولكل دائن للمالك أن يوقع ما يشاء من حجوزات على عقارات المدين، كما أنه إذا بيع العقار المحجوز يحل ثمن البيع محل ذلك العقار في ذمة نفس المدين المالك فإذا ما تبقى بعد البيع شيء من الثمن فإنه يعيده للمدين المالك.

2- نطاق هذا الأثر من حيث الأشخاص :

أ) الأشخاص الذين لا تنفذ التصرفات في مواجهتهم:

لا تنفذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين الحاجزين الذي سجلوا تنبيهاً بنزع الملكية سواء كانوا دائنين عاديين أم أصحاب حقوق عينية تبعية كرهن أو اختصاصاً أو امتيازاً، وفي الحقيقة أن عدم النفاذ إنما يفيد الدائنين العاديين أكثر مما يفيد الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية، لأن الدائن صاحب الحق العيني التبعي له ميزة التتبع فلا يضار كثيراً من نفاذ التصرف، إذ يمكنه تتبع العقار في أي يد يكون، ومن ثم لا يؤذيه تصرف المدين، أما الدائن العادي لو نفذ التصرف في مواجهته فإنه سوف يتعرض لخطر محقق لأنه يفقد ضمانه وهو العقار إذ لا يستطيع تتبعه.

وفضلاً عن الدائنين الحاجزين الذين سجلوا تنبيهاً بنزع الملكية، فإن الدائنين أصحاب الحقوق العينية المقيدة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية والذين لم يسجلوا تنبيهاً بنزع الملكية يستطيعون التمسك بعدم نفاذ تصرف المدين المحجوز عليه، وذلك لأنهم يصبحون طرفاً في الإجراءات من تاريخ التأشير بإخبارهم بإيداع قائمة شروط البيع على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية، ولكن يشترط أن يكون هناك تنبيهاً سابقاً مسجلاً وأن يظل مثل هذا التنبيه قائماً.

- إلحاق الثمار بالعقار :

معنى إلحاق الثمار بالعقار أنها تصبح جزءاً منه وتأخذ حكمه رغم أنها في الأصل منقول، فهي تعتبر تبعاً لحجز العقار بقوة القانون دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات مستقلة لحجزها، كما أنها توزع مع ثمن العقار المتحصل من بيعه بالمزاد العلني وبذات الطريقة التي يوزع بها الثمن، فيفضل في التوزيع الدائنون ذوي التأمين الخاص سواء كان امتيازاً أو اختصاصاً أو رهناً على الدائنين العاديين، فلا يأخذ الدائنون العاديون من الثمار أو قيمتها إلا بعد أن يستوفي الدائنون الممتازون حقوقهم، وإذا تراحم الدائنون الممتازون فإن الأولوية عند توزيع الثمن تكون حسب درجاتهم ومرتبهم¹.

وحكمة إلحاق الثمار بالعقار هي أن يتوافر للدائنين أكبر مبلغ ممكن هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه لو تركت الثمار للمدين دون اعتبارها محجوزة تبعاً لحجز العقار فإن المدين سوف يسعى إلى إطالة الإجراءات ليتمتع بالثمار قبل أن يفقد العقار ولذلك فإن إلحاق الثمار بالعقار يؤدي إلى عدم تشجيع المدين على إثارة المنازعات وتعطيل إجراءات التنفيذ، ومن ناحية ثالثة فإن إلحاق الثمار بالعقار يؤدي إلى دفع ما يعود على الدائن الممتاز من ضرر بسبب طول مدة إجراءات التنفيذ²، فلا يعمل الدائن المباشر للإجراءات إن كان دائناً عادياً على إطالة هذه المدة ومسائل فرعية تؤخر سير التنفيذ من أجل الإفادة من اقتسام ثمار العقار بين جميع الدائنين بدون تمييز الدائنين الممتازين منهم. والواقع أن حجز الثمار عن طريق إلحاقها بالعقار هو حجز له طبيعته

¹ أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند 401 ص 836

² وجدي فهمي - النظرية العامة للتنفيذ القضائي - 1987 - دار الفكر العربي، ص 198.

الخاصة¹، وهذه الطبيعة تتضح لنا من النواحي الآتية:

(أ) فهذا الحجز يتم بإجراءات التنفيذ العقاري رغم أنه يقع على منقولات و هي الثمار، وقد كان الواجب إتباع طريق حجز المنقول عند الحجز على الثمار المادية الموجودة في العين، أو حجز ما للمدين لدى الغير عند الحجز على الثمار المجنية أي أجرة العقار إذا كان مؤجرا، ولكن المشرع أعفى الدائن الذي يتخذ إجراءات التنفيذ العقاري من إتباع إجراءات حجز المنقول أو حجز ما للمدين لدى الغير، واعتبر الثمار المحجوزة مع العقار كنتيجة لإجراءات التنفيذ العقاري.

(ب) كما أن هذا الحجز ينصب بطبيعته على أموال مستقبلية، لأنه ينصب على الثمار التي تستحق بعد تسجيل التنبيه أي عن المدة التالية لهذا التسجيل وهذا مخالف لطبيعة الحجز وبصفة خاصة حجز المنقول، لأنه يشترط أن يكون المال المحجوز موجودا وقت الحجز حتى يمكن أن ينصب الحجز عليه وإلا فإن الحجز لا يصادف محلا فيبطل نتيجة لذلك، والمفروض هنا أن الثمار ليست موجودة وقت التسجيل، ورغم ذلك فإن الحجز ينطبق عليها، ومن هذه الناحية كانت لهذا الحجز طبيعته الخاصة.

(ج) كذلك فإن هذا النوع من الحجز هو حجز عام لأنه يشمل جميع الثمار التي تستحق بعد تسجيل التنبيه، مع أن القاعدة في الحجز في تحديد المال المحجوز وتعيينه بدقة، فلا يعتبر محجوزا إلا ما تم حصره ووصفه، ولعل هذا الأساس في عدم جواز الحجز على أموال مستقبلية لأن الأموال غير الموجودة وقت الحجز لا يمكن حصرها و تعيينها، بينما في حالة إلحاق الثمار بالعقار فإن الحجز يتنازل جميع الثمار التي ينتجها العقار بصفة عامة دون تخصيص أو تحديد أو حصر، ولهذا فإن حجز الثمار الحاصل نتيجة للإلحاق يعتبر شاذا من ضروب الحجز له طبيعته الخاصة، ومن حيث كونه عاما ومحل أموال مستقبلية وغير محصورة ويتم بإجراءات لا تتفق مع طبيعة المال المحجوز عليه لأنها إجراءات حجز عقارية مع أن المال المحجوز منقول كما ذكرنا آنفا.

(د) كذلك فإن هذا الحجز الواقع على الثمار نتيجة لإلحاقها بالعقار، لا يعقبه بيع لهذه الثمار بالمزاد العلني بمعرفة الدائن الحاجز، بل تترك الثمار للمدين نفسه ليتولى بيعها دون إجراءات ودون مزايمة، ولكنه يعتبر مسؤولا عن قيمتها في مواجهة الدائنين الحاجزين.

إجراءات البيع بالمزاد العلني:

بيع العقار بالمزاد

عقب الانتهاء من إجراءات إعداد العقار للبيع، تبدأ مرحلة جديدة تالية وهي مرحلة بيع العقار بالمزاد، وسوف نوضح الآن إجراءات هذه المرحلة والمسائل المتفرعة منها.

تعيين خبير من أجل تحديد الثمن الأساسي للعقار:

يتم تعيين خبير من أجل تحديد الثمن الأساسي للعقار و/ أو الحق العيني العقاري المحجوز؛ والقيمة التقريبية له في السوق الذي سيبدأ الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري، وهذا بأمر على عريضة، بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة.

يجب على الخبير إيداع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده رئيس المحكمة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة (10) أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره.

أعداد العقار والتمهيد للبيع بالمزاد العلني

بتسجيل تنبيه نزع الملكية تنتهي مرحلة وضع العقار تحت يد القضاء، و تبدأ مرحلة جديدة من مراحل التنفيذ العقاري وهي مرحلة إعداد العقار للبيع، وهذه المرحلة تتضمن سلسلة من الإجراءات القصد منها إعداد العقار للبيع، وسوف نتبع خطوات هذه المرحلة والتي تتلخص في أن القائم بالتنفيذ يقوم بإيداع قائمة شروط البيع كتابة ضبط محكمة التنفيذ المختصة متضمنة بيانات معينة ومرفقا بها بعض المستندات، ثم يقوم قلم كتاب بأخبار بعض الأشخاص بإيداع القائمة خلال أجل معين ثم يؤشر بحصول الأخبار على هامش تسجيل تنبيه نزع

¹ عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ في المواد المدنية و التجارية - الدار الجامعية 88 ص 462

الملكية، ثم يعلن عن إيداع قائمة شروط البيع، وإذا ما وجهت اعتراضات على القائمة فإنه يتم الفصل فيها في جلسة الاعتراضات، وسوف نوضح الآن بالتفصيل هذه الخطوات.

-إيداع قائمة شروط البيع:

إذا لم يقم المدين بالوفاء بالدين يقوم القائم بالتنفيذ عملاً بنص المادة 737 من قانون الإجراءات المدنية، أن يقوم بإيداع قائمة شروط البيع في كتابة ضبط محكمة التنفيذ المختصة، وفي المحكمة التي يقع بدائرتها العقار المحجوز عليه أو أحد العقارات في حالة تعددها ووقوعها في دوائر اختصاص أكثر من محكمة واحدة، وهذا الإيداع يتم على صورة محضر يحرره كاتب المحكمة.

-بيانات قائمة شروط البيع:

الهدف من إيداع قائمة شروط البيع هو بيان كل ما يهم أصحاب الشأن في التنفيذ سواء الراغب في دخول المزاد لشراء العقار أم من له مصلحة تتعلق به، ولذلك فهي تشمل على ما يتعلق بالتحقق من مدى صحة إجراءات التنفيذ وعلى بيان العقار محل التنفيذ وقيمه على وجه التقريب، ومقدار الديون المقيدة عليه وأصحاب هذه الديون، ومشروع عقد البيع ليطلع عليه كل من يتقدم للمزاد وليتمكن أصحاب المصلحة من دراسته وإيداع ما يعن لهم من ملاحظات بصدده، وقد أوجب المشرع في المادة 737 السالفة الذكر أن تشمل قائمة شروط البيع على البيانات التالية:

- 1- بيان السند التنفيذي الذي حصل التنبيه بنزع الملكية بمقتضاه.
- 2- تاريخ التنبيه بنزع الملكية وتاريخ إنذار الحائز إن وجد ورقمي تسجيلهما.
- 3- تعيين العقارات المبينة في التنبيه مع بيان موقعها وحدودها ومساحتها ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك من البيانات التي تفيد في تعيينها.
- 4- شروط البيع والتمن الأساسي، والمقصود بشروط البيع الشروط التي يعرض مباشرة لإجراءات بيع العقار على أساسها ويكتسب المشتري بالمزاد الملكية ملترماً بها، ويجوز تضمين قائمة شروط البيع ما شاء الدائن الحائز من شروط البيع الاختياري ولكن يجب أن تكون الشروط المقترحة غير مخالفة للنظام العام أو

الآداب أو الأحكام الخاصة ببيع العقار جبرياً كتحميل المدين مصاريف تزيد عم يقدره القاضي، وإلا تخل بحرية الاشتراك في المزايدة كأن يشترط منه بعض الأشخاص من الشراء بدون سبب قانوني، كما يجب ألا تخل هذه الشروط بالمساواة بين الدائنين كأن يشترط تمييز أحد الدائنين دون أن يكون دائماً ممتازاً.

5- تجزئة العقار إلى صفقات إن كان لذلك محل مع ذكر الثمن الأساسي لكل صفقة، فقد يرى الدائن المباشر للإجراءات أن المصلحة تقتضي تجزئة العقار إلى صفقات متعددة حتى يسهل البيع أو يزيد عدد الراغبين في الشراء ومن ثم يزيد حاصل البيع عما إذا بيع صفقة واحدة، وإذا رأى الدائن المباشر للإجراءات ذلك فإنه يجب عليه أن يذكر الثمن الأساسي الذي يقترحه لكل صفقة.

6- شروط البيع والتمن الأساسي والمصاريف.

7- تجزئة العقار إلى أجزاء، إن كان في ذلك فائدة أفضل عند البيع، مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء، وتوضيح الترتيب الذي سيجري فيه البيع، عند الاقتضاء، وإذا كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية، لا يجوز تجزئتها.

8- بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع.

يؤشر رئيس المحكمة المختص إقليمياً على محضر إيداع قائمة شروط البيع، ويحدد فيه جلسة للاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع وتاريخ وساعة انعقادهما. إذا خلت قائمة شروط البيع من أحد هذه البيانات، كانت قابلة للإبطال بناء على طلب كل ذي مصلحة خلال أجل أقصاه جلسة الاعتراضات وإلا سقط حقه. في حالة إلغاء قائمة شروط البيع، يعاد تجديدها على نفقة المحضر القضائي. وطبقاً للمادة 738: ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الآتية:

- 1- نسخة من السند التنفيذي الذي يقع الحجز بمقتضاه،
- 2- نسخة من أمر الحجز،
- 3- نسخة من محضر التبليغ الرسمي للمحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني إن وجد.
- 4- شهادة عقارية تتضمن القيود التي حصلت إلى غاية تاريخ الحجز.
- 5- مستخرج جدول الضريبة العقارية.

- 2- تعيين العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة بالإجمال.
- 3- الثمن الأساسي المحدد جملة أو لكل جزء.
- 4- تاريخ وساعة الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات المحتملة، وتاريخ وساعة جلسة البيع بالمزاد العلني.
- 5- إنذار المبلغ لهم بالاطلاع على قائمة شروط البيع لإبداء الملاحظات والاعتراضات المحتملة، وإلا سقط حقهم في التمسك بها¹.

تحديد جلسة البيع:

إذا لم يتم تحديد تاريخ ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني مسبقاً، يتم تحديدها بموجب أمر على عريضة، بناء على طلب المحضر القضائي أو أي دائن طرف في الحجز. يصدر رئيس المحكمة الأمر بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات التي سجلت.

يخطر المحضر القضائي جميع الدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد، بتاريخ وساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني، ثمانية (8) أيام قبل الجلسة على الأقل.

يتم تحديد جلسة البيع في المحضر الذي يحرره المحضر القضائي عند إيداع قائمة شروط البيع، ولكن هذا التحديد احتمالي لأنه يتوقف على عدم تقديم اعتراضات، فإذا لم تقدم اعتراضات يسقط تحديد جلسة الاعتراضات ويثبت تحديد جلسة البيع، بينما إذا قدمت اعتراضات فإن تحديد جلسة البيع يسقط، وفي هذه الحالة فإنه يجوز للدائن الذي يباشر الإجراءات ولكل دائن أصبح طرفاً في الإجراءات بإخباره بإيداع قائمة شروط البيع أن يستصدر أمراً من قاضي الأمور المستعجلة بتحديد جلسة للبيع، ويقوم القاضي بتحديد جلسة للبيع وذلك بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات المقدمة في الميعاد بأحكام واجبة النفاذ، وبعد التحقق أيضاً من أن الحكم المنفذ به أصبح نهائياً.

تبليغ البيع:

يجب تبليغ الإنذار خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع للأشخاص التالية المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين الذين سجلوا تنبيه نزع

يجب أن يتم إيداع قائمة شروط البيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل نزع الملكية، وهذا الميعاد ناقص يتعين اتخاذ الإجراء في خلاله وإلا سقط الحق في اتخاذه وينقضي بانقضاء اليوم الأخير منه، وإذا لم يتم إيداع قائمة شروط البيع خلال هذا الميعاد فإن الجزاء هو سقوط تنبيه نزع الملكية واعتباره كأن لم يكن بقوة القانون، والحكمة من اشتراط ميعاد الثلاثين يوماً الواجب إيداع القائمة خلاله هو الملكية إذ يجب الإسراع في البيع بحيث لا يبقى الحجز مدة طويلة بدون مبرر.

ويلاحظ أنه متى سقط تسجيل التنبيه لعدم إيداع قائمة شروط البيع خلال المدة المحددة بالمادة أعتبر هذا التسجيل كأن لم يكن فيزول وتزول الآثار القانونية المترتبة عليه ويلاحظ أيضاً أن الميعاد المقرر في المادة 737 يبدأ من اليوم التالي لتسجيل التنبيه وينقضي باليوم الأخير ويمتد بسبب العطلة الرسمية، ويضاف إليه ميعاد المسافة بين موطن المدين والمكان الذي يجب فيه الوفاء والذي يفيد من ميعاد المسافة هو المدين والحائز دون الدائن مباشر الإجراءات¹

تبليغ قائمة شروط البيع:

يقوم المحضر القضائي خلال الخمسة عشر (15) يوماً الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط، بالتبليغ الرسمي للأشخاص الآتية:

- 1- المدين المحجوز عليه.
 - 2- الكفيل العيني والحائز للعقار و/أو الحق العيني العقاري إن وجد.
 - 3- المالكين على الشيوع إن كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مشاعاً.
 - 4- الدائنين المقيدين كل بمفرده.
 - 5- يائع العقار أو مقرض ثمنه أو الشريك المقاسم أو المقايض به، إن وجد. وفي حالة الوفاة، يكون التبليغ الرسمي إلى ورثة هؤلاء بصفة جماعية، دون تحديد الأسماء والصفات، في موطنهم، فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفى.
- يتضمن محضر التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع، فضلاً عن البيانات المعتادة، ما يأتي:

- 1- تاريخ إيداع قائمة شروط البيع.

¹ المراد 739 إلى 741 من قانون الإجراءات المدنية

الملكية والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبية بتاريخ جلسة البيع ومكانه ويتم كذلك إبلاغ الورثة في موطنهم المختار لوضع ملاحظتهم في القائمة خلال ثمانية أيام علي الأكثر¹.

ويتم الإخبار من المحضر القضائي بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ويترتب على عدم القيام بالإخبار بميعاد البيع ومكانه البطلان.

تنص المادة 740 "يجب على المحضر القضائي خلال خمسة عشر (15) يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط ، أن يبلغ رسميا الأشخاص الآتية:

- 1- المدين المحجوز عليه.
 - 2- الكفيل العيني والحائز للعقار و/أو الحق العيني العقاري إن وجدا.
 - 3- المالكين على الشيوع إن كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مشاعا.
 - 4- الدائنين المقيدون كل بمفرده.
 - 5- بائع العقار أو مقرض ثمنه أو الشريك المقاسم أو المقايض به، إن وجد.
- وفي حالة الوفاة، يكون التبليغ الرسمي إلى ورثة هؤلاء بصفة جماعية، دون تحديد الأسماء والصفات، في موطنهم، فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفى.

يتضمن محضر التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع ، فضلا عن البيانات المعتادة، ما يأتي:

- 1- تاريخ ايداع قائمة شروط البيع.
 - 2- تعيين العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة بالإجمال.
 - 3- الثمن الأساسي المحدد جملة أو لكل جزء.
 - 4- تاريخ وساعة الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات المحتملة، وتاريخ وساعة جلسة البيع بالمزاد العلني.
 - 5- إنذار المبلغ لهم بالاطلاع على قائمة شروط البيع لإبداء الملاحظات والاعتراضات المحتملة، وإلا سقط حقهم في التمسك بها.
- ويلاحظ أن هناك أسباب توجب وقف البيع وهناك أسباب تجيز وقفه ، ومن

أسباب الوقف الوجوبي أو الحتمي أن يكون سند التنفيذ حكما مشمولاً بالنفاذ المعجل ولكنه لم يصبح نهائيا إذا يجب عملا بالمادة عدم إجراء المزايدة إلا بعد صيرورته نهائيا وطبقا للمادة 743 من قانون الإجراءات المدنية يجوز لكل من المدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني، أن يطلب بطريق الاستعجال، وقف إجراءات البيع مؤقتا على عقار و/ أو حق عيني عقاري أو أكثر من العقارات المحجوزة، إذا أثبت أن قيمة إحدى هذه العقارات و/ أو الحق العيني العقاري كاف للوفاء بديون جميع الدائنين.

يحدد الأمر الاستعجالي العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية محل التوقيف المؤقت للبيع.

مع ذلك يجوز لكل دائن حتى بعد الحكم برسو المزاد أن يستمر في بيع تلك العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية إذا لم يكف الثمن الناتج عن البيع للوفاء بدينه.

الإعلان عن البيع:

إذا ما تحددت جلسة البيع نهائيا سواء بعدم تقديم اعتراضات مما أدى إلى سقوط جلسة الاعتراضات واستقرار جلسة البيع، أو بتحديدتها بأمر من قاضي الحجوز بناء على طلب من ذوي الشأن، فإن المشرع يوجب أن يعلن عن البيع قبل جلسة البيع المحدد لإجرائه بمدة بين ثلاثين وعشرين يوما علي الأقل ويتم ذلك كما بلصق الإعلانات في الأمكنة الآتي بيانها:

- (أ) باب كل عقار من العقارات المطلوب بيعها إذا كانت مسورة أو كانت من المباني.
- (ب) لوحة الإعلانات بالبلدية مقر العقار.
- (ج) اللوحة المعدة للإعلانات بمحكمة التنفيذ، وإذا تناول التنفيذ عقارات تقع في دوائر محاكم أخرى تلتصق الإعلانات أيضا في لوحات هذه المحاكم.
- ويجب أن يثبت المحضر في ظهر إحدى صور الإعلان أنه أجرى الإلصاق في الأمكنة المتقدمة الذكر ويقدم هذه الصورة لقم الكتاب لإيداعها ملف التنفيذ.
- (د) في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار.
- (س) في الساحات والأماكن العمومية.
- (ص) وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايديين.

¹ وهذا طبقا للمادة 387 من ق.م

يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور ويرفق مع ملف التنفيذ

2- في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز.

أما الإعلان بالنشر فيقوم به محافظ البيع بالمزاد العلني أيضا في الميعاد السالف الذكر، وذلك نص الإعلان عن البيع في إحدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية، ويودع بملف التنفيذ نسخة من الصحيفة التي حصل فيها النشر مؤشر عليها من قلم الكتاب بتاريخ تقديمها إليه.

ويجب أن يشتمل الإعلان على البيانات الآتية:

(أ) اسم كل من يباشر الإجراءات والمدين والحائز والكفيل العيني ولقبه ومهنته وموطنه أو الموطن المختار.

(ب) بيان العقارات وفق ما ورد في قائمة شروط البيع.

(ج) تاريخ محضر إيداع قائمة شروط البيع.

(د) الثمن الأساسي لكل صفقة .

(هـ) بيان المحكمة أو المكان الذي يكون فيه البيع وبيان يوم المزايدة وساعتها¹.

ويجوز أن يتم الإعلان عن البيع في الأسواق وغيرها بقرار رئيس المحكمة كما يمكن أن يتم تقليل الإعلان السابق

تأجيل البيع:

الأصل أن يجرى البيع في اليوم المحدد لذلك ولكن قد تطرأ عوامل تؤدي إلى تأجيله، وهذه العوامل قد تكون قبل يوم البيع أو في يوم البيع ذاته، ومثال التأجيل في يوم البيع حالة قيام المدين بإثبات أن صافي ما تغله أمواله جميعا في سنة واحدة يكفي للوفاء بحقوق الدائنين، إذ يجوز له أن يطلب طريق الاعتراض على قائمة شروط البيع تأجيل إجراءات البيع كما سبق أن ذكرنا، وللقاضي سلطة تقديرية إزاء هذا الطلب، وإذا حكم بالتأجيل فإنه يحدد جلسة أخرى لإجراء البيع. ومثال التأجيل في يوم البيع ذاته حالة عدم إخبار من ذوي الشأن بإيداع قائمة شروط البيع، إذ يجب على القاضي أن يتأكد من تلقاء نفسه من هذا الإخبار، فإن

تحقق من أن هذا الإخبار لم يتم فعليه أن يؤجل جلسة البيع وأن يحدد ميعادا جديدا للجلسة التالية.

ومن أمثلة التأجيل في يوم البيع ذاته ما من أنه يجوز تأجيل المزايدة بنفس الثمن الأساسي بناء على طلب كل ذي مصلحة إذا كان للتأجيل أسباب قوية، كما إذا حدثت ظروف من شأنها أن قل عدد الحاضرين للاشتراك في المزايدة كإنتقال المواصلات أو سقوط أمطار غزيرة أو اضطراب الأمن أو حدوث أخطاء في تبليغات البيع بالصحف مما أدى إلى عدم حضور المزايديين، أو حدثت ظروف من شأنها تمكين المدين من الوفاء وتقاضي إجراءات التنفيذ وذلك بإمهاله بعض الوقت لحصوله على مال طارئ عن طريق الميراث أو غيره.

وسواء كان التأجيل قبل يوم البيع أو في يوم البيع ذاته، فإنه يجب أن يشتمل الحكم الصادر بتأجيل البيع على تحديد جلسة لإجراء البيع في تاريخ لاحق وتتخذ الإجراءات المتخذة في المادة 751 السابقة بخصوص النشر.

ويلاحظ أن طلب التأجيل يخضع لسلطة القاضي التقديرية ويتعين تأييده بما يبرره، ولا يجوز التأجيل بغير طلب أو بطلب واحد من أطراف التنفيذ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع من إعادة التأجيل متى وجد مبرره، فلا يوجد مانع من التأجيل أكثر من مرة إذا كان هناك ما يبرره¹.

- جلسة المزايدة:

يتولى رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض في اليوم المعين للبيع إجراء المزايدة بناء على طلب من يباشر التنفيذ أو المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أو أي دائن أصبح طرفا في الإجراءات وفقا للمادة 753 ق إ ج م، وذلك بعد التحقق من تبليغهم بإيداع قائمة شروط البيع و"بجلسة البيع".

ويبدأ إجراء المزايدة في جلسة البيع طبقا للمادة 754 بأن يقوم الرئيس بالتحقق من حضور أو غياب أطراف الحجز وإتمام إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق.

إذا كانت هذه الإجراءات صحيحة، يأمر بافتتاح المزاد العلني، وينكر بشروط البيع ونوع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع، والثمن الأساسي والرسوم

والمصاريف، ثم يحدد مبلغ التخرج في المزيدة حسب أهمية العقار و/أو الحق العيني العقاري، وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة آلاف دينار (10.000 دج) في كل عرض. وعند إجراء المزيدة لا يخلو الحال من الفروض التالية:

(أ) إذا لم يتوفر النصاب من المزايدين أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزيدة، أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال خمس عشرة (15) دقيقة، أثبت الرئيس تلك في سجل الجلسة، وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي.

(ب) في الجلسة الجديدة، وبغض النظر عن عدد المزايدين، إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف، قرر الرئيس تأجيل البيع وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق وفقا للمادة 750. في الجلسات الموالية، يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي، إلا إذا قبل الدائن الحاجز أو أحد الدائنين المتدخلين في حجز استيفاء الدين عينا بالعقار و/أو الحق العيني العقاري، بالثمن الأساسي المحدد له.

(ج) أن يتقدم أكثر من مشتري في جلسة البيع، وفي هذه الحالة يعتمد القاضي العطاء في الجلسة فورا لمن تقدم بأكبر عرض، ويعتبر العرض الذي لا يزداد عليه خلال ثلاث دقائق وعقب إطفاء ثلاث شموع توقد تباعا مدة كل منها دقيقة منهيًا للمزيدة، ويلاحظ أن كل عرض يعتبر مستقلا عن غيره من العروض الأخرى، ومعنى ذلك أنه إذا كان أحد العروض باطلا فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان العروض التالية له، ومن ثم لا يجوز لمن أعتمد عطاءه أن يطلب بطلانه بحجة أن العرض السابق عليه كان باطلا.

وقرار القاضي باعتماد العطاء هو عمل إجرائي لا يتم به البيع¹، إذ أن البيع لا يتم إلا بحكم إيقاع البيع، ولذلك لا يترتب على اعتماد العطاء.

- **الحكم بإيقاع البيع:** إن مجرد اعتماد عطاء المزيدة لا يترتب عليه انتقال الملكية إليه، بل لا بد من صدور حكم بإيقاع البيع من قاضي التنفيذ، وبتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشتري بالمزاد

وحكم إيقاع البيع لا يعتبر من حيث المضمون حكما قضائيا¹ فهو لا يحسم نزاعا ولا يصدر في خصومة ولذلك لا يلزم تسببيه، ولا يمكن الطعن فيه ولكنه من حيث الشكل هو حكم لأنه يصدر بإجراءات إصدار الأحكام ووفقا للشكل المحدد في القانون للأحكام، فهو في حقيقته بمثابة قرار يصدر بما للقاضي من سلطة ولائية فهذا الحكم وإن اتخذ شكل الأحكام فإنه ليس له منها إلا الاسم، لأن القاضي لا يفعل سوى مراقبة إجراءات البيع وتقرير أن المزاد قد فتح وأن شخصا قد أعتمد عطاؤه، وأنه دفع كامل الثمن أو أبقى منه ولهذا أوقع البيع عليه²، في كل هذا لا يختلف قراره عن قرار المحضر بإيقاع البيع بالنسبة لبيع المنقول، أما إذا فصل الحكم في دعوى أثبتت أمام القاضي، فإنه يعتبر حكما قضائيا بالمعنى الصحيح بالنسبة للفصل في هذه الدعوى³

ويعتبر حكم إيقاع البيع خاتمة المطاف بالنسبة لإجراءات التنفيذ العقاري، ولا يتبقى بعده سوى توزيع حصيلة التنفيذ، وهو يمثل الغاية التي يصبو إليها الحاجزون وكل من يعد طرفا في الإجراءات وأصحاب المصلحة في شراء العقار، ولهذا فأهميته كبيرة بالنسبة لكل هؤلاء فضلا عن المدين والحائز وكل من تعلقت له مصلحة في التنفيذ، وهو سند ملكية المشتري بالمزاد وبمقتضاه يتلقى حقه ولذلك كانت أهميته بالغة بالنسبة إليه، وهو خاتمة إجراءات التنفيذ كما ذكرنا آنفا، فكل من يهمله هدم هذه الإجراءات يتطلع إليه ليظعن في شكله أو ليستند إلى بطلان الإجراءات السابقة عليه فيزول بزوالها، وهو لا يعد حجز على من لم يكن طرفا في إجراءات التنفيذ بشخصه أو بمن يمثله، فإذا لم ينذر الحائز مثلا بالدفع أو بالتخليه جاز له أن يرفع دعوى أصلية بطلب بطلانه بدلا من الطعن فيه بالاستئناف⁴.

المادة 763: يتضمن حكم رسو المزاد، فضلا عن بيانات الأحكام المألوفة وأسماء وألقاب الأطراف ما يأتي:

¹ (فتحي والي- بند 280 ص 527، أحمد أبو الوفا- إجراءات التنفيذ- بند 367 ص 764

² مسزوار برى- التنفيذ العقاري- بند 207 ص 191، فسان- ص 247، عبد الحميد أبو هيف- بند 786، أحمد أبو الوفا- بند 367

ص 774، رمزي سيف- بند 483 ص 487، فتحي والي- بند 280 ص 528،

³ فسان- التنفيذ- بند 260 ص 247، فتحي والي- بند 280 ص 528.

⁴ أحمد أبو الوفا- إجراءات التنفيذ- بند 366 ص 762

- 1- السند التنفيذي الذي بموجبه يقع الحجز والإجراءات التي تلتها، لاسيما تاريخ كل من التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء وإعلان البيع.
 - 2- تعيين العقار و/ أو الحق العيني العقاري المباع ومشمولاته والارتفاقات العالقة به إن وجدت، كما هو معين في قائمة شروط البيع.
 - 3- تحديد الثمن الأساسي للعقار و/ أو الحق العيني العقاري المباع.
 - 4- إجراءات البيع بالمزاد العلني.
 - 5- الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصا طبيعيا أو معنويا.
 - 6- الثمن الراسي به المزاد وتاريخ الدفع.
 - 7- إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس، حسب الأحوال، بتسليم العقار و/ أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد.
- المادة 764: لا يبلغ حكم رسو المزاد لأطراف الحجز، ويتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 763-7 أعلاه.
- يترتب على قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية تطهير العقار و/ أو الحق العيني العقاري من كل التأمينات العينية.
- ويحسم حكم رسو المزاد إشكالات ما قبل المزايدة بحيث لا يجوز أن يستأنف ليطعن على إجراء سابق على المزايدة كان في مقذور طرف الحجز أن يطعن عليه في ميعاد حدده المشرع أو قبل إجراء البيع.
- وتعتبر إجراءات التنفيذ قد تمت في تاريخ صدور الحكم بإيقاع البيع وتنتج أثرها من هذا الوقت ولا تتراخي إلى وقت التسجيل، ويجوز لكل ذي مصلحة رفع دعوى أصلية ببطلان حكم إيقاع البيع أو عدم نفاذه لقيامه على الغش أو كان قد تم الحصول عليه بإجراءات صورية.
- وطبقا للمادة 762: تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية.
- يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين (2) من تاريخ صدوره.

استيفاء الدائن لحقه

توزيع الأموال المتحصلة من الحجز:

إن المرحلة النهائية من مراحل التنفيذ الجبري بنزاع الملكية هي استيفاء الدائن حقه، وهذه المرحلة ليست من خصائص التنفيذ والملكية وحده بل هي الغاية من إجراءات التنفيذ الجبري في جميع الأحوال.

ولا يثير استيفاء الحق صعوبة إجرائية إلا حيث يتعدد الدائنون الحاضرون ولا تكفي حصيلة التنفيذ للوفاء لهم بكامل حقوقهم وإزاء ذلك وضع المشرع قواعد التوزيع بحيث يشترك جميع الحاضرين في تحمل خسارة بعض حقوقهم بأن تقسم عليهم هذه الحصيلة تقسيما تناسيبيا مع مقدار حق كل منهم إلا إذا كان هناك دائنون ذو أفضلية كأصحاب التأمينات العينية أو حقوق الامتياز فيحصل التوزيع بترتيب هذه الأفضلية وما يبقى من حصيلة التنفيذ بعد ذلك يقسم بين الدائنين العاديين قسمة غرماء ولا تولى الأولوية في الحجز إلى إعطاء أولوية في استيفاء الحاجز حقه.

- أهمية أعمال إجراءات توزيع حصيلة التنفيذ بمعرفة المحكمة عند تعدد الحاجزين وعدم كفاية الحصيلة للوفاء بحقوقهم:

لا شك في أن المرحلة النهائية من مراحل التنفيذ الجبري هي استيفاء الدائن لحقه وهذا الاستيفاء هو الغاية من إجراءات التنفيذ الجبري، ولا يثير الاستيفاء مشاكل إجرائية إلا حيث يتعدد الدائنون ذوو الحق في الاستيفاء، ولا تكفي حصيلة التنفيذ للوفاء بكامل حقوقهم، وعندئذ ينظم المشرع عادة قواعد لتوزيع هذه الحصيلة على هؤلاء الدائنين تسمى قواعد التوزيع¹.

فتوزيع حصيلة التنفيذ الذي نوضحه الآن هو التوزيع بمعرفة محافظ البيع بالمزاد العلني، ويقضي تدخل القضاء في إجراءات التوزيع لتذليل الصعوبات التي يثيرها بين الدائنين الحاجزين، ويترتب على ذلك نتيجتين²:

(أ) النتيجة الأولى: أنه إذا كان الدائن الحاجز واحد فإنه يستوفى حقه مباشرة ممن تكون حصيلة التنفيذ تحت يده، سواء أكان المحجوز لديه أو المحضر أو

¹فتحى والي- التنفيذ الجبري- بند 301 ص 558

²رمزي سيف- بند 564-566 ص 567 و ص 658

كاتب المحكمة، وعلى من تكون حصيلة التنفيذ تحت يده قبل الوفاء للحاجز أن يتأكد من استيفاء الحاجز لشروط الوفاء له.

الوفاء للحاجز إذا كان واحداً واجب سواء أكانت حصيلة التنفيذ كافية للوفاء بدينه أو غير كافية، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للدائن أن ينفذ على أموال المدين الأخرى ليستوفي الباقي له من دينه.

(ب) النتيجة الثانية: أنه إذا تعدد الحاجزون وكانت حصيلة التنفيذ كافية للوفاء بجميع حقوق الدائنين الحاجزين ومن يعتبر طرفاً في الإجراءات وجب على من تكون لديه المبالغ المتحصلة من التنفيذ أن يؤدي لكل دائن دينه بعد تقديم سنده، فإذا لم يكن بيد الدائن الحاجز سند تنفيذي فلا يجوز الوفاء إلا بموافقة المدين، وفي هذه الحالة يكون الوفاء وفاء اختيارياً تم برضاء المدين.

ومن البديهي أن ما يتبقى من حصيلة التنفيذ بعد الوفاء بجميع حقوق الحاجزين يكون من حق المدين فله أن يقبضه ممن تكون حصيلة التنفيذ تحت يده.

في هاتين الحاليتين لا يلجأ إلى إجراءات التوزيع بمعرفة القاضي التي نص عليها القانون، لأنه لا صعوبة فيما يقتضي تدخل القاضي لتذليلها.

كما أن الوفاء للدائنين مباشرة على النحو المتقدم يكون في حالة ما إذا كان جميع الدائنين دائنين عاديين، أو كان بينهم دائنون ممتازون، مادام المبلغ المتحصل من التنفيذ كافياً للوفاء بحقوقهم، لأنه في هذه الحالة لا تبدو أهمية لأولوية دائن على آخر.

وإنما تبدو الحاجة إلى الالتجاء إلى إجراءات التوزيع بمعرفة القاضي في الحالة التي يتعد فيها الحاجزون ومن في حكمهم وتكون حصيلة التنفيذ غير كافية للوفاء بحقوقهم، ويوجب القانون في هذه الحالة على من تكون حصيلة التنفيذ تحت يده أن يودعها خزنة المحكمة التي يتبعها المحجوز لديه أو التي تقع في دائرتها مكان البيع سواء أكان المبيع عقاراً أم كان منقولاً وسواء أكان الحجز على المنقول لدى المدين أم كان لدى الغير.

قاعدة التوزيع بالمحاصة أو قسمة الغرماء:

تأولها المشرع في المواد من 790 إلى 799 ق.إ.م" وهي أنه إذا كان مقدار الأموال المتحصلة من الحجز أو من بيع الأشياء المحجوزة لا يكفي لسداد كافة حقوق الدائنين للمعومين، فإن على الدائنين أن يتفقوا مع المدين على طريقة التوزيع بالمحاصة أي القسمة

بين الغرماء في ميعاد ثلاثين يوماً تبدأ من يوم تبليغهم ممن يعنيه تعجيل التوزيع. أي لكل دائن بنسبة حقه في حالة تعدد الدائنين وعدم كفاية أموال المدينين لسداد حقوقهم جميعاً مع مراعاة عدم الإخلال بحقوق الدائنين أصحاب التأمينات العينية الذين لهم حق الأفضلية على الدائنين العاديين ويحصل التوزيع فيما بعضهم وبعض بحسب درجاتهم طبقاً لأسبقية القيد.

إجراءات التوزيع بالمحاصة:

إذا انقضى ميعاد الثلاثين يوماً ولم يتفق الدائنون مع المدين فيكون لمن يعينه تعجيل التوزيع أن يقدم طلب بفتح إجراءات التوزيع بالمحاصة إلى قلم كتاب المحكمة الموضوعة لديه المبلغ المخصص للتوزيع، وفي حالة تعدد المحجوز أمام جهات قضائية مختلفة فإن الأموال المتحصلة في هذه الحجز تودع جميعها قلم كتاب المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين (راجع المادتين 794 و 795 ق.غ.م). ويعلن افتتاح إجراءات التوزيع مرتين بين كل منهما عشرة أيام في صحيفة مقررّة لنشر التبليغات القضائية وفي الجهة القضائية التي يتم التوزيع فيها. وعلى كل دائن أن يقدم مستنداته في ميعاد عشرة أيام من انتهاء فترة الثلاثين يوماً وإلا سقط حقه في المشاركة في التوزيع (المادة 794 ق.إ.م).

مشروع التقسيم :

وبعد انقضاء الثلاثين يوماً المنكور يضع القاضي مشروع التقسيم ويخطر به الدائنين والمدين، ويكون لهؤلاء حق الاعتراض على هذا المشروع خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ هذا الإخطار بحيث أن أي اعتراض بعد الميعاد يكون غير مقبول (المادة 794 ق.إ.م).

منازعات التنفيذ

خصائص منازعات التنفيذ وأنواعها وشروط قبولها والتنظيم التشريعي لها

- منازعات التنفيذ هي التي تنشأ بمناسبةها ويكون هو سببها وتكون هي عارض من عوارضه:

ولم يعرف المشرع منازعات التنفيذ، كما أنه لم يضع ضابط لها، ولذلك تعددت آراء الفقه في التعريف بتلك المنازعات، فقد قيل أن المنازعة في التنفيذ هي دعوى تتعلق بالتنفيذ الجبري، وهي تتميز بأنها لا تعتبر جزءاً من خصومة التنفيذ أو مرحلة منها بل تخرج عن نطاقها وسيرها الطبيعي، فهي وإن تعلقت بها- تعتبر مستقلة عنها،

فخصوصية التنفيذ ترمي إلى استيفاء الدائن لحقه جبراً، أما المنازعة في التنفيذ فهي خصومة عادية ترمي إلى الحصول على حكم بمضمون معين¹.

كما قيل بأن منازعات التنفيذ هي المنازعات التي تتعلق بإجراءات التنفيذ وتؤثر في سير هذه الإجراءات ومثال ذلك أن دعوى عدم الاعتداد بالحجز، ودعوى رفع الحجز، ودعوى قصر الحجز على بعض أموال المحكوم عليه، ودعوى المنازعة في صحة تقرير المحجوز لديه، ودعوى استرداد المنقولات في التنفيذ المحجوزة ومثال ذلك أيضاً طلب وقف التنفيذ مؤقتاً وطلب الاستمرار في التنفيذ على الرغم من رفع دعوى الاسترداد².

وذهب البعض إلى منازعات التنفيذ هي عبارة عن دعاوى تتعلق بالتنفيذ، فهي ادعاءات أمام القضاء، إذا أصبحت تؤثر في التنفيذ سلباً أو إيجابياً، كادعاء بطلان التنفيذ أو صحته، وطلب وقفه أو الحد منه أو الاستمرار فيه³.

وقيل أنه لا يكفي لاعتبار المنازعة متعلقة بالتنفيذ مجرد اتصالها بتنفيذ جبري، بل يتعين فوق هذا أن تكون منصبة على إجراء من إجراءاته أو متعلقة بسير التنفيذ و مؤثرة في جريانه⁴، وقيل أنها هي الاعتراضات أو الطلبات التي تمسك بها أحد أطراف التنفيذ أو الغير - بمناسبة وجود دعوى تنفيذية أو خصومة تنفيذ - و يفصل فيها القاضي بحكم قضائي يكون له أثر على الدعوى التنفيذية أو على خصومة التنفيذ⁵، وقضت محكمة النقض المصرية بأن المقصود بالمنازعة الموضوعية في التنفيذ هي تلك التي يطلب فيها الحكم بإجراء يحسم النزاع في أصل الحق، في حين أن المنازعة الوقتية بطلب الحكم فيها بإجراء وقتي لا يمس أصل الحق - والعبرة في ذلك بأخر طلب للخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى⁶.

والراجح هو ما ذهب إليه البعض أن منازعات التنفيذ هي تلك المنازعات التي تنشأ لمناسبة التنفيذ الجبري بحيث يكون هو سببها وتكون هي عارض من عوارضه.

وتفصيل ذلك أنه إذا كان التنفيذ الجبري هو الذي تجريره السلطة العامة بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء الحق الثابت في السند من المدين قهراً عنه، تكون منازعات التنفيذ هي تلك المنازعات التي تدور حول الشروط الواجب توافرها لاتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، فيصدر فيها الحكم بجوازه، بصحته أو بطلانه، بوقفه أو باستمراره، بعدم الاعتداد به، أو بالحد من نطاقه، أو يصدر فيها الحكم بصدد أي عارض يتصل بهذا التنفيذ، وقد تقام المنازعة من جانب أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر، أو من جانب الغير في مواجهتها، وقد تقام قبل البدء في التنفيذ وقد تقام بعد تمامه، وقد تقام بدهاءة وهي الصورة الغالبة في أثنائه، وقد يصدر فيها حكم موضوعي قطعي إذا كانت المنازعة موضوعية، وقد يصدر عنها حكم وقتي إذا كانت المنازعة وقتية. وقد عرفت محكمة النقض المصرية منازعة التنفيذ الجبري بأنها هي تلك المنازعة المنصبة على إجراء من إجراءات التنفيذ أو المؤثرة في سير إجراءات التنفيذ وإجراءاته.

2- الإشكال هو منازعة وقتية في التنفيذ تتميز عن المنازعة الموضوعية

يقسم الفقه منازعات التنفيذ وفقاً لطبيعة الحكم المطلوب صدوره فيها إلى نوعين: منازعات موضوعية ومنازعات وقتية، والمنازعات الموضوعية هي التي يطلب فيها حسم موضوع المنازعات كالحكم بصحة التنفيذ أو الحكم ببطلانه ومن أمثلتها دعوى استرداد المنقولات المحجوزة ودعوى الاستحقاق الفرعية ودعوى رفع الحجز إذا كان واقعا على مال المدين لدى الغير والتظلم من أمر الحجز، أما المنازعات الوقتية فهيا التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي حتى يفصل في موضوع المنازعة كالحكم بالاستمرار في التنفيذ حتى يحكم بصحته أو يحكم بوقف التنفيذ حتى يحكم ببطلانه ويطلق على هذه المنازعات الوقتية تعبير إشكالات التنفيذ وهي تتميز بأنه يترتب على مجرد رفعها وقف التنفيذ مؤقتاً بينما لا يترتب على رفع المنازعات الموضوعية وقف التنفيذ لا بد من صدور حكم فيها لصالح رافعها وذلك

¹ فنجي والي-التنفيذ الجبري - بند 335 ص 605

² أمينة النمر-التنفيذ الجبري-بند 16 ص 18

³ راجدي راغب-النظرية العامة للتنفيذ القضائي - ص 327

⁴ أمينة النمر-التنفيذ الجبري-بند 16 ص 18

⁵ فنجي والي-التنفيذ الجبري - بند 335 ص 605

⁶ طعن 987 لسنة 46 قضائية 1983/06/8 مجموعة أحكام النقض

استثناء دعوى استرداد المنقولات المحجوزة الأولى فرغم أنها منازعة موضوعية في التنفيذ إلا أنه يترتب على مجرد رفعها وقف التنفيذ¹.

إذن تنقسم منازعات التنفيذ إلى موضوعية ووقئية وذلك بحسب المطلوب في الدعوى، فالمنازعات الموضوعية هي التي يطلب فيها الحكم في موضوع المنازعة بما يحسمها، وذلك سواء تعلقت بأصل الحق الذي يجرى التنفيذ لإقتضائه أو لا، ومن أمثلتها أيضا دعوى بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ، أما المنازعات الوقئية أي إشكالات التنفيذ، فهي التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي إلى حين الفصل في موضوع المنازعة كما ذكرنا أنفاً، ويلاحظ أن تعبير المنازعة هو تعبير عام ينطوي على المنازعة الموضوعية والمنازعة الوقئية، أما اصطلاح الإشكال في التنفيذ فإنه ينطبق فقط على المنازعة الوقئية.

ويذهب البعض إلى إطلاق اصطلاح الإشكالات على كافة منازعات التنفيذ سواء الوقئية أو الموضوعية و يسمى الأولى إشكالات وقئية والثانية إشكالات موضوعية كما أنه من الناحية العملية ينبغي قصر اصطلاح إشكالات التنفيذ على المنازعات الوقئية، منعا من أي لبس ومنعا من الخلط بينها وبين المنازعات الموضوعية التي لها قواعدها وأحكامها التي تختلف عن قواعد وأحكام الإشكالات، إذ للفرقة بين الإشكال الوقتي والمنازعة الموضوعية أهمية بالغة تظهر في الأمور الآتية:

أولاً: من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق على كل منهما فالإشكالات الوقئية تتبع فيها القواعد والإجراءات التي تتبع بالنسبة للقضاء المستعجل، لأن قاضي الأمور المستعجلة يختص بها، وعلى هذا نصت المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية بقولها " في جميع أحوال الاستعجال ، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة ، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب ، وينادي عليها في أقرب جلسة .

كما نصت المادة 632 ترفع دعوى الإشكال في التنفيذ من طرف المستفيد من السند التنفيذي أو المنفذ عليه أو الغير الذي له مصلحة ، بحضور المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ.

في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف ، يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة ، عن طريق دعوى

استعجالية من ساعة إلى ساعة وتكليف المحضر القضائي وباقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس .

كما أن المشرع ضمن الفصل الرابع من الكتاب الثالث الخاص بالتنفيذ بعض القواعد التي تطبق على الإشكالات الوقئية وحدها من حيث إجراءات رفعها وأثرها وكيفية الحكم فيها (المواد 632 إلى 635).

أما المنازعات الموضوعية فتتبع بالنسبة لها الإجراءات المقررة أمام محكمة الموضوع بإعتبارها منازعات موضوعية

ثانياً: أن قاضي التنفيذ حينما يفصل في المنازعة الوقئية فإنه ممنوع عليه المساس بأصل الحق وعليه أن يقضي في الطلب الوقتي من ظاهر الأوراق دون ما تعمق في بحث أصل الحق ولا يجوز له في سبيل تكوين عقيدته أن يلجأ لإجراءات الإثبات كإحالة الدعوى للتحقيق أو نذب خبير أو إستجواب الخصوم أو توجيه اليمين الحاسمة أما في المنازعة الموضوعية فإنه يتعين على القاضي أن يحسم النزاع وأن يتعمق في أصل الحق وأن يلجأ لكافة طرق الإثبات الجائزة قانوناً.

وبذا حكمت المحكمة العليا "يستفاد من قضية الحال- أن قضاة الاستعجال لما أمروا بتأييد الأمر المستأنف مبدئياً وتعديلاً له قضاوا بأن يقع التنفيذ على الطابق العلوي فقط من السكن المتنازع عليه، فإنهم قد أساءوا تطبيق القانون إذ كان عليهم أن يقتصر قضاؤهم على الاستمرار في التنفيذ إن لم يوجد إشكال أو وقفه إن ثبت ذلك ولا يسوغ لهم أن يفصلوا في نزاع قد حسمه قضاة الموضوع مما يجعلهم قد خرقوا أحكام المادتين

183 و 186 من قانون الإجراءات المدنية و عرضوا قرارهم للنقض الجزائي¹
ثالثا: أن الحكم الصادر في المنازعة الوقتية حجيته مؤقتة أمام قاضي الأمور
المستعجلة عند نظر ذات النزاع مرة أخرى فله أن يعدل عنه إذا تغيرت الظروف
أو المراكز القانونية للخصوم أما الحكم الصادر في المنازعة الموضوعية فهو حجة
أمام كافة المحاكم وتسمو حجيته على قواعد النظام العام.

رابعا: من حيث الطعن في الأحكام الصادرة في كل منهما، فالأحكام الصادرة
في الإشكالات الوقتية تقبل الطعن فيها بالاستئناف دائما أسوة بالأحكام الصادرة
في المسائل المستعجلة، لأن قاضي الأمور المستعجلة يختص بها بوصفه قاضيا
التنفيذ المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية، أما الأحكام الصادرة في
المنازعات الموضوعية فتقبل الاستئناف أو لا تقبله بحسب قيمتها على النحو
الذي سنوضحه عند الحديث عن قاضي التنفيذ.

والحق أنه فيما عدا الاختصاص بالمنازعات الموضوعية والوقتية لقاضي
التنفيذ، فإن القواعد التي تخضع لها المنازعات الموضوعية.

- تتميز منازعات التنفيذ بخصائص معينة هي على النحو التالي²:

أولا: أنها منازعات قانونية تطرح على القضاء وتنشأ عنها خصومات
لاستصدار حكم فيها، فهي ليست عقبات مادية كما ذكرنا آنفا.

ثانيا: أنها منازعات تتعلق بما أوجبه القانون من شروط يتعين توافرها
لإجراء التنفيذ وإجراءات يتعين القيام بها ومثال هذا، ادعاء المدين عدم تبليغه
بالسند التنفيذي، والتنفيذ بموجب حكم غير جائز التنفيذ كما لو كان ابتدائيا غير
مشمول بالتنفيذ المعجل، والتنفيذ الجبري اقتضاء لحق غير محقق الوجود أو غير
حال الأداء أو غير معين، أو اقتضاء لحق انقضى بسبب من أسباب انقضاء
كالوفاء، والتفادم، وادعاء المدين الحجز على أموال لا يجوز حجزها، ومثال هذا
كذلك، إدعاء الدائن أن الإشكال الوقتي لا يوقف التنفيذ، وادعاء الغير توقيع
الحجز على أموال مملوكة له.

ثالثا: أن منازعات التنفيذ هي التي تتعلق به أيا كان من قدمها الى المحكمة،
فقد تبدي المنازعة من المدين في مواجهة الدائن بقصد منع التنفيذ أو وقفه لانتهاء
شروط التنفيذ الجبري أو لعدم اتخاذ الإجراءات المقررة قانونا، ومثال هذا،
إجراء التنفيذ من غير الدائن أو عدم تقديم كفالة للتنفيذ المعجل للحكم، وقد تبدي
المنازعة من الدائن للاستمرار في التنفيذ لعدم قيام المحضر بالإجراءات لأحد
الأسباب القانونية مثل سقوط الحكم الغيابي لعدم تبليغه خلال عامين، أو سقوط
أمر الأداء لعدم تبليغه خلال ثلاثة أشهر، وكذلك استمرار في التنفيذ إذا وقف
التنفيذ دون سبب قانوني مثل وقف التنفيذ نتيجة لرفع إشكال وقتي ثان، وقد تبدي
المنازعة من غير أطراف التنفيذ في مواجهتهما لوقف التنفيذ ومنعه مثل حالات
توقيع الحجز على أموال ليست مملوكة للمدين.

والقاعدة فيما يتعلق بقبول المنازعات المرفوعة من أطراف التنفيذ أنها تكون
مقبولة ولو لم يكن التنفيذ قد بدأ.

رابعا: أن هذه المنازعات ليست اعتراضا على التنفيذ فحسب، وإنما هي
منازعة متعلقة به، ولهذا فقد تقام قبل البدء بالفعل في التنفيذ حوله بصدد إنكار
القوة التنفيذية للسند التنفيذي وبشرط عدم المساس بحجية الأحكام، وقد تقام بعد
تمام التنفيذ وقد تقام من جانب الدائن بقصد السير في إجراءات التنفيذ إذا إمتنع
المحضر عن مباشرة التنفيذ بحجة قيام مانع قانوني يمنع من موالاته، وقد تقام
دون أن يكون موضوعها متصلا بالاعتراض على التنفيذ أو بطلب السير فيه
وإنما يكون متصلا بعارض من عوارضه بحيث يكون هو سبيلها، كالمنازعة في
صحة التقرير بما في الذمة في حجز ما للمدين لدى الغير.

خامسا: أن هذه المنازعة قد تطرح إلى القضاء في شكل خصومة يصدر فيها
حكم قطعي، أو حكم وقتي، أو في شكل إجراءات ولائية يصدر فيها أمر ولائي،
وبهذا لا تختلف منازعة التنفيذ عن أية منازعة قضائية أخرى، والقاعدة أن لكل
منازعة وجه موضوعي ووجه وقتي ووجه ولائي إذا تطلب الأمر ذلك.

سادسا: إن هذه المنازعات ليست من قبيل التظلم في الحكم المراد التنفيذ بمقتضاه-إذا
كان التنفيذ حاصلًا بمقتضى حكم، وإنما هي منازعات تتصل بالتنفيذ.

¹ملف 207383 بتاريخ 1998.10.07 م ق 99/1

²أمية المسر- قوانين المرافعات- الكتاب الثالث- بند 170 ص 274 و ص 275.

ويترتب على هذه القاعدة أن الخصومة في التنفيذ ليس لها-في ذاتها-أثر موقف للسند التنفيذي أي للتنفيذ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك-كما هو الحال بالنسبة إلى الإشكال الوتقي الأول في التنفيذ¹ (مادة 585) أو الدعوى الأولى لاسترداد المنقولات المحجوزة (مادة 716)، أما الطعن في الحكم فلم يجعل له المشرع أثر موقف لتنفيذه كقاعدة عامة، وإن كان قد أجاز لمحكمة الطعن وقف هذا التنفيذ.

كما يترتب على هذه القاعدة أن الخصومة في التنفيذ لا تطرح على محكمة الموضوع الذي حسمه الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه، وهذا على خلاف الخصومة في الطعن في الحكم، إذ يترتب على الطعن العادي فيه طرح النزاع المرفوع عنه الطعن إلى مجلس القضاء ليفصل فيه من جديد، ويكون له كل ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة في هذا الصدد.

وإذن، ومادام لكل من الخصومة في الطعن في التنفيذ والخصومة في الطعن في الحكم مجالها الخاص بها، ومادامت الخصومة في التنفيذ لا تنقل النزاع الذي حسمه الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه إلى محكمة التنفيذ يكون على هذه المحكمة احترام حجية الحكم في حدود موضوع النزاع الذي صدر فيه الحكم وسببه وأطرافه، عملاً بالقواعد العامة ويكون عليها أيضاً مراعاة ذلك من تلقاء نفسها عملاً بأحكام القانون الذي اعتبر حجية الأحكام متصلة بالنظام العام، وبناء عليه لا تجدي المنازعة في التنفيذ، إلا إذا كان مبناها وقائع لاحقة على صدور الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه، أما إذا كان مبناها وقائع سابقة على الحكم، فالمفروض

أنه قد حسمها بصورة صريحة أو ضمنية سواء أكان قد دفع بها فعلاً أثناء نظر الخصومة التي صدر منها هذا الحكم أم لم يدفع بها.

ومن أمثلة ما لا تجدي فيه المنازعة الادعاء بأن الحكم قد صدر من محكمة غير مختصة (وسبيل التظلم من هذا الحكم هو بالطعن فيه بطرق الطعن الجائزة قانوناً) أو الادعاء بأن المحكمة التي أصدرت الحكم قد أخطأت في استخلاص الوقائع أو في تقديرها أو أخطأت في تطبيق القانون على الوقائع المستخلصة أو طبقت غير القاعدة المتعين أعمالها أو أنها لم تراعى الإجراءات والأوضاع التي أوجبها القانون عند إصدار الحكم، إنما تقبل المنازعة إذا كان مبيناً على انعدام الحكم كالادعاء بتزويره أو بصوره على شخص متوفى قبل رفع الدعوى أو صدوره على شخص لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الدعوى.

- أسس تقسيم منازعات التنفيذ: فضلاً عن تقسيم منازعات التنفيذ على أساس طبيعة الحكم المطلوب صدوره إلى منازعات وقتية أي إشكالات وموضوعية على نحو ما ذكرنا آنفاً، فإن هناك تقسيمات أخرى لها.

شروط قبول منازعات التنفيذ:

لا شك في أن منازعات التنفيذ باعتبارها دعاوى تخضع للقواعد العامة لقبول الدعوى، فيشترط لقبولها الأهلية أي أهلية رافعها ومشروعية موضوعها، كما يشترط لقبولها أن تتوفر المصلحة والصفة واحترام حجية الأمر المقضي، ولا تحتاج شروط الأهلية أو المشروعية إلى توضيح لأن شأن منازعات التنفيذ شأن أي دعوى في هذا الصدد، وسوف نوضح الآن شرط المصلحة والصفة واحترام الحجية:

- شرط المصلحة في رافع المنازعة:

يشترط لقبول المنازعة أن يكون لصاحبها مصلحة فيها، ولذا لا تقبل مثلاً المنازعة من الحاجز، إذا كان دائناً مرتئناً، في صحة الحجز الذي وقعه دائن عادي على المال ذاته، لأنه سيتقدم على الدائن العادي ولو كان حجزه صحيحاً، كما لا يقبل طلب وقف التنفيذ مؤقتاً بعد أن يكون التنفيذ قد تم.

- شرط الصفة الواجب توافره في رافع المنازعة:

يجوز لكل ذي مصلحة من أطراف التنفيذ أو الغير أن ينازع في التنفيذ: فالمدين أي المنفذ ضده ينازع للاعتراض على التنفيذ طالبا الحكم ببطلته أو

المادة 585: إذا رفض الدائن العرض، جاز للمدين إيداع المبلغ أو الشيء المعروض بمكتب المحضر القضائي، وعند الاقتضاء بأمانة ضبط المحكمة.

يفصل رئيس المحكمة في كل الإشكالات التي قد تثار يأمر غير قابل لأي طعن.

يترتب على إيداع العرض، سقوط حق الدائن في المطالبة بالحقوق محل العرض والإيداع، بعد مضي أجل سنة واحدة (1) من تاريخ إيداع العرض.

يمكن للمدين استرجاع المبلغ أو الشيء المعروض والمودع، بعد انقضاء هذا الأجل، بأمر على عريضة.

قفة مؤقتا لعدم وجود أو عدم صحة إحدى مقدماته أو أركانها. كما أنه قد، يطلب الحد من التنفيذ، كدعوى الإيداع والتخصيص ودعوى قصر الحجز وطلب وقف البيع أو تأجيله.

- شرط احترام حجية الأمر المقضي :

يشترط لقبول المنازعة في التنفيذ ما يشترط في سائر الدعاوى -ألا يكون قد سبق الفصل في موضوعها، بين ذات الخصوم، بحكم قضائي.

فالدعوى لا تقبل إذا كان قد سبق الفصل فيها، وذلك لما في نظرها في هذه الحالة من مساس بحجية الأمر المقضي، أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، و يترتب على هذا ما يأتي:

أولاً: إذا صدر حكم في موضوع منازعة في التنفيذ، لا تقبل منازعة جديدة تتعارض مع ما قضى به:

(أ) فإذا صدر حكم مثلا ببطان الحجز لا يقبل بعد ذلك طلب الحكم بصحته، وإذا صدر حكم بصحة الحجز فلا يقبل طلب الحكم ببطلانه، وذلك طالما رفعت هذه الطلبات بين الخصوم الذين صدر الحكم في مواجهتهم، والوسيلة المتاحة للمنازعة في هذه الحالة هي الطعن في الحكم بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا لإلغائه أو تعديله.

(ب) الحكم الفاصل في موضوع منازعة يحول دون قبول طلبات وقتية تتعارض معه، فلا يقبل الحكم باستمرار التنفيذ مؤقتا بعد الحكم ببطلانه أو طلب وقف التنفيذ أو عدم الاعتداد بالحجز مؤقتا بعد الحكم بصحته.

ثانياً: إذا كان السند الذي يجرى التنفيذ بمقتضاه حكماً قضائياً فلا تقبل المنازعة في تنفيذه على أساس يتعارض مع ما قضى به:

فلا يجوز أن تستند المنازعة في تنفيذه إلى تجريح الحكم أو نقده، لما في هذا من مساسا بطرق الطعن المقررة قانوناً، ومنازعات التنفيذ ليست طرفاً في الأحكام، ولا يجوز أن تنحرف عن وظيفتها لتستخدم في هذا الغرض.

شروط قبول الإشكالات وكيفية رفعها وإجراءاتها وصيغها والحكم فيها وأثرها.

- تطبيق قواعد وضوابط القضاء المستعجل على الإشكالات :

يختص قاضي الأمور المستعجلة بوصفه قاضياً مختصاً بالنظر بإشكالات التنفيذ الوقتية، ومقتضى هذا أن تطبق على هذه الإشكالات القواعد والضوابط التي تطبق على القضاء في الأمور المستعجلة، فأشكالات التنفيذ الوقتية لازالت كما كانت في قانون الإجراءات المدنية السابق طائفة من المواد المستعجلة، كل ما فعله القانون الحالي، والقول بانطباق قواعد وضوابط القضاء المستعجل على الإشكالات ينعكس على شروط قبول الإشكالات التي سوف نوضحها الآن.

شروط قبول الإشكال في التنفيذ :

ينبغي توافر الشروط العامة الواجب توافرها لقبول الإشكال باعتباره منازعة وقتية في التنفيذ والتي سبق لنا توضيحها في الفصل السابق من هذا المؤلف، وهي المصلحة والصفة، إذ يجب أن يكون لرافع الإشكال مصلحة في رفعه بأن تكون هناك منفعة عملية يحميها القانون تعود على المستشكل من وراء إشكاله ويلاحظ أن المصلحة تعتبر متحققّة في الإشكال وقائمة سواء بدأ المحكوم لصالحه في التنفيذ أو لم يبدأ.

- الشرط الأول: أن يكون المطلوب في الإشكال إجراءً وقتياً.

لا يمس أصل الحق: فينبغي أن يكون المطلوب في الإشكال مجرد إجراء وقتي أو تحفظي لا يمس موضوع الحقوق المتنازع عليها، بأن يقصد رافعه وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتاً دون مساس بأصل الحق ومن أمثلة ذلك أن يطلب المنفذ ضده وقف التنفيذ مؤقتاً على أساس أن الحكم غير جائز تنفيذه أو أن يطلب الدائن الاستمرار في تنفيذ الحكم الذي رأى المحضر عدم الاستمرار فيه نظراً لخلو الحكم من الإشارة إلى النفاذ المعجل رغم أن الحكم مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

ولا يقبل الإشكال الذي يرفع بطلب موضوعي، ومثال ذلك أن يطلب المستشكل الحكم بعدم جواز التنفيذ، أو ببراءة نمته من الدين، أو ببطان إجراءات التنفيذ، أو سقوط حق الدائن في التنفيذ أو بانقضائه وغير ذلك من الطلبات الموضوعية.

ولا شك في أن شرط عدم المساس بأصل الحق لا يعدو أن يكون وجهاً آخر لشرط وجوب كون المطلوب في الإشكال إجراءً وقتياً، فهذان الشرطان يرتبطان بحيث يمكن القول بأنهما يمتزجان ليتكون منهما شرط واحد، فإن استلزم وقتية الإجراء المطلوب يقتضي بالضرورة عدم المساس بأصل الحق، كما أن عدم المساس بأصل الحق يفترض أن يكون المطلوب إجراءً وقتياً مع بقاء أصل الحق سليماً محفوظاً يتخاصم فيه الطرفان أمام قاضي الموضوع، ولذلك حق أن يقال أن هذين الشرطين ليسا إلا وجهين لمسألة واحدة، ولكن كل منهما يعتبر شركاً متميزاً، لأن محل الطلب قد يكون إجراءً وقتياً ولكن الحكم في الإشكال يقتضي مع ذلك المساس بأصل الحق، أو تثور أثناء نظر الإشكال منازعة موضوعية جديدة لا بد من التعرض لها والفصل فيها.

- وعندئذ ينحسر الاختصاص المستعجل لقاضي الأمور المستعجلة فلا يبقى أمامه إلا أن يتعرض لبحث المنازعة باعتبارها ليست من منازعات التنفيذ الموضوعية، أو يقضي بعدم اختصاصه إذا لم تكن من منازعات التنفيذ. ويترتب على ذلك النتائج التالية:

(أ) النتيجة الأولى: أنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يتعرض لأصل الحق: إذ يمتنع عليه أن يكون بشأنه رأياً قاطعاً يبنى عليه حكمه في الإجراء المؤقت المطلوب منه.

والمقصود بأصل الحق الممنوع على قاضي المستعجل التعرض له، هو النزاع الذي يبنى على الإشكال سواء كان متعلقاً بأصل الحق الحاصل بالتنفيذ وفاء له، أو بإجراءات التنفيذ الشكلية، ولكن هذا لا يمنع من أن يقدر جدياً النزاع ليأمر بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، فله مطلق الحرية في فحص كل ما يعرض عليه من الأوراق والمستندات وفي تقصي سبب النزاع وتقدير قيمته من الناحية القانونية، ليصل من كل ذلك إلى الحكم في الإشكال المعروف عليه، فإذا كان مبنى الإشكال الادعاء بالوفاء أو بطلان الالتزام فلا يجوز للقاضي المستعجل أن يعرض في قضائه إلى الفصل في صميم النزاع، فلا يمكنه القول مثلاً بأن سند الدين باطل، أو أن الدين قد انقضى، أو أن سند التخالص مزور، ولكن لا يجوز له أن

يستعرض حجج الطرفين وأسانيدهما لمعرفة أيهما أجدر بالحماية المؤقتة فيقضي بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه على هدى ما يستخلصه من ظاهر الوقائع ومن حكم القانون.

(ب) النتيجة الثانية: أنه لا يجوز للقاضي المستعجل المساس بحجية الحكم المستشكل فيه: لأن الإشكالات ليست من قبيل التظلم من الأحكام المراد التنفيذ بمقتضاها، كما ذكرنا فيما مضى، وإنما هي منازعات تتعلق بما أوجبه القانون من شروط يتعين توافرها لإجراء التنفيذ.

(ج) النتيجة الثالثة: لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على أسباب تتصل بأصل الحق: فيعتبر حكمه غير مسبب إذا استند فقط على أسباب موضوعية تتعلق بصميم النزاع، إذ يجب أن تكون الأسباب الرئيسية التي يبنى عليها الحكم متعلقة بظاهر القضية وليست حاسمة للنزاع، على أنه لا يعيب الحكم إيراد الأسباب المتعلقة بأصل الحق على سبيل التزديد.

(د) النتيجة الرابعة: أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعدم الاختصاص إذا تبين له أن الحكم بوقف التنفيذ يمس أصل الحق: بل يحكم برفض الإشكال والاستمرار في التنفيذ، وكذلك إذا أضح له أن الحكم بالاستمرار في التنفيذ يمس أصل الحق ذاته لا يقضي بعدم الاختصاص بل يحكم بوقف التنفيذ حتى لا يمس الموضوع¹.

- الشرط الثاني: الاستعجال:

لم ينص القانون على ضرورة توافر شرط الاستعجال في إشكالات التنفيذ، ولكن من المتفق عليه أن شرط الاستعجال مفترض في هذه الإشكالات ولا حاجة إلى إثباته، إذ أن إشكالات التنفيذ مستعجلة بطبيعتها، فهي ترمي دائماً إلى رفعه خطر محقق بالمستشكل، ويتمثل هذا الخطر المحقق في التنفيذ عليه إذا كان المستشكل هو المنفذ ضده أو تعطيل مصلحته في إجراء التنفيذ بموجب السند التنفيذي الذي في يده إذا كان المستشكل هو طالب التنفيذ.

- الشرط الثالث: يجب رفع الإشكال قبل أن يتم التنفيذ:

لأن الهدف من الإشكال هو وقف التنفيذ مؤقتاً أو الاستمرار فيه مؤقتاً، فإذا كان التنفيذ قد تم فإنه لا معنى لطلب وقفه ولا معنى أيضاً لطلب استمراره، وإنما

يجوز طلب إبطال ما تم من إجراءات وهذا الطلب يعتبر منازعة موضوعية في التنفيذ ولا يعتبر إشكالا.

-الشرط الرابع: رجحان وجود الحق:

يعتبر رجحان وجود الحق شرطا أساسيا لإسباغ الحماية الوقتية (المستعجلة)، فإذا تخلف هذا الشرط فإنه لا يجوز الحكم بهذه الحماية، ويتقيد قاضي الأمور المستعجلة بهذا الشرط، وهو يستدل على رجحان وجود الحق من ظاهر المستندات دون التعمق في بحثها بحث لا يمس أصل الحق، فله أن يوقف التنفيذ حتى رجح بطلانه من ظاهر المستندات.

فمن المسلم به أن الأساس القانوني للحماية الوقتية هو رجحان وجود الحق، والمقصود بهذا أن يبدو للقاضي من ظاهر المستندات أحقية الطالب فيما يطلبه.

-الشرط الخامس: يجب أن يكون الإشكال مؤسسا على وقائع لاحقة للحكم

المستشكل فيه باستثناء الاستشكال في أوامر الأداء:

إذ لا يجوز أن يؤسس الإشكال على وقائع سابقة على الحكم المستشكل فيه، لأن هذه الوقائع كان من الواجب إبدائها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه.

-الشرط السادس: يجب أن لا يتضمن الإشكال طعنا على الحكم المستشكل في تنفيذه:

إذ لا يجوز أنه يؤسس الإشكال على ما يمس حجية الحكم المستشكل فيه ويستثنى من ذلك حالة الحكم المعدوم والحكم المزور.

وحالة ما إذا كان التنفيذ بأمر أداء لم يصبح نهائيا وحالة ما إذا كان الإشكال مرفوعا ممن لا يعتبر الحكم حجة عليه:

فلا ينبغي أن يؤسس الإشكال على تخطئة الحكم، ومثال ذلك أن يطلب المستشكل وقف تنفيذ الحكم بحجة أن المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون أو أنها كانت غير مختصة، فمثل هذه الإشكالات لا تقبل لأن الإشكال ليس طريقا من طرق الطعن في الأحكام، كما أن قاضي التنفيذ ليس جهة طعن، وما يعترى الحكم من عيوب لا يكون أمام ذي الشأن حيالها إلا أن يطعن على الحكم بطريق الطعن المختلفة.

-الشرط السابع: أن يكون الحكم المستشكل في تنفيذه قابلا للتنفيذ الجبري بأن يكون حكم إلزام:

من البديهي أنه يشترط في حالة الاستشكال في تنفيذ حكم أن يكون هذا الحكم صالحا لاعتباره سندا تنفيذيا بأن يكون حكم الإلزام، إذ يشترط لقبول الإشكال أن يكون الحكم المستشكل في تنفيذه من أحكام الإلزام كالحكم بإلزام أحد الخصوم بأداء مبلغ معين، أو الحكم بالنفقة، أو الحكم بالتسليم أو الطرد أو الإزالة أو سد المطل.

أما الأحكام المقررة كالحكم بصحة العقد أو بطلانه والحكم بصحة التوقيع، والحكم ببراءة الذمة، والحكم بإنهاء عقد الإيجار، الحكم بأحقية عامل لفئة مالية معينة، والحكم بتثبيت الملكية وكف المنازعة، والحكم بتقدير القيمة الإيجازية، والحكم بتعيين مصف، والحكم بتعيين حارس قضائي أو عزله والحكم بإثبات النسب وثبوت الزوجية، فهي أحكام غير قابلة للتنفيذ الجبري، ومن ثم لا تعتبر سندات تنفيذية.

- جواز رفع الإشكال من الغير:

لا شك في أن للغير الذي يدعي حقا على المنقول المحجوز أن يرفع دعوى استرداد لتقرير حقه، ويؤدي مجرد رفعها إلى وقف البيع.

- كيفية رفع الإشكالات وإجراءاتها:

هناك طريقتان لرفع إشكالات التنفيذ:

(أ) الطريقة الأولى: وهي الطريقة العادية المتبعة في رفع الدعاوى المستعجلة، وذلك بتقديم مذكرة تودع كتابة ضبط المحكمة وتسجل وتتبع في شأنها الإجراءات الخاصة بالقضاء المستعجل.

(ب) الطريقة الثانية: وهذه الطريقة إستثنائية وأكثر يسرا من الأولى، وتتمثل في إيداع الإشكال أمام المحضر عند إجراء التنفيذ، وهي الطريقة الأكثر شيوعا في العمل، وهي جائزة أي كان نوع التنفيذ سواء أكان مباشرا أو بطريق الحجز، وأيضا كان محل التنفيذ منقولا أو عقارا، وأيضا كان الشخص الذي توجه الإجراءات إليه فقد يكون المدين أو الغير، ومن الجائز أن يبدي الإشكال أمام المحضر كتابة أو شفاهة، ويجوز رفع الإشكال من المستشكل أو من نائبه القانوني أو وكيله ولو لم يكن محاميا.

- الإشكال الأول يوقف التنفيذ بمجرد رفعه:

يترتب على رفع أول إشكال وقف التنفيذ فوراً، إذ توقف إجراءات التنفيذ بناء على هذا الإشكال بقوة القانون، ويترتب على هذا الأثر سواء رفع الإشكال بالطريق العادي أمام قاضي التنفيذ أو رفع أمام المحضر، وإذا كان التنفيذ مما يتم على عدة مراحل واستمر المحضر في الإجراءات على سبيل الاحتياط لإتمام مرحلة من هذه المراحل، فإن مصير ما يتخذه المحضر من إجراءات في هذه المرحلة بعد رفع الإشكال يكون معلقاً على مضمون الحكم الذي يصدر قاضي التنفيذ في الإشكال الذي قدم للمحضر أثناء قيامه بالتنفيذ.

- وقف التنفيذ مؤقتاً لا يوقف صلاحية التنفيذ لإعادة التنفيذ بمقتضاه:

لما كانت القاعدة أن الدائن يملك بسند واحد إجراء حجز مختلفة، ولما كان الذي يقف بمقتضى الحكم هو سير التنفيذ لا صلاحية السند التنفيذي حتى ولو كان سبب وقف التنفيذ يتعلق بهذا السند، فإنه يجوز تجديد التنفيذ ولو بذات الطريق وعلى ذات المال المحجوز ويكون ذلك من قبيل تصحيح الإجراءات.

إشكالات من المدين في التنفيذ تتعلق بإجراءات بيع المنقول المحجوز.

وعلى ذلك يجوز أن يستشكل في التنفيذ بطلب وقف إجراء البيع إذا كان البيع لم يتم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيع الحجز دون مبرر قانوني، لأن الحجز اعتبر كأن لم يكن بقوة القانون مما يمتنع معه إجراء البيع، ولقاضي التنفيذ أن يأمر في هذه الحالة بوقف إجراء البيع حتى يقوم الدائن باتخاذ إجراءات الحجز والبيع من جديد.

ومن الملاحظ أنه قد برفع الإشكال ففي البيع بسبب اعتراض أحد الطرفين على طريقة حصول البيع، كما لو كان مصنعا وأراد الدائن أن يبيع الآلات الموجودة به جملة واحدة وأعترض المدين على ذلك طالبا تجزئة بيع الأدوات والآلات، ففي هذه الحالة يجوز لقاضي التنفيذ أن يوازن بين الأمرين ويصدر قراره بإجراء البيع بالكيفية التي يرى أنها تحقق فائدة للمدين ولا تخل بمصالح الدائنين.

- الإشكال بسبب عدم كف المحضر عن البيع:

فمن المقرر أنه لا يشترط وجود تناسب بين مقدار الدين المحجوز من أجله وقيمة الأموال المحجوز عليها، كما أن للحجز أثر كلي أي أنه يفيد سلطة المدين المحجوز عليه في التصرف في المال المحجوز عليه أيا كانت قيمة الدين، ولذلك قد

يقع الحجز على منقولات تفوق قيمتها قيمة الدين المحجوز من أجله ولكن التنفيذ يجب أن يقدر بقدره أي يجب ألا يتجاوز التنفيذ مقدار الحق المطلوب بالتنفيذ به. فيجب على المحضر أن يكف عن البيع إذا كانت المبالغ المتحصلة منه كافية لوفاء الدين المحجوز من أجلها هي والمصاريف، ويترتب على الكف عن البيع أن تصبح باقي المنقولات المحجوز عليها والتي لم يتم بيعها طليقة من قيد الحجز. إشكالات المدين في إجراءات التنفيذ على العقار ووقف بيع العقار.

وقف بيع العقار:

يندرج طلب وقف البيع العقاري في اختصاص قاضي الأمور الاستعجالية باعتباره إشكالا وقتيا في التنفيذ، ولكن سلطته في هذا الشأن تختلف بحسب ما إذا كان الوقف وجوبيا أو جوازيا.

إذ لقاضي الأمور الاستعجالية أن يحكم بوقف البيع وذلك باعتباره من المسائل المتعلقة بالتنفيذ، ولكن سلطة قاضي الأمور الاستعجالية في الحكم بوقف البيع تختلف بحسب ما كان سبب الوقف مما يوجب الحكم به أو مما يجيزه القانون لقاضي التنفيذ وفقا لسلطته التقديرية، وسوف توضح بعض حالات الوقف الوجوبي والوقف الجوازي ثم الحكم الصادر بشأن الوقف¹. إشكالات ترفع من الغير

- للغير الذي لم يكن طرفا في الحكم أو السند المنفذ به أن يستشكل في التنفيذ إذا تعدى، التنفيذ إلى مال معين له عليه حق سواء كان ملكية أو وضع يده، ويكفي لقبول الإشكال من الغير أن تظهر أفعال أو أعمال من طالب التنفيذ تكشف عن رغبته في التنفيذ على أموال الغير وانتزاعها من يده.

الإشكالات في تنفيذ الأوامر على العرائض.

والحكم في النفاذ المعجل للأوامر على العرائض إنها في الغالب تأمر باتخاذ إجراء سريع تحفظي أو وقتي، وإنها تصدر في غفلة من الخصم وتهدف في الغالب إلى مفاجأة الخصم ومباغتته وهذا يقضي تنفيذها معجلا دون تريض، كما أنه لا ميعاد للنظم من هذه الأمور ولذلك لا ينبغي تأخير تنفيذها لحين صدور

¹ أحمد أبو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند 15 ص 337.

حكم في التظلم منها وإلا لأستطاع الصادر ضده الأمر أن يمنع تنفيذه بامتناعه عن التظلم الذي ليس له ميعاد ويؤدي النفاذ المعجل للأوامر على العرائض إلى جواز تنفيذهما رغم قابليتها للتظلم أو رغم التظلم منها فعلا.

وينبغي ملاحظة أن نفاذ الأوامر على العرائض نفاذا معجلا بقوة القانون لا يمنع المحكمة والمرفوع أمامها التظلم من الأمر من أن تأمر بوقف النفاذ المعجل المسند إلى الأمر المتظلم منه، وذلك إذا توافرت نفس الشروط المطلوبة لوقف النفاذ المعجل للحكم الابتدائي من المجلس في حالة الاستئناف، وهي أن يطلبه المتظلم من المحكمة قبل أن يتم التنفيذ وأن يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وترجح المحكمة إلغاء الأمر.

الإشكالات في تنفيذ أوامر الأداء

القوة التنفيذية لأوامر الأداء :

يعتبر أمر الأداء سندا تنفيذيا يعطي للدائن الحق في التنفيذ الجبري، وأمر الأداء يعتبر في حقيقته عملا قضائيا بالمعنى الدقيق وفقا للاتجاه الراجح في الفقه، ولذلك فهو يخضع في قوته التنفيذية للقواعد التي تخضع لها الأحكام القضائية، ولذلك لا يكون أمر الأداء واجب التنفيذ طالما كان قابلا للتظلم منه أو الطعن فيه بالاستئناف إلا إذا كان الأمر مشمولاً بالنفاذ المعجل¹.

ويكون أمر الأداء مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون إذا كان صلرا في مدة تجريبية.

ولا يترتب على التظلم من أمر الأداء أو الطعن فيه بالاستئناف أي أثر بالنسبة لتنفيذه، ولكن يجوز للمحكمة المرفوع أمامها التظلم أو الاستئناف أن تأمر بوقف النفاذ المعجل بالشروط التي ينص عليها القانون لوقف النفاذ المعجل في الأحكام، ويكون للمحكمة سلطة تقديرية بالنسبة للكفالة.

ويلاحظ أنه إذا أخطأ القاضي في وصف النفاذ في أمر الأداء على نحو يجيز تنفيذه يمنعه، فإنه يجوز التظلم من الوصف من أمر الأداء سواء من جانب الدائن أو المدين وإذا رفع التظلم من الوصف من الدائن طبقا للمادة فإنه يرفع دائما أمام المحكمة الاستئنافية، سواء على سبيل التبعية للاستئناف المرفوع من جانب المدين أو بصفة أصلية.

الإشكالات في تنفيذ المحررات الموثقة

-الإشكالات في تنفيذ المحرر الموثق :

يجوز رفع الإشكال في تنفيذ المحرر الموثق باعتباره سندا تنفيذيا، ولكن يجب التفرقة بين إشكالات التنفيذ الوقتية في تنفيذ الحكم وإشكالات التنفيذ التي ترفع في تنفيذ المحرر الموثق ذلك إن إشكالات التنفيذ في الحكم لا يجوز أن تؤسس على أسباب سابقة على صدوره وذلك على خلاف الإشكالات في تنفيذ العقد الموثق فإنه يجوز أن تبنى على أسباب سابقة على صدوره إذ أن الحكم يكون قد فصل في الخصومة بعد سماع دفاع الطرفين وتمحيصه أما المحررات الموثقة فهي إما إقرارات فردية أو عقود لا يبحثها الموثق وإنما يثبتها على مسؤولية المقر بها أو طرفيها دون فحص أو تمحيص وبالتالي لا يتعرض لصحتها أو بطلانها¹.

منازعات التنفيذ الموضوعية.

التعريف بمنازعات التنفيذ الموضوعية وأنواعها وهدفها وأمثلة لها

منازعات التنفيذ الموضوعية هي المنازعات التي يطلب فيها أحد أطراف التنفيذ أو الغير إصدار حكم موضوعي في التنفيذ، أي حكم بصحة التنفيذ أو بطلانه، بعدالته أو عدم عدالته.

وموضوع منازعات صحة التنفيذ قد يتمثل في المنازعة في صحة السند التنفيذي نفسه سواء كان حكما أو غير ذلك من السندات، وقد تتمثل في المنازعة في مقدمات التنفيذ أو أشخاصه أو محله أو شكله وإجراءاته، أما موضوع منازعات عدالة التنفيذ فهي تتمثل في المنازعة في الحق الموضوعي المنفذ من أجله كإنقضائه بالوفاء أو سقوطه بالتقادم أو غير ذلك، وتفترق منازعات صحة التنفيذ عن منازعات عدالته، في أن الحكم في منازعة عدالة التنفيذ يرتب حجية الأمر المقضي بالنسبة للحق الموضوعي ويحوز دون قيام طالب التنفيذ بالتنفيذ من جديد من أجل الحق ذاته، بينما الحكم ببطلان التنفيذ تقتصر على ذات الإجراءات وهو لا يمنع من قيام الدائن طالب التنفيذ من القيام بإجراءات تنفيذ جديدة مع تلاقي عيوب التنفيذ السابق الذي تم إبطاله.

¹ بيل عمر - إشكالات التنفيذ الجبري - بند 9 ص 14

والهدف من منازعة التنفيذ الموضوعية الحصول على حكم موضوعي، فهي تتميز بأن المطلوب الحكم بصحة التنفيذ أو بطلانه أو وجود الحق في التنفيذ أو عدم وجوده، وهي تهدف إلى الحصول على حكم موضوعي في أحد هذه المسائل، وليس مجرد الحصول على حماية وقتية، وهي في ذلك تختلف عن المنازعة الوقتية أي الإشكال في التنفيذ الذي يهدف إلى الحصول على حماية وقتية عاجلة دون مساس بالموضوع.

ومن أمثلة منازعات التنفيذ الموضوعية المنازعة في السند التنفيذي بالادعاء بأن السند الذي جرى التنفيذ بمقتضاه ليس من السندات التي يعترف لها القانون بقوة تنفيذية، والمنازعة في صحة السند التنفيذي كادعاء انعدام الحكم، أو بطلان حكم المحكمين، أو سقوط الأمر على العريضة المراد تنفيذه لعدم تقديمه للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً، والمنازعة في شرط من شروط التنفيذ، كالمنازعة في نهائية الحكم أو نفاذه معجلاً بقوة القانون، كذلك في نفاذه بكفالة أو بدون كفالة، وذلك كله في الحالات التي لا يتضمن الحكم فيها وصفاً، والمنازعة في تنفيذ الحكم لعدم تنفيذ شروط الكفالة، أو لعدم الفصل بعد المنازعة في الكفالة، أو لعدم صدور الأمر بتنفيذ حكم المحكمين، أو الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، والمنازعة بأن الحق الثابت في السند معلق على شرط أو مضاف إلى أجل أو غير معين المقدار، والمنازعة بأن التنفيذ يجرى بغير الصورة التنفيذية.

ومن أمثلة منازعات التنفيذ الموضوعية أيضاً المنازعة في المقدمات التالية للسند التنفيذي، كادعاء بطلان تبليغ السند التنفيذي، أو عدم مراعاة ميعاد التنفيذ. والمنازعة في أشخاص التنفيذ، كالادعاء بأن المحضر يقوم بالتنفيذ خارج دائرة اختصاص محكمته، أو المنازعة في صفة أو أهلية أحد أطراف التنفيذ، والمنازعة في محل التنفيذ، كالادعاء بأن المال المحجوز ليس ملكاً للمدين، أو أنه مما لا يجوز الحجز عليه.

والمنازعة في شكل التنفيذ، كالادعاء بأن الطريق الذي اتبع في الحجز ليس هو الطريق الذي حدده القانون للمال محل التنفيذ، أو الادعاء ببطلان إجراء من إجراءات التنفيذ لعدم توافر الشكل القانوني، كبطلان حجز المنقول لدى المدين

لعدم تحرير محضر الحجز في مكان الحجز، ومن أمثلة المنازعات الموضوعية المنازعة في الحق الموضوعي نفسه بالادعاء بأنه غير معين المقدار أو غير حال الأداء وغير محقق الموجود.

دعوى رفع الحجز:

هذه الدعوى ترفع من المدين المحجوز عليه على الدائن الحاجز وحده، ولا يختصم فيها المحجوز لديه إذ لا مصلحة له في بقاء الحجز أو رفعه و سيان لديه أن يفي للمحجوز عليه إذا رفع الحجز أو للحاجز إذا لم تقبل الدعوى، ولكن يلاحظ أنه يجب على المحجوز لديه أن يتمتع عن الوفاء إلى الحاجز بمجرد إبلاغه برفع هذه الدعوى¹.

- المحكمة المختصة بدعوى رفع الحجز :

الاختصاص النوعي بهذه الدعوى يكون لقاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص بمنازعات التنفيذ الموضوعية، أما الاختصاص المحلي فقد نص المشرع صراحة على أنه يكون لقاضي التنفيذ التابع له المحجوز عليه.

- شروط قبول دعوى رفع الحجز وإجراءاتها:

لا يجوز رفع هذه الدعوى إذا كانت الدعوى بصحة الحجز قد رفعت وما زالت قائمة أمام المحكمة سواء كانت المحكمة أو المجلس القضائي، وعلّة ذلك أنه في هاتين الحالتين يستطيع المحجوز عليه التمسك بجميع الأوجه التي كان يريد التمسك بها عن طريق دعوى رفع الحجز.

وترفع دعوى رفع الحجز أمام قاضي الأمور المستعجلة المختص بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، أي بعريضة تودع كتابة ضبط المحكمة.

آثار دعوى رفع الحجز:

يترتب على رفع هذه الدعوى وإبلاغ هذا الرفع إلى المحجوز لديه أن يتمتع المحجوز لديه عن الوفاء إلى الحاجز إلى حين الفصل في هذه الدعوى بحكم جائر النفاذ.

-تعريف دعوى الاسترداد :

دعوى استرداد المنقولات المحجوزة هي الدعوى التي يرفعها شخص من الغير مدعيا ملكية المنقولات المحجوزة أو أي حق يتعلق بها، طالبا فيها تقرير ملكيته على هذه المنقولات أو تقرير أي حق يتعلق بها وإلغاء الحجز الموقع عليها.

فالمنقولات المطلوب توقيع الحجز عليها أو التي وقع الحجز عليها بالفعل قد تكون مملوكة للغير، ويكون المدين حائزا لها لمجرد كونه مستأجرا أو مستعيرا أو منتفعا أو مودعا عنده، وقد لا تكون المنقولات المطلوب توقيع الحجز عليها أو التي وقع الحجز عليها بالفعل مملوكة للغير ولكنها محملة بحق خاص للغير، كأن يكون للغير حق انتفاع عليها أو مالكا للرقبة فقط، ولذلك أنشأ المشرع سبيلا خاصا يلجأ إليه الغير ليعترض على إجراءات الحجز التي تقع على منقولات حق عليه حتى يتمكن من استرداده وممارسه حقه عليه، وهذا السبيل في رفع دعوى الإسترداد¹.

- شروط دعوى الإسترداد :

أولا: يجب أن ترفع الدعوى من شخص من الغير له حق على المال المحجوز غير حائز له، والمقصود بالغير هنا من لم يكن طرفا في التنفيذ ويستند على حق يتعلق بالمنقول محل التنفيذ، ولا يشترط في رافع دعوى الاسترداد أن يدعى حق الملكية ذاته بل قد يكون أساس منازعته أي حق يرد على المنقولات المحجوز عليها كما ذكرنا أنفا.

ثانيا: يجب أن يطلب المدعي الحكم له بملكية المنقولات المحجوزة أو ثبوت أي حق آخر عليها يتعارض معه الحجز كما يجب أن يطلب فضلا عن ذلك بطلان إجراءات الحجز وإلغائها، فدعوى الاسترداد تهدف إلى أمرين:

الأول تقرير ملكية المسترد للمنقولات المحجوزة أو أي حق آخر عليها والثاني بطلان الحجز الموقع على هذه المنقولات.

ثالثا: يجب أن ترفع الدعوى بعد توقيع الحجز وقبل البيع، وذلك لأن دعوى الاسترداد ترمي إلى تخليص المنقولات المحجوزة من الحجز الموقع عليها

ولتحقيق هذا الهدف بحيث تصبح المنقولات طليقة من قيد الحجز ينبغي أن ترفع الدعوى في الفترة الزمنية بين توقيع الحجز وقبل البيع، ولذلك لا تعد من دعاوى الاسترداد دعوى الملكية العادية التي ترفع بعد تمام البيع أيا كانت طلبات المدعي فيها لا تعتبر من دعاوى الاسترداد أيضا.

رابعا: يجب أن ترفع الدعوى على كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والحازين المتدخلين في الحجز والمقصود بالدائن الحاجز هنا الحاجز الأول على المنقول، وعلّة ضرورة اختصاص هؤلاء جميعا هي أن المدعي من ناحية يطلب الحكم له بالملكية أو ثبوت حقه على المال وهذا يقتضي توجيه الطلب إلى المدين المحجوز عليه وصدور الحكم في مواجهته، ومن ناحية أخرى بطلب الحكم ببطلان إجراءات الحجز وإلغائها وهذا يقتضي صدور الحكم في هذا الطلب في مواجهة الدائن الحاجز المباشر لهذه الإجراءات كما أن الدائنين الحاجزين المتدخلين في الحجز شأنهم بالنسبة للحجز هو شأن الحاجز الأول ولذلك يجب اختصاصهم أيضا لأن لهم جميعا مصلحة أكيدة في الإبقاء على الحجز، ويلاحظ أن المقصود بالدائنين الحاجزين المتدخلين هما الدائنون المتدخلون في الحجز بطريق جرد الأشياء المحجوزة فلا يدخل فيهم الدائنون الحاجزون على الثمن تحت يد المحضر، وذلك لأن حق الدائن الحاجز على الثمن يتعلق بحصيلة التنفيذ وليس بالمال محل التنفيذ ومن ثم لا يجب اختصاصه في دعوى الاسترداد.

خامسا: يجب أن تشمل عريضة الدعوى على بيان واف لأدلة الملكية، وحكمة ذلك تمكين المدعي عليهم من مغالبة الأدلة التي يستند إليها المدعي فيستعدوا للرد عليه في أول جلسة دون حاجة لطلب التأجيل للاستعداد، وحتى يتمكن القاضي من التحقق من جدية هذه الدعوى، كما أن البيان الوافي لأدلة الملكية يؤدي إلى تضيق الفرصة في مواجهة المشاكس سيئ النية برفع دعوى استرداد كيدية ليتوصل إلى وقف التنفيذ ثم بعد ذلك يلفق ما يشاء من أدلة الملكية، فالمشرع يتطلب من رافع هذه الدعوى أن يكون إثبات ملكيته حاضرا وقت رفع الدعوى.

دعوى رفع الحجز

- تعريف دعوى رفع الحجز :

هي الدعوى الموضوعية التي يرفعها المحجوز عليه على الحاجز معترضاً على الحجز، وذلك إذا شاب هذا الحجز سبب من الأسباب المبطله له، وتهدف هذه الدعوى إلى التخلص من الحجز، ومن ثم زوال قيد هذا الحجز على الأموال المحجوزة، مما يمكن المحجوز عليه من تسلم ماله من المحجوز لديه.

- المحكمة المختصة بهذه الدعوى :

الاختصاص النوعي بهذه الدعوى يكون لقاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص بمنازعات التنفيذ الموضوعية، أما الاختصاص المحلي فقد نص المشرع صراحة على أنه يكون لقاضي التنفيذ التابع له المحجوز عليه، وهذا يغير من ناحية القاعدة العامة المقررة في القانون من أن الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه.

- شروط قبول دعوى رفع الحجز وإجراءاتها :

هذه الدعوى ترفع من المدين المحجوز عليه على الدائن الحاجز وحده، ولا يختصم فيها المحجوز لديه إذ لا مصلحة له في بقاء الحجز أو رفعه وسيان لديه أن يفي للمحجوز عليه إذا رفع الحجز أو للحاجز إذا لم تقبل الدعوى، ولكن يلاحظ أنه يجب على المحجوز لديه أن يمتنع عن الوفاء إلى الحاجز بمجرد إبلاغه برفع هذه الدعوى.

سادساً: يجب أن يودع رافع الدعوى المستندات الدالة على الملكية عن تقديم صحيفة الدعوى كتابة الضبط، ففضلاً عن ضرورة ذكر جميع البيانات الخاصة بالملكية في صحيفة الدعوى يجب أن يرفق المدعي جميع المستندات المؤيدة لهذه البيانات بصحيفة الدعوى كعقد البيع وإيصالات المخالصة بالثمن وغير ذلك من المستندات، وعلّة ذلك تمكين المدعي عليهم من الإطلاع عليها قبل الجلسة المحددة لنظر القضية فلا يضطرون إلى التمسك بتأجيلها للإطلاع على مستندات خصمهم ولا تضطر المحكمة إلى هذا التأجيل، والجزاء المترتب على عدم إيداع هذه المستندات هو أن تحكم المحكمة بناء على طلب الحاجز بالاستمرار في التنفيذ وهذا الحكم لا يقبل الطعن فيه.

وعبء الإثبات في دعوى الاسترداد يقع على رافعها، لأنه لا يعتبر حائزاً، إذ المقولات في حيازة المدين المحجوز عليه.

وعبء إثبات ملكية المنقولات المحجوزة يكون على المسترد في جميع الحالات حتى ولو كان يشارك المحجوز عليه في حيازة هذه المنقولات كحالة الزوج والزوجة والابن ووالده الذين يعيشون معاً، فمثلاً إذا حجز دائن الزوج على منقولات الزوجة الموجودة في مسكنهما، ورفعت الزوجة دعوى استرداد فإن عبء إثبات ملكيتها لهذه المنقولات يقع عليها.

دعوى الاستحقاق الفرعية

- تعريف دعوى الاستحقاق الفرعية وشروطها:

دعوى الاستحقاق الفرعية هي المنازعة الموضوعية التي يرفعها شخص من الغير مدعيا ملكية العقار الذي بدء في التنفيذ عليه، وذلك بعد بدء التنفيذ عليه وقبل تمامه، ويطلب فيها تقرير حقه في العقار وبطلان إجراءات التنفيذ. ويتضح من هذا التعريف أنه لكي تعتبر الدعوى دعوى استحقاق فرعية يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

أولاً: أن ترفع الدعوى بعد البدء في التنفيذ على العقار وقبل تمامه، ويبدأ التنفيذ على العقار بالتنبيه بنزع الملكية ويتم بصدور حكم إيقاع البيع، ولذلك فإن الدعوى تعتبر دعوى استحقاق فرعية إذا رفعت بعد تنبيه نزع الملكية ولو قبل تسجيله، وهي تعتبر دعوى فرعية أياً كانت المرحلة التي وصلتها إجراءات التنفيذ العقاري، ولكن إذا رفعت الدعوى قبل التنبيه بنزع الملكية أو بعد حكم إيقاع البيع فإنها تعتبر دعوى ملكية عادية وتسمى دعوى الاستحقاق الأصلية، فالدعوى لا تعتبر فرعية إلا لأنها ترفع أثناء إجراءات التنفيذ فهي تنفرع منه، ودعوى الاستحقاق الأصلية تقبل ولو بعد حكم إيقاع البيع وذلك لأن هذا الحكم لا ينقل للمشتري أكثر مما لمحجوز عليه، وإنما لا تخضع هذه الدعوى للأحكام الخاصة بدعوى الاستحقاق الفرعية، وإذا رفعت دعوى استحقاق عن عقارات بدء في التنفيذ عليها وحكم إيقاع بيع بعضها دون البعض الآخر فإنها تعتبر دعوى استحقاق أصلية بالنسبة للعقارات التي بيعت وفرعية بالنسبة للعقارات التي لم تباع بعد.

ثانياً: أن يطلب المدعي ملكية العقار محل التنفيذ، ولكن لا يشترط أن يطلب المدعي ملكية العقار كله، بل يستوي أن يطلب المدعي ملكية كل العقار المحجوز أو ملكية جزء منه مفرزا أو شائعا فيه، ولكن يجب أن تكون الملكية منجزة ولذلك فمن يدعي ملكية معلقة على شرط واقف ليس له أن يرفع دعوى استحقاق حتى يتحقق هذا الشرط وتطبيقا لهذا حكم بأنه ليس للمشتري بموجب عقد بيع غير مسجل أن يرفع دعوى استحقاق إذا شرع دائن البائع في التنفيذ على العقار المباع باعتباره مملوكا للبائع.

ونتيجة لذلك فإنه إذا لم يكن المدعي مستندا إلى ملكية العقار فليس له أن يرفع دعوى استحقاق فرعية، ولهذا ليس لمن يدعي حقا على العقار غير حق الملكية، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أن يرفع هذه الدعوى، إذ طريق التمسك بحق الانتفاع أو الارتفاق هو إيداء ملاحظة على قائمة شروط البيع في الميعاد المحدد لإبداء الملاحظات، فإذا انقضى هذا الميعاد فليس لصاحب هذا الحق أن يرفع دعوى استحقاق فرعية، وذلك لأن البيع الجبري لا يطهر العقار منه، ومن ثم لا مصلحة له في الاعتراض عليه بدعوى استحقاق وإنما يكون له إذا نازعه المشتري في حقه أن يرفع دعوى تقرير عادية في مواجهته، ولكن يلاحظ أنه يجوز لصاحب الحق الانتفاع أن يرفع دعوى استحقاق إذا كان التنفيذ لا يرد على الملكية وإنما ينصب فقط على حق الانتفاع، فله في هذه الحالة رفع دعوى استحقاق فرعية للمطالبة بالحق المنفذ عليه.

ثالثاً: أن يطلب المدعي بطلان إجراءات التنفيذ إذا ينبغي حتى تعتبر دعوى الاستحقاق من دعاوى الفرعية، أي المتفرعة عن التنفيذ- أن ترفع بطلب بطلان التنفيذ فضلا عن طلب الملكية¹، فإذا طلب المدعي الحكم بالملكية فحسب دون بطلان الإجراءات فلا تكون الدعوى دعوى استحقاق فرعية لا يترتب عليها الآثار التي قررها القانون لهذه الدعوى، ونتيجة لذلك فإنها إذا رفعت الدعوى أثناء إجراءات التنفيذ ثم زالت هذه الإجراءات سواء بزوال الحاجز عنها أو بأي سبب آخر فإنه لا يصح هناك محل لبطلانها، وتتحول الدعوى في هذه الحالة إلى دعوى استحقاق أصلية.

- الخصوم في دعوى الاستحقاق الفرعية :

(أ) المدعى في هذه الدعوى :

لا ترفع دعوى الاستحقاق الفرعية إلا من الغير، ويقصد بالغير هنا من ليس طرفا في إجراءات التنفيذ، ونتيجة لذلك لا يجوز لمن كان طرفا في إجراءات التنفيذ أن يرفع دعوى استحقاق فرعية للمطالبة بملكية عقار، وإنما وسيلة أطراف التنفيذ للتمسك بحق لهم على العقار هو إيداء ذلك بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع.

¹ أحمد أبو الوفا- إجراءات التنفيذ- بند 393 ص 819

ب) المدعي عليهم في هذه الدعوى:

يجب أن يختصم في هذه الدعوى كل من الدائن مباشر الإجراءات والمدين أو الحائز أو الكفيل العيني وأول الدائنين المقيدين، والسبب في ضرورة اختصاص هؤلاء جميعا هو أن المدعي يطالب بالملكية مما يقتضي توجيه هذا الطلب إلى المدين أو الحائز أو الكفيل العيني حتى يحكم بها في مواجهتهم، ويطلب المدعي فضلا عن هذا ببطان إجراءات التنفيذ مما يقتضي توجيه الطلب إلى الدائن مباشر الإجراءات والدائنين المقيدين.

- المحكمة المختصة بهذه الدعوى و ميعادها و إجراءاتها:

تعتبر دعوى استحقاق الفرعية منازعة موضوعية في التنفيذ ولذلك يختص بها قاضي التنفيذ، ومحكمة التنفيذ المختصة هي المحكمة التي يقع بدائرتها العقار المحجوز أو أحد العقارات المحجوزة في حالة تعددها.

- أثر رفع دعوى الاستحقاق الفرعية:

إذا توافرت الشروط التالية السالفة الذكر و استوفيت الإجراءات المطلوبة فإنه يترتب على رفع هذه الدعوى وقف إجراءات البيع، غير أن هذا الوقف لا يحدث بقوة القانون كما هو الشأن في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، وإنما لا بد من صدور حكم به من قاضي الأمور المستعجلة، فوقف البيع هنا ليس أثرا يترتب بقوة القانون على مجرد رفع هذه الدعوى، وإنما هو لا يتم إلا بصدور حكم به.

ويشترط لكي تقضي محكمة التنفيذ بالوقف نتيجة لرفع هذه الدعوى ما يلي:

أ) أن تكون هذه الدعوى قد رفعت بالطريق الصحيح

ب) أن يكون المدعي قد أودع المبلغ الذي يجب عليه إيداعه خزانة المحكمة.

ج) أن يكون المدعي قد أختصم الأشخاص الذين يجب اختصاصهم في الدعوى.

د) أن تشمل عريضة الدعوى على بيان المستندات أو على بيان دقيق لأدلة

الملكية أو وقائع الحيازة التي تستند إليها الدعوى.

هـ) أن يطلب المدعي وقف إجراءات البيع، وهذا شرط بديهي لأن القاضي

لا يحكم بشيء لم يطلبه الخصوم مادام لا يتعلق بالنظام العام.

- مقارنة بين دعوى الاسترداد و دعوى الاستحقاق:

ثمة أوجه للتفرقة بين دعوى الاسترداد ودعوى الاستحقاق تتمثل فيما يلي:

أولا: توقف دعوى الاسترداد الأولى لإجراءات البيع بقوة القانون، بينما لا تقف هذه الإجراءات في التنفيذ على العقار إلا بحكم وقتي.

ثانيا: أن هناك فرق بين دعوى الاسترداد الأولى وبين أية دعوى ترفع بعدها، وقرر أن الأولى هي وحدها التي توقف البيع بقوة القانون بينما لم يوجد هذه التفرقة بصدد دعوى الاستحقاق الفرعية.

ثالثا: مادامت دعوى الاسترداد الأولى توقف البيع بقوة القانون، فيجوز السير في التنفيذ بغير حكم إذا انقضت الخصومة في هذه الدعوى بغير حكم في موضوعها، بينما لا يجوز استكمال إجراءات بيع العقار بغير حكم إذا انقضت الخصومة في دعوى الاستحقاق الفرعية بغير حكم في موضوعها، على ما قدمناه.

رابعا: في دعوى الاسترداد يجب اختصاص جميع الحاجزين والمتخاصمين في الحجز بينما لا يوجب في دعوى الاستحقاق الفرعية إلا اختصاص الدائن الحاجز المباشر للإجراءات وأول الدائنين المقيدين.

خامسا: في دعوى الاسترداد يجب أن تشمل عريضة الدعوى على بيان واف لأدلة الملكية وأن يودع رافعها عند تقديمها لكتابة ضبط المحكمة ما لديه من المستندات، بينما في دعوى الاستحقاق الفرعية يجب أن تشمل عريضة الدعوى على بيان المستندات المؤيدة لها أو على بيان دقيق لأدلة الملكية..... إلخ.

في الطرق البديلة لحل النزاعات

الباب الأول

في الصلح والوساطة

الفصل الأول : في الصلح

تعريف الصلح.

أ- الصلح في اللغة: هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصالحا إذا صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق و صلح الشيء إذا زال عنه الفساد¹.

بأنه اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن ادعائه مقابل تنازل الآخر عن ادعائه أو مقابل أداء شيء ما².

"عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل".

أما الدكتور بوسقيعة أحسن فيرى أنه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام، بأنها تسوية لنزاع بطريقة ودية³.

الصلح في التشريع الجزائري: لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه"⁴.

أن للصلح مقومات ثلاثة وهي بمثابة شروط أساسية لكي يكون الصلح صحيحا وتتمثل في:

أولاً: وجود نزاع قائم أو محتمل:

إذا لم يكن هناك نزاع قائم أو في القليل نزاع محتمل، لم يكن العقد صلحا، فإما أن تكون المطالبة القضائية قائمة ومحاولة الصلح يكون كإجراء أثناء سير

¹ - الاختيار لتعليل المختار للموصلي، الجزء الثاني الصفحة 254

² - د: محمود زياتي: نظم القانون الروماني، ص: 250.

³ - د: أحسن بوسقيعة المصالحة في المواد، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

⁴ أو مما يدعيه وليس عن الحق كله كما جاء في النص.

الخصومة أو قد يكون مجرد مصالح متعارضة مع إمكانية المطالبة القضائية أي مجرد احتمال النزاع يكفي.

فإذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام القضاء و رغب الطرفان في إجراء الصلح كان هذا الصلح قضائيا، وإذا كان النزاع محتملا بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذه الحالة صلحا غير قضائيا، فالمهم أن يكون هناك نزاع جدي قائم أو محتمل ولو كان أحد الطرفين هو المحق دون الآخر وكان حقه واضحا مادام هو غير متأكد من حقه، فالمعيار هو معيار ذاتي محض والعبرة بما يقوم في ذهن كل من الطرفين لا بوضوح الحق في ذاته¹.

ثانيا: نية إنهاء النزاع.

أي أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إذا كان قائما أو بتوقيه إذا كان محتملا، وليس من الضروري أن ينهي الصلح جميع المسائل المتنازع فيها فقد ينهي بعضها لتبث المحكمة في الباقي، كما يجوز للطرفين أن يتصالحا لإنهاء النزاع ويتفقان على أن يستصدرا حكما من المحكمة بما يتصالحا عليه فيكون هذا صلحا بالرغم من صدور الحكم.

ثالثا: النزول المتبادل عن الإدعاءات .

فإذا لم ينزل أحدهما عن شيء مما يزعمه وترك الطرف الآخر كل ما يدعيه، فلا نكون بصدد الصلح بل مجرد نزول عن الإدعاءات، إذ يجب أن يكون التنازل على وجه التقابل وعن جزء من الإدعاءات وليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة كما لا يشترط أن يكون التنازل على جزء من أصل الحق فقد يكون حتى على المصاريف القضائية أو جزء منها فيكون صلحا مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول .

وبالتالي الصلح يكون تلقائيا، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة.

يقوم الطرف الذي يهمله الأمر بتقديم طلبه للقاضي الفاصل في النزاع ومن ثم يقوم القاضي بإجراء الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك.

¹ - د: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان -

يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية.

يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة كتابة الضبط.

الفصل الثاني: في الوساطة

المادة 994 : يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع.

المادة 995: تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو إلى جزء منه.

لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً في أي وقت.

المادة 996 : لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة (3) أشهر.

و يمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم.

المادة 997 : تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية.

عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك.

المادة 998 يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيه الشروط الآتية:

1- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية.

2- أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

3- أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة.

تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

المادة 999 : يجب أن يتضمن الأمر القاضي بعيين الوسيط ما يأتي:

1- موافقة الخصوم.

2- تحديد الأجل الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع

القضية إلى الجلسة.

المادة 1000 : بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط

بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط.

يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة.

المادة 1001: يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل ذلك، ويرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته.

المادة 1002 يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو من الخصوم. يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً، عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها. وفي جميع الحالات، ترجع القضية إلى الجلسة، ويستدعى الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط.

المادة 1003: عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخبر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضراً يضمنه محتوى الاتفاق، ويوقعه والخصوم. ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً.

المادة 1004: يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً.

المادة 1005: يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير.

الباب الثاني

في التحكيم

الدعوى ليست الوسيلة الوحيدة لفض النزاع بين الفرقاء، فقد أفسح المشرع الإجرائي المجال للخصوم لكي يستعوضوا عنها بوسيلة أخرى معتبرة يمكن أن تؤدي في حالة نجاحها إلى فض النزاع والوصول به إلى ما يشبه النتائج التي تتمخض عن الحكم القضائي، وذلك إذا ما اختاروا طريق التحكيم الذي يستمد مشروعيته من اتفاق هم - أي الخصوم - على ولوجه ومباركة المشرع لهذا الاتفاق، فإذا ما أخفق لسبب من الأسباب كان لهم الحق في العودة لاستخدام الدعوى كأصل عام، فما هو التحكيم وما هي آثاره؟ وهو ما تعمل التشريعات المقارنة التي لا تجد غضاضة في تشجيع اتباع طريق التحكيم لما يؤدي إليه من نتائج إيجابية وما يحققه من دور لا يقل أهمية عن الدور الذي يضطلع به القضاء من حيث حسم موضوع النزاع المشمول به فضلاً عن اقتصاده في الجهد والنفقات وإدخار مرفق القضاء - صاحب الولاية العامة - لما هو أجدى وأحق بحمايته ورعايته .

مفهوم التحكيم:

أولاً: التعريف اللغوي:

التحكيم، في اللغة هو بمعنى التفويض في الحكم، ومصدره حكم يقال حكمت فلانا في مالي تحكيماً، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك¹.

ثانياً: التعريف في الاصطلاح:

التحكيم في اصطلاح الفقهاء المسلمين " هو تولية الخصمين حكماً بحكم بينهما² وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة 1790 حيث نصت على أن "

¹ انظر لسان العرب باب حكم، مختار الصحاح باب حكم ص 148، أنظر البحر الرائق ج 7 ص 24.

² انظر الدر المختار ج 5 ص 428، البحر الرائق ج 7 ص 24.

التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً برضاهما، يفصل خصوماتهما ودعواهما".

و الواقع أن تعريف التحكيم عند فقهاء القانون الوضعي لم يختلف كثيراً عن هذا التعريف، فهو عندهم إحالة ما قد يكون قائماً من نزاع أو ينشأ بين الأفراد من النزاع مستقبلاً على فرد أو أفراد للفصل دون عرضه على المحكمة المختصة¹ إلا ما هو مستثنى طبقاً للقانون.

التحكيم اصطلاحاً هو تولية الخصمين حكماً بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكّم ولاية القضاء بينهما. لم يشذ تعريف التحكيم عند فقهاء القانون الوضعي عن التعريف المتقدم، فهو عندهم لا يزيد عن اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم بينهما على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه بعيداً عن المحكمة المختصة.

وهو بهذا المعنى لا يعدو أن يكون وسيلة قانونية أفسح لها المشرع المجال للفصل في المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم كنظام بديل للقضاء لا يخلو من مزايا وبحيث ينتهي إلى حكم يتقيد به الفرقاء ويؤدي إلى حسم النزاع الذي شجر بينهم شأنه في ذلك شأن القضاء ولكن بسرعة ملحوظة وبقدر أقل من الجهد والنفقات.

¹ انظر أ.د. عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ و التحفظ - من 918 مطبعة الإعتدال بمصر 1923، محمد حامد فهمي - تنفيذ الأحكام و السندات ص 41 دار النشر للجماعات المصرية الطبعة الثالثة 1940، ومحمد عبد الوهاب العشاوي، و أ.د. عبد الوهاب العشاوي - قوانين المرافعات الرسمية ص 289 ج 1 ط 1957 الناشر مكتبة الأداب و مطبعتها القاهرة، أ.د. محمود هاشم - القواعد العامة لتنفيذ القضائي ص 123 القاهرة 1980 - وكتابة - النظرية العامة للتحكيم دار الفكر العربي 1990 م ص 21. أ.د. أحمد أبو الوفا - التحكيم - الطبعة الخامسة سنة 1988 ص 15، فتحي والي - الوسيط - ص 27 سنة 1987 دار النهضة القاهرة.

وإذ يتجنب الخصوم الالتجاء إلى المحاكم إنما يلتزمون فيما بينهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم الأمر الذي قد يرد في صلب عقد معين يذكر فيه شرط التحكيم وقد يثار بمناسبة نزاع فيجنحان إلى حسمه عن طريق ما يسمى باتفاق أو مشاركة التحكيم.

والخصم المحكم لا ينزل بمقتضاه عن حماية القانون واللجوء إلى القضاء فذلك مما لا يجوز الاعتداد به لمعارضته للنظام العام الذي يقدر حق التقاضي كواحد من الحريات الأساسية التي كفلها الدستور وإن يمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة صاحبة الاختصاص أصلاً بحيث إذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب عادت إلى المحكمة سلطتها للفصل في النزاع الذي شمله التحكيم. وإذا ما حسم النزاع من قبل المحكمين تعذر على المحكمين تجديده أو المضي في الدعوى التي كانت مرفوعة بما تم حسمه تحكيمياً.

القول بأن عبارة اتفاق التحكيم تعني "الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لا". إن التحكيم بمعناه القانوني هو: "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفض النزاع بينهما". على أن يكون هذا الاتفاق خطياً وفقاً لأحكام القانون. وقد عرّفته محكمة النقض المصرية بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تتصرف إليه إرادة المحكمين لعرضه على هيئة التحكيم". ويستفاد منه ترجيح رفع الأمر إلى التحكيم أولاً. وإذا كان مضمون التحكيم هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم فإن تعيين المحكم شخصياً ليس شرطاً لازماً لقيام التحكيم في القانون الجزائري بعكس ما هو عليه الحال في القانون المصري الذي يشترط لقيامه الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم أو في عقد مستقل.

اعترف فقهاء الشريعة بالتحكيم وبالاتفاق عليه وأجازوه في الحقوق التي يملك الأفراد حق التصرف فيها وهي في الغالب الأموال، وأخرجوه منه حقوق الله لأن التحكيم ضرب من التفويض ولا يصح إلا بما يملك المفوض فيه بنفسه ولا يصح فيما لا يملك. والتحكيم من وجهة نظر الفقه الإسلامي نوع من القضاء وحكم المحكم كحكم القاضي، لذلك اشترط فقهاء الشريعة في المحكم استيفاء أهلية القضاء وقت التحكيم وأن يتوافر لديه ما يجب توافره في القاضي ويستفاد من كتب الفقه الإسلامي جواز العدول عن التحكيم بعد الاتفاق عليه، على أن يتم ذلك قبل مباشرة المحكم لمهمته. ومع ذلك يظل للاتفاق على التحكيم قوته الملزمة إذا تم انعقاده صحيحاً شأنه في ذلك شأن العقود ولا خلاف في هذه الحدود بين القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي.

ولقد نصت المادة 1006 على: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

1- إحالة النزاع على طرف ثالث وهو المحكم، أو هيئة التحكيم، أو محكمة التحكيم الاختياري هو الذي يتم بناء على إرادة الأطراف وهذا محل دراستنا، أما التحكيم الإلزامي وهو الذي يجب الالتجاء إليه لحل أنواع معينة من المنازعات فيخرج عن نطاق هذه الدراسة¹.

الطبيعة القانونية للتحكيم

تتردد آراء الفقه المقارن بين النظريات الثلاث التالية:
النظرية التعاقدية.

¹ أنظر في ذلك أ.د. فححي والي - الوسيط - ص 38 مرجع سابق.

. النظرية القضائية .

. النظرية المختلطة .

النظرية التعاقدية

مفهوم النظرية: تذهب هذه النظرية إلى أن التحكيم طبيعة تعاقدية وليست قضائية، فالهدف منه غالباً - إشباع رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، وأساسه إرادة الأطراف في التصالح ويتم في صورته العادية وفقاً لقواعد العدالة واستثناء وفقاً لقواعد القانون. ومن جهة أخرى فإن الأفراد باتفاقهم على التحكيم وإنما يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وسلطة تقوم على إرادة ذوي الشأن لا يمكن أن تكون قضائية. كذلك لا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة عامة ما دام الأطراف الذين قاموا بتعيينه لا يتمتعون بمثل هذه السلطة.

والمحكم ليس قاضياً وإنما نائباً عن المحكمين في إعلان إرادتهما بشأن ما يرد عليه النزاع من خلال تفسير الشروط العقدية طبقاً لإحساسه الذاتي بالعدالة، وحتى في الأحوال التي يعين فيها المحكم من جانب السلطة القضائية، يظل القول بالطبيعة القضائية للتحكيم غير وارد ما دام دور هذه السلطة لم يزد عن استعمال حق الأفراد في اختيار المحكمين فحسب.

ويضيف أصحاب هذه النظرية في تبريرها بأن التحكيم يختلف في أهدافه عن القضاء، فبينما يرمي القضاء إلى تحقيق مصلحة عامة، يهدف التحكيم إلى تحقيق مصالح خاصة بأطرافه، وفيما يفترض القضاء عدم إرادة الخصوم الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة أحدهما في مواجهة الآخر، يرغب أطراف التحكيم بإرادتهم في إبعاد أي شك حول نطاق حقوقهم، ويؤازر القانون هذه النظرية من حيث: أن الأصل في التحكيم أن يتم مع التفويض بالصلح وليس بالقضاء ومن ثم لا يتقيد المحكم بقواعد القانون بعكس القاضي الذي لا يملك غير تطبيق القانون، وأنه لا مفر من أن يكون القاضي وطنياً باعتبار ذلك من مظاهر

السيادة التي تحرص عليها الدول، بعكس المحكم الذي يمكن أن يكون أجنبياً. وإنه لا محل لاعتبار المحكم - بخلاف القاضي - منكرًا للعدالة إذا لم يحم بالواجب المناط به، وإذا أخطأ فلا محل لمخاصمته. ومن الممكن رفع دعوى أصلية ببطان حكمه ما دام لا يقبل الطعن بطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية وأبرزها الاستئناف.

أن التحكيم له صفة تعاقدية فالإرادة هي التي تصنع نظام التحكيم، وعليه يكون المحكم وكيلًا وليس قاضياً،

ويذهب إلى هذا الرأي الاتجاه السائد في الفقه الإيطالي¹ و جانب من الفقه الفرنسي²، و أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها مؤيدة بذلك الصفة التعاقدية للتحكيم برمته منذ إبرامه وحتى صدور قرار التحكيم³.
أسانيد هذا الاتجاه:

1- ويرى هذا الاتجاه أن التحكيم عقد لا يختلف عن غيره من العقود و لا يؤثر على ذلك أنه ينتج الحكم، لأن مثل هذا لا يعتبر سوى أثر له، و استندوا إلى الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في التحكيم، و إلى اختلافه عن العمل القضائي. فهم يرون أن التحكيم يبدأ باتفاق سواء كان هذا الاتفاق شرطاً أم مشاركة، فالتحكيم لا يعمل به إلا عند وجود الاتفاق، لكل هذا فهو مصدر إرادي⁴، فالإرادة هي التي تمنح الحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة

¹ الفريد روكو، سانا كيو فيدا مشار اليهم د.أ. فتحي والي- الوسيط- ص 39 هامش 1 مرجع سابق،

² أنظر عرض ذلك في رسالة نجيب سعد رقم 31..

³ حكم صادر في يوليو 1937 م- منشور في دلوذ 1938 م -1-25.

⁴ يجب استبعاد ما يسمى بالتحكيم الإجباري و كذا التحكيم في منازعات العمل الجماعية، فالتحكيم الإجباري لا يستند في معظم التشريعات إلى اتفاق عام أو خاص بل يكفي أن يقدم صاحب العمل أو العمال أو المنظمات النقابية التي تمثلهم طلباً للتوفيق أمام الجهة المختصة ينهي الأمر بطرح النزاع أمام هيئة التحكيم التي تصدر قراراً واجب التنفيذ على الطرفين أنظر فتحي والي- الوسيط- مشار اليه ص 39، محمد حامد فهمي- تنفيذ الأحكام- مشار اليه ص 41.

المختصة بنظر النزاع¹، وبهذا الاتفاق يحل المحكم بدلا من المحكمة في نظر النزاع وبالتالي استبعاد نظام القضاء طالما كان عقد التحكيم مستوفيا شروطه ولا يزال قائما.

ب- وإذا كان للإرادة دور في اتفاق التحكيم فإن لها دورا أيضا في إجراءات التحكيم، نجد أن هذه الإرادة هي التي تحدد الإجراءات الواجبة للإتباع، فمعظم التشريعات تجعل مهمة اختيار المحكمين من حق المحتكمين، بل أنها تجعل اختيار المحكم شرطا لصحة اتفاق التحكيم، وعلى خلاف الحال لدى القضاء فالخصوم لا يختارون القضاة الذين يفصلون في المنازعات، وإنما هم معينون سلفا و ليس للخصوم سوى الحق في طلب ردهم في حالات معينة واردة على سبيل الحصر.

ج- وقد وصف أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم بأنه وكالة²، والمحكم يقوم بدور الوكيل وهو ليس قاضيا لأنه ليس له ولاية القضاء ولا يقوم بخدمة عامة، ويستمد سلطانه من إرادة المتعاقدين³، ولا يلتزم بمباشرة التحكيم، ولا يقبوله له ويستطيع رفضه⁴، ولا يعتبر منكرا للعدالة، ولا يملك توقيع الجزاءات على الخصوم أو الشهود التي يملكها القضاء، كما لا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستند يكون منتجا في الدعوى⁵.

د- وقد أيد أنصار الطبيعة التعاقدية وجهة نظرهم بأن الإجراءات المتبعة أمام المحكم ليست إجراءات قضائية بالمعنى الحقيقي، لأن الإجراءات حتى تعتبر قضائية يجب أن تتصل بخصومة قائمة أمام محكمة تتبع جهة قضائية. و القرار الصادر من المحكم لا ينفذ بمجرد صدوره¹، ولكن بعد وضع الصيغة التنفيذية، وقد يكون قابلا للطعن فيه، وبطلان العقد يترتب عليه بطلان الإجراءات اللاحقة².

و خلاصة هذا الاتجاه أن التحكيم يجد أساسه اتفاق التحكيم، وتستمد قرارات المحكمين قوتها التنفيذية من هذا الاتفاق، ويخضع بالتالي للقانون الخاص. نقد هذا الاتجاه:

بالغ هذا الاتجاه في دور الخصوم وإرادة الأطراف، فمهمة التحكيم ليست الكشف عن إرادة الخصوم، وإنما هي حل النزاع³.

وإذا كان التحكيم أساسه الإرادة كما ذهب إلى ذلك هذا الاتجاه، فإن إرادة الخصوم دورا أيضا في رفع الدعوى أمام القضاء، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمها ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم، وقد يتفقان على إقامة النزاع أمام محكمة ما دون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، أو يتفقان على النزول عن الخصومة أو إيقافها. وإذا كان التحكيم يقوم على إرادة الأطراف فإنه يقوم أيضا على إقرار المشرع لها⁴.

أخذ على هذه النظرية مغالاتها في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف مع أن هؤلاء في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية. حتى أن المحكم وهو بصدد الفصل في

¹ أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- مشار إليه ص 17.

² أنظر المنتقى شرح موطأ مالك ج 5 ص 227، الأنوار ج 2 ص 615، آداب القاضي لابن الدم ص 140، الأذ ج 5 ص 177، المهذب ج 2 ص 71، المعنى والشرح الكبير ج 8 ص 178، الإقناع ج 4 ص 337 و أيضا أنظر:

MOREL : Op Cit-p.555. No 732 ; BERNARD : L'arbitrage

³ أ.د. محمد حامد فهمي - تنفيذ الأحكام- بند 53- ص 41 مرجع سابق.

⁴ أ.د. محمود هاشم- النظرية العامة للتحكيم- ص 212 مرجع سابق.

⁵ أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- ص 200، أ.د. أبو هيف- طرق التنفيذ والحفظ- بند 1373 ص 925

مرجع سابق، أ.د. وجدي راغب- النظرية العامة ص 382

¹ أ.د. محمد حامد فهمي- تنفيذ الأحكام- بند 53 ص 41 مرجع سابق،

² أ.د. فتحي والي- نظرية البطلان- ص 131- الطبعة الأولى منشأة المعارف- اسكندرية.

³ أ.د. فتحي والي- الوسيط- مشار إليه ص 52، أ.د. محمود هاشم- النظرية العامة- مشار إليه ص 218.

⁴ أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم مشار إليه ص 18، أ

النزاع على هدي إرادة القانون لا يلتفت إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه. وليس صحيحاً أن التحكيم وفقاً للعدالة هو الأصل العام وإنما التحكيم وفقاً للقانون أو التحكيم العادي هو القاعدة والأساس، أما التحكيم وفقاً للعدالة - أي التحكيم بالصلح - فلا يكون إلاً على سبيل الاستثناء.

ومن ناحية أخرى فإن أنصار هذا الاتجاه قد انقسموا على أنفسهم عند تحديدهم لطبيعة هذا العقد وهل هو من عقود القانون الخاص، أو من عقود القانون العام، و الذين قالوا أنه عقد من عقود القانون الخاص، لم يتفقوا على تحديده وهل هو عقد وكالة أو غيره.

التحكيم ذو طبيعة قضائية

ذهب إلى هذا الاتجاه الرأي السائد في الفقه الفرنسي¹، و الرأي الغالب في الفقه العربي².

ثانياً : نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

مفهوم النظرية:

ترى أن جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعينة بواسطة شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها. وبهذا المعنى يمكن اعتبار حكم المحكمين قضاءً أيًا كان المعيار الذي نعتمد عليه في تحديد العمل القضائي باستثناء معيار الهيئة مصدره العمل. وعندما يتفق الأفراد على التحكيم فهم لا ينزلون عن الالتجاء إلى القضاء، وإنما ينزلون عن الالتجاء إلى القانون الرسمي لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة، لهذا فالتحكيم نوع من أنواع القضاء.

وبهذا المعنى أخذت محكمة التمييز الأردنية وقضت في بعض أحكامها بأن إجراءات التحكيم هي من أعمال التقاضي التي تعتبر صحيحة إذا دل مظهرها على ذلك.

أسانيد هذا الاتجاه:

وظيفة المحكم كوظيفة القاضي، يطبق القانون أو العدالة وما يصدر منه يكون حكماً كحكم القاضي ومهمة الحكم كمهمة القاضي هي الفصل في النزاع، كما أن الحكم يشترك مع القاضي فكلاهما يهدفان إلى الفصل في النزاع على خلاف ما قال به أنصار النظرية العقدية حينما قالوا إن تصرف المحكم ليس سوى تجسيد لإرادة الأطراف، لأن إرادة الأطراف لم تكن قادرة على خلق التحكيم لولا المشرع الذي منحها هذه الصفة.

فالأحكام الصادرة من المحكمين نستند إلى اتفاق التحكيم، ولكن المشرع هو الذي يعترف بها، موضحاً ما يجب على المحكم مراعاته، وإرادة الأطراف غير قادرة على خلق التحكيم لولا المشرع الذي منحها هذه الصفة، وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي و الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه¹.

ج- الإجراءات أمام المحكم تعتبر إجراءات قضائية، فالمرافعة أمام المحكم و إبراز المستندات و المدد المثبتين مراعاتها، فهذه الأمور الإجرائية تمنعها من القول بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فإذا كان التحكيم يبدأ باق، ثم يتبعه في الحقيقة مجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها، حتى الوصول إلى الحكم المحكم، فإن الاتفاق على التحكيم و الإجراءات المتبعة أمران منفصلان. فإذا كان الأول ذا طبيعة تعاقدية، فإن الحكم الذي يصدره المحكم في نهاية الإجراءات ذو طبيعة قضائية، و إذا لم يتفق الخصوم على الإجراءات التي

¹ MOREL.R :Op Cit. p. 549. No.722, ROBERT.J:Op Cit. p. 256. No.

² أنظر أ.د. السنهوري- الوسيط- ج 2 ص 650 مرجع سابق.

¹ أ.د. فنجي والي- الوسيط- ص 41 مرجع سابق.

يتبعها المحكم فإنه يطبق الإجراءات التي تطبقها محاكم الدولة، وهو ملزم في كافة الأحوال بإتباع الضمانات الأساسية للنقاضي.

نقد هذا الاتجاه:

وهذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد لأن المحكم وإن كان يقوم بنفس وظيفة القاضي أي الفصل في النزاع، إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي وهي سلطة الأمر¹.

قيل في نقد في هذه النظرية بأن المحكم لا يتمتع أثناء نظر النزاع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الجبر فلا يلزم شاهداً بالحضور أو يجبر خصماً على تقديم مستند تحت يده، وبأن القضاء من مظاهر السيادة بما يحتم أن تستقل به الدولة، ناهيك عن وجود اختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاة والتحكيم وبأن الأخير يرمي إلى حماية مصالح خاصة.

وقد ردّ أنصار النظرية القضائية على هذه الحجج بقولهم: أن السلطة لا تنقص المحكم، ولأنه لا يقوم بالقضاء بل يمارس قضاء من نوع خاص ولنفس هذه العلة فإن حكمه لا ينفذ جبراً إلا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر من دولة أجنبية، ولم يزعم أحد بأن الحكم الأجنبي ليس قضاء مع أن ذلك نتيجة منطقية لما نعي على حكم المحكم من هذه الناحية، وبالرغم من أن القضاء من مظاهر السيادة، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع أن تعترف به الدولة لبعض الأشخاص وفي نطاق معين ومحدود كما في حالة التحكيم.

وليس أدل على الصفة القضائية للتحكيم من أن المحكم يقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي وإن القرار الذي يصدره يسمى حكماً، وتكون لهذا الحكم قوة الورقة الرسمية كما تكون له حجية الأمر المقضي، والأخيرة لا تمنح لغير الأحكام القضائية. أما أمر التنفيذ فإنه لا يضيف عنصراً جديداً إلى عمل المحكم

الذي يعدّ قضاء قبل أن يشمل أمر التنفيذ، ويفسره الحرص على رعاية المصلحة العامة - فضلاً عن المصلحة الخاصة - من خلال رقابة القضاء.

وفيما يختص بوجود اختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاء والتحكيم فيرجع في حقيقة الأمر إلى علة واحدة وهي أن المحكم وإن كان يقوم بالقضاء، إلا أنه لا يمثل الدولة لهذا جاز أن يكون أجنبياً، كما أنه لا يعتبر ملزماً بإقامة القضاء في إقليمها ومن ثم لا يعدّ منكرًا للعدالة إذا لم يصدر حكماً في الدعوى الماثلة أمامه ولا يحول دون الصفة القضائية أن التحكيم يرمي إلى حماية مصالح خاصة، فذلكم هو شأن قضاء الدولة، ولعل من الأدق أن يقال بأن حماية المصالح الخاصة هو هدف التحكيم، أما حكم المحكمين فيرمي كحكم القضاء إلى تطبيق القانون.

و الحقيقة أن عدم تمتع المحكم بكامل سلطات القاضي مرجعه أن المحكم يقوم بمهمة بصفة وقتية أي حين النظر في النزاع، فليس من المعقول أن يمنح كامل سلطات القاضي، إضافة إلى أن هذه الصلاحيات هي صلاحيات ولائية، بل يجب إعطاء المحكم صفة القاضي، انطلاقاً من مهمته في الفصل في النزاع من الحكم الذي يصدره إذ يعتبر حكم المحكم حكماً قضائياً¹. غير أن هذا الاتجاه الذي يقرر قضائية التحكيم يجعل منه قضاء استثنائياً.

ثالثاً: النظرية المختلطة

مفهوم النظرية:

تتلخص وجهتها في رفض كل من الطبيعة التعاقدية للتحكيم وكذلك الطبيعة القضائية، وترى أن القانون يخول الأفراد اختيار أشخاص للإعداد للقرار القضائي ليقوموا بتقويض من الخصوم بالبحث عن إرادته في الحالة محل النظر. وليس هذا البحث عملاً قضائياً ولكنه يكون أحد عنصريه، أما العنصر

الثاني الذي لا يكتمل إلا به فهو عنصر الأمر الذي به تطبق إرادة القانون التي بحث عنها وعينها قرار المحكم. وسلطة الأمر غير موكولة إلى المحكمين الذين ليست لهم ولاية القضاء أصلاً ولا تفويضاً من الدولة، وهي لا تكون إلا للقاضي الذي يطبق القانون ويصدر أمر التنفيذ لحكم المحكمين.

إذا كان الجانب الأول من هذا الاتجاه تفادي الانتقادات باعتماد الطبيعة المختلطة فإنه لم يسلم من النقد، وهذا ما دفع فريق آخر من الفقهاء إلى محاولة تفادي الانتقادات السابقة بالقول إن التحكيم ذو طبيعة خاصة، بمعنى أن طبيعته ليست قضائية ولا تعاقدية ولا مختلطة.

ويذهب هذا الاتجاه¹ إلى أن نظام التحكيم نظام خاص، فهو أهم وسيلة لفض المنازعات قبل وجود القضاء المنظم، مع ذلك استطاع البقاء مع وجود هذا الجهاز، فضلاً عن ذبوع وانتشار التحكيم النظامي بمراكزه وهيئاته الدولية والوطنية على حد سواء، الأمر الذي جعل منه موازياً لقضاء الدولة².

وإرادة الخصوم هي أساس التحكيم، ولكنه ينتهي بحكم، ولا يستطيع أحد أن ينكر الطبيعة العقدية وكذا القضائية، وإذا سلمنا بالطبيعة العقدية فما نوع هذا العقد؟. وطبقاً لهذا الرأي فحكم المحكم لا يعتبر مجرد أثر من آثار التعاقد، كما إنه من العسير اعتباره حكماً قضائياً بحتاً، وإنما عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أو مستقلة، ولا يمكن النظرية إليه إلا في ضوء ارتباطاته بنظام التحكيم في مجموعة، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الدكتور محسن شفيق والتحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاء محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابقياً مختلفاً، فهو في أول اتفاق

وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، وهذا الاتجاه أخذت به محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها³، ومحكمة النقض المصرية.

ثالثاً: التحكيم له طبيعة قضائية مستقلة خاصة:

الطبيعة الخاصة المستقلة لنظام التحكيم، فهو نظام قضائي استثنائي³، فالتحكيم وسيلة لفض النزاعات، ولكنه وسيلة مختلفة عن القضاء وموازية له. ومن المسلم أن التحكيم مصدره العقد، ولكن بعد الاتفاق عليه يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات، ولم نحاول أيضاً صبة في قالب القضاء حتى لا نحكم عليه بالطبيعة القضائية البحتة.

وتقترب أغلب التشريعات كثيراً من هذا الاتجاه، فهي تنظم اتفاق التحكيم باعتباره وسيلة للفصل في النزاع دون أن تخلط بين طبيعته العقدية التي تنتهي بإبرام العقد وقبول المحكم للمهمة كما أن طبيعته الإجرائية تظهر بوضوح من خلال الدفع بالاعتداد بالتحكيم⁴.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه إذا رفع أحد الخصوم النزاع إلى المحكمة جاز لطرف الآخر أن يدفع بالتحكيم وبالتالي فض الخصومة عن طريق التحكيم⁵، ويفرض على الخصوم متى وضحت إرادتهم اللجوء إليه ويفرض عليهم الحكم، وبالتالي يرفض النظام القانوني للتحكيم عليهم سواء بالنسبة لخصوم أم المحكم، وكذا الإجراءات جميعها حتى صدور الحكم.

¹ أ.د. محسن شفيق - التحكيم - 73 المرجع السابق، أنظر حكم محكمة النقض المصرية 1989/5/18 طعن رقم 740 لسنة 52 ق المدونة الذهبية ص 1020، وينص على أن "حكم المحكمين هو قضاء خاص لا يوجب تضمينه كافة الضمانات التي نص عليها القانون بالنسبة لأحكام المحاكم".

² راجع أيضاً نقض فرنسي في 13 أكتوبر 1958م - مجلة التحكيم 1958 ص 19،

³ م. وجدي راغب - هل التحكيم قضاء - مجلة الحقوق - بحث ص 135.

⁴ راجع في ذلك أ.د. فتحي والي - نظرية الطلال - رسالة ص 131، أحمد حشيش - الرسالة السابقة - ص 144

وما بعده.

⁵ أنظر أ.د. أمينة النمر - قانون المرافعات المدنية والتجارية 1986 ص 176.

¹ أنظر عرض "كوفندا الإيطالي" مشار إليه أ.د. فتحي والي - القضاء المدني اللبناني ص 105

² أ.د. محمود هاشم - النظرية العامة للتحكيم ص 217 مرجع سابق.

كما أن المحكم يلتزم بمراعاة القانون في كل ذلك، ومراعاة جميع ما ورد في نظام التحكيم، و إذا أخل كان مسئولاً أمام المحكّمين، كما أن حكمه يفرض عليهم كما يفرض على السلطات الأخرى شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية.

قيل في تنفيذ حجج هذه النظرية ما يلي :

. ليس صحيحاً أن المحكم يبحث فقط في إرادة القانون وإنما يطبقها ولا يحول دون هذا التطبيق أن المحكم شخص خاص وليس في ذلك ما يمنع من اعتبار عمله قضاء يحتل موقعه إلى جانب قضاء الدولة، وقريب منه القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الوطني بأحكامه.

. ولأنّ التحكيم نوع من القضاء تعيّن على المحكم الالتزام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، ومن أبرزها احترام حقوق الدفاع ومعاملة الخصوم على قدم المساواة واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم وبحضور جميع المحكّمين تقدير النظريات السابقة

نميل إلى تأييد الرأي القائل في تحديد طبيعة الاتفاق على التحكيم بأنه عقد خاص يتم باتفاق أطرافه ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهم وأنه لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية لأنّ اتفاق التحكيم يبرم في الأغلب الأعمّ من الحالات قبل بدء الخصومة فلا يمكن اعتباره من عناصرها، وبذلك لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة، ولا يعدّ بالتالي عملاً إجرائياً.

وبناء عليه تعيّن إخضاعه لما تخضع له عقود القانون الخاص مستبعدين بالضرورة الشروط التي ينظمها القانون للأعمال الإجرائية فلا تسري عليه قواعد بطلان الأعمال الإجرائية وإنما البطلان الذي ينظمه القانون المدني.

وبالنسبة إلى حكم المحكم، فإنّ النظر إلى المحكم من زاوية أنه قضاء إجباري ملزم للخصومة متى اتفقوا عليه وأنه لا مناص من الخلاص منه وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجماعي، وأنّ المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، كل ذلك يكشف لنا أن الصفة القضائية هي السمة الغالبة عليه، وأنّ حكم المحكم لا يختلف

عن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية في الدولة، ومع ذلك فهو مجرد أثر من آثار التعاقد، ومن العسير اعتباره حكماً قضائياً بحتاً وإنما هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية ولا تتبع بصده الإجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم كما لا يصدر في ذات الصيغ والأشكال المعتمدة للأحكام القضائية ولا يتقيد بشأنه بقواعد القانون التقليدية المقننة وحسبه الاستثناس بقواعد العرف والعدالة. وهو بالنتيجة ينشأ جراء اتفاق الخصومة عليه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق تنظمه إرادة المشرع.

يذهب الفقه المقارن إلى أن اتفاق التحكيم يتمخض عنه أثرين: الأول إيجابي، ويتمثل في حق أطرافه في طرق باب التحكيم، والثاني سلبي يحول دون قضاء الدولة ونظر المنازعة محل التحكيم. ويعتبر البعض عن ذلك بالنطاق المزدوج التحكيم الذي يخول في جانبه الإيجابي سلطة الالتجاء إلى إجراءات التحكيم لفض النزاع مع الطرف الآخر فيما يخول في جانبه السلبي سلطة منع الخصم من اللجوء إلى المحاكم لنظر النزاع الذي اتفق بصده على التحكيم.

وبهذا المعنى يتحلل إلى حق أطرافه في استبدال إجراءات التقاضي بإجراءات التحكيم أو استبدال قضاء الدولة بالمحكّمين. وتبدو أهمية وخطورة الجانب السلبي أو ما يُعرف بالأثر المانع لاتفاق التحكيم في منع أطرافه من اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية والاختصاص بشأن الفصل في المنازعة التي حدّدها الأطراف في هذا الاتفاق وكأنهم قد تنازلوا عن حقهم في الالتجاء إلى القضاء بشأنها، وفي الوقت نفسه منعوا قضاء الدولة من نظرها إذا ما رفعت إليه من قبل أحد الخصوم.

على أنّ هذا المنع لا يكون إلا حينما يكون التحكيم ممكناً، فإذا استحال لسبب من الأسباب جاز اللجوء إلى القضاء المختصّ صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص.

ومن الطبيعي أن ينحصر هذا المنع بين أطرافه وفقاً لما تقرره القواعد العامة بخصوص نسبية أثر العقد وعدم سريانه في مواجهة الغير. وبناء عليه فإن رفع الدعوى أمام القضاء مع وجود اتفاق التحكيم الذي شمل المنازعة محل النظر يعطي للمدعي عليه الحق في أن يدفع هذه الدعوى بوجود الاتفاق المذكور. وقد نظم القانون الإجرائي كيفية أعمال الأثرين معاً من خلال خصومة قائمة عن طريق الدفع بالتحكيم باعتباره الأداة الفنية لتمسك الخصم - المدعى عليه - بحقه في ولوج التحكيم بصدد النزاع المطروح أمام المحكمة، ومن ثم غل يدها عن السير في نظر هذا النزاع. وإذا كان حق الخصم في التمسك بهذا الدفع بصدد أية منازعة مشمولة باتفاق التحكيم ليس محل خلاف أحد من الفقهاء، إلا أن تحديد طبيعة هذا الدفع والطائفة التي ينتمي إليها قد أثار الكثير من الجدل ولم تلتق اجتهادات الفقه بشأنه على كلمة.

تحت طائلة البطلان.

القسم الأول: في شرط التحكيم

تفرق بعض قوانين الإجراءات المدنية بين نوعين من التحكيم، هما التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء ولم يساير المشرع الجزائري هذه القوانين في ذلك مغفلاً التعرض للنوع الأول على أهميته. ومن ابرز النتائج العملية التي يربتها الفقه على هذه التفرقة: أن المحكم بالقضاء يحكم وفقاً لقواعد القانون، أما المحكم بالصلح فلا يتقيد بذلك. كما أن التحكيم بالصلح لا يقبل التجزئة، فإذا زالت سلطة المحكم لأي سبب دون أن يحسم النزاع برمته اعتبر الحكم كأن لم يكن.

أما في حالة التحكيم بالقضاء فتبقى الأحكام الصادرة عن المحكم صحيحة ما لم تكن الخصومة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها أو بحكم القانون.

ويتفق نوعاً التحكيم في وجوب تعيين أشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل وفي أن يكون عددهم وتراً وفي عدد التقيد بإجراءات المرافعات إلا ما - ذكر منها في باب التحكيم، وكذلك في عدم قابلية الحكم

الصادر بموجبهما للاستئناف، وإن كان من الجائز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر أو طلب بطلانه بدعوى مبتدأه ترفع بالأوضاع المعتادة إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع. والضايط في اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح أو القضاء هو إرادة أطراف العلاقة الصريحة أو الضمنية بحسب الأحوال.

ولا مسوغ عندنا للخوض في هذه النتائج مع ملاحظة أن المشرع الجزائري يشترط ذكر اسم المحكم أو المحكمين في الاتفاق كما يشترط أن يكون الاتفاق كتابياً¹. ومن جانب آخر، فقد سارت التشريعات المقارنة في عدم إخضاع أحكام المحكمين للطعن عن طريق المعارضة وأن كان يمكن استئنافها والطعن بالنقض، وأكثر من ذلك، لم يجز وبخلاف بعض التشريعات العربية - طلب إعادة المحاكمة القاصر على أحكام المحاكم الحائزة على حجية الأمر المقضي. وليست أحكام المحكمين من هذا القبيل. لكنه أفسح المجال للخصوم لإقامة دعوى فسخ قرارات المحكمين وهي الدعوى التي تناظر دعوى البطلان المناحة في القوانين الأخرى ولذات الأسباب.

نطاق التحكيم

ترتبط أغلب تشريعات في جواز التحكيم أو عدم جوازه بالنسبة للمنازعات بين قابلية هذه المنازعات للصلح أو عدم قابليتها له. وإذا كان الأمر كذلك فجميع المنازعات التي يجوز فيها الصلح يجوز فيها التحكيم والعكس صحيح².

¹ المادة 1012: يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً.

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم.

إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة

² ولا يخلف الأمر كثيراً عند فقهاء المسلمين كما رأينا - أنظر البحر الرائق - ج 2 ص 28، وعند الفقهاء

المسلمين حقوق الله أي المتعلقة بالنظام العام لا يجوز استيفازها في الصلح - أنظر في ذلك عبد القادر عودة -

التشريع الجنائي الإسلامي ج 1 ص 755.

القانون رقم 72-626 الصادر في 5 يوليو 1972 ، يستطيع الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون التصرف فيها بارتدائهم، ثم تولت المادة 2060 من القانون ذاته على تحديد المنازعات التي لا يجوز التحكيم فيها وهي مسائل الحالة و الأهلية، وتلك المتعلقة بالطلاق و الانفصال الجسماني، أو المنازعات المتعلقة بالهيئات العامة و المؤسسات العامة، وبصفة عامة لا يجوز التحكيم في المواد التي تهتم النظام العام وقد حكمت محكمة النقض المصرية بذلك.

وقد أجاز المشرع الفرنسي أيضا للمؤسسات العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي بالتحكيم طبقا لمرسوم المادة 2060 مدني فرنسي معدلة بالقانون رقم 75-596 في 1975/7/9.

مسائل الحالة و الأهلية:

تعتبر الحالة الشخصية للإنسان من النظام العام و كذا الأهلية¹، فلا تخضع هذه المسائل للتعامل. وتنص المادة 45 من التقنين المدني الجزائري على أنه "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها".

و إذا كان الأمر كذلك فلا يجوز التحكيم أو الصلح على المسائل الخاصة بالحالة الشخصية، كالبنوة، و الجنسية، و الزواج و الطلاق و الولاية و الوصاية و القوامة، فلا يجوز لشخص أن ينفق مع آخر أن يحكما محكما على إثبات البنوة أو نفيها، أو على تغيير في الجنس، أو على تعديل أحكام الزواج و الطلاق و الولاية و الوصاية و القوامة لأن كل هذه المسائل من النظام العام، ولا يجوز أن تكون محلا للتعامل بين الأفراد، وبالتالي لا يجوز المصالحة على أحكامها. أو التحكيم فيها.

وكذلك فإن أحكام الأهلية تعتبر أيضا من النظام العام فلا يجوز أن تكون محلا للمصالحة أو التحكيم، فلا يجوز لشخص أن يتفق مع آخر على تحكيم مع شخص آخر لكي يقر أنه أهل أو غير أهل¹.

¹ الحالة الشخصية هي ما يتعلق بحالة الشخص و أهليته و جنسيته و كونه وطنيا أو أجنبيا ذكرا أو أنثى أو ناقض الأهلية... الخ.

وهذه الأحكام مقررة في التشريع الفرنسي باعتبارها من القواعد العامة دون نص خاص أو مستنبطة ضمنا من نص المادة 2060 مدني فرنسي².

سبب اتفاق التحكيم

فالتحكيم عبارة عن حسم النزاع القائم و التحكيم يشترك مع الصلح في أن موضوع حسم النزاع و لكن يختلف معه من حيث أن الصلح يتضمن تنازلا عن الإدعاءات³ فإذا لم يكن ثمة نزاع، وكان الحق ثابتا في جانب أحد الطرفين، و اتفقا على التحكيم رغم علمها بذلك، فإن الاتفاق يكون اتفاقا باطلا لانعدام سببه. و السبب في الالتزام هو الغرض المباشر الذي من أجله التزم المدين. وفي العقود الملزمة للجانبين عموما يكون سبب التزام كل عاقد هو التزام العاقد الآخر⁴، و نرى أن السبب في اتفاق التحكيم يتكون من عنصرين الأول هو نية وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين، وهذا العنصر مشترك بين الطرفين ويتلاءم مع الطبيعة الخاصة للعقد، وهذا العنصر لا يتغير عن عاقد لآخر بل هو واحد لدى جميع الأطراف في كافة اتفاقات التحكيم، العنصر الثاني وهو السبب الذي تقول به النظرية الحديثة في السبب وهو الباعث الدافع على التعاقد، وهذا الباعث يختلف في اتفاق التحكيم من شخص إلى آخر، كما يختلف من اتفاق إلى آخر، فهناك من يتعاقد عليه من أجل الإسراع في فض النزاع، لأن المحكمين منفرعون⁵، لفصل في النزاع و تجنب اللجوء إلى القضاء لما فيه من عناء و مشقة، فذلك يحكم من أجل السرية، و آخر يحتكم من أجل الثقة في المحكم و حسن عدالته إلى غير ذلك من الدوافع.

و التحكيم في القانون الجزائري يعهد إلى محكمين ينعون خصيصا لنظر النزاع أولوهم الأطراف ثقة كاملة في حل النزاع، و لا ينفرد في ذلك القانون الجزائري

¹ انظر أ.د. محمد علي غرفة- في شرح القانون المدني الجديد- ص 292، أ.د. السهوري- الوسيط-

² انظر في الفقه الفرنسي- لا ينول وريير بالاشتراك مع رواست و سافيه ج 11 ص 124 وما بعدها.

³- محمد علي غرفة- أهم العقود المدنية- ص 220 مرجع سابق.

⁴- محمد ليب شنب- دروس في نظرية الالتزام- ص 212 مرجع سابق.

⁵- أ.د. محمد كامل مرسى باشا- العقود المسماة الصغيرة ص 393 مرجع سابق.

إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كافٍ لتشكيل محكمة التحكيم ، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالألا وجه للتعين.

يعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معا أو من الطرف الذي يهمله التعجيل¹.

ثانياً: عدد المحكمين في لجنة التحكيم:

نصت معظم التشريعات 2 على فردية عدد المحكمين في حالة التعداد أما قانون التحكيم الجزائري 3 فقد اشترط أن يكون عدد المحكمين فردياً طبقاً للمادة 1017:

تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي .

ثالثاً: تشكيل لجنة التحكيم بواسطة القضاء أو أطراف آخر:

اختلفت التشريعات و الفقه اختلافاً شديداً على تعيين المحكمين بواسطة القضاء على النحو التالي:

ذهبت بعض الأنظمة⁴ و الفقه إلى ضرورة قيام الأطراف بتعيين المحكمين، أي تعيين أشخاصهم في اتفاق التحكيم وفي اتفاق مستقل عند حدوث النزاع و إلا كان التحكيم باطلاً وبمقتضى ذلك لا يجوز لأحد الأطراف الالتجاء إلى القضاء لتعيين الحكم أو المحكمين ولو وجد بينه و بين خصمه اتفاق عليه.

وبموجب هذا الرأي يجب تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم ذاتها أو في ورقة مستقلة ولا يكفي تعيينهم بأوصافهم. و أستند هذا الرأي إلى أن المحكم يعتبر محل التحكيم، وهو حسم النزاع بواسطة محكم معين بشخصه، بحيث إذا لم يتم الاتفاق على شخص المحكم في طلب اتفاق التحكيم، أو في ورقة مستقلة لا تكون أمام اتفاق تحكيم بسبب تخلف محله و انتفائه، وقد عبر الأستاذ الدكتور

بل أن معظم التشريعات أجمعت على ضرورة تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم ذاته، أو في اتفاق مستقل عند حدوث النزاع¹، و إن كانت بعض الأنظمة تمنح المحكمة المختصة سلطة تعيين المحكم في بعض الحالات، بناء على طلب الخصم² كما سيأتي.

ولقد حدد ذلك القانون الجزائري في المواد 1007 وما بعدها حول شرط التحكيم بنصه على :

شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ، أو تحديد كفاءات تعيينهم.

إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم ، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين ، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

4-أنظر المواد الآتية من التشريعات المقارنة: " 172 كوبيتي" ، و المادة "2/10" من قانون التحكيم المصري. "74 لبي"، "257" عراقي، "2/1448" فرنسي- "1006" فرنسي قديم- مع ملاحظة أن القانون الجديد يشترط تعيين أسماء المحكمين في مشاركة التحكيم فقط دون الشرط و انظر المادة "1414" من القانون الفرنسي الجديد، و انظر نفس المعنى من قانون المرافعات الإيطالي "م 2/809".

VNCENT et GUIUCHARD : op. cit., p. 1352.

التشريع الفرنسي "1444" في شرط التحكيم فقط. و البلجيكي م "1682" القانون المصري م "17/ب" و التشريع البلجيكي. انظر في التحكيم البلجيكي

أما نظام التحكيم الإنجليزي فيجيز للأطراف تعين كل واحد منهما محكم فإذا فشل أحدهما في تعيين محكمة يقدم الطرف الآخر مذكرة إلى خصمه و على الخصم المذكور تعيين محكمة خلال سبع أيام و إلا اعتبر ذلك الحكم

كمحكم و حيد في النزاع يعد موافقة المحكمة العليا بناء على طلب أحد الخصوم.

¹ المواد 1007 إلى 1010 من قانون الإجراءات المدنية

– راجع المادة "15" من قانون التحكيم المصري، و المادة "502" في قانون المرافعات المصري الملغية ، م" المادة

"809" إيطالي، المادة "1453" فرنسي.

³ و بذلك لا توجد صعوبة عند تعدد المحكمين بسبب تشعب الآراء.

⁴ – قانون المرافعات المصري القديم لسنة 1949.

أبو الوفا بالقول أن ذلك يؤدي إلى تجهيل محل العقد تجهيلاً يؤدي إلى بطلانها مطلقاً من النظام العام¹ فقد هذا الاتجاه:

انتقد هذا الاتجاه من بعض أساتذة القانون الدولي الخاص دفاعاً عن الاتفاقيات الدولية ولوائح المنظمات الدائمة و المتعارضة مع هذا الاتجاه و كذا دفاعاً عن شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة².

الجزء المترتب على عدم التعيين

عند الكلام عن تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم، و كذا تحديد النزاع في الاتفاق نفسه، و إن كنا نسلم أن هذين الشرطين يعتبران من الشروط الموضوعية الخاصة باتفاق التحكيم، إلا أنه يجب التفرقة بين مشاركة التحكيم و شرط التحكيم في هذا الموضوع.

فمشاركة التحكيم هي موافقة أطراف النزاع على الإلتجاء إلى حله بواسطة التحكيم، أما شرط التحكيم فهو بند ضمن بنود العقد الأصلي بمقتضاه يتم حل النزاع الذي قد ينشأ مستقبلاً من تنفيذ العقد الأصلي، وعلى ذلك فشرط التحكيم أمر مستقبلي و بالتالي يعتبر اتفاقاً موقوفاً على شرط وقوع النزاع، أما مشاركة التحكيم فهو اتفاق يبرم بعد حصول النزاع أصلاً.

تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم

حسم النزاع هو محل اتفاق التحكيم، ولكي تتوافق إرادة الطرفين على هذه المنازعة، فقد نص القانون في المادة 1012 على تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم، أو أثناء المرافعة في الدعوى وكذلك تحديد أسماء المحكمين أو

كيفية تعيينهم ولو كان المحكم مفوضاً بالصلاح و إلا كان التحكيم باطلاً، و الحقيقة أن نظام التحكيم لم ينص على ذلك صراحة ولكن يتضح لنا من سياق القانون أنه اشترط ذلك.

اسم و عنوان الطرف المدعى، اسم و عنوان الطرف المدعى عليه، شرحاً كاملاً لوقائع الدعوى مع تحديد القضايا محل النزاع و كذا طلباته و كل ما اتفق الطرفان على ضرورة ذكره في بيان الدعوى...¹ وعلى الطرف المدعى أن يرفق بيانه كل المستندات و الوثائق و الأدلة الأخرى ذات الصلة بموضوع المنازعة، و يحق للمدعى أن يعدل دفاعه أو طلباته أو يضيف إليها خلال مدة سير إجراءات التحكيم، ما لم تر لجنة التحكيم أن ذلك قد جاء متأخراً².

و القضاء الفرنسي³، يكتفي بتحديد الخصوم لموضوع التحكيم بوجه عام دون تفصيل ذلك، كأن يكتفي الخصوم بالاتفاق على تصفية الحساب بينهم أو لحسم الخلافات الناشئة عن تنفيذ إيجار منزل أحدهم³ ويجوز أن يكون هذا التحديد باتفاق مستقل بعد إبرام الاتفاق أو خلال الإجراءات⁴.

لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية. إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

أنظر أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- ص 48 راجع أيضاً أ.د. محمود هاشم النظرية العامة- ص 167 مرجع سابق، و أنظر أيضاً- جارسونية- ج 8 رقم 241، أنظر أيضاً BERNARD رقم 96 مرجع سابق.
- أنظر المادة "1/1444" من قانون المرافعات الفرنسي، "809" من القانون الإيطالي، و المادة "17" من قانون التحكيم المصري، أنظر المادة "175" كويتي، و المادة "256" عراقي، و المادة "235" من قانون المرافعات البحريني، أنظر التحكيم الإنجليزي حيث يجيز للمحكمة العليا تعيين المحكم في حالة فشل أحد الأطراف في تعيين محكمة أو إذا اقتضى الأمر تعيين محكم مرجع Umpire وقد أخذ بذلك قانون التحكيم المصري م 17

- وهذه المادة مطابقة للمادة "18" من قواعد الأمم "اليونسترال". و المادة "30" من قانون التحكيم المصري.
المتحدة للتحكيم التجاري الدولي
Jaen - UEDESLECUYET رقم 18 أنظر أيضاً نقض مدني الدائرة الثانية 9 فبراير 1955 المكان السابق رقم 80.
- أنظر أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- ص 36 مرجع سابق، أ.د. محمود هاشم- النظرية العامة- ص 137 مرجع سابق.
- أنظر الأحكام العديدة المشار إليها في مؤلف VAN LENNEP مرجع سابق ص 24، BERNARD رقم 83، أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- ص 36، أ.د. محمود هاشم- النظرية العامة- ص 137 مرجع سابق.

ويجوز للأطراف إدخال طلبات جديدة بشرط ارتباطها بعلاقة وثيقة بالنزاع الأساسي¹، ويجوز للمدعي في عدل دفاعه أو طلباته، أو يضيف إليها خلال مدة سير إجراءات التحكيم، ما لم تر لجنة التحكيم أن ذلك قد جاء متأخرا، كما تطلب القانون الجزائري في مادته رقم "1012" إثبات اتفاق التحكيم بطريقة واحدة وهو الكتابة، ولكن الكتابة هنا شرط لإثبات وليست ركنا من أركان العقد أو شرطا لصحته².

وتطلب القانون و بعض التشريعات³ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بحيث يقع باطلا إذا لم يكن مكتوبا، و الكتابة هنا قد تكون في شكل رسمي أو عرفي.

رد المحكم

تنص المادة 1016 على: يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المنفق عليها بين الأطراف،
 - 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهيمه التعجيل.

الطبيعة القانونية لرد المحكمين:

المحكم كالقاضي في نظر النزاع المعروض أمامه، فهو يباشر مهمته مستقلا عن إرادة الخصوم الذين اختاروه.

و إذا كان الأمر كذلك فإنه لا بد من إيجاد الوسائل التي تكفل استقلاله و حياده، فهذا الحياد ضمانا لتحقيق مبدأ إجرائي أصيل وهو حق الدفاع. و بذلك لا بد من تقرير قواعد رد المحكمين احتراماً لحقوق الدفاع المقررة للخصوم على أساس أن من حق كل خصم أن يمثل أمام قاضي غير منحاز¹.

و القاعدة المستقرة في أغلب التشريعات² تختلف بالنسبة للمحكم، فهي تقرر بأنه إذا كان سبب الرد أو عدم الصلاحية موجودا قبل تعيين المحكم و كان الخصم عالما بها فإن ذلك لا يصلح سببا للرد. فالأسباب المبررة للرد تتحقق في صورتين، أحدهما أن تحدث لأول مرة بعد تعيين المحكم و إبرام اتفاق التحكيم، و أخرى أن يكون موجودا من قبل ولكن لا يعلم بها صاحب المصلحة أو لم يعلم بها إلا بعد الاتفاق على التحكيم و تعيين المحكم³.

وتبرير هذه القاعدة يرجع إلى أن التحكيم مصدره الاتفاق، طالما قد تم الاتفاق على شخص المحكم حتى ولو لحقه سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد كما سبق.

و قد يكون من أسباب الرد وجود علاقات عمل سابقة بين المحكم و أحد الأطراف أو اتجاه النية إلى إنشاء مثل هذه العلاقات في المستقبل القريب⁴ و يتضح من أحكام القضاء في هذا الصدد أنه لا يكفي لتبرير الرد مجرد وجود أو قيام هذه العلاقة بين المحكم و أحد أطراف النزاع، لأن هذه العلاقة لا غرابة بها نظرا لأن المحكمين يكونون في الغالب من الناس الذين تربطهم روابط وثيقة

1- أنظر نقض فرنسي 12 ديسمبر 1958 مجلة التحكيم 1959 ص 21.

2- أنظر أ.د. حسي المصري- شرط التحكيم التجاري- ص 194 البحث السابق، أنظر حكم محكمة النقض

الفرنسية 16 يناير 1936 مشار إليه في Gaz -pal ديسمبر 1936.

3- VIZIOZ :op.cit.No. 287,p. 585, VINCENT/ OP. CIT?No1371;jean edes lecuyer: conventions d'arbitrage- jurs class 1988 fas a no.174.

2. المادة "18" من قانون التحكيم المصري. و المادة "814" ايطالي.

3 حكم محكمة النقض الفرنسية في 1973/2/26 مجلة الحكيم 1974 ص 29

4- أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- 162 مرجع سابق.أ.د. محسن شفيق التحكيم ص 147 المرجع السابق.

بالخصوم. ولكن السبب الحقيقي للرد هي العلاقات التي توحى بالشك في حيده المحكم، وعلى هذا الأساس حكم بقبول طلب رد محكم سبق أن أعطى الخصوم فتوى في ذات موضوع النزاع¹ وهذا التبرير يصلح أن يكون سببا للرد القاضي من نظر الخصومة²، لأن هذا السبب يدل على ميل المحكم بشرط أن يكون الخصم جاهلا بها وقت الاتفاق، غير أنه ينبغي تجنب المبالغة في هذا الشأن، و لأن لأصبح إبداء أستاذ لرأي علمي في محاضراته لطلابه سببا في عدم صلاحيته ليكون محكما في أي خصومة تثار حول الموضوع الذي أبدى فيه³.

و يثير مبدأ الحيادة صعوبة أخرى عندما يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، يرشح كل طرف واحد منهم و يختار رئيس هيئة التحكيم بواسطة هؤلاء المحكمين كما هو الحال في أنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم، ومن الطبيعي أن يكون المحكم الثالث هو رئيس هيئة التحكيم، لأنه أجنبي عن الخصمين أما المحكم الذي يختاره الخصم فمن الصعب أن يكون محايدا في الواقع، لأنه قد يكون قريبا أو تابعا لأحد المتخاصمين

خصائص التحكيم بالتفويض المحكم الطليق

نص قانون التحكيم اليمنى على التحكيم عن طريق التفويض و أعطى للخصوم الحق في اختيار هذا النوع من التحكيم، كما أخذ به معظم التشريعات المقارنة مثل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المادة 1464.

وقد اعترفت الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم بنظام التفويض بالصلح، فالاتفاقية الأوروبية للتحكيم المبرمة في 1961م نصت الفقرة الثانية في مادته السابعة على جواز ذلك، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 42 من اتفاقية البنك الدولي للتعمير و كذا المادة 2/33 إلى غير ذلك من لوائح هيئات التحكيم.

و التحكيم عن طريق التفويض هو منح المحكم سلطات واسعة لحل النزاع، و أهم ضابط بهذا النوع من التحكيم أنه لا يجوز اعتبار المحكم مفوضا بالصلح إلا إذا وضحت إرادة الخصوم وضوحا تاما صريحا و كانت ترمي إلى هذا، و يجب عند ذلك تفسير إرادتهم بالحيطه و الدقة وعدم التوسع رعاية لهم، و الاتفاق على جعل حكم المحكم غير قابل للاستئناف لا يكفي في ذاته لاعتبار المحكم مفوضا.

ومن المؤكد أنه ليس هناك تحكيم عن طريق التفويض بالصلح مصبوب على قالب، فكل مشرع فهم التحكيم بالصلح على شكل قد يختلف قليلا أو كثيرا عن غيره، و لكل وطن تحكيمه بالصلح وحتى تلك البلدان التي ليس في قوتها هذا النوع من التحكيم يبقى من الممكن تطبيقه.

و إذا كان الأمر كذلك فهناك ضوابط حول التحكيم بالصلح و التحكيم بالقضاء¹، و القاعدة في هذا النوع من التحكيم أنه إذا منح الأطراف المحكم سلطة الفصل في النزاع طبقا لمبادئ العدالة دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي أولا أو الإجرائي، فإن هذا الاتفاق يكون جائزا ويقطع بالدلالة أن سلطات المحكم أوسع بكثير من تلك السلطات الممنوحة للمحكم في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك².

1- أنظر الحبيب مالوش- التحكيم بالإنصاف- ص 3 البحث السابق، أنظر أيضا. أ. أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقيد الدوالي الطليق- ص 235 المرجع السابق.

2- أنظر في الموضوع- التحكيم في الإنصاف - I.P.LEVEL مجلة التحكيم الفرنسية- 1980 ص 651، أنظر أيضا MOREL :Op Cit.P.55 ,No 725

أنظر أيضا أ.د. أبو هيف- طريق التنفيذ- ص 926 مرجع سابق، أ.د. عبد المنعم الشرقاوي شرح المرافعات- ص 628- مرجع سابق، أ.د. محمد كامل مرسى- العقود المسماة- ص 296 مرجع سابق، أنظر أيضا المواد الآتية من

التشريعات المقارنة (2/182) كويتي، م (39) من قانون التحكيم المصري، (237) بحريني، (265) عراقي، (446) جزائري، (311) مغربي (834) لبناني، راجع أ.د. أحمد سلام- نظرية العقد الطليق ص 236

مرجع سابق.

1- استئناف باريس 30 أبريل 1969- مجلة التحكيم- 1969 ص 36.

2- أنظر أ.د. أمينة النسر- قوانين المرافعات ص 105، أ.د. نبيل عمر أصول المرافعات ص 110 مرجع سابق.

3- أ.د. أنكم الحوتى- خليات التحكيم بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم 1989 القاهرة ص 5.

و إذا كان الأمر كذلك جاز للمحكم المصالح عدم التقيد بمواعيد و مدد إجرائية غير متعلقة بالنظام العام و يجب رأى المحكم و الاعتداد به في كل الأحوال ولو خالف نصوص القانون كما تبين من رغبتهم في أن يكون لهذا الحكم النهائي و الفاصل في النزاع من غير اعتراض أو تذر على الحكم.

وعلى ذلك يجب أن توضح إرادة الأطراف وضوحا كاملا في مثل هذا النوع من التحكيم نظرا لخطورته، وهنا تظهر بوضوح مدى الثقة التي منحوها للمحكمة¹. فلا يكفي الاتفاق على إعفاء المحكم من المواعيد و الإجراءات لاعتباره محكما و مصالحا، و كذا الاتفاق على أن يكون حكم المحكم غير قابل لأي طعن. وفي الواقع العملي أن يحدث تعارض في اتفاق التحكيم فينبص هذا الاتفاق على أن المحكم يكون طليقا و ينص في جانب آخر يجب على المحكم احترام قواعد القانون، وفي هذه الحالة يكون هناك تعارض في الاتفاق نفسه لأن الصلح يستوجب التحرر من قواعد القانون الموضوعية.

فالتحكيم بالصلح يلزم المحكم بأن يبحث عن الحل الذي يكون الأكثر قبولا من الطرفين لذلك، فإن المحكم يجب أن يراعي في حكمه إرادة الطرفين الضمنية في أن يستمر في التعاون معا و هذا يفترض أن يقرأ الحكم بين سطور اتفاق التحكيم بالصلح. فالطرفان إذا اختارا التحكيم خلافاً أو هبت رياح هوت هذه العلاقات². ومع ذلك يجوز للمحكم الطليق أن يطبق القانون و بذلك لا يكون قد خرج عن حدود مهمته لأن القانون يهدف إلى العدل.

2- إعفاء المحكم المفوض من تطبيق إجراءات المحاكمة المتبعة أمام المحكم³، فإذا أوضحت إرادة الأطراف من خلال اتفاق التحكيم على أن التحكيم يكون عن طريق التفويض، و أن المحكم له الحق أن يصدر حكمه طبقا لمبادئ العدالة،

فأننا و بالتأكيد نكون أمام قرينة على إعفاء المحكم المفوض من تطبيق القانون و قواعده و نصوصه و من باب أولى الإجراءات الشكلية المتبعة أمام المحاكم.

3- لا يجوز المعارضة في حكم المحكم المفوض المادة 1032 من قانون الإجراءات الجزائية.

وهذه القاعدة مقررة في معظم التشريعات و هو عدم جواز استئناف حكم المحكم المصالح¹، لأن التحكيم بالصلح يفقد معناه إذا جاز استئنافه، و نتيجة طبيعية هنا أن الأطراف عند اختيارهم لهذا النوع من التحكيم؟ و يصدر المحكم حكمه بموجب مبادئ العدالة و الإنصاف، و قد أجاز المشرع الفرنسي اتفاق الخصوم على استئناف حكم المحكم المصالح هذه هي أهم خصائص التحكيم عن طريق التفويض.

طبيعة عن طريق التفويض:

ومهما يكن الأمر فإن هذا النوع من التحكيم تبقى له الصفة القضائية²، فالمحكم المصالح إذا أعفى من تطبيق قواعد القانون الموضوعية و الشكلية فإن ذلك يبقى ملزم و مقيدا بما ورد في قانون التحكيم و كذا بعض الإجراءات التي لا يستطيع أطراف النزاع إعفائه منها، لأن هذه القاعدة و الإجراءات هي جزء من النظام العام فلا يمكن التنصل منها.

للتحكيم عن طريق التفويض طابع قضائي، وهي عدالة خاصة و إن كانت مختلفة عن القضاء، و لا تختلف كثيرا عن التحكيم بالقضاء، لأن الضمانات الأساسية لسير العدالة سواء أكانت عن طريق التحكيم بالصلح أم التحكيم بالقضاء أم أمام القضاء نفسه يجب أن تبقى مضمونة بمجموعة من الضمانات و يجب على المحكم الطليق احترام المبادئ الآتية:

1- استنادنا الدكتور/ عزمي عبد الفتاح- التحكيم في القانون الكويتي. ص 246 مرجع سابق.

2- د. الحبيب مالوش- التحكيم بالإنصاف البحث السابق- ص1

3- أنظر المادة (39/أ) من قانون التحكيم المصري، أنظر أيضا. أ.د. محمد عبد الخالق عمر- النظام القضائي-

جأ ص 102 مرجع سابق.

1- أنظر (2/86) كويتي.

2- أنظر استنادنا الدكتور عزمي عبد الفتاح- التحكيم في القانون الكويتي- ص 244 مرجع سابق و المراجع التي أشار إليها، و أنظر أيضا حكم محكمة النقض الفرنسية 1981/1/7- مجلة التحكيم- 1984 ص 360 إشارة إليه استنادنا الدكتور عزمي- المكان السابق.

احترام حقوق الدفاع¹.

1- مراعاة الشكل المطلوب عند اصدار الحكم و إلا كان باطلا².

2- الإجراءات و الأوضاع و المواعيد المقررة في قانون التحكيم ابتداء من اتفاق التحكيم و انتهاء بإصدار الحكم.

3- احترام إرادة الطرفين من حيث الإجراءات و الأوضاع و المواعيد التي قد يتفق عليها الطرفان.

4- اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، فلا يصح أن يفصل في طلبات دون إعلان الخصوم بها، و لا يفصل فيها إلا بعد التأكد من صحة إعلانهم أو إخطارهم بها.

تعريف خصومة التحكيم

وخصومة التحكيم لا تخرج عن هذا التعريف فهي مجموعة من الإجراءات المتتابعة يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثلهم، ويساعدهم في ذلك هيئة التحكيم وفقا لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم، وقانون التحكيم، و قانون المرافعات، وتنتهي بصدور حكم في موضوعها، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع. و خصومة التحكيم أكثر مرونة من الخصومة القضائية، لأن هيئة التحكيم هي التي تنظم هذه الإجراءات بنفسها أو هديا من اتفاق الخصوم، وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات³ فالحكم غير مقيد بقواعد القانون الإجرائي إلا ما كان متعلقا بالنظام العام.

المبادئ الأساسية التي تحكم خصومة التحكيم

هنا مبادئ أساسية يجب على المحكم إتباعها بموجب القانون لأنها تعتبر من المبادئ الأساسية في التقاضي حتى إذا كان الحكم مصالحا أي مفوضا بالصلح¹ و هناك إجراءات يتفق الأطراف عليها في اتفاق التحكيم.

المبادئ القانونية لإجراءات خصومة التحكيم

احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام و التي يلتزم المحكم بإتباعها ولو لم يتفق عليها الخصوم.

و إذا كان الأمر كذلك فإن المحكم يجب أن يراعي المبادئ العامة في التقاضي و المتعلقة بالنظام العام، و احترام المحكم لهذه المبادئ يعطي لنظام التحكيم، و خصوصا خصومته، طابعا إجرائيا و قضائيا، فالخصوم لا يستطيعون إعفاء المحكم من هذه المبادئ و إلا كان حكمه باطلا²، أما المواعيد الإجرائية المقررة في القانون الإجرائي فإن المحكم لا يلتزم بها إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام، و المقصود بالإجراءات التي لا يلتزم المحكم بها و بالتالي لا يترتب عليه إذا حكم دون التقيد بها، هي الإجراءات التي تتمشى مع طبيعة التحكيم كنظام استثنائي سريع مثل عدم التوقيع على عريضة الدعوى بواسطة أحد المحامين أو إلزام الخصم به بحضور محام عنه في جلسات التحكيم.

أولا: احترام حقوق الدفاع في التشريعات المختلفة³:

أصبح هذا المبدأ من المبادئ العامة التي تعترف بها جميع الدول المتمدنة⁴ ويقصد به إيداء الخصم. وجهة نظره أمام القضاء أو هيئة التحكيم فيما قدمه هو أو قدمه خصمه من إدعاءات⁵. و هذا الحق مقرر للمدعى و المدعى عليه¹،

¹ - نقض مصري 1976/12/16 الطعن رقم 177 سنة 40 ق ص 1769.

² - أنظر : LOQUIN.E ; L'instance arbitrale, juris clas, 1986 Fas 1036,

NO.5

³ - فتحي والي - الوسيط - ص 908،

⁴ - أ.د. ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ج 1 ص 668 مرجع سابق، أنظر أيضا:

LARGUIER.J ; Op.Cit,P.27.

⁵ - أ.د. فتحي والي - الوسيط - ص 470 مرجع سابق، الحبيب مالوش - التحكيم بالإنصاف - ص 10 البحث

السابق، أ.د. محسن شفيق - التحكيم - ص 156 مرجع سابق.

¹ - أ.د. فتحي والي - قانون القضاء الكويتي - ص 450 مرجع سابق، أ.د. محمد عبد الخالق عمر النظام

القضائي - ج 1 ص 105 راجع حكم محكمة النقض المصرية في 76/12/16 طعن رقم 77 لسنة 40 ق ص

1769

² - أ.د. فتحي والي - قانون القضاء الكويتي - ص 450 مرجع سابق، أ.د. عبد النعم الشراوي - المرافعات - ص

628 - مرجع سابق، أ.د. أحمد قمحة و عبد الفتاح السيد بك - التنفيذ ص 378 مرجع سابق.

³ - أنظر المادة 816 من قانون الإيطالي و المادة 1460 من القانون الفرنسي، و المادة 25 من قانون التحكيم

المصري، راجع أ.د. محمد شحاتة - النشأة الاتفاقية - ص 322.

ويقصد بذلك مساواة الخصوم و إعطائهم الحرية في اتخاذ أي إجراء أو القيام بأي عمل من شأنه تأييد إدعائهم

هذا الحق مقرر أيضا في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مثل اتفاقية جنيف، و الاتفاقية الأوروبية سيبتمبر 1927². و ظهر أيضا هذا المبدأ بوضوح في اتفاقية نيويورك 1958³ و هذا المبدأ أيضا مقرر في قواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة قواعد UNCTRIL⁴.

وقد نصت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى على ذلك، م 45، 46 و كذا اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار العربية و بين مواطني الدول العربية الأخرى م 17، و كذا اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري م 25، 26، و مبدأ المواجهة معمول به أيضا في غرفة التجارة الدولية باريس م 13 من اللائحة المعدلة المعمول بها. اعتبارا من 1988/1/1م، كما أن هذا المبدأ معمول به في محكمة تحكيم لندن م 6 من اللائحة المعمول بها اعتبارا في 1985/1/1م.

وعلى هدى من ذلك فإن جميع الأنظمة مهتمة اهتماما بمبدأ حقوق الدفاع، و تطبيقاته، وهذا المبدأ من أهم المبادئ الإجرائية التي تميز العمل الإجرائي عن غيره من الأعمال لهذا يجب أعمال هذا المبدأ. و هذا المبدأ يتم إعماله بالقوانين الداخلية، أو بالتحكيم الداخلي أكثر من أعماله بالتحكيم الدولي، فالمحكم الدولي يطبق الإجراءات أمام الخصوم ولا يتم أعماله بدقة نظرا لطبيعة العلاقات التجارية الدولية المتشعبة وفي جميع إجراءات التحكيم، و إلا فقدت العدالة التحكيمية معناها وانقلبت مزايا التحكيم و سرعته إلى ظلم يعصف بالخصوم.

ضرورة احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم باعتباره من أهم تطبيقات حق الدفاع:

يقصد بهذا المبدأ أن يكون الحكم القضائي وحكم المحكمين نتيجة مواجهة بين وجهات نظر الخصوم¹، و تعني المواجهة تمكين الخصوم من إجراءات المطروحة ووسائل إتباعها و الحجج التي يقدمها كل خصم²، و لهذا المبدأ تطبيقات كثيرة في القانون الإجرائي التي يجب أعمالها عند نظر المنازعة و إلا شاب الحكم المخالف لذلك البطلان³.

و الواقع أن مبدأ المواجهة أهم المبادئ الإجرائية التي تحكم الخصومة أمام القضاء و بالتالي أمام هيئة التحكيم⁴، فهذا المبدأ ضمانة لصالح الخصوم و العدالة باعتباره وسيلة

المبادئ الاتفاقية لإجراءات خصومه التحكيم

يستطيع الخصوم في نظام التحكيم تنظيم سير المنازعة أمام هيئة التحكيم وفقا لقواعد إجرائية وفقا لإرادتهم، كما يجوز لهم الاستهداء في ذلك بقواعد إجرائية تكون بمثابة "تركيب خليط" أو مزيج من العديد من النظم الإجرائية⁵.

وعلى هذا الأساس منح القانون الأفراد سلطة الالتجاء إلى نظام التحكيم لحل نزاعاتهم بالشروط المنصوص عليها في هذا النظام، كما أعطت معظم التشريعات المحكمين فرصة كبيرة في أعمال الإجراءات اللازمة و عدم التقيد بالإجراءات و الأوضاع الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية

و على هذا الأساس أعفت معظم التشريعات، ومنها القانون المحكمين من التقيد بالإجراءات و الأوضاع الإجرائية في قانون المرافعات، و أجازت للخصوم

1- أستاذنا الدكتور عزمي عبد الفتاح- أساس الإدعاء أمام القضاء المدني- ص 141 دار النهضة العربية

1991

2- أنظر أستاذنا الدكتور عزمي عبد الفتاح- التحكيم ص 283 مرجع سابق.

3- أ.د. محمد شحاتة- النشأة الإتفاقية- ص 326 مرجع سابق.

4- فتحي زلي- الوسيط- ص 908 مرجع سابق.

5- د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- ص 224 مرجع سابق.

1- أ.د. أحمد مسلم- أصول- ص 381 مرجع سابق، أ.د. وجدي- دراسات ص 187 البحث السابق.

2- راجع المادة 2/ب و التي تجيز ابطال قرار التحكيم إذا أثبت الخصم الخكوم عليه أنه لم يستطع في الوقت الملائم العلم بإجراءات التحكيم لتقديم دفاعه ولم يمثل على وجه صحيح في الدعوى.

3- راجع نص المادة الخامسة، الفقرتين ب، ج اللتين تؤكدان جواز ابطال قرار التحكيم إذا استحال على أي من الخصوم أن يقدم دفاعه، أو إذا كان القرار قد فصل في نزاع غير وارد في اتفاق التحكيم. 0

4- راجع المادة 15 من القواعد المذكورة.

تنظيم ما يعين لهم من إجراءات في سبيل تسير خصومه التحكيم، و يلتزم المحكم بالإجراءات و المواعيد الاتفاقية، و الإجراءات الاتفاقية قد تكون في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل، و يعمل بهذا المبدأ ولو كان التحكيم عن طريق التفويض بالصلح و يستطيع المحكمون أيضا تنظيم إجراءات خصومه التحكيم إلا إذا كان اتفاق التحكيم لا يعطيهم ذلك ويشترط أن لا تكون الإجراءات الاتفاقية، و القواعد المتفق عليها مخالفة للنظام العام¹.

ما يلزم مراعاته في بداية الخصومة لم تتضمن معظم التشريعات المقارنة نصوصا تنظم الإجراءات المتبعة أمام لجنة التحكيم. و على ذلك تبدأ خصومة التحكيم في تلك التشريعات بأنه طريقة فقد تبدأ بحضور أطراف الخصومة أمام المحكم، أو بإعلان أطراف الخصومة كيفما كان هذا الإعلان، حتى لو كان بواسطة البريد، أو الهاتف، أو البرق على أن يكون هذا الإعلان كافيا مناسبا، و لا يلزم توقيع أحد المحكمين على ورقة الدعوة، إلى الحضور أمام المحكم².

بيانات الدعوى التحكيمية:

نص القانون المصري على أن الطرف المدعى يجب عليه إرسال بيانات دعواه مكتوبة إلى الطرف المدعى عليه، و إلى كل عضو من أعضاء لجنة التحكيم، و ذلك خلال المدة الزمنية المتفق عليها أو التي تحددها لجنة التحكيم. و على هذا الأساس ترسل الطلبات من المدعى إلى المدعى عليه و إلى كل عضو من أعضاء لجنة التحكيم، على أن تكون هذه الطلبات مكتوبة، وترسل بواسطة محضر. و يجوز إرسالها بأي طريقة بشرط أن يتحقق ذلك، و يثبت ذلك، و نعتقد بأنه يجب أن يكون الإثبات هنا بالكتابة كما هو متبع في اتفاق التحكيم، و يكون

1- أ.د أحمد إبراهيم- التحكيم الدولي الخاص- ص 232 مرجع سابق، أنظر التشريع المصري و الذي نص على أنه " لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إذا تضمن ما يخالف النظام العام و الآداب في مصر".

2- أنظر نقض فرسي 7 مايو 1957- مجلة التحكيم- ص 132، أ.د أحمد أبو الوفاء- التحكيم- ص 222 مرجع سابق.

الإرسال، أما شخصيا على عنوان الأطراف المحكمين، أو إبلاغه على عنوانه المعتاد، أو عنوان مكان عمله أو عنوانه البريدي، و إذا لم يكن أي من هذه العناوين مكتوبا بعد التحقيق من ذلك فيكون إبلاغه على آخر عنوان معروف. البيانات الضرورية للإدعاء

اسم و عنوان الأطراف و خصوصا المدعى عليه، شرح كامل لوقائع الدعوى مع تحديد المنازعات و القضايا محل النزاع، وكذا طلبات المدعى و كل ما اتفق الطرفان على ضرورة ذكره في بياناته.

يجب إرفاق طلب التحكيم الذي سبق و أن أرسل للمدعى عليه أو للمحكمين و يجب أن يرفق أيضا صورة لاتفاق التحكيم.

يجب أن يرفق المدعى كل المستندات و الوثائق و الأدلة الأخرى ذات الصلة بالموضوع.

فإذا تسلم المدعى عليه بيان كامل كما سبق من المدعى و جب عليه- المدعى عليه- أن يقدم بيان دفاعه مكتوبا إلى الطرف المدعى و إلى كل عضو من أعضاء لجنة التحكيم، و أن يشمل رده على كل ما ورد في بيان الإدعاء و أي بيانات و طلبات و دفوع أخرى يرى أنها ضرورية كما أنه عليه أن يرفق بيان دفاعه كل المستندات و الوثائق و الأدلة الأخرى ذات الصلة بالموضوع.

وعلى لجنة التحكيم إخطار الطرفين بمواعيد جلسات المرافعات الشفوية و الاجتماعات قبل عقدها بوقت كاف و عليها أن تتحقق من وجود اتفاق التحكيم و من موضوع النزاع و نطاقه، و على لجنة التحكيم أن تتحقق أيضا من الصفة الإجرائية للمحتكمين عملا بالمادة السادسة من قانون التحكيم، وهي أهلية التصرف بالحق موضوع التحكيم، و على المحكم التحقيق من الشروط المقررة للقيام بمهمته عملا بالمادة السادسة أيضا من نفس القانون التي تنص على أن يكون المحكم كامل الأهلية عدلا صالحا للحكم فيما حكم فيه. و كذا المادة 20 التي تنص على أنه" لا يجوز أن يكون المحكم فاقدا الأهلية أو محجورا عليه أو محرما من حقوقه المدنية و غير صالح للحكم فيما حكم فيه الخ".

مكان انعقاد الجلسات و وقتها

المادة 1020 : تنجز أعمال التحقيق و المحاضر من قبل جميع المحكمين ، إلا إذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة نذب أحدهم للقيام بها.

المادة 1021 : لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها ، ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم.

إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة ، أو إذا حصل عارض جنائي ، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة.

المادة 1022 : يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل ، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل.

المادة 1023 : يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون.

ثانيا: انتهاء خصومة التحكيم بموت الحكم أو يفقده أهليته أو عزله أو تحية:

تنص المادة 1024 : ينتهي التحكيم :

1 - بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تحيته أو حصول مانع له ، ما لم يوجد شرط مخالف ، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين . وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه ،

2 بانتهاء المدة المقررة للتحكيم ، فإذا لم تستشرط المدة ، فبانتهاء مدة أربعة (4) أشهر ،

3 - بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه ،

4 - بوفاة أحد أطراف العقد.

تنتهي خصومة التحكيم في قانون الإجراءات المدنية إذا توفي المحكم أو فقد أهليته أو تم عزله بالشروط القانونية وهي بتراضي الخصوم ، أو تنحي بنفسه عن مهمته ، أو حكم برده أو بعدم صلاحيته لنظر الدعوى ، أو بحرمانه من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية ، أو بشهر إفلاسه دون أن يرد إليه اعتباره ، ولكن أجاز المشرع للخصوم استئناف الخصومة إذا زالت صفة المحكم لأي

لم ينص القانون و كذا معظم التشريعات المقارنة على مكان معين لجلسات التحكيم ، و أعطت للخصوم و المحكم حرية اختيار المكان و الزمن المناسب لهم ، فيجوز أن تكون جلسات التحكيم في منزل المحكم أو أحدهما إذا كانوا أكثر من واحد ، كما يجوز أن يكون في موطن أو مكتب أكبرهم سنا أو مكتب أحدهم ¹ ، كما يجوز أن تكون جلسات التحكيم كلها في مكان واحد أو أماكن متعددة ² .

وتعطي قواعد "اليونسترال UNCTRIAL" تحديد ذلك لكل من الأطراف و المحكم ³ ، و الواقع أنه عند اللجوء إلى التحكيم وفقا للقواعد المنظمة لهيئات التحكيم الدائمة ، فإن الإجراءات تسير وفقا لقواعدها وعلى ذلك فإن إغفال الخصوم يؤدي إلى تطبيق القواعد الخاصة بتلك المنظمة ، وتشير غالبية لوائح هيئات و مراكز التحكيم الدائمة إلى مبدأ أساسي وهو تطبيق القواعد و الأحكام المستمدة من نصوصها على إجراءات سير المنازعة ، وفي حالة قصور هذه اللائحة عن بعض الإجراءات يكون لهيئة التحكيم تكملة النقص ، و أن يكون ذلك على ضوء القانون و الإجراءات في دولة المنظمة ⁴ .

و إذا كان المشرع لم يحدد مكانا معيناً لجلسات التحكيم وأعطى هذه المهمة لكل من الخصوم و المحكم ⁵ لتنظيمها ، فإنه أيضا لم يحدد زمنا معيناً للجلسات ، فيجوز أن تكون هذه الجلسات في يوم عطلة رسمية أو في الليل أو في النهار أو في أي وقت يكون مناسباً .

الخصومة التحكيمية من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية

المادة 1019 : تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك

1- جارسونية ج 8 رقم 292 مرجع سابق.

2- بانارد رقم 370 مرجع سابق.

3- أنظر أ.د. بوزيد رضوان- الأسس العامة- ص 99 المرجع السابق.

4- أنظر أ.د. أحمد أبو الوفا- التحكيم- ص 103 مرجع سابق. أ.

5- أنظر المادة 16 من اللوائح المذكورة.

سبب من الأسباب المتقدمة، وتعيين محكم جديد " هذه القاعدة مقررة أيضا في بعض التشريعات¹، مع ملاحظة أن بعض التشريعات تجيز للخصوم الإلتجاء إلى القضاء لتعيين محكم بدلا من المحكم الذي فقد صلاحيته كالتشريع الفرنسي والمصري².

وتعتبر هذه القاعدة منطقية و مقبولة في ظل جميع التشريعات و التي تجعل المحكم ركنا أو شرطا أساسيا في نظام التحكيم،

فإذا اتجهت إرادة الخصوم في اتفاق التحكيم إلى تعيين شخص معين فإن التحكيم بنقض بسبب وفاة المحكم أو رده، أو تنحية أو غير ذلك من الأسباب³، وفي حالة ما إذا كان الشرط التحكيمي لا يخضع إلى هذه القاعدة فإن " الوفاة أو الامتناع أو التنحي لا ينتهي التحكيم و يلتزم الأطراف بتعيين محكم جديد لأن الشرط التحكيمي في طبيعته يعطي الإلتزام في الإلتجاء إلى التحكيم بدرجة أولى، وفي حالة وفاة المحكم أو التنحي أو الرد يبقى هذا الإلتزام قائما و بالتالي يتم تعيين محكم بدلا من المحكم الذي توفي أو فقد أهليته... الخ، ونستطيع استخلاص نية الخصوم من خلال اتفاق التحكيم ذاته، ففي حالة تعيين محكم وحيد بشخصه في شرط التحكيم يكون قرينة على أن المحكم الوحيد هو الذي يفصل في النزاع و بالتالي ينقضي التحكيم لوفاة .

و ينقضي التحكيم أيضا إذا حدث عائق قانوني للمحكم⁴.
- تنتهي خصومة التحكيم بترك خصومه التحكيم:-

تنتهي خصومة التحكيم في القانون باتفاق الخصوم على ذلك صراحة سواء كان هذا الاتفاق في صورة اتفاق جديد أم في صورته إعلانات متبادلة على يد محضر أو مجرد خطابات يعلن فيها كل طرف رغبته في إنهاء خصومه

¹ - كالتشريع الفرنسي.

² - أنظر حكم محكمة باريس الكلية في 1984/12/26 - مجلة التحكيم - 1980 ص 96، باريس

1983/8/11، 1983/12/30 - مجلة التحكيم - 1984 ص 86، 87.

³ - أنظر LOQUIN المكان السابق رقم 98.

⁴ - الحكم السابق، أنظر نقض فرنسي الدائرة الثانية 26 نوفمبر 1980 - مجلة التحكيم - 1981 ص

التحكيم، وقد يتم بصورة أخرى وهي التقدم إلى القضاء من الطرفين بطلبات في مواجهة بعضهما البعض.

وقد يتم أيضا بتقديم أحدهما دعوى أمام القضاء وحضور الطرف الآخر و تكلمه في الموضوع بعد تكليفه بالحضور من جانب المدعى¹.

فتترك الخصومة معناه نزول المدعى عن الخصومة مع احتفاظه بأصل الحق الذي يدعيه، و إذا كان الأمر كذلك في الخصومة القضائية، فلا يتصور ذلك في خصومه التحكيم، بل لا بد من رضا الخصوم جميعا في خصومه التحكيم. و يترتب على ذلك زوال الخصومة و الغاء جميع الإجراءات و كافة ما ترتب عليها من آثار، على أن الترتك أو التنازل أو غير ذلك لا يمس أصل الحق المتنازع عليه و المحدد في اتفاق التحكيم فيمكن للمدعى أن يرفع به دعوى إلى المحكمة المختصة أو يتفق بشأنه صراحة على محكم جديد و هكذا.

و قد يكون التنازل عن الخصومة التحكيم بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة أو القضاء من أحد الأطراف مع عدم التمسك بالدفع المقرر لعدم اختصاص المحكمة لوجود اتفاق التحكيم. وهذا يعتبر تنازلا عن اتفاق التحكيم لأن الطرف الآخر لم يتعرض على ذلك و بالتالي لم يتمسك بحقه في الدفع².

رابعا: انقضاء خصومه التحكيم بسقوطها:

سقوط الخصومة التحكيم بسقوطها: سقوط الخصومة القضائية هو زوالها و اعتبارها كأن لم تكن. لعدم السير بفعل المدعى

القاعدة العامة أن المدعى إذا لم يقم بنشاط في الخصومة مدة طويلة يعتبر مهملًا لا يستحق انشغال المحاكم بقضيته وقد يكون القصد من إيقائه للخصومة رغبته في إطالة مدة النزاع نكاية بخصمه³. لهذا نصت معظم التشريعات، على تحديد جزاء للمدعى المهمل لحمله على متابعة خصومته حتى لا تتراكم الخصومات

¹ - أنظر: LOQUIN.E المكان السابق رقم 104.

² - أحمد الصاوي - الوسيط - ص 545 مرجع سابق.

³ - نقض فرنسي 17 يونيو 1975 - المجلة التحكيم - 1976 ص 189 تعليق E.LOQUIN

أمام المحاكم ، و نصت أيضا هذه التشريعات على متابعة خصومته حتى لا تتراكم الخصومات أمام المحاكم²، ونصت أيضا هذه التشريعات على شروط الحكم لسقوط الخصومة، ويترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراءات الإثبات وإلغاء جميع الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى ولكن لا يسقط الحق في أصل الدعوى ولا في الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا في الإجراءات

و إذا كان مناط السقوط هو إهمال المدعى و حمله على الإسراع في الإجراءات فإننا نرى أن هذا السبب قد يتوفر في خصومه التحكيم، ولعله من الملائم أن تكون خصومه التحكيم خاضعة لنظام سقوط الخصومة، فإذا أهمل أحد الأطراف و أراد التسوية، أو إذا لم يحدث التعجيل في حالة الانقطاع، ومضت مدة كبيرة تجاوزت الحد المعقول دون تحريك سقطت خصومة التحكيم، و جاز للخصوم بالتالي رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة، فإذا وقف السير في خصومه التحكيم مدة سنة، جاز إسقاطها يطلب بقديم إلى القضاء عملا بالقواعد العامة³، كما يجوز رفع الدعوى إلى لجنة التحكيم في التشريعات التي تعطي المحكم الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصاته و لكننا مع ذلك نرى أن تتضمن التشريعات نص يتعلق بسقوط خصومه التحكيم و آثارها.

و على ذلك يكون الميعاد قانونيا أو اتفاقيا. لأن مهمة و ولايته ليست دائمة، لذلك يكون التوقيت عنصرا لازما حتى لا يمتد اختصاص المحكم إلى مالا نهاية مما يشل اختصاص محاكم الدولة العادية و ينتقص من سيادتها بشكل دائم ، ولكن في الأصل تحدد هذه المهلة بواسطة الخصوم أنفسهم، أو ممثلهم، و على المحكمين إصدار الحكم خلال هذه المدة، و على هذا الأساس سنتكلم عن التحديد القانون و الاتفاق .

- تحديد مدة التحكيم قانونا:

سبق و أن قلنا أن الأصل في المدة و مهلة خصومه التحكيم هي إرادة الخصوم و لكن عند عدم الاتفاق على ذلك تثار مشكلة قانونية، وقد عمدت معظم التشريعات إلى تحديد مهلة قانونية يتم خلالها إصدار الحكم إذا لم يتفق الخصوم على مهلة محددة- التشريع الفرنسي و المصري و الكويتي ، و معظم المنظمات الدائمة . و لم يتضمن القانون

- حساب أجل التحكيم:

فإذا اختلفت تواريخ الإخطار فإن الميعاد يبدأ من تاريخ آخر إخطار و قد يكون الاتفاق في صورة شرط تحكيم و بالتالي يختلف تاريخه عن تاريخ وجود النزاع. و قد يكون الاتفاق شرطا أو مشارطة، ولكن المحكم لم يقبل مهمته فكيف تحسب المدة؟

ويقف الميعاد لإصدار حكم المحكم إذا حدث وقف أو انقطاع سير الخصومة أمام المحكم.

و أسباب الوقف للانقطاع محددة في قانون الإجراءات و هي تلك الأسباب التي تؤدي إلى انقطاع الخصومة القضائية بالإضافة إلى اتخاذ الإجراءات من قبل هيئة التحكيم كالطعن بالتزوير و غير ذلك. و يجوز الوقف في القانون إذا حدث طارئ من الطوارئ كالعزل أو التنحي و الرد، و يستأنف ميعاد سير الخصومة من تاريخ علم المحكم بزوال سبب الوقف و الانقطاع. في أحكام التحكيم

تكون مداوات المحكمين سرية و تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات. يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم كما يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة.

يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية :

1 - اسم ولقب المحكم أو المحكمين ،

2 - تاريخ صدور الحكم

3 - مكان أصدره

1- أحمد الصاوي- الوسيط- ص 534 مرجع سابق.

2- أحمد هندي- التمسك بسقوط الخصومة- ص 1991/48 الدار الجامعية الإسكندرية.

3- موريل رقم 522- العثماني- قواعد المرافعات- ج 2 ص 395 رقم 857.

5	مقدمة
7	حول قانون الإجراءات المدنية
13	المبادئ العامة في قانون الإجراءات المدنية الجديد
13	ميعاد سريان وتطبيق قانون الإجراءات المدنية:
21	الدعوى
56	الاختصاص النوعي للمحاكم الجزائرية
65	الاختصاص الإقليمي " المحلي "
65	القواعد العامة في تحديد الاختصاص الإقليمي المحلي
81	الآجال في قانون الإجراءات المدنية
104	أولا : الطلبات
113	الطلبات العارضة
120	الدفع
121	أولا : الدفع الموضوعية
126	ثانيا : الدفع الشكلية
135	ثالثا- الدفع بعدم الاختصاص
138	رابعا : الدفع بالإحالة
147	رابعا- الدفع بعدم القبول:
157	الدفع بعدم الأهلية:
159	القواعد الإجرائية للإثبات
159	القواعد العامة في الإثبات:
161	أولا :مبدأ حياد القاضي
166	سلطة المحكمة في اتخاذ إجراءات الإثبات
166	- ماهية الدور الإيجابي للقاضي
177	محل الإثبات
186	عبء الإثبات
190	تبادل عبء الإثبات

4-أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي ،
5 - أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف ، عند الاقتضاء.
توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين . يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.
غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم ، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه ، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.
تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه أو يمكن الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.
يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها ، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

296	العمل الولائي
301	أوامر الأداء
301	أوامر الأداء
309	الأوامر على ذيل العرائض
312	الطعن في الأحكام
327	المعارضة
334	الاستئناف
355	الطعن بالنقض
392	اعتراض الغير
397	الطعن بالتماس إعادة النظر
404	في دعاوى الحيازة
407	- دعوى منع التعرض أهم دعاوى الحيازة:
412	دعوى وقف الأعمال الجديدة
414	دعوى استرداد الحيازة
416	الكتاب الثالث في التنفيذ
416	تمهيد
417	تبليغ السند التنفيذي والتكليف بالوفاء
420	سند التنفيذ
420	الحق الموضوعي و السند التنفيذي
425	السند التنفيذي
428	أنواع السندات التنفيذية
441	محاضر الصلح والأوراق الأخرى
441	التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي
442	حالات التنفيذ المعجل الوجوبي
442	حالات التنفيذ المعجل القضائي الجوازي
456	الحجز التنفيذي و الحجز التحفظي
458	الحجز التحفظي

191	القاعدة في توزيع الإثبات
193	الإجراءات المتعلقة بالدليل الكتابي
198	القواعد الإجرائية العامة في التحقيق
199	ثانيا: تنفيذ إجراءات التحقيق
201	الخبرة
202	القواعد الإجرائية للخبرة
207	المعاينة
209	الإثبات بشهادة الشهود
211	سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود
214	إجراءات تحقيق الخطوط
221	اليمين
221	اليمين الحاسمة
224	آثار توجيه اليمين الحاسمة
224	اليمين المتممة
225	الباب الخامس
225	التدخل
226	1- التدخل
229	إختصاص الغير
232	في عوارض الخصومة
234	انقطاع الخصومة
235	وقف الخصومة
238	في سقوط الخصومة
238	السقوط
246	الحكم
257	كيفية تسبب الأحكام
280	في الاستعجال والأوامر الاستعجالية
286	الاستعجال

466	إجراءات تحفظية أخرى نص عليها القانون.....
472	الحجز الإستحقاقى:.....
480	الحجز لدى شخص ثالث.....
481	حجز ما للمدين لدى الغير.....
485	- أولاً- قطع التقادم :.....
491	الحجز العقارى.....
514	منازعات التنفيذ.....
532	منازعات التنفيذ الموضوعية.....
534	دعوى رفع الحجز:.....
535	دعوى الاسترداد.....
538	دعوى رفع الحجز.....
538	- تعريف دعوى رفع الحجز :.....
538	- شروط قبول دعوى رفع الحجز و إجراءاتها :.....
539	دعوى الاستحقاق الفرعية.....
543	في الطرق البديلة لحل النزاعات.....
543	في الصلح والوساطة.....
547	في التحكيم.....
583	الخصومة التحكيمية من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية.....