

جامعة الإسكندرية
ALEXANDRIA
UNIVERSITY



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول والثاني ١٩٩٧



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول والثاني 1997



مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -

الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : journal.law@alexu.edu.eg

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادى و من ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.

- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- 1- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغطاي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- 10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.

- 12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)
- 13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-mail/ السيرة الذاتية.
- 14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.
- 15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

محتويات العدد

- الاسانيد غير المنتجة أ.د/ حسين عثمان ١٣٤-١
- التعارض بين الأحكام القضائية أ.د/ أحمد خليل ٣٩٠-١٣٥
- ضمانات المتهم أمام سلطة الاستدلال أثناء مباشرتها لاجراءات ٤٩٤-٣٩١

التحقيق المخولة لها كاستثناء في التشريع الكويتي " دراسة مقارنة

أ.د/ فاضل نصر الله عوض

الأسانيد غير المنتجة

دراسة فى أحكام القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى

دكتور

حسين عثمان

أستاذ مساعد القانون العام

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



مقدمة

يؤكد الباحثون في فقه المنازعات القضائية (١) - وبحق - على حرية كل طرف في الدعوى في اختيار ما يرغب إثارته من أسانيد (٢) moyens في إطارها .

هذا التأكيد يجد تفسيره في أساسين : الأول نظري والآخر عملي . يتمثل الأساس النظري في حق التقاضي (٣) غير القابل للنزول عنه

(١) راجع على سبيل المثال :

B. KORNPORBST, La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir, Paris. LGDJ, 1959, PP. 282-283.

الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة الثامنة ، ١٩٨٨ ، بند ٣ مكرر ، ص ١٩ .

(٢) يترجم البعض moyen بكلمة دفع (راجع مثلاً : الدكتور سليمان الطماوى ، القضاء الادارى ، الكتاب الثانى ، قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام » دراسة مقارنة « ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٦ ، ص ٥٦٥) ، وهى غير دقيقة حيث أن المقابل الفرنسى للدفع هو exception .

أيضاً ، هناك من يترجم moyen بكلمة وسيلة (انظر الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع فى قانون المرافعات ، المرجع السابق ، بند ١ ، ص ١١ ؛ - الدكتور سامى جمال الدين ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ١٧) ، وهى ترجمة يرى البعض أنها غير صائبة حيث أن المقابل الفرنسى لكلمة وسيلة هو instrument .

راجع فى ذلك ، إبراهيم نجار ، أحمد زكى بدوى ويوسف شلالا ، القاموس القانونى ، فرنسى ، عربى ، بيروت ، مكتبة لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ ، ص ١٩٦ .

(٣) المحكمة الدستورية العليا ، ١٩٩٢/٤/٣ ، قضية رقم ٢ لسنة ١٩٨٠ق «دستورية» ، مجموعة الأحكام ، الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة ٦/٢١ ، ص ٢٤١ .

أو للانقضاء^(٤) ، الذى كرّسته الدساتير المعاصرة - ومنها دستور ١٩٧١ المعمول به فى مصر^(٥) - باعتباره « المدخل الى حماية الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها فى الدستور ... كى لا تكون (وهى) التى حرص على صونها مجردة من وسيلة حمايتها ، بل معززة بها لضمان فعاليتها »^(٦) .

أما الأساس العملى فيرجع الى الأهمية القصوى للأسانيد بالنسبة للمتقاضين ، بحسبانها تلك الحجج - التى لكل منها طابع محدد وكيان ذاتى مستقل^(٧) argument précis et isolable - التى يبغون من إثارتها

(٤) الدكتور رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، قانون المرافعات الجديد والاثبات رقم ١٣ ، ١٥ لسنة ١٩٦٨ ، الجزء الأول ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، بند ٧٢ ، ص ١٠٦ ؛ - الدكتور فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ (وأهم التشريعات المكتملة له) القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، بند ٢٤ ، ص ٤٨ .

(٥) المادة ٦٨ من دستور ١٩٧١ .

(٦) المحكمة الدستورية العليا ، ١٩٩٣/٢/٦ ، قضية رقم ٥٧ لسنة ٤٤ « دستورية مجموعة الأحكام ، الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة ١/١٣ ، ص ١٥٠ .
أنظر أيضاً حكمها بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٣ ، قضية رقم ١٥ لسنة ١٤ق « دستورية » ، المرجع السابق ، قاعدة ٢/٢٧ ، ص ٣١٥ .

(٧) راجع فى التعريف بالسند والتفرقة بينه وبين مجرد التدليل على وجهة نظر معينة simple argument :

-JACOMET. Conclusions sur C.E., 3/11/1947. x.... G.P., 1947. (2^{èsem}). J. P. 239 ; - M.CHRÉTIEN, Observations sous C.E., 3/11/1948. x.... JCP., 1948, 11. J. N° 4106 ; - D. JACQUEMART. Le Conseil d'Etat juge de Cassation, Paris, LGDJ, 1957, P. 224; - B.KORNPBST. La notion de partie et le recours pour exès de pouvoir, Op. Cit, P. 298 et la note N° 80; - Ch. DEBBASCH, Procédure =

إقناع القاضى بصحة وقانونية ادعاءاتهم وطلباتهم (٨).

وهكذا ، كان طبيعياً أن يقرر بعض الفقه صراحة - كما فعل (٩)
JACQUEMART و MASSOT ET FOUQUET (١٠) - أن على القاضى
التزاماً « صريحاً » ببحث هذه الأسانيد - طالما أنه مختص بنظرها
وتوافر بثباتها شروط القبول بأن كانت محددة وقُدِّمت فى

= administrative Contentieuse et procédure civile', Paris . LGDJ. 1962 .
N° 182 , PP. 162-163 ; - J.-F. BENOIT, Le droit administratif français.
D., 1968, N° 660, P. 383 ; - G. BRAIBANT, Le droit administratif
français , Paris, PENSP., 1984,P. 502.

الدكتور سليمان الطماوى ، القضاء الادارى ، قضاء التعويض وطرق
الطعن فى الأحكام « دراسة مقارنة » ، القاهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٦ ،
ص ٥٦٤ .

(٨) أنظر :

B. KORNPROBST, La notion de partie et le recours pour excès de pou-
voir, Op. Cit, P. 279; - J. - M. AUBY, Les moyens inopérants dans la
jurisprudence administrative , AIDA, 1966. 1.. Doctrine . P. 5 : - R.
ODENT, Contentieux administratif, Fasc. 111. Paris . Les Cours de droit.
1976- 1981.P. 1092; - R. CHAPUS. Droit du Contentieux administratif.
Paris. Montchrétien. 2^{eme} éd., 1990, N°691.P. 450; - Ch.DEBBASCH
et J.-C. RICCI. Contentieux administratif. Paris .D., 6^{eme} éd., 1994.
N° 467, P. 343.

وهو ما أقرته محكمة القضاء الادارى ، أنظر حكمها فى ١٩٤٩/٦/٧ فى
القضية رقم ٢٤٠ لسنة ٢٠٢٠ ق ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى ،
القاهرة ، المكتب الفنى ، السنة الثالثة ، قاعدة ٢٥٢ ، ص ٩٢٤ .

D. JACQUEMART. Le Conseil d'Etat juge de Cassation. Paris. LGDJ. (٩)
1957, P. 223.

J. MASSOT et O. FOUQUET. Le Conseil d'Etat juge de Cassation. (١٠)
Paris. Berger - Levraut. L'administration nouvelle. 1993.N° 111. P. 129.

الميعاد - لأنه إن لم يفعل . يكون حكمه مشوباً بالقصور في التسبب متعيناً إلغائه (١١) .

غير أن إضفاء طابع مطلق على التزام القاضى ببحث أسانيد الأطراف فى الدعوى لا يستقيم مع حقيقة القانون الوضعى ممثلاً فى أحكام القضاء ؛ حيث أن ثمة أسانيد غيرمنتجة moyens inopérants - حسب التعبير الذى درج مجلس الدولة الفرنسى على استعماله منذ ١٩٥٦ (١٢) - للقاضى أن يلتفت عنها ويرفضها دون التعرض لبحثها والرد عليها فى حكمه (١٣) ؛ لعدم صلاحيتها كأساس لهذا الأخير (١٤) .

(١١) راجع على سبيل المثال :

C.E. 18/2/1949. FAUCHON, REC. P. 82; - C.E. 25/3/1960. BOILEAU, REC, P. 234 ; - C.E., 20/10/1961. TRIMÉTAL, REC. Tables, P. 1147;- C.E., 8/6/1962.MALVARDI, REC. P. 378.

المحكمة الادارية العليا ١٢/٦/١٩٦٦ ، قضية رقم ١٠٩٣ لسنة ٨ ق ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا ، القاهرة ، المكتب الفنى ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة ٨٨ ، ص ٢٦٣ .

(١٢) من أوائل الأحكام التى أشارت صراحة الى عبارة الأسانيد غيرالمنتجة، راجع: C.E., 15/6/1956. ROUSSEL, REC. P. 248 ; - C.E., 21/11/1956. LAZARINI, REC. P. 443.

(١٣) انظر مثلاً :

C.E.,7/10/1960. MOY, REC.P. 523.

(١٤) راجع :

C.E., 15/7/1960. Hopital- Hospice de la RÉOLE, REC., P. 498; C.E., 1/2/1961. Délégué général du gouvernement en Algérie C/ ALLALI, REC P. 74.

محكمة القضاء الادارى ، ١٥/١٢/١٩٦٩ ، الطعانان رقما ٧٠١ ، ٥٩٦ لسنة ١ استئنافية ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى . ١-السنة الأولى للدوائر الاستئنافية ، ب- السنة الرابعة والعشرون للدوائر العادية القاهرة، المكتب الفنى قاعدة ٢ ، ص ١٤

هذا الموقف - من قبل القضاء الإداري - لا يتسم بأى قدر من الغرابة لسببين رئيسيين :

السبب الأول - وهو ذو طابع عام - يتمثل فى المفهوم اللغوى لما هو غير منتج ؛ حيث يقصد به - حسبما ورد فى قاموس Petit ROBERT - ذلك الذى لا يرتب آثاراً (ne produit pas d'effets) ، أو غير الفعال inefficace ، أو العقيم impuissant .

وهكذا ، يعرف البعض العمل الإدارى غير المنتج^(١٥) acte inopérant بأنه ذلك الذى لا يمكنه - بالنظر لصفة مصدره أو لمحتواه - إنتاج آثار قانونية ؛ مما يجعل الطعن فيه بالالغاء غير مقبول ، وهو نوع من القرارات الذى يحتفظ بصفته الإدارية ولا يختلط بالقرارات المدومة^(١٦) .

كما أن التشريع غير المنتج^(١٧) Loi inopérante هو تشريع يجرده المجلس الدستورى من كل قوة ملزمة فى مواجهة المخاطبين بأحكامه ، حتى يتسنى له إعلان دستوريته .

J. M. AUBY et R. DRAGO, Traité de Contentieux administratif. T.2. (١٥) Paris. LGDJ, 3^{eme} éd., 1984, N° 1908 (suite). PP. 171-173; - Traité des recours en matière administrative . Paris. Litec, 1992 . N° 144. P.P. 194-196.

(١٦) لا يوافق جانب من الفقه المصرى على هذه الوجهة من النظر ، راجع : - الدكتور رمزى طه الشاعر ، تدرج البطلان فى القرارات الإدارية ، دراسة مقارنة، القاهرة ، مطبعة جامعة عين شمس ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ ، ص٩٤-٩٥ ، حيث يرى أنه لا تفرقة بين القرار المدوم والقرار غير المنتج .

أنظر أيضاً فى مسألة القرارات الإدارية المنعدمة : - الدكتور مصطفى كمال وصفى ، انعدام القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة السابعة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٤٥ - ٢٧٥ .

(١٧) راجع على سبيل المثال :

- D. BROUSSOLLE . Les lois déclarées inopérantes par le juge =

السبب الآخر - وهو ذو طابع خاص - يشير الى المفهوم الفنى للسند غير المنتج باعتباره ذلك السند غير القابل للتأثير فى الحل القضائى للنزاع .

هذا ما قرره(١٨) LE TOURNEUR الذى يرى أن جوهر السند غير المنتج يكمن فى عدم قدرته على ممارسة أى تأثير على المصير الذى يدخره القاضى للعمل المطعون فيه ، فهو حجة لا وزن لها ولا فاعلية أمام القاضى (١٩) .

أيضاً ، يؤكد(٢٠) ODENT أن ما يميز السند غير المنتج هو انعدام

= Constitutionnel , RDP., 1985.P. 751 - 784; - G. DRAGO. L'exécution des décisions du Conseil Constitutionnel , L'effectivité du Contrôle de Constitutionnalité des lois. Paris, Economica, 1991 . PP. 167- 171; - D. ROUSSEAU. Droit du Contentieux Constitutionnel , Paris. Montchrestien, 3^{eme} éd., 1993, PP. 128-129.

LE TOURNEUR, L'étendue du Contrôle du juge de l'excès de pouvoir. (١٨) EDCE, 1963, P. 53.

HUEMANN. Conclusions sous C.E., 25/3/1960. BOILEAU. (١٩)

مشار اليه فى :

COMBARNOUS et GALABERT. Chronique générale de jurisprudence administrative française. AIDA. 1960. 1., Doctrine. P. 97.

R. ODENT, Contentieux administratif. Fasc. 111. Paris , Les Cours de (٢٠) Droit, 1976-1981. P. 1201 .

وهو التعريف الذى تأثر به بعض الفقهاء ، راجع :

H.- M. CRUCIS. Les Combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir. Paris. LGDJ. 1991 , P. 79.

انظر أيضاً :

R. HOSTIOU. Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français. Paris. LGDJ. 1975. P. 297.

تأثيره على حل النزاع الذي أثير أمامه ، حتى وإن كان مقبولاً وصحيحاً.
ويعلن CHAPUS - من ناحيته - موافقته على هذه الواجهة من
النظر ؛ ذلك أنه بعد أن أشار في الطبعة الأولى من مؤلفه فى القضاء
الادارى(٢١) - الصادرة عام ١٩٨٢ - الى استحالة وضع تعريف للسند
غير المنتج ، عدل عن هذا الموقف فى الطبعة الثانية من ذات المؤلف (٢٢) -
المنشورة عام ١٩٩٠ - حيث ركّز على عدم قابلية السند غير المنتج
للتأثير فى حل النزاع ، حتى مع افتراض كونه صحيحاً (٢٣).

من هنا يأتى السؤال الجوهرى : - متى ولماذا يعتبر القضاء الادارى
بعضاً من الأسانيد - المثارة أمامه - غير منتجة ؟

أظهر الفقه الفرنسى - منذ حقبة الستينات - اهتماماً بالاجابة على
هذا السؤال ، وتمثل ذلك فى مقالة الأستاذ AUBY المنشورة عام
١٩٦٦ (٢٤) ، اضافة الى دراسات موجزة - وردت فى بعض المؤلفات
العامة فى القضاء الادارى(٢٥) - أوجزئية تضمنتها بعض

R.CHAPUS, Droit du Contentieux administratif. Paris, Montchrestien. (٢١)
1982. N° 503. P. 322.

R.CHAPUS, Droit du Contentieux administratif. Paris, Montchrestien. (٢٢)
2eme éd., 1990. N° 703. P. 462.

(٢٣) أخذ البعض - فى تعريفهم للسند غيرالمنتج - بصياغة مماثلة ، راجع :

- A. MESTRE. Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) en
Répertoire de Contentieux administratif, T.3. Paris, Dalloz, 1996 N°12.

انظر أيضاً :

-G. DRAGO, Procédure du Contrôle de Constitutionnalité. JCA. T. 10.
Fasc. 1414, N° 140.

J.-M.AUBY, Les moyens inopérants dans la jurisprudence administra- (٢٤)
tive, AJDA, 1960, 1., Doctrine , PP. 5-13.

(٢٥) راجع :

R. ODENT, Contentieux administratif , 6 Fasc., Paris, Les Cours de =

= droit. 6^{ème} éd., 1976 - 1981. PP. 1200 - 1203 (Fasc. 111).1616-1617 (Fasc.V) et 2014-2015 (Fasc. VI) ; - Ch.DEBBASCH, Contentieux administratif, Paris, Dalloz , 3^{ème} éd., 1981 , N° 774, PP. 761-762; - Ch.DEBBASCH et J.C. RICCI , Contentieux administratif, Paris, Dalloz. 6^{ème} éd., 1994, N° 842, PP. 587- 588-J.M. AUBY et R. DRAGO, Traité de Contentieux administratif, T.2, Op. cit, N° 1259, PP. 374 - 375; ——— Traité des recours en matière administrative, Paris. Litec.1992 , N° 326, PP. 482 - 484; - R. CHAPUS, Droit du Contentieux administratif, Op. Cit., N° 703-708, PP. 461-468.

(٢٦) أنظر :

L. DIQUAL, La Compétence liée, Paris. LGDJ. 1964, PP. 488 - 499; - R. HOSTIOU, Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français. Paris, LGDJ. 1975, PP. 297-299; - P. PY. Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, Paris. LGDJ, 1976, PP. 87-106; - H.M. CRUCIS, Les Combinaisons de norme dans la jurisprudence administrative française, Contributions à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir , Paris. LGDJ. 1991 . PP. 76-79.

(٢٧) راجع :

- J. FOURNIER et G. BRAIBANT. Recours pour excès de pouvoir. In Répertoires de droit public et administratif . T. 11. Etablissements de bienfaisance privés-Voirie, Paris , Dalloz, 1959, N° 599-602; - B. KORNPROBST, La Compétence liée, RDP., 1961, PP. 935 et ss; -M. LE TOURNEUR. L'étendue du Contrôle du juge de l'excès de pouvoir. EDCE. 1963, PP. 51 et ss;- G. TIMIST, Compétence liée et principe de légalité , D., 1964, Chronique XXXI. PP. 217 et ss; - D. CHABANOL. Contrôle de légalité et liberté de l'administration . AJDA. 1984, Doctrine. PP. 14 et ss; - A.- S. MESCHERIAKOFF . La Compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi ? Réponse à une étude récente intitulée "Contrôle de légalité et liberté de l'administration". R.A.. 1984. L. et J. PP. 575 et ss; - A.MESTRE. Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation). In Répertoire de Contentieux administratif, Paris. Dalloz. T. 3., 1996 N° 12-16.

أما الفقه المصرى ، فإنه - فيما يعلم الباحث - لم يعن بدراسة هذه المسألة فى المؤلفات العامة فى القضاء الإدارى ، كما أنه لم يتناولها فى أبحاثه المتخصصة ، مما يفسر خلو المكتبة العربية من أية مساهمة فقهية بشأنها .

من ثم ، بدأ للباحث مناسباً تكريس المحاولة الماثلة - ذات الطابع المقارن - لدراسة الأسانيد غير المنتجة فى القضاء الفرنسى والمصرى ، ملتزماً بإجرائها وفق منهجية - يفرضها منطقتها - تقضى بالتفرقة - فى إطارها - بين الأسانيد غير المنتجة بطبيعتها - أى فى ذاتها - والأسانيد غير المنتجة لأسباب خارجية .

وعلى ذلك ، تنقسم هذه الدراسة الى فصلين كالتالى :

الفصل الأول : الأسانيد غير المنتجة بطبيعتها .

الفصل الثانى : الأسانيد غير المنتجة لأسباب خارجية .

الفصل الأول

الأسانيد غير المنتجة بطبيعتها

تتميز هذه الأسانيد بكونها غير قابلة بذاتها - وبمعزل عن أية مؤثرات أو عوامل أجنبية - للتأثير في حل النزاع الذي أثرت في إطاره.

ولكن ، متى تكون هذه الأسانيد كذلك ؟

إن دراسة أحكام القضاء الإداري تجيز الإجابة على السؤال المطروح

في العبارة الآتية :

« تكون الأسانيد غير منتجة بطبيعتها إذا تضمنت الاحتجاج بقواعد يخرج موضوع النزاع عن مجال تطبيقها ، أو كانت منقطعة الصلة بموضوع النزاع ، أو تمثلت في الاحتجاج بقواعد غير قابلة للتطبيق على موضوع النزاع » .

من ثم ، يتكوّن هذا الفصل من المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : الاستناد الى قواعد خارج مجال تطبيقها .

المبحث الثاني : الاحتجاج بأسانيد منفصلة عن موضوع النزاع .

المبحث الثالث : الاستناد الى قواعد غير قابلة للتطبيق على موضوع

النزاع .

المبحث الأول

الاستناد الى قواعد خارج مجال تطبيقها

لكل قاعدة قانونية - أياً كان مصدرها - مجال تطبيق معين يمكن تحديده وفقاً لمعيار موضوعي فيقصد به مادة *matière* القاعدة أو موضوعها أو العلاقات الاجتماعية التي تحكمها ، كما أن من الجائز تعيينه تبعاً لمعيار شخصي ليشير الى الأشخاص المخاطبين بها (١).

هذه الفكرة - أى مجال تطبيق القاعدة القانونية - غنية بانعكاساتها فى مجال المنازعات الإدارية ؛ فالتنكر لها يشكل دعفاً متعلقاً بالنظام العام (٢) ، ويعد صورة من عدم الاختصاص (٣) ، إضافة الى دورها فى مجالات أخرى (٤) ، لا سيما بالنسبة للأسانيد غير المنتجة .

ذلك أن الاحتجاج بقواعد قانونية خارج النطاق المحدد لإعمالها يمثل - وفقاً لأحكام القضاء الإدارى الذى يستبعد هذه القواعد دون أن يضمن حكمه رداً عليها - سنداً غير منتج ، يستوى فى ذلك أن تكون هذه القواعد ذات أصل تشريعى أو لائعى أو تكون قد انبثقت عن مصادر أخرى .

(١) راجع :

H. M. CRUCIS, Les Combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir, Paris, LGDJ, 1991, PP. 104-106.

(٢) أنظر :

R. CHAPUS, Droit du Contentieux administratif, Op. Cit. N° 710, A, PP. 470-472.

C.E., 5/11/1980, Société Conserveries du Perche, AJDA, 1981, P. 153. (٣)

(٤) أنظر :

H.-M. CRUCIS, Les Combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, Op.Cit, P. 104, Note N° 221.

لذا ، يشتمل هذا البحث على مطالب ثلاثة :-

- المطلب الأول : الاستناد الى قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها .
- المطلب الثانى : الاستناد الى قواعد لائحية خارج مجال تطبيقها .
- المطلب الثالث : الاستناد الى قواعد أخرى خارج مجال تطبيقها .

المطلب الأول

الاستناد الى قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها

يثار هذا النوع من الأسانيد فى إطار المنازعات المتعلقة بشئون الأفراد أو الهيئات (فرع أول) ، أو بالمركز القانونى للعاملين بالمرافق العامة (فرع ثان) .

الفرع الأول

الاستناد الى قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها

فى منازعات الأفراد أو الهيئات الخاصة

حدد المشرع - فى مجالات متنوعة - ضوابط العلاقة بين الإدارة من ناحية ، والأفراد من ناحية أخرى ؛ بحيث إذا ثار نزاع بشأن جانب أو آخر من هذه العلاقة ، فإنه من اللازم الاحتكام الى هذه القواعد لحله . أما إذا استند أطراف النزاع الى قواعد لا يدخل حسم موضوعه فى مجال تطبيقها ، فإن القضاء الإدارى - فى فرنسا وفى مصر - يرفض الدعوى لقيامها على سند غير منتج .

أولاً : القضاء الإدارى الفرنسى

أعطى مجلس الدولة العديد من الأمثلة لأسانيد غير منتجة متمثلة فى الاحتجاج بقواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها .

ففى دعوى موضوعها المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العمليات الحربية ، احتجت الإدارة - للمطالبة برفض الحكم بالتعويض على الدولة - بنص المادة ١٨ من القانون المالى رقم ٥١/٦٥٠ بتاريخ ١٩٥١/٥/٢٤ التى نصت على أن « المنشآت التى حلت محل تلك التى دُمّرت بفعل الحرب والتى شُيِّدت بواسطة الألمان أو الإدارات الخاضعة لهم تدخل فى ملكية الدولة » .

غير أن مجلس الدولة^(٥) لاحظ - مقتضياً فى ذلك أثر المفوض HEUMANN (٦) - أن نطاق تطبيق هذه المادة رهن بتوافر حالة واقعية محددة ، ألا وهى كون المنشأ قد دُمّر بفعل العمليات الحربية ، وأن ثمة آخر جديداً حل محله .

ولما كان طلب التعويض - فى النزاع المائل - منصباً على ما تكبده الطالب من نفقات نتيجة تنفيذه لأشغال عامة على منشأ قائم ، فإن نص المادة ١٨ أنفة الذكر لا ينسحب إليها ، وبالتالي يكون الاحتجاج به غير منتج فى شأنها .

وعن حق المعارضة السياسية فى الرد على ما يُذاع - بالتلفاز - منسوباً الى الحكومة ، قرر المجلس^(٧) أن ممارسة هذا الحق مشروط بتدخل السلطة العامة وفقاً لنص المادة ٢٣ من قانون ٢٩/٧/١٩٨٢ بشأن الاتصالات السمعية والبصرية التى جاء بها أن « بإمكان الحكومة أن تطلب - فى أية لحظة - برمجة وإذاعة أية بيانات أو تصريحات تراها ضرورية ، على أن تُعلن نسبة هذه البرامج للحكومة » .

C.E., 14/4/1961, Ministre de la Construction C/ Société Sud-Aviation. (٥)

RDP., 1961, P. 666. Concl. HEUMANN. PP. 655-666: - J.C.P. 1961.

11. J.N° 12255.Obs. LANVERSIN.

(٦) التقرير المذكور فى الاشارة السابقة ، ص ٦٦٥ .

C.E., 20/5/1985.LABBÉ et GUADIN, RFDA. 1985. P. 565. Concl. (٧)
ROUX, PP. 554 - 565 .

ففى هذه الحالة ، تلتزم الهيئة العليا للاتصالات السمعية والبصرية - حسبما قررت المادة ١٤ / ١١ من القانون المشار اليه - بتنظيم أسلوب رد المعارضة السياسية على البيانات والتصريحات الحكومية .

أما إذا تدخلت الحكومة خارج إطار المادة ٢٣ المذكورة أنفاً - كأن يقوم ممثل عنها باستعراض شهرى لسياستها العامة فى حضور بعض الصحفيين الذين يوجهون اليه ، عقب ذلك ، أسئلة يتولى الرد عليها - فإن الاستناد الى نص هذه الأخيرة ، للطعن بالإلغاء فى قرار الهيئة العليا للاتصالات السمعية والبصرية بالسكوت عن بيان كيفية رد المعارضة السياسية على هذا التدخل الحكومى ، يكون غير منتج (٨) .

وفى دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار المحافظ بالترخيص للمنظمة الأوربية للأبحاث النووية بالاحتلال المؤقت للملكية خاصة ، استند الطاعن الى مخالفته للقانون الصادر فى ١٦ / ١٢ / ١٩٦٤ بشأن توزيع المياه وحمايتها من التلوث المنظم لإجراءات الترخيص بإجراء عمليات من شأنها الإضرار بنوعية المياه الجوفية أو تلك الموجودة على سطح الأرض .

غير أن مجلس الدولة لاحظ أن القرار المطعون فيه - باعتباره إجراءً ضرورياً لتنفيذ مشروعات أشغال عامة - صدر إعمالاً لقانون متميز ومستقل صادر فى ٢٩ / ١٢ / ١٨٩٢ وطبقاً للإجراءات التى حددها .

من ثم ، يكون الاحتجاج بمخالفته للتشريع المتعلق بتوزيع المياه وحمايتها من التلوث منعدم التأثير على مشروعيته (٩) .

(٨) يلاحظ أن مجلس الدولة لم يأخذ فى هذا الشأن بوجهة نظر المفوض ROUX التى عرضها فى تقريره المذكور بالإشارة السابقة .

(٩) C.E., 18/12/1981, Ministre des relations extérieures C/PELAZ et autres.

REC., P. 481 .

وفي مجال تنظيم المدن ، قرر المجلس - في حكمه بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢ فى قضية DOMAT (١٠) - أن الادعاء بتعارض ترخيص بناء مستودع مع قانون ١٩١٧/١٢/١٩ بشأن المحال الخطرة قائم على سند غير منتج ؛ حيث أن هذا التشريع يحدد قواعد منح ترخيص افتتاح منشأة خطرة ، ولا ينطبق على الترخيص بتشبيدها الذى يخضع لتشريع متميز ومستقل عن تشريع المنشآت الخطرة .

وفيما يتعلق بتحديد مجال تطبيق نصوص تقنين الأشغال العامة - وخصوصاً المادتين ٧٨ و ١٠٥ منه - قرر المجلس أنها تنطبق فقط على عقود الأشغال العامة دون سواها كعقود امتياز استغلال المنشآت .

وعليه ، إن الاحتجاج بمخالفة المادة ٢ من ملحق عقد امتياز استغلال المنشآت - الذى أقره المرسوم المطعون فيه المنظم لمساهمة الدولة ، مالياً ، فى تنفيذ أعمال الاستغلال - للمادتين ٧٨ و ١٠٥ من تقنين الأشغال العامة غير منتج (١١) .

ثانياً : القضاء الإدارى المصرى

أخذ القضاء الإدارى المصرى بطريقة ضمنية - ولكن لا ينقصها الوضوح - بذات النهج ؛ مما يجيز التأكيد - دون خشية الوقوع فى الخطأ - بأنه يعتبر السند القائم على قاعدة تشريعية فى غير مجال تطبيقها غير منتج .

ففى منازعة موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار فرض رسم بلدى

C.E., 2/3/1977, DOMAT, AJDA, 1977, J.P. 447. Note DANAN. (١٠)

C.E., 6/11/1987. Comité de défense de la basse vallée de l'Adour et des gaves. Req. N° 21976. D.A., 26^{eme} année, Décembre 1987, N° 639. (١١)

انظر أيضاً بالنسبة لتطبيق آخر :

C.E., 26/11/1976. SOLDANI et autres, A.J.D.A. J., PP. 39-41, Conclusions LA TOURNERIE, PP. 33-39.

على الطاعن بصفته صاحب منحل ، استند هذا الأخير فى طعنه الى كونه ممارساً لمهنة زراعية وليست تجارية وفقاً لنص المادة ٢ من قانون التجارة .

إلا أن محكمة القضاء الادارى رفضت السند دون مناقشة ، وجاءت عبارتها كالتالى (١٢) : « ولا تلتفت المحكمة الى قول المدعى إن مهنته زراعية ولا تعتبر تجارية فى نظر المادة ٢ من قانون التجارة ذلك أننا فى صدد تطبيق أحكام القانون العام فى الشئون الضرائبية ، والرسوم المستحقة مقابل خدمات عامة وهو أمر يتوقف على تحقيق وجود دخل للممول مع انتفاعه بخدمة مقابل ما يفرض عليه من رسم - ولسنا فى صدد تطبيق أحكام القانون الخاص فى شئون التجارة التى تفرّق بين التاجر وغيره فى تطبيق نصوص مشددة على التاجر ... » .

أيضاً ، إن المطالبة بالإعفاء من العوائد الواجبة للدولة استناداً الى نص لا ينطبق على الحالة المعروضة ، تقوم على سند غير منتج .

هذا ما يستفاد من حكم محكمة القضاء الادارى بتاريخ ١٩٥٢/٥/٢٠ (١٣) حيث قررت أنه « لا حجة فيما يسوقه المدعى من أن نادى الجزيرة يتمتع بالإعفاء من العوائد طبقاً للفقرة الثالثة من المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٨٤ وقد أتى هذا الإعفاء منصباً على الأبنية المخصصة لإقامة الشعائر الدينية وليس للنادى مثل هذا التخصيص - كما أن التفويض التشريعى القائم للسلطة التنفيذية

(١٢) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥١/١٠/٩ ، ق ٢٦٦ لسنة ٤ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة السادسة ، قاعدة رقم ١ ، ص ١ .

(١٣) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٢/٥/٢٠ ، ق ٥٤١ لسنة ٥ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة السادسة ، الجزء الثانى ، ص ١٥٩٣ .

وبالنسبة لتطبيق آخر - متعلق بعلاقة الطلاب بالكليات التى يدرسون فيها -

راجع : محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٧/٦/٤ ، ق ١٩١٢ لسنة ١٠ق ، مجموعة

المبادئ القانونية ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة ٢٢٥ ، ص ٥٣٥ .

بمقتضى هذه الفقرة محصور فى دائرة المبانى المخصصة لإقامة الشعائر الدينية دون سواها .

الفرع الثانى

الاستناد الى قواعد تشريعية خارج مجال

تطبيقها فى منازعات العاملين بالمرافق العامة

تثير علاقة الادارة بالعاملين فى المرافق العامة نوعين من المنازعات: منازعات الإلغاء ومنازعات التسوية .

فى كلتا الحالتين ، يحتج الأطراف بأسانيد قائمة على قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها ، مما يجعلها غير مؤثرة فى حل النزاع .

أولاً : منازعات الإلغاء

فى حكمه بتاريخ ٧/١١/١٩٨٦ (١٤) ، قرر مجلس الدولة الفرنسى أن القرار الصادر بوقف موظف عام عن العمل إجراء ذو طابع تحفظى ، ولا يعد جزاءً تأديبياً حيث أنه اتخذ لصالح العمل فى المرفق العام ، ومن ثم فهو يخرج عن نطاق تطبيق المادة الأولى (فقرة أولى) من قانون ١٩٧٩/٧/١ التى تلزم السلطة الإدارية بتسبيب قراراتها المتضمنة توقيع جزاءات تأديبية فقط .

وعليه ، إن الاستناد الى المادة الأولى (فقرة أولى) من هذا القانون للقول بعدم مشروعية القرار المشار اليه - نظراً لعدم تسببيه - يكون غير منتج .

ولقد تبنت محكمة القضاء الادارى موقفاً مماثلاً فى حكمها بتاريخ ١٢/٥/١٩٤٩ حيث كان أساس الطعن ما شاب القرار المطعون فيه من

عيب اجرائى تمثل فى عدم سماع أقوال المدعى عند الفصل فى أقدميته طبقاً لنص المادة ١١ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٤ (١٥) .

فقد ذكرت المحكمة أن « ما يعيبه المدعى على القرار المطعون فيه من أن مجلس البوليس الأعلى لم يسمع أقواله عند الفصل فى أقدميته طبقاً لنص المادة ١١ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٤ فمردود بأن هذه المادة صريحة فى أنها خاصة بالتخطى فى الترقية ولا شأن لها بالأقدمية ولم يحل الدور على المدعى فى الترقية الى رتبة الصاغ » .

وفى دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار فصل المدعين استناداً الى مخالفته لنص المادة ١١٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، قررت محكمة القضاء الإدارى أنه (١٦) « إذا كان الثابت أن المدعين من عمال اليومية ، وكانت تصرف لهم مرتباتهم من اعتماد مخصص فى الميزانية لمصروفات عربات الأكل والبولمان ولم تدرج لهم درجات من درجات كادر الوظائف العامة الملحق بقانون نظام موظفى الدولة رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، فلا تنطبق عليهم أحكام هذا القانون ، بل يخضعون لأحكام كادر العمال ، ومن ثم فلا تثريب على مصلحة السكك الحديدية إن هى فصلتهم بعد أن رأت المصلحة العامة إلغاء إدارتها لعربات الأكل والبولمان بنفسها والترخيص لشركة فى ذلك ، وليس لهم أن يتحدوا بالمادة ١١٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ مادام هذا القانون لا ينطبق عليهم » .

ثانياً : منازعات التسوية

يتمثل موضوع منازعات التسوية فى مطالبة المدعى القضاء باستحقاقه فائدة معينة ، فإذا جاء هذا الطلب قائماً على نص تشريعى

(١٥) محكمة القضاء الإدارى ، ١٢/٥/١٩٤٩ ، ق ٢٤١ لسنة ٢٠٢ ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الثانية ، قاعدة ٢٠٣ ، ص ٧٢٨ .

(١٦) محكمة القضاء الإدارى ، ٤/١/١٩٥٥ ، ق ٢٧٠ لسنة ٧٠٧ ، مجموعة المبادئ القانونية ، السنة التاسعة ، قاعدة ١٦٨ ، ص ٧٥٩ .

لا ينطبق على حالته ، كان سنده غير منتج متعيناً إلغاًؤه » .

هذا النوع من المنازعات ليست له تطبيقات فرنسية ، وقد يرجع السبب فى ذلك الى نظام القرار الادارى المسبق *la décision préalable* السائد فى القضاء الادارى الفرنسى - دون نظيره المصرى - حيث ينضوى هذا النوع من المنازعات فى إطار دعوى الإلغاء لسبق استصدار صاحب الشأن قراراً إدارياً بالرفض .

لذلك ، إن تطبيقات هذه الأسانيد - وهى متنوعة - مستمدة جميعها من القضاء الإدارى المصرى .

فبخصوص التزام الإدارة بالأقدمية المطلقة عند ترقية العاملين بها ، ذهبت محكمة القضاء الإدارى الى أنه (١٧) « لا حجة فيما ذهب اليه المدعى من وجوب التزام الأقدمية المطلقة وفقاً لما نص عليه قانون هيئات البوليس ، إذ أن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عند ترقية الضباط من رتبة الملازم الثانى وما فوقها الى الرتب التالية وأما ترقية المدعى وأمثاله من الكونستبلات فتحكمها المادة ٣٦ من القانون سالف الذكر ... » .

وعن مطالبة المدعى الإفادة من قواعد حساب مدد العمل السابقة فى تقدير الدرجة والرتب وأقدمية الدرجة الواردة بقانون نظام موظفى الدولة رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ، لاحظت محكمة القضاء الإدارى (١٨) ، أن المدعى - وهو عضو هيئة تدريس بالجامعة - يخضع لقانون تنظيم الجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ الذى نظم فى جدول المرتبات الملحق به قواعد تسوية حالة عضو هيئة التدريس الموجود فى الخدمة وقت صدوره ، « وبالتالي لا محل للرجوع الى قانون نظام موظفى الدولة رقم

(١٧) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٣/٣/٣٠ ، ق رقم ١٥٣٠ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة السابعة ، قاعدة ٤٦٠ ، ص ٧٥٩ .

(١٨) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٦٧/١١/١٢ ، ق رقم ٩٦٢ لسنة ١٧ ق ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى فى ثلاث سنوات من أول أكتوبر سنة ١٩٦٦ الى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٩ ، القاهرة ، المكتب الفنى ، قاعدة رقم ١٢١ ، ص ٢٠٠ .

٢١٠ لسنة ١٩٥١ الذى كان سارياً وقت تعيين المدعى باعتباره القانون العام فى شئون الموظفين مادام هناك نص فى القانون الخاص ومن ثم لا محل لتطبيق المادتين ٢٣ و ٢٤ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ .

وعن طلب المدعى الحكم باعتباره فى الدرجة السابعة الفنية من تاريخ تعيينه طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥٩ ، قررت المحكمة (١٩) « أن الواضح من أحكام القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥٩ أنها جاءت متفقة ونظام الوظائف فى الإقليم السورى فقد حوت نصوصه عبارات وأحكام يقوم عليها قانون الموظفين الأساسى السورى ورددتها نصوصه دون أن يكون لها صدى أو مثيل فى قانون موظفى الدولة المصرى ... الأمر الذى يستفاد منه أن أحكام القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥٩ صدر بقصد سريانها على من تتوافر فيهم شروط الإفادة منها من موظفى الإقليم السورى إذ لا مجال لإعمالها فى حق موظفى الإقليم المصرى ... » .

ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا مسلك محكمة القضاء الإدارى الرافض للأسانيد المبنية على قواعد خارج مجال تطبيقها دون حاجة للبحث فيها والرد عليها فى الحكم ، وكان ذلك فى حكمها بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢ الصادر فى دعوى موضوعها مطالبة المدعى بأحقيته للدرجة السادسة الإدارية اعتباراً من تاريخ حصوله على راتب يساوى أول مربوط الدرجة بالسلك العسكرى ، وذلك استناداً الى نص المادة ١٢٥ من القرار الجمهورى بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن شروط الخدمة والترقية لضباط الشرف والمساعدين وضباط الصف والعساكر بالقوات المسلحة .

(١٩) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٦٩/١٢/١٥ ، الطعن رقم ٧٠١ و ٩٥٦ للسنة الأولى استثنائية ، مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الإدارى ، ١ - السنة الأولى للدوائر الاستثنائية ، ب - السنة الرابعة والعشرون للدوائر العادية ، قاعدة رقم ٢٢ ، ص ١٤ .

فقد لاحظت المحكمة أن (٢٠) « استظهار أحكام الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من القانون رقم ٢٣٥ لسنة ١٩٥٩ المشار اليه - وهي التي يستند اليها المدعى - يبين أن مجال تطبيقها هو نقل أحد أفراد القوات المسلحة (من ضباط الشرف والمساعدين وضباط الصف والعساكر) الى وظيفة مدنية ، فلا يجرى حكمها على حالة تعيين أحد هؤلاء الأفراد في وظيفة مدنية وفق الأحكام والشروط المقررة للتعيين في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ الخاص بنظام موظفي الدولة والمعمول به وقتئذ .. » .

وعليه ، إن هذا النص لا ينطبق على حالة المدعى الذي لم يلحق بوظيفة من الدرجة السادسة الادارية بمصلحة الجمارك عن طريق النقل من القوات المسلحة ، وإنما عين بها وفق الأحكام المقررة للتعيين في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ .

المطلب الثاني

الاستناد الى قواعد لائحية خارج مجال تطبيقها

تصدر السلطة التنفيذية أنواعاً عديدة من اللوائح التي لكل منها نطاق تطبيق محدد ، ولذلك يمثل الاحتجاج بها خارج هذا النطاق - موضوعياً كان أم شخصياً - سنداً غير منتج .

وعليه ، يتناول هذا المطلب بالدراسة المسألتين التاليتين :

- الاحتجاج بقواعد لائحية خارج مجال تطبيقها الموضوعي (فرع أول) .
- الاحتجاج بقواعد لائحية خارج مجال تطبيقها الشخصي (فرع ثان) .

(٢٠) المحكمة الادارية العليا ، ١٩٦٩/٦/٢ ، ق ١٤٦١ لسنة ١٩٦٠ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة الرابعة عشرة ، قاعدة رقم ١٠٠ ، ص ٧٥٤ .

الفرع الأول

الاحتجاج بقواعد لائحية

خارج مجال تطبيقها الموضوعى

ثمة مجالات عديدة يستند فيها أطراف النزاع الى قواعد لائحية تخرج القرارات المطعون فيها عن نطاق تطبيقها الموضوعى ، وهى أسانيد يرفضها القضاء الإدارى لكونها غير منتجة .

وهكذا فى مجال حماية المياه من التلوث ، أوجب مرسوم ١٩٧٣/٢/٢٣ - فى المادة التاسعة منه - خضوع التصريح بصرف مخلفات المصانع - فى باطن الأرض أو فى مياه الأنهار أو البحر - لإجراءات معينة أهمها إجراء تحقيق مسبق على منحه أو تعديله أو تجديده .

غير أن هذا النص لا يمنع السلطة المختصة من اتخاذ قرار بمد العمل - بصفة مؤقتة - بالتصريح السارى ؛ وذلك لحين انتهاء إجراءات تجديده ، حتى لا يحدث فراغ قانونى ينجم عنه توقف المنشآت الصناعية عن العمل مع ما يتضمنه هذا التوقف من نتائج ضارة من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية .

على أن هذا الاجراء ذو طابع تحفظى ومؤقت ؛ فليس من موضوعه الفصل فى طلب التجديد ، ولا يعطى مؤشراً عن المصير الذى تدخره السلطة المختصة لهذا الأخير ، وبالتالي فهو يختلف - من حيث طبيعته وموضوعه - عن القرار الصادر بتجديد التصريح أو بتعديله .

وعلى ذلك - إن الطعن فى قرار العمل مؤقتاً بالتصريح السارى بناء على مخالفته للقواعد الاجرائية والموضوعية المتعلقة بتجديد الترخيص يكون غير منتج حيث أنها لا تنطبق عليه(٢١) .

C.E..18/4/1986. Société les mines de potasse d'Alsace . RFDA.. 1987 . P. (٢١)

491 . Concl. DANDELLOT. PP. 479 - 491 . Note RUIZIE. PP. 492 - 495

الملاحظ على موقف مجلس الدولة الفرنسي أنه لم يناقش مدى اتفاق أو تعارض القرار المطعون فيه مع القواعد المدعى مخالفته لها ، ولكنه اكتفى - إثباتاً للطابع غيرالمنتج للسند - بالقول بأن هذه الأخيرة لا تنطبق عليه .

وفى مجال تنظيم المدن ، أعلن ذات المجلس - فى قراره بتاريخ ١٢/٧/١٩٦٠ (٢٢) - أن لوائح التنظيم داخل المدن لا تنطبق على قرار إعلان المنفعة العامة العاجلة لمشروع إنشاء مجمع سكنى تخصص وحداته للإيجار المعتدل ، ولكنها تضع الضوابط المتعلقة بالترخيص بالبناء ، وهو القرار الذى يضمن - بالنظر لموضوعه - تطابق المنشآت المزمع إقامتها مع قواعد التنظيم داخل المدن .

وعليه ، إن الادعاء بمخالفة قرار إعلان المنفعة العامة لقواعد التنظيم غير منتج ؛ حيث أنها لا تنطبق عليه أصلاً .

أيضاً ، قرر مجلس الدولة - فى حكم صادر فى ١٣/٣/١٩٨٧ (٢٣) - أن مرسوم إنشاء ضاحية جديدة يقتصر - وفقاً لنصوصه - على تعيين حدودها الخارجية حتى يكون ممكناً إقامة المؤسسات اللازمة لإدارتها ، ولا يتضمن أية برامج لاستغلالها ، ولا يؤثر - بأى شكل - على قواعد التنظيم المعمول بها داخل المدن ؛ وبالتالي فهو لا يدخل ضمن الأعمال الخاضعة للتوجيهات العامة لخطة التنظيم داخل المدن .

لذلك ، إن القول بتناقض المرسوم المطعون فيه مع هذه الأحكام غير منتج .

ولقد أخذ مجلس الدولة بذات الحل بالنسبة لتعارض رخصة البناء مع التوجيهات العامة لتطوير وتنظيم البلديات (٢٤) .

C.E., 7/12/1960. Groupement des habitants de Saint-Jacques- Nord. (٢٢)
REC. P. 674.

C.E., 13/3/1987. Commune de Bussy-Saint- Martin. REC. P. 97. (٢٣)

C.E., 2/3/1977. DOMAT, AJDA, 1977 . J.P. 447. Note (٢٤)
Y.M.DANAN.

فى ذات الإطار ، قرر المجلس (٢٥) أنه - طبقاً للمادة الثانية من القسم التشريعى من تقنين الصحة العامة والمادة ٢/٤٢١ من القسم التشريعى من تقنين تنظيم المدن والمواد ١/٤٢١ وما بعدها من قسمه اللائحى - لا يمكن للوائح الصحية المطبقة داخل المحافظات أن تتضمن شروطاً إجرائية متعلقة بمنح رخصة المبانى .

وعليه ، إن مفوض الجمهورية ليس ملزماً - عند إصدار قراره بالترخيص بإنشاء محل جزارة - باتباع الإجراءات المحددة فى المادة ١٢٩ من اللائحية الصحية للمحافظة ، والتي تطلبت أخذ رأى الإدارة الصحية بالمحافظة وإعداد ملف فنى .

بالتالى ، يكون الاستناد الى نص هذه المادة - للطعن بالإلغاء فى قرار - مفوض الجمهورية - غير منتج .

وبالنسبة لعلاقة سلطة الوصاية والجهات الخاضعة لها ، قضى المجلس بأن الاستناد على عدم موافقة السلطة صاحبة الوصاية غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار صادر عن جهة خاضعة لها (٢٦) .

وكان ذلك فى حكمه - بتاريخ ١٩٨٦/٦/٢٢ - فى دعوى تخلص وقائعها فى الآتى : أصدر مجلس أساتذة المتحف الوطنى للتاريخ الطبيعى قراراً بفسخ الاتفاق الذى أبرمه مع الطاعن والتي رُخص له بمقتضاه بشغل جزء من حديقة النباتات لإقامة مكتبة لبيع كتب التاريخ الطبيعى ، وهو القرار الذى لم يعرض على الوزير المختص للموافقة عليه إعمالاً للمادة ١٠ من مرسوم ١٨٩١/١٢/١٢ التى قضت بضرورة إحالة قرارات مجلس الأساتذة - مصحوبة برأى مدير المتحف - الى الوزير للموافقة عليها .

C.E.. 30/5/1986, Association de défense de l'environnement de la Com- (٢٥)
mune de Courcoue et A., Req. N° 62647, D.A. 25^{eme} année. juin 1986.
N° 365.

C.E.. 23/6/1986. THOMAS, REC. P. 167.

(٢٦)

فما كان من صاحب الشأن إلا أن طعن في هذا القرار بناء على مخالفته للمادة ١٠ من مرسوم ١٢/١٢/١٨٩١ المذكورة أعلاه .

إلا أن مجلس الدولة رفض هذا السند مقررًا - إثباتًا لطابعه غير المنتج - أنه وإن كان تخلف موافقة سلطة الوصاية على القرار يشكل عقبة في سبيل تنفيذه ، إلا أنه منعدم التأثير على مشروعيته ، أى أن الاحتجاج بعدم موافقة سلطة الوصاية مجاله تنفيذ القرار ولا يتعلق بمشروعيته ، بحيث يكون الاحتجاج بتخلفها في هذا النطاق الأخير غير منتج .

وفيما يتعلق بحق الاشتراك في صناديق التأمين ضد الشيخوخة المنشأة بقانون ١٧/١/١٩٤٨ ، لاحظ مجلس الدولة (٢٧) - في حكمه بتاريخ ٣/٦/١٩٥٩ - أنه مقصور على الأشخاص الطبيعيين - غير الأجراء- الذين يمارسون مهنة الزراعة ، ولا شأن له بالأشخاص المعنوية الخارجة عن مجال تطبيقه .

كما أن المرسومين الصادرين في ٣٠/١٠/١٩٤٥ و ١٨/١٠/١٩٥٢ لم يأتيا بأى استثناء في هذا الصدد ؛ حيث أن المرسوم الأول يعنى بتحديد الأعمال ذات الصفة الزراعية في مفهوم قانون ١٧/١/١٩٤٨ ، في حين أن المرسوم الآخر يبيّن إجراءات دفع الاشتراكات في صناديق التأمين التي أنشأها المشرع .

وعليه ، إن الطعن بالإلغاء في القرار السلبي برفض طلب إحدى الشركات بالاشتراك في صندوق التأمين ضد الشيخوخة استنادًا الى مخالفته للمرسومين سالفى الذكر يكون قائمًا على سند غير منتج .

(٢٧) - Loi- C.E., 3/6/1959, Caisse Mutuelle d'assurance vieillesse agricole du Loi- ret et autres, REC. P. 341.

الفرع الثانى

الاستناد الي قواعد لائحية

خارج مجال تطبيقها الشخصى

تفترض هذه الأسانيد الاحتجاج بنصوص لائحية من قبل أشخاص - أو فى مواجهتهم - غير مخاطبين بأحكامها .

ولعل أظهر أمثلتها تلك المتعلقة بمنازعات العاملين بالمرافق العامة .

فبالنسبة للصحفيين العاملين بالإذاعة والتلفاز، لاحظ مجلس الدولة الفرنسى(٢٨) - فى حكمه بتاريخ ١٩٧٢/٦/٢١ - أن لهم نظاماً قانونياً خاصاً بهم تقرر بموجب المرسوم الصادر فى ١٩٦٤/٧/٢٢ والذى اتخذ - بناءً على المادة ٥١ منه - قرار بإعادة تنظيم مرفق الإذاعة والتلفاز مع ما يترتب على ذلك من آثار بشأن الصحفيين العاملين به .

ولما كان الطاعن فى هذا القرار قد استند - لطلب إلغائه - الى مخالفته المادة ٥٧ من المرسوم رقم ٧٣٨/٦٤ الصادر فى ١٩٦٤/٧/٢٢ بشأن نظام العاملين بالإذاعة والتلفاز ، وكانت المادة الأولى منه قد نصت على عدم قابلية أحكامه للتطبيق على الصحفيين الذين يخضعون لنظام قانونى خاص ، فإن السند القائم عليه الطعن بالإلغاء غير منتج .

الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى لم يدخل فى « لعبة » الجهة الطاعنة ، ويناقد ما إذا كان القرار المطعون فيه قد جاء مخالفاً - أم لا - للنص اللائحى ، وإنما اكتفى - فقط بإيضاح السمة غير المنتجة للسند ، وهى المتمثلة فى الاحتجاج بنص خارج المجال الشخصى المحدد له .

وهو ذات المسلك الذى سار عليه القضاء الإدارى المصرى بصدد الأسانيد المماثلة .

C.E.. 21/6/1972, Confédération française démocratique de travail et syndicat des journalistes français. REC. P. 460. (٢٨)

ففى منازعة احتج فيها المدعى بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٢ من أبريل سنة ١٩٥٠ والقاضى بعدم وضع من يقع عليه الاختيار من الكونستبلات الممتازين والصولات تحت الاختبار ، ووجوب أن يكون تعيينهم فى وظائف الضباط بصفة دائمة مباشرة ، قررت محكمة القضاء الادارى فى حكمها بتاريخ ١٩٥٣/٦/٢٥ (٢٩) أن « هذا الاستناد غير مجدٍ فى الدعوى إذ الحالة التى صدر فى شأنها قرار مجلس الوزراء خاصة بمن يراد ترقية ترقية فعلية ذات أثر قانونى وهى الحالة التى ورد فى شأنها نص فى قانون هيئات البوليس وهى غير حالة المدعى التى يحكمها ما جرى عليه العرف من منح رتب شرفية لا تكسب صاحبها ترقية لأنها لا تنشئ مراكز ذات أثر واعتبار » .

وفى دعوى استند فيها المدعون - لطلب إلغاء القرار الصادر بفصل مورثهم - الى القرارات الصادرة من مجلس الوزراء بشأن نقل من يرسب من مستخدمى القاطرات فى الكشف الطبى بسبب الإبصار أو الصدر أو القلب الى إحدى الوظائف الخالية أو ما يشابهها بذات مرتبه شريطة توافر لياقته الطبية للعمل الجديد الذى يجب أن يكون متلائماً مع مقدرته الفنية والإدارية ، قضت المحكمة (٣٠) بأنه « لا وجه لاستناد المدعين الى (هذه) القرارات » حيث أن هذه « القرارات لا تسرى عليه ولا يجوز تطبيقها عليه بطريق القياس » .

ولقد تبنت المحكمة الإدارية العليا ذات المنهج ، فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٥/٧ (٣١) فى دعوى موضوعها المنازعة فى قرار الإدارة

(٢٩) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٣/٦/٢٥ ، ق ١٧٠١ لسنة ٦٦ ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة السابعة ، قاعدة رقم ٨٨٢ ، ص ١٨٢٠ .

(٣٠) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٣/٦/٢٢ ، ق ١٢٢٤ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة السابعة ، قاعدة رقم ٨٢٤ ، ص ١٦٩٨ .

(٣١) المحكمة الادارية العليا ، ١٩٧٨/٥/٧ ، ق ٢٢ لسنة ١٨ ق ، مجموعة المبادئ القانونية فى خمسة عشر عاماً ، الجزء الرابع ، م - ي ، قاعدة ٤٨٠ ، ص

بوقف صرف مرتب ، نهبت الى أنه « لا يؤثر ... أن تستند الإدارة فى وقف صرف المرتب الذى كان قد قررته من قبل الى الكتاب الدورى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٥ الصادر من وكالة وزارة المالية لشئون الميزانية لأن هذا الكتاب فيما تضمنه من إشارة الى تحديد المعاملة المالية للمعارين على أساس منحهم علاوة على مرتب الإعارة بنسبة توازى ٤٠٪ من المرتب الأسمى ... مقصور الأثر على من يتقاضون هذه النسبة من المعارين وهم شاغلو الدرجة الرابعة فأقل ... وليس من بينهم المدعى لأنه كان يشغل الدرجة الثالثة وقت إعارته ... » .

فالمحكمة الإدارية العليا استبعدت - كما هو ظاهر - سند الإدارة دون مناقشته ، واكتفت بإبراز طابعه غير المنتج بقولها أن المدعى ليس من المخاطبين بأحكام الكتاب الدورى الذى احتجت الإدارة به .

المطلب الثالث

الاستناد الى قواعد أخرى خارج مجال تطبيقها

يُقصد بعبارة « قواعد أخرى » - فى هذا المجال - تلك القواعد ذات الأصل التعاقدى ، والقواعد غير المكتوبة .

بالتالى ، يتكوّن هذا المطلب من فرعين كالتالى :

الفرع الأول : الاستناد الى قواعد ذات أصل تعاقدى خارج مجال تطبيقها .

الفرع الثانى : الاستناد الى قواعد غير مكتوبة خارج مجال تطبيقها .

الفرع الأول

الاستناد الي قواعد ذات أصل تعاقدى

خارج مجال تطبيقها

أثيرت أمام مجلس الدولة الفرنسى بعض الأسانيد المتمثلة فى الاحتجاج بقواعد ذات أصل تعاقدى - متمثلاً فى معاهدة دولية أو فى عقود القانون الداخلى - خارج المجال المحدد لإعمالها ؛ فلم يتردد فى رفضها لكونها غير منتجة .

فالاحتجاج بمعاهدة دولية خارج نطاق تطبيقها ، سند غير منتج .

هذا ما قرره مجلس الدولة فى حكمه بتاريخ ١٩٥٩/٧/٣ فى دعوى تخلص وقائعها فيما يلى (٣٢) : - فى ١٩٥٧/٨/١٠ ، أصدر مجلس الوزراء مرسوماً بشأن ضمان توازن ميزان المدفوعات لمنطقة الفرنك ، ناصاً على أن تستقطع نسبة ٢٠٪ - لصالح الدولة الفرنسية - من القيمة الإجمالية للتسويات المالية التى تعقد بين فرنسا ومستعمراتها والدول الخاضعة لوصايتها من ناحية ، والدول الأجنبية من ناحية أخرى .

طعن فى هذا القرار استناداً الى مخالفته لنصوص المعاهدات الدولية المتعلقة بالمساواة الضريبية وتحريم الازدواج الضريبى .

غير أن مجلس الدولة رفض هذا السند لكونه غير منتج ؛ حيث أن المبلغ المستقطع لا تتوافر فيه صفة الضريبة ، لأنه تقرر بموجب مرسوم صادر عن مجلس الوزراء ، فى حين أن الضريبة لا تنشأ إلا بقانون .

C.E., 5/7/1959. Société Belge des auteurs-compositeurs et éditeurs. (٣٢)

REC., P. 420.

وبعبارة أخرى ، إن الاحتجاج يمثل هذه المعاهدات لا يكون منتجاً ، إلا إذا كان للمبلغ صفة الضريبة ، حيث أن مجال تطبيقها يدور وجوداً وعدمًا مع توافر هذه الصفة .

أيضاً ، إن الاحتجاج بعقد من عقود القانون الداخلى - خارج نطاق تطبيقه - غير منتج .

هذا ما قضى به مجلس الدولة (٣٣) فى دعوى الإلغاء المرفوعة من النقابة الوطنية لمهندسى وموظفى الإدارة العليا بقطاع المناجم والأبحاث البترولية ، وكان موضوعها الطعن فى مشروعية المرسوم رقم ٦٧/٦٨ الصادر فى ١٩٦٨/١/٢٤ الذى حدد - فى المادة الثانية - سن الستين عاماً كحد أقصى للبقاء فى الخدمة .

وكان سند الطعن مخالفة المرسوم للمادة السادسة من الملحق الأول للاتفاقية الجماعية بشأن الإحالة الى المعاش ، والتي حددت هذا السن بخمسة وستين عاماً .

غير أن مجلس الدولة وصف هذا السند بأنه غير منتج - وهو ما أقره عليه (٣٤) ODENT - بحجة أنه لا يوجد نص تشريعى أو لائعى يفرض على الحكومة تحديد سن الإحالة الى المعاش بالنسبة لمهندسى المناجم - ومن شابههم - بخمسة وستين عاماً .

بعبارة أخرى ، لا محل للاحتجاج فى مواجهة الحكومة بنصوص الاتفاق الجماعى ؛ فهى لم تكن طرفاً فيه ؛ وبالتالي ليست ملزمة به إعمالاً للأثر النسبى للعقود .

ولقد أكد المجلس على ذلك - لاحقاً - عندما طعن أمامه فى مشروعية قرار إدارى استناداً الى مخالفته لنصوص العقد المبرم بين

C.E.. 9/6/1972, Syndicat national des ingénieurs et cadres supérieurs (٣٣) des mines et de la recherche pétrolière. REC. P. 432.

R. ODENT, Contentieux administratif, Fasc. 111, Op. Cit. P. 1202. (٣٤)

إحدى المستشفيات ومجموعة من الأطباء المتخصصين فى الطب
الوقائى (٣٥).

ومع ذلك ، يرى CHAPUS (٣٦) أن السند - القائم على الاحتجاج
بمخالفة القرار الإدارى لنص تعاقدى - لا يدخل فى فئة الأسانيد غير
المنتجة ، وإنما يثير مسألة متعلقة بالقبول .

هذا الاختلاف فى وجهات النظر يجد تفسيره فى اختلاف الزاوية
التي ينظر منها كل فقيه الى السند .

فمن ناحية ODENT ، يرى أن للنص التعاقدى مجالاً محدداً يقصر
تطبيقه على من شارك فى وضعه - أى من كان طرفاً فيه - ولذلك يكون
الاحتجاج به فى مواجهة الغير ، أى الحكومة فى هذه الحالة ، غير منتج .
أما CHAPUS ، فينظر الى العقد باعتباره أنه لا يمثل مصدراً
لمشروعية العمل الإدارى ، ومن ثم فإن الاستناد اليه - للطعن بالإلغاء
فى القرار الإدارى - يعد سنداً غير مقبول .

الفرع الثانى

الاستناد الى قواعد غير مكتوبة

خارج مجال تطبيقها

تتكوّن القواعد غير المكتوبة من القواعد العرفية والقواعد ذات
الأصل القضائى المعروفة - بصفة عامة - تحت اصطلاح المبادئ العامة
للقانون .

C.E., 23/3/1990. Centre hospitalier d'Orsay. REC. Table. P. 935. (٣٥)

R. CHAPUS, Droit du Contentieux administratif. Op. Cit. N° 695.P. (٣٦)

452.

ولقد استخدمت هذه القواعد كأسانيد في منازعات عديدة ، غير أن القضاء الإدارى - الفرنسى والمصرى - التفت عنها لكونها غيرمنتجة ؛ حيث أن الاحتجاج بها جاء خارج المجال المحدد لتطبيقها .

أولاً : القضاء الإدارى الفرنسى

هذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسى بخصوص الاحتجاج ببعض القواعد والمبادئ القانونية العامة، ومنها قاعدة التقاضى على درجتين ، مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ، الموازنة بين المنافع والأضرار ، وتدرج القواعد القانونية .

فقاعدة التقاضى على درجتين - وهى قاعدة قضائية (٢٧) يفرض حسن سير العدالة العمل بها لأن نظر الدعوى فى المرة الثانية ، الذى يتم بواسطة قضاة أكثر خبرة ودراية ، يأتى بعد أن تكون معالمها قد اتضحت عقب بحث قضاة الدرجة الأولى لها (٢٨) - يرتبط مجال تطبيقها بوجود عمل قضائى ، بحيث إذا لم تتحقق هذه الصفة فى العمل محل النزاع ، كان الطعن فيه - بالاستناد إلى هذه القاعدة - غير منتج .

ولما كان قرار القسم التأديبى لنقابة الأطباء الصادر بوقف الطاعن عن ممارسة مهنة الطب لمدة ستة أشهر لا تتوافر فيه هذه الصفة ، فإن الطعن فيه بالإلغاء لاتخاذ طبعاً لإجراء لا يكفل قاعدة التقاضى على درجتين ، يكون قائماً على سند غير منتج (٢٩) .

وفيما يتعلق بمساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ، قرر مجلس

(٢٧) فى التفرقة بين القواعد العادية والمبادئ العامة للقانون ، يراجع : الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب ، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية فى القانون الإدارى ، بيروت ، الدار الجامعية ، المكتبة القانونية ، ١٩٩٢ .

(٢٨) R. CHAPUS, Droit du Contentieux administratif, Op. Cit. N° 964.P. 656.

C.E., 11/7/1984, BLAT, REC, P. 260.

(٢٩)

الدولة (٤٠) أن الاحتجاج بهذا المبدأ يكون غير منتج في الحالة التي يمنح المشرع فيها الجهة الادارية سلطة تقديرية تجيز لها التمييز في المعاملة بين المنتفعين إذا كانت مراكزهم القانونية غير متماثلة .

فمثلاً ، بالنسبة لعلاقة مرفق التعليم بالمنتفعين بخدماته من التلاميذ ، لاحظ المجلس أنه إذا كانت المادة ٧ من قانون ١٩٥٩/١٢/٣١ تنص على سلطة الوحدة المحلية في جعل كل تلميذ - بغض النظر عن طبيعة المؤسسة التعليمية التي يتردد عليها - مستفيداً من الإجراءات ذات الطابع الاجتماعي ، إلا أن ذلك لا يعنى التزامها بمنح تلاميذ المدارس الخاصة ذات المساعدات الممنوحة لنظرائهم في المدارس العامة .

وعليه ، إذا كان للوحدة المحلية - بناءً على مالها من سلطة تقديرية - الترخيص لتلاميذ المدارس الخاصة بتناول وجبات الغذاء بالمطعم المركزي الذي أنشأته - مثلهم في ذلك مثل أقرانهم في المدارس العامة - فإن لها بناءً على ذات السلطة أن تحرمهم - على العكس من تلاميذ هذه الأخيرة - من المساعدات المالية المخصصة لخفض ثمن الوجبة الغذائية إلى أقل من سعر التكلفة .

وبالتالي ، يكون الاستناد إلى مخالفة قرارها لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة غير منتج .

أيضاً ، إن الاحتجاج بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار - للطعن بالإلغاء في قرار إداري - غير منتج إذا لم يكن القرار المطعون فيه من ضمن القرارات الخاضعة لهذا المبدأ ، ومنها نزاع الملكية للمنفعة العامة .

وهكذا ، قرر مجلس الدولة - في حكمه بتاريخ ١٨/٥/١٩٧٧ (٤١)- أن مضمون القرار محل النزاع مقصور على إنشاء « منطقة استغلال

C.E., 5/7/1985, Ville d'Albi, REC. P. 220; -RFDA, 1985, P. 666. (٤٠)
Concl. ROUX, PP. 661-666.

C.E., 18/5/1977, Soc. anon. pour l'exploitation de la gare routière (٤١)
d'Hendaye, D., 1978, J., P. 336. Note MODERNE .

مؤجلة ، (Z.A.D. Zone d'aménagement différé) طبقاً لأحكام القانون رقم ٨٤٨/٦٢ فى ١٩٦٢/٧/٢٦ المعدل الذى أنشأها للحد من المضاربات العقارية (٤٢) - دون أن يتضمن فى ذاته تزعماً للملكية خاصة أو اضراراً بممارسة الشركة الطاعنة لنشاطها .

وعليه ، إن الطعن فيه بمقولة أن التكلفة المالية المترتبة عليه قد تكون غير متناسبة مع الفوائد التى يحققها من وجهة نظر المصلحة العامة ، يكون قائماً على سند غير منتج .

وبالنسبة لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، إن من الضرورى - لكى يكون الاستناد إليه منتجاً - أن يكون ثمة عمل قانونى ذو قيمة أعلى من تلك التى للقرار المطعون فيه .

أما إذا كان سند الطعن متمثلاً فى مخالفة القرار المطعون فيه لقرار له ذات القيمة القانونية - كأن يكون القراران لاثنتين صادرتين عن ذات السلطة وبنفس الإجراءات - فإنه لا يكون منتجاً حيث أنه لا محل لإعمال مبدأ تدرج القواعد القانونية فى هذه الحالة (٤٣) .

ثانياً : القضاء الإدارى المصرى

استبعد القضاء الإدارى المصرى - من ناحيته - بعض الأسانيد لقيامها على الاحتجاج بقواعد غير مكتوبة خارج نطاق تطبيقها ، ك بعض القواعد العرفية ، ومبدأ المساواة ، وقاعدة عدم جواز المساس بالحقوق المكتسبة .

ففى حكمها بتاريخ ١٩٥٤/٤/٥ المتعلق بنزاع موضوعه حق

F. MODERNE. Note sous C.E.. Soc. anon. pour l'exploitation de la (٤٢) gare routière d'Hendaye, D. 1978, J.P. 337.

(٤٣) انظر على سبيل المثال :

C.E.. 14/2/1964. Société d'Oxygène et d'acétylène d'Extreme-Orient. REC.P. 107;- C.E., 24/11/1979, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT. AJDA, 1979. P. 42. Concl. LA TOURNERIE.

الطلاب فى دخول امتحان الدور الثانى ، قررت محكمة القضاء الادارى (٤٤) أن « المادة الخامسة من لائحة النظام الدراسى والتأديبى لطلاب الجامعات الصادرة فى ٢٤ من أكتوبر سنة ١٩٥٠ تنص على أن يسمح بدخول الدور الثانى للطلاب الذين دخلوا امتحان الدور الأول ورسبوا فيه أو تخلفوا عنه فى كل المواد أو فى بعضها بعذر قهرى ويمتحنون فيما رسبوا فيه أو تخلفوا عنه . فهو نص يحتم على الطالب دخوله الدور الثانى فى المواد التى رسب فيها أو تخلف عنها فى الدور الأول وليس بمقتضى هذا النص حرية اختيار دخول امتحان الدور الثانى أو عدم دخوله كما يزعم المدعى » .

وتضيف المحكمة « أما العرف الجامعى الذى يشير إليه المدعى والذى لا تنكره الجامعة فهو احتساب درجة الدور الأول للطالب الذى يتخلف عن دخوله امتحان الدور الثانى بعذر مقبول وفى مادة واحدة إذا ما كان تقديره فيها بدرجة ضعيف . وليست هذه بحالة المدعى » .

فالمحكمة - فى هذه المنازعة - اكتفت بالإشارة إلى أن القاعدة العرفية التى يستند إليها المدعى لا تنطبق على حالته ، وذلك دون أن تتطرق لبحث مشروعية القرار محل النزاع بالنظر لحكمها ؛ فالاستناد إليه غير منتج - إذن - فى خصوص النزاع الماثل .

وعن الاحتجاج بمبدأ المساواة خارج نطاقه ، تقرر المحكمة فى حكمها بتاريخ ١٩٦٢/٤/٩ (٤٥) أن ما أثاره المدعى وهو أجنبى من أنه مجاف للعدالة أن تميز الدولة مواطنيها على الأجنبى رغم قيام الجميع بعمل واحد ؛ لا سيما وأن الأجنبى قد يفوق زميله الوطنى فى القيام بالمهام الموكولة إليه ، لا اعتداد به ؛ حيث أن من المستقر « أن ممارسة

(٤٤) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٤/٤/٥ ، ق ٢٤٠ لسنة ٧ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الثامنة ، قاعدة ٥٩٤ ، ص ١١٥٩ .

(٤٥) محكمة القضاء الادارى ، ١٩٦٢/٤/٩ ، ق ١٩٠٠ لسنة ٩ق ، مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الادارى فى خمس سنوات ، من ١٩٦١/١٠/١ - ١٩٦٦/٩/٣٠ ، قاعدة ٣٥ ، ص ٦٨ .

الوظيفة العامة تعتبر من الحقوق السياسية المقصورة على الوطنى دون الأجنبى وهى حقوق تقابلها التزامات تفرض عليه دون سواه .

وعليه ، « ليس هناك ما يمنع من أن تقصر الدولة بعض المزايا على أبنائها (ومنها) شغلهم للوظائف العامة بحسبانهم أصحاب الحق الأصلاء فى شغل هذه الوظائف » .

وبصد نزع متعلق بمرتب موظف نقل إلى ذات الوظيفة بإدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايا الدولة حالياً) ، وهى الوظيفة التى كان يشغلها قبل نقله منها إلى مصلحة الضرائب ، لاحظت محكمة القضاء الإدارى (٤٦) أن المرتب الذى يقدر له هو ذات المرتب الذى كان يتقاضاه وقت نقله إلى مصلحة الضرائب ، ولا يجوز منحه أكثر منه إعمالاً لحكم المادة ٢٣ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفى الدولة ؛ حيث أن حالة المدعى هى حالة تعيين جديد ولا تعتبر نقلاً مكانياً لاختلاف طبيعة العمل ومؤهلات التعيين وقيوده فى الوظيفة المنقول منها عن الوظيفة المنقول إليها ، وأيضاً لاختلاف الكادر الذى يحكم كلاً منهما .

فى هذا الإطار ، « لا محل للتحدى بعدم جواز المساس بمرتب المدعى باعتباره حقاً مكتسباً ، لأن المدعى يعتبر معيناً تعييناً جديداً فى وظيفة ذات طبيعة خاصة تختلف عن الوظيفة التى كان يشغلها بمصلحة الضرائب مهما علت درجتها المالية ... ومن ثم يكون الأمر غير متعلق بقاعدة عدم جواز المساس بالمركز القانونى الذى اكتسبه الموظف فى المرتب الذى يتقاضاه إلا بناء على قانون أو حكم تأديبى ، تلك القاعدة التى يقتصر إعمال حكمها على حالة النقل المكانى دون حالة النقل النوعى الذى هو بمثابة تعيين جديد كما هو الشأن فى الحالة المعروضة » فالمحكمة لم تتعرض لمسألة مخالفة أو عدم مخالفة قاعدة عدم جواز المساس بالحق المكتسب ، وإنما اكتفت - لرفض السند القائم عليها - بالقول بأنها لا تنطبق على الحالة محل النزاع .

(٤٦) محكمة القضاء الإدارى ، ١٢/١١/١٩٥٦ ، ق ٢٠١٩ لسنة ٩٩ ق ، مجموعة المبادئ ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة ١٤ ، ص ١٨ .

المبحث الثانى

الاحتجاج بأسانيد منفصلة

عن موضوع النزاع

يتمثل انفصال الأسانيد عن موضوع المنازعة التى أثيرت فى اطارها - وكما تكشف عن ذلك دراسة أحكام القضاء الإدارى - فى قيامها على قرارات مستقلة أو على وقائع أجنبية عنه .

فكيف يكون ذلك ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه فى المطلبين
التاليين :

- المبحث الأول : الاستناد الى قرارات مستقلة عن موضوع النزاع .
- المبحث الثانى : الاستناد إلى وقائع أجنبية عن موضوع النزاع .

المطلب الأول

الاستناد الى قرارات مستقلة

عن موضوع النزاع

يحدث أن يقوم صاحب الشأن بالطعن بالإلغاء فى قرار إدارى ، مستنداً - فى ذلك - إلى حجج متعلقة بقرار مختلف عن القرار المطعون فيه ؛ لكونه ذا وجود قانونى مستقل عنه .

فى هذه الحالة - ذات الأمثلة العديدة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والتى لا مانع من اعتماد القضاء الإدارى المصرى لها - يرفض السند حيث أن فكرة استقلال القرارات تجعله غير منتج .

هذا ما قرره مجلس الدولة فى مجالى نزاع الملكية للمنفعة العامة (فرع أول) ، وتجميع الملكيات الصغيرة فى المناطق الريفية (فرع ثانى) ، وفى مجالات أخرى متنوعة (فرع ثالث) .

الفرع الأول

نزع الملكية للمنفعة العامة

أعطى المشرع الوحدات المحلية سلطة إنشاء مناطق استغلال متفق عليها تخصص لبعض الأنشطة الاقتصادية ، كالنشاط الصناعي مثلاً ، فى ذات الوقت الذى سمح لها - فى حالة ما إذا لم تكن مالكة للأرض اللازمة لإنشائها - باتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة التى تكون ضرورية لتنفيذها (٤٧) .

غير أن القرارات الصادرة بنزع الملكية للمنفعة العامة تصدر طبقاً لإجراءات - حددها التقنين الخاص بها - مستقلة ومتميزة عن تلك التى حددها تقنين تنظيم المدن لإنشاء منطقة استغلال متفق عليها ؛ بحيث لا يشترك هذان القراران فى تكوين عملية قانونية واحدة ، وليس ثمة إلزام على السلطة الادارية بإصدار أحد القرارين قبل الآخر ، بحيث إن لم تفعل يكون قرارها غير مشروع (٤٨) .

قد يقال - وهو قول لا يخلو من منطوق - أن من الضرورى أن يسبق قرار انشاء منطقة الاستغلال ذلك المتعلق بنزع ملكية الأرض الضرورية لإنشائها ، إذ كيف يمكن إعلان المنفعة العامة لشيء غير موجود ؟ ولماذا تنزع ملكية أرض بقصد مشروع قد يتم العدول عنه أو إجراء تعديلات جوهرية فيه ؟

هذا القول - الذى يدعمه ما جرى عليه العمل فى كثير من الحالات - غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار نزع الملكية للمنفعة العامة .

(٤٧) راجع فى كل ذلك :

J. CATHELINÉAU et J.- L. VIGUEIER. Technique du droit de l'urbanisme . Paris, Litec, 3^{eme} éd., 1988. N° 796 et ss. PP. 589 et ss.

O.D. DELAMOTHE, Conclusions sur C.E., 28/10/1983, Mme (٤٨) COCAUD.AJDA. 1984. J., P. 173.

هذا ما قرره مجلس الدولة بتاريخ ٢٨/١٠/١٩٨٣ فى (٤٩) دعوى تخلص وقائعتها فى الآتى : أصدر المجلس المحلى لإحدى المحافظات - التى لم تعد مالكة لأرض تقدمها للاستثمار الصناعى الخاص - قراراً بإنشاء منطقة استثمار متفق عليها مخصصة لإقامة المصانع وبنزاع الملكيات الخاصة الضرورية للتنفيذ . عقب هذا القرار سارت إجراءات إنشاء المنطقة ونزع الملكية متوازية ومتزامنة ، غير أنه نظراً لطول إجراءات إنشاء المنطقة الاستثمارية - بالمقارنة لإجراءات نزع الملكية - فقد صدر القرار بالنزع فى ١٩/٢/١٩٧٩ ، فى حين أن قرار إنشاء المنطقة اتخذ فى ٢٢/٨/١٩٧٩ ، وبين التاريخين - أى فى ٢/٧/١٩٧٩ - صدر قرار بتحديد قطع الأراضى الوارد عليها نزع الملكية .

طعنت السيدة COCAUD - مالكة إحدى هذه القطع - فى قرار نزع الملكية بحجة أنه لا يمكن صدوره قبل نشر قرار إنشاء المنطقة الاستثمارية .

إلا أن مجلس الدولة رفض هذا السند بمقولة أنه إذا كان قرار نزع الملكية قد جاء سابقاً على قرار إنشاء المنطقة الصناعية ، إلا أن ذلك ليس من شأنه التأثير فى مشروعيته ، وهو ذات الحال الذى أخذ به فى حالات أخرى (٥٠) .

هذا القضاء - وكما لاحظ المفوض (٥١) DE LAMOTHE - يحقق مصلحة عامة مؤكدة : إذ أنه يضمن للوحدة المحلية - التى تزعم أخذ زمام المبادرة بإنشاء مناطق استثمارية - الحصول على الأراضى اللازمة لإقامتها فى الوقت الذى تريد وبالطريقة التى ترغب ، فضلاً عن أنه

(٤٩) C.E., 28/10/1983, Mme COCAUD, AJDA, 1984, J., P. 175.

(٥٠) انظر مثلاً :

C. E., 8/3/1974, Consorts Challe, REC., Tables, P. 1010; - C.E., 22/3/1978, Groupement foncier agricole des cinq-Ponts, REC., Tables, P. 843.

D. DELAMOTHE Conclusions sur C.E., 28/10/1983, COCAUD, Op. (٥١) Cit. P. 173.

يسهم فى الحد من المضاربات العقارية ويكفل معدلات أسرع فى التنفيذ .

أيضاً ، أخذ مجلس الدولة بذات الحل فى حكمه بتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٩٨٧ (٥٢) فى دعوى موضوعها الطعن فى قرار المحافظ بإعلان المنفعة العامة لنزع ملكية الأراضى والأشغال اللازمة لتنفيذ منطقة الاستثمار المتفق عليها وكان الطعن مبنياً على عدم مشروعية القرارات السابقة على القرار محل الطعن ، والتي أنشئت بموجبها منطقة الاستغلال المتفق عليها .

فقد قضى المجلس بأن هذا السند غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار المحافظ بإعلان المنفعة العامة ؛ وكان السبب فى ذلك - حسبما يكشف عنه تحليل الحكم فى مجموعه - أن لكل من القرارين إجراءات مستقلة ومتميزة بحيث لا يجوز الخلط بينهما (٥٣) .

الفرع الثانى

تجميع الملكيات الصغيرة فى المناطق الريفية

(Remembrement rural)

حرصاً منه على حماية الثروة العقارية فى المجال الزراعى ، وتحاشياً لتفتيت الملكيات الزراعية ، أنشأ المشرع لجاناً - من مستويات ثلاث - تختص بإصدار القرارات اللازمة لتجميع الملكيات الصغيرة فى المناطق الريفية .

فهنالك لجنة مشكلة على مستوى كل بلدية ، وثانية تنشأ على

C.E. 28/10/1987, Association de la défense des sites et paysages . REC. (٥٢) P. 328.

(٥٣) أخذ مجلس الدولة بذات القضاء فى حالات أخرى مماثلة ، راجع مثلاً :

C. E.. 10/3/1976. VALENTINI . REC. Table , P. 947.

مستوى كل مجموعة من البلديات يتم تحديدها في قرار إنشائها ،
وثالثة على مستوى المحافظة .

على أن الملفت للنظر - في هذا الخصوص - أن اللجنة المشكلة على
مستوى المحافظة لها - بصفتها جهة طعن بنص القانون - سلطات
مستقلة عن تلك الممنوحة للجنة الأخرين بحيث تحل قراراتها
- بالكامل - محل قرارات اللجنتين الأخرين التي - أي هذه القرارات -
تصبح في هذه الحالة غير موجودة .

انطلاقاً من هذا النظام الذي يقرر الاستقلال المطلق لقرارات كل
لجنة عن قرارات اللجنتين الأخرين ، قضى مجلس الدولة - في حكمه
بتاريخ ١٩٥٦/٢/٢٧ - بأن العيوب التي تكون قد شابت مداولات أو
قرارات لجنة البلدية - وبغض النظر عن صحتها - لا تأثير لها على
مشروعية قرارات لجنة المحافظة التي حلت - بالكامل - محلها (٥٤).

وفي حكمه بتاريخ ١٩٦٥/١١/١٩ - الذي أصدره بالمخالفة لتقرير
المفوض RIGAUD - أكد مجلس الدولة قضاءه السابق (٥٥).

توجز وقائع الدعوى في الآتي : في عام ١٩٥٦ أصدر أحد
المحافظين قراراتين بإنشاء لجان لتجميع الملكيات الصغيرة في خمس
بلديات متجاورة ، وبعد مضي أربعة أعوام أحل محلها - جميعاً - لجنة
واحدة على مستوى البلديات الخمس ، وهي اللجنة التي أخذت على
عاتقها مجمل أعمال اللجان السابقة على إنشائها .

C.E. 27/2/1956. Association des moyens et petits propriétaires du (٥٤)
Chesne et autres . REC. P. 92.

C.E. 19/11/1965. Époux Dellatre - Flourey. JCP., 1966. 11., J., N° (٥٥)
14697. Conclusions RIGAUD .

انظر أيضاً في تحليل هذا القضاء :

PUISSOCHET et LECAT. Chroique générale de jurisprudence
administrative française. AJDA. 1966. 1. Doctrine. P. 40 et ss.

طعن الطاعنان - وهما من ملاك الأراضى فى بلديتين من البلديات الخمس - فى مجمل أعمال اللجنة المنشأة على مستوى البلديات استناداً إلى أن قرار إنشائها غير مشروع ، فقد أنشئت دون طلب صريح من جانب لجان البلديات التى كانت قائمة ، وهو إجراء يقضى به صراحة نص المادة السادسة من تقنين المناطق الريفية .

رفضت لجنة المحافظة - التى وجه إليها الطعن - هذا الطلب بحجة عدم اختصاصها بتقدير مشروعية قرارات المحافظ بإنشاء مثل هذه اللجان ، مما جعل صاحبى الشأن يتوجهان إلى مجلس الدولة طالبين إلغاء قرار لجنة المحافظة استناداً ضمن حجج أخرى - على عدم مشروعية قرار إنشاء اللجنة المشكلة على مستوى البلديات .

فى رده على هذا السند ، يقرر مجلس الدولة أن المادة ٤ من قانون ١٩٤١/٣/٩ أوكلت إلى لجنة المحافظة سلطات مستقلة يكون لها - بمقتضاها - أن تحل قراراتها محل قرارات لجان البلديات المطعون فيها أمامها .

وعليه إن العيوب التى تكون قد شابت مداولات أو قرارات هذه اللجان تغدو عديمة التأثير على مشروعية قرارات لجنة المحافظة .

أيضاً ، اتفاقاً مع ذات المبدأ - أى استقلال قرار لجنة المحافظة - عن قرارات لجان التجميع البلدية المطعون فيها أمامها - أصدر مجلس الدولة حكمه بتاريخ ١٩٨١/١/٢٨ فى قضية MARION (٥٦).

الفرع الثالث

تطبيقات أخرى

على أية حال ، إن مبدأ استقلال القرارات ، كأساس للسند غير المنتج - لا يبدو أنه قابل لأى استثناء ؛ مما يفسر ما له من تطبيقات فى مجالات أخرى غير مجالى نزع الملكية للمنفعة العامة ، وتجميع الملكيات الصغيرة فى المناطق الريفية .

ففى مجال فصل العاملين بالمشروعات الخاصة ، قضى مجلس الدولة - فى حكمه الصادر بتاريخ ٢١/١١/١٩٧٣ (٥٧) - أنه حينما يصدر مفتش العمل قراره بشأن فصل ممثل للعاملين أو عضو بلجنة المشروع ، فإن قراره - أياً كان مداه - يحل بالكامل محل قرار لجنة المشروع Comité d'entreprise أو لجنة المؤسسة Comité d'établissement الذى يزول تماماً من الوجود القانونى .

وعلى ذلك ، إن السند المبني على عدم مشروعية قرار هذه اللجنة غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار مفتش العمل .

وفى شأن حرية التلاميذ فى ممارسة الشعائر الدينية داخل المدارس العامة ، قرر مجلس الدولة - فى حكمه بتاريخ ٧/٣/١٩٦٩ (٥٨) - بأن الاستناد إلى عدم مشروعية ترخيص إنشاء المبنى الثقافى - المخصص لممارسة التلاميذ ذوى الإقامة الداخلية لشعائهم الدينية - غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار وزير التعليم بإنشاء هذا المبنى الثقافى ضمن برنامج تشييد المجمع المدرسى ، مع قبول العرض - المقدم من جمعية

C.E. 21/11/1973. Asquier et Union départementale des syndicats CGT (٥٧)
des Alpes - Maritimes. REC, Tables .P. 1083.

C.E. 7/3/1969. Ville de Lille . D., 1969. J., P. 279. Conclusions (٥٨)
GUILLAUME .

دعم ممارسة الشعائر الدينية داخل المدارس والمؤسسات التعليمية التابعة للدولة - بتمويل تنفيذه .

هذا الحكم لا يجد تفسيره إلا فى فكرة الاستقلال المطلق للقرارين :
القرار المطعون فيه والقرار المدعى بعدم مشروعيته .

وبخصوص إبعاد الأجانب غير الحاملين لوثائق إقامة شرعية ، قرر مجلس الدولة - فى حكمه بتاريخ ١١/٦/١٩٨٧ (٥٩) - أن القرار الذى أبلغ به صاحب الشأن - فى ١٧/٧/١٩٨٤ - ناصاً على ترحيله تحت الحراسة باتجاه بلده الأسمى منفصل عن قرار إبعاده الصادرة فى ١٩٨٤/٧/٣ .

وعليه إن عدم مشروعية القرار الصادر بترحيل الطاعن تحت الحراسة ليس له أدنى تأثير على مشروعية القرار الصادر بإبعاده .

ففكرة استقلال القرارات وراء الطابع غير المنتج لهذه الأسانيد ، وهى الفكرة التى سبق لمجلس الدولة وأن أخذ بها بشأن القرارات التأديبية الصادرة من الرؤساء فى مجال تأديب الموظفين (٦٠) .

المطلب الثانى

الاستناد الى وقائع منفصلة عن موضوع النزاع

ينبثق الطابع غير المنتج لهذه الأسانيد من قيامها على وقائع منبثة الصلة - من الناحية القانونية - بموضوع النزاع .

هذا النوع من الأسانيد له تطبيقاته المتنوعة فى القضاء الإدارى الفرنسى (فرع أول) ، ونظيره المصرى (فرع ثانٍ) .

C.E. 6/11/1987. BUAYI. REC. P. 348

(٥٩)

(٦٠) انظر على سبيل المثال :

C.E. 1/10/ 1954. Dame BONNET BLANC et C.E., 23/4/1965. Dame veuve DUCROUX. AJDA. 1965. N° 105.P. 348.

الفرع الأول

القضاء الإدارى الفرنسى

أثيرت الأسانيد القائمة على وقائع منفصلة عن موضوع النزاع فى مجالى تأديب الموظفين ، واستخدام الادارة لوسائل القانون العام فى مواجهة الأشخاص الخاصة .

أولاً : تأديب الموظفين العموميين

من المسلم به أن الادارة تتمتع - فى مجال التأديب العاملين بها - بسلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء ، ويكون لها بموجبها أن توقع الجزاء التأديبى المناسب لما أرتكبه الموظف من مخالفات مالية أو ادارية .

غير أن السؤال الذى تتعين الإجابة عليه - هنا - لا يتعلق بتناسب الجزاء مع الخطأ المرتكب ، ولكن بمدى أحقية موظف - وقع عليه جزاء نتيجة خطأ يسلم بارتكابه - فى مطالبته إلغاء هذا الجزاء استناداً إلى أن ثمة أفعالاً مماثلة سبق ارتكابها من قبل آخرين دون أن تكون سبباً فى توقيع جزاءات عليهم .

لقد ثار هذا السؤال أمام مجلس الدولة فى دعوى تخلص وقائعها فى الآتى (٦١) : كُلف السيد SOUCASSE - العامل بإدارة خدمة الطائرات بالجيش - بتزويد بعض الطائرات بنوعية الوقود المناسب لطبيعتها ، إلا أنه مؤنّها بخليط مختلف من الوقود ، كما أنه لم يقم - كما تحتم بذلك تعليمات الأمن - بإجراء الاختبارات الضرورية للتأكد من نوعية الوقود ؛ مما جعل السلطة المختصة تصدر قرارها بفصله .

C.E. 1/10/1976. SOUCASSE. D., 1977. J. . P. 552. Note (٦١)
PACTEAU.

ومع تسليمه بثبوت ما نسب إليه من وقائع ، طعن السيد SOUCASSE بالإلغاء فى قرار فصله استناداً إلى أن ثمة وقائع مشابهة - ارتكبتها سابقاً موظفون آخرون - لم تكن محلاً لجزاء .

غير أن مجلس الدولة استبعد هذا السند بحجة أنه فى كل الأحوال غير منتج .

هذا الخل يجد تفسيره فى قضاء تقليدى لمجلس الدولة فحواه أن السلطة الإدارية ليست مقيدة بممارساتها السابقة .

ويعنى ذلك ، أولاً ، أن ما جرى عليه العمل - حتى وإن كان قديماً ومضطرباً - ليس من شأنه إلغاء نص قائم ، أو إعطائه تفسيراً معيناً يكون ملزماً بالنسبة للمستقبل (٦٢) .

ويعنى ، ثانياً ، أنه ليس من حق أحد الأفراد المطالبة بمزية غير مبررة قانوناً ، حتى وإن سبق منحها لآخرين لهم ذات المركز القانونى الذى له (٦٣) .

ويعنى ، ثالثاً وأخيراً ، - وهو ما يتصل اتصالاً وثيقاً بالحالة المعروضة - أن من غير المقبول مؤاخذه الإدارة لتوقيعها جزاءً مبرراً قانوناً بحجة أن آخرين كانوا يستحقونه ومع ذلك لم يُوقَّع عليهم (٦٤) .

(٦٢) انظر مثلاً :

C.E. 11/12/1964, LÉPINE, REC. P. 635;- C.E.. 23/1/1974. VIOT, GARAUD et ROCHE, REC. P. 52.

(٦٣) راجع على سبيل المثال :

C.E. 10/12/1969. FOUREL, REC. P. 572;- C.E.. 15/3/1974. Epoux RENAULT, REC. P. 189.

(٦٤) انظر على سبيل المثال :

C.E.. 27/11/1936. Parti national populaire. D. 1937, vol.3, P.14. Conclusions JOSSE: - T.A de Paris, 27/6/1967. Dlle MOSSON, REC. P. 585.

ثانياً : استخدام الإدارة وسائل القانون العام فى مواجهة الأشخاص الخاصة

كثيراً ما ينجم عن استخدام الإدارة لأساليب القانون العام - فى مواجهة الأفراد أو الهيئات الخاصة - قيام منازعات يلجأ هؤلاء الأفراد أو هذه الهيئات - فى اطارها - إلى إثارة أسانيد قائمة على وقائع أجنبية ومنفصلة تماماً عن القرار محل الطعن .

مثلاً ، إن من سلطة رئيس مجلس الوزراء - طبقاً للمادة ٢٠/١٤٤ من التقنين الانتخابى - تكليف أحد أعضاء البرلمان بمهمة مؤقتة لدى أحد الوزراء .

وهكذا أصدر - فى ١/٩/١٩٨٢ - مرسوماً بتكليف أحد أعضاء الجمعية الوطنية بدراسة المشاكل التى يثيرها نمو وانتشار الجمعيات الدينية وشبه الدينية وهى مسألة تدخل فى مجال عمل وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن الإجتماعى .

قام السيد VIVIEN - البرلمانى المكلف بهذه المهمة - بوضع تقريره المتضمن اتهامات لهذه الجمعيات بالاستيلاء على الأموال والتلاعب بعقول الأشخاص واستغلال سذاجتهم ، والذى انتهى فيه إلى وصفها بأنها «مخدر عقلى» يثير أو يضخم أوجه عدم توازن خطيرة ، وهو التقرير الذى أمر رئيس مجلس الوزراء بنشره فى مجموعة التقارير الرسمية الصادرة عن دار الوثائق الفرنسية بغية إحاطة الجمهور علماً بمحتواه (٦٥) .

غير أن الجمعيات التى رأت فى محتوى التقرير مساساً بها - طعننت فى قرار نشره مستندة فى طعننها إلى ما تدعى وجوده بتقرير

(٦٥) أنظر فى النظام الحاكم لهذه المسألة :

V. RUYMEKE. Conclusions sue C.E . 21/10/1988 Eglise de scientologie de Paris. REC. PP. 355 et ss

VIVIEN من مخالافات لمجموعة من المبادئ القانونية ولنصوص قانون ١٩٠٥/١٢/٩ بشأن الفصل بين الكنيسته والدولة .

فماذا كان رد مجلس الدولة على هذه الأسانيد ؟ (٦٦) لم يناقش المجلس ادعاءات المدعين بوجود مخالافات قانونية بالتقرير المشار إليه .

ولكنه اكتفى - متبنياً فى ذلك وجهة نظر المفوض VAN RUYM - BEKE - بالإشارة إلى أن هذه الأسانيد مبنية فقط على تحليل تقرير VIVIEN وما انتهى إليه من نتائج ، وهى أمور لم يقصد رئيس الوزراء من إصدار قراره المطعون فيه تبنيها وإقرارها .

ويعبارة أخرى ، إن التقرير - بما يحتوى عليه من معلومات وأراء - لا يشكل من الناحية القانونية عنصراً فى مشروعية القرار الصادر بنشره فى مجموعة التقارير الرسمية ، فهو يمثل - والحالة هذه - واقعة أجنبية لا علاقة لها بهذا الأخير .

وعلى ذلك ، إن الاحتجاج بما جاء بالتقرير لن يكون مفيداً فى الطعن بالإلغاء فى القرار الصادر بنشره .

وبالنسبة للترخيص بالبناء وهو أحد وسائل القانون الادارى التى تنظم علاقة السلطة العامة بالمشيّد Constructeur والتى لا شأن لها بعلاقات الأفراد فيما بينهم ، وبالتحديد الملاك منهم ، فإنه يمنح بعد التأكد - بالنظر للوثائق المرفقة بطلب الحصول عليه - من عدم مساسه بحقوق الغير .

وعلى ذلك ، قضى مجلس الدولة - فى حكمه بتاريخ ١٨/٣/١٩٨٣ (٦٧) - بأن احتجاج الطاعنة بكون الجراج المنشأ قبل تسليم الترخيص ببنائه يتعدى على ملكيتها المجاورة له - بمقدار ١٣ سم - لا تأثير له على مشروعية الترخيص المطعون فيه .

(٦٦) حكمه المشار اليه فى الهامش السابق .

(٦٧) أنظر على سبيل المثال :

C.E. . 18/3/1983, Mme SIEFRT, AJDA., 1983, J.P. 439, Conclusions LABETOULLE, PP. 437 et ss.

فمجلس الدولة لم يناقش - كما هو واضح - مسألة وجود التعدي المدعى به من عدمه ، واكتفى بالقول بأن هذا التعدي - حتى وإن كان حقيقياً - لا يؤثر فى مشروعية القرار .

ولعل موقف مجلس الدولة هذا يجد تفسيره فى كون التعدي المزعوم يثير مسألة من مسائل القانون الخاص ؛ حيث تتعلق بنزاع موضوعه ملكية خاصة ويدور حول أشخاص خاصة ، مما يختص القضاء العادى بالفصل فيه .

بالتالى ، إن السند قائم على واقعة أجنبية ومنفصلة تماماً عن القرار المطعون فيه ؛ فلا تأثير لها على مشروعيته .

وفى مجال إبعاد الأجنب - عن الأراضى الفرنسية - لكونهم غير حاملين لوثائق إقامة شرعية ، يقرر المجلس (٦٨) أن استناد الطاعن على كون التزوير المنسوب إليه محله ووثائق أجنبية - مما يعنى أنه لم يسبب ضرراً لمصالح الدولة الفرنسية - لا أثر له على مشروعية القرار محل الطعن الذى تضمن إبعاده ، حيث أن هذا الأخير صدر بالنظر إلى خطورة مسلك الطاعن على النظام العام ، وليس بناء على واقعة أجنبية متمثلة فى التزوير فى وثائق دولة أجنبية .

الفرع الثانى

القضاء الإدارى المصرى

قدم القضاء الإدارى المصرى - لا سيما فى أحكامه المتعلقة بمنازعات الموظفين العموميين - أمثلة عديدة لأسانيد مبنية على وقائع منفصلة - قانوناً - عن المسألة محل النزاع التى قد تكون متعلقة بالتعيين ، بمعادلة الشهادات ، بالترقية ، بالنقل ، بالمرتب ، وبالتأديب .

ففى دعوى (٦٩) موضوع الطعن بالإلغاء فى قرار رئيس الجمهورية فيما تضمنه من عدم إعادة تعيين المدعى فى النيابة الادارية ، استند هذا الأخير فى طعنه على حقد المدير العام للنيابة الادارية عليه ، وهو الذى نص القانون على أن يبدى رأيه فيمن يعاد تعيينهم ؛ مما يجعل القرار المطعون فيه صادراً بدافع الانتقام ، مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة .

غير أن محكمة القضاء الإدارى رفضت هذا السند - دون أن تعرض لمناقشته من حيث توافر عيب الانحراف من عدمه - مشيرة إلى عدم تأثيره على مشروعية القرار المطعون فيه كالتالى « من حيث أن ما ساقه المدعى من أسباب حقد المدير العام للنيابة الإدارية عليه لا تصلح سبباً للقول بأن القرار قد صدر بدافع الانتقام والانحراف بالسلطة ذلك لأن المدير العام لم يكن هو الذى أصدر القرار وإنما الذى أصدره رئيس الجمهورية » .

ومع افتراض أن المدير العام قد أبدى رأيه لدى رئيس الجمهورية فى غير صالح المدعى ، « إلا أن هذا الرأى رأى استشارى يحق لرئيس الجمهورية أن يأخذ به أو لا يأخذ وأن رئيس الجمهورية حينما أصدر (القرار المطعون فيه) قد عبر عن إرادته هو لا عن إرادة المدير العام للنيابة الإدارية ... » .

وهكذا ، يبدو واضحاً من عبارة المحكمة أن السند المثار غير منتج لقيامه على واقعة منفصلة عن القرار المطعون فيه ، وبالتالي فهى لا تشكل عنصراً فى مشروعيته .

وبخصوص منازعة موضوعها معادلة المؤهل الأجنبى - الحاصل عليه المدعى - مع المؤهلات العالية فى مصر ، لاحظت المحكمة (٧٠) أن

(٦٩) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٦٥/١٢/٢٢ ، ق رقم ٧٦٢ لسنة ١٢ق ، مجموعة المبادئ فى خمس سنوات ، قاعدة رقم ٢٤٩ ، ص ٦٦٦ .

(٧٠) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٤٩/٤/٢٨ ، ق رقم ٦٤٥ لسنة ٢ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، قاعدة رقم ١٨٥ ، ص ٦٧٤ .

الشروط التي وضعها القانون لهذه المعادلة غير متوافرة في حالة هذا الأخير .

وعليه ، إن « الالتجاء في إثبات هذه المعادلة إلى التدليل على ما لهذه الشهادة من القيمة العلمية أو غير ذلك تكون غير منتجة » ، لأن المشرع اشترط شروطاً خاصة لها ، مما يحتم أن تكون هي - أي هذه الشروط وحدها - الفيصل في مثل هذا النزاع .

فالمحكمة - في هذا النزاع - لم تتعرض بالمناقشة لما أثاره المدعى من قيمة علمية للشهادة الحاصل عليها من الخارج ، واكتفت بالإشارة إلى أنها ليست من الشروط التي وضعها المشرع لمعادلتها بالشهادة العالية المصرية ؛ فهي - إذن - واقعة أجنبية عن موضوع النزاع ، وغير مؤثرة في الفصل فيه .

وفي دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء في قرارين تم بموجبهما تخطى المدعى في الترقية ، طالبت الإدارة برفض الطعن استناداً إلى افتقاد الطاعن للخبرة الكافية لتولى المسؤولية القيادية التي تتطلبها الدرجة المرقى إليها .

غير أن محكمة القضاء الإداري أسقطت هذا السند ولم ترد عليه مقررة أن (٧١) « الثابت أن الترقية بمقتضى القرارين المطعون فيهما تمت في نسبة الأقدمية وأن المدعى كان أقدم من المطعون في ترقيتها وتوافرت فيه كافة المقومات الأخرى التي يتطلبها القانون » .

وعلى ذلك ، تكون الإدارة بتخطى المدعى في الترقية « قد خالفت القانون وتكون طلبات المدعى قد أقيمت على أسس سليمة تبررها » .

أيضاً ، في حكمها ١٩٥٥/١٢/٨ الصادرة في دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء في قرار نقل المدعى إلى مصلحة الري استناداً إلى أن

(٧١) محكمة القضاء الإداري ، ١٦/١/١٩٦٩ ، ق رقم ٢٢٦٢ لسنة ١٩٦٩ ،

مجموعة المبادئ القانونية في ثلاث سنوات ، قاعدة رقم ٢٧٧ ، ص ٤٩٠ .

لجنة التطهير قد تجاوزت سلطتها حينما طلبت ذلك ، رفضت المحكمة هذا السند دون التعرض لمسألة تجاوز هذه اللجنة لسلطتها - « لأن قرارات لجنة التطهير لا تعتبر قرارات إدارية ، بل هي قرارات تحضيرية ترفعها للوزارة ، إن شاءت أخذت بها وإن لم تشأ طرحتها وتركتها ولم تنفذها » (٧٢) .

فالاستناد إليها - والحالة هذه - غير مؤثر في الفصل في النزاع .

وفي دعوى تسوية موضوعها مطالبة المدعى بتسوية مرتبه بوصفه خطاطاً وليس نساخاً ، استند هذا الأخير إلى حصوله على شهادة تحسين الخطوط أثناء خدمته ، وعلى شهادة التخصص والتذهيب ، وعلى ما جاء بكتاب إدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايا الدولة حالياً) بأنها تنتفع منه كخطاط .

غير أن محكمة القضاء الإداري رفضت هذا السند - دون مناقشة - حيث أن الوظيفة التي عُين فيها والتي لازال يشغلها فعلاً هي وظيفة نساخ ، وهي التي يستحق عنها الأجر « وليس عما لديه من مؤهلات أو مواهب فنية » (٧٣) .

وهكذا ، إن هذه المؤهلات وتلك المواهب أمور أجنبية عن موضوع المنازعة ، وهو مرتب العامل الذي يتم تقييمه بناء على الوظيفة التي يشغلها فعلاً .

ولقد رفضت المحكمة الإدارية العليا - بدورها - السند القائم على واقعة أجنبية عن موضوع النزاع دون أن تتعرض لمناقشته والرد عليه ، وكان ذلك في حكمها بتاريخ ١٩٧٨/١٢/٩ في دعوى تخلص وقائعها في الآتي : تراخى أحد الموظفين العاملين بسفارة مصرية في اتمام

(٧٢) محكمة القضاء الإداري ، ١٩٥٥/١٢/٨ ، ق ٢٣٧٤ لسنة ٧ ق ، مجموعة المبادئ ، السنة العاشرة ، قاعدة رقم ٩٢ ، ص ٧٩ .

(٧٣) محكمة القضاء الإداري ، ١٩٥١/٣/٢٢ ، ق رقم ٦١٥٩ لسنة ٤ ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الخامسة ، قاعدة ١٨٢ ، ص ٧٧٦ .

إجراءات جرد عهدة السفارة والسكن ، فضلاً عن استيلائه - دون وجه حق - على أموال مملوكة لهذه السفارة ، وهى الوقائع التى كانت محلاً لتحقيق جوزى - على أثره - بالفصل .

طعن المدعى فى هذا القرار بناء على ما شاب التحقيق من عيوب تمثلت فى قيام المحقق بتوجيه أسئلة إيحائية إلى الشهود .

غير أن المحكمة الإدارية العليا (٧٤) التفتت عن هذا السند معلنة أنه « لا اعتداد بما ذهب إليه الطاعن فى مجال تعييب التحقيق أن المحقق سار على توجيه أسئلة إيحائية إلى الشهود بصدد علم الطاعن بإهداء الأثاث للحكومة المصرية (حيث أن) هذه الواقعة ليست منتجة فى مسئولية الطاعن نحو وجوب حصر وتسجيل الأثاث الذى كان يورد للسفارة » .

إضافة إلى ذلك ، إن من غير الصحيح « أن يتخذ من طبيعة السؤال ذريعة لإزالة الأثر القانونى للتحقيق » .

فطبيعة الأسئلة - إيحائية أم لا - لا تأثير لها على إجراءات التحقيق الذى أجرى مع الطاعن ، وبالتالي فهى غير مؤثرة فى مشروعيته .

(٧٤) المحكمة الادارية العليا ، ١٩٧٨/١٢/٩ ، ق رقم ٢٢٤ لسنة ٢١ ق ، مجموعة المبادئ فى خمسة عشر عاماً ، ١٩٦٥ - ١٩٨٠ ، الجزء الثانى ، ص ١٤٣١ .

المبحث الثالث

الاستناد الى قواعد غير قابلة للتطبيق على موضوع النزاع

يرجع عدم قابلية قاعدة ما للتطبيق على موضوع النزاع - كمظهر للأسانيد غير المنتجة بطبيعتها - إلى سبب من اثنين : فهى إما أنها غير موجودة ، وإما أنها غير نافذة .

من ثم ، يتكون هذا المبحث من المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الاستناد إلى قواعد غير موجودة .

المطلب الثانى : الاستناد إلى قواعد غير نافذة .

المطلب الأول

الاستناد الى قواعد غير موجودة

تتحقق هذه الحالة فى فرضين هما : الاستناد إلى قواعد لم تكن موجودة (فرع أول) ، والاستناد إلى قواعد لم تعد موجودة (فرع ثانٍ) .

الفرع الأول

الاستناد الى قواعد لم تكن موجودة

يثير أصحاب الشأن هذا النوع من الأسانيد فى مجالى منازعات الأفراد أو الهيئات الخاصة (فرع أول) ومنازعات الموظفين العموميين (فرع ثانٍ) .

أولاً : منازعات الأفراد أو الهيئات الخاصة

اثير السند القائم على قاعدة لم تكن موجودة وقت صدور القرار

المطعون فيه - لأول مرة - أمام مجلس الدولة الفرنسى بمناسبة تعرضه للفصل فى نزاع يخلص موضوعه فيما يلى : فى ٢٤/٦/١٩٥٤ ، أصدر عمدة مدينة PAU قراراً بالموافقة من حيث المبدأ على منح السيد CAZES إعانة مالية بهدف مساعدته فى بناء عقارين مع التزامه بالتنفيذ طبقاً للمواعيد المحددة فى لائحة البناء الخاصة بالبلدية ، وهو ما لم يحدث عملاً .

نتيجة لذلك ، أصدر العمدة قراره - فى ٢٨/٤/١٩٥٥ - بسحب قراره السابق ، وهو - أى القرار الساحب - الذى طعن فيه استناداً إلى ما شابته من عيب شكلى تمثل فى القصور فى التسبيب .

إلا أن مجلس الدولة قرر (٧٥) - إنطلاقاً من كون القرار المطعون فيه ذا طابع مؤقت لا يرتب حقاً مكتسباً للطاعن - عدم وجود أى نص يوجب على مصدره تسببيه ؛ وبالتالي إن السند المتمثل فى عدم كفاية تسبيب القرار المطعون فيه يكون - فى كل الأحوال - غير منتج .

فمجلس الدولة لم يتعرض لمسألة كفاية أو عدم كفاية تسبيب القرار وهو ما أثاره الطاعن فى سنده ، وإنما اكتفى - لرفضه - بالإشارة إلى أن مصدر القرار ليس ملزماً - أصلاً - بتسببيه .

وفى دعوى موضوعها طعن إحدى الشركات فى قرار العمدة بتأجير الساحة الرياضية المملوكة للبلدية لإحدى المؤسسات الرياضية ، استندت الشركة الطاعنة إلى نصوص القانونين الصادرين فى ٢٦/٥/١٩٤١ و ٣٠/١٠/١٩٤٦ مدعية أنها قررت تحويل سلطات المجالس المحلية بشأن تأجير الأراضى والمنشآت المملوكة للبلدية - والتى تستمدتها من قانون ١٨٨٤ - إلى المحافظ ، وذلك للقول بأن المجلس البلدى قد تجاوز حدود سلطاته حين إذن للعمدة بتأجير المنشآت الرياضية المملوكة للبلدية .

غير أن مجلس الدولة (٧٦) رفض السند - دون بحث لموضوعه - مكتفياً بإثبات طابعه غير المنتج المتمثل فى عدم وجود أى نص فى قانونى ١٩٤١/٥/٢٦ و ١٩٤٦/١٠/٣٠ يقضى بتحويل سلطات المجالس المحلية - بخصوص تأجير منشآت وأراضى البلديات - إلى المحافظ .

فالنص المدعى به لم يكن موجوداً وقت صدور القرار المطعون فيه ، ومن هنا كان السند القائم عليه غير منتج .

ولقد أخذت محكمة القضاء الإدارى بذات الفكرة ، ومن أظهر أحكامها - فى هذا الشأن - ذلك الصادر فى ١٦/١٠/١٩٥٦ الذى أعلنت فيه (٧٧) « يتعين للحكم بعدم مشروعية القرار الإدارى الرجوع إلى القوانين القائمة وقت صدوره ، وإلى الظروف التى لا يستتبعها ، ومدى تحقيقه للمصالح العام ، وذلك عند صدور القرار فقط ، دون ما يصدر من قوانين لاحقة أو ما يستجد من ظروف يكون من شأنها زوال السند القانونى للقرار أو تعديل المركز الذى أنشأه » .

وعلى ذلك ، تواصل المحكمة ، « لايؤبه بما نعاها المدعى على القرار الصادر من وزير الداخلية بإبعاده عن الديار المصرية مخالفته للقانون لعدم قيامه على سبب من الأسباب الواردة بالمادة ١٥ من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص بإقامة الأجانب ، بمقولة أن الحكم الصادر ضده من المحكمة العسكرية بحبسه ... لم يعد يصلح دليلاً على خطورته على الأمن العام ، بعد أن تم توقيع الاتفاق بين مصر وبريطانيا على جلاء قواتها عن هذه المنطقة ، وإلغاء قرار وزير التموين الذى حوكم من أجل مخالفته ، وما أعقب ذلك من تقرير النيابة بوقف تنفيذ العقوبة عليه وإنهاء أثارها الجنائية ، وأمرها بسحب سوابقه ، ذلك أنه استبان من

C.E. 2/5/1962. Société Biarritz-Athlétic- Club . REC. Tables . P. 906. (٧٦)

(٧٧) محكمة القضاء الإدارى ، ١٦/١٠/١٩٥٦ ، ق رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٦ ، مجموعة المبادئ القانونية ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ٢ ، ص ٤ .

ملف المدعى ... أن القرار الصادر بإبعاده قد صدر ... فى مايو ١٩٥٤ ...
أى أنه صدر فى وقت لم يكن قد تم فيه هذا الاتفاق أو اتخذت الإجراءات
التي يشير إليها المدعى » .

فالمحكمة التفتت عن سند المدعى لقيامه على اتفاقية أبرمت عقب
صدور القرار المطعون فيه ، وبالتالي فهى غير مؤثرة فى مشروعيته .

أيضاً ، يعتبر القضاء الإدارى السند القائم على نص لائحة أعدت
طبقاً لإجراءات غير مشروعة وكأنه مبنياً على نص غير موجود ،
وبالتالى فهو غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار متعارض معها .

ففى دعوى موضوعها طلب إلغاء قرار المحافظ بإنشاء منطقة
استغلال متفق عليها استناداً إلى مخالفته للائحة التوجيهات العامة بشأن
تطوير وتنظيم مدن إقليم LYON والتي ووفق عليها بمرسوم
١٩٧٨/٣/٢٠ ، لاحظ مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه بتاريخ
١٩٨٢/٦/٩^(٧٨) أن هذه اللائحة أعدت بواسطة لجنة ضمت فى
عضويتها أشخاصاً ليست لهم أية صفة فى المشاركة فى أعمالها ؛ مما
يصمها بعدم المشروعية .

وعليه - يقرر المجلس - إن الاستناد إلى أحكامها غير منتج فى
الطعن بالإلغاء فى القرار محل النزاع .

ثانياً : منازعات الموظفين العموميين

تضمنت أحكام القضاء الإدارى - لا سيما فى مصر - أمثلة عديدة
لأسانيد مبنية على قواعد لم تكن موجودة أثرت فى إطار منازعات
الموظفين العموميين .

منها استناد المدعى إلى صدور القرار المطعون فيه دون تحقيق
معه أو سماع لدفاعه ، حيث قررت محكمة القضاء الإدارى بشأنه

(٧٨) C.E. , 9/6/1982 . Association de sauvegarde des espaces verts des
Monts d'Or et autres . REC. , P. 216.

أنه (٧٩) « إذ كان المدعى ينعى على القرار المطعون فيه صدوره بغير تحقيق معه أو سماع دفاعه فإن هذا غير كاف » . والسبب في ذلك يخلص في عدم وجود قاعدة أمره كانت توجب على رئيس المصلحة - وقت صدور القرار المطعون فيه - أن يسبق القرار بالعقوبة إجراء تحقيق يسأل فيه الموظف .

كما قد يتمثل في الاحتجاج بالأعمال التحضيرية لقانون معين ، وهو سند قررت المحكمة الإدارية العليا أنه لا وجه للاستناد عليه .

فقد أعلنت في حكمها في ٢٢/٥/١٩٧٧ (٨٠) أنه لا وجه للقول بأن تخصيص بعض الدرجات المالية لوظائف معينة ورد في الأعمال التحضيرية للميزانية « لأن العبرة بالميزانية ذاتها خصوصاً إذا صدرت على خلاف الأعمال التحضيرية » .

وبعبارة أخرى ، إذا كانت هذه الأعمال التحضيرية أشارت إلى تخصيص بعض الدرجات لوظائف معينة ، ثم صدرت الميزانية خالية من النص على هذا التخصيص ، فإن ذلك بدل على أن المشرع لم يقر هذا التخصيص ، وبالتالي يكون الإستناد إليه قائماً على قاعدة غير موجودة .

وقد يأخذ السند صورة الاحتجاج بلائحة صدرت عقب صدور القرار محل الطعن ، كما فعلت الإدارة حينما استندت إلى لائحة ٢٦ مارس سنة ١٩٥٢ بشأن اختيار المحققين التجاريين عن طريق مسابقة عامة ، وذلك للطعن في قرار تعيين المدعى الذي لم يتم عن طريق المسابقة .

(٧٩) محكمة القضاء الإداري . ٢٥/٢/١٩٥٤ ، ق رقم ١١٢٩ لسنة ٥ ق ، مجموعة مجلس الدولة . السنة الثامنة . قاعدة رقم ٣٩٤ ص ٧٧٤ .

(٨٠) المحكمة الإدارية العليا ، ٢٢/٥/١٩٧٧ . ق ٧١٩ لسنة ١٨ ق و ٧٦ لسنة ١٩ ق . مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠ . الجزء الرابع .

غير أن محكمة القضاء الإداري - في حكمها الصادر في ٢٦/١٢/١٩٥٤ (٨١) - لن تناقش مسألة مخالفة قرار تعيين المدعى للائحة ٢٦ مارس ١٩٥٢ ، واكتفت - إشارة منها إلى الطابع غير المنتج للسند - بالقول بأن « لا وجه » له حيث أن « الأصل في اللوائح والقرارات ألا تسرى أحكامها إلا من تاريخ صدورهما ولا يرجع أثرها إلى الماضي إلا بنص صريح ، فإذا خلت من هذا النص كان نفاذها من تاريخ صدورهما ، ومادامت لائحة ٢٦ من مارس سنة ١٩٥٢ قد صدرت بعد صدور القرار بتعيين المدعى في الوظيفة ، فإن أحكامها لا تسرى عليه » .

أيضاً ، إن صاحب الشأن قد يحتج بنص في قانون صادر في وقت لاحق على قيام النزاع ، وهو أمر - حسب تعبير المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٦/١٢/١٩٧٠ - « لا يصح » .

ففي منازعة موضوعها معادلة الشهادات الصادرة عن الجامعة الأزهرية ، قررت المحكمة (٨٢) أنه « لا يصح الاستناد إلى نص المادة ٧٥ فقرة ثانية من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ في شأن إعادة تنظيم الأزهر ... ذلك أن هذه المادة إنما تتناول الشهادات والدرجات التي تمنحها كليات جامعة الأزهر ، التي نظمها القانون سالف الذكر ، فلا يسرى حكمها على الشهادات التي كانت تمنحها الجامعة الأزهرية قبل صدور هذا القانون ... » .

(٨١) محكمة القضاء الإداري ، ٢٦/١٢/١٩٥٤ ، ق ١٤٧ لسنة ٧ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة التاسعة ، قاعدة ١٢٧ ، ص ١٧٩ .

(٨٢) المحكمة الإدارية العليا ، ٦/١٢/١٩٧٠ ، ق ١٢١٥ لسنة ١٢ق ، مجموعة المبادئ السنة السادسة عشرة ، العدد الأول ، قاعدة ٨ ، ص ٤٩ .

الفرع الثانى

الاستناد الى قواعد لم تعد موجودة

تختلف هذه الحالة عن سابقتها من حيث كون السند مبنياً على نص كان يشكل - قبل صدور القرار المطعون فيه - جزءاً من النظام القائم ، غير أنه عند صدور هذا القرار لم يعد موجوداً .

وأمثلته المستمدة من القضاء الإدارى الفرنسى ونظيره المصرى عديدة ، يحسن فى هذا المقام التعرض لبعضها .

ففى دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار عمدة مدينة ARRAS - بتاريخ ٢٧/١/١٩٦٠ - بمنح السيد DECATEZ رخصة مبانى ، قضت المحكمة الإدارية لمدينة LILLE بإلغاء القرار لمخالفته للائحة الصحية للمحافظة .

غير أن مجلس الدولة (٨٣) ألغى حكم المحكمة لقيامه على سند غير منتج ، ذلك أن المادة الأولى من اللائحة الصحية - الصادرة فى ١٥/١٠/١٩٣٩ - نصت على أن الأحكام المتعلقة بنماذج المنشآت وأماكنها قابلة للتطبيق فى كل البلديات غير الخاضعة لأحكام من طبيعة مماثلة وردت فى برنامج أو خطة التطوير المقررين على المستوى البلدى أو الإقليمى .

من ثم ، تكون أحكام تطوير وإعادة تعمير مدينة ARRAS - التى أقرها الوزير المختص فى ٢٦ من أغسطس سنة ١٩٤٧ - قد حلت منذ تاريخ سرياتها محل تلك الواردة باللائحة الصحية للمحافظة ، وبالتالي يكون الاستناد إلى هذه الأخيرة قائماً على نص لم يعد موجوداً عند صدور القرار المطعون فيه .

C.E. .13/11/1963, DUCATEZ et Ministre de la Construction C/ (٨٣)
DELHAYE. REC.. P. 554

أيضاً ، فى حكمه بتاريخ ٩/٦/١٩٨٢ (٨٤) ، قرر المجلس أن الاستناد على نصوص لائحة التخطيط العمرانى لإقليم LYON - لتأسيس الطعن بالإلغاء فى قرار المحافظ الصادر فى ٢/٩/١٩٨٠ بإنشاء منطقة استغلال متفق عليها - غير منتج ؛ حيث أن هذه اللائحة توقفت - طبقاً لنص المادة ١/١٢٤ من القسم التشريعى لتقنين تنظيم المدن - عن انتاج آثارها بعد أول يولية ١٩٧٨ ؛ وبالتالي فهى لم تعد موجودة عند صدور القرار المطعون فيه .

ومن ناحيته ، يقرر القضاء الإدارى المصرى أنه لا محل للاستناد لنص قانونى لم يعد موجوداً عند صدور القرار المطعون فيه .

وهكذا ، جاء بحكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٧/٢/١٩٥٠ (٨٥) أن « استناد محافظ القنال فى إصدار قراره المؤرخ فى ١٦ من مارس سنة ١٩٤٩ بإخلاء سكن المدعية على لائحة بيوت العاهرات الصادرة فى ١٦ من نوفمبر سنة ١٩٥٠ فى غير محله لأن هذه اللائحة وما تضمنته من أحكام قد عطلت بالأمر العسكرى رقم ٧٦ الصادر فى ١٠/٢/١٩٤٩ والواجب النفاذ من هذا التاريخ ... » .

فالمحكمة لم تناقش مسألة مشروعية القرار المطعون فيه فى ضوء أحكام لائحة ١٩٠٥ ، وإنما اكتفت بالقول بأن الاستناد إلى هذه الأخيرة جاء فى غير محله ، لأن أحكامها تعطلت قبل صدور القرار محل الطعن .

(٨٤) C.E. . 9/6/1982 . Association de sauvegarde des espaces verts des Monts d'Or et autres . Rec., P. 216.

(٨٥) محكمة القضاء الإدارى ، ٧/٢/١٩٥٠ ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى ، السنة الرابعة ، قاعدة ٩٢ ، ص ٢٢٨ .

المطلب الثانى

الاستناد الى قواعد غير نافذة

قرر مجلس الدولة الفرنسى فى العديد من أحكامه - وهو حل لا يوجد ما يحول دون اعتماد القضاء الإدارى المصرى له - أن الاستناد إلى قواعد غير نافذة غير منتج فى الطعن بالإلغاء فى قرار صدر قبل تحقق الشروط اللازمة لوضعها موضع التنفيذ ، يستوى فى ذلك أن يكون مصدرها نصوصاً تشريعية ، أو نصوصاً لائحية .

الفرع الأول

الاستناد الى نصوص تشريعية غير نافذة

يحدث أن يحدد واضع القانون تاريخاً معيناً لوضع نصوصه موضع التنفيذ ؛ الأمر الذى يستفاد منه امتناع الاحتجاج بأحكامه - قبل حلول الأجل - فى مواجهة المخاطبين بها .

بالتالى ، يكون الاستناد إليه - للطعن بالإلغاء فى قرار صدر قبل هذا التاريخ - غير منتج .

هذا ما قرره مجلس الدولة فى حكمه بتاريخ ٥/٣/١٩٧٦ (٨٦) .

فقد لاحظ أن القرار المطعون فيه - وهو قرار محافظ AVEYRON بإعلان المنفعة العامة لنزع ملكية العقارات ، المبنية وغير المبنية ، الضرورية لتوسيع معسكرات الجيش - صدر بتاريخ ٢٦/١٢/١٩٧٢ ، وأن سند الطعن هو مخالفته لنص المادة الثامنة من قانون ٥/٧/١٩٧٢ بشأن إنشاء وتنظيم الأقاليم ، وهى المادة التى أوجبت أخذ رأى المجلس الإقليمى قبل اتخاذ القرار .

C.E. . 5/3/1976. TARRIER et autres . REC. P. 133.

(٨٦)

فى تحليل هذا الحكم أنظر :-

M.BOYON et M. NAUWELAERS, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA. 1976. 1. Doctrine, PP. 198 et ss

غير أن لما كانت أحكام قانون ١٩٧٢/٧/٥ لم تدخل حيز التنفيذ - وفقاً لنص المادة ٢٢ منه - إلا في ١٠/١/١٩٧٣ ، أي في تاريخ لاحق على اتخاذ القرار المطعون فيه الذي صدر - كما سبقت الإشارة - في ٢٦ من ديسمبر ١٩٧٢ ، فإن الاستناد إليه غير منتج في الطعن بالإلغاء في القرار محل النزاع .

أيضاً ، إن هناك تشريعات معينة - صادرة عن البرلمان الفرنسي - يشترط لتطبيقها في أقاليم ما وراء البحر اتخاذ إجراءات محددة ، ولا يكفي - لتحقيق ذلك - نشرها في الجريدة الرسمية لكل من هذه الأقاليم .

وعلى ذلك ، إذا كان قانون ١٩٧٧/٦/٣٠ بتعديل قانون ١٩٧١/١٢/٣١ بشأن تنظيم بعض المهن القضائية والقانونية لم يصدر في إقليم Polynésie طبقاً للإجراءات المقررة ، وإنما اقتصر الأمر على نشره في الجريدة الرسمية لهذا الإقليم لا بصفته تشريعاً وإنما كمجرد وثيقة تتضمن معلومات ، فإن الاستناد إليه - للطعن بالإلغاء في قرار مفوض الجمهورية بالإقليم والصادر في ١٩٧٨/٨/٢٨ - يكون ، والحالة هذه ، غير منتج (٨٧) .

ولقد أخذ المجلس بذات الحل ، ويحق - بالنسبة للنصوص اللائحية غير القابلة للنفاز .

الفرع الثاني

الاستناد الى نصوص لائحية غير نافذة

في حكمه بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢ ، أكد مجلس الدولة على الطابع غير المنتج للسند القائم على الاحتجاج بلائحة غير منشورة (٨٨) .

فقد طعن أمامه بالإلغاء في قرار محافظ Val-d'Oise الصادر

(٨٧) . C.E. . 27/1/1984, Ordre des avocats de la Polynésie française et autres .

REC. P. 21.

(٨٨) C.E. . 2/3/1977, DOMAT, AJDA. 1977, J.P. 447, Note DANAN.

١٩٧٥/٢/٢٥ بمنح رخصة بناء مستودع ، وكان سند الطعن تعارضه مع لائحة استعمال التربة فى بلدية Montmagny .

غير أن المجلس رفض السند حيث أنه فى الوقت الذى صدر فيه القرار المطعون فيه لم تكن اللائحة المعنية قد نشرت ، مما يجعل الاستناد إليها غير منتج .

أيضاً ، فى دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار محافظ إقليم Seine - et - Oise الصادر بمنح الهيئة العامة للإسكان المعتدل ترخيصاً بإنشاء عقارين يضمنان ستة وستين مسكناً ، استند الطاعن إلى مخالفة القرار لمشروعى تطوير مدينتى Paris و Versailles .

إلا أن مجلس الدولة (٨٩) لاحظ أنه فى تاريخ صدور القرار المطعون فيه - أى فى ١٩٥٩/٤/٢٠ - لم تكن أحكام المشروعين المستند إليهما سارية حيث أن السلطة المختصة - قانوناً - بالموافقة عليهما لم تكن قد أعطت هذه الموافقة .

وعليه ، إن النعى على القرار محل النزاع مخالفته أحكام هذين المشروعين يكون قائماً على سند غير منتج .

كما أن الاستناد إلى نص لائحة قبل التاريخ المحدد لسريانه غير منتج .

هذا ما يستفاد من حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٧٤/٢/٢٤ (٩٠) حيث أعلنت أنه « لا وجه لما تستند إليه الجهة الإدارية الطاعنة من تبريرها لعدم ترقية المدعى بأن توجيهات رئيس الوزراء ... كانت تحول دون ذلك لأنها توجب إجراء الترقيات مرة واحدة فى شهر ديسمبر من كل عام (حيث أن) هذه التوجيهات قد نصت على نفاذ هذا الشرط اعتباراً من أول يولييه سنة ١٩٦٦ أى فى تاريخ لاحق لإجراء الترقية المطعون فيها ... » .

(٨٩) C.E. .13/11/1963, FOUILHÉ, Rec, P. 555.

(٩٠) المحكمة الادارية العليا ، ١٩٧٤/٢/٢٤ ، ق رقم ٢٨٩ لسنة ١٦ ق ، مجموعة المبادئ القانونية ، السنة التاسعة عشرة ، قاعدة ٧٦ ، ص ١٨٠ .

الفصل الثانى

الأسانيد غير المنتجة لأسباب خارجية

تتميز هذه المجموعة من الأسانيد - وعلى العكس من سابقتها - بكون طابعها غير المنتج لا يجد مصدره فى محتواها أو فى مضمونها ، ولكنه راجع إلى أسباب خارجية منقطعة الصلة تماماً بهذا المحتوى أو ذاك المضمون .

فما هى هذه الأسباب الخارجية التى يضاف توافرها أحدها وصف غير منتج على سند ما ؟

إن تحليل أحكام القضاء الإدارى يكشف عن وجود ثلاثة أسباب تفسر - فى هذا المجال - عدم تأثير السند فى الفصل فى النزاع الذى أثير فى صدره .

هذه الأسباب هى : تعارض الأسانيد مع القانون مفهوماً بمعناه الشكلى أو العضوى ، انعدام فائدة من آثار الأسانيد من استجابة القاضى إليها ، وكون موضوع النزاع - الذى أثير السند فى إطاره - متعلقاً بقرار صادر عن اختصاص مقيد للسلطة الإدارية .

والأمر كذلك ، من المناسب التعرض لكل من هذه الأسباب فى مبحث مستقل كالتالى :

المبحث الأول : تعارض الأسانيد مع القانون .

المبحث الثانى : انعدام الفائدة من استجابة القاضى إلى الأسانيد .

المبحث الثالث : توجيه الأسانيد ضد قرار منبثق عن الاختصاص المقيد .

المبحث الأول

تعارض الأسانيد مع القانون

كما هو معلوم ، للنظام القانونى فى الدولة مصادر عديدة منها الدستور والقانون واللائحة .

هذا التعدد فى مكونات النظام القانونى يجعل التعارض فيما بينها أمراً راجحاً ؛ من ثم يثور السؤال : هل تعارض الأسانيد - أيًا كان مصدرها - مع القانون يجعلها غير منتجة ؟

للإجابة على هذا السؤال بأكبر قدر من الوضوح والتحديد ، تلزم التفرقة بين الأسانيد المستمدة من نصوص لائحية ، وبين تلك القائمة على قواعد دستورية .

ينقسم هذا المبحث ، إذن ، إلى مطلبين كالتالى :

المطلب الأول : تعارض الأسانيد اللائحية مع القانون .

المطلب الثانى : تعارض الأسانيد الدستورية مع القانون .

المطلب الأول

تعارض الأسانيد اللائحية مع القانون

يحتل القانون بمعناه الشكلى أو العضوى مرتبة أسمى - فى سلم تدرج القواعد القانونية - من تلك التى اللائحة .

لذلك ، جاء موقف القضاء الإدارى من الأسانيد اللائحية المخالفة للقانون متسقاً مع هذه الفكرة ؛ حيث أنه يلتفت عنها لكونها غير منتجة فى حسم النزاع .

هذا ما تكشف عنه دراسة أحكام القضاء الإدارى الفرنسى (فرع أول) ، ونظيره المصرى (فرع ثانٍ) .

الفرع الأول

القضاء الإدارى الفرنسى

يقرر مجلس الدولة - براءة - أن الطعن بالإلغاء فى قرار إدارى استناداً إلى مخالفته للائحة نافذة غير منتج إذا كان هذا القرار متفقاً وحكم قانون قائم عند صدوره .

وهكذا ، إذا كان وزير العمل قد أصدر قراره - فى ١٠/٥/١٩٤٨ - بتحديد نسبة من رقم المبيعات تخصص لمكافحة المديرين غير الأجراء لفروع مصانع المواد الغذائية ، فإن الطعن فيه بالإلغاء استناداً إلى تعارضه مع مرسوم صادر فى ١/٦/١٩٤٠ غير منتج ؛ حيث أن الوزير يستمد سلطته - فى هذا المجال - مباشرة من نص المادة الخامسة من قانون ١٩٤٤/٧/٣ بشأن مركز العاملين غير الأجراء بفروع مصانع المواد الغذائية والتعاونيات الاستهلاكية (١) .

فمسألة مخالفة القرار المطعون فيه لمرسوم ١/٦/١٩٤٠ لم تكن محلاً لمناقشة ، واكتفى حكم القضاء الإدارى ببيان الطابع غير المنتج لهذا السند عن طريق إشارته إلى أن سلطة الوزير فى إصداره قراره مستمدة مباشرة من القانون ، ولا محل للاستناد إلى نص لائعى للمنازعة فيها .

أيضاً ، يغدو السند المبني على مخالفة القرار المطعون فيه لنص لائعى غير منتج إذا صدر - قبل الفصل فى الدعوى - قانون نافذ بأثر رجعى يتضمن نصاً متعارضاً مع اللائحة المستند إليها .

فإذا كان الطاعن قد استند - فى طلب إلغاء مرسوم إحالته إلى المعاش الصادر فى ٩/٧/١٩٥٤ - إلى مخالفته لمرسوم ٩/٨/١٩٥٣ الذى أوجب أن يكون قرار الإحالة إلى المعاش مسبقاً بإلغاء الوظيفة ، إلا

(١) C.E., 17/4/1959. Société anonyme " Mignot- Comptoirs français" et autres. REC . P. 245.

أن المادة ١٢ من قانون ١٩٥٥/٢/٨ - المطبق بأثر رجعى على السنوات المالية من ١٩٥١ إلى ١٩٥٤ - نصت على أن تخفيض الاعتمادات المالية لمختلف الوزارات وخصوصاً وزارة لما وراء البحر ، يترتب عليه - وبذات القدر - تخفيض فى عدد الوظائف عن طريق إلغاء بعضها .

ولما كانت وظيفة المدعى من ضمن الوظائف الملغاة - بأثر رجعى - إعمالاً لنص المادة ١٢ من قانون ١٩٥٥/٢/٨ ، فإن السند الذى أقيم عليه الطعن بالإلغاء يصير - والحالة هذه - غير منتج (٢) .

فى ذات السياق ، يمكن فهم حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٧/٢/١٩٦٠ (٣) الصادر فى دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار تعيين السيد LAPORTE - OKOEFF مفضواً رئيسياً فى إدارة الأمن الوطنى من الدرجة الثالثة ، وكان سند الطعن أن المذكور لم يمض ثمانى سنوات فى الخدمة الفعلية بصفته مفوض بوليس ، وهو الشرط المنصوص عليه فى مرسوم ١٩٤١/٦/٣ .

فقد رفض مجلس الدولة هذا السند لكونه غير منتج ؛ حيث أن المطعون فى قرار تعيينه توافر فى شأنه كل الشروط الضرورية لإمكانية الاستفادة من أحكام قانون ١٩٥٦/٣/٢٧ التى تسوى الأقدمية الاعتبارية - المعترف بها للموظفين الذين ساهموا بفاعلية واستمرار فى مقاومة الاحتلال الألمانى - بالأقدمية الفعلية .

وإذ كان هذا القانون قد صدر فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى ، إلا أنه نص على تطبيقه بأثر رجعى مما يجعل للقرار المطعون فيه سنداً مباشراً منه ؛ ويكون الإدعاء بمخالفته لمرسوم ١٩٤١/٦/٣ واجباً الالتفات عنه .

فضلاً عن ذلك ، إن الاستناد إلى عدم مشروعية المرسوم - الذى بنى عليه القرار محل الطعن - يغدو غير منتج إذا صدر قانون لاحق يقر - بأثر رجعى - ما نص عليه من أحكام .

C.E. 15/6/1956. ROUSSEL. REC. P. 248

(٢)

C E 17/2/1960. SUSINI et autres. REC . 113

(٣)

هذا ما قرره مجلس الدولة (٤) فى حكمه فى دعوى موضوعها طلب إلغاء قرار إعلان المنفعة العامة لعملية إنشاء طريق سريع استناداً إلى أنه صدر بناء على مرسوم غير مشروع ، حيث أعلن أن قانون ١٨/٤/١٩٥٥ - بشأن النظام القانونى للطرق السريعة - أقر فى مادته الأولى ، وبأثر رجعى ، النظام الذى وضعه المرسوم المدعى بعدم مشروعيته .

فالسند غير منتج لتعارضه مباشرة مع نص أضفى عليه المشرع قوة القانون ، حتى وإن كان - فى صورته الأولى - مرسومًا غير مشروع .

الفرع الثانى

القضاء الإدارى المصرى

لا يلتفت مجلس الدولة المصرى - كتنظيره الفرنسى - إلى الأسانيد المبنية على نصوص لائحية مخالفة للقانون مستخدماً - فى التعبير عن موقفه - عبارات مختلفة .

فى حكمها بتاريخ ١٨/٥/١٩٥٤ (٥) ، ذكرت محكمة القضاء الإدارى أنه ، لا مقلع فيما تتحدى به الحكومة « من أن القرار المطعون فيه بالإلغاء قد اتخذ بناء على لائحة أتى بها قرار مجلس الوزراء الصادر فى ٨ من نوفمبر سنة ١٩٥١ : ذلك أن هذه اللائحة جاءت بحكم مخالف لنص المادة الأولى من قانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥١ فى شأن عدم جواز إيقاع الحجز على مرتبات الموظفين : فهى لائحة باطلة .

(٤) C.E., 30/6/1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur. D., 1961, J., P. 667, Conclusions KHAN. PP. 663-667. - Note JOSSE. PP. 668-669.

(٥) محكمة القضاء الإدارى . ١٨/٥/١٩٥٤ ، ق ١٤٤٨ لسنة ٧ ق ، مجموعة مجلس الدولة . السنة الثامنة . قاعدة ٧٥٢ ، ص ١٤٥٦ .

والأمر كذلك ، لا يعدوان أن يكون القرار المطبق لها - وهو القرار المطعون فيه - باطلاً كذلك حيث أنه ردد وطبق حكماً باطلاً .

ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا التوجه ، ومن أحكامها - ذات الدلالة على ذلك - حكمها فى ١٩/٤/١٩٦٩ (٦) بشأن نزاع موضوعه الغاء قرار فصل أحد الموظفين .

فقد ثبت لدى المحكمة أنه قد حكم على المدعى بالحبس مع الشغل فى قضية جنائية سرقة بحمل سلاح ، ولم يرد إليه اعتباره ، الأمر الذى يجعله غير صالح - طبقاً لقانون العاملين المدنيين فى الدولة - لتولى الوظائف العامة ، مما يجيز للإدارة سحب قرارها بتعيينه - دون التقيد بميعاد معين - لما شابه من عيب جسيم . ولذلك ألغت المحكمة حكم محكمة القضاء الإدارى - الذى ذهب إلى غير ذلك - وجاءت عبارتها كالتالى :

« ومن حيث أنه لا وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن صحيفة الحالة الجنائية الخاصة بالمدعى ، وردت خالية من السوابق ، تنفيذاً لقرار وزير العدل ... الذى يقضى بعدم إثبات السابقة الأولى إذا كان الحكم بالحبس لمدة لا تجاوز الستة أشهر ، وهى تعتبر قرينة على الصلاحية وعلى عدم وجود مانع من التوظيف ، وتلتزم الجهات الإدارية بالأخذ بها ، إعمالاً للحكمة التى استهدفها وزير العدل ... (ذلك) أن قرار وزير العدل المشار إليه وهو فى مرتبة أدنى من القانون لا يملك أن يعدل فى الأحكام التى تضمنها قانون نظام موظفى الدولة فى شأن الشروط اللازمة لشغل الوظائف العامة » .

فالمحكمة الإدارية العليا رأت أن الاستناد إلى قرار وزير العدل - الذى جاء بقاعدة عامة مجردة - غير مؤثر فى الفصل فى النزاع لأنه متعارض مع نص فى قانون نافذ .

(٦) المحكمة الإدارية العليا ، ١٩/٤/١٩٦٩ ، ق ٩٢٤ لسنة ١٢ق ، مجموعة المبادئ القانونية ، السنة الرابعة عشرة ، العدد الثانى ، قاعدة ٨١ ، ص ٦١٠ .

وإذا كان الأمر كذلك، بالنسبة للأسانيد اللائحية ، فإن تلك القائمة على العرف تلقى - ومن باب أولى - ذات المصير .

فإذا كان القانون لم يمنح مجلس الكلية سلطة التعديل والتبديل فيما نص عليه من تحديد لعدد فرص دخول الامتحان للطلبة الراسبين، فإنه « لا يجدى المدعين قولهم بأن مجلس الكلية جرى على منح أمثالهم » (٧) فرصة إضافية لدخول الأمتحان « إذ لا يجوز التحدى فى هذا المقام بعرف جرى على خلاف القانون » .

المطلب الثانى

تعارض الأسانيد الدستورية مع القانون

تتمثل هذه الحالة فى الفرض التالى : تصدر السلطة الإدارية - بناءً على ما لها من سلطة تقديرية خولها إياها القانون - قراراً فى مجال معين ، فيأتى صاحب الشأن ويظعن فيه بالإلغاء استناداً إلى تعارضه مع الدستور .

فما هو موقف القضاء الإدارى من هذا السند ؟

فى مصر - حيث تمارس رقابة لاحقة على دستورية القوانين - إن الإجابة على هذا السؤال لا يمكن إلا أن تكون التالية : هذا السند منتج حيث يلتزم القاضى الإدارى - كغيره من الجهات القضائية - بالتعرض للسند بالبحث والدراسة ، فإن رآه جدياً أوقف - لمدة معينة - الفصل فى الدعوى الموضوعية : كى يتمكن صاحب الشأن من رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا .

وإذا كان الدفع غير جدى ، فإن القاضى الإدارى يرفضه ويستمر فى نظر الدعوى المنظورة أمامه .

(٧) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٥٦/٦/٢٦ ، ق ٥٨٧ لسنة ١٠٠ ق ، مجموعة المبادئ ، السنة العاشرة . قاعدة ٢٧٢ ، ص ٢٨٥ .

أما فى فرنسا - حيث الرقابة السابقة على دستورية القوانين التى يمارسها المجلس الدستورى - فإن نظامها القانونى لا يعرف الرقابة على دستورية القوانين بعد إصدارها ، ولذلك نجد مجلس الدولة يعلن - حتى لا يجد نفسه فى موقف يلتزم فيه بإجراء هذه الرقابة - أن الأسانيد الدستورية المتعارضة مع القانون غير منتجة ، يستوى فى ذلك أن تكون مبنية على مبادئ دستورية وردت فى مقدمة الدستور أو فى إعلان حقوق الإنسان والمواطن ، أو تكون قائمة على نصوص وردت فى صلب الوثيقة الدستورية .

الفرع الأول

الطابع غير المنتج للأسانيد القائمة على مبادئ دستورية

هذا ما أعلنه مجلس الدولة فى حكمه بتاريخ ١٥/٢/١٩٦١ (٨) بخصوص دعوى موضوعها الطعن بالإلغاء فى لائحتى إدارة عامة ، تتعلق إحداهما بالأحكام المشتركة المطبقة على جهاز أمن الدولة ، وتخص الأخرى موظفى الإدارة والرقابة بذات الجهاز .

فقد كان مبنى الطعن ما شاب اللائحتين المذكورتين من عيب إجرائى تمثل فى أن إعدادهما تم دون استشارة ممثلى الموظفين بجهاز أمن الدولة ، مما يجعلهما واقعتين فى حومة مخالفة مبدأ اشتراك العاملين - بواسطة ممثليهم - فى التحديد الجماعى لشروط العمل وفى إدارة المشروعات ، وهو مبدأ أقرته ديباجته دستور ١٩٤٦ التى كرستها مقدمة الوثيقة الدستورية الصادرة عام ١٩٥٨ .

غير أن مجلس الدولة التفت عن هذا السند استناداً إلى أن الحكومة اتخذت القرارين المطعون فيهما وفقاً لأحكام قانون ٢٨/٩/١٩٤٨

C.E.. 15/2/1961. LESEUR et autres. REC. P. 115.

(٨)

وأمر ١٩٥٩/٢/٤ التى نظمت إجراءات إعداد الأنظمة الخاصة بالعملين ولم يرد من ضمنها حتمية استشارة ممثليهم .

وهكذا ، إن المجلس لم يناقش ما إذا كانت اللائحتان -محل الطعن- متعارضتين أم لا مع الدستور مكتفياً بالإشارة إلى أنهما صحيحتين طبقاً للقواعد - ذات الأصل التشريعى - التى حددت إجراءات وضعهما . أيضاً ، إن الطعن بالإلغاء فى قرار إدارى استناداً إلى مخالفته لمبدأ مجانية التعليم - الذى قرره ديباجة دستور ١٩٤٦ - يكون قائماً على سند غير منتج ، طالما أن القرار محل الطعن صدر وفقاً لنص قانونى قائم .

فقد طعن فى قرار وزيرى التعليم والميزانية بزيادة رسوم التسجيل للدراسة فى الجامعات ، وكان أساس الطعن مخالفة القرار لمبدأ مجانية التعليم .

إلا أنه لما كان القرار المطعون فيه قد صدر إعمالاً لنص المادة ٤٨ من القانون المالى الصادر فى ١٩٥١/٥/٢٤ التى نصت على سلطة وزيرى التعليم والميزانية فى تحديد رسوم الدراسة فى المؤسسات التعليمية التابعة للدولة دون أن تضع حداً أقصى ، فإن القول بمخالفته لمبدأ المجانية يكون غير منتج (٩) .

ولقد أقر المجلس ذات الحل - لاحقاً - وكان ذلك فى حكمه بتاريخ ١٩٧٦/٤/٩ (١٠) .

C.E., 28/1/1972. Conseil transitoire de la Faculté des lettres et sciences (٩) humaines de Paris , AJDA , 1972 , 11., J., P. 109 : - J.C.P., 1973. 11., J., N° 17296. Observations J. CHEVALLIER .

أنظر أيضاً :

LABETOULLE et CABANES . Chronique générale de jurisprudence administrative française. AJDA, 1972 , 1. Doctrine, PP. 90 et ss.

C.E., 9/4/1976. Conseil des parents d'élèves des Écoles publiques . (١٠) REC. P. 192.

هذا ، وقد احتفظ مجلس الدولة بذات المصير للسند القائم على مخالفة القرار المطعون فيه لإعلان حقوق الإنسان والمواطن ، وكان ذلك فى حكمه بتاريخ ١٢/٣١/١٩٩٠^(١١) و حيث قرر أنه طالما كان قرار المجلس المحلى بزيادة نسبة الضريبة المحلية - وهو القرار المطعون فيه - لم يتجاوز الحد المسموح به وفقاً للقانون المالى ، فإن الاستناد إلى تعارضه مع نص المادة ١٣ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لا يفيد فى المنازعة فى مشروعيتها .

الفرع الثانى

الطابع غير المنتج للأسانيد القائمة

على نصوص دستورية

هذا ما قرره مجلس الدولة - صراحة - فى حكمه بتاريخ ١٢/٣١/١٩٩٠^(١٢) الصادر فى نزاع موضوعه طلب إلغاء قرار وزيرى المالية والخارجية الصادر بتحديد رسوم الدراسة فى المؤسسات التعليمية التابعة للوزير الأخير ، وكان سند الطعن مخالفة القرار لنص المادتين ٢٤ و ٢٧ من الدستور اللتين حددتا المجال المحدد للسلطة اللائحية .

فما كان من مجلس الدولة إلا أن رد السند ؛ حيث أن القرار المطعون فيه يستند إلى أحكام قانون ٢٤/٥/١٩٥١ ، مما يجعل الاستناد إلى نص المادتين ٢٤ و ٢٧ من الدستور - فى هذا المجال - غير منتج .

ولقد سبق للمجلس أن قرر ذات الحل فى حكم بتاريخ ١١/٢٦/١٩٧٦^(١٣) .

C.E., 31/12/1990, PLISSONNEAU - DUQUESNE, C.A.A. de PARIS, (١١)
REC. Tables , P. 935.

(١٢) الحكم المشار اليه فى الهامش رقم ١٠ .

(١٣) C.E., 26/11/1976, SOLDANI et autres , AJDA, 1977, 11.. J., PP. 39-
41, Conclusions LA TOURNERIE, PP. 33-39.

فقد طعن أمامه بالإلغاء فى مرسوم إبطال قرار لجنة منبثقة عن مجلس محافظة VAR بقيام هذا الأخير بعقد جلساته فى مدينة DRAGUI GNAN ، وكان سند الطعن مخالفة المرسوم لمبدأ حرية الوحدات المحلية فى إدارة شئونها المنصوص عليه فى المادة ٧٢ من الدستور .

غير أن مجلس الدولة لاحظ أن المرسوم المطعون فيه صدر فى حدود السلطات المخولة للحكومة بالقانون - الذى كان لا يزال سارياً - الصادر فى ١٠/٨/١٨٧١ ، ومن ثم يكون الاستناد إلى المادة ٧٢ من الدستور غير منتج .

وهكذا ، يكشف هذا القضاء عن رغبة مجلس الدولة الأكيدة فى احترام مسلكه التقليدى فى الإمتناع عن رقابة دستورية القوانين ، حتى وإن كان أسلوب ممارستها هو طريق الدفع الفرعى .

المبحث الثانى

انعدام الفائدة من استجابة

القاضى إلى الأسانيد

كثيراً ما يثير الأطراف فى الدعوى أسانيد لن تحقق استجابة القاضى لها أية فائدة لمن أثارها .

من هنا يأتى السؤال : كيف نفسر عدم استفادة صاحب الشأن من الأسانيد التى يثيرها ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تكمن فى أن أسباباً عديدة ومتنوعة تفسر هذه الحالة ، بعضها - ذو طابع ذاتى - يرجع إلى الطاعن ، والبعض الآخر لا علاقة له به ؛ حيث يعود إلى اعتبارات أجنبية عن شخصه .

وعليه ، يتكون هذا المبحث من المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أسباب متعلقة بالطاعن .

المطلب الثانى : أسباب أجنبية عن الطاعن .

المطلب الأول

أسباب متعلقة بالطاعن

ترجع هذه الأسباب إلى صفة الطاعن من ناحية (فرع أول) ، وإلى إرادته من ناحية أخرى (فرع ثانٍ) .

الفرع الأول

صفة الطاعن

إن الطاعن قد يفتقد صفة لازمة لاستفادته من استجابة القاضى للأسانيد التى يثيرها .

ففى مجال الاستيلاء على الأموال الخاصة ، قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الاستناد إلى عدم مشروعية القرار الصادر بالاستيلاء - للطعن فيه بالإلغاء - غير منتج فى حالة عدم تمكن الطاعن من إثبات صفته كمالك للمال الذى استولت الإدارة عليه (١٤) .

وفى منازعة حول استحقاق المدعى لمنحة يطالب بها (١٥) ، لوحظ أنه يستند فى دعواه إلى منشور دورى أصدرته المؤسسة المصرية العامة لمقاولات الأعمال المدنية تحت رقم ٣١ لسنة ١٩٦٥ ، والذى قرر صرف المنحة للعاملين بالشركات حتى ١٩٦٢/١٢/٢٨ .

ولما كان المدعى مفقداً لصفة العامل فى هذا التاريخ - حيث كان يشغل وظيفة رئيس مجلس إدارة - فإن شرط استحقاق المنحة يكون قد تخلف فى شأنه ، ومن ثم فهو لا يستفيد من السند الذى أثاره .

وهناك تطبيق آخر لذات الفكرة - يتعلق بصفة الطاعن التى تحول دون استفادته من سند طعنه - ورد فى حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٦/١٢/٢٤ (١٦) الصادر فى دعوى موضوعها طلب إلغاء قرار وزير الأوقاف - فى ١٩٦٦/١٢/٢٤ - بالاستيلاء على أراضٍ متنازع عليها ، وكان سند الطعن أن القرار مخالف للقانون ومشوب بالانحراف بالسلطة ؛ لصدوره بقصد تعطيل تنفيذ حكم قضائى يقضى بمنع تعرض الإدارة لوامضى اليد .

ومع إشارة المحكمة إلى كون القرار محل الطعن مخالفاً للقانون ، إلا

(١٤) C.E., 14/2/1962. FILLAIRE .

مشار إليه فى :

J.M AUBY, Les moyens inopérants Op. Cit. P. 12 . Note N° 82.

(١٥) المحكمة الإدارية العليا ، ١٩٧٩/٣/٢٥ ، ق ٣٦٧ لسنة ٢٠ ق ، مجموعة المبادئ ... ، السنة الرابعة والعشرون ، قاعدة رقم ٩٠ .

(١٦) المحكمة الإدارية العليا . ١٩٦٦/١٢/٢٤ ، ق ١٣١ لسنة ٩ ق ، مجموعة المبادئ ... ، السنة الثانية عشرة ، العدد الأول ، قاعدة ٤٤ ، ص ٤٥٩ .

أنها رفضت الاستجابة إلى طلب إلغاءه ، حيث أن هذا الإلغاء - إن حدث - لن يؤدي إلى إعادة يد أصحاب الشأن على الأراض المتنازع عليها .

ففى ١٣/١/١٩٦٣ ، صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها ، ولما كان أصحاب الشأن « من الأجانب المخاطبين بأحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية فإنه لن يرتب على إلغاء القرار المظعون فيه إعادة يدهم على الأرض المتنازع عليها لأنهم ممنوعون قانوناً من تملك الأراضى الزراعية ومن حيازتها بصفة ملاك ، ولن يتأثر هذا الوضع بصدور حكم من المحكمة المدنية المختصة فى موضوع ملكية الأرض المتنازع عليها لأنه إذا قضى لمصلحتهم بتثبيت الملكية فلن يتسلموا تلك الأرض وإنما تؤول ملكيتها إلى الدولة طبقاً لذلك القانون من تاريخ العمل بأحكامه ، أما إذا قضى بتثبيت ملكية الوقف الخيرى للأرض فلن يكون هناك وجه لتسليم الأرض إلى (واضعى اليد) بعد إذ قضى القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٢ بإنهاء نظارتهم وبإقامة وزارة الأوقاف ناظرة على جميع الأوقاف الخيرية » .

الفرع الثانى

إرادة الطاعن

تشكل إرادة الطاعن - أحياناً - عقبة تحول دون استفادته من السند الذى أثاره تغليباً لوجهة نظره .

هذا ما يستخلص - بوضوح - من حكم مجلس الدولة بتاريخ ٢٢/١١/١٩٦٣ فى قضية VANESSE (١٧) ، حيث كان موضوعها طلب إلغاء القرار الصادر بقائمة الترقيات - لعام ١٩٦٠ - إلى وظيفة مدير مركز اتصالات تليفونية ، وكان سند الطاعن - الذى لم يرد اسمه

C.E., 22/11/1963. VANESSE. REC. P. 577.

(١٧)

فى القائمة - ما شاب القرار الصادر بتقدير درجة كفايته من أوجه عدم المشروعية .

غير أن المجلس لاحظ - انطلاقاً مما هو ثابت فى الأوراق - أن استبعاد الإدارة لإسم الطاعن من قائمة الترقيات يجد سببه الوحيد فى رغبة الطاعن - التى عبر عنها صراحة فى خطابه إلى الإدارة بتاريخ ١٠/٦/١٩٥٩ - فى عدم قيد اسمه فيها ، وبالتالى فإن الإدارة لم تفعل - بقرارها المطعون فيه - شيئاً سوى الاستجابة إلى هذه الرغبة .

وعليه ، إن أوجه عدم المشروعية التى استند إليها الطاعن لم يكن لها - فى الواقع - أى تأثير فى قرار الإدارة بوضع قائمة بأسماء المرشحين ، وبذلك يكون السند القائم عليها غير منتج .

هذه الأسانيد غير المنتجة بناء على إرادة الطاعن ، يعالجها القضاء الإدارى المصرى من زاوية القبول .

وهكذا ، تقرر محكمة القضاء الإدارى (١٨) أنه إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعى وافق بعد رفع الدعوى على نقله من كلية الزراعة إلى كلية طب العباسية ، الأمر الذى نجم عنه قطع علاقة التوظيف التى كانت قائمة بينه وبين كلية الزراعة وشطب اسمه من عداد المدرسين بها ، « فإنه يترتب على هذا النقل زوال كل مصلحة شخصية للمدعى فى طلب إلغاء القرار المطعون فيه كلياً أو جزئياً إذ يعتبر بموافقته على هذا النقل متنازل عن كل حق يقوم على علاقة التوظيف التى كانت بينه وبين كلية الزراعة من أقدمية فى كادر المدرسين وخلافه ... » .

الواضح من هذا الحكم ، أن محكمة القضاء الإدارى لم تعرض لماخذ الطاعن على القرار محل النزاع ، مكتفية بالقول بأنه موافقته على النقل تفيد تنازله عن كل حق يقوم على علاقة التوظيف بينه وبين الكلية المنقول منها ، وكان الأجدر بها - والأمر كذلك - أن تشير إلى الطابع

(١٨) محكمة القضاء الإدارى ، ٢٤/١١/١٩٤٨ ، ق ١٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، قاعدة ١٧ ، ص ٨ ..

غير المنتج لأسانيده ، إلا أنها فضلت التعرض لها من زاوية عدم القبول لانتفاء المصلحة .

وفى نزاع آخر ، لاحظت المحكمة (١٩) أنه لما « كان المدعى قد أقر بأنه أحيل إلى المعاش بناء على طلبه مع ضم سنتين لمدة خدمته وصرف الفرق بين المرتب والمعاش من ٢ من يناير سنة ١٩٥٤ ، وأنه لم يعد منذ ذلك التاريخ فى عداد موظفى الدولة ، الأمر الذى يترتب عليه أن يصبح من المستحيل أن يقع عليه الاختيار من جديد لتولى الوظيفة محل الطعن » .

المطلب الثانى

أسباب أجنبية عن الطاعن

هذه الأسباب من نوعين : بعضها عائد إلى نصوص قانونية (فرع أول) ، والبعض الآخر راجع إلى مسلك الإدارة (فرع ثانٍ) .

الفرع الأول

النصوص القانونية

إن النص الذى يجعل السند غير منتج قد يرد فى النص القانونى الذى صدر - بناء عليه - القرار محل النزاع ، ومن أمثلته ذلك الذى رفضه مجلس الدولة فى حكمه بتاريخ ٢٢/٥/١٩٦٣ الصادر فى قضية VIALLET (٢٠) .

تخلص وقائع النزاع فيما يلى : أعلنت الإدارة عن مسابقة لتعيين

(١٩) محكمة القضاء الإدارى ، ١١/٢٤/١٩٥٤ ، ق ٤٨٥ لسنة ٦ ق ، مجموعة المبادئ .. ، السنة التاسعة ، قاعدة ٤٩ ، ص ٥٥ .

C.E., 22/5/1963. VIALLET, REC. P. 320.

(٢٠)

خسة أشخاص فى وظيفة أستاذ محاضر تحت التمرين بكليات الطب ،
فما كان من الطاعن إلا أن تقدم إلى المسابقة التى اجتاز جميع اختباراتهما
بنجاح .

إلا أن الدرجات التى حصل عليها أهلتة لشغل المركز السادس
- فقط - فى قائمة ترتيب الناجحين فى المسابقة ، مما ترتب عليه
استبعاد اسمه من قائمة المرشحين لشغل الوظيفة ، وذلك إعمالاً لنص
المادة ٢٦ من قرار وزير التعليم الوطنى - بتاريخ ١٩٥٢/٣/٢ - بشأن
تنظيم مسابقة التعيين فى وظيفة أستاذ بكلية الطب ، وهى المادة التى
أوجبت ألا يزيد عدد المرشحين المقترح تعيينهم عن عدد الأماكن
الشاغرة المعلن عن شغلها فى المسابقة .

وهكذا ، جاء قرار وزير التعليم - المطعون فيه - بإقرار القائمة
المقترحة من اللجنة المختصة - التى خلت من اسم الطاعن - وبتعيين
الأشخاص الذين وردت أسماؤهم فيها فى وظيفة أستاذ محاضر تحت
التمرين بكليات الطب .

ومع تسليمه بترتيبه الذى ورد فى قائمة الناجحين فى المسابقة
- وهو السادس - طعن السيد VIALLET فى قرار وزير التعليم باستبعاد
اسمه من قائمة المرشحين وبعدم تعيينه ، وكان سنده فى طعنه -
المخالفات التى ارتكبتها اللجنة التى وضعت قائمة المرشحين للتعيين عند
اجتماعها الذى ناقشت فيه مقترحات جديدة للقبول فى المسابقة .

إلا أن مجلس الدولة استبعد هذا السند لكونه غير منتج استناداً إلى
أن نص المادة ٢٦ من قرار وزير التعليم يشكل عقبة تحول - فى كل
الأحوال - دون اقتراح تعيين الطالب الذى يحتل المركز السادس فى
قائمة ترتيب الناجحين فى المسابقة .

من جانبها ، قرر محكمة القضاء الإدارى (٢١) أن ما ذهب إليه المدعى

(٢١) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٥٧/٥/٩ ، ق ١٦١٠ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة

المبادئ... السنة الحادية عشرة ، قاعدة ٢٨٨ ، ص ٤٢٦ .

من أنه أقدم فى وظيفة مدرس (أ) من بعض المطعون ضدهم مما يجعله محققاً فى طلب إلغاء قرار تعيينهم فى وظيفة أستاذ مساعد تأسيساً على أن الجامعة جرت بالنسبة للترقية إلى وظيفة أستاذ مساعد على المفاضلة بين المرشحين على أساس أقدميتهم فى وظيفة مدرس (أ) « لا يغبنيه شيئاً » إذ أن إجراء المفاضلة على هذا الأساس مناطه أن يكون المرشحون قد استكملوا الشرط الأول فى الترقية إلى أستاذ مساعد وهو قضاء أربع سنوات فى وظيفة مدرس ، فمن لم يستكمل هذا الشرط عند إجراء الترقية - كما هو حال المدعى - يجب استبعاده من قائمة المرشحين للترقية ولو كان متقدماً فى أقدمية مدرس (أ) على سواه .

فطلب المدعى إلغاء قرار تعيين المطعون ضدهم فى وظيفة أستاذ مساعد قائم - بالنسبة له - على سند غير منتج حيث أنه لم يستكمل الشرط الأول المطلوب للترقية إلى هذه الوظيفة وهو قضاء أربع سنوات فى وظيفة مدرس .

أيضاً ، إن عيب عدم الاختصاص - مع افتراض صحته - لا جدوى من الاستناد إليه ، إذا وجد نص يحول دون استفادة الطاعن منه .

هذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٧٤/١/٢٦ بشأن دعوى موضوعها طلب إلغاء قرار صادر بفصل المدعى من الخدمة (٢٢) .

فقد استند الطاعن فى دعواه إلى كون مرتبه - حال صادر قرار الفصل - تجاوز الخمسة عشر جنيهاً الأمر الذى يجعل الاختصاص باتخاذ القرار المطعون فيه - لا إلى السلطة الرئاسية - وإنما إلى المحكمة التأديبية إعمالاً لحكم القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ .

غير أن المحكمة لاحظت أن المدعى أصبح - تطبيقاً لحكم القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ - من شاغلى وظائف المستوى الثالث ، وبالتالي يكون

(٢٢) المحكمة الإدارية العليا ، ١٩٧٤/١/٢٦ ، ق ٢٣١ لسنة ٦٦ ق ، مجموعة المبادئ... ، السنة التاسعة عشرة ، قاعدة ٤٩ ، ص ١٠٣ .

من اختصاص السلطة التأديبية - وفقاً لأحكام ذات القانون - أن تصدر قرارها بفصله « فلم يعد ثمة جدوى من إلغاء القرار المطعون فيه استناداً إلى أن المحكمة التأديبية كانت هي المختصة وقت إصداره ليعود الأمر مرة ثانية إلى ذات السلطة الرئاسية التي سبق لها أن أفصحت عن رأيها فيه فتصر على موقفها وتصحح قرارها بإعادة إصداره بسلطتها التي خولت إليها في هذا القانون وتعود بذلك المنازعة في دورة أخرى لا مسوغ لتكرارها » .

ولقد أكدت المحكمة ذات الحكم - بنفس عباراته تقريباً - عند فصلها في نزاع موضوعه طلب إلغاء قرار تأديبي صادر بخفض فئة وظيفة ومرتب المدعى (٢٣) .

الفرع الثاني

مسلك الإدارة

إن مسلك الإدارة - السابق أو اللاحق على الطعن بالإلغاء في القرار الإداري - يفسر في بعض الأحيان عدم امكانية استفادة الطاعن من سند طعنه .

هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي - بالنسبة لمسلك الإدارة السابق - في حكمه بتاريخ ١٥/٧/١٩٥٨ في قضية LAVERGNE (٢٤) التي تخلص وقائعها فيما يلي :

طلب الطاعن إحالته إلى المعاش المبكر مع الاستفادة من نص المادة ٧٩ من قانون ١٤/٤/١٩٢٤ التي تجيز - في هذه الحالة - تقرير مكافأة استثنائية ، وهو الطلب الذي وافقت عليه لجنة الإصلاح الإداري ،

(٢٣) المحكمة الإدارية العليا ، ١٥/٢/١٩٧٥ ، ق ٧٢٩ لسنة ١٧ ق ، مجموعة المبادئ.... السنة العشرون ، قاعدة ٦٦ ، ص ٢٠٤ .

(٢٤) C.E., 15/7/1958, LAVERGNE, REC. P. 450.

وهى اللجنة التى أوجب القانون أخذ رأيها فيه قبل عرضه على السلطة المختصة لاتخاذ قرار بشأنه .

غير أن وزير التعليم - صاحب سلطة التقرير فى هذا الصدد - أصدر قراره بقبول طلب الإحالة إلى المعاش مع منح معاش شهرى ، وهو ما يتضمن رفضاً ضمنياً - ولكنه واضح - لطلب الحصول على مكافأة استثنائية ، وهو القرار الذى طعن فيه استناداً إلى ما شاب تشكيل لجنة الإصلاح الإدارى - التى أبدت رأياً إيجابياً فى طلب المدعى بشقيه - من مخالفات قانونية متعلقة بتكوينها وبرئيتها .

فكان رد مجلس الدولة على هذا السند بأنه غير منتج ؛ حيث أن ما شاب تشكيل اللجنة من مأخذ لم يكن له تأثير على قرار الوزير الذى جاء - كما سبقت الإشارة - مخالفاً لرأيها بشأن استفادة الطاعن من نص المادة ٧٩ من قانون ١٤/٤/١٩٢٤ المتعلق بمكافأة المعاش الاستثنائية .

أيضاً ، قررت محكمة القضاء الإدارى أن مسلك الإدارة اللاحق على الطعن بالإلغاء قد يجعل سند الطاعن عديم الجدوى بالنسبة له (٢٥) .

وهكذا ، إذ كان القرار المطعون فيه قد صدر معيباً لصدوره ممن لا يملكه وبغير اتباع إجراءات التأديب المقررة قانوناً ، « إلا أنه بعد أن رفعت الحكومة وظيفة مدير المعهد إلى وظيفة وكيل وزارة وصدر مرسوم بتعيين المدعى فيها فأصبحت بذلك وظيفته الجديدة متكافئة مع وظيفته السابقة » ، وبالتالي فإن الدعوى تصبح - والحالة هذه - غير ذات موضوع .

فالمحكمة - هنا - لم تناقش ما نسب إلى القرار المطعون فيه من مأخذ متعلقة بالاختصاص والإجراءات ، حيث لا جدوى من ذلك بعد أن لبت الإدارة مطلب المدعى الذى من أجل تحقيقه طعن فى القرار محل النزاع بالإلغاء ، ولم يعد - بالتالى - مستفيداً من الاستجابة إلى سند طعنه .

(٢٥) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٤٩/٦/٨ ، ق ٢٠٤٤ ، لسنة ٢٠٤٤ ، مجموعة مجلس الدولة ... ، السنة الثالثة ، قاعدة ٢٥٥ ، ص ٩٤٦ .

المبحث الثالث

توجيه الأسانيد ضد قرار منبثق عن الاختصاص المقيد

على العكس من السلطة التقديرية ، يتميز الاختصاص المقيد بفقدان الموظف لحرية في استعمال ما خوله القانون من سلطات ، بحيث يوجد حينما يكون مسلك هذا الأخير - فى مواجهة موقف معين - محدداً مسبقاً (٢٦) .

وبعبارة أخرى ، إن للاختصاص المقيد طبيعة آلية تفرض على الإدارة التزاماً قاطعاً بإصدار قرارها - إيجابياً كان أم سلبياً - فى اتجاه محدد سلفاً دون أن تكون لها حرية الاختيار بين بدائل متعددة .

فما هو أثر هذه الفكرة على موقف القضاء الإدارى من الأسانيد القائمة على عدم مشروعية القرار المطعون فيه بالإلغاء ؟

فى الواقع ، يمكن القول أن ثمة أحكاماً نادرة - ولكنها موجودة - لمحكمة القضاء الإدارى تستبعد بعض الأسانيد القائمة على عدم

(٢٦) فى التعريف بالاختصاص المقيد، راجع :

- B. KORNPORST, La Compétence liée, RDP., 1961, PP. 935 et ss. -
L. DIQUAL , La Compétence liée, Paris , LDGJ, 1964, PP. 17 et ss. -
G. TIMIST, Compétence liée et principe de légalité , D. 1964, Chr.,
XXXI, PP. 217 et ss. - D. CHABANOL, Contrôle de légalité et liberté de
l'administration, AJDA, 1984, Doctrine, 1., PP. 14 et ss. - A.- S.
MESCHERIAKOFF, La Compétence liée permet -elle à l'administration
de violer la loi? Réponse à une étude récente intitulée " Contrôle de
légalité et liberté de l'administration ", R.A., 1984, L. et J., PP. 575 et
ss.

مشروعية قرار إدارى منبثق عن الاختصاص المقيد ، واصفة إياها بأنها غير مؤثرة فى مشروعية القرار (٢٧) .

أما عن موقف مجلس الدولة الفرنسى ، فقد تواترت أحكامه - منذ حقبة الخمسينات - على الالتفات عن الأسانيد القائمة على عدم مشروعية قرار صادر عن اختصاص مقيد للإرادة .

فى البداية ، استخدام القاضى الإدارى عبارات متنوعة للتعبير عن موقفة الرفض للتعرض لهذه الأسانيد .

فتارة ، فسّر استبعاده لها باعتبارات متعلقة بالطاعن ، كالقول بانعدام مصلحته فى الاحتجاج بالسند (٢٨) ، أو لكونه غير محق فى ذلك (٢٩) .

وتارة أخرى ، يبرر التفاته عنها بمقولة أن السند لا يمكن الاعتداد به (٣٠) ، أو لكونه - على أية حال - واجب الرفض (٣١) ، أو لأن طبيعة السند لا تؤدى إلى إلغاء القرار (٣٢) .

(٢٧) محكمة القضاء الإدارى ، ١٩٥٧/٦/٢٦ ، ق ٥١٩ لسنة ٧ق ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة ٣٦٥ ، ص ٥٩٥ ؛ - ١٩٥٩/٦/٣ ، ق ٨٧٠٦ لسنة ٨ق ، مجموعة المبادئ ، السنة الثالثة عشرة ، قاعدة ٢٠٢ ، ص ٢٠٩ .

(٢٨) C.E., 25/5/1950, DIRAT, REC. P. 332; - 19/11/1954. GREFFE. REC. P. 603; - 24/2/1956, DIRAT. REC. P. 88.

C.E., 14/3/1956. ARVAUD, REC. P. 119. (٢٩)

C.E., 22/2/1957, Société coopérative de reconstruction de Rouen et de sa région " Reconstruire" , REC. P. 126. (٣٠)

C.E., 17/10/1956. CLEMENT. REC. P. 373. (٣١)

C.E., 3/4/1957. SOLEIL. REC. P. 236 ; - 17/7/1953. Société Etablissement Dubont et Casanova , REC. P. 382 . (٣٢)

حيث يشير المجلس الى أن أوجه عدم المشروعية المثارة ليس لها من تأثير على صحة القرار المطعون فيه .

إلا أنه منذ عام ١٩٥٦ ، بدأ مجلس الدولة يستخدم - صراحة - عبارة سند غير منتج ، مع الإشارة أحياناً إلى كونه غير مؤثر فى مشروعية القرار (٣٣) .

ولكن هل جميع الأسانيد المبنية على عدم مشروعية قرار صادر عن الاختصاص المقيد غير منتجة ؟

يذهب (٣٤) Fournier et Braibant إلى أن مجال الأسانيد غير المنتجة مقصور على عدم المشروعية الخارجية للقرار الذى تلتزم الإدارة باتخاذها ، وهو رأى تأثر القائلان به - على ما يبدو - بتقرير المفوض (٣٥) Guldner فى قضية Brissaud التى أصدر فيها مجلس الدولة حكمه بتاريخ ١٩٥٧/٦/٧ .

فقد أشار المفوض فى تقريره إلى أحكام - صادرة قبل عام ١٩٥٧ - ترفض أسانيد الأطراف المبنية على عدم المشروعية الخارجية لكونها غير منتجة .

هذه الوجهة من النظر تجد سنداً لها فى بعض أحكام محكمة القضاء الإدارى - التى أخذت بنظرية الأسانيد غير المنتجة - حيث اعتبرت أن عيب الإجراء غير مؤثر فى مشروعية القرار محل الطعن (٣٦) .

(٣٣) C.E., 23/11/1962 . Association des anciens élèves de l'Institut Commercial de Nancy, REC, P. 626; - 13/7/1963. Epoux MEYER, REC, P. 427.

(٣٤) J. FOURNIER et G. BRAIBANT, Recours pour excès de Pouvoir, In Répertoire de droit public et administratif, T.11., Etablissements de bienfaisance privés - Voirie , Paris, D., 1959, N° 599 .

(٣٥) GULDNER, Conclusions sur C.E., 7/6/1957, BRISSAUD, REC, PP. 386 et ss.

(٣٦) راجع حكميها المشار إليهما فى الهامش رقم ٢٧ .

غير أنها قاصرة عن استيعاب حالات الأسانيد غير المنتجة في مجال الاختصاص المقيّد - كما تكشف عنها دراسة قضاء مجلس الدولة الفرنسي - حتى في الوقت الذي أدليت فيه ، والدليل على ذلك - كما يشير وبحق (٢٧) LABE TOULLE ET CABANES - أن ثمة أحكاماً لمجلس الدولة ، صدر بعضها عام ١٩٥٧ ، تضىف وصف غير منتج على أسانيد قائمة على المشروعية الداخلية للقرار .

إضافة إلى ذلك ، إن بعض الأحكام تستخدم صياغة عامة تضىف على أوجه عدم المشروعية المتعلقة بالقرارات الصادرة بناء على اختصاص مقيّد - دون تمييز - وصف الأسانيد غير المنتجة (٢٨) .

والأمر كذلك ، ينقسم هذا البحث إلى المطلبين التاليين :

- المطلب الأول :** عدم المشروعية الخارجية ، سند غير منتج .
- المطلب الثاني :** عدم المشروعية الداخلية ، سند غير منتج .

LABETOULLE et CABANES. Chronique générale de jurisprudence (٢٧) administrative française. AJDA . 1971. I. Doctrine . P. 278 .

(٢٨) راجع :

C.E., 14/12/1960, ARRIGHI, Req. 38-182. REC. Tables . P. 1002: -
C.E., 1/2/1961. Délégué général du Gouvernement en Algérie C/ALLALI.
REC. P. 74: --- C.E., 25/7/1980. TUSSEAU, D., 1981 . J. PP. 8 et ss..
Conclusions GALABERT; - C.E., 11/10/1980. PONT . AJDA. 1981.
PP. 256 et ss. Conclusions LABETOULLE: - C.E., 30/9/1987. Epx.
CLERGEAU. REC. Tables , P. 350: - ; -C.E., 30/9/1987, Epouse
CLERGEAU. REC. Tables, P. 350 .

المطلب الأول

عدم المشروعية الخارجية ، سند غير منتج

يتمثل عدم المشروعية الخارجية فى عيب الاختصاص من ناحية ، وعيب الشكل أو الإجراء من ناحية أخرى .

كل من هذين العيبين يمثل - طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - سنداً غير منتج .

الفرع الأول

عيب الاختصاص ، سند غير منتج

يضىف مجلس الدولة على عدم الاختصاص وصف السند غير المنتج ، يستوى فى ذلك أن يكون القرار المطعون فيه قراراً إيجابياً أو قراراً سلبياً .

أولاً : التزام الإدارة باتخاذ قرار إيجابى

يقصد بالقرار الإيجابى ذلك الذى تلتزم الإدارة بإصداره لينفذ فى تاريخ محدد .

فى هذه الحالة ، إذا طعن فى القرار استناداً إلى صدوره عن سلطة غير مختصة باتخاذها ، فإن مجلس الدولة يعرض عن هذا السند ويرفضه لكونه غير منتج .

ولقد قدم القضاء الإدارى العديد من التطبيقات لهذا الحل - لا سيما فى مجال منازعات الموظفين العموميين - وذلك دون اعتبار لمصدر القاعدة القانونية التى تضمنت تقييداً لاختصاص السلطة الادارية .

فقد يكون مصدر التقييد فى الاختصاص نص فى قانون أو فى أمر

له قوة القانون ، كأحكام الأمر رقم ١٠٣٦/٥٨ بتاريخ ١٠/٢٩/١٩٥٨ القاضي بتجميع موظفي الإدارة العليا العاملين بالسكرتاريات العامة لأقاليم ما وراء البحر في هيئة مستقلة وفي تاريخ محدد .

فيذا أصدرت الإدارة قرارها - إعمالاً لهذه الأحكام - بضم الطاعن إلى الهيئة المشار إليها في نصوص الأمر ، فإن طعنه في هذا القرار استناداً إلى صدوره عن سلطة غير مختصة يكون غير منتج (٣٩) .

في ذات السياق ، قرر مجلس الدولة (٤٠) أن رفع اسم السيد EMBARCH من قوائم موظفي الحكومة الفرنسية جاء إعمالاً لاختصاص مقيد مصدره الرابعة من أمر ١٩٥٩/١/٧ التي حظرت استمرار رعاية الدول الخاضعة تحت الوصاية الفرنسية في أعمالهم بصفتهم موظفين فرنسيين ، ما لم يبدووا رغبتهم في الحصول على الجنسية الفرنسية في تاريخ معين حددته اللائحة التنفيذية باليوم التالي لنشرها .

ولما كان الطاعن لم يبد رغبتَه - قبل هذا التاريخ - في الحصول على الجنسية الفرنسية ، فإن احتجاجه بصدور القرار المطعون فيه - والقاضي برفع اسمه من سجلات موظفي الحكومة الفرنسية - عن سلطة غير مختصة يكون غير منتج .

وقد يكون مصدر تقييد اختصاص السلطة الإدارية نصاً لائحياً ، كذلك الوارد في اللائحة الصادرة عن الحكم العام للجزائر بتحديد سن الإحالة إلى المعاش - بالنسبة للعاملين بالمهن الطبية - بخمسة وستين عاماً .

وإن بلغ الطاعن هذه السن في ١/١٢/١٩٥٧ ، فإن الإدارة ملزمة بإحالاته إلى المعاش منذ هذا التاريخ ، وعليه إن طعنه في القرار القاضي

C.E., 14/3/1962, GAILLARD, REC. P. 167 et P. 852 .

(٣٩)

C.E., 22/11/1961 . EMBARCH, REC. 649.

(٤٠)

بذلك استناداً إلى صدوره حاملاً توقيع سلطة غير مختصة يكون قائماً على سند غير منتج (٤١) .

أيضاً ، لاحظ المجلس (٤٢) أن تعيين مدير مركز نقل الدم يصدر به قرار من السلطة المحلية التابع لها المركز شريطة الحصول على موافقة وزير الشؤون الاجتماعية ، فإذا قام هذا الأخير بسحب موافقته ، فإن على المركز الطبي التابع له مركز نقل الدم استخلاص النتائج المترتبة على هذا السحب ووضع نهاية لوظيفة مدير مركز نقل الدم .

وعليه ، إذا قامت اللجنة الإدارية للمركز الطبي بمدينة AMIENS بإنهاء خدمة الطاعن - بصفته مديراً لمركز نقل الدم - فإن استناده - للطعن في هذا القرار بالإلغاء - إلى كونه صادراً عن سلطة تجاوزت حدود اختصاصها يكون غير منتج .

أخيراً ، قد يكون القضاء هو مرجع الاختصاص الإداري المقيد ، ومثال ذلك حكم مجلس الدولة في ١٢/٥/١٩٧٦ حيث قرر التزام الإدارة بإلغاء اللوائح غير المشروعة حتى وإن كانت نهائية .

من ثم ، إن الطعن في قرار إلغاء هذه اللوائح لصدوره عن سلطة غير مختصة ، يكون قائماً على سند غير منتج (٤٣) .

ثانياً : التزام الإدارة باتخاذ قرار سلبي

ثمة حالات كثيرة تلتزم فيها الإدارة - قانوناً - برفض الاستجابة إلى طلب صاحب الشأن ، فإذا صدر هذا القرار السلبي من سلطة غير مختصة ، كان طعن هذا الأخير فيه - استناداً إلى هذا المأخذ - غير منتج .

(٤١) C.E., 3/11/1961, SMATI, REC, P. 611.

(٤٢) C.E., 26/2/1971, ROZE, AJDA, 1971, 11, J., P. 289.

(٤٣) C.E., 12/5/1976, LE BOUCHER et TARANDON, AJDA, 1977, J., P.

261, Note M. CEOARA: - RDP., 1977, P. 229.

هذا ما قرره مجلس الدولة صراحة - ولأول مرة - فى حكمه بتاريخ ٢١/١١/١٩٥٦ فى قضية LAZARINI (٤٤).

فقد طلب صاحب الشأن تعويضه عما لحقه من أضرار ، وفقاً لنصوص قانون ١٠/٢/١٩٥٣ بشأن تعويض الموظفين عمماً أصابهم من أضرار نتيجة الإجراءات التحكيمية التى قررها سلطة الاحتلال بسبب موقفهم منها .

غير أن الإجراء الذى يطالب المدعى بالتعويض عمماً لحقه من أضرار بسببه ليس من هذه الإجراءات ، ولذلك كان على الإدارة - وهى ملزمة بتطبيق القانون - رفض طلب التعويض لعدم توافر الشروط التى حددها قانون ٧/٢/١٩٥٣ فى حالته .

لذلك ، إن الاستناد إلى عدم اختصاص السلطة مصدرة القرار باتخاذها يكون غير منتج .

وبخصوص طلب السيد PICOT إلغاء قرار المحافظ برفض طلبه إعادة افتتاح حانة صدر حكم قضائى بغلقها ، وذلك استناداً إلى عدم اختصاصه بإصدار مثل هذا القرار ، لاحظ المجلس أن موقع هذه المؤسسة كائن فى منطقة محمية يمتن - بحكم القانون - منح أية استثناءات فردية فيها .

وعليه ، إن الاستناد إلى عدم اختصاص مصدر القرار غير منتج (٤٥) .

وفى حكمه بتاريخ ٣٠/٥/١٩٦٢ فى قضية PARMENT (٤٦) TIER ، قضى المجلس بأنه لما كان المحافظ ملزماً برفض طلب بإعلان بطلان قرار مشروع بقوة القانون ، فإن الطعن فى هذا القرار بالإلغاء استناداً إلى عدم اختصاص مصدره يكون غير منتج .

C.E., 21/11/1956. LAZARINI, REC. P. 443. (٤٤)

C.E., 21/6/1957, PICOT, REC, Tables , P. 828. (٤٥)

C.E., 30/5/1962, PARMENTIER. REC. Tables , P. 853. (٤٦)

الفرع الثاني

عيب الشكل أو الإجراء ، سند غير منتج

هذا ما قرره مجلس الدولة بالنسبة للقرارات الإيجابية أو السلبية التي تلتزم الإدارة بإصدارها .

أولاً : التزام الإدارة باتخاذ قرار إيجابي

يفرض المشرع هذا الالتزام على الإدارة في إطار علاقتها بموظفيها وبالأفراد أو الهيئات الخاصة ، وبالتالي فإن الاستناد إلى عيب الشكل أو الإجراء في منازعات متعلقة بأى من هاتين العلاقتين يكون غير منتج .

فبالنسبة لمنازعات الموظفين العموميين ، يشكل حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢٠ في قضية FÉLIX (٤٧) نقطة البداية في قضائه الذي يفسى صراحة وصف سند غير منتج على عدم المشروعية الإجرائية للقرار المطعون فيه .

فقد طعن السيد FÉLIX بالإلغاء في قرار وزير الداخلية بتحديد تاريخاً لرفع اسمه من قوائم العاملين بفرق الأمن التي تقرر - في وقت سابق - حلها ، وكان سند الطعن عدم قانونية تشكيل اللجنة الواجب أخذ رأيها في القرار قبل إصداره .

إلا أن مجلس الدولة لاحظ أن وزير الداخلية ملزم بشطب اسم الطاعن في ميعاد أقصاه ١٩٤٨/٣/٣١ ، وذلك إعمالاً لقرار سبق صدوره في مواجهته ، الأمر الذي يجعل سند الطعن - وهو عيب إجرائي - غير منتج .

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري (٤٨) إلى أبعد من ذلك في

C.E., 20/3/1957, FELIX, REC, P. 181.

(٤٧)

(٤٨) محكمة القضاء الإداري ، ١٩٥٩/٦/٣ ، ق ٨٧٠٦ لسنة ٨ ق ، مجموعة =

حكمتها فى نزاع موضوعه الطعن بالإلغاء فى قرار مجلس الوزراء بقبول استقالة المدعى من الخدمة ، حيث قضت بأن عدم عرض القرار المنبثق عن الاختصاص المقيّد على لجنة عينها القانون ، غير مؤثر فى مشروعيتها .

فقد قررت المحكمة أن « عرض موضوع استقالة المدعى على المجلس الأعلى للبوليس ما كان ليغيّر من النتيجة التى إنتهى إليها مجلس الوزراء بقبول الاستقالة » .

وتبين المحكمة ذلك بقولها إن « الاستقالة - طبقاً للمادتين ١١٠ من قانون موظفى الدولة و٢١ من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٤ بنظام هيئات البوليس - وإن كانت مركزاً قانونياً إلا أنه يغلب عليها اعتبار أنها حق للموظف لا تملك الإدارة حيالها إلا القبول وليس للإدارة رفضها وإن كان لها على ما يؤخذ من النصوص تأخير البت فيها فترة ، وذلك حتى تدبر الإدارة خلفاً للموظف المستقيل مراعاة لصالح العمل أو بسبب اتخاذ إجراءات تأديبية ضد الموظف .

وتخلص المحكمة إلى النتيجة التى رغبت إقرارها حينما أعلنت أن « كل هذا يؤيد القول بأنه على فرض عرض أمر استقالة المدعى على المجلس الأعلى للبوليس فإن المجلس لم يكن له حيالها إلا قبولها ، ومن ثم فغير مؤثر على صحة القرار الصادر من مجلس الوزراء بقبول استقالة المدعى من الخدمة عدم عرضها على المجلس الأعلى للبوليس » .

على أن الأسانيد غير المنتجة ذات الأصل الإجرائى ليست مقصورة على المطاعن المتعلقة باللجان الاستشارية ، وهو ما يتضح من العديد من الأحكام التى أصدرها مجلس الدولة الفرنسى .

= المبادئ، السنة الثالثة عشرة ، قاعدة ٢٠٢ ، ص ٢٠٩ ، وقد سبق للمحكمة وأن أخذت بذات الحل فى حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٦ ، ق ٥١٩ لسنة ٧ق ، مجموعة المبادئ .. ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة ٣٦٥ ، ص ٥٩٥ .

وهكذا ، يقرر مجلس الدولة الفرنسي أن رفع اسم الطاعن من سجلات موظفي الحكومة الفرنسية جاء إعمالاً لاختصاص مقيد يجد مصدره في أمر ١٩٥٩/١/٧ الذي حظرت مادته الرابعة استمرار رعايا الدول الخاضعة لوصاية الدولة الفرنسية من أداء أعمالهم بصفتهم موظفين ، إلا إذا عبروا عن رغبتهم الصريحة - في تاريخ معين - في الحصول على الجنسية الفرنسية .

ولما كان الطاعن لم يستوف هذا الشرط ، فإن احتجاجه بصدور القرار المطعون فيه بناء على إجراءات غير مشروعة يعد سنداً غير منتج (٤٩).

وعن القرار الصادر بإحالة السيد BELLET - الذي كان يشغل وظيفة نائب عمدة بالحي الرابع عشر بباريس - إلى التقاعد لبلوغه السن القانونية ، لاحظ مجلس الدولة أن الحكومة ملزمة - إعمالاً لنص مرسوم ١٩٦٣/٢/٨ - بإنهاء خدمة عمد أحياء باريس عند بلوغ سن ٧٠ عاماً ، ولما كان الطاعن قد بلغ هذا السن في ذات اللحظة التي تقرر فيها إحالته إلى المعاش ، فإن استناده - للطعن في القرار - على صدوره طبقاً لإجراءات غير صحيحة يعد غير منتج (٥٠) .

كما أن الاستناد إلى عدم تمكين صاحب الشأن من الإطلاع على ملف خدمته يعد سنداً غير منتج في خصوص الطعن بالإلغاء في قرار منبثق عن اختصاص مقيد (٥١) .

فضلاً عن ذلك ، إن مجال الأسانيد غير المنتجة ليس مقصوراً على منازعات الموظفين ، فمجلس الدولة يقرر وجودها حينما يطعن أحد الأفراد أو الهيئات الخاصة في قرار بناء على ما يشوبه من عيوب إجرائية .

C.E., 20/11/1961 , EMBARCH, REC., P. 649. (٤٩)

C.E., 18/6/1965, BELLET, REC, P. 370. (٥٠)

C.E., 26/2/1971, ROZE. AJDA, 1971 , 11. J. P. 289 . (٥١)

فقد طبقها فى قضية تتعلق بالانتخابات الطلابية تخلص وقائعها فى التالى (٥٢): فى يومى ٢٦، ٢٧ / ١ / ١٩٧٢ جرت انتخابات - حسب نظام القائمة النسبية - لاختيار ممثلى الطلاب بمجلس إدارة وحدة التعليم والأبحاث لقسم التاريخ بجامعة باريس ، غير أنه فى فترة ما بعد الظهر من يوم ٢٦ / ١ / ١٩٧٢ ، قامت مجموعة من الطلبة المعارضين للانتخابات بالاستيلاء على بطاقات الاقتراع المخصصة لقائمتين من القوائم المرشحة ، ولم يتم إحلال بطاقات اقتراع - باسم هاتين القائمتين - محلها :

بناء على ذلك ، قامت لجنة الرقابة على سلامة العمليات الانتخابية - المنشأة بمرسوم ١٤ / ٣ / ١٩٧٠ بإلغاء نتيجة الانتخابات التى جرت فى يومى ٢٦ و ٢٧ / ١ / ١٩٧٢ .

طعن صاحب الشأن فى هذا القرار استناداً إلى صدوره بناءً على إجراءات لم تراعى فيها قاعدة المواجهة ، إلا أن مجلس الدولة رفض هذا السند - دون بحث موضوعى - بمقولة أنه غير منتج .

فكيف يمكن تفسير هذا الحكم ، لا سيما وأن مجلس الدولة لم يشر إلى أن القرار المطعون فيه منبثق عن اختصاص مقيد ؟

فى الواقع ، إن هذا الحكم لا يمكن فهمه إلا بالرجوع إلى تقرير المفوض THERY حيث يشير صراحة إلى أنه بالنظر لخطورة المخالفة التى شابته عملية الاقتراع ، لم يكن أمام لجنة الرقابة سوى اتخاذ قرار واحد وهو إلغاء الانتخابات ، أى أن اختصاصها كان - فى هذا الشأن - مقيداً (٥٣) .

ومن ثم ، كان متوقعاً - بناء على هذا التقرير - أن يرفض مجلس الدولة السند القائم على عدم احترام مبدأ المواجهة باعتباره غير منتج .

C.E., 5/4/1974, Elections du 2^{eme} Collège des étudiants au Conseil de (٥٢)
l'U.E.R. N° 9 de l'Université de Paris 1 . REC, P. 218, Conclusions
THERY.

(٥٣) التقرير المشار اليه فى الهامش السابق ، ص ٢٢٨ .

وفى دعوى (٥٤) موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار محافظ Hauts de Seine - بتاريخ ١٩٧٥/١/٦ متضمناً إنذار الشركة المركزية للإعلانات بإزالة لوحة الإعلانات الموجودة فى موقع يمتنع - قانوناً - وجودها فيه ، لاحظ مجلس الدولة أن هذا القرار جاء إعمالاً لنص المادة ٥ - من قانون ١٩٤٣/٤/١٢ - التى تحظر تواجد أية إعلانات على عقارات مبنية أو غير مبنية تبعد - بمسافة تقل عن مائة متر - عن الآثار التاريخية أو الطبيعية المسجلة ، أو عن المناطق المحمية ، والتى توجد فى نفس مجال رؤية هذه الآثار والمناطق .

ولما كان المحافظ ملزماً بتطبيق هذا النص - فى نطاق اختصاصه المكانى - فإن الاستناد على أوجه عدم المشروعية - التى شابته القرار المطعون فيه - يكون غير منتج .

ثانياً : التزام الإدارة بإصدار قرار سلبي

عرض على مجلس الدولة الفرنسى العديد من الحالات التى يطعن فيها أصحاب الشأن بالإلغاء فى قرارات سلبية صادرة عن اختصاص مقيد بناء على ما شابها من عيوب شكلية وإجرائية ، فما كان منه إلا أن رفض هذه الأسانيد واصفاً إياها بأنها غير منتجة .

ولعل أول أحكامه فى هذا الشأن هو ذلك الصادر فى قضية شركة « الجريدة » بتاريخ ١٩٦٣/١/٣٠ (٥٥) التى كان موضوعها الطعن فى قرار اللجنة القومية لتوزيع عقارات المؤسسات الصحفية بتاريخ ١٩٥٥/٣/٢٣ الصادر برفض تظلمها فى قرارها بتاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٢ القاضى بتخصيص بعض العقارات المملوكة لها لشركة جريدة الفجر .

C.E., 25/7/1980, Ministre de l'environnement et du cadre de vie C/ (٥٤)
Société centrale d'affichage et de publicité, REC. P. 318 .

C.E., 30/1/1963, Société " Le journal", REC, P. 54. (٥٥)

فقد لاحظ مجلس الدولة أن قرار اللجنة بتاريخ ١٢/٢٢/١٩٥٤ صدر مشروعاً ورتب حقوقاً مكتسبة لصالح شركة جريدة الفجر ، ولذلك ما كان بإمكانها إلا أن ترفض تظلم الشركة الطاعنة وهو ما تحقق فعلاً بقرارها بتاريخ ٢٣/٣/١٩٥٥ .

وعليه إن الاستناد على ما شاب هذا القرار الأخير من عيوب شكلية - للطعن فيه بالإلغاء - غير منتج .

ولقد تأكد مسلك مجلس الدولة في قضية أخرى متعلقة بالراحة الأسبوعية للعاملين بالمشروعات الخاصة (٥٦) .

ذلك أنه - طبقاً لنص المادة ١٧/٢٢١ من القسم التشريعي من تقنين العمل - إذا تم الاتفاق بين نقابات أرباب العمل والعاملين بحرفة معينة أو في إقليم معين على تحديد شروط الراحة الأسبوعية للعاملين ، كان للمحافظ أن يصدر قراره بإغلاق المؤسسات العاملة في هذه الحرفة أو في هذا الإقليم - في وجه الجمهور طيلة فترة الراحة الأسبوعية - شريطة أن يصدر هذا القرار بناء على طلب النقابات المعنية .

فإذا ما أصدر المحافظ هذا القرار ، ما كان له أن يعفى مشروعاً ينطبق عليه من الخضوع لأحكامه ، وهو ما فعله محافظ LOIRET برفض طلب الشركة الطاعنة استثناءها من الالتزام بالعمل به .

وعلى ذلك إن الاحتجاج - للطعن بالإلغاء في هذا القرار - بمخالفة للقواعد الإجرائية والموضوعية المنصوص عليها في المادة ٦/٢٢١ من القسم التشريعي بتقنين العمل ، التي لا محل لأعمالها في إطار المادة ٧/٢٢١ المشار إليها ، يكون غير منتج .

وفي حكمه بتاريخ ٨/٦/١٩٩٠ في قضية السيدة (٥٧) DUMARSKI ، لاحظ مجلس الدولة أن رفض العمدة إعادة الطاعنة

C.E., 14/4/1976, Société anonyme Sumaco-Conforama, REC, P. 200. (٥٦)

C.E., 8/6/1990, DUMARSKI, REC, P. 145.

(٥٧)

- التي سبق وضعها تحت تصرف إدارة البلدية - إلى عملها كمديرة حضانة ، يحتم عليه إصدار قرار بامتداد فترة الوضع تحت التصرف ، وهو ما تم بموجب القرار المؤرخ في ١٩٨٥/٧/٢٥ .
وعلى ذلك إن الاستناد إلى عدم تسبب هذا القرار - للطعن فيه بالإلغاء - غير منتج .

المطلب الثاني

عدم المشروعية الداخلة ، سند غير منتج

لا يبحث مجلس الدولة الأسانيد المتعلقة بعيب السبب أو الانحراف بالسلطة المتعلقة بالقرار المبني على اختصاص مقيد ، اعتباراً بأنها غير مؤثرة على مشروعيتها .

الفرع الأول

عيب السبب ، سند غير منتج

هذا ما قرره المجلس ضمناً في حكمه (٥٨) الصادر في دعوى تخلص وقائعتها في الآتي : طلبت الشركة الطاعنة من وزير إعادة التعمير ترخيصاً بالبناء ، إلا أنه رفض طلبها بتاريخ ١٩٥١/٩/٦ ، مما جعلها تقيم دعوى الإلغاء استناداً إلى أن هذا القرار السلبي بالرفض قائم على تقدير خاطئ للوقائع .

غير أن مجلس الدولة لاحظ أن قرار الترخيص بالبناء مشروط بموافقة مصلحة الآثار ، بحيث تلتزم السلطة المختصة برفض

C.E., 22/2/1957, Société Coopérative de reconstruction de ROUEN et (٥٨) de sa région " Réconstruire", Rec. P. 126.

الترخيص فى حالة اعتراض هذه المصلحة عليه ، وهو ما تحقق فعلاً
بصدور القرار المطعون فيه .

وعلى ذلك ، إن السند القائم على صدور القرار بناء على تقدير غير
صحيح للوقائع لا يمكن الاعتداد به .

فمجلس الدولة - هنا - لم يصف السند صراحة بأنه غير منتج ،
ولكنه رفضه - دون بحث - استناداً إلى مساسه بقرار مبنى على
اختصاص مقيد ، وهى ذات الفكرة التى يضىف - بناء عليها - وصف
غير منتج على سند ما .

وفى حكمه بتاريخ ١٩٥٩/١١/٦ (٥٩) ، قرر المجلس أن الاستناد إلى
سبب خاطئ قانوناً يعتبر - أيضاً - غير منتج ، وكان ذلك فى قضية
موضوعها الطعن بالإلغاء فى قرار محافظ إقليم Belfort بتاريخ
١٩٥٥/١/١٩ الذى قرر بموجبه تعديل قراره بتاريخ ١٩٤٥/٩/٢٤ ،
والإلغاء قراره بتاريخ ١٩٤٦/١/٩ المتعلقين بتنظيم تجميع الألبان من
المنتجين وتوزيعها على محلات بيعها وتصنيعها .

فقد لاحظ مجلس الدولة أن القرارين الأخيرين صدرتا عن سلطة
غير مختصة قانوناً ، ومن ثم فإن المحافظ - بإصداره لقراره المطعون
فيه بإلغاء قرار ١٩٤٦/١/٩ - لا يكون متجاوزاً لحدود سلطاته .

وعليه ، إن النعى عليه صدوره بناء على سبب خاطئ قانوناً ليس
من شأنه - حتى مع التسليم بصحة السند - التأثير على
مشروعيته .

الفرع الثاني

الانحراف بالسلطة . سند غير منتج

يرجع بعض الباحثين (٦٠) ظهور السند غير المنتج - في هذا المجال - إلى بعض الأحكام الصادرة عامي ١٩٣٥ (٦١) ، ١٩٣٧ (٦٢) ، حيث أعلن مجلس الدولة أن الاستناد إلى الانحراف بالسلطة غير مؤثر في مشروعية القرار المطعون فيه .

ولقد أكد مجلس الدولة - لاحقاً - هذا الوصف صراحة ، ولعل أول حكم يشار إليه - في هذا المجال - هو ذلك الذي أصدره في ١٤/١/١٩٥٩ (٦٣) .

فقد طعن في قرار وزير الصحة والسكان - بتاريخ ٤/٨/١٩٥٢ - بمنح السيدة LESCA - BOURDIL ترخيصاً بفتح صيدلية بناء على عيب الانحراف بالسلطة ، إلا أن مجلس الدولة رفض هذا السند واصفاً إياه بأنه غير منتج حيث أنه موجه ضد قرار إداري يلتزم وزير الصحة - طبقاً للقواعد السارية آنذاك - بإصداره .

أيضاً ، اتخذ المجلس ذات الموقف في حكمه بتاريخ ٢٥/١١/١٩٥٩ (٦٤) .

C.E., 6/11/1959. Coopérative laitière de BELFORT. REC. P. 581. (٥٩)

(٦٠) راجع :

L. DIQUAL. La compétence liée, Op. Cit., P. 492; J.-M. AUBY. Les moyens inopérants ..., Op. cit, P. 96; - LABETOULLE et CABANES.

Chronique générale de jurisprudence administrative française . AJDA. 1971. I., Doctrine. P. 278.

C.E., 11/1/1935. GRAS. S. 1935. 111.. P. 102 . (٦١)

C.E., 25/6/1937. De la ROUDIÈRE. S.. 1937. 111. P. 121. Note P.L (٦٢)

C.E., Ministre de la Santé publique et WESTERMAYER. REC. P. 43. (٦٣)

C.E., 25/11/1959. Dame Veuve Frère. REC. P. 622 (٦٤)

فقد طعن أمامه فى قرار المحافظ - بتاريخ ٢٦/٦/١٩٥٥ - بإخلاء أحد العقارات من ساكنيه بناء على الانحراف بالسلطة المتمثل فى تمكين مالك العقار من هدمه وإقامة عقار جديد مما يحقق له أرباحاً مالية .

غير أنه لوحظ أن مجلس الصحة الإقليمي أصدر قراره - المبني على وقائع لم يشكك فيها أحد - بعدم توافر الشروط الصحية للإقامة فى العقار ، مما يترتب عليه - طبقاً للقواعد السارية - التزام المحافظ بإصدار قرار بمنع الإقامة فيه نهائياً وإخلائه مما به من سكان .

وعليه - ينتهى مجلس الدولة - إن الاحتجاج بالانحراف بالسلطة للطعن فى القرار بالإلغاء يكون غير منتج .

ثم تتابعت - بعد ذلك - الأحكام فى ذات الاتجاه ، بغض النظر عن مجال تدخل القرارات النابعة عن اختصاص مقيد .

ففى حكمه بتاريخ ٣/١١/١٩٦١ فى قضية SMATI^(٦٥) حيث طعن صاحب الشأن فى قرار إحالته إلى التقاعد لكونه مشوباً بالانحراف بالسلطة ، أشار مجلس الدولة إلى أنه لما كان الطاعن قد بلغ سن الإحالة إلى المعاش فى ١/١٢/١٩٥٧ ، فإن الإدارة تكون ملزمة - طبقاً للقواعد السارية - بإصدار القرار المطعون فيه ، ومن ثم يكون الاستناد إلى عيب الانحراف بالسلطة - لطلب إلغائه - غير منتج .

وهو ذات الموقف الذى تبناه فى حكمه بتاريخ ١٨/٦/١٩٦٥ فى قضية موضوعها الطعن فى قرار إحالة نائب عمدة أحد أحياء باريس إلى التقاعد بناء على الانحراف بالسلطة^(٦٦) .

وفى مجال الإدارة المحلية ، لاحظ القاضى الإدارى أنه لما كان قرار المجلس البلدى بزيادة عدد نواب العمدة قد تجاوز الحد الأقصى المسموح به - وفقاً للقواعد السارية - فإن المحافظ ملزم بإعلان بطلان هذا القرار

C.E., 3/11/1961. SMATI, REC. P. 611.

(٦٥)

C.E., 18/6/1965. BELLET, REC. P. 370.

(٦٦)

بقوة التقانون ، وعليه يجب الانحراف بالسلطة المستند إليه للطعن فيه لا يمكن - على أية حال - قبوله (٦٧) .

وفي حكم آخر يعلن المجلس (٦٨) أنه لما كان نائب العمدة ، هو الذى أصدر قرار الترخيص بالبناء - دون أن يكون مفوضاً فى ذلك من صاحب الاختصاص الأصيل وهو العمدة - فإن هذا الأخير ملزم بسحب القرار قبل إنتهاء ميعاد الطعن بالإلغاء ، وهو ما قام به فعلاً .

وعليه ، إن الإستناد إلى عيب الانحراف بالسلطة - للطعن فى القرار الساحب بالإلغاء - غير منتج .

وفى نطاق تنظيم المدن ، يقرر المجلس أن عدم توافر الشروط القانونية فى المنشأ المطلوب الترخيص بإقامته ، يحتم على العمدة إصدار قراره برفض طلب الترخيص ، ويكون الاستناد على الانحراف بالسلطة - للطعن فيه - غير منتج (٦٩) .

أيضاً ، يقرر المجلس - فى ٢٣ / ٥ / ١٩٨٠ - أن عدم التقيد بشروط الترخيص عند إنشاء المنشأ المرخص به يحتم على السلطة المختصة رفض طلب صاحب الشأن منحه شهادة مطابقة ، وبالتالى ، يكون الاحتجاج بعيب الانحراف بالسلطة - للطعن بالإلغاء فى القرار السلبى بالرفض - غير منتج (٧٠) .

أخيراً ، يلاحظ أن مجلس الدولة يصف السند القائم على الانحراف بالسلطة بأنه غير منتج إذا كان القصد من إثارته الطعن فى مشروعية قرار كاشف ، كالقرار الصادر بتعيين حدود المال العام الطبيعى - وبصفة خاصة - النهري (٧١) .

C.E., 3/1/1962, Ville d'Aix-en-Provence, MOURET et autres, REC, (٦٧) Tables, P. 852 .

C.E., 12/5/1976, GILLET, RDP., P. 229. (٦٨)

C.E., 14/11/1962, WETTEL, REC, Tables , P. 229. (٦٩)

C.E., 23/5/1980, NIVAULT, RDP., 1980, P. 792 . (٧٠)

C.E., 19/3/1980, DELMAS et SIMBILLE, D.A., 19^{eme} anné, Avril (٧١)

1980, N° 136.

خاتمة

الآن ، وقد شارقت هذه الدراسة على بلوغ نهايتها ، حان وقت الإشارة - فى عجلة - إلى بعض من النتائج التى كشفت عنها .

بداية ، يجدر القول أنه وإن كان مجلس الدولة المصرى لا يستخدم صراحة - وعلى العكس من نظيره الفرنسى - عبارة السند غير المنتج ، إلا أن ذلك لا يعنى أن فكرتها غير معروفة لديه ؛ فقد كرستها ضمناً - ولكن بطريقة لا ينقصها الوضوح - أحكام عديدة أصدرتها محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا .

ومع ذلك ، يظن الباحث - حرصاً على ضبط المصطلحات بما يمتنع معه الخلط بين الأفكار المختلفة - أن من المحبذ أن يستخدم مجلس الدولة المصرى عبارة سند غير منتج فى كل مرة تثار فيها - أمامه - حجة غير مؤثرة فى حل النزاع ؛ لاسيما وأن عبارة « غير منتج » ليست غريبة عن اللغة القانونية فى مصر حيث درجت محكمة النقص على استخدامها صراحة فى أحكامها (١) .

(١) راجع على سبيل المثال : محكمة النقص ، ١٩٧٩/٣/٣١ ، طعن رقم ٤١ لسنة ٤٥ ق ، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة ٣٠ ، القاهرة ، مطبعة دار القضاء العالى ، ١٩٨٠ ، قاعدة ١٨٥ ، ص ٩٩٧ ؛ - ١٩٨١/٤/١ طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة ٢٢ ، القاهرة ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، ١٩٨٣ ، قاعدة ١٨٩ ، ص ١٠٢٣ ؛ - ١٩٨٢/١٢/٥ ، طعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق ، المرجع السابق ، السنة ٢٣ ، الجزء الثانى ، ١٩٨٦ ، قاعدة ٢٠٢ ، ص ١١١٦ .

وأنظر فى الموضوع بصفة عامة : - الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩ ، بند ٩٧ وما بعده ، ص ٢٤٨ وما بعدها ؛ - الدكتور فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٥ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش .

وإذا كان القضاء الإدارى الفرنسى ونظيره المصرى قد اتفقا على تكريس نظرية الأسانيد غير المنتجة ، إلا أن ثمة خلافاً بينهما - لا ينبغى إغفال الإشارة إليه - ينصب على مجالات تطبيقها ؛ إذ أن هذه المجالات أكثر تنوعاً واتساعاً فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى عنها فى أحكام نظيره المصرى .

ولعل هذا الخلاف راجع إلى سببين :

الأول - ذو طابع فنى - يتمثل فى حداثة عهد القضاء الإدارى المصرى - مقارنةً بنظيره الفرنسى - بصفته الجهة صاحبة الاختصاص انعام بنظر المنازعات الادارية ؛ إذ أن هذا المبدأ لم يتقرر إلا بصدر دستور ١٩٧١ .

الآخر - ولعله السبب الأهم - ذو طابع سياسى يخلص فى ارتفاع وعى الأشخاص - فى فرنسا عنه فى مصر - بحقوقهم وحررياتهم ؛ مما يجعلهم لا يفوتون فرصة الدفاع عنها أمام القضاء الإدارى - فى كل مرة يرون فى تصرف الإدارة مساساً بها - محتمين فى ذلك بكل الأسانيد التى يرونها صالحة لتغليب وجهة نظرهم .

غير أنه لا يوجد - من الناحية القانونية - مانع يحول دون إقرار القضاء الإدارى المصرى لذات التطبيقات الفرنسية - طالما أن ثمة تماثلاً فى الأسانيد المثارة - باستثناء حالة واحدة فقط وهى تلك المتعلقة بالأسانيد الدستورية المتعارضة مع القانون ؛ حيث أن المحاكم المصرية أياً كانت الجهة القضائية التابعة لها - وعلى النقيض من المحاكم الفرنسية - ملزمة بالتعرض لها والرد عليها .

فالأسانيد غير المنتجة - وهذه هى النتيجة الثانية التى كشفت عنها الدراسة - تتميز بعدم جدوى بحث القاضى لها والرد عليها فى حكمه ؛ حيث أن هذا البحث وذاك الرد لن يحققا - فى كل الأحوال - أية فائدة لمثير هذه الأسانيد .

فما جدوى بحث سند قائم على مخالفة القرار المطعون فيه بالإلغاء لقاعدة يخرج هذا القرار عن مجال تطبيقها ، أو كانت غير موجودة أو

غير نافذة؟ أو تضمن الاحتجاج بقرارات أو بوقائع لا علاقة لها بموضوع النزاع؟

وما وجه فائدة الطاعن من بحث القاضى لسند مبنى على مخالفة القرار المطعون فيه لنص لائعى ، فى حين أن هذا النص الأخير متعارض مع القانون؟

أيضاً ، إن إعراض القاضى عن التعرض للأسانيد القائمة على عدم مشروعية القرار المنبثق عن اختصاص إدارى مقيد ، يجد تفسيره فى عدم جدوى بحثه والرد عليه بالنسبة للطاعن .

إذ ماذا يستفيد الطاعن من إلغاء قرار لعيب فى الاختصاص أو فى الإجراء أو للانحراف بالسلطة تلتزم الإدارة بإصداره فى اليوم التالى ، وفى ذات الاتجاه؟ (٢) .

من هنا ، صح القول بأن الأسانيد غير المنتجة - التى لا يضيع وقت القاضى فى بحثها والرد عليها - تسهم فى زيادة فعالية العمل القضائى وترشيده (٣) ؛ مما يفسر اتساع مجالات تطبيقها بعد أن أخذ بها - صراحة - المجلس الدستورى الفرنسى (٤) ، وأقرتها ضمناً ولكن بطريقة لا ينقصها الوضوح - وهو ذات المسلك الذى سار عليه مجلس

(٢) راجع :

M. LE TOURNEUR, L'étendue du Contrôle du juge de l'excès de pouvoir , Op. Cit., P. 53; - R. CHAPUS, Droit du Contentieux ..., Op. Cit., N° 706, P. 465; - Ch. DEBBASCH et J. Cl. RICCI, Contentieux administratif , Op. Cit.. N° 842, P. 588.

J.- M. Auby, Les moyens inopérants ..., Op. Cit.. P. 12. (٣)

(٤) راجع على سبيل المثال :

C.C., 83-162 DC, 19 et 20/7/1983, R.J.C., 1959 - 1993, Paris. Litec, 1994, P. 160, 31^{eme} Considérants; - C.C., 86-217 DC., 18/9/1986, Ibidem, P. 292, 79^{eme} Considérants .

الدولة المصرى - المحكمة الدستورية العليا فى مصر (٥) .

أخيراً ، تسمح هذه الدراسة بوضع علاقة الأسانيد غير المنتجة بمبدأ المشروعية فى وضعها الصحيح .

ذلك أن غالبية الأسانيد غير المنتجة لا تتعارض - مطلقاً - مع مبدأ المشروعية ، لكونها أسانيد غير صحيحة Moyens non fondés - كأسانيد المنفصلة عن موضوع النزاع أو القائمة على الاحتجاج بقواعد غير موجودة أو غير نافذة ، أو خارج مجال تطبيقها ، أو كانت متعارضة مع القانون - أو أسانيد لا مصلحة للطاعن فى إثارتها حيث أن استجابة القاضى لها - على فرض حدوثها - لن تأتى له بأى نفع ؛ حيث أن ثمة أسباباً - متعلقة بشخص الطاعن أو أجنبية عنه - تحول دون ذلك .

ومن ثم ، فإن موقف القاضى الإدارى الراض لها دون بحث من جانبه لا يشكل - بأى حال - تغطية منه لمخالفة الإدارة للقانون .

ولكن ماذا عن الأسانيد غير المنتجة المتمثلة فى الاحتجاج بعدم مشروعية قرار منبثق عن الاختصاص المقيّد ، والتي يرفضها القاضى دون رد حتى وإن كانت صحيحة ؟

يرى البعض (٦) أن اغفال القاضى الرد على هذه الأسانيد - مع

(٥) أنظر على سبيل المثال : - المحكمة الدستورية العليا ، ١٦/٥/١٩٩٢ ، قضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ ق « دستورية » ، مجموعة الأحكام ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، قاعدة رقم ٤/٣٦ ، ص ٣٣٨ - : ١٥/٥/١٩٩٣ ، قضية رقم ٢ لسنة ١٢ ق « دستورية » ، مجموعة الأحكام ، الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة رقم ٣/٢٥ ، ص ٢٩٨ .

(٦) راجع :

LE TOURNEUR, L'étendue du Contrôle du juge ..., Op. Cit., P. 53 :-
AUBY, Les moyens inopérants ..., Op. Cit., P. 13; - D. CHABANOL,
Contrôle de légalité et liberté de l'administration , AJDA, 1984. Pp. 15 et
ss.

افتراض كونها صحيحة - يتضمن تصريحاً للإدارة بارتكاب مخالفة قانونية قد تكون جسيمة دون جزاء متمثل في إلغاء القرارات المعيبة ، ولذلك كان ضرورياً - وفقاً لهذه الوجة من النظر - الغاء هذه الأخيرة حتى تكون الإدارة حريصة - وبدقة - على احترام القانون .

ومع ذلك ، يلزم التنبيه إلى أن الأسانيد غير المنتجة ليست هي الأسلوب الوحيد - ذا الأصل القضائي - الذى من شأنه تغطيه عدم مشروعية قرار إدارى .

فهناك نظرية إحلال الأسباب (٧) التى تجيز للقاضى تغطية عدم مشروعية القرار المتمثل فى عيب السبب ، ونظرية تعدد غايات القرار (٨) التى تجعل الطعن فى القرار - بناء على الانحراف بالسلطة - غير نذى موضوع وذلك إذا كان قصد واضعه تحقيق غرض مشروع بجانب الهدف غير المشروع الذى بنى عليه الطعن بالإلغاء .

(٧) راجع على سبيل المثال - فى هذه النظرية :

- KORNPROBST, La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir , Op. Cit., PP. 291 et ss; - J.- M. AUBY et R. DRAGO, Traité des recours en matière administrative , Op. Cit, N° 330, PP. 488 et ss.

الدكتور محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب فى القرار الإدارى ودعوى الإلغاء ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ ، ص ٨٣ وما بعدها ، ص ١٨٩ وما بعدها ؛ - الدكتور سامى جمال الدين ، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة...، المرجع السابق ، ص ١٦١ وما بعدها ، - الدكتور ثروت عبد العال أحمد ، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة أسيوط ، ١٩٩١ - ١٩٩٢ ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

J.- M. AUBY et R. DRAGO, Traité des recours , ... Op. Cit. N° 360. (٨) PP. 532 et ss.

الدكتور عبد الفتاح حسن ، قضاء الإلغاء ، المنصورة ، مكتبة الجلاء الحديثة ، ١٩٨٢ ، ص ٣٠٧ .

فالأسانيد غير المنتجة لا تمثل - والحالة هذه - أمراً شاملاً في أحكام القضاء الإداري ، الذي يحرص - رغبة منه في تخفيف الآثار المترتبة على تطبيقها في مجال الاختصاص المقيد - على عدم الأخذ بها - في حالتين (٩) :

تتمثل الحالة الأولى في كون القرار المطعون فيه صادراً بناء على تقدير للوقائع لا يسلم به الطاعن ، كأن تقوم سلطة غير مختصة بإصدار قرار سلبي برفض طلبه الاستعانة بالسلطة العامة لتنفيذ حكم قضائي صدر لصالحه ، محتجة في ذلك بما يسببه اللجوء إلى القوة من اضطرابات للنظام العام .

فإذا قام صاحب الشأن - انطلاقاً من عدم تسليمه بالتقدير الذي أجرته الإدارة للوقائع - بالطعن في هذا القرار السلبي لصدوره عن سلطة غير مختصة ، كان طعنه قائماً على سند منتج يتعين على القاضي بحته والرد عليه في حكمه (١٠) .

أيضاً ، اعتبر المجلس السند القائم على عدم اختصاص مصدر القرار سنداً منتجاً في الحالة التي لم يعرض فيها ملف الطاعن على لجنة معينة أوجب القانون عرضه عليها باعتبار أن فحصها له بشكل ضمانه له لا يمكن حرمانه منها (١١) .

(٩) يرجع الفضل في اقتراح هاتين الحالتين إلى المفوض GULDNER في تقريره في قضية BRISSAUD أنظر :

GUILDNER, Conclusions sur C.E., 7/6/1957, BRISSAUD, REC., PP. 386 et ss.

C.E., 17/3/1972. DURAND, AJDA, 1971, 11., J., P. 303. (١٠)

راجع في التعليق على هذا الحكم :

LABETOULLE et CABANES, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA, 1971 , 1. Doctrine , PP. 276 et ss.

(١١) أنظر :

C.E., 19/3/1971, JACQUEMIN, REC., P. 234. =

أما الحالة الأخرى فتتحقق حينما يكون من مصلحة الطاعن تأخير تنفيذ القرار المطعون فيه والذي لم يلزم القانون الإدارة بإعماله في أجل محدد ، ولعل أظهر أمثله ذلك القرار الصادر بإنهاء الخدمة لسبب آخر غير بلوغ سن الإحالة إلى المعاش (١٢) .

ذلك أنه في حالة كون السند صحيحاً ، فإن إلغاء القرار يرتب استمرار الطاعن في الاستفادة من مركزه القانوني لحين صدور القرار الجديد - القاضي بإنهاء خدمته - خالياً من العيوب التي شابته القرار الأول والتي كانت السبب في إلغاءه .

وهكذا ، إذا كان للأسانيد غير المنتجة دورها - غير المنكور - في فعالية العمل القضائي وترشيده ، فإن هذا الدور - الذي يرسم حدوده ويوضح معالمه القضاء الإداري - لا يتعارض مع مبدأ المشروعية .

تم بحمد الله تعالى وبتوقيقه

= C.E., 9/4/1986, FAUGEROUX, REC, P. 764.

(١٢) راجع :

C.E. 9/10/1981, BEHEREC, REC, P. 358.

المراجع

أولاً : باللغة العربية :

١ - المؤلفات العامة والمتخصصة والمقالات :

- الدكتور أحمد أبو الوفا :

نظرية الدفع في قانون المرافعات ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة الثامنة ، ١٩٨٨

نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩ .

- الدكتور ثروت عبد العال أحمد :

الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة أسيوط ، ١٩٩١ - ١٩٩٢ .

- الدكتور رمزي سيف :

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، قانون المرافعات الجديد والإثبات رقم ١٣ ، ١٥ لسنة ١٩٦٨ ، الجزء الأول ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ .

- الدكتور رمزي طه الشاعر :

تدرج البطلان في القرارات الإدارية ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، مطبعة جامعة عين شمس ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٨ .

- الدكتور سامي جمال الدين :

قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .

- الدكتور سليمان الطماوي :

القضاء الإداري ، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام ، «دراسة مقارنة» القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ .

- الدكتور عبد الفتاح حسن :

قضاء الإلغاء ، المنصورة ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٨٢ .

- الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب :

المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية فى القانون الإدارى ،

بيروت ، الدار الجامعية ، المكتبة القانونية ، ١٩٩٢ .

- الدكتور محمد حسنين عبد العال :

فكرة السبب فى القرار الإدارى ودعوى الإلغاء ، القاهرة ، دار

النهضة العربية ، ١٩٧١ .

- الدكتور مصطفى كمال وصفى :

انعدام القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة السابعة ،

١٩٥٧ .

٢- الأحكام القضائية :

أ- محكمة القضاء الإدارى :

- ٢٤/١١/١٩٤٨ ، قضية رقم ١٤٤ لسنة ١ قضائية ، مجموعة

مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى ، السنة الثالثة ، قاعدة

رقم ١٧ ، ص ٨ .

- ٢٨/٤/١٩٤٩ ، قضية رقم ٦٤٥ لسنة ٢ قضائية ، مجموعة

مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى ، السنة الثالثة ، قاعدة

رقم ١٨٥ ، ص ٦٧٤ .

- ١٢/٥/١٩٤٩ ، قضية رقم ٣٤١ لسنة ٢ قضائية ، مجموعة

مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى ، السنة الثانية ، قاعدة

رقم ٢٠٣ ، ص ٧٣٨ .

- ٧/٦/١٩٤٩ ، قضية رقم ٣٤٠ لسنة ٢ قضائية ، مجموعة

مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى ، السنة الثالثة ، قاعدة

رقم ٢٥٢ ، ص ٩٢٤ .

- ٢٠٧/١٩٥٠ ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري . السنة الرابعة . قاعدة رقم ٩٣ . ص ٣٣٨
- ٢٢/٣/١٩٥١ ، قضية رقم ٦١٥٩ لسنة ٤ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الخامسة . قاعدة رقم ١٨٢ ، ص ٧٧٦ .
- ٩/١٠/١٩٥١ ، قضية رقم ٢٦٦ لسنة ٤ قضائية . مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة السادسة ، قاعدة رقم ١ ، ص ١ .
- ٢٠/٥/١٩٥٢ ، قضية رقم ٥٤١ لسنة ٥ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة السادسة ، الجزء الثاني ، ص ١٥٩٣ .
- ٣٠/٣/١٩٥٣ ، قضية رقم ١٥٣٠ لسنة ٥ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة السابعة ، قاعدة رقم ٤٦٠ ، ص ٧٥٩ .
- ٢٣/٦/١٩٥٣ ، قضية رقم ١٢٢٤ لسنة ٥ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة السابعة ، قاعدة رقم ٨٣٤ ، ص ١٦٩٨ .
- ٢٥/٦/١٩٥٣ ، قضية رقم ١٧٠١ لسنة ٢ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة السابعة ، قاعدة رقم ٨٨٢ ، ص ١٨٢٠ .
- ٢٥/٢/١٩٥٤ ، قضية رقم ١١٣٩ لسنة ٥ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الثامنة ، قاعدة رقم ٣٩٤ ، ص ٧٧٤ .
- ٥/٤/١٩٥٤ ، قضية رقم ٢٤٠ لسنة ٧ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الثامنة ، قاعدة رقم ٥٩٤ ، ص ١١٥٩ .

- ١٨/٥/١٩٥٤ ، قضية رقم ١٤٤٨ لسنة ٧ قضائية ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، السنة الثامنة ، قاعدة رقم ٧٥٢ ، ص ١٤٥٦ .
- ٢٤/١١/١٩٥٤ ، قضية رقم ٤٨٥ لسنة ٦ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة التاسعة ، قاعدة رقم ٤٩ ، ص ٥٥ .
- ٤/١/١٩٥٥ ، قضية رقم ٢٧٠ لسنة ٧ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة التاسعة ، قاعدة رقم ١٦٨ ، ص ٢١٠ .
- ٨/١٢/١٩٥٥ ، قضية رقم ٣٣٧٤ لسنة ٧ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة العاشرة ، قاعدة رقم ٩٣ ، ص ٧٩ .
- ٢٦/٦/١٩٥٦ ، قضية رقم ٥٨٧ لسنة ١٠ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة العاشرة ، قاعدة رقم ٣٧٣ ، ص ٣٨٥ .
- ١٦/١٠/١٩٥٦ ، قضية رقم ٥٠٦ لسنة ٩ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ٢ ، ص ٤ .
- ١٢/١١/١٩٥٦ ، قضية رقم ٢٠١٩ لسنة ٩ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ١٤ ، ص ١٨ .
- ٩/٥/١٩٥٧ ، قضية رقم ١٦١٠ لسنة ٥ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ٢٨٨ ، ص ٤٣٦ .
- ٤/٦/١٩٥٧ ، قضية رقم ١٩١٢ لسنة ١٠ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ٣٢٥ ، ص ٥٣٥ .

- ١٩٥٧/٦/٢٦ ، قضية رقم ٥١٩ لسنة ٧ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ٣٦٥ ، ص ٥٩٥ .
- ١٩٥٩/٦/٣ ، قضية رقم ٨٧٠٦ لسنة ٨ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى ، السنة الثالثة عشرة ، قاعدة رقم ٢٠٢ ، ص ٢٠٩ .
- ١٩٦٢/٤/٩ ، قضية رقم ١٩٠٠ لسنة ٩ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى فى خمس سنوات من أول أكتوبر ١٩٦١ الى ٣٠ سبتمبر ١٩٦٩ ، القاهرة ، المكتب الفنى ، قاعدة ٣٥ ، ص ٦٨ .
- ١٩٥٦/١٢/٢٣ ، قضية رقم ٧٦٢ لسنة ١٣ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى فى خمس سنوات ، قاعدة رقم ٣٤٩ ، ص ٦٦٦ .
- ١٩٦٧/١١/١٣ ، قضية رقم ٩٦٢ لسنة ١٧ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى فى ثلاث سنوات من أول أكتوبر سنة ١٩٦٦ الى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٩ ، القاهرة ، المكتب الفنى ، قاعدة رقم ١٢١ ، ص ٢٠٠ .
- ١٩٦٩/١/١٦ ، قضية رقم ٦٢٦٣ لسنة ١٩ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى فى ثلاث سنوات ، قاعدة رقم ٢٧٧ ، ص ٤٩٠ .
- ١٩٦٩/١٢/١٥ ، الطعن رقم ٧٠١ و ٩٥٦ للسنة ١ استئنافية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإدارى ، أ- السنة الأولى للدوائر الاستئنافية ، ب- السنة الرابعة والعشرون للدوائر العادية ، القاهرة ، المكتب الفنى ، قاعدة رقم ٣ ، ص ١٤ .

ب- المحكمة الإدارية العليا :

- ١٢/٦/١٩٦٦ ، قضية رقم ١٠٩٣ لسنة ٨ قضائية ،
مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ،
القاهرة ، المكتب الفنى ، السنة الحادية عشرة ، قاعدة رقم ٨٨ ،
ص ٢٦٣ .
- ٢٤/١٢/١٩٦٦ ، قضية رقم ١٣١ لسنة ٩ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، القاهرة ،
المكتب الفنى ، السنة الثانية عشرة ، العدد الأول ، قاعدة رقم
٤٤ ، ص ٤٥٩ .
- ١٩/٤/١٩٦٩ ، قضية رقم ٩٢٤ لسنة ١٢ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة
الرابعة عشرة ، العدد الثانى ، قاعدة رقم ٨١ ، ص ٦٢٠ .
- ٢/٦/١٩٦٩ ، قضية رقم ١٤٦١ لسنة ١٠ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة
الرابعة عشرة ، قاعدة رقم ١٠٠ ، ص ٧٥٤ .
- ٦/١٢/١٩٧٠ ، قضية رقم ١٣١٥ لسنة ١٣ قضائية ،
مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ،
السنة السادسة عشرة ، العدد الأول ، قاعدة رقم ٨ ، ص ٤٩ .
- ٢٦/١/١٩٧٤ ، قضية رقم ٢٣١ لسنة ٦ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة
التاسعة عشرة ، قاعدة رقم ٤٩ ، ص ١٠٣ .
- ٢٤/٢/١٩٧٤ ، قضية رقم ٢٨٩ لسنة ١٦ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة
التاسعة عشرة ، قاعدة رقم ٧٦ ، ص ١٨٠ .
- ١٥/٢/١٩٧٥ ، قضية رقم ٧٢٩ لسنة ١٧ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة
العشرون ، قاعدة رقم ٦٦ ، ص ٢٠٤ .
- ٢٢/٥/١٩٧٧ ، قضية رقم ٧١٩ لسنة ١٨ قضائية و ٧٦٠
لسنة ١٩ قضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها

المحكمة الادارية العليا فى خمسة عشرة عاماً ، ١٩٦٥ - ١٩٨٠ ،
الجزء الرابع ، م - ى ، ص ٣٦٩٨ .

- ١٩٧٨/٥/٧ ، قضية رقم ٣٣ لسنة ١٨ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمسة
عشر عاماً ، الجزء الرابع ، م - ى ، ص ٣٨٤١ .

- ١٩٧٨/١٢/٩ ، قضية رقم ٢٣٤ لسنة ٢١ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمسة
عشر عاماً ، الجزء الثانى ، ص ١٤٣١ .

- ١٩٧٩/٣/٢٥ ، قضية رقم ٣٦٧ لسنة ٢٠ قضائية ، مجموعة
المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة
الرابعة والعشرون ، قاعدة رقم ٩٠ .

ج- المحكمة الدستورية العليا :

- ١٩٩٢/٥/١٦ ، قضية رقم ٨٩ لسنة ١ قضائية « دستورية » ،
الجزء الخامس ، المجلد الأول ، الأحكام التى أصدرتها المحكمة
من أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢ ، قاعدة رقم ٣٦ ،
ص ٣٣٨ .

- ١٩٩٣/٢/٦ ، قضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية « دستورية » ،
الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، الأحكام التى أصدرتها المحكمة
من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣ ، قاعدة رقم ١٣ ،
ص ١٥٠ .

- ١٩٩٣/٤/٣ ، قضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية « دستورية » ،
الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة رقم ٢١ ، ص ٢٤١ .

- ١٩٩٣/٥/١٥ ، قضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية « دستورية » ،
الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة رقم ٢٥ ، ص ٢٩٨ .

- ١٩٩٣/٥/١٥ ، قضية رقم ١٥ لسنة ١٤ قضائية « دستورية » ،
الجزء الخامس ، المجلد الثانى ، قاعدة رقم ٢٧ ، ص ٣١٥ .

د- محكمة النقض :

- ١٩٧٩/٣/٣١ ، طعن رقم ٤١ لسنة ٤٥ قضائية ، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة الثلاثون ، القاهرة ، مطبعة دار القضاء العالى ، ١٩٨٠ ، قاعدة رقم ١٨٥ ، ص ٩٩٧ .

- ١٩٨١/٤/١ ، طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٣ قضائية ، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة الثانية والثلاثون ، القاهرة ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، ١٩٨٣ ، قاعدة رقم ١٨٩ ، ص ١٠٢٣ .

- ١٩٨٢/١٢/٥ ، طعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ قضائية ، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية ، السنة الثالثة والثلاثون ، الجزء الثانى ، ١٩٨٦ ، قاعدة ٢٠٢ ، ص ١١١٦ .

(1) *TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX :*

AUBY (Jean-Marie) Et DRAGO (ROLAND) :

Traité de Contentieux administratif, 2.T.,
Paris, L.G.D.J., 3 eme éd., 1984.

---- : Traité des recours en matière administra-
tive, Paris, Litec, 1992 .

BENOIT (Francis-Paul) :

Le droit administratif français, Paris , Dal-
loz , 1968.

BRAIBANT (GUY) :

Le droit administratif français, Paris,
PFNSP, et Dalloz, 1984 .

CHAPUS (René) :

Droit du Contentieux administratif, Paris,
Montchrestien, 1^{ere} éd., 1982 .

---- : Droit du Contentieux administratif , Paris,
Montchrestien , Domat Droit Public , 2^{eme}
éd., 1990 .

---- : Droit administratif général ,Paris, Mont-
chrestien, Précis Domat, 1985.

DEBASCH (Charles) :

Contentieux administratif, Paris, Dalloz,
3^{eme} éd., 1981 .

DEBBASCH (Charles) et RICCI (Jean-Claude) :

Contentieux administratif, Paris, Dalloz,
6^{eme} éd, 1994 .

GILLI(J.-P.), CHARLES (H.) et LANVERSIN(J.de) :

Les grands arrêts du droit de l'urbanisme,
Paris , Sirey, Collection Droit Public, 3^{eme}
éd., 1989 .

**LAUBADÈRE (André de), VENEZIA (Jean-Claude)
et GAUDMET (Yves) :**

Traité de droit administratif , T.1, Paris ,
LGDJ, 1988 .

**LONG (M.) EIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLLÉ (P.)
et GENEVOIS (B.) :**

Les grands arrêts de la jurisprudence ad-
ministrative , Paris , Sirey, 9^{eme} éd., 1990.

Mélanges offerts à Marcel WALINE :

Le juge et le droit public, T.2, Paris, LGDJ,
1974.

ODENT (Raymond) :

Contentieux administratif, 6 Fasc., Par-
is, Les Cours de Droit , 6^{eme} éd., 1976-
1981.

PACTEAU (Bernard) :

Contentieux administratif, Paris, PUF, Col-
lection Droit fondamental , 1^{ere} éd., 1985.

Répertoire de droit public et administratif :

T.2, Etablissements de bienfaisance privés
- Voirie ,Paris , Dalloz , 1959.

Répetroire de Contentieux administratif :

Paris , Dalloz .

VEDEL (Georges) et DELVOLVÉ (Pierre) :

Droit administratif. 2. T., Paris , PUF, Thé-
mis Droit Public , 12^{eme} éd., 1992 .

(2) OUVRAGES SPÉCIALISÉS ET THÈSES :

BECET (Jean- Marie) :

La responsabilité de l'Etat pour les dom-
mages causés par l'Armée aux particuliers .
Paris , LGDJ. 1969 .

CRUCIS (Henry- Michel) :

Les Combinaisons de normes dans la juris-
prudence administrative française, Contri-
bution à l'étude du pouvoir normatif du
juge de l'excès de pouvoir , Paris , LGDJ.
1991 .

DEBBASCH (Charles) :

Procédure administrative contentieuse et
procédure civile , Paris , LGDJ, 1962 .

DI QUAL (Lino) :

La Compétence liée , Paris , LGDJ, 1964 .

DRAGO (Guillaume) :

L'exécution des décisions du Conseil Con-
stitutionnel , L'effectivité du Contrôle de
Constitutionnalité des lois , Paris , Eco-
nomica , 1991 .

GAUDEMET (Yves) :

Les méthodes du juge administratif , Paris, LGDJ, 1972 .

HOSTIOU (René) :

Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français , Paris , LGDJ, 1975 .

JACQUEMART (Denis) :

Le Conseil d'Etat Juge de Cassation , Paris, LGDJ, 1957 .

KORNPROBST (Bruno) :

La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir , Paris , LGDJ, 1959 .

MASSOT (Jean) et FOUQUET (Olivier) :

Le Conseil d'Etat juge de Cassation , Paris, Berger-Levrault, L'administration nouvelle, 1993 .

PACTEAU (Bernard) :

Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif , Travaux et recherches de la Facultés de Droit et de sciences Politique de l'université de CLERMONT. 1., 1977 .

PY (Pierre) :

Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux , Paris , LGDJ, 1976.

(3) *ARTICLES* :

AUBY (Jean-Marie) :

Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative , AJDA . 1966 . 1 .
Doctrines , PP. 5 et ss.

BOCKEL (Alain) :

Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration , AJDA .
1978, Doctrines, PP. 355 et ss.

BROUSSELE (Denis) :

Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel , RDP., 1985 . Chroniques
Constitutionnelles , PP. 751 et ss.

CHABANOL (Daniel) :

Contrôle de légalité et liberté de l'administration , AJDA, 1984 . Doctrines .
Pp. 14 et ss .

DRAGO (Roland) :

Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir , EDCE , 1960, PP.
27 et ss.

FOURNIER (Jacques) et BRAIBANT (GUY) :

Recours pour excès de pouvoir , In Répertoires de droit public et administratif ,
T.11, Etablissement de bienfaisance privés
- Voirie , Paris , D., 1959.

KORNPROBST (Bruno) :

La Compétence liée, RDP., 1961 , PP. 935 et ss.

LAUBADÈRE (André de) :

Le Contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français , In Mélanges offerts à Marcel WALINE , T. 11, Paris , LGDJ, 1974 , PP. 531 et ss.

LE TOURNEUR (M.) :

L'étendue du Contrôle du juge de l'excès de pouvoir , EDCE , 1963 , PP. 51 et ss.

MESCHERIAKOFF (A.-S.) :

La Compétence liée permet -elle à l'administration de violer la loi ? Réponse à une étude récente intitulée "Contrôle de légalité et liberté de l'administration " , R.A., 1984, Législation et jurisprudence, PP. 575 et ss.

MESTRE (Aschille) :

Recours Pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation) , In Répertoire de Contentieux administratif, Paris , Dalloz) T.3., 1996 .

PASBECQ (Chantal) :

De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RDP., 1980 , PP. 803 et ss.

TIMSIT (Gérard) :

Compétence liée et principale de légalité .
D., 1964 , Chronique XXXI. 217 et ss.

(4) CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS ET CHRONIQUES :

CHEVALIER (Jacques) :

Observations sous C.E., 28/1/1971, Conseil transitoire de la Faculté des lettres et des sciences humaines de Paris, JCP.. 1973 , 11, N° 17296.

---- : Note sous C.E., 20/11/1970, BOUEZ. AJDA, 1971 , 11. J., PP. 484 - 488 .

CHRÉTIEN (Maxime) :

Note sous C.E., 3/11/1948, Sieur X. J.C.P., 1948, 11. J., N° 4106 .

COERARA (Michel) :

Note sous C.E., 12/5/1976, LÉBOUCHER et TARANDON, AJDA, 1977, J., PP. 261 et ss.

DANAN (Yves Maxime) :

Note sous C.E., 2/3/1977 , DOMAT, AJDA, 1977, J., PP. 448 et ss.

DANDELOT (Marc) :

La pollution du Rhin : problème de droit interne et international , Conclusions sur C.E., 18/4/1986 , Société les mines de Potasse d'Alsace, RFDA, 1987, PP. 477 et ss.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier) :

Conclusions sur C.E., 28/10/1983 , Mme
COCAUD, AJDA , 1984 , J., PP. 173 et ss.

**DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier) et ROB-
INEAU (Y.) :**

Chronique générale de jurisprudence ad-
ministrative française, AJDA, 1978, Doc-
trine , PP. 559 et ss.

FRYDMAN (Patrick) :

Conclusions sur C.E., 20/10/1989. NO-
COLO, RFDA, 1989 , PP. 813 et ss.

GALABERT :

Conclusions sur C.E., 25/7/1980
TUSSEAU, D., 1981 , J., PP. 9 et ss.

GENEVOIS (Bruno) :

Note sous C.E., 20/10/1989, Nicolo,
RFDA, 1989, PP. 824 et ss.

GILLI (Jean-Paul) :

Note sous C.E., 11/1/1974, Dame veuve
BARBARO et autres , D., 1974, J., PP. 400
et ss.

GUDDNER :

Conclusions sur C.E., 7/6/1957,
BRISAUD, REC, PP. 386 et ss.

HENRY :

Conclusions sur , C.E., 11/1/1963, RE-
BEUF, REC, pp. 18 t ss.

HEUMANN :

Conclusions sur C.E., 14/4/1961, Ministère de la reconstruction c/ Société Sud-Aviation , RDP, 1961, PP. 655 et ss.

JACOMET :

Conclusions sur C.E., 3/11/1947. X... G.P., 1947, 2,J., PP. 239 et ss.

LABETOULLE (Daniel) :

Conclusions sur C.E., 9/11/1979 (2 espèces) : Union nationale du Commerce de gros en fruits et légumes et union des négociants en marée de Rungis , AJDA, 1980, J., PP. 416 et ss.

---- : Conclusions sur C.E., 17/10/1980. PONT , AJDA, 1981 , J., PP. 256 et ss.

---- : Conclusions sur C.E., 18/3/1983. Mme SIEFERT , AJDA, 1983, J., PP. 437 et ss.

LABETOULLE et CABÀNES, :

Chronique générale de jurisprudence administrative française , AJDA, 1. Doctrine, PP. 274 et ss.

LANVERSIN (Jacques De) :

Observations sous C.E., 14/4/1961 , Ministère de la Reconstruction C/ Société Sud-Aviation, J.C.P., 1961, 11., J., N° 12255.

LATOURNERIE (Mme) :

Conclusions sur C.E., 26/11/1976,

SOLDANI et autres , AJDA , 1977, J., PP.
33 et ss.

LEVIS (Daniel) :

Le Contrôle juridictionnel de l'équilibre réel
des budgets communaux , Conclusions sur
C.E., 23/12/1988, Département de Tarn
C/ BARBUT et autres , RFDA, 1989, PP.
365 et ss.

MODERNE (Franck) :

Note sous C.E., 18/5/1977, Soc. anon
Pour l'exploitation de la gare routière
d'Hendage et sous C.E., 20/1/1978, Mini-
stre de l'équipement C/ PARISSET, D. 1978,
D., 1978, J., PP. 337 et ss.

PACTEAU (Bernard) :

Note sous C.E., 1/10/1976, D., 1977, J.,
PP. 552 et ss.

PAUTI (Jean-Marie) :

Conclusions sur C.E., 2/7/1982, Conseil
national de l'ordre des architectes et autres
, AJDA, 1983, J., PP. 30 et ss.

PUISSOCHET et LECAT :

Chronique générale de jurisprudence ad-
ministrative française , AJDA, 1978, Doc-
trine, PP. 559 et ss.

RIGAUD :

Conclusions sur C.E., 19/11/1965,

DELATTRE - FLORY, JCP., 1966. 11., N°
14697 .

ROUX (Michel) :

L'émission " Parlons France" et les pou-
voirs de la Haute Autorité de la communi-
cation audiovisuelle, Conclusions sur C.E.,
20/5/1985, LABBÉ et GAUDIN, RFDA,
1985, PP. 554 et ss.

---- : Conclusions sur C.E., 5/7/1985, Ville
d'Albi C/Association d'éducation populaire
de Castelviel et autres , RFDA. 1985, PP.
661 et ss.

RUZIÉ (David) :

Note sous C.E., 18/4/1986, Société les
mines de potasse d'Alsace , RFDA, 1987,
PP. 492 et ss.

THERY (J.) :

Conclusions sur C.E., 5/4/1974, Élections
du 2^{eme} Collège des étudiants au Conseil
de l'UER N° 9 de l'Université de Paris 1,
REc, PP. 218 et ss.

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
٣	- مقدمة .
	الفصل الأول
١٢	الاسانيد غير المنتجة بطبيعتها
١٣	المبحث الأول : الاستناد إلى قواعد خارج مجال تطبيقها .
١٤	المطلب الأول : الاستناد إلى قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها .
	الفرع الأول : الاستناد إلى قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها فى منازعات الأفراد أو الهيئات الخاصة .
١٤	الفرع الثانى : الاستناد إلى قواعد تشريعية خارج مجال تطبيقها فى منازعات العاملين بالمرافق العامة .
١٩	المطلب الثانى : الاستناد إلى قواعد لائحية خارج مجال تطبيقها .
٢٣	الفرع الأول : الاحتجاج بقواعد لائحية خارج مجال تطبيقها الموضوعى .
٢٤	الفرع الثانى : الاستناد إلى قواعد لائحية خارج مجال تطبيقها الشخصى .
٢٨	المطلب الثالث : الاستناد إلى قواعد أخرى خارج مجال تطبيقها .
٣٠	الفرع الأول : الاستناد إلى قواعد ذات أصل تعاقدى خارج مجال تطبيقها .
٣١	الفرع الثانى : الاستناد إلى قواعد غير مكتوبة خارج مجال تطبيقها .
٣٣	المبحث الثانى : الاحتجاج بأسانيد منفصلة عن موضوع النزاع .
٣٩	

رقم الصفحة	الموضوع
	المطلب الأول : الاستناد إلى قرارات مستقلة عن
٣٩	موضوع النزاع .
٤٠	الفرع الأول : نزاع الملكية للمنفعة العامة .
	الفرع الثانى : تجميع الملكيات الصغيرة فى المناطق
٤٢	الريفية .
٤٥	الفرع الثالث : تطبيقات أخرى .
	المطلب الثانى : الاستناد إلى وقائع منفصلة عن
٤٦	موضوع النزاع .
٤٧	الفرع الأول : القضاء الإدارى الفرنسى .
٥١	الفرع الثانى : القضاء الإدارى المصرى .
	المبحث الثالث : الاستناد إلى قواعد غير قابلة للتطبيق
٥٦	على موضوع النزاع .
٥٦	المطلب الأول : الاستناد إلى قواعد غير موجودة .
٥٦	الفرع الأول : الاستناد إلى قواعد لم تكن موجودة .
٦٢	الفرع الثانى : الاستناد إلى قواعد لم تعد موجودة .
٦٤	المطلب الثانى : الاستناد إلى قواعد غير نافذة .
	الفرع الأول : الاستناد إلى نصوص تشريعية غير
٦٤	نافذة .
	الفرع الثانى : الاستناد إلى نصوص لائحية غير
٦٥	نافذة .
	الفصل الثانى
٦٧	الأسانيد غير المنتجة لأسباب خارجية
٦٨	المبحث الأول : تعارض الأسانيد مع القانون .
٦٨	المطلب الأول : تعارض الأسانيد اللائحية مع القانون .
٦٩	الفرع الأول : القضاء الإدارى الفرنسى .
٧١	الفرع الثانى : القضاء الإدارى المصرى .
	المطلب الثانى : تعارض الأسانيد الدستورية مع
٧٣	القانون .

رقم الصفحة	الموضوع
٧٤	الفرع الأول : الطابع غير المنتج للأسانيد القائمة على مبادئ دستورية .
٧٦	الفرع الثاني : الطابع غير المنتج للأسانيد القائمة على نصوص دستورية .
٧٨	المبحث الثاني : انعدام الفائدة من استجابة القاضى إلى الأسانيد .
٧٨	المطلب الأول : أسباب متعلقة بالطاعن .
٧٨	الفرع الأول : صفة الطاعن .
٨٠	الفرع الثاني : إرادة الطاعن .
٨٢	المطلب الثاني : أسباب أجنبية عن الطاعن .
٨٢	الفرع الأول : النصوص القانونية .
٨٥	الفرع الثاني : مسلك الإدارة .
٨٧	المبحث الثالث : توجيه الأسانيد ضد قرار منبثق عن الاختصاص المفيد .
٩١	المطلب الأول : عدم المشروعية الخارجية ، سند غير منتج .
٩١	الفرع الأول : عيب الاختصاص ، سند غير منتج .
٩٥	الفرع الثاني : عيب الشكل أو الاجراء ، سند غير منتج .
١٠١	المطلب الثاني : عدم المشروعية الداخلية ، سند غير منتج .
١٠١	الفرع الأول : عيب السبب ، سند غير منتج .
١٠٣	الفرع الثاني : الانحراف بالسلطة ، سند غير منتج .
١٠٦	- خاتمة .
١١٣	- المراجع .
١١٣	أولاً : باللغة العربية .
١٢١	ثانياً : باللغة الفرنسية .
١٣٣	- الفهرس .

التعارض بين الأحكام القضائية

مفترضات التعارض
وسائل الوقاية
العلاج : وسائله وكيفيته

دكتور
أحمد خليل
أستاذ قانون المرافعات المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مقدمة

١ - المتناقضان لا يجتمعان ، هكذا يقول المناطقة . وإذا كان اتهام فكر معين بالتناقض يعد أمرا سيئا بغير جدال ويسعى صاحبه - جاهدا - إلى التبرأ منه ، فإن الأسوء منه أن يوجه هذا الاتهام إلى فكر القضاء - والحكم ما هو إلا إعلان لفكر القاضى فى استعماله لسلطته القضائية^(١) - وهو الفكر الذى يفترض المشرع تطابقه مع الحقيقة .

٢ - ولذلك تحرص القوانين التى تتولى تنظيم القضاء وأدائه لوظيفته - وأولها قانون المرافعات - على أن تضع من القواعد ما يكفل الحيولة دون نشوء أى مظهر من مظاهر التناقض فى أعمال القضاء وخاصة قيام تعارض بين أحكامه ، وهو موضوع هذه الدراسة^(٢) .

(١) د. فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ - بند ٣٢٩ .

(٢) وإذا كان اهتمام هذه الدراسة يتركز على مظهر وحيد من مظاهر التعارض فى مجال القانون وهو التعارض بين الأحكام القضائية باعتباره أخطرهما ، إلا أن هذا العيب يمكن أن نجده فى أكثر من مناسبة . ففى داخل الأعمال القضائية يمكن أن يوجد تعارض بين أجزاء منطوق الحكم الواحد ، أو بين المنطوق والأسباب ، أو بين الأسباب . كما يمكن أن يوجد فى مجال الإثبات القضائى ، كالتناقض فى الشهادة ، أو بين أقوال الشهود ، والتناقض فى تقرير الخبير أو بين أكثر من تقرير ، أو التناقض بين أدلة الإثبات عموما . ومن ناحية أخرى فإن التناقض قد يوجد بين القواعد القانونية ، كأن يتعارض نصان تشريعيان أو أن يوجد تعارض بين نص وقاعدة عرفية أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية .

ذلك لأن مجرد تعدد حالات التعارض بين الأحكام تعددا ملموسا يكفي لضياع هيبة القضاء واضطراب النظام القانوني ، حتى ولو أمكن علاج هذا التعارض فيما بعد . إذن فمن أولى القواعد التي يجب العثور عليها في القانون - وإن لم توجد فيجب إيجادها وتقنينها - هي تلك التي تعمل على وأد التعارض في مهده ، أي ، الوقاية ، من ظهور أى مفترض من مفترضات التعارض . بل إن ندرة الأحكام التي تصدر متعارضة يعزى في المقام الأول إلى وجود وسائل الوقاية ، وهو ما يزيد من أهميتها ولا يقلل .

٣ - ولكن هل من الحكمة أن يكتفى المشرع الاجرائي بوسائل الوقاية من تعارض الأحكام وتنتهى مهمته عند هذا الحد ؟

الواقع أنه أيا كانت درجة الفعالية التي يمكن أن تحققها الأدوات الفنية التي يصممها المشرع ويستهدف من ورائها ألا يتعارض حكمان ، إلا أن رؤية المسألة من خلال منظور عملي تفرض عليه أن يتوقع احتمالات عدم نجاح هذه الوسائل الوقائية وما يترتب على ذلك من إمكانية نشوء مشكلة التعارض في بعض الأحيان . ولذلك فإن النظرة المثالية للأمور يجب أن تكون نظرة شاملة بحيث تتواجد إلى جانب وسائل الوقاية وسائل أخرى تكون وظيفتها ، علاج ، التعارض إذا لم تفلح أدوات الوقاية في منعه . بل إن وسائل العلاج هذه يجب أن تتعدد بين وسائل أصلية - عادة ما تكون من خلال نظام الطعن - وأخرى احتياطية تعمل عملها بقوة القانون عند استفاد الوسائل الأصلية . فعندئذ فقط يمكن أن نضمن ألا توجد مشكلة تعارض إلا ووجد لها الحل . أما إذا غابت الوسائل العلاجية الباترة وبقي التعارض بين حكيمين قائما على حاله ، فمعنى ذلك وجود ما يمكن اعتباره إنكاراً للعدالة فضلا عن عقبات لا يستهان بها بالنسبة للتنفيذ الجبري . وهو ما يعنى في النهاية إخفاق الدولة في القيام بواجبها في توفير الحماية القضائية والحماية التنفيذية للمتقاضين .

٤ - والحديث عن أهمية وسائل الوقاية وطرق العلاج نابع من أن احتمالات التعارض بين حكيمين متصورة في أى وقت ومتحققة بالفعل في بعض الأحيان . ولذلك فمن المنطقي أن نتساءل ابتداء : ما هى الأسباب - أو المصادر - التى تؤدى إلى نشوء مشكلة التعارض ؟

ولاشك فى أهمية الاجابة عن هذا السؤال خاصة بالنسبة لوسائل الوقاية . إذ يجب أن تكون هذه الوسائل ملائمة لكل سبب من أسباب نشوء المشكلة محل البحث .

٥ - والواقع أن المصدر الأول - أو الإرهاصة الأولى - لنشوء مشكلة التعارض بين حكيمين هو أن ترفع ذات الدعوى مرتين . فعندئذ يمكن إصدار حكيمين فيها ويتوافر بالتالى مفترضان من مفترضات المشكلة محل البحث : تعدد الأحكام ووحدة الدعوى المحكوم فيها . وبالعكس لن تنشأ المشكلة محل البحث إذا لم ترفع الدعوى إلا مرة واحدة . إذ لن يصدر فيها عندئذ إلا حكم واحد وبالتالى يتخلف مفترض جوهرى من مفترضات المشكلة وهو تعدد الأحكام (٢) .

(٢) وإذا أردنا أن ندفع المسائل لأبعد من ذلك وتساءلنا عن سبب السبب ، أى تساءلنا من الناحية العملية عن السبب الذى يجعل الدعوى الواحدة ترفع أكثر من مرة فإننا يمكن أن نجد ذلك فى الأسباب الواقعية أو القانونية الآتية :

(أ) جهل أحد الخصوم بسبق الفصل فى الدعوى . فعندما يتوفى المحكوم له فى إحدى الدعاوى وينتهز المحكوم عليه هذه الواقعة فيعيد - عن عمد - رفع ذات الدعوى فى مواجهة الورثة ، فإن ذلك لا يغير من وحدة خصوم الدعويين (فالورثة كخلف يعتبرون ممثلين فى الدعوى التى صدر فيها الحكم وذلك من خلال مورثهم كسلف) . ولكن ليس هناك ما يضمن علم الورثة بسبق الفصل فى النزاع وبالتالى قد يسايرون المدعى فى دعواه . ويقترّب من هذا المثال حالة أن يكون المحكوم له شخصا متغيرا ويتغير ممثله القانونى دون أن يتنبه الممثل الجديد إلى سبق الفصل فى النزاع حينما يتكرر رفع ذات الدعوى . وإذا كنا نفترض فيما سبق جهل أحد لخصوم فقط بسبق الفصل فى الدعوى ، فإنه يمكن أيضا أن ننسب هذا الجهل إلى كلا الخصمين . فقد يتوفى المحكوم له والمحكوم عليه وقد يجهل ورثتهما =

ولذلك يجب أن توجد الوسائل الوقائية التي تعمل على الحيلولة دون

= بسبق الفصل فى النزاع وبعاد رفع الدعوى من ورثة أحدهما ضد ورثة الآخر بصفة كل منهما هذه . فهنا أيضا تكون إزاء نفس النزاع نظرا لأن الورثة كانوا ممثلين فى الخصومة التى صدر فيها الحكم السابق وذلك من خلال سلفيهما (الخصمان الأصليان) .

(ب) جهل أحد الخصوم بتكرار رفع الدعوى . فقد يكون المحكوم له على قيد الحياة ولكن يتكرر رفع الدعوى عليه - عن عمد - دون أن يتمكن من الدفع بسبق الفصل فى النزاع لجهله الفطى بقيام الخصومة الجديدة . ويرجع ذلك إلى ثغرات كثيرة فى نظام الاعلان القضائى .

(ج) خطأ أو إهمال الخصوم . فعند قيام ذات النزاع أمام محكمتين لن تحدث إحالة للدعوى من المحكمة التى رفعت أمامها مؤخرا إلى المحكمة التى رفعت إليها أولا إلا بناء على دفع يقدمه أحد الخصوم وفقا لقواعد الدفع الشكلية . وقد يتكلم الخصم فى الموضوع أو يبدى دفوعا بعدم القبول وعندئذ لن يقبل منه الدفع بالاحالة بسبب خطئه فى مراعاة الوقت المناسب للتمسك بهذا الدفع .

(د) خطأ المحكمة . فقد يدفع الخصم أمام المحكمة بسبق الفصل فى النزاع ولكن تخطئ المحكمة - لسوء فى التقدير - وترفض هذا الدفع ويتحكم فى ذات النزاع للمرة الثانية . والتجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى قد توقع هذا الوضع حين تكلم عن الطعن بالنقض للتعارض بين الأحكام وغيرها فى القواعد الحاكمة له بحسب ما إذا كان الدفع بالحجية قد أثير أمام محكمة الموضوع ولكن بدون جدوى أم لا . فالمادة ٦١٧ مرافعات فرنسى - والتى سنتناولها بشيء من التحليل فيما بعد - تتناول هذا الفرض ، بينما المادة التالية عليها تتناول التعارض بين حكيمين بصرف النظر عن سبق الدفع بالحجية .

(هـ) هذا وقد تكون الارهاصة الأولى فى كل ما سبق أن يرفع المدعى دعواه المرة تلو الأخرى فى وقت متعاصر وذلك أمام محكمتين مختلفتين لتردده حول أيهما هى المختصة ، أو أن ترفع دعوى معينة ثم ترفع ذات الدعوى ولكن من المدعى عليه فى الدعوى الأولى بحيث يكون كلاهما مدعيا ومدعياً عليه فى آن ولحد وإن كان من خلال خصومتين . انظر فى هذا السبب الأخير:

L. cadier, Droit judiciaire privé, n° 627 .

أو أن يرفع شخص دعوى أمام محكمة معينة وتوفى أثناء سيرها فرفعها ورثته =

قبول الدعوى التى يتكرر رفعها رغم سبق الفصل فيها عند رفعها فى المرة الأولى . وإذا تكرر رفعها ولم يسبق الفصل فيها فيجب على الأقل الجمع بين الدعويين أمام محكمة واحدة بل وفى خصومة واحدة حتى لا يصدر فيهما إلا حكم واحد .

٦ - وقد تعجز الوسائل الوقائية عن تحقيق النتيجة السابقة . ولكن ليس معنى ذلك أن التعارض بين الحكمين سيكون محتوما . فقد يتطابق الحكمان فيما بينهما . أما إذا اختلفا فقد توافر لدينا مفترض رئيسى من مفترضات المشكلة محل البحث . وسبب الاختلاف هنا - وهذا هو المصدر الثانى من مصادر التعارض - يمكن تصوره بسهولة . فرغم وحدة القانون فى الدولة وما يجب أن يستتبعه ذلك من عدم الاختلاف بين الأحكام التى تصدر - وعلى فرض تكرار صدورهما - فى المسألة الواحدة ، إلا أن عوامل عديدة أولها سمة فطرية هى اختلاف النظر والتقدير بين قاض وآخر بل ولدى القاضى الواحد من وقت لآخر ، يمكن أن تفضى إلى الحكم بالشئى ونقيضه ، خاصة إذا كانت المسألة مما يتركه القانون لسلطة القاضى التقديرية . ائف إلى ذلك - وهذا هو العامل الثانى - أن ما يقدم بمناسبة إحدى الدعويين من أوجه دفاع ودفع وأدلة قد يختلف عما يقدم بمناسبة الأخرى دون أن يغير ذلك من أن الدعويين تعتبران من وجهة نظر القانون ذات الدعوى ، أو من أن هناك مسألة واحدة قد فصل فيها مرتين .

- أمام محكمة أخرى مختصة بها دون علم منهم بقيام الدعوى الأولى . انظر فى هذا السبب : د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ١٨٩ ، د. أحمد السيد صاوى ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ - بند ١٦٧ ، أو أن يفوت على المدعى فى الخصومة الأولى طلب اتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات فى مناسبتها فيكون من ممة لحنه تجديد الخصومة أمام محكمة أخرى . انظر فى هذا السبب : د. أحمد مليجى ، موسوعة المرافعات العملية ، الاختصاص - دار النهضة العربية - بند ٣٣١ .

والخطير في الأمر أنه ليس من السهل - إن لم يكن مستحيلاً - أن يجد المشرع الوسيلة المناسبة لضمان تطابق الحكامين إذا ما صدرا في ذات المسألة . ولذلك فإن الجهد الوقائي يجب أن يتركز على خط الدفاع الأول وهو الحيلولة - أصلاً - دون صدور حكمين في ذات النزاع .

٧ - ومتى أوضحنا ما تقدم تساءلنا الآن : إذا كان التعارض بين الأحكام أمراً يستحيل الحيلولة دون ظهوره مطلقاً ، فهل يمكن على الأقل أن يتضمن النظام القانوني الوسائل الوقائية التي تضمن ، تحجيم ، حالته إلى أقل ما يمكن ؟ وعلى فرض فشل الوسائل الوقائية فمتى يمكن القول بوجود تعارض بين الأحكام ؟ فإذا وجد التعارض فهل توجد الوسائل العلاجية التي تخصص لمواجهته بعد وقوعه ؟ وإذا وجدت هذه الوسائل العلاجية - وهي عادة طرق الطعن - فكيف يمكن إزالة التعارض بواسطتها ؟

أسئلة أربعة رئيسية يجيب عليها هذا البحث^(٣) من خلال الفصول الأربعة الآتية :

الفصل الأول : وسائل الوقاية .

الفصل الثاني : مفترضات التعارض .

الفصل الثالث : وسائل العلاج .

الفصل الرابع : كيفية العلاج .

(٣) كان من المفروض أيضاً أن تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن سؤال خامس - بل أولى - يتعلق بتأصيل فكرة عدم جواز تناقض الأحكام ، نولاً أن دراسة قيمة حول هذه الفكرة (أنظر : د. أحمد حشيش ، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام ، ١٩٩٧) قد اغتننا عناء بحثها .

الفصل الأول وسائل الوقاية

تمهيد :

« درهم وقاية خير من قنطار علاج » . عبارة مأثورة ولا تحتاج إلى برهان لاثباتها . ولقد أدرك المشرع المصرى بالفعل أهميتها فراح ينظم أكثر من وسيلة يمكن من خلالها تلافى وقوع التعارض بين الأحكام .

وإذا كان من الصعب أن نضمن عدم تعارض الأحكام التى تصدر فى دعوى واحدة إذا تكرر الفصل فيها حتى ولو اتحدت جميع العناصر فى كل مرة ، فإن من السهل أن نتلافى حدوث هذا التعارض إذا أمكننا أن نجرده من ركن لا قيام له بدونهُ . فالواقع أن التعارض بين حكمين - وهو موضوع هذه الدراسة - لا تقوم له قائمة إذا فصل فى النزاع بحكم واحد فقط لا يتكرر ولذلك فإن وسائل الوقاية التى تضمن عدم تكرار الحكم فى الدعوى الواحدة كقيلة - إذا ما أُحْكِمَ استعمالها - بالتحيلولة دون نشوء ظاهرة التعارض .

ولذلك حرص المشرع المصرى على أن يصدر فى الدعوى الواحدة حكم واحد لا يتكرر . هذا الحرص يظهر مبكراً حين يتكرر رفع الدعوى التى سبق الفصل فيها . فهو يضع تحت تصرف الخصوم وسيلة فنية هى « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها » ، أو هو الدفع بالحجية بالمعنى الواسع ، يترتب على النجاح فى استعماله ألا تظهر مشكلة التعارض بين الأحكام .

وحتى إذا لم يسبق الفصل في الدعوى من قبل وبالتالي لا يتوافر مفترض ضرورى لاستخدام الوسيلة الوقائية السابقة ، فإن التنظيم القانونى يحتوى على وسائل أخرى تستهدف الحيلولة دون الفصل فى الدعويين المتطابقتين القائميتين أمام القضاء ولم يسبق الفصل فى أيهما . فالمشرع هنا حريص على أن يحدث الفصل فى واحدة فقط . فإذا بحثنا فى نصوص القانون الاجرائى عن أدوات تحقيق هذا الهدف فى الفرض المذكور فإننا نجدها فى الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع ، وفى طلب حل النزاع الايجابى على الولاية أو الاختصاص ، وفى الوقف التعليقى للخصومة .

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه هو الآتى : هل التنظيم القانونى لوسائل الوقاية من التعارض هذه يكفل لها الفعالية الكافية للحيلولة دون نشوء مشكلة التعارض بين الأحكام ؟

التعرف على اجابة هذا السؤال لن تتأتى إلا من خلال التحليل الملائم للغرض لكل وسيلة من هذه الوسائل ثم تقدير كل منها . فقد يحمى لهذه الوسائل قدرتها على توفى مشكلة التعارض فى بعض الأحيان ، إلا أنه يعاب عليها - أو على تنظيمها الراهن - عدم القدرة على توفى المشكلة فى أحيان أخرى . وتبدو أهمية التعرف على هذه الجوانب حتى نبقى على المفيد فيها ونسعى إلى علاج نواحي النقص التى تشوبها .

وسوف نستعرض وسائل الوقاية الأربعة^(١) من خلال المباحث الآتية :

(١) قارن : د. أحمد حشيش، المرجع السابق - بند ٣٠ حيث يعدد وسائل الوقاية من التناقض ويذكر أنها : ١ - قاعدة جواز الاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختصتين فى ذات الوقت . ٢ - قاعدة جواز الاحالة للارتباط . ٣ - قاعدة تبعية الحق الثابت فى الحكم لهذا الحكم عند التنازل عنه . ٤ - قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . ٥ - قاعدة وجوب رفع الدعوى المدنية إلى حين =

- المبحث الأول : الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع (أو الضم) .
- المبحث الثانى : حل تنازع الولاية أو الاختصاص .
- المبحث الثالث : الوقف التعليقى للخصومة .
- المبحث الرابع : الدفع بالحجية .

= صدور حكم جنائى فى الدعوى الجنائية ٦ - قاعدة تعيد القاضى المدنى بما فصل فيه الحكم الجنائى من وقائع وكان فصله فيها ضرورياً ٧ - قاعدة انعقاد الاختصاص بمسائل الافلاس للمحكمة التى قضت بالافلاس ٨ - قاعدة جواز التدخل انضمامياً أو اختصاصياً فى الدعوى .

المبحث الأول

الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع (أو الضم)

مناطه :

قد تعرض نفس الدعوى على محكمتين في آن واحد ، أو ترفع المرة تلو الأخرى أمام نفس المحكمة ، سواء أمام ذات الدائرة أم أمام دائرتين . وعادة ما يحدث ذلك عن جهل أو إهمال ، ولكن قد يقع أحياناً عن قصد (١) .

وأياً كان السبب ، فلا شك أن استمرار كل منهما - المحكمة أو الدائرة بحسب الأحوال - في نظر ذات الدعوى سوف يؤدي إلى صدور حكمين في ذات النزاع . هذا الوضع لا يخلو من المعايير ، لعل أهمها احتمال تعارض الحكمين الصادرين في قضيتين الدعوى فيهما واحدة - بأن كان موضوعهما واحداً وسببهما واحداً والخصوم في إحداهما هم نفس الخصوم في الأخرى - بينما وحدة الدعوى تحتم حلاً قانونياً واحداً (٢) . وللحيلولة دون صدور حكمين في ذات النزاع القائم ، حرص المشرع على إيجاد الوسائل الكفيلة بجمع الدعويين أمام محكمة واحدة - أو دائرة واحدة - ليصدر فيهما حكم واحد .

(١) انظر : ما سبق - هامش (٢) - ص ٥ وما بعدها .

(٢) وبالإضافة إلى هذا العيب ، فإن من مضار عرض نفس الدعوى على محكمتين - أو دائرتين - في آن واحد زيادة العبء على القضاة دون مبرر ، فضلاً عن تكرار الاجراءات ومضاعفة النفقات . ولا شك في أهمية أن تكون الوسيلة التي تكفل الحيلولة دون ظهور العيب المذكور في المتن تكفل في نفس الوقت تلافى هذه المضار المذكورة آنفاً .

فعندما ترفع ذات الدعوى مرتين أمام نفس المحكمة ، سواء أمام نفس الدائرة أم أمام دائرتين ، فإن وسيلة الجمع بين القضيتين هي ضم ، إحداهما إلى الأخرى وهو عمل من أعمال الإدارة القضائية وليس حكماً بالمعنى الخاص . وقد جرى العمل على مسارعة المحكمة إلى هذا الضم (٣) ، وذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم (٤) .

أما عندما ترفع ذات الدعوى أمام محكمتين ، مختلفتين ، فغالباً ما تكون إحداهما غير مختصة . فقد نظم المشرع قواعد الإختصاص على نحو يجعل لكل دعوى محكمة واحدة هي المختصة بها دون غيرها من المحاكم (٥) . وعندئذ تحكم المحكمة غير المختصة - من تلقاء نفسها أو بناء على دفع (٦) -

(٣) محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقہ ، الجزء الأول، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٥ ، ص ٧٠٦ ؛ د. أحمد مليجى ، المرجع السابق بند ٣٣٠ .

(٤) د. أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٧ ، ص ٤٩٧ . وانظر بالنسبة للأثر الإجرائى للضم وهو أن تظل كل دعوى محتفظة باستقلالها الإجرائى : نفس الإشارة . وقارن : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ٧٠٦ ؛ د. أحمد مليجى ، المرجع السابق ، بند ٣٢٠ حيث يريان أنه إذا كان الطالبان يشتملان على ذات الدعوى بأن اتحدا اشخاصاً ومحللاً وسبباً ، فإن الأمر يتطرق بدعوى واحدة فيندمج الطالبان - بضمهما - ليكونا طلباً واحداً .

(٥) وإن كانت هناك بعض الاستثناءات التى سنراها لاحقاً (انظر : ما يلى ، هامش (٨) ص ١٤ وما يليها) حيث قد يتعقد الإختصاص المحلى ، بالدعوى الواحدة لأكثر من محكمة .

(٦) وذلك بحسب ما إذا كان الإختصاص متعلقاً بالنظام العام - وهو القاعدة - أم غير ذلك . ويلاحظ أن الدفع المقصود هنا هو الدفع بعدم الإختصاص . ولكن قارن مع ذلك : د. رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات ، الطبعة الثامنة ، ١٩٦٩ ، دار النهضة العربية ، بند ٣٢٦ حيث يرى أنه ليس ثمة ما يمنع الخصم من -

بعدم الإختصاص والإحالة إلى المحكمة الأخرى - والمختصة - المرفوعة أمامها ذات الدعوى. فبذلك نضمن صدور حكم واحد في هذا النزاع (٧) .

ولا يتبقى بعد ذلك إلا الفرض الذى تطرح فيه ذات الدعوى أمام محكمتين كالتاهما مختصة (٨) ، فكيف نقصر نظر الدعوى - والحال كذلك - على محكمة واحدة منهما ؟

= أن يدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع من محكمة غير مختصة بدلاً من الدفع بعدم اختصاصها .

والواقع أنه لا يمكننا التجاوب مع هذا الرأى . فالمنطقى أن تنتظر المحكمة أولاً فى مسألة اختصاصها بالدعوى قبل فصلها فى أى مسألة أخرى . ذلك لأنه لا سلطة لها فى الفصل فى الدعوى قبل أن تتأكد من اختصاصها . أنظر فى هذا المعنى : د. وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدنى ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٧ - ص ٢٩٦ . ولذلك فعندما يتبين لله حكمة أنها غير مختصة فإنها لا تملك بعد ذلك سوى الحكم بعدم الاختصاص .

ونشير بهذه المناسبة إلى رأى فقهى (انظر : د. أمينة النمر ، الدعوى واجراءاتها ، منشأة المعارف ، ١٩٩٠ - بند ٨٨) لا يشترط لإعمال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أن تكون كل من المحكمتين مختصتين ، محلياً ، بالدعوى ، ويرتب على ذلك أنه يجوز مثلاً أن يدفع باحالة الدعوى من محكمة إلى محكمة غير مختصة محلياً ، غير أنه يشترط ألا يكون قد حكم فى الدعوى بعدم الاختصاص والاحالة . (٧) على أن الوصول إلى هذه النتيجة يتوقف على إعمال قواعد عدم الاختصاص والاحالة بنجاح . فعلاً إذا سقط الحق فى ابداء الدفع بعدم الاختصاص - ولم يكن متعلقاً بالنظام العام فلم تملك المحكمة بالتالى إثارته - فإن الدعوى ستظل قائمة أمام محكمتين كالتاهما مختصة ، ومن المنتظر بالتالى أن يصدر حكمان فى نفس الموضوع . انظر فى انعكاسات هذا الوضع على مسألة التعارض بين الاحكام ما سنذكره حالاً فى معرض تقديرنا للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع برغم تنازع الاختصاص : ما بلى ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٨) والواقع أنه من المتصور أن تكون هناك محكمتان مختصتان فى ذات الوقت =

قد يثور في الذهن هنا حل شبيه بنفس الحل السابق وهو الدفع بعدم اختصاص المحكمة الذي رفعت إليها الدعوى ثانياً وإحالتها إلى المحكمة التي رفعت إليها أولاً . وقد يجد هذا التصور أساسه في قاعدة مؤداها أنه في حالة الإختصاص المشترك بالدعوى بين محكمتين فإن رفع الدعوى أمام إحدهما ينزع الإختصاص عن الأخرى بقوة القانون (١) . على أنه يقف عقبة أمام مثل هذا الحل أن عدم اختصاص المحكمة الثانية هو عدم

- وذلك في عدة فروض منها :

(أ) أن ينعقد الاختصاص المحلي، لأكثر من محكمة . ففي المواد التجارية مثلاً يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها أو للمحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها (مادة ٥٥ مرافعات) .

(ب) ان ينعقد الاختصاص للمحكمة الجزئية بالطلب الداخل في اختصاصها النوعي أو القيمي إذا رفع إليها كطلب أصلي، في نفس الوقت الذي يمكن رفع فيه نفس الطلب إلى المحكمة الابتدائية كطلب عارض بمناسبة دعوى أصلية مرفوعة أمامها . فطبقاً للمادة ٤٧/٣ مرافعات تختص المحكمة الابتدائية بالحكم في سائر الطلبات العارضة .. مهما تكن قيمتها أو نوعها .

(ج) أن ترفع دعويان مختلفتان موضوعاً أمام محكمتين كل منهما مختص بالدعوى التي رفعت أمامها ، كل ما هنالك أن الدعويين وجهان لمسألة واحدة (دعوى صحة عقد ودعوى إبطاله مثلاً . بل يمكن انطباق هذا الوضع على دعوى الإبطال بعقد معين في مقابل دعوى تنفيذه، إذ الحكم بتنفيذه يفصل في مسألة صحته أو إبطاله) .

(د) أن تكون إحدى الدعويين متضمنة مسألة كلية شاملة وداخلة في الاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية مثلاً، بينما تكون الأخرى متضمنة مسألة متفرعة من الأولى وتكون من الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية مثلاً .

(٩) انظر في هذه القاعدة . د . فتحى والى ، المرجع السابق . بند ١٨٩ ؛ د . وجدى راغب، الإشارة السابقة .

اختصاص عارض ، وليس أصليا (١٠) ، فهذه المحكمة الأخيرة مختصة أصلا وفقا لقواعد الإختصاص ، وإنما نشأ عدم اختصاصها بسبب رفع الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة . ولهذا لا تكون الوسيلة الفنية لقصر نظر الدعوى على المحكمة التي رفعت إليها أولاً هي التمسك بعدم اختصاص المحكمة التي رفعت إليها بعد ذلك (١١) . ولذلك أتى المشرع بحل آخر تضمنته المادة ١١٢ مرافعات ومؤداه الدفع بإحالة الدعوى لقيام ذات النزاع . ويحصل التمسك بهذا الدفع أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ثانية (١٢) (مادة ١١٢ مرافعات) . يستوى بعد ذلك أن تكون القضيتان مرفوعتين بطريق واحد أم كانت إحداها قد رفعت كطلب أصلى والأخرى كطلب عارض فى خصومة قائمة أمام محكمة أخرى (١٣) .

تقديره :

لا شك أنه يحمد لنظام الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع فعاليته فى تفادى صدور حكمين فى دعوى واحدة تكرر رفعها أمام محكمتين مختصتين ، وبالتالي تفادى احتمال تناقضهما .

(١٠) د. وجدى راغب ، الاشارة السابقة .

(١١) د. فتحى والى ، الاشارة السابقة . وقارن : د. أحمد مليجى ، المرجع السابق -

بند ٣٣٨ حيث يرى أن الحكم الصادر بقبول الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع هو فى الواقع حكم بعد الاختصاص مادام قد ثبت سبق رفع الدعوى أمام محكمة مختصة أخرى مما يترتب عليه نزع الاختصاص من باقى المحاكم .

(١٢) ولمعرفة أى القضيتين رفعت أولاً ، فالمعيار فى ذلك هو تاريخ ايداع صحيفة

الدعوى قلم كتاب المحكمة . انظر : د. احمد السيد صاوى ، المرجع السابق - بند ١٦٩ . وانظر فى الفروض المختلفة فى هذا انصدد : د. فتحى والى ، المرجع

السابق بند ١٨٩ .

(١٣) د. رمزى سيف ، المرجع السابق ، بند ٣٢٦ ، د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ،

فعندما تتوافر شروط الإحالة لقيام ذات النزاع يجب على المحكمة
المعدم إثباتها بالدفع أن تحكم بالإحالة دون أى سلطة تقديرية (١٤) ، كما يجب
على المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى أن تلتزم بهذا الحكم فيما يتعلق
باختصاصها بنظر الدعوى (مادة ١١٢ / ٣ مرافعات) .

فبذلك يضع المشرع حلا وقائيا لمشكلة التناقض المحتمل للأحكام ،
إذ ستصير الدعوى - والتي تكرر رفعها - أمام محكمة واحدة (١٥) .

ومع ذلك فإن نظام الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع بوضعه الحالى
كما يعرفه المشرع المصرى يبدو عاجزا عن مواجهة مشكلة التناقض التى
يمكن أن تنجم من تكرار الحكم فى ذات الدعوى لرفعها أمام محكمتين فى
أن واحد ، وذلك للأسباب الآتية :

السبب الأول : أن أعمال قاعدة الإحالة لقيام ذات النزاع يستلزم
- فى ظل تنظيمها الإجرائى الراهن - تمسك أحد الخصوم بالدفع بها
وذلك فى الوقت المناسب ثم تحكم المحكمة فيه . ومن هنا يبدو أن الإحالة
لن تتحقق رغم قيام ذات النزاع أمام محكمتين ، وذلك فى جملة فروض :

(أ) فقد لا يتمسك المدعى عليه بالدفع (١٦) . وليس للمحكمة هنا

(١٤) د. فتحى والى ، الاشارة السابقة، د. وجدى راغب ، المرجع السابق، ص ٢٩٧ .

(١٥) ولكن ليس معنى ذلك أن المشكلة تكون قد انتهت تماما . فالمحكمة المحيلة سوف

تحدد للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة التى أحيلت إليها
الدعوى . وهنا قد تكون الدعويان أمام ذات الدائرة ولكن لكل منهما جلسة مختلفة
فى التاريخ ، أو تكون كل منهما أمام دائرة مختلفة . فى مثل هذه الأحوال يجب
إعمال قاعدة ضم الدعوى وإلا صار محتملا تعدد الأحكام ومن ثم تناقضها .

(١٦) انظر فى أن القانون المصرى يقصر التمسك بهذا الدفع على المدعى عليه : د.

فتحى والى ، المرجع السابق - بند ١٨٩ : د. أحمد عليجى ، المرجع السابق - =

إثارته من تلقاء نفسها . فالمشرع المصرى لا يعتبر هذا الدفع من الدفع المتعلقة بالنظام العام^(١٧) . ولذلك من المتصور أن يظل ذات النزاع قائما أمام محكمتين ويصدر فيه حكمان قد يتعارضا^(١٨) .

= بند ٣٣٧ . وقارن: د. أمينة النمر، المرجع السابق - بند ٨٧ حيث ترى سيادتها أن الدفع بالاحالة لا يقتصر على المدعى عليه وإنما يجوز من المدعى والمتدخلين فى الدعوى إذا كانت لهم مصلحة فيه .

(١٧) د. وجدى راغب، المرجع السابق - ص ٢٩٧، د. احمد السيد صاوى، المرجع السابق - بند ١٦٦، ونضيف من جانبنا تأييداً لهذا الرأى حجة مستمدة من المادة ١٠٨ مرافعات والتي أوجبت ابداء الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها ، وذلك قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول والإسقاط الحق فيه . هذا فضلاً عن أن المادة ١١٢ مرافعات لم تصرح للمحكمة بالحكم بهذا الدفع من تلقاء نفسها . ولا شك أن هذه النصوص تدل على عدم تعلق هذه المادة بالنظام العام، خاصة عند مقابلتها بنصوص أخرى تسمح بإبداء بعض الدفوع فى أى حالة كانت عليها الدعوى وتوجب على المحكمة الحكم بالدفع من تلقاء نفسها، كما هو حال المادة ١٠٩ مرافعات مثلاً والخاصة بالدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولا يتبها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها . وبناء عليه فإنه إذا أعرضت المحكمة التى عرض عليها النزاع مؤخراً عن الفصل فيه تكون قد خالفت القانون طالما لم يحصل التمسك أمامها بالاحالة لقيام ذات النزاع . نقص ٧٣/٦/١٤، مشار إليه لدى : د. أحمد مليجى، المرجع السابق - بند ٣٣٧ .

(١٨) والجدير بالذكر أن الوضع فى بعض التشريعات المقارنة قد يؤدي إلى نتائج مختلفة . ففي القانون الفرنسى يمكن للقاضى من تلقاء نفسه إثارة الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع . انظر : Cadiet, op. cit, n° 628 .

على أن احتمال صدور حكمتين فى ذات النزاع قد يظل أمراً وارداً حتى فى هذه القوانين . ذلك لأن إثارة المحكمة للدفع من تلقاء نفسها يفترض بطبيعة الحال علم المحكمة بمفترضات هذا الدفع وذلك من خلال أوراق القضية ، وبحيث إذا لم يتوافر هذا العلم على نحو قانونى وجب عليها الاستمرار فى نظر الدعوى فى الوقت الذى تكون فيه المحكمة الأولى مستمرة أيضاً فى نظرها ، ومن هنا قد يصدر حكمان فى النزاع الواحد ، وقد يتعارضا .

(ب) وحتى إذا تمسك المدعى عليه بالدفع فإنه يجب أن يكون قد قام بذلك ، وفقاً لقواعد الدفوع الإجرائية . فيجب التمسك به في بداية النزاع قبل إبداء أى طلب أو دفاع أو دفع بعدم القبول ومع سائر الدفوع الإجرائية الأخرى والاسقط الحق فيه . كما يجب إيدائه أيضاً في صحيفة الطعن (١٩) . ولذلك من المتصور أن يظل ذات النزاع قائماً رغم تقديم الدفع وذلك إذا كان قد سقط الحق في إيدائه (٢٠) .

(ج) وحتى إذا تمسك الخصم بالدفع وفي الوقت المناسب ، فقد

= لذلك فإن نظام الاحالة لقيام ذات النزاع يمكنه أن ينجح في تلافى تعارض الأحكام إذا دخلت عليه تعديلات جوهرية منها إعطاء المحكمة الحق - بل الواجب - في إثارة الدفع به من تلقاء نفسها، وإيضاً تمكين المحكمة من العلم بمفترضاته . وقد يكون ذلك من خلال ما يقترحه البعض (أنظر : د. نبيل عمر، قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٤ - ص ١٩٢) من اشتراط أن يبين المدعى في صحيفة دعواه أنه لا توجد دعوى مماثلة منظورة أمام المحاكم . ولكن يظل السؤال حائراً : وماذا لو تقاعس المدعى عن القيام بهذا البيان ؟ لا شك إن المحكمة ستعجز في هذه الحالة عن القيام بدورها في الإحالة، ويمكن بالنألى صدور حكيم - قد يتعارض - في ذات النزاع .

(١٩) اللهم إلا إذا كان حق الطاعن في إبداء هذا الدفع قد سقط ، بأن فات عليه - ورغم حضوره إحدى الجلسات أو تقديم مذكرة بدفاعه - التمسك به في الوقت الملائم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .

(٢٠) والغريب أن القانون الفرنسى يطبق أيضاً نظام الدفوع الاجرائية هذا على الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع ويسقط حق الخصم في إيدائه في الأحوال المذكورة في المتن، رغم أن هذا القانون يعطى للقاضي في نفس الوقت الحق في إثارته من تلقاء نفسه . انظر في سقوط حق الخصوم في الدفع بالاحالة هنا: Cadiet, op. cit. no 628, J. Vincent et s. Guinchard, procédure civile, 23 éd., Dalloz, n° 463.

يحدث أن تخطيء المحكمة وترفضه^(٢١) ، فيظل النزاع أيضاً قائماً ويصدر
حكمان قد يتعارضا .

(٢١) ومكمن الخطورة هنا أن خطأ المحكمة قد يرتب نتائج يصعب علاجها مبكراً.
فطلى فرض أن حكم الرفض هذا قد صدر أثناء سير الخصومة فإنه لا يقبل الطعن
فيه فور صدوره لأنه حكم لا ينهى - عندئذ - الخصومة كلها ولا يجوز بالتالى
الطعن المباشر فيه، خاصة أنه ليس أيضاً من بين الاستثناءات التى اوردها المادة
٢١٢ مرافعات والتى أجازت الطعن المباشر فى بعض الأحكام التى تصدر أثناء
الخصومة وقبل صدور الحكم المنهى للخصومة كلها. وعلى فرض أن المحكمة قد
أخرت الفصل فى هذا الدفع بأن أمرت بضمه إلى الموضوع، فإن رفضها - على
فرض خطئه - للدفع لن يظهر فى هذه الحالة إلا بعد الفصل فى الموضوع،
وعندئذ سوف تفوت الحكمة المتوخاة من الدفع. على أنه مما قد يخفف من حدة
المشكلة فى هذه الحالة أنه يمكن عندئذ إثارة الحجية السلبية المستمدة من المادة
١١٦ مرافعات والتمسك أمام المحكمة الأخرى التى رفع إليها النزاع أولاً بسبق
الفصل فى النزاع. ففى إعمال هذه المادة بنجاح لن يصدر حكم جديد فى
الموضوع. ولكن انظر فى احتمالات عدم نجاح إعمال قاعدة الدفع بالحجية : ما
يلى - ص ٦٠ وما يليها .

وفى فرنسا قد تختلف بعض الشئ نتائج الرفض الخاطئ للدفع . فعندما
يحكم القاضى الفرنسى برفض الدفع دون ان يفصل فى الموضوع فإنه سيوقف
الفصل فى هذا الاخير لحين إنتهاء مدة الطعن أو لحين الفصل فى الطعن
المرفوع . فى هذه الحالة فإن الطعن المباشر فى الحكم الصادر برفض الدفع قد
يمكننا من تلافى تكرار الحكم فى نزاع واحد، إذ قد تنتهى محكمة الطعن إلى إلغاء
الحكم الصادر - خطأ - بالرفض وتحيل النزاع إلى المحكمة الأولى ليصدر حينئذ
حكم واحد . ولكن تظل المشكلة عندهم فى الفرض الآخر وهو أن تقضى المحكمة
برفض الدفع فى نفس الوقت الذى تقضى فيه فى الموضوع. انظر فى هذه

الملاحظة : Cadiet, op.cit, no 628.

السبب الثاني : ان التمسك بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع يفترض قيام الدعوى أمام محكمتين تابعيتين لجهة قضائية واحدة هي - في حالتنا هذه - جهة القضاء العادى . لذلك لا يجدى التمسك به إذا قام النزاع أمام جهتين مختلفتين أو أمام دائرتين فى نفس المحكمة أو أمام نفس الدائرة . فى مثل هذه الأحوال لابد من البحث عن حلول أخرى لتلافى تكرار الحكم فى ذات النزاع ، إذ لا يجوز إعمال قاعدة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع المنصوص عليها فى المادة ١١٢ مرافعات فى هذه الأحوال (٢٢) .

السبب الثالث : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع قاصر عن مجابهة كل شروط قيام ذات النزاع أمام محكمتين ولو كانتا تابعيتين لنفس الجهة القضائية . صحيح أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لا يشترط أن تكون المحكمتان من درجة واحدة (٢٣) هى الدرجة الأولى ، إذ تجوز الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين من محاكم الدرجة الأولى أو الثانية أو إحداهما من محاكم الدرجة الأولى والأخرى من محاكم الدرجة الثانية ، إلا أنه قد تنور الشبهة حول الحل الواجب إعطائه لبعض هذه الفروض .

(أ) فإذا كانت الإحالة جائزة إذا كانت الدعويان أمام محاكم الدرجة

(٢٢) على أنه مما يخفف من حدة هذا النقد وجود تنظيم تشريعى بالفعل لمواجهة هذه الأحوال . انظر عند قيام ذات النزاع أمام جهتين قضائيتين : ما يلى - ص ٢٨ وما بعدها . وانظر عند قيام ذات النزاع أمام دائرتين لنفس المحكمة أو أمام نفس الدائرة : ما سبق - ص ١٣ .

(٢٣) د . أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٤٩٩ . وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسى يقنن هذا الحل صراحة ، فالمادة ١٠٢ مرافعات فرنسى تنظم الإحالة لقيام ذات النزاع بين محكمتين من درجتين مختلفتين .

الثانية ، فذلك مشروط بأن تكون المحكمتان من طبقة واحدة (٢٤) . وبناء عليه فإنه يحق لنا أن نتساءل عن مدى فعالية نظام الإحالة إذا ما صدر حكم من محكمة جزئية مثلا - أو ما في مستواها - وطعن فيه ليس فقط أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية وإنما أيضاً أمام محكمة الاستئناف (٢٥) . فهنا لا يعمل بنظام الإحالة المنصوص عليه في المادة ١١٢ مرافعات : ولذلك إذا لم يوجد حل آخر يحول دون قيام ذات النزاع ، فلسوف تستمر المحكمتان في نظره ويصدر حكمان قد يتعارضا (٢٦) .

(ب) وإذا كانت الإحالة جائزة إذا كانت إحدى الدعويين أمام محكمة الدرجة الأولى والأخرى أمام محكمة الدرجة الثانية ، فهذا بشرط أن يكون من مقتضاها إحالة الدعوى من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة

(٢٤) د . أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق - ص ٥٠٠ .

(٢٥) قد يبدو للبعض أن هذا الفرض مدرسى بحث لأن المسلم به أن أحكام المحكمة الجزئية - وما في مستواها - لا تستأنف إلا أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية . ومع ذلك فإنه يجب التسليم باحتمالات حدوث الفرض الذي نتكلم عنه وذلك في الواقع العملي نظرا لوجود شك في بعض الأحوال عن المحكمة المختصة . فالأحكام الموضوعية الصادرة من قاضي التنفيذ مثلا - وهو في مستوى المحكمة الجزئية - قد تستأنف أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أو أمام محكمة الاستئناف ، العالی ، بحسب ما إذا كانت قيمة المنازعة الموضوعية لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه أو تزيد على ذلك . ومن هنا فقد يساور الطاعن الشك حول أي من المحكمتين هو المختص فيرفع طعنه أمام إحداها ويكرره أمام الأخرى .

(٢٦) ولحسن الحظ فإنه مما يخفف من حدة المشكلة هنا أن إحدى المحكمتين ستكون غير مختصة وستصدر حكما بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة الأخرى المختصة خاصة وأن قواعد اختصاص محاكم الطعن من النظام العام ويجب - بالتالي - على القاضى إعمالها من تلقاء نفسه .

الثانية (٢٧) . وبناء عليه نتساءل عما إذا كان إعمال نظام الإحالة ممكناً إذا كانت الدعوى المرفوعة لاحقاً قد أقيمت أمام محكمة الدرجة الثانية .

فوفقاً لنظام الإحالة المصرى فإنه يجب إيداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التى رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه . ولا شبهة فى أنه لا تجوز مثل هذه الإحالة فى الفرض الذى نحن بصدده لما فى ذلك من إخلال بدرجات التقاضى ، إذ يودى الأخذ بها هنا إلى أن تنظر محكمة الدرجة الأولى طعناً بالإستئناف فى حكم صادر من محكمة الدرجة الأولى مثلها، وهو ما لا يجوز (٢٨) . ولذلك إذا لم يوجد حل آخر فسوف نفاجىء بتكرار للحكم فى قضيتين الدعوى فيهما واحدة مع ما ينطوى عليه ذلك من احتمال التناقض (٢٩) .

(٢٧) هذا الفرض أيضاً ليس نظرياً بحتاً . فمن المتصور أن يقدم طلب معين أمام محكمة الدرجة الأولى ثم يقدم نفس الطلب إلى محكمة الدرجة الثانية بمناسبة الطعن المرفوع أمامها كطلب جديد فى الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الدرجة الثانية (مادة ٢٣٥ / ٢ مرافعات) . ففى هذا الفرض كلتا المحكمتين مختصة بنظر ذات الطلب ولن يحول دون تكرار الحكم سوى نظام الإحالة لقيام ذات النزاع إذا توافرت مقترضاته .

كما يمكن القول أيضاً بأن الفرض الذى نحن بصدده يمكن أن يتواجد أيضاً فى الحالة التى يصدر فيها حكم فى الدعوى فيعاد عرضها على محكمة الدرجة الثانية من خلال الاستئناف وقبل ذلك يرفع أحد الخصوم ذات الدعوى مرة ثانية أمام محكمة أول درجة . فهنا أيضاً كلتا المحكمتين مختصة بالدعوى .

(٢٨) د . رمزى سيف ، المرجع السابق - بند ٣٢٦ .

(٢٩) ولحسن الحظ فإن هذا الحل الآخر موجود وهو نظام الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وذلك بعد صدور حكم موضوعى من إحدى المحكمتين . على أنه تبقى حالات لا يتم فيها إعمال هذا الدفع على نحو فعال . انظر فى نظام هذا الدفع : ما يلى - ص ٤٩ وما بعدها .

(٣٠) نصت على هذا الحل : المادة ١٠٢ مرافعات فرنسى .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي ينظم الإحالة في هذه الحالة على نحو يخالف قاعدة الأولوية المقررة للمحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً. فهو ينص في الفرض الذي نحن بصددده على أن الإحالة تجرى لمصلحة المحكمة الأعلى درجة بصرف النظر عما إذا كان النزاع قد رفع إليها أولاً (٣٠).

السبب الرابع : يفترض إعمال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أن تكون القضيتان مرفوعتين إستعمالاً لدعوى واحدة مما يقتضى وحدة السبب والموضوع والخصوم في كل منهما (٣١).

ولكن قد يحدث أن تتطابق الدعويان في السبب والخصوم بينما لا يحدث تطابق تام في الموضوع أو المحل ، وإنما يكون المطلوب في إحدى القضيتين مختلفاً عن المطلوب في الأخرى ، كأن يكون المطلوب في إحدهما أكبر أو أوسع من المطلوب في الأخرى (٣٢).

(٣١) د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ . ولكن قارن : د. أمينة النمر ، المرجع السابق - بند ٨٨ حيث ترى سيادتها أن اختلاف السبب ، في إحدى الدعويين عن الأخرى لا ينفي وحدة النزاع في واقع الأمر . وهي تستند في ذلك إلى أن المشرع أجاز تغيير سبب الدعوى لأول مرة في الاستئناف باعتبار أن الطلب به ليس جديداً ولا يغير موضوع الدعوى .

والحقيقة أنه لا يمكننا التضام مع هذا الرأي فدعوى الملكية التي تستند إلى العقد مثلاً جد مختلفة عن دعوى الملكية المستندة إلى الميراث ، وقد ترفض الأولى ويستجاب للثانية دون أن يكون ثمة تعارض بين الحكيمين .

(٣٢) من أمثلة ذلك أن يكون المطلوب في إحدى الدعويين عدة طلبات موضوعية (كالفسخ والتعويض) بينما يكون المطلوب في الأخرى طلب واحد فقط (الفسخ مثلاً) .

ويجيز الفقه المصرى الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع فى هذه الحالة إنطلاقاً من أن الدعوى تظل واحدة إذا استغرق محل إحدى الدعويين محل الأخرى (٣٣) .

إلى هنا وقد تبدو مسألة كون المطلوب فى إحدى الدعويين جزءاً من المطلوب فى الأخرى ليس من شأنها أن تثير أدنى مشكلة . فسوف يتم إعمال قاعدة الإحالة لقيام ذات النزاع ، ونتلافى - بالتالى - صدور حكمين فى ذات الدعوى .

والواقع أن هذا التصور لا يصدق فى إطلاقه . فإذا كان التخرىج السابق يصادف قبولا بشرط أن يكون اختصاص المحكمة التى عرض عليها النزاع أولاً يستوعب الدعوى التى عرضت مؤخرًا ، إلا أنه قد يدق الأمر إذا لم يتحقق هذا الشرط .

فعندما ترفع ذات الدعوى مرتين - مع اختلاف وحيد هو أن المطلوب فى المرة الأولى أوسع من المطلوب فى الأخرى - أمام محكمتين من نفس الطبقة أو الدرجة ، كأن كانت الدعويان داخليتين فى اختصاص محكمتين جزئيتين أو محكمتين إبتدائيتين ، فإن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لن يصطدم بعقبة عدم الإختصاص .

وحتى إذا اختلفت المحكمتان من حيث الطبقة بأن كانت إحداهما جزئية والأخرى إبتدائية ، فلن تصادف مشكلة حقيقية عند إعمال قواعد الدفع بالإحالة ، وذلك إذا كانت الدعوى التى رفعت أولاً هى التى تشمل

(٣٣) د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق - ص ٤٩٤ ، د. فتحى وائى ، المرجع السابق

- بند ١٨٩ .

على المحل الأكثر إتساعاً ، وهو ما يعنى فى هذا الفرض أنها رفعت أمام المحكمة الابتدائية . فهنا سيكون الدفع بالإحالة ممكناً ، إذ سيثور هذا الدفع أمام المحكمة الجزئية - باعتبارها المحكمة التى عرض عليها النزاع مؤخراً - . والتى ستحيل الدعوى الصغرى إلى المحكمة الابتدائية نظراً لإختصاصها بهذه الدعوى من باب أولى .

أما إذا كانت الدعوى التى رفعت أولاً هى الدعوى الصغرى وكانت - بالتالى - أمام المحكمة الجزئية ، فإن التنظيم القانونى للدفع بالإحالة يفرض على المدعى عليه تقديم هذا الدفع أمام المحكمة التى رفعت إليها الدعوى أخيراً ، وهى - فى فرضنا هذا - المحكمة الابتدائية . فهل تفيد المادة ١١٢ مرافعات دليلاً فى هذا الخصوص يسمح بإحالة الدعوى ذات المحل الأكثر إتساعاً من المحكمة الابتدائية إلى المحكمة الجزئية ؟

لا نعتقد من جانبنا أن عدم اختصاص المحكمة الجزئية فى هذا الفرض بالدعوى المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية سيجعل للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع هنا نصيباً من النجاح . فالدفع بالإحالة هنا يجب أن يثار أمام المحكمة الابتدائية - بوصفها المحكمة التى رفع إليها النزاع مؤخراً - وهى لا تحيل دعاوها إلى المحكمة الجزئية - وهى التى رفع إليها النزاع أولاً - إلا إذا كانت هذه الأخيرة مختصة بها ، وهو ما لا يتوافر هنا .

فى هذا الفرض إذن من المتصور استمرار المحكمتين على نحو صحيح فى نظر ذات الدعوى وصدور حكمين قد يكونا متعارضين (٣٤) .

(٣٤) اللهم إلا إذا وجدت وسيلة أخرى للحيلولة دون صدور حكمين فى ذات النزاع . ويمكن لنظام الوقف التعليقى للخصومة أن يلعب دوراً فى هذا الصدد ، بأن تقف =

ولعل عجز وسيلة الإحالة لقيام ذات النزاع - بالصورة التي يعرفها القانون المصري - عن مواجهة هذا الفرض الأخير هو الذي دفع المشرع الإيطالي إلى تنظيم فكرة قيام ذات النزاع في حالة استغراق محل إحدى الدعويين محل الأخرى كفكرة متميزة ذات كيان ذاتي هي فكرة إحتواء الدعاوى ، وجعل الأثر المترتب عليها هو الإحالة لصالح المحكمة التي عرضت عليها الدعوى أولاً بشرط أن تكون مختصة بكلتا الدعويين ، وإلا فالمعيار هو الإستغراق ، ومؤداه أن القاضى المعروض عليه الدعوى الكبرى هو الذى ينظر الدعويين معاً بغض النظر عن عرض عليه النزاع أولاً^(٣٥) .

= الخصومة أمام المحكمة التى رفعت أمامها الدعوى الأقل اتساعاً (المحكمة الجزئية فى الفرض محل البحث) لحين الفصل فى الدعوى الأكثر اتساعاً من المحكمة الأخرى (المحكمة الابتدائية) . انظر فى نظام الوقف التعليقى كوسيلة للوقاية من تعارض الأحكام : ما يلى ص ٤٠ وما بعدها .

وتجدر الإشارة إلى أن نظام الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها لا يصلح للوقاية من التعارض هنا . فمن ناحية أولى فإنه لم يصدر بعد حكم فى الدعوى المرفوعة أمام أى من المحكمتين . ومن ناحية ثانية فإنه حتى بعد الفصل فى إحداهما فإن الحكم الفاصل هذا لا يحول دون نظر الأخرى لأنها دعوى لها موضوع مختلف يحتاج إلى أن يفصل فيه بحكم مستقل ولا يغنى عن ذلك سبق الفصل فى موضوع الدعوى الأخرى الأكثر أو الاضيق اتساعاً .

انظر فى نظام الدفع بالحجية : ما يلى - ص ٤٩ وما بعدها .
(٣٥) انظر فى فكرة احتواء الدعاوى فى القانون الإيطالى والأثر الذى يترتب عليها : د . أحمد هندی ، ارتباط الدعاوى والطلبات فى قانون المرفعات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ١٩٩٥ - ص ٧٣ وما بعدها .

المبحث الثاني طلب حل تنازع الولاية أو الإختصاص

المطلب الأول

أهمية حل التنازع وحصر نطاق البحث

مهما تكن دقة القواعد التي تضع الحد الفاصل بين وظائف جهات القضاء المختلفة ، أو التي توزع الإختصاص بين محاكم الجهة الواحدة ، فإنه قد يحدث تنازع في الولاية أو في الإختصاص بسبب اختلاف النظر في تفسير بعض النصوص .

ولذلك قد يحدث أن تقام ذات الدعوى أمام جهتي قضاء . والمفروض أن إحداهما تكون مختصة والأخرى غير مختصة . ولكن بدلا من أن تحكم إحداهما بعدم الإختصاص والإحالة إلى الجهة الأخرى المختصة ، نجد أحيانا أن كلا من الجهتين قد تمسك بولايته بالدعوى . ويقترب من هذه الصورة - ولكن دون أن يختلط بها - حالة أن تقام ذات الدعوى أمام محكمتين تابعتين لنفس الجهة القضائية - وما يهمنا هنا هو جهة المحاكم تحديدا - وتمسك أيضا كل منهما باختصاصها بنفس الدعوى .

ولا شك في أن الإبقاء على هذا الوضع سوف يؤدي إلى صدور حكمين في الموضوع الواحد ، وهي نتيجة يجب التوجس منها خيفة . ففضلا عن مضار عديدة تنتج عنها (1) فإن أخطرها هو احتمال تناقض هذين الحكمين .

(1) نقصد بذلك زيادة أعباء القضاء دون مبرر ، ومضاعفة النفقات .

لذلك كان من المفيد علاج مشكلة التنازع على الولاية أو الإختصاص فى وقت مبكر، بحيث تتحدد الجهة أو المحكمة صاحبة الإختصاص وحدها قبل أن يصدر من أيهما أى حكم فى الموضوع . فإذا ما تحددت الجهة أو المحكمة المختصة ستنتهى الخصومة من أمام الأخرى بعد أن صارت غير مختصة ، وبذلك نضمن صدور حكم واحد فى الموضوع وينتفى بذلك أحد مفترضات التعارض (٢) .

ويلاحظ أننا نتناول حل مسألة التنازع هذه من باب وسائل ، الوقاية ، من ظهور مشكلة تناقض الأحكام وليس من باب العلاج . ذلك لأن اهتمامنا الأساسى هنا لا يتوجه إلى الحكمين الصادرين بالإختصاص - وصدورهما يفيد بحق نوعاً من التناقض بين حكمين إجرائيين (٣) - وإنما ينصب على ما قد ينتهى إليه هذا الوضع من إصدار أحكام قد تكون متناقضة فى الدعوى الواحدة (٤) . ولذلك فإن إيجاد وسيلة لحل هذا التنازع يعنى ، علاج ، تعارض حكمين صادرين فى مسألة الإختصاص و ، الوقاية ، من نشوء التعارض بين حكمين يصدران فى ذات الموضوع

(٢) أنظر فى أن صدور حكمين فى ذات النزاع يعد مفترضاً ضرورياً لقيام مشكلة التعارض : ما يلى - ص ٧٥ وما بعدها .

(٣) ولعل ذلك هو ما دفع البعض (انظر : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٣١ وبند ٨٨) إلى تناول مسألة التنازع على الإختصاص من زاوية القواعد المتعلقة بالتناقض القائم وليس المحتمل .

(٤) انظر فى أن مشكله التعارض تنحصر فى الأحكام الصادرة فى الموضوع : ما يلى - ص ٧٦ وما بعدها . وانظر - تحديداً - فى خروج الأحكام الصادرة دون الفصل فى الموضوع - وهو ما ينطبق على الأحكام الصادرة فى مسألة الإختصاص - من نطاق مشكلة التعارض : ما يلى - ص ٩٠ وما بعدها .

أو الدعوى الواحدة ، وهذا الهدف الثاني - أى الهدف الوقائي - هو ما يهمنا الآن .
وتقودنا الملاحظة السابقة إلى ملاحظة ثانية تتمثل فى أننا سنقتصر
على بحث وسائل حل النزاع ، الإيجابى ، على الولاية أو الإختصاص
دون النزاع ، السلبى ، . وتضييق دائرة البحث على هذا النحو يجد تبريره
فى ذات الإعتبارات التى جعلتنا نتكلم عن النزاع من باب الوقاية وليس
العلاج . فالنزاع الإيجابى على الولاية أو الإختصاص - الذى يفيد تمسك
كل جهة أو محكمة باختصاصها بذات الدعوى - هو الذى يمكن أن يفضى -
إذا تركناه دون حل - إلى صدور أحكام متناقضة فى موضوع الدعوى
الواحدة ، ولذلك فهو يستحق - بدون شك - التصدى له فى هذا البحث
المخصص لتعارض الأحكام الموضوعية . أما النزاع السلبى على الولاية
أو الإختصاص - الذى يتواجد عندما تقرر كل من الجهتين أو المحكمتين
عدم ولايتها أو اختصاصها - فهو لا يؤدي - بطريق اللزوم العقلى - إلى صدور
أحكام فى الموضوع بالمرّة ، وبالتالي لا تثار مشكلة التعارض أصلاً (٥) .

(٥) اللهم إلا إذا أردنا الحديث عن التعارض بين الأحكام الإجرائية . فلا شك أن
صدور حكيم بعدم الاختصاص ينطوى على نوع من التعارض - المنطقى -
بينهما خاصة إذا تأسس كل منهما على ثبوت الاختصاص للجهة أو المحكمة
الأخرى . على أنه مما يجعل هذا النزاع السلبى نادر الحدوث هو أن حكم عدم
الاختصاص يصاحبه . أو يجب أن يصاحبه - دائماً - فى صحيح القانون - حكم
آخر بالإحالة إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية ،
وعندئذ تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها (مادة ١١٠ مرافعات) .

هذا مع ملاحظة أن التعارض - إن جاز التعبير - بين الأحكام الإجرائية
لا يدخل فى نطاق التعارض الذى ينتظمه هذا البحث والذى تحكمه المادتان ٢٢٢
و٢٤٩ مرافعات . انظر فى ذلك : ما يلى - ص ٩٠ وما بعدها .

ومتى أوضحنا هذه المعانى فإن السؤال الذى سرعان ما يقفز إلى الذهن هو الآتى : هل أتى المشرع المصرى بتنظيم خاص لحل التنازع الإيجابى على الولاية أو الإختصاص وعلى النحو الذى يحول دون نشوء مشكلة تعارض الأحكام الصادرة فى الموضوع ؟

يبدو فى هذا الصدد أن المشرع المصرى لم يتوقع حدوث تنازع إيجابى على الإختصاص بين محاكم الجهة القضائية الواحدة - جهة المحاكم تحديداً - فلم يضع تنظيمًا خاصًا لحله . وعلى العكس بالنسبة للتنازع الإيجابى على الولاية بين جهات القضاء ، فقد توقعه المشرع ووضع قواعد لحله . وسوف نخصص لكل نوع من التنازع مطلبًا مستقلًا .

المطلب الثانى

حل التنازع الإيجابى على الولاية

أولاً : مضمونه :

يقوم هذا التنازع إذا كنا بصدد تعدد صورى لدعوى واحدة مقامة أمام جهة المحاكم وفى نفس الوقت أمام جهة قضائية أخرى كجهة القضاء الإدارى أو هيئة ذات اختصاص قضائى^(٦)، وحدث أن تمسكت كل من الجهتين بولايتها بالدعوى بأن رفضت دفعا بانتفاء الولاية .

(٦) وإذا كنا سنقتصر على هذا الغرض فى نطاق دراستنا المخصصة للقضاء المدنى ، إلا أنه من المفيد الإشارة إلى أن التنازع الإيجابى - وحتى السلبى - على الولاية يمكن أن يقوم أيضاً بين جهة القضاء الإدارى وهيئة ذات اختصاص قضائى ، أو بين هيئتين ذات اختصاص قضائى .

فطن المشرع إلى هذا التنازع وأوجد الوسيلة الفنية التي يمكن من خلالها فضه ، وهى طلب تعيين جهة القضاء المختصة (مادة ٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا) والذي يمكن تقديمه من أحد ذوى الشأن وذلك أمام المحكمة الدستورية العليا . وبناء على هذا الطلب سيصدر حكم يحدد الجهة المختصة (٧) .

ثانياً : تقديره :

يحمد لنظام طلب فض التنازع الإيجابي كما يعرفه المشرع المصرى خصيصته الوقائية فى مواجهة مشكلة صدور حكمين فى الدعوى الواحدة من المحتمل تعارضهما . فهذا الطلب يمكن المحكمة الدستورية - باعتبارها الهيئة القضائية العليا ولا تنتمى لجهة المحاكم أو جهة القضاء الإدارى - من إلزام كل جهة قضائية بحدود اختصاصها وبحيث لا يصدر فى الدعوى الواحدة إلا حكم واحد من إحداهما دون الأخرى ، وبالتالي لا تقوم لمشكلة التعارض قائمة إذا كان سببها هو قيام ذات الدعوى أمام جهتين قضائيتين إحداهما غير مختصة ورغم ذلك كانت ، تمسكة بالدعوى .

وتزداد أهمية الصفة الوقائية لهذا الحل إذا علمنا أنه يمارس دوره مبكراً بمجرد التأكد من قيام التنازع ، ثم يظهر أثر الوقاية واضحاً بمجرد إعلان الرغبة فى الحل .

فمن ناحية أولى يقبل طلب حل التنازع بمجرد رفض الدفع بانتفاء الولاية من الجهتين . فرغم أن الحكم بالولاية يعتبر حكماً غير منتهى

(٧) لمزيد من التفصيل حول مضمون حل التنازع الإيجابي على الولاية ، انظر:

د. أحمد زغلول، الموجز فى أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، التنظيم

القضائى ونظرية الاختصاص، ١٩٩١ - بند ٢٤٥ وما بعده .

لخصومة إلا أنه يمكن طلب حل النزاع بصدده وبمجرد صدوره . فمن المسلم به أن هذا الطلب ليس طريقاً من طرق الطعن في الأحكام (٨) ، وبالتالي لا تنطبق عليه القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢١٢ مرافعات والتي لا تجيز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها . وإنطلاقاً من نفس الفكرة - أي عدم اعتبار طلب حل النزاع طريقاً من طرق الطعن في الأحكام - فإن هذا الطلب جائز ولو لم يكن الحكم بالولاية نهائياً (٩) .

ولا شك أن القبول المبكر لطلب حل النزاع على هذا النحو من شأنه تعجيل هذا الحل ، وبالتالي تلافى مضار تكرار التعرض لذات الدعوى ومن بينها احتمال تكرار الحكم فيها وهو من مفترضات التعارض .

ومن ناحية ثانية فإنه يترتب على مجرد تقديم طلب تعيين الولاية وقف الخصومتين القائميتين أمام الجهتين القضائيتين المتمسكتين بالولاية وذلك بقوة القانون ولحين الفصل فيه (مادة ١٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا) (١٠) . فوقف الخصومتين مبكراً يضمن الفعالية تحكم الذي سيصدر في الطلب ، إذ أنه - أي الوقف - سيحول دون صدور أحكام في الموضوع إلى أن يفصل في الطلب وبعدها لن يصدر في موضوع إلا حكم واحد من الجهة التي اعتبرت وحدها صاحبة الاختصاص ، وبذلك نتجنب مفترضا رئيسياً من مفترضات التعارض وهو تعدد الأحكام في ذات الدعوى .

(٨) د. فتحي والي ، المرجع السابق - بند، ١١٦ وانظر حكم المحكمة الدستورية العليا وحكم محكمة تنازع الاختصاص المشار إليهما لديه هامش (١) ص ٢٠٠ تحت بند ١١٦ .
(٩) د. فتحي والي ، المرجع السابق - بند ١١٨ وهو يستند في ذلك إلى قضاء المحكمة الدستورية العليا .

(١٠) انظر في كيفية تحقق هذا الوقف والنقد الموجه له : د. فتحي والي ، المرجع السابق - بند ١٢٠ وهامش (١) ص ٢٠٦ تحت نفس البند .

على أن إيجابيات هذا الحل القضائي يجب ألا تجعلنا نغض الطرف عن بعض أوجه القصور فيه ، والتي تجعله عاجزاً عن مواجهة كافة الفروض المتصورة عند قيام ذات النزاع أمام جهة المحاكم وجهة قضائية أخرى . فهناك نقدان يمكن أن نوجههما إلى هذه الوسيلة .

النقد الأول الذى يوجه إلى الحل الذى نحن بصدده هو أنه يتطلب أن تكون الدعوى قائمة أمام الجهتين القضائيتين فى الوقت الذى يقدم فيه طلب حل التنازع . ولذلك قد يحدث أن تفصل إحدى الجهتين فى الموضوع وتزول - بالتالى - الدعوى من أمامها ، ثم يعرض ذات النزاع على الجهة الأخرى وتقضى باختصاصها . فى هذا الفرض لن يكون هناك محل لطلب تعيين الولاية . رغم أنه قد بات محتملاً أن تفصل الجهة الثانية - هى الأخرى - فى الموضوع وعندئذ سوف نكون أمام حكمين صادرين فى ذات النزاع مع ما ينطوى عليه هذا الوضع من احتمالية التعارض بينهما (١١) .

والنقد الثانى الذى ينال من فعالية الحل المتمثل فى طلب تعيين الولاية أن هذا الطلب لا يجوز تقديمه إلا إذا قضت كل من الجهتين باختصاصها ، بأن صدر عن كل منهما حكم برفض الدفع بانتفاء الولاية . ولنا أن نتصور الفرض الذى تأمر فيه إحداهما - أو كلاهما - بضم الدفع إلى الموضوع للحكم فيهما معاً (١٢) . فى هذه الحالة سيكون هناك تنازع

(١١) على أنه مما يخفف من حدة هذا النقد أن هناك وسيلة أخرى غير طلب تعيين الولاية يمكنها أن تقدم الحل الوقائى البديل . نقصد بذلك الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . ولكن انظر فى عجز هذه الوسيلة أيضاً فى بعض الأحيان : ما يلى - ص ٦٠ وما بعدها .

(١٢) فالمادة ١٠٨ مرافعات تسمح للمحكمة بأن تختار بين أن تحكم فى الدفوع الإجرائية - ومن بينها الدفع بعدم الاختصاص - على استقلال ، أو أن تضم هذه =

محتمل - إن لم نستطع أن نعتبره قائما - للولاية ولكن لا يسمح بتقديم طلب لعله . فقد يحدث بعد ذلك أن تقضى كل جهة بولايتها في نفس الوقت الذى تقضى فيه فى الموضوع مع ما يحتمل أن ينتج عن ذلك من تعارض بين الحكمين الموضوعيين .

خلاصة القول إذن أن طلب تعيين الولاية ليس - بتنظيمه الحالى - حلاً مثالياً يكفل تلافى تعدد الاحكام وتعارضها .

المطلب الثالث

حل التنازع الإيجابى على الاختصاص

أولاً : غياب الحل التشريعى :

على خلاف الصورة السابقة والتي تتمثل فى قيام ذات الدعوى أمام محكمتين تابعيتين لجهتين قضائيتين مختلفتين ، قد يحدث أن تقام الدعوى أمام محكمتين تتبعان جهة واحدة هي - فى بحثنا هذا - جهة القضاء العادى . وقد تأكد لنا من قبل ضرورة التخلص من هذا الوضع حتى لا تقضى المحكمتان فى نفس الموضوع ويصدر حكمان قد يتناقضان .

= الدفع إلى الموضوع وتحكم فيهما فى أن واحد وإن وجب عليها عندئذ بأن تبين ما حكمت به فى كل منها على حدة . ولكن جدير بالاعتبار الرأى الذى يقول بتوافر التنازع إذا كانت إحدى الهيئتين التى تنظر الدعوى أو المنازعة قد أصدرت حكماً أو قراراً باختصاصها وأحيطت به الهيئة الأخرى ورغم هذا استمرت فى نظر الدعوى أو حجزتها للحكم فيها . فهنا يمكن القول بوجود قضاء ضمنى بالاختصاص . انظر فى هذا الرأى : د . أمينة النمر ، قوانين المرافعات ، الكتاب الأول ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ - بند ١١٥ .

والفرض الذى نريد التعرض له الآن هو أن إحدى المحكمتين
التابعتين لجهة المحاكم مختصة بينما الأخرى غير مختصة . وقد يبدو أن
الحل الواقى من صدور حكمين فى موضوع النزاع فى هذا الفرض ميسرا .
ففى قواعد الدفع بعدم الاختصاص ما يضمن قيام الدعوى أمام محكمة
واحدة هى المحكمة المختصة دون الأخرى .

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه - والذى ينحصر فيه تحديدا نطاق
بحثنا - هو الآتى : ماذا لو أخطأت المحكمة الأخرى هذه وتمسكت
باختصاصها ؟ لا شك أنه فى هذه الحالة نكون بصدد تنازع فى
الاختصاص . وهو تنازع إيجابى يمكن أن يفضى - إذا ترك على حاله -
إلى صدور حكمين فى الموضوع مع احتمال تناقضهما . لذلك لا يجب أن
يترك المشرع الإجابة على هذا السؤال بدون حل وقائى .

ولكن الحاصل أنه بينما وضع المشرع هذا الحل عند قيام التنازع
الإيجابى بين جهات القضاء فإننا نجد قد أغفل عن وضع حل مقابل فى
حالتنا هذه .

ثانياً : الحلول المقترحة :

على أن غياب التنظيم الخاص لحل تنازع الاختصاص يدفعنا إلى
البحث عن حلول أخرى جزئية لعلنا نجد لها سنداً من النصوص .

الحل الأول الذى يمكن أن يطفو إلى سطح الذهن هو إعمال قواعد
الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع . فالفرض أننا أمام دعوى واحدة مقامة
أمام محكمتين تتبعان جهة القضاء العادى وإحدهما مختصة قانونا
والأخرى وإن لم تكن مختصة وفقا للقواعد القانونية الصحيحة إلا أنها
متمسكة بالإختصاص . فهل يمكن والحال كذلك اعتبار أن الدعوى مقامة
أمام محكمتين مختصتين وبالتالي لا مانع من التمسك بالإحالة لقيام ذات
النزاع ؟

قد يبدو هذا الحل ممكناً إذا كانت المحكمة المتمسكة - خطأ -
باختصاصها هى التى رفعت إليها الدعوى مؤخرا . فهى المحكمة التى
يجب تقديم الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمامها، وهى ملزمة بقبول

الدفع بالإحالة دون أية سلطة تقديرية من جانبها ، على فرض عدم سقوط حق المدعى عليه في استعماله (١٣) . ولكن هل يمكن قانوناً إعمال هذا الحل إذا حدث العكس بأن كانت المحكمة المتمسكة - خطأ - باختصاصها هي التي رفعت إليها الدعوى أولاً ؟ لا أعتقد أن القانون يسمح للمحكمة الأخرى - وهي المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً وبالتالي يجب تقديم

(١٣) ورب معترض على منطوق هذا الحل يقول: كيف يدفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة ثم يبنى بعد ذلك دفعه بالإحالة لقيام ذات النزاع على أساس أنها محكمة مختصة ؟ أليس في ذلك جمع - غير مقبول منطقياً - بين تقييذين ؟ والرد على ذلك أنه بعد أن رفضت المحكمة الدفع بعدم الاختصاص لم يعد أمام المدعى عليه سوى الأذعان ، وفي نفس الوقت صار له الحق في استعمال الدفوع المناسبة التي ينتجها الوضع الجديد ومن بينها الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع . فقد صارت المحكمة مختصة ، بنظر هذا الدفع .

كذلك رب معترض يقول: أنه وإن توافرت مفترضات الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع بعد الحكم بالاختصاص ، إلا أن قبول هذا الدفع قد يصطدم بعقبة إجرائية هي سقوط حق المدعى عليه في التمسك به ، فهو دفع إجرائي كان عليه إيدائه مع سائر الدفوع الاجرائية الأخرى . ونظراً لأنه سبق وإبدى الدفع بعدم الاختصاص فإنه يعتبر متنازلاً عن باقي الدفوع الاجرائية ومن بينها الدفع محل البحث . والرد على ذلك أن المدعى عليه يمكنه ان يثير الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع وذلك على سبيل الاحتياط في الوقت الذي يدفع فيه بعدم الاختصاص كدفع أصلي إن صح التعبير . فعندئذ لن يصطدم الدفع بالإحالة بعقبة عدم القبول . وحتى على فرض أنه لم يحدث هذا الوضع فلم يكن من بين دفوع المدعى عليه الاجرائية التي ابدائها في البداية الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع ، فإنه يمكن القول بأنه يحق للمدعى عليه ابداء هذا الدفع بعد الحكم بالاختصاص نظراً لأن مبرر هذا الدفع لم ينشأ إلا بعد هذا الحكم .

وأخيراً فإنه جدير بالتأمل الرأي الذي يشترط لقبول الاحالة لقيام ذات النزاع أن تكون المحكمة المعالة إليها الدعوى مختصة . أما المحكمة المطلوب الاحالة منها فليس ثمة ما يمنع الخصم من أن يدفع بإحالة الدعوى منها ولو كانت غير مختصة . انظر في هذا الرأي : د. رمزي سيف ، المرجع السابق - بند ٣٢٦ .

الدفع بالإحالة أمامها - وهي محكمة مختصة بأن تتخلى عن الدعوى وتحيلها لمحكمة غير مختصة . فلا خلاف على أنه من شروط الإحالة أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة من جميع الوجوه (١٤) . ولا يصح أن ينال من هذا الإعتقاد صدور حكم بالاختصاص أو بمعنى أدق برفض الدفع بعدم الاختصاص . فهذا الحكم الإجرائي لا يقيد غير المحكمة التي أصدرته ، بل وفي داخل الخصومة التي صدر فيها ، ودون أن يكون له تأثير في حق المحكمة الأخرى في التمسك بوجهة نظرها العكسية .

خلاصة هذا الحل الأول إذن أنه لا يصلح لمواجهة كافة فروض تنازع الاختصاص الإيجابي (١٥) .

الحل الثاني الذي يحتمل أن يكون المشرع قد تصور كفايته لفض التنازع الإيجابي في الاختصاص ، هو قواعد الطعن في الحكم الصادر خطأ - بالاختصاص (١٦) . فعن طريق إلغاء الحكم الصادر بالاختصاص من المحكمة غير المختصة ، وذلك من خلال طرق الطعن ، يزول قيام ذات الدعوى في نفس الوقت أمام محكمتين ، وتزول بالتالي احتمالات صدور حكمتين في الموضوع وتعارضهما .

وقد كان يمكن أن يكتب النجاح لهذا الحل إذا كان النظام القانوني يسمح به كحل وقائي ، وهو ما لم يحدث . فقواعد الطعن في الأحكام تسمح بطبيعة الحال بالطعن في الحكم الصادر خطأ في مسألة اختصاص ، بل إن الطعن استناداً إلى هذا السبب جائز أمام المحكمة الإستئنافية ولو كان

(١٤) د. رمزي سيف، الإشارة السابقة.

(١٥) هذا فضلاً عن المثالب الأخرى لنظام الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع - على

فرض جواز استخدامه - والتي سبق التعرض لها . أنظر في تقدير هذا الدفع . ما

سبق - ص ١٦ وما بعدها .

(١٦) أشار إلى احتمالية هذا الحل : د. فتحي والي ، المرجع السابق - بند ١٩٠ .

الحكم صادراً بصفة إنتهائية (١٧) . ولكن سوف تتلاشى الصفة الوقائية لهذا الحل بالنظر إلى أن الحكم الصادر برفض الدفع بعدم الإختصاص يعد حكماً صادراً أثناء سير الخصومة ولا يقبل الطعن المباشر فيه ، فهو ليس من بين الإستثناءات التى أتى بها المشرع فى المادة ٢١٢ مرافعات والتي سمحت بالطعن المباشر فى بعض الأحكام غير المنهية للخصومة ومنها ، الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، والإحالة بينما الفرض الذى نحن بصدده يتمثل فى «حكم صادر بالاختصاص» .

وهكذا يتضح لنا قصور الوسائل الفنية التى تطويعها نصوص القانون المصرى بين جنباتها عن بلوغ الغاية التى نسعى إليها وهى توفى ظهور مشكلة تعارض الأحكام والتي يمكن أن تنشأ من فرضية أخرى هى اختصاص محكمتين معاً بنظر النزاع رغم أن إحداهما فى الحقيقة غير مختصة ولكنها تمسكت باختصاصها .

ولم يعد بعد ذلك إلا ، علاج ، المشكلة فى مرحلة لاحقة ، إما من خلال الطعن فى الحكم بسبب صدوره بالمخالفة لقواعد الاختصاص ، وإما بسبب صدوره فى الموضوع متعارضاً مع حكم آخر سبق صدوره فى ذات النزاع (١٨) .

(١٧) انظر : المادة ١/٢٢١ مرافعات معدلة بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . مع ملاحظة ضرورة أن تكون قاعدة الاختصاص التى تمت مخالفتها متعلقة بالنظام العام وهو ما يصدق على كافة قواعد الاختصاص النوعى أو القيمى وعلى بعض قواعد الاختصاص المحلى .

(١٨) ولكن ليس معنى ذلك أن هذه الحلول العلاجية سوف تكون دائماً متاحة . فعندما يكون طريق الطعن الواجب الاتباع هو النقض فإنه قد لا يكون متاحاً سوى استناد الطعن إلى وجود تعارض . أما الاستناد إلى مخالفة قواعد الاختصاص فإنه لا يكون متاحاً إلا إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً عن محكمة استئناف ، على .

المبحث الثالث الوقف التعليقي للخصومة

أولاً : ضرورته :

سبق أن تحققنا - وسوف نزداد تحققاً - من أن تعارض الأحكام يمكن أن يحدث نتيجة قيام دعويين ليستا متحدتين فيما بينهما لكن بينهما توافق بحيث أن القرار الصادر في إحداهما يجب أن يؤثر بالضرورة على القرار الصادر في الأخرى، ونقصد بذلك تحديداً أن يكون موضوع إحدى الدعويين مسألة كلية شاملة بينما موضوع الأخرى حقاً متفرعاً من هذه المسألة، مع اتحاد الدعويين بعد ذلك في السبب والخصوم. فإذا توزعت هاتان الدعويان بين خصومتين مستقلتين أمام محكمتين مختلفتين لتنظراً منفصلتين، فإن خطر تعارض الأحكام يصبح أكثر احتمالاً .

لذلك يحرص المشرع على الجمع بين مثل هاتين الدعويين في خصومة واحدة بحيث يتم تحقيقهما والفصل فيهما في نفس الوقت بواسطة محكمة واحدة . وتلعب فكرة وحدة الخصومة أو تجميع عناصر النزاع في خصومة واحدة دوراً هاماً في هذا الصدد .

ولكن نظراً للإعتبارات الهامة التي تبني عليها قواعد الولاية والإختصاص ، فإن القانون قد يعطل أحياناً فكرة تجميع عناصر النزاع ويضطرنا إلى طرح الدعويين السابق وصفهما أمام محكمتين مختلفتين . ولكن حتى في إطار هذا الإستثناء يجب أن توضع الضوابط التي تضمن تناسق السير في الخصومتين بحيث لا يتم الفصل في إحداهما إلا بعد الفصل في الأخرى والتعرف على القرار الصادر فيها .

والضابط الذى أتى به المشرع فى هذا الصدد هو فكرة « وقف الخصومة لحين الفصل فى المسألة الأولية » . فطبقا لنص عام هو نص المادة ١٢٩ مرافعات ولنصوص أخرى خاصة (١) ، أنه إذا كان القضاء الذى مضمون الدعوى المقامة أمام المحكمة يستلزم الفصل أولا فى دعوى أخرى يكون مضمونها بمثابة مسألة أولية بالنسبة للدعوى الأصلية ، وكانت قواعد الولاية أو الإختصاص لا تسمح بامتداد إختصاص المحكمة إلى هذه المسألة ، فإن لها أن توقف الفصل فى الدعوى الأصلية لحين الفصل فى المسألة الأولية من المحكمة المختصة .

فنفذنا لأن الحكم القضائى عبارة عن عمل منطقى ، فإنه إذا تبين للقاضى أن الفصل فى المسألة الأصلية يستلزم الفصل أولا فى مسألة فرعية ، فإنه سيقوم أولا بالفصل فى هذه الأخيرة إذا كانت تدخل فى إختصاصه ثم ينتقل بعد ذلك للفصل فى المسألة الأصلية دون حاجة إلى وقف الخصومة . أما إذا كان الفصل فى هذه المسألة الفرعية التى تمثل مسألة أولية تخرج من إختصاصه ، فإنه لن يستطيع - منطقيا - الفصل فى الدعوى الأصلية إلا بعد الفصل فى هذه المسألة الفرعية . ولحين صدور الحكم فى هذه الأخيرة يصبح منطقيا - أيضا - وقف الخصومة التى تحتوى على الدعوى الأصلية . فإذا ما صدر الحكم فى المسألة الأولية استأنفت خصومة الدعوى الأصلية سيرها وقد توافر المفترض الضرورى اللازم للفصل فيها على نحو يجعل خطر تعارض الأحكام مستبعدا إلى حد كبير .

(١) نقصد بذلك نص المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية ، المادة ٢٦٤ إجراءات جنائية ، والمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، والمادة ٨٣٨ مدنى .

ثانياً: تطبيقاته :

من تطبيقات قاعدة الوقف - والمسمى التعليقي (٢) - هنا :

١ - الوقف لحين الفصل في الدعوى الجنائية . فمن القواعد المستقرة أنه إذا رفع من ناله ضرر من الجريمة دعواه بطلب التعويض إلى المحكمة المدنية ، فإنه يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها (مادة ٢٦٥ إجراءات جنائية) .

٢ - الوقف لحين الفصل في الدعوى الإدارية . فحين يكون الفصل في الدعوى المدنية يتطلب - بطريق اللزوم العقلي - أن يتم الفصل أولاً في دعوى إدارية - كما لو أثبتت مسألة جنسية أو بطلان قرار إداري - وجب على المحكمة المدنية أن توقف الفصل في الدعوى التي أمامها لحين الفصل في المسألة الأولية من جهة القضاء الإداري (مادة ١٦ من قانون السلطة القضائية) .

٣ - الوقف لحين الفصل في دعوى مدنية أخرى . الفرض الآن أن الدعوى المدنية مرفوعة أمام المحكمة الجزئية وقدم إليها دفع ينطوي على دعوى فرعية مضمونها يعتبر مسألة أولية تدخل في اختصاص المحكمة

(٢) المعروف أن وقف الخصومة ينقسم إلى تقسيمات عدة منها تقسيم الوقف إلى جزائي وتعليقي . ويكون الوقف - خاصة القضائي - جزائياً إذا رأت المحكمة وقف الدعوى لمدة لا تجاوز ستة أشهر نتيجة تخلف المدعى عن ايداع المستندات أو القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة (مادة ٩٩ مرافعات) . أما الوقف التعليقي فهو قد يكون قضائياً وقد يكون بقوة القانون . وهو يسمى تعليقياً لأن المحكمة تعلق الفصل فى الدعوى التى أمامها لحين الفصل فى مسألة أولية من محكمة أخرى .

الإبتدائية (٣) . فهنا يجب على المحكمة الجزئية وقف الفصل في الدعوى التي أمامها لحين الفصل في الدعوى الفرعية من المحكمة الإبتدائية . مثال ذلك وقف الفصل في دعوى القسمة لحين الفصل في دعوى الملكية الداخلة في اختصاص المحكمة الإبتدائية (مادة ٨٣٨ مدنى) . ويمكن أن يدخل تحت هذا البند أيضا وقف الفصل في الاستئناف لحين الفصل في دعوى التزوير الأصلية (٤) .

٤ - الوقف لحين الفصل في الاستئناف . ومفترضات هذا الوقف متميزة . فهو يفترض صدور حكم إبتدائي في مسألة أساسية وتمثل نهائيته مفترضا ضروريا ولازما للفصل في الدعوى المبتدأة المرفوعة بحق جزئي يتوقف ثبوته أو انتفائه على ثبوت الحق الذي تضمنته المسألة الأساسية المقضى فيها إبتدائيا . فحتى يمكن الإعتماد على الحكم الصادر في المسألة الأساسية يجب أن يكون هذا الحكم نهائياً (مادة ١٠١ اثبات) ، ولذلك ستكون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الفرعية مضطرة إلى وقف الفصل فيها لحين صيرورة الحكم في المسألة الأساسية نهائيا بفوات ميعاد الطعن

(٣) حصرنا البحث في هذا الفرض على النحو المذكور في المتن، نظراً لأنه إذا كانت الدعوى الأصلية من اختصاص المحكمة الإبتدائية فإنها ستكون مختصة بالفصل في المسألة الفرعية الداخلة بحسب الأصل في اختصاص المحكمة الجزئية، بينما العكس غير صحيح . ولذلك فإن المسألة الفرعية التي ستثور أمام المحكمة الإبتدائية لن تكون مسألة أولية بالمعنى الفنى الدقيق، فهذا المعنى ينصرف إلى مسألة ليس فقط مما يجب الفصل فيها أولاً وإنما يجب أيضاً أن تكون خارجة دائماً من اختصاص المحكمة المعروض أمامها الدعوى الأصلية .

(٤) وذلك حين قيام الخصومة في مرحلة الاستئناف وتوقف الفصل فيها على الفصل في الإدعاء بالتزوير ضد آخرين ممن يفيدون من المحرر ولا يجوز اختصاصهم لأول مرة في هذه المرحلة . فهنا يجب الالتجاء إلى دعوى التزوير الأصلية مع وقف نظر الاستئناف حتى يفصل بحكم تكون له قوة الأمر المقضى . انظر : نقض ٨٧/٥/٢٦ مشار إليه لدى : عز الدين الدناصورى وحامد عكاز ، التعليق على قانون المرافعات، الطبعة السابعة ، ١٩٩٢ ، ص ٥٦٤ .

فيه دون استئنافه أو بعد استئنافه فعلاً والفصل فيه من المحكمة الإستئنافية (٥) .

ثالثاً : تقديره :

إذا كان التعجيل بحسم المنازعات - وهو من الأهداف التي يحرص التشريع الإجرائي على بلوغها - جعل المشرع لا يتحسس كثيراً لوقف الخصومة ، إلا أنه كان مضطراً إلى اعتماده كوسيلة ضرورية لحسن سير العدالة وللحيلولة دون تعارض الأحكام .

وبالفعل فإنه يحمّد لنظام وقف الخصومة التعليقي قدرته - عند إعماله بنجاح - على أن يكون خط دفاع ضروري ضد نشوء مشكلة التعارض . بل إن أهميته تزداد بالنظر إلى عجز وسائل الوقاية الأخرى عن القيام بدورها في بعض الأحيان ويكون وقف الخصومة هو الملاذ الوحيد والأخير .

فالفرض أننا أمام دعويين غير متطابقتين ، ولذلك فإن نظام الإحالة لقيام ذات النزاع ليس له محل من التطبيق . والفرض أيضاً أن قواعد الولاية والإختصاص تجعل كل محكمة مختصة اختصاصاً قاصراً بإحدى الدعويين ، ومن هنا فإن قواعد تجميع عناصر النزاع في خصومة واحدة تعجز هي الأخرى عن جمع شملهما أمام محكمة واحدة للفصل فيهما معاً (٦) . والفرض أيضاً أنه لم يفصل في إحداها حتى يكون الحكم

(٥) انظر في اعتبار الوقف هنا لازماً لمنع تعارض الأحكام : د. فتحي والي ، المرجع السابق - هامش (٢) ص ٥٨٤ تحت بند ٣١٦ . وانظر في وجود التزام بالوقف في هذه الحالة والاسانيد الفنية للوقف وتكييفه القانوني : د. أحمد زغلول ، الحجية الموقوفة ، الطبعة الثانية - بند ١١٢ وما يليه .

(٦) هذا فضلاً عن أن قواعد حل التنازع على الولاية أو الاختصاص لا تنطبق أيضاً على الحالة محل البحث، إذ الفرض أن كل محكمة مختصة قانوناً بالدعوى القائمة أمامها .

الصادر فيها تحت نظر الأخرى لإعمال مضمونه في الحدود التي يتوجب فيها ذلك ، وبالتالي لا يكون للدفع بالحجبة هنا أثارة من منطق .

ولكن إذا كانت كل هذه الإعتبارات تجعلنا نسلم بأنه لا مناص من أن يتم الفصل في المسألة الأولية من خلال خصومة مستقلة خارج المحكمة التي تضطلع بمهمة الفصل في الدعوى الأصلية التي ثارت هذه المسألة الأولية بمناسبةها ، إلا أن هذا الإستقلال لا يجب أن يؤدي إلى استمرار كل محكمة في السير في الخصومة التي أمامها . فمثل هذا الوضع - فضلا عن عدم منطقيته من ناحية أن محكمة الدعوى الأصلية في حاجة إلى الوقوف على ما قضى به في المسألة الأولية باعتبار ذلك مفترضا ضروريا - يمكن أن يفضي إلى حدوث تعارض بين الأحكام . يكفي مثلا أن نتصور شناعة التناقض حين تقضى المحكمة المدنية بإلزام المتسبب في الخطأ بتعويض المضرور ثم تقضى المحكمة الجنائية بعد ذلك بالبراءة على أساس انتفاء التهمة . والوسيلة الفنية التي يمكنها تلافي هذا النوع من التعارض هي أن تتوقف المحكمة المدنية عن نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى الجنائية بحكم يحوز قوة الأمر المقضى ، ثم تقوم بالفصل في الدعوى المدنية معتدة بالنتائج التي خلص إليها الحكم الجنائي . فعندئذ لن يتصور - وعند إعمال صحيح القانون - أن تقوم المحكمة المدنية بالحكم بالتعويض رغم انتفاء التهمة (٧) .

وإذا كان يحمد للتنظيم القانوني لوقف الخصومة لحين الفصل في المسألة الأولية أنه كفل لهذا الوقف الفعالية التي تجعله قادرا على توقي

(٧) اللهم إلا إذا كان انتفاء التهمة مرجعه عدم ثبوت القصد الجنائي مثلاً بينما الحكم بالتعويض لا يتطلب هذا القصد أو كان مبنياً على المسؤولية الموضوعية مثلاً .

مسألة التعارض ، حين جعل الوقف وجوبيا في بعض الأحوال ، وحين جعل الحكم بالوقف حكما قطعيا لا يجوز للمحكمة أن تعدل عنه فتفصل في الموضوع قبل الفصل في المسألة الأولية وبحكم نهائي ، وحين جعل من الوقف التعليقي قاعدة عامة ليست محددة بحالات بصرية وإنما ترك للمحكمة سلطة الأمر بالوقف في كل حالة ترى فيها - ولو من تلقاء نفسها ودون حاجة لدفع بذلك من أحد الخصوم - تعليق حكمها على الفصل في مسألة أولية ، إلا أن هذه المزايا لا يجب أن تحجب عنا الحجم الحقيقي لهذه الوسيلة وما يعترئها من قصور في مجال توقي تعارض الأحكام .

فالنقد الأول الذي يمكن توجيهه إلى هذه الوسيلة هو أنها ذات دور محدود . هذا الدور المحدود الذي يلعبه نظام الوقف التعليقي يتكشف من خلال مفترضات هذا النظام نفسه ، والتي تتمثل أساسا في أن الدعويين مختلفتان . وإذا كان هذا الاختلاف لا يمنع من إنتاج مشكلة التعارض في بعض الأحيان عند وجود بعض العناصر المشتركة بين الدعويين ، إلا أنه لا يجب أن يغيب عن الذهن أن الأعم الأغلب من حالات التعارض ينجم أساسا عن تكرار الفصل في دعوى واحدة رفعت مرتين .

كما أن هذا الدور المحدود يتكشف أيضا من خلال الدور الواسع الذي تلعبه قواعد الارتباط وتركيز عناصر النزاع في خصومة واحدة ، بحيث لم يعد يستعصى على هذا التركيز سوى حالة المسائل الأولية بالمعنى الفني الدقيق .

والنقد الثاني الذي يمكن توجيهه إلى نظام الوقف التعليقي أنه

حتى عندما تثور الحاجة إلى أن يلعب هذا النظام دوره في توقي نشوء مشكلة التعارض فإن التوفيق قد لا يحالفة لعدة أسباب .

فمن ناحية أولى نجد أن تقدير لزوم الفصل في المسألة الأولية قبل الفصل في الدعوى الأصلية يرجع لتقدير المحكمة كقاعدة عامة . فحتى في الحالات التي ينص فيها القانون على الوقف لحين الفصل في المسألة الأولية فإن ترتيب هذا الوقف مشروط بأن تقدر المحكمة أولاً ضرورة الفصل في هذه المسألة قبل الفصل في الموضوع (٨) . فإذا أخطأت المحكمة التقدير فإن احتمال تعارض حكمها مع الحكم الذي سيصدر في المسألة الأولية بعد ذلك قد يكون أمراً محتملاً . ومما يزيد من وقوع هذا الإحتمال أن الحكم الصادر من المحكمة برفض الوقف لا يعد منهيًا للخصومة وبالتالي لا يمكن الطعن فيه فور صدوره وقبل الفصل في الموضوع ولا يدخل في باب الإستثناءات التي يسمح فيها المشرع بالطعن المباشر (٩) .

ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان قرار الوقف يعتبر قطعياً وبالتالي

(٨) ومع ذلك فقد توجد حالات يوجب فيها القانون وقف الفصل في الموضوع دون أن يكون للمحكمة سلطة تقديرية . من ذلك مثلاً حالة رفع الدعوى المدنية بالتعويض في ظل قيام الدعوى الجنائية . فالبيان أن نص المادة ٢٦٥ إجراءات جنائية يجرّد المحكمة المدنية من أي سلطة تقديرية بخصوص ضرورة وقف خصومة التعويض لحين الفصل في الدعوى الجنائية بحكم نهائي .

(٩) فإرادة المشرع في المادة ٢١٢ مرافعات واضحة في أن الطعن المباشر يكون جائزاً في الحكم الصادر بالوقف دون الصادر برفض الوقف .

لا يجب الفصل في الموضوع لحين استصدار الحكم النهائي في المسألة الأولية ، إلا أن المشرع قد يسمح للمحكمة بأن تفصل في الدعوى بحالتها إذا قصر الخصم في استصدار هذا الحكم (مادة ١٦ / ٢ من قانون السلطة القضائية) . معنى ذلك انه إذا صدر الحكم في المسألة الأولية بغد ذلك فقد ينطوى على مضمون يتعارض مع ما قضى به في الدعوى الأصلية بحالتها ويتطلب علاجاً . ويقترب من هذا الوضع أيضاً أن تكون الدعوى المدنية مرفوعة بالتعويض إلى المحكمة المدنية ولم يتم رفع الدعوى الجنائية لا قبل ذلك ولا أثناء السير فيها (١٠) . فهنا أيضاً ستضطر المحكمة المدنية إلى الفصل في الدعوى بحالتها ، وقد يصدر الحكم الجنائي بعد ذلك منطقياً على معنى متعارض - من الناحية المنطقية - مع الذي انتهت إليه المحكمة المدنية في قضائها .

(١٠) يلاحظ أن المادة ٢٦٥ إجراءات جنائية لا توجب وقف الفصل في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية إلا إذا كانت الدعوى الجنائية مقامة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها . كما يلاحظ أنه لا تأثير للأحكام المدنية على المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها (مادة ٤٥٧ إجراءات جنائية) وفيما عدا ذلك يلتزم القاضى الجنائى بحكم المحكمة المدنية النهائية في المسائل الفرعية التى تعرض أمام القاضى الجنائى . انظر : د. عبد الحميد الشواربى ، حجية الأحكام المدنية والجنائية فى ضوء القضاء والفقہ ، منشأة المعارف ، ١٩٩٠ - ص ٣٩٧ .

المبحث الرابع

الدفع بالحجية

(أو الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها)

تمهيد :

تكون مشكلة تعارض الأحكام ممكنة - ولا نقول مؤكدة - الحدوث إذا تكرر الحكم فى دعوى واحدة تكرر رفعها . إذ ليس هناك ما يضمن تطابق الحكمين فى هذه الحالة . ولذلك يمكن توفى التعارض إذا تفادينا - من الأصل - تكرار الحكم ؛ أى إذا لم يكن للشخص مكنة اللجوء إلى القضاء للفصل فى الدعوى إلا مرة واحدة ، وبعدها يمتنع على القاضى النظر فى هذه الدعوى التى سبق - له أو لغيره - الفصل فيها .

كما تكون مشكلة التعارض ممكنة الحدوث أيضا إذا تم الفصل فى دعوى معينة تنطوى على مسألة أساسية ثم رفعت بعد ذلك دعوى أخرى بحق آخر جزئى استناداً إلى ما قضى به فى المسألة الأساسية . فى هذه الحالة لا يوجد مبرر يحول دون مكنة اللجوء إلى القضاء للفصل فى الدعوى الثانية ، فلم يسبق الفصل فى الحق المرفوعة به هذه الدعوى الأخيرة . ولكن إذا لم يتقيد القاضى هنا بالنتائج الموضوعية التى وصل إليها الحكم السابق فسوف تكون العاقبة هى التعارض .

وهكذا يتضح لنا أهمية احترام الحكم الذى يصدر فى الدعوى من خلال عدم تكراره وضرورة التقيد بمضمونه فى الدعاوى الأخرى المتفرعة . إذ ينبى على فرض القانون لهذا الإحترام تحجيم مشكلة التعارض إن لم يكن الحيلولة دون نشوئها .

ولذلك يبدو طبيعياً أن نتساءل عما إذا كان المشرع يتبنى هذا التصور ويتضمن الوسائل الفنية الكفيلة بتحقيق الهدف الذى نسعى للوصول إليه وهو الحيلولة دون تناقض الأحكام .

من الهين اللين على الباحث فى فقه المرافعات أن يكشف عن إرادة المشرع الواضحة فى الرد على هذا التساؤل بالإيجاب من خلال إعماله لإحدى الوسائل الإجرائية لفرض هذا التصور على الخصوم والقاضى معاً ، وذلك فى المادة ١١٦ مرافعات بقولها : « الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ، وكذلك من خلال إقراره لقاعدة حجية الأمر المقضى وذلك فى المادة ١٠١ إثبات والتي تنص على أن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة ... » .

ودون الدخول فى تفاصيل فكرة حجية الأمر المقضى من حيث تعريفها وأساسها ونطاقها ، وهو ما يتجاوز إطار هذه الدراسة (١) فإننا نكتفى - منظوراً للأمر من زاوية القدر اللازم لاستكمال البحث الذى نحن بصدده - برصد النظام القانونى لوظيفة الحجية . وحجية الأمر المقضى تحقق وظيفتها - كما سيتبين - عن طريق أثرين أحدهما سلبى والآخر

(١) انظر فى استعراض هذه الموضوعات : د. وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ، منشأة المعارف ، ١٩٧٤ - ص ٢١٠ وما بعدها ، د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٨٢ وما بعده ، د. أحمد السيد صاوى ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه ، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ ، د. أحمد زغلول ، أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ؛ د. أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، الطبعة الرابعة ، ١٩٩٤ (قام بتحديثها د. طلعت محمد دويدار) ، منشأة المعارف ص ٣٦٣ وما بعدها .

إيجابي ، لكل خصوصيته . كما أن الحكم القضائي الذي يحوز هذه الحجية له شرطان لكل أيضا أهميته .

وسوف نتكلم عن آثار الحجية في مطلب أول، ثم عن شروط الحكم الذي يحوز الحجية في مطلب ثان، وأخيرا - وفي مطلب ثالث - سوف نتناول تقديرنا لنظام الدفع بالحجية من حيث قدرته على تلافى تعارض الأحكام .

المطلب الأول آثار الحجية

الفرع الأول

عدم جواز رفع نفس الدعوى بعد الفصل فيها
(الأثر السلبي)

لعل احترام الحكم الذي يحوز الحجية يبدو أولاً في أثر سلبي هو عدم جواز تكرار الدعوى . فمتى رفعت الدعوى وصدر حكم فاصل في موضوعها امتنع على الخصوم معاودة اللجوء إلى القضاء برفع نفس الدعوى مرة أخرى ، وامتنع على القضاء إصدار حكم جديد فيها .

ويعتبر الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها - والذي نظمته المادة ١١٦ مرافعات - هو الوسيلة الفنية التي تعبر عن الدفع بحجية الأمر المقضى في أثرها السلبي هذا . فعندما يحدث تكرار للدعوى فالخصوم التمسك بهذا الدفع ، كما أن على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ولا شك في أن أعمال هذا الدفع بنجاح من شأنه توقي نشوء تعارض الأحكام، وذلك لأنه سيحول دون إصدار قضاء جديد أيا كان مضمونه فيما

قضى فيه وحاز الحجية ، (١) وبالتالي سيحول دون تواجد أحد مفترضات التعارض الأساسية وهو صدور حكيمين فى ذات النزاع (٢) .

الفرع الثانى

الالتزام بالأمر المقضى فى الدعاوى الجديدة المتفرعة

(الأثر الإيجابى)

قد يصدر حكم يحوز الحجية فى دعوى معينة ثم تقام دعوى أخرى بين الخصوم أنفسهم لا تنطوى على ذات النزاع وإنما على مسألة متفرعة عن المسألة المقضى فيها ، كأن تكون هذه الأخيرة مسألة كلية شاملة بينما المطلوب فى الدعوى الجديدة عبارة عن حق جزئى يتوقف ثبوته أو انتفائه على ثبوت تلك المسألة - السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم - أو على انتفائها .

فى مثل هذا الفرض فإن الأثر السلبى للحجية لا يمكن أن يحول دون نظر النزاع الجديد ، إذ لم يسبق الفصل فيه . ولكن هل معنى ذلك أن المحكمة التى ستنظر هذا النزاع لن تكون مقيدة بالأمر المقضى فى المسألة الكلية ؟ الواقع أنه لا يكفى فى هذا الصدد أن تظل فكرة الحجية محصورة فى دورها السلبى بأن تمنع إعادة البحث فى المسألة الكلية ، وإنما سوف تلعب أيضا دورا إيجابيا يوجب على القاضى التقيد بالنتائج الموضوعية التى وصل إليها الحكم السابق (٤) . فإذا كان هذا الأخير قد فصل فى المسألة

(٢) د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٨٢ .

(٣) انظر فى هذا المفترض الضرورى لنشوء مشكلة تعارض الاحكام : ما يلى - ص

٧٥ وما بعدها

(٤) وجدى راغب ، المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

الكلية بما ينفىها مثلا فإن على القاضى أن يفصل فى الحق الجزئى المرفوعة به الدعوى الجديدة بما يتوافق مع هذا النفى (٥) .

وهكذا يبدو أن الاكتفاء بالأثر السلبى لا يحول دون تعارض الأحكام إذا كانت الدعوى الجديدة مقبولة كما هو الفرض محل البحث . فعدم جواز المناقشة من جديد فيما قضى به الحكم السابق وكفى لم يكن ليمنع من صدور الحكم الجديد بثبوت الحق الجزئى استنادا الى دليل اثبات جديد . ولاشك أن هذه النتيجة تعكس تعارضا بين الحكمين . أما عندما يكون للحجية أثر إيجابى فإنه سيحول - إذا تم الالتزام به - دون وقوع هذا التعارض ، إذ لن يفعل قاضى الدعوى الجديدة إلا بأن يسلم بانتفاء الحق الجزئى فى الفرض محل البحث .

المطلب الثانى

شروط الحكم الحائز للحجية

تدفعنا أهمية الدور الوقائى للأثرين السلبى والإيجابى للحجية إلى توضيح الشروط القانونية للحكم القضائى الذى يكون له هذا الأثر وذلك الدور . واستقراء النصوص يكشف لنا ضرورة توافر شرطين فى الحكم الحائز للحجية .

الشرط الأول : هو أن يكون عملا قضائيا فاصلا فى دعوى موضوعية . فمن ناحية أولى يجب أن تكون بصدد عمل قضائى أيا كان هذا القضاء مدنيا كان أم جنائيا أم إداريا ، وسواء كان قضاء عاما أم تحكيميا ، وسواء كان قضاء عاديا أم إستثنائيا (٦) .

(٥) انظر أحكام نقض عديدة صدرت فى هذا المعنى ، مشار إليها لدى : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - هامش (١١) ص ٦٠ .

(٦) د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٨٥ ، وانظر فى تفصيلات أوفى . د. أحمد أبو الوفا ، التعليق على قانون الاثبات ، سابق الإشارة إليه ، ص ٣٦٨ وما بعدها .

ومن ناحية ثانية يجب أن يكون هذا العمل القضائي فاصلاً في دعوى موضوعية (٧) ، أى فاصلاً في الحقوق والمراكز الموضوعية سواء أخذ هذا العمل شكل الحكم أو أمر الأداء (٨) .

يستوى بعد ذلك أن يكون الحكم الموضوعى منهيًا للخصومة أم غير منه لها ، ففي كلتا الحالتين لا يجوز رفع الدعوى من خلال خصومة جديدة (٩) .

(٧) د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٢٧ وما يليه . وقارن: د. أحمد أبو الوفا المرجع السابق - ص ٣٧٣ حيث يرى سيادته أن الحجية تثبت أيضاً للحكم الإجرائي أى الصادر في صدد إجراءات السير في الدعوى أو إثباتها كالحكم باسقاط الخصومة أو الحكم بعدم الاختصاص والإحالة .

(٨) وبناء عليه لا تثبت الحجية للأوامر على عرائض وللأحكام الصادرة في دعاوى المستعجلة وللأحكام المنهية للخصومة دون الفصل في الموضوع وللأحكام المتعلقة بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات .

(٩) ويلاحظ بالنسبة للحكم الموضوعي الذي لا تنتهي به الخصومة أنه يحوز الحجية ويستنفذ أيضاً - بصفته حكماً قطعياً - ولاية القاضي الذي أصدره . لذلك إذا أثبتت المنازعة التي فصل فيها هذا الحكم مرة ثانية من خلال نفس الخصومة فإن الدفع باستنفاد القاضي لولايته قد يكفي لمنع المحكمة من الحكم فيها من جديد ، فهذا الدفع يعمل عمله في إطار الخصومة التي صدر فيها حكم قطعي وهو الفرض محل البحث . بينما إذا أثبتت نفس المنازعة من خلال خصومة مبتدأة ، فلن يكون للدفع باستنفاد الولاية محل ولن يحول دون قبول الدعوى الجديدة إلا الدفع بالحجية والذي يمارس دوره خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم الحائز للحجية .

والجدير بالتأمل أن هناك اتجاهاً فقهياً (انظر : د. رمزي سيف ، المرجع السابق - بند ٥١٠) يحبذ استمرار تطبيق نظام الحجية حتى عند تكرار إثارة المنازعة التي سبق الفصل فيها وذلك أثناء قيام نفس الخصومة . فالأستاذ الفقيه يرى أن خروج النزاع من ولاية المحكمة ليس أثراً قائماً بذاته وإنما هو وجه من وجوه حجية الأمر المقضى .

الشرط الثاني : هو أن يكون الحكم صادرا بالموافقة لقواعد الولاية القضائية . فالحكم الذي يصدر من جهة قضائية خارج حدود ولايتها ليس له حجية أمام الجهة الأخرى صاحبة الولاية (١٠) .

ونتساءل بعد ذلك عما إذا كان هناك شرط ثالث لاكتساب الحكم الحجية في جانبها السلبي ، ونقصد تحديدا ما إذا كان يشترط في الحكم أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضى .

الذي أوحى بهذا التساؤل هو نص المادة ١٠١ إثبات والذي يتكلم عن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى ، ويثبت لها - وحدها - الحجية . فظاهر النص قد يزكى تصورا بأن الحجية لا تثبت للحكم بمجرد صدوره لو كان قابلا للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية (١١) ، ومن باب أولى لو طعن فيه بالفعل . بل إن هذا النص قد أتاح دعما لاتجاه في القضاء يتردد صداه في قضاء محكمة النقض يطلق القول بأنه يشترط في الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها أن يكون الحكم السابق قد حاز قوة الأمر المقضى . فأحكام النقض وإن اعترفت باكتساب الحكم لحجية

= على أى حال فسواء كان النظام الواجب التطبيق على الحكم الموضوعى غير المنهى للخصومة هو الدفع باستنفاد الولاية أو هو الدفع بالحجية ، فالنتيجة ستكون واحدة وهى عدم جواز الفصل مرة ثانية داخل الخصومة فى المسألة التى فصل فيها هذا الحكم .

(١٠) انظر فى ذلك : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١١ وما يليه . مع ملاحظة أن لهذا الحكم حجية أمام محاكم الجهة التى أصدرته . انظر فى فكرة الحجية المنقوصة فى هذه الحالة : نفس المرجع - بند ١٥٤ وما بعده وقارن : د. أحمد زيو الوفا ، المرجع السابق - ص ٣٦٩ .

(١١) نقض ١٨/٤/١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٢٥٠ لسنة ٤٧ قضائية ، مشاراً إليه لدى محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ٧٢٧ .

الأمر المقضى بمجرد صدوره ولو كان قابلاً للطعن فيه ، وأن هذه الحجية تمنع المحكمة التي أصدرته وأي محكمة غيرها من إعادة النظر فيما قضى به (١٢) ، إلا أنها تتحفظ بعد ذلك وتقرر أن هذه الحجية تعتبر مؤقتة طالما كان الحكم قابلاً للطعن عليه بالاستئناف ، ولذلك فهي تقف بمجرد رفع استئناف عنه وتظل موقوفة إلى أن يقضى فى الاستئناف ، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته ، وإذا الغى زالت عنه هذه الحجية . ويترتب على وقف حجية الحكم نتيجة لرفع الاستئناف عنه أن المحكمة التي يرفع إليها نزاع فصل فيه هذا الحكم لا تنقيد بهذه الحجية طالما لم يقض برفض هذا الاستئناف قبل أن تصدر حكمها فى الدعوى (١٣) .

ولقد انبرى من الفقه (١٤) من تصدى لموقف محكمة النقض والذي لا يفرق بين الأثر السلبي للحجية وأثرها الإيجابي . فإذا كانت المادة ١٠١ إثبات توحى بأن الحجية فى أثرها الإيجابي والسلبي لا تلحق الحكم إلا إذا حاز قوة الأمر المقضى ، إلا أن نص المادة ١١٦ مرافعات يجعل الحجية فى أثرها السلبي تلحق بالحكم بمجرد صدوره بحيث يمنع نظر الدعوى التى سبق الفصل فيها بحكم ولو كان ابتدائياً على أن يتحدد نطاق الحجية هنا بحدود الدعوى التى قضى فيها ، فلا تسرى حجية الحكم إلا فى خصوص ذات الدعوى التى فصل فيها اشخاصاً وموضوعاً محلاً وسبباً .

(١٢) نقض ٢٠/٤/٨٨ و ١٧/٥/٨٠ و ١٨/٤/٦٨ مشاراً إليها لدى : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ٧٣٦ وما بعدها .

(١٣) نقض ١٨/٤/٦٨ سابق الإشارة إليه ونقض ٢٠/١١/٧٩ إليه لدى د . أحمد أبو الوفاء ، المرجع السابق - ص ٣٦٨ .

(١٤) انظر : د . أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٤٦ وما بعده .

المطلب الثالث

تقدير نظام الدفع بالحجبة

لا أحسبني أبعد عن الحقيقة إذا قلت أن النجاح في ترتيب آثار قاعدة الحجبة يجطنا أمام سد منيع يحول دون تسرب التناقض الى الأحكام القضائية^(١٥). فهذا التناقض لا يظهر إلا إذا تكررت الأحكام فى الدعوى الواحدة ، ويتكفل الأثر السلبى للحجبة بمنع هذا التكرار . كما أن هذا التناقض لا يظهر إذا تم الالتزام بالحكم الصادر فى دعوى معينة وذلك فى الدعاوى الأخرى التى يثار فيها مضمونه كمسألة أولية ، ويتكفل الدور الإيجابى للحجبة بفرض هذا الالتزام . إلا أن مزايا هذه الوسيلة لا تعنى أنها تعتبر حلاً مثالياً .

الفرع الأول

مزايا الدفع بالحجبة

(من حيث قدرته على تلافى تعارض الأحكام)

الواقع أنه هناك أسباب ثلاثة تدفعنا للتحمس لنظام الحجبة :

١ - فمع تسليمنا بأهمية الدور الوقائى الذى تقوم به الوسائل الأخرى غير الحجبة - نقصد بذلك الإحالة لقيام ذات النزاع وحل تنازع الولاية أو الاختصاص والوقف التعليقى - فإنه لا يمكن الاكتفاء بها والاستغناء عن قاعدة الحجبة ، بينما العكس هو الأكثر قبولاً . فكل هذه الوسائل الأخرى قد

(١٥) قارن : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٢٨ حيث يرى أن قاعدة الحجبة ليس لها دور وقائى مباشر فى مجال تناقض الأحكام وإن كان لها دور معيارى .

تفشل في تحقيق الدور الوقائي المنوط بها ، وعندئذ تبدو قاعدة الحجية بمثابة خط الدفاع ، الأخير ضد التعارض المحتمل للأحكام (١٥) .

(١٥م) ولكي نبرهن على وجهة نظرنا فإننا نشير إلى جملة فروض هي :

الفرض الأول : ويتمثل في قيام ذات النزاع أمام محكمتين مختصين وتعطل أعمال الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع (لعدم تمسك المدعى عليه مثلاً بالدفع أو لسقوط حقه في التمسك به بسبب كلامه في الموضوع مثلاً) . هنا يكفي أن يصدر حكم فاصل في الموضوع من إحدى المحكمتين حتى ينشأ الحق في التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها . أي أنه يتم اثاره هذا الدفع أمام المحكمة الأخرى فيمتنع عليها تكرار الحكم في ذات الدعوى . لن يصدر في هذه الدعوى إذن سوى حكم موضوعي واحد وينتفي بالتالي مفترض أساسي من مفترضات تعارض الأحكام وهو صدور حكمين في ذات الدعوى . والفضل في منع هذا المفترض من الظهور هو إذن الدفع بسبق الفصل في النزاع .

الفرض الثاني : ويتمثل في قيام ذات النزاع أمام محكمتين إحداها غير مختصة ولكنها متمسكة - خطأ - باختصاصها . هنا قد يتعطل أعمال الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع (انظر : ما سبق - ص ٣٦) . ولكن يكفي أن يصدر الحكم الفاصل في الدعوى من إحداها حتى يتم - أمام المحكمة الأخرى - أعمال الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها .

الفرض الثالث : ويتمثل في رفع دعوى بمسألة أساسية أمام محكمة ما ودعوى أخرى بين نفس الخصوم واستناداً إلى نفس السبب ولكن موضوعها مجرد حق جزئي متفرع عن موضوع الدعوى الأولى ولم يتمسك أحد بوقف الخصومة الثانية وقفاً تطبيقياً لحين الفصل في المسألة الأساسية . هنا أيضاً يكفي صدور حكم في إحدى الدعويتين حتى ينشأ مبرر للدفع بالحجية في أثرها الإيجابي أي حتى نلزم قاضي الدعوى الأخرى بالتقيد بمضمون الحكم الذي صدر في الأولى (هنا مع مراعاة أن المادة ١٠١ إثبات تتطلب في الحكم أن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضى حتى يمكن فرض التقيد بمضمونه تجاه الدعوى الأخرى) .

أما إذا تصورنا نظاماً إجرائياً يكتفى بقاعدة الحجية فإن أعمال هذه القاعدة بفعالية يجعلنا لا نستشعر اختفاء وسائل الوقاية الأخرى .

٢ - ومما يزيد تفوق الدور الوقائي لقاعدة الحجية على غيرها من وسائل الوقاية أنها تتعلق بالنظام العام بحيث أن المحكمة تقضى بها من تلقاء نفسها ، وقد نص المشرع صراحة على هذا الحكم في المادتين ١١٦ مرافعات و ١٠١ إثبات . ولذلك فحتى لو ارتأتى الخصوم تكرار الفصل فى ذات الدعوى فإن على المحكمة ألا تمكنهم من ذلك . أما وسائل الوقاية الأخرى فإن معظمها يفتقد هذه الخصيصة ^(١٦) . هذا ويتفرع عن تعلق الدفع بالحجية بالنظام العام - فضلا عن أنه يعد دفعا بعدم القبول - أنه يمكن أثارته فى أى حالة كانت عليها الدعوى ^(١٧) ، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ^(١٨) . ولاشك أن هذه الميزة تعطى مزيداً من الفعالية للدفع بالحجية فى أثريها السلبى والايجابى معاً .

٣ - بقى أن نذكر أن ما يجعلنا نضع قاعدة الحجية فى مصاف

(١٦) فقد سبق أن رأينا أن الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لا يتعلق بالنظام العام (انظر : ما سبق - ص ١٨) ، وأن الوقف التعليقى للخصومة يدخل كأصل عام فى باب السلطة التقديرية للمحكمة (انظر : ما سبق - ص ٤٧) .

(١٧) انظر فى أساس قاعدة جواز التمسك بالدفع بالحجية فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، وتأرجح الفقه بشأنها بين ارتباط هذا الدفع بالنظام العام وبين طبيعته كدفع بعدم القبول : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - هامش (١) ص ٧٨ تحت بند ٤٨ .

(١٨) انظر : نقص ٣٠/١٠/٨٣ مشار إليه لدى : د. مصطفى كيرة ، النقض المدنى ،

١٩٩٢ - هامش (٣) ص ٦٣٣

وسائل الوقاية الأكثر أهمية، أن الاخفاق فى استعمالها قد يضعنا أمام مشاكل عملية لا يوجد حل لها فى النظام القانونى الحالى . نحن لا نقصد بذلك مشكلة تعارض الأحكام، فهى مشكلة وضع لها المشرع حولا علاجية (١٩)، وإنما مشكلة أخرى تقترب منها هى مشكلة تكرار الأحكام فى ذاتها . فعندما يتكرر الحكم فى نفس الدعوى ويكون بينهما تطابق وكان كلاهما صادرا بالزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن هذا الفرض قد يستتبع إمكان تنفيذهما معاً أى ازواج التنفيذ فى شأن إلزام واحد أصلا (٢٠). فالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو خط الدفاع الوحيد الذى بإمكانه منع إصدار قضاء جديد فى نفس الدعوى أيا كان مضمونه فيما قضى فيه وحاز الحجية . ولذلك فإن فشل هذا الحل من شأنه إثارة مشكلة قد يستعصى علاجها من خلال نظام تعارض الأحكام أو أى نظام آخر.

الضلع الثانى

أوجه القصور

(نظام الحجية ليس حلا مثاليا)

على أن تحمسننا للدور الذى يقوم به الدفع بالحجية - بالمعنى الواسع - لا يجب أن يحجب عنا حقيقة أنه قد يعجز - أو يفشل - فى توفى تعارض الأحكام . ويظهر ذلك من خلال الأسباب الآتية :

(١٩) انظر: ما يلى - ص ١١٩ وما بعدها . مع ملاحظة أن المشاكل العملية لهذه

المسألة قد تكون مستعصية الحل إذا ما أخفقت الحلول العلاجية المنصوص عليها .

انظر فى مقترحاتنا فى هذا الشأن : ما يلى - ص ١٨٦ وما بعدها .

(٢٠) د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٨١ .

السبب الأول : أن تعدد جهات القضاء فى الدولة واستقلالها فى مواجهة بعضها البعض قد استتبع اعتبار الحكم الصادر من جهة قضاء معينة خارج حدود ولايتها لا حجبية له أمام الجهة صاحبة الولاية (٢١) . وقد يترتب على هذا أن قضاء المحكمة التابعة لجهة القضاء الإدارى مثلا فى إحدى الدعاوى لا يمنع من تجدد نفس النزاع مرة أخرى أمام احدى محاكم جهة القضاء العادى اذا رأت هذه الأخيرة نفسها أنها المختصة أصلا . فالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها مثلا لن يكون مقبولا ولن يحول بالتالى دون إصدار قضاء جديد فى هذا المثال من المحكمة المدنية قد يكون مخالفا للحكم الإدارى . كذلك الشأن إذا كانت الدعوى الجديدة تنطوى على مطالبة بحق يتوقف ثبوته على ثبوت الحق المحكوم فيه من الجهة الأخرى . فى هذه الحالة أيضا لن يكون للحكم الأول حجبية تجعل الجهة الأخرى التى عرضت عليها الدعوى الأخرى مقيدة بمضمون هذا الحكم . وننتهى مما سبق إلى أن تواجد حكيمين متناقضين صادرين عن جهتين قضائيتين مختلفتين لهو أمر قد يستحيل توقيه من خلال قاعدة الحجبية (٢٢) .

(٢١) د. فتحي والى ، المرجع السابق - بند ٨٥ .

(٢٢) ومما يزيد من حدة هذه المشكلة أن الوسائل الوقائية الأخرى قد تكون عاجزة أيضاً عن القيام بدورها فى بعض الفروض . فإذا كانت قواعد حل النزاع الإيجابى على الولاية هى الوسيلة المناسبة فى بعض الأحوال (أنظر : ما سبق - ص ٢٧ وما بعدها) إلا أنها لا تصلح مثلاً فى الفرض الذى ترفع فيه الدعوى أمام إحدى جهات القضاء ويصدر فيها حكم ، ثم يجدد النزاع بعد ذلك أمام الجهة الأخرى . فعندئذ لن يكون ممكنا التمسك بقواعد حل النزاع ، نظراً لأن هذه القواعد تتطلب قيام الدعوى أمام جهتى القضاء . ولن يكون ممكنا أيضاً أعمال قواعد الدفع بالحجبية للسبب المذكور فى المتن .

السبب الثاني : أن فعالية قاعدة الحجية في توفى مشكلة تعارض الأحكام تتوقف على همة الخصوم أنفسهم والذين قد يرتأون عدم الدفع بالحجية . ورب معترض على ذلك ويقول أن تعلق الحجية بالنظام العام وما يستتبعه من أن للقاضي - بل عليه - أن يثيرها من تلقاء نفسه يعطيها الفعالية التي قد تفتقد لها بسبب توافق مصالح الخصوم . ومع تسليمنا بمنطق هذا الرد إلا أنه لا يصدق في إطلاقه . فمن المبادئ المستقرة أن سلطة القاضي في إثارة مسألة ما من تلقاء نفسه مقيدة بعدة قيود لعل أهمها أن تكون وقائعها قد قدمت له ضمن مستندات القضية سواء من المدعى أو المدعى عليه . ولذلك إذا لم يطرح أى من الخصوم أمام المحكمة واقعة أنه سبق الفصل في النزاع فليس لها أن تقضى بعدم جواز نظر الدعوى اعتماداً على علمها الشخصى أيا كان مصدره . بل أنه لا يكفي أن يتمسك الخصم بهذا الدفع دون أن يقدم الدليل الحاضر عليه ، إذ ليس للمحكمة أيضاً في هذه الحالة أن تقوم بالبحث عن هذا الدليل وأن تحكم بناء عليه (٢٣) . أضف إلى هذا أن الغياب الفعل للمدعى عليه - بسبب ثغرات كثيرة في نظام الإعلان - وإعتباره رغم ذلك حاضراً من الناحية القانونية ، وكذلك عدم يقظة بعض الخصوم ، جعل احتمالات جهل المحكمة بالوقائع اللازمة لإثارة مسألة الحجية أكثر تصوراً . (٢٤)

= لن يكون أمامنا في الفرض المذكور إذن سوى انتظار وقوع التعارض ثم البحث عن محاولة للعلاج . انظر في وسيلة علاج التعارض في هذه الحالة : ما يلي - ص ١٨٠ وما بعدها .

(٢٣) انظر في المقصود بقيام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه ومتى يؤدي ذلك إلى قضاء القاضي بعلمه الشخصى : د. نبيل عمر ، قاعدة امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصى في قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٨٨ - بند ٧٠ وما بعده .

(٢٤) يكفي أن نحيل في هذا الصدد إلى الأسباب الواقعية التي تكون عادة وراء مشكلة تكرار رفع الدعوى قبل أو بعد الفصل فيها . انظر : ما سبق - هامش (٢) - ص ٥ وما بعدها .

ولا ينبغي أن نغفل أيضا أنه قد تتوافر مقومات الدفع بالحجية في أثرها السلبي أو الإيجابي ومع ذلك تخطيء المحكمة - لسبب أو لآخر - ولا تحقق مقصوده . فهنا أيضا قد تفشل قاعدة الحجية في توقي تعارض الأحكام . بل أن المشرع الفرنسي كان واعيا باحتمالات فشل الدفع بالحجية رغم التمسك به فراح ينظم قواعد فض التعارض بين الأحكام في هذه الحالة على نحو يختلف عن التنظيم المعتمد عند حدوث التعارض لأسباب أخرى (٢٥) .

السبب الثالث : أنه إذا كانت الحجية في أثرها السلبي تثبت للحكم بمجرد صدوره وتبقى له رغم قابليته للطعن بالإستئناف أو حتى رغم الطعن عليه بالفعل (٢٦) ، فإن الحجية في أثرها الإيجابي والذي يوجب الإلتزام بمضمون الحكم في كافة الدعاوى التي تقام بين الخصوم أنفسهم بمسائل تتفرغ عن المسألة المقضى فيها لا تثبت للحكم عملا بالمادة ١٠١ إثبات إلا إذا كان الحكم صادرا بصفة إنتهائية أو صار كذلك .

ولا شك أن اشتراط النهائية - لإعمال الحجية في جانبها الإيجابي من شأنه أن يجعل تعارض الأحكام مسألة جائزة الظهور قانونا ، وإن أجهد المشرع نفسه بعد ذلك ووضع وسائل العلاج . بينما المنطق يقضى بأن نضمن للوسيلة الوقائية الحيلولة دون نشوء الظاهرة بدلا من أن نعمل على مواجهتها بعد تحققها .

والدليل أن شرط النهائية - أو حيازة قوة الأمر المقضى - من شأنه أن يجعل التعارض ، قانوني ، - إن صح التعبير - أنه إذا صدر حكم إبتدائي

(٢٥) انظر في التنظيم الفرنسي لحلول فض التعارض : ما يلي - مامش (٤٨) ص ٢٣٥ وما يليها .

(٢٦) انظر : ما سبق - ص ٥٦ .

فصل فى مسألة أساسية ، ثم رفعت بعد ذلك دعوى بحق مختلف ولكن يعتمد فى وجوده على وجود الحق الذى أقره هذا الحكم ، فإن القاضى المنظورة أمامه هذه الدعوى الجديدة لن يكون مقيدا بهذا الحكم . فهو سيكون مقيدا بالمراكز الموضوعية للأطراف طبقا للقانون ولا يتقيد بهذه المراكز كما قررها الحكم الابتدائى بالذات . صحيح أن الفصل فى الدعوى الثانية قد يأتى متوافقا مع القضاء الصادر به الحكم الابتدائى ، ولكن لا يجب أن يكون هذا الحكم - وهو ابتدائى - هو الأساس الذى يستند إليه الحكم الثانى . بل أنه لا مانع من أن يأتى هذا الحكم الثانى فاصلا فى الحق الجزئى بالمخالفة للأساس المقضى به ابتدائيا .

وإذا أردنا توضيحا لما نقول فإننا نلاحظه فى المثال الآتى : إذا صدر حكم ابتدائى بملكية عقار ثم رفعت بعد ذلك دعوى أخرى للمطالبة بربع هذا العقار فإن على القاضى المرفوعة أمامه هذه الدعوى أن يفصل فيها فى ضوء بحثه لجوانبها المختلفة طبقا للقانون الموضوعى . وعندئذ قد تثبت لديه الملكية ومن ثم الربع باعتباره حقا متوقفا بثبوته على ثبوت الملكية ، وقد لا تثبت لديه الملكية ولا يثبت بالتالى الربع . وفى الحالة الثانية يعتبر الحكم الصادر فى دعوى الربع غير متوافق مع الحكم الابتدائى الصادر فى دعوى الملكية دون أن يكون ذلك فى ذاته خطأ يمكن نسبته للقاضى لأنه غير ملزم بمضمون الحكم الأول ، فقد كان هذا الأخير ابتدائيا ومن ثم لم يكتسب حجية الأمر المقضى فى جانبها الإيجابى . وحتى فى الحالة الأولى التى يتوافق فيها الحكمان فإن ذلك لا يرجع إلى تعويل الحكم الثانى على الحكم الأول والالتزام بما ورد فيه من قضاء ، وإنما إلى بحث مسألة الملكية باعتبارها مسألة أولية فى دعوى الربع بحثا جديدا

جاء متوافقاً - عرضاً - مع رأى القاضى فى الحكم الأول (٢٧) .

ورب معترض (٢٨) على هذه النتيجة ويعتبرها تفتقد إلى أساس يكفى لحمله كما أنها لا تصدر عن تحليل متعمق لمفترضات وعناصر المسألة المطروحة . ونقطة الإرتكاز عند هذا الرأى أنه وقد سبق صدور قضاء فى المسألة الأساسية فإن القاضى المرفوعة أمامه الدعوى بالمسائل المتفرعة عن المسألة الأساسية يمتنع عليه معاودة البحث فى هذه المسألة والفصل فيها من جديد . فهذا الإمتناع يترتب - فى منطق هذا الرأى - تطبيقاً للمادة ١١٦ مرافعات والتي تكتفى فى ترتيب الأثر السلبى للحجية بمجرد صدور حكم فى المسألة أيا كانت قوته الإجرائية .

لم يعد أمام القاضى إذن - طبقاً لهذا الرأى المعارض - سوى التوصل فى المسائل المتفرعة . وهنا أيضاً سيكون القاضى مقيداً بالحكم الابتدائى ، حيث يمتنع عليه الفصل فى هذه المسائل المتفرعة على نحو يتعارض مع

(٢٧) بل إنه يمكن القول بأنه إذا جاء هذا التوافق نتيجة استناد الحكم فى الدعوى الثانية على الأساس المقضى به ابتدائياً ، فإن الحكم الثانى يكون قد اعتمد حجية للحكم الابتدائى رغم عدم توافر شروطها القانونية (نقصد بذلك تحديداً شرط حيازة الحكم لقوة الأمر المقضى) . ويشكل هذا القضاء إن وجد - وجه مخالفة للقانون يتيح إمكانية الطعن فيه لهذا السبب . انظر فى هذه الملاحظة واعتماد محكمة النقض لها وإن كان تأسيساً على فكرة الحجية الموقوفة : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١٠٨ وهامش (١) ص ١٤٢ تحت نفس البند . وانظر فى عدم جواز الطعن بالنقض استناداً إلى المادة ٢٤٩ مرافعات - وهى المادة التى تحكم النقض للتعارض - إذا لم يتفقد الحكم الاستئنافى بحجية حكم سابق ابتدائى صدر فى مسألة كلية : نقض ١٧/٥/٨٠ مشار إليه لدى : الدناصورى وعكاز ، المرجع السابق ، حكم رقم (٢٧) ص ١١٥٨ وما يليها .

(٢٨) د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١١٠ وما يليه .

القضاء الابتدائي السابق صدوره فى المسألة الأساسية . هذا القيد يجد أساسه . عند صاحب هذا الرأى - فى نص المادة ٢٢٢ مرافعات والتي جعلت الطعن بالإستئناف جائزا فى الحكم الصادر على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى (٢٩) .

على أن التقيد بالحكم الابتدائي لا يعنى فى النهاية - عند أصحاب هذا الرأى - سوى عدم جواز تجاهله ، ولا يعنى بأية حال وجود التزام إيجابى على القاضى بالإعتداد بهذا الحكم وإعمال مضمونه . ويرجع غياب هذا الإلتزام إلى تخلف أحد شروط الحكم الذى يفرض مثل هذا الإلتزام وهو شرط اكتساب قوة الأمر المقضى بصريح نص المادة ١٠١ إثبات .

ورغم براءة هذا الإعتراض وصلابة المنطق النظرى الذى يقوم عليه إلا أنه لا يصمد للفحص والتفنيد . فليس بمقدورنا أن نتصور كيف نلزم القاضى - وفقا لهذا الرأى - بأمرين يستحيل التوفيق بينهما هما : الامتناع عن الإلتزام بمضمون القضاء الابتدائي الصادر فى المسألة الأساسية من ناحية ، والامتناع عن الفصل فى المسائل المتفرعة على وجه يتعارض مع القضاء الصادر فى هذه المسألة الأساسية من ناحية أخرى .

فالواقع أن الفصل فى المسألة المتفرعة عن المسألة الأساسية على نحو لا تعارض فيه لا يستقيم إلا إذا ألزمتنا القاضى الذى ترفع أمامه الدعوى

(٢٩) انظر فى أن هذا النظر قد خرج على القواعد العامة للطعن فى الأحكام ودلالة هذا الخروج على وجوب تقيد القاضى بالحكم الابتدائي فى الحالة محل البحث: د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١١١ وهامش (١) ص ١٤٥ تحت نفس البند .

بالمسألة المتفرعة بالتقيد بمضمون القضاء الصادر في المسألة الأساسية . أما وأن المادة ١٠١ إثبات تمنع قاضى المسألة الفرعية من التعويل على الحكم الصادر في المسألة الأساسية إذا كان ابتدائيا ، فإن ذلك يعنى حرية الفصل في المسألة الفرعية و او جاء متناقضا مع ما قضى به ابتدائيا .

ولا يقدح فى هذه النتيجة أن المادة ١١٦ مرافعات تمنع قاضى المسألة الفرعية من إعادة الفصل فى المسألة الأساسية من جديد وقد سبق الفصل فيها بحكم وإن كان ابتدائيا . فالواقع أن إعمال المادة ١١٦ مرافعات يفترض تجديد ذات الدعوى - موضوعا وسببا وخصوما - التى تم الفصل فيها . أما بخصوص الدعوى الجديدة التى ترفع بخصوص المسائل المتفرعة عن المسألة المقضى فيها والمتعلقة بحقوق أخرى يتوقف ثبوتها أو انتفائها على ثبوت أو انتفاء المسألة الأساسية المقضى فيها فإنها تكون محكومة بالمادة ١٠١ إثبات التى تشترط لثبوت الحجية للحكم الصادر فى المسألة الأساسية حيازته لقوة الأمر المقضى (٢٠) . فهذا هو التفسير الذى يتعين الأخذ به لإعمال كل من المادتين فى نطاقهما . ثم إن قاضى الدعوى الفرعية وإن لم يعيد البحث فى المسألة الأولية إلا أنه لن يكون مقيدا بالنتيجة التى انتهت إليها الحكم الصادر فيها .

ولا يغير من وجهة الحقيقة أيضا ما تنص عليه المادة ٢٢٢ مرافعات من جواز استئناف الحكم الصادر على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى . فالمشرع حريص على علاج ظاهرة التعارض بصرف النظر عن ضرورة ثبوت مخالفة لمبدأ الحجية (٢١) . فإتاحة الطعن بالإستئناف

(٢٠) والطريف أننا نستمد هذه الحجة من كتابات الرأى المعارض نفسه . انظر :

د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٥١ .

(٢١) انظر فى تأسيس حلول التعارض على ضوء مبدأ له ذاتيته هو مبدأ عدم جواز-

للتعارض كما تعنى أن التعارض يعد عيباً في الحكم فإنها قد تعنى أيضاً أن التعارض قد يكون حتمياً وأن وسائل الوقاية عاجزة عن تلافيه في بعض الأحيان بسبب النظام القانوني ذاته (٣٢). فهنا يعد التعارض بمثابة مشكلة قانونية ، - إن صح التعبير - بالنظر إلى أن مصدرها هو القانون ذاته . ومما يدل على أن سبق صدور حكم ، ابتدائي ، في المسألة الأولية لا يشكل في ذاته حظراً على القاضي بأن يصدر حكماً في ذات المسألة وذلك بمناسبة الفصل في مسألة متفرعة عنها ، أن الطعن طبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات لن يفتح عند مخالفة هذا الحظر إلا إذا حدث ، تعارض ، بين الحكيمين ، وأنه حتى حين يتواجد هذا الشرط فإن الذي يكون مطروحاً على الاستئناف ليس فقط هذا الحكم الذي خالف الحظر - المزعوم - وإنما أيضاً الحكم الأول ، وعندئذ تملك المحكمة الاستئنافية تعديله هو ليتوافق مع الحكم الثاني إذا وجدت أن هذا الأخير هو الذي يتفق مع القانون (٣٣) .

- تناقض الأحكام : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ١٥ . وانظر في جواز الطعن للتعارض ولولم يدفع بسبق الفصل في النزاع أو بالحجية : نفس الإشارة . (٣٢) فالنظام القانوني للحجية في أثرها الإيجابي والذي يشترط ضرورة حيافة الحكم لقوة الأمر المقضى حتى يصير واجباً التقيد بمضمونه في الدعاوى التالية المتفرعة عن المسألة الأساسية التي قضى فيها ، هو الذي أفرز إمكانية التعارض بين الحكم الابتدائي الصادر في المسألة الأساسية والحكم الصادر في المسألة الفرعية . (٣٣) وتبدو وجهة هذا الاستدلال أكثر وضوحاً عند المقارنة بين الفرض محل البحث وفرض آخر يكون فيه الحكم الأول - والذي صدر الحكم الثاني على خلافه - حائزاً لقوة الأمر المقضى . فهنا لن تستطيع محكمة الطعن سوى التقيد بهذا الحكم الحائز لهذه القوة بولذلك فإنها سوف تلغى الحكم اللاحق أو تعدله لكي تزيل التعارض . بل إنه لن يكون مطروحاً على محكمة الطعن - الاستئناف أو النقض - سوى الحكم اللاحق . انظر في تفصيلات هذه المسألة بمناسبة الحديث عن نطاق الطعن وسلطة محكمته : ما يلي : ص ٢٠٢ وما بعدها .

وانتدى يعدينا استخلاصه من كل ما سبق أن صياغة المادة ١٠١ إثبات باشتراكها صراحة إكتساب الحكم قوة الأمر المقضى به حتى يمكن لحجيته أن ترتب آثارها تسمح بتجاهل الحكم الابتدائي الصادر في خصوص المسألة الأساسية وإصدار حكم في المسألة الفرعية قد يأتي متعارضاً معه .

وإذا كانت المادة ١١٦ مرافعات لا تسمح بتجاهل الحكم الابتدائي عند تجديد الدعوى بذات النزاع وتحقق بالتالي دوراً وقائياً فعلاً يحمي من تعارض الأحكام في هذه الحالة ، فإن تحقيق المادة ١٠١ إثبات لهذا الدور في مجال نشاطها يتطلب تعديلاً تشريعياً يجعل الحكم الصادر في المسألة الأساسية له حجيتة تجاه المسألة الفرعية أياً كانت قوته الإجرائية . (٣٤)

(٣٤) ولعل واضع نص المادة ١٠١ أثبات لم يتعمدوا تنظيم الحجية على نحو يخالف الإطلاق الوارد في المادة ١١٦ مرافعات ، كل ما هنالك أنهم قاموا بنقل النص الذي كان وارداً في المادة ٤٠٥ مدني الملغاة . وهذا النص الأخير ترتد أصوله التاريخية إلى اصطلاح *Jugement définitif* ، في القانون الفرنسي . وكلمة *définitif* في هذا القانون تحتل أكثر من معنى : فهي تفيد القطعية كما تفيد النهائية . ورغم أن المشرع الفرنسي كان يقصد المعنى الأول للكلمة إلا أن المشرع المصري قد انصرف ذهنه إلى المعنى الثاني . انظر في هذه الملاحظة : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٤٣ . ونضيف من جانبنا أن المشرع اللبناني هو الآخر وقع في خلط حين استخدم تعبير الحكم النهائي للدلالة على الحكم القطعي بتعبير المشرع المصري واستخدم تعبير الحكم القطعي للدلالة على الحكم النهائي بتعبير مشرعنا ، فالمادة ٥٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (والصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٩٨٣/٩٠) تنص على ما يلي : : الحكم النهائي هو الذي يفصل في أصل النزاع .. أو الذي يفصل في جهة من جهاته أو في دفع أو دفاع متعلق به ويكون نهائياً بالنسبة لما فصل فيه .. يكون الحكم النهائي قطعياً عندما لا يكون أولم بعد قبلاً لتلحق بطرق الطعن العادية .. . وإنك كان المشرع =

والى أن يتم هذا التعديل ، فإن سد العجز فى الدور الوقائى للحجبة
المستندة للمادة ١٠١ إثبات يتطلب البحث عن وسيلة وقائية أخرى . ولعل
استشعار الرأى المعارض لهذا العجز هو ما دفعه إلى الحديث عن وقف نظر
الدعوى المقامة بالمسائل المتفرعة لحين صيرورة الحكم الصادر فى المسألة
الأساسية حائزاً لقوة الأمر المقضى (٣٥) .

= اللبناني منطقياً حين قرر بعد ذلك فى المادة ٥٥٦ أنه ، للأحكام النهائية منذ
صدورها حجبة القضية المحكوم بها .. ، فيجب أن نظن إذن أن الحجبة وفقاً لهذا
القانون إنما ترتبط بالحكم ، القطعى ، بتعبير المشرع المصرى .

(٣٥) انظر فى وجود الالتزام بهذا الوقف واسانيدده الفنية وتكييفه القانونى : د. أحمد
زغلول ، المرجع السابق ، بند ١١٢ وما يليه .

وإذا كان لنا من ملاحظة حول هذا الحل فهو أنه لا يصلح لمواجهة كل
الفروض . فإذا كان هذا الحل لا يصادف عقبة عملية إذا صدر الحكم الابتدائى
فى المسألة الأساسية منهياً للخصومة ورفضت بعده الدعوى بالمسألة الفرعية ،
فإنه - على العكس - يصادف عقبة يستحيل تذليلها إذا كانت كل من دعوى
المسألة الأساسية ودعوى المسألة الفرعية تضمهما خصومة واحدة . فعلى
فرض أن المحكمة قد تصدت أولاً للطلب المتضمن للمسألة الأساسية وفصلت
فيه ، فإنها لا تستطيع بعد ذلك إيقاف الخصومة بالنسبة للطلب المتضمن مسألة
فرعية لحين صيرورة الحكم الصادر نهائياً . فالحكم الصادر فى الطلب الأصلى
هنا يعد غير منه للخصومة كلها وبالتالي لا يقبل الطعن المباشر فيه (بافتراض
أنه صادر فى دعوى تقريرية ولا يقبل التنفيذ الجبرى ولا ينطبق عليه ايضاً أى
من الاستثناءات الأخرى التى أشارت إليها المادة ٢١٢ مرافعات) . ولذلك لن
يتصور منطقياً أن يصير هذا الحكم نهائياً طالما ظلت الخصومة بالنسبة للمسألة
الفرعية منعقدة . ولا يعترض على ذلك بأن الحكم الصادر فى المسألة الأساسية
فى الفرض السابق يعد حكماً صادراً فى الخصومة ولا يكتسب الحجبة داخلها . =

= فالواقع أن هذا الحكم يعد فاصلاً في دعوى تجعل له حجبية - إذا توافرت شروطها - ولو لم يكن منهيماً للخصومة كلها . وحتى إذا لم نتكلم عن الحجبية بالنسبة له فيبقى الحديث عن استنفاد الولاية والذي يمنع القاضى من العودة إلى مناقشة ما قضى به الحكم داخل الخصومة التى صدر فيها .

ولا يعترض على ذلك أيضاً بأن الفرض الذى نطرحه ليس عملياً، إذ ما هو السبب الذى يجعل المحكمة مضطرة إلى الفصل فى المسألة الأساسية على استقلال وتستبقى المسألة الفرعية للحكم فيها بعد ذلك . وللدرد على ذلك يكفى تصور الفرض الذى تطرح فيه المسألة الفرعية كطلب عارض فى الوقت الذى تكون فيه المسألة الأساسية - والمطروحة كطلب أصلى - مهيلة للحكم فيها . فطبقاً للمادة ١٢٧ مرفعات لا يجب أن يترتب على الطلب العارض هنا إرجاء الحكم فى الدعوى الأصلية . ولذا فإن المحكمة ستكون مضطرة للحكم فى المسألة الأساسية واستبقاء الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه .

الفصل الثاني

مفترضات التعارض

تمهيد :

قد يبدو لأول وهلة أن موضوع هذا الفصل قد أتى متأخرا - من الناحية المنهجية - بعض الوقت. ولكن ما دعانا إلى ذلك في الواقع هو أيضاً دافع منهجي . فنحن إذ بدأنا بالحديث عن وسائل الوقاية ، فذلك لأننا كنا نأمل أن تكون من الفعالية بحيث تضمن الحيلولة دون ظهور حالة ولو واحدة من حالات التعارض بين الأحكام . أما وقد تبين لنا عجز هذه الوسائل - ولأسباب متعددة - عن بلوغ الغاية ، كان من الطبيعي أن يأتي الآن -والآن فقط - دور الحديث عن مفترضات المشكلة محل البحث .

وإذا كان من السهل حصر هذه المفترضات في ثلاثة هي وجود حكمين على الأقل ووحدة الدعوى ووجود تعارض بين الحكمين ، إلا أن الأمر لا يمضى بمثل هذه السهولة إذا أردنا ضبط المقصود بكل مسألة من هذه المسائل . فنحن نتكلم عن شرط الحكمين ولكن هل أي حكمين أم لابد من مواصفات معينة فيهما ؟ سوف يتبين لنا انحصار مشكلة التعارض محل البحث في الأحكام الصادرة في الموضوع . أيضا نحن نتطلب وحدة الدعوى التي صدر فيها الحكمان . ولكن ما المقصود بهذه الوحدة وهل أنها تعنى ضرورة تطابق الدعويين اللتين صدر فيهما الحكمان من جميع الوجوه ؟ سوف يتبين لنا أنه إذا كان لابد من اتحاد بعض عناصر الدعويين إلا أن التطابق التام بين هاتين الأخيرتين ليس لازما . واخيرا فنحن نشترط بطبيعة الحال أن يكون هناك تعارض بين الحكمين ، ولكن

متى يمكن القول بوجود هذا المعنى ؟ .

مفترضات ثلاثة إذن تجب الإحاطة بها حتى يمكن القول بوجود مشكلة تبحث عن حل . وسوف يكون البحث في هذه المفترضات موزعا بين المباحث الثلاثة الآتية :

- المبحث الأول : تعدد الأحكام .
- المبحث الثاني : وحدة الدعوى .
- المبحث الثالث : التعارض .

المبحث الأول تعدد الأحكام

تقسيم :

يجب أن يكون ماثلاً في الذهن أننا ننشغل بأحد أوجه مشكلة التعارض - وإن كان أعقدها - وهو التعارض بين حكمين . فنحن لا ننشغل - مثلاً - بالتعارض داخل الحكم الواحد .

والحديث عن التعارض بين حكمين يتطلب بداءة وجود حكمين لكل منهما نفاذه . ولكن هل معنى ذلك أن التعارض الذي يفتح أمامه باب الطعن بالاستئناف أو النقض - وهما طريقاً الطعن اللذان نظمهما قانون المرافعات لهذا الغرض ويستحوذان على اهتمامنا في هذه الدراسة في المقام الأول - هو التعارض بين أى حكمين صادرين عن القضاء وعن جهة القضاء المدني تحديداً ؟

نحن نعلم أن لأحكام القضائية تقسيمات عدة ومن بينها تقسيم الأحكام إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام صادرة دون الفصل فيه . ولمسوف يتبين لنا من خلال هذه الدراسة انحصار مشكلة التعارض - بالمعنى المقصود في المادتين ٢٢٢ و٢٤٩ مرافعات - في الأحكام الفاصلة في الموضوع دون غيرها .

وبناء عليه سوف تتوزع موضوعات هذا المبحث بين المطالبين التاليين :

المطلب الأول : حصر مشكلة التعارض في الأحكام الفاصلة في الموضوع .

المطلب الثاني : خروج الأحكام الصادرة دون الفصل في الموضوع من نطاق مشكلة التعارض .

المطلب الأول

حصر مشكلة التعارض في الأحكام الفاصلة في الموضوع

يقصد بالأحكام الفاصلة في الموضوع قسم من الأحكام القضائية تصدر في موضوع الدعوى بالمقابلة لقسم آخر يصدر في مسائل أخرى - كالأجراءات مثلاً - دون الفصل في الموضوع .

ويقصد بموضوع الدعوى هنا الحق الموضوعي أو التدبير الوقتي الذي يطالب المدعى - إستناداً إلى وقائع معينة تسمى السبب - من القضاء الحكم به .

ونظراً لتنوع موضوع الدعوى بين حق موضوعي أو تدبير وقتي فإن الأحكام الفاصلة في الموضوع تنقسم - بدورها - إلى فرعين : الأحكام الموضوعية والأحكام الوقتية . فعندما يكون موضوع الدعوى حقاً موضوعياً - كدعوى تقرير بطلان عقد أو فسخه أو ثبوت الملكية مثلاً - فإن الحكم الصادر في هذا الموضوع - بالإستجابة له أو برفضه - يسمى حكماً موضوعياً . أما عندما يكون موضوع الدعوى مجرد تدبير وقتي - كالدعوى التي تستهدف مجرد تعيين حارس أو وقف التنفيذ أو الإلزام بنفقة وقتية - فإن الحكم الصادر في هذا الموضوع يسمى حكماً وقتياً أو مستعجلاً .

والحكم الموضوعي يسبغ على الحق حماية تأكيدية لأن المحكمة تكون رأياًها القضائي هنا بناء على تأكيد الحق المدعى به (أو نفيه) (١) ، بينما الحكم المستعجل لا يسبغ على الحق سوى حماية وقتية لأنه يصدر

(١) فالحماية القضائية تُمنح للمدعى إذا تأكد الحق وإلا فإنها تُمنح للمدعى عليه (فرفض الدعوى يمثل حماية المدعى عليه) .

بناء على مجرد ترجح وجود الحق وقبل تأكيد وجوده .

ولقد انعكس هذا الإختلاف فى جوهر الحماية القضائية بين الحكم الموضوعى والحكم المستعجل على درجة الفاعلية التى يتمتع بها كل منهما والتى تحول دون صدور حكم آخر يعارضه سواء كان من طائفته أم من الطائفة الأخرى .

وفى ظل هذا الوضع يصير مفروضاً على هذه الدراسة أن تتقصى عن مدى نوافر مفترضات التناقض بين حكمين صادرين فى الموضوع بحسب ما إذا كانا موضوعيين أو مستعجلين أو أحدهما موضوعى والآخر مستعجل .

الفرع الأول

التعارض بين حكمين موضوعيين

الحكم الموضوعى كما قلنا هو الحكم الفاصل فى الحق الموضوعى المتنازع بشأنه أمام القضاء (٢) . يستوى فى ذلك أن يكون الحكم فاصلاً فى طلب موضوعى أو دفع موضوعى . كما يستوى أن يكون الحكم صادراً بإجابة الطلب أو الدفع أم برفضه . كما يستوى أن يكون الحكم تقريرياً (كالحكم ببطلان العقد أو بصحته أو بثبوت الملكية أو بنفيها أو ببراءة الذمة

(٢) يلاحظ - فى رأينا - عدم الخلط بين الحكم الموضوعى والحكم الفاصل فى الموضوع . فهنا التعبير الأخير يشمل الحكم الموضوعى وأيضاً الحكم الوقتى فى مقابل الأحكام الصادرة دون الفصل فى الموضوع كالأحكام الاجرائية . ومع ذلك فقد يستخدم البعض تعبير الحكم الفاصل فى الموضوع كدلالة على الحكم الموضوعى وحده . من ذلك انظر : د. وجدى راغب ، المرجع السابق، ص ٥٨٢ ، د. أحمد زغلول، أعمال القاضى، سابق الإشارة إليه بند ١٧١ .

أو بانشغالها) أم منشأ (كالحكم بشهر الإفلاس أو بالشفعة أو بالتطبيق) أم
بإلزام (كالحكم بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ نقدي أو بتسليم منقول
معين أو عقار أو بتشديد بناء أو بهدمه) .

ولعل من أخص ما يميز الحكم الموضوعي أنه يحوز - وحده - حجبة
الأمر المقضى إذا توافرت باقى شرائطها . أما أنه وحده الذى يحوز الحجبة
فهذا واضح من نص المادة ١٠١ إثبات والتي لا تعترف بالحجبة
إلا للأحكام التى فصلت فى الحقوق (٣) وهو ما ينطبق على تعريفنا للحكم
الموضوعي . وأما أنه يحوز الحجبة إذا توافرت باقى شرائطها فنقصد بذلك
أنه إذا كان الأثر السلبي للحجبة سيترتب بمجرد صدور الحكم ولو كان
ابتدائياً ، فإن أثرها الإيجابي يتوقف على بلوغ الحكم لدرجة معينة هى
حيازته لقوة الأمر المقضى (٤) .

هذا الارتباط الذى تفرضه قواعد القانون بين الحجبة والأحكام
الموضوعية يجعل من هذه الأخيرة ميدانا طبيعيا لظهور مشكلة التعارض
إن توافرت باقى مفترضاتها .

فعندما يفصل الحكم فى الحق الموضوعي فإنه يحوز حجبة الأمر
المقضى فى جانبها السلبي على الأقل بمجرد صدوره . فإذا طرح ذات

(٣) إذ يجرى نص هذه المادة على النحو التالى : : الأحكام ... تكون حجة فيما
فصلت فيه من الحقوق كذلك فإن نص المادة ١١٦ مرافعات يتكلم عن
الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، لسبق الفصل فيها . فهذا الدفع - الذى يعبر
عن الحجبة فى أثرها السلبي - لا يصلح لمواجهة سبق الفصل فى الدفع الاجرائي
مثلاً لأنه لا يمثل دعوى .

(٤) انظر فى المقصود بكل من الأثر السلبي للحجبة وأثرها الإيجابي واشتراط قوة
الأمر المقضى لترتيب هذا الأثر الأخير : ما سبق - ص ٥١ وما بعدها .

الحق في خصومة جديدة بإجراءات مبتدأة فإن الحكم الذي يمكن إصداره في هذه الحالة هو الحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل في موضوعها بقضاء حاز حجبية الأمر المقضى (٥) . أما إذا خولف هذا النظر وصدر قضاء جديد في نفس الحق فإنه لا يفيد بذاته إلغاء الحكم السابق وإنما سيقوم إلى جانبه . فإذا كان مضمونه مختلفا عما قضى به أولا توافرت كل مفترضات التعارض .

وعندما يفصل الحكم في الحق الموضوعي ويكون حائزا لقوة الأمر المقضى فإنه يحوز الحجبية الكاملة أي في أثرها السلبى والإيجابى معاً . ولذلك إذا رفعت دعوى جديدة بحق مختلف ولكن يتوقف الحكم فيها على ما قضى به الحكم الحائز للحجبية فإنه يجب أن يصدر الحكم الجديد دون إعادة مناقشة ما قضى به الأول . أما إذا صدر الحكم الجديد في هذه الدعوى غير متوافق مع الحكم الأول توافرت أيضا مفترضات التعارض (٦) .

وفي كل ما سبق ، كنا نفترض صدور الحكم الجديد من خلال خصومة جديدة مبتدأة . لكن ماذا لو صدر الحكم الجديد من خلال نفس الخصومة التي صدر فيها الحكم الأول ؟ الذى أوحى إلينا بطرح هذا السؤال

(٥) د. أحمد زغلول ، الحجبية الموقوفة ، سابق الإشارة إليه . بند ٢٧ .

(٦) يبقى بعد ذلك الفرض الذى يكون فيه الحكم الأول غير حائز لحجبية الأمر المقضى في جانبها الإيجابى لعدم حيازته لقوة الأمر المقضى وكانت الدعوى الجديدة منصبة على حق مختلف عن الحق الذى صدر فيه الحكم الأول وإن كان متفرعاً عنه . في هذا الفرض إذا صدر الحكم الجديد غير متوافق مع الحكم الأول توافرت مفترضات التعارض رغم عدم مخالفة قاعدة الحجبية . فالنتيجة ليس حتمياً بين مخالفة الحجبية ومشكلة التعارض . انظر في هذا الفرض : ما سبق ص ٦٢ وما بعدها .

هو التلازم الحتمى بين الأحكام الموضوعية والحجية ، وفى نفس الوقت ما هو متفق عليه من أن الحجية إنما تمارس دورها فى الخصومات المستقبلية وخارج الخصومة التى صدر فيها الحكم (٧) . ولذلك كان طبيعياً أن نتساءل عن الفرض العكسى، أى عما إذا كان يجوز للمحكمة التى أصدرت حكماً موضوعياً فى شق من الموضوع وما زالت الخصومة قائمة أمامها للفصل فى باقى الموضوع أن تسحب حكمها هذا وتصدر حكماً جديداً يعد هو الحكم الوحيد فى هذا الشق من الموضوع ولا تثور بالنسبة له مشكلة التعارض ولو كان مضاداً فى إتجاهه لما سبق أن حكم به أولاً .

الواقع أن نقطة الإرتكاز التى ننطلق منها فى الإجابة على هذا التساؤل تتمثل فى صفة معينة فى الحكم الموضوعى كعمل إجرائى هى صفته كحكم قطعى . فالحكم القطعى هو الحكم الذى يفصل فى مسألة من مسائل الخصومة بصورة حاسمة على النحو الذى يفيد تمام تكوين عقيدة المحكمة فى خصوص هذه المسألة (٨) . والقاعدة المستقرة فى القانون الإجرائى (٩) أنه بصدور الحكم القطعى يخرج النزاع الذى صدر فيه من ولاية المحكمة ، ويترتب على ذلك عدم جواز معاودة بحث المسألة التى فصل فيها من المحكمة التى أصدرته وعدم جواز العدول عنه داخل إطار الخصومة التى صدر فيها .

(٧) انظر: د. فتحى والى ، المرجع السابق ، بند ٨٣ ، د. وجدى راغب النظرية العامة ، سابق الإشارة إليه - ص ٢١٥ ، د. أحمد زغلول ، أعمال القاضى ، سابق الإشارة إليه - بند ١٨٠ .

(٨) د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١٧٣ ، وانظر: د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ١٨ .

(٩) انظر: د. وجدى راغب ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٢١١ ، أيضاً: د. أحمد

زغلول ، المرجع السابق - بند ١٧٥ ، د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائى

الخاص؛ الجزء الثانى ، منشأة المعارف - بند ٣٧٠ .

مؤدى ذلك أن الصفة القطعية للحكم الموضوعى وما ترتبه من استنفاد للولاية ومن ثم عدم جواز المساس به من جانب المحكمة التى أصدرته أثناء سير الخصومة ، يعنى أنه إذا صدر منها قضاء جديد يتضمن عدولا عما سبق وقضت به عد ذلك بمثابة حكم جديد متعارض مع حكم سابق لا مانع من أن يفتح أمامه باب الطعن لتعارض الأحكام . فهنا ورغم عدم ارتباط هذا الحكم الموضوعى بالحجية - بالنظر إلى أن نظام الحجية إنما يعمل خارج الخصومة التى صدر فيها الحكم وليس داخلها - إلا أن مشكلة التعارض بين الأحكام الموضوعية يمكن أن تثور بالنظر إلى الصفة القطعية لهذه الأحكام (١٠) .

وإذا كانت مشكلة التعارض بين الأحكام الموضوعية يمكن أن تثور إذا صدر الحكم الثانى من خلال نفس الخصومة التى صدر فيها الحكم الأول أو من خلال خصومة أخرى مبتدأة ، فإنها على العكس لا تثور إذا صدر الحكم الجديد من خلال خصومة الطعن فى الحكم الأول .

(١٠) على أن ذلك لا يعنى بالنسبة لنا أن مشكلة التعارض يمكن أن تثور بين الأحكام القطعية أيا كانت المسألة التى فصلت فيها هذه الأحكام . فالواقع أن صفة الحكم كحكم صادر فى الموضوع هى الأساس الذى يشكل مفترض التعارض هنا وليس الصفة القطعية . إنما أفادت الصفة القطعية هنا فى إبراز أن عدول المحكمة التى أصدرت الحكم القطعى عنه أثناء الخصومة ليس عدولا قانونياً جائزاً ولا يمكنه أن يؤدى إلى بقاء الحكم الثانى وحده . فمبدأ استنفاد الولاية المترتب على الحكم القطعى يمنع هذا العدول . فهو يجعلنا أمام حكم جديد يقوم إلى جانب الحكم الأول ويمكن أن تثور بشأنهما مشكلة التعارض . أما إذا كان الحكم الذى تم العدول عنه حكماً قطعياً ولكنه ليس صادراً فى الموضوع فإنه لا يثير مشكلة التعارض وإن أثار مشكلة مخالفة مبدأ استنفاد الولاية .

فسواء قلنا أن خصومة الطعن تعد خصومة جديدة أو مرحلة جديدة في نفس الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه تعد فيها مجرد استمرار لإجراءات هذه الخصومة^(١١) ، فإن محكمة الطعن يمكنها إلغاء الحكم المطعون فيه وإصدار حكم جديد يحل محله يكون هو الحكم الموضوعي الوحيد في القضية وبالتالي لا يصح الحديث عن تعارض بين حكمين هنا ، إذ لا يوجد سوى حكم واحد^(١٢) ، بينما التعارض لا يثور إلا عند وجود أكثر من حكم .

الفرع الثاني

التعارض بين حكمين مستعجلين

الحكم المستعجل أو الوقتي كما قلنا هو الحكم الصادر بإجراء وقتي - أو برفضه - في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت بناء على ترجح وجود الحق الموضوعي ودون التأكد من هذا الوجود . يستوى في ذلك أن يكون الحكم صادرا من قاضي الأمور المستعجلة أم من قاضي التنفيذ بصفته قاضيا للأمور المستعجلة في منازعات التنفيذ ، أم من محكمة

(١١) انظر في التوجهات الرئيسية للفقهاء حول هذه المسألة : د. أحمد زغلول . الحجية

الموقوفة ، سابق الإشارة إليه - هامش (٤) ص ٤٣ تحت بند ٢٥ .

(١٢) وحتى عندما لا يكون لمحكمة الطعن التصدي للموضوع - كما هو شأن محكمة النقض كقاعدة عامة - فإنها إما أن ترفض الطعن فيبتأيد الحكم المطعون فيه ويكون وحده الحاسم للحقوق ، وإما أنها تقبل الطعن وتلغي الحكم المطعون فيه فلم يعد أيهما - أي الحكم الملغى وحكم الإلغاء الصادر من محكمة الطعن - يحسم الحق ، وعندئذ يجب أن ننتظر صدور حكم جديد في الموضوع من محكمة الاحالة .

الموضوع في الطلبات المستعجلة التي ترفع إليها بالتبعية للموضوع .

ولا يختلط الحكم المستعجل بالحكم الموضوعي وإن كان يجمع بينهما أن كلاهما يصدر في دعوى . فإذا كان الحكم الموضوعي يفصل في دعوى مضمونها حق موضوعي ، فإن الحكم المستعجل يصدر في دعوى أيضا وإن كان مضمونها تدبيراً وقتياً لا يمس الحق الموضوعي . فكلاهما إذن يفصل في موضوع مطالبة قضائية وبالتالي يعد فاصلا في الموضوع بالمقابلة للأحكام التي تفصل في المسائل الأخرى التي تثور في الخصومة ولا تفصل في هذا الموضوع كالأحكام التي تفصل في مسائل الإجراءات أو القبول .

ولأن الحكم المستعجل لا يفصل في الحقوق ، فإنه لا يحوز حجية الأمر المقضي طبقاً للمادة ١٠١ إثبات والتي ربطت بين الحجية والأحكام التي تفصل في الحقوق أي الأحكام الموضوعية .

ولكن هل يعنى إفتقار الحكم المستعجل للحجية في خصوص المسألة المستعجلة التي فصل فيها إفتقاده لكل حصانة ؟ بعبارة أخرى هل يمكن إعادة الفصل في الدعوى المستعجلة مرة ثانية ويكون الحكم اللاحق لاغياً للحكم السابق ؟

ولا شك في أهمية الإجابة على هذا التساؤل . ذلك لأن الرد الإيجابي يعنى تخلف مفترض أساسي من مفترضات التعارض وهو وجود حكيم . إذ عند طرح الدعوى المستعجلة للمرة الثانية وصدور حكم جديد فيها يخالف مضمونه ما سبق الحكم به فإن الحكم الجديد وحده هو الذي تكون له الفاعلية ولا يقال أن هناك تعارضاً بين حكيمين ، فالحكم السابق يزول ضمناً بصدور الحكم اللاحق . أما الرد بالنفي فيعنى أنه إذا صدر حكم

جديد في ذات الدعوى المستعجلة فإنه يقوم جنباً إلى جنب مع الحكم السابق بحيث إذا كان مضمونهما متعارضاً توافرت كافة مفترضات التعارض بين حكمين .

والواقع أن غياب الحجية عن الحكم المستعجل لم تمنع من الإتفاق حول عدم جواز إعادة الفصل في الدعوى المستعجلة مرة ثانية طالما كانت الظروف التي صدر فيها الحكم الأول على حالها (١٣) . فإذا خولف هذا النظر فإن الحكم الجديد لا يكون ملغياً للحكم السابق بل يقوم الحكمان معاً وتثور بصددهما مشكلة التعارض إذا اختلفت مضمونهما كأن صدر أحدهما برفض تدبير وقتي معين وصدر الآخر مقراً بهذا التدبير . ولذلك يجرى قضاء النقض على أن الحكم المستعجل يخضع لنظام تناقض الأحكام (١٤) .

أما إذا تغيرت الظروف التي صدر فيها الحكم الأول جاز طرح الدعوى المستعجلة مرة ثانية ليصدر فيها حكم جديد (١٥) يكون هو وحده

(١٣) ويؤسس البعض هذه النتيجة على فكرة الحجية المؤقتة . فعندهم يتمتع الحكم المستعجل بحجية مؤقتة تحول دون المساس به طالما ظلت الظروف التي صدر بمقتضاها على حالها . من هذا الرأي : د. أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية : الطبعة الرابعة عشر ، ١٩٨٦ ، منشأة المعارف - بند ٥٢٩ .

(١٤) انظر : نقض مدني ٨٠/٢/٢٠ ، مشار إليه لدى : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - هامش (٣٢) ص ٢٦ ، ونقض ٨٠/٤/٣٠ ، حكم رقم (٢٠) ص ١١٥٥ وما يليها ، ونقض ٨٤/٦/٢١ ، حكم رقم (٢٨) ص ١١٥٩ وما يليها ، مشار إليهما لدى : الناصوري وعكاز ، للمرجع السابق .

(١٥) ويتأسس هذا الحل في نظر البعض على أساس فكرة الحجية المؤقتة أيضاً . انظر : المراجع المشار إليها في هامش (١٣) ، نفس الإشارة ، بينما يتأسس في نظر البعض الآخر - والمنكر لفكرة الحجية المؤقتة - على أساس نظرية الحكم الشرطي . انظر : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق ، بند ٥٣ وما يليه .

صاحب الكلمة ويعد صدوره بمثابة إلغاء للحكم السابق. فهذا الحكم السابق يكون محلا لعملية مراجعة بحيث يزول ويتلاشى مضمونه ويستبدل به حكم جديد بمضمون جديد^(١٦). وما دام الأمر كذلك فإن مفترضا أساسيا من مفترضات التعارض يزول، فلن يكون هناك حكمان في المسألة وإنما حكم واحد فقط.

مع ملاحظة أنه لكي تكتمل مقومات التعارض بين حكمين مستعجلين فإنه يجب أن يكون مضمونهما مختلفا. بمعنى أنه إذا كان الحكم الجديد قد رفض الدعوى فإنه بذلك يقر بمضمون الحكم الأول ولا يتعارض معه.

وسواء لم تتغير الظروف فتمتنع إعادة الفصل في الدعوى المستعجلة أم تغيرت الظروف فتزول حصانة الحكم ويمكن أن يستبدل به آخر، فهذا القيد أو ذاك السماح يعمل به سواء أثناء الخصومة التي صدر فيها الحكم المستعجل وما زالت قائمة لم تنته بعد، أم خارج هذه الخصومة من خلال الإجراءات المبتدأة.

الفرع الثالث

التعارض بين حكمين أحدهما موضوعي والآخر مستعجل

خلصنا مما سبق إلى أن الحكم الموضوعي يمكن أن يتعارض مع حكم موضوعي آخر، كما أن الحكم المستعجل يمكن أيضا أن يتعارض مع حكم مستعجل آخر صدر في نفس الدعوى دون أن تتغير الظروف. ولكن السؤال المطروح الآن هو: هل من المتصور أن تتوافق مفترضات التعارض بين الأحكام إذا كان كلاهما صادرا في الموضوع بيد أن أحدهما

(١٦) د. أحمد زغلول، المرجع السابق - بند ٥٩.

قد يبدو لأول وهلة أن مفترضات التعارض لا تتوافر فى هذه الحالة بالنظر إلى اختلاف الموضوع الذى فصل فيه كل منهما . فبينما الحكم المستعجل يفصل مثلاً فى دعوى موضوعها تدبير وقتى كتعيين حارس مثلاً فإن الحكم الموضوعى يفصل دعوى موضوعها حق موضوعى مثل حق الملكية . فرغم أن الحق الموضوعى محل الحماية فى الحكم الثانى كان هو نفسه المستهدف بالحماية فى الحكم الأول، إلا أن القرار الذى كان مطلوباً إصداره كان مختلفاً وهو ما يعنى إختلاف الدعاوى (١٨) ومن ثم عدم تعارض الأحكام .

ورغم صحة هذا التصور إلا أنه لا يصدق فى إطلاقه . فقد يكون الحق المستهدف بالحماية واحداً فى الدعويين والقرار المطلوب أيضاً واحداً . كل ما هنالك أنه فى الدعوى الأولى كان المطلوب قراراً يحمى الحق بصفة مؤقتة بينما المطلوب فى الثانية قرار يؤكد وجود هذا الحق بصفة دائمة . مثال ذلك الدعوى التى ترفع بقصد الحصول على قرار وقتى بطرد

(١٧) انظر فى أن تعبير الحكم الصادر فى الموضوع يشمل الحكم الموضوعى بالمعنى الفنى الدقيق والحكم المستعجل : ما سبق - ص ٧٦، هامش (٢) ص ٧٧ .

(١٨) انظر فى أن محل الدعوى يتكون من ثلاثة عناصر أولها القرار الذى يطلب من القاضى إصداره وما إذا كان وقتياً أو موضوعياً، وأن المعيار الذى يجب الأخذ به لمعرفة ما إذا كانت الدعوى واحدة أم لا هو النظر لما إذا كان المحل فى أحد عناصره الثلاث مختلفاً، وأن اختلاف عنصر واحد فى المحل يؤدي إلى اختلاف الدعوى : د. فتحى والى، المرجع السابق - بند ٤١ وانظر فى أن القضاء بإجراء وقتى لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر فى الموضوع : د. أحمد السيد صادى، الوسيط، سابق الإشارة إليه - بند ٦٠٣ .

المستأجر من العين المؤجرة لعدم الوفاء بالأجرة مع وجود الشرط الفاسخ الصريح، والدعوى التي ترفع بقصد الحصول على حكم موضوعي - أو تأكيدى - بإخلاء العين لذات السبب . فقد يصدر الحكم الأول برفض الطرد ويصدر الحكم الثانى بالإخلاء أو العكس . فهل يمكن الحديث عن وجود مشكلة التعارض بين الأحكام فى هذه الحالة ؟

الواقع أن الإجابة التى يجب إعطاؤها فى هذه الحالة تركز على خصائص القضاء المستعجل . فهو يوصف بأنه ذو أثر مؤقت ينتهى بالفصل فى الدعوى الموضوعية^(١٩) . وبناء عليه فالقاعدة التى تحكم ممارسة أعمال الحماية المستعجلة تقضى بزوال الحكم الصادر فى الدعوى المستعجلة بالفصل فى أصل الحق^(٢٠) ، فصدور الحكم الموضوعى يعد طريقا خاصا لإلغاء الحكم المستعجل . ومفاد ما سبق أنه إذا صدر حكم موضوعى مضمونه يخالف ما قضى به الحكم المستعجل من قبل فإنه لا يقال أن هناك تعارضا بين حكمين، إذ لا يوجد سوى الحكم الموضوعى وحده ومن ثم نفتقد مفترضا أساسيا من مفترضات مشكلة التعارض^(٢١) . إذن لا يمكن الحديث عن وجود مشكلة تعارض بين الحكم المستعجل الذى سبق أن قضى برفض طرد المستأجر والحكم الموضوعى الذى قضى بعد ذلك بالإخلاء أو العكس، فقد زال حكم رفض الطرد (حكم مستعجل) حين صدر حكم الإخلاء (حكم موضوعى) .

(١٩) انظر: د. فتحي والى ، المرجع السابق بند ٧٩ .

(٢٠) د. أحمد زغلول ، آثار إلغاء الأحكام، سابق الإشارة إليه - بند ١٢٥ .

(٢١) انظر: نقض ١٦/٢/١٩٣٣ و ٢٢/٤/١٩٧١ و ١٦/٥/١٩٨١ مشار إليها لادى :

د. أحمد زغلول المرجع السابق - هامش (٣) ص ١٩٧ وما يليه .

وإذا أردنا أن ندفع المسائل في هذا المقام لأبعد من ذلك وتساءلنا عن درجة القوة الإجرائية التي يجب أن يبلغها الحكم الموضوعي حتى يعتبر الحكم المستعجل الذي صدر من قبل لاغياً ، فإنه يكفي في نظرنا مجرد صدور الحكم الموضوعي ولو كان إبتدائياً . فحتى لو كان الحكم المستعجل نهائياً فإنه يمثل حماية وقتية إحتياطية تزول بصدور الحكم الموضوعي ولو كان هذا الأخير إبتدائياً طالما أنه يمثل الحماية القضائية الأصلية . فالحكم الصادر بالحراسة القضائية مثلاً ينتهي أثره بصدور الحكم بالملكية لأحد الخصوم ولو كان هذا الأخير إبتدائياً .

على أنه إذا كان الحكم المستعجل صادراً بإلزام فإن زواله بصدور الحكم الموضوعي يتوقف على قدرة هذا الأخير على حماية الحق والإستغناء عن الحماية الوقتية . وبناء عليه فإن الحكم المستعجل بإلزام (٢٢) لا يعد لاغياً إلا بصدور الحكم الموضوعي الصادر هو الآخر بإلزام وكان أو صار - نهائياً . لأنه عندئذ يكون هذا الأخير قابلاً للتنفيذ الجبري (٢٣) . ولذلك إذا كان الحكم الموضوعي بإلزام إبتدائياً وفصل في النزاع خلافاً لما قضى به من قبل الحكم المستعجل بإلزام توافرت مفترضات مشكلة التناقض : فالحكم المستعجل سيظل قائماً جنباً إلى جنب مع الحكم الموضوعي فضلاً عن وجود تعارض في المضمون . على أنه مما قد يخفف من حدة المشكلة هنا أن الحكم المستعجل سيكون وحده القابل للتنفيذ

(٢٢) يلاحظ أنه إذا كان الحكم في الدعوى المستعجلة صادراً بالرفض فإنه لا يكون صادراً بإلزام ولا تتور بالنسبة له المشكلة محل البحث الآن .

(٢٣) اللهم إلا إذا كان الحكم الموضوعي مشمولاً بالتنفيذ المعجل فعندئذ تكون له القوة التنفيذية التي تكفل تحقيق الحماية الأصلية والاستغناء عن حماية الحكم المستعجل .

الجبرى^(٢٤) ولا يزاخمه - فى هذه المرحلة - الحكم الإبتدائى بإلزام ، أى أن مشكلة استحالة التنفيذ المتعاصر لحكمين - تلك المشكلة التى تمثل أحد الأوجه الأساسية لمشكلة تناقض الأحكام - لن تثور فى هذه الحالة^(٢٥) .

(٢٤) نظراً لأنه إما أن يكون صادراً من محكمة الدرجة الثانية فيكون نهائياً، وإما أنه صادر من محكمة أول درجة وعندئذ سيكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون. نرى جميع الاحوال إذن هو يستجمع درجة القوة الاجرائية التى تسمح بتنفيذه جبراً. وذلك على اختلاف الحال بالنسبة للأحكام الموضوعية .

(٢٥) ويلاحظ أننا كنا نفترض فى كل ما سبق أن الحكم المستعجل هو الذى صدر أولاً ثم صدر بعد ذلك الحكم الموضوعى، ولذلك قلنا بأنه بصدر الحكم الموضوعى اللاحق زال الحكم المستعجل السابق. ولكننا الآن نريد طرح السؤال الآتى : ماذا لو فرض وصدر حكم مستعجل لاحق على الحكم الموضوعى السابق ؟

وفقاً لصحيح القانون لا يتصور تحقق هذا الفرض فى الواقع العملى . وذلك لأنه من شروط قبول الدعوى المستعجلة أن تكون هناك حالة استعجال، ولن تتوافر هذه الحالة طالما سبق الفصل موضوعياً فى المسألة المراد الحكم فيها مستعجلاً . كذلك فإن من شروط الحكم فى الدعوى المستعجلة أن يترجح حق طالب الاجراء الوقتى، ولن يترجح ابداً حقه طالما صدر حكم موضوعى (بافتراض ان طالب الاجراء الوقتى هو الخاسر فى الدعوى الموضوعية) .

ولذلك فإن الدعوى المستعجلة التى سترفع بعد صدور الحكم الموضوعى سيكون مصيرها عدم القبول (لن يتصور مثلاً قبول دعوى الطرد المستعجلة بعد صدور حكم برفض دعوى الاخلاء الموضوعية وبافتراض استناد المدعى فى كل منهما على عدم وفاء المستأجر بالاجرة مع وجود الشرط الفاسخ الصريح) .

أما إذا فرض وصدر الحكم المستعجل رغم ذلك (لعدم إثارة مسألة سبق الفصل فى المسألة بحكم موضوعى) ، فإنه يمكن القول عندئذ بتوافر مفترضات التعارض، إذ أن الحكم المستعجل سوف يقوم جنباً إلى جنب مع الحكم الموضوعى إلى أن يتم إلغاء الحكم المستعجل من خلال طرق الطعن. ويجوز عندئذ الاستناد إلى المادة ٢٢٢ أو ٢٤٩ مرافعات بحسب الأحوال .

المطلب الثاني

خروج الأحكام الصادرة دون الفصل في الموضوع من نطاق مشكلة التعارض

بالمقابل للأحكام التي تصدر في موضوع الدعوى - موضوعية كانت أم مستعجلة وهو ما انتهينا منه حالاً - قد تصدر الأحكام في مسائل أخرى هي من مسائل المرافعات التي قد تثار أثناء الخصومة وليست لها علاقة مباشرة بالموضوع، ولذلك سميت بالأحكام الصادرة دون الفصل في الموضوع (٢٦) .

هذه الأحكام تنظم في طوائف ثلاث متميزة هي : الأحكام الصادرة بإجراء الإثبات والأحكام الإجرائية والأحكام الصادرة في مسألة قبول الدعوى (٢٧) .

(٢٦) يلاحظ أننا نستخدم تعبير الأحكام الصادرة ، دون ، الفصل في الموضوع هنا على نحو لا يجعل التعبير مترادفاً مع الأحكام الصادرة ، قبل ، الفصل في الموضوع . فهذا التعبير الأخير يستخدم عادة للدلالة على الأحكام التي تصدر أثناء الخصومة ولا تنتهي بها ، سواء كان الحكم فاصلاً في شق من الموضوع أو في مسألة غير موضوعية كالإثبات أو الاجراءات أو القبول ولكن لا تنتهي بها الخصومة . ولذلك فإن الحكم الصادر في شق من الموضوع مثلاً يعد صادراً قبل الفصل في الموضوع (أي قبل الحكم المنهي للخصومة كلها) ولكنه لا يعد صادراً دون الفصل في الموضوع ، فهذا التعبير الأخير يفترض أن الحكم ليس صادراً في الموضوع لا كله ولا في شق منه .

(٢٧) يضيف البعض إلى هذه الأحكام طائفة الأحكام المنظمة لسير الخصومة كالأحكام الصادرة بالتأجيل والضم وإفقال باب المرافعة - ومن هذا الرأي : د. أحمد زغلول ، أعمال القاضى ، سابق الإشارة إليه - بند ٦٢ ، د. وجدى راغب ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ على أن غالبية الشراح تعتبر هذه الاعمال المنظمة لسير الخصومة من اجراءات الإدارة القضائية .

ويقصد بالأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات تلك الأحكام التي ترمى إلى التدقق من الوقائع القانونية موضوع الإدعاءات المتبادلة بين الخصوم والتثبت منها (٢٨) كالحكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو بندب خبير للتحقق من صحة المحرر أو بسماع الشهود .

ويقصد بالأحكام الإجرائية تلك الأحكام الصادرة في المسائل التي تتعلق بإجراءات الخصومة من حيث انتظامها أو وقفها أو انقضاءها ، كالحكم في مسألة الإختصاص أو بطلان الإجراءات أو وقف الخصومة أو سقوطها .

ويقصد بالأحكام الصادرة في مسألة قبول الدعوى تلك الأحكام الصادرة بصدد الحق في الدعوى ، كالحكم بقبول الدعوى أو بعدم قبولها لانعدام المصلحة أو لسبق الفصل فيها أو لمضى المدة اللازمة لرفع الدعوى خلالها .

ويحق لنا الآن أن نتساءل : هل يمكن أن يقع تناقض بين حكمين صادرين دون الفصل في الموضوع ؟

من المفيد بداءة أن نحدد دائرة البحث في هذا المقام . إذ ليس مطروحا على بساط البحث هنا مشكلة التعارض بين حكمين صادرين دون الفصل في الموضوع على إطلاقها ، وإنما فقط بين حكمين ينتميان إلى ذات الطائفة ، كالتعارض بين حكمين إجرائيين أو بين حكمين في مسألة القبول . فهنا تعتبر وحدة المسألة المثارة مناسبة طبيعية للحديث عن تعارض الأحكام فيها . أما إذا اختلفت هذه المسألة فلن يتصور ثمة تعارض بين الأحكام . فليس هناك مبرر للحديث مثلا عن تعارض بين حكم إجرائي وحكم في مسألة قبول .

(٢٨) انظر : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٦٢ .

بناء عليه سوف تنحصر موضوعات هذا المطلب في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول : مدى التعارض بين حكمين صادرين بإجراء من إجراءات الإثبات .

الفرع الثاني : مدى التعارض بين حكمين إجرائيين .

الفرع الثالث : مدى التعارض بين حكمين صادرين في مسألة قبول الدعوى .

الفرع الأول

مدى التعارض بين حكمين صادرين بإجراء من إجراءات الإثبات

لن نتوقف كثيراً أمام هذه الطائفة من الأحكام . فهي أحكام غير صادرة في الموضوع وأيضاً غير قطعية ، ولذلك يمكن المساس بها حتى بغير طريق الطعن ، وبالتالي لا يكون لها الإحترام الذي يفرض عدم جواز تناقضها .

فانطلاقاً من أن مشكلة التعارض لا تظهر إلا بالنسبة للأحكام الفاصلة في نفس الدعوى أكثر من مرة ، بينما الحكم الصادر بإجراء من إجراءات الإثبات لا يفصل في الدعوى ولا يمنح حماية قضائية ، وأنه لا يفعل سوى التحضير للعمل القضائي الفاصل في الدعوى ، فإن هذا الحكم لا يحوز الحجية التي تحول دون المساس به في خصومة أخرى . ففاعلية هذا الحكم تنتهي بتنفيذه - بالطريق الملائم - أو بعدول المحكمة عنه ، وبالتالي لن يكون له وجود بعد صدور الحكم الفاصل في الموضوع حتى يمكن القول بتعارضه مع حكم آخر صادر بإجراء الإثبات في خصومة جديدة (٢٩) .

(٢٩) وفي هذا تقول محكمة النقض أنه لا تثريب على المحكمة إن هي أخذت في دعوى الطلاق بشهادة شاهد سمعته هي، وكانت المحكمة الجزئية قد تشككت في =

وانطلاقاً من أن مشكلة التعارض تنحصر في نطاق الأحكام القطعية وحدها (٣٠) ، بينما الحكم الصادر بإجراء من إجراءات الإثبات يعد حكماً غير قطعي لأنه لا يكشف عن عقيدة المحكمة بشأن الواقعة التي صدر بشأنها ، فإن هذا الحكم لا يستنفد ولاية المحكمة التي أصدرته . فحتى في إطار الخصومة التي صدر فيها ، يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً آخر في اتجاه مضاد يعد صدوره بمثابة إلغاء للحكم السابق ، كما يمكنها إن نفذته ألا تأخذ بنتيجته عند الفصل في الدعوى (٣١) . وهذا الأمر أو ذلك يعني عدم توافر مفترضات التعارض . ففي الحالة الأولى لا يوجد سوى حكم واحد بينما التعارض يتطلب وجود حكمين ، وفي الحالة الثانية فإن السماح بالتححرر من النتيجة التي قد يسفر عنها حكم الإثبات يعني أن التعارض هنا قانوني ، إن صح التعبير (٣٢) .

= حجية شهادته في دعوى الطاعة . انظر : نقض مدني ٢٩ مارس ١٩٦٧ مشار إليه لدى : د. فتحي والي ، المرجع السابق ، هامش (٣) ص ١٤٠ تحت بند ٨٥ . (٣٠) د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٥٤ . مع ملاحظة أنه ليس معنى ذلك في رأينا أن صفة الحكم القطعية تكفي للحديث عن مشكلة التعارض ، فقد سبق وقلنا أن مشكلة التعارض محصورة في الاحكام الموضوعية - وهي في نفس الوقت قطعية - وحدها .

(٣١) انظر أحكام النقض العديدة المشار إليها لدى : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - هامش (١١٤) ص ١٢١
(٣٢) هذا مع ملاحظة أن :

١ - هناك أحوال استثنائية تصدر فيها أحكام اثبات وتكون قطعية . مثال ذلك : قضاء المحكمة بجواز الإثبات قانوناً بطريق معين أو عدم جوازه ، والحكم بتوجيه يمين حاسمة . على أن عدول المحكمة عن حكمها القطعي في هذه الأحوال داخل الخصومة لا يعني وجود حكمين قائمين وإنما حكم واحد هو الصادر مؤخراً . كل ما هنالك ان مخالفة قانونية قد تحققت تجاه مبدأ استنفاد الولاية بالحكم القطعي .-

الضرع الثانى

مدى التعارض بين حكمن إجرائين

الحكم الإجرائى كما قلنا هو الحكم الذى ىرد على الجانب الشكلى أو الإجرائى للإدعاء أى ، الخصومة ، من حيث إجرائها وعوارضها ، ولا يتناول بطريقة مباشرة موضوع الإدعاء محل الخصومة . وعادة ما يكون الحكم الإجرائى صادرا فى أحد الدفوع الإجرائية كالدفع بعدم الإختصاص أو بىطلان الإجراءات ، أو فى أحد عوارض الخصومة كالوقف أو السقوط .

وقد ىصدر حكم إجرائى بىطلان صحيفة دعوى معينة ، ثم تجدد الخصومة بصحيفة دعوى أخرى تتطابق مع الصحيفة الأولى التى قضى بىطلانها ورغم ذلك تحكم المحكمة برفض الدفع بىطلانها ، فهل نكون أمام تعارض بين الأحكام مما ىفتح به باب الطعن طبقا للمادتين ٢٢٢ و ٢٤٩ مرافعات ؟ ثم نتساءل أخيراً : ماذا عن التعارض بين حكم إجرائى وحكم صادر فى الموضوع ؟

(أ) حكمان إجرائيان صادرا من خلال خصومتين مستقلتين :

الواقع أن القاعدة الأساسية التى ىجب مراعاتها عند البحث عن إجابة للتساؤل السابق هى أن الغاية من فكرة عدم جواز تعارض الأحكام هى

= ٢ - هناك حالات تشكل فيها مسألة الاثبات دعوى مستقلة ، كدعوى التزوير الأصلية أو كدعوى إثبات الحالة إذا رفعت استقلالا . والحكم الصادر فى هذه الحالات انما ىفصل فى دعوى ولذلك فإن تكرار الحكم فيها على نحو مختلف ىفتح الباب لتناقض الأحكام .

ضمان نفاذ الأحكام التي يستوجب المشرع عدم جواز المساس بها من خلال خصومة جديدة . فإذا لم يكن للحكم هذه الحصانة فإنه يجوز طرح المسألة التي فصل فيها من خلال إجراءات جديدة ولا تنقيح المحكمة - ولا الخصوم - بما سبق القضاء به فيها . وسوف يتفرع عن هذا الفهم نتيجة منطقية مفادها أن الحكم الذي لا يحوز هذه الحصانة يمكن أن يتعارض مع حكم آخر دون أن يكون هذا التعارض خطأ في ذاته . أي أن التعارض في هذه الحالة لن يكون تعارضاً غير قانوني ، إن جاز لنا التعبير .

ومتى أوضحنا هذه المعاني وتساءلنا عن مدى حصانة الحكم الإجرائي فإنه يطفو إلى سطح الذهن أنه حكم لا يحوز حجبية الأمر المقضى (٣٣) . فهذه الحجبية لا تعطى إلا للأحكام التي تفصل في دعوى قضائية ، وتحديد الدعوى التي يكون محلها الحقوق أو المراكز الموضوعية ، بينما الحكم الإجرائي لا يفصل في هذه الدعوى .

معنى ذلك إذن أنه إذا فصلت المحكمة في مسألة إجرائية فإنها لا تنقيح بهذا الحكم إذا أقيمت أمامها خصومة جديدة تتعلق بذات الدعوى . كما لا تنقيح المحاكم الأخرى بهذا الحكم أيضاً ، فتمنك - هذه أو تلك - التصدي لذات المسألة الإجرائية التي سبق الفصل فيها والقضاء فيها على نحو يخالف ما قضى به حكم سابق .

(٣٣) انظر : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٨١ د. إبراهيم سعد ، المرجع السابق - بند ٣٦٩ - وقارن : د. أحمد السيد صاوي ، الشروط الموضوعية لتدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، سابق الإشارة إليه - هامش (١) ص ٢٨٣ تحت بند ١٩٣ حيث يرى سيادته أن استبعاد الحجبية عن الحكم في المسائل الاجرائية يتعارض مع ما تقتضيه حجبية الشيء المحكوم فيه من ضرورة تجنب تناقض الاحكام وعدم تكرار النزاع .

وبناء عليه فإن الحكم الصادر مثلاً ببطلان صحيفة الدعوى لعدم توقيع محام عليها لا يقيد المحكمة التي أصدرته - أو أية محكمة أخرى - بمضمونه إذا ما نشأت خصومة جديدة ولو تعلقت بذات الدعوى . فهنا يمكن الحكم برفض الدفع ببطلان الصحيفة ولو كانت مطابقة لتلك التي قضى ببطلانها سابقاً . كذلك الأمر إذا أصدرت المحكمة حكماً باختصاصها بنظر دعوى معينة ، فهذا الحكم لا يقيد أية محكمة أخرى تعرض عليها نفس الدعوى في خصومة أخرى (٣٤) ، إذ يمكن لهذه المحكمة أن تحكم هي أيضاً باختصاصها .

والجدير بالتأمل أن هناك تناقضاً من الناحية المنطقية أو الفلسفية بين الحكم الذي يقضى ببطلان الصحيفة والحكم الذي يقضى بصحة صحيفة مطابقة . كل ما هنالك أن هذا التناقض لا يعد مخالفة قانونية طالما أن النظام القانوني يسمح به . ولما كانت مشكلة تناقض الأحكام التي نشغل بها تطرح نفسها هنا على بساط البحث القانوني دون غيره ، كان طبيعياً أن ننفي وقوع هذه المشكلة عند التعارض بين حكمين إجرائيين (٣٥) .

(٣٤) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، ١٩٨٨ منشأة المعارف - بند ٩١ . ويؤكد البعض (انظر: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق بند ٤٠٢) هذا المعنى بقولهم أنه إذا كان الحكم الذي أصدرته محكمة الدرجة الأولى حكماً إجرائياً أنهى الخصومة أمامها قبل أن تتعرض للموضوع ثم طعن في هذا الحكم والغته محكمة الاستئناف فعادت القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الموضوع، فإن المسائل الإجرائية التي كانت محل الحكم الأول الملقى تعد مطروحة من جديد لأننا أمام خصومة جديدة .

(٣٥) على أنه لكي يكتمل فهمنا للمشكلة يجب أن نشير إلى أن عدم جواز الحديث عن مشكلة تعارض الأحكام من الناحية القانونية هنا لا يعني أن المشرع يتغافل تماماً =

من هنا يبدو خطأً أن رأى الذى يربط بين الصفة القطعية للأحكام ومشكلة التعارض ويجعل التناقض ممكن الوقوع بين حكيمين قطعيين ولو صدرا فى مسألة إجرائية (٣٦).

(ب) حكمان إجرائيان صدرا فى نفس الخصومة،

وفى كل ما سبق كنا نبحت عن وجود التعارض بين حكيمين إجرائيين صدرا من خلال خصومتين مستقلتين . ولكننا نتساءل ثانية : هل نستبعد مشكلة التعارض أيضا إذا صدر هذان الحكمان فى نفس

= عن مشكلة التعارض بين حكيمين إجرائيين . فالصحيح أن هذا التعارض وإن كان لا يفتح باب الطعن للتعارض طبقاً للمادتين ٢٢٢ و ٢٤٩ مرافعات وأنه لا يشكل فى ذاته مخالفة قانونية إلا أن المشرع قد يعتد بهذا التعارض فى بعض الاحيان ويشكل وسائل معينة لفضه . ولعل ابرز الامثلة لذلك - إن لم يكن وحيدها - الاحكام الصادرة فى شأن الاختصاص الوظيفى . طبقاً للمادة ٢٥ ثانياً من قانون المحكمة الدستورية العليا فإن هذه المحكمة تختص دون غيرها بالفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتدخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنها .

أما فى خارج هذا الإطار فإن إلقاء أحد الحكيمين الاجرائيين المتعارضين لن يكون طريقه هو الطعن للتعارض وإنما الطعن لوجود مخالفة قانونية فى أحد الحكيمين وليس لوجود التعارض فى ذاته . (ولعل ذلك هو السبب الذى جعل المشرع يسمح بالطعن بالاستئناف حتى لو كان الحكم صادراً بصفة انتهائية مادام الطعن مبنياً على وجود عيب فى الاجراءات أو مخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام . (مادة ٢٢١ مرافعات) .

(٣٦) من هذا رأى : د. أحمد حشيش، المرجع السابق، بند ١٨، وهو يشير (انظر هامش (٢٦) ص ٢٤ تحت نفس البند) إلى أحكام قضائية صدرت فى هذا الاتجاه .

الخصومة ؟ بعبارة أخرى: ماذا لو حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم الاختصاص مثلا ثم عادت وحكمت - من خلال نفس الخصومة - بعدم إختصاصها ؟

الذى دفعنا إلى طرح هذا التساؤل واعتباره طبيعيا هو أن الحكم الإجرائى وإن كان لا يجوز حجبة الأمر المقضى إلا أنه يعد حكماً قطعياً ، (٣٧) والقاعدة المعتمدة هي أن الحكم القطعى يلزم القاضى الذى أصدره داخل إجراءات الخصومة التى صدر فيها أيا كانت المسألة التى فصل فيها هذا الحكم موضوعية كانت أم إجرائية . ومفاد ذلك أنه إذا صدر حكم إجرائى برفض الدفع بعدم الإختصاص أو برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى مثلاً فإنه لا يجوز إثارة هذه المسألة من جديد داخل الخصومة . فإذا ما خولف هذا المنع وأعاد القاضى الفصل فيها كأن قضى بعدم الإختصاص أو ببطلان الصحيفة فى المثال السابق ثار التساؤل حول ماهية هذه المخالفة وما إذا كانت تشكل تناقضاً بين حكمتين .

الحقيقة أنه إذا كان صحيحاً أنه لا يجوز للمحكمة أن تعيد الفصل فى ذات المسألة الإجرائية داخل الخصومة التى صدر فيها حكم سابق ، إلا أن مخالفة هذا الحظر لا تعنى توافر مفترضات التعارض بين حكمتين . فالحكم الجديد الصادر فى المسألة الإجرائية يعد إلغاءً ضمناً للحكم السابق وبالتالي لا نكون أمام حكمتين قائمتين حتى يمكن الإنتقال إلى بحث مسألة مدى وجود تعارض بينهما ، بل سنكون أمام حكم وحيد هو الحكم الصادر لاحقاً . صحيح أن هذا الإلغاء يعد غير قانونى نظراً لقطعية الحكم السابق وما يترتب على هذه الصفة من استنفاد المحكمة لولايتها ووجوب إمتناعها عن إعادة بحث المسألة ثانية ، إلا أن هذه المخالفة للقانون تعالج من خلال

(٣٧) والاجماع يكاد ينعقد حول الطبيعة القطعية للأحكام الاجرائية عموماً. ولكن انظر فى الخلاف الدائر حول بعض هذه الأحكام : د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٧٦ .

طرق الطعن المتاحة ولكن بعيدا عن حالة الطعن لتعارض الأحكام (٢٨) .

(ج) التعارض بين حكم إجرائي وحكم صادر في الموضوع ، وإتماما للبحث في المسألة المطروحة فإننا نتعرض لوهم قد يثور في الذهن حول ما إذا كان يمكن أن تتوافر مقومات التعارض بين حكم إجرائي وآخر صادر في الموضوع .

والواقع أن التعارض بين الأحكام لا تقوم له قائمة إلا إذا كانت الأحكام صادرة في الموضوع . أما إذا كان أحدهما - أو كلاهما - إجرائي فلا يتصور ثمة تعارض . فالمسألة التي يفصل فيها الحكم الموضوعي تختلف تماما عن تلك التي يمكن أن تكون محلا لحكم إجرائي ، وبالتالي لا يتصور - حتى منطقيا - وجود أي تعارض . لذلك كان طبيعيا أن تقرر محكمة النقض بأن الحكم الصادر بسقوط خصومة الاستئناف ليس بقضاء

(٢٨) وبناء عليه فإنه إذا حكمت المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بصحة صحيفة الاستئناف ثم قضت في وقت لاحق في خصومة الاستئناف ذاتها ببطلان هذه الصحيفة فإنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة ٢٤٩ مرافعات من أجل جعل باب الطعن بالنقض مفتوحاً أمام حكم صادر عن غير محكمة الاستئناف ، العالی ، . فالحكم الصادر هنا لا تتوافر بشأنه مفترضات التعارض بين الأحكام - وأولها وجود حكيمين قاضين - ومن ثم لا تطبق بشأنه المادة ٢٤٩ مرافعات . وضمنية ذلك أن باب الطعن بالنقض لن يكون مفتوحاً أمام هذا الحكم بأي حال من الأحوال لأنه وإن انطوى - من جهة أخرى - على مخالفة قانونية - هي مخالفة مبدأ استنفاد القاضى لولايته باصداره حكماً قطعياً - إلا أن عدم صدوره من محكمة استئناف ، عالی ، يجعل باب الطعن بالنقض موصداً مرة ثانية نزولاً على حكم المادة ٢٤٨ مرافعات . لذلك يبدو منتقداً حكم النقض (أنظر : نقض ٦٥/٥/٢٧ مشار إليه لدى : د. فتحى والى ، المرجع السابق - هامش (١) ص ٧٩٣ تحت بند ٣٨٧) الذي اعتبر المسألة تعارضاً بين الأحكام حين قضى الحكم الأول ببطلان صحيفة الاستئناف لوجوب رفعه بعريضة ثم قضى حكم لاحق ببطلان الاستئناف عن ذات الحكم لوجوب رفعه بتكليف بالحضور . ففي رأينا أن للحكيمين قد صدرا من خلال خصومتين وليس في خصومة واحدة . وحتى على فرض أنها صدرا في نفس الخصومة فإن المخالفة المنسوبة للحكم الثانى لن تكون هي التعارض وإنما عدم التقيد بمبدأ استنفاد الولاية . وهذه المخالفة الأخيرة لا تدخل في مفهوم التعارض الذى تنتظمه المادة ٢٤٩ مرافعات .

فى الموضوع يمكن أن يشكل محلا للطعن بالتناقض (٣٩) .

الفرع الثالث

مدى التعارض بين حكمين صادقين

فى مسألة قبول الدعوى

الحكم الصادر فى مسألة قبول الدعوى هو - كما قلنا - الحكم الذى يقرر توافر أو عدم توافر الشروط التى يتطلبها القانون لإمكان سماع الموضوع الذى تطرحه الدعوى وإصدار حكم فيه . وفى الحالة الأولى يصدر حكم بقبولها وفى الحالة الأخرى يصدر حكم بعدم القبول . فعند توافر المصلحة بأوصافها المختلفة وغير ذلك من الشروط - العامة أو الخاصة - التى تعرف اصطلاحا بشروط قبول الدعوى يصدر حكم بالقبول .

وهذا الحق فى الدعوى الذى يصدر فى شأنه الحكم بقبول الدعوى أو بعدم قبولها يختلف عن الحق الموضوعى الذى رفعت به الدعوى . ولذلك يكون منطقيا عدم الإعراف بحجية الأمر المقضى للحكم الصادر فى مسألة القبول . فهذه الحجية أثر قاصر على الأحكام الفاصلة فى الحقوق الموضوعية ذاتها (٤٠) . فالمادة ١٠١ إثبات وما ترتبه من حجية كاملة إنما تتكلم عن الأحكام الفاصلة فى الحقوق ، والمادة ١١٦ مرافعات وما ترتبه من حجية منقوصة (أى الأثر السلبى للحجية) إنما تتكلم عن الدعوى التى سبق ، الفصل ، فيها أى فى موضوعها وليس مجرد مسألة قبولها .

(٣٩) نقض ١٩٥٨/٥/١ مشار إليه لدى : د. أحمد زغلول ، الحجية ، الموقوفة ، سابق

الإشارة إليه - هامش ٤٨٢ .

(٤٠) انظر : د. أحمد زغلول ، أعمال القاضى التى تحوز الحجية ، سابق الإشارة إليه -

بند ١١٣ .

ولذلك فإن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لتخلف شرط المصلحة
مثلا لا يحول دون رفع ذات الدعوى مرة ثانية . وهنا يثور التساؤل : ماذا
لو صدر حكم في المرة الثانية قاضيا بقبول الدعوى ؟ هل يعد هذا الحكم
الثاني متعارضا مع الحكم السابق ؟

(أ) الحكمان صدرا في خصومتين مستقلتين :

الواقع أنه ليس ثمة تعارض بين الحكمين الصادرين في نفس مسألة
القبول ولكن من خلال خصومتين إذا كان الحكم الأول مبنيا على
مفترضات تختلف عن تلك التي بنى عليها الحكم الثاني . فتخلف
المصلحة مثلاً - وهي شرط القبول - في الحالة الأولى وتوافرها في الحالة
الثانية يجعل من المنطقي أن يصدر الحكمان في اتجاهين متضادين . فهذا
التضاد يقره القانون ولا يعتبره مشكلة .

ولكن المشكلة تثار بطبيعة الحال إذا صدر الحكم الثاني في اتجاه
مناف للحكم الأول رغم أن المفترضات واحدة ، كما لو صدر الحكم الأول
بعدم القبول لتخلف شرط المصلحة - مثلا - وصدر الحكم الثاني بالقبول
رغم أن شرط المصلحة ظل كما هو عليه وقت صدور الحكم السابق .

لا شك هنا في وجود تعارض من الناحية المنطقية بين هذين
الحكمين . فليس من المعقول أن يصدر الحكم ونقيضه إزاء نفس الشيء .
على أن الإعتدال على هذا الجانب المنطقي وحده لا يكفي لتأسيس الحلول
القانونية .

وبقابلنا في هذا الصدد فكرة الحصانة التي يمثلها الحكم الصادر في
مسألة القبول ومدى جواز المساس به في خصومة جديدة . ولما كانت

القاعدة القانونية المعتمدة في هذا الصدد أن حصانة الحكم مرتبطة بحجيته ومن ثم بصدوره في الموضوع وتحديدًا في الحقوق الموضوعية ، فإن الحكم الصادر في مسألة القبول لا يتمتع بمثل هذه الحصانة . ولذلك إذا صدر حكم بعدم القبول لإنتفاء شرط معين من شروط قبول الدعوى فإن هذا الحكم لا يقيد المحكمة نفسها - أو المحاكم الأخرى - من أن تتعرض لمسألة القبول ثانية من خلال خصومة جديدة وأن تحكم بحكم مضاد للأول ولو لم تتغير المعطيات . فالتناقض هنا بين الحكمين ليس في ذاته مخالفة قانونية . صحيح أن أحد الحكمين فقط هو الموافق للقانون بينما الآخر غير موافق له ، إلا أن وسيلة هدم الحكم غير الموافق لن تكون هي الطعن للتعارض وإنما الطعن لوجود مخالفة مباشرة للقانون الاجرائي والذي يحكم مسألة القبول .

(ب) الحكمان صدرا في نفس الخصومة :

ما سبق كان عن صدور حكمين في مسألة القبول من خلال خصومتين مستقلتين . ولن يتغير الحل - وإن تغيرت أسسه - إذا صدر الحكمان من خلال نفس الخصومة ، كما لو حكمت المحكمة بقبول الدعوى ثم حكمت في مرحلة لاحقة - من نفس الخصومة التي أمامها - بعدم قبولها . فهنا أيضا لا يفتح باب الطعن لتعارض الأحكام نظرا لأن الحكم الثاني يعتبر بمثابة إلغاء للحكم الأول بينما التعارض يتطلب وجود حكمين . صحيح أن المحكمة لا تملك هذا الإلغاء نظرا لأن الحكم الصادر في مسألة القبول يكون حكما قطعيا^(٤١) تستنفذ به المحكمة ولايتها بحيث يمنع

(٤١) انظر : د. أحمد زغلول، المرجع السابق - بند ١٠٦ .

عليها المساس بهذا الحكم داخل إجراءات الخصومة التي صدر فيها ، إلا أن مخالفة قاعدة استنفاد الولاية هذه تحول دون توافر مفترضات التعارض - وهو وجود حكمين قائمين - وإن شكلت سبباً آخر للطعن في الأحكام .

(ح) التعارض بين حكم صادر في مسألة القبول وحكم صادر في الموضوع ،

أما عن مدى تصور التعارض بين حكم صادر في مسألة القبول وحكم صادر في الموضوع ، فالقاعدة أن هذا التصور لا يكون إلا وهماً . فالمحل الذي يفصل فيه الحكم الأول هو الحق في الدعوى وهو حق مستقل ومختلف عن الحق الموضوعي محل الحكم الثاني فليس مطروحاً بالتالي تقابلهما أو تنافرهما (٤٢) .

(٤٢) على أن الفصل في مسألة القبول قد يتعدى أحياناً إطاره المحدود ويتناول بالتحقيق وقائع الموضوع (فقد تضطر المحكمة في سبيل بحثها لوجود شرط المصلحة القانونية التحقيق في واقعة موضوعية . وعندئذ يعد الحكم في حقيقته حكماً صادراً في الموضوع) انظر في هذه الملاحظة . د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١١٤) وبالتالي قد يتعارض مع حكم آخر يعيد بحث المسألة ثانية ، وهنا يفتح باب الطعن لتعارض الأحكام .

المبحث الثاني وحدة الدعوى

تمهيد :

لكل دعوى ثلاثة عناصر تميزها بحيث إذا اتحدت هذه العناصر بين طلبين تعلق الأمر بدعوى واحدة وإن تعدد رفعها إلى القضاء. أما إذا اختلف أحد هذه العناصر بينهما ، فإن الأمر يتعلق عندئذ بدعويين .. وهذه العناصر هي أشخاص الدعوى .. ومحل الدعوى .. وسبب الدعوى (١) .

ولذلك فإن البحث عن مدى قيام التعارض بين حكمين يتطلب أن يكون احدهما قد صدر في النزاع الذي صدر فيه الآخر أشخاصا ومحلا وسببا .

وإذا كان شرط وحدة الخصوم يبدو شرطا لازما ، فإن شرطى وحدة المحل ووحدة السبب يمكن أن يؤخذا بمفهوم مرن بحيث يكفي أن توجد مسألة معينة محكوم فيها مرتين حتى يتوافر مفترض من مفترضات التعارض بصرف النظر عن اجتماع شرطى وحدة المحل والسبب .

وبناء عليه سوف تنقسم الدراسة في هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول : وحدة الخصوم .

المطلب الثاني : وحدة المسألة المحكوم فيها .

(١) د . فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٣٩ وما بعده .

المطلب الأول وحدة الخصوم

١ - ضرورتها ،

لعل أول عناصر المقارنة بين حكمين لمعرفة ما إذا كان بينهما تناقض أم لا هو الخصوم الذين صدر بينهم كل من الحكمين . فعندما يكون الحكم الأول صادرا بين خصوم تغاير كليا أو جزئيا خصوم الحكم الثاني ، فإن الحديث عن التعارض يصبح غير مقبول . ذلك لأنه حتى مع وحدة المسألة المحكوم فيها فيهما فسوف يكون لكل منهما نطاقه الشخصي الخاص به ، وبالتالي فإن اختلاف القضاء الوارد في أحدهما عن الآخر لن يعنى وجود تناقض . فالصادر لصالحه الحكم الأول لن يستطيع الاحتجاج بحكمه إلا تجاه من صدر ضده هذا الحكم ولن يكون صالحا لانتاج آثار قانونية تجاه أطراف الحكم الثاني، فهم من الغير بالنسبة له . والعكس صحيح بالنسبة لمن صدر لصالحه الحكم الثاني .

أما إذا اتحد الخصوم الصادر بينهم الحكمان محل المقارنة ، فإنه يمكن الحديث عن تعارضهما . ذلك لأن اختلاف القضاء الوارد في أحدهما عن الآخر - وهو من المفترضات الواجب توافرها أيضا - يعنى أن المحكوم له فى أحدهما يعد محكوما عليه فى الآخر ، والعكس صحيح بالنسبة للطرف الثانى . ومن هنا فإن احتجاج أحدهما بالحكم الصادر لصالحه سوف يصطدم باحتجاج خصمه بالحكم الصادر لصالحه هو - وهذا أمر جائز لأن الحكمين قد صدرا بين الخصوم أنفسهم وفى ذات المسألة - وهو ما يجعل مشكلة التعارض تطل برأسها .

ولسوف نتضح ضرورة شرط وحدة الخصوم كمفترض أساسى لمشكلة التعارض من خلال عرض الأمثلة الآتية :

فالحكم الصادر لصالح البائع - مثلاً - بصحة عقد البيع تجاه المشتري يعد متعارضاً مع الحكم الصادر لصالح هذا المشتري ببطلان العقد ذاته تجاه نفس البائع . ذلك لأن تمسك البائع بصحة العقد يصطدم بتمسك المشتري ببطلانه . فاتحاد خصوم الحكمين يجعلنا لا نعرف ما إذا كان العقد صحيحاً أم باطلاً . بينما لا يتوافر تعارض بين الحكم الصادر لصالح البائع بصحة العقد تجاه مشتر معين والحكم الصادر لصالح مشتر آخر - كان طرفاً في نفس العقد ولكن لم يكن طرفاً في الحكم الأول - ببطلان نفس العقد تجاه نفس البائع الصادر لصالحه الحكم الأول . فهذا البائع يمكنه التمسك بصحة العقد تجاه المشتري الأول فقط دون غيره، أى لا يمكنه التمسك بصحته تجاه المشتري الثانى . باختلاف خصوم الحكمين - ولو جزئياً - هنا أوجد اختلافاً في النطاق الشخصى لكل من الحكمين وهو ما جعل التصادم بين الحكمين غير قائم .

والحكم الصادر فى دعوى استرداد المنقولات المحجوزة - مثلاً - لصالح المسترد يعد متعارضاً مع الحكم الصادر برفض ذات الدعوى إذا كان الدائن الحاجز فى الحكمين واحداً ، نظراً لأن لكل منهما - المسترد والدائن الحاجز - أن يتمسك فى مواجهة الآخر بالحكم الصادر لصالحه هو، ولا ندرى لمن تكون الغلبة . أما إذا كان أحد الحكمين صادراً لصالح المسترد تجاه أحد الدائنين الحاجزين بينما الحكم الثانى صادراً برفض الدعوى المرفوعة من ذات المسترد ولكن تجاه دائن حاجز آخر لم يكن طرفاً فى الحكم الأول ، فإن اختلاف الخصوم هنا يجعل التعارض مستبعداً . فالحجز يظل صحيحاً على المنقولات لصالح الدائن الحاجز الصادر لصالحه الحكم الثانى وحده ولن يستطيع المسترد الصادر لصالحه الحكم الأول أن يحتج فى مواجهته بهذا الحكم لأنه لم يكن طرفاً فيه (٢) .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٤٥/١/٤ ، مشار إليه لدى : د. مصطفى كبيرة ، المرجع السابق - هامش (١) ص ٤٨٧ .

والواقع أن اختلاف الخصوم يجعل التعارض مستبعداً ليس فقط لاختلاف النطاق الشخصي لكلا الحكمين وإنما أيضاً لأن هذا الاختلاف يستتبع عادة اختلافاً من حيث المسألة المحكوم فيها . فلكل دعوى أطرافها التي تجعلها مقبولة بحيث إذا اتحدت المسألة المتنازع عليها محل الدعويين واختلف خصومها فإن إحدى الدعويين غالباً ما ستكون غير مقبولة لرفعها من غير ذي صفة أو لرفعها على غير ذي صفة . وهنا لن يصدر في المسألة إلا حكم موضوعي واحد وبالتالي ينتفي مفترض أساسي من مفترضات التعارض (٣) . فعندما يثير أحد أطراف العقد - مثلاً - مسألة بطلانه فإن الدعوى تكون مقبولة وسيصدر فيها حكم موضوعي ، ولكن هل يتصور قبولها إذا تكرر رفعها ممن ليس طرفاً في العقد ؟ الإجابة وفق صحيح القانون هي بالنفي من حيث المبدأ .

ولكن ليس معنى ذلك أن اختلاف الخصوم مع وحدة المسألة المتنازع عليها أو المحكوم فيها يجعل إحدى الدعويين دائماً غير مقبولة وبالتالي لن يصدر فيها إلا حكم واحد موضوعي . إذ يكفي أن نتصور الفرض الذي يتعدد فيه الخصوم في جانب المدعى أو المدعى عليه ويصدر حكم أول درجة ويستأنفه المحكوم عليه بالنسبة لبعض المحكوم لهم دون البعض الآخر ، ثم تقوم المحكمة الاستئنافية بتعديل أو إلغاء حكم أول درجة . فالطعن هنا كان مقبولاً رغم عدم تطابق الخصوم (٤) ، ولكن حكم

(٣) انظر في أن مشكلة التعارض - محل البحث - تكون مستبعدة إذا صدر حكمان

أحدهما في الموضوع والثاني في مسألة القبول : ما سبق - ص ١٠٣ .

(٤) هذا مع مراعاة أنه في الحالات التي يكون فيها الحكم جائزاً في موضوع غير

قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص

اشخاص معينين يجب رفع الطعن من - أو على - جميع الخصوم (مادة ٢١٨

مرافعات) وإلا ترتبت ساسلة من المكثات يمكن ان تنتهي إلى الحكم بعدم قبول

الطعن .

الاستئناف - وهو حكم موضوعي - لن يكرن متعارضا مع حكم أول درجة والذي يظل باقيا كما هو بالنسبة لمن لم يطعن . فحكم أول درجة هذا ستقتصر حجيته على المحكوم له في علاقته بمن لم يطعن من المحكوم عليهم ، بينما حكم محكمة الطعن سيكون هو المنظم للعلاقة بين أطراف خصومة الطعن فقط . فاختلاف خصوم الحكمين هنا - ورغم وحدة المسألة المحكوم فيها - يجعل التعارض مستبعدا (٥) .

٢ - ماهيتها :

يعتبر طرفا في الحكم تمتد إليه حجيته ، ليس فقط من كان خصما ظاهرا في الدعوى التي صدر فيها الحكم ، وإنما أيضا من يعتبر ، ممثلاً ، في الخصومة بواسطة سلفه .

فيعتبر خصما ظاهرا كل من قدم باسمه طلبا إلى القاضي للحصول على حماية قضائية أو من قدم في مواجهته هذا الطلب . ينطبق ذلك بطبيعة الحال على الطرفين الأصليين في الخصومة (المدعى والمدعى عليه) كما ينطبق على كل من أدخل أو تدخل فيها .

كما يعتبر ، ممثلاً ، في الخصومة ولو لم يكن ممثلاً فيها بشخصه ويكتسب بالتالي صفة الخصم في الحكم ، خلف ، الخصم الظاهر . فالحكم الصادر لصالح السلف أو ضده يعتبر حجة في مواجهة الخلف العام

(٥) ولذلك لا يوجد تعارض - لاختلاف الخصوم - بين حكم أول درجة صار نهائياً بالنسبة لأحد الورثة رغم تعديله لقيمة التركة التي انتهى إليها حكم أول درجة . انظر : نقض ١٩٧٤/٥/٨ ، مشار إليه لدى : د. مصطفى كيرة ، المرجع السابق - هامش (١) ص ٤٨٨ ، بينما يوجد تعارض لاتحاد الخصوم بين الحكم الذي قضى بتخفيض الأجرة في مواجهة المؤجر والحكم الذي ألزم المستأجر بأن يؤديها كاملة لمشتري العقار (خلف المؤجر) . انظر نقض ٧٩/٦/٢٠ مشار إليه لدى : الدناصوري وعكاز ، المرجع السابق ، حكم رقم (٩) ص ١١٥٤ .

أو الخاص . فالوارث . خلف عام - أو المشتري بعد صدور الحكم - خلف خاص - يعتبر طرفا في الحكم الصادر في مواجهة المورث أو البائع بحسب الأحوال . وبناء عليه يعتبر الحكمان قد صدرا بين الخصوم أنفسهم إذا صدر أحدهما بين المورث وأحد الأشخاص، وصدر الثاني بين هذا الأخير والوارث بصفته هذه (٦) .

فمن لم يكن طرفا في الحكم على النحو السابق فإنه يكون من الغير ولو كان الحكم صادرا في موضوع غير قابل للتجزئة . وبناء عليه لا يعتبر خصما في الحكم، الوارث الذي لم يكن طرفا في الدعوى التي انتهت بصدور هذا الحكم والتي رفعها وارث آخر على احد الأشخاص بخصوص صحة عقد ابرمه المورث مع هذا الشخص . ولذلك إذا قضى هذا الحكم ببطلان العقد فإنه لا تتوافر مقومات التعارض إذا صدر حكم آخر بصحة العقد متى كانت الدعوى التي صدر فيها الحكم الثاني مرفوعة من الوارث الذي لم يكن طرفا في الحكم السابق .

ولكن يجب عدم الخلط بين من يعتبر ممثلا في الدعوى أو الخصومة ويأخذ صفة الخصم حكما - كالخلف مثلا - وبين من يعتبر ممثلا في الخصومة بواسطة من ينوب عنه قانونا . فالشخص الذي لا تتوافر لديه الاهلية الاجرائية ، يقوم من ينوب عنه قانونا (الولى أو الوصى أو القيم) بتمثيله في الخصومة . والممثل القانونى للخصم بهذا المعنى ليس طرفا في الخصومة ولا في الدعوى محل الخصومة . وبناء عليه إذا صدر حكم في

(٦) من ملاحظ إن أن فكرة تمثيل السلف للخلف هي فكرة تقوم على الافتراض . ولذلك ينبه الفقه (انظر : د . نبيل عمر، المرجع السابق - بند ٣٢٣) إلى وجوب النظر إليها بحذر .

الدعوى التى رفعتها الوصى نيابة عن القاصر ضد أحد الاشخاص ، فإن أطراف هذا الحكم هما القاصر والمدعى عليه . ولذلك لا تتوافر وحدة الخصوم اذا صدر حكم بعد ذلك - وفى ذات المسألة - وكان طرفاهما نفس المدعى عليه السابق ونفس الوصى السابق ولكنه كان فى خصومة هذا الحكم رافعا الدعوى باسمه هو .

ولا تتوافر وحدة الخصوم إذا كان أحدهم طرفا فى الحكم الأول ولم يكن طرفا فى الحكم الثانى حتى ولو كانت الدعوى التى صدر فيها الحكمان تتعلق بالحالة ، كدعوى الابوة أو البنوة أو التطلاق أو الجنسية . ولذلك لا تتوافر هذه الوحدة - وبالتالي لا تتوافر إحدى مقومات التعارض - إذا صدر حكم يقرر الأبوة الشرعية، ثم صدر حكم آخر ينكر هذه الصفة بناء على دعوى مرفوعة من ولد آخر على أساس أن التقرير الذى جاء به الحكم الأول فيه اعتداد على مركزه القانونى كوارث (٧) .

٣ - أساسها :

وأخيرا فإننا إذا تساءلنا عن الأساس القانونى الذى يؤكد ضرورة اتحاد الخصوم حتى يمكن الحديث عن التعارض ، فإننا يمكن أن نستخلصه بسهولة من نصوص القانون .

(٧) نقض مدنى ٦٨/٢/٧ مشار إليه لدى : د. فتحى والى ، المرجع السابق - هامش (٣) ص ١٥٣ . ولكن تجب ملاحظة أن هناك أحكاما تكون لها حجبية مطلقة كالحكم الصادر بشهر الافلاس لاتصاله بالمصلحة العامة (ومع مراعاة أن الحجبية المطلقة لا تنطبق على الحكم الصادر ويرفض شهر الافلاس . انظر : محمود عبد الرحمن ، قوة الشئ المحكوم فيه - بند ١٩٩ ومايليه) . وانظر فى الحجبية المطلقة للأحكام التى تصدر فى دعوى الحسبة : د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٩١

فمن ناحية أولى نجد أن المادة ١٠١ اثبات والمتعلقة بالحجية - والتي هي حجر الأساس في منع تعارض الأحكام - تتكلم عن أن الأحكام لا تكون لها حجية الأمر المقضى فيما فصلت فيه من الحقوق إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم

ومن ناحية ثانية فإن المادة ٢٤٩ مرافعات تشترط صراحة لقبول الطعن بالنقض للتعارض أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم

ومن ناحية ثالثة فإن المنطق القانوني يفرض شرط وحدة الخصوم . فطالما أن آثار الحكم لا تنصرف إلا لأطرافه فإنه لن يكون هناك تعارض بين حكيمين إلا إذا اتحد أشخاصهما . ولذلك لم تكن المادة ١١٦ مرافعات في حاجة إلى الحديث عن هذا الشرط صراحة عندما نظمت الحجية في أثرها السلبي واكتفت بالحديث عن سبق الفصل في الدعوى . إذ لن يقال أن الدعوى قد سبق الفصل فيها إلا إذا اتحدت مع الدعوى الجديدة في جميع العناصر وأولها عنصر الخصوم . كذلك الشأن بالنسبة للمادة ٢٢٢ مرافعات . فرغم أنها تنظم الطعن بالاستئناف عند التعارض بين حكيمين - وهي هنا تقابل المادة ٢٤٩ بالنسبة للطعن بالنقض - إلا أنها لم تجد ضرورة التصريح بأن يكون الحكم المطعون فيه قد صدر بين الخصوم أنفسهم الصادر بينهم الحكم السابق . فنظراً لبديهية هذا الشرط للحديث عن التعارض ، اغفلت المادة المذكورة الإشارة إليه .

المطلب الثاني

وحدة المسألة المحكوم فيها

لا يكفي أن يتحد الخصوم الصادر بينهم حکمان - غير متطابقين في المنطوق - حتى يمكن الحديث عن تعارضهما ، وإنما يجب أيضا أن يكون النزاع الذي فصلاً فيه واحداً . بأن يفصل الحكمان مثلاً في صحة عقد معين ، أو في ملكية عقار معين ، أو في المسؤولية الناجمة عن خطأ تقصيري معين . أما إذا كان النزاع الذي فصل فيه الحكمان مختلفاً - كأن فصل أحدهما في مسألة العقد بينما فصل الثاني في مسألة المسؤولية التقصيرية - فإنه لا يتصور - من الناحية المنطقية أيضا القانونية - أن يقع تناقض بين الحكمين أيا كان الاتجاه الذي يأخذه كل منهما .

ولاشك في أنه يسهل القول بوحدة النزاع الذي فصل فيه حکمان إذا كان موضوع الدعويين واحداً وكذلك السبب ، بأن كان الحق أو المركز القانوني (الموضوع أو المحل) (٨) الذي فصل فيه الحكمان هو ذاته ، وكانت الواقعة أو التصرف القانوني (السبب) (٩) الذي شكل المصدر القانوني للحق المدعى به هو أيضا ذاته . فعندما يتمثل النزاع في

(٨) انظر في فكرة الموضوع: د. أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق - بند ١١٧ وما يليه ، د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٤١ ، د. نبيل عمر ، المرجع السابق - بند ٣١٨ . وانظر في بعض المعايير التي وضعها الفقه والقضاء والتي يمكن اللجوء إليها من أجل تحديد مدى وحدة المحل في دعويين : د. اسامة للملجى ، شرح القواعد الاجرائية في الاثبات ، ١٩٩٧ - بند ٤٦ .

(٩) انظر في فكرة السبب : د. أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق - بند ٤٣ وما يليه ، د. نبيل عمر ، سبب الطلب القضائي أمام محاكم الاستئناف ، ١٩٧٨ ، منشأة المعارف ، د. عزمى عبد الفتاح ، أساس الادعاء أمام القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ١٩٩١ .

التعويض عن خطأ معين، وصدر الحكم الفاصل فيه، ثم يتكرر الفصل في نفس الخطأ الذي كان سبباً للحق في التعويض المدعى به في المرتين فإن احتمال التعارض بينهما وارد إذ قد يثبت الحكم الأول ما ينفيه الآخر .

ورغم أن المادة ١٠١ أثبات تعبير عن ضرورة اتحاد المحل والسبب في النزاع الذي فصل فيه الحكم السابق والنزاع الذي يمكن التمسك فيه بالحجية - وهي من وسائل توفى التعارض بين الأحكام - إلا أن ذلك لا يمنعنا من طرح السؤال الآتي . ماذا لو اتحد النزاع الذي فصل فيه الحكمان في عنصر واحد فقط من العناصر الموضوعية - كأن كان المحل فقط واحدا مع اختلاف السبب ، أو كان السبب واحدا مع اختلاف المحل - هل يمكن والحال كذلك توافر مفترض ضروري للتعارض ؟

الواقع من الأمر أن رؤية المسألة من خلال منظور عملي يجعلنا لا نتردد في إعطاء إجابة تكفي باتحاد عنصر موضوعي واحد - وتحديدًا عنصر السبب - حتى يمكن القول باحتمال التعارض بين الحكمين الفاصلين في النزاع .

فعندما يكون الحكم اللاحق صادرا في نزاع يتحد من حيث السبب مع النزاع الذي فصل فيه حكم سابق، فإن احتمال التعارض بينهما يكون قائما حتى ولو اختلف النزاعان من حيث الموضوع (١٠) . فالحكم الصادر في دعوى الفسخ لعدم الوفاء بالأجرة يمكن أن يتعارض مع الحكم الصادر في دعوى التعويض عن عدم الوفاء هذا ، كأن يصدر الحكم الأول بالفسخ مثلا لثبوت عدم الوفاء ، بينما يصدر الحكم الثاني برفض التعويض لثبوت

(١٠) أما إذا اتحد النزاعان من حيث الموضوع واختلفا من حيث السبب (كما لو فصل الحكم الأول في نزاع حول الملكية المستندة إلى العقد وفصل الثاني في نزاع حول نفس الملكية ولكن استنادا إلى الميراث أو التقادم) فعادة ما ينتفى التعارض ولو أثبت احدهما الملكية ونفاها الآخر . فانتهاء الملكية لعدم صحة ونفاذ العقد المسجل لا يتعارض مع ثبوتها على أساس الارث أو التقادم مثلا .

واقعة الوفاء . فرغم أن موضوع الدعوى فى الحالتين مختلف إلا أن اتحاد السبب كان مناسبة لوقوع التعارض ، إذ كان يجب على الحكم الثانى ألا يعيد البحث فى مسألة عدم الوفاء بالأجرة بعد أن حسمت فى الحكم الأول . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بجواز الطعن بالنقض وفقاً للمادة ٢٤٩ مرافعات - أى على أساس التعارض - فى الحكم الذى يصدر بفسخ البيع استناداً إلى عدم سداد المشتري للثمن ، رغم سبق القضاء نهائياً بصحة ونفاذ البيع نفسه تأسيساً على وفاء المشتري بكامل الثمن (١١) .

لا يهم إذن أن تتحدد الدعويان من حيث السبب والموضوع ، فقد يختلف أحد العنصرين ومع ذلك توجد مسألة محكوم فيها مرتين ، وعندئذ تتعرض الأحكام للتعارض . لذلك ينادى بعض الفقه (١٢) بضرورة التخلص من شرط وحدة السبب ووحدة الموضوع وإن يستبدل بهما شرط واحد فتكون العبرة فى معرفة الوحدة والاختلاف بين دعويين بوحدة أو اختلاف المسألة المحكوم فيها . وعندئذ لا يصح الاستناد إلى معيار عام مجرد للتعرف على وحدة المسألة المحكوم فيها (١٣) ، وإنما ينبغى المقارنة بين ما تم بحثه والفصل فيه من الطلبات والدفع فى الحكمين (١٤) . خاصة وأن النزاع لا يبدو فى كثير من الفروض فى شكل بسيط محدد الموضوع وإنما هو يتكون من عدد من الانزعة المترابطة لكل منها موضوعها الخاص بها ، وعليها أن تفصل كل نزاع من هذه الانزعة عن الآخر (١٥) بحيث إذا سبق الفصل فى أحدها امتنع الفصل فيه ثانية وإلا صار التعارض محتملاً .

(١١) نقض ١٩٦٣/٣/٧ مشار إليه لدى : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٢٥٤ .

(١٢) انظر : د. احمد السيد صاوى ، المرجع السابق - بند ١٧٩ .

(١٣) انظر فى أهمية التفرقة بين المسألة المحكوم فيها والمسألة المتنازع عليها :

الإشارة السابقة - بند ١٩٠ .

(١٤) الإشارة السابقة - بند ١٩٣ .

(١٥) الإشارة السابقة - بند ١٢٤ ، وهو يشير إلى بيرو .

المبحث الثالث

التعارض

الفرض الآن أن نزاعاً بصدد مسألة معينة قد ثار بين خصمين وصدر فيه حکمان . فهل يعنى ذلك بالضرورة وقوع تناقض بينهما مما يفتح باب الطعن المقرر بمقتضى المادتين ٢٢٢ و ٢٤٩ مرافعات ؟

الحقيقة أن تكرار الحكم فى ذات المسألة يشكل مخالفة قانونية . فالحجية السلبية للحكم الأول - والتي تنظمها المادة ١١٦ مرافعات - تحظر مجرد إصدار قضاء جديد أيا كان مضمونه فيما سبق الفصل فيه . ولذلك فحتى عند تطابق ما قضى به الحكمان فى ذات المسألة توجد المخالفة ، وقد توجد مصلحة قانونية فى إزالتها (١) .

وتكون المخالفة القانونية أكثر وضوحاً عندما يصدر الحكمان فى اتجاهين متعاكسين أو كما تقول المادتان ٢٢٢ و ٢٤٩ مرافعات أن يصدر الحكم اللاحق على خلاف (أو خلافاً) لحكم آخر، كأن يصدر أحدهما بثبوت الملكية مثلاً ويصدر الآخر بعدم ثبوتها . فحينئذ يمكن القول بوجود تعارض إذ يستحيل اثبات الشيء المقضى فيه ونفيه فى آن واحد .

(١) فقد يكون الحكم السابق صادراً بالزام ومشكلاً بالتالى - عند توافر باقى الشروط - سنداً تنفيذياً بيد المحكوم له . فإذا صدر حكم لاحق فى ذات المسألة ومرافقاً للحكم الأول ، فمن المتصور أن يعتمد عليه نفس المحكوم له فى الحصول على سند تنفيذى مستقل ويشرع - بل وينتهى - من عملية تنفيذ مستقلة فيحصل بذلك على ذات الحق مرتين . لذلك توجد مصلحة قانونية لدى المحكوم عليه فى إلغاء الحكم اللاحق . انظر فى هذه الملاحظة : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٨١ وانظر فى انطباق المادة ٢٤٩ مرافعات على مثل هذه الحالة : نقض ٨٨/٢/١٣ مشار إليه لدى : الدناصورى وعكاز ، المرجع السابق - حكم رقم (٣٢) ص ١١٦٠ وما يليها .

وفكرة التعارض فكرة منطقية أكثر منها قانونية^(٢). وهى تعنى عدم امكانية التوفيق أو التوافق بين حكمين، كأن تتنافر تقديراتهما الواقعية أو القانونية، أو أن يؤدي تطبيقهما المتعاصر إلى إنكار العدالة، أو أن توجد استحالة التنفيذ الجبرى المتعاصر لهما^(٣).

يوجد تعارض بين الحكمين إذن إذا أثبت الحكم الأول أو انكر ما نفاه الحكم الثانى أو أثبته، مع افتراض وحدة الخصوم بطبيعة الحال. ولكن ليس بالضرورة أن يكون التعارض كاملا، إذ يكفي أن يكون من شأن الحكم الثانى أن يهدم الحكم الأول ولو جزئيا.

وبناء عليه يوجد تعارض إذا فصل الحكم الأول فى قيام صفة المصفى بينما الحكم الثانى لم يعد بهذه الصفة^(٤). أو إذا قضى الحكم الأول بصحة عقد بينما قضى الثانى ببطلانه، أو اثبت الحكم الأول قيام الخطأ فى الوقت الذى نفاه الحكم الثانى، وهكذا.

ولكن لا يوجد تعارض إذا كان الحكم اللاحق مفسرا للحكم السابق وموضحا لاغراضه ومراميه^(٥). ايضا لا يوجد تعارض إذا كان هذا التعارض ظاهريا لا يتعمق الحقائق القانونية أو كان مما تزول الشبهة فيه من خلال التوفيق بين دلالة ما رميا إليه. ويظهر ذلك بوجه خاص كلما كان الحكمان المدعى تناقضهما وامتناع تنفيذهما معا كاشفين - بقضائهما - عن مجموع الآثار القانونية التى رتبها المشرع (على واقعة معينة). ذلك أن تفرق هذه الآثار بين حكمين لا يخل بوحدها أو ينال من تكاملها باعتبار أن هذين الحكمين حلقتان لا تنفصلا عن بعضهما البعض^(٦).

Capron, op. cit., n° 16.

(٢) انظر:

Capron, op. Cit., n° 15.

(٤) نقض مدني ١٣/٤/٧٢، مشار إليه لدى: د. أحمد حشيش، - المرجع السابق هامش (١٠) ص ١٤٢.

(٥) نقض ١٩٣٦/١/١٦ طعن رقم ٥٩ سنة ٥ ق، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما، المجلد الرابع، منشورات نادى القضاة، الحكم رقم ٨٦٨ ص ٤٥٩٨.

(٦) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٩٤/١٢/٣، مشار إليه لدى: د. أحمد حشيش، المرجع السابق - هامش (٢٣) ص ١٣٧.

ياخيرا فانه حتى يتسنى لنا معرفة ما إذا كان هناك تناقض بين حكمين فإن المقارنة تبدأ بطبيعة الحال من المنطوق ، فهو الى يشتمل أصلا على قرار القاضى الفاصل فى النزاع . والمنطوق من الناحية الشكلية يكون الجزء الأخير من ورقة الحكم ويكون عادة مسبقا بعبارة ، لهذه الأسباب .

ولكن هل معنى ذلك أن كل ما يرد فى المنطوق يعد أمرا مقضيا فيه وأن كل ما يرد خارج هذا المنطوق لا يعد محكوما فيه ؟

الواقع أنه قد يرد بالمنطوق بعض التقديرات دون أن تكون محلا لبحث من جانب المحكمة . ولذلك يمكن القول بأن ما يرد عرضا فى منطوق الحكم لا يحوز حجية الشئ المحكوم فيه (٧) ولا يدخل فى الاعتبار عند البحث عن وجود تعارض .

ومن جهة أخرى فإن المنطوق قد لا يتضمن سوى جزء مما قرره القاضى ويرد الجزء الآخر فى الأسباب (٨) وعندئذ تحوز الأسباب حجية الشئ المقضى فيه ويجب أن تشملها المقارنة بين الحكمين .

الخلاصة إذن أن الشئ قد يكون محكوما فيه فى المنطوق أو فى الأسباب .

(٧) د . أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق - بند ١٠ ، ومن الأمثلة التى يضربها الأستاذ الفقيه : أن يحكم بدفع فوائد الدين ثم يرد فى منطوق الحكم ذكر مقدار الدين على نحو عارض ، أو ذكر صفة من الصفات كالابوة أو البنوة أو صفة التاجر إلى غير ذلك من الصفات ، ولم تكن قد أثيرت منازعة بشأنها ولم تبحثها المحكمة .

(٨) د . أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق - بند ١٣ .

ولكن نشور مشكلة أخيرة هل العبرة بما تم الفصل فيه صراحة أم يمكن أن يوجد تناقض بين حكمين فصل احدهما أو كلاهما في مسألة معينة بصورة ضمنية ؟

يأخذ البعض من الفقه في هذا الصدد بفكرة الحكم الضمنى بينما هاجمها البعض الآخر (٩) . ولعل الرأى الجدير بالتأييد هو الذى يعتبر القرار الضمنى له حجيتة بشرط أن يكون ، محصلة اجتماع عناصر ثلاثة :

١ - وجود طلب معروض على القضاء سواء بصفة صريحة أو ضمنية .

٣ - بحث المحكمة لهذا الطلب دون أن تصرح بقضاء صريح فى شأنه .

٣ - أن يستفاد القرار الضمنى على سبيل الحتم واللزوم من القرار الصريح الذى أوردته المحكمة فى حكمها ، (١٠) .

(٩) انظر فى المقصود بالحكم الضمنى وعرض موقف الفقه والقضاء تجاه مشكلة الحكم الضمنى من زاوية الحجية : د . أحمد السيد صاوى ، المرجع السابق - بند ٢٨ وما يليه .

(١٠) د . أحمد زغول ، أعمال القاضى ، سابق الإشارة إليه - بند ٢٣٥ .

الفصل الثالث

وسائل العلاج

خطة البحث :

إذا كانت وسائل الوقاية من تعارض الأحكام قد تعجز في بعض الأحيان عن الحيلولة دون ظهور مشكلة التعارض هذه ، فإن على التنظيم القانوني أن يتضمن وسائل العلاج التي قد تعوض هذا العجز وتزيل التعارض بعد حدوثه .

وبالفعل لم يغيب عن ذهن المشرع المصري ضرورة وضع الحلول العلاجية لمشكلة التعارض بين الأحكام ، فكان نص المادتين ٢٢٢ و ٢٤٩ مرافعات واللذان تفتحان باب الطعن بالإستئناف أو النقض - بحسب الأحوال - لهذا الغرض .

وليس غريباً أن يكون الطعن هو الوسيلة التي خصصها المشرع لهذا الغرض . فالحكم القضائي يحوز الحجية ولو كان متعارضاً مع آخر ، والمعروف أنه لا يجوز المساس بهذه الحجية إلا من خلال طرق الطعن كأصل عام .

ولقد بلغ حرص المشرع على علاج مشكلة التعارض - من خلال طرق الطعن - حداً جعله يبيح بعض المحظورات في هذه الحالة . ويكفي للتدليل على ذلك - مؤقتاً - الإشارة إلى أن التعارض يجعل الحكم الإنتهائي قابلاً للإستئناف خلافاً للأصل العام والذي يقصر الإستئناف على الحكم الابتدائي ، وأنه يجعل الحكم الإنتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته - أي ولو كان صادراً من محكمة جزئية - قابلاً للنقض خلافاً للأصل العام أيضاً والذي يقصر هذا الطعن على الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف .

والسؤال الأول الذي يطرح نفسه هنا هو الآتي : ما هو معيار توزيع

الاختصاص بين الإستئناف والنقض عند تعارض الأحكام ؟

يبدو أن المشرع قد اتخذ من الوصف الإجرائي للحكمين المتعارضين مناطاً لتحديد طريق الطعن الواجب الاتباع . فعندما يبلغ الحكمان المتعارضان درجة متقدمة من القوة الإجرائية هي حيازة كل منهما لقوة الأمر المقضى (أو الانتهائية) كان طبيعياً أن يكون الطعن بالنقض هو سبيل فض التعارض . وأما في غير هذه الأحوال فإن طريق الطعن بالإستئناف هو المخصص لحسم المشكلة . مع ملاحظة أن الفروض السابقة تنطوى على فروض أخرى جزئية تثير تساؤلات عدة عن طريق الطعن الواجب اتباعه من بين الطريقتين السابقين .

وعلى أى حال، فهذه الوسائل تفترض صدور الحكيم المتعارضين من جهة القضاء المدنى. ولكن إذا صدر احدهما عن هذه الجهة وصدر الآخر من جهة قضائية أخرى فإن حل التعارض يكون من خلال طلب تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا.

ولكن أياً كانت وسيلة العلاج فقد تبلغ فروض التعارض المختلفة حداً تعجز عن مواجهته النصوص . فمن المتصور أن نجد أحكاماً متعارضة لا تقبل الطعن فيها . رغم اتساع الطعن في حالة التعارض - لا بالإستئناف ولا بالنقض ولا تدخل في اختصاص المحكمة الدستورية العليا . ومن الطبيعى أن نتساءل في هذه الحالة عن وسيلة العلاج الواجبة الاتباع . فإذا لم نجد الوسيلة المقننة صار واجباً علينا اقتراحها .

وهكذا يمكن أن نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مباحث أربعة هي :

المبحث الأول . الطعن بالإستئناف واتساعه لمعظم فروض التعارض .

المبحث الثانى الطعن بالنقض واقتصاره على فرض التعارض بين حكمين نهائيين .

المبحث الثالث طلب حل التنازع بواسطة المحكمة الدستورية العليا .

المبحث الرابع : نقص وسائل العلاج الحالية والحلول المقترحة .

المبحث الأول الطعن بالاستئناف واتساعه لمعظم فروض التعارض

قلنا أن المشرع يتخذ من درجة القوة الإجرائية للحكم أساسا لتوزيع الاختصاص بين الاستئناف والنقض لحل تعارض الأحكام الصادرة عن جهة القضاء العادى .

وإذا كانت المادة ٢٢٢ مرافعات لم تدل صراحة على انفتاح باب الاستئناف إلا عند تعارض حكم صادر فى النصاب الإنتهاى مع حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى ، إلا أنه لابد من أن ندفع البحث فى هذه المسألة لأبعد من ذلك ونتساءل عما إذا كان يمكن اللجوء إلى الاستئناف عند التعارض بين الحكم الإنتهاى أيا كان سبب إنتهائيته والحكم الابتدائى ، خاصة وأن باب النقض لا يفتح إلا أمام تعارض حكمين كلاهما إنتهاى .

وحتى عند التعارض بين حكم صادر فى النصاب الإنتهاى وآخر ابتدائى، فإنه إذا كان الاستناد إلى المادة ٢٢٢ مرافعات كأساس للطعن بالاستئناف لا مشاحة فيه عندما يكون الحكم الابتدائى هو الصادر أولا - فهذا ما يستفاد من المادة ٢٢٢ مرافعات مباشرة - إلا أن الفرض العكسى - أى عندما يكون الحكم الابتدائى هو الصادر لاحقا - يحتاج لإدخاله فى دائرة الاستئناف إلى ما نريد تأييده .

وقد يكون التعارض بين حكمين كلاهما ابتدائى . وهنا أيضا يبدو أن

الاستئناف هو الطريق الوحيد للطعن . على أن الوصول إلى هذه النتيجة يستلزم أيضا التأصيل ، حيث لا تسعف ، عبارة ، النص في هذا الصدد .

وهكذا ، فإنه يمكن توزيع الموضوعات التي يجب التعرض لها في هذا المبحث على النحو التالي :

المطلب الأول : التعارض بين حكم لاحق إنتهائي وحكم سابق ابتدائي .

المطلب الثاني : التعارض بين حكم لاحق ابتدائي وحكم سابق إنتهائي .

المطلب الثالث : التعارض بين حكمين ابتدائيين .

المطلب الأول

التعارض بين حكم لاحق إنتهائي وحكم سابق ابتدائي

لعل بداية البحث في هذا المطلب تتحدد من عنوانه . إذ يجب أن نضع موضعا متقدما في الذهن المقصود بكل من الحكم الابتدائي والحكم الإنتهائي والصور المختلفة لهذا الأخير، نظراً لانعكاس ذلك كله على مدى انفتاح طريق الطعن محل البحث هنا وهو الاستئناف .

وإذا كانت فرضية أن الحكم السابق ابتدائي لا تثير مشكلة خاصة، فإن الفرضية الأخرى التي ينطوي عليها البحث وهي أن الحكم اللاحق إنتهائي سوف تثير اسئلة عدة تحتاج إلى إجابة يسندها تحليل ملائم من خلال نظام الطعن في الأحكام .

السبب في اثاره هذه الأسئلة يرجع أساسا إلى الصور المختلفة للحكم الإنتهائي . فهو أولا قد يصدر من محاكم الدرجة الأولى أو من غيرها .
ولسوف يتضح لنا استبعاد الاستئناف في الفرض محل البحث إذا كان الحكم

اللاحق صادرا عن غير محاكم الدرجة الأولى . ومن ناحية ثانية وعلى فرض أن الحكم الانتهائي صادر عن محاكم الدرجة الأولى إلا أن سبب انتهائيته متعدد . ولذلك فإنه إذا كان دخول هذا الحكم في نطاق الاستئناف لا يثير مشكلة عندما يكون سبب انتهائيته هو صدوره في النصاب الإنتهائي للمحكمة التي أصدرته ، فإن دخوله في نطاق الاستئناف قد يثير التساؤل وذلك إذا كان سبب انتهائيته سبباً آخر غير صدوره في النصاب الانتهائي .

في ظل هذا الوضع ، يصير مفروضاً على هذه الدراسة أن تعرض لبعض المسائل على النحو التالي :

الفرع الأول : ضرورة أن يكون الحكم السابق ابتدائياً واللاحق انتهائياً .

الفرع الثاني : استبعاد الاستئناف إذا كان الحكم اللاحق صادراً عن غير محاكم الدرجة الأولى .

الفرع الثالث: القابلية للاستئناف إذا كان الحكم اللاحق صادراً في حدود النصاب الإنتهائي .

الفرع الرابع : مدى القابلية للإستئناف إذا كان الحكم اللاحق انتهائياً لأسباب أخرى .

الضرع الأول

ضرورة أن يكون الحكم السابق ابتدائياً واللاحق انتهائياً

أولاً : الفرض أن الحكم السابق « ابتدائي » :

لعل من المفيد هنا أن نذكر بأن مشكلة التعارض التي نشغل بها لا تقوم إلا إذا توافر حكمان (١) . ومنظوراً للأمر من زاوية الترتيب الزمني فإن هناك حكماً يصدر أولاً - وهو ما نشغل به الآن - ويعقبه حكم آخر .

وباطلالة على النصوص المنظمة لكيفية فض التعارض نجد أن الاستئناف هو الوسيلة التي عينها القانون لحل التعارض إذا كان الحكم الأول - أو السابق - حكماً ابتدائياً . فالمادة ٢٢٢ مرافعات تفتح باب الاستئناف إذا كان الحكم صادراً على خلاف « حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى » . وحتى يكون الحكم ابتدائياً أو غير حائز نقوة الأمر المقضى - ويتوافر بالتالي مفترض من مفترضات الطعن بالاستئناف لتعارض - فإنه يجب أن يكون قابلاً للطعن بالاستئناف . وعليه فيجب أن تتوافر في الحكم « السابق » الخصيصتان الآتيتان :

أولاً : يجب أن يكون هذا الحكم صادراً من محاكم الدرجة الأولى . ذلك لأن الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية - أو النقض من باب أولى - لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف مطلقاً تطبيقاً لقاعدة أن الاستئناف على الاستئناف لا يجوز . ولذلك لا يمكن أن توصف بأنها ابتدائية .

ثانياً : أن يكون الحكم صادراً في حدود النصاب الابتدائي

(١) انظر : ما سبق - ص ٧٥ وما بعدها

للمحكمة (٢) وبشرط ألا يوجد ما يجعله غير قابل للإستئناف (٣) ، أو يكون الحكم صادراً في دعوى مستعجلة . فالمشرع في المادة ٢٢٠ مرافعات يجيز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة في جميع الأحوال ، أيا كانت المحكمة التي أصدرتها (٤) وسواء كان الحكم صادراً باتخاذ الإجراء الوقتي أم برفضه . وسواء اعتبرنا استئناف الحكم المستعجل بعد خروجنا على قاعدة النصاب أم ليس كذلك في بعض الأحيان (٥) ، فالكل متفق على قابلية الحكم المستعجل الصادر عن محاكم الدرجة الأولى للاستئناف كطريق طعن عادي ، وهو ما يجعله غير حائز لقوة الأمر المقضى طالما صدر من محكمة أول درجة (٦) .

- (٢) أي يكون صادراً من محكمة جزئية في منازعة تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه أو صادراً عن محكمة ابتدائية في منازعة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه .
- (٣) نقصد بذلك نص في القانون يجعله غير قابل للاستئناف أو الطعن عموماً ، وألا يوجد اتفاق سابق بين الخصوم على اعتبار الحكم الصادر نهائياً ، وألا يكون حق الطعن فيه بالإستئناف قد سقط (بقبول المحكوم عليه للحكم أو بفوات ميعاد الطعن أو بإقضاء خصومة الاستئناف بالسقوط أو الترك أو التقادم) .
- (٤) أي سواء كانت هذه المحكمة هي قاضي الأمور المستعجلة ، أم محكمة الموضوع التي رفعت إليها الدعوى المستعجلة بالتبعية للدعوى الموضوعية ، أم قاضي التنفيذ بصفته قاضياً للأمر المستعجلة المتعلقة بالتنفيذ الجبري .
- (٥) انظر د . أمينة النمر ، مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة ، رسالة - منشأة المعارف - ١٩٦٧ ، ص ٥٨٧ ، د . نبيل عمر ، المرافعات ، سابق الإشارة إليه ، بند ١٠٧ .

(٦) يجب ملاحظة أن الحكم المستعجل السابق لا يصلح لكي يكون مفترضاً لازماً لوجود مشكلة التعارض إلا إذا كان الحكم اللاحق هو أيضاً حكم مستعجل وعلى فرض عدم تغير الظروف . أما إذا كان هذا الأخير حكماً موضوعياً فإنه لا تتوافر مفترضات التعارض بالنظر إلى أن صدور الحكم الموضوعي يند به ثابته ، إلغاء ، ضمنى للحكم المستعجل السابق . ونظراً لأن مشكلة التعارض تقتضى قيام حكيم لا حكم واحد ، فإنه لا تثور عندئذ مشكلة التعارض ولا داعي للبحث =

ويلاحظ أن الحكم يظل ابتدائياً ولو كان مطعوناً عليه بالإستئناف .
أى أن الحكم الابتدائي يحتفظ بصفته هذه ليس فقط أثناء ميعاد الطعن،
وإنما أيضاً بعد رفع الطعن وطالما ظلت خصومة الاستئناف قائمة . ولذلك
إذا توافر هذه الوضع وصدر حكم لاحق متعارض ، توافرت لمشكلة
التعارض كافة مقوماتها (٧) .

كما يلاحظ أن الحكم السابق إذا كان ابتدائياً وقت صدور الحكم اللاحق
المتعارض ، فإن مفترضات الطعن بالإستئناف تتوافر ولو صار هذا الحكم
الابتدائي السابق نهائياً في وقت لاحق (٨) .

= عن حل لها من خلال الاستئناف أو غيره من طرق الطعن . انظر : ما سبق -
ص ٨٥ وما بعدها .

(٧) ولعل المشكلة الخاصة الوحيدة التي تثار حينئذ هي تحديد المحكمة الاستئنافية
المختصة . فقد تكون المحكمة المرفوع أمامها الطعن في الحكم الابتدائي السابق
مختلفة عن تلك التي تختص بالطعن المرفوع عن الحكم اللاحق . ويثور التساؤل
عندئذ عما إذا كان ممكناً الجمع بين الطعنين أمام محكمة واحدة أم لا ، وإذا كان
الجمع ممكناً ما هي المحكمة التي تختص بالطعنين حينئذ ، وإذا زالت خصومة
استئناف الحكم الأول فما هو أثر هذا الزوال على خصومة التعارض وعلى سلطة
المحكمة عندئذ . انظر في هذه المسائل : ما يلي - ص ١٩٩ وما بعدها .

(٨) على أن هذا الوضع يطرح مشاكل خاصة منها مدى اعتبار الحكم السابق مستأنفاً
بقوة القانون عند رفع الاستئناف عن الحكم اللاحق ، ومدى تأثير سلطة محكمة
الطعن بصيرورة الحكم السابق نهائياً . انظر في هذه المشاكل : ما يلي - ص ٢٠٦
وما يليها وص ٢١٢ وما بعدها . ومع ملاحظة أن هناك من الفقه (انظر : د. نبيل
عمر، الطعن بالاستئناف واجراءاته، منشأة المعارف ، ١٩٨٠ - بند ١٣٨) من
يرى أنه يجب الاعتداد بلحظة رفع الاستئناف لمعرفة ما إذا كان الحكم الأول قد
صار ابتدائياً أم لا ، بحيث إذا كان الحكم الأول ابتدائياً لحظة صدور الحكم الثاني ثم
صار حائزاً لقوة الأمر المقضى لحظة رفع الاستئناف عن الحكم الثاني ، فإن الطعن
المرفوع عن الحكم الثاني يكون غير مقبول ، ولا يكون أمام صاحب المصلحة في
الطعن إلا اللجوء إلى طريق الطعن بالنقض .

ثانياً ، الفرض أن الحكم اللاحق ، إنتهائى ، ،

لكى تكتمل مقومات الفرض الذى ننشغل به فى هذا الفرع فإنه بالإضافة إلى أن الحكم الصادر أولاً كان ابتدائياً بالمعنى السابق تحديده ، فإن الحكم الصادر ثانياً أو لاحقاً هو حكم إنتهائى .

وأول ما يجب ملاحظته فى هذا الميدان أن الحكم يعد إنتهائياً عندما لا يقبل الطعن بالاستئناف كطريق طعن ، عادى ، . غير أن ذلك لا يعنى أن كل الأحكام التى ينطبق عليها هذا الوصف تقبل الطعن فيها بالاستئناف الاستثنائى طبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات ولو توافرت باقى مقومات هذا الطعن . فعبارة هذه المادة تتكلم فقط عن الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الإنتهائى .

يجب علينا إذن أن نلم أولاً بالأحكام التى لا تقبل الاستئناف كطريق طعن عادى أى الأحكام النهائية . والإمام بالأحكام النهائية يبدأ من قاعدة أن جميع أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة فى اختصاصها الابتدائى (٩) تقبل الطعن بالاستئناف (مادة ٢١٩/١) مرافعات فهى عندئذ غير نهائية . وبناء عليه فإنه يعتبر نهائياً لأنه بمفهوم المخالفة لا يقبل الاستئناف كطعن عادى الأحكام الآتية :

١ - الأحكام الصادرة عن غير محاكم الدرجة الأولى (١٠) .

(٩) يقصد بذلك الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية فى منازعة تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه ، والأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية فى منازعة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه .

(١٠) أى الأحكام الصادرة عن المحاكم الاستئنافية (المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية أو محكمة الاستئناف ، العالى ،) أو الصادرة عن محكمة النقض .

٢ - الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى في حدود نصابها الانتهائي (١١) .

وبالإضافة إلى هاتين الطائفتين فإنه لا يقبل الاستئناف أيضا كطريق طعن عادي الأحكام التي تصدر في الأحوال المستثناة بنص في القانون (مادة ١/٢١٩ مرافعات) . وهذه الأحوال هي :

١ - الأحكام التي ينص القانون على انتهائيتها أو يقرر عدم قابليتها للاستئناف أو عدم قابليتها للطعن بأي طريق .

٢ - الأحكام التي يتفق الخصوم على انتهائيتها (مادة ٢/٢١٩ مرافعات) .

ومتى فرغنا من تحديد الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف كطريق طعن عادي ، فعلينا أن نتصدى الآن لتبيان أي من هذه الأحكام يقبل الطعن بالاستئناف الاستثنائي ، وتحديد الاستئناف للتعارض وفقا للمادة ٢٢٢ مرافعات (١٢) . وهذا ما سنتناوله على التوالي .

(١١) أي الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية في منازعة لا تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه أو الصادرة عن المحاكم الابتدائية في منازعة لا تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه .

(١٢) فإذا كان نطاق بحثنا في الاستئناف ينصب على الاستئناف للتعارض إلا أنه يجب ملاحظة أن استئنفا استثنائيا آخر قد يفتح أيضا أمام الأحكام الانتهائية ، نقصد بذلك الاستئناف استنادا إلى المادة ٢٢١ مرافعات عند وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الاجراءات أثر في الحكم أو عند مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام .

الفرع الثاني

استبعاد الاستئناف

إذا كان الحكم اللاحق صادرا عن غير محاكم الدرجة الأولى

لا مشاحة في أن الطعن بالاستئناف - وهو الوسيلة التي ينطبق بها مبدأ التقاضي على درجتين - لا يتاح إلا للأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى. يستوى في ذلك الطعن بالاستئناف كطريق طعن عادي أم كطريق استثنائي (١٣). وبناء عليه لا يقبل الطعن بالاستئناف للتعارض - وهو طعن استثنائي - الأحكام التي تصدر عن المحكمة الاستئنافية ومن باب أولى تلك التي تصدر عن محكمة النقض. ومما يؤكد هذا المعنى قاعدة عدم جواز الاستئناف بعد الاستئناف والتي تعنى من بين ما تعنى - عدم جواز استئناف الحكم الصادر في استئناف (١٤)، وكذلك قاعدة أن قضاء محكمة ما لا يسقط على قضاء محكمة أعلى منها في الطبقة، وهي قاعدة تنطبق على أحكام النقض حيث لا تغلوها محكمة أخرى والتي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن (مادة ٢٧٢ مرافعات).

(١٣) يلاحظ أن التفرقة بين الاستئناف كطريق طعن عادي وكطريق استثنائي تنطلق من أن الطعن في الحالة الأولى يمكن أن يبنى على أي سبب من الأسباب بينما في الحالة الثانية لا يقبل إلا إذا كان مبنيا على سبب معين من الأسباب المحددة في القانون على سبيل الحصر (التعارض طبقا للمادة ٢٧٢ أو البطلان طبقا للمادة ٢٢١ مرافعات) انظر في الاستئناف الاستثنائي بسبب البطلان: د. محمد نور شحاته، الاستئناف الاستثنائي، دار النهضة العربية، ١٩٩٥

(١٤) د. أحمد حشيش، المرجع السابق - بند ٧١.

كما أن المعنى السابق يزداد تأكيداً من خلال عبارة نص المادة ٢٢٢ مرافعات نفسها والتي نظمت الطعن بالاستئناف المبني على تناقض الأحكام ، فهي تتكلم عن الأحكام الصادرة في حدود النصاب الإنتهائي ، وهي عبارة تدل - بمفهوم المقتضى - صدور الحكم عن محاكم الدرجة الأولى فقط لأن فكرة النصاب الإنتهائي لا تثور إلا بالنسبة لأحكام هذه المحاكم دون غيرها . وسوف تزداد هذه الفكرة تعمقا حالا . وعلى أى حال سوف تدخل هذه الأحكام - نقصد بذلك الأحكام الصادرة من غير محاكم الدرجة الأولى - في باب الطعن بالنقض إذا ما تعارضت مع حكم سابق (١٥) .

الضلع الثالث

القابلية للاستئناف

إذا كان الحكم اللاحق صادرا في حدود النصاب الانتهائي

لعل هذه الطائفة من الأحكام هي وحدها التي يمكن الجزم حول حقيقة موضعها من المشكلة محل البحث . فهذه الأحكام تقبل - دون جدال - الطعن فيها بالإستئناف للتعارض إذا توافرت باقي مقومات هذا الطعن طبقا للمادة ٢٢٢ مرافعات ، فعبارة هذه الأخيرة لا تتناول - صراحة - غيرها .

فإذا كانت هذه الأحكام لا تقبل الطعن فيها بالإستئناف كطريق طعن عادي يجوز سلوكه أيا كان نوع العيب الذي يمكن نسبته إلى الحكم ، إلا أنها تقبل هذا الطعن ولكن كطريق استثنائي حيث يجب أن يكون مبني

(١٥) انظر : ما يلي - ص ١٦٠ و ١٦٢ .

الاستثناءات هنا سبب معين في الحكم هو التعارض مع حكم سابق .

وبناء عليه فالحكم الصادر من المحكمة الجزئية مثلا في منازعة لا تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه يعد صادرا في النصاب الانتهائي للمحكمة ولذلك لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف كطريق عادي ، أى عند توافر مجرد الخسارة ، بينما يجوز استئنافه إذا ادعى بوجود تعارض بينه وبين حكم سابق . كذلك الشأن بالنسبة للحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في منازعة لا تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه (١٦) .

ولقد أحسن المشرع صنعا حين فتح باب الطعن بالاستئناف استثناء أمام الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى في حدود النصاب الانتهائي وذلك في حالة التعارض . ذلك لأن الحكمة التي من أجلها قصر المشرع التقاضى فى الدعاوى قليلة القيمة على درجة واحدة هى أنها عادة دعاوى بسيطة لا تحتاج إلى عناية فى الكشف عن حقيقة الواقع فيها (١٧) ، فضلا عما يكلفه الاستئناف من نفقات سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للدولة (١٨) . هذه الحكمة تنتفى فى حالة التعارض .

(١٦) ولذلك يمكن القول بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية لا يتصور صدوره فى النصاب الانتهائي إلا إذا كانت المحكمة قد اختصت بالمنازعة التى صدر فيها هذا الحكم اختصاصا نوعيا ، إذ حينئذ قد تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه . أما إذا كان الحكم صادرا فى منازعة اختصت بها المحكمة الابتدائية اختصاصا قيمياً فالحكم سيكون صادرا عندئذ فى النصاب الابتدائي والذي يبدأ بعد الخمسة آلاف جنيه . انظر فى مدى قابلية الحكم الصادر فى هذا النصاب للطعن بالاستئناف على أساس التعارض أيضا رغم أنه ابتدائي : ما يلى - ص ١٤٩ وما بعدها .

(١٧) د . أحمد أبو الوفا ، التعليق ، سابق الإشارة إليه ، ص ٨٥١ .

(١٨) د فتحي ، إلى ، المرجع السابق - بند ٣٦١ .

ذلك لأن منع استئناف الحكم الصادر فى الدعوى البسيطة ، لا يحول
- فى غير حالة التعارض - دون القول بوجود حكم قضائى له نفاذه ، بينما
سيكون هذا النفاذ معطلا بالمرّة فى حالة التعارض ، ليس فقط لأحد
الحكمين وإنما لكليهما، إذ يستحيل مثلا التنفيذ المتعاصر للحكمين
المتعارضين . ومن هنا تكمن ضرورة البحث عن أداة قانونية لرفع
التعارض أيا كانت قيمة الدعوى التى صدر فيها الحكم . ومن هنا أيضا كان
جواز الطعن بالاستئناف فى حالة الحكم الصادر لاحقا ولو كان فى حدود
النصاب الانتهائى لمحكمة الدرجة الأولى (١٩) .

الفرع الرابع

مدى القابلية للاستئناف

إذا كان الحكم اللاحق إنتهائيا لأسباب أخرى

قد يكون الحكم اللاحق إنتهائيا لصدوره بصفة إنتهائية أو لاتفاق
الخصوم على إنتهائيته أو لسقوط حق الطعن فيه بالاستئناف رغم صدوره
ابتدائيا . فىلّى أى مدى يقبل هذا الحكم الإنتهائى الاستئناف المبني على
وجود تعارض بينه وبين حكم سابق ؟ يبدو أن الاجابة التى يجب إعطائها
فى هذه الأحوال ليست واحدة . ولذلك يجب دراسة كل فرض من هذه
الفروض على حدة .

(١٩) بل إن المشرع - ولنفس العلة - يجعل باب النقض - وليس الاستئناف - هو المتاح
أحيانا أمام هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة التى تجعل باب النقض قاصرا
على الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية ، بل والاستئناف العالى ،
تحديدا . انظر : ما يلى - ص ١٦٢ وما يليها .

أولاً : الأحكام الصادرة بحسبة انتهائية بنص القانون :

نقصد بذلك الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى وينص القانون على انتهائيتها - أو عدم قابليتها للاستئناف أو للطعن عموماً - رغم صدورهما في حدود النصاب الابتدائي .

والواقع أنه إذا كان من الهين اللين القطع بعدم جواز الطعن في هذه الأحكام بالاستئناف كطريق طعن عادي يقصد به إعادة الفصل في الموضوع لأي سبب من الأسباب ، فإن تردداً يجب أن يرد في الذهن هنا بشأن الاستئناف الاستثنائي المبني تحديداً على وجود تعارض بين الأحكام .

هذا التردد يجد مصدره في المقابلة بين النصوص التي تحكم الاستئناف الاستثنائي وهي المادتان ٢٢١ و ٢٢٢ مرافعات . فهي تكشف عن وجود اختلاف في الصياغة بين نص المادة ٢٢١ مرافعات والتي تنظم الطعن بالاستئناف في حالة بطلان الحكم ونص المادة ٢٢٢ والتي تنظم هذا الطعن في حالة التعارض . فالمادة الأولى تتكلم عن جواز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية ، ، بينما تتكلم الثانية عن جواز استئناف .. الأحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائي ، .

فمن الطبيعي أن يقفز إلى سطح الذهن تصور أول يتخذ من اختلاف الصياغة بين المادتين حجة ينادى على أساسها بأنه لا يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى في غير حالة النصاب الانتهائي إلا لسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٢١ مرافعات (٢٠) . أما الطعن لسبب التعارض والمنصوص عليه في المادة ٢٢٢

(٢٠) يقصد بذلك الاستئناف بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ، =

فإنه يتطلب أن يكون سبب الانتهاية هو صدور الحكم فى النصاب الانتهاى دون غيره من الاسباب .

والحقيقة أنه ليس من السهل تخطئة هذا التصور خاصة وأن الاستئناف المبنى على تعارض الأحكام يتضمن عدة قواعد استثنائية توجب جعل نطاق تطبيقه محصورا فى الأحكام التى ورد النص بشأنها (٢١). فى الوقت نفسه ليس من السهل الرضاء بهذا التصور نظرا للأسباب الآتية :

من ناحية أولى ، فليس هناك مبرر واضح يمكن اعتباره دافعا للمشرع نحو إيجاد تفرقة بين طوائف الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى بصفة إنتهائية بحيث يقتصر الطعن بالاستئناف للتعارض على بعضها دون البعض الآخر . فالتعارض فى جميع هذه الأحكام يحتاج إلى فتح باب الطعن بالاستئناف لرفعه خاصة إذا لم يوجد حل آخر للمشكلة .

ومن ناحية ثانية ، فإنه ليس هناك أيضا مبرر واضح للتفرقة بين الأحكام التى تقبل الاستئناف استثناء بسبب وجه من أوجه البطلان المنصوص عليها فى المادة ٢٢١ مرافعات وتلك التى تقبله بسبب التعارض . فإذا كان المشرع منطقيا حين أجاز الاستئناف استثناء فى الحالة الأولى لكافة الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى بصفة إنتهائية أى حتى ولو كانت فى غير حالات النصاب الإنتهاى ، فلماذا يخرج المشرع على هذا المنطق ويقصر الاستئناف للتعارض على بعض هذه الأحكام فقط . لا اعتقد أن أحدا يستطيع أن يجزم بوجود سبب منطقى يبرر ذلك .

- أو وقوع بطلان فى الحكم ، أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم . انظر بالنسبة للاستئناف الاستثنائى فى هذه الأحوال : د . محمد نور شحاته ، المرجع السابق . (٢١) انظر فى استبعاد تطبيق المادة ٢٢٢ مرافعات استنادا إلى هذه الحجة : د . أحمد زغلول ، المرجع السابق - هامش (٥) ، ص ٥٩ وما يليها ، تحت بند ٣٥ .

ومن ناحية **ثالثة** ، فإن عدم قبول هذه الأحكام للاستئناف رغم التعارض يجعل من مشكلة التعارض أزمة مستعصية على الحل وذلك فى بعض الفروض . فقد يوجد أحيانا حل لمشكلة التعارض خارج نطاق الاستئناف كما فى حالة الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى بصفة إنتهائية فى غير حالات النصاب الإنتهائى إذا صدر مخالفا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى ، فباب الطعن بالنقض يفتح لازالة التعارض فى هذه الحالة (٢٢) . ولكن ماذا لو كان هذا الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى مخالفاً لحكم سابق لم يحز هذه القوة ؟ فالطعن بالنقض هنا غير مقبول ، فإذا اغلقنا أيضا طريق الاستئناف فى هذا الفرض تولدت نتيجة جد خطيرة تأبأها العدالة وهى أن تبقى مشكلة التعارض بين الأحكام دون حل (٢٣) . وبطبيعة الحال فإنه لا يعقل أن المشرع كان يريد هذه النتيجة .

ومن جماع ما تقدم يتضح لنا أهمية البحث عن مخرج يمكن من خلاله إدخال الحكم الصادر من محاكم أول درجة بصفة إنتهائية فى زمرة الأحكام التى تقبل الطعن بالاستئناف إذا قضى بالمخالفة لحكم آخر لم يحز قوة الأمر المقضى (٢٤) .

ولقد بذلت محاولة فقهية للخروج من هذا المأزق نقطة الارتكاز عند

(٢٢) فالمادة ٢٤٩ مرافعات تستوعب هذا الفرض نظرا لأنها تفتح باب النقض فى أى حكم إنتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، أى حتى ولو كانت من محاكم الدرجة الأولى . انظر فى هذا الفرض : ما يلى - ص ١٦٢ وما يليها .
(٢٣) انظر فى وجود هذه النتيجة الشاذة أيضا فى أحوال أخرى : ما يلى - ص ١٤٣ و ص ١٤٨ .

(٢٤) تجب الإشارة إلى أن هناك من الفقه من يسمح بالطعن بالاستئناف فى الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى أيا كان سبب الإنتهائية ولكن دون أن يشير إلى سنده القانونى فى ذلك ، انظر فى هذه الاتجاه : د . فتحى والى ، المرجع السابق ، بند ٣٦٢ ، د . نبيل عمر ، المرجع السابق ، ص ١٢١٨ .

صاحبها (٢٥) أن القضاء فيما سبق صدور قضاء فيه يعد وجها من وجوه بطلان الحكم يتيح الطعن فيه بالاستئناف وفقا لنص المادة ٢٢١ مرافعات . ولما كانت هذه الأخيرة تسمح باستئناف الحكم الباطل الصادر من محاكم أول درجة بصفة انتهازية ولو في غير حالات النصاب الانتهازي ، فإنه يمكن علاج مشكلة تناقض الأحكام في الفرض محل البحث من خلال هذه الوسيلة الفنية وهي الاستئناف الاستثنائي بسبب البطلان .

وإذا كان يحمد لهذه المحاولة حرصها على سد ثغرة في صياغة المادة ٢٢٢ مرافعات وإيجاد أساس قانوني لاستئناف الحكم النهائي في غير حالة النصاب الانتهازي الصادر بالمخالفة لحكم سابق ، إلا أن لنا على هذا التخريج مجموعة من التحفظات .

فمن ناحية أولى فإنه من الصعب التسليم بالأساس الذي بنى عليه التصور السابق . فإذا كان صحيحا أن سبق صدور حكم في الموضوع يؤدي إلى انقضاء حق الخصوم في الدعوى في خصوص ذات الموضوع أي عدم صلاحيته لأن يكون محلا لنشاط قضائي يمارس في خصومة بإجراءات مبتدأه ، إلا أن النتيجة التي رتبها الرأي السابق على هذا الانقضاء والقول بأنه إذا صدر حكم رغم ذلك كان منطويا على بطلان ، تعد من وجهة نظرنا استنطاقاً للنصوص بما ليس فيها . فالمادة ٢٢١ مرافعات تتكلم عن عيوب اجرائية ثلاثة : مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ، وبطلان الحكم ، وأخيرا بطلان الإجراءات المؤثر في الحكم . والعيب الإجرائي الوحيد - من بين هذه العيوب - الذي يمكن القول - بتحفظ شديد ودون أن نلتزم بهذا الرأي - بأن الفصل في نزاع على خلاف حكم سابق يمكن أن يندرج تحته هو عيب عدم الاختصاص . فقد يقبل القول بأن المحكمة ليس لها ولاية الفصل في نزاع سبق الفصل

(٢٥) وهو الاستاذ الفقه د. أحمد زغلول ، انظر: ، المرجع السابق - هامش (٥) ص ٥٩ وما بعدها تحت بند ٣٢ .

فيه ، إذ يترتب على صدور الحكم السابق إنكار سلطة أية محكمة بعد ذلك في إعادة نظر النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم (٢٦) . ولكن إذا أمعنا النظر في النتيجة التي تنساب بصورة طبيعية ومباشرة من سبق صدور حكم في الموضوع فإننا نجدتها في انقضاء ، حق الدعوى ، ومن الطبيعي - والمنطقي - أن يطفو إلى سطح الذهن عندئذ أن تجديد النزاع هنا سيثير مسألة ، قبول ، وليس ، اختصاص ، (٢٧) . ولما كان عيب عدم القبول لا يندرج - في صحيح القانون - ضمن العيوب الاجرائية التي تتناولها المادة ٢٢١ مرافعات ، فإنه لا يكون للتصور السابق سند قانوني يحمله إلا إذا ارفقنا النظام الاجرائي وحملنا النص بما لا يحتمل (٢٨) .

ومن ناحية ثانية فإنه حتى على فرض الاعتراف بإمكانية الطعن بالاستئناف على أساس المادة ٢٢١ مرافعات في الحالة محل البحث،

(٢٦) د . فتحي والى ، المرجع السابق ، بند ٣٨٧ . وقارب: د . أحمد زغول ، المرجع السابق - بند ١١٠ .

(٢٧) وإذا اردنا أن نلتصق سند تشريعيا لما نقول فإننا نجده بسهولة في نص المادة ١١٦ مرافعات، والتي تستخدم تعبير ، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى ، لسبق الفصل فيها ولا تستخدم تعبير الدفع بعدم الاختصاص . انظر في أن المقصود بعدم الجواز هنا هو عدم القبول : د . أحمد زغول ، المرجع السابق - بند ٥٣ .

(٢٨) والحقيقة أن منطق هذا التحليل ليس بغائب عن ذهن صاحب المحاولة محل التمحيص وهو الأستاذ الدكتور أحمد زغول . ففي معرض حديثه الفقيه الكبير عن فكرة وقف خصومة الدعوى المرفوعة بالمسائل المتفرعة إلى أن يفضل في الطعن العادي المرفوع ضد الحكم الصادر في المسألة الأرية ، نجد أن أساس هذا الوقف هو انقضاء سلطة محاكم أول درجة في خصوص المسألة الأساسية المقضى فيها ابتدائيا . ومع ذلك فإنه يعتبر مخالفة هذه التواءة - وتتمثل المخالفة عنده في عدم وقف الخصومة - لا يثير مسألة اختصاص وإنما مسألة قبول ، انظر : المرجع السابق - بند ١١٥ .

فإن قطع دابر التعارض بين الأحكام لن يتيسر في جميع الفروض وبالتالي لا تقدم المحاولة محل البحث حلاً شاملاً. ذلك لأن نطاق الاستئناف المعتمد على المادة ٢٢١ سيقصر على الحكم المطعون فيه دون أن يمتد - بأى حال من الأحوال - إلى الحكم السابق^(٢٩). وقد يبقى التعارض قائماً بين هذا الأخير وبين الحكم الذى سيصدر فى الاستئناف .

وقد يعترض البعض على هذا النقد وينفى بقاء مشكلة التعارض بعد الاستئناف المستند إلى المادة ٢٢١ فى حالة محل البحث ويقول أنه إذا تبين لمحكمة الطعن بطلان الحكم المستأنف فإنها ستقف عند تقرير هذا البطلان ولن تتصدى لنظر الموضوع ودون أن تعيد القضية كذلك لمحكمة أول درجة . فانقضاء حق الخصوم فى الدعوى - والتي تعتبر مفترضا ضروريا لصحة الحكم وفقا للتصور الذى ننتقده وهو فى ذلك محق - يجعل الحكم يبطلان الحكم المستأنف هو الحل الوحيد للقضية^(٣٠) . ولما كان التعارض لا يثور بين الأحكام الصادرة فى المسائل الإجرائية والأحكام الصادرة فى الموضوع^(٣١) ، فإن أول حكم صدر فى الدعوى يكون هو الحكم الوحيد المنظم للعلاقة بين الخصوم .

(٢٩) فامتداد استئناف الحكم اللاحق - بقوة القانون - إلى الحكم السابق الذى لم يحز قوة الأمر المقضى عند رفع الاستئناف هو وضع استثنائى ينطبق إذا كان الاستئناف معكوماً بالمادة ٢٢٢ مرفعات . وباعتباره استثناء يرد على القواعد العامة فإن مجال تطبيقه ينحصر فى حدود الفرض الذى ورد بشأنه ، وبالتالي لا يمكن إعماله إذا كان النص الذى يحكم الاستئناف نص آخر هو نص المادة ٢٢١ .

(٣٠) فلن تتصدى المحكمة الاستئنافية للموضوع لانقضاء حق الدعوى ، وكذلك لا مبرر لإعادة القضية لمحكمة الدرجة الأولى لنفس العلة فضلا عن أنها قد استنفدت ولايتها .

(٣١) انظر : ما سبق - ص ١٩٩ .

ومع تسليمنا بصحة هذه النتيجة إذا كان الفرض المطروح هو أن الحكم المطعون فيه قد فصل في ذات الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق غير المطعون فيه ، إلا أنه يجب الاعتراف بنوع من المغايرة إذا كان الفرض المطروح مختلفاً ويتمثل في أن الحكم المطعون فيه كان صادراً في مسألة متفرعة عن مسألة كلية شاملة فصل فيها الحكم السابق غير المطعون فيه .

وبالنسبة لهذا الفرض الثاني ، فإنه يواجه أحد أمرين :

إما أن المحاولة الفقهية محل البحث تخرجه من نطاقها على أساس أن حق الدعوى في المسألة الفرعية لم ينقض بالفصل في المسألة الكلية وبالتالي لا يندرج التعارض بين الحكمين هنا ضمن وجوه البطلان التي تسمح بتطبيق المادة ٢٢١ مرافعات . وفي هذه الحالة فإن المحاولة الفقهية السابقة تبدو قاصرة عن تقديم علاج لمشكلة التعارض (٣٦) .

وإما أن المحاولة السابقة تُدخِل هذا الفرض في نطاقها على أساس أن

(٣٦) والحقيقة أن من حق صاحب المحاولة محل البحث أن يعتبر هذا النقد ضرباً في غير مضرب . ذلك لأن الفقيه الكبير (د . أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ١١١ وما يليه) يعتمد في هذا الشأن على وسيلة وقائية تحول دون ظهور التناقض أصلاً بين حكم ابتدائي يفصل في مسألة كلية وحكم انتهائي - أو حتى ابتدائي - يفصل في مسألة متفرعة . هذه الوسيلة تتمثل في إلزام القضاة الذين ينظرون الدعوى بالمسائل الفرعية بوقف السير في الخصومة حتى الفصل نهائياً في المسألة الأساسية . ولاشك أن نجاح هذه الوسيلة يؤدي إلى عدم ظهور هذا الفرض الثاني الذي نتناوله في المتن والذي يبنى على أن الحكم الصادر في المسألة الأساسية كان ابتدائياً بينما الحكم الصادر لاحقاً في المسألة الفرعية يعتبر نهائياً .

ومع ذلك فإن النقد الذي نقول به لا يتجرد كلية من قيمته وذلك - على الأقل - في الأحوال التي يعجز - أو يفشل - فيها نظام الوقف عن القيام بنوره التوقائي . انظر في هذه الأحوال : ما سبق - ص ٤٦ وما بعدها .

الدعوى بالمسألة المتفرعة عن المسألة الأساسية تتضمن نوعين من المسائل: المسألة الأساسية والمسألة المتفرعة ، وبصودر حكم - ولو ابتدائي - فى المسألة الأساسية فإن حق الدعوى بشأنها ينقضى بحيث إذا صدر حكم لاحق فى المسألة الفرعية أعاد بحث المسألة الأساسية فإن ذلك يعد عيبا فى الحكم يشكل وجها من وجوه بطلانه ، وفى هذه الحالة فإن استئناف الحكم الصادر فى المسألة الفرعية يستوجب من المحكمة الاستئنافية بعد أن تحكم بالبطلان أن تتصدى للمسألة المتفرعة وتحكم أيضا فيها بحكم موضوعى ليس هناك ما يضمن تعارضه مع الحكم السابق الصادر ابتدائيا فى المسألة الأساسية ، خاصة وأن هذا الأخير لا يقيد محكمة الطعن بمضمونه نظرا لابتدائيته (٣٣) ، كما أنه لا يعد - كما سبق وقلنا (٣٤) - مطروحا عليها (٣٥) .

هذا هو النقد الثانى الذى نوجهه إلى المحاولة محل البحث .

(٣٣) انظر فى أن نهائية الحكم شرط ضرورى للأثر الإيجابى للحجية : ما سبق - ص ٥٥ وما بعدها .

(٣٤) انظر : ما سبق - هامش (٢٩) من هذا المبحث .

(٣٥) وإذا كان يحق للقارىء أن يتساءل الآن عن الرد الذى يمكن أن يصدر من صاحب المحاولة محل البحث لكى يدفع عنه سهام هذا النقد ، فلا اخالنى أبعد عن الحقيقة إذا قلت - ودون أن اسمح لنفسى أن احل محل الفقيه الكبير الدكتور أحمد زغلول - أن اتساق منطقته يسمح بتكشيف رده وهو أن نظام الوقف فى هذه الحالة هو السبيل لتلافى التناقض . فحتى المحكمة الاستئنافية تلتزم بهذا الوقف - وفقا لعمومية منطق الوقت وحكمته هنا - حتى يصير الحكم الابتدائى نهائيا ، وبعدها سوف يصدر حكم المحكمة الاستئنافية فى الدعوى الفرعية متسقا - أو هكذا يجب أن يكون - مع الحكم الصادر فى المسألة الأساسية غير المطعون فيه . وهنا يجب الاعتراف بأن تحمسا للنقد الذى قلناه فى المتن لا يجب أن يحجب عنا إتساق منطق هذا الرد . كل ما نود قوله هو ما سبق وقلناه من أن نظام الوقف كوسيلة وقائية قد يبدو عاجزا عن القيام بدوره فى بعض الأحيان . انظر : ما سبق - ص ٤٦ وما بعدها .

ومن ناحية ثالثة فإن الأخذ بمنطق التصور السابق ومسايرته إلى نهايته يعنى أن الحكم الصادر بصفة نهائية من محاكم الدرجة الأولى بالمخالفة لحكم سابق إنما يقبل الطعن بالاستئناف ولو كان هذا الأخير حائزاً لقوة الأمر المقضى . إذ طالما كان القضاء فيما سبق صدور قضاء فيه يعد - وفقاً للتصور السابق - وجهاً من وجوه بطلان الحكم يتيح الطعن فيه بالاستئناف طبقاً للمادة ٢٢١ فإنه لا يهيم بعد ذلك أن يكون القضاء السابق ابتدائياً أو من باب أولى - انتهائياً . فالحكم اللاحق فقط هو الذى سيعيد مطروحا على المحكمة الاستئنافية (٣٦) . هذه النتيجة تجعلنا نوجه النقد التالى إلى المحاولة محل البحث : فالمعلوم أن المادة ٢٤٩ مرافعات تسمح بالطعن بالنقض أيضاً فى الحكم النهائى - ولو كان صادراً من محكمة أول درجة - طالما كان متعارضاً مع حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى . فإذا توافرت لدينا مقومات هذا الفرض جاز بطبيعة الحال اللجوء الى محكمة النقض تأسيساً على المادة ٢٤٩ ، أو اللجوء الى المحكمة الاستئنافية تأسيساً على المادة ٢٢١ كما يوحى التصور السابق . وإذا كان لهذا الحل نصيب من النقد فإنه يتمثل فى الاضطراب الذى يمكن أن يحدثه على الحدود الفاصلة بين مجال الاستئناف ومجال النقض ، إذ لا يوجد - على حد علمنا - حكم يقبل النقض كما يقبل الاستئناف ولو وصف هذا الأخير بأنه استثنائى أو بمثابة طعن غير عادى (٣٧) .

وهكذا يتضح لنا أنه من الصعب التسليم بوجهة النظر المتقدمة والتى

(٣٦) انظر فى لزوم هذه النتيجة إذا بنى الطعن بالاستئناف على أساس المادة ٢٢١

مرافعات: ما سبق: هامش (٢٩) من هذا المبحث .

(٣٧) ويلاحظ أنه على افتراض صحة التصور الذى نناقشه فى المتن وصحة -

تَعَوَّلُ عَلَى نَصِّ الْمَادَّةِ ٢٢١ مَرافَعَاتٍ . فَرَعْمَ بَرِاقَةِ الْمَحَاوَلَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا لِيَسْتِ فَوْقَ مَسْتَوَى التَّجْرِيحِ .

ولذلك نعود لنتسائل : هل يمكن إخضاع الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الأولى بصفة إنتهائية في غير حالات النصاب الإنتهائي للاستئناف طبقا للمادة ٢٢٢ مرفعات ؟

يبدو أن هناك إرادة تشريعية بمنع الاستئناف هنا . نستنبط ذلك من المقابلة بين نص المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مرفعات وتاريخهما . فقد كانت الصياغة الواردة في القانون السابق تكاد تكون واحدة في المادتين المقابلتين وهما المادتان ٣٩٦ و ٣٩٧ مرفعات سابق فقد كانت الأولى تتكلم عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية والابتدائية في حدود نصابها الإنتهائي ، وهو نفس المعنى الذي ورد في المادة الثانية والتي كانت تتكلم عن الأحكام الصادرة في حدود النصاب الإنتهائي ، فلما جاء القانون الحالي فإنه أبقى على نفس المعنى بصدد المادة ٢٢٢ ولم يبق عليه في المادة ٢٢١ حيث تتكلم هذه الأخيرة عن الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية (٣٨) .

- النتيجة التي يتمخض عنها ، فإنه طالما كان الحكم يقبل الاستئناف فإنه لن يقبل الطعن بالنقض .

والذي أوجى إلينا بهذا الحل هو القياس على الوضع حين يكون الحكم صادرا من محكمة أول درجة بصفة نهائية وشابه عيب يبطله مما يعتبر في نفس الوقت سببا للائتماس . فالرأى هنا هو أن طريق الطعن بالاستئناف فقط هو الذي يكون مفتوحا . انظر في هذا الرأى الأخير : د . رمزي سيف ، المرجع السابق - بند ٦٢٥ ويؤيده في ذلك : د . فتحى والى ، المرجع السابق ، هامش (٧) ص ٧٥٩ وما يليها تحت بند ٣٧٦ .

(٣٨) ومما يؤكد وجود إرادة تشريعية نحو المغايرة ما ورد في المذكرة الإيضاحية =

فى ظل هذا الوضع لا مناص من الخضوع لإرادة المشرع الصريحة رغم أن حكمة التشريع لا تقتضى التمييز بين الحكم الصادر فى حدود النصاب الانتهائى وذلك الصادر بصفة انتهائية عندما يكون سبب الطعن هو التعارض بين الأحكام .

ولكن هل معنى ذلك أن هناك حالة تعارض لا تجد وسيلة طعن لعلاجها ؟ لا نملك الآن إلا أن نتساءل عما إذا كان يمكن العثور على هذه الوسيلة فى المادة ٢٤٩ مرافعات والتي تسمح بالطعن بالنقض فى الحكم محل البحث بشرط أن يكون الحكم السابق حائزاً لقوة الأمر المقضى . والواقع أنه لما كان الفرض الذى نتناوله يفترق هذا الشرط فإنه لن يكون أمام المحكوم عليه سوى انتظار أن يتحقق هذا الشرط وبعدها يفتح أمامه باب النقض . وسوف نزيد هذه المسألة وضوحاً - فيما بعد - بمناسبة الحديث عن الطعن بالنقض . كوسيلة لفض التعارض (٣٩) .

= للقانون القائم : عدل المشروع فى المادة ٢٢١ منه صياغة المادة ٣٩٦ من القانون الحالى (يقصد قانون المرافعات السابق) بأن استبدل عبارة : الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى ، بعبارة : الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية والابتدائية فى حدود نصابها الانتهائى ، وذلك حتى يتيح إعمال حكم النص على الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى ولو تجاوزت حدود نصابها الانتهائى لأن حكمة التشريع فى فتح الطعن قائمة فى الحالين

واضح إذن وعى المشرع بالمعنى الضيق الذى تحمله عبارته : الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى ، والمعنى الواسع الذى تحمله عبارة : الأحكام الصادرة ١٦٩ انتهائية .

(٣٩) انظر : ما بلى - ص ١٦٩ وما بعدها .

ثانياً: الأحكام التي اتفق الخصوم على انتهائيتها :

فيما سبق كانت انتهائية الحكم راجعة إلى نص المشرع صراحة على انتهائيته أو على عدم قابليته للاستئناف أو للطعن عموماً .

ولكن قد تكون انتهائية الحكم راجعة - وبعبارة عن حالات صدوره في حدود النصاب الانتهائي - إلى اتفاق الخصوم مقدماً على أن يكون حكم أول درجة نهائياً . فرغم أن الأصل العام يقضى بعدم جواز هذا الاتفاق لأنه من ناحية أولى يرد على حق عام لا يجوز النزول عنه هو حق الاستئناف ، ولأنه من ناحية ثانية قد حدث قبل نشأة هذا الحق - محله - أي قبل صدور الحكم ، إلا أن المشرع يجيز صراحة هذا الاتفاق حتى لو وقع قبل رفع الدعوى (المادة ٢/٢١٩ مرافعات) .

ولا خلاف على أن انتهائية الحكم الراجعة إلى هذا الاتفاق السابق للخصوم يجعله غير قابل للاستئناف كطريق طعن عادي . وفي نفس الوقت لا تؤثر انتهائية الحكم هنا على قبوله للاستئناف استثناءً طبقاً للمادة ٢٢١ مرافعات ، أي إذا بنى الاستئناف على أحد أسباب بطلان الحكم المنصوص عليها في هذه المادة . فهذه الأخيرة تفترض صدور الحكم بصفة انتهائية أي كان سبب صدوره بهذه الصفة (٤٠) .

أما إذا تساءلنا عن مدى قابلية هذا الحكم للطعن فيه بالاستئناف في

(٤٠) انظر في أن الاتفاق السابق على انتهائية الحكم لا يؤثر على قابليته للطعن فيه بالاستئناف وفقاً لأحكام المادة ٢٢١ مرافعات : د . وجدى راغب ، المرجع السابق ، ص ٦٣٠ ، د . نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف ، سابق الإشارة إليه - ص ٢٩ ، محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٤١١ ، د . أحمد زغلول ، المرجع السابق - هامش (٥) ص ٥٩ وما يليها ، تحت بند ٣٥ ، د . محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص ٤٤ وما بعدها .

حالة التعارض وفقاً لأحكام المادة ٢٢٢ مرافعات. أى عند صدوره بالمخالفة لحكم سابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى - فإننا سنصطدم بنفس العقبة التى صادفتنا حالاً فى معرض حديثنا عن الأحكام التى نص المشرع على انتهائيتها^(٤١). فالمادة ٢٢٢ لا تسمح صراحة بالاستئناف هنا إلا للأحكام التى ترجع انتهائيتها إلى سبب محدد هو صدورها فى حدود النصاب الانتهاى للمحكمة دون أى سبب آخر .

ولذلك يصدق هنا ما سبق وقلناه بصدد الحكم الذى ترجع انتهائيته إلى نص القانون على ذلك. فالمحاولة الفقهية التى سعت إلى إدخال الطعن فى هذا الحكم عند تعارضه مع حكم سابق تحت طائلة المادة ٢٢١ مرافعات والتى لا تنقيد بسبب معين للانتهاية حرصت أيضاً على مد مظلة هذه المادة إلى الحكم الذى يتفق الخصوم مسبقاً على إنتهائيته ويتعارض مع حكم سابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى^(٤٢). ولذلك فإن المآخذ التى سبق وسجلناها على هذه المحاولة^(٤٣) سوف تسترعى الانتباه هنا أيضاً .

ولذلك لن يكون أمامنا - وفى ظل ارادة تشريعية واضحة - من أن ننتظر صيرورة الحكم السابق حائزاً لقوة الأمر المقضى حتى يفتح باب الطعن بالنقض فى الحكم اللاحق على أساس المادة ٢٤٩ مرافعات^(٤٤) .

(٤١) انظر: ما سبق، ص ١٣٣ وما بعدها .

(٤٢) انظر: د. أحمد زغلول، الاشارة السابقة .

(٤٣) انظر: ما سبق - ص ١٣٦ وما بعدها .

(٤٤) انظر: ما سبق - ص ١٤٣، وانظر: أيضاً: ما يلى - ص ١١٣ وما بعدها .

ثالثاً، الأحكام التي سقط حق الطعن فيها بالاستئناف،

قد يصدر حكم ابتدائي يقبل الطعن فيه بالاستئناف كطريق طعن عادي ثم يسقط هذا الحق نتيجة قبول المحكوم عليه للحكم . كذلك قد يسقط هذا الحق نتيجة فوات ميعاد الطعن . وأخيراً قد تنقضي خصومة الاستئناف دون الفصل في الموضوع وتحديدأ بأن يصدر حكم بسقوطها أو تركها أو تقادمها . في جميع هذه الأحوال يصير حكم أول درجة نهائياً .

فإذا ما تساءلنا عما إذا كان يمكن - رغم ذلك - الطعن بالاستئناف في هذا الحكم إذا توافرت مفترضات التعارض الأخرى فإن الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي وذلك بالنسبة لكل سبب من أسباب سقوط حق الاستئناف :

(أ) إذ لا شك أن فوات ميعاد الطعن يقضى على حق الاستئناف أياً كان وجه العيب الذي يصيب الحكم ولو كان هو التعارض مع حكم سابق . فالطعن على أساس المادة ٢٢٢ خاضع لنفس القاعدة التي تحكم ميعاد الاستئناف المنصوص عليه في المادة ٢٢٧ مرافعات .

(ب) كذلك الشأن بالنسبة لقبول الحكم من المحكوم عليه . فمن ناحية أولى فإن نص المادة ٢١١ مرافعات على عدم جواز الطعن في الأحكام ممن قبل الحكم هو من العمومية بحيث ينطبق على كافة طرق الطعن وأياً كان العيب الذي يمكن نسبته للحكم^(٤٥) . ومن ناحية ثانية فإن مفترضا هاما من مفترضات التعارض - وهو ضرورة وجود حكيمين - يعد

(٤٥) فحتى الطعن بالاستئناف على أساس المادة ٢٢١ مرافعات - أي على أساس وجود بطلان في الحكم - فإنه يكون غير مقبول في حالة قبول الحكم من المحكوم عليه . انظر : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٤١٠ ، د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - الإشارة السابقة .

منفياً في حالة قبول الحكم . فقبول المحكوم عليه للحكم الصادر ضده رغم وجود حكم سابق صادر لصالحه يكشف عن إرادة ضمنية له بالتنازل عن هذا الحكم وهو ما يملكه طبقاً لنص المادة ١١٥ مرافعات (٤٦) ، ولذلك لن نشور الحاجة إلى البحث عن وسيلة طعن لرفع تعارض غير موجود . إذ لم يعد موجوداً سوى حكم واحد هو الحكم الصادر لاحقاً

(ح) أما إذا انقضت خصومة الاستئناف دون الفصل فيها (٤٧) ، فطبقاً للمادة ١٣٨ مرافعات فإنه يعتبر الحكم المستأنف انتهائياً في جميع الأحوال (٤٨) . فعلى فرض أن ميعاد الاستئناف ما زال قائماً (٤٩) فهل يمكن رفعه ثانية على أساس المادة ٢٢٢ مرافعات إذا كان الحكم الابتدائي الذي

(٤٦) د . أحمد زغلول ، الإشارة السابقة .
(٤٧) يلاحظ أننا نتكلم هنا عن انقضاء خصومة الاستئناف الذي كان مرفوعاً كطعن عادي ويراد رفعه بعد ذلك كطعن استثنائي أي تجاه حكم انتهائي ومبني الاستئناف عندئذ هو التعارض . أما إذا كان مرفوعاً ببدء كطعن استثنائي على أساس المادة ٢٢٢ مرافعات ثم انقضت خصومته بغير حكم فقولاً واحداً لا يجوز رفع هذا الاستئناف ثانية . فقاعدة أن الاستئناف على الاستئناف باطل تنطبق في هذه الحالة .

(٤٨) يلاحظ أن هذا النص قد ورد في شأن سقوط الخصومة في الاستئناف تحديداً ولكن الفقه في معظمه يعمم حكم هذه المادة على باقي حالات انقضاء خصومة الاستئناف بغير حكم وتحديداً حالتى الترك والتقدم . انظر في ذلك : د . أحمد أبو الوفا ، التعليق ، سابق الإشارة إليه ، ص ٦٣٢ ، د . وجدى راغب ، المرجع السابق - ص ٥٧٨ ، د . إبراهيم نجيب سعد ، المرجع السابق بند ٣٦١ وبند ٣٦٤ . ويلاحظ أن انقضاء خصومة الاستئناف دون الفصل في الموضوع لأسباب أخرى كما لو حكم ببطالان صحيفة الاستئناف أو عدم قبوله لا يؤدي بالضرورة إلى صيرورة حكم أول درجة انتهائياً، فقد يكون ميعاد الطعن لم ينته بعد ولا يوجد ما يمنع من تجديد خصومة الاستئناف .

(٤٩) من المتصور ذلك في الحالة التي يكون فيها بدء الميعاد من تاريخ إعلان الحكم ولكن حدث أن رفع فيها الطعن قبل الإعلان والذي لم يكن قد تم حتى انقضاء خصومة الاستئناف بغير حكم في الموضوع .

انقضت خصومة استئنافه العادى - ولذلك صار الآن انتهائيا - كان متعارضا مع حكم سابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى ؟

الإجابة على هذا التساؤل لن تختلف عن تلك التى أظهرها التحليل السابق . فطالما أن انتهائية الحكم لم تكن بسبب صدوره فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة فإن نص المادة ٢٢٢ مرافعات لا محل له من التطبيق (٥٠) .

ولسوف تودى هذه النتيجة إلى جعل مشكلة التعارض هنا أكثر تعقيدا . فحتى الحل الذى نقترحه (٥١) وهو انتظار صيرورة الحكم السابق حائزا لقوة الأمر المقضى لكى يفتح بعدئذ باب الطعن بالنقض على أساس المادة ٢٤٩ مرافعات لن يكون صالحا لمواجهة هذا الفرض . ذلك أن طريق النقض لا يجوز ولوجه لمن لم يستنفد طريق الطعن العادى . ولما كان انقضاء خصومة الاستئناف دون الفصل فيها لا يعد استنفادا لهذا الطعن ، فإن حكم أول درجة لن يكون قابلا للنقض ، فضلا عن أنه لم يكن صادرا بصفة انتهائية وإنما صار كذلك .

وتنبهنا هذه النتيجة - مرة ثانية - إلى عجز وسائل الطعن المتاحة بتنظيمها الحالى عن مواجهة كافة فروض تعارض الأحكام ، فهناك نقص حقيقى فى التشريع تتولد عنه نتائج خطيرة .

(٥٠) وفضلا عن هذه الحجة ، فإن قاعدة أن الاستئناف على الاستئناف لا يجوز وما تنطوى عليه من أن الطعن بالاستئناف فى الحكم الواحد لا يجوز إلا مرة واحدة تمنع الطعن بالاستئناف هنا للمرة الثانية ولو كان سبب الطعن مختلفا . انظر فى أن الطعن بالاستئناف فى ذات الحكم الواحد لا يجوز إلا مرة واحدة : د . نبيل عمر ، المرافعات ، بند ١٠٦٦ .
(٥١) انظر : ما سبق - ص ١٤٣ .

المطلب الثاني

التعارض بين حكم لاحق ابتدائي وحكم سابق انتهائي

مدار البحث هنا يفترض أن يصدر أولاً حكم انتهائي أو حائز لقوة الأمر المقضي ثم يصدر ثانياً - أو لاحقاً - حكم ابتدائي ، أى حكم من محاكم الدرجة الأولى قابل للطعن فيه بالاستئناف كطريق طعن عادى (٥٢) ، كما لو كان صادراً فى حدود النصاب الابتدائي للمحكمة (٥٣) ، ولا يوجد ما يجعله غير قابل للاستئناف (٥٤) . والفرض أيضاً أن هناك تعارضاً بين الحكمين .

ونحاول الآن أن نتبين ما إذا كان يمكن حل التعارض بين هذين الحكمين من خلال الطعن بالاستئناف .

(٥٢) نستبعد من نطاق البحث هنا إذن حالة أن يكون الحكم اللاحق صادراً من محاكم الدرجة الأولى ولكنه انتهائي وأيا كان سبب انتهائيته . فهذا الحكم لا يقبل الاستئناف كطريق طعن عادى بسبب انتهائيته ، كما أنه لا يقبل الاستئناف كطريق طعن استئنائي حتى فى حالة التعارض لأن مفترضات هذا الطعن ليست متوافرة بالنسبة له (فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى الحكم السابق) ثم إنه يقبل النقض فى هذه الحالة (باعتبار أن الحكم السابق أيضاً انتهائي وهو ما يجعل مفترضات المادة ٢٤٩ مرافعات متوافرة) انظر فى هذا الفرض الأخير : ما يلى - ص ١٦٢ وما يليها .

(٥٣) نقصد بذلك الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى منازعة تزيد قيمتها عن خمسمائة جنيه ، أو من المحكمة الابتدائية فى منازعة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه .

(٥٤) نقصد بذلك ألا يوجد نص فى القانون يجعل الحكم غير قابل للاستئناف أو للطعن عموماً وألا يوجد اتفاق سابق بين الخصوم على اعتبار الحكم الصادر انتهائياً ، وألا يكون حق الطعن فيه قد سقط (بقبول المحكوم عليه للحكم أو بفوات ميعاد الطعن أو بانقضاء خصومة الاستئناف بالسقوط أو الترك أو التقادم) .

والواقع أن إجابة هذا التساؤل لا تثير أدنى مشكلة من حيث جواز الاستئناف هنا من حيث المبدأ. فهناك على الأقل حكم ابتدائي - هو الحكم اللاحق - يقبل الطعن بالاستئناف كطعن عادي، خاصة وأن هذا الأخير يفتح أمام الحكم الابتدائي لأي سبب من الأسباب ولو كان هو عيب التعارض. إذ يكفي أن يخسر الخصم القضية ويكون الحكم مما يقبل الطعن العادي وفقا للقانون حتى يكون هذا الطعن مقبولا .

على أن الأمر لا يمضى بهذه السهولة إذا ما تساءلنا عن النظام القانوني الذي يحكم الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الابتدائي في هذه الحالة . ولاشك أن الفكر يتردد في هذه الحالة بين تيارين يميل أولهما إلى تطبيق النظام الخاص بتعارض الأحكام والذي تحكمه المادة ٢٢٢ مرافعات بينما يميل الآخر إلى تطبيق القواعد العامة في الاستئناف . ولاشك في أهمية حسم هذا التردد وتحديد الحل الذي يجب تنبيهه . إذ يكفي أن نشير هنا إلى أن تبني الحل الأول من شأنه توسيع نطاق الاستئناف وجعله يستوعب ليس فقط الحكم المطعون فيه (الحكم الابتدائي) وإنما أيضا - ويقوة القانون - الحكم السابق المتعارض معه (الحكم الانتهائي) (٥٥) ، بينما الأخذ بالحل الثاني يجعل الاستئناف محصورا في الحكم اللاحق المطعون فيه فقط (الحكم الابتدائي) .

وفي رأينا أن الفرض محل البحث - والمتمثل في أن الحكم الابتدائي المراد الطعن فيه مخالف لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى - لا يستجمع مفترضات التعارض الذي تحكمه المادة ٢٢٢ مرافعات . فهذه

(٥٥) انظر في نطاق الاستئناف الاستثنائي المبني على التعارض بين الأحكام : ما يلي ص ٢٠٥ وما بعدها .

المادة تشترط - على الأقل - أن يكون الحكم السابق غير حائز لقوة الأمر
المقضى ، وهو ما لا يتوافر هنا .

لذلك لم يعد أمامنا سوى التسليم بأن استئناف الحكم الابتدائي (٥٦)
محل البحث يخضع للقواعد العامة في الاستئناف .

المطلب الثالث

التعارض بين حكمين ابتدائيين

بعد تبيان الحلول الواجبة الاتباع في الفروض السابق التعرض لها في
المطلبين السابقين تضيق دائرة البحث ولم يعد أمامنا محتملا سوى الفرض
المتمثل في صدور حكم ابتدائي مخالف لحكم سابق هو أيضا ابتدائي (٥٧) .

ونظرا لأن ظاهر المادة ٢٢٢ مرافعات لا يتناول هذا الفرض ضراحة ،
فإن السؤال المطروح هو عن مدى جواز تطبيق النظام الخاص بالظعن
بالاستئناف للتعارض - والذي تحكمه هذه المادة - على هذا الفرض .

(٥٦) ويلاحظ أننا نتكلم عن استئناف الحكم الابتدائي فقط ، ليس لأنه الحكم اللاحق -
فهذا الوصف ليس محل اعتبار ما دام الظعن عاديا - وإنما لأن الحكم الآخر هو
الحكم الانتهائي لا يقبل الظعن بالاستئناف كظعن عادي ، فضلا عن عدم قابليته
للظعن بالاستئناف كظعن استثنائي وفقا للمادة ٢٢٢ مرافعات لأنه الحكم السابق ،
بينما هذه المادة تفتح الظعن في الحكم الانتهائي استثناء إذا كان هو الحكم اللاحق ،
وعلى فرض توافر باقي المفترضات .

(٥٧) مع ملاحظة أن من الفروض المحتملة أيضا التعارض بين حكمين كلاهما
نهائي - على أن هذا الفرض سوف يكون موضع دراسته الطبيعي هو الظعن
بالنقض . انظر : ما يلي ص ١٥٦ وما بعدها .

وهناك - بالفعل - اتجاه فقهي^(٥٨) يذهب إلى خضوع هذا الفرض للاستئناف الذي تنظمه المادة ٢٢٢ مرافعات . ويبدو أن محكمة النقض المصرية تسير في نفس الاتجاه^(٥٩) . كما يبدو أن الحجة التي يستند إليها هذا الاتجاه مستمدة من الأخذ بالمفهوم الأولي بالتطبيق لحكم المادة ٢٢٢ مرافعات .

وهناك اتجاه آخر^(٦٠) يذهب إلى أن استئناف الحكم الابتدائي في الفرض محل البحث يخضع للقواعد العامة وليس للمادة ٢٢٢ مرافعات . ويستند هذا الاتجاه إلى أن هذا النص يعتمد نظاما استثنائيا يجب أن يقتصر إعماله على ما ورد بشأنه من أحكام وفي الحدود التي وردت فيها . ولما كان النص لا يشير إلا للأحكام الصادرة في النصاب الانتهائي لمحاکم الدرجة الأولى فإنه لا يجوز تطبيقه على غير هذه الأحكام فلا يجوز تطبيقه مثلا على الأحكام الابتدائية .

وعندنا أن الاتجاه الأول هو الواجب الترجيح وذلك للحجج الآتية :

-
- (٥٨) من أنصار هذا الاتجاه : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٤٢١ ، د . أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٨٦ .
- (٥٩) ويظهر ذلك من ثانيا أحد أحكامها وهو نقض ٦ / ٢ / ٨٣ مشار إليه لدى : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٤٢١ ، د . أحمد حشيش - المرجع السابق - هامش (٨) ص ١٤٠ ويلاحظ من العبارات التي ورد فيها هنا الحكم جاءت بمناسبة ما إذا كان استئناف الحكم الابتدائي يجعل الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون أم لا ، فكان ردها أنه إذا كان استئناف الحكم النهائي يجعل الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون فمن باب أولى من الحكم الغير قابل للاستئناف أصلا الحكم القابل له فإن استئنافه يجعل الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون . ومثل هذه النتيجة لم يكن ممكنا للمحكمة العليا أن تنتهي إليها إلا إذا كانت تؤمن بتطبيق المادة ٢٢٢ مرافعات في هذا الفرض .
- (٦٠) انظر : د . أحمد زغلول ، المرجع السابق هامش (٥) ص ٥٩ وما بعدها ، تحت بند ٣٤ .

من ناحية أولى فإن الأخذ بالاتجاه الأول والذي نرجحه وما يترتب عليه من نتائج أهمها اعتبار الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون إذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف سوف يؤدي إلى حسم مشكلة التعارض في جميع الأحوال (٦١) . فسوف يزول الحكمان المتعارضان - وقد صارا محلاً للطعن - ويحل محلهما الحكم الصادر في الاستئناف ويكون هو الحكم الوحيد في القضية . ويكون الأمر كذلك حتى في الحالة التي يصدر فيها حكم الاستئناف مؤبدا لأحد الحكمين السابقين تأييدا كلياً . يستوى بعد ذلك أن يكون الحكمان قد فصلا في ذات الدعوى أم كان أحدهما قد فصل في مسألة كلية شاملة والآخر في دعوى متفرعة .

أما الأخذ بالاتجاه الثاني ، فإنه لا يفضى بالضرورة إلى حسم مشكلة التعارض في جميع الأحوال :

فهناك حالة يمكن أن يؤدي فيها هذا الاتجاه الثاني إلى حسم المشكلة وهي حالة أن يكون الحكمان قد فصلا في ذات الدعوى . فطرح الحكم الثاني وحده على المحكمة الاستئنافية . وهو مفاد الاتجاه الثاني هذا . قد يمكن من القضاء على التعارض بأن تقوم هذه المحكمة بإلغاء الحكم المطعون فيه وتنتهي القضية عند هذا الحد (٦٢) ، فيبقى الحكم الأول وحده هو المنظم للعلاقة بين الخصوم ، وما دام أنه لا يوجد حكمان فإنه لا يوجد تعارض .

(٦١) انظر في أن الدخول في نطاق الاستئناف الاستثنائي طبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات يؤدي إلى هذه النتيجة : ما يلي - ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٦٢) وسلطة المحكمة الاستئنافية في إلغاء الحكم الثاني يمكن أن تجد سندها القانوني في قاعدة أن سبق الفصل في نزاع يجعل الدعوى التي ترفع بشأنه بعد ذلك غير مقبولة ، وبالتالي يجب إلغاء كل حكم يعيد الفصل في الموضوع لعدم جواز نظره . بل يستوى في ذلك أن يكون الحكم الأول انتهائياً أو حتى ابتدائياً . فالمادة ١١٦ مرافعات التي توجب الحكم بعدم جواز نظر الدعوى هنا لا تشترط النهائية .

ولكن هناك حالة أخرى لا يحسم فيها الحل الذي أتى به الاتجاه الثاني - بالضرورة - مشكلة التعارض، وهي حالة أن يكون أحد الحكمين قد فصل في مسألة كلية شاملة، بينما فصل الثاني في مسألة متفرعة. فنظراً لأن كلا الحكمين في الفرض محل البحث، ابتدائي، فإن المحكمة الاستئنافية لن تكون مقيدة بمضمون الحكم السابق نظراً لعدم حيازته لقوة الأمر المقضى^(٦٣) وبالتالي قد تفصل في الاستئناف المرفوع عن الحكم اللاحق فقط على نحو يكرس التعارض مع ما قضى به الحكم السابق غير المطعون فيه^(٦٤).

خلاصة هذه الحجة إذن أن التعويل على الاتجاه الثاني الذي نناهضه - وعلى عكس الاتجاه الأول والذي نؤيده - لا يضمن رفع التعارض في كافة الحالات.

ومن ناحية ثانية فإنه حتى مع تسليمنا بأن نص المادة ٢٢٢ مرافعات يتضمن نظاماً خاصاً أو استثنائياً^(٦٥) فلماذا لا يمكن القياس عليه إن كان القياس من باب أولى^(٦٦)؟ أليس الدافع الذي حرك المشرع -

(٦٣) انظر في تأسيس هذه النتيجة: ما سبق - ص ٦٣ وما بعدها.

(٦٤) ويلاحظ أن تحليلنا هنا مبني على أن الحكم السابق - وغير المطعون فيه - ما زال ابتدائياً حتى عند الفصل في الاستئناف. أما إذا كان قد صار انتهائياً بعد رفع الاستئناف عن الحكم الثاني وقبل الفصل فيه فمن الواجب على المحكمة الاستئنافية تنقيح بمضمون الحكم السابق، وعندئذ سيهم رفع التعارض بالتعارض التزام المحكمة بهذا الواجب.

(٦٥) من جهة أنه يسمح بالطعن بالاستئناف في حكم غير ابتدائي ومن جهة أنه يجعل حكماً غير مطعون عليه بواسطة الخصوم مطعوناً عليه بقوة القانون.

(٦٦) فإذا كنا نرفض القياس عند وجود استثناء انطلاقاً من قاعدة أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، فإننا لا نرفضه هنا لأن أساسه ليس فقط موجوداً وإنما لأنه موجود، من باب أولى.

وجعله يعتبر الحكم السابق مطعوناً عليه بقوة القانون عند استئناف الحكم اللاحق الصادر فى النصاب الانتهاى . قائم كذلك بصدد استئناف الحكم اللاحق الصادر فى النصاب الابتدائى ، بل وبصورة أوضـح نظراً لأن باب الاستئناف هنا مفتوح على مصراعيه ؟ فالأساس الذى يقوم عليه القياس هنا ليس مفقوداً أو مهجوراً بل هو موجود أخذاً بالمفهوم الأولى بالتطبيق كما تقول محكمة النقض فى حكمها سابق الإشارة إليه (٦٧) .

ومن ناحية ثالثة فإن تطبيق الحل الذى يتبناه الاتجاه الأول - والذى نؤيده - من شأنه تجميع عناصر القضية فى خصومة واحدة ومنع تقطع أوصالها ، وهذه غاية يسعى المشرع لتحقيقها (٦٨) ، أما الالتزام بالاتجاه الثانى - والذى نناهضه فإنه لا يحول دون تعدد الخصومات فى القضية الواحدة . فحتى بعد أن تقضى المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم الثانى المطعون فيه وتنتهى الخصومة بصدده فمن المتصور بعد ذلك أن تنشأ خصومة استئناف أخرى بخصوص الحكم الأول والذى ما زال ابتدائياً . ولا يخفى ما يترتب على هذا الوضع من مضاعفة الجهد والنفقات وهى نتائج غير مرغوب فيها وكان يمكن تلافيها لو طرح الحكمان فى خصومة واحدة وهو ما يؤدى إليه التصور الأول الذى نؤيده .

وبذلك تنتهى من دراسة الوسيلة الأولى لحل التعارض بين الأحكام وهى الاستئناف وتعرفنا خلالها على الفروض المختلفة للتعارض التى يقبل فيها هذا الطعن .

وننتقل الآن إلى الوسيلة الثانية وهى أيضا الطعن ولكنه الطعن بطريق النقض .

(٦٧) انظر : ما سبق ، هامش ٥٩ من هذا المبحث .

(٦٨) انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات فى عرضها لأهم ما تضمنته المشروع من مبادئ وأحكام تحت عنوان : ثالثاً - التعجيل بحسم المنازعات .

المبحث الثاني الطعن بالنقض

واقتراره على فرض التعارض بين حكمين نهائيين

خطة البحث:

تناولنا في المبحث السابق التعارض بين حكمين أحدهما - أو كلاهما - ابتدائي. و نتناول الآن التعارض بين حكمين كلاهما إنتهائي .

ولقد عهد المشرع لمحكمة النقض بسلطة حل التعارض في هذا الفرض . فالمادة ٢٤٩ مرفعات تنص على ذلك صراحة بقولها : « للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أى حكم إنتهائي - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى » .

ومن الطبيعي أن يبدأ تحليلنا لهذا النص بتحديد المقصود بالحكم النهائي أو الحائز لقوة الأمر المقضى .

ومن الطبيعي أيضا أن يكون ثبوت طريق الطعن بالنقض هنا نافيا في ذات الوقت لطريق الطعن بالإستئناف خاصة أننا أمام أحكام نهائية .

ولكن هل يثبت طريق الطعن بالنقض هنا أيا كان سبب انتهائية الحكمين ؟ سوف يتبين لنا أن «سبب» انتهائية الحكم اللاحق ستلقى بظلالها على الحل الواجب الإتباع .

وعلى فرض أننا نشترط في الحكم اللاحق أن يكون انتهائياً منذ صدوره ، فهل يشترط أن يكون الحكم السابق إنتهائياً أيضا منذ هذا الوقت ؟ سوف يتبين لنا أن «وقت» اعتبار الحكم السابق إنتهائياً سوف يؤثر أيضا على الحل الواجب الإتباع .

وهكذا يتضح لنا أن موضوعات هذا المبحث يجب الإحاطة بها من خلال المطالب الأربعة الآتية :

- المطالب الأول : مفهوم الحكم النهائي أو الحائز لقوة الأمر المقضى .
- المطالب الثاني : استبعاد طريق الطعن بالإستئناف عند التعارض بين حكمين انتهائيين .
- المطالب الثالث : سبب إنتهائية الحكم ، اللاحق ، وتأثيره على طريق الطعن الواجب الإلتباع .
- المطالب الرابع : الوقت الذى يعتبر فيه الحكم ، السابق ، إنتهائياً وتأثيره على طريق الطعن الواجب الإلتباع .

المطلب الأول

مفهوم الحكم النهائي

(أو الحائز لقوة الأمر المقضى)

إنتهائية الحكم درجة فى قوته الإجرائية - أى من حيث مدى إمكانية المساس به عن طريق الطعن فيه - تعنى عدم قابليته للطعن بالإستئناف . أما حيازة الحكم لقوة الأمر المقضى فتعنى عدم قابليته لطرق الطعن العادية (أى الإستئناف والمعارضة) . ولكن لما كان طريق الطعن بالمعارضة يعتبر غير موجود إلا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، فإنه فى غير هذه المسائل تصبح الإنتهائية وقوة الأمر المقضى اصطلاحان يدلان على مدلول واحد وهو عدم قابلية الحكم للإستئناف (١) . يستوى إذن أن نتكلم

(١) انظر فى هذه الملاحظة (وان كانت بمناسبة الربط بين القوة التنفيذية للحكم وقوته الإجرائية) : د . أحمد زغلول ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ - بند ٨ .

عن حكم معين فنصفه بأنه إنتهائى أو حائز لقوة الأمر المقضى أو غير قابل للطعن فيه بالإستئناف (٢) .

ويكتسب الحكم هذه الدرجة من القوة الإجرائية فى الأحوال التى يصدر فيها من محكمة إستئنافية بطبيعة الحال نظرا لعدم قابلية الحكم الإستئنافية للإستئناف (٣) . يستوى فى ذلك أن يكون هذا الحكم صادرا من محكمة استئناف ، عالى ، أم من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية . ومن باب أولى فإن الحكم الصادر من محكمة النقض يكتسب أيضا هذه الدرجة نظرا لأنه لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن ، وهو ما يعنى أنه حكم ، بات ، وهو أعلى مراتب القوة الإجرائية .

أما بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى - الابتدائية أو الجزئية وما فى مستواها (٤) - فإنها تكتسب درجة النهائية فى الأحوال الآتية :

- (أ) إذا كان الحكم صادرا فى حدود النصاب الإنتهائى للمحكمة .
- (ب) إذا نص القانون على إنتهائية الحكم أو قرر عدم قابليته للإستئناف .
- (ج) إذا اتفق الخصوم على أن يكون الحكم إنتهائيا أو قَبِلَ المحكوم عليه للحكم الصادر ضده .

(٢) على أن يكون مفهوما أن الاستئناف المقصود هنا هو الاستئناف كطريق طعن عادى ، . ذلك لأن الحكم قد يكون انتهائيا ويكون فى نفس الوقت قابلا للطعن فيه بالاستئناف ، الاستثنائى ، ، كما لو كان الطعن مبنيا على عيب اجرائى مما نصت عليه المادة ٢٢١ مرافعات ، أو كان مبنيا على وجود تعارض بينه وبين حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى تطبيقا للمادة ٢٢٢ مرافعات . ففى هذه الأحوال لا يكون وصف الانتهائية مرادفا لوصف عدم القابلية مطلقا للاستئناف .

(٣) فالقاعدة المطلقة أن الاستئناف على الاستئناف لا يجوز .

(٤) نقصد بذلك قاضى الأمور المستعجلة وقاضى التنفيذ .

(د) إذا انقضت ميعاد الطعن بالإستئناف فى الحكم الابتدائى .
(هـ) إذا انقضت خصومة الإستئناف دون الفصل فى الموضوع بأن حكم بسقوطها أو بتركها أو بتقادمها (٥) .

ويتضح مما سبق أن الحكم قد يكتسب درجة الإنتهائية - أو قوة الأمر المقضى - منذ صدوره كما لو كان صادرا من محكمة إستئنافية مثلا أو من محكمة أول درجة فى حدود نصابها الإنتهائى . وقد لا يكتسبها إلا فى وقت لاحق أى حين يكون ابتدائياً ثم يصير نهائياً (كما لو كان قد انقضت بالنسبة له ميعاد الطعن بالإستئناف أو إذا انقضت خصومة هذا الطعن - بسبب السقوط مثلا - دون فصل فى الموضوع) .

ومتى أوضحنا ما تقدم تساءلنا إبتداءً : إذا تواجد لدينا حكمان كلاهما حائز لقوة الأمر المقضى - أى إنتهائى - وكانا متعارضين ، ما هو طريق الطعن الذى يسمح به المشرع لرفع هذا التعارض ؟ سوف يتبين لنا أن طريق الطعن بالنقض وليس الاستئناف هو الواجب الإلتباع من حيث المبدأ طبقاً للمادة ٢٤٩ مرافعات . على أن سبب أو وقت إنتهائية هذا الحكم أو ذاك سوف يكون له انعكاساته على الحل الواجب الإلتباع .

(٥) انظر المادة ١٣٨ / ١ مرافعات بالنسبة للسقوط ، وقد مد الفقه - ومحكمة النقض - حكم هذه المادة إلى باقى الحالات .

المطلب الثانى

استبعاد طريق الطعن بالإستئناف عند التعارض بين حكمين انتهائيين

فى الفرض محل البحث يجب أن نصرف الذهن تماما عن طريق الطعن بالإستئناف . فالحكم اللاحق - وهو الذى يكون محلاً للطعن بالنقض بصفة أساسية بل ووحيدة (٦) - هو حكم إنتهائى وقد يكون صادراً من محكمة إستئنافية، وهو ما يجعل الإستئناف مغلقاً أمامه قولاً واحداً . فعندما تكون صفة الإنتهائية راجعة إلى صدور الحكم اللاحق من محكمة إستئنافية فإنه لا يمكن العودة إليها مرة ثانية ، فالإستئناف على الإستئناف لا يجوز .

وحتى عندما تكون الصفة النهائية ملازمة لحكم صادر من محكمة أول درجة - كما لو كان صادراً فى حدود النصاب الإنتهائى لهذه المحكمة فإن طريق الإستئناف يظل مع ذلك مغلقاً . والسبب هذه المرة هو أيضاً صفة الحكم الإنتهائية . كل ما هنالك أن الحكم المقصود هنا ليس هو الحكم المطعون فيه - فنهائية هذا الحكم لا تمنع من إستئنافه استثناءً عند توافر باقى الشروط طبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات - وإنما الحكم السابق ، . فالفرض أن هذا الأخير حكم إنتهائى بينما تشترط المادة المذكورة ألا يكون كذلك حتى يفتح باب الطعن بالإستئناف استثناءً (٧) .

(٦) انظر : ما يلى - ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٧) فالمادة ٢٢٢ لا تفتح باب الاستئناف إلا بشرط - من بين شروط أخرى - أن يكون الحكم السابق ، لم يحز قوة الأمر المقضى ، . وحتى عندما جعلت هذا الحكم السابق مستأنفاً بقوة القانون فإنها جعلت ذلك مغلقاً على شرط أنه ، لم يكن قد صار نهائياً عند رفع الاستئناف ، . انظر : ما يلى - ص ٢١٢ وما بعدها .

المطلب الثالث
سبب انتهائية الحكم اللاحق
وتأثيره على طريق الطعن الواجب الإلتباع

تمهيد ،

بعد أن تبين لنا استبعاد طريق الطعن بالإستئناف إذا كان الحكمان المتعارضان نهائيين ، فإنه سيطفو على سطح الذهن أن طريق الطعن بالنقض هو الواجب الإلتباع لحل تعارض هذين الحكمين .

وبالفعل فإن المادة ٢٤٩ مرافعات تسمح بتأكيد هذا المعنى ، فهي تفتح طريق النقض ، فى أى حكم إنتهائى - أيا كانت المحكمة التى أصدرته - فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر.. وحاز قوة الأمر المقضى ، .
والحكم الذى سيكون محلا للطعن بالنقض هو - كما سنرى - الحكم اللاحق. وهذا الأخير قد يكون نهائيا منذ صدوره ، وقد يكون نهائيا فى وقت لاحق على صدوره . وإذا كان من السهل ثبوت الطعن بالنقض فى الحالة الأولى ، إلا أن الأمر لا يمضى على هذا النحو فى الحالة الثانية .

وبناء عليه سوف تنقسم الدراسة فى هذا المطلب إلى فرعين :
الفرع الأول : ثبوت الطعن بالنقض إذا كانت الصفة الانتهائية للحكم اللاحق أصلية.

الفرع الثانى : مدى استبعاد الطعن بالنقض إذا كانت الصفة الانتهائية للحكم اللاحق مكتسبة

الفرع الأول

ثبوت الطعن بالنقض

إذا كانت الصفة الإنتهائية للحكم اللاحق أصلية

يعتبر طريق الطعن بالنقض هو الطريق الوحيد - بلا خلاف - لرفع التعارض إذا كانت الصفة الإنتهائية للحكم اللاحق أصيلة ، أى حين يكون الحكم منذ صدوره حائزا لقوة الأمر المقضى .

يستوى في ذلك أن يكون هذا الحكم صادرا من محاكم الدرجة الثانية أى محاكم الإستئناف أو المحاكم الابتدائية بهيئة إستئنافية ، أو صادرا من محاكم الدرجة الأولى - المحاكم الجزئية أو الابتدائية - بصفة إنتهائية^(٨) . وفى هذه الحالة الأخيرة يستوى أن يكون صدور الحكم بصفة إنتهائية راجعا إلى صدوره فى حدود النصاب الإنتهائى للمحكمة أو لأن المشرع قد قرر عدم جواز إستئنافه أو نص على إنتهائيته أو كان الخصوم قد اتفقوا مسبقا على ذلك .

يستفاد كل ما سبق من نص المادة ٢٤٩ مرافعات والتي تسمح للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم إنتهائى - أيا كانت المحكمة التى أصدرته -

أما فيما يتعلق بأن طريق الطعن بالنقض هو المتاح هنا وليس

(٨) انظر فى جواز الطعن بالنقض هنا ولو كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية : نقض ٧٢/٤/١٣ و ٧٣/١٢/٢٩ ، الحكمان رقم (٢) ، (٣) مشار إليهما لدى : الدناصورى وعكاز ، سابق الاشارة إليه ص ١١٥٣ .

الإستئناف، فإنه يستفاد من معطية أساسية هي أننا نفترض هنا أن الحكم السابق كان حائزاً هو الآخر لقوة الأمر المقضى، وهو ما يجعل طريق الإستئناف مستبعداً، حيث تشترط المادة ٢٢٢ مرافعات لجوازه أن يكون الحكم السابق غير حائز لهذه القوة (٩).

الفرع الثاني

مدى استبعاد الطعن بالنقض

إذا كانت الصفة النهائية للحكم اللاحق مكتسبة

الفرض الآن أن الحكم اللاحق - والمراد الطعن عليه - قد اكتسب الصفة النهائية في وقت لاحق على صدوره . ولذلك فإن السؤال المطروح هنا هو الآتي : هل يظل الطعن بالنقض متاحاً أمام هذا الحكم إذا كان متعارضاً مع حكم سابق نهائى هو الآخر؟

هذه الحالة لا نصادفها بالنسبة للأحكام الصادرة من المحكمة الإستئنافية . فهذه الأخيرة تصدر دائماً نهائية نظراً لعدم قابليتها إطلاقاً للإستئناف، ولذلك فهي ليست محل البحث هنا (١٠) . وإنما الفرض محل البحث الآن نصادفه في الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الأولى والتي قد تدخل أحياناً في إطار هذه الحالة . ويحدث ذلك إذا صدر الحكم من المحكمة الجزئية أو الابتدائية قابلاً للطعن بالإستئناف ثم يسقط الحق في

(٩) يلاحظ أننا لا ننشغل هنا بالسبب الذى جعل الحكم السابق نهائياً . فنحن نكتفى الآن بأنه كان نهائياً - بصرف النظر عن السبب - وقت صدور الحكم اللاحق . على أن ذلك لا يعنى أن نهائية الحكم السابق وما إذا كانت أفضيلة أم مكتسبة تخلو من الأهمية فى جميع الأحوال . فسوف يتبين لنا فيما بعد انعكاسات ذلك على طريق الحل الواجب الاتباع . انظر فى ذلك : ما يلى - ص ١٦٧ وما بعدها .

(١٠) وقد كانت هذه الأحكام محلاً للدراسة ضمن فروض الفرع الأول والذى انتهينا منه حالاً .

هذا الطعن نتيجة فوات الميعاد أو الإتفاق على نهائية الحكم بعد صدوره أو قبول المحكوم عليه له أو انقضاء خصومة الإستئناف - بالسقوط أو الترك أو التقادم - دون الفصل في الموضوع .

ويؤثر التساؤل بالنسبة لهذه الأحكام التي لم تصدر بصفة إنتهائية أو حائزته لقوة الأمر المقضى وإنما صارت كذلك في وقت لاحق، وما إذا كان طريق الطعن بالنقض لتعارض الأحكام مفتوحا أمامها أم لا . ومبعث التساؤل أن المادة ٢٤٩ مرافعات تتكلم عن « حكم إنتهائي ، وليس عن حكم صادر بصفة إنتهائية . فهل تفيد عبارة هذه المادة إمكانية الطعن للتعارض في الحكم الإنتهائي أيا كان سبب انتهائيته ؟

ويجمع الفقه الذي تعرض لهذه المسألة (١١) - ويسايره في ذلك القضاء - (١٢) على أن الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى لا يقبل الطعن بالنقض في حالة التعارض إلا إذا كان صادرا بصفة إنتهائية . فإذا صدر ابتدائيا بأن كان قابلا للطعن فيه بالإستئناف ثم صار إنتهائيا بأن فوت الخصم ميعاد الطعن فيه أو نزل عنه أو قبل الحكم ، فليس له الطعن فيه بالنقض وفقا لهذه الحالة . وحجتهم في ذلك هي الأصل العام المتأذى بعدم جواز الطعن بالطرق غير العادية - والنقض من بينها - إلا في الأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية . فالحكم الذي لم يستنفذ طريق الطعن بالإستئناف رغم أنه كان متاحا لا يقبل الطعن بالنقض ولو استغلق طريق الإستئناف عليه .

(١١) د . فتحي والي ، المرجع السابق - بند ٣٨٧ ، د . أحمد السيد صاوي ، الوسيط ، سابق الإشارة إليه - بند ٦٠٢ ، د . نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض ، منشأة المعارف ، ١٩٨٠ - بند ١٠٦ .

(١٢) انظر أحكام النقض المشار إليها لدى : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٧٤١ .

والواقع أننا لو تركنا المسألة محل البحث لحكم القواعد العامة فإن النتيجة التي انتهى إليها التصور السابق تبدو منطقية . أما إذا توافر لدينا مبرر للخروج على هذه القواعد - وهو بالفعل متوافر - فإن النتيجة التي يمكن أن نخلص إليها قد تكون مختلفة .

فنقطة البداية لدينا أن تناقض الأحكام يمثل مشكلة غير مرغوب فيها بالمرة ويحرص المشرع على ضرورة حلها إن لم يمكن توقيها . وقد اضطر المشرع - لبلوغ هدفه هذا - أن يخرج على بعض القواعد المألوفة للطعن في الأحكام (١٣) . ويتفرع على هذا الفهم أنه لا يستطيع أحد الجزم بوجوب تطبيق القاعدة العامة التي تحكم الطعن غير العادي والتي أفرزت النتيجة التي يقول بها الفقه والقضاء السائدين . بل - على العكس - يمكن القول بأن ما يتفق مع منطوق المشرع هو الحل الذي يتحلل من حكم القاعدة العامة ما دام له ما يبرره .

هذا التبرير - من وجهة نظرنا - تبرير عملي ، في المقام الأول ، وهو أن تشدد التصور السائد ينتهي إلى جعل التعارض مشكلة مستعصية أحيانا على أي حل قضائي من خلال طرق الطعن (١٤) بينما عدم اشتراط نهائية

(١٣) من ذلك : (أ) قابلية الحكم الصادر في النصاب الانتهائي للاستئناف .
(ب) اعتبار الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون لمجرد الطعن في الحكم اللاحق .
(ج) قابلية الحكم الانتهائي الصادر من محكمة أول درجة أو من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية للطعن بالنقض . ففي كل من هذه الأحوال يوجد وجه من أوجه الاستثناء .

(١٤) فقد صار الطعن بالنقض - وفقا للتصور السائد الذي نناهضه - غير جائز ، ومن قبله أيضا الاستئناف . فهذا الأخير غير جائز لسقوط الحق في الطعن (وهو الفرض محل البحث) .

الحكم بصفة أصلية والإكتفاء بصيرورته نهائيا - وهو الرأى الذى ننادى به -
يجعل حل التعارض، فى هذه الحالة ممكنا عن طريق النقض .

ولعل هذا التبرير كان الدافع وراء المشرع الفرنسى حين ضرب
صفحا بالقواعد العامة التى تحكم ميعاد الطعن، وجعل الطعن بالنقض
للتعارض مفتوحا دون التقييد بمهلة (١٥) .

وإذا أردنا سندا تشريعيًا من القانون المصرى لما نقول فإننا نلاحظه فى
استخدام المشرع فى المادة ٢٤٩ مرافعات لعبارة « حكم إنتهاى » . فهذه
الصياغة من المرونة بحيث تشمل ليس فقط الحكم الصادر بصفة إنتهائية
وإنما أيضا الذى صار كذلك (١٦) . أما حين تتجه إرادة المشرع إلى الصنف
الأول فقط فإنه يستخدم عبارة « الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية » وهو ما
نلاحظه مثلاً فى عبارة المادة ٢٤١ مرافعات الخاصة بالطعن بالتماس إعادة
النظر .

نخلص مما سبق إلى جواز الطعن بالنقض للتعارض - وعلى فرض
توافر باقى المفترضات - ولو كان الحكم المطعون فيه قد اكتسب صفته

(١٥) انظر: ما يلى ص ١٨٧ وما بعدها .

(١٦) ويلاحظ أن التفسير الذى نقول به لن تكون له انعكاسات إلا فى مجال الطعن
بالنقض للتعارض أى المستند إلى المادة ٢٤٩ مرافعات . أما الطعن بالنقض
المستند إلى مخالفة الحكم للقانون والذى تحكمه المادة ٢٤٨ مرافعات ، فلن يتأثر
بالتفسير الموسع الذى نقول به . ذلك لأن هذه المادة الأخيرة تشترط صراحة فى
الحكم الذى يفتح أمامه باب الطعن بالنقض أن يكون صادرا من « محاكم
الاستئناف » ، وهو ما يعنى أن الحكم يجب أن يكون صادرا بصفة نهائية منذ
مولده ، إذ الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف دائما وأبدا نهائية منذ صدورها .

الإنتهائية في وقت لاحق على صدوره (١٧) .

المطلب الرابع

الوقت الذي يعتبر فيه الحكم السابق انتهائيا وتأثيره
على طريق الطعن الواجب الإلتباع

الفرع الأول

الحكم السابق كان انتهائيا- أيا كان سبب انتهائيته -
وقت صدور الحكم اللاحق

في كل ما سبق كنا نفترض أنه قد سبق الفصل في النزاع بحكم آخر
- أو سابق أو أول - حاز قوة الأمر المقضى (مادة ٢٤٩ مرافعات) .

ولا خلاف هنا على أن هذا المفترض يكون متوافرا سواء كان الحكم
السابق حائزا لقوة الأمر المقضى منذ صدوره أو في وقت لاحق . وتبرير
ذلك أنه من ناحية أولى لا تشترط المادة ٢٤٩ مرافعات في الحكم السابق
أن يكون صادرا بصفة إنتهائية . ومن ناحية ثانية فإن القاعدة التي لا تجيز
الطعن بالطرق غير العادية في الأحكام التي تصير نهائية في وقت لاحق
لا يجوز العمل بها هنا حتى في رأي أنصارها ، وذلك لأن الحكم السابق لن

(١٧) ومن الطبيعي أن يثور التساؤل عن كيفية حساب ميعاد الطعن في هذه الحالة ،
أي عندما يكون الحكم نهائيا في وقت لاحق على صدوره . وتمشيا مع منطق
التيسير الذي نأخذ به في مجال التعارض كلما كان غير متصادم مع نص
صريح ، فإننا نرى أن يبدأ ميعاد الطعن بالنقض - وهو مستون يوما - من اليوم
التالي لصيرورة الحكم المراد الطعن فيه نهائيا ، أي من اليوم التالي لغوات ميعاد
الاستئناف أو للنزول عن هذا الطعن بحسب الأحوال .

يكون محلاً للطعن بالنقض في حالة التعارض ، بل سيقتصر نطاق هذا الطعن على الحكم اللاحق (١٨) .

ولا خلاف أيضاً على توافر مناط الطعن بالنقض هنا سواء كان الحكم السابق صادراً من محكمة إستئناف أو من محكمة ابتدائية بهيئة إستئنافية ، أو من محاكم الدرجة الأولى جزئية كانت أم ابتدائية ، أو حتى من محكمة النقض ذاتها في الأحوال التي تصدر فيها حكماً في الموضوع . فالقاعدة التي تضمنتها المادة ٢٤٨ مرافعات والتي تقصر محل الطعن بالنقض على الاحكام الصادرة من «محاكم الاستئناف» ليست محلاً للتطبيق هنا نظراً لأن محل الطعن بالنقض في حالة التعارض بين الأحكام لن يتناول الحكم السابق . كذلك فإن القاعدة التي تضمنتها المادة ٢٧٢ مرافعات والتي تقضى بعدم جواز الطعن في أحكام محكمة النقض بأى طريق من طرق الطعن تظل أيضاً محترمة هنا ، لأن حكم النقض - إذا كان هو الحكم السابق - لن يكون - كما قلنا - محلاً للطعن بالنقض للتعارض .

(١٨) مع ملاحظة أن هناك من الفقه من يجعل محل النقض متمسكاً للحكمين معاً . انظر في عرض هذه الفكرة والرد عليها : ما يلي - ص ٢٢٨ وما بعدها .

الضرع الثاني

الحكم السابق صار إنتهائيا

فى وقت لاحق على صدور الحكم الثانى

يدق الأمر حول ما إذا كان ضروريا - لجواز الطعن بالنقض المستند إلى المادة ٢٤٩ مرافعات - أن يكون الحكم السابق حائزا لقوة الأمر المقضى وقت صدور الحكم اللاحق المطعون فيه . فالفقه الذى تعرض لهذه المسألة^(١٩) ينظر إلى وصف الحكم الأول عند صدور الحكم الثانى ويرى أنه إذا لم يكن الحكم الأول حائزا لقوة الشئ المحكوم به وقت صدور الحكم الثانى فسيبيل الطعن فى الحكم هو الإستئناف^(٢٠) وليس النقض .

ومع تسليمنا بسلامة منطق هذا الرأى لأن الأصل أن يبدأ الطاعن فيستنفذ طرق الطعن العادية ثم يباشر الطرق غير العادية ، إلا أن هذا المنطق نفسه يفرض علينا أن نخفف من نتائجها فى الأحوال التى يعجز فيها الطاعن عن إستنفاد طريق لإستئناف لسبب لا يرجع إلى إرادته هو وإنما لعقبة قانونية . نقصد بذلك حالة أن يكون الحكم اللاحق صادرا من محكمة الدرجة الثانية، أى المحكمة الإستئنافية . (سواء كانت محكمة إستئناف على أم ابتدائية بهيئة إستئنافية) . ففى هذه الحالة وعلى فرض أن الحكم السابق لا يزال ابتدائيا عند صدور الحكم اللاحق فإن صاحب

(١٩) انظر: د. فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٣٨٧ ، د. أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٩٤٢ ، محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص ١٧٤٧ ، د. وجدى راغب ، المرجع السابق ، ص ٦٣٠ وما بينها ، د. نبيل عمر ، النظرية العامة للطعن بالنقض ، سابق الإشارة إليه - بند ١٠٨ .

(٢٠) د. أحمد أبو الوفا ، الإشارة السابقة .

المصلحة في الطعن في هذا الأخر لا يمكنه الطعن فيه بالإستئناف لأن قاعدة الإستئناف على الإستئناف لا يجوز تمنعه من ذلك .

ولكن هل معنى ذلك أن يفتح الطعن بالنقض فوراً أمام الحكم اللاحق هنا رغم أن الحكم السابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى ؟ الحقيقة أننا لا نستطيع في الوقت نفسه الإقرار بذلك . فنص المادة ٢٤٩ مرفعات - وهو الأساس الذي يعتمد عليه بخصوص الطعن بالنقض لتناقض الأحكام - صريح في وجوب أن يكون الحكم السابق حائزاً لقوة الأمر المقضى .

ولذلك نعود ونتساءل ابتداءً : هل نحن أمام حالة تناقض بين الأحكام لا تسعف النصوص القائمة في حلها حيث أن طريق النقض غير جائز لأن الحكم السابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى وحيث أن طريق الإستئناف أيضاً غير جائز لأن الفرض الذي نحن بصدده يتعلق بحكم لاحق صادر من محكمة الدرجة الثانية ؟

الواقع أن الذهن يمكن أن يتفق في هذا الفرض عن بعض الحلول سوف نقوم بعرضها مع إيداء تقديرنا لكل منها :

الحل الأول :

فقد يثور في الذهن حل أول مفاده أنه طالما أن الحكم اللاحق غير قابل للطعن بالإستئناف لصدوره من محكمة الدرجة الثانية في الفرض محل البحث، فإنه يمكن الطعن فيه بالنقض، ولكن ليس على أساس المادة ٢٤٩ مرفعات - فمفترضاتها ليست مجتمعة لأن الحكم السابق ما زال غير نهائي - وإنما على أساس المادة ٢٤٨ والتي تكفي بوجود خطأ قانوني في الحكم المطعون فيه، أو ليس الفصل في نزاع خلافاً لحكم سابق يعد خطأ في

الإجراء على أساس أن المحكمة ليس لها ولاية الفصل في نزاع سبق الفصل فيه ، إذ يترتب على صدور الحكم السابق إنكار سلطة أية محكمة بعد ذلك في إعادة نظر النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم ؟ (٢١) .

تقديره :

ولقد كان من الممكن أن يكون هذا الحل - الذي قد يتفقد عنه الذهن - مقبولاً لولا أنه قد يصطدم ببعض العقبات التي تحول دون اعتماده قانوناً. فمن ناحية أولى فإن الحكم اللاحق - في الفرض محل البحث - يعد حائزاً لقوة الأمر المقضى . وهذه القوة قد يحوزها الحكم الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية، وهو لذلك لا يقبل الطعن بالنقض على أساس المادة ٢٤٨ مراقعات والتي تشترط صراحة أن يكون الحكم صادراً من محاكم الاستئناف . ولذلك فإن نقطة الضعف الأولى التي ينطوى عليها هذا الحل أنه لا يصلح لمواجهة كافة الفروض التي يمكن أن تشملها الحالة محل البحث . فهو قد يصلح فقط إذا كان الحكم اللاحق صادراً عن محكمة

(٢١) انظر في هذه الملاحظة (أى أن التناقض يمثل من زاوية معينة خطأ في الإجراء) : د . فتحى والى ، المرجع السابق - بند ٢٨٧ . وانظر أيضاً في أن الفصل في نزاع خلافاً لحكم سابق يندرج ضمن مخالفة القانون باعتباره مخالفة للقاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة ١٠١ اثبات : نقض ٢ / ٢ / ١٩٧٧ و بنفس المعنى نقض ٣ / ١ / ٨٢ و ٢ / ٢ / ٨٢ مشار إليهم لدى : محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق - ص ١٧٤٠ .

ويلاحظ أن وجود خطأ في الإجراء يفترض هنا أن المحكمة التي فصلت في النزاع من جديد قد نصلت فيه من خلال إجراءات مبتدأة ، وهو ما لا ينطبق مثلاً عندما تفصل محكمة الطعن بالاستئناف في النزاع عندما يعاد طرحه عليها من خلال خصومة الاستئناف . فهذه الأخيرة تعد من زاوية معينة امتداداً لخصومة أول درجة وليس خصومة مبتدأة .

إستئناف ، على ، . ومن ناحية ثانية فإنه حتى فى هذا الفرض الأخير فإن القول بوجود خطأ فى الإجراء - على أساس أن المحكمة التى أصدرت الحكم اللاحق ليس لها ولاية الفصل فى نزاع سبق الفصل فيه - وإن كان صحيحا عندما يكون النزاع محل الحكم الأول متطابقا فى عناصره مع النزاع الذى فصل فيه الحكم اللاحق ، إلا أنه يكون مشكوكا فيه إذا كان النزاع الأول مسألة كلية شاملة بينما النزاع الذى صدر فيه الحكم اللاحق عبارة عن حق جزئى متفرع عنها . فقد سبق أن قلنا (٢٢) أن صدور حكم «إبتدائى» فى المسألة الكلية الشاملة لا يقيد محكمة الدعوى الفرعية - التى ترفع بعد ذلك - بمضمون هذا الحكم بل يمكنها أن تصدر حكما متقيدة فقط بمراكز الخصوم الموضوعية وفقا للقانون الموضوعى . فإذا تناقض الحكمان ثارت مشكلة التعارض كعيب مستقل وتطلبت حلا لعلاجها ولكن دون أن نقول بوجود مخالفة للقانون الإجرائى . ومن هنا فإن نقطة الضعف الثانية التى ينطوى عليها هذا الحل - إن ثار فى ذهن البعض - هى أيضا عدم صلاحيته لمواجهة كافة الفروض التى يوجد فيها تناقض بين الأحكام . فالتناقض لا يعد خطأ قانونيا - إن صح التعبير - فى بعض الأحوال ومع ذلك فإن المشرع قد فتح باب « الطعن للتعارض » بصددها .

الحل الثانى :

ونعرض الآن لحل ثان يمكن أيضا أن يقفز إلى الذهن لمواجهة المشكلة محل البحث والمتمثلة فى وجود حكم لاحق حائز لقوة الأمر المقضى لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف ولو على أساس التعارض (٢٣) ،

(٢٢) انظر : ما سبق - ص ٦٣ وما بعدها .

(٢٣) يجب التذكرة بأننا نتعرض هنا لحكم لاحق صادر من محكمة الدرجة الثانية (لذلك فإنه لا يقبل الطعن بالاستئناف) وهذا الحكم متعارض مع حكم سابق لم

يحز قوة الأمر المقضى .

وفي نفس الوقت فإن الحكم السابق حكم لم يحز بعد قوة الأمر المقضى ومن ثم لا يجوز اللجوء أيضا لمحكمة النقض على أساس التعارض . هذا الحل الثاني مفاده أنه طالما أن الحكم السابق ابتدائي فإن يقبل وحده الطعن بالإستئناف ومن ثم يمكن من خلال ممارسة هذا الطعن رفع التناقض بين الحكمين بأن تقوم المحكمة الإستئنافية بإلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديبه على نحو لا تقوم فيه للتعارض مقوماته .

تقديره :

ولا شك في وجهة هذا الحل فيما نحن بصددده . فعندما يطرح الحكم الابتدائي على المحكمة الإستئنافية صح الإحتجاج أمامها بصدور حكم - ولو كان لاحقا - حائز لقوة الأمر المقضى متعارض مع الحكم المطعون فيه ، ويجب عليها عندئذ أن تفصل في الإستئناف مقيدة بهذا الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى والغير مطعون فيه (٢٤) . صحيح أن هذا الأخير كان صادرا بعده الحكم الابتدائي المطعون فيه ، إلا أن هذه الواقعة لا تحول دون وجوب تقييد المحكمة الإستئنافية - وهي هنا محكمة طعن عادية - به ، فهذه المحكمة تنظر القضية من جديد على أساس ما عرض على محكمة أول درجة وما ام يعرض عليها (٢٥) . فإذا تصورنا أن التعارض بين

(٢٤) فالمادتان ١١٦ ومرافعات و١٠١ اثبات يفرضان على المحكمة الاستئنافية هنا التقييد بالحكم الآخر الحائز لقوة الأمر المقضى الصادر من قبل في ذات النزاع طالما طرح هذا الحكم عليها ضمن مستندات القضية ولو لم يتمسك به أحد الخصوم صراحة ، بل ودون أن يكون هذا الحكم محلا للطعن . انظر في هذه المسألة بخصوص نطاق طعن في حالة التعارض : ما يلي - ص ٢٠٧ .

(٢٥) انظر في نطاق القضية في الاستئناف : د . فتحي وآسي ، المرجع السابق - بند ٣٦٦ د . نبيل عمر ، الطعن بالاستئناف واجراءاته ، سابق الإشارة إليه - بند ٤٨١ وما بعده .

الحكمين كان مطلقا فإن الحل القانوني الذي يفرض نفسه على المحكمة الإستئنافية هنا هو وجوب قيامها بإلغاء الحكم المستأنف ، فلا يبقى بعد ذلك إلا الحكم اللاحق الحائز لقوة الأمر المقضى (٢٦).

على أن التمس الذي قد نبديه لهذا الحل لا يجب أن يحجب عنا أنه ليس فوق التجريح . فعلى فرض أن النزاع الذي فصل فيه الحكمان كان متطابقا ورغم ذلك لم يكن للمادة ١١٦ مرافعات الفعالية المانعة من تكرار الحكم في ذات النزاع (٢٧) ، فإنه ليس معنى ذلك أن نعلي من قدر الحكم المخالف لمجرد حيازته لقوة الأمر المقضى ونهدر الحكم السابق لمجرد أنه إبتدائي ورغم أنه أول من فصل في النزاع . فالمادة ١١٦ مرافعات تمنع الخصوم من تكرار الدعوى بذات المسألة التي فصل في موضوعها بحكم قضائي ولو كان إبتدائياً . وإذا جعلنا مخالفة هذه القاعدة بمنجى من الجزاء اللاحق فسوف نشجع المحكوم عليه على المخالفة لعل الحكم الجديد يصدر لصالحه (٢٨) ويحوز قوة الأمر المقضى . وبعدهذ سوف يرفع المحكوم عليه

(٢٦) أما لو فرض ولم تسلم المحكمة الاستئنافية بهذا الحل فلم تنقيد بالحكم الحائز لقوة الأمر المقضى وأصدرت حكمها - والذي يصدر هو الآخر حائزا لقوة الأمر المقضى - متعارضا مع الحكم السابق ، فقد توافرت لدينا كافة مقومات الطعن بالنقض للتعارض والذي تحكمه المادة ٢٤٩ مرفعات . مع ملاحظة أن الحكم الذي سيكون محلا للطعن بالنقض هنا هو الحكم الجديد الصادر من المحكمة الاستئنافية لاحقا .

(٢٧) انظر في أسباب عدم الفعالية التي قد لا تحول دون تكرار الحكم في ذات النزاع: ما سبق - ص ٦٠ وما بعدها .

(٢٨) خاصة إذا وضعنا في الاعتبار أوجه القصور العديدة التي تشوب نظام الاعلان القضائي والتي تسمح ثغراته بإمكانية استصدار الحكم على غرة من المدعى عليه الغائب فعليا والحاضر قانونا ، وهذا المدعى عليه قد يكون هو نفسه المحكوم له في المرة الأولى .

فى الحكم الأول، إستئنافا ضد هذا الحكم - على فرض أن ميعاد الإستئناف ما زال قائما - وهو موقن بأن المحكمة الإستئنافية سوف تستجيب لاستئنافه (٢٩) . أما إذا كان الحل القانونى المعتمد يضمن الإحترام للحكم الأول ولو صدر حكم جديد يخالفه، فإن ذلك من شأنه أن يثبط همة الراغبين فى الإلتفاف حول قواعد الحجية (٣٠) :

(٢٩) انظر : ما سبق - هامش (٢٤) من هذا المحدث .

(٣٠) وقد يقول قائل : ما هى الفائدة التى سيجنيها هذا الخصم من الإلتفاف حول الحجية السلبية المستفادة من المادة ١١٦ مرافعات وقد كان بإمكانه استئناف الحكم الأول على أى حال . والرد على ذلك أن هذا الخصم قد يدرك أن الحق الموضوعى ليس فى جانبه وأن الحكم الصادر ضده مصيره التأييد فى الاستئناف لا محالة ، ومن هنا قد يسعى لاستصدار حكم جديد - بدعوى مبتدأة - لصالحه ويتريص لحين صيرورته حائزاً لقوة الأمر المقضى ، وعندئذ يكون قد تملك سلاحا جديدا أقوى من الحق الموضوعى كما يعرفه القانون الموضوعى . فحجية الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى تجعل الحق المعترف به هو الحق الثابت فى هذا الحكم دون مناقشة .

وقد يقول قائل أيضا : وكيف يمكن لأحد الخصوم أن يقوم بعملية الإلتفاف هذه والخصم الآخر لم يتحرك فى اتجاه مضاد يرد عليه قصده ، هل أن السبب فى ذلك يرجع إلى إهمال أم إلى عجز قانونى ، لماذا لم يدفع بسبق الفصل فى النزاع ، ولماذا لم يتمسك - موضوعياً - بما سبق أن تمسك به فى المرة الأولى ، التى صدر فيها الحكم لصالحه ، ولماذا لم يستأنف الحكم الثانى وإنما تركه يحوز قوة الأمر المقضى ؟

والرد على ذلك أن جهل المحكوم له بوجود الحكم الأول قد يكون السبب فى بعض ذلك (كما لو تصورنا أن المحكوم له أولا كان المورث وكان ورثته - والذين رفعت عليهم ذات الدعوى ثانية - يجهلون وجود هذا الحكم فى هذه الفترة ثم اكتشفوه فى وقت لاحق) ، وهو جهل مغتفر فى أحيان كثيرة ويجب ألا يكون سببا كافيا لإهدار الاحترام الواجب للاحكام . ناهيك عن أن السبب غالبا لا يرجع -

والواقع أن القانون حريص بالفن على ضرورة احترام الحكم الصادر أولاً في النزاع . والدليل على ذلك ليس فقط أن المادة ١١٦ مرافعات تمنع قبول الدعوى التي ترفع ثانية بعد سبق الفصل منها ، وأن المادة ١٠١ اثبات تمنع قبول دليل ينقض حجيته ، وإنما أيضاً أنه إذا تساوى الحكمان في أن كلاهما حاز قوة الأمر المقضى فإن الطعن بالنقض للتعارض يوجه إلى الحكم الصادر لاحقاً فقط (٣١) . فلو كانت قوة الأمر المقضى تعلو على الحجية في أثرها السلبى لجعل المشرع الطعن موجهاً للحكمين معاً وقد تساوى في قوة الأمر المقضى . ولكن نظراً لأن سبق الفصل في النزاع له أهميته ، كان هو المعيار الذى أبقى المشرع - على ضوئه - على الحكم الصادر أولاً وذلك في الفرض الذى يكون فيه التعارض سبباً للنقض .

ولكن ليس معنى ما سبق أن النظام القانونى بوضعه الحالى يجعل أيضاً المحكمة الإستئنافية حين يعرض عليها الحكم الصادر أولاً غير مقيدة بالحكم اللاحق والحائز لقوة الأمر المقضى . ففي ظل القواعد المعتمدة قانوناً في الوقت الحالى ليس أمام المحكمة الإستئنافية سوى إهدار واقعة أن الحكم المطعون فيه هو أول من سبق له الفصل في النزاع . بل وأكثر من ذلك ليس أمامها سوى إهدار هذا الحكم دون حاجة إلى بحث مدى صحة ما قضى به . فوجود حكم في ذات النزاع حائز لقوة الأمر المقضى كاف لإلغاء الحكم المطعون فيه .

والى أن يغير المشرع من هذه القواعد ، فإن الذهن قد يتفق عن حل ثالث نستعرضه الآن :

= إلى الجهل بقدر ما يرجع إلى الأساليب المتلوية التى تستصدر بها الأحكام أحياناً دون مواجهة حقيقية ، كما يمكن أيضاً من خلال هذه الأساليب تقويت ميعاد الاستئناف على المحكوم عليه .
(٣١) انظر : ما يلى - ص ٢٢٧ وما بعدها .

الحل الثالث :

من المفيد أن نذكر مرة أخرى بالفرض الذى نعالجه . فنحن أمام حكم أول لم يحز قوة الأمر المقضى ومتعارض مع حكم لاحق لا يقبل الطعن بالإستئناف للتعارض (لصدوره من محكمة إستئنافية) ولا يقبل أيضا الطعن بالنقض لأن الحكم الأول غير حائز لقوة الأمر المقضى . ونتساءل عن طريق الطعن الواجب إتباعه فى هذه الحالة .

ونقطة الإرتكاز التى ينطلق منها الحل الثالث الذى يرد فى الذهن أن نظام الإستئناف من شأنه - كما سبق ورأينا فى الحل الثانى - أن يهدر واقعة سبق الفصل فى النزاع بحكم قضائى ، بينما نظام النقض يفضل من وجهة نظرنا لأنه يعلى من قدر الحكم الذى فصل فى النزاع ، أولا ، إذا تساوى معه الحكم اللاحق فى درجة القوة هذه . ولذلك نتساءل هل يمكن توفير المفترضات اللازمة لى يكون الطعن بالنقض مقبولا ؟ بالفرض أن الحكم اللاحق حائز لقوة الأمر المقضى ، فهل يمكن أن نجعل الحكم السابق حائزا لهذه القوة أيضا فنكون أمام حكمين نهائيين فينفتح طريق الطعن بالنقض بعد توافر مفترضاته طبقاً للمادة ٢٤٩ مرافعات ؟

وبعبارة أخرى ، هل يمكن أن نعتد بوقت رفع الطعن بالنقض بحيث يكون هذا الطعن مقبولا فى إطار المادة ٢٤٩ مرافعات ولو كان الحكم الصادر أولا لم يحز قوة الأمر المقضى إلا بعد صدور الحكم اللاحق ؟

الواقع أن العبارات التى ورد فيها نص المادة ٢٤٩ مرافعات لا تزكى هذا التصور . فهى وإن كانت لا تشترط أن يكون الحكم السابق حائزا لقوة الأمر المقضى منذ صدوره إلا أنها أيضا لم تترك الوقت الذى ينظر فيه إلى وصف هذا الحكم مرسلأ بدون ضوابط . فالصياغة واضحة فى أن من

مفترضات الطعن بالنقض للتناقض أن يكون الحكم السابق قد حاز ،
- بصيغة الماضي - قوة الأمر المقضى وقت صدور الحكم اللاحق .

ومن ناحية ثانية فإن هذا التفسير للمادة ٢٤٩ مرافعات يتأكد بمقابلتها
للمادة ٢٢٢ والتي تحدد مفترضات الطعن بالإستئناف فى حالة التناقض .
فهذه المادة الأخيرة واضحة فى ضرورة أن يكون الحكم الأول غير حائز
لقوة الأمر المقضى وقت صدور الحكم الثانى . فالتفسير المبني على
ضرورة عدم ازدواج الوظيفة - النقض والإستئناف - ينتهى إلى أن حدود
النقض تبدأ من حيث تنتهى حدود الإستئناف بصدد مشكلة التناقض . أى
ألا يفتح باب النقض طالما كان الحكم الأول لم يحز قوة الأمر المقضى عند
صدور الحكم الثانى .

ولكن هذه الحجج وإن كانت تجعل مفترضات الطعن بالنقض طبقاً
للمادة ٢٤٩ مرافعات غير متوافرة فى الحالة محل البحث ، إلا أنها ستجعلنا
ننتهى فى نفس الوقت إلى نتيجة شاذة هى إستحالة رفع التناقض فى هذه
الحالة من خلال طرق الطعن .

فالطعن بالنقض مغلق أمام الحكمين معاً . فالاستناد إلى المادة ٢٤٩
مرافعات لإلغاء الحكم الثانى للتناقض غير جائز لعدم توافر المفترض اللازم
فى الحكم الأول إذ أنه لم يكن حائزاً لقوة الأمر المقضى عند صدور الحكم
الثانى (٣٢) ، كما أن توجيه هذا الطعن إلى الحكم الأول بعد أن يحوز قوة

(٣٢) وحتى الطعن بالنقض على أساس مخالفة القانون ليس بالضرورة ميسراً ضد
الحكم الثانى . فقد يكون هذا الطعن مستحيلاً إذا كان هذا الحكم صادراً عن محكمة
ابتدائية بهيئة استئنافية . وحتى إذا كان صادراً من محكمة استئناف فقد تكون
مخالفة القانون غير قائمة رغم أن هناك تعارض ، وذلك فى حالة ما إذا كان
الحكم صادراً فى مسألة متفرعة بينما الحكم الأول كان صادراً فى مسألة كلية
شاملة . فنظراً لأن الحكم الصادر فى هذه الأخيرة قد يكون ابتدائياً وقت صدور -

الأمر استثنى لن يكون أيضا جائزا ، فالفرض أنه أول حكم صدر في النزاع ولم يصدر على خلاف حكم سابق (٣٢) .

كما أن الطعن بالإستئناف معلق أيضا أمامهما . فالحكم اللاحق في الفرض محل البحث صادر من محكمة الدرجة الثانية وهو ما يجعل الإستئناف غير مقبول نزولا على قاعدة أن الإستئناف على الإستئناف باطل ، والحكم السابق لم يعد قابلا للإستئناف بعد أن حاز قوة الأمر المقضى .

وإذا كانت النتيجة الشاذة السابقة هي الأثر الحتمي للصياغة الحالية للنصوص ، وهي في نفس الوقت نتيجة تأباها العدالة وما تفرضه من ضرورة رفع تناقض الأحكام ، فإننا نقترح ضرورة تعديل نص المادة ٢٤٩ مرافعات بحيث تجعل الطعن بالنقض للتعارض مفتوحا كلما كان طريق الإستئناف مغلقا .

= الحكم الثاني فإن محكمة الاستئناف لم تكن مقيدة بمضمونه نظرا لأن المادة ١٠١ اثبات - والتي تحكم العلاقة بين الحكمين في هذه الحالة - تتطلب لثبوت الحجية الايجابية ان يكون الحكم السابق حائزا لقوة الأمر المقضى . انظر : ما سبق - ص ٥٥ وما بعدها .

(٣٢) وإذا كان الطعن بالنقض للتعارض غير جائز إزاء هذا الحكم الأول فمن باب أولى لن يكون ممكنا الاستناد إلى عيب مخالفة القانون طبقا للمادة ٢٤٨ لولوج طريق النقض . فهذا الحكم الأول لم يكن حائزا لقوة الأمر المقضى عند صدوره وهو ما يقطع بأنه ليس صادرا عن محكمة استئناف ، عالي، وهو ما يعنى عدم توافر شرط لازم للطعن بالنقض لمخالفة القانون .

المبحث الثالث

طلب حل التنازع بواسطة المحكمة الدستورية العليا

تناولنا في المبحثين السابقين كيف سعى المشرع إلى علاج مشكلة تعارض الأحكام حين فتح باب الطعن بالاستئناف وكذلك الطعن بالنقض أمام الحكم الصادر على خلاف حكم سابق ، وكيف خرج المشرع على بعض القواعد المألوفة في هذا الطعن أو ذاك حتى تتسع الدائرة لأكبر عدد من فروض التعارض المتصورة .

ومع ذلك فإن الاستئناف والنقض - ويتنظيما الحال - لا يقدمان حلا شاملا للمشكلة محل البحث . وذلك لأسباب عدة أولها أن الطعن للتعارض وفقا للمادتين ٢٢٢ و ٢٤٩ مرافعات قاصر على الأحكام الصادرة من جهة القضاء المدنى . أما إذا كان التعارض قائما بين حكم صادر من جهة القضاء العادى وآخر صادر من جهة قضائية أخرى فإنه لا يجوز الطعن بالاستئناف أو النقض ^(١) .

والواقع أن هذا السبب الأول لقصور الاستئناف والنقض عن مواجهة مشكلة التعارض فى بعض الأحوال لم يغيب عن ذهن المشرع المصرى ،

(١) فخلافاً لما يوحى به ظاهر عبارة « أى حكم انتهائى - أى كانت المحكمة التى أصدرته ، الواردة فى المادة ٢٤٩ مرافعات فإن معناها ينحصر فى الأحكام الصادرة انتهائياً من محاكم القضاء العادى . انظر : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٨٦ . ومن ناحية أخرى فإن الاتجاه السائد يجعل الحكم الصادر من جهة قضائية معينة خارج حدود ولايتها معدوم الحجية أمام جهة القضاء العادى . ولذلك إذا كان هناك أيضاً حكم صادر من جهة القضاء العادى مناقض لهذا =

ولذلك نجده يضيف إليهما وسيلة ثالثة لفض التعارض هي طلب حل التنازع أمام المحكمة الدستورية العليا عند التعارض بين حكم صادر من جهة القضاء المدني - وهذا ما يشغلنا في هذا البحث - وحكم صادر من جهة قضائية أخرى.

ولسوف يقتصر بحثنا في هذه الوسيلة على تقدير مدى فعاليتها - وفقاً لتنظيمها الحالي - على تحقيق الدور العلاجي المنشود لأحد فروض المشكلة محل البحث .

ونقطة البداية هي التذكرة بأنه إن كان أمراً سيئاً بغير جدال أن نكون بصدد دعوي واحدة قائمة أمام جهتين قضائيتين وتتمسك كل منهما بولايتها بالدعوى ، فإن الأسوأ منه أن ينتهي هذا الوضع باصدار حكمين متناقضين في موضوع الدعوى .

وإذا كان المشرع حريصاً على الحيلولة دون تحقق هذه النتيجة الأخيرة حين نظم وسيلة لحل التنازع الإيجابي على الولاية (٢) ، إلا أنه

= الحكم الصادر من جهة أخرى وطعن بالنقض للتعارض لقالت محكمة النقض أنه لا يوجد تعارض ومن ثم لا ينفتح باب الطعن طبقاً للمادة ٢٤٩ رغم قيام التعارض فعلاً في الحياة القانونية نتيجة صدور حكمين في ذات لمسألة (انظر : نقض ٧٨/٤/٨ ، حكم رقم ٢٢ مشار إليه لدى : الدناصوري وعكاز ، سابق الإشارة إليه ص ١١٥٧) ومن هنا كانت أهمية البحث عن وسيلة أخرى لفض التعارض في هذه الحالة غير طرق الطعن التي ينتظمها قانون المرافعات . وحتى في فرنسا ، لا يجوز الطعن بالنقض للتعارض إلا إذا صدر الحكمان من جهة القضاء العادي . وبناء عليه لا يجوز الطعن بالنقض للتعارض بين حكم صادر من محكمة استئناف وحكم صادر من محكمة إدارية . انظر حكم نقض فرنسي مشار إليه لدى :

Y. Capron, Juris - class . Fasc. 783, op. cit, n° 21.

(٢) انظر : ما سبق - ص ٣١ وما يليها.

إلا أنه قد توقع في نفس الوقت احتمالات فشلها في الدور الوقائي الذي وضعت لأجله (٣) ، فراح أيضا يواجه المشكله بعد وقوعها ويضع الوسيلة المناسبة لعلاج التعارض بين الحكامين الصادرين في الموضوع . هذه الوسيلة في القانون المصرى هي طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها ، وجعل المشرع للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص في هذا الشأن (مادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا) .

وإذا كانت الدراسة التفصيلية لهذا الموضوع تجد مكانها الطبيعي في مؤلفات القضاء الدستوري (٤) ، فإننا نكتفي في إطار دراستنا هذه - والمخصصة أصلا للقضاء المدني - بتقديم تقييم موجز لوسيلة حل التعارض هذه .

ولعل من المحاسن التي ينطوى عليها التنظيم القانوني لطلب حل النزاع عند التناقض بين حكمين والداخل في اختصاص المحكمة الدستورية العليا ما يلي :

١ - أنه يشترط في الحكامين محل الطلب أن يكونا نهائيين . فهو لم يكتف بأن يصدر حكمان ولو كانا ابتدائيين أو أحدهما على الأقل كذلك . ووجه الاستحسان هنا هو أن الحكم الابتدائي لم يستنفد طرق الطعن خاصة الاستئناف ولذلك يجب أولا استنفاده لأنه قد يلغى حينئذ ويذول التعارض ،

(٣) انظر : ما سبق - ص ٣٢ وما بعدها .

(٤) انظر على سبيل المثال : محمد نصر الدين كامل ، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ، عالم الكتب ، ١٩٨٩ - بند ١٠٤ وما بعده

فضلا عن أن الحكم الابتدائي لا يقبل كقاعدة عامة التنفيذ الجبرى وبالتالي لا توجد حاجة ملحة لإلغائه خارج طرق الطعن الطبيعية . ولكن نظرا لأن تنفيذ الحكم النهائى جائز ولو لم يكن باتا ، فإنه يحمد للمشرع عدم اشتراط هذه الدرجة الأخيرة من القوة الإجرائية - درجة البتية - واكتفائه بدرجة النهائية لإمكان الوصول إلى المحكمة الدستورية (٥) .

٢ - أنه لم يحدد ميعادا معيناً يجب تقديم الطلب خلاله . وميزة هذا الاطلاق تظهر عند المقارنة بمواعيد الطعن . فقوات هذه الأخيرة يغلق باب الطعن ويجعل حل التعارض من خلالها مستحيلا بحيث يظل قائما يريد حلا فلا يجد .

٣ - أنه أعطى لرئيس المحكمة الدستورية العليا - بناء على طلب ذوى الشأن - سلطة الأمر بوقف تنفيذ الحكمين المتنازعين أو أحدهما حتى الفصل فى النزاع (مادة ٣/٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا) . ولا تخفى أهمية وقف التنفيذ كحل وقائى ضد مخاطر الخضوع لتنفيذ معرض للإلغاء وبالتالي ضد مخاطر استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه وغير ذلك من النتائج غير المرغوبة التى قد يفرزها هذا التنفيذ (٦) .

على أن المزايا الثلاثة السابقة التى تميز نظام حل التعارض بواسطة المحكمة الدستورية العليا يقابلها من الناحية الأخرى معايب ثلاثة أيضا هى :

١ - أن اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب مشروط بوجود نزاع

(٥) قارن : د. نبيل عمر ، المرافعات ، سابق الإشارة إليه - بند ٦٦ حيث يفضل أن يكون الحكمان قد استنفدا كافة طرق الطعن أى كانا باتين .

(٦) انظر فى هذا الموضوع : المؤلف ، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن ، ١٩٩٤ - بند ١٣ وما بعده .

قائم حول ، تنفيذ ، الحكيم المتعارضين (المادتان ٢٥ و ٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا) . ومؤدى ذلك بمفهوم المخالفة أن التعارض بين حكيمين تقريرين أو بإنشاء دون أن يتضمننا أى الزام لا يمكن حله من خلال طلب حل النزاع المنصوص عليه فى المادتين السابقتين . فلو فرضنا مثلا أن جهة القضاء العادى قد حكمت بصحة عقد معين بينما حكمت جهة قضائية أخرى ببطلانه ، فإن التعارض بين الحكيمين لا يصلح سببا لطلب حل النزاع محل البحث . معنى ذلك إذن أن هذا الطلب لا يقدم حلا شاملا لجميع فروض التعارض بين الأحكام الصادرة من جهات قضائية مختلفة (٧) .

٢ - أن انحصار طلب حل النزاع فى الفرض الذى يقوم فيه نزاع حول التنفيذ جعل المحكمة الدستورية العليا تشترط لانعقاد الاختصاص بالطلب ألا يكون الحكمان أو أحدهما قد نفذ^(٨) . وينتقد الفقه هذا الشرط ، ذلك أنه إذا كان الحكمان قد نفذوا معا فمناد هذا أنه لا يوجد تناقض بينهما ولا يقبل طلب حل النزاع لهذا السبب . أما إذا كان أحد الحكيمين فقط قد نفذ فإن هذا لا يمنع من قيام النزاع بين الحكيمين . فتنفيذ أحد الحكيمين

(٧) ولذلك يميل بعض الفقه (أنظر: د. أحمد حشيش، المرجع السابق - بند ٣١) إلى أن المقصود بلفظ «التنفيذ» الوارد فى سياق المادتين المشار إليها فى المتن ليس بالضرورة هو التنفيذ بمعناه الفنى وإنما مجرد النفاذ نظراً لأن حكمة القاعدة هى فض التناقض، سواء كان بين حكيمين قابلين للتنفيذ بمعناه الفنى أو غير قابلين له .

(٨) انظر : حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ٩٤/٢/٧ مشار إليه لدى : د. أحمد حشيش، المرجع السابق - هامش (١٨) ص ٥٤ . وحكم المحكمة العليا فى ٧٧/٧/٢ مشار إليه لدى : د. فتحى والى، المرجع السابق ، هامش (٥) ص ٢٠٤ .

لا يعنى أبدا انتفاء التناقض بينهما ولا ينقص من الحاجة إلى الحصول على حكم لحل التنازع (٩) .

٣- أن المشرع لم يحدد كيفية قيام المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى الطلب . هذا الفراغ فتح الباب أمام بعض الفقه (١٠) لكى ينادى بأن للمحكمة الدستورية أن تقوم بإلغاء الحكمين المتناقضين ثم تتسلط على موضوع النزاع الأصلي فتفصل فيه بحكم بات يكون هو الواجب التنفيذ . ولكن الرأى الجدير بالتأييد هو الذى يلاحظ أن هذا النوع من اختصاص المحكمة الدستورية لا يعتبر طعنا فى الأحكام (١١) ، وأن ولاية القضاء التى عهد بها إليها هى ولاية استثنائية ، والاستثناء يفسر تفسيراً ضيقاً (١٢) ، ولذلك ينتهى هذا الرأى إلى أنه يتم الفصل فى التنازع عن طريق بيان أى الحكمين صدر من محكمة مختصة فيكون هو الواجب التنفيذ ويكون الحكم الآخر كأن لم يكن فيزول وتزول معه كافة آثاره وإجراءات الخصومة التى انتهت بصدوره (١٣) . فالمحكمة الدستورية لا يجب اذن أن تتعرض لما قضى به الحكمان من حيث الموضوع ولا تقاضل بينهما من هذه الناحية ولا من حيث صحتها الشكلية (١٤) . فمعيار المفاضلة الوحيد هو أى من الحكمين قد صدر من جهة مختصة .

(٩) د. فتحى والى - المرجع السابق - بند ١١٨ ، انظر أيضاً : د. أحمد حشيش ، المرجع السابق - بند ٣١ .

(١٠) انظر فى الآراء التى تذهب فى هذا الاتجاه لدى : د. محمد أنس قاسم ، الوسيط فى القانون العام ، ص ٢٩٩ . مشار إليه لدى : د. أحمد زغلول ، الموجز فى أصول وقواعد المرافعات ، سابق الإشارة إليه ، هامش (٣) ص ٤٥٥ تحت بند ٢٥٦ .

(١١) د. نبيل عمر - المرافعات ، طبعة ١٩٩٤ سابق الإشارة إليه - ص ٩٠ .

(١٢) د. أحمد زغلول ، المرجع السابق - بند ٢٥٦ .

(١٣) د. أحمد زغلول ، الإشارة السابقة .

(١٤) د. نبيل عمر ، الإشارة السابقة .

المبحث الرابع

نقص وسائل العلاج الحالية والحلول المقترحة

طرح المشكلة :

الفرص الآن أن التعارض قائم بين حكمين صادرين من جهة القضاء العادى . والفرص أيضاً أن الحكمين صاروا باتين أى غير قابلين للطعن فى أى منهما بأى طريق من طرق الطعن عادية كانت أم غير عادية ، والسبب فى ذلك عدم جواز الطعن لفوات الميعاد أو لعدم استجماع الشروط المطلوبة للطعن سوى شرط التعارض بين الحكمين .

من الواضح إذن عجز وسائل الطعن بالاستئناف أو النقض عن القيام بدور علاجى لمشكلة التعارض فى بعض الأحوال . ولذلك يجب أن يتدخل المشرع فى أقرب فرصة لكى يعتمد الحل الواجب الاتباع فى هذا الشأن .

وإذا كان تدخل المشرع لازماً فما هو الحل الذى نقترحه عليه فى هذا الصدد ؟ هل هو ترك مواعيد الطعن مفتوحة لا تنغلق فى حالة التعارض كما فعل المشرع الفرنسى ، أم هو الترجيح بقوة القانون لحكم على آخر كما فعل المشرع اللبنانى ؟

من المناسب إذن تقديم بعض الحلول المقترحة من خلال دراسة القانون المقارن لسد النقص الحالى فى التشريع المصرى ، وذلك من خلال المطالبين التاليين :

المطلب الأول : جواز الطعن للتعارض بعد انقضاء الميعاد (حل مقترح) .

المطلب الثانى : فض التعارض بقوة القانون (حل مقترح) .

المطلب الأول

جواز الطعن للتعارض بعد انقضاء الميعاد

(حل مقترح)

إذا كان المشرع المصري قد خرج على بعض القواعد المألوفة في الطعن حين يستهدف هذا الأخير فض التعارض بين حكمين^(١)، إلا أنه لم يشأ أن يأتي في هذا الصدد باستثناء على القواعد الحاكمة لميعاد الطعن . فيجب أن يقدم الطعن - أيا كان طريقه وأيا كان سببه - في خلال الميعاد الذي نص عليه القانون ، فلا فارق مثلا بين ميعاد الطعن بالنقض المبني على مخالفة القانون والنقض المبني على التعارض، ولا فارق بين ميعاد الاستئناف كطريق طعن عادي وميعاد الاستئناف الاستئنافي المبني على تعارض الأحكام .

ونظرا لأن ميعاد الطعن ميعاد ناقص يؤدي عدم احترامه إلى سقوط الحق في الطعن وبالتالي عدم قبوله ، فإن من المتصور أن تتواجد حالة تعارض ترفع بعد الميعاد فتحكم محكمة الطعن بعدم القبول ، خاصة وأن عليها الحكم بذلك من تلقاء نفسها لتعلق سقوط الحق هنا بالنظام العام .

ولكن هل يجب الاستسلام لهذه النتيجة ؟

الحقيقة أنه إذا كانت الحاجة إلى استقرار المراكز القانونية قد أملت على المشرع اغلاق طريق الطعن في وجه الحكم الذي لم يحترم الخصم

(١) فقد أجاز المشرع الطعن بالاستئناف في حكم صادر في النصاب الإنتهائي، وأجاز الطعن بالنقض في حكم صادر من محكمة أول درجة .

ميعاد الطعن فيه ، إلا أن هذه الحاجة يمكن أيضا أن تملى على المشرع ترك باب الطعن مفتوحا دون أن يتقيد بميعاد معين وذلك عندما يكون السبب هو قيام تعارض بين حكيمين . إذ لا يمكن القول بوجود استقرار للمراكز القانونية لمجرد صدور حكم بصحة عقد معين طالما صدر حكم لاحق يبطلان هذا العقد وبافتراض وحدة الدعوى والخصوم . فعدم قبول الطعن هنا لمجرد فوات ميعاده سوف يجعل الاضراب يسود العلاقة القانونية التي صدر فيها الحكمان المتعارضان . وهذا على خلاف الحال لو كان هناك حكم وحيد فى النزاع ، فأيا كانت درجة بطلان هذا الحكم أو عدم عدالته فإنه يصلح لأداء وظيفته ولو لم يعد قابلا للطعن لفوات الميعاد .

المنطق يقتضى إذن معالجة الطعن للتعارض معالجة متميزة من ناحية الظرف الزمانى الذى يمكن مباشرة هذا الطعن فيه .

ولكن نظرا لأن هذا المنطق قد غاب عن ذهن المشرع المصرى (٢) ، فإن الواجب يحتم علينا اقتراح الحل الذى يجب عليه تقنينه .

لن يكون الحل فى رأينا أن يزيد المشرع من مهلة الطعن بأن يضاعفها مثلا أو حتى يجعلها سنة أو بضع سنوات . فمهما طالّت المدة فإنها فى جميع الأحوال تمثل فترة زمنية سوف تنتضى بانقضاء اليوم الأخير منها ورغم ذلك قد تظل مشكلة التعارض قائمة . وإنما الحل المثالى من وجهة نظرنا هو أن يترك المشرع ميعاد الطعن للتعارض طليقا . فعندئذ سوف تكون طرق الطعن صالحة لحل مشكلة التعارض فى أى

(٢) والحقيقة أن هذا المنطق قد يخطر أحيانا على بال المشرع المصرى . فطلب حل النزاع بين حكيمين نهائيين صادرين من جهتى قضاء والداخل فى اختصاص المحكمة الدستورية العليا ليس له . كما سبق ورأينا . موعد محدد يجب أن يقدم فيه . انظر : ما سبق - ص ١٨٣ .

وقت . وليس بالضرورة أن يكون الميعاد طليقا سواء بالنسبة للاستئناف أم النقض، فيكفي أن يكون هذا الأخير فقط هو الذي يمكن ولوجه في أي وقت لحل التعارض بين الأحكام خاصة إذا أضفنا إلى ذلك ما سبق واقترحناه (٣) من أن يكون الطعن بالنقض جائزا كلما استغلق طريق الاستئناف لأي سبب من الأسباب .

والحقيقة أن ما نقترحه في هذا الصدد ليس بمستغرب في النظم الاجرائية المقارنة . فقد استوحيناه من معالجة المشرع الفرنسي للطعن بالنقض كوسيلة لإبطال الحكم - أو الأحكام - في حالة التعارض .

فالطعن بالنقض للتعارض قد يكون محكوما بالمادة ٦١٧ من تقنين المرافعات الفرنسية . وعندئذ لا توجد خصوصية بالنسبة لميعاد الطعن . أي يجب رفعه خلال مدة الطعن القانونية وهي شهران (المادة ٦١٢ مرافعات فرنسي) . ينطبق هذا الوضع على فرض وحيد هو أن يبنى الطعن على وجود تعارض بين حكمين رغم سبق الدفع أمام محكمة الموضوع - ولكن دون جدوى - بعدم القبول المستمد من حجية الأمر المقضى (٤) .

ولكن قد يكون الطعن بالنقض للتعارض محكوما بالمادة ٦١٨ من هذا القانون . وعندئذ تجيز هذه المادة صراحة تقديم الطعن حتى بعد فوات الميعاد المحدد للطعن بالنقض عموما . ينطبق هذا الوضع على كل حالة تعارض بين حكمين غير قابلين للطعن بطريق عادي (٥) .

(٣) انظر : ما سبق - ص ١٧٩ .

(٤) انظر في ضرورة احترام ميعاد الطعن في هذا الفرض :

Capron, Juris - class. op. cit., n° 37.

(٥) بل يذهب جانب من الفقه (انظر : Capron, op. Cit., no 46) إلى أن روح

نص المادة ٦١٨ مرافعات فرنسي هذا يسمح حتى بعدم انطباق نص المادة =

هذا هو الحل المعتمد في القانون الفرنسي . ويكفي أن يعتمده المشرع المصري حتى تكون جميع فروض التعارض - وخاصة فيما يتعلق بتنظيمه وفقاً للمادة ٦١٨ فرنسي - قابلة للطعن . فإذا لم يستصوب المشرع المصري هذا الحل ، فهل يمكن أن يسد النقص الحالي في التشريع من خلال حل آخر ؟ هذا ما سنتبينه من خلال المطلب التالي .

المطلب الثاني فض التعارض بقوة القانون (حل مقترح)

تبين لنا مما سبق أن علاج مشكلة التعارض من خلال طرق الطعن قد لا يتيسر في بعض الأحوال . فهناك - من ناحية - نقص في التشريع يجعل بعض فروض التعارض محرومة من أن تكون محلاً للطعن (١) . وهناك - من ناحية ثانية - ميعاد للطعن يجب احترامه وإلا سقط الحق في الطعن حتى ولو كان الغرض منه فض التعارض (٢) .
ولذلك فإن من الطبيعي أن نتساءل : هل يمكن أن يسمح المشرع - عن وعى - بأن تظل الحصانة لحكمين بينهما تعارض ؟

= ١/٥٢٨ من نفس القانون - رغم عموميتها - والتي تنص على عدم جواز الطعن في الحكم الذي يبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ الاعلان إذا لم يتم هذا الاعلان خلال سنتين .

(٦) يكفي أن نذكر حالة الحكم الذي سقطت خصومة استئنافه فصار نهائياً وكان متعارضاً مع حكم سابق نهائى . انظر في هذا الغرض : ما سبق - ص ١٤٦ وما بعدها .
(٧) انظر في أن ميعاد الطعن بالاستئناف أو النقص في حالة التعارض لا يختلف عن الميعاد المقرر عموماً : ما سبق - ص ١٨٧ .

قد يبدو لأول وهلة أن بقاء الحكم واحترامه رغم أنه معيب ليس بمستغرب في النظام القانوني . فالمشرع يأخذ بفكرة نفاذ الحكم القضائي وصلاحيته لإنتاج كافة آثاره القانونية وعدم جواز المساس به رغم ما قد يعتريه من خطأ في الإجراء أو خطأ في التقدير ، وخاصة بعد أن يصير هذا الحكم باتاً أي حين لم يعد قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية كانت أم غير عادية ، إما لاستنفاد هذه الطرق وإما لسقوط الحق في استعمالها وإما لنص خاص بعدم جواز استعمالها .

ولكن إذا كانت الاعتبارات التي بنيت عليها حجية الحكم القضائي (٨) تجعلنا نسلم - ولو على مضمض - بقيام الحكم القضائي المعيب إذا كان هو الحكم الوحيد الذي فصل في النزاع ، فذلك لأنه على أي حال قد أزال مشكلة التجهيل القانوني ويمكنه أن يجعل الحق أو المركز القانوني الذي حماه مستقراً من الناحية القانونية .

إلا أن الوضع سيكون مختلفاً لو كان الحكم المعيب ليس هو الحكم الوحيد الذي فصل في النزاع ، وإنما يوجد إلى جواره حكم آخر ، وكان العيب عندئذ هو التعارض بينهما . فمشكلة التجهيل القانوني في هذه الحالة سوف تظل قائمة ولن يحدث أي استقرار للمركز القانوني أو الحق الذي فصل فيه الحكمان فأحدهما قد اثبت ما نفاه الآخر .

ولا يمكن والحال كذلك أن يوجد أي مبرر معقول يقنعنا بجواز أن يسمح المشرع - عن وعي - بقيام حكيم قضائيين متعارضين لمجرد أنهما باتان . فعندما يقضى أحدهما بصحة العقد ويقضى الثاني ببطلانه ، فإنه لا يمكن أن يقوم أيهما بأداء وظيفته ولا بد بالتالي من إزالة التناقض

(٨) انظر في حكمة الحجية : د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي ، سابق الإشارة إليه ، ص ١٥٩ وما بعدها .

بينهما حتى لا يحدث انكار للعدالة .

ويبدو أن ضرورة وجود وسيلة تضمن حسم مشكلة التعارض في جميع الأحوال هي فكرة غائبة عن ذهن المشرع المصري . ولذلك كان واجبا لفت نظره إليها وفي نفس الوقت اقتراح الحل الذي يجب عليه الإسراع بتقنينه .

لقد حان الآن وقت الكلام عن « فض التعارض بقوة القانون » . ونقصد بذلك أن يضع المشرع معيارا يجعل مشكلة التعارض بين الأحكام الباتة وقد حلت تلقائيا دون حاجة إلى تدخل القضاء ، وذلك بأن يتحدد على ضوء هذا المعيار أى من الحكمين يكون « وحده » هو النافذ - وبالتالي - يكون الآخر لاغيا .

والفلسفة التي يبنى عليها اقتراحنا هذا - أى اقتراح يعتمد على قوة القانون (٩) كوسيلة للحل - هي أن المشكلة محل البحث تحتاج إلى طريق احتياطي للحل لا يتقيد بمدة معينة ينغلق بعدها . وتقوم فكرة قوة القانون بإشباع هذه الحاجة خير قيام . فالفرصة متاحة دائما للاستفادة من هذا الحل . فالمستفيد منه يستطيع أن يتصرف على ضوءه بمجرد توافر مفترضاته . وإذا احتج عليه خصمه يوما ما - أيا كان هذا اليوم - بوجود الحكم الآخر والذي صار لاغيا بقوة القانون فإن الدفع بهذا الإلغاء يكفي لتحقيق المطابقة بين الإلغاء الحكمي والإلغاء الفعلي . وبذلك يكون لهذا الحل القابلية المستمرة لتوليد آثاره من حيث حسم مشكلة التعارض .

والحقيقة أن الذي أوحى إلينا باقتراح حل يعتمد على قوة القانون هو المشرع اللبناني . فرغم أنه قد فتح باب الطعن بالتمييز (النقص) في

(٩) انظر في المقصود بقوة القانون في مجال القانون الاجرائى : د. طلعت دويدار، طرق التنفيذ القضائى، منشأة المعارف ١٩٩٤ - ص ٢٣٠ وما بعدها.

حالة تعارض الأحكام (١٠) إلا أنه قد توقع عجز هذه الوسيلة عن تقديم العون في بعض الأحيان خاصة بعد أن تصير الأحكام المتعارضة باثة. ولذلك جاءت المادة ٦٢٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية بالحل الآتي :

• إذا صدرت أحكام متناقضة عن محاكم مختلفة وأصبحت مبرمة فلا يعتد إلا بالحكم الصادر عن أعلى محكمة منها . أما إذا صدرت عن نفس المحكمة أو عن محاكم متساوية في الدرجة فلا ينفذ إلا أحدث الأحكام تاريخاً .

وإذا أردنا تقييم الحل اللبناني حتى يمكننا - على هدى من ذلك - اقتراح الحل الذي يجب على المشرع المصري تبنيه ، فإننا نكتشف فيه بعض المزايا تقابلها بعض العيوب . ونعرض ذلك كله من خلال الملاحظات الأربعة الآتية :

الملاحظة الأولى : أنه يحمّد للمشرع اللبناني حرصه على وضع حل لمشكلة التعارض قابل للتطبيق دائماً حتى ولو كانت الحاجة إليه محدودة من الناحية العملية . إذ يكفي أن توجد حالة تعارض واحدة تريد حلاً فلا تجده حتى تفرض على المشرع ضرورة التدخل لإيجاده وتقنينه .

الملاحظة الثانية : أنه يحمّد لهذا المشرع أيضاً حرصه على أن يكون الحل بقوة القانون حلاً احتياطياً ، لا يتم اللجوء إليه إلا بعد استنفاد كافة طرق الطعن . فقد اقتصر الحل اللبناني على التعارض بين الأحكام المبرمة أي الباتة .

(١٠) فالمادة ٧٠٨ - (٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية والصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٨٣/٩٠ تنص على جواز الطعن بالنقض في حالة التناقض بين حكمتين صادرتين بالدرجة الأخيرة في ذات الدعوى عن محكمتين مختلفتين أو عن محكمة واحدة

وحسنا فعل المشرع اللبناني. ذلك لأن المساس بالأحكام واعتبار أحدها لاغيا إنما يدخل بحسب الأصل في سلطة القضاء بحيث لا تهدر حجبية الحكم القضائي إلا بواسطة حكم قضائي آخر صادر من محكمة الطعن. أما إذا غلقت طرق الطعن أبوابها وظل عيب التعارض رغم ذلك باقيا وصار من الحتمي حله فعندئذ يكون إلغاء أحد الحكمين بطريق آخر غير القضاء مسألة مقبولة، خاصة إذا كان هذا الطريق الآخر هو قوة القانون.

الملاحظة الثالثة: أنه يعاب على المشرع اللبناني اعتماده على معايير تجعل حله غير متناسقة. فتارة يتخذ من تاريخ صدور الحكم معيارا يعلى على ضوئه الحكم الأحدث تاريخا فيكون هو النافذ، وتارة يتخذ من مستوى المحكمة التي أصدرت الحكم معيارا يعلى على ضوئه الحكم الصادر من محكمة أعلى ولو لم يكن هو الأحدث تاريخا (١١).

(١١) ومما يؤكد أيضا أن نص المادة ٦٢٩ مرافعات لبناني يجعل حلول فض التعارض تفتقد إلى وحدة التناسق والتناغم التي يجب أن تهيمن على المسائل القانونية المتماثلة، هو أن الحلول القضائية لمشكلة التعارض تستند إلى معايير مختلفة. فعندما يقع تناقض بين حكمين صادرين بالدرجة الأخيرة فإن وسيلة فضه هي الطعن بالتمييز (النقض) وفقا للمادة ٧٠٨ مرافعات لبناني. وهنا يلاحظ أن الطعن بالنقض يرد على الحكم الأحدث في التاريخ، فهو الذي يطعن فيه باعتباره صدر مناقضا لحكم سابق عليه. وإذا تبين هذا التناقض ألغت محكمة التمييز الحكم الأحدث لتناقضه مع حكم سابق، د. د. فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، دار النهضة العربية، بيروت - ص ٤٨٢. فالواضح إذن أن المشرع اللبناني قد يعتد بالحكم الصادر أولا، وقد يعتد بالحكم الصادر لاحقا، وقد يعتد بالحكم الصادر من محكمة أعلى بصرف النظر عن كونه السابق أو الأحدث - أليس في ذلك اضطراب ليس له مبرر؟

الإحظة الرابعة : أنه يعاب على المشرع اللبناني أيضا تجاهله لقاعدة أن سبق الفصل في نزاع معين يقضى على حق الدعوى بصدده بحيث يمتنع الحكم فيه ثانية وإلا يجب إلغاء هذا الحكم الثاني . فهذه القاعدة هي التي تشكل الأساس الذي تبنى عليه فكرة الحجية، وهذه الحجية بدورها تشكل الأساس الذي يجب أن ينطلق منه حل التعارض بحيث يتم احترام أول حكم فصل في النزاع وتلغى الحكم اللاحق عليه .

فالملاحظ أن المشرع اللبناني يعتمد في بعض الأحوال على معيار يعتد بالحكم الأحدث تاريخاً ، وفي ذلك تجاهل كامل للقاعدة المذكورة ، خاصة وأنه لا يوجد أي مبرر يجعل المشرع اللبناني يتجاهلها ، فالفرض أن الأحكام المتعارضة صادرة عن نفس المحكمة أو عن محاكم متساوية في الدرجة .

وحتى حين اعتمد المشرع اللبناني على معيار يعتد بالحكم الصادر من المحكمة الأعلى في الدرجة فإنه تجاهل قاعدة سبق الفصل في النزاع، إذ ليس هناك ربط بين الحكم النافذ بناء على هذا المعيار وبين الحكم الفاصل في النزاع أولاً . فلو فرضنا مثلاً أن الحكم الذي فصل في النزاع أولاً قد صدر من محكمة الدرجة الأولى وصار مبرماً، أما الحكم الذي فصل في ذات النزاع بعد ذلك كان صادراً عن محكمة الدرجة الثانية وصار أيضاً مبرماً، فإن الحكم الصادر من هذه الأخيرة هو الذي سيكون نافذاً طبقاً للمادة ٦٢٩ مرافعات لبناني رغم أنه ليس هو الحكم الذي فصل في النزاع أولاً .

وبناء على الملاحظات السابقة فإننا نخلص إلى الحل الذي نقترح على المشرع المصري تقنينه . هذا الحل من وجهة نظرنا يعتمد على معيار وحيد هو تاريخ صدور الحكم . ولكن يكون النفاذ للحكم الأسبق تاريخاً .

فهذا المعيار يتلافى أوجه النقد الموجهة إلى مثيله اللبناني . فهو من ناحية حل يجعل الحلول متناسقة بصرف النظر عن طبقة أو درجة المحكمة الصادر عنها الحكم . وهو من ناحية ثانية معيار يعلى من قدر قاعدة الحجية حين يعتد بالحكم الأسبق في الصدور . فمثل هذا الحل من شأنه أن يثبط المبطلين الذين قد يسعون للالتفاف حول قاعدة الحجية (١٢) .

وفى كلمة موجزة نقترح على المشرع المصرى إضافة مادة إلى قانون المرافعات نصها كالاتى : « إذا صدرت أحكام متناقضة وصارت باتة فلا يعتد إلا بالحكم الصادر أولاً » .

(١١) ذلك لأن الحل العكسى وهو الاعتداد بالحكم الاحداث تاريخياً قد يغرى المحكوم عليه فى الحكم الأول برفع ذات الدعوى مرة ثانية واستصدار حكم لاحق فيها فى غفلة من الطرف الآخر - بسبب ثغرات كثيرة فى نظام الاعلان - لعله يكون فى صالحه ، ولعله ينجح فى تفويت فرصة الطعن فى هذا الحكم ايضاً على خصمه ، وعندئذ يستفيد من النص - إن وجد - الذى يعتد بالحكم الاحداث تاريخياً ولا يقال ايضاً أن الاعتداد بالحكم الاحداث هو الحل الأفضل بحجة أن إعادة رفع ذات الدعوى بعد الفصل فيها وعدم اثاره الخصوم لحجية الحكم السابق يفيد تنازلاً منهم عن الحكم السابق . فالمعروف أن الحجية فى القانون المصرى تعتبر من النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على استصدار حكم ثان فى منازعة سبق الفصل فيها .

الفصل الرابع

كيفية العلاج

(خصومة الطعن ونطاقها)

تمهيد :

بصدور الحكم القضائي الذي يقبل الطعن فيه للتعارض ، يتولد من هذه الواقعة حق في الطعن على هذا الحكم . هذا الحق في الطعن هو واحد من الحقوق الإجرائية يثبت للشخص الذي أصابته خسارة أو ضرر من هذا الحكم (١) .

وبالفعل يقبل الحكم المطعون عليه للتعارض الإستئناف أو النقض بحسب الأحوال (٢) .

والطعن في الحكم للتعارض يعد منازعة قضائية أى دعوى بالمعنى الإصطلاحي . لذلك يشترط لقبوله الشروط العامة لقبول الدعاوى من مصلحة بمعناها الشامل ، كما يجب رفعه خلال الميعاد . مع ملاحظة أن المشرع المصرى لم يفرق في هذا الصدد بين الطعن للتعارض والطعن لغيره من الأسباب .

ويرفع الطعن للتعارض بنفس الشكل الذى يرفع به الطعن لغيره من

(١) انظر فى شروط قبول الطعن فى الأحكام عموماً: د. نبيل عمر، المرافعات، سابق الإشارة إليه - بند ٩٩٦ وما يليه .

(٢) انظر فى الفروض التى يفتح فيها طريق الطعن بالاستئناف: ما سبق - ص ١٢١ وما بعدها، وبالنسبة لفروض الطعن بالنقض: ما سبق - ص ١٥٦ وما بعدها.

الأسباب . وتسير الخصومة وفقا للقواعد التي تحكم الطعن عموما . وإذا كان هناك ما يستحق التركيز عليه هنا فهو تحديد المحكمة المختصة بنظر الطعن خاصة الإستئناف في بعض الأحوال .

فإذا انتقلنا إلى نطاق الطعن وآثاره وسلطة محكمة الطعن تجاهه ، فإننا نجد أن الطعن للتعارض يتميز ببعض أوجه الخصوصية التي قد تستدعى رسم حدودها بدقة .

وبناء عليه - وعلى فرض أن التعارض قابل للعلاج من خلال طرق الطعن - فإن الحديث في هذا الفصل سوف يقتصر على الموضوعين التاليين :

المبحث الأول : المحكمة المختصة بنظر الطعن (خاصة الطعن بالإستئناف)

المبحث الثاني : نطاق الطعن وآثاره .

المبحث الأول المحكمة المختصة بنظر الطعن (خاصة الاستئناف)

ليس في تحديد هذه المحكمة صعوبة تحتاج إلى شرح وذلك عندما يكون طريق الطعن الواجب استعماله هو النقض . فمحكمة النقض - وهي محكمة وحيدة - هي المختصة بنظر الطعن .

أما عندما يتعين استعمال طريق الطعن بالإستئناف ، فإن تحديد المحكمة التي ينعقد لها الإختصاص بنظر الإستئناف يبدو لأول وهلة أنه لا يحتاج إلى جهد يبذل في غالب الأحوال . فالإستئناف يرفع بصفة أصلية عن حكم واحد فقط من الحكمين المتعارضين هو الحكم اللاحق . وبحسب ما إذا كان هذا الأخير صادرا من محكمة جزئية (١) أو محكمة ابتدائية ، تتحدد المحكمة الإستئنافية المختصة فتكون المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية في الحالة الأولى ، وتكون محكمة الإستئناف ، العالی ، في الحالة الثانية (٢) ، فهذا ما يتكشف من قراءة المادتين ٢/٤٧ و ٤٨ ومرافعات (٣) .

(١) ويلاحظ أن كلاً من قاضى الأمور المستعجلة وقاضى التنفيذ يعد في مستوى المحكمة الجزئية .

(٢) هذا عن الإختصاص النوعى . أما عن الإختصاص الملقى فهو لا يثير أيضاً مشكلة . فالعبرة بالمحكمة الاستئنافية التي تقع في دائرتها المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .

(٣) ويلاحظ أن هذا التوزيع وإن كان يعتمد على نص المادتين ٢/٤٧ و ٤٨ ومرافعات واللتين عنيًا بتحديد المحكمة الاستئنافية المختصة وعبرنا عن وجود إرادة تشريعية =

ولكن نظراً لأن استئناف الحكم اللاحق قد يمد من نطاق الاستئناف بحيث يشمل أيضاً الحكم الأول والذي يعتبر حينئذ مستأنفاً بقوة القانون^(٤) ، فإنه يبدو طبيعياً أن نتساءل عما إذا كان هذا الإمتداد يمكن أن ينال من صحة الحل السابق .

لا يسعنا في هذا الصدد إلا أن نشاطر الدكتور أحمد زغلول^(٥) تحليله . فهو يقول (ونحن ننقل عبارته كاملة) :

« وينعقد الإختصاص بنظر الاستئناف حال إعمال قاعدة الامتداد للمحكمة المختصة بنظر استئناف الحكم الثاني . فتختص هذه المحكمة بصفة أصلية بنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم الثاني وبصفة تبعية بنظر استئناف الحكم الأول .

وإذا كان إعمال هذه القاعدة يستقيم في الفرض الذي يكون فيه الإختصاص باستئناف الحكيم منعه وفقاً للقواعد العامة لمحكمة استئنافية واحدة فإنه يثير العديد من التساؤلات في الحالة التي ينعقد

= واضحة في أن الاستئناف يرفع إلى محكمة أعلى «طبقة» من محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت الحكم المطعون فيه، إلا أن دلالة هاتين المادتين ليست قطعية بالنسبة للحكم الصادر في النصاب الانتهائي ويقبل الاستئناف للتعارض . فقد اقتصر نص المادتين المذكورتين على الأحكام الصادرة ابتدائياً . على أن الأساس الذي يقوم عليه القياس هنا ليس مفقوداً . ففي كل الأحوال يجب استئناف حكم أول درجة أمام محكمة الطبقة التي تعلو مباشرة المحكمة التي أصدرته .

(٤) انظر : ما يلي - ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٥) انظر : المرجع السابق - هامش (١) ص ١٤٥ تحت بند ١١١ ، وانظر أيضاً التعديل الذي يقترحه الفقيه الكبير لصيغة نص المادة ٢٢٢ مراقعات : نفس المرجع ، ص ١٦١ وما بعدها .

فيها الاختصاص بنظر استئناف الحكم الأول لمحكمة استئنافية تختلف في الطبقة عن المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بنظر استئناف الحكم الثاني كأن ينعقد الاختصاص باستئناف الحكم الأول، لمحكمة الاستئناف بينما تكون المحكمة المختصة بنظر استئناف الحكم الثاني هي المحكمة الابتدائية بدائرة استئنافية أو العكس .

لا يشكل الغرض الذي يؤول فيه الاختصاص بنظر الاستئنافين إلى محكمة الاستئناف تناقضاً مع القواعد العامة لطريق الطعن بالاستئناف. فمحكمة الاستئناف هي محكمة درجة ثانية في كافة الأحوال، كما يمكن تبرير اختصاصها التبعي بنظر استئناف الحكم الأول بأن من يملك الأكثر يملك الأقل. ولا يستقيم هذا الحل في الغرض الثاني الذي ينعقد فيه الاختصاص بنظر استئناف الحكم الثاني إلى المحكمة الابتدائية بينما يكون الاختصاص بنظر استئناف الحكم الأول منعقداً لمحكمة الاستئناف. فلا يمكن التسليم في هذا الغرض بقاعدة إمتداد اختصاص المحكمة الابتدائية ليشمل بطريق التبعية الاستئناف المرفوع عن الحكم الأول. فالطعن بالاستئناف يفترض رفع الطعن إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم (المواد ٤٧/٢، ٤٨، ٤٩ مراقعات). فإنما تخالف هذا المفترض فقد طريق الطعن صفته كاستئناف. ويؤدي إعمال قاعدة الامتداد في هذا الغرض إلى مخالفة هذا المبدأ. فاستئناف الحكم الأول وهو حكم صادر بحسب الغرض من محكمة ابتدائية يتم أمام المحكمة الابتدائية وهي محكمة من ذات درجة المحكمة التي أصدرت الحكم، وهي بذلك لا تعتبر محكمة استئناف بالنسبة لهذا الحكم ولا يصدق على الطعن المرفوع إليها صفة الطعن

بالاستئناف . وتحول هذه الإعتبارات دون أن يؤول الاختصاص بنظر استئناف الحكم الأول إلى المحكمة المختصة أصلياً بنظر استئناف الحكم الثاني وهي المحكمة الابتدائية .

ولا نستطيع مع ذلك القول (والحديث مازال للدكتور أحمد زغلول) بتجزئة نظر الاستئنافين . فالصيغة التي وردت فيها المادة ٢٢٢ مرافعات قاطعة في توجه إرادة المشرع إلى عقد الاختصاص بنظر استئناف الحكمين لمحكمة واحدة . ولكننا نرى دفعاً لهذا التناقض أن يؤول نظر الاستئنافين إلى محكمة الاستئناف وهي المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بصفة أصلية بنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم الأول ، فهي وحدها التي يصدق عليها وصف المحكمة الأعلى درجة بالنسبة للحكمين معاً .

وتفريعاً على ذلك فإنه إذا رفع الاستئناف عن الحكم الثاني إلى المحكمة الابتدائية ولم يكن الاستئناف عن الحكم الأول قد رفع بعد فإن هذا الحكم يعتبر مستأنفاً بقوة القانون وتلتزم المحكمة الابتدائية بإحالة الاستئنافين إلى محكمة الاستئناف المختصة أصلياً بنظر استئناف الحكم الأول .

أما إذا كان استئناف الحكم الأول قد رفع بالفعل أمام محكمة الاستئناف فإن المحكمة الابتدائية المرفوع إليها استئناف الحكم الثاني تلتزم بحالته إلى محكمة الاستئناف لتتظر الاستئنافين معاً .

المبحث الثانى نطاق الطعن وآثاره

تمهيد :

يترتب على رفع الطعن عن حكم معين أيا كانت طريقة الطعن توليد أثر ناقل ، ويقصد بهذا الأخير نقل النزاع الذى طرح على المحكمة المطعون فى حكمها فى حدود ما فصل فيه ، وفى حدود ما رفع عنه من طعن ... والأثر الناقل للطعن هو الذى يحدد إطار الخصومة أمام محكمة الطعن ، وهو الذى يحدد سلطات هذه المحكمة ... والأثر الناقل للطعن يختلف بحسب ما إذا كان الطعن المرفوع طعنا عاديا .. كالإستئناف ، أو كان طعنا غير عادى كالنقض ... لأن محكمة الطعن العادى ينتقل إليها النزاع برمته كنتيجة لرفع الطعن وفى حدود ما رفع إليها من طعن ، وتكون لها سلطة على النزاع من ناحية الواقع ومن ناحية القانون ... وفى الطعن غير العادى يقتصر الأثر الناقل على الأسباب المسموح قانونا ببناء الطعن عليها وبالتالي يتحدد نطاق الطعن بنطاق هذه الأسباب وحدها ، كما تتحدد سلطة هذه المحكمة بما نقل إليها .. ومن جهة أخرى فالأثر الناقل للطعن قد يتعرض لإتساع بقوة القانون ... (١) .

فإذا انتقلنا من هذا التعميم إلى حيز التخصيص فإن الذى يعنينا دراسته تفصيلاً هو الأثر الناقل للطعن الذى يبنى على وجود تعارض بين حكمين ، سواء عندما يكون هذا الطعن هو الإستئناف طبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات أم النقض طبقاً للمادة ٢٤٩ .

(١) د. نبيل عمر، المرجع السابق، بند ١٠٥١ .

وانطلاقاً من المغايرة التشريعية في النصوص ، فضلاً عن المغايرة في الطبيعة بين الطعنين من حيث المبدأ ، ناهيك عن تعدد الفروض وما يعكسه من أوضاع مختلفة تستعصى على وحدة الحلول ، فإنه يبدو مبرراً أن تنطلق خطة البحث في هذا المبحث إبتداءً من التساؤل الآتي : هل الطعن المبني على تعارض حكمين ينقل الحكمين معاً إلى محكمة الطعن أم حكماً واحداً فقط ؟ سوف يتبين لنا اختلاف الإجابة بحسب ما إذا كان طريق الطعن هو النقص أو الإستئناف ، بل وبحسب القوة الإجرائية التي عليها كل حكم خاصة بالنسبة لهذا الطعن الأخير .

وبحسب الإجابة التي ستعطي للتساؤل السابق ، سوف نتباين الحلول أو تتفق بالنسبة لسلطة محكمة الطعن وكذلك سلطة الخصوم .
وسوف يتضح كل ذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : نطاق الطعن بالإستئناف .

المطلب الثاني : نطاق الطعن بالنقص .

المطلب الأول نطاق الطعن بالاستئناف

سبق أن رأينا أن الطعن بالاستئناف عند تعارض الأحكام قد اتسع ليشمل فروضا متعددة . ثم إن كل فرض من هذه الفروض ينطوي بالضرورة على وجود حكيم . وقد يحدث أن يطرح الخصوم على المحكمة كلا الحكيم ، وقد يطرحون حكما واحدا . وهذا الأخير قد يكون هو الحكم الصادر أولا وقد يكون الصادر ثانيا . كما أن الحكم المطعون فيه قد يكون ابتدائيا وقد يكون انتهائيا . وقد تتوافر قوة إجرائية معينة في الحكم الأول عند صدور الحكم الثاني وقبل رفع الاستئناف ثم تتغير هذه القوة في وقت لاحق .

وهكذا يتفرع الفرض الواحد إلى عدة فروض جزئية . فهل توجد قاعدة واحدة تحكم نطاق الاستئناف في كل هذه الفروض ؟
لن نستطيع الإجابة على هذا التساؤل إلا بعد استعراض الفروض المختلفة التي ينعقد فيها الاختصاص بحل التعارض للمحكمة الإستئنافية ومعرفة نطاق الطعن بالنسبة لكل منها .

لذلك فإنه في ظل هذا الوضع يصير مفروضا على هذه الدراسة أن تبحث عن نطاق الاستئناف في حالة التعارض إنطلاقا من الفروض الآتية (والتي يخصص لكل فرض فيها فرع مستقل) .

الفرع الأول : نطاق الاستئناف عند التعارض بين حكم لاحق صادر في النصاب الإنتهائي وحكم سابق ما زال ابتدائياً .

الفرع الثاني : نطاق الإستئناف إذا صار الحكم السابق إنتهائياً قبل رفع الإستئناف .

الفرع الثالث : نطاق الإستئناف إذا كان الحكمان المتعارضان ابتدائيين .

الفرع الأول

نطاق الاستئناف عند التعارض بين
حكم لاحق صادر في النصاب الإنتهائي
وحكم سابق ما زال ابتدائياً^(٢)

سنتولى بادئ ذي بدء دراسة نطاق الإستئناف وسلطة محكمته وذلك في حالة ما إذا طرح الأطراف عليها ليس فقط الحكم الصادر لاحقاً وإنما أيضاً الحكم الصادر أولاً . ثم نتولى بعد ذلك حالة ما إذا اقتصر الطعن المرفوع من الخصوم على أحد الحكمين : إما الحكم اللاحق وإما الحكم السابق . فروض ثلاثة إذن يجب التعرض لها .

الحالة الأولى : أن يطرح الخصوم على محكمة الإستئناف الحكمين معاً .

في مثل هذه الحالة^(٣) تنطبق كافة القواعد التي تحكم موضوع

(٢) انظر في مدى ثبوت طريق الطعن بالاستئناف في هذا الفرض : ما سبق - ص ١٣٠ وما بعدها .

(٣) ويلاحظ أن هذا الفرض لا يتصور عادة توافره من الناحية العملية من خلال خصومة استئناف أصلية واحدة نظراً لأن المستأنف للحكم اللاحق يكون مجكوماً له في الحكم السابق ومن ثم لا ينتظر منه استئناف الحكمين معاً .

خصومة الإستئناف عندما يكون طعنأ عادياً . فالأثر الناقل للإستئناف ينقل الدعويين بحالتهما التي كانتا عليها أمام محكمة الدرجة الأولى ، بكل ما يشتمل عليه النزاع فيهما من طلبات ودفوع وأوجه دفاع وأدلة ، كما يكون للمحكمة الإستئنافية إعادة الفصل فيهما من جديد على ضوء ما انتقل إليها وأيضاً على ضوء ما قدمه الخصوم أمامها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة .

وهنا يلاحظ أنه عند اتحاد الدعويين - موضوعاً وسبباً وخصوماً - اللتين صدر فيهما الحكمان المتعارضان فإننا سنكون في الحقيقة أمام دعوى واحدة تفصل فيها المحكمة الإستئنافية بحكم واحد غير مقيدة بأي قيد . أي أن المحكمة لن تكون مقيدة بالحكم الصادر أولاً ، فهذا الحكم مستأنف هو الآخر .

وحتى عندما تكون الدعويان اللتان صدر فيهما الحكمان المتعارضان مختلفتين ولكن كانت إحداهما تمثل مسألة كلية أو أساسية بينما الثانية تمثل حقا آخر فرعى ، فإن المحكمة الإستئنافية سوف تعيد النظر في موضوع كل منهما غير مقيدة بالحكم الصادر في المسألة الأساسية ، فهو أيضاً

= كما لا يجوز الجمع قانوناً بين الاستئنافين في خصومة واحدة من خلال استئناف أصلي يوجه إلى أحد الحكمين واستئناف مقابل يوجه إلى الحكم الآخر من المستأنف عليه . إذ لا يجب أن يغيب عن الذهن أن الاستئناف المقابل لا يجوز في صحيح القانون توجيهه إلى حكم آخر غير الحكم المستأنف أصلاً .

وعلى العكس ، فإنه يتصور من الناحية العملية تواجد الاستئنافين أمام محكمة واحدة من خلال خصومتين يحدث ضم لهما وذلك إذا رفع أحد الخصوم استئنافاً أصلياً عن أحد الحكمين ثم رفع الطرف الآخر استئنافاً أصلياً عن الحكم الآخر . كما يتصور هذا الوضع أيضاً بعد أن يكون كل استئناف منهما رفع أمام محكمة مختلفة ثم حدثت إحالة من إحداهما إلى الأخرى .

مستأنف . كل ما هنالك أن الدعوى الأساسية تمثل - في منطق القانون - مسألة أولية بالنسبة للدعوى الأخرى ، وذلك فإن المحكمة الإستئنافية سوف تكون ملزمة - في صياغتها لحكمها - ببحث الدعوى الأولى (الأساسية) أولاً وعلى ضوء ما ستنتهي إليه من حكم فيها سوف تتوافق معه في حكمها - أو الشق من الحكم - في الدعوى الثانية (الفرعية) .

وعلى أى حال فإن الحكم الذى سيصدر من المحكمة الإستئنافية سيكون هو الحكم الوحيد فى القضية حالا محل الحكمين السابق صدورهما من محكمة أول درجة . ومن ناحية الصياغة الفنية فإنه لا مانع من أن يأخذ حكم الإستئناف هنا صورة تأييد أحد الحكمين والغاء الآخر .

الحالة الثانية : أن يطرح الخصوم على المحكمة الإستئنافية الحكم اللاحق فقط :

إذا ما تساءلنا عن نطاق الاستئناف فيما إذا اقتصر الطعن المرفوع من الأطراف على الحكم الصادر ثانياً فقط ، فإننا لن نجد الإجابة مختلفة عن تلك التى أعطيناها للحالة السابقة . فقد تكفل المشرع بوضع الحل الذى يضمن إعتبار الحكم الصادر أولاً مطعوناً عليه هو الآخر . فطبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات يعتبر الحكم الأول - والذى لم يحز بعد قوة الأمر المقضى - مستأنفاً ، بقوة القانون ، لمجرد رفع الإستئناف عن الحكم الثانى .

فى مثل هذه الحالة نشاهد فى الواقع توسعاً قانونياً لنطاق الأثر الناقل للإستئناف مما يودى إلى توسيع نطاق الخصومة فى الإستئناف (٤) . وفيما

(٤) د. نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، سابق الإشارة إليه - بند ١٠٣ . وانظر فى تبرير هذا التوسع وأن مرجعه علاقة الارتباط القائمة بين المراكز القانونية الموضوعية، ذلك الارتباط الذى ولّد مراكز قانونية إجرائية تمثلت =

عدا ذلك سيكون الحل هنا مماثلا لما رأيناه في الفرض السابق. أي سيكون للمحكمة الإستئنافية سلطة الفصل في الدعويين - أو الدعوى الواحدة في حقيقة الأمر - غير مقيدة بالحكمين السابقين ، وإنما ستعيد الفصل في النزاع بحكم تصدره هي على ضوء ما انتقل إليها وعلى ضوء ما سيقدمه الخصوم أمامها من دافع أو أوجه دفاع أو أدلة جديدة .

الحالة الثالثة : أن يطرح الخصوم على المحكمة الإستئنافية

الحكم السابق فقط :

تجدر الملاحظة أن الحديث عن التوسع القانوني لنطاق الأثر الناقل للإستئناف في الحالة السابقة يفترض - وبصريح عبارة المادة ٢٢٢ مرافعات - إستئناف الخصوم للحكم الصادر لاحقا . ولذلك فإن السؤال الذي يفرض نفسه هو التالي : ماذا لو صدر حكمان متعارضان ومع ذلك حدث العكس بأن قام الخصوم بإستئناف الحكم الصادر ، أولا ، فقط ، هل يتسع نطاق خصومة الإستئناف هنا أيضا ويشمل بقوة القانون الحكم الصادر لاحقا ؟

لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل لا يمكن أن تكون إلا نفيًا ، وذلك للحجج الآتية :

من ناحية أولى يجب أن نضع موضعا متقدما في الذهن أن اعتبار أحد الأحكام مستأنفا بقوة القانون إنما هو إستثناء على قاعدة الأثر الناقل للإستئناف والتي تعطى لإرادة الأطراف دورا فاعلا في تحديد نطاق الطعن أمام محكمة الإستئناف . ولذلك لا يجوز إعمال هذا الإستثناء إلا في الحالات التي ورد بشأنها وبشرط توافر المفترضات اللازمة لإعمال كل

- في اتساع الأثر الناقل للإستئناف من حيث الموضوع: نفس المؤلف، الارتباط

الاجرائى فى قانون المرافعات وأثاره، منشأة المعارف، ١٩٩٤ - بند ٩٥

وبند ١١٣ .

حالة . ونظرا لأن المادة ٢٢٢ مرافعات لا تواجه إلا حالة استئناف الخصوم للحكم الصادر لاحقا وترتب عندئذ إستثناء على الأثر الناقل للإستئناف ، فإن هذا الإستثناء لا يجب التوسع فى تفسيره أو القياس عليه وبالتالي لا يمتد إلى الحالة العكسية أى حالة استئناف الخصوم للحكم الصادر أولا . وحتى إذا سمحنا - جد لا - بإمكانية القياس على الإستثناء فإنه يجب على الأقل أن يكون موضوع الإستئناف الذى طرحه الخصوم هو ، التعارض ، ، ولن يتوافر هذا الطرح خاصة إذا كان الإستئناف عن الحكم الصادر أولا قد رفع قبل صدور الحكم اللاحق .

ومن ناحية ثانية فإنه وبالإستناد أيضا إلى النظام الإستثنائى الذى يتضمنه نص المادة ٢٢٢ مرافعات وما يجب أن يستتبعه ذلك من وجوب أن يقتصر إعماله على الحدود التى ورد فيها ، فإنه يجب ملاحظة أن الحكم المطعون فيه من الخصوم وفقاً لهذا النظام الاستثنائى هو حكم نهائى ، . ولذلك كان مستساغاً أن يرتب المشرع على ذلك إمتداد سلطة محكمة الطعن إلى حكم آخر ، ابتدائى ، رغم عدم الطعن فيه صراحة من جانب الخصوم . أما إذا كان الحكم المطعون عليه من جانبهم هو الحكم الابتدائى فإنه لن يكون مقبولاً بنفس الدرجة أن يؤدى ذلك إلى إمتداد سلطة المحكمة الإستئنافية إلى حكم غير مطعون عليه من جهة ، ونهائى من جهة أخرى ، وخاصة أن مثل هذا الحكم لا يقبل الطعن أمام المحكمة الاستئنافية من حيث المبدأ .

وهكذا يتضح لنا أن ثمة اعتبارات قانونية تحول دون إمتداد استئناف الحكم الصادر أولاً إلى الحكم الصادر ثانياً . ولكن يجب أن نتساءل عما إذا كانت هذه النتيجة من شأنها أن تجعل مشكلة التعارض بين الحكمين بلا حل .

الواقع أن الأمر محصور في الفروض الآتية :

الفرض الأول : أن يصير الحكم اللاحق غير قابل للطعن فيه بالإستئناف (لفوات ميعاد الطعن فيه مثلا) . في هذه الحالة سوف تكون محكمة الطعن مقيدة بأن تحكم في موضوع الإستئناف المطروح بشأن الحكم الصادر أولاً فقط في الحدود التي يزول فيها التعارض بينه وبين الحكم الصادر لاحقاً . أي أنها سوف تقوم بإلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله رغم أنه هو الصادر أولاً . فواقعة أن هناك حكماً آخر قد صدر في ذات الموضوع وصار حائزاً لقوة الأمر المقضى - وهو الحكم اللاحق وغير المطعون فيه - يجب أن تكون محل إعتبار من قِبَل محكمة الطعن ما دامت هذه الواقعة مطروحة عليها من جانب الخصوم (٥) .

الفرض الثاني : هو نفس الفرض السابق ولكن دون أن تُطرح الواقعة السابقة على محكمة الطعن بالإستئناف . فيجب أن نضع في الإعتبار أن زوال التعارض في الفرض الأول يتطلب أن تكون محكمة الطعن قد علمت - قانوناً - بصدور حكم لاحق وحيازته لقوة الأمر المقضى . فإذا لم يصل إليها هذا العلم من خلال الوقائع التي عرضها الخصوم - وهذا هو الفرض الثاني - فإنها لا تستطيع الإعتداد بهذا الحكم . وعندئذ فإنها سوف تفصل في الإستئناف المعروض أمامها وتصدر في موضوعه حكماً قد يكرس مسألة التعارض أو على الأقل سوف يجعل المسألة الواحدة محكوماً فيها مرتين .

فإذا صدر الحكم في الإستئناف مكرساً لمسألة التعارض سوف يفتح

(٥) وليس معنى أن هذه الواقعة قد طرحت عليها من جانب الخصوم أن الحكم الصادر لاحقاً يعد مطروحاً على المحكمة لكي تعيد الفصل فيها فوضى فيه، فهذا الحكم كما قلنا لا يعد مستأنفاً بقوة القانون.

حينئذ باب جديد لحل المشكلة هو باب الطعن بالنقض وقد توافرت مفترضاته وأهمها وجود حكمين نهائيين ومتعارضين في ذات النزاع (٦) .

الفرض الثالث : أن يرفع استئناف آخر - في الميعاد - عن الحكم الصادر لاحقاً . في هذه الحالة سوف يصير الحكمان - السابق واللاحق - مطروحين على المحكمة الإستئنافية والتي تستطيع بالتالي أن تعيد الفصل في النزاع الذي سبق أن فصل فيه هذان الحكمان ، ويكون حكمها حينئذ هو الحكم الوحيد فيه وبالتالي تزول مشكلة التعارض كما رأينا سابقاً (٧) .

الفرع الثاني

نطاق الاستئناف إذا صار الحكم السابق إنتهائياً
قبل رفع الاستئناف عن الحكم اللاحق

الفرض الذي نتشغل به الآن أنه صدر حكم لاحق إنتهائي (لصدوره في النصاب الإنتهائي لمحكمة أول درجة) متعارضاً مع حكم

(٦) ويلاحظ أن حل مشكلة التعارض من خلال طريق الطعن بالنقض هنا سيكون من خلال الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الاستئنافية، رغم أن الدعوى الموضوعية التي أعيد الفصل فيها بواسطة هذا الحكم هي الدعوى التي فصل فيها أولاً من محكمة الدرجة الأولى. أما الحكم الذي فصل فيها لاحقاً من محكمة الدرجة الأولى أيضاً ثم صار بعد ذلك حائزاً لقوة الأمر المقضى فإنه لن يكون محلاً للطعن بالنقض.

(٧) انظر: ما سبق - ص ٢٠٦ وما بعدها . ويلاحظ أن المشكلة الوحيدة التي تطرح نفسها بهذه المناسبة هي معرفة المحكمة المختصة بنظر الاستئنافين إذا ما رفع كل منهما أمام محكمة مختلفة وكانت كل منهما مختصة بما رفع إليها من حيث المبدأ. انظر في كيفية الجمع بين الاستئنافين في هذه الحالة - ما سبق - ص ٢٠٠ وما بعدها.

سابق كان غير حائز لقوة الأمر المقضى عند صدور الحكم اللاحق ثم حازها قبل رفع استئناف عن هذا الأخير .

من اللازم على الباحث هنا أن يضع موضعاً متقدماً في الذهن أن الحكم المطعون فيه يعد صادراً في النصاب الإنتهائي للمحكمة ، وأنه بالتالي لم يكن ليُقبل الطعن فيه بالإستئناف لولا أنه معيب بعيب هو التعارض مع حكم سابق . ولذلك فإنه يتعين على محكمة الدرجة الثانية المرفوع إليها الطعن أن تستبين أولاً من وجود هذا العيب حتى يكون الطعن مقبولاً . فإذا تبين لها عدم وجوده - أو تخلف شرط آخر من شروط القبول كشرط احترام ميعاد الطعن مثلاً - قضت بعدم قبول الإستئناف وانتهت القضية أمامها عند هذا الحد (٨) .

أما إذا تثبتت المحكمة الإستئنافية من وجود عيب التعارض ، فإنه يتعين عليها إصدار حكم في موضوع الإستئناف يزيل هذا التعارض . ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو الآتي : ما هو موضوع الإستئناف

(٨) وإذا كان هذا الحكم قد يزيل التجهيل القانوني حين أعلنت المحكمة الاستئنافية عدم قبول الطعن لعدم وجود تعارض وعندئذ ينتهي النزاع حول مشكلة التعارض، إلا أنه لا يحل المشكلة في أحيان أخرى وإنما - على العكس - يجعلها أكثر تعقيداً. من ذلك مثلاً الفرض الذي يكون فيه عدم القبول راجعاً إلى سبب آخر غير انتفاء التعارض، كرفع الطعن بعد الميعاد مثلاً. ففي هذا الفرض لن يكون متاحاً حل مشكلة التعارض بأي طريق من طرق الطعن. فالاستئناف قد استغلق بقوات ميعاده، والنقض مطلق هو الآخر لعدم استنفاد طريق الاستئناف أولاً. كما أن الالتماس لا يفتح في حالة التعارض الذي نشغل به - وهو التعارض بين حكمتين وليس داخل الحكم الواحد - لأنه ليس من أسباب الالتماس المحددة حصراً. انظر في أهمية حل التعارض بقوة القانون في هذه الحالة : ما سبق - ص ١٩٠ وما بعدها .

فى هذه الحالة ، هل هو كل من الدعوى الموضوعية التى فصل فيها الحكم الأول وتلك التى فصل فيها الحكم الثانى ؟

نسارع بالإجابة بالنفى - جزئياً - على هذا التساؤل . فالحكم السابق ليس مطعوناً عليه وليس قابلاً له . فمن ناحية أولى فإن المادة ٢٢٢، مرافعات تفتح باب الاستئناف فى حالة التعارض أمام الحكم اللاحق وليس السابق . ومن ناحية ثانية فإن اعتبار الحكم السابق مستأنفاً بقوة القانون طبقاً للمادة المذكورة مشروط بكونه ما زال غير حائز لقوة الأمر المقضى، بينما الفرض الذى نحن بصدد تناوله - من بين ما يتناول - حكماً سابقاً صار إنتهائياً عند رفع الإستئناف عن الحكم اللاحق . ومن ناحية ثالثة فإنه إذا كانت المادة ١/٢٢٩ مرافعات تجعل استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتماً إستئناف جميع الأحكام التى سبق صدورها فى القضية ، فإن المقصود بالأحكام السابقة هنا تلك التى صدرت فى ذات الخصومة التى انتهت بعد ذلك بالحكم المطعون فيه . أما الحكم السابق الذى نشتغل به نحن فالفرض أنه صدر فى خصومة مستقلة سابقة (٩) ، ولا يعتبر والحال كذلك مستأنفاً بقوة القانون طبقاً للمادة المذكورة .

(٩) ومع ذلك فإنه إذا صدر حكم فى شق من الموضوع أثناء الخصومة ثم صدر - مع انتهائها - حكم لاحق فى ذات المسألة ومتعارض مع الأول، فإن إصدار الحكم اللاحق يعد عدولاً من جانب المحكمة عن حكمها الأول .

ولكن ليس معنى ذلك أن هذا العدول من جانب القاضى يعد مشروعاً . فالواقع أنه لا يتفق مع قاعدة استنفاد القاضى لولايته (بافتراض أن الحكم الأول كان قطعياً، وهو بالفعل كذلك طالما كان صادراً فى مسألة موضوعية) .

المهم استخلاصه هنا أن المشكلة القانونية التى تطرحها هذه المخالفة هى أيضاً التعارض بين الأحكام . انظر فى هذه الملاحظة: ما سبق - ص ٧٩ وما بعدها .

لأن تدخل في نطاق الإستئناف، إذن الدعوى الموضوعية التي صدر فيها الحكم السابق وهذا الأخير من باب أولى . ثم يعد باقيا إذن سوى الحكم اللاحق والدعوى الموضوعية التي فصل فيها . ولذلك نتساءل ابتداء : هل سيكون مفروضا على المحكمة الإستئنافية نظر هذه الدعوى الأخيرة من جديد ؟ بعبارة أخرى : هل يعرف الإستئناف هنا أثرا ناقلا إعمالا للمادة ٢٣٢ مرافعات والتي تعبر عنه بقولها أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف ؟

الواقع أن خصوصية الإستئناف هنا - من حيث تقيده بعيب معين ومن حيث انفتاحه أمام حكم صادر في النصاب الإنتهائي وذلك على خلاف الأصل العام - لا تفقده طبيعته الأصلية كوسيلة لإعادة فحص النزاع (١٠) فهو إذا كان يبدأ كطعن إستثنائي أو كطعن بالمعنى الخاص (١١)، أو كطعن غير عادي (١٢)، إلا أنه يصير بعد قبول الطعن طريق طعن عادي تنظر فيه القضية من جديد ويصدر من خلاله حكم في موضوعها كلما كان ذلك لازما (١٣)، أو ليس هذا التفسير هو الذي تتحقق به فكرة التقاضي على درجتين ؟

ولكى نضع المسألة محل البحث في هذا المقام تحت الضوء ، فإنه

(١٠) انظر : د. فتحى والى، نظرية البطلان فى قانون المرافعات، الطبعة الثانية (تمام بتحديثها د. أحمد زغلول) ١٩٩٧، بند ٣٩٥ .

(١١) د. فتحى والى، الاشارة السابقة .

(١٢) د. نبيل عمر، المرجع السابق - ص ١٢١٧ .

(١٣) ويمكن تشبيه هذا الوضع بحالة محكمة التخص فى بعض التشريعات والتي تجعلها محكمة طعن غير عادي فى مرحلة قبول الطعن، فإذا صار الطعن مقبولا وانتهى إلى إلغاء الحكم المطعون فيه تحولت إلى محكمة طعن عادي وفصلت فى =

يبدو مفيداً التفرقة بين فرضين تُطرح فيهما مشكلة التعارض .
الفرض الأول : أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصل في ذات
الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق أشخاصاً وموضوعاً وسبباً .

لعل أول ما يتبادر إلى الذهن هنا هو سبق صدور حكم في موضوع
الدعوى المطروحة أمام المحكمة الإستئنافية ، وهو حكم غير مطروح
أمامها . ومؤدى ذلك أن حق الدعوى التي فصل في موضوعها هذا الحكم
قد انقضى وهو ما يعنى زوال سلطة المحاكم تجاه هذه الدعوى . هذا
الإنقضاء لحق الدعوى يعتمد في تأسيسه على المادة ١١٦ مرافعات .

وفي ضوء ذلك يبدو واضحاً الدور الذى يجب أن تقتصر عليه
المحكمة الإستئنافية التي تطرح عليها نفس الدعوى وإن كان بمناسبة
صدور حكم لاحق فيها . فالواجب على محكمة الطعن هنا أن تقوم بنفس
الدور الذى كان يجب على محكمة أول درجة القيام به عندما أُعيد طرح
نفس الدعوى عليها وهو الإمتناع عن نظر الموضوع وعن الفصل فيه .

ولكن ليس معنى ذلك أن تقوم المحكمة الاستئنافية بالحكم بعدم قبول
الاستئناف ، فالواقع من الأمر أن قبول الإستئناف يتطلب عدة شروط ليس
من بينها ما يتعلق بقبول الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف (١٤) .

= موضوع الدعوى كمحكمة موضوع . انظر مثلاً حالة محكمة التمييز اللبنانية:
المؤلف: التقاضى على درجة واحدة وعلى درجات ثلاث، مجلة الحقوق، العدد
الأول، ١٩٩٤، خاصة بند ٦٤ .

(١٤) هذا فضلاً عن أنه إذا حكمت المحكمة الاستئنافية بعدم قبول الاستئناف فإنها
بذلك تبقى على الحكم الصادر لاحقاً وهو ما يعنى تكريس مشكلة التعارض
وليس حلها .

ولذلك فإنه لا مانع من أن تحكم المحكمة الاستئنافية بقبول الطعن ثم تحكم بعد ذلك في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف لأنه ما كان يجب لأي محكمة أن تفصل في الموضوع بعد أن سبق الفصل فيه (١٥).

والذي يهم استخلاصه هنا أنه طالما تأكدت المحكمة الاستئنافية من تخلف شرط من شروط قبول الدعوى التي رفعت أمام محكمة أول درجة وصدر فيها الحكم اللاحق (والمستأنف) - وهي عملية يجب وفقاً لمنطق السير الطبيعي للأمور أن تقوم بها المحكمة الاستئنافية في مرحلة مبكرة قبل تناول الموضوع، ويتم ذلك من تلقاء نفس المحكمة خاصة بالنسبة لشروط القبول المتعلقة بالنظام العام ومن بينها شرط عدم سبق الفصل في النزاع - فإنها لن تفتح الباب أمام الخصوم للمجادلة في الموضوع، وبالتالي لن تثور الحاجة إلى البحث عما إذا كانت الدعوى تنتقل إلى المحكمة الاستئنافية بحالتها أم لا . فليس هناك أصلاً دعوى مقبولة حتى نبحث عن حالتها عند الانتقال .

وبناء عليه فإن الحكم السابق في الدعوى - والغير مطعون عليه - هو الوحيد الذي يظل منظماً للعلاقة بين الخصوم بشأن موضوع هذه الدعوى (١٦).

(١٥) ولا يكفي في هذا الصدد ما يقوله البعض (انظر : الدناصورى وعكاز ، المرجع السابق - ص ٩٥٩) من أن المحكمة الاستئنافية يتعين عليها في هذه الحالة أن تقضى بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها . فالواقع أن عدم الجواز هنا سوف يكون ، السبب القانوني ، الذي سيستند إليه حكم الإلغاء الصادر من المحكمة الاستئنافية . أما مجرد الحكم بعدم الجواز فإنه سيثير لبساً فعلياً حول مضمون الحكم الاستئنافية وما إذا كان يتضمن - بطريق اللزوم العقلي - أم لا حكماً بإلغاء الحكم المستأنف .

(١٦) والفرض - بطبيعة الحال - أن هذا الحكم قد فصل في الموضوع وإلا ما ثارت مشكلة تعارض أصلاً بينه وبين الحكم اللاحق . انظر في أن مفترضات التعارض لا تقوم إلا بشأن الأحكام الفاصلة في الموضوع: ما سبق - ص ٧٦ وما بعدها .

الفرض الثاني : أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصل في مسألة متفرعة عن المسألة الأساسية التي فصل فيها الحكم السابق .

لا شك أن اختلاف معطيات هذا الفرض عما سبقه يستلزم إختلافا في الحل الواجب إعطاؤه . فسبق صدور حكم في المسألة الأساسية لم يكن يعنى إنقضاء حق الدعوى بشأن المسألة الفرعية . ولذلك فإن هذه الأخيرة تستلزم صدور حكم في موضوعها من المحكمة الإستئنافية . كل ما هناك أن هذا الحكم يجب أن يكون متوافقا مع الحكم الصادر في المسألة الأساسية .

ولذلك وبالنظر إلى أن الطعن بالإستئناف هو طعن عادى حتى طبقا للمادة ٢٢٢ مرافعات وذلك بعد مرحلة القبول (١٧) ، كان من الطبيعي أن يتحدد نطاق القضية في الإستئناف على النحو الآتى :

أولاً : بمقتضى قاعدة الأثر الناقل للإستئناف . وطبقا لهذه القاعدة فإن الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف ستكون معروضة على المحكمة الإستئنافية بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف ، أى سينتقل لمحكمة الطعن الطلبات والدفع والأدلة التي كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة إلا ما سقط منها أو استهلك (١٨) ، كما لن تقبل طلبات جديدة في الاستئناف إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك (١٩) ،

(١٧) انظر: ما سبق - ص ٢١٥ .

(١٨) انظر في الأثر الناقل للإستئناف وقبوده: د. نبيل عمر، الطعن بالاستئناف، سابق

الإشارة إليه - بند ٢٧٩ وما بعده ، د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٦٣٩ وما بعدها .

(١٩) انظر في قاعدة عدم جواز الطلبات الجديدة في الاستئناف والاستثناءات الواردة

عليها: د. نبيل عمر، المرجع السابق، بند ٢٩٥ وما بعده ، د. فتحي والى، المرجع

السابق - بند ٣٦٨ وما يليه ، د. أحمد هندی، مبدأ التقاضى على درجتين، مكتبة

ومطبعة الإشعاع الفنية، ١٩٩٢ - بند ٣٦ وما يليه .

وكذلك لن يُقبل تدخل الغير في الاستئناف أو إدخاله إلا في أحوال استثنائية (٢٠) .

وثانياً : يتحدد نطاق القضية في الاستئناف بقاعدة أن المحكمة الاستئنافية تنظر القضية من جديد. وطبقاً لهذه القاعدة فإن للخصوم أن يقصروا طعنهم على جزء من الطلبات ، كما أن لهم تقديم أوجه دفاع ودفع وأدلة إثبات جديدة غير التي قدمت أمام أول درجة ، كما يكون للمحكمة الاستئنافية نفس السلطات التي كانت لمحكمة أول درجة من حيث الإثبات (٢١) .

وثالثاً : وتفريعاً على أن المحكمة الاستئنافية تنظر الموضوع من جديد، فإنها يجب أن تنقيد بواقعة سبق الفصل في المسألة الأساسية بحكم صار حائزاً لقوة الأمر المقضى. فالأثر الإيجابي للحجية المترتب على هذا الحكم (٢٢) يتمثل هنا في ضرورة تقيد محكمة الطعن بالفصل في الدعوى المستأنفة - والخاصة بالمسألة الفرعية - على وجه يتفق مع ما سبق أن قضى به في خصوص المسألة الأساسية .

ومن يعنى النظر في هذه القاعدة الفرعية - القاعدة المذكورة ثالثاً - لابد أن يخرج بنتيجتين أساسيتين هنا :

من ناحية أولى فإنه أياً كان وجه الخطأ الذي يمكن تصور نسبه إلى الحكم الصادر في المسألة الأساسية إلا أنه من وجهة النظر القانونية يعتبر

(٢٠) انظر في التدخل والإدخال في خصومة الاستئناف: د. وجدى راغب، المرجع السابق - ص ٦٤٦ وما يليها .

(٢١) انظر مع ذلك في اعتبار هذه النتائج من مستلزمات الأثر الناقل للاستئناف: د. فتحى والى، المرجع السابق - بند ٣٧١ .

(٢٢) انظر في معنى هذا الأثر وشروط إعماله: ما سبق - ص ٥٢ وما بعدها .

حكماً صحيحاً من كافة الوجوه ، خاصة أنه ليس مستأنفاً بعد أن صار حائزاً لقوة الأمر المقضى قبل رفع الاستئناف عن الحكم اللاحق. ولذلك يجب التقيد به دون مجادلة .

ومن ناحية ثانية فإن إعادة الفصل في موضوع الدعوى الفرعية على نحو يتفق مع الأساس الذي أعتمده الحكم الصادر في المسألة الأساسية سيجعل سلطة المحكمة الاستئنافية منحصرة بين إلغاء الحكم المستأنف أو تعديله ولا يتصور أن تمتد سلطتها بحيث يكون لها أيضاً تأييده ، فالفرض أن هناك تعارضاً بين الحكيمين ولن يكون التأييد سوى تكريس لهذا التعارض بينما الواجب إزالته .

ولكن هل يمكن أن تتغير هذه النتيجة على ضوء أوجه الدفاع أو الدفوع أو أدلة الإثبات الجديدة التي يملك الخصوم تقديمها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ؟

الواقع أنه ما دام أن حكم أول درجة المستأنف متعارضاً مع الحكم الصادر في المسألة الأساسية والذي يفرض حجيبته على المحكمة الاستئنافية بعد أن صار حائزاً لقوة الأمر المقضى وغير مطعون فيه ، فإنه أياً كان وجه الرأي في الأدلة الجديدة أو الدفوع أو أوجه الدفاع الجديدة التي يمكن تقديمها في الاستئناف ، فإن على محكمة الطعن وهي تعيد نظر القضية أن تتقيد بالحكم الصادر في المسألة الأساسية ، وهو ما يفرض عليها تعديل الحكم المستأنف الصادر في المسألة الفرعية أو إلغائه ، ولا تستطيع تأييده لأن في التأييد - كما قلنا - تكريس للتعارض .

ولكن ليس معنى ذلك أن منطوق هذا الرأي يصدق في إطلاقه : فثمة تغيير في سبب الطلب في الاستئناف أو الإضافة إليه (٣٣) يجعل حكم

(٣٣) انظر في أن نص المادة ٣/٢٣٥ مرافعات يستوعب تغيير السبب في الاستئناف أو إضافة سبب جديد للطلب: د. فتحي والي، المرجع السابق - بند ٣٦٩ .

أول درجة المستأنف متفقا في منطوقه مع صحيح القانون ويفرض على محكمة الطعن تأييده ، وفي نفس الوقت تصير مشكلة التعارض غير مطروحة . ففي ظل جواز تغيير السبب أمام الإستئناف لن تكون حجبة الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى غير المطعون فيه والصادر في المسألة الأساسية مقيدة لسلطة المحكمة الاستئنافية ، بل لم يعد مقبولا إعتبار هذه المسألة بمثابة مسألة أساسية إزاء القضية الجديدة - في سببها - أمام الإستئناف . ومن هنا يمكن لمحكمة الطعن أن تعيد نظر القضية التي أمامها دون تقيد بما انتهى إليه الحكم السابق غير المطعون عليه . وليس ثمة ما يمنعها - والحال كذلك - من تأييد - ولكن بأسباب جديدة - حكم أول درجة المطعون عليه .

ولإيضاح هذه المسألة نعطي مثالا بسيطا هو الآتي : إذا صدر حكم ببطلان عقد معين فإنه يعد فاصلا في مسألة أساسية بالنسبة للدعوى الفرعية التي ترفع بعد ذلك بإلزام أحد الطرفين بتنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد، بحيث إذا صدر حكم في هذه الدعوى الفرعية بإلزام معين صار متعارضا مع الحكم السابق . فإذا طعن في حكم الإلزام هذا أمام الإستئناف ولكن عدل المستأنف ضده من سبب طلبه واستند إلى عقد آخر غير الذي سبق صدور حكم ببطلانه ، فقد تنتهي محكمة الطعن - إستناداً إلى العقد الجديد - إلى تأييد حكم الإلزام في النتيجة التي انتهت إليها ، ولا يكون حكمها هذا متعارضا مع حكم بطلان العقد الآخر حيث لم يعد لحكم البطلان هذا حجبة تجاه دعوى الإلزام في ثوبها الجديد أمام الإستئناف .

الفرع الثالث

نطاق الاستئناف

إذا كان الحكمان المتعارضان ابتدائيين

سبق أن تساءلنا - بمناسبة البحث عن طريق الطعن الواجب الإتيان به - عن النظام القانوني الذي يحكم استئناف الحكم الابتدائي المتعارض مع حكم سابق ابتدائي هو الآخر، وانتهينا إلى خضوعه للمادة ٢٢٢ مرافعات (٢٤).

ولا شك أن تبني هذا الحل سوف تنعكس بصماته على نطاق الاستئناف، إذ أن هذا الأخير سوف يتسع - وبقوة القانون - ليشمل الحكم الصادر أولاً بجانب الحكم الصادر لاحقاً والمطعون عليه بواسطة الخصوم .

ولا شك أيضاً أن إتساع نطاق الاستئناف على هذا النحو سوف تنعكس أيضاً بصماته على سلطة المحكمة الاستئنافية . إذ ما دام الحكمان المتعارضان مطروحين أمامها فسوف يمكنها الغاؤها لتعارضهما ، وتصدر هي حكماً جديداً يحل محلهما ويكون هو الحكم الوحيد المحدد لمراكز الخصوم . ويكون الأمر كذلك حتى في الحالة التي يصدر فيها حكم الاستئناف مؤيداً لأحد الحكمين المطعون عليهما تأييداً كاملاً (٢٥) .

ويلاحظ أننا نفترض فيما سبق أن الحكم الذي طعن عليه الخصوم

(٢٤) انظر: ما سبق - ص ١٥١ وما بعدها .

(٢٥) انظر في أن حكم الاستئناف - عموماً - هو الحكم الوحيد في القضية حتى في حالة تأييده لحكم أول درجة: د. نبيل عمر، المرافعات، سابق الإشارة إليه - بند ١٠٦٣ .

هو الحكم اللاحق فقط أو الحكمين معاً السابق واللاحق. لكن ماذا لو كان الحكم المطعون عليه بالإستئناف هو الحكم الصادر أولاً فقط ؟ لا شك في جواز الاستئناف هنا نظراً لأننا بصدد حكم ابتدائي . ولا شك أيضاً في عدم خضوع الإستئناف في هذا الفرض لحكم المادة ٢٢٢ مرافعات لعدم توافر مفترضاتها ، فهي تفترض أن يوجه الطعن إلى الحكم اللاحق بينما الفرض محل البحث أن الطعن قد وجه إلى الحكم السابق فقط .

ولذلك لا مفر أمام هذا الوضع من التسليم بإخضاع الإستئناف هنا لحكم القواعد العامة . ولذلك فإن سلطة المحكمة الإستئنافية سوف تكون مقيدة بحدود الأثر الناقل للطعن وإقتصاره على ما طعن فيه فقط وهو الحكم الصادر أولاً فقط . ولن يحدث أثر ناقل بقوة القانون للحكم الصادر لاحقاً ، نظراً لأن هذه النتيجة الإستثنائية لا تترتب إلا إذا كان الإستئناف خاضعاً لحكم المادة ٢٢٢ مرافعات .

ولكن كيف تحسم المحكمة الاستئنافية التعارض في هذا الفرض ؟ يجب أن نلاحظ بادئ ذي بدء أن الاستئناف هنا مبني على أسباب ليس من بينها التعارض . فالمطروح عليها هو إعادة الفصل في النزاع من جديد وكأن الحكم المستأنف هو الحكم الوحيد الصادر في النزاع .

كما يجب أن نلاحظ ثانية أن الحكم الصادر لاحقاً غير مطعون عليه ، كما أنه ليس مقيداً لسلطة محكمة الطعن حتى ولو كان مطروحاً عليها بين أوراق القضية (٢٦) ، فهو حكم صادر لاحقاً ، من ناحية

(٢٦) يلاحظ أن عدم الطعن على حكم معين لا يمنع محكمة الطعن من أن تضعه في اعتبارها وتتقيد به أحياناً (كما لو كان حكماً له حجية تجاه النزاع المعروض أمامها) ولكن بشرط أن يكون مطروحاً عليها . ويقصد بهذه العبارة الأخيرة أن =

وإبتدائي، من ناحية ثانية ، وبالتالي ليس له حجية - حتى في أثرها السلبى - تجاه الحكم الذى سبقه والمطعون عليه .

ولذلك ليس أمام المحكمة الإستئنافية سوى إعادة الفصل فى النزاع من جديد على ضوء الوقائع والأدلة المعروضة أمامها . والحكم الجديد فى هذه الحالة قد يأتى متوافقاً مع الحكم الآخر غير المطعون عليه وعندئذ يزول التعارض (٢٧) . أما إذا لم يتحقق هذا التوافق فسوف تظل مشكلة التعارض قائمة تبحث عن حل آخر من خلال طرق الطعن المتاحة (٢٨) .

- يتمسك به أحد الخصوم أو أن تكون للمحكمة سلطة - بل واجب - إثارته من تلقاء نفسها بشرط أن تكون الأوراق المقدمة تفيد وجوده ولو لم يتم التمسك به صراحة، فالمهم أن المحكمة لا تحكم على أساسه اعتماداً منها على علمها الشخصى .

(٢٧) فلو فرضنا أن الحكم السابق قضى بصحة عقد بينما قضى الحكم اللاحق ببطلانه، ثم رفع الطعن بالاستئناف فى الحكم الأول فقط فتبين لمحكمة الطعن - ودون التقيد بالحكم اللاحق - أن العقد بالنقل باطل فحكمت بذلك زال التعارض بين الحكيمين .

ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أن وجود حكيمين فى ذات النزاع ينفى دائماً وجود أى مشكلة مادام هناك تطابق بينهما . فعندما يكون كل من الحكيمين صادراً بإلزام عبارة عن أداء مبلغ من النقود، فإن تطابق الحكيمين يمكن أن يودى فى هذه الحالة إلى إلزام المحكوم عليه بالأداء مرتين عن نفس الالتزام، وهى نتيجة يأبأها المنطق القانونى .

(٢٨) هذا الحل الآخر قد يجد مصدره فى الطعن بالاستئناف أيضاً، وذلك بأن يتم استئناف الحكم الابتدائى الآخر وهو الحكم الذى كان قد صدر لاحقاً .

وهنا سوف تنقيد المحكمة الاستئنافية بالحكم الاستئنافية الذى سبق صدوره، ولذلك سوف تلغى الحكم الابتدائى المطعون فيه لسبق الفصل فى النزاع بحكم حاز قوة الأمر المقضى رغم أنه صدر بعد الحكم الابتدائى المطعون فيه .

ولكن ماذا لو انقضى ميعاد الاستئناف بالنسبة للحكم الابتدائى اللاحق ؟ -

المطلب الثاني نطاق الطعن بالنقض

من المفيد أن نذكر هنا بالفرض الذي تكون فيه وسيلة فض التعارض هي الطعن بالنقض . هذا الفرض يتمثل في وجود حكم صادر بصفة إنتهائية - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - بالمخالفة لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى (٢٩) .

وكما رأينا بالنسبة لآثار الطعن بالاستئناف عند تعارض حكمين ، فإنه من المنطقي أن نتساءل أيضا عن آثار الطعن بالنقض المستند إلى المادة ٢٤٩ مرافعات ، أى عند التعارض .

فالفرض الآن أن الطعن بالنقض موجه إلى الحكم الصادر لاحقا . ونتساءل من ناحية أولى عما إذا كان هذا الطعن ينقل لمحكمة النقض النزاع الذي كان معروضا على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه . ونتساءل من ناحية ثانية عما إذا كان لهذا الطعن من أثر على الحكم الصادر أولا . ثم نتساءل أخيرا عن كيفية حل التعارض بواسطة محكمة النقض .

وهكذا يمكن دراسة نطاق الطعن بالنقض عند تعارض الاحكام من خلال الفروع الثلاثة الآتية :

= فى هذه الحالة يمكن الطعن بالنقض فى الحكم الاستئنافى بصفته صادراً على خلاف حكم سابق حاز قوة الأمر المقضى (هذا بافتراض أن الحكم الابتدائى اللاحق قد حاز هذه القوة قبل صدور الحكم الاستئنافى . أما إذا حازها فى وقت لاحق فسوف تتعقد المشكلة . انظر فى هذا الفرض الأخير : ما سبق - ص ١٦٩ وما بعدها) .
(٢٩) انظر فى تفصيلات هذا الفرض ، والتفرقة بين ما إذا كان الحكم اللاحق حائزاً لقوة الأمر المقضى منذ صدوره أم فى وقت لاحق : ما سبق - ص ١٦٢ وما بعدها .

- الفرع الأول : نطاق الطعن من حيث سببه .
- الفرع الثانى : نطاق الطعن من حيث محله .
- الفرع الثالث : كيفية حل التعارض بواسطة محكمة النقض .

الضلع الأول

نطاق الطعن من حيث سببه

بالنسبة للمسألة الأولى وهى ما إذا كان المطروح على محكمة النقض هو القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، فالإجابة على ذلك طبقاً للقانون المصرى - وفى أغلب التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسى مثلاً (٣٠) - أن الطعن بالنقض - وبخلاف الإستئناف - لا ينقل موضوع النزاع ويطرحة على محكمة النقض لإعادة الفصل فيه، وإنما هو يقتصر على طرح قضية أخرى هى البحث حول مخالفة الحكم للقانون (٣١) أو وجود تعارض بينه وبين حكم سابق .

وبناء عليه فإنه فى حالة الطعن بالنقض للتعارض فإن المحكمة العليا لن تشغل بالوقائع التى أكدها الحكم المطعون فيه ولن تسمح بتقديم دفوع أو أوجه دفاع أو أدلة إثبات جديدة بصددها (٣٢) . فكل ما يمكن

(٣٠) وكذلك فى القانون اللبنانى، انظر فيما يتعلق بالطعن بالتمييز فى هذا القانون: المؤلف، التفاضلى على درجة واحدة وعلى درجات ثلاث، سابق الإشارة إليه - بند ٦٤ .

(٣١) د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٢٨٠ .

(٣٢) انظر فى أن مبدأ ثبات النزاع أمام محاكم الطعن يتصف بالجمود أمام محكمة النقض: د. نبيل عمر، المرجع السابق - بند ١٧٤ .

إثارةً هو فقط وجود عيب ، خارجي ، عن الحكم المطعون فيه هو تعارضه مع حكم آخر سابق والتدليل على ذلك (٣٣) . ولذلك لا يمتد نطاق الطعن بالنقض المرفوع وفقا للمادة ٢٤٩ مرافعات إلى أي عيب آخر يمكن نسبته إلى الحكم المطعون فيه (٣٤) .

الفرع الثاني

نطاق الطعن من حيث محله

لا شك أن الطعن بالنقض المبني على التعارض يجب أن يوجه إلى الحكم الأحدث في التاريخ ، فهذا ما يستفاد بسهولة من نص المادة ٢٤٩ مرافعات . فهذا الحكم يمثل إذن محل الطعن الذي يمكن أن يقدمه الخصوم . أما بالنسبة لأثر الطعن بالنقض للتعارض على الحكم الصادر أولا ، فإن القاعدة التي تحكم نطاق القضية في النقض والتي تتمثل في أن هذا النطاق يتحدد بمحل الطعن دون غيره (٣٥) سوف تنطبق - لعموميتها - على الطعن بالنقض في حالة التعارض . وسوف يكون من نتائجها أن يقتصر

(٣٣) انظر في وجوب رفض الطعن إذا لم يقدم الطاعن صورة الحكم الذي يدعى

سبق صدوره وتعارضه مع الحكم المطعون فيه: نقض ٧٨/٥/١٥، مشار إليه لدى:

عز الدين الدناصورى وحامد عكار، التعليق، سابق الإشارة إليه ، ص ١١٥٤ .

(٣٤) فلا يجوز الاستناد إلى الخطأ في تطبيق القانون لخروجه (أى الحكم) على قواعد

الاختصاص الولائي أو نقصانه على خلاف الثابت في الأوراق أو قواعد الإثبات

أو الفساد فى الاستدلال أو القصور فى التسبيب، وإنما يجب أن ينصب الطعن على

النعى على الحكم فصله فى الدعوى على خلاف حكم سابق . انظر: نقض

١٩٧٨/٢/٢٣ مشار إليه لدى: محمد كمال عبد العزيز، سابق الإشارة إليه - ص ١٧٦١ .

(٣٥) د . فتحي والى ، المرجع السابق - بند ٣٩٨ ، د . نبيل ع مر ، الطعن بالنقض ،

سابق الإشارة إليه - بند ١٧٢ .

نطاق قضية النقض على الحكم اللاحق المطعون فيه دون أن يتسع هذا النطاق ليشمل الحكم السابق .

ومع ذلك يتفرد أحد رجالات الفقه - وهو استاذنا الدكتور نبيل عمر (٣٧) - برأى عكسي مؤداه أن الطعن بالنقض في الحكم الثاني بمقتضى المادة ٢٤٩ مرافعات يطرح الحكم الأول أيضا على محكمة النقض وبقوة القانون . وحجته في ذلك أن منطبق المشرع الذي تضمنته المادة ٢٢٢ مرافعات بخصوص مشكلة التعارض عند طرحها أمام المحكمة الإستئنافية والذي فرض عليه أن يعتبر الحكم الأول مطروحا على المحكمة لمجرد رفع الإستئناف عن الحكم الثاني ، هو نفسه المنطق الذي يؤدي إلى الرأى الذى يقول به فقيهننا فى نطاق النقض . ذلك لأن معرفة ما إذا كان الحكم الثانى قد فصل فى النزاع ذاته خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم يستلزم - فى نظر الرأى الذى نعرضه - هذا القول .

ومع التقدير الكامل لفقه استاذنا الكبير، فإننا لا نستطيع مع ذلك الإنحياز إليه ، وإنما نجد أنفسنا فى اتجاه آخر يفرق فى هذا الصدد بين الوضع أمام المحكمة الإستئنافية والوضع أمام محكمة النقض ، وينتهى إلى أن المطروح أمام هذه الأخيرة هو الحكم الثانى فقط . هذا الرأى الآخر يمكن أن يجد حجته - من وجهة نظرنا - فى الأسانيد التالية :

من ناحية أولى ، فإن اعتبار حكم معين غير مطعون عليه صراحة من جانب الخصوم مطعونا عليه حتما إنما هو إستثناء على القواعد الحاكمة للطعن - أيا كان نوعه - والتي تعطى لإرادة الخصوم الدور الفاعل فى

(٣٧) انظر : المرجع السابق - بند ١٠٩ .

تحديد نطاق الطعن بالنسبة للأحكام - أو أجزاء الحكم - القابلة له . وإذا كان
المشرع يملك وحده ناصية الإتيان بمثل هذا الإستثناء كما فعل بالنسبة
للإستئناف طبقاً للمادة ٢٢٢ مرافعات ، فإنه لا يجوز القياس عليه عند
الطعن بالنقض طبقاً للمادة ٢٤٩ ، إذ تقضى بذلك القواعد الأصولية الحاكمة
للتفسير في حالة الإستثناء (٣٧) .

وحتى إذا سلمنا - جدلاً - بأنه يمكن القياس على النص الإستثنائي
إذا كان الأساس الذي يقوم عليه القياس موجوداً ، وأنه يمكن بالتالي القول
هنا بامتداد الطعن بالنقض للتعارض في الحكم اللاحق إلى الحكم السابق ،
فهل هذا الأساس يعد بالفعل موجوداً ؟ في اعتقادنا أنه غير موجود هنا .
فأساس الإمتداد في الإستئناف أن الحكم الأول ما زال قابلاً للطعن فيه
بالنظر إلى أنه مازال ابتدئياً ، ولذلك فإن المشرع يعتبر إستئناف الخصوم
للحكم اللاحق عند التعارض مناسبة لحل مشكلة التعارض وفي نفس الوقت
إنهاء النزاع الذي أفرز الحكمين : الحكم المطعون فيه وأيضاً السابق
عليه (٣٨) .

(٣٧) ولذلك فإن المادة ٢٢٩ مرافعات والتي تنص على أن استئناف الحكم المنهى
للخصومة يستتبع حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ،
لا يوجد لها مقابل في الفصل الخاص بالنقض أو في الأحكام العامة ، ولذلك
لا يجوز القياس عليها بالنسبة للطعن بالنقض ، إذ هي خاصة بالاستئناف . انظر في
هذه الملاحظة : د . فتحي والي ، المرجع السابق - بند ٣٩٨ .

(٣٨) ولذلك إذا كان الحكم السابق قد حاز قوة الأمر المقضى قبل رفع الاستئناف عن
الحكم اللاحق ، فإن استئناف الخصوم لهذا الأخير لن يؤدي إلى امتداد الاستئناف
إلى الحكم الصادر أولاً ، انظر في هذا الفرض : ما سبق - ص ٢١٢ وما بعدها .

ذلك لأن اقتصار الطعن على الحكم اللاحق فقط وما قد ينتهي إليه من إلغاء لهذا الحكم، لن يحول دون تجدد المنازعة مرة ثانية أمام محكمة الطعن ذاتها بمناسبة الطعن بعد ذلك في الحكم الصادر أولاً - فالفرض أنه ما زال قابلاً للطعن - وإن كان هذا الطعن سوف يكون حينئذ مبنياً على أي سبب من الأسباب - فهو طعن عادي - وليس على سبب التعارض . ناهيك عن أن اقتصار الطعن على الحكم اللاحق قد لا يفضي بالضرورة إلى إلغاء هذا الحكم (٣٩) ، وهي نتيجة من شأنها أن تجعل مشكلة التعارض قائمة بالنظر إلى أن الحكم الأول لم يكن محلاً للطعن .

أما إذا كانت المشكلة مطروحة أمام محكمة النقض فالفرض أن الحكم السابق ليس قابلاً بصفة منفردة للطعن فيه أمامها ، وبالتالي فإن إقتصار الطعن على الحكم اللاحق وما سينتهي إليه من إلغاء لهذا الحكم سوف يقضى على مشكلة التعارض على نحو حاسم (٤٠) . فلن يطرح بعدئذ طعن في الحكم السابق على خلاف الوضع عند طرح المشكلة أمام المحكمة الاستئنافية .

(٣٩) يمكن تصور هذا الاحتمال متفقاً مع صحيح القانون حين يكون الحكم اللاحق المطعون فيه قد فصل في مسألة جزئية متفرعة عن مسألة كلية فصل فيها حكم سابق . ففي هذا الفرض لن تكون المحكمة الاستئنافية مقيدة بالحكم الصادر أولاً - إذا لم يكن مطعوناً عليه - وذلك حين تفصل في الطعن المرفوع عن الحكم اللاحق . وعندئذ قد تظل حالة التعارض قائمة .

(٤٠) ولن تكو هنا مشكلة التفرقة بين ما إذا كان الحكمان قد صدرا في دعوى تكرر رفعها والفصل فيها، أو أن أحدهما قد صدر في مسألة كلية شاملة بينما الآخر قد صدر في مسألة متفرعة عنها، فطالما أن الحكم السابق غير المطعون عليه كان حائزاً لقوة الأمر المقضى فإنه لا مناص - في صحيح القانون - من أن تقوم محكمة النقض بإلغاء الحكم اللاحق والمطعون فيه .

الخلاصة إذن أنه ليس هناك مقتضى لى يطرح الحكم الأول على محكمة النقض من أجل حسم مشكلة التعارض أو من أجل تصفية النزاع .

ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان التعرف على ما إذا كان الحكم الثانى قد فصل فى النزاع ذاته خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم يستلزم أن يقدم الخصوم صورة من الحكم السابق ، إلا أن ذلك لا يعنى إعتبار هذا الحكم مطروحا على محكمة النقض لى تقضى بتأييده أو إلغائه كما يذهب إلى ذلك منطق الرأى السابق . فالحقيقة أن الحكم السابق سوف يقدم لمحكمة النقض كدليل إثبات وليس كمحل للطعن . ليس هناك إذن تلازم حتمى بين الفصل فى مسألة التعارض وإعتبار الحكم السابق مطعونا عليه .

ومن ناحية ثالثة فإن الأخذ بالرأى محل المناقشة ينتهى إلى نتائج لا تتفق وخصوصية الطعن بالنقض للتعارض وفقا للمادة ٢٤٩ مرافعات . فهو ينتهى - وقد صار الحكمان السابق واللاحق مطروحين على محكمة النقض - إلى أن لهذه الأخيرة أن تقضى بنقض الحكم الأول أو الثانى أو الحكمين معاً . معنى ذلك إذن أن العيب المنسوب إلى الأحكام محل الطعن هو مخالفة القانون وليس عيب التعارض كما تقضى بذلك المادة ٢٤٩ .

فالواقع أن هذه المادة حين سمحت بالطعن بالنقض فى أى حكم إنتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته ولو كانت محكمة جزئية خروجاً على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة السابقة عليها والتى تقصر الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف ، إنما جعلت العيب المبرر للطعن هنا هو مجرد مخالفة الحكم اللاحق لحجية الأمر المقضى التى حازها الحكم السابق . ولذلك لا يهم أن يكون الحكم الأول صحيحاً وعادلاً ، فيجوز الطعن فى الحكم الثانى الذى يناقضه ولو كان الحكم الأول قد خالف القانون أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام .

إذ حجبية الأمر المقضى تسمو على قواعد النظام العام^(٤١) .

ومؤدى هذه الخصوصية أن يقتصر محل الطعن بالنقض على الحكم اللاحق فقط ، وأن يقتصر دور محكمة النقض على هذا الحكم دون المساس بالحكم السابق . أما القول بغير ذلك فخرج على النظام الإستثنائى للطعن بالنقض والذي أتت به المادة ٢٤٩ مرافعات .

وهكذا ننتهى إلى أن نطاق الطعن بالنقض للتعارض إنما يقتصر على الحكم اللاحق فقط .

الفرع الثالث

كيفية حل التعارض بواسطة محكمة النقض

انتهينا من كل ما سبق إلى أن الحكم المطروح على محكمة النقض لنقضه أو إيرامه هو الحكم اللاحق فقط ، وأن العيب الذى ستقتصر محكمة النقض على بحثه هو عيب التعارض .

فعلى فرض ثبوت هذا العيب أمام المحكمة العليا ، فإن السؤال الذى يفرض نفسه هو الآتى : كيف يمكن القضاء على هذا العيب ؟ بعبارة أخرى : هل ستقوم محكمة النقض بنقض الحكم المطعون عليه وإحالة الدعوى مرة أخرى إلى محكمة الموضوع كما هى القاعدة العامة فى دور المحكمة العليا ؟

الواقع أنه لا يترتب دائما على نقض الحكم وجوب إعادة القضية إلى محكمة الإحالة للفصل فيها ، فهناك حالات قد تنقض فيها محكمة النقض الحكم وتحكم فى الطعن بغير إحالة^(٤٢) ويتحقق ذلك فى بعض الأحوال

(٤١) د. فتحى والى، المرجع السابق - بند ٣٨٧ وهو يشير (انظر : هامش (٣) ص

٧٩١ تحت نفس البند) إلى نقض ١٤/٣/١٩٧٣ ، د. محمد كمال عبد العزيز،

المرجع السابق - ص ١٧٦٠ .

(٤٢) د. مصطفى كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٩ .

منها أن يحسم حكم النقض النزاع نهائيا بفصله في المسألة القانونية بحيث لم يبق بعد الفصل فيها مسائل قانونية أخرى أو مسائل تتعلق بالواقع (٤٣) .

ومتى أوضحنا هذا المعنى فإنه من اليسير بعد ذلك القول بأنه إذا ثبت لمحكمة النقض عيب التناقض تعين عليها أن تقتصر على نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة . فنقض الحكم اللاحق - أي إلغائه - يرجع إلى أنه حكم ما كان يجب صدوره أصلا من محكمة الموضوع لسبق الفصل في النزاع ، وبالتالي ليس هناك مبرر للحكم في موضوعه من جديد على أي وجه من الأوجه ، فقد فصل حكم النقض في النزاع نهائياً . ويزوال الحكم اللاحق يزول مفترض أساسى من مفترضات التعارض وهو وجود حكيمين ، إذ لم يعد معولاً عليه في العلاقة بين الخصوم سوى الحكم الصادر أولاً فقط (٤٤) .

على أن صحة هذا الحل لا تعنى أنه يصدق في إطلاقه . فهو وإن كان ينطبق عند التعارض بين حكيمين صدرا في ذات الدعوى خصوصاً وموضوعاً وسبباً ، إلا أنه لا يتلاءم مع فرض معين من فروض التعارض والمتمثل في التعارض بين حكيمين صدر الأول منهما في مسألة كلية شاملة وصدر الثانى في مسألة متفرعة عنها .

ففى هذا الفرض لا يكفى أن تقوم محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه والصادر فى المسألة الفرعية . فهذا النقض وإن أزال مفترضا من مفترضات التعارض حين ألغى أحد الحكيمين ، إلا أن موضوع القضية التى صدر فيها الحكم الملغى ما زال فى حاجة للفصل فيه ثانية . فالحكم

(٤٣) المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء محكمة النقض، مشار إليها لدى: د. مصطفى

كبيرة، المرجع السابق - ص ٧٩٠ .

(٤٤) نقض ٢ مايو ١٩٣٥، مجلة القانون والاقتصاد، سنة ٥ رقم ٥٧ صفحة ٢١٠ ،

مشار إليه لدى: د. مصطفى كبيرة، المرجع السابق - هامش (١) ص ٧٩٠ .

الصادر في المسألة الكلية لا يعنى عدم قبول الدعوى المرفوعة بالمسألة المتفرعة، ولا يكفي للتعويل عليه في العلاقة بين الخصوم بخصوص الحق الجزئي المتفرع . ولذلك لا بد في هذه الحالة من أن تأمر محكمة النقض بإحالة القضية إلى محكمة الموضوع^(٤٥) لتحكم فيه . أى في الدعوى المتفرعة . من جديد بناء على طلب الخصوم على أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه الأخيرة ، ألا وهى وجود وجه معين من أوجه التعارض .

فإذا حكمت محكمة الإحالة في الموضوع ، فقد يأتي حكمها متوافقاً مع الحكم الصادر في المسألة الأساسية وعندئذ تستقر حالة زوال التعارض^(٤٦) . أما إذا لم يتحقق هذا التوافق جاز الطعن بالنقض في حكم محكمة الإحالة على أساس التعارض أيضاً، وعندئذ سوف يكون الطعن للمرة الثانية . فإذا رأت محكمة النقض نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع^(٤٧) (مادة ٢٦٩ / ٤ مرافعات) . فهنا سوف يزول التعارض بأن تقوم محكمة النقض بالحكم في موضوع الدعوى المتفرعة عن المسألة الأساسية على نحو يتفق مع حكمها السابق بنقض الحكم ، وعلى نحو يجعل منطوق الحكم الذى يصدر منها فى الموضوع

(٤٥) اللهم إلا إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه . فعندئذ تقوم محكمة النقض بالفصل في الدعوى المتفرعة وعلى نحو يجعل حكمها متوافقاً مع الحكم الصادر في المسألة الأساسية وغير المطعون عليه .

(٤٦) إذ يلاحظ أن زوال التعارض لم ينشأ بصدور حكم محكمة الإحالة المتوافق مع الحكم الصادر أولاً في المسألة الأساسية، وإنما هو قد حدث منذ صدور حكم النقض .

(٤٧) انظر في أنه يجب للتصدى هنا أن يقتصر الطعن بالنقض للمرة الثانية على ذات ما طعن عليه في المرة الأولى: د. مصطفى كبيرة، المرجع السابق .

متوافقاً مع الحكم الصادر في المسألة الأساسية والغير مطعون عليه (٤٨) .

(٤٨) ويطلب لنا في النهاية أن نستعرض بإيجاز كيفية حل التعارض بواسطة محكمة النقض وفقاً للقانون الفرنسي .

فطبقاً لهذا القانون فإن الطعن بالنقض قد ينصب على حكم واحد فقط من الحكمين المتعارضين وقد ينصب على الحكمين معاً . لكن ليس معنى ذلك أن الطاعن بالخيار بين النظامين، وإنما لكل منهما شروطه .

فعندما يراد الطعن بالنقض على الحكم اللاحق فقط، يجب - أولاً - أن يكون هذا الحكم مما يقبل الطعن بالنقض وفقاً للمادة ٦٠٥ مراقعات فرنسي، أي يجب أن يكون حكماً صادراً بصفة انتهائية (لا يكفي إذن أن يكون صادراً في النصاب الابتدائي ثم صار نهائياً بفوات ميعاد الطعن بالإستئناف) . ويجب - ثانياً - أن يكون الطاعن قد سبق له الدفع أمام محكمة الموضوع بحجبة الأمر المقضى ولكن لم تأخذ هذه المحكمة بدفعه . ويجب - ثالثاً - أن يقدم الطعن بالنقض في ميعاد الطعن (وهو شهران وفقاً للمادة ٦١٢ مراقعات فرنسي) .

إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة وتأكدت محكمة النقض من قيام التعارض فإن سلطاتها تقتصر على إبطال الحكم المطعون فيه لصالح الحكم الصادر أولاً وغير المطعون عليه .

وكل ما سبق يستفاد من نص المادة ٦١٧ مراقعات فرنسي والذي يجرى نصحها على النحو الآتي :

Art. 617 - La Contrariété de jugements peut être invoquée lorsque la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée a en vain été opposée devant les juges du fond.

En ce cas, le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement second en date; lorsque la contrariété est constatée elle se résout au profit du premier.

أما الطعن بالنقض المنصب على الحكمين معاً فتحكمه المادة التالية وهي المادة ٦١٨ مراقعات فرنسي ويجري نصحها على النحو التالي :

Art. 618. - La contrariété de jugements peut aussi, par dérogation aux dispositions de l'article 605, être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu' aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait =

= déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté.

En ce cas, le pourvoi peut être formé même après l'expiration du délai prévu à l'article 612. Il doit être dirigé contre les deux décisions; lorsque la contrariété est constatée, la cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux.

والشرط الأول المستفاد من هذا النص هو أن الطعن بالنقض هنا يفترض قيام حكيمين لا يقبل أى منهما الطعن بطريق عادى . يستوى بعد ذلك أن تكون نهائيتهما راجعة إلى صدورهما كذلك أم إلى سب آخر . بل يمكن أن يكون أحد الحكيمين قد سبق الطعن فيه بالنقض .

والشرط الثانى الذى يجب توافره هو أن يطعن الخصم في الحكيمين معاً . وعندئذ لا يشترط رفع الطعن في الميعاد . كما لا يشترط أيضاً أن يكون قد سبق الدفع بحجية الأمر المقضى أمام محكمة الموضوع كما لا يشترط وحدة الخصوم . فمحكمة النقض الفرنسية قد اعتمدت قاعدة استقلال الطعن بالنقض للتعارض عن قاعدة الحجية لأن القصد منها علاج استحالة التنفيذ المتعاصر لحكيمين متعارضين أو انكار العدالة .

إذا توافرت الشروط السابقة المطلوبة وتأكدت محكمة النقض من قيام التعارض فإنها تقوم بفضه إما بإبطال أحد الحكيمين وإما بإبطال الحكيمين معاً . مع ملاحظة أن إبطال الحكيمين يستدعى بعد ذلك إعادة الفصل في النزاع من جديد لإصدار حكم فيه . وسلطة إصدار هذا الحكم مخولة من حيث المبدأ لمحكمة الموضوع وليس لمحكمة النقض . ولذلك سوف ينطبق في هذه الحالة نظام الاحالة .

انظر في الطعن بالنقض للتعارض في القانون الفرنسى تفصيلاً :

J. Boré, La Cassation en matière civile, 1980, avec mise à jour au 31 décembre 1987, Sirey, Paris, no 2015 et s. وحدة الخصوم أحكام النقض المشار إليها تحت رقم 200 و 201 فى الـ mise à jour .

خاتمة

١ - عندما وقع اختيارنا على فكرة تعارض الأحكام لكي تكون محلاً لهذه الدراسة ، كنا نعلم مدى تعقد المشكلة . فهل جعلناه تعقداً لا يخلو من النظام والدقة ؟ هذا ما سعيينا إليه ونأمل أن نكون قد حققناه .

٢ - وعندما شرعنا في تلمس أطراف المشكلة ، بدى لنا أنها محدودة الأثر من الناحية العملية . فهل كان ذلك مدعاة لعدم أهمية الخوض فيها ؟ لقد ثبت لدينا أن هذا الأثر المحدود للمشكلة هو الذى يضى - ويجب أن يضى - عليها مزيداً من الأهمية .

فمن الطبيعى أن تكون الأحكام المتعارضة نادرة فى ظل تنظيم قانونى يحتوى على عدة وسائل للوقاية من خطر التعارض بين الأحكام من خلال الحيلولة دون صدور حكمين فى النزاع الواحد . لذلك ألم تكن تستحق هذه الوسائل الدراسة المتعمقة التى تضعها فى ميزان التقدير وتبرز نواحي الضعف قبل نواحي القوة فيها حتى نخلص إلى التنظيم النموذجى الذى يجب على المشرع اعتماده ؟

يبدو أن الوقت والجهد لم يضيعا هدرأ . فقد خالصنا إلى أنه رغم وعى المشرع بأهمية وسائل الوقاية من التعارض بين الأحكام ، ورغم حرصه على تنظيم أكثر من وسيلة فى هذا الصدد حتى تنطلق المنافذ المختلفة التى قد تطل منها مشكلة محل البحث برأسها ، إلا أن هذه الوسائل التى تطويعها نصوص القانون المصرى بين جنباتها قابلة للإختراق ، وأنها بالتالى عاجزة بتنظيمها الحالى عن بلوغ الغاية التى تسعى إليها .

فبالنسبة للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع، يكفي أن نشير إلى أهمية تعديل القانون، بحيث يمكن للقاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه، وبحيث يقبل الحكم الصادر برفضه الطعن المباشر فيه، وبحيث يقف الفصل في الدعوى لحين الفصل في هذا الطعن عند رفعه، وبحيث تجوز الإحالة في بعض الأحوال للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى مؤخراً بدلاً من رفض الإحالة وذلك عند الاصطدام مع بعض قواعد الاختصاص التي لا يمكن التضحية بها.

وبالنسبة لطلب حل التنازع الإيجابي على الولاية، يجب أن يتدخل المشرع لكي يسمح بتقديمها الطلب عند قيام ذات النزاع أمام جهتين قضائيتين حتى قبل أن تقضى كل منهما باختصاصها، وبحيث لا يكون لمجرد تقديمه - عندئذ - أثراً واقفاً لأى من الخصومتين. بعكس الحال عندما يقدم هذا الطلب بعد أن تقضى كل من الجهتين باختصاصها. فنحن نؤيد المشرع في تنظيمه الحالي حيث يرتب أثراً واقفاً للطلب في هذه الحالة الأخيرة.

وبالنسبة للدفع بالحجية، يجب تعديل المادة ١٠١ إثبات حتى تنسجم مع المادة ١١٦ مرافعات، بحيث يكون للحكم القضائي الحجية الكاملة - أى في أثرها السلبي والإيجابي معاً - بمجرد صدوره بصفة قطعية في الموضوع حتى ولو كان ابتدائياً. فمثل هذا التعديل يمكنه إعطاء الحجية الفعلية الكافية لمنع تكرار الحكم في ذات الدعوى حين تفشل وسائل الوقاية الأخرى، خاصة وأن الدفع بالحجية هو خط الدفاع الأخير في هذه الجبهة.

وخلاصة ما نود التأكيد عليه في مجال وسائل الوقاية أنه لا حاجة للبحث عن وسائل بديلة، فالوسائل الحالية تكفي ويجب الإبقاء عليها، ولكن مع إدخال التعديلات التي اقترحناها وذلك حتى تكتمل لها الفعلية المرجوة.

٣ - وإلى أن يعدل المشرع من وسائل الوقاية، فإن عجزها الحالى فى بعض الأحيان عن الحيلولة دون ظهور مشكلة التعارض ، جعل وسائل العلاج المتاحة - أو التى يجب اتاحتها - موضوعاً لا يقل أهمية عن وسائل الوقاية. فطالما أن التعارض مسألة متصورة فى بعض الأحيان ومتحققة بالفعل فى احيان أخرى، كان مفروضاً على هذه الدراسة أن تعرج على وسائل العلاج بحثاً وتمحيصاً، خاصة وأن هذه الوسائل هى اساساً الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض. فلا شك أن اختلاف هذين الطريقتين عن بعضهما يستلزم رسم حدود كل منهما بدقة.

ولعل أول ما يلفت النظر هنا أن حرص المشرع على ضرورة علاج مشكلة التعارض إذا ما وقعت قد بلغ حداً يجعله يبيح بعض المحظورات فى هذه المناسبة. فمن ناحية أولى، يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى النصاب الانتهاى مادام الطعن مبنياً على وجود تعارض بين هذا الحكم وحكم سابق ، وذلك خلافاً للأصل العام والذى يجعل الاستئناف مخصصاً للأحكام الابتدائية . ومن ناحية ثانية ، فإن الطعن بالاستئناف فى الحالة السابقة يجعل الحكم الابتدائى الصادر أولاً مستأنفاً هو الآخر بقوة القانون، وذلك خلافاً للأصل العام والذى يجعل الأثر الناقل للاستئناف قاصراً على ما طعن عليه الخصوم . ومن ناحية ثالثة، يجوز الطعن بالنقض فى أى حكم انتهاى أياً كانت المحكمة التى أصدرته - أى حتى ولو كانت محكمة جزئية - مادام الطعن مبنياً على وجود تعارض بين هذا الحكم وحكم سابق انتهاى ، وذلك خلافاً للأصل العام والذى يجعل الطعن بالنقض قاصراً على الاحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ، العالى .

ولكن هل أدى كل هذا الخروج على القواعد المألوفة إلى النتيجة التى يريدها المشرع وهى وجود وسيلة علاج - من خلال طرق الطعن - لكل

فرض من فروض التعارض ؟

٤ - لقد تكشف لهذه الدراسة أن هناك من فروض التعارض ما لا يمكن معالجته من خلال طرق الطعن. هذه الفروض هي :

(أ) التعارض بين حكم صادر من محاكم الدرجة الأولى بصفة انتهائية وفي غير حالات النصاب الانتهائي (كما لو صدر حكم في النصاب الابتدائي ولكن ينص القانون على انتهائيته أو كان هناك اتفاق بين الخصوم على انتهائيته) وحكم سابق ابتدائي .

فالصياغة الحالية لنص المادة ٢٢٢ مرافعات تحول دون الطعن بالاستئناف في الحكم اللاحق لأنه ليس صادراً في النصاب الانتهائي . كما أن المادة ٢٤٩ مرافعات تجعل الطعن بالنقض غير جائز هنا لعدم نهائية الحكم الصادر أولاً .

ولقد اقترحنا حلاً لهذه المشكلة وهو الانتظار لحين صيرورة الحكم الصادر أولاً إنتهائياً بفوات ميعاد الطعن بالاستئناف فتتوافر عندئذ مفترضات الطعن بالنقض طبقاً للمادة ٢٤٩ مرافعات . هذا ما لم يتم إلغاء هذا الحكم من خلال الاستئناف - إذ ما طعن فيه استقلالا - وعندئذ تزول مفترضات التعارض .

(ب) التعارض بين حكم صادر من محاكم الدرجة الأولى بصفة ابتدائية ثم سقط حق الطعن فيه (بقبول المحكوم عليه للحكم أو لفوات ميعاد الاستئناف أو لانقضاء خصومة استئنافه بالسقوط أو الترك أو التقادم) وحكم سابق انتهائي .

فالاستئناف هنا غير جائز لسقوط حق الطعن هذا ، والنقض أيضاً غير جائز وفقاً للفقهاء السائد بسبب عدم استفاد الاستئناف أولاً .

ولقد اخلصنا في هذا الصدد إلى ضرورة التحلل من حكم القواعد

العامة نظراً لوجود تبرير عملي وأخر قانوني يجعلانا نجيز الطعن بالنقض هنا اكتفاء بصيرورة الحكم اللاحق - وهو الحكم الذي سيكون محلاً للطعن - انتهائياً وعدم جواز الاستئناف بصرف النظر عن عدم استفادته بالمعنى الواسع، وذلك حتى لا نجعل التعارض مشكلة مستعصية على أى حل قضائي، وخاصة أنه لا يوجد حل آخر خارج القضاء.

(ج) التعارض بين حكم صادر من محكمة استئنافية مع حكم سابق ابتدائي .

فهذا الفرض لا يدخل تحت مظلة المادة ٢٢٢ مرافعات حيث أن الحكم اللاحق، ليس صادراً عن محاكم الدرجة الأولى، ولا يدخل أيضاً تحت مظلة المادة ٢٤٩ مرافعات لأن الحكم السابق، ليس انتهائياً.

ولقد عرضنا في هذا الصدد الحلول المختلفة التي يمكن أن يتفق عنها الذهن القانوني، وانتهينا إلى أنه إذا صار الحكم الصادر أولاً انتهائياً بفوات الميعاد، انفتح باب الطعن بالنقض في الحكم الصادر ثانياً، وقدمنا - وقتها - التبرير العملي الذي نستند إليه .

ورغم أن الحلول التي اقترحناها لا تنطوي - من وجهة نظرنا - على إرهاب للنظم الاجرائية ولا تستنطق النصوص بما لا تحتمل، وكان ديدنها ألا نصل إلى نتيجة شاذة تأباها العدالة هي استحالة رفع التناقض بين حكمين، إلا أننا نفضل مع ذلك أن يتخذ المشرع موقفاً إيجابياً ويعتمد حلاً صريحاً . ونقترح عليه في هذا الصدد أن يعدل المادة ٢٤٩ مرافعات بحيث يجعل طريق الطعن بالنقض مفتوحاً كلما كان طريق الاستئناف مغلقاً لأي سبب من الأسباب، طالما أن الطعن يستهدف رفع التعارض بين حكمين .

٥ - ولكن حتى لو اعتمد المشرع الحل السابق ، فإن وسائل العلاج ستظل قاصرة عن استيعاب جميع الفروض المتصورة .

فعلى فرض أن طريق الطعن بالنقض - وهو الملاذ الأخير - كان متاحاً أمام حكّمين متعارضين ولكن حدث أن انقضى ميعاد الطعن دون رفعه ، ألا تقضى القواعد الحاكمة لمواعيد النقض بسقوط الحق في الطعن هنا ؟

لقد قلنا في هذه الدراسة أن على المشرع المصري أن يحذو حذو نظيره الفرنسي ويترك ميعاد الطعن بالنقض طليقاً بحيث يكون هذا الطعن متاحاً في أي وقت . فبذلك نضمن وجود طريق للعلاج مفتوح دائماً كلما وجدت حالة تعارض .

٦ - وقد لا يتصوب مشرعنا مثل هذا الحل بحجة أن وجود مواعيد حتمية للطعن أمر لازم لتحقيق غاية عليا هي استقرار الأوضاع ، رغم أنها لن تكون حجة مقنعة في ظل وجود حكّمين متعارضين . ولذلك فقد اقترحنا عليه حلاً آخر وهو أن يحذو حذو نظيره اللبناني مع بعض التعديل . هذا الاقتراح هو إضافة مادة إلى قانون المرافعات هي المادة ٢٤٩ مكرر نصها كالآتي : « إذا صدرت أحكام متناقضة وصارت باتة فلا ينفذ إلا الحكم الصادر أولاً . » وتبدو أهمية هذا الحل مضاعفة بالنظر إلى أن الأحكام الصادرة من محكمة النقض لا تقبل الطعن فيها بأي طريق حتى ولو صدرت متناقضة لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى . فوجود نص يعين الحكم الواجب النفاذ في هذه الحالة دون تدخل طرق الطعن يسمح بفض التعارض في هذا الفرض .

٧ - ولقد كانت خاتمة المطاف في هذا البحث هي كيفية حل

التعارض من خلال طرق الطعن حينما تكون متاحة . وإذا كانت هذه الكيفية تختلف في الاستئناف باختلاف ما إذا كان الطعن منصّباً على حكم واحد أم الحكمين وباختلاف درجة القوة الاجرائية لكل من الحكمين، وباختلاف ما إذا كان الحكم غير المطعون عليه مطروحاً بين أوراق القضية أم لا، فإن هذه الكيفية ليس لها من حيث الأصل إلا اتجاهاً واحداً أمام محكمة النقض حيث لن يكون مطروحاً عليها إلا الحكم اللاحق وحيث يجب عليها نقض هذا الحكم بعد التحقق من وجود مفترضات التعارض .

« وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين »

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

١ - د. إبراهيم نجيب سعد

- القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، منشأة المعارف (غير مذكورة سنة النشر).

٢ - د. أحمد أبو الوفا

- المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشرة، ١٩٨٦، منشأة المعارف.

- التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، ١٩٨٧، منشأة المعارف.

- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

- التعليق على نصوص قانون الاثبات، الطبعة الرابعة (طعة قام بتحديثها د. طلعت دويدار)، ١٩٩٤، منشأة المعارف.

٣ - د. أحمد السيد صاوي

- الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، ١٩٧١، دار النهضة العربية.

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٩٠، دار النهضة العربية.

٤ - د. أحمد حشيش

- مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، ١٩٩٧.

٥ - د. أحمد خليل

- طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن، ١٩٩٤، الدار الجامعية، بيروت.

- التقاضى على درجة واحدة وعلى درجات ثلاث فى القانون اللبناى، مجلة الحقوق، العدد الأول، ١٩٩٤.

٦ - د. أحمد ماهر زغلول

- أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية - ١٩٩٠.

- الموجز فى أصول وقواعد المرافعات، الكتاب الأول، التنظيم القضائى ونظرية الاختصاص، ١٩٩١.

- آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ١٩٩٢، دار النهضة العربية.

- الحجية الموقوفة، الطبعة الثانية.

٧ - د. أحمد مليجى

- الاختصاص القيمى والنوعى والمحلى للمحاكم والدفع بعدم الاختصاص والاحالة إلى المحكمة المختصة، دار النهضة العربية.

٨ - د. أحمد همدى

- مبدأ التقاضى على درجتين، ١٩٩٢، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية.

- ارتباط الدعاوى والطلبات فى قانون المرافعات، ١٩٩٥، دار الجامعة الجديدة للنشر.

٩ - د. أسامة المليجى

- شرح القواعد الإجرائية فى الاثبات، ١٩٩٧.

١٠ - د. أمينة مصطفى النمر

- مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، رسالة، منشأة المعارف، ١٩٦٧.

- قوانين المرافعات، الكتاب الأول، ١٩٨٢، منشأة المعارف.

- الدعوى واجراءاتها، ١٩٩٠، منشأة المعارف.

١١ - د. رمزي سيف

- الوسيط في شرح قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، ١٩٦٩، دار النهضة العربية.

١٢ - د. طلعت محمد دويدار

- طرق التنفيذ القضائي، ١٩٩٤، منشأة المعارف.

١٣ - د. عبد الحميد الشواربي.

- حجية الأكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقهاء، ١٩٩٠، منشأة المعارف.

١٤ - عز الدين الدناصوري وحامد عكاز

- التعليق على قانون المرافعات، الطبعة السابعة، ١٩٩٢.

١٥ - د. عزمي عبد الفتاح

- اساس الادعاء أمام القضاء المدني، ١٩٩١، دار النهضة العربية.

١٦ - د. فتحي والي

- قانون القضاء المدني اللبناني، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، دار النهضة العربية - بيروت.

- الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٩٣، دار النهضة العربية.

- نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية (قام بتحديثها د. أحمد زغلول) ١٩٩٧ .
- ١٧ - محمد كمال عبد العزيز
- تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥ .
- ١٨ - محمد نصر الدين كامل
- اختصاص المحكمة الدستورية العليا، ١٩٨٩، عالم الكتب .
- ١٩ - د. محمد نور شحاتة
- الاستئناف الاستثنائي ، ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية.
- ٢٠ - د. مصطفى كبيرة
- النقض المدني، ١٩٩٢ .
- ٢١ - د. نبيل اسماعيل عمر
- سبب الطلب القضائي أمام محاكم الاستئناف ، ١٩٧٨ ، منشأة المعارف .
- الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، ١٩٨٠ ، منشأة المعارف .
- النظرية العامة للطعن بالنقض ، ١٩٨٠ ، منشأة المعارف .
- أصول المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٨٦، منشأة المعارف .
- قاعدة امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون المرافعات، ١٩٨٨، دار الجامعة الجديدة للنشر .
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٩٤، دار الجامعة الجديدة للنشر .
- الارتباط الاجرائى فى قانون المرافعات وأثاره ، ١٩٩٤ ، منشأة المعارف .

٢٢ - د. وجدى راغب

- النظرية العامة للعمل القضائي ، ١٩٧٤ ، منشأة المعارف .

- مبادئ القضاء المدنى ، ١٩٨٧ ، دار الفكر العربى .

ثانياً : باللغة الفرنسية

1 - Boré (jacques)

- La cassation en matière Civile, 1980, mise à jour du 31 décembre 1987, Sirey, paris.

2 - Cadiet (Loïc).

- Droit judiciaire privé, 1992.

3 - Capron (Yves)

- juris - Classeurs de Procédure civile, V. Cassation, Fasc. 783.

4 - Vincent (Jean) et Guinchard (serge)

- Procédure Civile, 23e éd, Dalloz.

ص	الموضوع
١٤٥ - ١٢٧	مقدمة
الفصل الأول	
٢٠٥ - ١٤٦	وسائل الوقاية
١٤٣	تمهيد
المبحث الأول	
١٦١ - ١٤٦	الدفع بالأحالة لقيام ذات النزاع (أو الضم) - -
١٤٦	مناطه
١٥٠	تقديره
المبحث الثاني	
١٧٣ - ١٦٢	طلب حل تنازع الولاية أو الاختصاص
١٦٢	المطلب الأول : أهمية حل التنازع وحصر نطاق البحث
١٦٥	المطلب الثاني : حل التنازع الايجابي على الولاية
١٦٥	أولاً : مضمونه
١٦٦	ثانياً : تقديره
١٦٨	المطلب الثالث : حل التنازع الايجابي على الاختصاص
١٦٨	أولاً : غياب الحل التشريعي
١٧٠	ثانياً : الحلول المقترحة
المبحث الثالث	
١٨٢ - ١٧٤	الوقف التعليقي للخصومة
١٧٤	أولاً : ضرورته
١٧٦	ثانياً : تطبيقاته

١٧٨	ثالثاً: تقديره
		المبحث الرابع
٢٠٥ - ١٨٣	الدفع بالحجية
١٨٣	تمهيد
١٨٥	المطلب الأول: آثار الحجية
		الفرع الأول: عدم جواز رفع نفس الدعوى بعد الفصل فيها (الأثر
١٨٥	المسلبى)
١٨٦	الفرع الثانى: الالتزام بالأمر المقضى فى الدعوى الجديدة
١٨٦	المتفرعة (الأثر الايجابى)
١٨٧	المطلب الثانى: شروط الحكم الحائز للحجية
١٩١	المطلب الثالث: تقدير نظام الدفع بالحجية
١٩٢	الفرع الأول: مزايا الدفع بالحجية
١٩٤	الفرع الثانى: أوجه القصور
		الفصل الثانى
٢٥٢ - ٢٠٧	مفترضات التعارض
٢٠٧	تمهيد
		المبحث الأول
٢٣٧ - ٢٠٩	تعدد الأحكام
٢٠٩	تقسيم
		المطلب الأول: حصر مشكلة التعارض فى الأحكام الفاصلة فى
٢١٠	الموضوع
٢١١	الفرع الأول: التعارض بين حكمين موضوعيين
٢١٦	الفرع الثانى: التعارض بين حكمين مستعجلين

الموضوع

- الفرع الثالث : التعارض بين حكمين أحدهما موضوعي والآخر
٢١٦ مستعجل
- المطلب الثاني : خروج الأحكام الصادرة دون الفصل في الموضوع من
٢٢٠ نطاق مشكلة التعارض
- الفرع الأول : مدى التعارض بين حكمين صادرين باجراء من
٢٢٣ إجراءات الاثبات
- الفرع الثاني : مدى التعارض بين حكمين اجرائيين
٢٢٨
- (أ) حکمان اجرائيان صدرتا من خلال خصومتين مستقلتين
٢٢٨
- (ب) حکمان اجرائيان صدرتا في نفس الخصومة
٢٣١
- (ج) التعارض بين حكم اجرائي وحكم صادر في الموضوع
٢٣٣
- الفرع الثالث : مدى التعارض بين حكمين صادرين في مسألة قبول
٢٣٤ الدعوى
- (أ) حکمان صدرتا في خصومتين مستقلتين
٢٣٥
- (ب) حکمان صدرتا في نفس الخصومة
٢٣٦
- (هـ) التعارض بين حكم صادر في مسألة القبول وحكم صادر في
٢٣٧ الموضوع

المبحث الثاني

- ٢٣٨ - ٢٤٨ وحدة الدعوى
- المطلب الأول : وحدة الخصوم
٢٣٩
- ١ - ضرورتها
٢٣٩
- ٢ - ماهيتها
٢٤٢
- ٣ - أساسها
٢٤٤
- المطلب الثاني : وحدة المسألة المحكوم فيها
٢٤٦

المبحث الثالث

٢٥٢ - ٢٤٩

التعارض

الفصل الثالث

٢٣٠ - ٢٥٣

وسائل العلاج

٢٥٣

خطة البحث

المبحث الأول

٢٨٩ - ٢٥٥

الطعن بالاستئناف واتساعه لمعظم فروض التعارض

٢٥٦

المطلب الأول : التعارض بين حكم لاحق انتهائى وحكم سابق ابتدائى

٢٥٨

الفرع الأول : ضرورة أن يكون الحكم السابق ابتدائياً واللاحق إنتهائياً

٢٥٨

أولاً : الفرض أن الحكم السابق ابتدائى،

٢٦١

ثانياً : الفرض أن الحكم اللاحق إنتهائى،

٢٦٣

الفرع الثانى : استبعاد الاستئناف إذا كان الحكم اللاحق صادراً عن

غير محاكم الدرجة الأولى

٢٦٦

الفرع الثالث : القابلية للاستئناف إذا كان الحكم اللاحق صادراً فى

حدود النصاب الإنتهائى

٢٦٦

لاسباب أخرى

٢٦٧

أولاً : الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية بنص القانون

٢٧٨

ثانياً : الأحكام التى اتفق الخصوم على إنتهائيتها

٢٨٠

ثالثاً : الأحكام التى سقط حق الطعن فيها بالاستئناف

٢٨٣

المطلب الثانى : التعارض بين حكم لاحق ابتدائى وحكم سابق إنتهائى

٢٨٥

المطلب الثالث : التعارض بين حكمين ابتدائيين

المبحث الثاني

الطعن بالنقض

- ٣١٣ - ٢٩٠ واقتضاه على فرض التعارض بين حكمتين نهائيتين
- ٢٩٠ خطة البحث
- ٢٩١ المطلب الأول : مفهوم الحكم النهائي
- ٢٩٤ المطلب الثاني : استبعاد طريق الطعن بالاستئناف عند التعارض بين حكمتين إنتهائيتين
- ٢٩٥ المطلب الثالث : سبب انتهائية الحكم اللاحق وتأثيره على طريق الطعن الواجب الاتباع
- ٢٩٥ تمهيد
- ٢٩٦ الفرع الأول : ثبوت الطعن بالنقض اذا كانت الصفة الانتهائية للحكم اللاحق أصلية
- ٢٩٧ الفرع الثاني : مدى استبعاد الطعن بالنقض إذا كانت الصفة الانتهائية للحكم اللاحق مكتسبة
- ٣٠١ المطلب الرابع : الوقت الذي يعتبر فيه الحكم السابق انتهائياً وتأثيره على طريق الطعن الواجب الاتباع
- ٣٠١ الفرع الأول : الحكم السابق كان انتهائياً - أياً كان سبب انتهائيته - وقت صدور الحكم اللاحق
- ٣٠٣ الفرع الثاني : الحكم السابق صار انتهائياً في وقت لاحق على صدور الحكم للثاني

الموضوع

ص

المبحث الثالث

٣١٩ - ٣١٤ طلب حل النزاع بواسطة المحكمة الدستورية العليا

المبحث الرابع

٣٣٠ - ٣٢٠ نقص وسائل العلاج الحالية والحلول المقترحة

٣٢٠

٣٢١

٣٢٤

طرح المشكلة
المطلب الأول : جواز الطعن للتعارض بعد انقضاء الميعاد (حل مقترح)

المطلب الثاني : فض التعارض بقوة القانون (حل مقترح)

الفصل الرابع

كيفية العلاج

٣٢٠ - ٣٣١

٣٣١

تمهيد

المبحث الأول

المحكمة المختصة بنظر الطعن

(خاصة الاستئناف)

٣٣٦ - ٣٣٣

المبحث الثاني

نطاق الطعن وأثاره

٣٧٠ - ٣٣٧

٣٣٧

٣٣٩

تمهيد

المطلب الأول : نطاق الطعن بالاستئناف

الفرع الأول : نطاق الاستئناف عند التعارض بين حكم لاحق صادر
في النصاب الانتهائي وحكم سابق مازال ابتدائياً

٣٤٠

٣٤٦

الفرع الثاني : نطاق الاستئناف إذا صار الحكم السابق انتهائياً قبل

رفع الاستئناف عن الحكم اللاحق

الفرع الثالث : نطاق الاستئناف إذا كان الحكمان المتعارضان

٣٥٦

ابتدائيين

ص

الموضوع

٣٦٠	المطلب الثاني : نطاق الطعن بالنقض
٣٦١	الفرع الأول : نطاق الطعن من حيث سببه
٣٦٦	الفرع الثاني : نطاق الطعن من حيث محله
٣٧٧ - ٣٧١	الفرع الثالث : كيفية حل التعارض بواسطة محكمة النقض
٣٨٣ - ٣٧٩	خاتمة
٣٩٠ - ٣٨٤	قائمة المراجع
	المحتوى

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الكويت

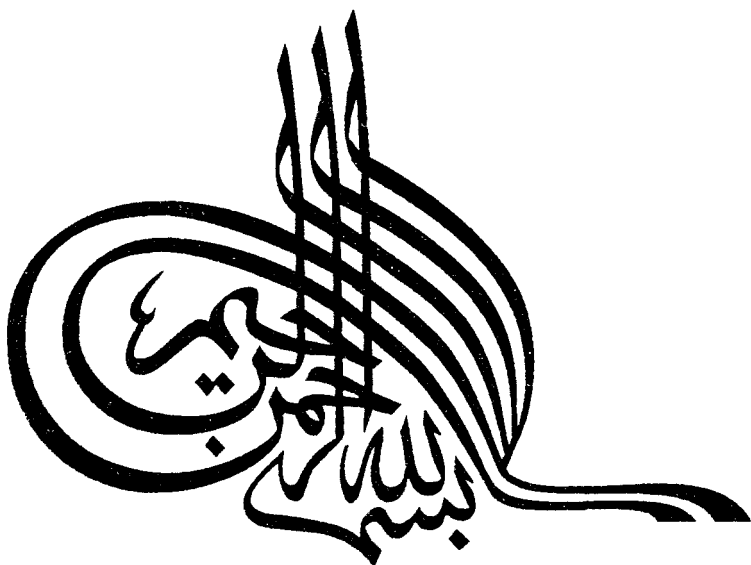
كلية الحقوق

ضمانات المتهم أمام سلطة
الاستدلال أثناء مباشرتها لإجراءات
التحقيق المخولة لها كاستثناء في التشريع
الكويتي
" دراسة مقارنة "

الدكتور

فاضل نصر الله عوض

الاستاذ المساعد بقسم القانون الجزائي



معاني أهم الاختصارات

ART. : Article.

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
Chambre Criminelle Française .

Cass. : Arrêt de Cour de Cassation .

D. : Recueil Dalloz .

Ed. : Edition .

Gaz. Pal. : Gazette de Palais .

No. : Numéro.

Op.Cit. : Ouvrage Précité .

P. : Page .

R.S.C. : Revue de Science Criminelle et de droit Comparé .

S. : Recueil Sirey .

T. : Thèse.

مجموعة الأحكام ورموزها التي وردت بها الإشارات في البحث

- مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية: م . ج . ق .
- مجموعة أحكام محكمة النقض : م . ج . ح .

التشريعات ورموزها التي وردت بها الإشارات في البحث

- قانون الإجراءات الجنائية المصري : أ . ج . م .
- قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي : أ . ج . ك .
- قانون العقوبات المصري : ق . ع . م .
- قانون الجزاء الكويتي : ق . ج . ك .

مقدمة

إن إقامة التوازن بين مقتضيات العدالة وحقوق الأفراد ، يجب أن لا تنتهى إلى إضاعة العدالة بانتهاك الحريات العامة للأفراد ، وإهدار حقوقهم بحجة البحث عن الحقيقة المتعلقة بالواقعة ونسبتها إلى المتهم . فالحقيقة هي المطلب المنشود ، ولكن يجب أن لا يغير عليها بأى ثمن ولو كان ذلك على حساب حريات الأفراد وحقوقهم .

وقد عنت الدساتير والقوانين الجزائرية الحديثة للدول بوضع مناهج للشرعية الإجرائية ، مقرررة نطاق قانوني لحرية الفرد ، يتضمن الأحكام والقواعد الخاصة بتنظيمها وحمايتها ولم تسمح بتقيدها إلا لضرورة حماية أمن المجتمع أو اقتضاء حق العقاب .

فتوفير الحماية للحريات الفردية واجب على عاتق الدولة ، والتزام يفرضه عليها واجبها كتنظيم يضم تحت جناحيه أفراداً يعيشون فيها ، ويتحقق ذلك من خلال تقرير مبدأ الشرعية الجنائية في جانبه الموضوعي وجانبه الإجرائي .

فإذا كانت القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية تعنيان بمكافحة الجريمة . فإنه يتعين أن يكون ذلك في إطار الشرعية والحرص على حماية الحقوق والحريات العامة ، بحيث لا ينبغى تقرير قيد على الحرية الفردية مالم يكن مستنداً إلى أساس قانوني .

وهذا الأساس القانوني السليم الذي يضمن الحرية الشخصية للمتهم يقتضى ألا يستتبع وقوع جريمة معينة توقيع عقوبتها تلقائي على الشخص مالم يسبق ذلك صدور حكم بالإدانة من جهة قضائية مختصة في دعوى جزائية يتم مباشرتها وفقاً لإجراءات محاكمة بضمانات تضمن سلامتها قانوناً وتكفل صدقها موضوعاً .

وقد أشارت إلى ذلك المادة الأولى من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي بقولها : " لا يجوز توقيع عقوبة جزائية إلا بعد محاكمة تجرى وفقاً للقواعد والإجراءات التي يقرها هذا القانون " .

وهي تقابل نص المادة ٤٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها : " لا يجوز توقيع العقوبات المقررة بالقانون لأي جريمة إلا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة " .

وبناء عليه لا يجوز أن يستوفى المجتمع حقه في العقاب بغير إتباع القواعد القانونية التي تنظم تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها والفصل فيها وتنفيذ العقوبة المستحقة على الجاني ، وهذه القواعد القانونية هي وسيلة المجتمعات الحديثة في استيفاء حقه في العقاب . وذلك لاستحالة استيفاء المضرور من الجريمة مباشرة حقه من الجاني . بل لابد من وجود الدولة ممثلة في سلطة قضائية تسهر على شئون العدالة وتلتزم بحسن توزيعها على المواطنين وفقاً لقواعد محددة سلفاً تحترم حقوق الإنسان وحياته الأساسية .

كذلك . إذا كان للمجتمع مصلحة في أن يعرف المجرم الحقيقي حتى لا يظل بدون عقاب . فإن هناك مصلحة أعم وأشمل وأجدر بالحماية وهي ألا

يدان برئى واحد ظلما وعدوانا ، ومن هذا المنطلق يقاس نجاح القانون بهدى التوافق بين مصلحة المجتمع في استيفاء حقه في عقاب الجاني وبين مصلحة الفرد في إثبات براءته وذلك عن طريق كفالة حق الدفاع عن نفسه .

غير أن القول السابق لا يعنى أن قضاء الحكم هو الذي يتحمل عبء الجريمة منذ لحظة وقوعها حتى صدور حكم بات فيها ، بل هناك من الأجهزة ما يعين قضاة الحكم على النهوض بعمله . وأحد هذه الأجهزة العامة جهاز الضابطة القضائية .

فبداية يسبق مرحلة الحكم مرحلة الاتهام والتحقيق ، والاتهام لا يبني على فراغ ، وإنما يتعين أن يقوم على دعائم قوية مؤداها اكتشاف الجرائم وجمع أدلتها وهو ما يتطلب القيام بعمل تمهيدي سابق على مرحلتي الاتهام والمحاكمة ، غايته اكتشاف الجرائم وجمع المادة التي تحوى أدلة الدعوى ، ودلائل إثبات التهمة أو نفيها .

وحيث إن جميع هذه المراحل هي مراحل متعاقبة ومتتالية فقد آثرت أن أتناول مرحلة التحرى والاستدلال ومدى ضمانات المتهم أمام سلطتها .

خطة الدراسة أو البحث :

نقسم البحث في هذا الموضوع إلى مبحثين : يتعلق أولهما بالتحريات (الاستدلال) . في حين ينصب الثاني على دراسة ضمانات المتهم أمام السلطة القائمة بإجراء التحريات .

انبحث الأول التحريرات (الاستدلال)

أولا : تعريف التحرى " الاستدلال :

ينصرف التحرى في مدلوله القانوني إلى مجموعة الإجراءات الأولية السابقة على تحريك الدعوى الجزائية والتي تهدف إلى التحرى والتثبت من وقوع جريمة وجمع معلومات كافية عنها تمكن سلطة التحقيق من التصرف النهائي في الواقعة أما ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية من عدمه (١) .
وهذه المعلومات يتم جمعها عن طريق مأموري الضبط القضائي .
ويطلق على المرحلة التي يتم فيها جمع تلك المعلومات مصطلح " مرحلة جمع الاستدلالات " أو التحريات .

ويثبت مأمور الضبط القضائي هذه الإجراءات الأولية في محضر يسمى بمحضر " التحرى " (م ١/٤٠) ، أو كذلك الانتقال وإجراءاته (م ٢/٤٠)
وأقوال المبلغين والشهود (م ١/٤١) ، وجميع الأعمال وال إجراءات بشأن الحادث سواء أدت هذه الإجراءات إلى نتائج أو لم تؤد (م ٢/٤١) ، وما يبديه من أقوال وما يتقدم به من دفاع (م ٤٢) .

(١) Pradel (Jean) , Droit pénal , Paris , 2 eme edition , 1980 , No. 321 , P. 355 , " Permet de rassembler les preuves assez vite, et Par consequent de décider sil ya lieu ou non de poursuivre principe d'aupartante des poursuites " , V. Jean LARGUIER , Droit Pénal général et procedure penale, Dalloz, 1977, P. 134 .

وقد أوجب المشرع الكويتي على الضابط القضائي أن يثبت في محضر التحرى وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها واسم ووظيفة محرر المحضر وتوقيعه (١) .

وعلى ذلك ، فالاستدلال يميز عن التحقيق الابتدائي في أنه ليس مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، فهو ليس إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي حيث إنه يعد مرحلة أولية سابقة على التحقيق الابتدائي تهدف إلى التمهيد له بجمع المعلومات ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يستند إلى الاستدلالات للحكم بالإدانة ، فأعماله تتم في غيبة الخصوم وغيبة الضمانات التي يتطلبها القانون لنشر الدليل (٢) .

وفى هذا المعنى استقرت محكمة النقض المصرية على الآتي : من المفروض في صحيح القانون أن إجراءات الاستدلال أيا كان من يباشرها لا

(١) وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي ، فقد أوجب في المواد ١٩ ، ٢٢ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ على تحرير المحاضر من قبل رجال الشرطة القضائية شريطة أن تكون مؤرخة وموقعة وشاملة على المعلومات والبيانات بصورة كاملة ، أنظر :
G. Stéfani et G. Levasseur

Procédure Pénale , Dalloz , 1973 , P. 236 .

وأنظر أيضا : د. محمود نجيب حسنى : شرح قانون ال إجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ن ١٩٨٨ ، فقرة ٥ ، ٨ ، ص ٤٩٩ .

Rene Garraud, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle, (٢)
et de procédure pénale, II , 1907 , No. 750, P. 613

تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية : بل هي من الإجراءات الأولية سابقة الذكر على تحريكها " (١) .

وهذا ما أكدته المادة ٤٦ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي التي تقول أن : " محاضر التحرى التي يحررها رجال الشرطة يجب عرضها على النيابة العامة أو محققي الشرطة بحسب الأحوال للتصرف فيها ومباشرتها وعلى هؤلاء التأكد من استيفائها " .

ولا يكون لهذه المحاضر حجة في الإثبات أمام القضاء والقانون الكويتي بهذا النص لم يخرج عما استقرت عليه أحكام محاكم النقض المصرية في عدم جواز الاستناد إلى محضر جمع استدالات الشرطة أو تحرياتها للقضاء بإدانة المتهم ، وهذا القول لا يمنع أن تساعد هذه التحريات القاضى على تكوين عقيدته في الدعوى .

ومن أحكام القضاء في الكويت إن " الأصل أن للمحكمة أن تعول فى تكوين عقيدتها على التحريات باعتبارها معززة لما ساقته من أدلة كانت مطروحة على بساط البحث إلا أنها لا تصلح وحدها لأن تكون قرينة أو دليلا أساسيا على ثبوت التهمة " (٢) .

(١) نقض ١٩٧٥/١١/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٦ رقم ١٦٧ ، نقض ١٩٧٥/٢/٢١ ، س ٢٦ رقم ١٨٧ ، ص ٨٥٢ ، نقض ١٩٧٩/١٠/٢٥ س ٣٠ رقم ٦٦ ، ص ٧٨٤ ، نقض ١٩٨٠/٣/٣ ، رقم ٦١ ، ص ٣٢٢ .

(٢) الظن ٩٠/١١٦ جزائي جلسة ١٩٩٠/٦/٢٤ منشور في مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ٨٦/١/١ حتى ٩١/١٢/٣١ في المواد الجزائية ، القسم الثانى المجلد الرابع ، يونية ١٩٩٦ .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع المصري في المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية نص على الآتي " يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصاتهم :

١ - أعضاء النيابة العامة ومعاونيها .

٢ - ضابط الشرطة وأمنائها والكونستبلات والمساعدين " .

وعلى ذلك فقد قصرت المادة المشار إليها صفة الضبطية القضائية على رجال الشرطة رتبة مساعد ، فمن يكون منهم أقل من هذه الرتبة فلا يعد من مأموري الضبط القضائي ، أما القانون الكويتي فإنه قد أسبع صفة الضبطية القضائية على كل رجال الشرطة دون الاقتضاء حتى رتبة معينة ؛ وذلك طبقا لما هو منصوص عليه في المواد ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ومايليها من مواد قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي حيث ذكرت الشرطة أو عبارة رجال الشرطة دون تخصيص لرتبة معينة ، وكان الأولى بالمشرع الكويتي تحديد صفة الضبطية القضائية حتى رتبة معينة كما فعل المشرع المصري ؛ وذلك لما لصفة الضبطية القضائية من مساس بالحرية الشخصية للفرد والتي يجب أن تصان ولا تمس إلا في أضيق الحدود .

ثانيا : أعمال الاستدلال أو التحريات :

عهد المشرع الكويتي لمأموري الضبط القضائي وظيفة جمع الاستدلالات اللازمة لإعداد عناصر التحقيق ، وتمكن سلطة التحقيق من اتخاذ القرار المناسب للتصرف في التهمة ، فالاستدلال ، كما قلنا هو مجموعة إجراءات أولية تهدف للتحري عن الجريمة والتثبت من وقوعها وجمع معلومات كافية

عنها تتيح لسلطة التمهيق التصرف فيها سواء برفع الدعوى أو بصرف النظر عنها .

فنصت المادة ٣٩ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على ما يلي " الشرطة هي الجهة الإدارية المكلفة بحفظ النظام ومنع الجرائم وتتولى إلى جانب ذلك . وطبقا لهذا القانون ، المهام الآتية : -

١ - إجراء التحريات اللازمة للكشف عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها وجمع كل ما يتعلق بها من معلومات لازمة .

٢ - تنفيذ أوامر سلطات التحقيق والمحاكمة في كل ما يتعلق بالتحقيقات أو المحاكمات .

٣ - تولى من ثبت له من رجال الشرطة صفة المحقق للتحقيق في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك .

وواضح من هذا النص أن مأموري الضبط القضائي يختصون بسلطة الاستدلال . وإذا أمعنا النظر إلى النص نجد أنه لم يشر أبدا في عباراته إلى " الضبط القضائي " ولكن الدستور الكويتي نص في صدر المادة ١٦٧ منه على أن " تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتشرف على شئون الضبط القضائي " ، وعرض المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ الخاص بقانون التنظيم القضائي لمأموري الضبط القضائي في المادتين ٥٢ و ٥٣ منه . فنصت الأولى على أن تتولى النيابة العامة تحقيق الدعوى الجزائية . ويجوز لها أن تندب مأموري الضبط القضائي ، ويكونون فيما يتعلق بأعمال هذه

الوظيفة تابعين للنياابة العامة ولها عليهم حق الإشراف في جميع أعمال التحقيق التي يقومون بها (١) .

ورجال الضبط القضائي يساعدون جهات التحقيق في أعمالها لأنها بناء على ما يقدمونه إليها من معلومات عن واقعة ما ، تستطيع أن تقيم الدعوى العامة أو لاتقييمها ، لعدم جدواها . وقد حدد الأستاذ Treilhand في المذكرة الإيضاحية لقانون الأصول الجنائية الفرنسي الصادر عام ١٨٠٨ شروطهم بأنهم يجب أن يكونوا كثيرين عددا ومتواجدين في كل مكان ، وأن يكونوا نشيطين ومثقفين ومستقيمين (٢) .

ثالثاً : المقارنة بين قانون الإجراءات الجنائية المصري وقانون الإجراءات الجزائية الكويتي :

يختلف ، فيما يتعلق بأعمال التحريات ، قانون الإجراءات الجنائية

(١) وقد جاء ذكر مأموري الضبط القضائي في عدة قوانين ، منها على سبيل المثال ما تنص عليه المادة السابعة من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦٧ بشأن الإشراف على التجار في بعض السلع والمواد من أن " يكون للموظفين الذين يندبهم وزير التجارة والصناعة لتنفيذ أحكام هذا القانون صفة الضبطية القضائية ... " كما تنص المادة ١٥ من المرسوم الأميري رقم ٨ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم استعمال أجهزة المواصلات اللاسلكية على أن " يقوم بالتفتيش على الأجهزة اللاسلكية المرخص بها موظفة إدارة البرق والتليفون المكلفون بذلك ، وكذلك ضباط الملاحة الجوية أو أى موظف آخر معين لهذا الغرض ، وذلك بقرار يصدر من رئيس إدارة البريد والبرق والتليفون . ويعتبر الموظفون المذكورون من رجال الضبطية القضائية ... " انظر د. حسن صادق المرصفاوى ، المرجع السابق ص ١٧٩ .

Lochré , xxv ., P. 236 .

Roux

Cours de droit Criminel Français, Sirey, T, II., P. 24.

عن الأستاذ :

في كتابه :

المصري وقانون الإجراءات الجزائية الكويتي بمجموعة من الفوارق على الرغم من أن كلا منهما يندرج في نطاق الإجراءات التي تستهدف البحث عن الجرائم وجمع أدلتها ومعرفة مرتكبيها . ويبين هذه الفوارق فيما يلي :-

تنص المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على الآتي :

“ يقوم مأمور الضبط القضائي بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى ” .

وتنص المادة ٢٤ أ ، ج على مايلي : “ يجب على مأموري الضبط القضائي ” أن يقبلوا التبليغ والاكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم . وان يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة ، ويجب عليهم وعلى رؤسيتهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم ، أو التي يعلنون بها بأية كيفية كانت . وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة ” .

ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها ، ويجب أن تشمل تلك المحاضر إضافة لما تقدم توقيع الشهود والخبراء .

وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة ” .

ومن هذا النص يتضح أن إجراءات الاستدلال في القانون المصري لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال حيث ذكر المشرع أهم هذه الإجراءات وأكثرها حصولاً في العمل ، ولم يحظر كما هو واضح من النص

ماعداه . يمكن القول بأن أهم هذه الإجراءات هو قبول التبليغات والشكاوى والحصول على الإيضاحات وإجراء المعاينات والتحفظ على أدلة الجريمة وتحرير محضر بما يتخذ من إجراءات .

وفى المقابل فقد نظمت المواد ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ من قانون

الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي ذلك وفقا لما يلي : -

فقد نصت المادة ١/٣٩ على أن " الشرط هي الجهة الإدارية المكلفة بحفظ النظام ومنع الجرائم ... "

وتنص المادة ٤٠ على الآتي : " تختص الشرطة بتلقى البلاغات عن جميع الجرائم ، وعليها أن تقوم بفحصها وجمع المعلومات المتعلقة بها وإثباتها في محضر التحرى أن يسمع أقوال المبلغين ، وله أن يستدعى الشهود ويسمع أقوالهم ويثبتها في محضره . ولكن لا يجوز له تحليفهم اليمين ولا إلزامهم بالتوقيع على أقوالهم " .

وتنص المادة ٤٢ على الآتي " يثبت رجل الشرطة أثناء تحرير محضر

التحرى ما يبديه المتهم من أقوال وما يتقدم به من دفاع ... "

ونصت المادة ٤٣ على الآتي : " لرجل الشرطة إذا شهد ارتكاب

جناية أو جنحة ، أو حضر إلى محل الحادث والجريمة لا تزال مشهودة أن يقوم بتفتيش المتهم أو مسكنه " .

ويتضح من هذه النصوص أن إجراءات الاستدلال أو التحرى في

القانون الكويتي لم ترد على سبيل الحصر أيضا حيث اقتصر المشرع مثله مثل

المشرع المصري في هذا الشأن في تحديده لأهم هذه الإجراءات ، ويمكن لنا وضع تعريف مبسط لها على النحو التالي :

١ - تلقي البلاغات : Reception des denociations

أعضاء الضابطة القضائية مكلفون بتلقي البلاغات على الجرائم التي ترد إليهم بشأنها ، لأن هذا العمل من صميم وظيفتهم ، فلا يحق لهم رفض أى تبليغ يقدم إليهم بوقوع جريمة ما ، وقد جرت العادة على تسمية البلاغ المقدم من المتضرر " شكوى " إذا لم يطالب فيها بتعويض مدنى . وتسمى دعوى مدنية إذا طالب فيها بتعويض مدنى (المادة ١١١ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي).

وقد نصت المادة ١٤ من قانون الإجراءات الجزائية (١) قائلة : " كل شخص شهد ارتكاب جريمة أو علم بوقوعها ، أن يبلغ بذلك أقرب جهة من جهات الشرطة أو التحقيق . ويعاقب من امتنع عن التبليغ مما لأه منه للمتهمين ، بعقوبة الامتناع عن الشهادة ، ولا يسرى هذا الحكم على زوج أى شخص له يد في ارتكاب هذه الجريمة أو على أصوله أو فروعه " .

(١) أوجب المشرع المصري في المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية على كل فرد يصل إلى علمه وقوع جريمة أن يقدم عنها بلاغاً ، ونصت المادة ٨ من قانون العقوبات المصري أيضاً على أن كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج أن يسارع إلى إبلاغ السلطات المختصة والا عوقب بالحبس مدة لا تزيد على ستين يوماً وغرامة لا تتجاوز ٥٠٠ جنية أو إحدى هاتين العقوبتين . كما نصت المادة ١٧ من قانون الإجراءات الفرنسي على أن " تلقى البلاغات يكون من اختصاص الضابطة القضائية . أنظر :

Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc " Procédure Pénale, 16 édition , Dalloz , P. 310 .

كما تنص المادة ١٤٣ جزاء على " كل من عدم بوجود مشروع لارتكاب جريمة أو تحريق أو سرقة في وقت يستطيع فيه منع ارتكابها ، أن يبلغ ذلك إلى السلطات المختصة أو الأشخاص المهتمين بها " .

ويتبين من مراجعة هذين النصين أن المشرع أوجب الإبلاغ عن الجرائم ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون الفاعل قد عين في التبليغ أم لم يعين ، ولا يهم أيضاً أن يكون التبليغ عن الجريمة قد تم كتابة أو شفويا .
وإذا قدم بلاغ إلى أحد رجال الضابطة القضائية (ضابط المخفر خاصة) . فإن عليه أن يفحصه ليرى وجاهته ، ويثبته في محضر التحرى ، ويكون إثباته بكتابة خلاصته ، ووضع تاريخه ، وعليه أن يخطر المحقق إذا كان الجرم جنحة ، ووكيل النيابة إذا كان جنائية (١) . وينص القانون على أن يكون هذا الإخطار فوراً ، غير أن القانون لم ينص على هذه السرعة إلا لحسن تنظيم العمل ، ولذلك لا يترتب على عدم التبليغ أو على التأخر فيها أى بطلان ، وليس من شأنه أن يضعف قوة الدليل الإثباتية (٢) .

أما الشكوى وهى تبليغ من نفس المجني عليه ، أو من وكيله بموجب توكيل خاص . يعبر عن رغبته في تحريك الدعوى الجزائية وتوقيع العقاب على المتهم . وهناك فرق بين الشكوى والبلاغ هو أن الأولى تصدر عن المجني عليه أو وكيله . أما البلاغ فإنه يصدر من أى فرد عن الجرائم التى أشارت

(١) د. عبد الوهاب حومد: الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية ، جامعة الكويت ، طبعة ١٩٨٩ ، ص ٣٠ .

د. حسن صادق المرصفاوى : أصول الإجراءات الجزائية ، طبعة ١٩٦١ ، ص ٣١٨ .

(٢) د رءوف عبيد : مبادئ الإجراءات الجنائية ، القاهرة ١٩٨٥ ، ص ٧٢ .

إليها المادة ١٤ من قانون الإجراءات الجزائية والمادة ١٤٣ من قانون الجزاء والذي هو فرض على كل من علم بوقوع جريمة ، بشرط أن تكون هذه الجريمة مما يجوز لإدارة التحقيقات وللنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى ولا طلب . وإذا امتنع عوقب بعقوبة الممتنع عن أداء الشهادة ، إذا كان الامتناع مما لا آلة للمتهمين .

٢ - الانتقال إلى محل الحادث Transport sur les lieux

إذا رجعنا إلى نص المادة ٢/٤٠ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي ، نجد أن المشرع أوجب على رجل الشرطة أن ينتقل إلى المحل الذي وقع فيه الحادث للمحافظة عليه أثر تلقيه البلاغ ، وقد جاء ذكر هذا الحكم بعبارة " ... فعليه أن يخطر فورا النيابة العامة في الجنايات ومحقق الشرطة في الجرح بوقوع الجريمة ، وأن ينتقل إلى المحل الذي وقع فيه الحادث للمحافظة عليه...".

والانتقال إلى المحل الذي وقع فيها الحادث له أهمية خاصة في كثير من الوقائع الجنائية ، إذ تكون الماديات التي تكشف عنها أبلغ في الدلالة على إثبات واقعة أو نفيها ، وعند وصول الضابط القضائي إلى محل الحادث عليه أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة لإبعاد الناس أو أهل المجني عليه عن مكان ارتكاب الجريمة وعدم السماح لأي شخص بنقل أو بلمس آثار الجريمة التي يعثر عليها.

والانتقال أيضا إلى مكان الحادث - في حالة الوفاة مثلا - يتطلب تثبيت حالة المجني عليه بالتعرف على شخصية الجثة ووضعها والآثار التي

عليها والأسباب الظاهرية للوفاة . و إذا كان المجني عليه مصابا بجروح ، عليه إجراء المعاينة على ملابسه لإمكان العثور على الأدلة المادية بهذا الشأن (١) .

٣ - سماع الشهود Auditions des témoins

تنص المادة ٤١ إجراءات جزائية على أنه يجب على رجل الشرطة أثناء قيامه بالتحري أن يسمع أقوال المبلغين ، وله أن يستدعى الشهود ... " . ومفاد هذا النص أن المشرع أعطى رجال الضبط القضائي حق سماع أقوال الشهود عن الجريمة (٢) ومرتكبها والأسباب الدافعة لارتكابها والأدلة عليها وإثباتها في محضر التحري . وعلى الضابط القضائي أن يكون حياديا في سؤاله ، بمعنى أن يسأل الذين يشهدون ضد المتهم ، والذين يشهدون معه .

(١) Voir Chambon : Le juge d'instruction , 3 e edition , Dalloz , P . 136 ; Faustin Helie, Tr. ins. Crim . no. 1784; Voir , du meme auteur : IV, 1794 ; Garraud , Tr . ins . Crim . 1 , nos . 300 et 310 a 316 . وأنظر أيضا في الفقه العربي : د. حسن صادق المرصفاوي : المرصفاوي في المحقق الجنائي ، طبعة ثانية ١٩٩٠ ، ص ١٢٤ .

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن " لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبها ، وان يسألوا المتهم عن ذلك " . أنظر المواد ٧٥ - ٧٨ من قانون ال إجراءات الجنائية الفرنسي بشأن اختصاصات مأمور الضبط القضائي بالنسبة للتحقيقات الأولية ، وهذه المواد لا تحول مأمور الضبط القضائي سلطة إجبار الشاهد على الحضور لتأدية الشهادة .

فإذا تخلف كل من دعى إلى الشهادة أمام الضابط القضائي فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يأمر بضبطه وإحضاره بالقوة (١) . لأن هذا عمل من أعمال التحقيق ، بالإضافة إلى أنه يمس حقوق الشاهد ويحد من حريته . ولم يفرض القانون له عقوبة إذا تخلف عن الحضور (٢) .

واستنادا إلى نص المادة ٤١ إجراءات جزائية في الفقرة قبل الأخيرة . فإنه لا يجوز لرجال الضبط القضائي تحليف الشهود اليمين . والواقع أن هؤلاء ليسوا شهودا بالمعنى القانوني لأن للشهادة شروطا يجب توافرها لكي تعتبر شهادة. ومن ذلك أن تتم في مجلس تحقيق وبعد أداء يمين . وهذا ما يفرق الشهادة كإجراء من إجراءات التحقيق الذي تقوم به سلطة التحقيق عن الشهادة كإجراء من إجراءات الاستدلال .

وقاعدة عدم تحليف الشاهد اليمين (٣) في مرحلة جمع الاستدلالات مأخوذ بها في القانون الكويتي ، ولكنه لم ينصر على جواز تحليفهم اليمين في حالة الضرورة كما فعل المشرع المصري ، إذا كانت هناك ظروف استثنائية قد تمنع سماع الشهادة فيها بعد يمين .

(١) Bouzat (Pierre) et Pinatel (Jean) , Traité de droit pénal et de Criminologie, Paris, 1970 , T. 2, No. 1117 , P. 757 .

(٢) على زكي الأعرابي ، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية ، ج ١ ، القاهرة سنة ١٩٥١ ، ص ٥١٠ .

(٣) وإذا وقع أن حلف الشاهد اليمين عند سماع أقادته ، فلا يترتب على ذلك أي بطلان . أنظر : د. محمد محي الدين عوض : القانون الجنائي ، إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني ص ٣٣٣ : نقض مصري ١٩٦١/٤/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ص ١٢ ، ص ٤٤٢ ، رقم ٨٢ .

وقد جرى قضاء النقص المصري على ذلك بحيث يكون لرجال الضبط القضائي أثناء قيامهم بعملهم في جمع الاستدلالات أن يسمعوا أقوال شهود الجريمة أو من يكون لديهم معلومات عن ظروف وقائع ارتكابها . ولكن ليس لرجال الضبط القضائي استجوابهم . ولا يجوز لهم تحليف الشهود والخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطيع فيما بعد سماع الشهادة بيمين . أما المتهم فيسأل دون أن يستجوب (١) .

ومتى تم سماع أقوال الشهود أو سماع شهادتهم فيجب إثباتها في محضر جمع استدلالات . ويجب أن يوقع على أقواله في المحضر . إلا أن إغفال ذلك لا يترتب عليه البطلان .

٤ - سماع أقوال المتهم :

نص القانون على سماع أقوال المتهم ، فالمادة ٤٢ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي تقرر أن " يثبت رجل الشرطة بناء على محضر التحرى ما يبديه المتهم من أقوال وما يتقدم به من دفاع . و إذا كانت أقوال المتهم تتضمن اعترافا بارتكاب الجريمة ... " .

ويستفاد من هذا النص أن القانون لم يلزم المتهم بالكلام أو الإدلاء بأقواله أمام الضابط القضائي في مرحلة التحرى بالنسبة للأسئلة التي توجه إليه . وأن للمتهم الحق في رفضها أو التزام الصمت بشأنها . دون إمكان

(١) نص ٢٤/٣/١٩٧٤ مجموعة أحكام النقص ص ٢٥ رقم ٦٩ ص ٣٠٧

عقابه على هذا المسلك . وهذا مبدأ راسخ . لأن السكوت أو الصمت حق مقرر للمتهم ، وهو مرتبط بحق الدفاع الذي صانه له الدستور .
وفى الحالة التي يعترف فيها المتهم بارتكابه الجرم المسند إليه قصر المشرع واجب رجل الشرطة على مجرد إثباته بصفة مبدئية . تاركا استجوابه للتثبت من صحة الاعتراف إلى المحقق الذي يتعين إحالة المتهم إليه (م ٤٢ إجراءات) (١) ، وذلك لخطورة الاستجواب في حد ذاته وما يترتب على الاعتراف من أثر .

٥ - تحرير محضر بما يتخذ من إجراءات :

أوجب المشرع المصري والكويتي تحرير محضر من قبل مأمور الضبط القضائي بالوقائع والأحداث المبلغ عنها . وقد اشترط المشرع المصري في المادة ٢٤ فقرة ٢ أ . ج . على مأمور الضبط القضائي أن تشمل هذه المحاضر على توقيع الشهود والخبراء وأن ترسل إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بالآتي : " للمحكمة أن تستند في حكمها إلى ما ورد في هذه المحاضر ومادامت قد عرضت مع أوراق الدعوى على بساط البحث التحقيق أمامها بالجلسة " (٢) .

(١) د. حسن صادق المرصفاوى ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ .

(٢) نقض ٣١ مايو سنة ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ١٠٠ ، ص ٥٢١

وفى المقابل فقد نص المشرع الكويتي في المادة ٤١ على " عدم جواز تحليف الشهود اليمين ولا إلزامهم بالتوقيع على أقوالهم " . ونصت المادة ٤٦ فقرة أخيرة على أنه " ... ولا يكون لهذه المحاضر حجية في الإثبات أمام القضاء " .

وفى رأينا . أن مسلك المشرع الكويتي بالنص الصريح بأنه لا يكون لمحاضر التحرى حجية في الإثبات — والقاعدة أنه لا اجتهاد مع صراحة النص — يعد ضمانا حيوية للمتهم حيث تكون لمحاضر الشرطة صفة القهر والإكراه . وغالبا ما تقترن بوسائل الإكراه المادي أو المعنوي كما تؤدي إلى سرد المتهم أقوال ما كان ليذكرها لولا ما وقع عليه من إكراه ، ولذلك فإن مسلك المشرع الكويتي محمود بالنسبة للمتهم إلا أنه كان يجب عليه — من وجهة نظرنا — عدم طرح الحجية المطلقة لها في الإثبات فكان يجب عليه أن يلزم الشهود بالتوقيع وكذلك الخبراء وأن تكون أقوالهم في هذا الشأن محل نظر أمام المحكمة أو المحقق حيث يمكن أن تعتبر قرينة لصالح المتهم .

أما المشرع المصري فإنه على الرغم من أنه لم ينص صراحة على طرح حجية هذه المحاضر في الإثبات . إلا ان القضاء المصري مستقر على أن هذه المحاضر هي قرينة تقبل إثبات العكس ، وأنه يمكن الاستفادة منها وأن تستند إليها المحكمة في تكوين عقيدتها بشرط أن تكون ما وردت بها قد عرضت مع أوراق الدعوى على بساط البحث والتحقيق بالجلسة . ولاشك في كون ذلك يخفف من وطأة عدم النص على طرح محاضر جمع الاستدلالات

جانبا أمام القضاء ويعتبر ضمانه مهمة للمتهم بإعادة مناقشته وبحث ما ورد
بها من أقوال .

المبحث الثاني

سلطات التحقيق الاستثنائية المخولة

لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بالجريمة المشهودة

تمهيد وتقسيم :

خول المشرع الكويتي والمصري لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بالجريمة استثناءً بسلطة مباشرة بعض إجراءات التحقيق ، وهذه ال إجراءات هي القبض على المتهم وتفتيشه .

وهذا الاستثناء هو خروج على الأصل العام المقرر بأن لا تختص سلطة التحري " الاستدلال " إلا بال إجراءات الأولية التي تسلسل إجراءات الخصومة . وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بقولها : " من المقرر في صحيح القانون أن إجراءات الاستدلال أيا كان من يباشرها لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية بل هي من الإجراءات الأولية التي تسلسل لها سابقة على تحريكها (١) " .

وحقيقة الأمر أن خروج المشرع عن هذا الأصل كان لاعتبارات تتعلق بنوعية الجريمة والتي تتطلب من السرعة وإثبات وقائع ما لا يتوافر غالبا إلا لسلطة الاستدلال (٢) ، إلا أنه يجب ملاحظة أن هذه الحالة هي حالة

(١) نقض ٤ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ١٩ رقم ١٧٨ حكم ٨٩٩٠ .

(٢) د. أمال عثمان : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، بند ٣٢٢ ، ص

٥٤٧ ؛ د. محمد زكي أبو عامي ، الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٢ ، بند ٥٦ ص ١٥٥ ، ==

استثنائية بحتة فلا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها بغير نص صريح يجيز ذلك.

وبناء على ما تقدم فإننا سنبحث أولاً : الجريمة المشهودة ، ثم نتناول بالشرح والتحليل سلطات التحقيق الاستثنائية المخولة لمأمور الضبط القضائي في بندين ، نفرّد الأول منهما لدراسة القبض ، بينما نفرّد الثاني للتفتيش ، وأخيراً نتحدث عن الأحكام المتعلقة بنذب رجال الضبط القضائي للتحقيق .

أولاً : الجريمة المشهودة (حالة التلبس بالجريمة)

Infraction Flagrante

الجريمة المشهودة تفيد أن الجريمة واقعة وأدلتها ظاهرة بادية ومظنة احتمال الخطأ فيها طفيفة (١) ، والتأخير في مباشرة الإجراءات الجزائية قد يعرقل سبيل الوصول إلى الحقيقة (٢) .

وتعد الجريمة المشهودة مصدراً لبعض سلطات التحقيق التي يجوز لمأموري الضبط القضائي مباشرتها مما يعد خروجاً على قواعد الاختصاص

== د. محمود محمود مصطفى : شرح قانون ال إجراءات ، الطبعة العاشرة ، بند ١٧٣ ؛ ص ٢٣٠ ، د. عمر السعيد رمضان : مبادئ ال إجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، طعة ١٩٨٥ ، رقم ١٧٥ ، ص ٢٩٣ .

(١) تمييز كويتي طعن رقم ٧٦/٩٨ جلسة ١٩٧٧/٢/١٤ .

(٢) د. حسن صادق المرصفاوى : المرجع السابق ، ص ١٩٣ ؛ وانظر أيضاً د. أحمد فححي سرور ، الوسيط ، ص ٤٨٨ .

الوظيفي التي تحصر مهمة مأموري الضبط في إجراء التحريات المتعلقة بالجريمة .^٣

والتلبس حالة تلازم ذات الجريمة لا شخص مرتكبها (١) ، أو هو وصف ينصب على الجريمة دون فاعلها (٢) ، فقد تشاهد الجريمة دون أن يشاهد فاعلها .

وقد بينت المادة ٥٦ من قانون الإجراءات الجزائية حالات الجريمة المشهودة ونصها كالآتي :

“ الجريمة التي ترتكب في حضور رجل الشرطة ، أو إذا حضر محل ارتكابها عقب ارتكابها ببرهه يسيرة وكانت آثارها ونتائجها لا زالت قاطعة بقرب وقوعها .

وهذا التعريف رغم إيجازه يحيط بصورة الجريمة المشهودة التي تعنى بعض التشريعات بذكرها ، وعلى سبيل المثال القانون المصري . ومفاد النص الكويتي أن التلبس في الجريمة قد يكون حقيقيا ، وذلك عندما تضبط الجريمة

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٨ مج أحكام النقض . س ٢٦ رقم ١٩٠ ، ص ٨٦٧ . نقض مصري ١٩٧٧/٣/٢٨ مج أحكام النقض س ٢٨ رقم ٨٧ ، ص ٤١٦ . نقض مصري ، ١٩٧٧/٤/٣ ، مج أحكام النقض س ٢٨ رقم ٩٣ ، ص ٤٥٢ . نقض مصري ١٩٧٧/٥/٢٩ ، مج أحكام النقض س ٢٨ رقم ١٣٨ ، ص ٦٥٤ . نقض مصري ١٩٧٢/١١/٥ مجموعة أحكام النقض ص ٢٣ رقم ٢٥٣ ، ص ١١٢ ، الطعن رقم ٨٨ / ١٥١ / ٨٨ جزائي جلسة ٨٨٦/٢٧ . المجموعة التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ٨٦/١/١ حتى ١٩٩١/١٢/٣١ في المواد الجزائية ، القسم الثاني ، المجلد الرابع يونية ١٩٩٦ ، ص ٢٤٥ ، الطعن ٨٨/٣٢٤ جزائي جلسة ٨٩/٤/٢ ، والطعن ٩٠/١٤ جزائي جلسة ١٩٩٠/٤/٢ .

(٢) د. حسن صادق المرصفاوى : المرجع السابق بند ٥٨١ ، ص ٥٣٥ ، د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٥٣٥ .

من قبل رجل الشرطة حال ارتكابها ، لأنها ترتكب بحضوره ، أو يكون اعتباريا بأن تضبط الجريمة بعد ارتكابها ببرهة يسيرة وكانت آثارها ونتائجها مازالت قاطعة بقرب وقوعها .

١ - التلبس الحقيقي :

يقصد بالتلبس الحقيقي (١) . الحالة التي يشاهد فيها رجل الشرطة بنفسه ارتكاب الجريمة لأنها ترتكب في حضوره .

وتعد هذه الحالة أظهر حالات التلبس بالجريمة لأن الجاني يباغت أثناء ارتكابه للفعل كعنصر من عناصر الركن المادي للجريمة ، فهو يباغت لحظة اقترافه الإثم ونار الجريمة مستعرة (٢) .

ولتحقيق التلبس في الجريمة لا يشترط أن يشاهد الجاني وهو يرتكبها، بل يكفي أن يكون رجل الشرطة حضر ارتكابها بنفسه وأدرك وقوعها بأية حساسة من حواسه ، يستوى في ذلك حاسة البصر والسمع أو

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، بند ٥٩٠ ، ص ٥٣٥ ، د. فوزيه عبد الستار : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ ، رقم ٢٦٦ ، ص ٢٩٣ ، د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٤٨٩ ، د. محمود مصطفى المرجع السابق ، ص ٢١٤ ، د. حسن المرصفاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ ، طبعة ١٩٦٤ ، عبد الله خزنة كاتب : الإجراءات الجنائية الموجزه ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ١٩٨٠ ، ص ٢٦٢ .

(٢) Garraud (R.) : Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Par is, 1921, T. 3 No. 926, P. 231.

الشم (١) متى كان هذا الإدراك بطريقة لا يحتمل معها الشك على ارتكابها .
وقد عبرت المادة ٥٦ إجراءات كويتية ، في فقرتها الأخيرة عن هذا المعنى
بقولها : " إذا حضر محل ارتكابها عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة وكانت آثارها
ونتائجها مازالت قاطعة بقرب وقوعها " .

كما أنه توجد حالة التلبس قانونا إذا وجدت مظاهر خارجية فيها
بذاتها ما ينبئ بارتكاب الفعل الذي تنتج منه الجريمة بغض النظر عما
ينتهي إليه التحقيق أو تسفر عنه المحاكمة من ثبوت الجريمة قبل
ارتكابها (٢) .

٢ - التلبس الاعتباري :

يقصد بالتلبس الاعتباري (٣) : حالة ارتكاب الجريمة دون حضور
رجل الشرطة ، ولكن هذا حضر بعد ارتكابها ببرهنة يسيرة ، شريطة أن تكون

(١) نقض ٤ إبريل سنة ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، س ١١ ج ٢ ، القضية رقم ٧٤٧ ،
رقم ٦١ ، ص ٣٠٨ ، ونقض ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض المصرية س ٨ ج ٢٣ ،
القضية ٤٧٦ ، رقم ١٩٧ ، ص ٧٣٧ .

(٢) د. سامي النصارى : أصول المحاكمات الجزائية ، الجزء الأول ١٩٧٦ ، ص ٣٥٢ ، وأنظر أحكام
النقض المصرية بهذا الصدد ، نقض ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س ١٢ ،
ج ٣ .

(٣) يرفض جانب من الفقه تقسيم التلبس إلى تلبس حقيقي وتلبس اعتباري من ذلك مثلا د. محمد زكى
أبو عامر ، ال إجراءات الجنائية ص ١٩٩٤ بند ٥٧ ص ٦٥٨ ، وهو ما يذهب إليه أيضا د. إبراهيم مرسى
طنطاوى في رسالته للدكتوراه بعنوان سلطات مأمور الضبط القضائي ، ١٩٧٧ ، حيث يرى أن التلبس من
نوع واحد ، ذلك أن المشرع لم يفرق بين صور التلبس من حيث الأحكام وبالتالي لا مجال للفرقة بين صور
التلبس والقول بوجود تلبس حقيقي وآخر اعتباري ، أنظر ص ٤٩٤ .

آثار الجريمة ونتائجها قاطعة لا شك فيها تشير إلى ان الجريمة وقعت فعلا منذ وقت قريب .

ويثير التلبس الاعتباري صعوبة بشأن المقصود بعبارة (عقب ارتكابها ببرهة يسيرة) ؛ لأن النص لم يحدد طول الفترة الزمنية بين وقوع الجريمة ومشاهدة آثارها إلا أن ظاهر الحال يدل على أن المقصود بها هو اكتشاف الجريمة عقب ارتكابها مباشرة شريطة أن تكون آثار الجريمة لا تزال ظاهرة وملموسة (١) ، أما إذا مضت مدة طويلة لا تعتبر الجريمة (٢) ، عندئذ ، متلبسا بها . وفي كل الأحوال فإن تقدير الظرف لقيام حالة التلبس أمر موكول لمحكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة التمييز مادامت الأسباب والاعتبارات التي بنيت عليها هذا التقدير صالحا لا يؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها (٣).

LANGLOIS (L) : " L'enquête de flagrante délit, son point de depart (١) et sa , duree, J.C. P. , 1, 1611, 1961 .

“ Par l'existence d'indices apparents d'un comportement délictueux (٢) pouvant relever l'existence d'une infraction “, Crim., 30 mai 1980 : Bull. Crim., No . 165. - 4 Jan . 1982: Bull. Crim ., No. 2. - 21 Juill. 1982; Bull. Crim ., No. 196: D. 1982, 642, Not. Ben - 26 Avr. 1983 . Bull. crim ., No. 117.

(٣) الطعن ٨٧/٥٤ جزائي جلسة ٨٨/٢/٨ ، والطعن ٨٨/٢٩٣ جزائي جلسة ٨٩/١/٢٣ ، والطعن ٨٩/٢٤٦ جزائي جلسة ٨٩/١٠/١٣ . وهذه الأحكام منشورة في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز (خلال الفترة من ٨٦/١/١ حتى ١٩٩١/١٢/٣١) في المواد الجزائية ، القسم الثاني ، المجلد الرابع ، يونية ١٩٩٦ .

وحالة التلبس بالمعنى السابق تخول مأمور الضبطية القضائية القيام ببعض إجراءات التحقيق الابتدائي .

كما بين المشرع المصري في المادة ٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية حالات التلبس في الجريمة كالاتي : تكون الجريمة متلبسا بها حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة .

وتعتبر الجريمة متلبسا بها إذا اتبع المجني عليه مرتكبها أو إذا اتبعه العامة مع الصياح إثر وقوعها ، أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها ، أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك .

ويتبين من النصين الكويتي والمصري أن حالات التلبس وردت على سبيل الحصر فلا يجوز الإضافة إليها ، أو القياس عليها (١) .

وقصد المشرع في بيان حالات التلبس على سبيل الحصر والتحديد عدم التوسع في منح صلاحيات لأعضاء الضبطية القضائية خوفا من التعسف وإساءة استعمال سلطاتهم والتضييق على المواطنين واتخاذ إجراءات لا مبرر لها . فالتوسع في طرح حالات التلبس يعطى رجال الضبط القضائي سلطات واسعة

(١) د. فوزية عبد الستار : شرح قانون ال إجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، بند ٢٠٦ ص ٢٩٧ ؛ نقض مصري ١٩٣٨/٦/٢٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزء الرابع رقم ٢٤٢ ، ص ٢٦٨ .

يصعب حصرها وتحديدها . مما يهدد حقوق المواضعين وحررياتهم ويعرضها للخطر (١) .

٣ - موقف القضاء المصري من الشروط اللازمة لصحة حالة التلبس :

يكفى لتوافر حالة التلبس مشاهدة الجريمة حال ارتكابها سواء شوهد الجاني أو لم يشاهد . وقضى بأنه " نور كهربائي ينبعث من مصابيح محل لم يكن صاحبه متعاقدا مع شركة الكهرباء ومشاهدة أسلاك هذا النور متصلة بأسلاك الشركة تتحقق بها حالة التلبس كما هي معرفة به في القانون " (٢) .
- و أيضاً مستقر القضاء على أنه إدراك مأمور الضبط القضائي لجريمة التلبس بأية حاسة من حواسه كما لو شم رائحة الحشيش تتصاعد من المقهى الذي يوجد به المتهم .

القضاء المصري مستقر على وجوب توافر شرطين لإثبات حالة التلبس .

الشرط الأول هو مشاهدة حالة التلبس بنفسه ، والثاني أن يكون

ذلك الاكتشاف بطريق مشروع ، وقضى بأنه :

(١) د. محمد على السالم آل عباد الحلبي اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، ١٩٨٢، ص ١٨٣؛ د. محمد مصطفى القللى، أصول قانون تحقيق الجنايات، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٤، ص ١٧٩؛ د. محمد محي الدين عوض : القانون الجنائي وإجراءاته، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨١، بند ٢٦٦، ص ٢٦٥، ٢٦٦؛ د. رءوف عبيد : مبادئ ال إجراءات الجنائية، ١٩٨٥، ص ٣٥٥؛ وانظر أيضا نقض ١٩٣٨/٦/٢ القواعد القانونية ج ٤ رقم ٤٢، ص ٢٦٨.

(٢) نقض ١٦ إبريل سنة ١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض س ٧، رقم ١٦٤، ص ٥٦٧.

“ إذا كان الثابت أن الذي شاهد المتهم في حالة تلبس بالجريمة ”
وهي جريمة بيع الأدوات المخدرة هو المرشد الذي أرسله الضابط لشراء المادة
المخدرة . فلما حضر الضابط إلى المنزل لم يكن به من الآثار الظاهرة لتلك
الجريمة ما يستطيع ضابط البوليس مشاهدته والاستدلال به على قيام حالة
التلبس . فلا يمكن عند حضور الضابط اعتبار هذا المتهم في حال تلبس . ولا
يمكن اعتبار ورقة المادة المخدرة التي حملها المرشد إلى الضابط عقب البيع .
أثرا من آثار الجريمة يكفي لجعل حالة التلبس قائمة فعلا وقت انتقال الضابط
لأن الآثار التي يمكن اتخاذها أمانة على قيام حالة التلبس هي الآثار التي
تنبئ بذاتها عن أنها من مخلفات الجريمة التي لا يحتاج إلى الإنباء عنها
عن ذلك إلا شهادة شاهد (١) .

وفى الواقع أن القضاء السابق هو قضاء جامع مانع لهذا الشرط والذي
هو من نتاج القضاء المصري ، وهو “ المشاهدة الشخصية للتلبس مما يوفر
ضمانة مهمة وحيوية للأفراد ، ويمنع تعسف رجال السلطة والانحراف بها .
أما الشرط الثاني من شروط التلبس فقد قضى تطبيقا له بالآتي :

“ إذا كان لرجل الضبطية القضائية أن يفتش عن سلاح فله أن
يضبط كل جريمة تظهر عرضا أثناء تفتيشه دون سعي من جانبه في إجراء
التفتيش بحثا عن هذه الجريمة التي لم يأذن له بالتفتيش من أجلها ، فإذا

(١) نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزء الثالث ، رقم ٣٨١ ، ص ٨٣ .

هو جاوز هذه الحدود وفتش لغير الغاية التي أبيح له التفتيش من أجلها كان عمله باطلا " (١) .

وقضى أيضا " لا يجوز إثبات حالة التلبس بناء على مشاهدات يختلسها رجال الضبط من خلال ثقب أبواب المساكن لما في ذلك من المساس بحرمة السكن والمنافاة للآداب . ولذلك لا يجوز إثبات حالة التلبس بناء على اقتحام السكن . فإن ذلك يعد جريمة في القانون " (٢) .

٤ - موقف القضاء الكويتي :

لقد نهج القضاء الكويتي ذات النهج الذي اختطه القضاء المصري في وجوب اكتشاف التلبس عن سبيل قانوني مشروع ، فالمشروعية هي السمة التي يجب أن تتوافر في سلوك مأمور الضبط القضائي عند إثبات التلبس . وبناء عليه سارت أحكام القضاء الكويتي على عدم إقرار التداخل الواقع من مأموري الضبط القضائي في صورة تحريض على الجريمة بهدف إيقاع المتهم في حالة تلبس . لأن هدف التحريات من قبل الضابط القضائي . هو الكشف عن جريمة مرتكبة ، وليس خلق جريمة ، ويكون ذلك بتعارض هذا السلوك في نصوصه وروحه ، واعتبار سلوك رجل الضبط غير مشروع لعدم ما يترتب عليه ويسفر عنه البطلان .

(١) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية لسنة ٨٤ ص ٢١٧ رقم ٨٤ .

(٢) نقض ١٦ يونيو سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية الجزء الخامس رقم ٣٧٨ ص ٥٤٥ .

وقد حكم القضاء الكويتي بأنه " لما كان من الواجبات المفروضة على رجال الشرطة وفقا للمادة ٤٩ من قانون ال إجراءات والمحاكمات الجزائية - إجراء التحريات اللازمة للكشف عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها وجمع كل ما يتعلق بها من معلومات لازمة . فإن كل إجراء يقوم به رجل الشرطة في هذا السبيل يعتبر لأثره ما لم يتدخل في خلق الجريمة أو التحريض على مقارفتها . وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة . ولا تثريب على رجل الشرطة أن يسلك في تلك الحدود من الوسائل ما يؤدي إلى مقصوده في الكشف عن الجريمة " (١) .

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز (٢) تؤكد أن توافر التحريض من جانب رجل الضبط القضائي يترتب عليه بطلان ما يسفر عنه ، حيث قالت في ذلك : " ولما كان ذلك ليس فيه ما يفيد أن الإجراءات التي اتخذت من شأنها التحريض على ارتكاب الجريمة أو خلقها أو التداخل فيها ، فقد كان تقديم الطاعن المخدر للمتهم الثاني بمحض إرادته واختياره ، ومن ثم فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعاً " .

(١) طعن رقم ١١٣ / ٨٣ جزائي ، جلسة ٤ يوليو سنة ١٩٨٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، العدد ١٥ ، ص ١٠٦ ، وانظر أيضا الطعن رقم ٧٨ / ٢٠٨ جزائي ، جلسة ١٢ مارس ١٩٧٩ ، مجموعة القواعد في المدة من ٧٢ / ١١ / ١ حتى ٧٩ / ١٠ / ١ ، ص ٧٩ ، الطعن رقم ٨٤ / ٤٦ جزائي جلسة ٢٣ إبريل ١٩٨٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، العدد ١٧ ، ص ٨٩ .

(٢) الطعن رقم ٨٣ / ٢٩ جزائي ، جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٨٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، العدد ١٥ ، ص ١٠٥ .

ثانيا : القبض على المتهم :

القبض من الإجراءات الخطيرة الهامة بحقوق الإنسان ويتسبب في انتهاك حرية المقبوض عليه ومصادرتها . ويعتبر القبض في القانون المقارن إجراء من إجراءات التحقيق أصلا ، نظرا لخطورته على الحريات الفردية . لذلك حرصت الدساتير العالمية (١) والشرائع الجزائية الوطنية على إحاطته بالضمانات الكافية صيانة لحقوق الإنسان ومحافظة على حرمانه وحرية . وقد أكد الدستور الكويتي على صيانة الحرية الشخصية فمنع القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون . كما تضمن قانون الإجراءات الجزائية بعض النصوص التي أكدت هذا الحق ، وبينت الأحوال التي يجوز فيها المساس بحرية الفرد والقبض عليه أو حبسه احتياطيا .

إضافة إلى النصوص التي وردت في قانون الإجراءات الجزائية ونظمت حق القبض والحبس الاحتياطي ، نجد المشرع عندما تناول تنفيذ الحكم بالحبس وضع بعض الأحكام التي تحمي الحريات الفردية فنصت المادة ٢٢٦ إجراءات على أنه " لا يجوز القبض على شخص أو حبسه إلا بأمر صحيح صادر من السلطة المختصة ، وبالشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون . ولا يجوز وضع المحبوس في غير السجون المختصة لذلك بموجب القوانين والنظم السارية " . وأوجبت المادة ٢٢٧ على المحقق " إذا أخطر بأن

(١) الدستور المصري في المادة ٤١ ، الدستور السوري لسنة ١٩٥٠ (المادة ١٠) ، والدستور الياباني (المادة ٣٣) ، والدستور اللبناني (المادة ٨) والمادة ٢١ من الدستور الهندي والدستور الإيطالي سنة ١٩٤٧ .

شخصاً قبض عليه بدون حق مباشرة التحقيق فوراً ، والانتقال إلى المحل الذي يوجد به الشخص المعتقل وإخلاء سبيله . يعتبر الشخص المخطوف في حكم المقبوض عليه . وكذلك الصغير إذا كان قد انتزع بغير حق من وليه الشرعي أو المكلف برعايته . وفي جميع هذه الأحوال لا يجوز التأخير في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمجازاة المسئول عن ذلك جنائياً " . وفي صدد تنفيذ الحكم بالحبس نصت المادة ٢٢٤ إجراءات على أنه " لا يجوز لمأمور السجن ولا لأي ضابط مسئول عنه أن يسمح بدخول محبوس فيه إلا بناء على أمر حبس مكتوب من جهة مختصة أو حكم من المحكمة مرفق به أمر التنفيذ . ولا يجوز أن يبقى المحبوس في السجن مدة تزيد عما هو مقرر في أمر الحبس أو الحكم بحال من الأحوال " . ويتمثل هذا بنص المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦ سنة ١٩٦٢ في شأن تنظيم السجون في قولها : " لا يجوز إبداع أى إنسان السجن إلا بناء على أمر كتابي صادر من السلطة المختصة . ولا يجوز أن يبقى فيه بعد المدة المحددة في هذا الأمر " . وتنص المادة ١٨٤ من قانون الجزاء على ان " كل من قبض على شخص أو حبسه أو حجزه في غير الأحوال التي يقرها القانون أو بغير مراعاة الإجراءات التي يقرها يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين . و إذا اقترنت هذه الأعمال بالتعذيب البدني أو بالتهديد بالقتل كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات ، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تجاوز سبعة آلاف روبية " .

وقد تكلم المشرع في قانون الإجراءات الجزائية على القبض تحت عنوان " الإجراءات التحفظية " في المواد من ٤٨ إلى ٥١ . ثم تناول القبض بمعرفة الشرطة في المواد من ٥٢ إلى ٦١ . والقبض بمعرفة المحقق من ٦٢ إلى ٦٨ . وهذه المواد تعتبر مكملة لبعضها فيما يتعلق بالقبض .

ودراسة القبض تقتضى منا بيان ماهية القبض . وشروط مباشرته بناء على حالة التلبس بالجريمة . ثم دراسة أثر توافر الشروط المنشئة للحق في مباشرة القبض ، ثم دراسة القيود التي ترد على سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض . ثم نتناول أخيراً ضمانات الحرية الفردية عند تنفيذ القبض . وفيما يلي نبث كلا من هذه الموضوعات على التوالى :

١ - ماهية القبض :

القبض إجراء من إجراءات التحقيق ، ومن ثم فالأصل أنه لا

يجوز

أن يصدر الأمر به إلا من سلطة التحقيق المختصة قانوناً^(١) . ومع ذلك خول القانون لمأمور الضبط القضائي سلطة التحقيق في أحوال التلبس بالجريمة . وهى التى عبر عنها المشرع الكويتي " بالجريمة المشهودة " .

وقد عرف المشرع الكويتي - على خلاف المشرع المصري والفرنسي -

القبض في المادة ٤٨ أ . ج . بقوله : " القبض هو ضبط الشخص وإحضاره ولو جبراً أمام المحكمة أو المحقق بموجب أمر صادر منه أو بغير أمر في الحالات

(١) وهذا ما جاء في توصية المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات الذي انعقد في روما سنة ١٩٥٣ ؛ د .

محمد مصطفى : الإثبات في المواد الجنائية ، ج ١ ، ص ٣٥ .

التي ينص عليها القانون " . ومع ذلك فهذا النص لا يكشف تماماً عن جوهر القبض ومضمونه (١) .

ومادام القانون غير واضح تماماً في بيان وتوضيح جوهر القبض ، فإن الفقهاء والقضاء قد حاولوا إيجاد فيصل التمييز بينه والأوضاع التي تشته به . فعرفه البعض بأنه " حرمان الشخص من حريته في التجول ولو لفترة يسيرة " (٢) . وذهب رأى آخر إلى القول بأن القبض هو " سلب حرية شخص لمدة قصيرة باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لذلك " (٣) ، وفي تعريف آخر بأنه " حجز المتهم لفترة من الوقت لمنعه من الفرار ، تمهيداً لسماع أقواله بمعرفة الجهة المختصة " (٤) . وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " عبارة عن مجموعة احتياطات وقتية تهدف للتحقق من شخصية المتهم وإجراء التحقيق الأولى ... وهي احتياطات متعلقة بحجز المتهمين ، ووضعهم في أى محل كان تحت تصرف البوليس لمدة بضع ساعات كافية لجمع الاستدلالات التي يمكن أن يستنتج منها لزوم توقيع الحبس الاحتياطي . وصحته قانوناً (٥) " .

(١) د. عمر الفاروق الحسيني : الاستيقاف والقبض في القانون الكويتي مقارنة بالقانون المصري ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٤ ، ص ٧٦ .

(٢) د. أحمد فطحي سرور : الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٣١ ، ص ٤٠ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، رقم ٦٠١ ، ص ٥٥٦ .

(٤) د. رءوف عبید : مبادئ الإجراءات الجنائية ، ص ٣٢٩ .

(٥) نقض ١٥/٦/١٩١٢ م . ج . س ١٣ ص ٢٠٧ .

كما عرفتة بقولها إنه " إمساك المقبوض عليه من جسسه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة .
مهما قلت مدتها " (١) .

ونقترح تعريفاً للقبض . أنه " اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتقييد حرية المقبوض عليه ووضعه تحت تصرف الجهة المخولة بإلقاء القبض عليه لفترة زمنية مؤقتة تستهدف منعه من الفرار تمهيدا لاستجوابه من الجهات المختصة " .

من هذه التعاريف جميعها ، يمكننا استخلاص نتيجتين مهمتين وهما :
الأولى : إن القبض على الإنسان يكون متحققا بحرمان الشخص من
حرية في التجول أو التنقل وحجزه ولو لفترة يسيرة تمهيدا لاتخاذ بعض
الإجراءات ضده .

الثانية : إن القبض غير الحبس الاحتياطي . حقيقة أنهما يتشابهان
من حيث المساس بحرية المقبوض عليه وحجزه فترة زمنية معينة ، إلا أنهما
مختلفان من ناحيتين :

١ - من حيث الفترة الزمنية لكل منهما : فمدة الحبس الاحتياطي
قد تمتد فترة زمنية طويلة وذلك تبعا لنوع الجريمة والظروف التي تحيط
بأركانها ، في حين أن مدة القبض على المتهم لا تتجاوز أربعة أيام يجرى
بعدها استجواب المتهم .

(١) نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ أحكام النقض من ١٠ رقم ١٠٥ ص ٤٨٢ .

٢ — من حيث الجهة المختصة بمباشرة كل منهما : فالحبس الاحتياطي كإجراء من إجراءات التحقيق تختص بمباشرة سلطة التحقيق المختصة قانونا . أما إلقاء القبض فهو وإن كان بالأساس من إجراءات التحقيق وبالتالي تختص بمباشرة سلطة التحقيق إلا أنه أجزى . وعلى سبيل الاستثناء . لأعضاء الضبط القضائي .

٢ — التمييز بين القبض والاستيقاف :

تنص المادة ٥٢ أ . ج . ك . على أن " لكل شرطي أن يستوقف أى شخص ويطلب منه بيانات عن اسمه وشخصيته ، إذا كان ذلك لازما للتحريات التى يقوم بها . وللشرطي أن يطلب من الشخص أن يصحبه إلى مركز الشرطة إذا رفض تقديم البيانات المطلوبة عن شخصيته . أو إذا قدم بيانات غير صحيحة . أو إذا كانت هناك قرائن جدية تدل على أنه ارتكب جناية أو جنحة " .

وتنص المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه " يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التى ترد إليهم ... ويجب عليهم وعلى مرءوسيههم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويروا المعاينات ... وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة على أدلة الجريمة " .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الاستيقاف بقولها : " هو إجراء يقوم به رجل السلطة العامة في سبيل التحرى عن الجرائم وكشف مرتكبيها . ويسوغه اشتباه تبرره الظروف إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية واختيار

موضع الريبة والظنون . وكان هذا الوضع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحرى والكشف عن حقيقته إعمالا لحكم المادة ٢٤ من قانون ال إجراءات الجنائية " (١) .

وعلى ذلك فالإستيقاف كما هو واضح من تعبير محكمة النقض المصرية لا يستلزم المساس بحرية المستوقف أو إكراهه على التوجه لقسم البوليس ولكن يتطلب توافر شروطه وهى وضع الشخص نفسه موضع الريبة والظنون بما يوجب تدخل السلطة لمعرفة حقيقة أمره .

ويتميز الإستيقاف عن القبض من عدة نواح في أنه لا يجيز هو بذاته تفتيش الشخص في حين أن القبض يجيز ذلك . إن الإستيقاف من ناحية ثانية يجوز عند مجرد الاشتباه في الشخص الذي وضع نفسه طواعية واختيار في موضع الريبة والظنون . أما القبض فإنه يشترط لإجرائه كأصل عام وجود تلبس أو جريمة مشهودة كما هو في القانون الكويتي . ومن ناحية ثالثة يجوز أن يقوم بالإستيقاف أى شخص من رجال السلطة العامة ولو لم يكن من رجال الشرطة أو مأموري الضبط القضائي ، في حين أن القبض كأصل عام لا بد ان يمارسه أحد رجال الشرطة أو مأموري الضبط القضائي . ومن ناحية رابعة واخيرة فإن القبض يمتد لمأموري الضبط القضائي في احتجاز المتهم المقبوض

(١) نقض ٢٥ يناير ١٩٧٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٢٣ ، د. محمد محي الدين عوض : حدود القبض والحبس الاحتياطي على ذمة التحرى في القانون السوداني ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٣٢ ، ١٩٦٢ ، ص ٥١٤ ، وكل إجراء تتخذه الشرطة للكشف عن الجرائم ومعرفة فعليها جائز وصحيح مادامت لم تتدخل في خلق الجريمة . أنظر : حكم محكمة الاستئناف العليا - دالة التمييز ، طعن رقم ٤٦ / ١٩٨٤ جزائي ، بجلسة ١٩٨٤/٤/٢٣ ، مجلة القضاء والقانون ص ١٢ - العدد الثاني - أكتوبر ١٩٨٧ ، ص ٣٥٣ رقم ٥ .

عليه ٢٤ ساعة قبل عرضه على النيابة في القانون المصري أو أربعة أيام في القانون الكويتي (م ٦٠) . أما الاستيقاف فلا يجيز ذلك . وعلى الأكثر فهو يجيز اصطحاب المتهم المستوقف إلى أقرب مخفر للشرطة . ونرى أنه إذا توافر سبب الإستيقاف . وهو الريبة . فإنه إذا ترتب عليه ظهور حالة تلبس . جاز لمأمور الضبط القضائي . أو رجل الشرطة القبض على المتهم وإحضاره ولو جبراً أمام المحكمة أو المحقق (المادة ٤٨ / ١) إجراءات جزائية .

ولكن م إذا يكون الوضع إذا رفض الشخص تقديم البيانات المطلوبة عن شخصيته . أو إذا قدم بيانات غير صحيحة . أو إذا كانت هناك قرائن جدية . تدل على أنه ارتكب جنائية أو جنحة . هل من حق الشرطي أن يطلب إليه مرافقته إلى المخفر ؟

الواقع أن القانون ساكت عن إعطاء حل لهذه المسألة . والرأي الذي نتبناه هو اصطحابه . ولو بالقوة إلى المخفر ، ليبرر موقفه المشهود . غير أنه إذا كان هناك تجاوز واضح على الحرية الشخصية فإنه من حق المتضرر أن يقاضى الموظف بسبب هذا التجاوز . حتى لا تمتهن كرامات الناس في قارة الطريق .

ولذلك اشترط القضاء إجمالاً أنه لا يجوز استيقاف أحداً إلا إذا وضع نفسه في موضع محوط بالشبهات والريبة . وتطبيقاً لذلك قضى بالآتي :
- إذ كان الثابت من لحكم أن المتهم أسرع لوضع ما يشبه عليه من الصفيح في فمه بمجرد رؤية المخبر مضغها بأسنانه وحاول ابتلاعها فإنه يكون

قد وضع نفسه بإرادته واختياره موضع الريبة والشبهات . مما يبرر لرجال السلطة العامة استيقافه للكشف عن حقيقة أمره - فإذا كانت حالة التلبس قد تحققت إثر هذا الاستيقاف بانبعث رائحة الأفيون من فم المتهم وشم الضابط أو المخبر هذه الرائحة ورؤيتهما له وهو يحاول ابتلاع الشيء الذي في فمه والذي تنبعث منه رائحة الأفيون فإن مباشرة المتهم في شأن بطلان القبض لا يكون له سند من القانون " (١) .

وقضى أيضا بأن :

" إسراع المتهمة بالهرب ومحاولتها التواري عن أنظار رجال البوليس حال مرورهم بمنطقة اشتهر عنها الاتجار بالمخدرات يبرر متابعتها باعتبار المتابعة في هذه الحالة صورة من صور الاستيقاف . وتخلي المتهمة عن المنديل الذي تضع فيه جانبا من المخدر وظهور الأوراق التي تحوى المخدر يوفر حالة التلبس بإحرازه المبرر للقبض عليها " (٢) .

وقضى أيضا :

" إذا استوقف رجل الحفظ شخصا لما رآه من أمره ولما يعلمه من حيازة مخدر فألقى هذا الأخير ما معه من مادة مخدرة على الفور فليس في ذلك ما يمكن عده من إجراءات القبض . أو التفتيش الباطلة قبل ظهور المخدر بل تكون الحالة حالة تلبس صحيحة " (٣) .

(١) نقض ٢٠ إبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ٩٦ صفحة ٤٣٧ .

(٢) نقض ٢ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ٢٧ صفحة ١٣٤ .

(٣) نقض ٦ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٦٣ صفحة ٣١٦ .

— وقد توسعت محكمة النقض المصرية في تفسيرها لمفهوم الاستيقاف حيث قضت بالآتي :

“ الاستيقاف متى توافرت مبرراته يسمح لرجل الشرطه ولو من غير مأمور الضبط القضائي باصطحاب المتهم الذي وضع نفسه موضع الريبة والظن اختيارا إلى قسم البوليس لاستيضاحه والتحرى عن أمره وإن ذلك لا يعد قبضاً ” (١) .

- والواقع أن توسع محكمة النقض المصرية في تفسير أحوال الإستيقاف كان بغرض تمكين رجال السلطة العامة من السيطرة على الجريمة التي قد أظهرتها الإمارات والشبهات القوية والتي أوردتها المتهمة ذاتها مع ملاحظة عدم التوسع في هذا الاتجاه حتى لا يؤثر على الحرية التي كفلها الدستور المصري للمواطنين .

المدة المقررة لمأمور الضبط القضائي “ رجل الشرطة ” لا احتجاز المتهم :

في القانون المصري :

نصت المادة ٣٦ أ . ج . “ يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المتهم المضبوط و إذا لم يقدم ما يبرئه ، يرسله في مدى أربع وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة ” .

(١) نقض ٢٥ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض من ١٩ رقم ٧١ صفحة ٣٧١ .

فيستند من هذا النص أن مأمور الضبط القضائي عليه فور القبض على المتهم سماع أقواله في عرضه خلال ٢٤ ساعة على النيابة المختصة لإصدار قرارها إما بالإفراج المؤقت ، أو الحبس ، وإلا كان القبض غير قانوني .

في القانون الكويتي :

نصت المادة ٦٠ أ . ج . م . ج . على الآتي : " ... ولا يجوز بأية حال أن يبقى المقبوض عليه محجوزاً مدة تزيد على أربعة أيام دون أمر كتابي من المحقق بحبسه احتياطياً " .

— وبذلك جعل المشرع الكويتي لرجل الشرطة حق حبس المقبوض عليه لمدة لا تتجاوز أربعة أيام ، ومن الجدير بالذكر أن نص هذه المادة قبل تعديلها كان يجعل مدة الحجز للمقبوض عليه بمعرفة رجل الشرطة ٢٤ ساعة مثل القانون المصري ، إلا أنها بموجب القانون ٢٧ لسنة ١٩٦٥ إلى هذا النحو ، وإننا نرى من جانبنا — أن المشرع الكويتي قد جانبه التوفيق في هذا التعديل ؛ لأن الحجز لا بد — كأصل عام — أن يكون صادراً من سلطة تحقيقية مختصة ، أما ترك أمر صدوره لرجال الشرطة ولمدة أربعة أيام كاملة له مساس على الحرية الشخصية للفرد والتي هي مصونة يجب عدم المساس بها إلا في أضيق الحدود .

حق المواطن العادي في تسليم المجرمين لرجال السلطة او الشرطة :

في القانون المصري :

نصت المادة ٣٧ أ . ج . " لكل من شاهد الجاني متلبساً بجناية أو

جنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطي أن يسلمه إلى أقرب رجل من رجال السلطة العامة دون احتياج إلى أمر بضبطه .

في القانون الكويتي :

نصت المادة ٥٨ أ . ج . م . ج . " للفرد العادي الحق في القبض على المتهم في الحالات الآتية :

أولاً : إذا صدر إليه بذلك أمر تكليف من رجال القضاء أو رجال التحقيق وفقا لنص المادة ١٣ .

ثانياً : إذا كان المتهم هارباً أو مطلوب القبض عليه وإحضاره بواسطة الإعلان والنشر طبقا للقواعد .

٢ - حالات القبض :

ذكرنا أن القبض من ال إجراءات الخطيرة الماسة بحقوق الإنسان ، ويتسبب في انتهاك حرية المقبوض عليه ومصادرتها . ويعتبر القبض في القانون إجراء من إجراءات التحقيق أصلا ، نظرا لخطورته على الحريات الفردية ، ومع ذلك منح القانون مأمور الضبط القضائي سلطة القبض على المتهم في الأحوال التي حددها .

ومن مراجعة نصوص قانون الإجراءات الجزائية نجد أن المشرع الكويتي لم يجز القبض على أحد (أو تحريه) إلا في الحالات التي حددها

على سبيل الحصر . ومرد ذلك أن المشرع لم يرغب القبض على أحد خارج هذه الحالات زيادة في الحفاظ على حريات الأفراد .

ونبحث فيما يلي حالات القبض .

الحالة الأولى : القبض بموجب أمر .

الحالة الثانية : القبض بدون أمر .

الحالة الأولى : القبض بموجب أمر :

سبق لنا القول بأن القبض في القانون إجراء من إجراءات التحقيق .

أنيطت صلاحية اتخاذ هذا الإجراء بسلطة التحقيق (المحقق في الجرح .

ووكيل النيابة في الجنايات (المادة ٥٣ ف ١) ، والمحكمة (المادة ١٤٢

إجراءات) . ومع ذلك أجاز القانون لمأموري الضبط القضائي سلطة القبض على

المتهم في الأحوال التي حددها ، فنص في المادة ٥٣ إجراءات على أنه "

يجوز لرجال الشرطة القبض على الأشخاص في الحالات الآتية :

أ - إذا صدر لهم أمر كتابي صحيح بالقبض ممن يملك إصداره طبقا

للقانون .

ب - إذا صدر لهم أمر شفوي ممن يملكه فقاموا بتنفيذه في حضوره

وتحت إشرافه .

ج - إذا طلب حضور شخص بواسطة الإعلان والنشر باعتباره هاربا

طبقا للقواعد في هذا الشأن .

ونظرا لخطورة القبض على الحقوق والحريات ، فإنه يجب أن تتوفر

في أمر القبض عدة شروط ، هي :

الشرط الأول : أن يتم أمر القبض كتابة وبصورة صريحة وواضحة وليست ضمنية لا لبس فيها ولا غموض ، كما أنه لا يجوز أن يصدر أمر القبض شفاهة إذ هو قاصر على الحالة الثانية .

ولا يكتفى في أمر القبض أن يصدر كتابة . بل يجب أن يكون مؤرخا وموقعا عليه ممن أصدره مع بيان صفته (كأحد المحققين أو أحد أعضاء النيابة) . ويبين فيه اسم المطلوب القبض عليه ومحل إقامته وكل ما يلزم لتعيينه . وسبب أمر القبض (المادة ١/٦٣ إجراءات جزائية) . وكان ينبغي تحديد ميعاد للتبليغ بأسباب القبض ، وبالتهم الموجهة إلى المتهم . ولكن سكوت النص عن هذا التحديد ينبغي القول بأن الميعاد تقديري متروك لسلطة التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع (١) .

ولم يتطلب المشرع الكويتي أن يكون الأمر صحيحا . ومتى كان للأمر الشكل الصحيح الذي يدل على صدوره من جهة مختصة يتعين تنفيذه . فإن وجد ثمة خطأ قانوني في إصدار الأمر عادت المسؤولية على من أصدره (٢) . وفي الحالة التي يكون فيها الأمر بالقبض شفاهة ممن يملكه . فينفذه رجل الشرطة في حضوره وتحت إشرافه ومسئوليته (المادة ٢/٤٨ إجراءات جزائية) .

(١) د. رءوف عبيد : المرجع السابق ، ص ٣٤١ .

(٢) د. حسن صادق المرصفاوى : المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

الشرط الثاني : أن يكون أمر القبض مسبقاً بتحريرات جديدة :
ينبغي أن تتوافر لدى الجهة المختصة بإصدار أمر القبض " دلائل
جديدة " قبل إصداره ، إذ نصت المادة ٦٢ من قانون ال إجراءات الجزائية
الكويتي على أنه " للمحقق أن يقبض أو يأمر بالقبض على المتهم الذي قامت
على اتهامه دلائل جديدة " . وله حق القبض أيضا في جميع الحالات التي
يثبت فيها هذا الحق لرجال الشرطة " .

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز القبض بغير توافر الدلائل الجديدة ،
وإلا كان القبض باطلا . فالدلائل الجديدة شرط لمباشرة أى إجراء ينطوى على
مساس بحرية المتهم ، وهى تمثل الضمان الذي رسمه المشرع الإجرائي
الكويتي للأفراد لحمايتهم من كل إجراء قد لا يكون ضارا بهم (١) .
ولم يورد المشرع تحديدا للمقصود من الدلائل الجديدة . ولكن يمكن
القول بأن المقصود بها هي العلامات المستفادة من ظاهر الحالة . دون ضرورة
التعمق في تمحيصها وتقليب وجوه الرأي فيها (٢) وهى لا ترقى إلى مرتبة
الأدلة ، وهى - أى الدلائل الجديدة لا تعنى إذا ثبوت التهمة ، وإنما
تعنى فقط احتمال هذا الثبوت (٣) .

(١) د. رءوف عبيد : " بين القبض على المتهمين واستيفائهم في التشريع المصري " ، مجلة العلوم القانونية
والاقتصادية ، يناير ١٩٦٢ ، ص ٢٣٠ .

(٢) د. رءوف عبيد : المرجع السابق " مبادئ الإجراءات الجنائية " ، ص ٣٣٦ .

(٣) د. عمر الفاروق الحسيني : المرجع السابق ، ص ٧٩ .

وتقدير جدية الأدلة المسوغة ومبلغ كفايتها لإصدار أمر القبض متروك لتقدير المحقق . تحت إشراف محكمة الموضوع (١) .

وبهذا قضى بأنه " إذا استظهر الحكم أن الطاعن شوهد في منتصف الليل يحمل شيئاً . وأنه ما أن رأى سيارة البوليس تهدئ من سرعتها حتى قتل راجعاً يعدو . أنه خلع حذاءه ليسهل له الجرى ، فقد توافرت بذلك الدلائل الكافية التي تبرر القبض عليه طبقاً للقانون " (٢) .

ولا يعتبر من قبيل توافر الدلائل الكافية على الاتهام وصول بلاغ لعضو الضبط القضائي عن ارتكاب المتهم الجريمة ، بل يتطلب القيام بتحريات عما اشتمل عليه البلاغ . ف إذا أسفرت التحريات عن توافر دلائل قوية على صحة ما ورد في البلاغ ، فعندئذ ، يسوغ له أن يقبض على المتهم (٣) .

وظهور الحيرة والارتباك على المتهم ووضع يده في جيبه عندما شاهد رجال الشرطة ، أمور لاتعتبر دلائل كافية على وجود اتهام مبرر للقبض عليه (٤) . وكذلك مجرد كون المتهم من عائلة الشخص المطلوب

(١) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية من ١٠ ج ٣ قضية ١١٨٢ ، رقم ١٩١ ، ص ٩٣٠ .

(٢) نقض ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٨ ، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، من ٩ ج ٣ ، القضية ١٣٤٧ ، رقم ٢٧٢ ، ص ١١٢٢ .

(٣) Le poittvin : Code annoté , art , 40 , No . 3 , P. 220 .

(٤) نقض ٨ أكتوبر ١٩٥٨ ، أحكام النقض ، من ٨ ، رقم ٢٠٥ ، ص ٦٥ ؛ د. عوض محمد : الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، ج ١ ، رقم ٢٠٤ ، ص ٢٢٦ .

القبض عليه في جناية قتل وارتبأكه عند رؤيته رجال القوة وحرية عند المناداة عليه . فإنه لا يكفي لتوافر الدلائل التي تبرر القبض عليه وتفتيشه (١) .
وأخيرا قد يكون الأمر موجها بواسطة الإعلان والنشر للقبض على شخص هارب . وهذا الأمر يتضمن اسمه وأوصافه . ومن واجب كل من وجده أن يقبض عليه . ولو كان شخصا عاديا مادام سمع بالأمر .

كيفية تنفيذ أمر القبض :

ولما كان القبض على المتهم ينطوي على إسناد تهمة معينة إليه . فإنه يجب على القائم بتنفيذ أمر القبض بأن يخطر به الشخص المطلوب القبض عليه ويطلع على نص الأمر إذا طلب ذلك (المادة ٦٣ / ٣ إجراءات جزائية) . وهذا حق من حقوقه .

وإذا وجه الأمر إلى رجال الشرطة دون تعيين ، فلكل واحد منهم أن يقوم بتنفيذه . ولكن إذا وجه إلى شرطي بذاته . فليس لأحد غيره أن يقوم بتنفيذه إلا عند الضرورة ، وبتحويل مكتوب في ذيل الأمر وموقع عليه منه (المادة ٦٤ إجراءات جزائية) .

أما إذا وجه الأمر إلى عدة أشخاص معينين متعددين ، جاز للجميع ، أو لبعضهم أو لأحدهم تنفيذه .

ويجوز للآمر في أحوال الضرورة أو الاستعجال أن يكلف تنفيذ أمر القبض أحد الموظفين العاميين من غير رجال الشرطة أو أحد الأفراد . ولا

(١) نقض ٢٧ يناير سنة ١٩٥٩ أحكام النقض س ١٠ رقم ٢٥ ص ١١٢ .

يجوز لهذا الشخص أن يحول الأمر إلى غيره (المادة ٦٤ إجراءات جزائية
والا فإنه يعاقب جزائيا . ولكن المشرع الكويتي لم يوضح هذه العقوبة (١) .

مدى تنفيذ أمر القبض خارج دائرة الاختصاص :

يختص كل شرطي تطبيقا لقواعد الاختصاص المكاني بدائرة بمجال
جغرافي محدد إداريا لا يحق له العمل خارجه . ولكن القانون استثناء
وللضرورة . أجاز تنفيذ الأمر بالقبض خارج دائرة اختصاص الأمر بالقبض عن
طريق إرسال أمر القبض إلى المحقق ، أو وكيل النيابة المقتضى تنفيذ الأمر في
دائرة اختصاصه بواسطة البريد ، وعند استلام المحقق أو وكيل النيابة أمر
القبض يقوم بتأشيريه باسمه وبأمر تنفيذه وفق ما نص عليه القانون . وله أن
يكلف أحد رجال الشرطة في دائرة اختصاصه بتنفيذه ، وكل ما عليه أن يفعله
في هذا الحال ، هو أن يعرض الشخص المقبوض عليه على المحقق الذى
قبض عليه في دائرته فور القبض عليه ، للتثبت من أنه هو الشخص المطلوب
القبض عليه (المادة ٦٧ إجراءات جزائية) ، فالقبض إذا خارج دائرة
اختصاص الشرطى صحيح ولمحقق دائرة القبض حق رقابة شكلية .

والجدير بالذكر أن مدة العمل بأمر القبض ثلاثة أشهر ، فإذا لم
ينفذ خلالها اعتبر مُلغىً ووجب إصدار أمر جديد (المادة ٦٣ إجراءات
جزائية) . كما أن أوامر القبض تكون نافذة في جميع أنحاء الكويت

(١) د. عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ، ص ٤٤ .

وتوابعها . وعلى جميع السفن التي تحمل علم الكويت . متى كانت صادرة من المحقق بشأن جريمة داخلية فى اختصاصه (المادة ٦٧ إجراءات جزائية).
والجدير بالذكر أيضاً بأن ضمانات القبض دستورية أحاطها الدستور بسياج خاص من الاعتبار . لذا فإن مخالفتها ينبغى أن تؤدى إلى القبض بكل ما قد يترتب عليه من آثار .

الحالة الثانية : حالات القبض بدون أمر :

أورد المشرع هذه الحالات فى المواد من ٥٤ إلى ٥٨ إجراءات

جزائية . ونستعرض فيما يلى هذه الحالات :

١ - حالة الجنائية والجنحة المشهودتين (١) .

٢ - الاتهام فى جنائية وقيام أدلة قوية على الاتهام .

توافر أدلة قوية قبل المتهم فى جنائية شرط القبض بدون أمر .

والضابط هو الذى يقدر الادلة القوية وللمحقق أن يخالفه فى ذلك . إذا وجد

أن الادلة لا ترقى إلى أن تكون قوية . والمرجع فى ذلك هو محكمة

الموضوع (٢) .

(١) أنظر ص ١٧ من هذا البحث .

(٢) د. عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

فللمحكمة إذا أن تبطل الإجراء إذا لم تبرره أدلة قوية على الاتهام في جنائية (١) . وأن تبطل بالتالى كل مايكون قد أسفر عنه من نتائج فى شأن ظهور أدلة معينة أو غيرها . وما بنى على الباطل فهو باطل .

فهذا الشرط يتعلق بنوع الجريمة المرتكبة حيث تطلب المشرع فى المادة ٥٤ على أن إجراءات جزائية فقرة أولى أن تكون الجريمة من نوع الجنائية . وتنص المادة ٣ من قانون الجزاء الكويتى المعدلة بالقانون رقم ٧٩/٧٠ على أن الجنائيات هى " الجرائم المعاقب عليها بالإعدام ، أو الحبس المؤبد . أو الحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات " . ولا أهمية بعد ذلك لشكل الجريمة ، مستوى أن تكون قد وقعت تامة ، أو وقفت عند حد المشرع المعاقب عليه .

ويشترط أيضاً المشرع ، لتطبيق هذه الفقرة من النص ، أن يكون لرجل الشرطة ، وقبل إلقاء القبض على الشخص ، قد بنى عقيدته بتوافر أدلة قوية تنصرف إلى اتهام المقبوض عليه على أسباب معقولة . وتقدير تلك الأدلة ومبلغ كفايتها يكون بداية لرجل الشرطة إلا أن تقديره بهذا الشأن يخضع لسلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع .

٣ - الاتهام فى احدى الجناح الآتية :

أ - مقاومة الموظفين أثناء قيامهم بوظيفتهم (المادة ١٣٥ جزاء) .

(١) تنص المادة ٣ من قانون الجزاء الكويتى المعدلة بالقانون رقم ٧٩/٧٠ على أن الجنائيات هى " الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات " .

ب - السرقة الجنحية (المادة ٢٢١) . وإخفاء الأشياء المسروقة (المادة ٤٩ جزاء) .

ج - النصب (المادة ٢٣٢ جزاء) .

د - التعدي الشديد (المادة ١٦٠ جزاء) .

٤ - حمل السلاح المخالف للقانون :

في الواقع إن حمل السلاح المخالف للقانون في ظل القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦١ هو حيازة أو احراز الأسلحة بدون ترخيص والمعاقب عليها بعقوبة جنائية ، فهي ليست جنحة كما جاء بنص المادة ٥٤ من قانون الإجراءات الجزائية . وبإلغاء قانون الأسلحة والذخائر واحلال قانون جديد رقم ١٣ لسنة ١٩٩١ الصادر في ٢٨ ديسمبر ١٩٩١ نصت المادة ١٤ منه على أنه : " لايجوز حمل الأسلحة أو الذخائر . ولو كان مرخصاً بها في أماكن محددة " ، ومن ثم يمكن القول إن قانون الأسلحة والذخائر الجديد عاقب على حمل السلاح المرخص به في أماكن محددة بعقوبة الجنحة (١) .

ويلاحظ أن المادة ٥٤/ثانياً إجراءات جزائية التي أوردت هذه الحالات لم تشر إلى شرط الدلائل القوية التي اشترطتها الفقرة الأولى منها

(١) د. عمر الفاروق الحسيني : المرجع السابق ، ص ٩٨ ؛ د. عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ، ص

بالنسبة للجنايات . وغنى عن البيان أن هذا الشرط قائم حتى بدون نص عليه بالنسبة للجنح . وعدم مراعاته يؤدي إلى بطلان القبض (١) .

٥ - الاشتباه جدياً في كون الشخص هارباً بعد القبض عليه :

توافر الدلائل الجدية على حالة الاشتباه وهذه لا غنى عنها لاتخاذ أى إجراء يتضمن معنى المساس بحرمة الشخص . وهو الأمر الذى يبرر وحده هذا المساس وإلا كان القبض تعسفياً باطلاً وكل إجراء بنى عليه وكل دليل مستمد منه .

٦ - الاتهام بارتكاب جنحة معاقب عليها بالحبس :

تنص المادة ٥٥ إجراءات جزائية على أنه " فى غير الجرائم السابقة يجوز لرجال الشرطة القبض بدون أمر ، على من اتهم بارتكاب جنحة يعاقب عليها بالحبس إذا تأيد هذا الاتهام بأدلة جديدة وتوافرت فى المتهم إحدى الحالات الآتية :

أولاً : إذا لم يكن له محل إقامة معروف . أو لم تكن لديه وسيلة مشروعة لكسب العيش .

ثانياً : إذا تبين أنه يتخذ الاحتياطات لإخفاء وجوده أو وجدت دلائل قوية على أنه يحاول الهرب .

(١) د. ابراهيم ابراهيم الغماز : المشكلات العلمية فى قانون الإجراءات الجزائية الكويتى ، الطبعة الأولى ،

١٩٩٦ ، ص ١٥٢ .

ثالثاً : إذا طلب منه إعطاء اسمه وعنوانه فرفض . أو لم يقدم بياناً مقنعاً عن شخصيته أو أعطى اسماً وعنواناً غير صحيحين . أو طلب منه التوجه إلى مركز الشرطة فرفض دون مبرر .

٧ - حالة السكر :

وقد وردت هذه الحالة في المادة ٥٧ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية بقولها : أولاً - وجود شخص في حالة سكر بين ، إذا كان غير قادر على العناية بنفسه أو كان خطراً على غيره . ثانياً : وجود تجمهر أو مشادة أو مشاحنة وقع فيها سباب أو تهديد أو تعدد يكون جريمة . أو ينذر بالتطور إلى اعتداء يكون الجريمة لا يمكن منعها إلا بالقبض .

رأينا الخاص :

أولاً : بخصوص المادة ٥٣ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي ، فإن هذا النص - من وجهة نظرنا - هو تنفيذ لما هو مستقر عليه بأنه لا يجوز القبض على إنسان إلا بموجب أمر صادر من خوله القانون سلطة التحقيق . وقد حددت هذه المادة حالات القبض ، وبالتالي فإن تقييد رجل الشرطة بما ورد في المادة المشار إليها ، هو تنفيذ لما نص عليه القانون . وما هو مستقر عليه فقها وقضاء من وجوب صدور أمر القبض من السلطة المختصة . ثانياً : أما بالنسبة لنص المادة ٥٤ إجراءات جزائية التي حولت - الفقرة الأولى منها - لرجل الشرطة القبض في حالة الاتهام بجناية وقامت هلى اتهامه أدلة قوية .

فى الواقع من الأمر . إن تطبيق هذه الفقرة . قد يؤدى إلى المساس بحرية المتهم . وهى تمثل الضمان الوحيد الذى رسمه المشرع الإجرائى الكويتى للأفراد لحمايةهم من كل إجراء قد يكون ضارا بهم . ونظرا لخطورة الجناية . وهو ما عبر عنه المشرع الكويتى ذاته فى المادة ٩ من قانون الإجراءات الجزائية . فإنه جعل سلطة التحقيق فيها للنيابة العامة كأصل عام وليس للمحقق . لذلك ينبغى ألا يخول رجل الشرطة القبض التلقائى دون اشتراط أن تكون الجريمة مشهودة مثلما اشتراطها فى الجناح المنصوص عليها فى المادة ٥٦ أ . ج . ك . وهى أقل أهمية وجسامة من الجناية .

وحيث إن القبض على المتهم إجراء خطير من إجراءات التحقيق فهو يمس حرية الشخص المقبوض عليه ، وذلك فهو بحسب الأصل العام لا يجوز إلا بأمر من سلطة التحقيق المختصة ، وفى ذلك نص الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والصادر سنة ١٩٧١ على حماية الحرية الشخصية للفرد حيث " أمن الفرد من أمن المجتمع ، ولذلك فقد كانت المادة ٣٤ من قانون الإجراءات المصرى قبل تعديلها بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والمنشور بالجريدة الرسمية (١) كانت بتوسع فى حالات القبض على المتهم ، فكانت تجيز القبض على المتهم كما هو الحال الآن فى القانون الكويتى ١/٥٤ ، فى حالة ارتكاب جناية بغير تلبس . مما أدى إلى أن يعدل المشرع هذا النص بجعله اشتراط التلبس بجناية . ولذلك نرى وجوب اتخاذ المشرع الكويتى هذا

(١) منشور بالجريدة الرسمية فى العدد ٣٩ الصادر فى ٢٨/ ٩/ ١٩٧٢ بمجمهورية مصر العربية ، راجع نص المادة ٣٤ أ . ج . مصرى بعد تعديلها .

المسلك لتفريد ضمانه للمتهم من رجل الشرطة الحيلولة دون الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين دون موجب أو اقتضاء .

أما الفقرة الثانية من المادة ٤٤ فهى تقابل نص المادة ٢/٣٥ من قانون الإجراءات المصرى من حيث تحديدها لحالات الضبط إلا أن المشرع المصرى لتفريده لضمانه الفرد أوجبت على مأمور الضبط القضائى أن يطلب من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه ، وذلك مادامت لا تتوافر حالة من حالات التلبس السالف ذكرها والتي تتطلب من السرعة ما لا يتطلب فى غيرها ووفقاً لما سقنا من حجج فيما سبق .

وعليه فإننا نرى وجوب تعديل نص المادة ٤٤ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائئية الكويتى يجعل سلطة رجل الشرطة فى القبض على المتهم فى الجنائيات مقصوراً فى الجرائم المشهودة فقط أو فى حالات التلبس على التفصيل السابق ذكره ، أما الفقرة الثانية من المادة ٤٤ فإنه لا تتطلب حالة الضرورة والسرعة فى الحالات التى وردت فى هذه الفقرة والتي يمكن لمأمور الضبط " رجل الشرطة " الانتظار حتى الحصول على إذن من السلطة المختصة للقبض على المتهم ، كما نص أيضاً على ذلك المشرع المصرى فى المادة ٥ أ . ج . من القانون المصرى (١) .

(١) المادة ٢/٣٥ أ . ج . مصرى ، وفى غير الأحوال المبينة بالمادة السابقة إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جنائية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة رجال السلطة العامة بالقوة ، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ من ال إجراءات التحفظية المناسبة وان يطلب من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه .

وأخيرا . بشأن نص المادة ٥٦ أ . ج . كويتى . فهو نص مقصور على الجنح عندما أيا كانت العقوبة المقررة على الواقعة . وهى بلا شك ضمانه منحة وضرورية للمتهم .

ثالثا : تفتيش المتهم

La Perquisition (Per - quaerere)

تمهيد وتقسيم :

التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق ، تقوم به جهة صاحبة الاختصاص . يهدف إلى جمع الأدلة المادية للجريمة Preuves matérielles سواء كانت جنائية أو جنحة ، أو هو بحث دقيق لكافة أدلة إثبات الجريمة (١) أو نسبتها إلى المتهم (٢) ، وبالتالي فهو ليس من إجراءات كشف الجرائم قبل وقوعها . والتفتيش بحسب طبيعته يمس حق المتهم فى سرية حياته الخاصة . ويتمثل مجال هذه السرية إما شخص المتهم . أو فى المكان الذى يعمل به أو يقيم فيه ، وذلك بالشروط والأوضاع المحددة فى القانون .

(١) Roger MERLE et Andre Vitu , Traite de droit criminel , procedure pénale, Quatrième édition , I. 1 No. 156 , P. 198 .

(٢) Jean Larguier et Anne- Marie, la protection des droits de l'homme dans le procès pénal , Rév., int., de droit pénal , 37 ème année , 1966 , P. 149 .

وعلى الرغم من أن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق . فإنه يكون طبيعياً أن تختص به السلطة التي تملك الدعوى الجزائية . وهي الجهة التي خولها القانون سلطة التحقيق .

غير أن المشرع راعى أن الضبطية القضائية هي جهاز يعاون سلطة التحقيق في تحقيق مهمتها بغية الوصول إلى الحقيقة . كما راعى أيضاً أن هناك من الظروف ما يستدعى التدخل المباشر والسريع بإجراء من إجراءات التحقيق ضماناً للسرعة والمحافظة على أدلة الجريمة قبل أن تضيع معالمها أو تطمس يد التلغيق أو الطمس من جانب الجاني ، ولهذا أجاز المشرع لمأمور الضبط القضائي أن يباشر بعض إجراءات التحقيق في حدود معينة لا يخشى معها من المساس بالحريات ومنها حق تفتيش المتهم (١) . وهذه الحالة تأتي استثناء من القاعدة العامة . ولذلك ينبغي أن لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها . لذا وبناء على ما سبق يتعين أن نعرض أولاً لماهية التفتيش ، ثم نتعرض لموقف القضاء المصري . وأخيراً نتعرض لموقف القضاء الكويتي .

وستتناول هذه الموضوعات على التوالي :

١ - ماهية التفتيش :

التفتيش هو التنقيب بجسم الشخص أو ملابسه أو أمتعه أو مسكنه عن أى شيء يفيد في كشف الحقيقة ، فهو عمل من أعمال التحقيق ينطوي على المساس بحرمة ومسكن الشخص ، لذلك يجب أن ينصرف للبحث عن

(١) د. أحمد فحى مرور : الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٨٥ ، ص ٣٤٣ .

كل دليل في صالح المتهم أو ضده . فيجب أن يتم تنفيذه في حياذ وموضوعية .

٢ - تفتيش الأشخاص (١) :

نصت المادة ٨١ أ.ج.ك. على أنه "يكون تفتيش الشخص بالبحث عما يكون بجسمه أو ملابسه التي معه . عن آثار أو أشياء متعلقة للتحقيق فيها " .

كما أجازت المادة ٤٣ أ.ج.ك. " لرجل الشرطة إذا شهد ارتكاب جنائية أو جنحة . أو حضر إلى محل الحادث والجريمة ولاتزال مشهودة . أن يقوم بتفتيش المتهم ومسكنه " .

ويلاحظ أن المشرع الكويتي أجاز تفتيش المتهم وغير المتهم حيث إن العبارة الواردة في النص تحت لفظ " الشخص " ، والشخص لفظ يشمل المتهم وغير المتهم . ودون تطلب أي شرط في الجريمة موضوع الاتهام . ويستوى في هذه الجريمة أن تكون جنائية أو جنحة . وكل ما اشترطه المشرع الكويتي في سبيل تفتيش شخص المتهم أو غير المتهم .. أن يتضح من إمارات قوية أو ثمة أشياء تفيد في كشف الحقيقة .

ومن البديهي أنه إذا كان لتفتيش شخص غير المتهم ، يفترض في هذا الشخص عدم علمه بأن الأشياء التي بحيازته تفيد في كشف الحقيقة

(١) Bray, " La fouille corporelle " , thèse Dijon , 1930 ; Pedamon " La , (١) fouille corporelle " , " Revue de Sciences criminelles " et de droit pénal comparé, 1961, F. 467 .

بشأن جريمة ما . والا فإنه حين يكون عملاً بذلك يصبح هو الآخر متهماً بجريمة إخفاء أشياء بجريمة أخرى خاصة به . ويكشف تحقيقها الحقيقة بشأن موضوع التفتيش متحصلة من جنابة أو جنحة (المادة ٤٩ من قانون الجزاء الكويتي) . أو بجريمة إخفاء أدلة الجريمة (المادة ٤٩ ق.ج.ك.) . ويصبح تفتيشه جائزاً لا بصفته غير متهم وإنما بوصفه متهماً بالتحقيق أصلاً (١) . ويتبين من نص المادة ٤٣ المشار إليه أن القانون عهد إلى مأمور الضبط القضائي بتفتيش المتهم أو مسكنه في حالة تلبس خروجاً على الأصل العام المقرر بأن لا تختص سلطة أخرى " الاستدلال " إلا بال إجراءات الأولية التي تسلسل الخصومة .

٣ - تفتيش المساكن :

تفتيش المسكن عبارة عن الاطلاع على محل منح له القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه . فيلا يجوز الاطلاع عليه أو على ما بداخله إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون أو برضاء صاحبه (٢) . فقد نصت المادة ١٧٨ إجراءات على أن : " للأشخاص ومساكنهم ورسائلهم حرمة ... " . ونصت المادة ٨٠ أ.ج. على أن : ويجوز تفتيش الشخص أو مسكنه بمعرفة المحقق أو بأمر منه لضبط الأشياء التي استعملت في الجريمة

(١) د. رمسيس بهنام : الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، دار المعارف ، ج ٢ ، ص ٢١٨ - ٢٢٢ .

(٢) Claude Albert Colliard . Libertés , politiques 5 éd , Dalloz , 1975 , Paris . P 318

أو نتجت عنها أو تعلقت بها متى استلزمت ذلك ضرورة التحقيق ولم توجد وسيلة أخرى للحصول عليها .

٤ - شروط التفتيش بناء على حالة التلبس :

ومن قراءة نصوص القانون الكويتي يتضح وجوب توافر عدة شروط لصحة التفتيش متى كانت الجريمة في حالة تلبس :

أ - ارتكاب جريمة بالفعل : وهذا الشرط نجده واضحاً في نص المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي ، التي نصت بقولها : " لرجل الشرطة إذا شهد ارتكاب جنائية أو جنحة ... " .

وبناء عليه لا يصح قانوناً إجراء التفتيش إلا لضبط جريمة (جنائية أو جنحة) واقعة بالفعل ، ولا يصح بالتبالي إجراؤه لضبط جريمة مستقبلية أو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل (١). لذلك حكم

(١) وتعني الدلائل ، الشبهات والامارات ، بشرط أن تكون جدية وكافية للمساس بجريمة الشخص وقد أجملت محكمة النقض المصرية جميع الشروط السابقة في الحكم التالي : والضمان الذي أراده المشرع لحرمة المسكن لا يتحقق إلا إذا كان الأذن صادراً بتفتيش منزل عن جريمة معينة تكون جنائية أو جنحة ، وان تقوم من القرائن ما يسمح بتوجيه الاتهام إلى الشخص المقيم في المسكن المراد تفتيشه بوصفه فاعلاً أصلياً أو شريكاً في ارتكابها ، ف إذا لم تتحقق هذه الشروط فلا يمكن اعتبار الإذن أدناً جدياً يتسنى معه إجراء التفتيش بوجه قانوني وحيث أن الحكم المطعون فيه إذا قضى ببطالان أمر التفتيش والفتن عن الدليل الناتج عنه . وعند شهادة من أجره ، قد استند إلى ان تحريات البوليس جاءت مقتضية غامضة خالية مما يضمن عليها بسعة الجدية ، ولم تر المحكمة - في حدود سلطتها التقديرية - أن ثمة دلائل او قرائن قد توافرت قبل المطعون ضده تسوغ صدور الأمر بتفتيش مسكنه ، وهو استدلال يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم من بطالان التفتيش فلا يجوز مجادلتها في ذلك أمام محكمة النقض ، أنظر نقض ٢١ أكتوبر سنة ١٩٥٨ ، مجموعة أحكام التفتيش ص ٩ عدد ٣ رقم ٢٠٧ ، ص ٨٤٣ . ==

ببطلان إذن تفتيش متهم دلت التحريات على أنه سافر من القاهرة إلى أسوان منذ ثلاثة أيام وسيعود بعد يومين ومعه كمية مخدرات . وذلك لأن الإذن بالتفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق ولا يصح قانوناً إصداره إلا لضبط جريمة وقعت بالفعل وترجحت نسبتها إلى المأذون بتفتيشه (١) .

ويخضع القول بتوافر حالة التلبس بالجريمة لمأمور الضبط القضائي تحت رقابة سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع (٢) .

ب - أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة : وهذا الشرط مستفاد من صريح نص المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي حيث قضت بقولها : " لرجل الشرطة إذا شهد ارتكاب جنائية أو جنحة . أو حضر إلى محل الحادث والجريمة لا تزال مشهودة ، أن يقوم بتفتيش المتهم أو مسكنه " .

ج - لما كان مقتضى التفتيش احتمال الوصول إلى دليل مادي يفيد في كشف الحقيقة ، فإنه يتعين أن يوجه اتهام إلى الشخص المقيم في المنزل

== وتقدير وجود هذه الدلائل ومبلغ كفايتها موكل لسلطة التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع،

ف إذا رأت عدم توافرها ، أو عدم كفايتها فلها إهدار التفتيش والالتفات عن الدليل المستمد منه .

انظر نقض ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض من ٨ رقم ١٩٩ ، ص ٧٤٢ ؛ نقض

١٥ مايو سنة ١٩٧٨ ، مجموعة أحكام النقض من ٢٩ ، رقم ٩٤ ، ص ٥٠٧ ؛ نقض ٤ نوفمبر سنة

١٩٨١ ، مجموعة أحكام النقض من ٣٢ ، رقم ١٤١ ، ص ٨١٣ .

(١) د. إبراهيم حامد طنطاوي : المرجع السابق ، ص ٧٤٥ .

(٢) نقض مصرى ٨ / ٢ / ١٩٧٢ ، أحكام النقض ، ص ٢٣ ، رقم ١٥١ ، ص ٦٦٧ ؛ نقض

١٩٧٧/٥/٢٩ ، ص ٢٨ ، رقم ١٣٨ ، ص ٦٥٤ .

المراد تفتيشه بارتكاب الفعل المسند إليه . أو توجد قرائن على حيازته لأشياء تتعلق بها.

فى الواقع من الأمر ، أن المشرع وإن لم ينص على وجوب الدلائل والقرائن ضد المتهم فى المادة ٨٠ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتى . إلا أن هذا الشرط ورد فى المادة ٨٤ أ.ج. حيث نصت على الآتى : " إذا وجد أشخاص فى داخل المحل أثناء تفتيشه فللقائم بالتفتيش أن يضعهم تحت الحراسة اللازمة إذا خشى قيامهم بعرقلة التفتيش أو تعطيله أو مقاومته . وإذا قامت لديه قرائن جدية على أن أحد هؤلاء الأشخاص يخفى فى جسمه أو ملابسه شيئاً يدور البحث عنه . فله أن يفتشه فوراً " .

والمستفاد من هذا النص أن المشرع الكويتى إشتراط وجود هذه الدلائل والقرائن . أما إذا قامت هذه الدلائل والقرائن الجدية ضد الموجود بالمنزل المراد تفتيشه فيجوز فى هذه الحالة تفتيشه .

د - يجب أن يستهدف التفتيش غاية معينة وهى ضبط الأشياء التى استعملت فى الجريمة أو نتجت عنها أو تعلق بها ، وكل مايفيد فى كشف الحقيقة ، وقد نص المشرعان المصرى والكويتى على هذا الشرط مما يؤكد مبدأ الحياد والموضوعية التى يتميز بها التفتيش ، وهو كل مايفيد فى كشف الحقيقة سواء أكان فى صالح المتهم أو ضده . فلا يجوز أن ينصرف التفتيش إلى ما هو ضد المتهم فقط . بل يجب أن ينصرف إلى كل دليل ولو فى صالح المتهم .

والمقصود بالأشياء التي تفيد في كشف الحقيقة هي الأدلة المادية التي تنتج عن عناصر مادية ناطقة بنفسها وتؤثر في إقناع القاضى بطريق مباشر^(١)، ويمكن الوصول إليها عن طريق التفتيش والضبط وأعمال الخبرة. وهي تختلف عن الأدلة القولية التي لا يمكن ضبطها عن طريق التفتيش باعتبار أنها تنتج عن عناصر شخصية تتمثل فيما يصدر عن الغير من أقوال وتؤثر في إقناع القاضى بطريق غير مباشر . مثل الاعتراف وشهادة الشهود^(٢) .

٥ - موقف القضاء المصرى والكويتى :

استقر القضاء المصرى على أن تفتيش المتهم يشمل الجسم والملابس والمتاع ، سواء انصب التفتيش على الأعضاء الظاهرة من الجسم أم امتد إلى الأعضاء الباطنة من الجسم . وقضى بالآتى : " تفتيش الشخص قبل إيداعه سجن القسم تمهيدا لعرضه على سلطة التحقيق أمر لازم ؛ لأنه من وسائل التوقى والتحوط من شر المقبوض عليه إذا ما سولت له نفسه التماسا للفرار أن يعتدى على غيره بما يكون محرزا من سلاح أو غيره " ^(٣) .
وقضى أيضاً : " مايتخذ مأمور الضبط القضائى من إجراءات الكشف عن المخدر بمعرفة طبيب المستشفى فى موضع إخفائه من جسم المتهم

(١) أحمد ضياء الدين محمد خليل : مشروعية الدليل فى المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، ١٩٨٣ ، ص ٣٧٤ .

(٢) د. ابراهيم طنطاوى : المرجع السابق ، ص ٧٥٣ .

(٣) نقض ٨ يونيو سنة ١٩٧٥ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ، رقم ١١٧ ، ص ٥٠٠ .

لا يعدو أن يكون تعرضاً له بالقدر الذى يبيحه التفتيش ذاته كما أن قيام الطبيب فى المستشفى باخراج المخدر من الموضع الذى أخفاه فيه المتهم لا تأثير له على سلامة الإجراءات " (١) .

وقضى أيضاً : " لما كانت حرمة السيارة الخاصة مستمدة من اتصالها بشخص صاحبها فحيث يجوز تفتيشه قانوناً يجوز أن يشملها التفتيش أيضاً طالما وجدت بالطريق العام " (٢) .

أما محكمة التمييز الكويتية فقد قضت أنه : " من المقرر أنه يجوز لرجال الشرطة طبقاً للمادة ٥٤ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية القبض بدون إذن على كل من اتهم فى جناية وقامت على اتهامه أدلة قوية كما يجوز له عملاً بحكم المادة ٤٣ من هذا القانون فى حالة التلبس بالجريمة جناية كانت أو جنحة تفتيش المتهم أو مسكنه ... " (٣) .

ويلاحظ على القضاء الكويتى أنه أجاز فى حالة التلبس بالجريمة جناية أو جنحة - تفتيش المتهم أو مسكنه على السواء وفى اتجاه المحكمة تطبيقاً لصحيح القانون .

رأينا الخاص :

فى الواقع أن نص المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتى

(١) نقض ٧ ابريل سنة ١٩٧٤ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٨٢ ص ٣٧٨ .

(٢) نقض ٣ يناير سنة ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٢٧ ص ٥ .

(٣) الطعن ٣٢٤ / ٨٨ جزائى جلسة ١٩٨٤ / ٤ / ٢٤ ، منشور فى مجموعة الأحكام المشار إليها سابقاً

بتخويل رجل الشرطة في حالة الجريمة المشهودة (والتي تقابل حالة التلبس في القانون المصرى) أن يقوم بتفتيش المتهم أو مسكنه - فيها جور كبير على الحرية الشخصية - بخصوص تفتيش المسكن .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصرى كان قد نص فى المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية على الآتى : " لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ... " .

وقد كانت هذه المادة بهذا النص تخالف نص المادة ٤٤ من الدستور الدائم لمصر عام ١٩٧١ والتي تقضى " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر مسبب " .

ولذلك فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ يونية ١٩٨٤ فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٤ ق دستورية حكما بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى . وعليه لم يعد من الجائز لمأمور الضبط القضائى دخول المسكن بغرض تفتيشه إلا إذا حصل على إذن مسبب من السلطة المختصة بإصداره .

لذلك فإننا نرى وجوب عدول المشرع الكويتى عن نصه فى المادة ٤٣ السالف ذكرها بقصد التفتيش فى حالة الجريمة المشهودة على الشخص ذاته دون مسكنه واشتراط فى الحالة الأخيرة الحصول على إذن مسبب من سلطة التحقيق المختصة بإصداره .

ضمانات تفتيش الأنثى :

نصت المادة ٥١ إجراءات جزائية (فى فقرتها الأخيرة) على أنه :

” إذا كان المتبوض عليه امرأة . وجب أن تقوم بتفتيشها امرأة ” . وتنصر المادة ٨٢ أ.ج. على أن : ” تفتيش النساء يجب أن يكون فى جميع الأحوال أن تقوم به امرأة تندب لذلك بمعرفة المحقق . وكذلك يكون شهوده من النساء ” .

وحكم هذين النصين يطابق تماما حكم المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى ، فجاء فيها : ” و إذا كان المتهم أنثى . وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائى ” . وهى قاعدة يحدد نطاقها المساس بالحرية الشخصية مراعاة للآداب العامة وحماية القيم الأخلاقية . ولذلك فهى متعلقة بالنظام العام يؤدى إلى بطلان إجراءات التفتيش ما أسفر عنها من أدلة .

ومراد القانون المصرى والكويتى من اشتراط تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التى لا يجوز لرجل الضبط القضائى الاطلاع عليها وهى ” عورات المرأة ” التى تخدش حياءها إذا مست . ويلاحظ أن المشرعين الكويتى والمصرى لم يشترطا أية شروط خاصة فى الأنثى التى يندبها مأمور الضبط القضائى للتفتيش ، ففى هذا الصدد لا يشترط لصحة الندب عن مأمور الضبط القضائى أن يكون كتابة (١) بل يكفى مجرد الندب الشفوى للأنثى ؛ لأن المقصود بندب الأنثى ليس تحقيق

(١) د. محمود نجيب حسنى : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص ٥٧٧ ؛ د. حسن صادق المرصفاوى : أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ ، ج ١ ، رقم ١٣٥ ، ص ٣١٠ ، نقض مصرى ، ١٩٧٢/٥/٢٩ ، أحكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ١٨٧ ، ص ٨١٥ .

ضمانات حرية من يجرى تفتيشها ولكن منع الضابط القضائي من الاطلاع عليها ومشاهدتها باعتبارها من عورات المرأة التي تخدش حياءها إذا مست (١) .

وكذلك ليس لمأمور الضبط القضائي تحليف الأنثى اليمين قبل قيامها بالمهمة التي أسندت إليها إلا في الحالة التي يخشى منها مأمور الضبط القضائي ألا يستطيع فيما بعد سماع شهادة هذه المرأة بيمين فيجوز له عندئذ تحليفها باليمين .

ويرى بعض الشراح - وبحق - متى كان التفتيش سيجرى في أحد مواضع المرأة التي تعد عورة فليس لمأمور الضبط القضائي حضور هذا التفتيش (٢) .

ومرد ذلك أن صيانة حياء المرأة لا يقف عند حد منه الملامسة لعورتها بل يشمل أيضا منع النظر إليها . فالمرأة التي تمس عورتها من خلال النظر إليها تتأذى بالقدر نفسه الذي تتأذى به إذا لامست يد أجنبية عورتها . لذلك فإن حضور مأمور الضبط القضائي لإجراءات تفتيش الأنثى يعد كما لو كان هو الذي قام به وبالتالي يكون هذا التفتيش باطلا بطلانا مطلقا (٣) .

(١) نقض مصري ، ١٩٨٤/١/٣١ ، أحكام النقض من ٣٥ ، رقم ١٩ ، ص ٩٥ .

(٢) Delaunay Leon " Traité pratique de l'instruction Paris, 1916 , art . (٢) 87 , P 78

(٣) د. ابراهيم طنطاوي : التلبس بالجريمة واثره على الحرية الشخصية ، ١٩٩٠ ، ص ١٣٣ .

موقف القضاء المصرى :

القضاء المصرى مستقر على تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى مثلها رهن بأن يكون التفتيش فى مواضع جسمانية لا يجوز لرجل الشرطة الاطلاع عليها باعتبارها من عورات المرأة التى تخدش حياءها إذا مست . وقد قضت محكمة النقض المصرية . بهذا الصدد أن " ضابط البوليس لا يكون قد خالف القانون إن هو التقط لفاة المخدر التى طالعتة فى وضعها الظاهر بين أصابع قدم المتهمة وهى عارية (١) . كما قضت أيضا : " لما كان ما قام به الضابط من إمساكه باليد اليسرى للمطعون ضدها وجذبها عنوة من صدرها إذا كانت تخفى فيه المخدر ينطوى بلا ريب على مساس بصدر المرأة الذى يعد من العورات لديها لما يقتضيه ذلك بالضرورة من ملامسة هذا الجزء الحساس من جسمها : ولذا فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بقبول الدفع بالبطلان تفتيش المطعون ضدها للأسباب السابقة يكون قد طبقه القانون تطبيقا سليما (٢) . وفى هذا الصدد لا يقبل القول بأن الطبيب يباح له بحكم مهنته ما لا يباح لغيره عند استحالة التفتيش بمعرفة أنثى بأن يقوم هو بإجراء التفتيش المطلوب . فهو تقدير خاطئ فى القانون (٣) .

(١) نقض ٢ مايو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ١٤٣ ص ٥٢١ .

(٢) نقض ١٦ نوفمبر ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ رقم ١٣٢ ص ٦٦٨ .

(٣) نقض ٢ يناير ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٧ رقم ١ ص ٩ .

والجدير بالذكر أن حكمة انفض المصربة (١) أقرت شرعية هذا الإجراء . فقضت بأن " الإذن الصادر من النيابة العامة باستخراج المخدر الذى اعترف المتهم بإخفائه فى مكان خاص فى جسده هو إذن صحيح واستخراج المخدر من مكانه . بناء على ذلك يكون صحيحا " وأضافت إلى ذلك قولها : " إن قيام الطبيب بهذا العمل إنما بوصفه خبيرا . ولا يلزم أن يكون الخبير من رجال الضبطية القضائية أو يباشر عمله تحت إشراف أحد .

رابعا : ندب رجال الضبط القضائى للتحقيق

La Comission Rogatoire

أعمال التحقيق أو إجراءاته : متعددة ، يدخل فيها تفتيش مسكن المتهم أو مراقبة رسائله أو سماع الشهود ، وضبط الأشياء والأوراق ، والكشف عن موقع الجريمة وغيرها .

والأصل أن المحقق يجب أن يباشر بنفسه جميع أعمال التحقيق فى الدعوى . ولكن قد لا يتسع وقت المحقق لمباشرة جميع إجراءات التحقيق ، كما أن مقتضيات السرعة قد تتطلب أن يلجأ إلى الاستعانة بمن يكون أقرب منه إلى تنفيذ ما يبتغيه (٢) ، لذلك أجازت أغلب التشريعات ندب رجال

(١) نقض ١٧/٣/١٩٥٨ ، أحكام النقض من ٩ رقم ٨٤ ص ٣٠٠ .

(٢) د. حسن صادق المرصفاوى : المرجع السابق ، ص ٢٣٩ ، وانظر أيضا :

Jean - Claude SOYER : Manuel de droit pénal et de procedure pénale, L. G. D. J. 1984 , P. 279; G. Stefani et G. Levasseur, procédure, op. cit., P. 384. Garraud, " Traité . T. III, No 964, Cass Crim ., 8 dec 1899, B. No. 356. P. 279 .

الضبط القضائي للقيام بعمل أو أكثر من أعمال التحقيق (١) . بناء على تفويض تصدّره سلطة التحقيق المختصة . فتنص المادة ٤٥/٢ صراحة على ذلك بقولها : " يجوز للمحقق أن يصدر قرارا مكتوبا بندب أحد رجال الشرطة لتحقيق قضية معينة أو القيام بعمل معين من أعمال التحقيق . وفي هذه الحالة يكون لرجل الشرطة المندوب سلطة المحقق بالنسبة إلى تلك القضية أو هذا العمل ويكون محضره محضر تحقيق " .

وقد أجازت المادة ٤٧ ثانيا للمحقق عندما يصله بلاغ أو محضر تحريات من الشرطة عن حادث معين أن يصدر أمرا بندب أحد رجال الشرطة .

وتقابل المادة ٤٥/٢ أ . ج . ك . في التشريع المصري المادتين ٧٠ ، و ٣٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري حيث نصت المادة الأولى " ٧٠ " على أن " لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي بعمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق عدا استجواب المتهم . ويكون للمندوب في حدود نذبه كل السلطة التي لقاضي التحقيق . وله إذا دعت الحال لاتخاذ إجراء من الإجراءات خارج اختصاصه أن يكلف به قاضي محكمة الجهة أو أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي

(١) د. احمد فتحى سرور : الوسيط ج ٢ ، ص ٥٢ ، هامش ١ ، د. أمال عثمان : الإجراءات الجنائية ، رقم ٣٢٠ ، ٣٨٠ ، د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق رقم ٢١٣ ، ص ٣٤٤ . د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ، رقم ٦٤٤ ، ٦١٤ .

Bouloc Bernard : L'acte D' instruction , paris, 1965, No. 67 . P. 48 ;
Chambon Le juge d'instruction , Paris, 1972, P. 520 .

بها. وللقاضي المندوب أن يكلف بذلك عند الضرورة أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي طبقا للفقرة الأولى . ويجب على قاضي التحقيق أن ينتقل بنفسه للقيام بهذا الإجراء كلما اقتضت مصلحة التحقيق ذلك ” .

ونصت المادة ٣٠٠ إجراءات على أن ” لكل من أعضاء النيابة العامة في حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أي مأموري الضبط القضائي ببعض الأعمال التي من خصائصه ” .

وفي فرنسا نظمت المواد : ٨١ فقرة ثالثة و ١٥١ و ١٥٢ إجراءات جنائية ، قواعد الإنابة القضائية . فنصت المادة ١٥١ على أن ” لقاضي التحقيق أن يستعين من خلال إنابة قضائية بأى من قضاة محكمته . وبأى قاضٍ للتحقيق ، وبكل مأموري الضبط القضائي ، للقيام بما يراه لازما من إجراءات التحقيق التي يقدر أهميتها في الأماكن التي يكون لهم فيها اختصاص إقليمي ، ويكون ذلك بعد إبلاغ نائب الجمهورية .

ويذكر في الإنابة نوع الجريمة موضوع المتابعة ، وتؤرخ وتوقع من القاضي الذي أصدرها وتمهر بختمه ، ولا يجوز أن يأمر فيها إلا باتخاذ إجراءات التحقيق المتعلقة مباشرة بالمعاقبة على الجريمة التي تنصب عليها المتابعة .

ونصت المادة ١٥٢ فرنسي على أن ” يكون للقضاة وللمأموري الضبط القضائي المنتدبين لتنفيذ الإنابة القضائية ضمن حدود الإنابة جميع السلطات المخولة لقاضي التحقيق .

ومع ذلك ليس للمأموري الضبط القضائي استجواب المتهم أو مواجهته .
وليس لهم أيضا سماع أقوال المدعى المدنى ، والشاهد المعنى فى تطبيق نص
المادة ١٠٤ إجراءات ما لم يكن ذلك بناء على طلبهم ” .

واستنادا إلى النصوص سالفه الذكر يمكننا أن نقترح تعريفا للندب .
فنتقول إنه : ” إذن أو تفويض مباشرة إجراء من إجراءات التحقيق صادر من
جهة مخولة بإصداره إلى الجهة المكلفة بتنفيذه مما يستوجب ، كشرط
لصحته . أن يتضمن على البيانات الضرورية لأوامر التحقيق الأخرى .
وسنعالج فيما يلى شروط الندب والآثار المترتبة عليه :

شروط الندب

من التعريف السابق للندب ، نستطيع أن نستخلص الشروط التى يجب
توافرها فيه متى يكون أمر الندب صحيحا منتجا أثره . وهذه الشروط هى :

أ - أن يكون أمر الندب صريحا :

ينبغى فى الأمر بالندب أن يكون صريحا (١) ، بمعنى أن يصاغ
بعبارة واضحة جلية ، ويجب أن تحدد فيه الإجراءات المطلوبة بدقة . وأن
تبين فيه كافة المسائل والبيانات بصراحة لا لبس فيها ولا غموض . فالندب

(١) د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق : ص ٦٠٨ ؛ د. محمود مصطفى : شرح قانون الإجراءات
الجنائية ، ص ٢٤٤ ، د. رؤوف عبيد : المرجع السابق ، ص ٣٩٢ ، د. ابراهيم طنطاوى : المرجع السابق ،
ص ٥٩١ .

كإجراء تحقيق تحكمه قاعدة الوضوح التي تحكم إجراءات التحقيق كافة (١).

وتطبيقاً لما سبق قضى بأن " إحالة وكيل النيابة الشكوى إلى البوليس لفحصها بمعرفة أحد مأموري الضبط القضائي لا يعد ندباً للتحقيق . فهذا الاجراء فى حقيقته هو مجرد إجراء من إجراءات الاستدلال . وبالتالي فإن المحضر الذى يحرره مأمور الضبط عندئذ يكون محضر جمع استدالات لا محضر تحقيق . فإذا حفظته النيابة جاز لها مع ذلك رفع الدعوى الجنائية دون حاجة إلى صدور أمر من النائب العام بإلغاء أمر الحفظ (٢) .

ووفقاً للمادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية الكويتي . أجاز المشرع للمحقق أن يندب أحد رجال الشرطة لتحقيق قضية معينة أو القيام بعمل معين من أعمال التحقيق . وفى هذه الحالة يكون لرجل الشرطة المندوب سلطة المحقق بالنسبة إلى تلك القضية أو هذا العمل . ويكون محضره محضر تحقيق . وهناك من التشريعات . كالتشريع المصرى (المادة ١/٧١ إجراءات جنائية) لا تجيز الندب الكلى للتحقيق فى قضية برمتها ، وإنما تقصره على الندب الجزئى للقيام بعمل معين من أعمال التحقيق . تأسيساً على أن فى هذا إهداراً للقانون الذى حول سلطة التحقيق لجهة معينة بالذات . وتخلى

(١) نقض مصرى ، ١٩٧٢/٥/٢٢ ، أحكام النقض ، ص ٢٣ ، رقم ١٧٧ ، ص ٧٨٦

(٢) نقض ١٩٣٦/٦/١٥ القواعد القانونية ج ٣ رقم ٤٧٨ ، ص ٦١٦ و ١٩/١٠/١٩٥٩ أحكام

النقض ص ١٠ رقم ١٧ ، ص ٧٩٧ ، ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ص ١٦ رقم ١٧٠ ، ص ٨٨٥

عن هذه السلطة التي قصد القانون لمنحها توفير ضمانات عدة قد لا تتوافر إذا قام رجل الشرطة بالتحقيق كاملا (١) .

ب - يشترط أن يكون أمر النذب ثابتا بالكتابة :

نظرا لخطورة الأمر بالنذب وتعرضه لحقوق الإنسان وكرامته الشخصية وحرمة مسكنه فإنه يجب أن يثبت بالكتابة من الجهة المخولة بإصداره (٢) بصريح نص المادة ٢/٤٥ إجراءات جزائية بعبارة لا يجوز للمحقق أن يصدر قرارا مكتوبا بنذب أحد رجال الشرطه ... " . فإذا لم يكن قرار النذب مكتوبا ترتب على ذلك بطلان الانتداب للتحقيق (٣) . غير أنه إذا فقد الأمر بالنذب من ملف الدعوى . فلا يؤدي ذلك إلى البطلان طالما أن المحكمة قد استظهرت من التحقيق الذي أجرته أن ثمة أمرا مكتوب قد صدر من قبل .

فأمر النذب ورقة من أوراق الدعوى (٤) . على انه لا يشترط وجوده بيد المكلف بتنفيذه عند قيامه بواجبه مادام الأمر قد صدر كتابة قبل مباشرة

(١) د. حسن صادق المرصفاوى : المرجع السابق ، ص ٢٤٠ ؛ وأنظر أيضا نقض مصرى ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ : مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ، س ١٣ ، ج ١ ، القضية ١٩٨٩ ، رقم ٣٧ ، ص ١٣٥ ، حيث قضى هذا الحكم بعدم جواز تفويض أحد أفراد الضبط القضائى بمباشرة تحقيق قضية برمتها .

(٢) نقض ٣٠ مايو سنة ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، ص ١١ ج ٢ القضية ٢٤١٥ ، رقم ٩٧ ، ص ٥٠٨ .

(٣) نقض ١٩٣٧/١١/٢٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٣ ، رقم ١١٣ ، ص ٩٨ .

(٤) نقض ١٩٦١/١٠/٩ أحكام النقض ، س ١٢ ، ق ٤٩ ، ١٠٦٨/٦/٣ ، س ١٩ ق ١٢٤ .

ذلك الإجراء (١) . كما أن عدم إرفاق الأمر بملف الدعوى لا يفيد عدم وجوده أو سبق صدوره مادام بإمكان المحكمة أن تتحقق من ذلك قبل الفصل بالدعوى . فإذا استظهرت المحكمة صدوره من الجهة المختصة بذلك فلا يمنع من اعتماد الدليل المستمد منه وإن اختلفت أوضاع بعد صدوره . إلا أنه يشترط أن يكون المكلف للتحقيق عالماً بصدور الأمر قبل مباشرته التحقيق (٢) . كما أنه لا يجوز أن يصدر أمر الذنب شفاهة (٣) . ومن هذا القبيل عدم جواز الإذن تليفونيا . ما لم يكن تبليغ الأذن مثبتاً في دفتر الاشارات التليفونية (٤) .

ج - يجب أن يكون أمر الذنب متضمناً كافة البيانات اللازمة :

فيجب أن يشمل أمر الذنب على كافة البيانات اللازمة . كاسم ووظيفة من أصدره واسم المتهم والتهمة المسندة إليه (٥) وتحديد الأعمال المطلوب من مأمور الضبط القضائي المنسوب تنفيذها وكذلك تاريخ صدور وتوقيع

(١) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، ص ١٢ ، ج ٢٣ ، القصة ٨٤٣ ، رقم ٢١٠ ص ١٠٠٠ .

(٢) د. عمر السعيد رمضان : مبادئ الإجراءات الجنائية ١٩٦٧ - ١٩٦٨ . طبعة رابعة ، ص ٢٧٤ .

(٣) نقض ٤ نوفمبر ١٩٦٣ مع أحكام النقض ص ١٤ ، رقم ١٣٣ ، ص ٧٤١ .

(٤) نقض ١٧ يناير سنة ١٩٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ ، رقم ٢٨٨ ، ص ٣٨٥ ، ٢٢ ، ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، ج ٥ ، رقم ١٧٣ ، ص ٣٢٧ .

(٥) نقض ١٩ يناير ١٩٥٥ مع أحكام النقض ، ص ٦ رقم ١٥١ ، ص ٤٥٦ ، نقض فبراير ١٩٤٨ مع

أحكام النقض ص ١٩ رقم ٢٣ ص ١٢٤ .

الأمر بالندب ومدة سرورانه والأجل المحدد لتنفيذه حتى يكون حجة وأساسا صالحا لما يبنى عليه من النتائج .

د - أن يصدر أمر الندب عن صاحب الحق في إصداره :

لابد لكي يكون أمر الندب الصادر إلى مأموري الضبطية القضائية صحيحا أن يكون من أصدره مختصا بالتحقيق ، مكانيا وموضوعيا . وبيان ذلك ان الانتداب للتحقيق هو إجراء من إجراءات التحقيق . لذلك كان طبيعيا أن يحتفظ المشرع بهذا الإجراء للسلطة المختصة بالتحقيق ، وهذا ما أخذ به المشرع الكويتي في المادة ٢/٤٥ إجراءات حيث قرر سلطة الانتداب للمحقق . ونقصد بالمحقق هنا المحقق كما ورد في المادة ٩ (إجراءات) بقولها : " تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات .

ويتولى سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجناح محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام . وتثبت صفة المحقق أيضا لضباط الشرطة الذين يعينهم النظام الداخلي المنصوص عليه في المادة ٣٨ ... " .

هـ - أن يصدر أمر الندب إلى أحد مأموري الضبط القضائي المختصين مكانيا وموضوعيا :

فيشترط أن يكون المندوب في أمر الندب ، ولا يشترط في هذا

التحديد ذكر اسمه (١) أن يكفي تحديده بوظيفته . وفي هذه الحالة يجوز تنفيذه بواسطة مأمورى الضبط القضائى ممن يشغلون هذه الوظيفة . ولكن إذا اختص أحداً بالإسم وجب أن يجرى الإجراء بنفسه فليس له أن ينتدب من باطنه أحداً والا وقع الإجراء باطلاً (٢) .

والجدير بالذكر فى هذا الصدد أنه يوجد فى دولة الكويت محققون ووكلاء للنيابة ، يعمل كل منهم فى المحافظات الأربع للدولة . أى أن لكل منهم دائرة اختصاص مكانية لا يجوز له أن يتخطاها . وهو تعامل صارم بينهم . وبناء عليه لا يكون صحيحاً إذا صدر الذنب من محقق فى غير دائرة اختصاصه المكانى .

و - أن ينصب الذنب على عمل معين من أعمال التحقيق :

يشترط أن ينصب الذنب على عمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق . فلا يجوز الذنب فى جميع أعمال التحقيق ، أو التحقيق فى قضية برمتها . وبخاصة تلك التى ترمى إلى جمع الأدلة مثل سماع الشهود أو التفتيش أو مراقبة رسائل المتهم أو إجراء معاينة .

(١) نقض ١٩٤٨/٧/٧ ، المخامة من ٢٩ رقم ٢٦٩ ، ص ٥٥٦ . وعندئذ يكون الإجراء صحيحاً إذا قام به أى فرد من مأمورى الضبطة القضائية . راجع نقض ١٩٤٩/١٢/٢٠ أحكام النقض من ١ رقم ٦٧ ص ١٦٣ و ١٩٥٧/٥/٣ من ٦ رقم ٣٠٦ ص ١٠٤٣ و ١٩٦٢/٦/١١ من ١٢ رقم ١٣٤ ص ٥٣٢ ، وردت هذه الأحكام فى مؤلف د. رؤوف عبيد ، المرجع السابق هامش ٣ ص ٣٩ .

(٢) نقض ١٩٧٥/٣/٢٤ أحكام النقض من ٢٦ رقم ٦١ ص ٣٦٥ .

وفي جميع هذه الأحوال . يكون للمندوب كامل سلطات المحقق بالنسبة لموضوع النذب . يستثنى من ذلك إصدار أوامر القبض والتفتيش والحبس الاحتياطي . ولكن إذا كان المندوب محققا آخر . أو وكيل نيابة جاز له ذلك . لأنه حق يملكه في الأصل . أما الضابط القضائي فعليه أن يتصل بالأمر لاستصدار أمر رسمي بالقبض أو التفتيش أو الحبس الاحتياطي . لأنه لا يجوز له . حسب نص المادة ٤٥ المذكورة " استعمال وسائل البحث والا ستقصاء التي تضر الأفراد أو تقيّد حرياتهم إلا إذا كانت له صفة المحقق بموجب القانون . على أنه إذا وجد الشخص في إحدى الحالات التي تبرر القبض عليه . فإن له أن يقبض عليه لهذا السبب وليس لسبب النذب .

هذا ولا بد من الإشارة إلى المادة ٢/٤٥ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي لم تمنع نذب مأمور الضبطية القضائية لتحقيق قضية برمتها ، أو الحق في استجواب المتهم . وحجتنا في ذلك ، أن نص القانون جاء مطلقا . فقد جاء فيه : " ... ويجوز للمحقق أن يصدر قرارا مكتوبا بنذب أحد رجال الشرطة بتحقيق قضية معينة أو القيام بعمل معين من أعمال التحقيق ... " ، والمطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيد أو يخصص .

أما الشارع المصري (١) فقد ذهب باتجاه مخالف ، فقد منع على مأمور الضبط استجواب المتهم (م ٧٠) ، لأن الاستجواب أمر خطير يجب ألا يعهد به إلا لمن تتوفر فيه النزاهة والحيادة والكفاءة . وهذه لا تتوفر إلا

(١) الشارع الفرنسي يمنع انتداب عضو الضبط القضائي لاستجواب المتهم رغم أنه يجيز لسلطة الضبط القضائي استجوابه في حالة التلبس (المواد ٧٠ ، ٧١ إجراءات) .

في القضاة . لأنهم يتمتعون بالضمانات التي نبعد عنهم الضغط والتدخل .
ويهمهم إثبات البراءة أكثر من تأكيد الاتهام . وهذه الضمانات غير موجودة
في رجل الضبط القضائي . لذلك وجب حظر قيامهم بالاستجواب (١) .
إلا انه أجاز لمأمور الضبط القضائي أن يستجوب المتهم إذا توافرت
شروط معينة فنصر بأنه (وللمندوب أن يجرى أى عمل آخر من أعمال
التحقيق أو أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت
متى كان متصلا بالعمل المندوب له ولازما في كشف الحقيقة ٢/٧١ إجراءات
مصرى .

ومن وجهة نظرنا نرى وجوب النص صراحة على اقتصار الذنب على
بعض أعمال التحقيق حيث إن رجل الشرطة لا يمكن أن تتوافر فيه جميع
الضمانات المطلوبة في المحقق وهو بالتالي يتعارض مع روح القانون الذي يرى
في اختيار المحقق أكبر ضمانة لحسن سير العدالة . ناهيك عن أن
الاستجواب هو حق مقصور على المحقق طبقا لنص المادة ٩٨ من قانون
الإجراءات الجزائية الكويتي .

لذلك يجب على المشرع الكويتي أن يبادر بالنص صراحة على حظر
الذنب في الاستجواب وعدم ترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء في هذا
الشأن.

(١) د. عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ؛ ص ٣٣ ؛ د. محمد علي السالم الحلبي ، المرجع السابق ، ص

١٩٥ ؛ د. رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ .

الخاتمة

إذا كانت الكلمة الأخيرة فى كل كتاب أو بحث تعبر عما يجول فى ذهن الكاتب . فإن هذه الكلمة فى موضوع ضمانات المتهم أمام سلطة الاستدلال أثناء مباشرتها لإجراءات التحقيق المخولة لها كاستثناء . لا يمكن أن تكون سهلة ولا نهائية . والسبب فى ذلك صعوبة تنظيم عمل الضابطة القضائية . بمعنى بيان الاختصاصات الممنوحة للقائمين على مرحلة الاستدلالات والقواعد التى يتعين مباشرة هذه الاختصاصات وفقا له والتى لا ينبغي على رجال الضابطة القضائية أن يتخطوها عند قيامهم بعملهم . وبالتالي يحول ذلك دون إهدار للجهد الذى بذلوه للحيلولة دون تطبيق الجزاء الإجرائى وأداته البطلان على الأعمال التى يباشروها متى التزموا بحدود التنظيم الذى حدده المشرع . وكذلك أيضا يحول دون تقرير مسئوليتهم الجنائية والمدنية والإدارية التى ترتب فى حالة اتخاذهم لإجراءات تنطوى على مساس بحقوق الأفراد وحررياتهم دون سند من القانون .

والحق إن القانون قد سمح استثناء بمباشرة بعض الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية المكفولة بضمانات معينة تحقق احترام براءة المتهم . وأهم هذه الضمانات هو حصر الأحوال التى تجوز فيها مباشرة هذه الإجراءات واتخاذها بواسطة القضاء بوصفه الحارس الطبيعى للحریات . فإذا سمح القانون بصفة استثنائية لغير جهات القضاء (مثل تخويل سلطة القبض فى حالة التلبس لمأمور الضبط القضائى) فى مباشرة أحد هذه الإجراءات . وجب التقيد بحزم بالأحوال التى أجاز فيها القانون اتخاذ الإجراء .

غير أن الواقع العملي يدل على أن مأموري الضبط القضائي لا يباشرون فحسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون . بل يباشرون إجراءات أخرى تمس حقوق الأفراد وحررياتهم . وبالتالي تصبح الإجراءات المتخذة غير مشروعة ليس لها سند من القانون .

وعلى الرغم أيضا من أن المشرع الإجرائي الكويتي قد حذا حذو التشريعات الجنائية المتطورة في بيان ضمانات المتهم أمام سلطة الاستدلال . إلا إن نصوص قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي في بعض المواضع جاءت ناقصة وتحتاج إلى تدخل المشرع لتكملة هذا النقص أو تعديل تلك النصوص بما يتفق مع التطور في التشريعات الجنائية الحديثة .

لذلك فإنني أقترح على المشرع الكويتي . تحقيقا للأغراض العلمية والعملية التي تستهدف تشريعات الإجراءات الجنائية إلى تحقيقها بعض الملاحظات ، ليستعين بها عند إعادة النظر في نصوص قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي :

١ - على الرغم من خطورة أعمال الضابطة القضائية لمساسها بحريات الأفراد . فإن المشرع الإجرائي الكويتي لم يشترط رتبة معينة في رجل الضبط القضائي العام من رجال الشرطة القائم بإجراء أعمال التحريات . وعلى ذلك يجوز أن يكون القائم بالإجراء ضابطا أو صف ضابطا أو شرطيا أو جنديا . لأن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيد أو يخصص .

وعلى ذلك فإننا نهيب بالمشرع الكويتي أن يحدد بنص صريح قائمة برجال الضابطة القضائية أو على الأقل تحديد صفة الضبطية القضائية حتى

رتبة معينة كما فعل المشرع المصري وذلك لما لهذه الصفة من مساس بالحرية الشخصية للفرد والتي يجب أن تصان ولا تمس إلا في أضيق الحدود .

٢ - نص المشرع الكويتي على عدم حجية المحاضر في الإثبات أمام القضاء . إلا أنه كان يجب عليه عدم طرح الحجية المطلقة لها في الإثبات كالزام الشهود بالتوقيع وكذلك الخبراء . وأن تكون أقوالهم في هذا الشأن محل نظر أمام المحكمة أو المحقق حيث يمكن أن تعتبر قرينة لصالح المتهم .

٣ - جعل المشرع الكويتي لرجل الشرطة حق المقبوض عليه لمدة لا تتجاوز أربعة أيام (المادة ٦٠ إجراءات جزائية) والنص قبل التعديل على هذا النحو كان يجعل مدة حجز المقبوض عليه بمعرفة رجل الشرطة ٢٤ ساعة كالقانون المصري تماما ، ولذلك فإننا نرى من جانبنا أن المشرع الكويتي قد جانبه التوفيق في إدخال التعديل على نص المادة السابقة لأن الحجز لا بد كأصل عام أن يكون صادرا من سلطة تحقيق مختصة ، أما ترك صدوره لرجال الشرطة ولمدة أربعة أيام كاملة له مساس على الحرية الشخصية للفرد والتي هي مصنونة يجب عدم المساس بها إلا في أضيق الحدود .

٤ - العمل على تعديل نص المادة ٥٤ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي بجعل سلطة لرجل الشرطة في القبض على المتهم في الجنايات مقصوراً في الجرائم المشهوددة فقط أو في حالات التلبس . وكذلك نرى إعادة صياغة المادة ٥٢ من قانون الإجراءات الجزائية بصورة تكفل حصر الاستيقاف في إطاره الصحيح ، بحيث تبين حالاته ،

ومن له سلطة مباشرته ، وحصر السلطات التي يخولها في مجرد سؤال المستوقف دون اقتياده إلى مخفر الشرطة .

٥ - وجوب عدول المشرع الكويتي عن نصه في المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية بقصد التفتيش في حالة الجريمة المشهودة على الشخص ذاته دون مسكنه ، واشتراط في الحالة الأخيرة الحصول على إذن مسبب من سلطة التحقيق المختصة بإصداره .

٦ - وجوب النص صراحة على اقتصار النذب على بعض أعمال التحقيق حيث إن رجل الشرطة لا يمكن أن تتوافر فيه أحيانا جميع الضمانات المطلوبة في المحقق وهو بالتالي يتعارض مع روح القانون الذي يرى في اختيار المحقق أكبر ضمانه لحسن سير العدالة .

٧ - حظر النذب صراحة في الاستجواب وعدم ترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء في هذا الشأن .

٨ - النص على تخويل النائب العام مباشرة الرقابة على نحو جدى على أعضاء الضبط القضائي من خلال منحه سلطة رفع الدعوى التأديبية على مأمور الضبط القضائي الذي تثبت مباشرته لاختصاصاته على نحو مخالف للقانون .

أهم مراجع البحث

قائمة المراجع
أولا : المراجع العربية

- د. إبراهيم حامد طنطاوى :
- سلطات مأمور الضبط القضائي . الطبعة الثانية . سنة ١٩٩٧ .
- د. أحمد ابوالقاسم احمد :
- الدليل الجنائي المادى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .
- د. أحمد فتحى سرور :
- الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية
بالقاهرة ، طبعة ١٩٩٥ .
- الوسيط فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية . القاهرة .
طبعة ١٩٩٦ .
- د. أسامه عبدا لله فايد :
- حقوق وضمانات المشتبه فيه فى مرحلة الاستدلال ، دراسة مقارنة .
دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .
- د. أمال عبدالرحيم عثمان :
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، القاهرة . سنة ١٩٨٩ .
- الخبرة فى المسائل الجنائية ، رسالة دكتوراه . جامعة القاهرة .
سنة ١٩٦٤ .

- د. حاتم بكار :

- حماية حقوق المتهم فى محاكمة عادلة . منشأة المعارف .

الاسكندرية . سنة ١٩٩٦ .

- د. حسن المرصفاوى :

- أصول الإجراءات الجنائية . منشأة المعارف . الاسكندرية . سنة

١٩٨٩ .

- شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتى ، الكويت . سنة

١٩٧٠ .

- المرصفاوى فى المحقق الجنائى . منشأة المعارف ، الاسكندرية .

طبعة ثانية ، سنة ١٩٩٠ .

- الحبس الاحتياطى وضمان حرية الفرد فى التشريع المصرى ، رسالة

دكتوراه . جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٤ .

- قانون الإجراءات الجنائية مع تطوراتہ التشريعية ومذكراته

الايضاحية فى مائة عام ، سنة ١٩٩٠ .

- د. حسن محمد علوب :

- استعانة المتهم بمحام فى القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة

القاهرة ، سنة ١٩٧٠ .

- د. رؤوف عبيد :

- مبادئ الإجراءات الجنائية ، طبعة ١١ ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩ .

- المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، الجزء الاول .
والجزء الثانى . القاهرة ، سنة ١٩٧٢ .
- د. رمسيس بهنام :
- الإجراءات الجنائية ، تأصيلا وتحليلا ، منشأة المعارف
بالإسكندرية ١٩٨٤ .
- د. سامى حسن الحسينى :
- النظرية العامة للتفتيش فى القانون المصرى ، رسالة دكتوراه .
جامعة عين شمس . سنة ١٩٧٢ .
- د. سامى صادق الملا :
- اعتراف المتهم . رسالة دكتوراه ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٧٥ .
- د. عبدالوهاب حومد :
- الوسيط فى الإجراءات الجزائية الكويتية ، جامعة الكويت ، طبعة
١٩٨٩ .
- د. عمر السعيد رمضان :
- أصول المحاكمات الجزائية فى التشريع اللبنانى ، بيروت ، سنة
١٩٧١ .
- د. عمر الفاروق الحسينى :
- الاستيقاف والقبض فى قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية
الكويتى ، مقارنا بالقانون المصرى ، مطبوعات جامعة الكويت .
طبعة ١٩٩٤ .

ـ د . فاضل نصر الله عوض :

ـ دراسة معمقة فى معاملة الاحداث المنحرفين والمعرضين لخطر
الانحراف وفقا لقانون الاحداث الكويتى رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ .
مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر . جامعة الكويت .
١٩٩٧/ ٩٦ .

ـ د . فوزية عبدالستار :

ـ شرح قانون الإجراءات الجنائية . القاهرة . مطبعة دار النهضة
العربية . ١٩٩٤ .

ـ د . مأمون محمد سلامة :

ـ الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى . الجزء الأول ، سنة
١٩٧٧ . ١٩٨٨ .

ـ د . محمد زكى ابو عامر :

ـ الحماية الشخصية للحريات الشخصية . القاهرة . سنة ١٩٧٩ .
ـ الإجراءات الجنائية . دار المطبوعات الجامعية . القاهرة . سنة
١٩٨٤ .

ـ د . محمد سامى النبراوى :

ـ استجواب المتهم ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية . سنة
١٩٦٨ .

ـ د . محمد محى الدين عوض :

ـ القانون الجنائى . اجراءاته .

— د. محمود محمود مصطفى :

- شرح قانون الإجراءات الجنائية . الطبعة الثالثة عشر دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .

— د. محمود نجيب حسنى :

- شرح قانون الإجراءات الجنائية . دار النهضة العربية . القاهرة . طبعة ١٩٩٥ .

- شرح قانون العقوبات ، القسم العام . دار النهضة العربية . طبعة ١٩٨٩ .

— د. نبيل مدحت سالم :

- شرح قانون الإجراءات الجنائية . دار النهضة العربية . طبعة ١٩٩٦ .

ثانياً : المقالات

- د. أحمد حبيب السماك :
- النذب للتحقيق الجزائي ، دراسة مقارنة في القانون الكويتي .
مجلة الحقوق ، السنة العشرون ، العدد الثالث ، سبتمبر ١٩٩٦ .
- د. احمد فتحى سرور :
- مراقبة المكالمات التليفونية ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد السادس ، سنة ١٩٦٣ ، ص ٢٤٧ .
- د. عادل حافظ غانم :
- الخبرة فى سجل الاثبات الجنائى ، مجلة الامن العام ، ١٩٦٨ .
- د. عوض محمد عوض :
- حقوق المشتبه فيه فى مرحلة التحقيق فى الفقه الشرعى . المجلة العربية للدفاع الاجتماعى . العدد العاشر ، اكتوبر ١٩٧٩ .
ص ١١٥ .
- د. محمد محى الدين عوض :
- حدود القبض والحبس الاحتياطى على ذمة التحرى فى القانون السودانى ، دراسة مقارنة ، مجلة القانون والاقتصاد . العدد الرابع . سنة ١٩٦٢ . ص ٥١٤ .

ثالثا : مراجع باللغة الفرنسية

- **Me M. Garcon :**

" La protection de la liberte individuelle pendant l'instruction " , Rev. int. de Droit Penal, 1953 .

- **Merle (Roger) et Andre Vitu:**

" Traite de droit criminel et de procedure penale" , 4 eme edition, Tome . I. " Droit Penal general " .

- **Michle:**

" Le juge d'instruction devant l' inculpe " , R . S . C . , 1974 , P. /48.

- **Nadal (Jean-louis) :**

" Chronique du parquet et de l'instruction " , Revue de Science Criminelle, 1973 .

- **Paul Doucet :**

" Le droit penal applique et droit penal general , Paris, 1969.

- **Pedamon :**

" La fouille Corporelle " R . S . C . , 1961, P. 313.

- **Pierre Bouzat :**

" Le role des organe de poursuite dans de proces penal " , Revue internationale de droit penal , 1964 , P. 85

- **Pierre Legros :**
“ Le droit au silence et la detention provisoire “ , Bruylant,
Bruxelles, 1997 .

- **Pradel (Jean) :**
“ Droit Penal General “ , 9 ed , 1994 .

ثالثا : مراجع باللغة الفرنسية

LES OUVRAGES, ARTICLES ET THESES ETRANGERS

- **Badinter :**
“ Un prejurement , la detention preventive “ , le Monde ,
1970 , P. 12.

- **Bouloc Bernard :**
“ l'acte d'instruction “ Paris, L . G . D . J., 1965 .

- **Bouzat (Pierre) et Pinatel (Jean) :**
“ Traite de droit penal et de criminologie “ , Paris,
T. II, 1970 .

- **Bray . :**
“ La fouille corporelle, these , Dijon , 1930 .

- **Castella (Jean) :**
“ Garantie Constitutionnelle de la libere individuelle et
protection de la personne dans la proces en droit Suisse, rapport

presente au 14 eme Journee de defense Sociale , Rev. Sc., Crim .,
1967 .

- **Claud Albert Colliard :**

“ Libertes politiques “ . 5 ed , Dalloz , 1975 .

- **Chambon :**

“ Le Juge d’instruction “ , theorie et pratique de la
procedure , Dalloz , 1985 .

- **Delaumay Leon :**

“ Traite pratique et d’instruction , Paris, 1916 .

- **Emmanuel Blanc :**

“ La preuve Judiciaire “ , Paris, 1973 .

- **Faustin Helie :**

Traite d’instruction criminelle, T. IV., 1860 .

- **Garraud (Rene) :**

“ Traite theorique et pratique d’instruction Criminelle et de
procedure penal “ , II. 1907 .

“ Traite theoique et pratique d’instruction Criminelle et de
procedure penal “ , Paris , Tome III . 1921.

- **G. Stefani et G. Levasseur :**

“ Procedure Penale “ , Dalloz , 1973 .

- JUNOSY - ZDROJEWSKI :

“ La presumption d’innocence contre la presumption de Culpabilite “ , Gaz., Pal ., 1989, P. 230 .

- Langlois (L.) :

“ L’enquete de flagrante delit “ , J . C . P ., I. 1961 ., P. 235

- Larguier (Jean) et Anne - Marie :

“ La protection des droits de l’homme dans le proces penal “ , Rev. int. de droit penal . 37 annee , 1966 , P. /49 .

- Larguier (Jean) :

“ Droit penal general et procedure Penale “ ., Dalloz, 1977 .

- Le Calvez ;

“ Inculpation et le presumption d’innocence “ ., Gaz . Pal., 1988, P. 681.

- Rassat :

“ Le ministere Public entre son passe et son avenir “ , these, Paris , 196.

- Roche :

“ L’expertise medicale dans le Code de procedure penale .. Rev., Sc., Crim ., 1959 , P. 637 .

- **Roux :**

“ Cours de droit criminel Francais , Sirey , Tome. II.

- **Soyer (Jean Claud) :**

“ Manuel de droit penal et de procedure penale, L. G. D. J.,
1994 .

- **Stefani et Levasseur et Bernard Bouloc :**

“ Procedure penale, 16 edition , Dalloz , 1996 .

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
٣٦٤	مقدمة
	المبحث الأول
٤٠٠	التحريرات (الاستدلال)
٤٠٠	أولاً : تعريف التحرى " الاستدلال "
٤٠٣	ثانياً : أعمال الاستدلال أو التحريات
	ثالثاً : المقارنة بين قانون الإجراءات الجنائية المصرى
٤٠٥	وقانون الإجراءات الجنائية الكويتى
٤٠٨	١ - تلقى البلاغات
٤١٠	٢ - الانتقال إلى محل الحادث
٤١١	٣ - سماع الشهود
٤١٣	٤ - سماع أقوال المتهم
٤١٤	٥ - تحرير محضر بما يتخذ من إجراءات
	المبحث الثانى
٤١٧	ضمانات المتهم أمام سلطة الاستدلال
٤١٨	أولاً: الجريمة المشهوده
٤٢٠	١ - التلبس الحقيقى
٤٢٠	٢ - التلبس الاعتبارى

	٣ - موقف القضاء المصري من الشروط اللازمة
٤٢٤ لصحة القبض
٤٢٦ ٤ - موقف القضاء الكويتي
٤٢٨ ثانياً: القبض على المتهم
٤٣٠ ١ - ماهية القبض
٤٣٣ ٢ - التمييز بين القبض والاستيقاف
٤٣٩ ٣ - حالات القبض
٤٤٠ أ - حالات القبض بموجب أمر
٤٤٦ ب - حالات القبض بدون أمر
٤٥٣ ثالثاً: تفتيش المتهم
٤٥٤ ١ - ماهية التفتيش
٤٥٥ ٢ - تفتيش الأشخاص
٤٥٦ ٣ - تفتيش المساكن
٤٥٧ ٤ - شروط التفتيش بناء على حالة التلبس
٤٦٠ ٥ - موقف القضاء المصري والكويتي
٤٦٦ رابعاً : ندب رجال الضبط القضائي للتحقيق
٤٧٧ الخاتمة
٤٨١ أهم المراجع
٤٩٣ الفهرس