الدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية
دراسة تأصيلية وتطبيقية
في قانون المرافعات المدنية والتجارية

دكتور

علـــي أبـــو عطيـــة هيكـــل

أستاذ قانون المرافعات المدنية والتجارية المساعد

كلية القانون – جامعة صحار – سلطنة عمان

2024

1- مقدمة :

إذا كان القاضي مقيداً بالعناصر الواقعية المدلي بها من الخصوم، إلا أنه يبقي طليقاً في تطبيق القواعد القانونية علي هذه العناصر. حتى ولو لم يدلي الخصوم بهذه القواعد، بمعني أنه إذا كانت العناصر الواقعية تدخل ضمن سلطان الخصوم، فعلي العكس فإن تطبيق القانون يدخل ضمن سلطان القاضي.

2- وتدخل العناصر الواقعية ضمن سلطان الخصوم، لأن إدعاء الواقع يقع علي عاتقهم، لما لهم من سلطة علي الواقع، هذه السلطة[1] اعتمدتها التشريعات الإجرائية المقارنة وخاصة التشريع الفرنسي، حيث اعتمدها وبنصوص صريحة وفقاً للمواد من 6 إلي 11 مرافعات، فنصت المادة السادسة علي أنه " يقع علي عاتق الخصوم ذكر الوقائع التي تدعم تأسيس ما يطرحونه من إدعاءات"[2]، ومن ثم فليس للقاضي أن يسلك البحث عن الوقائع من تلقاء نفسه، بل محظور عليه بموجب المادة 1/7 من القانون السابق، والتي تنص علي أنه "القاضي لا يمكنه تأسيس حكمه علي وقائع ليست مطروحة عليه"[3]. فالقاضي لا يستطيع أن يوسع[4] في نطاق الدعوى كما حدده الخصوم بأن يضيف إليها عناصر واقعية أخري غير التي تمسك بها هؤلاء، علي الأقل ما لم تتعلق بالنظام العام، احتراماً لمبدئي سيادة الخصوم علي الخصومة، وحياد القاضي.

ومع اعتماد كّون القاضي مقيداً بالعناصر الواقعية المدلي بها من الخصوم احتراماً لهذين المبدأين إلا أن تعرضهما للانتكاس بعض الشئ، لما أوجده مبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم – وكما سنري- من دور للقاضي في مجال الواقع، وللخصوم من دور في مجال القانون بمقتضاه خول للقاضي الاعتداد بالوقائع الواردة بملف

---

(1) في مبررات سلطة الخصوم علي كل ما يتعلق بالواقع. د. علي تركي، التزام القاضي بالفصل في النزاع 2013، دار النهضة العربية ص 12- 20 بند 12 – 17 – والمراجع والأحكام المشارة لديه – د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية، علي هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة تغيير أساس الإدعاء – مجلة المحامي الكويتية، الستة التاسعة، الإعداد أكتوبر – نوفمبر- ديسمبر 1986 ص 14 وما يليها.

(2) في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 20 déc. 2007: No. 6 – 20. 260. Civ. 3ne 4 déc. 1984.
J.C.P. 1985. iv. 60. Paris. 16 févr. 1983. D. 1983. IR. 338. obs. Giverdon.

(3) في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 8 Juin 2010. N. 09 – 10. 465. Soc. 26 Juin 1986.
Bull. Civ. V. N. 343. Civ. 8 févr 1984. Bull. Civ. III. N. 34.

(4) د. هشام صادق. المقصود بسبب الدعوى الممتنع علي القاضي تغييره. المحاماة، العدد الرابع لسنة 50 ص 76.
Cécile CHAINAIS: Le principe dispositif: Origines historiques et droit compare Article. January 2015.
https://www.research.net/publication/320228739.

القضية ولو لم يتذرع بها الخصوم صراحة لإسناد طلباتهم ودفوعهم[1] ولا تثور أدني مشكلة عندما يرتكز الخصوم علي هذه العناصر الواقعية لدعم طلباتهم أو دفوعهم. وإنما المشكلة عندما يدلي أحد الخصوم ببعض هذه العناصر بشكل عارض دون أن يستند إليها لدعم طلباته، الأمر الذي يحتاج إلي إيضاحات بشأن هذه العناصر من جانب هذا الخصم، خاصة ما إذا كانت هذه العناصر تحتم الحكم بطلباته كلها أو ببعضها.

مقتضي ذلك، أن الخصوم بعد عرضهم للعناصر الواقعية بشكل كافي أحياناً، يمكن أن يختاروا من بين هذه العناصر بعضها فقط لإسناد طلباتهم ودفوعهم ويتمسكوا بها صراحة، والبعض الآخر يعد وارد عرضاً بملف القضية[2] فهل للقاضي إذا ما تبين له أن هذه العناصر التي وردت عرضاً تحتم الحكم لأحد الخصوم إن يبصرهم بها، ويدعوهم لتقديم إيضاحات بشأنها كأن يستند القاضي في دعاوى المسؤولية إلي عناصر واقعية وردت بملف القضية ولو لم يتمسك بها الخصوم صراحة لإسناد طلباتهم كالعناصر التي تثبت خطأ المدعي عليه أو الخطأ المشترك بينه وبين المدعي، أو بينهم وبين الغير[3].

وكان لتطور القانون الإجرائي أثره البالغ في الإجابة علي هذا التساؤل خاصة وأنه عدّد من أدوار القاضي في الخصومة المدنية رغم وحدة الهدف منها[4]. ومن هذه الأدوار دوره التوجيهي في الخصومة المدنية- محل الدراسة- حيث أجازت التشريعات المقارنة[5]، ووفقاً لنصوص معتمدة للقاضي هذا الدور ومقتضاه تبصرته للخصوم بالواقع المطروح عرضاً بملف القضية ودعواته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنه، تحقيقاً لحسن سير الدعوى، وصولاً إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع.

وقيام القاضي بتبصرته للخصوم بما طرح عرضاً من وقائع وردت بملف القضية، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها لا يعُد كما سنري- إلا أن يكون مجرد استنباط مستمد لوقائع طرحها الخصوم عرضاً، وقيامه بذلك يجعل هذه الوقائع صالحة لتوليد النتائج التي توصل إليها القاضي سعياً منه للوصول إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع،

---

(1) تمييز 9 قرار رقم 2 تاريخ 2016/1/7 صادر في التمييز 216 مشار إليه لدي د. حلمي الحجار؛ هاني الحجاز: الوسيط في أصول المحاكمات المدنية 2022 الطبعة الثامنة منشورات الحلبي الحقوقية ج2 ص 74.

(2) لأن هذا الملف، وكما شبه البعض بالسلة المليئة بالبضائع المتنوعة، يقدمها الخصوم ملقين الضوء علي البعض منها، معتقدين أنها الوقائع المؤدية إلي إقناع القاضي بإدعاءاتهم، ولكن هذا الأخير لديه الرخصة في التقصي والبحث في قاع السلة، عن وقائع مؤدية إلي إقناعه وتمكينه من تكوين عقيدته، وتلك المكنة المخولة للقاضي لا تخل بمبدأ سيادة الخصوم علي الخصومة المدنية، لأن القاضي مفيد في اختياره هذا، بأن يكون مقصوراً علي ما أبدوه الخصوم في ملف الدعوى وأوراقها.

C.OARODI: néfr. P. 51.

– مشار إليه لدي د. سحر عبد الستار: دور القاضي في الإثبات 2002، دار النهضة العربية ص 43 بند 26.

(3) انظر ما يلي: بند 49 وما بعده.

(4) دور القاضي في الخصومة وحدة الهدف وتعدد الأدوار ، المؤتمر العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة بيروت العربية في الفترة من 4-6 شباط فبراير 2010 جزاءين منشورات الحلبي الحقوقية.

(5) انظر فيما يلي: بند 6 وما بعده.

ودون أن يعد استناده لهذه الوقائع في حكمه قضاءاً يعلمه الشخص، لكّون هذه الوقائع وردت بملف القضية بمعرفة الخصوم، غاية الأمر أنهم لم يتذرعوا بها صراحة.

كما لا يعد في قيام القاضي بذلك، خروجاً علي مبدأ سيادة الخصوم علي الخصومة أو مبدأ حياده. لأن هذا المبدأ أو ذاك لم يعد لهما الحجم والنطاق الذين فهم بهما عند توارثهم أو المعني التقليدي لهم[1]، وإنما يتعين وكما يري البعض [2]- وبحق- إعطائهم الحجم الحقيقي والنطاق المعقول.

وسلطان الإرادة الحقيقي للخصوم يجد مجاله ونطاق تطبيقه[3] في الحق الموضوعي المطلوب حمايته قضائياً، لكّون هذه الإرادة[4] هي التي تحدد نطاق الإدعاء موضوعاً وأشخاصًا وسببًا، أما هذه الإرادة[5] إزاء الأعمال الإجرائية قاصرة علي مجرد الاتجاه لاستعمال هذه الإجراءات، دون أن يكون لها بحال أي دور في ترتيب هذه الإجراءات لأثارها، أما دور هذه الإرادة في التخلص من هذه الأعمال سواء منفردة كالنزول عن إجراء أو عن الخصومة ككل بتركها أو لإهمال إجراءاتها لسقوطها أو تقادمها، فليس لها دور – الإرادة – بصدد الآثار المترتبة علي الترك أو السقوط أو التقادم.

أما حياد القاضي وإن كان معناه[6] التزامه بنطاق الإدعاء كما طرحه عليه الخصوم، فهو لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يضيف أو ينقص من هذا النطاق، كما لا يستطيع أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. وعلي الرغم من اعتماد ذلك، لكن هذا المفهوم يتعين أن ينظر إليه نظره مختلفة في تطاق الإجراءات المدنية[7]. فالشخص ليس حراً في اختياره للإجراءات الذي يطرح بها إدعاءه أمام القضاء بل هو مجبر علي استعمال إجراءات محددة، فإذا خالف هذه الإجراءات أو استعملها بشكل معيب كان علي القاضي أن يتدخل لتصحيح هذه العيوب ولو من تلقاء نفسه، إذا ما تعلقت هذه الإجراءات بالنظام العام أو يبصر الخصوم بتصحيحها إذا لم تكن تتعلق بهذا النظام، لأن للقاضي مطلق[8] تصحيح الأوضاع القانونية في القضية، ودون أن يعد

---

(1)Cécile CHAINAIS: Le Principe dispositif Pnec. P. 9 ets.

(2) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية 2016، دار الجامعة الجديدة ص 238 بند 196.

(3) المؤلف: الدور المساهم للإرادة الفردية في القانون الإجرائي، نحو مصدر جديد للقانون الإجرائي- مجلة جامعة السلطان قابوس للدراسات القانونية، المجلد الأول العدد الأول سبتمبر 2022، ص 129 وما بعدها.

(4) في عناصر الدعوى كما حددها الخصوم انظر: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية في القانون العُماني 2023، دار الجامعة الجديدة، ص 252 وما بعدها بند 119 والمراجع والأحكام المشار لدية.

(5) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. المؤلف: المقال السابق ص 135 وما بعدها..

(6) طعن 79/1054ق. نقض 2022/11/1. طعن اقتصادي 91/9542ق نقض 2022/3/16. طعن تجاري 80/4671 ق. نقض 2022/2/22. طعن 83/597ق – رجال القضاء – نقض 2014/9/9.

(7) د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص 239 بند 196.

(8) وفي ذلك تقول محكمة النقض في أحدث أحكامها "لما كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل بمضمونه وفحواه فإن السبيل إلي تحقيقه يكون من خلال التشريعات الإجرائية، إذ أنها الأداة والطريق للوصول إليه، ذلك أن الرسالة الأولي والأخيرة للتشريعات الإجرائية أن تكون أداة طيعة لعدل سهل المنال. مأمن الطريق لايفرق في =

ذلك من جانبه خرقاً لمبدأ حياده لأن مجال الإجراءات ليس هو مجال الحق الموضوعي المطلوب حمايته، لأن الشخص إذا أراد اللجوء إلي القضاء فعليه أن يلجأ إليه بشكل صحيح.

ووفقاً لذلك لا يعد خروجاً علي مبدأ سيادة الخصوم علي الخصومة وحياد القاضي توجيه للخصوم وتبصرته لهم بما طرحوه من وقائع وردت عرضاً بملف القضية، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها واستناده إليها في حكمه وصولاً منه للحل الأكثر عدالة للنزاع.

3- وعلي الرغم من أهمية الدور التوجيهي للقاضي بشأن هذه الوقائع إلا أن سلطته بشأنها لا تتجاوز – وكما سنري- مجرد كّونه رخصة له، علي عكس قيام القاضي بهذا الدور بشأن القانون، لكّونه ملزم بتطبيق القانون ولو لم يطلبه الخصوم[1]، حيث يتعين علي قاضي الموضوع فحص جميع الوقائع من جميع جوانبها القانونية ليطبقها علي الوجه الصحيح[2]، وله في سبيل ذلك تعديل أو تصحيح الأوضاع القانونية بالقضية كتكييفه الصحيح للوقائع والتصرفات المتنازع عليها، وإثارته ولو من تلقاء نفسه للمسائل المتعلقة بالنظام العام، واستناداً لسلطة الملائمة بصدد أعمال بعض النصوص القانونية ...الخ.

وفي تعديل القاضي أو تصحيحه للأوضاع القانونية في القضية، حتماً سوف يصاحب هذا التعديل أو تلك التصحيح تغيير في سير الدفاع الذي قدمه الخصوم في القضية، أو علي الأقل التعديل في نطاق هذا الدفاع بصفة جوهرية، كما لو رفعت الدعوى علي أنها عقد بيع، وقدم الدفاع وفقاً لهذا التكييف،وتم تصحيحه من قبل القاضي ليصبح التكييف الصحيح للعقد هبة وليس عقد بيع، فإذا ما صدر القاضي حكمه في القضية وفقاً للتكييف الذي صححه، هبة، فسوف يفاجأ الخصوم بما قد يقضي به القاضي في الخصومة. وقضائه دون تبصرة الخصوم بالتكييف الصحيح يعد إخلالاً بحق الدفاع، ومن ثم بطلان الحكم.

وللحيلولة دون حدوث هذه النتيجة، يجب علي القاضي توجيه الخصوم تبصرتهم بما يقوم به من تعديل أو تصحيح للأوضاع القانونية في القضية، وتمكينهم بعد دعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأن ما تم تعديله أو تصحيحه لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم وفقاً

=

الشكليات، وإذا كان قانون المرافعات هو حجر الأساس في بناء القوانين الإجرائية وتمتاز نصوصه بالدقة والشمول والمرونة، لذا فقد حرص المشرع فيه علي الأخذ بالمعايير الذي تنتج للقاضي تغليب موجبات صحة الإجراءات علي غيرها من المعايير. طعن 86/5436ق – هيئة عامة – نقض 30 مايو 2023.

(1) طعن 91/9542ق. نقض 2022/3/16. طعن 86/1482ق. نقض 2021/1/17. طعن تجاري 78/7472ق. نقض 2015/9/2.

(2) Cooss- Civ. 20 avril 2023. N. de pourvoi 22 – 14 – 669 Ecli: FR: CCASS: 2023: C 300299. Non publié au bulletin

لهذا التعديل أو ذلك التصحيح احتراماً لحق الدفاع.

4- موضوع الدراسة: الدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية، ومقتضاه هو توجيه القاضي للخصوم وتبصرتهم بالواقع المطروح عليه عرضاً بملف القضية، ولو لم يتمسكوا هؤلاء الخصوم بهذا الواقع صراحة بالاستناد إليه في طلباتهم أو دفوعهم، وكذلك تبصرتهم بما قد يثيره هذا القاضي من مسائل قانونية عند تعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية في القضية، ودعوته للخصوم لتقديم إيضاحاتهم بشان هذا الواقع وذلك القانون. وتمكينهم بشأنه من إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم استناداً لذلك في حكمه تحقيقًا لحُسن سير الخصومة ووصولاً منه للحل الأكثر عدالة للنزاع.

هذا الدور رغم اعتماد التشريعات المقارنة له، إلا أنه مازال يكتنفه الغموض من نواحى عدة، ماهيته، وأحكامه، وتطبيقاته، أو علي الأقل مازال الفقه يخلط بينه وبين الدور الإيجابي للقاضي، لتعدد أدوار الأخير في الخصومة المدنية، ورغم اختلاف هذا الدور- وما تكشفه هذه الدراسة- عن الدور التوجيهي للقاضي، الأمر الذي بات معه هذا الدور بحاجة إلي عناية الفقه واهتمامه لضرورته من ناحية، وأهميته من ناحية أخرى.

والضرورة التي بات معها الدور التوجيهي للقاضي بحاجة إلي دراسة وعناية تكشف سبر أغواره الواقعية والإجرائية ببيان ماهيته وأساسه التشريعي والفني، وتمييزه عما قد يختلط به، وتطبيقاته سواء في مجال الواقع والقانون.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع من الناحيتين العلمية والعملية، فمن الناحية العلمية تبدأ أهميه هذه الدراسة في قانون المرافعات المدنية والتجارية خاصة وأنها تتعلق بأحد أدوار القاضي في الخصومة المدنية أسوة بغيره من فروع القانون الأخرى التي لاقت عناية الفقه واهتمامه[1]. ولا يغيب علي أحد أهمية النظريات الإجرائية فهي وكما قيل وبحق[2] تعبر عن تطور العلم الإجرائي ليلحق بسائر العلوم القانونية الموضوعية كفقه القانون المدني والجنائي والإداري، وهي إذ تتسق القواعد الإجرائية وتكشف منطقها الخاص، تسير السيطرة علي زمام هذه القواعد، تفسيراً وتطبيقاً، بل وتطويراً.

إما من الناحية العملية فإن للدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية تطبيقاته سواء في نطاق الواقع أو القانون والتي لا تقع تحت حصر – والتي تكشف عنها هذه

---

(1) د. محمد أحمد زكي: الدور الإنشائي للقاضي الإداري في الإجراءات الإدارية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، المجلد 65 العدد الأول، يناير 2023، ص 1256 وما بعدها؛ د. محمد فوزي نويجي؛ د. عبد الحفيظ الشيمي: تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانوني الكويتية العالمية ، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع " القانون أداة للإصلاح والتطوير" العدد الثاني، الجزء الأول مايو 2017 ص 17 وما بعدها.

وفي تطبيقات القضاء الإداري. انظر طعن إدارية عليا رقم 34/3040ق، جلسة 8 يونيه 1991 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة 36 العدد الثاني ص 1420. طعن إدارية عليا 2/1239ق جلسة 21 مايو 1983 المجموعة السابقة لسنة 28 ص 758.

(2) د. وجدي راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات – مجلة حقوق عين شمس السنة 15 يناير 1973، العدد الأول، ص 167 وما بعدها.

الدراسة- وهو ما يستلزم دراسته[1] والوقوف علي ماهيته وأحكامه ونطاقه، ولذا تنتظم هذه الدراسة في فصلين:

الفصل الأول: أساس ومضمون الدور التوجيهي للقاضي وتمييزه عما قد يختلط به.

الفصل الثاني: تطبيقات للدور التوجيهي للقاضي في نطاق الواقع والقانون

(1) وقد يكون الدور التوجيهي للقاضي لاحقا لصدور حكمه، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض "ولو كان الحكم بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى لا يترتب عليه انقضاء الحق الذي رفعت به وإلا كان إنكاراً لحق المدعيين في العدالة والإنصاف، وترك الضرر يستقر حيثما وقع دون أن تتحمل الدولة المعتدية مسئولية ما ترتب علي عدوانها، وهو ما يشكل ظلماً بيناً للمدعيين، فإن هذا الحكم لا يحول بينهم وبين مطالبة الحكومة المصرية، بوصفها الهيئة التنفيذية والإدارية العليا والممثل الوحيد للدولة والمعبر عن سيادتها في علاقتها بأشخاص القانون الدولي، باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية اللازمة علي الصعيد الدولي وسلوك كافة السبل التي توفرها قواعد القانون الدولي، بما لا يكفل الحصول للمدعيين علي حقهم في التعويض عن الإضرار التي حاقت بهم من جراء قتل القوات الفرنسية لمورثهم بعد أسره بالمخالفة لاتفاقيات چنيف الأربع والبروتوكولات الملحقة بها ... ذلك أن السعي الجاد لحماية حقوق المواطنين من عدوان دولة أجنبية لا يدخل في نطاق وظيفتها ومسئوليتها السياسية كسلطة تنفيذية فحسب، بل يمثل التزاماً أخلاقياً ودستورياً وقانونياً علي عاتق الدول، بما لا سبيل إلي إنكاره أو النكول به، فهي كما تفرض سيادتها عن طريق أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء، يجب أن تبسط حمايتها علي مواطنيها من كل عسف أو عدوان علي حقوقهم سواء كان المعتدي من داخل الدولة أو خارجها، وهو ما يأتي في صدارة واجبات الحكومية وأسمي وظائفها، طعن مدني 7/2703ق نقض 15 يونيه 2020.

وحكم النقض هذا جدير بالتأييد لم يقف عند إلغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى، وإنما بصر الخصوم ووجههم إلي الجهة التي يمكنهم مطالبتها بالتعويض، لكّون هذه الجهة يقع علي عاتقها التزام أخلاقي وإنساني ، بل دستوري وقانوني لحماية مواطنيها.

الفصل الأول
أساس ومضمون الدور التوجيهي للقاضي
وتمييزه عما قد يختلط به

5- تمهيد: الأساس التشريعي والفني للدور التوجيهي للقاضي، وبيان مضمونه، وتمييزه عما قد يختلط به، مبحثين نتعرض إليهما تباعاً علي النحو التالي:

المبحث الأول: الأساس التشريعي والفني للدور التوجيهي للقاضي.

المبحث الثاني: ماهية الدور التوجيهي للقاضي وتمييزه عما قد يختلط به.

المبحث الأول
الأساس التشريعي والفني للدور التوجيهي للقاضي

6- تمهيد: اعتمدت التشريعات المقارنة للدور التوجيهي للقاضي أساًساً تشريعياً، كما أن لهذا الدور أساساً فنياً يجده في قواعد قانونية وفقهية ثابتة في القانون والفقه الإسلامي، وهو ما نتناوله تباعاً في مطلبين علي النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس التشريعي للدور التوجيهي للقاضي.

المطلب الثاني: الأساس الفني للدور التوجيهي للقاضي.

المطلب الأول
الأساس التشريعي للدور التوجيهي للقاضي

7- الدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية من الأصول المعتمدة والمستقرة في النظم القانونية المقارنة. ومع التسليم بهذا الدور إلا أن إقراره في هذه النظم يظهر في أنماط وأشكال مختلفة. فتنحوا بعض التشريعات في اعتمادها لهذا الدور نحو أسلوب النص الصريح والعام سواء بصدد الواقع أم بصدد القانون، ومن هذه التشريعات، الإجراءات المدنية الفرنسي والإيطالي وأصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمرافعات المدنية والإدارية الجزائري، وقانون الأحوال الشخصية المصري[1] 2000/1، واللائحة التنفيذية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي العُماني 2020/125.

وعلي النقيض من ذلك نهجت بعض التشريعات الأخرى الأسلوب الضمني في اعتمادها للدور التوجيهي للقاضي، ومن هذه التشريعات المصري ومعظم التشريعات العربية.

وأيًا كان المنهج التي اعتمدته التشريعات لهذا الدور وأسلوب تصوره، فهو لا يخرج- وكما سنري- عن فكرة التعاون المشترك بين القاضي والخصوم سواء في مجال الواقع أو القانون،لأن بات من المسلمات أن الخصوم ليسوا بعيدين عن مجال القانون، كما أن القاضي ليس بعيداً عن مجال الواقع.

ولقد وردت النصوص القانونية التي تجيز للقاضي المبادرة سواء التي يقتضيها

---

(1) المادة 46 من قانون مجلس الدولة 1972/47.

استكمال البنيان الواقعي للدعوى بلفت نظر الخصوم إلي ما يلزم في هذا الشأن، أو بلفت نظرهم لتذويده بالتوضيحات القانونية التي يقدر أنها ضرورية لحل النزاع. وإعمال هذا أو ذاك سواء بشأن الواقع أو القانون ليس لتيسير الدعوى فحسب، وإنما تحقيقاً لحُسن سيرها، والذي يعد إحدى مظاهر حُسن سير العدالة وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

وإذا كانت القاعدة أن القاضي لا يمكنه بحال تأسيس حكمه علي وقائع ليست مطروحة في نطاق الدعوى[1]، وإلا تعرض حكمه للإلغاء، إلا أنه يستطيع أن يأخذ في اعتباره الوقائع المطروحة ضمن عناصر الدعوى، حتى ولو أن الخصوم لم يتمسكوا بتلك الوقائع تأكيداً لإدعاءاتهم. حيث يجوز للقاضي في دعاوى المسؤولية[2] أن يستند إلي عناصر واقعية وارده في الملف حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم تأسيساً لطلباتهم، كالعناصر التي تثبت خطأ المدعي عليه، ويجوز أيضاً للقاضي في عقد الهبة علي اعتبار أن العقد محل النزاع ينطوي علي هبة مقرونة بشروط وبتكاليف لم يقم بها الموهوب له، واستند القاضي في حكمه لهذه الشروط وتلك التكاليف رغم عدم تمسك الواهب بها صراحة[3]. فالوقائع التي آثارها الخصوم في دعواهم عرضاً، ولم تمسكهم بها صراحة، ومع ذلك يستند إليها القاضي في حكمه[4]، ودون أن يكون في استناده إليها ما يؤدي إلي بطلان هذا الحكم مادام القاضي بصر الخصوم بها، وطلب منهم توضيحات بشأنها، وأتاح لهم إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم، واستناد القاضي في حكمه

---

(1) أو في نطاق المحاكمة، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب كل من المشرع الفرنسي وفقاً للمادة 1/7 مرافعات واللبناني وفقاً لنص المادة 368 أصول محاكمات مدنية: ذلك لأن واجبات القاضي تتحدد بالنسبة للواقع بالرجوع إلي ما طالب به الخصوم في الإدعاءات النهائية، أو ما يسمي بالطلبات الختامية، فلا يعتد القاضي إلا بالوقائع التي تصلح لتأسيس الإدعاء، أي الوقائع المنتجة Concluants وبالوقائع التي تقدم قبل قفل باب المرافعة وإلا تعرض حكمه للإلغاء. انظر د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، المقال ص 37؛ د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية 2023، دار الجامعة الجديدة ص 122. المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني 2023، دار الجامعة الجديدة ص 203 وما بعدها بند 85. د. حلمي الحجار؛ هاني حلمي الحجار. الوسيط في أصول المحاكمات المدنية 2022، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، ص 97 وما بعدها بند 99.

TARZIA: Les pouvoirs du juge civil en matiere de preuves.
Mélanges parrot. Dalloz. 1996. P. 469.

وفي تطبيق ذلك انظر: طعن مدني 66/4797ق. نقض 2019/11/15. طعن إيجارات 74/805 نقض 2016/2/15.

Cass. Civ. 8 Juill. 1987. J.C. p. 1987. iv. P. 319.

(2) Cass. Civ. 20 Nov. 1984. D. 1985. IR. 265 obs. Julien.

.

(3) تمييز لبناني 1958/4/10 مجموعة باز 6، ص 74 رقم 23. وفيه ردت محكمة التمييز الطعن بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف لأنها لم تغير سبب الدعوى الرامية إلى إبطال عقد الهبة باعتبارها أن العقد المنازع فيه ينطوي على هبة مقرونة بشروط وبتكاليف لم يقم بها الموهوب له، وأبطلت العقد على هذا الأساس" مشار إليه لدى : حبيب مزهر : دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية – منشورات المؤتمر العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية – مشار إليه سابقاً ج 1 ص 339.

(4) تمييز لبناني 9 قرار رقم 2 تاريخ 2016/1/721 صادر في التمييز 16 مشار إليه لدى: حلمي الحجار، وهاني الحجار : ج 2 ص 74.

لهذه الوقائع هو ما صادف به اعتماداً ثابتاً بشأن البنيان الواقعي للدعوى من جانب العديد من التشريعات المقارنة سواء بشكل صريح وضمني، ذلك بما له من دور توجيهي في الخصومة المدنية.

8- والنصوص الصريحة التي اعتمدت هذا الدور للقاضي في مجال الواقع، فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 2/7 مرافعات علـي أن للقاضي لفت نظر الخصوم لعنصر واقعـي مطروح في النزاع وسماع وجهة نظرهم بشأنها[1]. ونصت المادة 8 من ذات القانون علي أنه "يجوز للقاضي أن يدعوا الأطراف إلي تقديم إيضاحات بشأن واقعة يري أنها ضرورية لحل النزاع"[2].

وقانون المرافعات المدنية الإيطالي يعطي للقاضي وفقاً لنص المادة 2/183 في ميدان الواقع أن يلفت نظر الخصوم إلي واقعة لها أهميته .... ولم ينتبه الخصوم إلي ذلك"[3].

وفي القانون اللبناني أجازت المادة 368 من قانون أصول المحاكمات المدنية للقاضي "الاعتداد بالوقائع الواردة في المحاكمة، ولو لم يتذرع بها الخصوم خصيصاً لإسناد طلباتهم أو مدافعاتهم".

وفي القانون المصري حيث تنص المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية 2000/1 علي أنه "يكون للمحكمة في إطار تهيئة الدعوى للحكم تبصره الخصوم في مواجهتهم بما يتطلبه حُسن سير الدعوى، ويمنحهم أجلاً لتقديم دفاعهم". والنص رغم أنه ورد في قانون الأحوال الشخصية وبشأن المسائل التي يطبق عليها هذا القانون، إلا أن البعض[4] يري – وبحق – بضرورة نقله إلي تقنين المرافعات لكي تلتزم به المحاكم في كافة الدعاوى، وليس فقط في دعاوى الأحوال الشخصية احتراماً[5] لحقوق الدفاع.

كما نصت المادة 1/46 من قانون مجلس الدولة 1972/47 علي أنه "تنظر دائرة فحص الطعون، الطعن بعد سماع إيضاحات مفوض الدولة وذوي الشأن إن رأي رئيس الدائرة وجهاً لذلك، وإذا رأت دائرة فحص الطعون أن الطعن جدير بالعرض علي المحكمة الإدارية العليا".

---

(1) Cass. Civ. 20 Nov. 1984. Bull. Civ. I. N. 315. D. 1985. IR. 265.
Abs. Julien. Civ. 2re 16 Juill 1976. ibid. II. N. 246, Civ. 3re 8 Juill. 1971. Bull. Civ. III. N. 450. Civ. 1re 5 mai 1964. ibid. I. N. 232.

(2)Com. 5 Nov. 1991. Gaz. Pal. 1992. Panor: 77. Civ. 1re 4 dec. 1973. Bull. Civ. I. N. 336. Civ. 2re 7 déc. 1973. Bull. Civ. II. N. 325.

(3) مشار إليه لدى :
NORMAND : Le juge et le litiqe. Trese. L.G.D.J. 1965. P. 182 ets. N. 193 ets.

(4) د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وفقاً للقانون رقم 2000/1 دار المطبوعات الجامعية ،2000، ص 141.

(5) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 18 العدد الأول يناير 1976، ص 215.

وفي القانون العُماني نصت المادة 28 من اللائحة التنظيمية لقانون تبسيط إجراءات التقاضي 2020/125 علي أنه "يجوز للمحكمة أن تأمر بتقديم الأصول الورقية للمستندات الواردة في المادة 27 من هذه اللائحة وما تراه من إيضاحات أو مستندات أخرى ..." [1].

وفي قانون المرافعات المدنية والإدارية الجزائري، نصت المادة 1/27 علي أنه "يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصياً لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع".

9- وبجانب النصوص الصريحة- علي النحو السالف- والتي اعتمدت الدور التوجيهي للقاضي بشأن الواقع يجد هذا الدور أساسه ومبناه التشريعي ضمنياً في نصوص قانونية معتمدة المواد 85 مرافعات مصري، 86 إجراءات مدنية وتجارية عُماني، 62 مرافعات كويتي، حيث تخول هذه النصوص للقاضي توجيه الخصوم نحو تصحيح الإجراءات المعيبة، ذلك بتكليف المدعي بإجراء إعلان جديد صحيح للمدعي عليه توصلاً لإصدار حكم صحيح في الخصومة المطروحة"[2].

كما نصت المواد 2/115 مرافعات مصري، 2/116 إجراءات مدنية عُماني، 81 مرافعات كويتي علي أنه إذا رأت محكمة أول درجة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعي عليه قائم علي أساس أجلت الدعوى لاختصام أو إدخال صاحب الصفة الحقيقي، ذلك بإعلانه[3]. وهذا لا يكون إلا إذا كان صاحب الصفة الحقيقي ضمن وقائع الدعوى، وأن كان مطروح بشكل عارض.

10- كما أعتمد الدور التوجيهي للقاضي بصدد القانون بموجب نصوص قانونية صريحة فنصت المادة (13) مرافعات فرنسي علي أنه يمكن للقاضي أن يدعو الخصوم لتزويده بالتوجيهات القانونية التي يقدرانها ضرورية لحل النزاع"، كأن يطلب القاضي من الخصم تقديم نسخة من الاتفاقية الجماعية التي يمسك بها، والتي يتحمل تطبيقها علي النزاع[4].

11- وكذلك يوجد بجانب النصوص السابقة في صوريتها الصريحة أو الضمنية

---

(1) المادة 13 من قانون محكمة القضاء الإداري العُماني، الصادر بالمرسوم السلطاني 1999/91 المعدل بالقانون 2022/35 بشأن تنظيم القضاء والتي تنص علي أنه "لرئيس الدائرة أن يطلب إلي ذوي الشأن ما يراه لازماً من إيضاحات، أو إذا رأت الدائرة ضرورة إجراء تحقيق باشرته بنفسها في الجلسة أو ندبت له أحد أعضاءها".

(2) طعن مصري 57/2589ق. نقض 1993/1/31 طعن عُماني 2015/739، جلسة 2016/10/25، مجموعة الأحكام ، السنة 17، 18 ص 825.

(3) طعن 63/692ق نقض 1994/6/21، المكتب الفني السنة 45ق ص 1085. طعن 59/734ق. نقض 1993/4/22، المكتب الفني، السنة 42ق ص 205. طعن تجاري عُماني رقم 2017/73 جلسة 2018/1/2، مجموعة الأحكام السنة 17، 18 ص 1191.

(4) في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 21 Nov. 2006. Bull. Civ. II. N. 174. V. deja Civ. 26 mai 1992. Bull. Civ. III. N. 170. R.T.D. Civ. 1993. 191 abs. Perrot. T.GI. Fontainebleau. 6 Juin. 1973. Gaz. Pal. 1993. 2. 928.

وردت بشأن الواقع أو القانون، نصوص قانونية اعتمدت هذا الدور بشأن الواقع والقانون معاً. شأن ما اعتمده المشرع المصري وفقاً للمادة (4) من قانون الأحوال الشخصية. والمشرع اللبناني وفقاً للمادة (371) أصول محاكمات مدنية والتي نصت علي أنه "للقاضي أن يطلب من الخصوم بشأن الوقائع أو النقاط القانونية الإيضاحات التي يراها ضرورية للحكم في النزاع"[1]، والمادة 2/456 من ذات القانون والتي نصت علي أنه "يكون للرئيس أو القاضي المنتدب، كما للقاضي المنفرد، بعد الإطلاع علي الملف اتخاذ التدابير التي يراها مناسبة للغاية المذكورة، فله أن يكلف الخصوم تقديم الإيضاحات اللازمة في الواقع أو القانون بشأن إدعاءاتهم أو مدافعاتهم وإبراز المستندات التي أسندوها إليها، مراعياً حقهم في مناقشة أية مستندات أو أوراق جديدة تقدم إليه".

12- فالنصوص السابقة صريحة كانت أو ضمنية، وردت بشأن الواقع أم بالقانون تؤكد علي الدور التوجيهي للقاضي وتدعمه، وتخول له تبصرة الخصوم للواقع الذين طرحوه في الدعوى ولم يتمسكوا به بشكل صريح، أو بما يراه القاضي متعلقاً بالمسالة المطروحة من تكييف أو تغييره، أو بتطبيق نص أو تغييره، أو مواد قانونية لم يتناولها الخصوم في طلباتهم أو دفوعهم، وتمكين القاضي في كل ذلك من دعوة الخصوم لتوضيح الغامض أو المبهم بشأن الواقع، أو لتذويده بالتوضيحات القانونية التي يقدرانها ضرورية لحل النزاع، متى كان في تبصرته للخصوم بشأن الواقع أو القانون وما قدموه من إيضاحات بشأن هذا أو ذاك فيه ما يوصل القاضي إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع تحقيقاً لحسن سير العدالة.

وشأن ذلك هو ما يقبله الخصم الحريص ويريده، لأن الخصوم[2] أقدر من غيرهم علي أبراز حقيقة الوقائع المطروحة ولو بشكل غير صريح أمام القضاء، لأنها قطعة مجتزأة من تاريخ حياتهم. فإذا اغفلوا ذلك كان للقاضي الكشف عن هذه الوقائع وتوجيههم لها.

كما لا نري في ذلك ووفقاً لما ذهب إليه البعض[3] – وبحق – أنه يعد قولاً شاذاً أو صعب التنفيذ حتى ولو في غياب النص عليه في التشريع الإجرائي العام، قانون المرافعات المصري، أو كان العمل به يمثل اهتزازاً حقيقياً لبعض المبادئ التقليدية المتوارثة، كمبدأ سيادة الخصوم علي الخصومة أو مبدأ حياد القاضي، لأن بات لهما – وكما رأينا- مدلولاً خلاف المدلول التقليدي المتوارث.

فالقاضي بما له من هيمنة علي الخصومة محل الدعوى، يستطيع أن يأخذ في

---

(1) تمييز مدني لبناني، غرفة أولي قرار رقم 98/18 تاريخ 1988/2/26 كساندر عدد 2 ص 162. تمييز مدني غرفة ثانية قرار رقم 99/60 تاريخ 1999/6/24 كساندر عدد 6 ص 714 مشار إليهما لدي: حبيب مزهر. المقال ص 341.

(2) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم المقال ص 210.

(3) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية ص 233.

اعتباره الوقائع التي تجادل فيها الخصوم ولو لم يتمسكوا بها صراحة في ثنايا إدعاءاتهم[1] ويبصرهم بها، ويلفت نظرهم لها، ويكلفهم بتقديم الإيضاحات حتى القانونية بشأن المسألة المطروحة تحقيقًا لحُسن سير الدعوى. وفي قيام القاضي بذلك، فضلاً عن أنه لم يخرج عن ما ورد بملف الدعوى، فيعد ذلك محافظة علي القاعدة الإجرائية نفسها، ويكفل لها الفاعلية، وبالتالي يكون أعمال القانون الموضوعي قد تم من خلال وقائع مطروحة في الدعوى قدمها الخصوم، ولكنها كانت مجهلة بالنسبة لهم. أو بما يراه القاضي من وسائل قانونية لم يتناولها الخصوم في إدعاءاتهم أو دفوعهم، طالما في تبصرته للخصوم سواء بشأن الواقع أو القانون بما يحقق حُسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

(1) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص 87، 88.

المطلب الثاني
الأساس الفني للدور التوجيهي للقاضي

13- تمهيد: رغم أن للدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية أساسًا تشريعيًا – اعتمدته التشريعات المقارنة- يقوم عليه ويستند إليه، مقتضاه تبصرة القاضي للخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوى سواء في مجال الواقع والقانون، فإن لهذا الدور أيضًا أساسًا فنيًا يقرره ويبرر وجوده.

والأساس الفني للدور التوجيهي للقاضي يتمثل في تصورنا في مبدأ قانوني وقاعدة شرعية، هذا المبدأ أو تلك القاعدة تتعاضد معًا للتأكيد علي هذا الدور تحقيقًا لحسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع، ممثلاً المبدأ، في مبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم. والقاعدة، ممثلة في قاعدة درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح، وهو ما تتعرض إليه تباعاً في الفرعين التاليين:

الفرع الأول
مبدأ التعاون المشترك
بين القاضي والخصوم في مجال الواقع والقانون

14- إذا كان المبدأ هو توزيع المهام الإجرائية بين القاضي والخصوم، ذلك علي أساس التمييز بين الواقع والقانون[1]. ومقتضاه هو سيادة الخصوم في مجال الواقع[2] وسيادة القاضي في مجال القانون[3] إلا أن هذا المبدأ تعرض للانتكاس بعض الشئ،

---

(1) في تفصيل مبدأ توزيع المهام الإجرائية. بين القاضي والخصوم. انظر د. عزمي عبدالفتاح: التمييز بين الواقع والقانون المقال ص 13 وما يليها. د. علي تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع ص 10 وما بعدها. د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية 2008، دار الجامعة الجديدة ص 52 وما بعدها. د. حلمي الحجار؛ هاني حلمي الحجار: المرجع السابق ج2 ص 71 وما بعدها بند 623 وما بعده.

MOTULSKY: le Rôle respectif du juge et parries dans L'allegation de faits, in , Ecrits, Etudes et Notes de procéd ure civile, Dalloz 1973. P. 38 – 59. MARTIN: le fait et le droit au les Parties et le juge. J.C.P. 1974. 2625.

NORMAND: les apports respectifs du juge et des parties â la solution du Litige aujaurdi'hui et demain R.T.D. Civ. 1998. P. 461.

(2) وهو ما صادف اعتمادًا ثابتًا من جانب المشرع الفرنسي وفقًا للمادة 6، 1/7 مرافعات، حيث تنص المادة 6 علي أنه "يجب علي الأطراف تقديم الوقائع التي تدعم إدعاءاتهم"، في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 20 mars 2005. J.C.P. 2005. I. 183. Civ. 4 déc 1984. J.C.P. 1985. iv. 60 Civ. 6 act. 1976. Bull. Civ. I.N. 288. Paris 16 fevr 1983. D. 1983. IR. 338. abs. Giverdon.

والمادة 1/7 تنص علي أن "القاضي لا يمكنه تأسيس حكمه علي وقائع ليست مطروحة في الدعوى" وفي تطبيق ذلك:

Cass. Civ. 21 Nov. 2006. Bull. I.N. 505. Com. 6 oct. 1992 Bull. Civ. 1976. iv. N. 291. Civ. 6 juill 1978. Bull. Civ. II. N. 182. Civ. 25 fevr. 1976. Bull. Civ. II. N. 67. Civ. 25 Oct. 1972. Bull. Civ. II. N. 255.

(3) وهو ما صادف اعتمادًا ثابتًا من جانب المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 12 من فقراتها الثلاثة الأولي علي سيادة القاضي في مجال القانون، فنصت الفقرة الأولي علي أن "القاضي يفصل في النزاع وفقًا للقواعد القانونية واجبة التطبيق عليه" في تطبيق ذلك انظر:

=

لما أوجده مبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم من دور للقاضي في مجال الواقع، وللخصوم من دور في مجال القانون علي نحو أصبح الدورين يتداخلان معًا.

15- وتدخل القاضي في مجال الواقع، لأنه لم يعد حكرًا علي الخصوم[1] فيتعاون مهم متهم القاضي علي تجميع العناصر المادية التي تساهم في حل النزاع، فيستطيع أن يعتمد علي الوقائع التي تدخل ضمن عناصر النزاع، بأن يشير القاضي[2] إلي وقائع طرحت عليه بصفة عارضة دون أن يتمسك بها الخصوم بصفة أساسية، لأنها تصلح أساسًا لتطبيق قاعدة قانونية آمرة، أو لاستبعاد تطبيق نص قانون معين.

ومقتضي ذلك، كان يدلي المدعي تأييدًا لطلباته ببنود معينة من عقد مبرم بينه وبين المدعي عليه، ويبرز هذا العقد في ملف القضية، ويكتشف القاضي أن بنود أخرى من العقد لم يتمسك بها المدعي في حين تحتم الحكم له بطلباته، كما لو كانت الدعوى تتعلق ببطلان عقد إيجار، وتمسك المؤجر صراحة بخطأ المستأجر، وليس بالبنود الواردة بعقد الإيجار، وتبين للقاضي أن من بنود هذا العقد ما يحتم الحكم المدعي بطلباته، فيجوز للقاضي أن يستند في حكمه لأحد بنود هذا العقد[3]. ويجوز للقاضي في دعاوى المسؤولية أن يستند إلي عناصر واقعة واردة في الملف حتى لو لم يتمسك الخصوم بها صراحة لإسناد طلباتهم، كالعناصر التي تثبت خطأ المدعي عليه[4] أو بتوزيع المسؤولية بينه وبين المدعي[5] أو يستند القاضي إلي واجب الإعلام قبل التعاقد[6] أو

=

Cass. Soc. 7 Nov. 2006. J.C.P. 2007. 1056. Civ. L'act. 1986. Bull. Civ. I. N. 237.

والفقرة الثانية تنص علي أنه "يجب علي القاضي أن يعطي أو يرد إلي الوقائع محل النزاع تكييفها" المنضبط دون أن يتوقف علي التكييف الذي افترضه الخصوم" انظر:

Cass. Soc. 1 dec. 1971. Bull. Civ. V. N. 703. Civ. 5 avr. 1968. Bull. Civ. III. N. 162.

والفقرة الثالثة تنص علي أنه " يستطيع القاضي أن يثير من تلقاء نفسه وسائل القانون البحت مهما كان الأساس القانوني الذي زعمه الخصوم. انظر:

Cass. Civ. 8 juin 1995. Bull. Civ. II. N. 168. D. 1996. 247 Note Eudier.

(1)MIGUET (J.): immuabitie et evolution du litiqe Thése. L.G.D.J. 1977. P. 309.

Anne Le GALLOU: le juge et le droit presention de l'article 12 NCPC. Revue juridique de l'ouest 1995. P. 471.

http://www.persee.fr/doc/juro.0990-1927-1995-Num-8-4-2250

(2) د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص 1973، منشأة المعارف ج1 ص 574 بند 233. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات 2007، دار المطبوعات الجامعية ص 152 وما بعدها بند 144. د. نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية 2014، دار الجامعة الجديدة ص 482 بند 404.

(3) Cass. Civ. 30 Nov. 1978. J.C.P. 1977. iv. P. 2.

(4) Cass. Civ. 20 Nov. 1984. Bull. Civ. I.N. 315. D. 1985. ir. 265. abs. julien.

(5) Cass. Civ. 19 mai. 1958. D. 1958. N. 251. p. 198.

(6) وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية علي ضرورة قيام وكالات السفر والسياحة التي تقوم ببيع تذاكر السفر للمسافرين أن تلتزم بإعلامهم بشروط وإجراءات الدخول إلي الدولة التي يريدون السفر إليها. انظر:

Cass. Civ. 7 fevr. 2006. Nº. 3. 17642. Bull. Civ. 11. 2006. P. 63

=

الالتزام بالنزاهة والصدق[1]. أو يستند القاضي في دعوى بطلان وصية إلي الأزمات العصبية التي خضع لها المريض بشكل متكرر في وقت معاصر للوصية كحالة الهيجان والهذيان المتكرر ورغم أنها واردة بملف القضية، إلا أن المدعي لم يتمسك بها صراحة، أو يستند إلي هذه الوقائع لكي يستعيد تطبيق نص قانوني، كما لو أستند القاضي في هذه الوقائع لكي يقرر رفض طلب التعويض.

فهذه الوقائع آثارها الخصوم في ملف الدعوى، وتعد حلقة من حلقاتها، قام بينهما النزاع بشأنها[2]، غاية الأمر أنهم لم يتمسكوا بها بشكل صريح، وكشف القاضي لهذه الوقائع وتبصره الخصوم لها، لا يُعد تغيير لسبب الدعوى من جانبه، لأنه لم يثير وقائع من عنده، ولكنه أعتد بالوقائع القائمة فعلاً، وكلها من تقديم الخصوم[3] تعلقت هذه الوقائع بالنظام العام أم لم تتعلق[4] لأن القاضي مقيد بكل ما آثاره الخصوم من وقائع وردت في ملف الدعوى، ولم يفعل أكثر من آثاره Provoquer الواقعة بطريقة تؤدي إلي المساعدة في حل النزاع[5] وفي إثارته للواقعة لا يمكن بحال أن يتحول من قاضٍ إلي خصم، لأن الواقعة بعد اكتشافها يجب إثباتها من قبل الخصوم احتراماً لحق الدفاع[6]. والقاضي في قيامه بذلك فهو ينصاع لأحكام وظيفته كما ينصاع لطبيعة القواعد الإجرائية والتي تعد قواعد قانونية آمرة ولو لم تتعلق بالنظام العام، والتي لا يجوز أن يتوقف أعمال هذه القواعد علي تمسك الخصوم بها. بمعني أنه، طالما طرحت العناصر الواقعية اللازمة لإعمال هذه القواعد علي تمسك الخصوم بها. بمعني أنه، طالما طرحت العناصر الواقعية اللازمة لإعمال هذه القواعد ولو لم يتمسكوا بها الخصوم صراحة، كان للقاضي الكشف عنها وتوجيه الخصوم بشأنها.

16- وترجع سلطة القاضي في كشفه لهذه الوقائع وتوجيه الخصوم بشأنها، في أن سلطته في فهم عناصر الواقع لها استقلاليتها عن فهم الخصوم له[7]، وأيضاً في الجانب

=

(1) Cass. Civ. 31 act. 2012. N. II. 15529. Bull. Civ. N. 8 2012. P. 212

(2) طعن رقم 46/29ق- أحوال شخصية – نقض 1979/3/7.

(3) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين والواقع والقانون ص 40.

(4) د. نبيل عمر: امتناع القاضي عند القضاء بعلمه الشخصي 2011، دار الجامعة الجديدة ص 35 وما بعدها. د. هشام صادق: المقصود بسبب الدعوى، المقال ص 91. د. الأنصاري النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي 1999، دار الجامعة الجديدة ص 26 بند 18. د. أحمد خليل: المرجع السابق، ص 142. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص 153 وما بعدها بند 144 وما بعده.

Chiovenda. Catte por- NO RMAND: thé . p. 184. N- 196.

(5) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف 2008، دار الجامعة الجديدة ص 260 بند 237.

(6) د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص 260 بند 239. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 2011، دار النهضة العربية ص 1175 بند 701.

NORMAND: Thé. P. 216. N° 223.

(7) د. فتحي والي: المبسوط في قانون القضاء المدني 2017 دار النهضة العربية ج2 وما بعدها بند 24. د. نبيل عمر: =

الإنشائي[1] في العملية القضائية، هذه العملية لم تعد مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون. بل أنه قضاء يبتدع الحلول لحسن سير الدعوى، والتي من بينها تبصرة الخصوم بما طروحه من وقائع بشكل عارض بملف الدعوى، لتؤخذ هذه الوقائع في اعتبار القاضي عند انتقاله من الواقع إلي القانون تحقيقاً لحسم النزاع بشكل عادى، ضمانًا لمبدأ الأمن القانوني[2] واستقراراً المراكز القانونية.

هذه السلطة- وكما رأينا- وجدت أساسها ومبناها في نصوص قانونية معتمدة، وردت هذه النصوص في قوانين المرافعات المدنية والتجارية المقارن، أو في قانون الأحوال الشخصية المصري. ورغم غياب النص التشريعي الصريح في قانون المرافعات المدنية للمشرع الأخير، ومناداة البعض[3]. بجواز العمل بما ورد بنص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية 2000/1 في المنازعات المدنية والتجارية، فالفقه الإجرائي الغالب[4] والقضاء[5] يبارك ذلك، طالما كان الواقع الذي اكتشفه

=

سبب الطلب القضائي ص 263 بند 240. سلطة القاضي التقديرية ص 128 وما بعدها بند 109 وما بعده. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص 25 بند 18.

MOLULSKY: la cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge D. 1964. Chron. 235. Spec. 12. Vincent et Guinchard: Procedure civile. Dalloz – 27 ed. 2009. P. 521.

(1) فليس غريباً علي ذلك أن نشاهد القضاء المدني- إذ يجد نفسه في وضع يشبه ذلك الذي يدفع القضاء الإداري إلي الإنشاء- لا يتردد في ابتداع الحلول الجديدة ، ويكفي علي ذلك شاهداً، الدور الكبير الذي لعبه القضاء المدني في فرنسا في بناء نظرية المسؤولية الدنية، والذي يفوق عند المقارنة الدور الذي لعبه قرينة الإداري في تأسيس نظرية المسؤولية الإدارية . انظر: إبراهيم شحاته: "في اجتهاد القاضي" مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس يوليه 1962 العدد الثاني السنة الرابعة ص 415 وما بعدها خاصة ص 420 بند 5. د. فتحي والي: دور القاضي في الدعوى المدنية ضمن منشورات كتابات في القضاء المدني والتحكيم 2015، دار النهضة العربية ص 547. عثمان بلال: القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانون المجلد 15/ العدد 1/ 2017 ص 429. ضياء شيت خطاب: فن القضاء، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد 1984 ص 74، 120 وما بعدها.

(2) في الأمن القانوني في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية انظر: د. عبد الله فاضل حامد: مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية 2019، دار الجامعة الجديدة ص 38 وما بعدها.

SOULAS de RUSSEL (D.) et RAIMAULT (P.) Nature et racine du principle sécurite juridique : Une mise au point. Rid. Comp. 2003 – 1 – P. 96.

(3) د. أحمد خليل: المرجع السابق ص 141.

(4) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص 40 وما بعدها. واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة 1993/1992، دار النهضة العربية ص 48. ونبيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، الإشارة السابقة، دراسات في قانون المرافعات 2008، دار الجامعة الجديدة ص 53 وما بعدها, سبب الطلب القضائي ص 260 وما بعدها. بند 237 وما بعده. د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء، الإشارة السابقة، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم 1981، منشأة المعارف. د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم – المقال ص 25. د. هشام صادق: المقال السابق ص 77 والأحكام المشار لديه. د. الأنصاري النيداني: المرجع السابق ص25 وما بعدها. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى، الإشارة السابقة.

(5) قضي بأنه إذا كان تصوير المحكمة للواقعة يفيد أن المتهم لم يعتدي علي المجني عليها إلا علي أثر العدوان الذي حصل علي زوجتيه اللتين كانتا تستغيثان، فقد كان يتعين علي المحكمة مع هذا التصور أن تبحث في حالة قيام الدفاع الشرعي من عدمه ولو لم يكن المتهم دفع صراحة بذلك، فإذا هي لم تفعل فإن حكمها يكون معيباً مما يستوجب =

القاضي وأعتمد عليه يجد مصدره وحدوده في الوقائع المفرعة Versés في عناصر النزاع بواسطة الخصوم، لأنه من غير الممكن[1] التزام القاضي بالحكم بناء علي وقائع وهمية أو ناقصة رغم إمكانية تكملة هذه الوقائع من داخل ملف الدعوى وليس من خارجه. فالقاضي يجب أن يحكم بناء علي مراكز موجودة في الواقع، وأن يبحث عنها ليعرفها، ولأن الخصوم أحرار في عدم طرح نزاعهم علي القضاء، ولكنهم إذا قرروا إخضاعه له، فيجب أن يقدم كما هو فعلاً في الواقع.

17- والقيد التي يرد علي سلطة القاضي- وكما سنري- دعوته للخصوم لتقديم إيضاحاتهم وملاحظاتهم، بشأن ما أكتشفه من واقع وبصرهم به، ليصير هذا الواقع وكأنه قد اكتشف بواسطة الخصوم، أي أنه ينسب في جميع الأحوال إلي الخصوم أنفسهم، وينحصر دور القاضي بالنسبة لهذا الواقع، في أنه يكشف ويواجه ويدعوا الخصوم لإغاثته بعناصر هذا الواقع لحل النزاع، أي أن القاضي ينشط إدعاء الخصوم بالواقع المقدم من جانبهم، ودون أن يعد ذلك[2] إخلالاً منه بحق الدفاع.

- كما لا يحد من هذا الدور ولا يقلل من أهميته، كّون ما يقوم به القاضي من اكتشافه لهذا الواقع، وتبصرة الخصوم به ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنه، كّونه عمل اختياري بالنسبة له. فالقاضي غير ملزم باعتماده لهذا الواقع، ولا يبطل حكمه إذا لم يعتمد عليه، ولا يكون حكمه محلاً للطعن بالنقض لأنه واقع[3] غاية ما يؤخذ علي القاضي في إطار تعليله بعدم اعتماده لهذا الواقع، الاستناد إلي أنه لا يملك السلطة في كشف والأخذ به[4]. خاصة وأنه قد يكون في كشفه لهذا الواقع وتوجهه الخصوم له، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنه ما يوصله إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع[5].

- ودور القاضي في مجال الواقع علي النحو الفائت يتكامل معه دوراً آخراً، هو

=

نقضه. نقض جنائي 1955/1/19 طعن رقم 24/2183ق – نقض 1955/1/10 . طعن رقم 24/2070ق. نقض 1950/5/2- طعن رقم 20/6 من مجموعة القواعد في 25 عاماً ص 186، 178. نقض 1942/11/9 طعن رقم 12/1931ق مشار إليه لدي د. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية 2011، دار الجامعة الجديدة ص 75.

(1) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص 91، 92 والأحكام المشار لديه.

Tissier. Le du code de Procedure et Projets de reforme. Rev. Trim. 1906. NORMAND: Thése. P. 216. N. 223.

(2) نقض جنائي 2002/3/18 مجموعة الأحكام السنة 53ق ، ص 485.

(3) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص 41. د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص 95 وما بعدها بند 75 .

NORMAND: Thé. P. 189. No. 199. HEBROVDL R.D. civ. 1960. p. 126.

(4) د. حلمي الحجار؛ هاني حلمي الحجار: المرجع السابق ج2 ص 75 وما بعدها بند 626؛ حبيب زهر: المقال ص 340 والأحكام المشار لديهما.

Cass. Civ. 20 Nov. 1985. Bull. Civ. 1985. III. N. 153. Goz Pal. 1986. 2. somm. 421. abs. Croze et Morel.

(5) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة: NORMAND: Lic. Cit.

دور الخصوم في مجال القانون، ليحقق بهما معاً التعاون المثمر من أجل الوصول إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع.

18– دور الخصوم في مجال القانون: وتصوره وكما اعتمدته بعض التشريعات الإجرائية يتحقق في فرضين، الأول: حالة أن قيد الخصوم القاضي بتكييف معين أو نقاط قانونية معينة على أن يفصل في النزاع وفقاً لها. الثاني: حالة اختيار الخصوم القاضي كمحكم، أو ما يعرف بنظام التحكيم القضائي. والفرضين يوجد مجالهم ونطاق تطبيقهما فيما يعرف بفكرة الأحكام الاتفاقية[1].

19- والفرض الأول، حالة أن يقيد الخصوم القاضي بتكييف معين أو بنقاط قانونية معينة، وهنا سوف يحسم النزاع وفقاً لقواعد اختيارها الخصوم. واختيار الخصوم لمثل هذا التكييف أو تلك النقاط يعد في الواقع وكما يرى البعض[2] عادة سهلة وبسيطة في المجال القانوني، كأن يصف الخصوم العقد بأنه عقد وكالة، بينما هو عقد عمل، أو عقد استثمار وهو في حقيقته عقد إيجار، والقاضي يفصل في النزاع على ضوء الوصف الذي أراد الخصوم حل النزاع وفقاً له، ذلك إعمالاً بمبدأ سيادة الخصوم على الخصومة.

هذا الفرض هو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب كل من المشرع الفرنسي واللبناني، فنص المشرع الفرنسي في المادة 4/12 مرافعات على أنه "لا يستطيع القاضي تغيير تسمية الأساس القانوني الذي اتفق على تقديمه الخصوم صراحة، متى تعلق ذلك بحقوق يملكون حرية التصرف بها، ويستطيع الأطراف تقييد القاضي بالتكييف المقترح، والنطاق القانوني الذي يحددون فيه النزاع".

كما نص المشرع اللبناني في المادة 370 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "..... ولكن لا يجوز أن يعدل الوصف أو الأساس القانوني عندما يكون الخصوم بإتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون التصرف بها، قد قيدوه بوصف ونقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها"[3].

ووفقاً للنصين فإن النزاع سوف يتم حسمه استناداً لقواعد قانونية حددها الخصوم،

---

(1) في الأحكام الاتفاقية ونظامها الإجرائي انظر: المؤلف: النزول عن الحكم 2022 دار الجامعة الجديدة ص 117 وما بعدها بند 69 والمراجع المشار لديه.

(2) ويسمى الأستاذ : موتلسكي هذه العادة بأنها مجرد استخدام لما يسمى اصطلاحاً بـ "اختصارات" des raccourcis مشار إليه في مقاله:

La Cause de la demande. Op. Cit. P. 235.

وانظر أيضاً: Requete en retranchement من خلال الرابط :

http://www.pernanaud.Fr./inFo/glassaire.

(3) والمادة 843 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تنص على أنه "عندما يتبين لرئيس تشكيلة الحكم يمكن أن يكون مؤسساً على وجه مثار تلقائياً بعلم الخصوم قبل جلسة الحكم بهذا الوجه، ويحدد الأجل الذي يمكن فيه تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار دون خرق آجال اختتام التحقيق، ودون أن تطبق أحكام هذه المادة على الأوامر.

ويعتبر الفقه الجزائري أن هذا النص يعد تأسيساً لمبدأ إجرائي هو دور الخصوم في القانون، وأصبح من واجب القاضي أن يطرح على الخصوم مسبقاً رأيه القانوني ويعطي لهم فرصة إبداء ملاحظاتهم في هذا الرأي. انظر: بودريمات محمد: الدور الإيجابي للقاضي في تيسير الخصومة المدنية – رسالة دكتوراه 2013 ص 61.

وإلزام القاضي[1]، على تنظيم المراكز الواقعية تبعاً للأوصاف التي أضافها الخصوم حتى وإن كانت هذه الأوصاف ليست واجبة التطبيق من وجهة نظر القانون.

بمعنى أنه يجب على القاضي أن يتقيد بإطار النزاع كما حدده الخصوم، فإذا أراد الخصوم حصر المناقشة، وحل النزاع بالاستناد على قاعدة قانونية دون سواها فيجب على القاضي الاستجابة لذلك وحل النزاع بالاستناد إلى هذا السند القانوني فقط[2].

وإعمالاً لهذين النصين فإن الكثير من المؤسسات التجارية الكبرى وشركات التأمين وجدت في استخدامها لمثل هذه الصيغة ميزة أفضل من الالتجاء إلى عقود الإذعان، الذي في الكثير منها يقوم القضاء بتعديلها لمصلحة الشخص الضعيف. كما يمكن للأفراد في نطاق العلاقات الشخصية استخدام هذه الصيغة، فيمكن أن يلجأ إليها الخليلان إذا أراد وضع نهاية لعلاقتهما المالية فيطلبان من القاضي تطبيق نظرية شركة الواقع، ويتجنب الخصوم بذلك رفض الدعوى، إذا لم تتوافر شروط هذه النظرية[3].

20- ويشترط لإعمال سلطة الخصوم في هذا النطاق – ووفقاً لصراحة نص المادتين 4/12 مرافعات فرنسي، 370 أصول محاكمات لبناني – شرطين[4]، يكمل أولهما الثاني. الأول: إتفاق الخصوم صراحة على التكييف أو النقاط القانونية التي يقيدون بها القاضي، مع ملاحظة أن هذا الاتفاق قد يتغير أو يبطل لسبب موضوعي أو إجرائي، ولذلك فنطاق سلطة الخصوم محدود بشأن ذلك سواء في نطاق صلاحيته أو في نطاق آثاره. الثاني: أن يتعلق الأمر بحقوق يملك الخصوم حرية التصرف فيها. ومن ثم فلا يصح الاتفاق إذا تعلق الأمر بمال لا يجوز الحجز عليه، أو انصب علي مسألة من مسائل النظام العام، سواء كانت المسألة موضوعية أو إجرائية.

- وبتوافر الشرطان علي النحو الفائت، فإن القاضي رغم الفرص المحدودة[5]

---

(1) تمييز لبناني غرفة أولى رقم 25 تاريخ 1991/7/25 النشرة 1991/1990 ص 160 وما بعدها مشار إليه لدى حلمي الحجار، هاني الحجار: المرجع السابق ج2 ص 88.

Cass. Civ. 30 Nov. 1985. Bull. Civ. II. N. 23.

(2) د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات ص 69. سبب الطلب القضائي ص 91 وما بعدها بند 73 وما بعده.
د. إبراهيم نجيب سعد: ج 1 ص 574 بند 230. حلمي الحجار، هاني الحجار: الإشارة السابقة؛ د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص 105.

Anne Donnier le Gallou: Op. cit., P. 491.

(3) د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 105 والأحكام المشارة لديه.

(4) في تفصيل هذان الشرطين انظر: د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 106 – 109؛ د. حلمي الحجار، هاني الحجار: المرجع السابق ص 87 وما بعدها بند 636؛ حبيب مزهر: المقال ص 352.
MIGUET: Thé. P. 369 etss. N. 300 ets. MIGUET: reflexions surles qualification et points de droits 2014. Prec. 572 etss. Vincent et Guinchard; Op. cit., P. 539 ets. Cour d'appel de Paris 3 juin 2016. RGN. 09/3055.

(5) فالقضاء تطبق النصين الواردين بالمتن في الحالات القليلة التي تهيأت فيها الفرصة لإعماله، فقد أعادت أحدى المحاكم تكييف الوقائع علي خلاف ما أتفق عليه الخصوم. انظر: استئناف ليون في 1973/11/15، دالوز 1976 ص 388 تعليق Révault مشار إليه لدي د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 106.

(6) د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات ص 70 وما بعدها بند 16.

لتطبيق نص المادتين 4/12، 370، يتقيد بتكييف الخصوم ولا يملك أن يتجاوزه، كما لو تمسكوا بقواعد المسؤولية التقصيرية لإعمالها علي المسؤولية العقدية، وقاموا بقصد مناقشاتهم علي ذلك، فلا يجوز للقاضي الحكم علي غير هذا الأساس هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى يتقيد القاضي بما حدده الخصوم من نقاط قانونية معينة، كما لو اتفقوا مثلاً علي عرض خلافاتهم حول تنفيذ عقد إبرام بينهما، فلا يستطيع القاضي أن يثير من نفسه مسألة بطلانه حتى ولو كان البطلان واضحاً أمامه، وينحصر دوره في فحص طلب التنفيذ دون سواه. فإذا وجد أن ذلك غير ممكن فإنه يرفض الدعوى، دون أن يتطرق إلي البحث عن أساس آخر لإعماله علي النزاع المطروح عليه[1]، كما لو كانت عناصر النزاع الواقعية المدلي بها تثبت أن علاقة المدعية بالمدعي عليه هي علاقة غير مشروعة، وبالتالي فإن سبب العقد التي تطلب إلزام المدعي عليه بها هو أيضاً غير مشروع، فإن اتفاق الخصوم علي وصف العلاقة بينهم علي أنها علاقة عمل، والطلب إلي القاضي حل النزاع علي ضوء هذا الوصف، فشأن ذلك لا يقيده، إذ يبقي له أن يعيد للعناصر الواقعية المدلي بها وصفها الصحيح، ويرفض الدعوى علي أساس هذا الوصف[2].

21- الفرض الثاني: حالة اختيار الخصوم القاضي كمحكم وفقاً لنص المادة 5/12 مرافعات فرنسي [3]، وأكد عليه بموجب المرسوم رقم 2019/1333 بتاريخ 2019/12/11 بشأن تعديل قانون الإجراءات المدنية، والذي بمقتضاه يمكن للخصوم اختيار القاضي كمحكم، يحكم بينهم بحكم طليق لا يتقيد بقواعد القانون، وهو ما اصطلح علي تسميته بالتحكيم القضائي[4]. L'anbitrage Judiciaine.

هذه الصورة من التحكيم تجمع بين خصائص التحكيم الخاص والقضاء العام، ولذا فهو ذى طبيعة مختلطة، فالجامع بينه وبين التحكيم الخاص، أن القاضي يحكم دون

---

(1) د. . حلمي الحجار؛ هاني حلمي الحجار: المرجع السابق ص 89 وما بعدها بند 637.
ولذا يري البعض أن السماح للخصوم بمخالفة القانون من خلال المطالبة بتطبيق نصوص غير صحيحة، أو الاتفاق صراحة علي تكييف لا يطابق صحيح القانون يؤدي إلي تطبيق زائف للقانون، لذلك فأن هذه السلطة الممنوحة للأفراد في هذا النص سوف تهمل بمرور الوقت لعدم التطبيق انظر:
MIGUET: reflexions sur le pouvoin- Préc. P. 567

(2) وهو ما كان يعتمده المشرع الكويتي وفقاً لنص المادة 177 مرافعات قبل إلغاءها بالمادة 12 من قانون التحكيم الكويتي 1995/11.

(3) BRAUDO (S.) et BAUMANN (A.): amiable Compasiteur definition dictionnaire juridique.

(4) https://www.dictionnairejuridique.com
HEBRAUD: (P.) observation sur l'arbitrage art. 12 – 5. nouveau code de procedure civile. In Mélanges dédies â Gabriel. MARTY. P. 635 etss. BELLET: le juge arbiter. Rev. arb 1980. P. 394.

التقيد بقواعد القانون، وبينه وبين القضاء العادي، أن الحكم يصدر من محاكم قضاء الدولة[1].

ولكّون هذا الحكم من طائفة الأحكام الاتفاقية، فيتعين لاختيار القاضي مُحكم توافر الشرطين المنصوص عليهما في الفقرة الرابعة من المادة 12 مرافعات فرنسي، وهما[2] وجود اتفاق صريح علي التحكيم، وأن يرد هذا الاتفاق علي حق من الحقوق التي يجوز للخصوم التصرف فيها[3]. وأن يكون النزاع قائم فعلاً يستوي أن يكون طرح علي القضاء، أو لم يطرح بعد، غاية الأمر إذا كان مطروح علي القضاء، فإن قاضي المحكمة المطروح أمامها النزاع ينظره كمحكم، ودون أن يكون للخصوم سلطة في اختياره كمحكم. أما إذا كان النزاع لم يطرح بعد علي القضاء، فإن القاضي الذي سوف ينظره، هو القاضي المختص طبقاً للقواعد العامة لعدم جواز مخالفة قواعد الاختصاص لتعلقها بالنظام العام[4].

22- والمادة 5/12 مرافعات فرنسي، والتي أجازت التحكيم القضائي لم تتضمن قواعد عن إجراءاته، ولذلك يتم تحديد هذه الإجراءات عن طريق القياس[5] علي إجراءات التحكيم العادي، مع الأخذ في الاعتبار بان المحكم من القضاء، وأن التحكيم يتم داخل المحكمة . فالبنسبة للحضور يمكن أن يتم الالتجاء إلي نظام التكليف بالحضور أو العريضة المشتركة، ويحضر الخصوم بأنفسهم أو عن طريق ممثليهم القانونين. ولتأثير القاضي علي الإجراءات يتعين احترام المبادئ الأساسية للتقاضي ويلتزم القاضي بمبدأ ثبات النزاع، مع جواز تطور الخصومة أشخاصاً وموضوعاً ، لأن القاضي يملك ذلك في الأحوال العادية، ويصدر القاضي كمحكم حكمه وفقاً لما ورد في قانون المرافعات، ولو أتفق الخصوم علي عدم تقيد القاضي بقواعد القانون، لأن القانون

---

(1) د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 111 وما بعدها.

BELLE: Lic. Cit. CADIET et CLAY (th.) les mades alternatifs de réglement des conflits ed Paris. Dalloz. 2019. P. 3.

(2) د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 111 وما بعدها.

Jean Viatte: la miable composition judiciaire. Rev. arb. 1976. P. 565 CARNU: amiable composition judiciaire Rev. arb. 1980. P. 373.

(3) في المحل الذي يرد عليه الاتفاق علي التحكيم. انظر: المؤلف: الوجيز في قانون التحكيم العُماني 2019، دار الجامعة الجديدة ص 40 وما بعدها.

Vincent Chantebaut: L'amiable compositeur Face aux regles d'ardre public de dinection et de protection Dalloz. Actudite 14. Jann. 2020. Paris 19 dec. 2017 N. 16/11404. Dalloz. Actualite 29 Janv. 2019. abs. Jaurdan – Morques.

(4) د. عزمي عبد الفتاح: الإشارة السابقة.

VIATTE: Lic. Cit.

(5) د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 112- 114.

BELLET: amiable. Composition. Prec. P. 394 ets. Cornu: amiable Compasition Lic. Cit.
(2)BRAUDO et BAUMANN: Lic. Cit.

خول سلطة الحكم لقاضي وليس لفرد عادي. ويقبل الحكم[1] الصادر من القاضي كمحكم في فرنسا للطعن بالاستئناف، وكذلك بالتماس إعادة النظر. كما يقبل الحكم الاستئناف في الطعن بالنقض متى توافر فيه أسباب الطعن الأخير.

وإذا كان للخصوم تقيد القاضي علي النحو الغائب، فللقاضي الحق في دعوة الخصوم لتقديم إيضاحات حول النقاط القانونية والتي يري أنها ضرورة لحل النزاع تطبيقاً للمادة 13 مرافعات فرنسي، المادة 371 أصول محاكمات مدنية، ذلك حالة أن يكون ما قيدوا الخصوم به القاضي غامض أو مبهم. ولكن طلب القاضي لذلك يدخل في سلطته التقديرية[2] ولكن إذا أمتنع الخصوم[3]عن تزويد القاضي بهذه الإيضاحات في مهلة يحددها لهم، فعليه أن يفصل في النزاع بحالته وعلى مسئوليتهم[4]، تطبيقاً لنص المادة 456 أصول محاكمات مدنية لبناني، 113 إثبات مصري[5]، 1364 مدني فرنسي.

23- وترتيباً على إعطاء القاضي دوراً في مجال الواقع، وإعطاء الخصوم دوراً في مجال القانون، لتداخل الواقع والقانون معاً، اعتنقت التشريعات المقارنة مبدأ يجمع هذا التداخل، وهو ضرورة المساهمة والتعاون المثمر بين القاضي والخصوم، أو ما أصطلح علي تسميته بمبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم.

هذا التعاون هو الذي أملي علي القاضي بما له من دور توجيهي في الخصومة تبصرة الخصوم بما بتطلبه حسن سيرها سواء في مجال الواقع أو القانون. وخاصة بشأن الأخير حالة تعديل القاضي أو تصحيحه للأوضاع القانونية في القضية، ودعوتهم لتقديم إيضاحات ودفوعهم وأوجه دفاعهم بشأن ما تم تبصرتهم به، تعلق ذلك بالواقع أو القانون، ويثبت ذلك في محضر الجلسة فوراً أو في الميعاد الذي يحدده القاضي، وصولاً إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع، ودون أن يكون في تبصرتهم أو في توجيههم من جانب القاضي تغيير لسبب الدعوى، باعتباره[6] مجموعة الوقائع المنتجة في الدعوى. كما لا يكون فيه إخلالاً بحق الدفاع، بل احتراماً له[7]، وهو ما ينبغي الأخذ به لدينا- وعلي نحو ما رأينا أن الفقه والقضاء لا يمانع الأخذ به- رغم عدم النص عليه في قانون

---

(1) Cass. Civ. 1er févr 2012. Rev. arb. 2012. 91. Note E. Loquin Civ. 4 déc. 1973. Bull. Civ. I.N. 336. T.G.I. Fonlainebleau. 6 juin 1973. Gaz. Pal. 1973. 2. 928.

(2) د. حلمي الحجار؛ هاني حلمي الحجار: المرجع السابق ص 88 بند 636. حبيب زاهر: المقال ص 341.

(3) لأن القانون بغرض عبء الإثبات وتوضيحه علي عاتق الخصوم ويرتب جزاء عدم أداء هذا الواجب. انظر: د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص202.

(4) د. فتحي والي: المبسوط ج2 ص 227 بند 80.

(5) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى، ص 240 وما بعدها بند 225 والمراجع المشار لديه.

(6) قارن:

Mortin: réflexions sur L'instruction du process. Rev. Trim. dr. Civ. 1971. P. 281.

المرافعات احتراماً لحق الدفاع. وتطبيقاً لذلك قضي بأنه[1] " ولئن كان ليس من المقبول أن تزعج المحكمة الخصوم في الجلسة بملاحظات قد تنم عن رأيها في تقدير وقائع الدعوى وأدلة الثبوت منها، ولكنه إذا كان المقام يتحمل إن تكون الملاحظات قد وجهت بدافع الرغبة في تنبيه الخصوم إلي مواضع الضعف في دعواهم لتسمح منهم الرد عليه، فإن ذلك لا يعد منها إخلالاً بحق الدفاع".

الفرع الثاني
قاعدة درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح

24- المعني الإجمالي للقاعدة[2]: أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، وكانت المفسدة غالبة أو مساوية للمصلحة فيقدم دفع المفسدة علي جلب المصلحة. فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج مصلحة له، ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المصلحة أو أكثر منها يلحق بالآخرين أو بنفسه فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها علي جلب المنفعة، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، لما يترتب علي المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في المنهي[3].

ومن الجدير بالذكر أن هذه القاعدة تمثل[4] مبدأ الوقاية خير من العلاج، من حيث أن المصالح والمفاسد المحكوم عليهما فيها لم تقع بعد لمن أراد العمل بها، ولهذا جاء التأكيد فيها علي دمج المفاسد لأرفعها إشارة إلي توقعها، وكذا بالنسبة إلي جب المصالح لا المحافظة عليها.

وتبرز أهمية هذه القاعدة في كّونها محل اتفاق عند العلماء واستدلوا لإثباتها[5] بأدلة كثيرة حيث تضافرت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع وفعل الصحاب والمعقول علي اعتمادها والاعتداد بهما.

والقاعدة لا يقتصر نطاقها والعمل بها علي مجرد كونها قاعدة فقهية بحتة، بل يمتد نطاقها والعمل بتطبيقاتها خاصة المعاصرة في مجالات لا حصر لها منها الطبي[6]

---

(1) نقض جنائي 2002/3/18، مجموعة الأحكام السنة 53 ص 485. طعن مدني عُماني 2018/176، جلسة 2018/10/15، مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 19 ص 150.

(2) وفي المعني الانفرادي للقاعدة: انظر محمد عبد العزيز المبارك: قاعدة "دوء المفاسد مقدم علي جلب المصالح"، بحث مقدم لمؤتمر تطبيق القواعد الفقهية علي المسائل الطبية، المملكة العربية السعودية، وزارة الصحة، المديرية العامة للشؤون الصحية بمنطقة الرياض، إدارة التوعية الدينية 1428هـ، ص 8- 12.

(3) انظر: زين العابدين بن إبراهيم بن نجم: الأشباه والنظائر. الطبعة الأولي 1413هـ، ص 48؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: الأشباه والنظائر، الطبعة الأولي 1411هـ، دار الكتب العلمية، بيروت ص 87.

(4) محمد عبد العزيز المبارك: الدراسة السابقة. ص 13.

(5) في الأدلة علي القاعدة: انظر: محمد الذحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق 2006 ج 1 ص 238 وما بعدها؛ محمد عبد العزيز مبارك: الدراسة السابق، ص 18- 26.؛ د. حسن إبراهيم الهنداوى "قاعدة درء المفسدة مقدم علي جلب المصلحة"، دراسة أصولية فقهية 1411هـ، 2011م، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت ص 7 وما بعدها.

(6) في التطبيقات المتعددة للقاعدة في الأحكام الطبية. انظر محمد عبد العزيز المبارك: الدراسة السابقة، ص 53 وما =

والقضائي[1] وغيرهما، وفي تصورنا تعد هذه القاعدة أساساً فنياً للدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية.

ومقتضي ذلك، أن تبصرة القاضي للخصوم بشأن الوقائع التي طرحت في ملف الدعوى عرضاً ليقدموا إيضاحاتهم بشأنها، وكذلك تبصرته للخصوم بالمسائل القانونية الذي أثارها من تلقاء نفسه ليقدموا دفوعهم وأوجه دفاعهم بشأنها لعدم جواز مفأجاتهم بالحكم في الموضوع جملة قبل تمكنهم من ذلك، وحتى لا يعتبر القاضي[2] قد أخل بحقهم في الدفع، ففي تبصرته للخصوم في الفرضين سواء بشأن الواقع والقانون من المصالح الكثيرة التي تحقق حسن سير الدعوى للوصول إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع، وتحقيقاً لمبدأ التعاون المشترك بينه وبين الخصوم.

أما المفسدة والتي تمثلت في الخروج علي مبدأ حياد القاضي باعتداده بالواقع المطروح عرضاً. وبالقانون الذي لم يطلبه الخصوم، وفي حين أنه ملزم وفقاً لهذا المبدأ بالواقع الصريح[3] المقدم من الخصوم، وبالقانون المطبق علي هذا الواقع.

ووفقاً لما ورد بشأن هذا وذاك، المصالح والمفسدة، ففي تبصره القاضي للخصوم بشأن الواقع المطروح عارضاً بملف الدعوى، والقانون الملزم[4] بتطبيقه من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم، تعارضت فيه المفسدة مع المصالح، إلا أن جلب المصالح في هذه الحالة أولي، لأن كل من الواقع والقانون- الذي بصر القاضي بهما الخصوم- مغمور في جلب المصالح الكثيرة المتحقق من تبصرة القاضي للخصوم، ولذا كان جلب المصالح في هذه الحالة أولي عملاً بالشرط الثاني لقاعدة درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح" وهو أن لا تكون المصالح أرجح من المفاسد[5] لأن مجال القاعدة فيما إذا كانت المفاسد المدفوعة أرجح من المصالح التي يراد تحصيلها، أو مساوية لها علي أقل تقدير.

وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام[6]: " إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن

=

بعدها.

(1) دستورية عليا قضية رقم 7/64ق جلسة 1998/2/7. طعن شرعي عُماني رقم 2016/1 جلسة 2016/10/16. مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 3.

(2) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع 2012، دار الفكر العربي، ص 178 بند 88. المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص 150 حاشية رقم 1. استئناف مصر 1943/6/3 المحاماة 23 ص 56.

HEBRAUD: obs. R.T.D. Civ. 1973. P. 798. GIVERDON: Incompeténe Ency. Dalloz Pr. Civ. 1979. P. 15. N. 172.

(3) طعن مدني 54/2432ق، جلسة 1990/2/1، المكتب الفني السنة 41 ص 41. طعن مدني 37/212ق نقض 1972/3/21 المكتب الفتي السنة 23 ص 439.

(4) طعن تجاري 86/7210ق نقض 2019/10/13. طعن مدني 78/31ق – رجال قضاء- نقض 2010/2/23، المكتب الفني السنة 71 ص 27. طعن مدني 78/1819ق نقض 2008/5/24، المكتب الفني السنة 59 ص 580.

(5) في تقرير هذا الشرط. انظر: الأمام السيوطي: الأشباه والنظائر ص 179، ابن نجم: الأشباه والنظائر ص 91 وما بعدها.

(6) قواعد الأحكام في مصالح الأنام- الطبعة الثانية 1400هـ- 1980م، دار الجيل بيروت 98/1.

تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة، وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة" وهو قول صريح منه حالة رجحان المفاسد علي المصالح فتدرأ المفاسد وتحصل المصالح.

25- ووفقاً لذلك إذا تعارضت المصالح التي قد يتحقق بها حسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع مع المفاسد وهو الخروج علي مبدأ حياد القاضي، كان جلب المصالح أولي وتدرء المفاسد لكون المصالح أرجح.

وعليه يكون في تبصرة القاضي للخصوم وتوجيههم إلي الواقع الذي طرح عارضاً بملف الدعوى وبالقانون الذي إثاره من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم لتقديم دفوعهم وأوجه دفاعهم بشأنه تحقيقاً لحسن سير الدعوى هو ما صادف اعتماداً ثابتاً وفقاً للقاعدة الشرعية" درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح" والعمل بالقاعدة أولي من إهمالها لأن في استبعاد العمل[1] بالقاعدة الشرعية أو إغفال المحكمة لها في حكمها، يكون قضاءها مخلاً وغير مكتمل لما تقتضيه أصول الأحكام والأقضية الشرعية.

وترتيباً علي ذلك تتعاضد كل من قاعدة درء المفاسد مقدم علي جلب المصالح ... ومبدأ التعاون المشترك للقاضي والخصوم في كونهما يعداًُ أساساً فنياً للدور التوجيهي للقاضي ليتكامل هذا الأساس مع الأساس التشريعي لهذا الدور ليصبح أساساً تشريعياً وآخر فنياً يعتمد عليه وينتظم بدخله.

(1) طعن إيجارات عُمني رقم 2018/38 جلسة 2018/11/7 مجموعة أحكام المحكمة العليا الدائرة العمالية والتجارية والإيجارات السنة 19 ص 489.

المبحث الثاني
ماهية الدور التوجيهي للقاضي وتمييزه عما قد يختلط به

26- تمهيد:

في مطلبين تباعاً نتعرض في الأول: لماهية الدور التوجيهي للقاضي، والثاني: تمييز الدور التوجيهي للقاضي عما قد يختلط به.

المطلب الأول
ماهية الدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية

27- الدور التوجيهي للقاضي ودوره الإيجابي ليس مترادفان: يعترف القانون[1] للقاضي بدوره الإيجابي في تيسيره لخصومة بتحركها وسيرها للأمام لبلوغ غايتها. كما يعترف القانون للقاضي بدوره التوجيهي في الخصومة المدنية بتبصرته للخصوم بالواقع المقدم من جانبهم عرضاً بملف الدعوى وبالقانون الذي إثارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم، ودعوته للخصوم في الحالتين لتقديم إيضاحاتهم وملاحظاتهم سواء بشأن هذا الواقع أو تلك القانون تحقيقاً لحسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع. ووفقاً لذلك تكون الغاية من الدوريين مختلفة، واختلاف الغاية حتماً يسبقه الاختلاف في الوسيلة المؤدية لهذه الغاية.

فالغاية من الدور الإيجابي للقاضي هي تيسير الخصومة لبلوغ غايتها، ويتم الكشف عنها من خلال المظاهر العديدة[2] التي أعتمدها المشرع للقاضي للقيام بهذا الدور، فالقاضي بمقتضي هذا الدور سلطة استكمال الأدلة وجمعها ولو كانت معلومات عامة[3]، وكذا تقديرها ومدي كفاية هذه الأدلة والموازنة بينهما[1]. "حتى لا يترك كشف

---

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات- المكتب الفني 147. كما يمنح الخصوم حتى تيسير الخصومة، بل يجعل سيرها في بعض الحالات متوقفاً علي نشاطهم، كما في حالات وقف الخصومة وانقطاعها. في مظاهر تيسير الخصومة للخصومة. انظر د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 172 وما بعدها.

(2) حول هذه المظاهر. انظر: وجدي راغب: المقال السابق ص 173، 174، د. إبراهيم نجيب سعد: ج 1 ص 555 وما بعدها، بند 243 وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: التعليق علي نصوص قانون الإثبات ص 35 وما بعدها بند 100. د. أحمد هندي: المرجع السابق ص 264 وما بعدها بند 48 وما بعده. د. نبيل سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية 2020، دار الجامعة الجديدة ص 46 وما بعدها. د. السنهوري: الوسيط ج2 ص 31 بند 26. د. سحر عبد الستار: دور القاضي في الإثبات 2002 ص 20 وما بعدها.

(3) والمعلومات العامة يقصد بها تلك الوقائع التي يفترض علم الكفالة بها ، والتي يقتنيها القاضي من خبرته أو ثقافته العامة، ومثال ذلك الوقائع العامة أو المشهورة التي يسند إليها القاضي في حكمه مثل بعض العادات التجارية أو المصرفية مثلاً أو بعض الوقائع المقررة علمياً .

هذه المعلومات لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور علي القاضي أن يبني حكمه عليها ولذا متى كانت المعلومات العامة من الأسباب الرئيسية التي يؤسس عليها القاضي حكمه، فإنه يتعين عليه أن ينبه الخصوم إليها حتى يتمكنوا من مناقشاتها وبإبداء دفوعهم بشأنها، إذا يعد علم القاضي بهذه الوقائع بمثابة دليل في القضية.

في تفصيل ذلك انظر: د. نبيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي 2011 ، دار الجامعة الجديدة ص 46 وما بعدها بند 41 وما بعده. سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية 2014، دار الجامعة الجديدة ص 482 وما بعدها بند 405 . د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم، ص 68؛ د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم، المقال ص 215، قاعدة الإثبات في المواد الجنائية 2011، دار الجامعة الجديدة ص 149 وما بعدها والأحكام المشار لديه. د. عصام سليم: النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية 2021، دار الجامعة =

الحقيقة رهينًا بمبادرة من الخصوم وحدهم، والحرص علي استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هوي المحلل".

أما الغاية من الدور التوجيهي هي حسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع، والكشف عن هذه الغاية يكون بكشف القاضي عن الواقع الذي طرح عرضاً بملف الدعوى وتبصرة الخصوم له. وأيضاً إبداء القاضي للقانون ولو لم يطلبه الخصوم، ودعوة القاضي للخصوم في الفرضين لإيضاح الغامض بشأن الواقع وتقديم الدفوع وأوجه الدفاع بشأن القانون.

وترتيباً علي ذلك اختلفت كل من الغاية والوسيلة المؤدية لكل من الدور الإيجابي والتوجيهي للقاضي. هذا الاختلاف يجعل الدور الإيجابي للقاضي ليس مرادفاً لدوره التوجيهي، ويمكن بمقتضي ذلك تصنيف دور القاضي وفقاً لتيسير الخصومة وحسن سيرها إلي دور إيجابي وآخر توجيهي[2].

28- مفهوم الدور التوجيهي للقاضي: رغم اعتماد التشريعات المقارنة لهذا الدور، إلا أن اعتمادها لهذا الدور جاء في صيغ مختلفة، فالبعض عبر عنه بتبصرة المحكمة للخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوى مادة 4 من قانون الأحوال الشخصية المصري 2000/1. وعبر عنه البعض بأن للقاضي لفت نظر الخصوم لعنصر واقعي في الدعوى مادة 2/7 مرافعات فرنسي. والبعض عبر عنه بأنه يجوز للقاضي الاعتداد بالوقائع الواردة في المحاكمة، ولو لم يتذرع بها الخصوم خصيصاً لإسناد طلباتهم أو مرافعاتهم مادة 368 أصول محاكمات مدنية لبناني.

وعلي الرغم من اختلاف الصياغة من قبل هذه التشريعات في التعبير عن الدور التوجيهي للقاضي إلا أنها متفقة علي اعتماد هذا الدور، ومع اعتمادها له لم تبين مقصوده، وشأنها في ذلك القضاء، كما أن الفقه الغالب عبر عن هذا الدور بالدور الإيجابي للقاضي، في حين أن الدور الأخير مختلف – علي نحو ما رأينا- عن الدور التوجيهي من حيث الغاية والوسيلة.

- وفي تصورنا يقصد بالدور التوجيهي للقاضي، هو اكتشاف القاضي للواقع المطروح عرضاً بملف الدعوى، وتبصرة الخصوم به وإثارته لوسائل القانون من تلقاء نفسه ولو لم يطلبها الخصوم، ودعوتهم لإيضاح الغامض والمبهم بشأن هذا الواقع، وتقديم دفوعهم وأوجه دفاعهم بشأن هذا القانون، متى اقتضي ذلك حسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

=

الجديدة ص 39، السنهوري: الوسيط في الإثبات، طبعة نهضة مصر 2011، ص 33 بند 27.

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري 1968/25.

(2) حيث تتعدد الأدوار للقاضي في الخصومة مع وحدة الهدف. انظر: دور القاضي في الخصومة، وحدة الهدف وتعدد الأدوار، المؤتمر العلمي بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة بيروت العربية من الفترة 4- 6 شباط فبراير 2010 جزاءين.

فالقاضي يكشف عن واقع طرحوه الخصوم بشكل عارض بملف الدعوى، ثم يبصرهم به، أو يثير القاضي لمسائل قانونية من تلقاء نفسه ولو لم يطلبها الخصوم، ودعوته لهم في الفرضين بتقديم إيضاحاتهم بشأن هذا الواقع، أو لتقديم دفوعهم وأوجه دفاعهم بشأن القانون تحقيقاً لحسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

29- مبررات الدور التوجيهي للقاضي: في مجال القانون لا يحتاج هذا الدور إلي تبرير، لسيادة القاضي في هذا المجال(1). فالقاعدة أن القاضي يعلم القانون، وهو الخبير الأعلى في مسائله، فلا يصح للخصوم أن يعلموه إياه، كما لا يستطيع أن يطلب من الخصوم أن يعلموه به. فالقاضي ومن تلقاء نفسه يملك إثارة القاعدة القانونية التي يري تطبيقها علي النزاع، ولو لم يطلبها الخصوم، وأن يعطي الوقائع والتصرفات المتنازع عليها تكييفها الصحيح، وهو في هذا أو ذاك لا يتقيد بالنص أو التكييف الخاطئ المقترح من جانب الخصوم(2). بشكل صحيح، أو كانت هذه الوقائع أثيرت بشكل عارض، لما لهذه الوقائع في أي من صورتها من دور في الوصول إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع(3). هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، أنه من التحكم أن يُمنع القاضي في الاحتجاج بوقائع موجودة تحت نظره قدمها الخصوم بشكل قانوني وعلمها بطريقة مشروعة لمجرد عدم إثارة أحد الخصوم لهذه الوقائع كوسيلة من وسائل دفاعه(4)، ولذا فعلى القاضي أن يتعاون مع الخصوم على تجميع العناصر المادية التي تساهم في حل النزاع(5).

ومن ناحية ثالثة: أن النصوص القانونية التي تخول للقاضي تبصرة الخصوم

---

(1) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص 20 – 31، 47- 63. واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة ص 54 وما بعدها. تسبيب الأحكام في المواد المدنية والتجارية 1983، دار النهضة العربية ص 389 وما بعدها. د. أحمد خليل: المرجع السابق ص 140. د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالنقض ص 360 وما بعدها، بند 181 وما بعده. سبب الطلب القضائي ص 91 بند 73. د. أحمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها 1997، دار الجامعة الجديدة ص 32 وما بعدها بند 9. د. هشام صادق: المقال ص 87. ضياء شيت خطاب، المرجع السابق ص 59 وما بعدها.

NORMOND: Thé. P. 212. MOTULSKY: La cause de la demand. P. 124 ets. N. 31 ets. MORIO: Cansedration. Préc. P. 14. N. 9.

(2) طعن 86/1482ق نقض 2021/11/17. طعن 89/6466ق نقض 2020/1/14. طعن تجاري 86/7210ق نقض. نقض 2019/10/13، طعن 489/ 64ق – أصول شخصية – نقض 2012/12/11. طعن 78/31ق- رجال قضاء – نقض 2010/2/23 ص 580. طعن مدني 68/210ق نقض 2006/6/27 المكتب الفني السنة 57 ص 632. طعن مدني 73/979ق. نقض 2006/4/11 المكتب الفني السنة 57 ص 349. طعن مدني 66/8569ق نقض 1997/7/8، المكتب الفني السنة 48 ص 1089.

(3)NORMAND: Le juge et le fondement du litige in Métanges affert à Pierre. H. B BRUD. P. 601. N. 12.

(4) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، ص 88.

(5)NORMAND: Thé. P. 162. N. 171.

(6) Emmanuel, BLANC. La nouvelle Procédure Civile 1973. misa jour. 1980. P. 18.

بالواقع المطروح عرضاً بملف الدعوى، ما هي إلا تكريساً، وكما يرى البعض[1]، لقضاء تقليدي ساد في القضاء الفرنسي القديم، وهو يفسر الصيغة التي سادت في القضاء من أنه إذا كان القاضي لا يستطيع تغيير السبب، فإنه يستطيع تغيير وسائل الدفاع الواقعية Moyen de fait حيث كان ينصرف المدلول الأخير إلى الوسائل التي لم يثرها الخصوم بشكل خاص لتأييد إدعاءاتهم[2]، وتطبيقاً لذلك قضي[3] بأن القاضي يستطيع أن يأخذ في اعتباره فيما يتعلق بالقضايا التي تتعلق بالمسئولية على أساس الخطأ الشخصي بكل واقعة تكون خطأ وأن يثيرها من تلقاء نفسه متى كانت هذه الواقعة ضمن الأوراق الكائنة بملف الدعوى.

30- طبيعة السلطة المخولة للقاضي عند ممارسته لدوره التوجيهي: واجبة في مجال القانون، مجرد رخصة في مجال الواقع. ففي مجال القانون، ما يبديه بشأنه القاضي من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم، يوجب عليه توجيههم وتبصرتهم به لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم أثناء الخصومة، كما يجب على القاضي أن يعتد بهذه الدفوع، ويقضي فيها مسبباً حكمه.

ففي أثناء سير الخصومة يجب على القاضي تمكين الخصوم من إبداء ما لديهم من دفوع، وليس هذا فحسب بل يجب عليه تبنيهم لاستكمال دفوعهم، وأن يمنحهم الفرصة لذلك، لأنه لا يجوز مفاجأة الخصوم في الموضوع بجملته قبل تمكنهم من إبداء الدفوع وإلا يكون قد أخل بحقهم في الدفاع[4].

وتطبيقاً لذلك قضي[5] بأنه إذا اقتصر الخصم على تقديم دفوعه الإجرائية فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في الموضوع إلا إذا نبهته إلى ضم هذه الدفوع للموضوع حتى لا يفاجأ بالحكم في الموضوع قبل إبداء ما لديه من دفوع موضوعية وإلا تعتبر قد أخلت بحقوقه في الدفع.

فالواجب الذي يلتزم به القاضي على النحو السابق، لا يقتصر فحسب على تمكين الخصوم من إبداء دفاعهم بشأن ما أبداه من قانون، وإنما يمتد هذا الواجب[6] بدوره ويلتزم القاضي للاعتداد بهذه الدفوع في حكمه متى كانت جوهرية وإلا كان حكمه

---

(1) NORMAND: Thé. P. 176 ets. N. 186.
Cass. Civ. 16 Des. 1970. S. 1970. 713 ets. Civ. 5 Avril 1954. Bull. (5) Civ. 1. 106. Civ. 21 mars. 1958. J.C.P. 1958. II. 10600 Note G.M. Cette per. Normand: Préc. P. 179.

(2) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 198 وما بعدها. مبادئ القضاء المدني 2001 دار النهضة العربية، ص 635. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع ص 178 بند 88. د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 97 والحكم المشار لديه. استئناف مصر 3 يونية 1943 المحاماة 23 – 56 – 321 – 235.

(3) نقض 1967/11/14 مجموعة النقض السنة 18 ص 1676.

(4) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 200 والأحكام المشارة لديه.

معيباً ليس فقط في تسبيبه، وإنما أيضاً بسبب إخلاله بحق الدفاع[1].

31- أما سلطة القاضي بشأن الواقع الذي طرحه الخصوم بشكل عارض في ملف الدعوى، هو مجرد رخصة له. فالقاضي ليس ملزم بالبحث عن عناصر هذا الواقع، لأن الأصل أن تقديمه يعد عبء إجرائي يقع على عاتق الخصوم دون سواهم[2]، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً لنص المادة 6 مرافعات والتي تنص على أنه " يقع على عاتق الخصوم عبء الوقائع التي تصلح لتأسيس ما زعموه من إدعاءات"[3]. والمادة 368 أصول محاكمات مدنية لبناني[4].

ولكن إتساقاً مع الفلسفة التي اعتمدتها التشريعات المقارنة والتي خولت للقاضي دور توجيهي في الخصومة في مجال الواقع كمعاون للخصوم وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع، حيث منحت القاضي سلطة الاعتداد بوقائع آثارها الخصوم في ملف الدعوى لكونهم لم يتمسكوا بها بشكل صريح، ومنح القاضي هذه السلطة واعتداده بهذه الوقائع مجرد رخصة له، ومن ثم لا عليه إن لم يستعملها[5]. فإذا ما استعملها تعين عليه ألا يتجاوز باستعماله لها نطاق الإدعاءات المحددة في الطلبات الختامية للخصوم[6]. والقاضي في استعماله لهذه الرخصة لا يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن الطعن المقدم لن يكون مقبول، لأنه يخالطه واقع[7]، ما لم يرد في حيثيات الحكم أن القاضي لا يستطيع أن يستند إلى الوقائع التي طرحت بشكل عارض، فعندها يبقى الحكم خاضعاً

---

(1) د. وجدي راغب: الإشارة السابقة؛ د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات ص 77 ما بعدها؛ د. عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام ص 331 وما بعدها؛ د.أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات 2012 دار الفكر العربي ص 193 وما بعدها بند 98. طعن تجاري 89/12632 ق نقض 2020/2/5؛ طعن إيجارات رقم 6531 / 84 ق نقض 2021/10/20؛ طعن رقم 1302 / 73 ق – أحوال شخصية – نقض 2004/12/14 – طعن 63/3746 ق نقض 2001/1/14.

(2) NORMAND: Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige aujaurd'hui et demain. R.T.D. Civ. 1998. P. 461. MARTIN: instruction des process. Civils. R.T.D. Civ. 1971. P. 709.

(3) في تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 8 Juill 1987. J.C.P. 1987. IV. 319. Civ. 4 dec. 1984. J.C.P. 1985. IV. 60 Civ. 6 act. 1976. Bull. Civ. I.N. 288.

(4) د. حلمي الحجار، هاني حلمي الحجار: المرجع السابق، ج 2 ص 74 وما بعدها بند 626.

(5) Cass. Civ. 16 Juin 1982. J.C.P. 1982. IV. 307. Civ. 20 Nov. 1985. Bull. Civ. III. N. 153. Gaz. Pal. 1986. 2 somm. 421. abs. Croze et Morel.

(6) Cass. Civ. 6 Juill. 1978. Bull. Civ. II. N. 182.

(7) د. أحمد السيد صاوي: الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني. دار النهضة العربية ص 69 وما بعدها؛ د. فتحي والي: المرجع السابق، ص 687 وما بعدها بند 229؛

Vincent et Guinchard: Op. cit., P. 521.

(8) Cass. Civ. 20 Nov. 1985. Bull. Civ. III. N. 153. Gaz. Pal. 1986. Cette Per.

.

لرقابة هذه المحكمة[1].

32– شروط إعمال القاضي لدوره التوجيهي: يشترط لإعمال هذا الدور شروط خاصة بشأن الواقع، وأخرى مشتركة بشأن الواقع والقانون معاً.

أولاً: الشروط الخاصة بشأن الواقع:

1– يجب أن يكون هذا الواقع ثابت بملف القضية، بحيث يمكن للقاضي الاطلاع عليه ومعرفته من بين ما قدمه الخصوم من وثائق وملفات، كشهادات المخالصات، أو ما يرد في محضر سماع شهود أو تقرير خبير أو محضر معاينة أو عقد مودع بملف القضية[2]، وعلى الرغم من اكتشاف القاضي لهذا الواقع ولكن بعد دعوته للخصوم لإيضاحه، يصير هذا الواقع وكأنه اكتشف بواسطة الخصوم، أي أنه ينسب في جميع الأحوال إلى الخصوم أنفسهم[3].

ووفقاً لذلك، فإن قاضي الموضوع ينحصر دوره بالنسبة لهذا الواقع في أنه يبصر ويوجه ويدعو الخصوم لإغاثته بعناصر هذا الواقع اللازمة لحل النزاع، أي أن القاضي ينشط إدعاء الخصوم بالواقع الكامن بملف الدعوى، ولو لم يطرح بشكل صريح.

2– يجب أن يكون هذا الواقع مثار فعلاً من جانب الخصوم[4]، وتمت المواجهة بينهم بشأنه، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي صراحة وفقاً للمادة 2/7 مرافعات Parmis les élement du de bat والمشرع اللبناني وفقاً لصراحة المادة 368 أصول محاكمات مدنية على أنه " يجوز له الاعتداد بالوقائع الواردة في المحاكمة". فإذا ما آثار القاضي هذا الواقع من تلقاء نفسه، فإنه يكون وعلى حد تعبير محكمة النقض[5]، قد غير سبب الدعوى أثناء تحليل المستندات التي قدمها الخصوم.

34- ثانياً: الشروط المشتركة والواجب توافرها بشأن الواقع والقانون معاً:

1– دعوة القاضي للخصوم لتقديم إيضاحاتهم حول كل من الوقائع والنقاط القانونية التي يرى أنها ضرورية لحل النزاع[6]. فبصدد الواقع حالة أن يكتشف القاضي بملف الدعوى واقع إثاره الخصوم بشكل عارض، فعلى القاضي أن يدعوهم لكي يقدموا ما قد يرونه من وجهات النظر بصدد عناصر هذا الواقع، وهو ما عبر عنه

---

(1) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، ص 90 والمراجع المشارة لديه.

(2) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي، ص 263 بند 241؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم إلا بعد سماع الخصوم، ص 65.

(3) د. عزمي عبد الفتاح: الإشارة السابقة؛ د. حلمي الحجار، هاني حلمي الحجار: المرجع السابق، ص 74 بند 625.

(4) طعن إيجارات 83/10283 ق نقض 2022/2/17؛ طعن إيجارات 88/20654 ق نقض 2020/8/12؛ نقض 1971/5/14 مجموعة الأحكام السنة 22 ص 305.

(5) فالعدالة تقتضي من الخصوم وممثليهم الإفصاح للقاضي عن كل ما يكون مفيداً لإنجاح طلباتهم أو دفوعهم. في تفصيل ذلك انظر: د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم – المقال ص 213 وما بعدها.

المشرع الفرنسي[1]، صراحة وفقاً للمادة 8 مرافعات على أنه "للقاضي دعوة الخصوم لتقديم تفسيراتهم وإيضاحاتهم حول واقعة يرى أنها ضرورية لحل النزاع". والقاضي يباشر هذه المكنة[2]، إذا تبين له أن الوقائع المثارة من قبل الخصوم في القضية مبهمة وغير واضحة، خاصة ما إذا كانت عناصر هذه الوقائع تلعب دوراً فعالاً في التوصل إلى النتيجة الاقتصادية والاجتماعية التي طلبها الخصوم، ذلك حتى يستطيع هؤلاء إثبات هذه الوقائع أو منازعتها ومناقشتها، وحتى لا يكون تطبيقه القانون على هذه الوقائع مفاجأة للخصوم مما يعد إخلالاً بحق الدفاع، أو بعد قضاء القاضي بصددها قضاء بعلمه الشخصي.

ومنح القاضي هذه المكنة أو تلك السلطة[3]، في هذا النطاق لا تخول له دعوة الخصوم لتقديم وقائع جديدة كي يكشف الغامض الذي لم يوضحه الخصوم أما عن جهل أو عمد وسوء قصد، فسلطته في هذا الشأن تقتصر على ما قدموه من وقائع واكتشافها بملف الدعوى.

35– أما بصدد القانون، فما يثيره بشأنه القاضي من تلقاء نفسه، يتعين عليه أن يمكن الخصوم من تقديم دفوعهم وأوجه دفاعهم، حتى لا يفاجأ بالحكم في الموضوع قبل إبداء ما لديهم من دفوع أو دفاع، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي[4]، وفقاً لنص المادة 13 مرافعات والتي تنص على أنه "للقاضي دعوة الخصوم لتقديم الإيضاحات حول النقاط القانونية التي يرى أنها ضرورة لحل النزاع" ومن ثم يتطابق هذا النص مع نص المادة 8 مرافعات رغم أن الأخير يتكلم عن الواقع، والنص الأول يتكلم عن القانون، إلا أن النصين معاً يشيرا إلى فكرة القضاء البنَّاء الذي يستند إلى مبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم للوصول إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع[5].

2– ضرورة احترام مبدأ المواجهة : والمواجهة[6]، هي العلم بما لدى الخصم الآخر من

---

(1) واللبناني وفقاً لنص المادة 371 أصول محاكمات مدنية.

(2) د. نبيل عمر: سبب الطلب القضائي ص 263 بند 241، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ص 75 بند 61؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص 65 وما بعدها؛ وجدي راغب: دراسات ص 213 بند 37؛ د. سحر عبد الستار: دور القاضي في الإثبات ص 43 بند 27.

VINCENT et GUINCHARD: Op. cit., P. 521. F. TERRE: Introduction general au droit. Dalloz 3éd 1996. P. 441 N. 510.

(3) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، ص 92.

(4) واللبناني وفقاً لنص المادة 371 أصول محاكمات مدنية. انظر: د. حلمي الحجار، هاني حلمي الحجار: المرجع السابق، ص 78 بند 629 والأحكام المشارة لديه.

(5) انظر في الأساس الفني للدور التوجيهي للقاضي، بند 14 وما بعده.

(6) د. عزمي عبد الفتاح: واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة ص 20 وما بعدها؛ د. عيد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة 1994 دار النهضة العربية ص 8 وما بعدها؛ إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص 46 وما بعدها.

YVES STRICKLER: L'office du juge et les principes HAL. Id: Hol – 01077512. Submitted On. 2 Oct. 2014. Council of Europe " The Right to a Fair Trial". http://www.Venice.Coe.Int/docs/2000/CDL.inf(2000)007-bil.

=

وسائل دفاع وغيرها، وبما يثيره القاضي نفسه من وسائل القانون، ويكون هذا العلم في وقت نافع يسمح للخصم الآخر بتنظيم دفاعه في الرد، فتتحقق بذلك الحرية الفعلية للمناقشة.

ويتضمن هذا المبدأ عنصرين: الأول: حق الخصم في العلم الكامل بكل عناصر القضية، ولتحقق هذا العلم اعتمد المشرع طرقاً متعددة تتمثل في الإعلان القضائي[1]، والحق في الاطلاع[2]، المواجهة الشفوية[3].

والثاني: حق الخصم في العلم[4]، في وقت ملائم، أي في الوقت الذي يسمح بالتفكير في طلبات الخصم ووسائل دفاعه حتى يستطيع أن ينظم دفاعه، هذا العلم يعد حقاً للخصم، وواجباً على الخصم الآخر، لكونه وسيلة لممارسة حق الدفاع، والوقت المناسب قد ينص عليه القانون أو تقدره المحكمة، وتقديرها ليس مطلق، وإنما مقيد بقيد موضوعي، هو احترام حق الدفاع الذي يقتضي أن يُمنح الوقت الكافي للرد على ما قدمه خصمه[5].

والمبدأ على هذا النحو كأحد مقتضيات حق الدفاع يتقيد بمقتضاه القاضي والخصوم على حد سواء، ويفرض الالتزام عليهم به في مجال الواقع والقانون، فالخصوم يجب عليهم أن يطلعوا بعضهم البعض في الوقت المناسب على الأسس الواقعية التي يستندون إليها في إدعاءاتهم، والأدلة والأسس القانونية التي يقدمونها حتى يستطيع كل خصم من تنظيم دفاعه تطبيقاً للمادة 15 مرافعات فرنسي[6]. كما يجب على القاضي في جميع الأحوال أن يفرض التقيد وأن يتقيد هو نفسه بمبدأ المواجهة وفقاً للمادة 16 مرافعات فرنسي[7]،[1].

=

Asp. Strasburg. 29 May. 2000 C ss. 4 – 2021. P. 9 Gerard Couchez: Principes directeure du principe de la Cantradicition juis. Class. Pr. Civ. Fasc. 156. 1973.

(1) د. أحمد هندي: العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دراسة في الإعلان القضائي 1999 دار الجامعة الجديدة.

(2) د. السيد تمام: الحق في الاطلاع – مؤتمر حق الدفاع – حقوق عين شمس إبريل 1996.

(3) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 221 وما بعدها؛ طعن 49/1925 ق نقض 1984/5/9 المكتب الفني السنة 35 ص 1128.

(4) د. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 35 وما بعدها.

(5) طعن مدني 67/3051 ق نقض 2021/4/12؛ طعن مدني 72/6976 ق نقض 2005/2/4 المكتب الفني السنة 56 ص 153.

(6) في تفصيل ذلك انظر:

R. MARTIN: J.C.P. 1976. I. 2768. VOULET: J.C.P. 1973.1.2544. PERROT: abs. R.T.D. Civ. 1982. 466. ANDRE – POUILLE: Le pouvoir judiciaine et les Tribunaux, ed MASSON, Paris. 1985. P. 199.

وفي تطبيق ذلك انظر:

Cass. Civ. 2 dec 1992. D. 1993. Somm. 187 abs. Julieu Bull. Civ. II. N^{O}. 294. Civ. 4 mars. 1981. Bull. Civ. I. N. 80. R.T. D. Civ. 1981. 899. abs. Perrot.

(7) انظر : د. عزمي عبد الفتاح: مبدأ المواجهة ص 71 وما بعدها.

=

فالواقع الذي آثاره الخصوم بشكل صريح، أو الذي أثير منهم بشكل عارض، واكتشفه القاضي وبصرّهم به، ففي الفرضين لابد وأن يتجادل الخصوم بشأن هذا الواقع ولو فرضاً وفقاً للمستفاد من نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية 2000/1. لأن استناد القاضي لهذا الواقع في صوريته دون أن يتجادل الخصوم بشأنه، يكون القاضي قد غيّر سبب الدعوى الممنوع على القاضي تغييره[2]. هذه المواجهة ليس بالضرورة أن تكون قد تمت فعلاً، بل يكفي أن يمكن الخصوم من العلم عن طريق حق الاطلاع، فإذا سكتوا عن المنازعة في بعض الوقائع كان ذلك إقراراً بها[3].

كما يلتزم القاضي نفسه بمبدأ المواجهة، فلا يستطيع أن يؤسس قراره على وسائل القانون الذي آثارها من تلقاء نفسه دون أن يدعوا الخصوم مسبقاً لتقديم ملاحظاتهم بشأنها (مادة 16 مرافعات فرنسي) [4]. فالقاضي ولو من تلقاء نفسه يملك أن يبدي ما يشاء من مسائل القانون ولو لم يطلبها الخصوم[5]، كما يملك تكييف الدعوى على خلاف تكييف الخصوم لها، فتكييف الدعوى على أنها تجارية وليست مدنية[6]، أو تكييفه للخطأ على أنه عقدي وليس تقصيري[7]، أو الطلب على أنه وقف تنفيذ وليس مخاصمة[8]، أو الدعوى على أنها تطليق وليس بطلان الزواج، أو أنها متعة وليس نفقة، أو التطليق للضرر وليس لعدم الإنفاق [9] ... وهكذا.

=

Yves. Strickler: L.C. Cit. BNABENT: J.C.P. 1977.1. 2849. R. MARTIN: Gaz. Pal. 1978. 2 Dactr. 419. Cass. Civ. 6 mars. 2012. N. II. 16. 204. Cass. Civ. 12 mai 2011. N^{O}. 10. 19819. Civ. 2 déc. 1992. Gaz. Pal. 1993. 1. PANOR 141. 10 mars. 1993. Bull. Civ. 11. N. 93. R.T.B. Civ. 1993. 890 abs. Perrot.

(1) وهو ما اعتمده المشرع اللبناني وفقاً للمادة 373 أصول محاكمات مدنية انظر: د.حلمي الحجار، هاني الحجار: المرجع السابق ص 71 بند 622. والمادة 843 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(2) د. عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، ص 90؛ د. هشام صادق: الإشارة السابقة.
وتطبيقاً لذلك قضي بأنه "لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى تحقيقات شخصية قام بها بغياب الخصوم خارج إطار ملف الدعوى.
Civ. 5 Oct. 1972. Bull. Civ. 11. N. 255. 25 fevr. 1976. Bull. Civ. 11. 67. 6 Juill. 1978. Bull. Civ. 11. N^{O}. 182.

(3) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 215؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص 59 وما بعدها.؛ د. حلمي الحجار، هاني الحجار: الإشارة السابقة.
Normand: les droits de la de fense devant les jurisdictions du travait semaine sociale lamy. Supple N. 410. mai 1988. P. 51.

(4) وفي تطبيق ذلك انظر:
Cass. Civ. 15. mai 2007 Pourvoi. N^{O}. 6 – 15 – 904. Bull. Civ. 1. N. 188. Cass. Civ. 13 avr. 1976. IV. 188. R.T.D. Civ. 1978. 923. abs. Perrot.

(5) طعن مدني 73/979ق نقض 2006/4/11، المكتب الفني السنة 57 ص 349.

(6) طعن 89/6466ق نقض 2020/1/14.

(7) طعن مدني 68/210ق نقض 2006/6/27، المكتب الفني السنة 48 ص 1089.

(8) طعن مدني 66/8569ق نقض 1997/7/8، المكتب الفني السنة 48 ص 1089.

(9) د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ص 141 ومابعدها.

وفي كل ذلك يلتزم القاضي بضرورة المواجهة مع المتقاضين[1] فعليه إذن أن يمنحهم آجلاً لتقديم ملاحظاتهم حول التكييف الذي آثاره، وإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم وفقاً لهذا التكييف، أو علي الكل المسائل القانونية التي أثارها القاضي من تلقاء نفسه. بناءً عي قاعدة أن القاضي يعلم القانون، ذلك حتى لا يفاجئ الخصوم بهذا التكييف أو تلك المسائل القانونية إلا من خلال أسباب الحكم الصادر، وهو ما تفرضه المواد 16 مرافعات فرنسي، 4 من قانون الأحوال الشخصية المصري 2000/1 ، 373 أصول محاكمات مدنية لبناني. فوفقاً لما اعتمدته هذه المواجهة يتعين علي القاضي تبصرة الخصوم بهذا التكييف أو تلك المسائل، وليس هذا فحسب، وإنما أيضاً ضرورة تمكينهم من إعادة تنظيم دفاعهم علي أساس ما أثاره القاضي في مسائل قانونية. وغالباً ما ينتهي ذلك إلي ضرورة إعطاء الخصوم أجلاً مناسباً – بناء علي طلبهم – لتقديم إيضاحاتهم. ومنح الخصوم هذا الأجل هو ما اعتمدته النصوص القانونية السابقة، وبذلك لم يفاجئ الخصوم بحل لم تمنح لهم فرصة مناقشته مسبقاً، وهذا ذروة التنظيم المثالي لمبدأ المواجهة[2].

وترتيباً علي ذلك يتقيد القاضي بمبدأ المواجهة سواء بشأن ما آثاره من قانون لكّونه يعلم القانون، أو مسائل تتعلق بالنظام العام، أو بشأن ما أكتشفه من واقع وبصر الخصوم به احتراماً لحق الدفاع.

---

(1) طعن مدني67/3051ق نقض 2012/4/12. طعن 72/6976ق نقض 2005/2/3.
Cass. Civ. 15 janv. 1980. Bull. Civ. 1. N. 271. R.T.D. Civ. 1980, 600 abs. Normand. Civ. 14 Juin. 1989. Bull. Civ. 111. N^{O}. 138. Civ. 23 oct. Bull. Civ. II. No. 280.

(2) د. أحمد خليل: الإشارة السابقة؛ د. وجدي راغب: المقال ص 215؛ إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص 55 وما بعدها؛ د. حلمي الحجار، هاني الحجار: الإشارة السابقة.

المطلب الثاني
تمييز الدور التوجيهي للقاضي عما قد يختلط به

36- تمهيد: قد يثور الخلط بين دور القاضي التوجيهي بدوره الإيجابي لكونهما يشكلان معاً أحد تطورات الخصومة، كما أن قيام القاضي بهذا الدور أو ذاك لا يعد خروجاً على مبدأ حياده، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية: الواقع المطروح عرضاً بملف الدعوى واكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي قد يثير الخلط بفكرة الطلبات الضمنية، وبالواقعة المكتشفة بعد صدور حكم أول درجة، أمام محكمة الاستئناف.

ومن ناحية ثالثة: دعوة القاضي بما له من دور توجيهي للخصوم لتقديم إيضاحاتهم بشأن الواقع الذي اكتشفه أو القانون الذي أثاره من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم. هذه الإيضاحات قد تثير الخلط بين هذه الدعوة، وبين ما يطلبه القاضي من صديق المحكمة من إيضاحات لتنوير عقيدته للفصل في النزاع المطروح عليه هذا من جانب، ومن جانب آخر بين هذه الدعوة، وبين ما يطلبه القاضي من الخصوم والنيابة العامة من إيضاحات وملاحظات بشأن المسألة القانونية المطلوب إبداء الرأي فيها من محكمة النقض وفقاً للقانون الفرنسي.

أولاً
الدور التوجيهي للقاضي ودوره الإيجابي

37– أوجه الاتفاق: يتفق الدور الإيجابي للقاضي مع دوره التوجيهي في إنهما يشكلان معاً أهم أوجه تطور الخصومة – فعلى نحو ما رأينا – الأول، يهدف به نحو تيسير الخصومة وتحريكها وسيرها نحو الأمام لبلوغ غايتها. والثاني: يسعى بالخصومة نحو تحقيق حسن سيرها وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع، وشأن هذا وذاك هو ما اتجهت إليه[1] النصوص الإجرائية والموضوعية التي خولت للقاضي صراحة الحرية في التقدير والاختيار في شكل العمل القضائي ومضمونه.

وشأن ذلك هو ما اعتمده الفقه الحديث[2]، بما ذهب إليه بأن القضاء مرفق عام، ومادام الأطراف قد لجأوا إلى هذا المرفق، فمن واجبه أن يؤدي الخدمة العامة على خير وجه، وهذا يقتضي من القاضي التدخل لتسيير الخصومة وتوجيهها. فوظيفة القاضي لا تقتصر على حسم النزاع، وإنما تمتد إلى تطبيق القانون بواسطة الخصوم،

---

(1) د. وجدي راغب: نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات 1974 منشأة المعارف ص 342 وما بعدها.
وفي العديد من النصوص الواردة في قانون المرافعات، وإن لم يضع بشأنها مبدأ عاماً. انظر: د. سحر عبد الستار إمام: دور القاضي في الإثبات ص 37 وما بعدها بند 22.

(2) د. فتحي والي : المبسوط ج 1 ص 16 وما بعدها بند 5. كتابات في القضاء المدني والتحكيم 2015، دار النهضة العربية ص 429 وما بعدها؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص ج 1 ص 662 بند 262.
Cécile. CHAINAIS: le principle dispositif. Prec. P. 24 ets. Foyer et Cornu: Préface des écrits préc. P. 5 etss. NORMAND: Thés. P. 23 N. 27. MOREL: Op. cit. 345. N. 425.

مما يقتضي ألا يترك هذا الأمر للخصوم فقط. ولذا بات مهجوراً المبدأ[1]، الذي كان يخول لهم إدارة الخصومة، وأصبح المبدأ هو تعدد أدوار القاضي في الخصومة المدنية، ويأتي في مقدمة هذه الأدوار، دوره الإيجابي والتوجيهي، حيث يتدخل بمقتضى هذا الدور أو ذاك لإزالة العقبات التي تعوق سير الحياة القانونية، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة الثالثة مرافعات، والمصري وفقاً للمادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية 2000/1 هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية: منح القاضي دور إيجابي وآخر توجيهي في الخصومة المدنية لا يعني الإخلال بمبدأ حياده، مادام لا يترتب على ذلك إخلالاً بحقوق الدفاع. فتيسير الخصومة وسيرها نحو الأمام لبلوغ غايتها سبب كافي لمنح القاضي دوره الإيجابي، فإدخاله من لم يكن طرفاً في الدعوى، واستكماله لأدلة الإثبات، وجمعها وتقديرها والموازنة بينها، الغرض منه هو تصحيح القاضي للدعوى، وردها إلى الوضع الطبيعي الذي كان ينبغي أن تعرض به لولا إهمال الخصوم أو تعنتهم وغشهم[2].

وكذلك حسن سير الخصومة وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع يعد سبب كافٍ لمنح القاضي دوره التوجيهي في الخصومة، فاكتشاف القاضي للواقع المطروح عرضاً بملف الدعوى لا يعد طرحاً لواقع جديد حتى يقال أنه ينطوي على إدعاء منه، كما أن إبداؤه للقانون آمر يقتضيه القانون نفسه ولو لم يطلبه الخصوم[3]. والغرض من كشف القاضي للواقع وإبداؤه للقانون، ذلك للوصول للحل الأكثر عدالة للنزاع. وقيام القاضي بما يهدف إليه كل من الدور الإيجابي والتوجيهي لا يعد خروجاً على مبدأ حياده مادام لا يترتب على ذلك إخلال بحقوق الدفاع.

واحتراماً لحقوق الدفاع، وعدم الإخلال بها، يلتقي كل من الدور الإيجابي والتوجيهي للقاضي في نقطة مهمة سواء عند ممارسته لهذا الدور أو ذاك، إذ تتقيد سلطة القاضي بهذا الاحترام وعدم الإخلال بهذه الحقوق حالة استناده بما له من دور إيجابي إلى المعلومات العامة، إذ يجب عليه أن ينبه الخصوم إلى ذلك متى كانت هذه الوقائع العامة من الأسباب الرئيسية التي يؤسس عليها حكمه حتى يتمكن هؤلاء الخصوم من مناقشتها وإبداء أوجه الدفاع المرتبطة بهذه الوقائع، لأن علم القاضي بهذه الوقائع بمثابة دليل في القضية[4].

وهو ذاته القيد الذي يتقيد به القاضي عند ممارسته لدوره التوجيهي سواء عند

---

(1) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة؛ د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم – المقال، ص 83 وما بعدها. CHAINAIS: Lic. Cit.

(2) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القديم مشار إليه لدى د. إبراهيم نجيب سعد: المرجع السابق ص 600 بند 44: طعن مدني عُماني رقم 2014/81 جلسة 2014/12/29 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 15 ، 16 ص 255. طعن تجاري عُماني رقم 2013/111 جلسة 2013/3/20 المجموعة السنة 13 ، 14 ص 580.

(3) طعن 91/9542 ق نقض 2022/3/16 موقع محكمة النقض المصري.

(4) انظر فيما سبق المراجع المشارة إليها نفس الإشارات.

تبصرته للخصوم بالوقائع المطروحة عليها عرضاً بملف القضية[1]، أو ما يثيره من تلقاء نفسه عند تعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية في القضية[2].

38– أوجه الاختلاف: وما دون، كون الدور الإيجابي والتوجيهي للقاضي من اعتبارهما أهم أوجه تطور الخصومة، كما لا يعني العمل بهما وبتطبيقاتهما إخلالاً بمبدأ حياده، مادام لا يترتب على ذلك إخلالاً بحقوق الدفاع؛ فالدور التوجيهي للقاضي – وعلى نحو ما رأينا – له وسيلته والغاية منه الذي يختلف بهما عن دوره الإيجابي[3].

ثانياً
الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي والطلبات الضمنية أو الاحتمالية

39- أوجه الاتفاق: الواقع الذي يكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي، قد يختلط بفكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية[4]، وهي الطلبات التي تطرح على القضاء مندرجة على سبيل الحكم واللزوم الفعلي في الطلب الأساسي للخصومة، بحيث لا يمكن تصور وجود الطلب الأخير دون الطلبات – الضمنية – المندرجة فيه، فطلب[5] الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم الفعلي طلب الحكم بحلها.

ووفقاً لهذا المفهوم تشترك الطلبات الضمنية مع الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي، في آن كل من هـذا الواقع وتلك الطلبات طرحت عرضاً بملف الدعوى وليس بشكل صريح، هذا من ناحية. ومن ناحية، ضرورة خضوع كل من هذا الواقع[6]، وتلك الطلبات[7]، للمناقشة الحضورية للخصوم. ومن ناحية ثالثة: يؤدي كل من هذا الواقع وتلك الطلبات إلى تطور الخصومة، دون أن يحدث أي منهما إلى تعديل[8]، في سبب الطلب القضائي وموضوعه. وأخيراً يهدف كل من الواقع المكتشف

---

(1) انظر فيما سبق، 29.

(2) انظر فيما سبق، 64.

(3) انظر فيما سبق، بند 23.

(4) حول فكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية انظر: المؤلف: فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف 2019 دار الجامعة الجديدة ص 228 وما بعدها بند 68 وما بعده، والمراجع والأحكام المشارة لديه.
مع مراعاة أن مصطلح الطلبات الاحتمالية أكثر اتساعاً من مصطلح الطلبات الضمنية، فالطلبات الاحتمالية تعني اتساعاً للطلب الأصلي وامتداداً له على نحو لم يكن الخصم يتوقعه في بداية النزاع، ومن ثم فهذه الطلبات قد لا يتم الكشف عنها إلا أثناء سير الخصومة، ولهذا فتظهر ضروباتها لتجميع تفريعات النزاع والفصل فيه مرة واحدة. انظر:

NORMAND: Thé. P. 110. N. 118.

(5) نقض 1979/3/5 مجموعة الأحكام السنة 30 ع 1 ص 713؛ نقض 1973/5/12 المجموعة 24 ص 740.
Paris 10 mai 2007. R.g.N. 6100548. Com. 9 Oct. 1984. Gaz. Pal. 1985. Pon. 19. abs. Guinchard.

(6) انظر فيما سبق.

(7) Civ. 1er 15 Oct. 1958. Bull. Civ. NO. 432. P. 347. Cette Per Normand. Préc. P. 113.

(8) فالطلبات الضمنية تقبل طالما لم تحدث أي تعديل في سبب الطلب القضائي وموضوعه. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف 2015 دار الجامعة الجديدة ص 685 بند 326، وشأن هذه الطلبات الواقع الذي اكتشفه =

بمقتضى الدور التوجيهي للقاضي والطلبات الضمنية[1]، إلى ذات الغاية المطلوبة في الطلب الأصلي دون إضافة أو تعديل في هذا الطلب، ذلك وصولاً إلى الحل الأكثر عدالة في النزاع.

40– أوجه الاختلاف: نتعرض لهذه الأوجه فقط من ناحية التطور التشريعي وهو مدى اعتماد المشرع لكل من هذا الواقع وتلك الفكرة. ففكرة الطلبات الضمنية من خلق القضاء الفرنسي القديم الذي درج على العمل بها وتطبيقها منذ قانون المرافعات القديم 1807، ذلك لمواجهة التغلب على جمود بعض المبادئ التقليدية، خاصة ثبات النزاع، والتقاضي على درجتين، وظل القضاء خاصة، قضاء الموضوع[2]، مواظباً على تطبيقها على عكس قضاء النقض الذي جاءت أحكامه في القليل منها بجواز قبول هذه الطلبات لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[3]. وفي جل أحكامه بعدم قبول هذه الطلبات[4]، إلى أن اعتمدها المشرع الفرنسي ولأول مرة بموجب قانون المرافعات الحالي 1975 وعبر عنها بمصطلح ما يطرحه الاستئناف من إجزاء الحكم "ضمنياً" وفقاً للمادة 1/562، أو بمصطلح الطلبات الكامنة أو الاحتمالية تطبيقاً للمادة 566 من القانون السالف[5].

وقيد المشرع قبول هذه الطلبات لأول مرة في الاستئناف بأن تكون قد قدمت بين نفس الخصوم أمام أول درجة، ودون أن يعتمد ضابط معين لقبولها، مما ترتب على تخلف هذا الضابط وجود اضطراب في تطبيقها نشأت عنه سلبيات لم يستقم العمل بها ليس على المستوى القضائي فحسب بل وأيضاً الفقهي[6]، ولمواجهة هذا الاضطراب وتلك السلبيات كان لازم من تدخل تشريعي يعيد فيه المشرع تقييم تنظيماته ويعالج مواطن الخلل والقصور فيها، ولذا تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون 891 في 6 مايو 2017 لاغياً فكرة الطلبات الضمنية أو الاحتمالية الكامنة في الطلب الأصلي.

وإعمالاً لهذا القانون اختفت عبارة "أجزاء الحكم الضمنية" من المادة 1/562

=

القاضي بما له من دور توجيهي. انظر فيما سبق.

(1) بشأن الطلبات الضمنية انظر:

GUllard et Landry: les conclusions d'appel. Gaz. Pal. 1975. P. 16 ets.

وفي الواقع المكتشف بمقتضى الدور التوجيهي للقاضي انظر فيما سبق، بند 14 ومابعده.

(2) Parislomois 2007. R.G.N. 6100548. Paris 23 Oct. 1986. Bull. Avoues. 1987. 2 – 60. Cour de poitiers 17 Oct. 1973. dememe Cour. De Paris. 18 Juin 1973. Gaz. Pal. 1973. 2. 825. Civ. 2re 5 Oct. 2016 N. 16 – 22. 353 Civ. 1re 28. Juin 2012. N. 1119. 265 – D. 2012. 1736. ibid. 2013. 40 abs. P. BRUN et GOUT.

(3) Civ. 7 Sept. 2011. N. 09. 13. 086. Civ. 4. Juin . 202. Bull. Civ. 1. N. 155. Civ. 10 juin. 1998. NO. 96. 20 34.

(4) في تفصيل ذلك انظر: المؤلف: الإشارة السابقة.

(5) المؤلف: المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

مرافعات كما اختفي مصطلح الطلبات الاحتمالية أو الكامنة في الطلب الأصلي الموجودة في الطلبات والدفوع المعروضة أمام أول درجة تطبيقاً للمادة 566 مرافعات.

أما الواقع الذي اكتشفه القاضي بملف الدعوى بما له من دور توجيهي هو ما صادف به اعتماد ثابت من جانب التشريعات المقارنة- علي نحو ما رأينا- والتي نصت علي أن للقاضي تبصرة الخصوم بشأن الواقع والقانون. بما يتطلبه حسن سير الخصومة، وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

ثالثاً

الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي
والواقعة المكتشفة لأول مرة أمام محكمة التصدي - الاستئناف

41- تنص المادة 564 مرافعات فرنسي علي أن " الخصوم لا يمكنهم طرح إدعاءات جديدة في الاستئناف ما لم تكن هذه الإدعاءات .... ناشئة عن حدوث أو اكتشاف واقعة" والنص يتكلم عن واقعة حديثة ظهرت أثناء تصدي محكمة الاستئناف للموضوع، وعن واقعة قديمة كانت موجودة أثناء قيام النزاع أمام أول درجة، ولكنها كانت خافية عن الخصوم واكتشفت أمام محكمة التصدي أي واقعة مكتشفة".

ويقصد بالواقعة في صوريتها حدث معين أيا كان هذا الحدث، وكان من شأنه أن يؤثر في حقوق الخصوم، فإن لهم أن يتقدموا بإدعاءاتهم المترتبة على هذا الحدث، سواء لتأسيس إدعاء إحداهما أو على العكس لدحض إدعاء الآخر، ولو كانت هذه الإدعاءات جديدة أمام محكمة التصدي، الاستئناف[1].

وما يهمنا من صورتي هذه الواقعة، الواقعة المكتشفة[2]، وهي واقعة موجودة من قبل في طيات النزاع الذي طرح على أول درجة ولم تكتشف إلا أثناء تصدي محكمة الاستئناف لهذا النزاع، كما لو كان الطلب محل النزاع يتعلق بتثبيت ملكية عقار، وقضت المحكمة بندب خبير، وطعن على هذا الحكم وألغته محكمة الاستئناف، وقررت تصديها لموضوع النزاع، وأثناء سير الخصومة أمامها أحيلت الدعوى للتحقيق لإثبات عناصرها، وتقدم من يشهد على الملكية للمستأنف وآثار في شهادته أن العقار محمل بالرهن لآخرين، فإن واقعة الرهن تعد واقعة مكتشفة لم تكن معروفة للمستأنف من قبل، تعطيه الحق في طلب بطلان الرهن لأول مرة أمام محكمة التصدي، لوقوع الرهن على عقار غير مملوك لراهن – المستأنف عليه – هذا الطلب[3].

42- ووفقاً لذلك تتفق الواقعة المكتشفة أمام محكمة الاستئناف، مع الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي في أن كل من هذه الواقعة، وذلك الواقع يوجد

---

(1) في تفصيل ذلك انظر: المؤلف: المرجع السابق ص 255 وما بعدها بند 82 والمراجع والأحكام المشارة لديه.
(2) في الواقعة الحديثة، انظر: المؤلف: المرجع السابق ص 256 وما بعدها بند 83 والمراجع والأحكام المشارة لديه.
(3)Cass. Soc. 16 fev. 1986. Bull. Civ. 1986. IV. N^{O}. 37. Paris 5 déc. 1975. Gaz. Pal. 1976. 1. 184.

بملف الدعوى، وطرح عرضاً من جانب الخصوم. كما يتفقا في أنه بالكشف عن هذه الواقعة وذلك الواقع يصل القاضي من خلالهما إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع. وتحقق ذلك عن طريق الواقعة المكتشف أمام محكمة الاستئناف يتمثل في كون الأحداث أو الوقائع التي قد تؤثر على النزاع تخول إتاحة الفرصة للخصوم لتعديل إدعاءاتهم حتى يمكنوا محكمة التصدي من أن تفصل في النزاع بصورة شاملة[1]، وهو ما يتحقق بمقتضاه الوصول إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع. وهو ذاته ما سعت إليه التشريعات المقارنة عندما خولت للقاضي بما له من دور توجيهي للكشف عن الواقع المطروح عرضاً بملف الدعوى وتبصرة الخصوم به ودعوتهم لإيضاحه وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع. وأخيراً يتفقا في ضرورة تحقق مبدأ المواجهة سواء بالنسبة للواقعة المكتشفة أمام محكمة التصدي أو الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي.

43- وما دون ذلك تختلف الواقعة المكتشفة أمام محكمة التصدي عن الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي، فمن ناحية: في كون الأولى أن الخصم هو الذي يثيرها شريطة أن تكون غير معلومة له أمام أول درجة[2]. أما الثاني، المكتشف للواقع القاضي بما له من دور توجيهي، طالما كان هذا مطروح عرضاً بملف الدعوى.

ومن ناحية ثانية: الواقعة المكتشفة أمام محكمة الاستئناف تجيز للخصم[3] الذي آثارها التمسك بالإدعاءات الجديدة المتولدة عنها ولو لأول مرة أمام هذه المحكمة[4]. أما الواقع الذي اكتشفه القاضي بما له من دور توجيهي، قاصر على عناصر الواقع المطروح بملف القضية من جانب الخصوم، كما يقتصر دور القاضي فيه على كشفه وتبصرة الخصوم به، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنه، دون السماح لهم بتقديم وقائع جديدة، فسلطة القاضي[5]، في هذا الشأن تقتصر على الكشف عن عناصر الواقع الذي قدموه الخصوم عرضاً بملف الدعوى.

---

(1) د. نبيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف ص 643 وما بعدها بند 303؛ د.أحمد هندي: مبدأ التقاضي على درجتين 2009 دار الجامعة الجديدة ص 262 بند 49؛ د. علي تركي: نطاق القضية في الاستئناف 2009 دار النهضة العربية ص 506 بند 297؛ المؤلف: المرجع السابق ص 256 حاشية رقم 2.

(2) وتطبيقاً لذلك قضي بأن الزوجة لا يمكنها أن تطلب تعويضات ونفقة لأول مرة في الاستئناف مستندة إلى اكتشافها حالة خيانة الزوج، طالما أن هذه الحالة كانت معروفة لها حتى قبل التحقيق الذي أفشى فيه الزوج ذلك.
Cass. Civ. 12 avril 2018. 17. 11015. Cass. Civ. 2 avril. 1979. J.C.P. IV. 197.

(3) المؤلف: المرجع السابق ص 259 وما بعدهاب ند 84.

(4) Cass. Com. 6 Juill. 2010. N^{O}. 09 – 15 – 671. Cass. Civ. 12 Jan. 2010. R.G.D.C. 2010. P. 402 ets. Cass. Soc. 16 fev. 1986. Bull. Civ. IV. N^{O}. 37.

(5) MOTLSKY: prolégomones pous unfulure code de procédure civil. Préc. P. 301.

رابعاً
الدور التوجيهي للقاضي ودعوته للخصوم لتقديم إيضاحاتهم ودعوته لصديق المحكمة لتقديم هذه الإيضاحات، والخصوم والنيابة العامة بشأن طلب رأي محكمة النقض

44- أولاً: دعوة القاضي لصديق المحكمة ليقدم إيضاحات[1]، ويبدي رأيه الشخصي بصدد مسألة واقعية فنية أو قانونية معقدة معروضة عليه للفصل فيها، ذلك من أجل إثبات الواقعة المتنازع عليها تحقيقاً لإظهار العدالة[2]. وصديق المحكمة في فرنسا يعد من ابتكارات القضاء[3]، ورغم معارضة بعد الفقه[4] له إلا أن المشرع اعتمده مؤخراً بموجب المرسوم رقم 2010 – 164 في 22 فبراير 2010 المتعلق بصلاحيات وسير عمل المحاكم الإدارية إذ أضاف المادة 46 منه فقرة ثالثة للمادة 625 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، التي يخول بمقتضاها لهيئة التحقيق دعوة أي شخص يمكن أن تساعد مهاراته أو معارفه بشكل مفيد فيما يتعلق بحل النزاع، ذلك لتقديم إيضاحاته حول النقاط من القضية التي تختارها هذه الهيئة[5].

45- ووفقاً لذلك تتفق دعوة القاضي لصديق المحكمة مع دعوته للخصوم بشأن ما

---

(1) وصديق المحكمة شخصية تحظى بسمعة علمية وأخلاقية وأدبية عالية، تتم دعوته من قبل القاضي ليقدم له إيضاحات بشأن مسألة معروضة عليه، واقعة فنية هذه المسألة أو قانونية معقدة، يرى القاضي أن رأي هذا الصديق ضروري لتنوير عقيدته بصددها. هذا الصديق لا يعد خبيراً، ولا استشارياً، كما لا يعد شاهداً، ومن ثم لايخضع للقواعد التي تحكم هذا أو ذاك أو تلك. انظر: د. سحر عبد الستار إمام: صديق المحكمة – مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق جامعة السادات 2017 ص 10 وما بعدها؛ د. حيدر فليج حسن الكناني: صديق المحكمة بين التنظير الفقهي والتأصيل القانوني. مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال جامعة بغداد كلية القانون جامعة بغداد، العراق المجلد 7 العدد 4 السنة 2022 ص 34 وما بعدها.

Maxime Somde: proteger les droits socioux par la procédure de L'amicus enriae dans L'arbitrage d'investissement: de la paudre aux yeux des tierces parties. International institute far sustainable Development 23. avril 2019. Florian Grisel: L'amicus Curiae dans L'arbitrage d'investissement 2017 icsi Dreview – foreign investment LAW Journal . P. 385 ets.

(2) د. سحر عبد الستار: الإشارة السابقة.

Flarian Grisel: Op. cit., P. 386.

(3) في تطبيقات القضاء انظر: د. سحر عبد الستار: المقال ص 15 وما بعدها: د. حيدر الكناني: المقال ص 45 وما بعدها.

Maxime Some: Lic. Cit.

(4) في موقف الفقه الفرنسي انظر: د. سحر عبد الستار – المقال ص 17 وما بعدها.

(5) كما خولتا المادة الواردة بالمتن أيضاً لهيئة التحكيم دعوة أي شخص كصديق لتقديم إيضاحاته للهيئة حول النزاع شريطة أن يكون الأطراف قد عقدوا اجتماعاً على النحو الواجب انظر:

Flarian Grisal : Op. cit. P. 380 es.

كما أجازت المادة 20 – 621 – L من قانون النقد والمال الفرنسي لجميع المحاكم المدنية والجنائية والإدارية دعوة رئيس هيئة سوق المال الفرنسي أو من ينوب عنه لتقديم مذكراته أو عرضها شفوياً في أثناء جلسة الاستماع بشأن الدعاوي المتعلقة بسوق رأس المال.

أكتشفه من واقع أو آثاره من قانون لتقديم إيضاحاتهم لما يحقق مصلحة النزاع وصولاً إلي الحل الأكثر عدالة بشأنه. كما يتفقا علي وجوب تطبيق مبدأ المواجهة سواء فيما يستمع[1] إليه القاضي من صديق المحكمة وما يقدمه الأخير للقاضي، أو فيما يقدمه الخصوم من إيضاحات بناءً علي دعوة مهم لما أكتشفه من واقع أو آثاره من قانون بما له من دور توجيهي. وكذلك يتفقا فإن دعوة القاضي سواء لصديق المحكمة أو للخصوم لتقديم إيضاحاتهم لا يعد خروجاً عن مبدأ حياديته، لأن القاضي[2] يبحث عن الحقيقة وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع. وأخيراً: فإن دعوة القاضي سواء لصديق المحكمة أو للخصوم بما له من دور توجيهي مجرد رخصة له، يحظي القاضي تطبيقاً لها بسلطة تقديرية مطلقة، سواء في دعوته لصديق المحكمة[3] أو للخصوم[4].

وما دون ذلك، يظل الفارق جوهري بين دعوة القاضي لصديق المحكمة، ودعوته للخصوم بما له من دور توجيهي، ويكفي بأن دعوته الأولي لشخص من الغير[5] ليس طرفاً في الدعوى، ولا طرفاً في الخصومة، ولا يطبق بشأنه آثارها الإجرائية ولا الموضوعية، ولا الحكم الصادر فيها وما يرتبه من آثار. أما دعوة القاضي الثانية تكون للخصوم في الدعوى، بما لهم من حقوق وواجبات بشأن الخصومة محل دعوة الإيضاحات.

46- ثانياً: إبداء الرأي من محكمة النقض الفرنسية[6]: يتم بناء علي طلب من قاضي الموضوع وفقاً لشروط موضوعية وشكلية[7]، ومن بين هذه الشروط وخاصة الشكلية- وهو ما يهمنا- وهو وجوب أن يخظر قاضي الموضوع الخصوم والنيابة العامة عن قيامه بطلب الرأي من محكمة النقض في المسألة القانونية المثارة والمتعلقة بالنزاع المعروض عليه، مع منحهم آجلاً مناسباً لتقديم ما يعين لهم من مذكرات يبدون

---

(1) حكم استئناف باريس في 1989/7/6 مشار إليه لدي د. سحر عبد الستار: ص 19. وأيضاً الأحكام العديدة المشار إليها لدي د. حيدر الكناني: المقال ص 51.

(2) د. سحر عبد الستار: المقال ص 21.

Maxime Somde, Lic. Cit.

(3) د. سحر عبد الستار: المقال ص 12.

(4) انظر فيما سبق بند 34.

(5) في التكييف الفقهي لصديق المحكمة. انظر : د. سحر ابد الستار، المقال ص 20 وما بعدها. د. حيدر الكناني: المقال: ص 40 وما بعدها.

(6) في تفصيل الدور الجديد لمحكمة النقض الفرنسية "إبداء الرأي" انظر: د. علي الشيخ: نظرات في تنظيم محكمة النقض الفرنسية واختيار الطعون التي تنظرها في المواد غير الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنصورة العدد 66 أغسطس 2018، ص 260 وما بعدها؛ د. علي تركي: التزام القاضي بالفصل في النزاع ص 42 وما بعدها بند 49؛ د. سحر عبد الستار: تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة "إبداء الرأي"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ديسمبر 2012 ج2 ص 1079 وما بعدها.

(7) في الشروط الموضوعية والشكلية لطلب إبداء الرأي، انظر د. علي الشيخ: المقال ص 265- 278؛ د. سحر عبد الستار: المقال ص 1090- 1095 .

KEROMENES, (G) La saisine Pour avis de la cour de cassation exaneb des Conditions de necevabilite des demandes, Gaz. Pal. 3- 4- 1997.

فيها ،إيضاحاتهم وملاحظاتهم بشأن المسألة القانونية محل الطلب وفقاً لنص المادة 1031-1 من قانون المرافعات.

ووفقاً لذلك قد يثور الخلط بين طلب قاضي الموضوع من الخصوم والنيابة العامة لتقديم إيضاحاتهم وملاحظاتهم علي النحو السابق، وبين دعوته للخصوم لتقديم إيضاحاتهم بشأن ما أكتشفه من واقع أو آثاره من قانون بما له من دور توجيهي، ذلك لوحدة الغاية من دعوة القاضي في الحالتين: تحقيقاً لمصلحة العدالة، وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع- كما أن الدعوة في الحالتين بشأن مسألة وردت بملف الدعوى.

وما دون ذلك يظل الفارق جوهري بين دعوة القاضي للخصوم والنيابة العامة لتقديم إيضاحاتهم بشأن ما يطلب الرأي به من محكمة النقض، وبين دعوته للخصوم بما للقاضي من دور توجيهي فالأولي وجوبية، لا يقبل طلبه لإبداء الرأي من محكمة النقض إلا إذا سبقته هذه الدعوى[1]، لأن إيضاحات الخصوم والنيابة العامة للمسألة القانونية قد تغني قاضي الموضوع من اكتمال سيره في طلب إبداء الرأي من محكمة النقض[2].

أما دعوة القاضي للخصوم بما له من دور توجيهي مجرد رخصة، له استعمالها أو علي العكس عدم استعمالها[3]. كما أن دعوة القاضي للخصوم والنيابة العامة لطلب إبداء الرأي سكون بشأن مسألة قانونية تتسم بالحداثة وتنشي صعوبات في التطبيق[4]، أما دعوة القاضي بما له من دور توجيهي قد يكون بصدد واقع اكتشفه بملف الدعوى أو قانون آثاره من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم.

---

(1) تطبيقاً للمرسوم رقم 2005 – 406 بتاريخ 13 مايو 2005.

Notexy. Detail, http;//www.ilo.orq.

(2) متى كانت هذه الإيضاحات وتلك الملاحظات تمت علي هدى من أحكام ومبادئ قضائية مدعومة بآراء فقهية. انظر: د. سحر عبد الستار: المقال ص 1094؛ د. علي الشيخ: المقال ص 283.

(3) انظر فيما سبق بند 30.

(4) د. علي الشيخ: الإشارة السابقة، د. سحر عبد الستار: الإشارة السابقة.

KEROMENES: Lic. cit

الفصل الثاني
تطبيقات للدور التوجيهي للقاضي
في نطاق كل من الواقع والقانون

47- تمهيد: انتهينا إلي أن للقاضي تبصرة الخصوم بالواقع المطروح عليه عرضاً بملف القضية، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها إليه في حكمه، سواء صدره بالإيجاب أو بالرفض، وشأن ما قام به القاضي واستند إليه جائز في دعاوى لا تقع تحت حصر.

كما للقاضي تبصرة الخصوم بما آثاره من قانون وهو بصدد تعديله وتصحيحه للأوضاع القانونية في القضية لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم، وحتى لا يفأجا الخصوم بما قضي به، احتراماً لحقوقهم في الدفاع. في مبحثين نتعرض لذلك تباعاً علي النحو التالي.

المبحث الأول: تبصرة القاضي للخصوم بالوقائع التي وردت عرضاً بملف القضية ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها.

المبحث الثاني: تبصرة القاضي للخصوم عند تعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية في القضية لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم .

المبحث الأول
تبصرة القاضي للخصوم بالوقائع التي وردت عرضاً
بملف القضية ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها

48- تمهيد: استناد القاضي في حكمه للوقائع أو المستندات التي بصر بها الخصوم لكونها وردت عرضاً بملف القضية لا يقتصر علي إعماله لنص قانوني معين، وإنما قد يكون استناد القاضي لهذه الوقائع عند تقديم الإيضاحات بشأنها لاستبعاده لنص قانوني معين. فسلطة القاضي في استناده إلي هذه الوقائع أو تلك المستندات لا يقتصر علي إعمال نص قانوني معين، وإنما أيضاً قد يكون لاستبعاده.

ومباشرة القاضي لإعمال هذه السلطة يجد مجاله ونطاق تطبيقه في تطبيقات عملية لا تقع تحت حصر، منها دعاوى المسؤولية، التطليق، الإفلاس، الحضانة، الإيجار، البطلان، عيوب الإرادة ... إلخ. ولذا فما نتعرض إليه في هذا المبحث للبعض من هذه الدعاوى فهو علي سبيل التمثيل لا الحصر، ذلك علي النحو التالي:

49- الدور التوجيهي للقاضي في نطاق دعاوى المسؤولية المدنية: ودراسة هذا الدور بالنسبة للقاضي في نطاق هذه الدعاوى، يقتصر لا غير ومن خلال الجهد التقديري له[1] في أن يكتشف وقائع قدمت عرضاً بملف القضية من جانب الخصوم في طلباتهم الختامية، أو يكتشف ذلك من خلال المستندات التي قدموها هؤلاء الخصوم،

(1) في السلطة التقديرية للقاضي في نطاق المسؤولية المدنية: انظر. د. نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية ص 285، وما بعدها بند 247 وما بعده.

ويكون من شأن هذه الوقائع أو تلك المستندات لو أن القاضي يبصر بها الخصوم وقدموا إيضاحاتهم بشأنها، سوف يصل من خلالها إلي الحل الأكثر عدالة للنزاع. كأن يستند القاضي إلي كل هذه الوقائع وتلك المستندات إلي رفضه للتعويض الناتج عن الإخلال العقدي، أو علي العكس الحكم به[1]، أو إلي تعديل[2] أحكام المسؤولية التقصيرية عند تحقيقها، أو إلي ثبوت خطأ المدعي عليه، أو خطأ الغير، أو إلي ثبوت خطأ المدعي عليه، أو خطأ الغير، أو إلي توزيع المسؤولية بين المدعي والمدعي عليه، أو بينهما وبين الغير.

ومثال ذلك، كأن يطالب الناقل مصلحة السكة الحديد بالتعويض عن الإضرار التي لحقت بالبضائع، ورد المصلحة صراحة بأنه لا يد لها في هذه الإضرار لتراخي الناقل في استلام البضائع من محطة الوصول إلي ما بعد استحقاق رسوم الأرضية، ومع صراحة طلب الناقل ورد المصلحة، استند القاضي في حكمه إلي بند ورد في سند الشحن المبرم بين الطرفين، والوارد بملف الدعوى عرضاً، يتضمن هذا البند، إعفاء[3] مصلحة السكة الحديد من المسؤولية عند الإضرار التي تلحق بالبضائع ، طالما أن تلك الإضرار لم تنشأ عن غشاً أو خطأ جسيم، فيكون استناد القاضي في حكمه بالإعفاء من المسؤولية استناداً لما ورد بسند الشحن وقدموا إيضاحاتهم تمت المناقشة بشأنه.

وتطبيقاً لذلك قضي[4] بأنه "لا يسوغ إهدار شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة ثبوت تراخي الناقل في استلام البضاعة من محطة الوصول إلي ما بعد استحقاق رسوم الأرضية، ثم اكتشافه وجود عجز في البضاعة بعد ذلك"

كما يجوز للقاضي في دعاوى المسؤولية أن يستند إلي عناصر واقعة وأردت بملف الدعوى رغم عدم تمسك الخصوم بها صراحة لاستناد طلباتهم، كالعناصر التي تثبت خطأ المدعي عليه[5]، والحكم عليه بالتعويض، ذلك استنادا القاضي في هذا الحكم إلي وقائع طرحت عرضاً بملف الدعوى، ممثلة هذه الوقائع في فاكسات ومحاضر كان المدعي حررها ضد الهيئة العامة للاتصالات نتيجة الأعطال المتكررة للتليفون، والتي ثبت من خلال الإيضاحات التي قد المدعي عطل الكابل أو انقطاعه، أو انقطاع الهوائي، وهي كلها أعطال كان يمكن للهيئة إصلاحها في الوقت المناسب.

---

(1) Cass. Com. 22 act. 1996. N94- 15410. Civ. 11. 1996. D. 222.

(2) في الاتفاق علي الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، أو التخفيف منها. انظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيطج1 مجلد2 طبعة بيروت 2022، ص 1106 وما بعدها بند 653.

(3) في حالات الإعفاء من المسؤولية. أنظر: السنهوري: المرجع السابق جذ مجلد 1 ص 754 وما بعدها بند 436 وما بعده.

(4) نقض 1962/3/29 مجموعة الأحكام السنة 13 ص 373.

Cass. Civ. 1. N. 124 J.C.P. 1985. 11. 20509. Nºte. DURRY.

(5) Cass. Civ. 20 Nov. 1984. Bull. Civ. N^{O} 315. D. 1985. IR. 265. abs. Julien.

وفي تصورنا أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من الأخذ في اعتباره لمثل هذه العناصر، طالما بصر الخصوم إليها، وقدموا إيضاحاتهم، وتمت المناقشة بشأنها، وطالما أن القاضي لم يشرع بمناسبة النزاع في جمع معلومات شخصية لم يطرحها الخصوم. وقضي تطبيقاً لذلك[1] " .. فإن الحكم يكون قد استخلص من تعطيل التليفون عدة مرات ولمدة طويلة دون إصلاحه في الوقت المناسب أنه في ذاته الخطأ المؤجب لمسؤولية الهيئة الطاعنة، وإذا كان هذا الاستخلاص سائغاً وله أصل ثابت في الأوراق وكافياً لحمل قضائه، فإن الطعن عبي الحكم بهذه الأسباب يكون علي غير أساس".

50- وكذلك يجوز للقاضي في دعاوى المسؤولية أن يستند إلي عناصر واقعية وردت بملف الدعوى"، رغم عدم تمسك الخصوم بها صراحة لإسناد طلباتهم، كالعناصر التي تثبت خطأ الغير[2]، كما لو كان الغير هو المحرر للوعد بالبيع بين طرفاه البائع والمشتري، أو كان هو الشاهد علي هذا العقد، واشتري هذا الغير الشئ موضوع الوعد بالبيع بين طرفاه، فالغير هنا وقف عائقاً أمام عقد له حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ومن ثم أعتبر الغير سبباً من الأسباب التي يمكن أن تنشئ واقعة الإخلال بالعقد. فرغم أن طرفي العقد أو الوعد لم يتذرعا بواقعة الغير صراحة، إلا أنها وردت عرضاً ضمن ملف الدعوى، يمكن للقاضي تبصرة الخصوم بها، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها، فإذا ما قدموا ذلك وأستند إليها القاضي في حكمه بمسألة الغير[3]، كانت هذه الوقائع صالحة لتوليد النتائج التي توصل إليها القاضي، وشأن ذلك هو ما صادف بمقتضاه اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي، حيث تنص المادة 3/1134 من قانون العقود الجديد علي أنه "يكون العقد المبرم بالمخالفة للوعد من جانب واحد مع الغير الذي كان يعلم بوجوده باطلاً".

51- وأيضاً يجوز للقاضي في دعاوى المسؤولية أن يستند إلي عناصر واقعة وردت عرضاً بملف الدعوى، كالعناصر التي تثبت خطأ المضرور مع خطأ المدعي عليه، أو العكس، وهو ما يطلق عليه بالخطأ المشترك[4]، كأن يرتكب صبي في رعاية

---

(1) طعن مدني 57/388ق نقض 1989/12/12 مجموعة الأحكام السنة 40 ص 288.

(2) د. نيبراس الذيادي: المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال الغير بالعقد، مجلة المحقق، الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول السنة العاشرة 2018 ص 405، والأحكام المشارة لديه. نقض مصري 2012/3/27 طعن 80/4536ق أحكام محكمة النقض السنة 63 ص 512. نقض فرنسي 1968/3/22 وفي "أن الغير إذا كان يعلم بوجود العقد الذي تنازل بموجبه المالك عن ملكية العقار، ومع ذلك تعاقد مع المالك في سبيل كسب الملكية، يكون قد ارتكب خطأ، وهذا الخطأ يحول بينه وبين الإدعاء أن العقد لا يعتبر حجة عليه" مشار إليه في المقال السابق، ص 417.
وانظر أيضاً: طعن 74/4724ق – هيئة عامة- نقض 2014/5/31، المكتب الفني السنة 58 ص 7.

(3) Cass. Civ. 15 déc 1993. N° 91-10-199. Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006. N° 03- 19376.

(4) في المسؤولية عن الخطأ المشترك. انظر: د. السنهوري: الوسيط ج 1، المجلد الثاني ص 1008 وما بعدها بند 596 وما بعده، والأحكام المشارة لديه. د. نبيل سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام 2020، دار الجامعة الجديدة ص 459 وما بعدها.

أبيه خطأ يلحق ضرراً بالغير، فيرجع المضرور علي الأب يطالبه بتعويض الضرر علي أساس الخطأ المفترض من جانب الأب، ولم يستطيع الأب نفي الخطأ من جانبه، وأثناء نظر الدعوى يكتشف القاضي من واقع التقارير الطبية التي وردت عرضاً بملف الدعوى، بأن المضرور مصاب بمرض ساعد في تفاقم الضرر، ويبصر القاضي الخصوم بذلك، ويطلب من المضرور تقرير طبي يؤكد أو ينفي ذلك، ويأتي التقرير مؤكداً للمرض، فيكون الضرر علي هذا النحو، وعلي أقل تقدير له سببان، خطأ المضرور الثابت، وخطأ الأب المفترض، فيطبق القاضي استناداً إلي عناصر الواقعة التي بصر بها الخصوم، وقدموا إيضاحاتهم بشأنها قواعد الخطأ المشترك، وتقسم المسؤولية بين المضرور والأب.

أو يدفع المتهم بانتفاء تهمة القتل الخطأ من جانبه لاستغراق خطأ المجني عليه لخطئه، فيتبن للقاضي من محضر تحقيق الشرطة الذي لم يتمسك به الخصوم صراحة، أن المتهم كان يسير في شارع فرعي غير مضاء، فيستند القاضي لهذه الواقعة في حكمه بعد سماع المتهم، فيكون الحكم[1] قد دلل علي توافر الأركان القانونية للتهمة، وإثبات الخطأ من جانب المتهم هو الآخر، مما يوجب مسألته بقدر ما أسهم في الحادث أياً كان قدر الخطأ المنسوب إليه.

52- الدور التوجيهي للقاضي في نطاق دعاوى التطليق: ودراسة هذا الدور في نطاق هذه الدعاوى يقتصر لا غير علي الحالة التي يكتشف فيها القاضي لعناصر واقعة طرحت عرضاً بملف القضية، وتحتم الحكم للمدعي بطلباته، فيمكنه تبصرة الخصوم لها، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها، بما يسهم في تحقيق العدالة وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع، سواء بالتطليق أو علي العكس برفضه، كما لو طلبت الزوجة التطليق لعدم الإنفاق، ولم يكن للزوج مال ظاهر، ولم يقل أنه معسراً أو مؤسر، ولكنه أصر علي عدم الإنفاق، الحكم أن القاضي يقضي بالتطليق وفقاً للمادة الرابعة من القانون 1920/25، ولكن لو اكتشف القاضي من بين الوقائع ما طرح عرضاً لم يتذرع بها الخصوم في طلباتهم أو دفوعهم، أن الزوج كان قدم ما يفيد للزوجة كفيلاً بنفقتها، فللقاضي يمكنه تبصرة الخصوم بهذه الواقعة، فإذا ما قدموا إيضاحاتهم بشأنها، وثبتوا هذه الواقعة أستند إليها القاضي في حكمه، وقضي برفض دعوى التطليق إلا أن الزوجة[2] يمكنها أن تنفذ علي الكفيل بحكم النفقة.

وللقاضي تبصرة الخصوم بواقعة تنازل الزوجة علي الاعتراض عن الإنذار بالطاعة لكون هذه الواقعة وردت عرضاً في دعواها بالتطليق، وتوضيح الخصوم لهذه

---

(1) طعن جزائي عُماني رقم 2018/981 جلسة 2019/3/5، مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 19 ص 218. طعن جزئي عُماني رقم 2013/728 جلسة 2014/2/14، المجموعة السابقة السنة 13، 14 ص 404.
Cass. Crim. 3 déc 1998. Nº 9786340.

(2) محمد نصر الجندي: الطلاق والتطليق وآثارهما 2004، دار الكتب القانونية ص 178.

الواقعة. لا يمنع القاضي من نظره لدعوى التطليق للشقاق بين الزوجين لأن القاضي لا يجوز أن يبني رفضه للتطليق علي أساس واقعة التنازل السالفة، لأنه وأن كان يترتب علي تنازل الزوجة عن دعوى الاعتراض علي إنذار الزوج لها بالدخول في طاعته، أن يكون الإنذار غير قائم، ونزول خصومة دعوى الاعتراض عليه، إلا أنه طالما كانت الزوجة المعترضة علي هذا الإنذار قد طلبت التطليق لاستحكام الخلاف، فإن هذا الطلب[1] يكون مطروح علي القاضي يتعين عليه الفصل فيه لاستقلاله عن طلبها المتعلق بالاعتراض. وكذلك تبصرة القاضي للخصوم بعناصر الواقع الواردة بالمحاضر التي حررت ضد الزوجة، ومنها خطفها للصغير وعمره ثلاث سنوات، والسب والقذف في حق الزوج، ودعوة القاضي لكل من الزوجين بتقديم الإيضاحات بشأن ما ورد بهذه المحاضر، واستنادا القاضي لها في حكمه بالتطليق للشقاق للإساءة من جانب الزوجة مع حرمانها من نفقة المتعة والعدة ومؤخر الصداق[2]. والقاضي في استناده لذلك هو ما أصاب صحيح القانون، لأنه لم يشرع بمناسبة نظره للنزاع في جمع معلومات شخصية لم يطرحها الخصوم في النزاع ولم تكن محلاً للإثبات.

وأيضاً للقاضي أن يبصر أحد الخصوم إلي إمكانية الاعتماد علي إحدى الوقائع الثابتة بملف الدعوى لكونه لم يتعذر بها صراحة وتقديم مستند معين بشأنها [3]. كما بصر القاضي أحد الخصوم عند طلب الزوجة التطليق لعنة الزوج توضيح عناصر هذه الواقعة وتقديم مستندات بشأنها، فثبت الخصم الواقعة، فللقاضي الاستناد إليها في حكمه بالتطليق للعنة، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً وفقاً لنص المادة 299 من مجلة الأحكام الشرعية[4]، والتي تنص علي أن "إذا رافعت المرأة زوجها إلي المحاكم، وادعت أنه عنين وطلب التفرقة، يسأله الحاكم، فإن صدقها وأقر أنه لم يصل إليها، يؤجله سنة قمرية .... إذا لم يصل الزوج لامرأته ولو مرة واحدة في مدة الأجل المقدرة له، وعادت المرأة شاكية إلي القاضي بعد انقضائه طالبة التطليق ، يأمر القاضي بطلاقها".

وأيضاً، طلب الزوجة التطليق للضرر الذي لحقها من الزوج، والمتمثل في التشاجر وإفشاء الإسرار الزوجية بينهما، ورد الزوج برضاء الزوجة بذلك وسكوتها

---

(1) طعن 74/674ق – أحوال شخصية. نقض 2011/5/10. طعن 65/600ق. أحوال شخصية. نقض 2001/11/10. وفي هذا الصدد، تقول المحكمة العليا العُمانية رداً علي ما نعي به الطاعن علي الحكم المطعون عليه أن المحكمة قضت بالطلاق للشقاق دون أن تبين أي نوع هذا من أنواع الشقاق، أن المحكمة قد تأملت الحالة التي عليها الزوجان، وتحققت من الشقاق المستفحل بينهما، وقد أدي ذلك إلي النزاع والتخاصم أمام المحاكم والإدعاء العام، وأشنع من ذلك صدام الزوج بسيارته سيارة الزوجة عامداً دون مراعاة لحقه الزوجية أو الإنسانية أو المالية ... كل ذلك يدل نشوب الخلاف بينهما، وعليه تري المحكمة صحة ما توصل إليه الحكم المطعون فيه وما آثاره الطاعن لا يؤثر في صحته لمخالفته للواقع، وقضت برفض الطعن وتأييد الحكم المطعون فيه". طعن شرعي عُماني رقم 2012/122 جلسة 2012/12/15 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 12 ص 28.

(2) استئناف القاهرة الدائرة 160 رقم 135/29276ق – أحوال شخصية – جلسة 2019/5/23. طعن عُماني رقم 2017/150، مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 7.

(3) د. أحمد خليل: المرجع السابق، ص 140.

(4) مشار إليه لدي محمد نصر الجندي: المرجع السابق ص 190.

فترة طويلة، ومع صراحة طلب الزوجة ورد الزوج إلا أن القاضي اكتشف من بين ما طرح عرضاً بملف القضية طلب بعرض الزوج علي الطبيب الشرعي، فيبصرها القاضي به، وطلب منها الإيضاحات بشأنه، وآمر بعرض الزوج علي الطبيب الشرعي، والذي أكد أنه يعاني من آفة عقلية من فترة طويلة ترجع إلي ما قبل الزواج، وهو ما ثبت بمقتضاه الضرر، وعليه استند إليه القاضي في حكمه بالتطليق، وذكر في الحكم[1]. "ولو أن الاختلال العقلي يرجع وجوده إلي ما قبل الزواج، ورضاء الزوجة بالزواج منه، إلا أنه هذا لا يسقط حقها في طلب التطليق للضرر".

فالحكم بالتطليق علي النحو السابق، سواء لعدم الإنفاق، أو لعيب في أحد الزوجين، أو للشقاق، أو للضرر، استند فيه القاضي بجانب ما طرح أمامه من واقع صريح إلي عناصر واقعة طرحت عرضاً، ولم يتذرع الخصوم خصيصاً لإسناد طلباتهم أو دفوعهم، وتبين للقاضـي أن هذه الواقعة تحتم الحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، فلا يوجد ما يمنع القاضي من أن يبصر الخصوم بهذه الواقعة، ويدعوهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها. ويستند إليها في حكمه متى تحققت المواجهة بشأنها، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصري، وفقاً للمادة الرابعة من القانون 1/.2000

53- الدور التوجيهي للقاضي في نطاق دعاوى الإفلاس: يقتصر هذا الدور في نطاق هذه الدعاوى علي الحالة التي يكتشف فيها القاضي بنفسه واقعة الإفلاس لكونها مطروحة عرضاً بملف الدعوى، كما لو كان المدين التاجر قدم تقرير[2] بتوقفه عن الدفع، وطلب[3] صلحاً واقياً من الإفلاس، وتبين للقاضي أن شروط الصلح غير متوافرة لدي التاجر لكّونه سيئ النية، أو لم يتقدم بالطلب خلال خمسة عشر يوماً من توقفه عن الدفع أو نازع المدين في أحد ديونه[4].

وكذلك لو طلب الدائن شهر إفلاس مدينة ثم تنازل عنه[5] أو عنه واكتفي بمطالبته بالوفاء بالدين[6]، ففي هذه الفروض تعد واقعة الإفلاس مطروحة عرضاً بملف القضية لأن المطروح صراحة أمام القاضي هو إما طلب الصلح الواقي من الإفلاس، أو المنازعة في أحد الديون من جانب المدين، وأما طلب التنازل من جانب الدائن عن شهر الإفلاس، أو طلبه بالوفاء بالدين، وقيام القاضي بتبصرة الخصوم بالواقعة المكونة لشروط الإفلاس ودعوته لهم لتقديم الإيضاحات بشأنها، ووفقاً لذلك يحدد جلسة للنظر

---

(1) طعن شرعي عُماني رقم 2012/83 جلسة 2012/11/24، مجموعة أحكام الحكمة العليا السنة 13، 14 ص 18.

(2) طعن تجاري 75/9775ق نقض 2010/5/25. طعن تجاري 69/897ق نقض 2000/6/3، المكتب الفني السنة 51 ص 889.

Cass. Com. 29 Nº V. 1976. J.C.P. 1977, 18738 – No Te Qerbay.

(3) تطبيقاً للمادة 30 من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح والواقي من الإفلاس رقم 2018/11.

(4) طعن اقتصادي 87/566ق . نقض 2015/6/8، المكتب الفني السنة 66 ص 825.

(5) طعن اقتصادي 87/1024ق نقض 2015/6/11. طعن مدني 47/359ق. نقض 1982/2/15، المكتب الفني السنة 33 ص 241.

(6) استئناف مختلط 26 نوفمبر 1924 ب 37- 38.

في شهر الإفلاس.

وفي هذه الجلسة للقاضي أن يأمر بكل إجراءات التحقيق لتلقي جميع المعلومات المتعلقة بمركز المدين التاجر وتصرفاته، كما للقاضي[1]، استدعاء المدين وتمكينه من الدفاع، فإذا لم يمتثل المدين لهروبه أو تهرب أمواله، فلا يكون أمام القاضي إلا نظر واقعة الإفلاس.

ومبرر نظر القاضي لواقعة الإفلاس رغم أنها لم تعد الطلب الذي يتذرع به الخصوم صراحة، هو ما يقتضيه حسن سير الخصومة، وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع[2]. هذا الحل هو تحقيق الحماية للدائنين[3]، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً لنص المادة 552 من قانون التجارة المصري 1999/17، والمادة 78 من قانون تنظيم الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس. وتطبيقاً لذلك قضي[4] بأن "تنازل الدائن عن طلب شهر الإفلاس لا يكون منهياً للنزاع، لأن ليس خاصاً بحق شخص يطالب به المدعي، فله أن يتنازل عنه بالتصالح فيه، وإنما المطروح على المحكمة في دعوى الإفلاس هو التحقق من حالة قائمة في الشخص المطلوب شهر إفلاسه".

54- الدور التوجيهي للقاضي في نطاق دعاوي الحضانة: يقتصر هذا الدور في نطاق هذه الدعاوي على الفرض الذي يكتشف فيه القاضي واقعة بملف القضية لم يتذرع بها الخصوم صراحة، وتحتم الحكم للمدعي، كما لو طلبت الزوجة صراحة بتطليقها للضرر وبأحقيتها بحضانة ولديها ونفقة دائمة لهما، وبالأوراق المتعلقة بهما، وتبين للقاضي من بين أوراق القضية أن الولدين المطلوب حضانتهما مصابان بأمراض تستوجب متابعة دائمة، وبحاجة إلى رعاية صحية عاجلة لدى الجهات الصحية. وحسب الإجراءات يتطلب ذلك من طالبة الحضانة أن يكون بيدها جوازات سفر الولدين[5]، لتثبت بياناتهما وصلتهما بها.

فواقعة جوازات السفر لم تتذرع بها المدعية صراحة، ولكن يحتم الحكم لها مع

---

(1) طعن تجاري 75/17277 ق نقض 2012/3/12.

(2) وهي الغاية من الدور التوجيهي للقاضي، انظر فيما سبق بند 27.
وفي تطبيق ذلك انظر: طعن تجاري 64/6206 ق نقض 1995/12/11 المكتب الفني السنة 46 ص 1355.

(5) طعن تجاري 64/6206 ق نقض 1995/12/11، طعن 47/359 ق نقض 1982/2/15 المكتب الفني السنة 33 ص 231. طعن 40/278 ق نقض 1975/5/4.

(4) إسكندرية الابتدائية 13 يناير 1945 المجموعة الرسمية س 46 رقم الحكم 47. الزقازيق الابتدائية 27 أغسطس 1929 المجموعة الرسمية 31 رقم 12 ص 23 مشار إليهما لدى د. مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية والإفلاس 2010 مكتبة الوفاء القانونية ص 256. محكمة بداية بيروت قرار رقم 79 ، 1947/11/18 مصطفى شمس الدين ص 41. محكمة تمييز بيروت رقم 107 في 1964/10/12 مصطفى شمس الدين ص 43. مشار إليهما لدى د. هاني دويدار، محمد الفقي: الأوراق التجارية والإفلاس 2014، دار الجامعة الجديدة ص 302.

(5) طعن شرعي عُماني رقم 2018/226 جلسة 2019/3/10 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 19 ص 85.
وفيه أن جوازات السفر تعد من مقتضيات الولاية التي تستلزم مصلحة المحضون ورعايته، ولا يغني عنها شهادات الميلاد.

الحكم بالحضانة، لأن الإجراءات الإدارية لمصلحة الولدين لدى الجهات المختصة تتطلب وجود جوازات سفرهما مع طالبة الحضانة.

هذه الواقعة ليس هناك ما يمنع من أن يبصر القاضي بها للمدعية لإمكانية الاعتماد عليها والاستناد إليها، وتقديم مستند بشأنها، ذلك لأن الإجراءات الإدارية لمصلحة المحضونين لدى الجهات الإدارية تتطلب وجود هذه الوثيقة مع المدعية، خاصة وإن كان الزوج منقطع تماماً عن الولدين، بما يتعذر مع الزوجة – المدعية – التوصل معه، الأمر الذي يصعب عليها معه تقديم الأوراق الثبوتية عن الولدين للجهات المختصة.

وتبصرة القاضي للمدعية بواقعة جوازات السفر لحاجة الولدين لهما، يعد مما يقتضيه استكمال البنيان الواقعي للدعوى[1]، بلفت نظر الخصوم إلى ما يلزم في هذا الشأن، كما يعد تطبيقاً لمبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم في الخصومة المدنية، ومن ثم استناد القاضي في حكمه بالحضانة للواقعة الذي بصر الخصوم بها، وضمن حكمه بالحضانة تسليم جوازات سفر المحضونين للحاضنة هو ما أصاب صحيح القانون، وتطبيقاً لذلك قضي[2] بأن "جواز سفر المحضون يجب أن يكون في حيازة الحاضن أو الحاضنة نظراً لحاجته أو حاجتها إليه والتي تخدم مصلحة المحضون.

وكذلك لو طلب المدعي صراحة بإسقاط حضانة ابنه من المدعي عليها، وإثبات حضانته له. وردت عليه المدعي عليها صراحة طلبها لحضانة الطفل ونفقة سابقة قدرها 5000 (خمسة آلاف جنيه) وتسديد مصاريف الدراسة للطفل، واستمرار حضانته في منزل جدته أم المدعي عليها لزواج الأخيرة من أجنبي. وكان من بين الوقائع الواردة بملف القضية ولم يتذرع بها الخصوم صراحة تقارير طبية تفيد أن الطفل أصبح يتبول لاإرادي نتيجة إصابته بحالة من الرهاب والخوف من جراء ما وضعه عندما زار أباه، كما أن الأخير يعمل في مكان بعيد عن المكان الذي يقيم فيه المحضون، ولا يأتي إلا في نهاية كل أسبوع.

هذه الوقائع والمطروحة عرضاً بملف القضية لا يوجد ما يمنع القاضي من تبصرة أحد الخصوم بها، وإلى إمكانية الاعتماد عليها، والتي تم تقديم الإيضاحات بشأنها والتي كان من بينها ما ذكرته المدعي عليها أن الأب كان يحبس المحضون بالحمام مما أصابه بحالة التبول اللا إرادي.

واستناد القاضي في حكمه لهذه الوقائع بعد المناقشة بشأنها وقضائه برفض دعوى إسقاط الحضانة يكون أصاب صحيح القانون، لأن الحضانة[3] هي حق للمحضون

---

(1) د. أحمد خليل: المرجع السابق، ص 140.

(2) طعن شرعي عُماني رقم 2014/161 جلسة 2015/4/16 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 15 ، 16 ص 10.

(3) طعن شرعي عُماني رقم 2018/147 جلسة 2018/11/4 مجموعة الأحكام السنة 19 ص 51. طعن شرعي عُماني رقم 2016/273 جلسة 2017/6/18 مجموعة الأحكام السنة 17 ، 18 ص 36. طعن شرعي عُماني رقم 2011/108 جلسة 2012/1/28 مجموعة الأحكام السنة 12 ص 39.

وليست للأب ولا للأم، مما يعني أن واقعة زواج المدعي عليها من شخص أجنبي ليست واقعة تستدعي إسقاط الحضانة عنها بصفة تلقائية، وإنما إسقاط الحضانة[1] لابد وأن يقوم على مصلحة قائمة وثابتة خاصة أن الأب منقطع عن الطفل طوال الأسبوع. وتطبيقاً لذلك قضي[2] بأن "زواج الأم برجل أجنبي ليس مبرراً كافياً لإسقاط حق الحضانة عنها".

55- الدور التوجيهي للقاضي في نطاق دعاوي الإيجار: يقتصر هذا الدور في نطاق هذه الدعاوي فقط على الحالة التي يكتشف فيها القاضي واقعة بملف القضية لم يتذرع بها الخصوم صراحة، وتحتم الحكم للمدعي بطلباته أو على العكس برفضها كلياً أو جزئياً، كما لو طلب المؤجر في دعواه صراحة المستأجرة بفسخ عقد الإيجار والإخلاء من العين المؤجرة لها ولابنها التي تنازلت له عن الإيجار بدون إذن من المؤجر، وأيضاً لتغيرها الغرض من استعمال هذه العين.

ردت المدعي عليها صراحة بأنها لم تتنازل عن العين المؤجرة، وأنها مازالت مقيمة بها وابنها، كما أنها لم تغير الغرض من استعمالها، ولذا تطالب برفض الدعوي، وإلزام رافعها بالمصاريف وأتعاب المحاماة.

وأثناء نظر القاضي للدعوى اكتشف وقائع مطروحة عرضاً لم يتذرع الخصوم بها لإسناد طلباتهم أو دفوعهم، ممثلة هذه الوقائع في صورة عقد إيجار محرر من المدعي عليها لابنها بتاريخ لاحق على عقد الإيجار الأصلي المطلوب فسخه، وسجل تجاري لمزاولة نشاط تجاري، وصورة بطاقة ضريبية.

هذه الوقائع لا يوجد ما يمنع القاضي من تبصرة الخصوم بها، وتقديم إيضاحاتهم بشأنها، وبتقديم هذه الإيضاحات، وتحقق مبدأ المواجهة، استند القاضي لهذه الوقائع ضمن ما استند إليه في حكمه، وقضي برفض الدعوى، مسبباً ذلك بأن الوقائع التي بصر بها الخصوم وقدموا إيضاحاتهم بشأنها، هي وقائع في ذاتها لا تفيد تنازل المدعي عليها عن العين المؤجرة، وهو شأن ما صادف به قضاء مستقر لمحكمة النقض والتي قضت[3] بأن "التنازل عن عقد الإيجار يتم بنقل المستأجر جميع حقوقه والتزاماته المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها، ويكون بهذه المثابة بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل". ووفقاً لذلك يكون قضاء قاضي الموضوع برفضه لدعوى فسخ عقد الإيجار والإخلاء استناداً لما بصر به الخصوم وتحقق مبدأ المواجهة به أصاب صحيح القانون.

---

(1) طعن مصري رقم 79/1707 ق – أحوال شخصية – نقض 2011/2/8 المكتب الفني السنة 62 ص 188. طعن مصري رقم 74/15277 ق – أحوال شخصية – نقض 15 يونيه 2009 المكتب الفني السنة 60 ص 727. طعن شرعي عُماني رقم 2013/194 جلسة 2014/3/13 مجموعة الأحكام السنة 15 ، 16 ص 40.

(2) طعن شرعي عُماني رقم 2018/329 جلسة 2019/5/5 مجموعة الأحكام السنة 19 ص 114.

(3) طعن مدني 86/10707 ق نقض 2018/2/25 بوابة محكمة النقض الإلكترونية. طعن مدني 48/80 ق نقض 1979/1/24. طعن مدني 43/851 ق نقض 1977/6/15.

56- وكذلك لو طلب المؤجر في دعواه المستأجر بفسخ عقد الإيجار والإخلاء لتأجيره العين المستأجرة من الباطن، ورد المستأجر برفض الدعوى لانتفاء واقعة التأجير ولأنه هو المستغل للعين المؤجرة والمتواجد بها. وأثناء نظر القاضي للدعوى اكتشف من بين وقائعها التي لم يتذرع بها الخصوم صراحة، عقد شركة بين المستأجر وأشخاص آخرون. فلا يوجد ما يمنع القاضي من تبصرته للخصوم بهذه الواقعة – عقد الشركة أو إحدى بنوده – ودعوته لتقديم إيضاحات بشأنها، وثبت لدى القاضي من بين ما قدم من إيضاحات بشأن هذه الواقعة، بأن الأشخاص الشاغلين للعين المؤجرة مع المستأجر شركاء وليسوا مستأجرين.

هذه الواقعة التي بصر القاضي الخصوم بها، وقدموا الإيضاحات بشأنها، وتحققت المواجهة، يمكن للقاضي أن يستند إليها ضمن ما استند إليه من وقائع في رفضه للدعوى، لأن إدخال المستأجر[1] معه شركاء في استغلاله للعين المؤجرة يجوز ماداموا غير مستأجرين من الباطن، ويكون قضاء القاضي برفضه للدعوى هو ما أصاب به صحيح القانون.

وتطبيقاً لذلك قضي[2] بأنه "ولئن كانت قوانين إيجار الأماكن قد حظرت على المستأجر التنازل عن الإيجار بالتأجير من الباطن، إلا أن المستأجر له أن يدخل معه شركاء في استغلال العين المؤجرة، فاشتراك المستأجر شخصاً آخر معه في المحل التجاري الذي أقامه في العين المؤجرة، لا يعتبر إخلالاً بالحظر المانع من التنازل أو التأجير من الباطن، بشرط أن تكون الشركة حقيقة، أي لم يقصد بها ستر إحلال الشريك المزعوم محل المستأجر الأصلي، كما وأنه ولئن كان إثبات أو نفي جدية عقد الشركة وواقعة التأجير من الباطن هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، إلا أن ذلك مشروطاً بأن تقيم قضائها في هذا الشأن على أسباب سائغة تكفي لحمله".

مثل هذه التطبيقات والتي ذكرت على النحو الفائت وغيرها دعاوي البطلان[3]، والهبة[4]، وعيوب الإرادة [5]... إلخ. لا يعد ما قام به القاضي من أن يكون مجرد عملية استنباط مستمد من وقائع النزاع طرحها الخصوم عرضاً بملف القضية، دون أن يترعوا بها خصيصاً لإسناد طلباتهم أو دفوعهم. هذه الوقائع صالحة لتوليد النتائج التي

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ج 6 المجلد الأول – الإيجار والعارية، طبعة نهضة مصر 2011 ص 669. بند 456.

Cass. Civ. 20 mai 2009 Nº 08 – 13 – 230. Cass. Civ. 30 Nov. 1976. J.C.P. 1977. iv. P. 2 – Cass. Civ. 3 avr. 1984. Bull. Civ. I. N. 124. J.C.P. 1985. 11. 20509. Note Dvry.

(2) طعن مدني 61/1178 ق نقض 2001/3/11. نقض مدني 1935/1/24 مجموعة أحكام النقض 1 ص 551.

(3) الطعنان 36 ، 91/38 ق – أحوال شخصية – 2021/6/22.

Cass. Ch. Mixte 26 mai 2006. Nº 03 – 19 – 376.

(4) تمييز لبناني قرار رقم 2013/28 بتاريخ 2013/4/4 صادر في التمييز رقم 83 – 17.

(5) طعن مدني 42/620 ق نقض 1976/11/21 المكتب الفني السنة 27 ص 1791.

Cass. Civ. 3 avr. 2002 Nº 00 – 12 – 932. Cass. Civ. 30 mai 2000 Nº 98 – 15 – 242.

تواصل إليها القاضي، أي أن هذه النتائج توجد كامنة في وقائع النزاع، وبالتالي تبصرة القاضي بها للخصوم، ودعوته لهم لتقديم إيضاحات بشأنها لا يعد خروجاً على مبدأ حياد القاضي، أو تعدي على مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة، كما لا يعتبر في استناد القاضي في حكمه لهذه الوقائع قضاءاً بعلمه الشخصي، لأن هذه الوقائع وردت بملف القضية بمعرفة الخصوم، غاية الأمر أنهم لم يتذرعوا بها صراحة، كما أن هذه الوقائع خضعت لمبدأ المناقشة، وبالتالي تكون حقوق الدفاع قد تم احترامها بصدد هذه الوقائع.

المبحث الثاني
تبصرة القاضي للخصوم
عند تعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية
في القضية لإبداء دفوع وأوجه دفاعهم

57- تمهيد: القاعدة أن القاضي يعلم القانون، ولذا يقع على عاتقه تعديل وتصحيح الأوضاع القانونية بالقضية، ومن بين ما يقوم القاضي بتصحيحه، التكييف الصحيح للوقائع والتصرفات المتنازع عليها، وتبصرته للخصوم بالعيوب الإجرائية – التي تشوب العمل الإجرائي – غير المتعلقة بالنظام العام لإعادة تصحيحها، وقرره بضم دفوع معينة للموضوع للفصل فيهما معاً، وإثارته من تلقاء نفسه للمسائل المتعلقة بالنظام العام، واستناده لسلطة الملاءمة بصدد إعمال بعض النصوص القانونية.

هذا التعديل وذلك التصحيح لمثل هذه الأوضاع القانونية يصاحبه حتماً تغيير في سير الدفاع المقدم من الخصوم، أو على الأقل تعديل في نطاقه بصفة جوهرية. ومن ثم يصبح ما قام القاضي بتعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية بغير دفاع أو دفوع من جانب الخصوم. وإذا استمر القاضي بعد قيامه بهذا التعديل وذلك التصحيح في نظره للدعوى دون تبصرة الخصوم وتوجيههم لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم حتماً ما يصدره في الدعوى من حكم سوف يفاجأ به الخصوم، ومن ثم يعد مخلاً بحق الدفاع. وتطبيقات هذا التعديل أو ذلك التصحيح هو ما نتعرض إليها تباعاً في غضون عدة مسائل على النحو التالي:

أولاً
تبصرة القاضي للخصوم بتكييفه الصحيح
للوقائع والتصرفات بشأنها[1] لإبداء دفوعهم ووجه دفاعهم

58- عملياً يقوم المحامي بتكييف الدعوى[2]، هذا التكييف يثيره أثناء عرضه للواقع ويبرزه المحام على هامش الصحيفة الأيسر دائماً[3]، فقد يكيف هذا الواقع بأنه عقد بيع بشأن واقعة أراد شخص أن يقترض مبلغًا من النقود من شخص وليس له من سبيل إلي ذلك إلا أنه يقوم بشراء سيارة منه بثمن باهظ مؤجل، ثم يبيعها له بثمن بخس معجل، ويقبض المدين ذلك المبلغ الزهيد، وتعود السيارة لصاحبها، فوفقاً لظاهر العقدين وحسب تكييف المدعي لهما نجد أنهما عقد بيع أول، ثم عقد بيع ثاني، وفقاً لذلك

---

(1) قد حدد القانون ما ينصب عليه التكييف، وأنه ليس ما يسمى بتكييف الدعوى، وإنما ينصب على الوقائع والتصرفات المتنازع عليها، وإنما يعني بتكييف الدعوى تحديد طبيعتها وما إذا كانت حقاً أم سلطة ومدى علاقتها بالحق الموضوعي، انظر: د.عزمي عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون المقال ص 98. قارن د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات 1982 دار الفكر العربي.

(2) لما يستلزمه القانون من ضرورة توقيع محام مقبول للترافع على صحف الدعاوي والطعون وفقاً للمادة 58 من قانون المحاماة 1983/17.

(3) د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق ص 416 وما بعدها خاصة ص 418.

قدم طرفا الدعوى دفوعهم وواجه دفاعهم على كون الواقعة عقد بيع.

ولكن حقيقة الواقعة والغاية الاجتماعية للعقد، وما يتفق والطبيعة الحقيقة لوقائع الدعوى ليست هذه الواقعة عقد بيع، وإنما عقد آخر، ومن ثم يكون المدعي أخطأ في تكييفه للواقعة، ولو فرض واعتمد القاضي هذا التكييف حتماً سوف يؤدي ذلك إلى الخطأ في تطبيق النص الواجب التطبيق، لأن الخطأ في الواقع يؤدي حتماً إلى الخطأ في القانون، ولكن لما كان التطبيق الصحيح للقانون يقع على عاتق القاضي، لأنه مسئولاً عن إصدار حكمه بما يتفق والقانون، لذا كان منطقياً أن يلقي على عاتقه واجب[1] تصحيح الأخطاء التي يرتكبها الخصوم في هذا النطاق[2]، وتكييف الواقعة في المثال السابق على أنها قرض ربا فاحش وليس بيعاً تطبيقاً للمادة 233 مدني[3].

هذا التكييف الصحيح من جانب القاضي للواقع، يحتاج إلى دفاع من جانب الخصوم، يتماشى معه وينطبق عليه، وحتى لا يفاجأ هؤلاء بالحكم في موضوع النزاع وفقاً للتكييف الصحيح لوقائعه. ولذا يجب على القاضي تبصرة الخصوم بهذا التكييف وإعلامهم به، وفضلاً عن تقديمهم الإيضاحات بشأنه، يمكنهم من إبداء دفوعهم وأوجه

---

(1) وهذا الواجب الملقي على عاتق القاضي هو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب التشريعات وفقاً لنص المادة 3/12 مرافعات فرنسي، والمادة 1/370 أصول محاكمات مدنية لبناني، والمادة الأولى من قانون الإثبات العراقي. حيث نصت المادة 3/12 مرافعات فرنسي على أنه " يجب على القاضي أن يعطي الوقائع والتصرفات المتنازع بشأنها تكييفها المنضبط دون أن يتوقف على التكييفات التي اقترحها الخصوم" والمادة 1/370 محاكمات لبناني والتي تنص على أنه "على القاضي أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع والأعمال المتنازع فيها دون التقيد بالوصف المعطي لها من الخصوم" والمادة الأولى من قانون الإثبات العراقي تنص على أنه "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون ...".

وفي الفقه الإسلامي جاء في إعلام الموقعين لابن القيم ج 1 ص 73 "لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أحدهما فهم الواقع واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والإمارات حتى يحيط به علماً، والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله في كتابه وعلى لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق إحداهما على الآخر.

وما اعتمدته التشريعات استقر عليه القضاء: في تطبيق ذلك انظر: طعن اقتصادي 91/9542 ق نقض 2022/3/16. طعن تجاري 80/4671 ق نقض 2022/2/22. طعن مدني 66/22704 ق نقض 2020/10/17. طعن مدني 63/23077 ق نقض 2019/4/28. طعن مدني 60/189 ق نقض 2008/5/17 طعن مدني 73/979 ق نقض 2006/4/11.

Cass. Soc. 2 déc. 2009. 08 – 43. 104. P.D. 2010. A. J. 13. Cass. Ass. Plén 21 déc. 200 7. ob – 11 – 343. Cass. Civ. 16 Juin. 1993. Bull. Civ. 1. Nº 22 4. D. 1994. 210. Soc. 13. Juin. 1979. J.C.P. 1979. iv. 271.

(2) د. عزمي عبد الفتاح: المقال السابق ص 97؛ د. نبيل عمر: دراسات في قانون المرافعات ص 51 وما بعدها؛ د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق ص 41 وما بعدها؛ د. حلمي الحجار، هاني الحجار: المرجع السابق، ج 2 ص 80 وما بعدها بند 631.

OUAFA et MOUDENE: article 12 du code de procédure civil: de la nécessite de bien qualifier les faits. UYL – Avacats 25. janvier 2023.
http://www.useyourlaw.com.

ANNE DONNIER le GALLOU: Op. cit., P. 492. R. MARTIN: Le juge devant la prétention. D. 1987. Chron. 35. NORMAND: The. P. 144. Nº 156.

(3) نقض 1953/3/13 مجموعة أحكام النقض السنة الرابعة ص 464.

دفاعهم، وإلا اعتبر القاضي قد أخل بحقوق الخصوم في الدفاع.

ثانياً
تبصرة القاضي للخصوم بالعيوب الإجرائية غير متعلقة بالنظام العام لإعادة تصحيحها

59- إذا كان لا يوجد خلاف على أن العيوب الإجرائية[1]، متى تعلقت بالنظام العام كان للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه[2]، ولكن إذا لم تتعلق هذه العيوب بهذا النظام فالخلاف لم يحتدم بشأنها[3]، لما يتصور البعض أن في إثارة هذه العيوب من جانب القاضي يعد خروجاً من جانبه على المبادئ التقليدية للتقاضي لاسيما مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة ومبدأ حياده، وهو ما لا نتناوله.

وإنما ما نتناوله في هذا الصدد حالة لو توافرت لدى القاضي معطيات قانونية معينة، ممثلة هذه المعطيات في وجود عمل إجرائي معيب مطروح عليه، هذا العيب رغم عدم تعلقه بالنظام العام إلا أن القاعدة القانونية المنظمة لهذا العمل قاعدة آمرة، هذه القاعدة تخول للقاضي بدلاً من الحكم بالجزاء الإجرائي المترتب على هذا العيب تبصرته للخصوم به وأمره بإعادة تصحيحه.

هذه التبصرة أو تلك التوجيه من جانب القاضي للخصوم بالعيب الإجرائي لقيامهم بتصحيح هذا العيب، صادف بمقتضاه تطبيقات في القانون الإجرائي تطبيقاً للمواد 85، 115، 118 مرافعات، وهو ما نتناوله على النحو التالي:

60- أ- تبصرة القاضي للمدعي بالعيب الإجرائي الوارد بإعلان المدعي عليه وإلزامه بإعادة إعلانه إعلاناً صحيحاً وفقاً للمادة 85 مرافعات، والتي تنص على أنه "إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعي عليه بطلان إعلانه بالصحيفة وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية يعلن بها إعلاناً صحيحاً بواسطة خصمه".

وتطبيقاً للنص يوجد عملاً إجرائياً معيباً مطروحاً على القاضي، اكتشف هذا العيب نتيجة إعادة تكييفه لهذا العمل الإجرائي، وبتحديد القاضي لهذا العيب، ورغم عدم تعلق هذا العيب بالنظام العام، ولكن لكون هذا العمل ينتظم داخل قاعدة قانونية آمرة، هذه

---

(1) في مفهوم العيوب الإجرائية وتنوع مصدرها انظر: المؤلف: فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب 2017 دار الجامعة الجديدة ص 16 وما بعدها والمراجع والأحكام المشارة لديه.

(2) انظر فيما يلي، بند 64.

(3) فالمسألة تتنازعها اتجاهات ثلاث: الأول: يرى بعدم جواز ذلك لعدم تعلق العمل الإجرائي المعيب بالنظام العام. والثاني: يراه الفقه التقليدي بجواز أن يقضي به القاضي من تلقاء نفسه، كما لو قضي بعدم اختصاصه محلياً، تأسيساً على أن تنظيم العمل بين المحاكم على أساس مكاني أمر يتصل إلى حد ما بالمصلحة العامة لعدم تراكم القضايا أمام محكمة واحدة، واتصاله بالمصلحة العامة يعد نوع من التنظيم العام الذي يقتضيه حسن سير العدالة، ولذا يتعلق هذا الاختصاص بالنظام العام. والثالث: يراه الفقه الحديث بجواز أن يقضي القاضي ولو من تلقاء نفسه بتطبيق القانون على وجهه الصحيح، في تفصيل الاتجاهات الثلاث وتأييد الاتجاه الأخير: انظر: المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات ص 148 – 158 بند 139 – 149. وفي تأييد ذلك انظر: طعن 66/355 ق – أحوال شخصية – نقض 2006/2/25.

القاعدة تخول للقاضي التصرف بما ينسجم مع التوجه العام للمشرع ورغبته في تحقيق عدالة ناجزة بإجراءات صحيحة وسريعة وغير مكلفة، وحيث توافرت لدى القاضي هذه المعطيات بصدد هذه الحالة، فبدلاً من أن يحكم ببطلان العمل الإجرائي المعيب، فيبصر المدعي بهذا العيب، ويقضي بتأجيل القضية، ويأمر المدعي بأن يعيد إعلان المدعي عليه بصحيفة الدعوى كاملة إعلاناً صحيحاً. ووفقاً لذلك فإن ما قام به القاضي من تبصرته للمدعي وتكليفه بإعادة إعلان المدعي عليه، فذلك لما له من دور توجيهي في الخصومة، وصادف به اعتماد ثابتاً وفقاً للمادة 85 مرافعات.

وما اعتمده المشرع على هذا النحو وفقاً للمادة السالفة، هو ما استقر عليه الفقه[1]، وتواترت عليه أحكام القضاء وتطبيقاً لذلك قضي[2] بأنه "إذا تبينت المحكمة بطلان إعلان المدعي عليه بصحيفة الدعوى، فإنها لا تقف عند حد القضاء بالبطلان، بل يتعين عليها من تلقاء نفسها ولو في غيبة المدعي عليه أن تمضي في توجيه الخصوم نحو تصحيح الإجراءات بتكليف المدعي بإجراء إعلان صحيح للمدعي عليه توصلاً لإصدار حكم صحيح في الخصومة المطروحة أمامها، وهو ما يتفق مع اتجاه المشرع إلى الإقلال من دواعي البطلان اعتباراً بأن الغاية من الإجراءات هي وضعها في خدمة الحق، فإذا اكتفت المحكمة بالقضاء بعدم انعقاد الخصومة لبطلان الإعلان فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون"[3].

وتوجيه القاضي للمدعي وتبصرته بالعيب الإجرائي، وتكليفه بتصحيح الإعلان يطبق أمام محكمة أول درجة وثاني درجة لعمومية نص المادة 85 مرافعات، هذا التصحيح لازم ولو كانت الدعوى مستعجلة أو كانت الصحيفة قد أعلنت لشخص المدعي عليه، مادامت المحكمة قد بينت بطلان الإعلان، بل ولو كان الميعاد الذي كان يجب أن يتم فيه الإعلان قد انقضي. فإذا حدث وكانت قد انقضت ثلاثة أشهر من تسلم الأوراق إلي قلم الكتاب، فإن هذا لا يحول دون التزام المدعي بتصحيح الإعلان والقول بخلاف وذلك يجعل النص السالف عديم الجدوى[4].

61- ب- تبصرة القاضي للمدعي بالعيب الإجرائي وتكليفه بتصحيح صفة المدعي

---

(1) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء الإجرائي ص 231 بند 191، دراسات في السياسة التشريعية ص 70 بند 48؛ د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 629؛ د.فتحي والي: المبسوط ج 1 ص 65 بند 20؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص 421 بند 216؛ المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية ص 487 بند 234؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص 54؛ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية 2011، دار النهضة العربية ص 775 بند 428.

(2) طعن 69/2049 ق نقض 2001/6/6 مجموعة الأحكام السنة 52 ص 831؛ طعن 57/2589 ق نقض 1993/1/31؛ طعن مدني عُماني رقم 2006/250 جلسة 2006/12/24 مجموعة الأحكام السنة 7 ص 340.

(3) طعن مدني 60/3268 ق نقض 1995/6/7 مجموعة الأحكام السنة 46 ص 852.

(4) خاصة وأن كان للمدعي تصحيح الإعلان الباطل من تلقاء نفسه وفقاً للمادة 23 مرافعات بشرط مراعاة الميعاد القانوني. انظر. د. فتحي والي: المبسوط الإشارة السابقة، نظرية البطلان في قانون المرافعات 1997، دار النهضة العربية ص 875 وما بعدها بند 474.

عليه تطبيقاً للمادة 2/115 مرافعات[1]. والتي تنص علي أنه " وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعي عليه قائم علي أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة"، ووفقاً لذلك يكون لقاضي أول درجة ومن خلال إعمال سلطته في التقدير[2] لشرط الصفة في الدعوى، سواء من تلقاء نفسه، أو بناء علي الدفع المقدم له بعدم القبول لانتفاء هذه الصفة، وعلي الرغم من كّون هذا الدفع مؤسساً، إلا أن القاضي لم يجيب المدعي عليه إلي دفعه، وبدلاً من أن يقضي بعدم القبول يقرر تأجيل الدعوى لتصحيح شكلها المتعلق بالجانب الشخصي فيها، وللقيام بهذا التصحيح يكشف القاضي المدعي[3] بإعلان صاحب الصفة تبسيطاً للإجراءات[4]، علي أن يتم الإعلان خلال الميعاد الذي يحدده القاضي[5]، لتصبح الدعوى بعد زوال العيب بتصحيحه منتجة لكافة آثاره[6].

هذه السلطة الممنوحة للقاضي بتبصرته للخصوم وتوجيههم لتصحيح صفة الخصم في الدعوى، ما هي إلا لما للقاضي من دور توجيهي في الخصومة، وبمقتضى تصريح من المشرع له، فقرار القاضي بالتأجيل بدلاً من عدم القبول لتصحيح صاحب الصفة في الدعوى، فإذا ما تم التصحيح تحقق للقاعدة الإجرائية احترامها وكفالة فاعليتها، ليصل القاضي وبمقتضى ذلك إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع، والتي بدورها هي الغاية من الدور التوجيهي له في الخصومة المدنية.

62- ج – تبصرة القاضي لأحد الخصوم وتكليفه باختصام من لم يكن طرفاً في الدعوى عند رفعها تطبيقاً للمادة 118 مرافعات: والتي تنص على أنه "للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة وإظهار الحقيقة" "وتعين المحكمة ميعاداً لا يتجاوز ثلاث أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله، ومن يقوم من الخصوم بإدخاله، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

---

(1) والتصحيح الوارد بالمتن يختلف عن التصحيح بالتكملة التي نصت عليها المادة 23 مرافعات، حول هذا الاختلاف انظر: د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 107، 108 بند 36.

(2) في التقدير القضائي لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، انظر: د. نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية ص 377 وما بعدها بند 317؛ عدم فاعلية الجزاء الإجرائي ص 233 بند 191.

(3) وعلى الرغم من أن المادة 2/115 مرافعات لم تحدد من الذي يقوم بإعلان ذي الصفة، إلا أنه تطبيقاً لقيام الخصوم بالإجراءات، فإن المدعي هو الذي يقوم بالإعلان؛ د. فتحي والي: المرجع السابق، ص 109 بند 36.

(4) وتطبيقاً لذلك قضي بأنه ".... وإن كان اختصام الغير في الدعوى على مقتضى المادة 117 مرافعات يستوجب إتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بإيداع الصحيفة قلم الكتاب، إلا أن تصحيح المدعي لدعواه بإدخال صاحب الصفة الحقيقي الذي كان يجب اختصامه فيها ابتداءً ويكفي أن يتم بإعلان ذي الصفة عملاً بالمادة 2/115 مرافعات تبسيطاً للإجراءات ..."، طعن 63/693 ق نقض 1994/6/21، طعن 59/734 ق نقض 1993/4/22، طعن 53/949 ق نقض 1987/12/22 طعن مدني عُماني رقم 2017/73 جلسة 2018/2/2 مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة 17، 18 ص 1191، طعن مدني عُماني رقم 2011/5 جلسة 2011/10/9 المجموعة السنة 12 ص 196.

(5) طعن 54/386 ق نقض 1990/3/5.

(6) طعن 60/1094 ق نقض 2002/4/9 طعن 69/2713 ق نقض 2000/6/3.

هذا النص وكما قيل[1] – وبحق – يعد نص إجرائي ذو أساس موضوعي، بمعنى أنه يقوم على ما اصطلح على تسميته بمبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم[2]، والذي انتهينا من قبل أن هذا المبدأ يعد هو الأساس الفني للدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية، وما يقوم بمقتضاه القاضي بمساعدته للخصوم في استكمال مجموعة الوقائع التي تستجيب للحق المطالب به، لما للقاضي من سلطة في فهم عناصر الواقع مستقلة عن فهم الخصوم لها، مما يسمح له بإعمال القانون الموضوعي على النزاع.

وإذا انتقلنا من هذا الأساس إلى نطاق الإجراءات الذي يهدف النص السالف إليها اتضح لنا أن الشكل الذي رفعت به الدعوى معيب في جانبها الشخصي[3]، وحيث أن الشكل عمل قانوني، وعلى القاضي التأكيد من احترامه، ويتم هذا الاحترام عن طريق إعادة تقدير وتكييف الأعمال الإجرائية التي قام الخصوم باتخاذها، وانتهى القاضي إلى كونها معيبة في هذا الجانب من الخصومة، مما حدا به إلى استخلاص ضرورة اكتمال هذا الجانب بإدخال أشخاص جدد فيها. والقاضي هنا لا يكتفي بتبصرته للخصوم إلى ذلك كعيب إجرائي لحق بالخصومة، بل هو يقرر ويأمر الخصوم باتخاذ عمل إجرائي، هذا العمل يؤدي إلى جذب شخص أو أشخاص من الغير إلى داخل الخصومة المنعقدة. وتطبيقاً لذلك قضي[4] بأنه "لما كان قانون 1990/10 بشأن نزع الملكية قد استوجب اختصام الجهة طالبة نزع الملكية دون تحديد ميعاد لذلك، فإنه يكون للمحكمة أن تستعمل الرخصة المخولة لها بنص المادة 118 مرافعات".

وتبصرة القاضي للخصوم على النحو الفائت بالعيب الإجرائي التي رفعت به الدعوى، ودعوته لأحد الخصوم وتكليفه بتصحيح هذا العيب باختصامه للغير، فذلك لما للقاضي من دور توجيهي، لأنه من باب التعاون المشترك بينه وبين الخصوم في نطاق الواقع، وبما للقاضي من دور في استكمال البنيان الواقعي للدعوى. ومع اعتماد ذلك تبقي المسألة تقديرية للقاضي[5]، فيقدر ليس فقط مصلحة الخصم في إدخاله للغير، أو مصلحة الغير، أو ما يقدمه هذا الغير لحسن الفصل في القضية، وإنما أيضاً احتمال ما قد يحدث من تناقض أو تكرار للأحكام في القضايا ذات العناصر المشتركة،

---

(1) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء الإجرائي، ص 232 بند 191.

(2) في المبدأ كأساس فني للدور التوجيهي للقاضي انظر فيما سبق، بند 14 وما بعده.

(3) كما لو أدخل الغير بقصد إلزامه بتقديم ورقة تحت يده، أو لمساعدة أطراف الدعوى، إذا رأى القاضي الحاجة إلى ذلك لإظهار الحقيقة أو تحقيقاً للعدالة، كمن تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة، أو من يوجب القانون اختصامه في الدعوى ولم يختصم فيها ... إلخ في تطبيقات ذلك انظر: طعن مدني 83/4851 ق نقض 2021/3/17. طعن مدني 87/15761 ق نقض 2020/10/20. طعن مدني 79/8856 ق نقض 2020/2/20. طعن مدني 82/14758 ق نقض 2016/319. طعن شرعي عُماني رقم 2012/13 جلسة 2012/10/20 مجموعة الأحكام السنة 13 ، 14 ص 3.

(4) طعن 56/576 ق نقض 2006/2/27 مشار إليه لدى د. فتحي والي: المبسوط ج1 ص 748.

(5) د. فتحي والي: المرجع السابق ص 749.

والحيلولة[1] دون حدوث كل ذلك، ووصولاً إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع للقاضي تبصرة الخصوم بما رفعت به الدعوى من عيب إجرائي وتكليفهم بتصحيح هذا العيب، ذلك لما له من دور توجيهي في الخصومة. وما يقوم به القاضي على النحو السالف من تبصرته للخصوم بالعيوب الإجرائية، وتكلفهم بتصحيحها، لا يتصور معه أن يتحول القاضي إلى خصم، كما لا يعد في قيامه بذلك تعدي من جانبه على مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة، ولا على مبدأ حياده، لأن القاضي لا يقوم بنفسه باتخاذ الإجراء من جديد بشكل صحيح، وإنما ما يقوم[2] بذلك هم الخصوم، وفي قيامهم به ينصاعون للتكليف الوارد بالقاعدة الإجرائية، وبانصياعهم تلك يكون الإجراء صحيحاً خالياً من العيوب صالحاً كسبب صحيح لتوليد الآثار الإجرائية المترتبة عليه، ومن ثم يتم تطهير الخصومة من عيوبها أول بأول، وتنسب هذه الآثار إلى أعمال إجرائية صحيحة صالحة قانوناً لتوليدها، وبالتالي تضمن السلامة للعمل القضائي النهائي الذي تنتهي به الخصومة المدنية لتنزل الحماية القضائية على المراكز القانونية الموضوعية بشكل صحيح.

وبإنزال الحماية القضائية على المراكز القانونية بشكل صحيح تضعف الفرص لمهاجمة الحكم الصادر على أساس بنائه على إجراءات معيبة أثرت فيه، كما تقيد إلى حد كبير الطعون التي تبنى على الخطأ في الإجراءات، ولا يبقى من هذه الطعون على الحكم القضائي إلا تلك التي تقوم على الخطأ في التقدير.

ثالثاً

تبصرة القاضي للخصوم

عند ضمه لدفوع معينة للموضوع

للفصل فيهما معاً لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم

63- الدفوع الإجرائية يجوز للقاضي أن يضمها إلى الموضوع تطبيقاً لنص المادة 2/108 مرافعات ذلك عندما يكون الفصل في هذه الدفوع يتطلب ضمها إلى الموضوع[3]، فإذا ما قرر القاضي هذا الضم، ولم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع، تعين على القاضي تبصرتهم إلى الضم خشية أن يمتنع الخصوم عن إبداء الدفع الموضوعي انتظاراً منهم للفصل في الدفوع الإجرائية ثم يفاجأوا بحكم القاضي في الموضوع، فإذا تحقق ذلك كانت النتيجة هي بطلان الحكم لإخلاله بحق الدفاع[4].

---

(1) المؤلف: الدفع بإحالة الدعوى ص 644 وما بعدها بند 632 وما بعده.

(2) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء الإجرائي ص 236 بند 194.

(3) مع ملاحظة أن ضم الدفع إلى الموضوع ليس حقاً لأي من الخصوم، إذ لا مصلحة لأي منهم فيه، فالمسألة تدخل في السلطة التقديرية الكاملة للقاضي. انظر: طعن مدني 83/14583 ق نقض 2016/5/7.

(4) د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 199. مبادئ القضاء ص 497؛ د.فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 97 بند 33؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات ص 274 بند 154؛ المؤلف: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية ص 373 بند 184؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص ج 1 ص 648 بند 258؛ قاعدة =

وللحيلولة دون حدوث هذه النتيجة، يتعين على القاضي تبصرة الخصوم حالة ضمه الدفع الإجرائي للموضوع للحكم فيهما معاً، ليقدم هؤلاء الخصوم دفوعهم وأوجه دفاعهم الموضوعية[1]. وتطبيقاً لذلك قضي[2] بأنه "إذا كان من قضي له نهائياً بحق في الأطيان المخلفة عن عمه وببطلان العقد الصادر من هذا الأخير إلى زوجته قد رفع دعوى المطالبة بريع نصيبه في الميراث فقضي ابتدائياً برفضها استناداً إلى توافر حسن النية لدى الزوجة، فرفع استئنافاً عن الحكم، فقضي فيه بقبول الاستئناف، ونفت المحكمة في حكمها حسن النية ثم انتقلت إلى الكلام في الريع دون أن تكون قد ناقشت الخصوم فيه وقامت بتقديره تقديراً لم تحصله من عناصر الدعوى بل على أساس الثمن، فإن هذا منها إخلال بحق الدفاع. إذا كان من الواجب عليها حين خالفت المحكمة الابتدائية في وجهة نظرها إلا أن تفصل في الدعوى إلا بعد أن قد أتاحت للخصوم فرصة الكلام في الريع".

والدفع بعدم القبول هو الآخر من الدفوع التي يجوز للقاضي ضمها للموضوع، رغم غياب النص على ذلك، كما لا ينطبق عليه ما تقضي به المادة 2/108 مرافعات، وإن كانت مسألة هذا الضم بصدد هذا الدفع لا تكون غالباً إلا في الأحوال[3]، التي يكون القاضي فيها سوف يحكم برفض الدفع، أو بعدم قبول الدفع بعدم القبول، ذلك أنه لا يتصور أن يصدر حكماً واحداً في الدفع بعدم القبول وفي الموضوع في آن واحد.

فإذا ما قرر القاضي ضم الدفع بعدم القبول للموضوع، تعين عليه تبصرة الخصوم إلى ذلك، حتى يمكنهم من إبداء ما لديهم من أوجه دفاع ودفوع موضوعية، ذلك حتى لا يفاجئوا بالحكم في الموضوع قبل إبداء ما لديهم من دفوع موضوعية وإلا اعتبر القاضي قد أخل بحقـهم في الدفع[4].

وتطبيقاً لذلك قضي[5] بأنه "إذا اقتصر المتمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى على هذا الدفع، فليس له أن يعيب على الحكم أن المحكمة فصلت في الدفع وفي موضوع الدعوى

=

لا تحكم ص 56؛ د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات 2012 دار الفكر العربي ص 161 وما بعدها بند 81.

(1) وقضي بأنه لا على المحكمة إذا ما قضت في الدفع والموضوع معاً، متى أتاحت الفرصة للخصوم لإبداء دفاعهم الموضوعي، وأبدوه فعلاً، نقض 1967/11/14 مجموعة أحكام النقض السنة 18 ص 1676.

(2) نقض مدني 1943/2/8 المحاماة 24 ص 349 مشار إليه لدى: د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 199، ويعلق عليه بقوله "هذا الحكم جدير بالتأييد، لأن محكمة الاستئناف قدرت الريع تقديراً لم تحصله من عناصر الدعوى، ولكن لاينبغي أن يستخلص منه أنه ينبغي على المحكمة الاستئنافية، كلما خالفت المحكمة الابتدائية في وجهة نظرها أن تنبه الخصوم إلى ذلك، قبل الفصل في موضوع الاستئناف لإبداء أوجه دفاع أخرى، ولو أن المدعي في هذه القضية مثلاً قد حدد في إحدى أوراقها أمام محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف تفاصيل الريع الذي يطالب به كما كان هناك وجه لنقض الحكم المطعون فيه"، الإشارة السابقة.

(3) د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني 2004 دار الجامعة الجديدة، ص276 بند 173.

(4) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص 275 بند 173؛ المؤلف: المرجع السابق ص 377 وما بعدها بند 186؛ د. أحمد هندي : المرجع السابق ص 282 بند 157؛ د. وجدي راغب: مبادئ القضاء ص 501 وما بعدها.

(5) نقض مدني 1957/11/28 مجموعة الأحكام السنة 7 ص 834.

معاً، دون أن تفصل فيه استقلالاً أو أن تقرر ضمه للموضوع، ذلك لأن الدفع بعدم قبول الدعوى مستقل بصورته في التشريع المصري عن غيره من الدفوع التي تبدى قبل الكلام في الموضوع، ويقتضي أمرها الحكم فيها على استقلال أو الأمر بضمها إلى الموضوع، ويتعين على من يتمسك بهذا الدفع – إن كان لديه ما يدفع به الدعوى في موضوعها – أن يبديه وألا يحصر دفاعه في الدفع بعدم القبول".

رابعاً
تبصرة القاضي للخصوم بالمسائل القانونية التي يثيرها من تلقاء نفسه لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم

64- وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، كالحكم بعدم الاختصاص الوظيفي والنوعي والقيمي[1]، أو لكون الإجراءات باطلة لسبب تخلف أهلية الخصم[2]، وكذلك حالة لو قبل القاضي أثناء المداولة أوراق أو مذكرات من خصم دون أن يكون الخصم الآخر أطلع عليها[3]. أو على الكل مسائل القانون التي يملك القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه بناء على قاعدة أنه يعلم القانون. فإذا ما أثير القاضي من تلقاء نفسه مسألة من المسائل السابقة أو غيرها المتعلقة بالنظام العام، لا يجوز له بحال أن يفاجأ الخصوم بالقضاء في هذه المسألة دون أن يمكنهم من إبداء وجهة نظرهم فيها، ومحاولة إقناعه بها، وألا يكون القاضي قد أخل بحقهم في الدفاع.

والحيلولة دون حدوث ذلك، يتعين على القاضي عند إثارته لهذه المسائل أن يبصر الخصوم بها، ويمكنهم من إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم، كما يدعوهم إلى إبداء ملاحظاتهم وإيضاحاتهم عليها فوراً، أو في الميعاد الذي يحدده، ويثبت ذلك في محضر الجلسة، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي منذ عام 1972 وفقاً للمادة 90 [4]، من المرسوم الصادر في 20 يوليه من ذات العام.

---

(1) في تطبيقات ذلك انظر: طعن 85/19593 ق نقض 2022/12/20. طعن 86/2897 ق نقض 2022/11/17. طعن 85/14129 ق نقض 2021/11/17. طعن 62/3285 ق نقض 2019/3/16.

(2) طعن مدني 83/3584 ق نقض 2014/2/17. طعن مدني 65/1779 ق نقض 2007/1/9.

(3) وفي ذلك تقول محكمة النقض، ووفقاً لما جرى عليه قضاءها "أن ما ترمي إليه المادة 168 مرافعات من عدم جواز قبول مستندات أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها، إنما هو ألا يتمكن أحد الخصوم من إبداء دفاع لم يتيح الفرصة لخصمه الرد عليه"، طعن 57/1505 ق نقض 1993/6/29. طعن 49/301 ق نقض 1983/12/21.

والواقع أن دعوة الخصم الآخر للخصومة أثناء المداولة أو إطلاعه على المذكرة، إنما تتضمن تبصرته إلى حقه في الرد على هذه الأقوال وتلك المذكرة. د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 216 والحكم المشارة لديه.

Cass. Soc. 29 mars. 1973. J.C.P. 1973. C. 4. 184.

(4) والتي تنص على أنه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص، إلا إذا دعي الخصوم لإبداء ملاحظاتهم بهذا الصدد، ولو بعد فتح باب المرافعة عند الاقتضاء". انظر:

GIVERDON (C): La procédure de réglement des éxceptions d'incompétence de =

وتطبيقاً لذلك تتقيد سلطة القاضي[1] عند إثارته لهذه المسائل من تلقاء نفسه بقيد هام، هو احترام حق الدفاع، إذ يجب عليه أن يتيح للخصوم إبداء رأيهم فيها ومناقشتها قبل الحكم، فلا يفاجأوا بالقضاء بها دون تمكينهم من إبداء وجهة نظرهم فيها ومحاولة إقناع القاضي بها، ولا يتأتى لهم هذا، إلا إذا بصرهم القاضي إلى هذه المسائل، وأتاح لهم حق مناقشتها والرد عليها، وإلا اعتبر القاضي مخلاً لحقهم في الدفاع، بما يترتب عليه بطلان حكمه.

خامساً
تبصرة القاضي للخصوم
عند استناده لسلطة الملاءمة

بصدد إعمال نصوص القانون لإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم

65- وسلطة الملاءمة، هي التي تسمح للقاضي بإعمال النص القانوني الذي يستجيب أكثر لظروف النزاع[2]، أو هي إعمال القاضي للنص القانوني الأكثر استجابة لظروف النزاع المطروح عليه. فملاءمة النص يطلق على ما يوافق مركزاً معيناً أو واقعة معينة بالنظر لما يحيط هذا المركز أو تلك الواقعة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة.

واستعمال القاضي لهذه السلطة[3]، وأن كان مشروطاً بعدم استناده إلى عناصر مستمدة من علمه الشخصي بالمعنى الدقيق، ولكن لا يوجد ما يمنعه عند استعماله لهذه السلطة من الاستعانة بالعلم العام أو بقواعد الخبرة العامة في تقدير هذه الملاءمة[4].

66- وإعمال القاضي لهذه السلطة يجد مجاله ونطاقه تطبيقه في النطاق الخاص بفسخ العقود، حيث أجاز المشرع الفرنسي[5]، في قانون العقود الجديد وإعمالاً لما

=

litispendance et de cannexite de après le décert. N° 72 – 684. 20 Juillet 1972. Ency. Dalloz. Chronique XXIII. P. 169 ets. HEBRAUD: abs. R.T.D. Civ. 1973. P. 798.

(1) انظر: د. وجدي راغب: دراسات في مركز الخصم ص 215 وما بعدها: مبادئ القضاء ص 635؛ د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم ص 56؛ د. فتحي والي: المبسوط ج 2 ص 281 وما بعدها بند 103.

(2) ستارك : دراسة لنظرية المسؤولية المدنية باعتبارها ضمانة وجزاء خاص، رسالة باريس 1947 ص 277 وما بعدها مشار إليه لدى: د. نبيل عمر: إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ص 113 بند 89.

(3) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

(4) راجع في ذلك: طعن 48/1475 ق نقض 1981/11/19. طعن 47/1097 ق نقض 1979/2/15 طعن 44/49 ق نقض 1978/4/12.

(5) وفي القانون المصري وفقاً للمادة 157 مدني. انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط – الجزء الأول، المجلد الثاني طبعة 2022 ص 796 وما بعدها بند 475.
وفي تطبيقات ذلك انظر: طعن مدني 72/3323 ق نقض 2021/2/7 . طعن 90/8055 ق نقض 2021/5/23 الطعنان 4296، 76/4896 ق نقض 2014/3/23 المكتب الفني السنة 65 ص 440. طعن مدني 48/544 ق نقض 1979/1/25.

(6) Cass. Civ. 1re 13 Oct. 1998. N° 96 – 21485. Bull. Civ. N° 1. P. 207.

استقر عليه القضاء[1]، نظام الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث أجاز للدائن وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار، وفي غير حالات الاستعجال، يجب عليه أن يعذر المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة، ويكون للمدين في أي وقت اللجوء إلى القضاء للاعتراض على الفسخ، ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامة عدم التنفيذ (مادة 1226 مدني فرنسي).

وإعمالاً للنص يظهر دور القاضي في مراقبة مشروعية هذا الإنهاء عن طريق قيامه بتقدير ملاءمة[2] هذا الفسخ بالنسبة لمسلك المتقاضي الذي أخل بتنفيذ التزاماته، فإذا ما رفض القاضي فسخ العقد، وخاصة إذا ما تبين له إنحراف طالب الفسخ في هذا الشأن، فهل يستطيع الحكم بتنفيذ ما التزم به المتعاقد عكس ما ورد بالفسخ، رغم أن الطلب الأصلي المقدم للقاضي هو الفسخ ؟

وفي هذا الصدد يقع على عاتق القاضي البحث عن إرادة المشرع في مجال فسخ العقود، ولما كانت إرادة المشرع تهدف دائماً إلى المحافظة على العقد بقدر الإمكان، وفي سبيل ذلك يخول للقاضي سلطات واسعة في سبيل البحث حول إمكانية إعادة التوازن التعاقدي، وإعمالاً لذلك، فالقاضي يستطيع أن يأمر بتنفيذ العقد، وأن يمنح المدين في هذه الحالة عند الاقتضاء مهلة للتنفيذ، أو يكتفي بالحكم بالتعويض[3]، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة 1228 مدني والتي تنص على أنه "يجوز للقاضي تبعاً للظروف إقرار الفسخ أو الحكم به، أو الأمر بتنفيذ العقد، وأن يمنح للمدين في هذه الحالة، وعند الاقتضاء مهلة للتنفيذ، أو الإكتفاء بالحكم بالتعويض"[4].

وتطبيقاً للنص يعد كل من فسخ العقد أو تنفيذه أو الحكم بالتعويض، وسائل فنية يضعها المشرع تحت تصرف القاضي لكي يعمل الجزاء على عدم تنفيذ الاتفاق، وإعادة التوازن التعاقدي الذي تم الإخلال به[5]. هذه الوسائل ترتكز على الاتفاق نفسه، كما أن هذه الجزاءات تتكامل فيما بينها، ومن ثم يمكن أن تحل محل بعضها حتى دون

---

(1) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص 114 بند 89.

(2)MURIEL. FABRE – MAGNAN: droit des obligations – 1 – Contrat et engagement uniteral 4 éme éd Themis droit – PUF, Paris 2016. P. 652. AMRANI – MEKKKI, Soraya: La reciliation unilaterale des Contrats a durée determinée", Répertoire du, Notariat defrenois Nº 1. 2003. P. 380.

(3)Art: 1228 " Le juge peut, selon les circonstances, Constater au prononcer la récolution on ordonner L'exécution du contrat en accord ant éventuellement un délai au debiteur, au allouer seulement des dommages et intérêt" .

.Cassin : reflexion ur la resolution du contrates R.T. 1945, P. 15 ets

مشار إليه لدى : د. نبيل عمر : الإشارة السابقة.

(4) Cass. 1er 29 ma 2001. Nº 99. 12478.

طلب من الخصم، وإذا اختار الدائن جزاء من هذه الجزاءات، فإن ذلك يتم تحت رقابة القاضي وإعماله لسلطة الملاءمة. والذي يمكنه أن يجمع بين أكثر من جزاء معاً لإعماله على الحالة المعروضة عليه، فيستطيع أن يقدر بأن الأكثر ملاءمة في الحالة المعروضة عليه هو تنفيذ العقد، ويمنح المدين أجلاً لذلك[1]. أو يقدر بأن الملاءم هو الاكتفاء بالحكم بالتعويض[2]. أو على العكس قد يرى الملاءم هو الفسخ[3]، ذلك تبعاً لظروف التعاقد، وما يقتضيه من إمكانية إعادة التوازن التعاقدي.

وبصدد هذه الحالة يتمتع القاضي بسلطة تقدير ملاءمة إعمال الجزاء المطلوب فيها، متى سمحت وقائع النزاع المعروض عليه بذلك، شريطة ألا يفاجأ الخصوم بنتيجة لم يتوقعوها.

وللحيلولة دون حدوث هذه النتيجة، يجب على القاضي تبصرة الخصوم عند إعماله لهذه السلطة وما قد يحكم به من جزاء بخصوص الواقعة المطروحة عليه، فضلاً عن تمكنهم من إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم وملاحظاتهم عليه فوراً، أو في الميعاد الذي يحدده، ويثبت ذلك في محضر الجلسة احتراماً لحقوق الدفاع.

ووفقاً لذلك يتقيد القاضي باحترام حقوق الدفاع عند إعماله للجزاء الأكثر ملاءمة استجابة لظروف النزاع المطروح أمامه، إذ يجب عليه أن يتيح للخصوم إبداء رأيهم فيه، ومناقشته قبل الحكم، فلا يفاجأوا بالقضاء به، دون تمكينهم من إبداء وجهة نظرهم فيه، ومحاولة إقناع القاضي به، وهو ما لا يتأتى إلا إذا بصر القاضي الخصوم بما قد يحكم به عند إعماله لسلطة الملاءمة، ومناقشتهم فيه.

67- خلاصة القول، أن القاضي حالة تعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية بالقضية ووفقاً للتطبيقات السابقة، - وعلى نحو ما رأينا - سوف يصاحب تعديله أو لهذه الأوضاع القانونية تغيير سير الدفاع في القضية، أو على الأقل، تعديل في نطاقه بصفة جوهرية، بحيث يترتب على عدم تبصرة الخصوم بما قام به القاضي من تعديل أو تصحيح لهذه الأوضاع مفاجأة لهم بما قد يقضي به، بما يعد إخلالاً بحقوق دفاعهم. الأمر الذي يوجب على القاضي بمقتضاه تبصرة الخصوم بما قام به من تعديل أو تصحيح لتلك الأوضاع، ودعوته للخصوم إلى إبداء إيضاحاتهم وملاحظاتهم بما قام به من تعديل

وفيه قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد حكم قاضي أول درجة لما قضي بإلزام عيادة خاصة بتنفيذ العقد مع طبيب تخدير، والتي كانت قد أقدمت على فسخ العقد بإرادتها المنفردة، وبررت محكمة النقض تأييداً لقرارها بانعدام السبب الجدي لما أقدمت عليه العيادة الخاصة.

(1) Cass. Com. 22 Oct. 1996. No 94 – 15410. Bull. Civ. Nº 2. 1996. P. 222.

وقضي فيه بأن فسخ العقد المحدد المدة من طرف متعاقد قبل إنتهاء أجله لا يمنع المتعاقد الآخر من الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه، بل على المحكمة التي عرض عليها النزاع تحدد المبلغ المستحق كتعويض عن الأضرار

(2) طعن 77/16563 ق نقض 2021/3/20. طعن 90/7691 ق نقض 2021/2/27.

فوراً أو في الميعاد الذي يحدده، ويثبت ذلك في محضر الجلسة، وهو ما صادف به اعتماداً ثابتاً من جانب التشريعات المقارنة تطبيقاً للمواد 13 مرافعات فرنسي، 368 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية المصري.

وترتيباً على ذلك، تتقيد سلطة القاضي عند تعديله أوتصحيحه للأوضاع القانونية في القضية بقيد هام هو احترام حقوق الدفاع، إذ يجب عليه أن يتيح للخصوم إبداء رأيهم فيها ومناقشتها قبل الحكم، فلا يفاجأوا بالقضاء بها دون تمكينهم من إبداء وجهة نظرهم فيها ومحاولة إقناع القاضي بها، وهو ما لا يتأتى إلا بتبصرته للخصوم بما قام به من تعديل أو تصحيح للأوضاع القانونية وإتاحة الحق لهم في مناقشتها والرد عليها.

الخاتمـــة

وبعد أن استوت الدراسة على عودها، يمكن إجمال أهم النتائج والتوصيات التي انتهت إليها.

الدور التوجيهي للقاضي في الخصومة المدنية من الأصول المعتمدة في التشريعات المقارنة، ومنها المصري الذي اعتمده صراحة في قانون الأحوال الشخصية 2000/1، حيث نصت المادة الرابعة على أنه «يكون للمحكمة في إطار تهيئة الدعوى للحكم تبصرة الخصوم في مواجهتهم بما يتطلبه حسن سير الدعوى، ومنحهم أجلاً لتقديم دفوعهم». والنص وإن ورد بشأن منازعات الأحوال الشخصية، إلا أنه لا يوجد ما يحول بينه وبين العمل به في المنازعات المدنية والتجارية. كما اعتمد المشرع المصري هذا الدور بشأن هذه المنازعات وفقاً لنصوص وردت ضمنياً في قانون المرافعات المدنية والتجارية (المواد 85، 2/115، 118).

وبجانب هذا الأساس التشريعي سواء في القانون المصري والمقارن، يُوجد الدور التوجيهي للقاضي أسس فنية تنطبق عليه وينتظم بداخلها الأول: مبدأ التعاون المشترك بين القاضي والخصوم في مجال الواقع والقانون. فوفقاً لهذا المبدأ لم يعد القاضي هو السيد في مجال القانون، كما لم يعد الخصوم هم السادة في مجال الواقع، حيث أصبح للقاضي دوراً في مجال الواقع، وللخصوم دوراً في مجال القانون، على نحو تداخل الدورين معاً تحقيقاً لفكرة التعاون المشترك بينهما وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

والثاني: قاعدة «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»، ومقتضاها بصدد الدور التوجيهي للقاضي، أنه إذا تعارضت المصالح التي قد يتحقق بها حسن سير الدعوى وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع مع المفاسد وهي الخروج على كل من مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة، وحياد القاضي كان جلب المصالح أولى وتدرء المفاسد لكون المصالح أرجح.

وكل من هذا الأساس أو ذاك – التشريعي والفني – للدور التوجيهي للقاضي ساعد في بيان المقصود بهذا الدور، وهو تبصرة القاضي للخصوم بالواقع المطروح أمامه عرضاً بملف القضية، وكذلك إثارته للقانون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأن كل من هذا الواقع وذلك القانون، وإبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم بصدده استناداً لكل ذلك في حكمه تحقيقاً لحسن سير الدعوى، وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع.

ووفقاً لهذا المفهوم، يشترط لقيام القاضي بدوره التوجيهي في الخصومة المدنية، شروط، إحداهما خاصة بالواقع، والأخرى مشتركة بشأن الواقع والقانون معاً.

والشروط الخاصة بالواقع: يجب أولاً: أن يكون هذا الواقع ثابتاً بملف القضية، بحيث يمكن للقاضي الاطلاع عليه ومعرفته من بين ما قدمه الخصوم من وثائق وملفات، لينحصر دوره في تبصرة الخصوم له، أي أن القاضي ينشط إدعاء الخصوم بالواقع الكامن بملف القضية ولو لم يطرح بشكل صريح. ثانياً : يجب أن يكون هذا

الواقع مثار فعلاً من جانب الخصوم، فإذا ما أثاره القاضي من تلقاء نفسه فإنه يكون غير سبب الدعوى أثناء تحليله للمستندات المقدمة من جانب الخصوم، وهو ممنوع على القاضي.

أما الشروط المشتركة بشأن الواقع والقانون، والواجب توافرها لقيام القاضي بدوره التوجيهي ممثلة في : أولاً: دعوة القاضي للخصوم لتقديم إيضاحاتهم حول كل من الوقائع والنقاط القانونية التي يرى أنها ضرورية لحل النزاع. ثانياً: حق الخصم في العلم في وقت ملائم، أي في الوقت الذي يسمح له بالتفكير في طلبات الخصم ووسائل دفاعه حتى يستطيع الخصم الآخر أن ينظم دفاعه. هذا العلم يعد حقاً للخصم وواجب على الخصم الآخر، لكونه وسيلة لممارسة حق الدفاع. والوقت المناسب قد ينص عليه القانون. أو تقدره المحكمة، وحالة تقديرها للوقت يجب أن يكون مقيد بقيد موضوعي هو احترام حق الدفاع.

وبتحديد الدراسة لكل من الأساس التشريعي والفني للدور التوجيهي للقاضي، وبيان مقصوده، وما يشترط في كل من الواقع والقانون محل هذا الدور، قصت لتبين مبرراته وطبيعة السلطة المخولة للقاضي بشأنه، وتمييزه عما قد يختلط به. وإن كان هذا الدور لا يحتاج إلى مبررات بشأن القانون، لأن القاضي يعلم القانون. فعلى العكس بشأن الواقع يبرره، أن في تبصرة القاضي للخصوم بالواقع المطروح أمامه عرضاً، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأن، فيه ما يحقق سير الخصومة وصولاً للحل الأكثر عدالة للنزاع. كما أن على القاضي أن يتعاون مع الخصوم على تجميع العناصر المادية التي تساهم في حل النزاع، فضلاً عن النصوص التشريعية المعتمدة لهذا الدور، ولذا كانت سلطة القاي في قيامه بهذا الدور مجرد رخصة في مجال الواقع، واجبة في مجال القانون.

أما فيما يتعلق بتمييز الدور التوجيهي للقاضي عما قد يختلط به، ميزت الدراسة بينه وبين الدور الإيجابي للقاضي من ناحية، ومن ناحية ثانية: بين الواقع المطروح عرضاً على القاضي وتبصرته للخصوم به وفكرة الطلبات الضمنية أمام قاضي الموضوع والواقعة المكتشفة بعد صدور حكم هذا القاضي أمام محكمة الاستئناف. ومن ناحية ثالثة: بين دعوة القاضي للخصوم بما له من دور توجيهي لتقديم إيضاحاتهم بشأن الواقع الذي بصرهم به، والقانون الذي أثاره من تلقاء نفسه، وبين دعوة القاضي لصديق المحكمة لتقديم إيضاحاته بشأن ما هو معروض عليه لتنوير عقيدته من جانب، ومن جانب آخر دعوة القاضي للخصوم والنيابة العامة لتقديم إيضاحاتهم بشأن المسألة القانونية المطلوب إبداء الرأي فيها من محكمة النقض وفقاً للقانون الفرنسي.

وبعد أن بينت الدراسة أساس ومضمون الدور التوجيهي للقاضي وتمييز عما قد يختلط به، مضت قدماً لتبين تطبيقات هذا الدور في مجال الواقع ونطاق القانون.

ففي مجال الواقع للقاضي تبصرة الخصوم بالوقائع التي وردت عرضاً بملف القضية، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها استناداً إليها في حكمه ليس فحسب لإعمال نص قانوني معين، وإنما أيضاً قد يكون لاستبعاد هذا النص.

ومباشرة القاضي لإعمال هذا الدور، واستعمال سلطته بشأن الواقع يجد مجاله ونطاق تطبيقه بصدد تطبيقات عملية لا تقع تحت حصر، تعرضاً للبعض منها، دعاوي المسؤولية، التطليق، الإفلاس، الحضانة، الإيجار، وتعرضنا لهذه التطبيقات كان على سبيل التمثيل لا الحصر، وانتهينا إلى أن ما قام به القاضي من كشفه للوقائع التي تطرح أمامه عرضاً بملف القضية، وتبصرته للخصوم بها، ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها لا يعد من جانبه إلا أن يكون مجرد استنباط لوقائع طرحت بملف القضية من جانب الخصوم دون أن يتذرعوا بها خصيصاً لإسناد طلباتهم ودفوعهم.

ولكون هذه الوقائع تعد صالحة لتوليد النتائج التي توصل إليها القاضي فاستناده إليها في حكمه بعد تبصرة الخصوم بها ودعوته لهم لتقديم إيضاحاتهم بشأنها، لا يعد من جانب القاضي قضاء بعلمه الشخصي، كما لا يعد خروجاً من جانبه على مبدأ حياده، ولا على مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة، لأن كل من هذا المبدأ أو ذاك – وكما رأينا – يجب أن يعطي له الحجم الحقيقي والنطاق المعقول، وعدم الانصياع وراء المفهوم التقليدي المتوارث لكل منهما.

أما بصدد القانون، ولكون القاضي يعلم القانون، فيقع على عاتقه تعديل أو تصحيح الأوضاع القانونية بالقضية، شأن مسألة التكييف أو إثارته ومن تلقاء نفسه للمسائل المتعلقة بالنظام العام، أو تكليفه للخصوم بتصحيح العيوب الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، أو استناده للسلطة الملائمة بصدد أعمال النصوص القانونية.

فإذا ما قام القاضي بهذا التعديل أو ذلك التصحيح، تعين عليه تبصرة الخصوم به، لأن قيامه بهذا التعديل أو ذلك التصحيح لهذه الأوضاع حتماً سوف يصاحبه تغيير في سير الدفاع المقدم من جانب الخصوم قبل هذا التعديل، أو على الأقل التعديل في نطاقه الجوهري. فإذا ما صدر القاضي حكمه وفقاً لما قام بتعديله أو تصحيحه سوف يفاجأ الخصوم بحكمه، مما يعد ذلك إخلالاً بحق الدفاع، ومن ثم بطلان الحكم.

وللحيلولة دون حدوث هذه النتيجة يقع على عاتق القاضي عند تعديله أو تصحيحه للأوضاع القانونية بالقضية، تبصرة الخصوم بهذا التعديل أو ذلك التصحيح، ودعوته لهم لتقديم الإيضاحات بشأنها، وتمكينهم من إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم احتراماً لحق الدفاع.

بالإضافة لهذه النتائج نضيف توصية لا تقل في الأهمية عن النتائج السابقة، ممثلة في قابلية نقل المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية 2000/1 إلى مصاف النصوص العامة، قانون المرافعات المدنية والتجارية، لقابليته تطبيق النص على كافة المنازعات المدنية والتجارية وغيرها من المنازعات الأخرى، ومن ثم يستقر في الشريعة العامة للإجراءات بدلاً من قانون خاص، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، باتت الضرورة ملحة إلى تنقيح وتطوير القانون ... «المرافعات المدنية والتجارية»، وإعادة هيكلته ليستهل بباب للأحكام العامة يتضمن المبادئ التوجيهية للدعوى، الأطراف، القاضي، موضوع النزاع، الوقائع، الأدلة، القانون، المواجهة، الدفاع، التوفيق، على غرار قانون المرافعات الفرنسي.

قائمة المراجـــع

أولاً: باللغة العربية:

أ – المؤلفات العامة:

– د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص – الجزء الأول، 1973، منشأة المعارف.

– د. أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2011، دار النهضة العربية.

– د. أحمد هنـــدي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2023، دار الجامعة الجديدة.

– د. حلمي الحجـار، هاني الحجـــار : الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، 2022، الطبعة الثامنة، الجزء الثاني – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

– د. عبد الرزاق السنهوري: – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد الأول والثاني، مصادر الالتزام 2022، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

– الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، الإثبات وآثار الالتزام 2011، طبعة نهضة مصر.

– الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج6، المجلد الأول، الإيجار والعارية، 2011، طبعة نهضة مصر.

– د. عصـــام سليم : النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، 2021، دار الجامعة الجديدة.

– د. علـــي هيكل: الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني، 2023، دار الجامعة الجديدة.

– د. فتحـــي والـــي : المبسوط في قانون القضاء المدني، 2017، جزءين، دار النهضة العربية.

– د. نبيـــل سعـــد: – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – 2020، دار الجامعة الجديدة.

– الإثبات في المواد المدنية والتجارية، 2020، دار الجامعة الجديدة.

– د. وجـــدي راغب: مبادئ القضاء المدني، 2001، دار النهضة العربية.

ب – المؤلفات الخاصـــة:

– د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، 1981،

منشأة المعارف.
– د. أحمد أبو الوفـــا: – نظرية الدفوع في قانون المرافعات، 2012، دار الفكر العربي.
– نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار الفكر العربي.
– د. أحمد خليـــل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، 2000، دار المطبوعات الجامعية.
– د. أحمد هنـــدي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، 1997، دار الجامعة الجديدة.
– د. الأنصاري حسن النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي، 1999، دار الجامعة الجديدة.
– د. سحر عبد الستار إمام: دور القاضي في الإثبات، 2002، دار النهضة العربية.
– د. ضياء شيت خطاب: فن القضاء– المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.
– د. علـــي تركـي: التزام القاضي بالفصل في النزاع، 2013، دار النهضة العربية.
– د. علي أبو عطية هيكل: – النزول عن الحكم، 2022، دار الجامعة الجديدة.
– فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف، 2019، دار الجامعة الجديدة.
– فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، 2017، دار الجامعة الجديدة.
– الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2007، دار المطبوعات الجامعية.
– د. عزمي عبد الفتاح: – واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، 1993/1992، دار النهضة العربية.
– تسبيب الأحكام في المواد المدنية والتجارية، 1983، دار النهضة العربية.
– د. فتحـــي والـــي: – دور القاضي في الدعوى المدنية – ضمن منشورات مؤلفه كتابات في القضاء المدني

والتحكيم، 2015، دار النهضة العربية.
– نظرية البطلان في قانون المرافعات، 1997، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.
– د. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، 2011، دار الجامعة الجديدة.
– د. محمد نصر الجندي: الطلاق والتطليق وآثارهما، 2004، دار الكتب القانونية.
– د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، 1982، دار الفكر العربي.
– د. نبيـــل عمـــر:
– عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، 2016، دار الجامعة الجديدة.
– الوسيط في الطعن بالاستئناف، 2015، دار الجامعة الجديدة.
– سلطة القاضي التقديرية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2014، دار الجامعة الجديدة.
– امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، 2011، دار الجامعة الجديدة.
– سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، 2008، دار الجامعة الجديدة.
– دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2008، دار الجامعة الجديدة.
– الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، 2004، دار الجامعة الجديدة.
– د. وجـــدي راغـــب: نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، 1974، منشأة المعارف.

ج – المقـــالات:
– د. إبراهيم شحـــاته: في اجتهاد القاضي – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، يوليه 1962، السنة الرابعة، العدد الثاني.
– د. حبيب مزهـــر: دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية – منشورات المؤتمر العلمي لكلية الحقوق والعلوم السايسية، دور القاضي في الخصومة – وحدة الهدف وتعدد الأدوار في

الفترة من 4 – 6 شباط/ فبراير 2010، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، بيروت، لبنان.

– د. حيدر فيلج الكناني: صديق المحكمة بين التنظير الفقهي والتأصيل القانوني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة بغداد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، المجلد 7، العدد الرابع، السنة 2022.

– د. سحر عبد الستار إمام: – صديق المحكمة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة السادات، 2017، العدد الثاني.

– تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة "إبداء الرأي"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، حقوق الإسكندرية، 2012، ج 2، ص 1079.

– د. علي أبو عطية هيكل: الدور المساهم للإرادة الفردية في القانون الإجرائي، نحو مصدر جديد للقانون الإجرائي، مجلة جامعة السلطان قابوس للدراسات القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، 2022.

– د. علـــي الشيـــخ: نظرات في تنظيم محكمة النقض الفرنسية واختيار الطعون التي تنظرها في المواد غير الجنائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 66، أغسطس 2018.

– د. عزمي عبد الفتـــاح: التمييز بين الواقع والقانون، وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية كحل تأصيلي لمشكلة تغيير أساس الادعاء، مجلة المحامي الكويتية، السنة التاسعة، الأعداد أكتوبر – نوفمبر – ديسمبر، 1986.

– د. عثمـــان بـــلال: القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، 2017، الملد 15، العدد الأول.

– د. هشـــام صـــادق: المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، المحاماة، العدد الرابع، السنة 50.

– د. وجـــدي راغــب: – دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 18، العدد الأول، 1976.
– نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1973، السنة 15، العدد الأول.
– د. نبراس الزيـــادي: المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال الغير بالعقد، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، 2018، السنة العاشرة، العدد الأول.

د– الدوريات ومجموعات الأحكام:
– البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية.
– المحاماة – وتصدرها نقابة المحامين – القاهرة.
– مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة.
– مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية.
– مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
– مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، 2018، السنة العاشرة، العدد الأول.
– مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.
– مجموعة أحكام النقض، يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية.
– مجموعة أحكام المحكمة العليا، يصدرها المكتب الفني للمحكمة العليا العُمانية.
– مجموعة الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية.

و – مراجع في الشريعة الإسلامية:
– جلاء الدين عبد الرحمن السيوطي: الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، 1411ه، دار الكتب، بيروت.
– د. حسن إبراهيم الهنداوي: قاعدة «درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة»، دراسة أصولية فقهية 1411ه/2011م، دار النشر، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت.
– زين العابدين بن إبراهيم بن نجم: الأشباه والنظائر، 1413ه، الطبعة الأولى.
– د. محمد عبد العزيز المبارك: قاعدة «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»، بحث مقدم لمؤتمر تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، المملكة العربية السعودية، وزارة الصحة، المديرية العامة للشئون الصحية بمنطقة الرياض، إدارة التوعية الدينية، 1428ه.

– د. محمد الذحيـــلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 2006، دار الفكر، دمشق، الجزء الأول.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

– AMRANI – MEKKI, SORAYA: La La récioliation Unilaterale des contrats â durée determinée "Répertoire du, Notarial defronais. Nº 2003.
– ANNE LE, GALLOU: le juge et le droit présention du l'article 12. N.C.P.C. Revue. Juridique de l'ouest 1995.
– AUAFA et MOUDENE: article 12 du code de procedure civil de la nécessité de bien qualifier les faits. UYI – Avacats 25. Janvier 2023.
– CADIET et CLAY (Th.) les mades alternativs de réglement des canflits 3éd Paris. Dalloz, 2019.
– CARNU: amiable composition judiciaire. Rev. arb. 1980. P. 373.
– Cécile CHAINAIS: le principle dispositive origins historiques et droit compare Article January. 2015.
– Gérard, COUCHEZ: principles directeure du principe de la cantradicition. Juis. Class. Pr. Civ. Fasc. 156. 1973.
– GIVERDON (C.): incompetence. Ency. Dalloz Pr. Civ. 1973.
– ……: La procedure de réglement des exceptions d'incompétence de Litispendance et de. Cannexite de apréc le décert. Nº 72 – 684 – 20. Juillet 1972. Ency.. Dalloz. Chranique XX. III. P. 169.
– GULLARD, et LANDRY: les conclusions d'appel Gaz. Pal. 1975. P. 16.
– G. KEROMENES: La saisine pour avis de la cour de cassation examen des conditions de necevabilite des demandes Gaz. Pal. 3 – 4 – 1997.
– OUAFA EL MOUDENE: article 12 du code de procedure civile: de la nécessité de bien qualifier les faits 25 janvier 2023. https://www.useyourLaw.
– MARTIN: le juge de vant la préstenation D. 1987. Chran. 35.

– MARTIN (R.): le fait et le droit au les parties et le juge J.C.P. 1974. 2625.
– MAXIME SOMDE: proteger les droit sociaux por la procedure des l'amicus evrioe dans L'arbitrage d'invetissment de la paudre aux yeux des tierces parties. International institute fer sustainable deve la pment 23 avril 2019.
– MIGUET (J.): immuabitie et evolution du litige Thése 1977.
– …….: Reflexions surles qualification et points de droits 2014.
– MOTULSKY (H.): le rôle respectif du juge et parties dans l'allegation des fait, in, Ecrits Etudes et notes de procedure civile. Dalloz. 1973.
– ……: La cause de le la démande dans la delimitation de l'affice du juge. D. 1964. Chron. 235.
– MURIEL. FABRE – MAGNAN: droit des abliqations – 1 – Contrat et engagement uniterel 4éme éd Themis droit – PUF. Paris. 2016.
– NORMAND (J.): le juge et le litige Thése. L.G.D.J. 1965.
– ……: Le juge et fondement du litige in Métanges offert â pierre. H.B. BRAUD. P. 595.
– …….: Les apparts respectifs du juge et des parties â la solution du litige aujourd'hui et demain R.T.D. Civ. 1988.
– …….: Les droits de la de fense devant les jurisdictions travait semaine sociale lamy. Suppl. Nº 410 mai 1988. P. 51.
– SOULAS de RUSSEL (D.) et RAimault (P.): Nature et racine du principe sécurite juridique : Une mise au point. RID. Comp. 2003 – 1 – P. 96.
– STRICKLER (Y.): L'office du juge et les principes HAL. Id. 01077512.
https://www.hal.archives.ouvertes.Frl.hal.
01077512. Submitted Nº 25. Oct. 2014.
– TARZIA: les pouvaire du juge civil en Matiere de preuves. Melanges perrol. Dalloz. 1996.

– TERRE (F.): Introduction general ou droit Dalloz. 3éd 1996.
– VIATTE (J.): La miable composition judiciaire Rev. Arb. 1976. P. 565.
– VINCENT CHANTEBAUT: L'amiable compasiteur face aux régles d'ordre Public de direction et de protection. Dalloz Actualite 14.
– VINCENT et GUINCHARD: procedure civile Dalloz. 27éd 2009.

الدوريات ومجموعات الأحكام:

Bull. Civ.	:	Bullelin des arrêst des chambers de la cour de cassation français.
D.	:	Recueil Dalloz de doctrine, de jurispruden L'egislation.
D.S.	:	Recueil Dalloz sirey de doctrine de jurisprudence el de légistation.
G.P.	:	Gazette du Palais.
J.C.P.	:	Juris – Classeur périodique – Semaine juridique.
R. arb.	:	Revue de L'arbitrage.
R.T.D. Civ.	:	Revue Trimestrielle de droit civil.
S.	:	Recueil general des lois et des arrest sirey.