

**الإجراءات التـسوية**  
**( دراسة في ظاهرة المماطلة مفهومها ، والمواجهة**  
**القانونية لها أمام القضاء المدني )**

أ.و / علي مصطفى الشيخ  
أستاذ مساعـر بقسم قانون (المرافعات)  
كلية الحقوق - جامعة المنصورة



## مقدمة

ينبذ أساتذة قانون المرافعات في مصر إلى أن ثمة مشكلة يضح منها المتقاضون في بلادنا . مشكلة تتمثل في بطء إجراءات التقاضي والتنفيذ في المواد المدنية والتجارية . وأن العدالة في بلادنا بطيئة تسير أحيانا وكأن في قديمها أنقال . وكأنها تسير على الشوك في طريق طويل مليئ بالحواجز والعقبات . وإلى أن المنازعات المدنية تتداول أمام المحاكم لعدة سنوات قد تطول إلى ما بعد انتهاء عمر رافع الدعوى <sup>(١)</sup> .

ولا يخفى على أحد من المشتغلين بالعمل القانوني صحة ما يلاحظه وينبه إليه هذا الفقه . وكذلك صحة تأكيده أنه " شاع في بلادنا مطل جمهور المدينين وعنتهم " <sup>(٢)</sup> ، وأنه " قد رسخ في أذهان الناس أن التصالح على ربع الحق خير من التقاضي عليه " <sup>(٣)</sup> .

ولا شك أنه يعز علينا أن يقول الفقه الإجرائي : " أن الالتجاء إلى القضاء لم يعد وسيلة فعالة لاقتضاء الحقوق ، وإنما أصبح ميدانا يجد فيه المماطل متسعا للمراوغة والتعطيل مستغلا ما نص عليه القانون من ضمانات لأطراف الخصومة

<sup>(١)</sup> د / أحمد محمد مليجي - حبس المدين في الديون المدنية والتجارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - مكتبة وهبة - ١٩٨٥ - ص ٣ ، د / أحمد صدقي محمود - حبس المدين المماطل في القانون الإماراتي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ٢٠٠٣ م - ص ٦٣ ، حبس المدين المماطل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ٦ ، ص ٨٥ ، المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ٥ وما بعدها .

<sup>(٢)</sup> د / أحمد محمد مليجي - حبس المدين - ص ٣ ، ص ١٤١ .

<sup>(٣)</sup> د / أحمد صدقي محمود - المدعى عليه وظاهرة البطء - ص ٥ وهامش ٣ .

احتراما لحقوق الدفاع . بل أصبح من مصلحة كل مماطل التجاء خصمه إلى القضاء . إذ وقر في أذهان الناس أن خير سبيل لإماتة حق طرحه على ساحة القضاء " (١) .

ولاشك أن ظاهرة طول أمد التقاضي وبطء سير إجراءاته ، يلمسها كذلك عامة الناس . فمن الواضح للجميع ، حتى غير المتخصصين في علم القانون أو العاملين به ، الوقت الطويل الذي يستنفد في التقاضي . والثقل الشديد الذي تنتهي به المنازعات ، إلى الحد الذي يدفع أصحاب الحقوق أحيانا إلى العزوف عن طرق أبواب القضاء والرضا بصلح مغبون . أو التنازل عن جزء من الحق في سبيل الحصول على جزئه الآخر ، في بعض الحالات . بل وتركه كلية ، أفضل من ضياع الوقت والأموال أمام المحاكم . والزهد في هذا الحق وتركه وتسليم الأمر لله عز وجل (٢) .

ولقد أصبحت هذه المشكلة ، والتي عدها بعض الفقه (٣) وبحق أم المشكلات في العملية القضائية ، قضية رأي عام ، تشغل المجتمع بأسره . وليس فقط رجال القانون . وأود أن أورد هنا بعض ما جاء بجريدة الأهرام (٤) في مقال بعنوان " أوراق خاصة – عدالة السلحفاة " . حيث يقول كاتب المقال (٥) : " نعود إلى مؤسسة العدالة في بلادنا وما يحدث فيها . ويسبب آلاما كثيرة لنا ويثير الشك في الوصول إلى الحقوق ويبعث على القلق ويعيدنا أحيانا إلى شريعة الغاب . وقد جاءتني رسالة لم اصدق ما فيها ،

(١) د/ أحمد السيد صاوي – التحكيم طبقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية – ٢٠٠٢ – بند ١ ص ٥ .

(٢) د / أحمد إبراهيم عبد التواب – النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي - دار النهضة العربية – ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦ ، ص ٤٤٩ ، ص ٥ ، ص ٦ ، د / أحمد صدقي محمود – المدعى عليه وظاهرة البطء – ص ٥ وما بعدها .

(٣) د/ طلعت محمد دويدار – تأجيل الدعوى – دار الجامعة الجديدة للنشر (بالاسكندرية) – بدون سنة نشر – ص ٩ .

(٤) السنة ١٣٣ العدد ٤٤٥٩٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠٠٩م – ص ٧ .

(٥) الاستاذ / نبيل عمر .

وقرأتها مرة وثلاثا وعشرا ، بينما سؤال شيطاني يتقافز في الفضاء ساخرا منا جميعا : أي عدالة هذه ؟

الرسالة القصيرة تقول بالنص دون حذف ودون أي تحسينات في لغتها : قرأت ما كتبتموه عن التقاضي ، وأحب أن أعرفك – يا سيدي – أن لنا قضية في محاكم شمال القاهرة ، ..... هذه القضية منذ سنة ١٩٤٩ ، أي منذ ٦٠ سنة وهي تتأجل في المحاكم حتى الآن ، حتى وصلت عند خبيرة في مكتب الخبراء ..... لقد مات أصحاب القضية وأبنائهم ، والذي على قيد الحياة ..... إلى آخر المقال .

ولاشك في أن رسوخ هذه المفاهيم في أذهان الناس له آثار سيئة . فالتشكك في قدرة القضاء على تحقيق الحماية القانونية للحقوق والمراكز القانونية في وقت معقول، أمر خطير يمس فاعلية النظام القانوني ككل . وهو ما قد يشجع الأشخاص على الالتجاء إلى وسائل لا قانونية ، أو وسائل مشوبة بالعنف أحيانا ، لتسوية منازعاتهم . ولا شك أنه ليس صائبا ، كما قال بعض الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> ، أن يتنازل المتقاضون عن حقوقهم ، أو أن يستديروا ، للحصول عليها ، تجاه طرق أخرى . فضلا عن تخوف الشخص من الدخول في تعاملات أو منح انتمان ثم يعجز عن الحصول على حقه في الوقت الملائم ، وهو ما يؤثر سلبا على رواج المعاملات أو منح الانتمان ، ويؤدي إلى انكماش الاستثمار<sup>(٢)</sup> .

(١) Decheix (Pierre) , Suggestions hérétiques pour une justice moins lente , D., 1991 , chron., pp. 49 et s., spéc. p.50 .

(٢) ولعل هذا التخوف يمثل أحد الأسباب الهامة التي تدفع بالمستثمرين الأجانب إلى تفضيل الالتجاء إلى التحكيم ، لفض المنازعات التي يكونوا أطرافا فيها .

ولهذا فإذا كان " ضمير الجماعة يرفض وبشدة بطء إجراءات التقاضي بحيث يرى حقا يضار أو يضيع أو تقل قيمته بسبب هذا البطء " (١)، وذلك كما قيل وبحق (٢)، فإنه لا شك كذلك أن للدولة مصلحة في أن تسير إجراءات التقاضي حتى تنتهي في أقصر وقت ممكن ٣، (٤).

وفي اعتقادي أن هذه الظاهرة ترجع بصفة أساسية إلى عاملين، هما زيادة عدد القضايا التي تعرض على المحاكم، خاصة إزاء قلة عدد المحاكم في مصر من ناحية، وإلى إجراءات التقاضي واستعمال المتقاضين لها بسوء نية من ناحية أخرى (٥).

(١) نقلا عن د/ نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات - منشأة المعارف (الاسكندرية) - ص ٢٥٣ .

(٢) د/ نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات - ذات الإشارة السابقة .

(٣) R. Morel , Traité élémentaire de procédure civile , 2<sup>e</sup> éd., Paris , 1949 , n<sup>o</sup> 425 , p. 345 ,

د / وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني - مجلة القانون والاقتصاد - يناير وفبراير ١٩٧٦م - ص ١٧٣ .

(٤) ولعل هذا ما يبرر الاتجاه التشريعي الملحوظ صوب القضاء المستعجل ، والذي تكون أحكامه نافذة معجلا ، فضلا عن بساطة إجراءاته وسرعتها ، وذلك لتفادي بطء المنازعات الموضوعية وثقلها في مسائل معينة يتسع مجالها تدريجيا ، خاصة في الأونة الحديثة ، حيث لم يعد محتملا الانتظار لسنوات لحين انتهاء النزاع الموضوعي . انظر :

Pansier ( Frédéric - Jérôme ) et Pansier ( Jean - Marie ) , abus de procédure , article 700 du code de procédure civile et référé , J.C.P., 1983 , I , 3105 , n<sup>os</sup> 3 et ss.

(٥) ويرى بعض الفقه وجود أسباب ثلاثة لظاهرة بطء العدالة التي يعاني منها نظامنا القضائي . وأن الخبرة في التنظيم القانوني المصري هي أحد هذه الأسباب . وأن السببين الآخرين فهما : القضاة وعدم حرصهم على سرعة الفصل في الدعاوى ومخالفة المادة ٩٨ مرافعات بشأن ضوابط تأجيل الدعوى ، والمحامين بتعمد الكثيرين منهم عرقلة الفصل في الدعاوى بطرق ملتوية .

د/ محمود جمال الدين زكي - الخبرة في المواد المدنية والتجارية - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ١٤ وهامش ١٤ . وانظر : د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - ص ٢١٢ وهامش ٢ .

## زيادة عدد القضايا التي تعرض على المحاكم :

وهو ما يرجع إلى عوامل اجتماعية واقتصادية وثقافية شتى . وإلى ضعف الوازع الديني والخلقي عند كثير من الناس . وانتشار روح المشاكة والمشاغبة عند البعض ممن يجيدون اختلاق المنازعات والتعدي على أموال الناس بغير حق .

وإذا كان صحيحا أن زيادة عدد القضايا وتكدسها أمام المحاكم يؤدي إلى بطء سير القضاء وتقليل قدرته على انجاز القضايا ، فإنه صحيح كذلك أن هذا البطء يؤدي هو أيضا بدوره إلى المزيد من البطء ، وهكذا <sup>(١)</sup> . وقد قيل ، حتى في فرنسا <sup>(٢)</sup> ، أن القضاء مرهق أو غارق في المنازعات ، لدرجة أن تكلم بعض الفقه الفرنسي عن انفجار قضائي <sup>(٣)</sup> Explosion judiciaire .

## حالة إجراءات التقاضي واستعمال الخصوم لها بسوء نية :

والحقيقة أن جعل الخصومات أو الإجراءات القضائية بصفة عامة تنتهي في أقل فترة زمنية ممكنة ، وبالتالي تحقيق العدالة السريعة <sup>(٤)</sup> ، كان دائما أحد أهداف السياسة التشريعية في مجال التقاضي .

<sup>(١)</sup> وقد سجل بعض الفقه أن القاضي في بعض الأحوال يسعد في داخله متى طلب أحد الخصوم تأجيل نظر الدعوى ، دون أن يهمه أن يكون طلب التأجيل جديا من عدمه . وأن السبب في ذلك هو عدم التناسب بين عدد القضايا التي يجب عليه أن يفصل فيها في جلسة واحدة وقدرته كإنسان .

د / أحمد صدقي محمود - المدعى عليه وظاهرة البطء - ص ٥٢ ، ص ٣٧ ، ص ٣٨ .

<sup>(٢)</sup> Caratini ( Marcel ) , Les répons de la justice à l'accroissement des contentieux , G.P., 1987 , I , doct. pp. 36 et s.

<sup>(٣)</sup> ذات الإشارة السابقة .

<sup>(٤)</sup> فهذه السرعة لا شك أحد عناصر مبدأ حسن سير العدالة . فالعدالة القضائية الجيدة يلزم فيها أن تكون بأسرع وقت وأقل تكلفة ، د / نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات - ص ٢٦٤ - ٢٦٥ .

ولهذا يتدخل المشرع باستمرار ، والمرة تلو الأخرى ، محاولاً من جانبه تعديل النصوص التشريعية ، وإدخال التحسينات التي يراها عليها ، كلما كان لازماً لتسريع عمل القضاء ، وذلك للحرص على سير الإجراءات إلى الأمام ، وتقصير المواعيد المقررة لاتخاذها ، وزيادة قيم الجزاءات المالية التي توقع عند مخالفة الواجبات الإجرائية . وذلك بهدف ضبط استعمال الخصوم لهذه القواعد الإجرائية والقضاء على الثغرات أو الذرائع التي يستخدمها المتقاضون عادة لتطويل مدة سير الإجراءات ، وتأخير انتهاء المنازعات .

وإذا أردنا مثلاً يوضح السعي الدائم من قبل المشرع في هذا الصدد . فليكن هو الجهد التشريعي المبذول لتحسين قواعد رد القضاء وأعضاء النيابة العامة<sup>(١)</sup> .

ذلك أنه لما لوحظ من زيادة مضطربة في طلبات رد القضاة وإساءة لاستعمال الحق في الرد ، رأى المشرع ضرورة التدخل . وكان هذا التدخل بداية بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦م<sup>(٢)</sup> ، بتعديل بعض مواد الرد سعياً إلى التضييق من نطاق الالتجاء إليه . فضلاً عن زيادة قيمة الجزاءات المالية على الخصم الذي يفترض استعماله هذا الحق لأسباب غير جدية ، أضيفت فقرة جديدة إلى المادة ١٥٢ مرافعات للنص على سقوط حق الخصم في طلب الرد إذا لم يحصل التقرير به قبل إقفال باب المرافعة في طلب الرد السابق المقدم في الدعوى<sup>(٣)</sup> . وذلك بهدف الحد مما يلجأ إليه الخصوم من تقديم طلب رد ثم تقديم طلب رد آخر ، وهكذا بقصد تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية . وبناء عليه

(١) انظر في هذا الشأن : علي عوض حسن - رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ ، د/ أحمد صدقي محمود - المدعى عليه وظاهرة البطء - ص ٦٨ وما بعدها ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٨٩٥ وما بعدها .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٣٥ مكرر في ٢٨ / ٨ / ١٩٧٦م .

(٣) متى أخطر بالجلسة المحددة لنظره وكانت أسباب الرد قائمة حتى إقفال باب المرافعة .



تم تعديل المادة ١٥٧ ليقوم قلم الكتاب بإخطار الخصوم بالجلسة المحددة لنظر طلب الرد . وأضيفت إلى قانون المرافعات المادة ١٥٨ مكرر لتوجب على رئيس المحكمة إحالة هذه الطلبات إلى ذات الدائرة التي تنظر طلب الرد السابق لتقضي فيها جميعا بحكم واحد ، ودون تقيد بالإجراءات التحضيرية المنصوص عليها في المادتين ١٥٦ ، ١٥٧ مرافعات .

كما تم تعديل المادة ١٥٩ مرافعات لتصبح أكثر تشددا ، من الصياغة السابقة لها ، وذلك من النواحي الآتية :

١ - أضاف المشرع الحكم بالغرامة ومصادرة الكفالة في حالة سقوط الحق في الرد أو عدم قبوله بعد أن كان الحكم بها يقتصر فقط على حالة رفض طلب الرد . وهكذا سوى المشرع في الجزاء الذي يوقع على الخصم بين حالة رفض الطلب أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله .

٢ - النص على تعدد الغرامة التي يحكم بها على الخصم بتعدد القضاة المطلوب ردهم .

٣ - النص على الحكم بمصادرة الكفالة في حالة التنازل عن طلب الرد .

كما أضيف إلى قانون المرافعات المادة ١٦٢ مكرر التي تجعل تقديم أي طلب رد، يقدم بعد القضاء برفض طلب رد سابق أو بسقوط الحق فيه أو بعدم قبوله أو بإثبات التنازل عنه ، غير موقف للدعوى الأصلية ما لم تحكم المحكمة بالوقف بناء على طلب أحد ذوي الشأن<sup>(١)</sup> .

(١) وقد قضي بأن النص في المادة ١٦٢ مرافعات ، ١٦٢ مكرر المضافة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٩م بديل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع قصد من استحداث النص الأخير - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - علاج الحالات التي قد يعمد

إلا أنه وبعد إدخال التعديلات السابقة على النصوص المنظمة لرد القضاة كشف التطبيق العملي عن عدم كفايتها لعلاج ظاهرة الإكثار من طلبات الرد واستعمالها في العديد من الحالات بهدف تطويل الإجراءات مما يزيد من بطء التقاضي . لذا استلزم الأمر التدخل التشريعي مرة ثانية ، فكان أن صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م ، والذي عدل أغلب النصوص المتعلقة برد القضاة متبعا ذات نهج التعديل السابق سواء بتشديد الجزاءات المالية أو بالتضييق في نطاق الرد . وقد حاول المشرع بلوغ هذا الهدف باتخاذ الخطوات الآتية :

- ١ - استحداث نص الفقرة الأولى من المادة ١٥٢ مرافعات ، والتي تقرر عدم قبول طلبات الرد التي تقدم بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى ، أو التي تقدم ممن سبق له تقديم طلب رد نفس القاضي في ذات الدعوى .
- ٢ - استحداث فرض رسم ثابت قدره مائة جنيه عن كل طلب رد<sup>(١)</sup> .

فيها الخصوم إلى تعطيل سير الدعوى الأصلية عن طريق طلبات الرد المتعاقبة ، وذلك بأن جعل وقف السير فيها يقع بقوة القانون كأثر لأول طلب رد موجه إلى قاضي ينظرها ، فإذا قضى في هذا الطلب برفضه أو بسقوط الحق فيه أو بعدم قبوله أو بإثبات التنازل عنه ، فإن أي طلب آخر بالرد من أي من الخصوم ولو كان موجه إلى قاضي آخر لا يترتب على مجرد تقديمه وقف السير فيها ، وإنما يكون وقفها في هذه الحالة أمرا جوازيا للمحكمة التي تنظر طلب الرد . نقض مدني ١٤ يناير ١٩٨٧ م - في الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ٥٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٨ - ١ - رقم ٢٧ - ص ١٠٢ .

(١) المادة العاشرة من قانون التعديل التي أضافت إلي المادة الرابعة من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ م بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق فقرة أخيرة نصها : " كما يفرض رسم ثابت مقداره مائة جنيه على كل طلب رد أو دعوى مخاصمة " . وانظر : عز الدين الدناصوري وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ط ١١ - سنة ٢٠٠٣ - ص ١٥٧٨ - التعليق على المادة ١٥٣ .

- ٣ - أراد المشرع تفادي إمكانية استئناف الحكم الصادر في طلب الرد ، حتى لا تبقى الخصومة الأصلية موقوفة للفصل في الاستئناف ، فجعل الاختصاص بالفصل في طلب رد القاضي بالمحكمة الجزئية أو الابتدائية ، لمحكمة الاستئناف .
- ٤ - أصبحت المادة ١٦٢ مرافعات ، بعد هذا التعديل ، تجيز لرئيس المحكمة ندب قاضي بدلا من القاضي المطلوب رده دون تقييد ذلك بضرورة توافر الاستعجال، وبطلب الخصم الآخر ، كما كان قبل التعديل .
- ٥ - حظر المشرع قبول طلب رد أحد مستشاري المحكمة التي تنظر طلب الرد ( م ١٥٧ مرافعات ) .
- ٦ - النص على زيادة القيمة المالية للكفالة والغرامة التي يقضي بها على طالب الرد عند رفض طلبه أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله .
- ثم عاد المشرع وأدخل للمرة الثالثة تعديلا على هذه القواعد بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م . وقد تضمن هذا التعديل :
- ١ - تعديل المادة ١٥٣ برفع قيمة الكفالة التي يتعين على طالب الرد ايداعها عند التقرير بالرد .
- ٢ - إضافة حكم جديد بالزام قلم الكتاب بتحديد جلسة في موعد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب ، وتوقيع طالب الرد بما يفيد علمه بالجلسة .
- والهدف من ذلك ، كما تبين المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م ، هو ضمان تحقيق السرعة في نظر خصومة الرد والبت فيها بما يرد القصد على من لا يستهدف بها إلا إطالة أمد النزاع .

٣ - تعديل المادة ١٥٨ البند ( ج ) بجعل قيام الدائرة التي تنظر طلب الرد بتحقيق الطلب والحكم فيه في موعد لا يجاوز شهرا من تاريخ التقرير بالرد ، بعد أن كانت هذه المدة قبل التعديل لا تجاوز شهرين <sup>(١)</sup> .

٤ - تعديل المادة ١٥٩ لرفع قيمة الغرامة التي يقضى بها على طالب الرد ( في الحالات الأربع الأولى ) في حديها الأدنى والأقصى . فأصبحت لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن ألفين . ورفع الحد الأقصى لها إلى ثلاثة آلاف جنيه إذا كان الرد مبنيا على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ .

ومرة رابعة يتدخل المشرع بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م لتعديل المادة ١٥٩ ، برفع قيمة الغرامات التي يحكم بها على طالب الرد عند رفض طلبه أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه ، إلى الضعف .

والفكرة الأساسية التي نريد إبرازها هنا ، وقدمنا قواعد رد القضاة كمثال لتوضيحها ، هي أن المشرع ومهما بلغ حرصه واجتهده في مواجهة ظاهرة تطويل الإجراءات وبطء التقاضي ، فإنه لا يستطيع أن يتجاوز في هذا الصدد حدا معينا . فلا يجوز للمشرع أن يبالغ في هذه الضوابط والقيود إلى حد مصادرة الحقوق الإجرائية الأساسية للخصوم أو سلبهم الضمانات المقررة لإعمال حقهم الدستوري في التقاضي والدفاع أمام القضاء <sup>(٢)</sup> . وإلا كان في ذلك افتئاتا على الحقوق والضمانات الإجرائية المقررة للخصوم . وهو ما عبرت عنه خير تعبير المذكرة الايضاحية لإحدى محاولات المشرع في هذا الشأن . وهي تلك التي تمت بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م . حيث

(١) وانظر : عز الدين الدناصوري وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١٥٨٩ - التعليق على المادة ١٥٧ .

(٢) انظر في هذه الحقوق الدستورية للمتقاضين : د/ الأنصاري حسن النيداني - الحقوق الدستورية للخصم - دار الجامعة الجديدة للنشر (بالاسكندرية) - ٢٠٠٦ .

أوجزت فلسفة هذه التعديلات ومنهج المشرع فيها ، فجاء بها أنه " ازاء هذا الذي آل إليه الأمر من تعطيل الفصل في الدعاوى ، والإسراف في النيل من القضاة ، فقد بات من المتعين إجراء تعديل تشريعي في النصوص التشريعية المنظمة لأوضاع رد القضاة ومخاصمتهم ، بما يحقق التوازن التشريعي الواجب بين المحافظة على حق المتقاضين في رد القضاة إذا توافرت أسبابه ، وبين تقرير ضوابط دقيقة تجعل ممارسة هذا الحق منوطا بتوافر الجدية الواجبة ، والبعد عن العبث به ، والحيلولة دون استخدامه سبيلا للكيد وعرقله الفصل في القضايا " (١) .

فمع رغبة المشرع الواضحة في تقصير أمد التقاضي لتحقيق حماية الحقوق والمراكز القانونية في أقرب وقت ممكن ، فإنه لا بد وأن يقف هذا السعي التشريعي عند نقطة معينة ، نقطة توازن بين اعتبارين ، الأول هو تبسيط إجراءات التقاضي وضمان سيرها بالسرعة الملازمة لانتهاة المنازعات في أجل معقول ، والثاني هو عدم إهدار الحقوق والضمانات الإجرائية التي يجب أن يتمتع بها المتقاضي للدفاع عن حقه أمام القضاء . نقطة التوازن هذه لا يستطيع المشرع تخطيها وإلا كان ذلك على حساب ضمانات المتقاضين وكفالة حقهم في الدفاع القضائي . وهو الأمر الذي يستوجب عدم الإخلال بالفرص المتاحة للمتقاضين لتقديم ما لديهم من وسائل وحجج ، وكذلك المهل اللازمة لتحضيرها . وكذلك عدم تعجل القاضي نفسه ، حتى يستطيع دراسة القضية في أناة وتروي . فلا تأتي السرعة المطلوبة في حسم المنازعات على حساب فرصة المدين في الدفاع القضائي عن حقه ، أو دقة القاضي في أداء مهمته السامية .

(١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م . وانظر : محمد كمال عبدالعزيز - تقنين المرافعات - ص ٨٩٦ - ٨٩٧ .

لذلك يكون صحيحا القول أن بطء القضاء وطول أمد التقاضي ، لا يرجع دائما إلى خلل أو عيب في الإجراءات ذاتها ، والتي مهما بلغ حرص المشرع على تسريع سيرها ، لا يمكن أن يصل بها إلى حد حرمان المتقاضي من حقوقه وضمائنه الإجرائية كما رأينا ، وإنما يرجع - هذا البطء - إلى سلوك المتقاضين ، إهمالهم ، عدم وعيهم <sup>(١)</sup> ، استعمالهم الإجراءات بسوء نية . استعمالها ليس بقصد الاستفادة مما يوفره لهم القانون من ضمانات لحسن الدفاع عن حقوقهم ، وإنما لأغراض أخرى .

فممارسات بعض الخصوم ، مناوراتهم ، استعمالهم الإجراءات بقصد سيئ ، وغير أمين ، كما ينطبق على قواعد رد القضاة ، يسري على غيرها من القواعد والنظم الإجرائية التي وضعت أساسا لكفالة حق الخصوم في التقاضي وممارسة حقهم في الدفاع بفاعلية ، كالحق في الإعلان <sup>(٢)</sup> ، والحق في التأجيل <sup>(٣)</sup> ، والطعن بالتزوير ، ونذب خبير ، والطعن بالاستئناف ، والاستشكال في التنفيذ ... إلى آخره .

<sup>(١)</sup> المستشار / أحمد جلال عبد الرازق - نظرة حول مشكلة كثرة الدعاوى وبطء الفصل فيها - مجلة المحاماة - السنة ٥٣ - العددان الأول والثاني - يناير وفبراير ١٩٧٣م - ص ١١٢ وما بعدها .

<sup>(٢)</sup> ونجد مثلا أنه طلبا لمزيد من التشدد تجاه الخصوم في هذا الشأن ، رأى بعض الفقه أن تنظيم المشرع للحق في الحضور وتطلبه إعادة إعلان المدعى عليه حال غيابه الجلسة الأولى ، فيه إفراط في سرد الضمانات التي تفتح أمام الخصم باب المماطلة على مصراعيه . حيث لا يحضر المدعى عليه عمدا انتظارا لحقه في إعادة إعلانه مرة أخرى ، على الرغم من علمه بالدعوى . د / أحمد إبراهيم عيد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٥٩ - ٣٦٠ . وفي الحد من التأجيل الوجوبي لإعادة إعلان المدعى عليه يرجع إلى : د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - ص ٣٠٩ وما بعدها .

<sup>(٣)</sup> " فالتأجيل قد ينقلب في الواقع العملي أحيانا من كونه وسيلة من وسائل حق الدفاع المقدس إلى مخيثة لا يقصد منها إلا الكيد والمماطلة " وذلك حسب تعبير الأستاذ الدكتور / طلعت محمد دويدار ، ولهذا يعتبر أن تأجيل الدعوى هو جوهر مشكلة بطء التقاضي . وقد أشار سعاده إلى مؤلف الأستاذ الدكتور / محمود جمال الدين زكي في الخبرة ( المشار إليه ) والذي يعتبر التأجيل واحد من ثلاثة أسباب محصورة لهذه الظاهرة ، مما يعني أن التأجيل لتحقيق الدعوى بالخبرة يسهم وحده بثلاث حجم الظاهرة التي يعاني منها جهازنا القضائي . د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - المرجع السابق - صفحات من ٩ إلى ١٢ ، ٣٥ ، ٢١٢ وهامش ٢ . وانظر ما سبق ص ٦ هامش ١٤ .

وهو ما يزكّيه في الواقع ضعف أو عدم فعالية الجزاءات الإجرائية التي يقرها القانون لهذا الاستعمال السيئ وغير الأمين ، للإجراءات ، أو غياب هذه الجزاءات أحيانا . حيث أن النصوص التي تنظم بعض هذه المسائل ، كالتأجيل ، هي مجرد نصوص تنظيمية لا يرتب المشرع جزاء على مخالفتها <sup>(١)</sup> .

ورغم أنه يعد سببا رئيسيا في بطء إجراءات التقاضي على هذا النحو مباشرة المتقاضين للإجراءات ، التي ينظمها القانون أساسا لكفالة حقهم في التقاضي والدفاع أمام القضاء ، ليس بهذا الغرض ، وإنما بقصد تطويل الوقت الذي تستنفده القضية في المحاكم ، وسعيهم بطرق عديدة إلى جعل الإجراءات تسير بشكل ثقيل متباطئ ، للاستفادة من مرور الوقت ، فقد بدأ لي مثيرا للاهتمام ، وربما بعض الدهشة ، أن يعطي المشرع المصري ، وكذلك الفقه ، عنايته ، للإجراءات التي يتخذها المتقاضي بقصد الكيد والإضرار بخصمه ، مطبقا عليها ( في حدود كما سنرى ) النظرية الشهيرة " التعسف في استعمال الحق " ، دون العناية ذاتها بالإجراءات التي تتخذ بقصد كسب الوقت ، أي التسويق والمماطلة . مع أن هذه الأخيرة أكثر ذبوعا وانتشارا في الواقع العملي . لأن الغالب أن يكون سعي الشخص إلى ميزة أو منفعة ربما يجتنيها من كسب الوقت وتأخير الوفاء بما قد يلزمه به الحكم أكثر من سعيه إلى مجرد الإضرار بالغير .

(١) فلا تحتوي النصوص مثلا على جزاءات رادعة تجعل الخصوم يفكرون كثيرا قبل تقديم طلبات التأجيل المتكررة ، وبدون مبرر ، والتي لا يقصد منها حقيقة سوى كسب الوقت . كذلك لا يوجد جزاء يوقع على من يخالف نصوص المواد ٦٥ / ٢ ، ٩٧ ، ٩٨ مرافعات . كما لا يهتم القضاء أنفسهم بتفعيل هذه النصوص . انظر : د / أحمد صدقي محمود - المدعى عليه وظاهرة البطء - ص ٥٩ - ٦٠ ، د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٦٤ .

وهو ما قد يرجع كما سنرى إلى عدم وضوح الفارق بين المفهومين .

فمن يقرأ نصوص قانون المرافعات المصري الحالي<sup>(١)</sup> يجد أنه لم يرد فيه ، كما لم يرد في نصوص قوانين المرافعات السابقة ، ذكر صريح للفظ أو تعبير التسوية ، أو المظل أو المماثلة . كما لم يرد بأي من هذه القوانين وصف لأي من الإجراءات التي يتخذها المتقاضون أمام القضاء ، بوصف مشتق من أحد هذه الألفاظ ، كأن يذكر أن الإجراء تسويقي ، أو أن صاحب الطلب أو الدفع كان يقصد به المماثلة أو التسوية ، أو غير ذلك من الأوصاف التي يقصد بها حسب معناها اللغوي ، والمعنى المألوف لها ، القصد إلى كسب الوقت أو التأخير في القيام بالعمل .

وعلى العكس من ذلك فقد تواترت نصوص قوانين المرافعات المتعاقبة على مواجهة اتخاذ الإجراءات بقصد الكيد ، وكذلك مواجهة الغش الذي يقوم به الخصم أو ممثله .

وقد فهم المشتغلون بالقانون في جملتهم لفظ الكيد ، في اتخاذ الإجراء ، على أنه قصد الإضرار بالغير ، مما يجعل هذه الإجراءات تعسفا في استعمال الحق ، أو استعمالا غير مشروع للحق ، حسب التعبير الوارد بالمادة الخامسة من القانون المدني.

ما يؤخذ إذن من القراءة الأولى لنصوص قانون المرافعات المصري ، هو عدم تمييز هذا القانون لفكرة المماثلة أو التسوية أمام القضاء ، كفكرة متميزة ومستقلة عن التعسف في استعمال الحق .

(١) الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م .



فالقانون يواجه الإجراءات الكيدية ، ويفرض لها جزاء . في حين أنه لم يبرز فيه مفهوم الإجراءات التي تتخذ بقصد التسوية والمماثلة كمفهوم متميز ومستقل عن مفهوم الكيد والتعسف في التقاضي . فإن لم يكن الإجراء مدفوعاً بقصد الكيد ، وإنما حاول الخصم منه مجرد كسب الوقت أو تأخير نهاية الإجراءات ، فإنه قد يفلت من الجزاء .

ولما كانت هذه النتيجة غير مريحة للضمير القانوني ، كان الاتجاه إلى اعتبار الإجراءات التسوية نوعاً من التعسف . صورة من صورته . وبالتالي بسط مفهوم التعسف حتى يشمل هذه الإجراءات . وذلك حتى لو كانت الضوابط التي تحددها المادة الخامسة من القانون المدني للتعسف ، لا تتوافر بهذه الإجراءات .

فالمهم هو ألا تفلت هذه الإجراءات التسوية من جزاء . والمشرع لم ينص على جزاء لها ، فلندخلها إذن في المفهوم القريب – منها – والذي يضع له المشرع جزاء . وهو التعسف في استعمال الحق . وإن كان ضابط هذا المفهوم لا يشملها ، فلا مشكلة ، فلنوسع إذن من مفهوم التعسف .

واجتهد فقه آخر نحو إدخال كل هذه الممارسات غير الأمينّة من جانب المتقاضين للإجراءات ، في مفهوم الغش . مستعملاً تعبيرات : " الغش بمعناه الواسع " أو " شبه الغش " ، مدرجاً بها قصد الكيد وسوء النية والمماثلة . فجمع كل هذه المفاهيم القانونية التي تبدو – لي – مختلفة ، في مفهوم الغش بمعناه الواسع ، واعتبر أن كل هذه التعبيرات هي مرادفات أو تعبيرات شبيهة لتعبير الغش<sup>(١)</sup> .

(١) ينظر ما سيلبي بشأن التمييز بين غش الخصوم والتسوية الإجرائي .

وحيث لم يكن للوقت في فترات زمنية سابقة ، ذات الأهمية التي تعطيه إياها المجتمعات المعاصرة ، ليكون مقبولاً أن نتحمل ، وإن كان على مريض ، أن تفلت بعض الممارسات التسويقية للمتقاضين من جزاء ، إن تعذر أن يشملها مفهوم التعسف ، رغم توسعته بل ومطه أحياناً ، أو صعب إدراجها في مفهوم غش الخصوم . ولتتأذى العدالة بعض الشيء ، أو كثيراً . فيضيع وقت القضاة سدى في نظر إجراءات لا تهدف حقيقة إلى حماية الحقوق والمراكز القانونية ، وهذه هي المهمة السامية التي يناط بالقضاة السهر عليها ، وإنما فقط إلى تأخير نهاية الإجراءات ، والاستفادة من مرور الوقت المستنفد في التقاضي ، لتأخير تنفيذ ما قد يلزم به الحكم من التزامات . ولتتكسد القضايا أمام المحاكم وتظل دائرة في رحاها سنوات ، كما نلمس جميعاً .

والحقيقة – فيما أرى – أن دراسة مفهوم الإجراءات التي تتم بقصد التسويق وأساس وكيفية مواجهتها لم تتم بعد . رغم بعض الدراسات التي قاربت منها ، فمستها وإن كان من بعيد ، والتي يعيبها في اعتقادي ذلك الاتساع الهائل الذي حاول أصحابها أن يعطوه للمفاهيم التي يتناولونها بالدراسة ، إلى حد يجعلها تبطل المفاهيم القانونية المجاورة . وهو ما يستدعي التحفظ لا شك . إذ يجب دائماً عدم الخلط بين المفاهيم ، ومراعاة أن قوة النظرية لا تستمد من اتساع مجال تطبيقها ، وإنما تكمن في قوة أساسها ، ودقة تحديد مضمونها ، وذلك كما قيل وبحق<sup>(١)</sup> .

والعودة بهذه المفاهيم القانونية إلى وضعها الصحيح ، يسمح بالقول بأنه يوجد إلى جوارها مفهوم متميز ، ومستقل عنها ، للإجراءات القضائية التي تتخذ بقصد التسويق والمماثلة .

(١) د/ حسن كيرة - المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف ١٩٧٤م - بند ٣٩٩ ص ٧٨٣ ، د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - أساسه ونطاق تطبيقه (دراسة مقارنة) - دار النهضة العربية - ١٩٩١ ص ١٧١ .

كما أن قراءة ثانية ، متأنية ، لنصوص قانون المرافعات بهذا الشأن ، تسمح بالقول بأنه يوجد ، في ظل هذه النصوص ، مجال لمفهوم متميز ومستقل للإجراءات التسوية .

وهو ما يسمح بوجود أساس لمواجهة هذه الإجراءات . وإن كنا نأمل بهذا القانون في التطور تجاه تقرير جزاءات واضحة ، وفعالة ، للإجراءات التسوية . وهو الاتجاه الذي سار فيه المشرع الفرنسي ، كما سنرى ، شوطا لا بأس به .

فقد قيل في فرنسا أيضا أن القضاء مفرط البطء ، وأن هذا أحد العيوب التي تنسب إلي القضاء غالبا<sup>(١)</sup> . ومن يقرأ نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد Nouveau Code de Procédure Civile ، يلحظ اهتمام المشرع الفرنسي بسعي بعض المتقاضين إلى اتخاذ الإجراءات وسيلة لكسب الوقت . وقد رصد هذه الظاهرة ، وحاول التصدي لها من خلال عدة نصوص . لذلك يتردد في نصوص هذا التقنين أكثر من مرة ، كما سنرى ، تعبير نية التسوية أو المماثلة *L' intention dilatoire* ، التي تدفع المتقاضي إلى اتخاذ الإجراء أو التأخر في اتخاذه .

وعلى هذا النحو تتضح أهمية هذه الدراسة والمسائل التي يلزم معالجتها في إطارها . سواء فيما يتعلق بتحديد ماهية الإجراءات التسوية ، وبيان مدى ذاتيتها وتميزها عن غيرها من المفاهيم القانونية الأخرى القريبة منها ، أو فيما يتعلق بتحديد أساس مواجهة هذه الإجراءات ، سواء من الناحية الفنية ، أو على مستوى النصوص التشريعية .

ثم نرى بعد ذلك الجزاءات التي يمكن تلمسها ، من نصوص التشريع المصري ، أو التي يقرها المشرع الفرنسي الحديث صراحة ، لهذه الإجراءات . ونتبين الأفكار التي تبناها هذا الأخير في هذا الشأن ، والتي يتسم بعضها بالجدة والابتكار ، بحيث تتسق وتتلاءم مع ما لهذه الإجراءات من خصوصية وتميز .

(١) Decheix ( P. ) , Suggestions hérétiques , art. préc., pp. 49 et s .

وبناء على ذلك تأتي هذه الدراسة على النحو التالي :-

الباب الأول : مفهوم الإجراءات التسوية وأساس مواجهتها .

الفصل الأول : مفهوم الإجراءات التسوية .

المبحث الأول : ماهية الإجراءات التسوية .

المبحث الثاني : تمييز الإجراءات التسوية عن غيرها من المفاهيم القانونية

الأخرى القريبة منها .

الفصل الثاني : أساس مواجهة الإجراءات التسوية .

المبحث الأول : الأساس الفني .

المبحث الثاني : الأساس التشريعي .

الباب الثاني : المواجهة القانونية للإجراءات التسوية .

الفصل الأول : الجزاءات المالية للإجراءات التسوية .

المبحث الأول : الغرامة .

المبحث الثاني : التعويض .

الفصل الثاني : الجزاءات الإجرائية للإجراءات التسوية .

المبحث الأول : استبعاد الدفع الذي يقدم متأخرا بنية التسوية .

المبحث الثاني : شطب الطعن بالاستئناف وتجريده من أثره الموقوف للقوة

التنفيذية للحكم ، والفصل في الاستئناف من واقع الملف أمام محكمة أول درجة .

المبحث الثالث : تعليق نظر الطعن على التنفيذ المسبق للحكم المطعون فيه .

## الباب الأول

### مفهوم الإجراءات التسوية وأساس مواجهتها

#### الفصل الأول

#### مفهوم الإجراءات التسوية

المبحث الأول : ماهية الإجراءات التسوية .

المبحث الثاني : تمييز الإجراءات التسوية عن غيرها من المفاهيم القانونية الأخرى القريبة منها .

#### المبحث الأول

#### ماهية الإجراءات التسوية

التسوية والمماثلة لغة :

جاء في لسان العرب لابن منظور <sup>(١)</sup> أن التسوية من سوف ، وسوف كلمة معناها التنفيس والتأخير .

قال سيبويه : سوف كلمة تنفيس فيما لم يكن بعد ، ألا ترى أنك تقول سوفته إذا قلت له مرة بعد مرة : سوف أفعل .

---

(١) دار المعارف - ج ٣ - ص ٢١٥٢ .

والتسويق : التأخير . من قولك سوف أفعل .

وفي الحديث الشريف : " أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن المسوفة من النساء . وهي التي لا تجيب زوجها إذا دعاها إلى فراشه ، وتدافعه فيها يريد منها . وتقول سوف أفعل .

والتسويق : المطل <sup>(١)</sup> .

والمطل : يقال مطل الحديد ضربها ومدھا لتطول . ومنه اشتقاق المطل بالدين وهو الليان به <sup>(٢)</sup> .

وفي لسان العرب <sup>(٣)</sup> المطل التسويق والمدافعة بالعدة والدين وليانه ، مطله حقه وبه يمطله مطلا وامتطله وماطله به مماطلة ومطالا .

والمطل : المد والطول . والمطل في الحق والدين مأخوذ منه . وهو تطويل العدة التي يضربها الغريم للطالب . يقال مطله وماطله بحقه .

التسويق أو المماطلة في الاصطلاح القانوني :

لم يرد في نصوص قانون المرافعات المصري الحالي ، الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م ، أو في نصوص أي من قوانين المرافعات السابقة عليه ، ذكر صريح للفظ أو تعبير المماطلة أو المطل أو التسويق .

كما لم يرد بنصوص أي من هذه القوانين وصف لأي من الإجراءات التي يتخذها المتقاضين أمام القضاء بوصف مشتق من أحد هذه الألفاظ أو مرادفاتھا كما ذكرنا .

(١) ذات الإشارة السابقة .

(٢) مختار الصحاح - دار القلم ببيروت - ص ٦٢٧ ، طبعة مكتبة لبنان ص ٢٦١ .

(٣) لابن منظور - دار المعارف - ج ٦ - ص ٤٢٢٥ - ٤٢٢٦ .

ورغم ورود تعبير نية المماطلة أو إجراء يتخذ " بنية المماطلة " ( على سبيل المثال المواد ٣٢ فقرة ١ ، ١٠٣ ، ١١٨ ، ١٢٣ ، ٥٥٩ ، ٥٨١ ) فإن المشرع الفرنسي لم يعن بتحديد المقصود بهذا التعبير أو بيان ضوابطه أو معاييرها . أي تحديد متى توجد نية المماطلة . أو متى يكون الإجراء تسويقيا .

ورغم ورود اصطلاح أو تعبير المماطلة أو التسويق كثيرا في أحكام القضاء ، ومؤلفات الفقهاء ، وربما في مذكرات المحامين أو مرافعاتهم ، والذين غالبا ما ينعنون مسلك خصمهم بأنه كان تسويقيا أو بنية المماطلة <sup>(١)</sup> ، فإنه لم يُبدل – فيما أعلم – الجهد الكافي لبيان معنى المماطلة أمام القضاء ، ومتى توجد .

وربما ، لم يعن الفقه كثيرا بتعريف المقصود بنية المماطلة ، أو تحديد متى يكون اتخاذ العمل أو الإجراء بقصد التسويق ، نظرا ، وكما لاحظ بعض الفقه <sup>(٢)</sup> ، لوضوح مفهوم هذا التعبير أو الاصطلاح ، وخلوه من الغموض . وشارك للقضاء استخلاص توافق هذه النية أو هذا القصد من ظروف ووقائع الدعوى المعروضة أمامه . والواقع أن مفهوم المماطلة أو الإجراء الذي يتخذ بنية التسويق يبدو واضحا إلى حد ما . ولا يحتاج الكثير من العناية لتحديده . فهو ببساطة يعني في الاصطلاح

(١) Blary – Clément ( Édith ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil , J.C.P., 1991 , I , 3534 , n° 2 .

(٢) Blanc ( Emmanuel ) , Viatte ( Jean ) et Blanc ( Liliane ) , Nouveau code de procédure civile commenté dans l' ordre des articles , Librairie du journal des notaires et des avocats , Mise à jour septembre 1993 , t. I , sous l' art. 32 , p. 51

القانوني ذات معناه اللغوي . وهو محاولة الشخص كسب الوقت <sup>(١)</sup> . وفي مجال التقاضي يقصد بالمماطلة أو التسويق الإجرائي محاولة الخصم ، أو المتقاضي ، إطالة أمد التقاضي . واتخاذ الإجراءات القضائية كوسيلة لكسب الوقت ، الإخلال بالسير العادي لإجراءات الخصومة وتأخير نهايتها ، لتأخير الوفاء

بالالتزام ، أو غير ذلك مما يعتقد الشخص أنه يحقق مزية أو منفعة له <sup>(٢)</sup> . أو استعمال كل الوسائل والحيل الإجرائية ، بنية ثابتة وجازمة في إطالة القضية بلا نهاية، ربما بأمل إعياء وتنفير الخصم ، أو ربما لتأخير ما نعلم أن الحكم سيلزم به بالضرورة <sup>(٣)</sup> ، وربما للحصول على آجال بشكل غير مشروع ، أو الاستفادة من انتمان بسعر منخفض <sup>(٤)</sup> .

وقيل أن المقصود بالتسويق أو المماطلة هو تقديم طلب أو دفع ، أو بصفة عامة ، اتخاذ إجراء ، أو الإحجام عن اتخاذه ، بقصد الحصول على آجال أو مهل <sup>(٥)</sup> .

(1) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 8 .

(2) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 9 .

(3) H. Solus , Les preoccupations d'ordre psychologique du code de procédure civile , Études offertes à L. Julliot de la Morandière , Dalloz , 1964 , p. 511 et s.

(4) Martin (Raymond) , De l' abus du droit d' action à l' article 700 du nouveau code de procédure civile , JCP., 1976 , IV, chronique , 6630 , p. 287 .

Voir : Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 9 et note n° 22.

(5) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 5 et s .



وقد عرف بعض الفقه الفرنسي وسائل المماطلة بأنها الأعمال أو التصرفات التي يقوم بها الخصم للتشويش أو الاخلال بالسير العادي للخصومة وإجراءاتها وتطويل مدة الخصومة<sup>(١)</sup>.

لذلك فإن المماطلة أو التسويق يعد مفهوما ذاتيا أو شخصيا . حيث أن باعث الشخص يعد هو العنصر الأساسي في تحديد هذا المفهوم . بمعنى أن العنصر أو العامل الأساسي في تحديد هذا المفهوم هو النية أو القصد<sup>(٢)</sup> . وتتميز المماطلة بأن القصد فيها هو قصد التأخير ، والحصول على آجال ، تأخير نهاية القضية . والاستفادة من مرور الوقت المستنفد في الإجراءات القضائية<sup>(٣)</sup> .

فإذا كان المتقاضي وهو يتخذ الإجراء ، أو يحجم أو يمتنع عن اتخاذه في الوقت المناسب ، الذي كان يتخذ فيه لو كان يقصد حقيقة الحصول على الحماية أو الضمانة القانونية التي يوفرها هذا الإجراء ، يفعل ذلك بقصد أو نية تأخير نهاية الإجراءات ، أو الاستفادة من عامل الوقت ، كان هنا التصرف من جانبه تسويقيا أو مماطلة .

فعنصر الغاية أو القصد يعد عنصرا جوهريا أو أساسيا في تحديد مفهوم وسائل المماطلة أو الإجراءات التسويقية . والغاية أو القصد المميز لهذه الوسائل أو تلك الإجراءات ، يتمثل في قصد الاستفادة من عنصر الوقت المستنفد في إجراءات التقاضي.

(١) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 2 .

(٢) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 7 et s .

(٣) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 5 et s .

فالمماثلة أو الإجراءات التسوية تسعى دائما إلى التأخير والإرجاء في الوقت الذي تنتهي فيه الإجراءات أمام القضاء . وبالتالي إلى بلوغ النتائج المترتبة على هذا التأخير والإرجاء <sup>(١)</sup> .

وإذا كان الأصل أن الشخص في قيامه بالإجراء القضائي يسعى إلى الحصول على الحماية أو الضمانة القانونية التي يوفرها له هذا الإجراء ، ويكون عسيرا في الكثير من الحالات معرفة قصده من مباشرة هذا الإجراء ، وما إذا كان يهدف فعلا إلى هذه الحماية أو الضمانة التي يوفرها له الإجراء ، أم يقصد مجرد كسب الوقت أو تأخير سير الإجراءات نحو نهايتها الطبيعية ، فإن الظروف والشواهد قد تظهر أو تبين ، أمام القضاء ، القصد الحقيقي من استعمال الإجراء .

ومن الأمثلة المستمدة من القضاء في هذا الشأن ، أن القضاء اعتبر أن طرح ادعاءات أو طلبات مجردة من الأساس يعد عملا تسويقيا <sup>(٢)</sup> . أو إذا كانت تؤدي إلى تأخير نهاية الخصومة بعدم مراعاة قواعد تحضير الدعوى ، لا أمام محكمة أول درجة ولا في الاستئناف <sup>(٣)</sup> . كذلك يبين نية التسويق إحجام الخصم عن التمسك مبكرا ، أي في بداية الإجراءات ، ببطلان الاتفاق <sup>(٤)</sup> . كذلك يعد تسويقيا الطعن بالاستئناف الذي لا يستند إلى أسباب جدية ، والذي يهدف إلى تفادي تنفيذ الحكم <sup>(٥)</sup> . أو إذا كان المستأنف في وضع يستحيل عليه

(1) Blary – Clément ( É. ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 8 .

(2) Cass. com. 29 fév. 1984 , Bull. civ., IV , n° 82 .

(3) Toulouse ( 1<sup>re</sup> ch. ) , 7 déc. 1982 , G. P., 1983 , 2 , somm. 426 .

(4) Cass. com. 15 nov. 1982 , G. P., 1983 , I , pan. juris. 97 , note S.

(5) Blary – Clément ( É. ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 8 .

فيه أن يبرهن على صحة ادعاءاته<sup>(١)</sup>. أو إذا كان الخصم لم يقدم أوجه دفاع جديدة أمام محكمة أول درجة، ثم رفع الاستئناف. أو بصفة عامة من تقاعس المتقاضي، من عدم همته<sup>(٢)</sup>. فكل ذلك يكشف نية التسويف لدى المتقاضي<sup>(٣)</sup>.

كذلك قضي بأن السمة التسوية للاستئناف يمكن استخلاصها من أن المستأنف لم يبد طلبات مؤسسة، أو أنه يتابع الإجراءات في مرحلة الاستئناف من غير أساس بعد أن بان من أسباب الحكم المطعون فيه أن دعواه غير مؤسسة بشكل كاف<sup>(٤)</sup>. أو أنه لم يحضر أمام محكمة أول درجة ثم يرفع استئنافاً<sup>(٥)</sup>.

ومن أمثلة الطعن التسويفي الذي يكون هدفه تأخير تنفيذ الحكم القضاء بأن المحكمة بررت قرارها بالحكم على المستأنف بالتعويض عندما أثبتت قضاة الاستئناف أنه لم يحضر أمام محكمة أول درجة، ثم أنه لم يرفع استئنافه إلا بقصد تأخير تنفيذ الحكم الصادر ضده<sup>(٦)</sup>.

ومن قضاء المحاكم الفرنسية بالتعويض كجزاء للإجراءات التسوية قضاء محكمة النقض بأن حكم محكمة الاستئناف على المدعى عليه بالتعويض يكون مبرراً

(١) Cass. com., 20 fév. 1985, Bull. civ., IV, n° 73.

(٢) Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 13 fév. 1985, J.C.P., 1985, éd. G., IV, 156.

(٣) Blary – Clément (É.), spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires, art. préc., n° 9.

(٤) Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 13 fév. 1985, Bull. civ., II, n° 35, civ., 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, J.C.P., 1986, IV, 183.

Dans le même sens ; civ., 2<sup>e</sup>, 25 fév. 1976, Bull. civ., II, n° 63, 8 déc. 1982, G.P., 1983, I, pan. juris., 133, obs. S.G.

(٥) Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 mars 1977, J.C.P., 1977, IV, 145.

(٦) Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 12 janv. 1972, Bull. civ., II, n° 10, 8 déc. 1971, Bull. civ., II, n° 245.

لأنه أمام محكمة أول درجة اعترض وقاوم طلبات المدعي دون أن يستند إلى أسباب قانونية سليمة ولم يتردد في أن يقدم في الاستئناف حججا وهمية ، وبصفته من رجال القانون فإنه يعرف أنها غير صحيحة . هذا المسلك التسويفي يظهر سوء نيته ويسبب لداننيه ضررا مؤكدا<sup>(١)</sup> .

وقال بعض الفقه أن القضاء أحيانا يستنتج قصد التسويق من ضعف الحجج التي يستند إليها الخصم ووضوح تناقضها مع المنطق ، وقد تكون أموراً بديهية بحيث لا تخفى عن الخصم ، مما يدل على أن تمسكه بتلك الحجج لم يكن بقصد تكوين الرأي القضائي لصالحه ، وإنما لكسب الوقت<sup>(٢)</sup> . وأن خلو الطعن من الأسباب الجادة التي تبرر رفعه أو الاستناد إلى أسباب واهية قد يكشف عن قصد المماطلة<sup>(٣)</sup> .

ورأى بعض الفقه أن بعض الطلبات بصفة خاصة تأخذ طابع المماطلة . فطلبات وقف سير الإجراءات ، اشكالات التنفيذ ، التظلم من أمر الحجز ، طلبات وقف التنفيذ المعجل ، إذا كانت هذه الطلبات لا تستند إلى أسس قوية فإنها تظهر بوضوح أن صاحب الطلب أراد ببساطة تأخير تنفيذ التزاماته ، فجادل فيهل جدلاً غير مفيد<sup>(٤)</sup> .

(١) Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 mars 1973, G.P., 1973, I, somm. p. 122, civ., 3<sup>e</sup>, 26 juin 1973, Bull. III, 320 .

انظر : د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة في قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٩١ - ص ٢٤٠ .

(٢) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤٩ ، والأحكام التي يشير إليها .

(٣) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٧ .

(٤) Pansier ( F. - J. ) et Pansier ( J. - M. ) , abus de procédure , article 700 , art. préc., n° 13 .

وهذا القصد الخاص ، كما سنرى ، هو الذي يسمح بتوضيح مفهوم الإجراءات التسوية ويعطيها ذاتيتها . ويميز التسوية عن غيره من المفاهيم القانونية القريبة منه . والتي تختلط به أحيانا ، كالغش الإجرائي ، أو كثيرا ، كالتعسف في استعمال الحق. فما يميز الإجراءات التسوية أن الشخص يسعى ببساطة ، من خلالها ، إلى كسب الوقت ، إلى الحصول على آجال ، إلى تأخير نهاية القضية .

فالمتناقضين يباشرون أساليب أو مناورات إجرائية عديدة . ليست كلها متماثلة . ولا يسعى جميعها إلى بلوغ ذات الغاية . فهي مختلفة ، ليس فقط في مضمونها ، وإنما كذلك في الهدف أو القصد منها . لذلك يختلف وصف الإجراءات التي يباشرها الخصم حسب الدوافع التي تقود الشخص والهدف الذي يسعى إليه . فإذا كان قصد الخصم من القيام بالعمل أو الإجراء ، هو تأخير الوقت أو اللحظة التي تنتهي فيها الإجراءات كلية ، كان مسلك الخصم تسويقيا . كذلك فإن إحجام الخصم عن مباشرة الإجراءات ، متى كان بقصد أو نية تأخير نهاية الإجراءات ، أو الاستفادة من عامل أو عنصر الوقت ، يعد كذلك تسويقيا .

والمماثلة باعتبار أنها تكون باستعمال الإجراءات أمام القضاء بقصد تأخير نهايتها بقدر ما يمكن للشخص ، سواء لتأخير الوفاء بالالتزام ، أو لغير ذلك من الأغراض التي يعتقد الشخص أنها في مصلحته ، لا يفترض فيها أنها تكون بأعمال غير مشروعة في ذاتها <sup>(١)</sup> . وإنما تكون بوسائل إجرائية مشروعة في ذاتها . وهو ما يمكن أن يتم بالتمسك ببعض الطلبات أو اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد بمثابة " أحداث اعتراضية " ، تعترض السير العادي للإجراءات وتؤدي إلى التأخير في نهايتها.

(١) Blary-Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 8 .

وغالبا ما تكون هذه الطلبات أو الوسائل الإجرائية غير مستندة إلى أساس سليم ، سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون . ولكن صاحبها لا يقصد منها سوى الاستفادة من مضي الوقت المستنفد في إزالة هذه العوارض ، قبل أن تعاود الإجراءات السير العادي، المنتظم ، لها .

وهكذا فما يميز الإجراءات التسوية ، هو إرادة أو نية الخصم الذي يتخذها في تطويل مدة القضية . إما بالتباطؤ والتراخي في اتخاذ الإجراءات ، أو بالإكثار من الإجراءات والعوارض التي يكون واضحا أنها غير مؤسسة جيدا . وفي كل ذلك يكون المتقاضى مدفوعا بإرادة كسب الوقت وتطويل مدة سير الإجراءات ، وبالتالي الاستفادة من مزية تأخير صدور القرار المنهي للقضية .

وإذا كان الاعتداد بعنصر الزمن أو الوقت ليس بدعة أو أمرا جديدا في علم القانون ، فإنه هنا يكتسي وجها جديدا ، ويمارس دورا حاسما . حيث أن العنصر الجوهرى المميز لأساليب المماثلة يتمثل في سعي الإرادة لكسب الوقت من خلال الإجراءات القضائية<sup>(١)</sup> .

ومن ثم تبدو هذه الإجراءات كسيارة تسير عكس الاتجاه ، أو كتلة من الهواء المضاد في الاتجاه ، لذلك الذي يرسمه المشرع ويحاول دفع الإجراءات القضائية للسير فيه بسرعة . وهو ما يؤدي إلى إعاقة وبطء حركة السير العادي والمنتظم للإجراءات القضائية .

ولأن هذه الإجراءات التسوية تؤخر حصول المتقاضى الآخر على حقه . ولأنها تضيع جهد ووقت القضاة في نظر مسائل قد تكون بعيدة عن جوهر النزاع في

(١) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 9 .

ذاته ، وتؤدي إلى ثقل العبء الملقى على عاتقهم ، وبالتالي إلى تكديس القضايا بالمحاكم ، وبالتالي إلى مزيد من التأخير ، كما أنها مضادة لرغبة المشرع وحرصه المتزايد على سير الإجراءات القضائية بشكل منتظم حتى بلوغ غايتها في أجل معقول ، فإن هذه الإجراءات التسوية تكون مكروهة من كل هؤلاء . وتزداد درجة الكراهية هذه كلما زادت أهمية عنصر الوقت في حياتنا .

لذلك فإن الإجراءات التسوية ، وإن كانت تتم بإجراءات هي من حيث الأصل جائزة قانونا ، ليست غير مشروعة في ذاتها ، وتكون مستوفية عناصر أو شروط صحتها ، إلا أنها مع ذلك ، وكما سنرى ، تعد إخلالا بواجب حسن النية في التقاضي . والذي يضيف عليها هذا الوصف هو القصد الخاص الذي يدخل في مفهوم سوء النية .

والإجراءات التي تتخذ بنية التسوية قد تكون من المدعى عليه أو من المدعي . قد تكون بمسلك ايجابي أو بمسلك سلبي . قد تكون أثناء سير الإجراءات وقد تكون ببدء الإجراءات ، أو مرحلة جديدة منها ، كمرحلة الطعن في الحكم . كما قد تكون في إجراءات التنفيذ الجبري . لذلك يمكن القول أن التسوية له صورتان ، فهو قد يكون في اتخاذ الإجراءات ، كما أنه قد يكون باتخاذ الإجراءات .

من ناحية أولى ، فإن فكرة المماثلة أو اتخاذ الإجراءات بنية التسوية لا ترتبط بالمركز الإجرائي للخصم . والغالب أن تكون الإجراءات التسوية من المدين بالتزام، والذي يشغل في الخصومة عادة مركز المدعى عليه . والذي يحاول ويجتهد لتأخير حصول الدائن على حقه ، فيماطل ويكثر من استخدام وسائل الدفاع ، والتي قد لا تكون مستندة إلى أساس ، حتى يستفيد من الوقت الذي تستغرقه الدعوى ، لتحقيق المزيد من التأخير في تنفيذ ما في ذمته من التزام .

ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون التسوية أحيانا من جانب المدعي . والذي يقيم دعواه أحيانا ، دون أن يكون لديه وسائل جديده لكسبها . أملا من ذلك الاستفادة من مرور الوقت المستنفد في إجراءات الدعوى .

كما أن المدعي أحيانا إذا ما كان واثقا من سلامة مركزه أو موقفه القانوني . ويشعر أن نهاية الخصومة سوف تكون في صالحه قد يعمد إلى إطالة أمد القضية . و قد يكون لديه باعث لذلك . من ذلك مثلا الدائن الذي يكون دينه مغلا لفوائد مجزية بالنسبة له .

واتخاذ الإجراءات بنية التسوية من جانب المدعي هو فرض وإن لم يكن كثير الوقوع ، إلا أنه من المتصور أن يحدث .

ومن ناحية ثانية ، فإن الخصم الذي يحاول أن يتخذ من الإجراءات القضائية وسيلة لكسب الوقت ، وسواء كان هو المدعي عليه ، و هذا هو الغالب كما ذكرنا ، أو كان حتى هو المدعي ، قد يكون مسلكه في هذا ايجابيا يتمثل في اتخاذ الإجراء بهذا القصد . لذلك فهو ، مثلا ، يضاعف من عدد العوارض الإجرائية أو الطلبات الفرعية التي يتمسك بها . فهو مثلا قد يطلب رد القاضي ، بقصد الاستفادة من مرور الوقت المستنفد من القضاء في نظر هذا الطلب . وقد يثير المسائل الأولية التي تخرج عن اختصاص المحكمة ويقتضي الفصل فيها مرور وقت طويل . كما تستخدم إجراءات التحقيق كثيرا كوسيلة للتعطيل ، كطلب ندب خبير . كما أنه قد يطلب إدخال ضامن في الخصومة ، مما يؤدي إلى إرباك سيرها وتأخير الفصل فيها .



كما سجل بعض الفقه أن من مظاهر تسويق المدعي ومحاولاته تعطيل أو تأخير الفصل في الدعوى تكرار طلبات التأجيل بلا مبرر<sup>(١)</sup>. وقد سجل الفقه<sup>(٢)</sup> أن إحدى الدعاوى كانت قد رفعت عام ١٩٨٣م، وتم ندب خبير فيها بجلسة ٢٨ يناير ١٩٨٦م، وكانت مأمورية الخبير هي معاينة سيارة المدعي لبيان ما إذا كان قد تم تغيير الإطارات من عدمه، ونفذ الخبير مأموريته في أقل من ساعة ولكن كان ذلك في يوم ٢٨ يناير ١٩٨٩م، وأعيدت الدعوى للمرافعة في جلسة ٧ نوفمبر ١٩٨٩م، أي بعد حوالي أربع سنوات من تاريخ الحكم بندب الخبير وبعد حوالي ست سنوات على تاريخ رفع الدعوى. وهكذا مضت ثلاث سنوات بين صدور الحكم بندب الخبير وتنفيذ هذا الخبير لمأموريته، ومضي حوالي سنة بين انتهاء مهمة الخبير وإعادة الدعوى إلى المرافعة<sup>(٣)</sup>.

وذكر بعض الفقه<sup>(٤)</sup> أيضا أن من مظاهر تسويق المدعي ومحاولاته تأخير الفصل في الدعوى ادعاءات التزوير وطلبات التحقيق الكيدية. وسجل هذا الفقه<sup>(٥)</sup> أن الدعوى رقم... لسنة ١٩٩٦م كلي... أحيلت إلى الخبراء في شهر ديسمبر ١٩٩٧م، وظلت متداولة لدى الخبير حتى عام ٢٠٠٣م، وطعن فيها بالتزوير مع الاعتراض على تقرير الخبير من المدعي، وحتى جلسة ٢٦ / ١٢ / ٢٠٠٥م كانت تؤجل للتقرير.

(١) وأن تأجيل الدعوى هو الوسيلة الواقعية والقانونية لتحقيق مشكلة بطء التقاضي في الأغلب الأعم من الحالات: د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - المرجع السابق - ص ٩ - ١٠. وانظر ما سبق، ص ٦ وهامش ١٥، ص ١٤ وهامش ٣٠.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي - الخبرة - المرجع السابق - ص ١٤٧ وهامش ٧، وانظر: د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - ص ٢٢٥ هامش ١.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكي - ذات الإشارة السابقة.

(٤) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٩٥ ص ٧٠٣.

(٥) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٩٥ ص ٧٠٣ هامش رقم ٤.

كما قد تكون المماطلة والتسويق في الإجراءات باتخاذ موقف سلبي يتمثل في مجرد غياب الهمة أو النشاط المطلوب من المتقاضي لدفع الإجراءات إلى الأمام والتعجيل بنهايتها . لذلك قد يمتنع المتقاضي أو يحجم عن اتخاذ الإجراء ، أو القيام بالعمل ، في الوقت الملائم ، أو في وقت مبكر . ومتى كان دافع الخصم إلى ذلك هو قصد التأخير والرغبة في مجرد كسب الوقت ، كان هذا منه مماطلة وتسويفا .

وعلى ذلك يعد تسويفا عدم التمسك بالدفع مبكرا ، أي في الوقت الذي كان يتعين فيه على الخصم ابداء الدفع لو كان يهدف فعلا إلى الحماية القانونية التي يوفرها له .

وسنرى فيما بعد <sup>(١)</sup> أن بعض نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد تفرض جزاء على من لم يتمسك بالدفع ببطلان الإجراء المستند إلى سبب موضوعي ( م ١١٨ ) ، أو الدفع بعدم القبول ( م ١٢٣ ) ، في وقت مبكر ، متى كان ذلك بنية المماطلة .

ومن ناحية ثالثة ، فإن الإجراءات التسوية لا تقتصر على تلك التي يباشرها المتقاضون أمام محكمة أول درجة ، بقصد تأخير صدور الحكم المنهي للخصومة أمامها ، بل إنها قد تكون برفع طعن في الحكم . إذ كثيرا ما يلجأ المحكوم ضده إلى رفع طعن في الحكم بقصد تأخير تنفيذه .

(١) الفصل الأول من الباب الثاني .

فإذا كان حق الطعن في الحكم يعد من الضمانات الهامة التي يوفرها القانون للمحكوم ضده ، فإن هذا الأخير كثيرا ما يستعمل هذا الطعن لإطالة أمد التقاضي وتأخير تنفيذ ما ألزمه به الحكم المطعون فيه .

لذلك يكثر أن يقيم المستأنف استئنافه ، ليس بقصد كسب هذه المرحلة من مراحل التقاضي ، إذ هو قد يدرك ضعف فرصته ووهن حجته في كسب الاستئناف ، لافتقاره أدلة الإثبات أو الأسانيد القانونية والواقعية التي تمكنه من ذلك ، ويقدم مع ذلك على رفع طعنه لكسب المزيد من الوقت ، والمزيد من التأخير في تنفيذ الحكم<sup>(١)</sup> .

لذلك يدرج الفقه<sup>(٢)</sup> ضمن الإجراءات التسوية ما يمكن تسميته الاستئناف التسويقي *L'appel dilatoire* . والذي يعرفه بعض الفقه بأنه الاستئناف الذي يكون ظاهرا أنه غير قائم على أسباب جدية ، وإنما يرفع بقصد تفادي أو تأخير تنفيذ الحكم<sup>(٣)</sup> . أو الذي يكون هدفه الوحيد إرجاء الوفاء<sup>(٤)</sup> .

ويذكر فقيه كبير ، هو *H. SOLUS* ، أن الاستئناف التسويقي هو استئناف يتم رفعه بقصد تفادي التنفيذ الفوري للحكم ، وإلى تطويل مدة القضية<sup>(٥)</sup> . ويضيف *SOLUS* أن هذا قد يكون بغرض أن ينظم المحكوم ضده مسألة إعساره<sup>(٦)</sup> .

(١) د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٥٧ ،

Yvon desdevises , L'abus du droit d' agir avec succès , D. 1970 , chron., pp. 21 et s.

(٢) Blary - Clément (É.) , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 8 .

(٣) Blary - Clément , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n°s 8 , 9 .

(٤) Cass. civ., 2 avril 1979 , J.C.P., 1979 , IV , 204 .

(٥) H. Solus , Les preoccupations d'ordre psychologique , art. préc., pp. 511 et s.

وقد يستدل على هذا القصد التسويفي لدى المستأنف من وجوده في مركز أو وضع يستحيل عليه فيه أن يقيم الإثبات على ما يدعيه في الاستئناف<sup>(٢)</sup>. إذ يعد هذا كاشفا في نظر بعض الفقه<sup>(٣)</sup> ومبينا لوجود نية التسويف لدى المستأنف.

ومن ناحية أخيرة، فإن الإجراءات التسوية كما قد تكون في مرحلة التداعي أمام المحاكم للحصول على السند التنفيذي، فإنها قد تكون في مرحلة التنفيذ الجبري لهذا السند.

ذلك أنه إذا بدأت إجراءات التنفيذ الجبري لأحد السندات التنفيذية فإن المدين بالالتزام الثابت بهذا السند، والذي يجري التنفيذ ضده، والذي يكون في وضع شبيه بوضع المدعى عليه في مرحلة التداعي، كثيرا ما يقوم باستعمال أساليب أو إجراءات التسويف والمماطلة. إذ هو يحاول بشتى الوسائل، تأخير تنفيذ الالتزام المحكوم به عليه، رغم أنه لا يكون لديه سبب جدي للاعتراض على التنفيذ.

فالمنفذ ضده قد لا يكون لديه سبب جدي للاعتراض على الصفة التنفيذية للسند، الذي يجري التنفيذ بمقتضاه، أو للاعتراض على حق الدائن مباشر إجراءات التنفيذ، ولا على إجراءات التنفيذ ذاتها وصحتها، ومع ذلك يقيم منازعات وإشكالات في التنفيذ، مجردة من أي أساس سليم، وكل ما يقصد بها هو تأخير الوقت أو اللحظة التي تنتهي فيها الإجراءات. فهذه النهاية ستكون سيئة. أو غير ملائمة بالنسبة له. ومن ثم فإنه يتخذ من الإجراءات القضائية، بهذه الدعاوى والاعتراضات، وسيلة للمماطلة.

(١) ذات الإشارة السابقة.

(٢) Cass. com., 20 fév. 1985, Bull. civ., IV, n° 73.

(٣) Blary – Clément (É.), Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires, art. préc., n° 9.

وهكذا فإن الإجراءات التسوية تهدف إلى بلوغ هدف خاص ، متميز ومستقل عن غيره من الأهداف التي قد يسعى إليها المتقاضي .

لذلك فإن ما يؤكد جانب من الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> هو أن مفهوم الإجراءات التي تتخذ بنية التسوية أو المماثلة ، أي الإجراءات التسوية ، هو مفهوم يتمتع بذاتية واستقلال عن المفاهيم القانونية الأخرى .

أولا : هو مفهوم متميز ومستقل عن غيره ، في ذهن واضعي تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . وهو ما تتبناه عدة نصوص في هذا التقنين .

وعلى هذا النحو ، ورد مفهوم الإجراءات التي تتخذ بنية التسوية ، كمفهوم متميز ، ومستقل عن غيره ، خاصة التعسف في استعمال الحق ، في نصوص المواد ٣٢ - ١ ، ٥٨١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . والتي تقرر جزاء الغرامة ، مع إمكان الحكم بالتعويض ، عندما تكون الإجراءات بنية التسوية ، أو تكون ذات طابع تعسفي . وتعتبر هذه النصوص عن ذلك في صياغة تمييزية<sup>(٢)</sup> ، بمعنى أنه يكفي ، للحكم بالجزاء المقرر بها ، أن يتوافر بالإجراء أحد الوصفين . أي أن يكون الإجراء بنية التسوية ، أو أن يكون الإجراء تعسفيا .

وفي نصوص أخرى من ذات التقنين ، فإن مجرد عدم القيام بالنشاط الإجرائي اللازم ، متى كان مدفوعا بنية المماثلة ، يكون كافيا بذاته لفرض الجزاء

(١) Blary – Clément (É.) , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc.

(٢) Blary – Clément (É.) , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 3 .

( م ١١٨ ، م ١٢٣ )<sup>(١)</sup> . وبمعنى آخر ، فإن نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد تفرض جزاء للإجراء ، تارة لأنه تسويقي أو تعسفي . مما يكشف عن نظر المشرع الفرنسي إلى هذا الأمر على أنه يتعلق بمفهومين مختلفين ، وإلا لاكتفى بأحدهما فقط .

وتارة أخرى تفرض نصوص هذا التقنين جزاء آخر لمسلك الخصم عندما يكون بنية المماطلة أو التسوييف . وهو جزاء سيكون مختلفا هنا ، وكما سنرى ، مختلفا في مضمونه وطبيعته عن الجزاءات التقليدية للتعسف في استعمال الحق .

ثانيا : هو مفهوم متميز ، ومستقل عن غيره ، في ذهن المتقاضين ، من حيث الهدف أو الغرض الذي يسعى إليه المتقاضي<sup>(٢)</sup> .

إذ تتميز هذه الإجراءات التسويفية بقصد خاص ، هو تأخير سير الإجراءات نحو نهايتها ، والاستفادة من الوقت المستنفذ في الإجراءات القضائية .

ثالثا : هو مفهوم متميز كذلك في نظر بعض الفقه ، والذي يراه مفهوما مستقلا ، يستدعي مواجهة خاصة به .

والحقيقة أن تميز فكرة الإجراءات التي تتخذ بنية التسوييف والمماطلة ، واستقلالها عن غيرها من المفاهيم القانونية الأخرى ، أمر نبه إليه بعض الفقه<sup>(٣)</sup> ،

(١) Blary – Clément (É.) , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 3 .

(٢) Blary – Clément (É.) , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 3 .

(٣) Blary – Clément (É.) , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc.

واستحسنه البعض الآخر<sup>(١)</sup> ، ولم يعد ممكناً إنكاره بعد رصد المشرع الفرنسي الحديث لهذا القصد الخاص في الإجراءات ، وتصديه له بالمواجهة في العديد من نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد كما سنرى .

لذلك أكد بعض الفقه ضرورة تمييز مفهوم الإجراء التسويقي أو المسلك التسويقي *Comportement dilatoire* ، للمتقاضي ، وأنه يجب تحرير هذا المفهوم وإخراجه من مفهوم التعسف في استعمال الحق<sup>(٢)</sup> .

إذ هذه الإجراءات تسعى إلى مجرد الحصول على آجال ، مجرد كسب الوقت ، وليس تعمد الأذى أو الإضرار بالغير<sup>(٣)</sup> .

وقد يقال أن هناك وجه للخطورة في الاعتداد بقصد التسويق . هذه الخطورة تتمثل في أن تخويل القاضي البحث في " قصد " أو " نية " المتقاضي ، والقصد أو النية مسألة داخلية ، يمكن أن يفتح المجال للتحكم من القاضي . فيثبت هذه النية تارة وينفيها تارة أخرى ، مع ما في هذا من خطورة على المتقاضي لا تخفى .

والواقع أن مثل هذا الاعتراض قد تجاوزه ، ومنذ زمن بعيد ، الفكر القانوني . وشاهد ذلك أن القانون قد أباح للقاضي في مواضع عديدة البحث في القصد أو النية ، ولم يمنعه من ذلك زعم الخشية من تحكم القضاة ، أو

(١) Cadiet ( Loic ) ، Droit judiciaire privé ، Litec ، 1992 ، n<sup>os</sup> 794 - 796 ، et note 291.

(٢) Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) ، abus de procédure ، art. préc. ، n<sup>os</sup> 6 et 13 .

(٣) Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) ، abus de procédure ، art. préc. ، n<sup>os</sup> 6 et 13 .

المساس بمصالح أو حقوق ذوي الشأن<sup>(١)</sup>. ولماذا نخشى سلطة القاضي البحث في قصد التسوية دون أن نخشاها عند تطبيق القاضي للنظم أو للنظريات الأخرى التي تعتمد على القصد أو النية<sup>(٢)</sup>.

(١) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٨٦ .

(٢) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٩٠ .

وانظر في سرد هذه المواضع التي يعتد فيها بالنية : د/ أنور سلطان - نظرية التعسف في استعمال حق الملكية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٧ - العدد الأول - مارس ١٩٤٧ - ص ٩٧ .

ويمكن أن نورد هنا ما قاله الفقيه الكبير الدكتور / عبد الرزاق السنهوري في رده على الذين ينتقدون نظرية التعسف على أساس قيامها على معايير ذاتية أو شخصية تستند إلى تلمس القصد أو الدافع ، فيقول : " أما الذين ينكرون على النظرية أن من معاييرها تلمس الدافع الذي حدا بالشخص على استعمال حقه على النحو الذي اختاره ، وأن الدافع شئ نفسي يتعذر الغوص عليه في أعماق الضمير ، فينبغي أن يتنبهوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها . بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون . والمعايير الشخصية كثيرة ، وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على الأفضية التي تعرض له . فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع للتعاقد . وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام ، وعن الغش والتواطؤ في الدعوى البوليصية ، وما إلى ذلك " . الموجز في النظرية العامة للالتزامات - ١٩٣٨ - فقرة ٣٢٤ - ص ٣٣٤ - ٣٣٥ .

صحيح أن هذا الرد كان بمعرض الدفاع عن نظرية التعسف ، ولكنه يصلح كذلك للرد على من يمكن أن يهاجم فكرة التسوية الإجرائي لقيامها هي الأخرى على معيار النية أو القصد .



## المبحث الثاني

### تمييز الإجراءات التسوية عن غيرها من المفاهيم القانونية الأخرى القريبة منها

#### المطلب الأول

#### التسوية والتعسف في استعمال الحق

تطور مفهوم الحق وانتقاله من المفهوم المطلق ذي النزعة الفردية إلى المفهوم الاجتماعي بما يترتب على ذلك من تقبل الفكر القانوني لضرورة تقييده غانيا :

شهد الفكر القانوني في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كثيرا من الجدل حول إجازة المسؤولية عن استعمال الحقوق .

ففي ظل سيادة أفكار المذهب الفردي قيل أن الحقوق هي امتيازات توفر لأصحابها سلطات مطلقة . وطالما أن الفرد يستعمل حقه ملتزما بالحدود الموضوعية له، أو متحركا داخل الدائرة التي يرسمها القانون لممارسته ، فإن له أن يستعمله وفق مشيئته وبما يراه ملائما لتحقيق مصالحه . ومهما كانت نية الفرد أو الغرض الذي يسعى إليه من وراء استعمال حقه فإنه لا تنشأ مسؤولية عن هذا الاستعمال . بل ولا تنشأ هذه المسؤولية ولو أساء الفرد استعمال حقه أو نشأ عن هذا الاستعمال ضرر للغير<sup>(١)</sup> .

(١) د / محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ٤ ، ص ٥ .

وقد كان لصدور التقنين المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ م في الحقبة الزمنية التي سادت فيها هذه النزعة الفردية وتقديس الحرية الشخصية وعدم تصور تقييد حرية الإنسان في استعمال حقه ما دام أنه لا يتجاوز الحدود الموضوعية لهذا الحق أثره ، فتبنت بعض نصوصه هذا الفكر ، أو كانت - حسب تعبير بعض الفقه (١) - مرآة صادقة لهذه النزعة الفردية . فالمادة ٥٤٤ منه تجعل للمالك أن ينتفع بالشيء الذي يملكه وأن يتصرف فيه " بطريقة مطلقة إلى أبعد حد " . كما خلا هذا التقنين من نص عام يقرر المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق .

وانتقلت هذه النزعة الفردية إلى التقنين المدني المصري القديم . فعرفت المادة ١١ من القانون الأهلي / ٢٧ من القانون المختلط الملكية بأنها الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة (٢) .

وفي ذات الفترة الزمنية ، المشبعة بالفكر الحر والفلسفة ذات النزعة الفردية صدر أيضا تقنين المرافعات الفرنسي عام ١٨٠٦ م ، وجاء ، كما هو حال القانون المدني الفرنسي ، دون أن يتضمن نصا عاما يقرر عدم مشروعية التعسف في استعمال الحق أو يقرر جزاء له .

غير أنه على أثر تراجع هذه الأفكار ، أي المذهب الفردي والفلسفة القائمة على تعظيم الحرية الشخصية ، لصالح الأفكار والمذاهب الاجتماعية ، والتي تنظر للفرد كوحدة في مجموعة ، وتنظر أساسا لا إلى المصالح الفردية وإنما إلى الصالح العام للجماعة ، وما صاحب ذلك من النظر إلى الحق لا على أنه سلطة مطلقة لصاحبه أو مزية شخصية تستهدف فقط تحقيق النفع الشخصي لصاحبه على أي نحو يكون ، وإنما

(١) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ذات الإشارة السابقة .

(٢) مؤلف حقوق الإنسان - متطلب دراسي بجامعة المنوفية ٢٠٠٩م - ص ٩٥ .

على أنه يؤدي كذلك دورا أو وظيفة اجتماعية ، ويقصد به مصلحة الفرد والمجتمع في ذات الوقت ، ظهر بعض الأحكام القضائية وبعض الكتابات الفقهية ، يحاول الحد من الإطلاق الذي كانت تتمتع به الحقوق ، وأبرز أنه إلى جانب القيود الموضوعية للحق ، يوجد أيضا قيد غائي له . وهو ما يسمح برقابة استعمال الفرد لحقه . ويسمح كذلك بإجازة تعويض الأضرار الناشئة عن استعماله على نحو غير مشروع <sup>(١)</sup> .

ولم يحل عدم أخذ نصوص التقنين المدني الفرنسي بالمسئولية عن التعسف في استعمال الحق أو تقريرها لها ، دون اجتهاد القضاء في سبيل فرض رقابة على استعمال الحقوق ، وذلك استلهاما منه لمبادئ الأخلاق وروح العدالة والذوق السليم ومعايشته للواقع الذي يشهد كثيرا من الأساليب الملتوية في استعمال الحقوق على نحو يبدو فيه من الظلم تركها دون تقرير جزاء .

وهكذا كان للقضاء الفضل في إحياء هذه النظرية وإعادة الأخذ بها من قبل الفكر القانوني الحديث <sup>(٢)</sup> . فقد بدأت النظرية في الظهور حديثا في أحكام القضاء الفرنسي والذي فرض رقابته على استعمال الحقوق ، رغم عدم وجود نص في التقنين المدني الفرنسي . وفي أواخر القرن التاسع عشر ومستهل القرن العشرين تنبه الفقه إلى هذه

(١) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٥ ، ص ٦ .

(٢) فهذه النظرية والتي تعرف في الفكر القانوني بسوء استعمال الحق أو التعسف في استعمال الحق L'abus de droit ، ليست في الواقع مستحدثة ، بل هي قديمة ، إذ عرفها الفقه الإسلامي ، استمد أصولها من القرآن الكريم والسنة النبوية ، وقام بدراستها ، فاستقرت لديه ، بل واحتلت مكانة هامة . انظر في هذا الشأن : الأستاذ الشيخ عيسوي أحمد عيسوي - نظرية التعسف في استعمال الحق - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الخامسة - العدد الأول - يناير ١٩٦٣ م ، ص ١ وما بعدها .

الطلّاع الأولى من أحكام القضاء فتبناها ، وكان الفضل الأكبر في ذلك لكل من جوسران  
Josserand<sup>(١)</sup> وسالي Saleilles<sup>(٢)</sup> .

وهكذا أعيد النظر في مدى صحة القبول بالاستعمال المطلق للحقوق . وقيل وفقاً  
لهذا الفكر الذي انتشر سريعاً بضرورة مراعاة صالح المجتمع عند استعمال الحق . وأن  
للحق وظيفة اجتماعية لا يجب السماح باستعماله بشكل يتناقض معها . أو أنه وسيلة  
لتحقيق غاية محددة يجب أن يلتزمها صاحب الحق عند استعمال حقه وإلا فإنه يكون قد  
أساء هذا الاستعمال أو استعمله على نحو غير مشروع . فإن نشأ عن ذلك ضرر للغير ،  
أمكن مساءلة من أساء استعمال حقه<sup>(٣)</sup> .

وقد انتهى الأمر لصالح هذا النظر الأخير . وكتب النصر لمؤيدي المسؤولية عن  
إساءة استعمال الحقوق . فالحقوق وإن كانت قد منحت للشخص لتحقيق الصالح  
الخاص له ، فإنها تؤدي أيضاً وظيفة اجتماعية بتحقيق النفع العام للمجتمع . وبالتالي لا  
يجوز استعمالها بشكل يتناقض مع ما تقضي به هذه المصلحة . هذا ما قال به الفكر  
القانوني لمفهوم نسبية الحقوق وللدور الاجتماعي لها . وأدى إلى تبني التشريعات  
الحديثة لتقرير مسؤولية صاحب الحق إذا ما أساء استعمال حقه . وهكذا أصبح عدم  
المشروعية عند استعمال الحق لا يقتصر فقط على تجاوز الحدود الموضوعية  
المرسومة لمباشرة الحق داخلها ، وإنما أضيف إليه عنصر آخر ، غائي ، يتعلق بالغاية

(١) والذي ينسب إليه فضل الجولة الأولى في هذا المجال ، بعد أن قام بجمع أحكام القضاء  
ودراساتها ، ووضع الأسس الأولى في الفقه لهذه النظرية . انظر له :

Josserand , - De l'abus de droit , 1905,

- De l'esprit des droits et de leur relativité , ( théorie dite de l'abus de  
droit ) , 1<sup>re</sup> éd. 1927 , 2<sup>e</sup> éd. 1938 .

(٢) انظر : د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٥٤ .

(٣) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٥ ، ص ٦ .

التي يقصدها أو يستهدفها الشخص بهذا الاستعمال ، فيمكن أن يكون استعمال الحق مشروعاً ، أو غير مشروع ، حسب هذه الغاية .

وكان للقضاء والفقهاء بعد ذلك ، في صياغة النظرية ، دوراً هاماً . إذ كان لهما الفضل في جمع وتنسيق أجزائها ، ووضع ضوابط محددة لها . وكثرت الأحكام التي تطبق النظرية حتى أصبحت مستقرة في القضاء والفقهاء على نحو لم يعد معه مقبولاً أن يفكر أحد جديداً في مهاجمتها أو إقناع الفكر القانوني بالعدول عنها . وهو ما كان له أثره في إنارة الطريق أمام المشرعين ففتحوا لها أبواب تقنيناتهم الحديثة . واحتلت فيها مكانة بارزة<sup>(١)</sup> .

وفي القانون المصري ، لم يوجد كذلك في القانون المدني القديم نص عام يأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق<sup>(٢)</sup> ، ورغم ذلك فقد طبق القضاء المصري هذه النظرية<sup>(٣)</sup> . بل وأرسى المبادئ التي تقوم عليها نظرية التعسف ، وذلك تأثراً منه ، من ناحية بما جرى عليه القضاء الفرنسي وكتابات بعض الفقهاء الفرنسيين ، ومن ناحية أخرى بأحكام الشريعة الإسلامية والتي تجعل من نظرية التعسف في استعمال الحق مبدأً من مبادئها<sup>(٤)</sup> .

(١) فالنظرية مقبولة على نطاق واسع سواء من القضاء أو من الفقهاء ، ويجسد المشرع ذلك في النصوص الحديثة :

Jeantin ( M. ) J.- Class. Civil , art. 1382 – 1386 , Fasc. 131 – 2 , Droit à réparation , n° 53 .

(٢) وإن كان قد تضمن بعض النصوص التي تعتبر تطبيقاتاً محدودة لهذه الفكرة ، انظر في ذلك : د/ محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ٥٦ .

(٣) وقد قضي في أحكام عديدة بالتعويض كجزاء لهذا التعسف ، في بعض هذه الأحكام انظر : د / محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ٥٤ وما بعدها .

(٤) د / محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ٥٦ – ٥٧ ، د / أحمد إبراهيم عبد التواب – النظرية العامة للتعسف – ص ٤٣٧ – ٤٣٨ .

وقد كان لتأثر وجدان الانسان المصري بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ، ولما استقر عليه العمل في مصر من الأخذ ، في بعض النواحي القانونية وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية ، ومنذ وقت طويل ، بأحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تعرف نظرية شاملة ، وثرية ، للتعسف في استعمال الحق <sup>(١)</sup> ، الفضل في تقبل الفكر القانوني المصري لهذه الفكرة ، دون كثير من الجدل ، وكاد أن يجمع الفقه المصري على قبولها. وكان بفضل جهود هذا الفقه وأحكام القضاء ، أن اعتنقها القانون المدني الحالي واعتبرها مبدأ عاما . فلم يكن غريبا ، رغم أن نصوص التقنين المدني الفرنسي لا تتضمن نصا عاما يأخذ بالنظرية ، أن يقننها القانون المدني المصري الحالي ويضعها في مكان الصدارة بين نصوصه <sup>(٢)</sup> . وهو ما جعل الفقه والقضاء يعتبرها بمثابة النظرية العامة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على العلاقات التي تحكمها نصوص القانون المدني .

ودون أن يجزنا ثراء هذه النظرية إلى الدخول في التفصيلات والآراء التي أفاض فيها الفقه بشأن أساس التعسف في استعمال الحق وطبيعة المسؤولية الناشئة عن استعمال الحق . وما إذا كان هذا التعسف يعد صورة من صور المسؤولية التقصيرية وباعتباره إحدى صور العمل غير المشروع أو الخطأ المرتب لهذه

<sup>(١)</sup> وقد أرجع بعض الفقه إلى الفقه الإسلامي الفضل في وضع أصول هذه النظرية ، والتي عرفت فيه بإسم نظرية سوء استعمال الحق ، وتطبيقها على مختلف الحقوق ، بما لم يعرفه الفقه والقضاء الحديث إلا منذ عهد قريب . انظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٤١ .

<sup>(٢)</sup> وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني أن المشرع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص . . . . وقد ساعد على اختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الاسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج١ - الباب التمهيدي - ص ٢٠٧ - ٢٠٨ .

المسئولية ، أم أن المسئولية التي يثيرها التعسف هي صورة مستقلة للمسئولية المدنية، لا تستند إلي الخطأ ، أم أن التعسف فكرة تخرج أصلا عن دائرة المسئولية المدنية<sup>(١)</sup> . إذ لا يسمح مجال هذه الدراسة بالدخول في هذه المسائل تفصيلا . كما أنه قد أفاض فيها ، ومنذ فترة ليست قصيرة ، فقهاء القانون المدني . وبذلت لتوضيح فكرة التعسف وتحديد طبيعته والبحث عن معياره ، دراسات رائعة . وهو ما يسوغ لي أن أكتفي من ذلك بالقدر اللازم لتوضيح إلى أي مدى تتميز فكرة التسوية أمام القضاء ، من خلال الإجراءات القضائية ، عن مفهوم التعسف في استعمال الحق . وهل يمكن أن يوجد مثل هذا التسوية مستقلا ومتميزا عن التعسف ؟ وتبين أوجه التفرقة والتمييز بين التسوية الإجرائي والتعسف . وهو ما يستلزم ، بعد أن نسجل حالة الخلط بين المفهومين ، سواء في القضاء أو في الفقه ، أن نرى نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ونحدد معياره في قانون المرافعات . وذلك لأن هذا النطاق وهذا المعيار قد يختلفا بالنسبة للتعسف في استعمال الحق عنهما بشأن التسوية الإجرائي .

(١) اختلف الرأي بين اتجاه غالب في الفقه في فرنسا ومصر يرى أن التعسف ليس إلا صورة من صور الخطأ التصويري . وبالتالي يجب أن تنضوي فكرة التعسف في إطار نظرية المسئولية التصويرية . ومن ثم فالتعسف خطأ يتوافر متى انحرف صاحب الحق في استعماله عن سلوك الرجل العادي . انظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٤٦ - ١٤٧ ، والفقه الذي يشير إليه . وبين من يرى التعسف مسألة سابقة على مشكلة المسئولية . إذ هو فكرة ملازمة ومكاملة لفكرة الحق ، ويعد نظرية مستقلة مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق ، خارجة بهذا عن دائرة المسئولية ومتجاوزة في دورها وجزائها الدور التعويضي البحث لفكرة المسئولية التصويرية . انظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٤٦ - ١٤٧ ، والفقه الذي يشير إليه .

وسنرى كيف أنه نظرا لغياب تحديد تشريعي لمعيار التعسف في القانون الفرنسي قد أثر الاتجاه الغالب ، بالنظر إلى التعسف على أنه إحدى صور العمل غير المشروع أو الخطأ المرتب للمسئولية التصويرية ، في تحديد المعايير التي يأخذ بها الفقه والقضاء للتعسف . لاحقا ، ص ١٠٠ وما بعدها .

ولاشك أن تحديد نطاق التعسف ومعياره بالنسبة للحقوق الإجرائية يقتضي قبل ذلك أن نبين - بايجاز - نطاق تطبيق نظرية التعسف وأن نحدد معياره بشأن غيرها من الحقوق . كي يتضح متى يكون استعمال الحق ، بصفة عامة ، تعسفيا . وتبين المعايير المعتمدة تشريعيا لهذا التعسف ، وما إذا كان في نصوص قانون المرافعات أو في طبيعة الحقوق الإجرائية ما يوجب اختلاف معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي عن المعايير المعتمدة له بشأن غيره من الحقوق .

وعلى ذلك ندرس في هذا المطلب المسائل الآتية :

- حالة الخلط بين التسوية الإجرائي والتعسف في استعمال الحق .

- نطاق التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية .

- معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية .

وندرس كل منها في فرع مستقل ، وذلك حتى يمكن استخلاص أوجه التمييز أو التفرقة بين الإجراءات التسوية من ناحية ، والتعسف في استعمال الحق من ناحية أخرى ، وذلك سواء ما تعلق بنطاق تطبيق كل من المفهومين أو بمعياره وضابطه . وهو ما نعرض له في فرع رابع وأخير .

## الفرع الأول

### حالة الخلط بين التسوية والتعسف في استعمال الحق

لما كان قانون المرافعات لم يتضمن ، كما رأينا ، نصوصا بشأن استعمال المتقاضين للإجراءات القضائية بقصد التسوية والمماثلة ، ولم يفرض جزاءات يكون واضحا أنها مخصصة لمواجهة هذه الإجراءات ، وذلك على خلاف الحال بالنسبة



للإجراءات التي تُتخذ بقصد الكيد ، والتي أمكن فرض جزاء لها سواء من خلال النصوص الواردة في قانون المرافعات ، والتي تقرر هذا الجزاء في حالات معينة ، أو بالرجوع إلى القواعد العامة في استعمال الحقوق والتي تتضمنها المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدني ، فإنه عندما واجه الفقه والقضاء إجراءات قام بها المتقاضى بقصد كسب الوقت وتأخير نهاية الإجراءات القضائية لم يسعى أيهما إلى تمييز مفهوم الإجراءات التسوية على أساس تمييز غايتها ، والتي تتمثل في مجرد كسب الوقت وليس إلى الإضرار بالغير ، بل انهما في جملتهما قد اعتبراهما إجراءات كيدية أو تعسفية .

لذلك ساد المزج أو الخلط بين الإجراءات التسوية والتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، أي الإجراءات التعسفية أو الكيدية . وبمعنى أكثر دقة أعتبرت الإجراءات التسوية نوعاً أو صورة من صور الإجراءات التعسفية .

فقد قال بعض الفقه أنه يعد من التعسف الطعن التسويفي الذي يرفع لتأخير وصول الحق إلى صاحبه <sup>(١)</sup> ، وأن اعتماد أساليب المماثلة والتسويق يعد من صور التعسف في استخدام الحق في الرد <sup>(٢)</sup> . وأنه من قبيل التعسف في استعمال الحق في الطعن استخدام الطعن في الحكم كوسيلة لتأخير التنفيذ والمماثلة والتسويق <sup>(٣)</sup> . وأن استعمال الحق في الطعن بغرض التسويق أو المماثلة يعتبر كيدا يؤدي إلى المسؤولية <sup>(٤)</sup> .

(١) د / إبراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ص ١٩١ ، ص ١٩٣ - ١٩٤ .

(٢) د / إبراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ١٧٧ ، ص ١٧٩ - ١٨٠ .

(٣) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٦٩ هامش ٢ ص ٦٤٤ .

(٤) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - الغش في التقاضي وفي التنفيذ - دار النهضة العربية - ص ١٨٦ .

وقيل أيضا بأنه أحيانا يظهر من الظروف سوء نية الخصم ومحاولة التسوية في الوفاء . فإذا ما توافر التسوية فإننا نكون بصدد التعسف في استعمال الحق<sup>(١)</sup> . وبأنه يعتبر تعسفا أن يعمد المدين ، بدفوع متكررة ، إلى عرقلة الفصل في الدعوى لتأخير حصول الدائن على حقه . أو أن يعمد الدائن ، بمثل هذه الدفوع ، إلى تأخير الفصل في الدعوى ، لتراكم الفوائد على المدين<sup>(٢)</sup> .

كذلك قيل أنه من قبيل التعسف من المدعى عليه استعمال الحق في الدفع لتأخير الفصل في الدعوى<sup>(٣)</sup> . وأنه من صور التعسف لجوء المدعى عليه إلى إثارة الكثير من الحجج والأسانيد سواء كانت لها صلة بالنزاع أم لا ، بغرض تعقيد القضية ، حتى لا يتيسر الفصل فيها إلا بعد وقت وجهد شديدين مع علمه أن كل ما يقدمه لن يؤثر على رأي المحكمة لصالحه ، ولكن يكون هدفه كسب الوقت وتأخير التنفيذ<sup>(٤)</sup> .

ورأى البعض أنه يتصور التعسف في استعمال الحق في امتناع الخصوم عن استخدام حقوقهم الإجرائية بقصد إطالة أمد النزاع . كما هو الحال في امتناع الخصوم عن استخدام الدفع بالبطلان المتعلق بالنظام العام أو الدفع بعدم القبول ، بقصد تأخير الفصل في الدعوى<sup>(٥)</sup> .

(١) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٤٣ .

(٢) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٥ - ١٧٦ .

(٣) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٢٨ .

(٤) د / إبراهيم أمين النفاوى - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٣٩ .

(٥) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٠٤ .

وفي الفقه الفرنسي ذكر البعض أن التعسف قد يقع من المدعي عليه عندما يقاوم بشكل مبالغ فيه ادعاءات المدعي ، ويثير الكثير من العوارض الإجرائية بقصد المماطلة <sup>(١)</sup> .

والحقيقة أن ذات الخلط بين المفهومين ، الإجراءات التسوية من ناحية ، والتعسف في استعمال الحق من ناحية أخرى ، ملحوظ كذلك في بعض أحكام القضاء ، خاصة الفرنسي .

فقد قضي بأنه يكون تعسفا مسلك المتقاضي الذي يعدد المهل والتأجيلات ويعتصم بالإجراءات لكي يؤخر الوفاء بمبلغ غير كبير <sup>(٢)</sup> .

وقضي بأنه يبين المسلك الخاطئ للمستأنف حكم محكمة الاستئناف الذي ، في سبيل إلزامه بدفع بعض المبالغ للمستأنف ضده ودفع غرامة مدنية ، للاستئناف التعسفي والكيدي ، يقرر أن المنازعات المثارة تفتقر إلى الأساس ، وأن المستأنف لم يكن ليتلبس عليه الأمر حول نطاق حقوقه ، وأن استئنافه قدم بتعسف ظاهر وبارادة تسوية ، سببت للخصم الأخر ضررا أكيدا <sup>(٣)</sup> .

وقد قضت محكمة التقض الفرنسية في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٠م ، أن كثرة الدعاوى والطعون التي قام بها المتقاضي كانت مجردة من الأساس القانوني وأنها كانت بقصد تأخير السداد ، وهو ما يعد تعسفا في استعمال الحق <sup>(٤)</sup> .

(١) Y. Desdevises , L' abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc., pp. 21 et s .

(٢) Cass. civ., 3<sup>e</sup> , 11 déc. 1969 , J.C.P., 1970 , éd. G., IV, 30, Bull. civ., III , n<sup>o</sup> 820 .

(٣) Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 16 avril 1986 , Bull. civ., n<sup>o</sup> 55 , p. 37 .

(٤) Cass. com., 19 déc. 2000 , Arrêt n<sup>o</sup> 2126 , Pourvoi n<sup>o</sup> 97 -12-170 .

=

وإذا كان لي من تعقيب لتوضيح أسباب هذا الخلط ، أو على الأقل ، ملاحظة يمكن تقديمها بشأنه فإنه يمكن تسجيل ما يأتي :

١ - الاتساع المفرط الذي يعطيه بعض الفقه للمفاهيم القانونية التي يتناولها بالدراسة.

وإذا أردنا دليلاً على ما أعتقده توسعاً مفرطاً في تحديد مفهوم التعسف لدرجة تجعله يبتلع بعض المفاهيم القانونية ، الأخرى ، المجاورة له أو القريبة منه ، كمفهوم الغش ، وتجاوز السلطة أو الانحراف بها ، والمماثلة أو التسوية ، فإنه يمكن ، فضلاً عما سبق ذكره من خلط بين التعسف والتسوية ، أن نشير مثلاً إلى ما ذكره بعض الفقه من أنه يعتبر تعسفاً في استعمال الحق تغيير المحكم لإرادة أحد الخصوم ، أو تسبب المحكم في إبطال حكم التحكيم لإخلاله بالمبادئ الإجرائية الأساسية مثل مبدأ المواجهة واحترام حق الدفاع ، أو تجاوز المحكم حدود مهمته أو أخطاء المحكمين في تطبيق القانون<sup>(١)</sup> . وأنه أيضاً ، إذا توافر السبب الأول لمخاصمة القاضي أو عضو النيابة ، بوقوع غش أو تدليس أو غدر ، أو الخطأ المهني الجسيم ، فإن مسؤولية القاضي تقوم على أساس التعسف<sup>(٢)</sup> .

انظر هذا الحكم ، ووقائع القضية الصادر فيها لدى : د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٩٦ ص ٧٠٦ - ٧٠٧ هامش ٣ .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٤٧ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٣٤ ، ص ٧٤٠ ، وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة للسبب الثاني من أسباب المخاصمة ، وهو الحالة التي تسمى انكار العدالة ، ذات المؤلف - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٣٨ - ٧٣٩ .

وأنة من تعسف القاضي سماحه بتداول الخصومة فترات زمنية طويلة ، وإمهاله الخصم لإعلان قريب له ، وحجز الدعوى للحكم دون معرفة ما إذا كانت صالحة للفصل فيها أم لا ، وقيامه بتأجيل الدعوى لأسباب غير جدية <sup>(١)</sup> .

ولعل مما يسهم أيضا في بيان هذا التوسع ، غير المقبول في اعتقادي ، لمفهوم التعسف في استعمال الحق ، ما ذكره صاحب هذا الرأي من قيام مسئولية القاضي إذا صدر منه الحكم عن " عدم ترو ورعونة وعدم احتياط " ، إذ يكفي توافر عدم الاحتياط في استعمال الحق من جانب القاضي للقول بالتعسف في استعماله للحق الإجرائي <sup>(٢)</sup> .

وقيل أنه من المتصور تعسف النيابة العامة في رفع ، أو عدم رفع ، دعوى الإفلاس أو دعوى الحسبة . وأن النيابة العامة تتعسف أحيانا في الطعن في الحكم أو في الادعاء أو الدفاع أو التدخل في الدعاوى <sup>(٣)</sup> . وأن عدم اتخاذ النيابة العامة " قرار واجب التنفيذ فورا في منازعات الحيازة يعد تعسفا " <sup>(٤)</sup> .

ونؤكد ، مع بعض الفقه ، أنه إذا كان دافع هذا التوسع هو إعطاء أهمية كبيرة لبعض المفاهيم القانونية ، فإنه فات أصحابه أن قوة النظرية ليست في اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو في دقة تحديدها <sup>(٥)</sup> ، وقوة أساسها .

(١) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٤٦ .

(٢) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٤٢ وما بعدها ، خاصة ص ٧٤٧ .

(٣) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٥٦ .

(٤) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٥٧ .

(٥) د/ حسن كيرة - المدخل إلى القانون - ط ٥ - ١٩٧٤ بند ٣٩٩ ص ٧٨٣ ، د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧١ .

٢- الاستدلال ببعض الأحكام القضائية في غير الموضع الصحيح . ونكتفي في هذا المقام ببعض الأحكام استند إليها بعض الفقه للقول أن القضاء يعتبر المسلك التسويقي للمتقاضي تعسفا في استعمال الحق . الحكم الأول ، فيه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " الخطأ في استعمال طرق الطعن يتمثل في اكتشاف قضاة ثاني درجة لإرادة المستأنف المتعمدة في تحريف نص المادة ٣ من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ ، وفي طابع الاستئناف التسويقي الذي كان موضوعه الوحيد إرجاء الوفاء <sup>(١)</sup> .

وفي حكم آخر قضت ذات المحكمة أن " إعلان المحكمة أن المستأنف لم يرفع استئنافه إلا من أجل مصلحة تسويقية بحتة بقصد تأخير الوفاء بدين خال من النزاع وواجب الأداء منذ أكثر من عامين ، فمحكمة الاستئناف تكون هكذا قد عينت الخطأ الذي حدث في استعمال حق الالتجاء إلى القضاء " <sup>(٢)</sup> .

وقد استند بعض الفقه إلى هذين الحكمين للقول أن القضاء يعتبر أن الطعن التسويقي يعد طعنا كيديا <sup>(٣)</sup> . وهو ما يصعب - في اعتقادي - استخلاصه منهما . فهذه الأحكام تتكلم عن ثبوت " الخطأ " في جانب المتقاضي الذي يستخدم الطعن للتسويق ، ولا شك - عندي - أن الخطأ والتعسف ليسا مترادفين . فالخطأ يشمل التعسف وغيره . والحكم الثالث الذي يشار إليه كثيرا للتدليل على أن القضاء يعتبر التسويق صورة من صور التعسف في استعمال الحق ، هو حكم قديم لمحكمة الاستئناف الأهلية ،

(١) Cass. civ., 2 avril 1979 , J.C.P., 1979, IV, 204 .

(٢) Cass. com., 25 nov. 1974 , J.C.P., 1975 , IV, 13 .

(٣) د/ سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٨٦ - ١٨٧ ، د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٥٩ - ٢٦٠ و هامش ١ ، ٢ .

فيه عرفت المحكمة الدفاع الكيدي بأنه : " هو ما يقصد به صاحبه كيد خصمه والتنكيل به باستعمال اساليب المظل والعناد بسوء نية لمضايقته وبنية الايذاء لإبطال الدعوى ، وهو أمر متروك لتقدير المحكمة تستنتج من ظروف القضية " (١) .

واعتقد أن الاستدلال بهذا الحكم هنا أيضا هو في غير موضعه . والقول بغير ذلك فيه خلط بين الغاية والوسيلة . وصياغة الحكم لا تؤدي حتما إلى هذا الخلط ، بل يمكن التفرقة بينهما . فالذي يجعل الدفاع كيديا ، وفقا لهذا الحكم هو " أن يقصد به صاحبه كيد خصمه والتنكيل به " و " نية الايذاء " . أما ما أشار إليه الحكم من اتباع اساليب المظل والعناد فهو الوسيلة إلى بلوغ هذا القصد .

لا أريد هنا القول أن القضاء يميز تماما بين مفهومي التسويق والتعسف في استعمال الحق ، ولا أن أنفي حدوث هذا الخلط بينهما في بعض الأحكام . فقد رأينا وقوع بعض الأحكام ، خاصة في فرنسا ، فيه . ولكن ما نسجله هنا هو أن الاستدلال بمثل هذه الأحكام هو في غير موضعه الصحيح ، كما رأينا ، مما يزيد من حالة الخلط بين المفهومين .

٣- ربما يكون العذر الذي يمكن أن يقدم لتبرير هذا الاتجاه ، في خلطه بين التسويق في الإجراءات والتعسف في استعمال الحق ، هو الرغبة المحمودة لديه في عدم ترك هذا المسلك التسويقي للخصم يفلت من الجزاء . فهذا التسويق رغم ما يؤدي إليه من عرقلة سير العدالة وتأخر وصول الحقوق إلى أصحابها ، لم يكن قبل صدور تقنين المرافعات الفرنسي الجديد محلا لمعالجة تشريعية واضحة (٢) ،

(١) استئناف أهلي ٨ يونية ١٩٣١م - مجلة المحاماة - السنة ١٢ عدد ٤ رقم ١٧١ ص ٣٢٢ .  
(٢) سوى نص المادة ٤٧١ من تقنين المرافعات الفرنسي القديم (ACPC) ، والتي كانت تجيز الحكم بالغرامة والتعويضات إذا كان الاستئناف تسويقيا أو تعسفيا .

ترصده وتفرض له الجزاء الفاعل ، ولهذا رأى بعض الفقه وذهب بعض الأحكام إلى إدخاله في مفهوم التعسف في استعمال الحق واعتباره من صوره ، لضمان فرض جزاء له ، ولو كان ذلك على حساب دقة المفاهيم القانونية .

٤- عدم اهتمام جانب من الفقه والقضاء في فرنسا بالتمييز بين التسوييف الإجرائي والتعسف في استعمال الحق ، على أساس أن المشرع الفرنسي يساوي بينهما - في بعض النصوص - في الحكم ، والنظر إلى التسوييف على أنه شأنه شأن التعسف في استعمال الحق يعد خطأ . وبالتالي فإن أيهما سيتقرر له وبشكل تقليدي جزاء التعويض ، باعتباره خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية .

ومع ذلك سوف نرى أن المشرع الفرنسي الحديث يتجه إلى التمييز بين التسوييف الإجرائي والتعسف في استعمال الحق ، من حيث أنه يرصد في بعض نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ظاهرة التسوييف في ذاتها ، ويقرر لها جزاءات إجرائية خاصة يراها ملائمة لمواجهتها .

## الفرع الثاني

### نطاق التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية

إذا كان تقرير مبدأ مسؤولية صاحب الحق عن التعسف في استعمال حقه لم يعد محل خلاف ، خاصة بعد تقنين هذه المسؤولية في كثير من التشريعات ، ومنها القانون المصري ( المادة ٥ مدني ) ، فإن تحديد نطاق التعسف في استعمال الحقوق أو المكينات الإجرائية قد أثار الخلاف والتردد . وذلك بسبب تردد الفقه في تحديد نطاق تطبيق نظرية التعسف ومدى شمولها لكل الحقوق أو المكينات القانونية بصفة عامة ، من



ناحية ، وكذلك بسبب الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية وما قد توجبه من حصانة لصاحب هذه الحقوق عند استعمالها ، من ناحية ثانية .

أولا : تردد الفقه في تحديد نطاق نظرية التعسف :

الحقيقة أنه إذا كان " التعسف في استعمال الحق " هو التعبير أو التسمية التي تتردد كثيرا في كتب الفقه ، وأن ما يقال دائما هو أن التعسف يكون في استعمال " الحقوق " عندما يستعملها أصحابها استعمالا معينا ، فإن هذا الأمر مع ذلك يثير تساولين :

الأول : هل يقتصر التعسف على استعمال الحقوق بحيث لا يرد على غيرها من المكنتات ، كالرخص والحريات ؟

الثاني : هل يتصور التعسف بالنسبة لاستعمال كل حق ؟ وبمعنى آخر ، هل يرد التعسف على استعمال كل الحقوق أم أن هناك طائفة منها لا تعسف في استعمالها ؟

أ - في إجابة التساؤل الأول يقصر الاتجاه الغالب في الفقه ، سواء المصري أو الفرنسي ، تطبيق نظرية التعسف على استعمال الحقوق بمعناها الدقيق ، دون ممارسة الرخص العامة أو الحريات . أي أنه يستبعد تطبيق النظرية على الرخص أو الحقوق العامة<sup>(١)</sup> .

فكل من الحرية والرخصة تخرج عن نطاق نظرية التعسف ، وإن كان هذا الخروج يرجع لأسباب مختلفة .

(١) انظر : د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٣٤ وما بعدها ، ص ١٦٧ وما بعدها .

فلا تعسف في ممارسة الحرية لكونها ، حسب جانب من الفقه <sup>(١)</sup> ، غير مشروطة *Inconditionnée* ، ولا محددة *Non définie* ، ولا مسببة *Non causée* ، ولذلك فإنها ترتفع عن السلطة التقديرية للقاضي .

وكذلك لا تعسف في استعمال الرخصة لأنها - وأيضاً حسب ذات الفقه <sup>(٢)</sup> - خيار يرجع استعماله إلى مطلق تقدير صاحبه ، ولا يمكن أن ترد رقابة القاضي على هذا الاستعمال بغير نقل سلطة الخيار إلى هذا الأخير .

ويؤكد هذا الفقه <sup>(٣)</sup> نظره ، بتطبيق نظرية التعسف على الحقوق دون الحريات أو الرخص العامة ، بأن المادة الخامسة من المشروع التمهيدي للقانون المدني كانت تقرر أن الحقوق المدنية نوعان ، حقوق محددة يكتسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقا على هذه المادة أنه : " تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهي بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها ، أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسنولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ..... وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى

(١) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٣٤ .

(٢) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٣٤ .

(٣) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٧ وما بعدها .

فكرة التعسف فيها لتأمين الغير مما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه " (١) .

ويرى بعض الفقه (٢) أن حذف هذا النص وعدم ظهوره في التقنين المدني لا يؤدي إلى الانتقاص من دلالاته على اتجاه المشرع المصري ، لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملاً فقهيًا أكثر منه تشريعيًا .

وعلى العكس من الاتجاه السابق ، ذهب جانب من الفقه القانوني الحديث إلى إمكان تصور التعسف في الحقوق وكذلك في الحريات والرخص على حد سواء . وبالتالي فإن نطاق تطبيق التعسف لا يقتصر على الحقوق فقط ، بل إنه يجوز أن يمتد تطبيق النظرية لتشمل الحريات والرخص أيضا (٣) .

وطبقا لهذا الاتجاه فإن المشرع يضع قاعدة تحدد التصرفات المشروعة (٤) ، إذ أنه يستهدف إدخال نوع من الأخلاق في التصرفات القانونية . واستعمال أي حق سواء كان خاصا أم عاما يؤدي إلى حد ما إلى الإضرار بالغير . ولكن نظرا لأن هذا الضرر لا يمكن تفاديه فهو يعتبر مشروعا . ولكن المسؤولية عن هذا العمل تقوم منذ اللحظة التي يكون فيها الاستعمال قد تم بشكل غير مشروع (٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - الباب التمهيدي - ص ٢٠١ بالهامش . وانظر : د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٣٢ ، ص ١٦٧ وما بعدها .

(٢) د / حسن كبيره - المدخل إلى القانون - ط ٥ - ١٩٧٤ - رقم ٣٩٩ ، ص ٧٨٦ ، د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٨ .

(٣) الدكتور / جلال علي العدوي والدكتور / رمضان أبو السعود والدكتور / محمد حسن قاسم - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) ١٩٩٦ - ص ٤٧٥ - ٤٧٧ ، وانظر : د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٦٨ .

(٤) انظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٨ وما بعدها .

(٥) انظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٨ وما بعدها .

فالشخص الذي يستعمل رخصته ويسبب أضرارا مشروعة للغير يحميه القانون، شأنه تماما شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق . ولكن متى كان هذا الاستعمال غير مشروع فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم بالنسبة للحق . وكما كفل القانون لهما الاستعمال المشروع ، فإنه يتدخل للحد من التعسف في استعمالهما<sup>(١)</sup> .

أما الاستناد إلى أن قواعد المسؤولية المدنية تغني ، بالنسبة للرخص ، عن نظرية التعسف ، فهو قول بالنسبة لهذا الاتجاه غير مقبول . إذ أن مثل هذا القول يصدق سواء بالنسبة للحق بالمعنى الدقيق أو الرخصة . وإذا كانت قواعد المسؤولية المدنية لم تغن عن نظرية التعسف بصدد الحقوق ، فلا يوجد أدنى مبرر لكفايتها في صدد الرخص وعدم الحاجة إلى نظرية التعسف بشأنها<sup>(٢)</sup> .

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه أن الرأي القائل بعدم سريان نظرية التعسف على الرخص إنما يرجع في الواقع إلى اعتبارات تاريخية<sup>(٣)</sup> . وعلى ذلك فالأمر يرجع لسبب عرضي ليس مستمدا من جوهر نظرية التعسف ذاتها . فليس في المنطق ما يبرر التفرقة في هذا الصدد بين حق الملكية وحق التقاضي مثلا<sup>(٤)</sup> . فيقال أن من يستعمل

(١) انظر : د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٨ وما بعدها .

(٢) الدكتور / جلال علي العدوي والدكتور / رمضان أبو السعود والدكتور / محمد حسن قاسم - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - ص ٤٧٦ - ٤٧٧ ، د/ اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - الطبعة الثانية - ١٩٥٨ - ص ١٦٦ - ١٦٧ ، د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٨ وما بعدها .

(٣) إذ كان المسلم في القرن الماضي تقييد الحقوق العامة والرخص وبالتالي لم تثر الحاجة لبحث تطبيق نظرية التعسف عليها للحد من إطلاقها ، د/ اسماعيل غانم - ذات الإشارة السابقة ، د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٧٠ .

(٤) الدكتور / جلال علي العدوي والدكتور / رمضان أبو السعود والدكتور / محمد حسن قاسم - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - ص ٤٧٦ - ٤٧٧ ، د/ اسماعيل غانم - ذات الإشارة السابقة .

حق الملكية لمجرد الإضرار بالغير يعتبر متعسفا ، في حين أن من يستعمل إجراءات التقاضي استعمالا يحدده الغرض ذاته يعتبر مخطئا خطأ عاديا <sup>(١)</sup> .

وقد قيل <sup>(٢)</sup> أن هذا الرأي هو المشهور في الفقه والمتردد في أحكام القضاء المصري . وأن قضاء محكمة النقض يأخذ بعدم التمييز بين الحقوق والرخص فيما يتعلق بتطبيق نظرية التعسف . وهو ما قررته بالفعل محكمة النقض . فمن أحكامها الهامة ما قضت به من أن " مؤدى المادة الخامسة من القانون المدني أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنظم جميع نواحي وفروع القانون والتعسف في استعمال الحق لا يخرج عن إحدى صورتين ، إما بالخروج عن حدود الرخصة أو بالخروج عن صورة الحق . ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي <sup>(٣)</sup> .

وقد اجتهد بعض الفقه <sup>(٤)</sup> أنصار الاتجاه الأول ، القائل بقصر تطبيق نظرية التعسف على الحقوق بمعناها الدقيق ، دون ممارسة الحريات والرخص ، للرد على هذه الحجج . فقال أن القائلين بامتداد نظرية التعسف لتشمل الحريات أو الرخص العامة إنما قصدوا بذلك إبراز أهمية هذه النظرية وتوسيع نطاق تطبيقها وهو مالا يعد كسبا

(١) الدكتور / جلال علي العدوي والدكتور / رمضان أبو السعود والدكتور / محمد حسن قاسم - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - ص ٤٧٦ - ٤٧٧ ، د/ اسماعيل غانم - ذات الإشارة السابقة .

(٢) د / احمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٦٩ وهامش ٤ ، ٥ ، ص ٥٧٠ وهامش ١ ، والأحكام التي يشير إليها .

(٣) نقض مدني ٢٥ ابريل ١٩٨١ م ، طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٢ - رقم ٢٣١ ص ١٢٥٧ .

(٤) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧١ وما بعدها .

حقيقيا للنظرية أو معينا على تدعيمها وتقويتها . فضلا عن أن هذا التوسع يقوم على الخلط بين فكرة الحق وفكرة الحرية أو الرخصة العامة ، وهو خلط ظهر وتزايد في القرنين السابع عشر والثامن عشر لأسباب سياسية وفلسفية . لذا حاول كابيتان CAPITANT تحديد نطاق نظرية التعسف بتحديد المقصود بالحق الذي يرد عليه التعسف ، مما قاده إلى التفرقة بين الحقوق بالمعنى الفني وبين الحرية بمظاهرها المختلفة ، والتي ذهب إلى إبقائها خارج النظرية (١) ، (٢) .

وعلى ذلك فإن نظرية التعسف إنما تعني بالحقوق في المعنى القانوني الدقيق فحسب ، أما الحريات أو الرخص العامة فهذه ليست حقوقا إلا في المعنى السياسي وليس في المعنى القانوني . ولا شأن لنظرية التعسف بها . وإنما يمكن أن تؤدي ممارستها متى ألحقت بالغير ضررا إلى إثارة القواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، في صورتها البسيطة ، بحيث يسأل صاحبها متى قام الخطأ في جانبه (٣) .

ويرى هذا الفقه (٤) أن هذا هو ما عنته المذكرة الايضاحية – للقانون المدني – بقولها : " وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير

(١) Capitant (H.) , Sur l'abus des droits , Rev. Trim. Dr. civ., 1928 , pp. 365 – 376 .

ولديه فإن الحرية جنس عام ليست سوى إباحة القيام بكل ما لا يحرمه القانون ، وتتمثل مظاهرها في أنواع مختلفة من الرخص أو الحريات العامة ، كحرية السير في الطريق العام وحرية الرأي والنشر وحرية العمل وحرية التجارة وحرية التعاقد – ذات المقال .

(٢) وقد تابع Capitant في هذه التفرقة : رواست ، مازو ، اسمان ، في حين رفضها دابان . انظر : د/ محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ١٧٢ - ١٧٣ .

(٣) د/ محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ١٧٣ - ١٧٦ ، ولهذا يبدو أن القانون لا يجابي صاحب الرخصة مثل محاباته لصاحب الحق . فالأول يسأل عن كل خطأ ، والثاني لا يسأل إلا في أحوال معينة من الخطأ . د/ محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ١٧٦ ، د/ أحمد سلامة - نظرية الحق - ١٩٦٩ - رقم ٢٠٣ ص ٣٦٥ .

(٤) د/ محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٦ .

مما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه<sup>(١)</sup>.

ب - وإذا كان ما سبق هو حال الخلاف بشأن مدى انطباق نظرية التعسف على غير الحقوق ، بالمعنى الفني الدقيق ، من مكنات قانونية ، فإنه في إجابة التساؤل الثاني عما إذا كان التعسف يرد على استعمال كل الحقوق نجد أكثر من اتجاه في الفقه لم يكتف باستبعاد الرخص والحريات من نطاق التعسف ، بل يذهب إلى التضييق من نطاق تطبيق نظرية التعسف أكثر من ذلك . حيث لا تنطبق النظرية على كل الحقوق بل تنحسر عن جانب منها ، فتخرج طائفة من الحقوق من الخضوع لنظرية التعسف ، إذ لا تعسف فيها .

فقد فرق بعض الفقه بين نوعين من الحقوق هما الحقوق المقيدة *Droits contrôlés* ، والحقوق التقديرية أو المطلقة *Droits absolus* . والنوع الأول ، أي الحقوق المقيدة ، فقط - حسب هذا الفقه - هو الذي يرد عليه التعسف . وبالتالي تقوم المسؤولية عن استعماله إذا ما توافر التعسف . أما النوع الثاني فهو حقوق تخضع لمطلق تقدير صاحبها . ولا يخضع استعمالها لأية رقابة ، ومن ثم لا يرد عليها التعسف.

ومن أبرز القائلين بهذه التفرقة رواست *ROUAST*<sup>(٢)</sup> ، والذي برر عدم خضوع الحقوق المطلقة أو التقديرية للتعسف على أساس أن هذه الحقوق تعبر عن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - ص ٢٠١ بالهامش .

(٢) Rouast ( André ) , Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés , Rev. Trim. Dr. Civ., 1944 , pp. 1 et s.

وانظر فقه آخر يأخذ بهذه التفرقة لدى : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٧ - ١٧٩ .

شخصية الإنسان وتمس ذاته ، فيستقل صاحبها بتقدير كيفية استعمالها . ولا يستطيع القاضي أن يراقب هذا الاستعمال .

وقد رأى بعض الفقه المصري أنه لا مانع من الأخذ بالترقية بين الحقوق المقيدة والحقوق التقديرية ، وحصر التعسف في نطاق استعمال الحقوق المقيدة<sup>(١)</sup> .

ورأى فقيه كبير آخر ، هو جوسران<sup>(٢)</sup> ، أن هناك طائفة من الحقوق لا تنطبق عليها نظرية التعسف . إذ تخرج هذه الحقوق عن نطاق النظرية . وهي تلك الحقوق التي أسماها الحقوق المجردة أو غير المسببة *Droits abstraits ou non causés* .

وأساس ذلك عنده أن الحدود الموضوعية لهذه الحقوق تكون معينة تعييناً دقيقاً . وهو ما يعني عن الحدود الشخصية التي تضعها نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>(٣)</sup> .

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للحقوق بصفة عامة ، فهل يختلف الأمر بشأن الحقوق الإجرائية ؟ هل يتمتع الشخص في استعمال هذه الحقوق بحصانة مطلقة تحميه من المساءلة تماماً وأيا كان قصده من استعمالها أو المصلحة التي يتوخاها منه ، أي ولو كان هذا الاستعمال تعسفياً ؟

(١) د / أحمد سلامة - نظرية الحق - ١٩٦٩ - رقم ٢٠٣ ص ٣٦٦ .  
وقارن : د / إسماعيل غانم - ذات الإشارة السابقة ، الدكتور / جلال العدوي والدكتور / رمضان أبو السعود والدكتور / محمد حسن قاسم - الحقوق والمراكز القانونية - ذات المرجع - ص ٤٧٧ .  
وانظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٩ وهامش ٢ .  
(٢) Jossierand , De l'esprit des droits et de leur relativité , op. cit., n° 306 .  
وانظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٦٨ .  
(٣) ذات الإشارة السابقة .



ثانيا - أثر طبيعة الحقوق الإجرائية في تحديد مدى تطبيق نظرية التعسف بشأنها :

أ - التعسف لا يرد على استعمال الحقوق الإجرائية :

رأينا فيما سبق أنه ترتب على اعتناق المشرع الفرنسي للمذهب الفردي ، القائم على تعظيم دور الفرد وحرية الشخصية ، عند إصداره المجموعات القانونية الحديثة أن ذهب الفقه التقليدي للقول بعدم المسؤولية عن استعمال الحق . ورأينا أن انتشار المذاهب ذات النظرة الاجتماعية للحق أدى إلى اعتراف القضاء وكذلك الفقه بنظرية التعسف في استعمال الحق . غير أنه فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذه النظرية ، أي الحقوق التي يمكن أن يرد عليها التعسف ، فقد كان الأخذ بنظرية التعسف في شأن الحقوق الموضوعية ، في بداية الأمر ، في حدود ضيقة . إذ أن مجال أعمالها كان محلا للجدل . واتجه بعض الآراء إلى التضييق من نطاق تطبيقها . حيث لا تنطبق النظرية وفقا لهذه الاتجاهات على استعمال كافة الحقوق . بل تنحصر عن جانب منها . فتوجد بعض الحقوق التي لا يرد على استعمالها تعسف . وتعددت هذه الاتجاهات كما رأينا .

وقد تأثر الفقه الإجرائي بهذا الخلاف ، الذي أثير بشأن تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، والحقوق التي تنطبق عليها هذه النظرية بصفة عامة ، وانعكس هذا الجدل على تطبيق نظرية التعسف على الحقوق الإجرائية . فثار الخلاف بشأن تحديد طبيعة الحقوق الإجرائية ومدى ما يتمتع به صاحبها في استعمالها من حصانة . وبالتالي تحديد الحقوق الإجرائية التي يمكن أن تنشأ المسؤولية عن استعمالها . وقد تعددت هذه الاتجاهات ، فقليل بالآراء الآتية .

## الحقوق الإجرائية حقوق مطلقة :

إذا كان جانب من فقه القانون الموضوعي قد استبعد من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق طائفة من الحقوق ، هي تلك التي أسماها الحقوق التقديرية أو المطلقة *Droits absolus* ، إذ هي حقوق - وفقاً له - تخضع لمطلق تقدير صاحبها ، لأنها تتعلق بذات الإنسان وتمس شخصيته . لذلك لا يخضع استعمالها لأية رقابة ، ومن ثم لا يرد عليها التعسف ، فإنه على هذا الأساس ذاته قال بعض الفقه (١) أن حق الالتجاء إلى القضاء يعد من الحقوق المطلقة التي لا ترتب مسؤولية صاحبها . بحجة أن تقدير الالتجاء إلى القضاء من عدمه مسألة يختص بها صاحب الحق وحده . فهو أقدر من غيره على تقدير مصالحه . لذا فإن فرض الرقابة على استعمال حق الالتجاء إلى القضاء يكون غير ممكن . فتقييد هذا الحق فيه مساس بشخص صاحبه ، لأنه حق وثيق الصلة بالشخصية الإنسانية (٢) .

وقريب من القول السابق قيل أن حق الدفاع أمام القضاء يعد أحد الامتيازات الشخصية التقديرية المقررة لمصلحة صاحبها وحده . وليس لمصلحة المجتمع . أو أنه من قبيل الحقوق العامة التي يحرص أي مشرع وضعي على كفالتها للجميع . الأمر الذي يدفع إلى تصور تمتع هذا الحق بحصانة من المسؤولية . لذا قيل بتمتع صاحب هذا الحق بسلطة مطلقة تستبعد إمكانية المساءلة عن التعسف في استعماله ، وسواء كان هذا الاستعمال لأسباب مشروعة ، أو حتى كان بدافع الخبث وبقصد الإضرار بالغير (٣) .

(١) انظر : د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٠ - ٣١١ .

(٢) انظر : د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٠ - ٣١١ .

(٣) انظر : د / إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٦٢ - ١٦٣ .  
والفقه الذي يشير إليه .

وقد تساءل بعض الفقه (١) عما إذا كان حق الالتجاء إلى القضاء ، وما يتفرع عنه من حقوق إجرائية ، تعطي صاحبها حصانة مطلقة بحيث يستعمل هذه الحقوق كيفما يشاء . ولا يتحقق أي مسئولية عن استعمالها ، انطلاقاً من الطابع الحر لهذا الحق ، وأن استعماله يخضع للسلطة التقديرية المطلقة لصاحب الحق ، والذي يعد أحد الامتيازات المقدسة ، وهو وسيلة الأفراد الأساسية للدفاع عن الحريات والحقوق الأخرى . وبدون هذا الحق تصبح هذه الحقوق لأمعنى لها . ويصبح وجودها ذاته محلاً للشك (٢) . ولهذا يرى بعض الفقه (٣) أنه يعد من الحقوق الطبيعية والسابقة على أية نصوص وضعية . وتحرص الدساتير على النص عليه (٤) . ولهذا لا يجوز حرمان الشخص من استعماله أو تقييد هذا الاستعمال بفرض رقابة عليه . لأن من شأن هذا التقييد أو هذه الرقابة تهديد استعمال هذا الحق والتأثير فيه سلباً على نحو يؤدي إلى إحجام الأفراد عن الالتجاء إلى القضاء خشية المسئولية (٥) .

ولهذا قيل أن تقرير حق التقاضي والإنكار والدفاع أمام القضاء يقتضي إطلاق هذه الحقوق ، بحيث لا يتصور تقييدها بأي قيد أو تعليقها على أي شرط ، لأن التقييد أو التعليق يتعارض مع طبيعتها ويصطدم بجوهر كل منها وروحه (٦) .

(١) انظر : د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٦٠ - ١٦١ .  
(٢) ذلك أنه على إمكانية وفاعلية مباشرة الشخص لهذا الحق ، تتوقف فاعلية أي حق آخر يتمتع به الشخص ، وبالتالي فاعلية النظام القانوني ككل .  
(٣) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨٥ .  
(٤) من ذلك أن المادة ٦٨ من الدستور المصري لعام ١٩٧١م كانت تنص على أن حق التقاضي " مصون ومكفول " . وهو ما حرصت على تأكيده أيضاً المادة ٧٥ من دستور عام ٢٠١٢م ، والتي تنص على أن " التقاضي حق مصون ومكفول " .  
(٥) د / إبراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ١١٩ .  
(٦) د / عبد الباسط جمعي - الإساءة في المجال الإجرائي - إساءة استعمال الحق في التقاضي وفي التنفيذ - مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٨٣ ( عدد خاص ) - ص ٢٠٣ وما بعدها ، خاصة ص ٢٠٤ ، د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٣٤ .

وقد ترتب على الطبيعة الخاصة لحق التقاضي على هذا النحو أن اختلفت الآراء حوله بين مؤيد لفكرة أنه يعتبر حقا ، ومؤيد لاعتباره حرية أو رخصة ، مما رتب كذلك خلافا حول المسؤولية التي يمكن أن تنشأ عن استعماله .

فبينما ذهب رأي في الفقه إلى أن الالتجاء إلى القضاء يعد حقا يرد التعسف على استعماله<sup>(١)</sup> ، فهو ليس حقا مطلقا . اتجه رأي آخر إلى التمييز بين حق الدعوى من ناحية ، وهذا يشكل حقا شخصيا ، لا يكون أو لا يتوافر إلا لمن له الحق في الدعوى ، ويمكن أن يرد عليه التعسف<sup>(٢)</sup> ، وبين حق الالتجاء إلى القضاء ، من ناحية ثانية ،

(١) د / أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة ١٤ - منشأة المعارف (الاسكندرية) - ١٩٨٦ - رقم ٩٧ ص ١١٧ ، د/ رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - رقم ٧٢ ص ١٠٥ . ويرى أستاذنا الدكتور / عبد المنعم الشرقاوي أن حق الالتجاء إلى القضاء حق مخول لكل فرد ، وهو من الحقوق العامة ، ولا يشترط فيه شرطا ما . فلكل شخص أن يلتجئ إلى القضاء . ولكن إذا ثبت أنه فضلا عن عدم أحقيته إنما رفع الدعوى كيذا لخصمه أو تعسفا منه فيحكم عليه بالتعويض ، على أساس أنه أساء استعمال حق الالتجاء إلى القضاء - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - بند ٩ ص ١٧ .

وفي الفقه الفرنسي : L. Cadet , op. cit., n<sup>os</sup> 794 - 796 , pp. 414 et s.

والذي يرى أنه كأي حق شخصي يمكن أن يكون استعماله تعسفيا . وهذا التعسف قابل لأن يفرض له جزاء . وهو ومنذ زمن بعيد يخضع فعلا لجزاء على أساس نظرية التعسف . ويمكن كذلك بفضل النصوص التشريعية في تقنين المرافعات الفرنسي الجديد أن يفرض له جزاء الغرامة المدنية .

(٢) وهو ما تؤكد المادة ٣٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد .

Martin ( R. ) , De l' abus du droit d' action , art. préc.,

وقد قبل القضاء الفرنسي وبسهولة التعسف في حق الالتجاء إلى القضاء :

Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n<sup>o</sup> 78 .

محمد وعبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن - ١٩٥٧ - رقم ٤٣٤ ص ٥٥٤ ، د / عزمي عبد الفتاح - نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ - ص ٢٤٠ وما بعدها .

والذي يعد وفقاً لجانب كبير من الفقه<sup>(١)</sup>، وبعض أحكام القضاء<sup>(٢)</sup>، حرية من الحريات أو رخصة من الرخص أو الحقوق العامة التي تعطي للأفراد الحق في عرض مزاعمهم على القضاء سواء أكانت على أساس أو لم تكن على أساس. وهو بهذه الصفة لا يرد التعسف على استعماله، وإنما يجري بشأنه تطبيق القواعد العامة في المسؤولية. فالتعسف لا يرد إلا على حق الدعوى باعتباره حق شخصي<sup>(٣)</sup>.

وذلك بينما يرى بعض الفقه الفرنسي أنه أياً كان الأمر بشأن طبيعة الالتجاء إلى القضاء، وما إذا كان حقاً أم لا، فإن المقبول سواء من القضاء أو من الفقه، وعلى نطاق واسع، هو إمكان ورود التعسف على استعمال حق التقاضي. فهناك اتفاق على الاعتراف بمبدأ التعسف في استعمال حق الالتجاء إلى القضاء<sup>(٤)</sup>. وهو ما يجسده المشرع الفرنسي الحديث في نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد<sup>(٥)</sup>.

(١) د/ محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٤٠ - رقم ٣٣١ - ص ٣٥٧، د/ عبد المنعم الشرفاوي - المصلحة في الدعوى - رقم ٩ ص ١٧، إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ج ١ - ١٩٧٣ - رقم ٤٩ ص ١٦٥، د/ سنية أحمد يوسف - غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر - دار الجامعة الجديدة للنشر (الاسكندرية) - طبعة ٢٠٠٢ - بند ٢٧٢ ص ٣٩٥. وانظر د/ إبراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ٨٧ وهامش ٧.

(٢) من هذا القضاء نقض مدني ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٠ رقم ٢٠٣ ص ٥٧٤.

(٣) المراجع المشار إليها بالهامش قبل السابق.

(٤) Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 56 .

(٥) Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 53 .

### الحقوق الإجرائية حقوق محددة تحديدا ضيقا :

استبعد بعض الفقه - كما رأينا - من الخضوع لنظرية التعسف في استعمال الحق، تلك الحقوق التي أسماها الحقوق المجردة أو غير المسببة . فهذه الحقوق تكون حدودها الموضوعية محددة تحديدا دقيقا بما يغني عن أن تضاف لها الحدود أو القيود الشخصية التي تقيمها نظرية التعسف .

وقد انتقلت ذات الفكرة إلى مجال الحقوق الإجرائية ، فقبل أن حق الدفاع القضائي هو من الحقوق المحددة تحديدا ضيقا أو قانونيا ، أي التي يحددها القانون تحديدا ضيقا . حيث تنظم قواعد القانون الإجرائي ( قانون المرافعات) مسبقا شروط وكيفية استعمال هذه الحقوق ، بمجموعة من الطرق والإجراءات المنظمة بشكل دقيق ، والتي توجب مراعاتها عند استعمال هذه الحقوق . وإلا ترتب على ذلك جزاء إجرائي . كما أن هذه الحقوق الإجرائية يطغى عليها الجانب الشكلي ، بحيث يتوقف استعمالها على الشروط والأشكال التي حددها المشرع لاستعمالها . وهذا التحديد الإجرائي الضيق لحق الالتجاء إلى القضاء والحقوق الإجرائية الأخرى يكسبها صفة الإطلاق أو الطابع المطلق . فلا تنشأ مسؤولية عن استعمالها . لأن فرض المزيد من القيود ، أو الضوابط الشخصية المستمدة من نظرية التعسف ، على استعمال هذه الحقوق يؤدي إلى إفراغها من مضمونها الحقيقي . ولهذا يقبل المشرع مقدما ما قد يحدث من تعسف في استعمال هذا النوع من الحقوق <sup>(١)</sup> .

(١) انظر : د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٠ - ٣١١ .

## الحقوق الإجرائية من حقوق الإضرار :

كذلك أثارت المسؤولية عن استعمال حق الالتجاء إلى القضاء بصفة خاصة ،  
والحقوق الإجرائية بصفة عامة ، الخلاف أو الصعوبة ، وذلك بسبب ما يترتب عادة  
على الاستعمال العادي لهذه الحقوق من ضرر للغير . وهو ما جعل بعض الفقه يعتبر  
هذه الحقوق أو يصنفها ضمن طائفة الحقوق التي أسماها حقوق الإضرار <sup>(١)</sup> .

وقد رتب الفقه <sup>(٢)</sup> على طبيعة الحقوق التي تدخل ضمن حقوق الإضرار أثرا  
هاما من حيث المسؤولية عن استعمال هذه الحقوق ، إذ أن هذه الحقوق تتمتع بنوع من  
الخصوصية من ناحية المسؤولية عن استعمالها . حيث لا يؤدي استعمالها إلى نشأة  
المسؤولية إذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير . فالقانون يقر وجود هذه الحقوق  
التي لا يمكن تجنب أن يؤدي استعمالها إلى الإضرار بالغير . وبالتالي يقبل - القانون -  
مقدا هذه الأضرار . إذ أن نشأة أو تولد الأضرار من استعمال هذا النوع من الحقوق  
يعد أمرا عاديا ومألوفا ، بل ومفترضا . ولا يقيم القانون المسؤولية عن تولدها ، فهي  
بطبيعتها حقوق إضرار .

فإذا كان لا يُفترض أن يتضرر الغير من استعمال المالك لحقه في الملكية - مثلا  
- ، متى كان استعماله له بطريقة عادية ، فإنه ، وعلى خلاف ذلك غالبا ما يؤدي  
استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء إلى الإضرار بالغير ، حتى ولو كان هذا  
الاستعمال عاديا . ومن ثم فلا مفر من أن يسمح القانون بهذا الاستعمال الضار .

(١) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٢٢٥ ، د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش  
الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر - دار الجامعة الجديدة للنشر ( الاسكندرية ) -  
١٩٩٨ - ص ٥٦٠ .

(٢) انظر : د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٢٢٨ - ص ٣١٣ وما  
بعدها .

ب - لا حصانة من المسؤولية عن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية :

وقد اعترض جانب من الفقه الإجرائي الحديث على القول بعدم المسؤولية عن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، مقررًا أن نظرية التعسف تنطبق على كافة الحقوق الإجرائية دون استثناء<sup>(١)</sup> .

فهذه الحقوق - أي الإجرائية - شأنها في ذلك شأن الحقوق الموضوعية ، لم يعد أحد ينظر إليها على أنها حقوق أو امتيازات مطلقة . إذ لم يعد هناك محل أو مجال للكلام عن حقوق مطلقة<sup>(٢)</sup> . فجميع الحقوق لها طابع شخصي وآخر وظيفي أو اجتماعي . وإذا كان الحق الموضوعي يمكن أن يعتبر غاية في ذاته ، إذ من خلاله يتمكن صاحبه من استعمال الشيء محل الحق أو استغلاله أو الانتفاع به أو التصرف فيه ، فإن الحق الإجرائي لا يستعمل إلا بمناسبة طلب الحماية القضائية ، فهو سلطة أو مكنة غايتها تمكين الأفراد من الحصول على حماية القضاء . أي أنه وسيلة لإضفاء الحماية القضائية على الحقوق الموضوعية<sup>(٣)</sup> . وهذه السلطة تكتسب طابعًا مختلطًا ، فهي كغيرها من الحقوق بصفة عامة تتمتع بطابع شخصي وآخر اجتماعي أو وظيفي . فهي أو لا تتمتع بطابع شخصي ، إذ تستهدف النفع الذاتي أو الشخصي لصاحب الحق ، المتمثل في رد الاعتداء على حقه أو توقي خطره . ولكنها تؤدي - ثانياً - دورًا أو وظيفة

(١) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٢ ، ص ٥٧٥ . وعكس هذا : د / عزمي عبد الفتاح ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى - المرجع المشار إليه - ص ٢٤٤ وما بعدها ، حيث يقول بوجود الحذر من تعميم حالات التعسف على حق الدعوى .  
(٢) وإذا كان القضاء الفرنسي قد خلق مفهوم التعسف في استعمال الحق أساسًا بصدد حق الملكية ، فإن استعمال هذا المفهوم في الوقت الحالي يتجاوز بشكل واسع نقطة البداية هذه . فكل الحقوق قابلة للتعسف :

Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 1 .

(٣) انظر : د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٧١ - ص ٩١ .



اجتماعية تتمثل في المصلحة العامة في تحقيق الاستقرار والأمن في المجتمع . وهو ما يحتم - حسب هذا الرأي - أن يكون استعمالها بالقدر اللازم لتحقيق الغاية أو المصلحة منها . فهي من هذه الزاوية حقوق نسبية ، ولا إطلاق في استعمالها . حيث يعتبر الانحراف عن غايتها تعسف في استعمالها . ومن ثم تتقرر مسؤولية صاحبها عن هذا الاستعمال . وعلى هذا الأساس استقرت أحكام القضاء ، وكذلك جمهور الفقه ، على تقرير المسؤولية عن استعمال الحقوق الإجرائية على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق <sup>(١)</sup> .

كما رفض الفقه استبعاد تقرير المسؤولية عن استعمال الحقوق الإجرائية على أساس أنها من الحقوق المحددة تحديداً ضيقاً . ويرى أن مثل هذا التبرير غير مقنع . وذلك بدليل أن الحق في الدعوى القضائية ، وهو من الحقوق التي يعتبرها الفقه محددة تحديداً ضيقاً وينظم القانون إجراءات مباشرته بدقة ، ومع ذلك تنطبق بشأنه نظرية التعسف في استعمال الحق وعلى نطاق واسع <sup>(٢)</sup> . وبتأييد من الفقه والقضاء . بل وإقرار المشرع الفرنسي صراحة ( المادة ٣٢ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد) .

كما أن فقه آخر <sup>(٣)</sup> اعتبر أنه ليس صحيحاً ، أصلاً ، وصف حق الالتجاء إلى القضاء بأنه من الحقوق المحددة تحديداً ضيقاً .

(١) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٩١ ، ص ١٠١ .  
Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n<sup>os</sup> 53 , 56 , 78 .  
L. Cadet , op. cit., n<sup>os</sup> 794 - 795 , p. 414 .

(٢) انظر : د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٧ - ١٧٨ .

(٣) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٢ .

كما يعترض بعض الفقه (١) على اعتبار أن الأساس في تمتع الحقوق الإجرائية بحصانة من المسؤولية هو أنها من الحقوق التي يترتب على الاستعمال العادي لها إضرار بالغير.

ويرى هذا الفقه أنه لا حصانة من المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لحق الالتجاء إلى القضاء . لأن الأساس في تحديد المسؤولية عن استعمال الحقوق بصفة عامة ، وبما فيها الحقوق الإجرائية ، هو ما تقرره المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدني ، ووجوب التمييز بين الاستعمال المشروع للحق والاستعمال غير المشروع له . والأصل حسب ما تقرره المادة الرابعة من القانون المدني أنه لا مسؤولية عن الاستعمال المشروع للحق ، وإن تترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير (٢) . وهذه القاعدة تنطبق على الحقوق الإجرائية كما تنطبق على غيرها من الحقوق . أما أحوال انعقاد المسؤولية فتتحدد في الاستعمال غير المشروع للحق والتي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني ، وهي استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ، أو لتحقيق مصلحة لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة (٣) .

وعلى ذلك فإنه يجب بشأن استعمال الحقوق الإجرائية أن نفرق بين حالتين أو فرضين :

الفرض الأول ، هو حالة الاستعمال المشروع أو العادي لهذه الحقوق . وفي هذه الحالة لا تترتب مسؤولية المتقاضي عن هذا الاستعمال ولو تترتب عليه عرضاً ضرر

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٢ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٨ ، ٤٤٥ .

(٣) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٨ .

للغير<sup>(١)</sup>. وهو ما يتفق مع الأصل العام في استعمال سائر الحقوق ، وذلك وفقا للمادة ٤ مدني .

وعلى ذلك ، إذا كان من الطبيعي أن يترتب على استعمال الحق الإجرائي ضرر للغير ، بخلاف الحقوق الموضوعية ، فإن مسؤولية المتقاضي لا تقوم رغم ترتب هذا الضرر ، طالما كان ذلك في إطار الاستعمال المشروع للحق<sup>(٢)</sup> .

والفرض الثاني ، هو حالة استعمال الشخص للحق الإجرائي استعمالا غير مشروع ، أو تعسفي ، كمن يستعمل حقه بنية الإضرار بالغير . وفي هذه الحالة تترتب مسؤوليته عن هذا الاستعمال . وفي هذا لا يختلف الحق في الدعوى أو غيره من الحقوق الإجرائية عن الحقوق الأخرى .

(١) ولا تترتب المسؤولية عن هذا الاستعمال - المشروع - للحق ، ولو أخفق المتقاضي في استعمال حقه الإجرائي فخرس دعواه . بمعنى أن مجرد إخفاقه في دعواه لا يؤدي إلى مسؤوليته . لذلك فالأصل هو عدم مسؤولية المتقاضي لمجرد إخفاقه في دعواه طالما كان استعماله للحق في الالتجاء إلى القضاء غير تعسفي . وذلك إلا ، بحسب بعض الفقه ، عن التزامه بدفع مصاريف الدعوى وفقا لنص المادتين ١٨٤ ، ١٨٥ من قانون المرافعات والمواد ٦٩٦ وما بعدها من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . د/ أحمد إبراهيم عبدالتواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٧ - ٣٧٨ . وبحسب بعض الفقه لا يكون تحمل الخصم بمصاريف الدعوى على سبيل التعويض عن ضرر لحق خصمه من جراء منازعته له ، لأن إخفاق الشخص فيما يدعيه لا يعتبر في ذاته دليلا على خطئه موجبا لمسئوليته . د/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - الطبعة السادسة - منشأة المعارف (الاسكندرية) - ١٩٨٩ - بند ٦٠ ص ١٥١ .

وقد قضي أن من يسعى في إنكار دعوى خصمه فخاب سعيه لعجزه عن إثبات الدفع الذي تدرع به يلزم بالمصاريف عملا بالقواعد العامة . إنما لا يلزم بالتعويض إلا إذا توافرت أركان الكيدية فيما وقع منه ، استئناف مختلط ١١ أبريل ١٩٣٩ - مجلة التشريع والقضاء السنة ٥١ ص ٢٤٩ ، نقض ٨ يونية ١٩٣٩ القضية رقم ٦ سنة ٩ قضائية ، مشار إليه لدى : د/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - ص ١٥٥ هامش ٢ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣١٤ وهامش رقم ١ .

لذلك فإنه رغم التسليم بالطابع الخاص للحقوق الإجرائية باعتبارها من حقوق الإضرار ، أي الحقوق التي يترتب على استعمالها العادي ضرر بالغير ، فإن ذلك لا يستتبع ضرورة تقرير حصانة لاستعمال هذه الحقوق من المسؤولية ، وإنما يلزم التفرقة بين الاستعمال المشروع لهذه الحقوق والاستعمال غير المشروع لها <sup>(١)</sup> .

وبمعنى آخر ، فإنه وكما لاحظ بعض الفقه ، يجب مراعاة التفرقة بين الضرر العادي الناجم عن الإجراء المشروع ، والمتمثل في تضرر الشخص من توجيه الإجراء إليه ومن قيام هذا الإجراء وإنتاجه لآثاره في مواجهته ، لأن ذلك الضرر يتحقق نتيجة رفع الدعوى أو اتخاذ الإجراء في مواجهة الشخص ، ولو كان هذا الإجراء صحيحا ، أو كان استعمال المتقاضى لحقه في اتخاذه استعمالا مشروعاً ، وبين الضرر الناجم عن استعمال الحق في اتخاذ الإجراء على نحو غير مشروع ، أي التعسف في استعمال الحق في اتخاذ الإجراء ، أو الضرر الناشئ عن وقوع مخالفة ، في اتخاذ الإجراء ، أو مخالفة الإجراء للأوضاع أو المواعيد الإجرائية . حيث يكون الضرر في هذه الحالة ناشئاً عن استعمال غير مشروع للحق مما يوجب الجزاء وفقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . أو ضرر يتمثل في إهدار ضمانات قانونية يمنحها القانون للخصم أو مهلة ممنوحة له مما يبرر أعمال جزاء إجرائي <sup>(٢)</sup> .

(١) د / أحمد إبراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢١٢ وما بعدها ، والفقه الذي يشير إليه .

(٢) د/ احمد إبراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٨٥ وما بعدها ، د / نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات الإجرائية - ص ٢٧ .  
وإن كان يكتفي بالتفرقة بين الضرر العادي الذي ينجم عن الإجراء الصحيح والضرر الإجرائي الذي ينشأ عن إجراء يخالف الأوضاع والمواعيد الإجرائية ويبرر أعمال الجزاء الإجرائي .

كذلك يستند الحل القائل بالمسئولية عن استعمال الحقوق الإجرائية وعدم إعفاء المتقاضي من هذه المسئولية حال تعسفه في استعمالها إلى المادة الخامسة من القانون المدني . فهذه المادة ، والتي تقرر عدم مشروعية استعمال الحق في حالات معينة ، نظرا لعمومية صياغتها تنطبق على استعمال الحقوق الإجرائية كما تنطبق على غيرها من الحقوق <sup>(١)</sup> .

فرغم أن تطبيق نظرية التعسف كان مقصورا في أول الأمر على استعمال حق الملكية ، وذلك حيث يستعمل الشخص سلطاته كمالك بقصد الإضرار بالغير ، فإن مجال تطبيق هذه النظرية أخذ يتسع تدريجيا بعد ذلك وتجاوز استعمال هذا المفهوم وبشكل واسع نقطة البداية هذه . بحيث طبقت النظرية بشأن حقوق أخرى واتسع مجالها حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق بشأن كل الحقوق <sup>(٢)</sup> . سواء في مجال العلاقات المالية أو على تلك المتعلقة بروابط الأحوال الشخصية . وتنطبق أيضا على الحقوق الموضوعية وكذلك على الحقوق الإجرائية <sup>(٣)</sup> .

وعلى هذا الأساس لما صدر القانون المدني الحالي أراد واضعوه أن تجري النصوص المقننة لنظرية التعسف في استعمال الحق على معالجة التعسف في استعمال الحق بصفة عامة . وهكذا تضمنت المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدني القاعدة العامة في استعمال الحقوق ، وحالات مشروعية هذا الاستعمال . بحيث تعتبر هذه النظرية بمثابة مبدأ عاما من مبادئ القانون المصري ، مما يعني انطباقها بصفة عامة على جميع أنواع الحقوق ، وأيضا كان القانون الذي ينظمها موضوعيا كان أو

(١) د / احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٤٤ .

(٢) Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 1 .

(٣) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٤١ .

إجرائيا ، ويعني انطباقها كذلك في كل فروع القانون <sup>(١)</sup> . وقد قيل أن مجموع الفقه استقر على ذلك <sup>(٢)</sup> .

وبهذا تأخذ أحكام القضاء ، فقد جاء في أحكام محكمة النقض أن النص على نظرية التعسف في المادة الخامسة من القانون المدني يدل على أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنظم جميع نواحي وفروع القانون <sup>(٣)</sup> .

وهو ذات ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقا على حكم المادتين الرابعة والخامسة من مشروع القانون المدني . إذ ورد بها ، بصدد شمول نظرية التعسف في استعمال الحق لكافة الحقوق : " أن المشرع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ..... أن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وانها تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وانها لا تقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزه إلى القانون العام " <sup>(٤)</sup> .

(١) د/ احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٤٤ .  
 (٢) د/ احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٨٢ ، د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٥٨ - ٥٥٩ ، وتؤكد أن الفقه أجمع على مسئولية الفرد الذي يتعسف في مباشرة الإجراءات .  
 (٣) نقض مدني ٢٥ أبريل ١٩٨١م - طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٢ - عدد ١ - رقم ٢٣١ - ص ١٢٥٧ .  
 (٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - ص ٢٠٧ .

كما جاء بالأعمال التحضيرية لهذا النص أن مبدأ إساءة استعمال الحق يمتد إلى كل قانون سواء في ذلك القانون المدني أو القانون التجاري ، أو قانون المرافعات <sup>(١)</sup> .

ونجمل ما سبق في أنه ، من حيث ما ترد عليه نظرية التعسف في استعمال الحق من حقوق ، فإن عدم مشروعية التعسف يعد مبدأ عاما يرد على كافة الحقوق الموضوعية والإجرائية على حد سواء .

والصحيح أنه نظرا للاعتبارات السابق بيانها ، والتي يقول بها الاتجاه الذي يرفض إعفاء استعمال الحقوق الإجرائية من المسؤولية في حالة إساءة هذا الاستعمال ، لم يعد الجدل قائما - بصفة أساسية - بشأن ما إذا كان التعسف في استعمال هذه الحقوق يؤدي إلى المسؤولية من عدمه ، وذلك بعد أن هدأ الجدل في هذه المسألة ، إن لم يكن قد انتهى ، لصالح المؤيدين لتقرير المسؤولية عن استعمال الحقوق الإجرائية في حالة التعسف في استعمالها . كما هو الشأن عند التعسف في استعمال غيرها من الحقوق . وأصبح هذا مقبولا من الجميع . ولكن انتقل أكثر هذا الخلاف إلى بحث ما يترتب على الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية من أثر بشأن تحديد ضوابط أو معايير التعسف في استعمالها ، ومدى التشدد أو التساهل الواجب مراعاته في هذا التحديد .

وبمعنى آخر ، فإنه ومع التسليم بأن الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية ، باعتبارها من حقوق الإضرار ، أي الحقوق التي يترتب على استعمالها ، العادي ، في الغالب إصابة الطرف الآخر في الإجراءات ، أو الغير ، بضرر ، لاتستتبع ، على هذا النحو ، ضرورة الإعفاء الكلي أو المطلق لاستعمال هذه الحقوق من المسؤولية ، فإنها

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - ص ٢٠٣ .

مع ذلك تسمح في نظر اتجاه قوي في الفقه ، بإعطاء هذا الاستعمال نوعاً أو قدراً من الحصانة ، يتمثل في عدم التوسع في تحديد ضوابط عدم مشروعية ، أو التعسف في استعمال هذه الحقوق .

وبمعنى آخر ، فإنه يمكن النظر فيما إذا كان التسليم بمسئولية المتقاضي عن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، يوجب الأخذ بذات معايير التعسف المحددة بالمادة الخامسة من القانون المدني ، أم أنه ، مراعاة للطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية باعتبارها حقوق إضرار ، يجب التشدد في استخلاص وجود هذا التعسف . وهو ما يؤدي إلى اختلاف معايير التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية عن المعايير العامة المتبعة لتقدير التعسف في استعمال غيرها من الحقوق .

فهل يقتضي الأمر - فعلاً - البحث عن معايير لتقدير التعسف تتفق مع طبيعة الحقوق الإجرائية ؟

إجابة هذا التساؤل ستكون موضوع الفرع القادم .

### الفرع الثالث

#### معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية

معيار التعسف في استعمال الحقوق بصفة عامة :

تضمنت المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدني المصري وضع القاعدة في استعمال الحقوق وضوابط الاستعمال غير المشروع لها ، فقررت المادة الرابعة أن : " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " .



ونصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن : " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة " .

وقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى أن الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني للتعسف في استعمال الحق هي مجرد أمثلة أو حالات تطبيقية للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة الرابعة من القانون المدني<sup>(١)</sup> .

فهذه الحالات ليست واردة على سبيل الحصر ، إنما هي مجرد عرض لأظهر حالات التعسف<sup>(٢)</sup> .

(١) من هذا الفقه : د / حسن كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - بند ٦٢ ص ١٣٨ .

(٢) وفي البحث عن معيار عام للتعسف تنضوي تحته هذه الحالات المنصوص عليها ، ويشمل غيرها من الحالات غير المنصوص عليها ، والتي يتوافر فيها هذا المعيار العام ، انقسم الرأي بين من يقول أن هذا المعيار أو الضابط العام لنظرية التعسف يتمثل في نية الإضرار بالغير ، ومن يقول أن فكرة المصلحة هي هذا الضابط . وقيل كذلك بأن هذا المعيار يكمن في غاية الحق ، وقيل بأنه يتمثل في الخطأ التقصيري .

انظر : د / احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٠٢ وما بعدها ، د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٣١ وما بعدها .

كما قيل بمعيار أو ضابط التوازن بين المنافع والأضرار ، أي المنافع التي تعود على الشخص من استعمال حقه ، والضرر الذي يلحق بالغير منه . ورأى بعض الفقه أن هذا الاتجاه أخذ به القضاء في بعض أحكامه . د / احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٠٦ ، والأحكام التي يشير إليها .

وعلى خلاف الرأي السابق يعتبر جمهور الفقه أن هذه الحالات واردة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال . وأن هذه الحالات الثلاث المنصوص عليها تمثل بالتالي المعايير الثلاثة التي أخذ بها المشرع المصري للتعسف في استعمال الحق<sup>(١)</sup> ،<sup>(٢)</sup> .

ووفقا لهذا الرأي إذن فإن المشرع المصري قد حصر التعسف في استعمال الحق في الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني ، بحيث لا يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله ، ومن ثم لا تقوم مسنوليته على هذا الأساس ، إلا إذا اندرج استعماله للحق في إحدى تلك الحالات الثلاث . وهو ما لا يسمح بالتوسع في قيام التعسف<sup>(٣)</sup> . وفي هذا الصدد يذكر فقيه كبير<sup>(٤)</sup> أن الخطأ في التعسف هو صورة مستحدثة فيحسن عدم التوسع فيها .

(١) من هذا الفقه : د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المرجع المشار إليه - ج ١ - مصادر الالتزام - بند ٥٥٩ ص ٨٤٣ ، د / عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - ١٩٨٦ - بند ٤٣٩ ص ٤٨٠ - ٤٨١ ، وانظر د / احمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٩٩ وهامش ٢ .

(٢) والحالات الثلاث للتعسف التي أخذ بها المشرع المصري في المادة الخامسة من القانون المدني تم اختيارها من بين خمس حالات وردت في المشروع التمهيدي للقانون المدني ، والتي كانت مستمدة آنذاك من أحكام القضاء في ظل القانون المدني القديم ، وأحكام نظرية التعسف في الشريعة والفقه الإسلامي . انظر : د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٠١ .

(٣) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، د / اسماعيل غانم - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - ١٩٥٨ - ١٠٦ هامش ١ .

(٤) د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المرجع المشار إليه - ج ١ - مصادر الالتزام - بند ٥٦٤ - ص ٨٥٠ - ٨٥١ .

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض في بعض أحكامها ، فقررت أن حالات التعسف في استعمال الحق الواردة بالمادة الخامسة من القانون المدني هي على سبيل الحصر (١) .

وعلى ذلك فإنه وفقا لما استقر عليه جمهور الفقه (٢) يكون استعمال الحق غير مشروع ، أو بحسب ما يحلو للفقه تسميته تعسفيا في حالات ثلاث (٣) تتضمن جمعا من المشرع المصري بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي في التعسف .

**المعيار الشخصي في التعسف – استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير :**

وفقا لهذا المعيار أو الضابط يتوقف التعسف في استعمال الحق على قصد صاحب الحق وهو يستعمل حقه . فإذا لم يقصد من وراء هذا الاستعمال إلا الإضرار بمصالح الغير . فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه (٤) .

(١) نقض مدني ٢٣ نوفمبر ١٩٩٥ – طعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ ، مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٦ - ٢ - ص ١٢٢٩ ، نقض مدني ٢٦ يناير ١٩٨٠ م - طعن رقم ١٠٨ لسنة ٤٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣١ عدد ١ - رقم ٦١ ص ٢٩٧ .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج ١ - مصادر الالتزام - دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٢ - بند ٥٥٩ وما يليه - ص ٨٤٣ وما بعدها ، د/ حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٧١ - بند ٣٩١ وما يليه ص ٧٦٩ وما بعدها ، د/ محمود جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٦ - بند ٢٥١ ص ٤٨٣ وما بعدها ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - ١٩٨٦ - بند ٤٣٨ وما يليه - ص ٤٧٩ وما بعدها .

(٣) وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني يضيف إلى هذه المعايير الثلاثة معيارين آخرين هما : معيار الاستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية ، ومعيار الاستعمال الذي يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف . وقد حذفت لجنة مراجعة المشروع هذين المعيارين فخرجت المادة الخامسة من القانون المدني مقتصرة على المعايير الثلاثة المتقدمة .

(٤) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٩٣ .

وتعد هذه الصورة هي أقدم صور التعسف في استعمال الحق . أو أقدم المعايير التي قدمت له <sup>(١)</sup> . والذي وقفت بعض القوانين القديمة ، كالقانون الروماني ، عند الأخذ به <sup>(٢)</sup> . ويعتبر بعض الفقه <sup>(٣)</sup> أنه عندما يؤخذ التعسف بمفهوم أو معنى ضيق فإنه يقصد به هذه الصورة من صورته . ولا خلاف في إجازة مسئولية الخصم في هذه الحالة <sup>(٤)</sup> .

فقد اكتفى القضاء والفقه أول الأمر بتلك الحالة الملموسة من حالات التعسف في استعمال الحق . واعتبرت أنها الصورة الغالبة أو النموذجية لإبراز مفهومه . وعلى أية حال فإن جميع الفقهاء متفقون ، كما ان القضاء مستقر ، على أن من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير يعد متعسفا <sup>(٥)</sup> .

ويقوم هذا المعيار على نية أو قصد الإضرار بالغير *L' intention de nuire* ، الذي يكون الدافع الأساسي لصاحب الحق على استعمال حقه . فهو يعتمد على نية الشخص أو قصده من استعمال حقه . فإن كان ما يقصده من هذا الاستعمال مجرد الإضرار بالغير ، أي إلحاق الأذى أو الضرر بالغير ، كان استعماله للحق غير مشروع أو تعسفي .

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة ( الانحراف بالسلطة ) - الطبعة الثالثة - ١٩٧٨ - ص ١٦٤ ، د/ محمد شوقي السيد - معيار التعسف في استعمال الحق - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - ١٩٧٩ - بند ١٢٣ - ص ١٢٩ .  
 (٢) د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٢٨ ص ٥٩٥ .  
 (٣) د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٩٥ .  
 (٤) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم - ص ٣٢٨ وما بعدها ، خاصة ص ٣٣٨ .  
 (٥) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٩٣ .

ولما كانت هذه النية أو هذا القصد مسألة داخلية تتعلق بالشخص نفسه ، فقد سمي هذا المعيار بالمعيار الذاتي أو الشخصي .

وقد اتجه رأي إلى أن حصول صاحب الحق على نفع شخصي من استعماله يؤدي إلى التخلص من المسؤولية على الرغم من وجود قصد الإضرار لديه . فمشروعية الاستعمال في هذه الحالة تعود إلى الميزة التي تتحقق من استعمال الحق وتبرره <sup>(١)</sup> .

ولكن الرأي الذي استقر في الفقه هو أن وجود بواعث أخرى مشروعة إلى جانب نية أو قصد الإضرار لا ينفي عن الفعل وصف التعسف ، طالما كانت نية الإضرار هي الباعث الرئيسي . فالباعث الذي له الغلبة في دفع الشخص إلى القيام بالعمل واستعمال الحق هو الذي يؤخذ في الاعتبار . فإذا كان هو قصد الإضرار بالغير كان العمل تعسفياً . ولا ينفي عنه هذا الوصف أن تتحقق من وراء العمل ، ولو بطريقة عرضية ، منفعة ما <sup>(٢)</sup> .

وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني بقولها : " والجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحقيق منفعة لصاحبه " <sup>(٣)</sup> .

وهو أيضاً ذات ما قضت به محكمة النقض ، فقد قضت بأن " حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلحاق

(١) انظر د / ابراهيم امين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٠ .

(٢) د / ابراهيم امين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣١ وهامش ٣ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني - الجزء الأول - ص ٢٠٩ .

المساءلة بالتعويض - وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية - طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه<sup>(١)</sup> .

المعيار الموضوعي أو المادي أو الاقتصادي - انعدام المصلحة المشروعة :

تتميز فكرة التعسف في استعمال الحق حسب هذا الاتجاه بانتفاء المصلحة المشروعة . فالحقوق إن هي إلا وسائل يمنحها القانون للإنسان لتحقيق غايات مشروعة ، فإذا خرج عن الغرض من هذه الحقوق ولم يقصد تحقيق مصلحة له ، أو قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وجبت مسئوليته<sup>(٢)</sup> .

ووفقا لهذا المعيار يكون استعمال الحق تعسفيا في حالتين :

الحالة الأولى : إذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من استعمال الحق ، أو كانت تلك المصلحة من الضالة بحيث لا تبرر الأضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال<sup>(٣)</sup> .

ويعد هذا المعيار وفقا لجانب من الفقه<sup>(٤)</sup> على درجة كبيرة من الوضوح . وإليه تستند أحكام المحاكم كثيرا سواء في مجال استعمال حق الملكية أو حق التعاقد ، أو ، حسب ذات الفقه<sup>(٥)</sup> ، حق التقاضي ، وغير ذلك من الحقوق الأخرى .

(١) نقض مدني ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ - الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٠ رقم ٨٧ ص ٥٧٤ .

(٢) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٦ - ١٦٧ ، د/ أنور سلطان - نظرية التعسف في استعمال حق الملكية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٧ - العدد الأول - مارس ١٩٤٧ - ص ١٠٥ ، د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٠ .

(٣) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٩٧ ، د / سليمان الطماوي - ذات الإشارة السابقة .

(٤) د / محمد شوقي السيد - معيار التعسف في استعمال الحق - بند ١٣٣ ص ١٣٨ .

(٥) د / محمد شوقي السيد - ذات الإشارة السابقة .

وبهذا المعيار أخذت الفقرة ( ب ) من المادة الخامسة من القانون المدني التي تقرر عدم مشروعية استعمال الحق إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها<sup>(١)</sup> .

وبالفعل لم يقف القضاء عند الضابط التقليدي لمبدأ التعسف في استعمال الحق ، المتمثل في استعمال الحق بنية الإضرار بالغير . وإنما أخذ كذلك بفكرة انعدام المصلحة في استعمال الحق كضابط مستقل للتعسف<sup>(٢)</sup> .

ففي بعض الأحكام اعتمد القضاء ، للقول بقيام التعسف ، على غياب مصلحة من استعمال الحق في هذا الاستعمال .

من ذلك حكم لمحكمة مصر الكلية الأهلية فيه اعتبرت المحكمة أن استعمال الحق بغير مصلحة عبارة عن إساءة تستوجب رفع الضرر<sup>(٣)</sup> . وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن استعمال الحق ينقلب إلى أمر غير مشروع إذا كان لغير مصلحة مقبولة أو باعث قوي متى ألحق ذلك ضرراً بالغير ، ولو لم يكن الباعث إلحاق الضرر<sup>(٤)</sup> .

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٧ .

(٢) ولاحظ بعض الفقه أن بعض الأحكام لا يكتفي ، لنفي التعسف في استعمال الحق ، بكون المصلحة في هذا الاستعمال جدية . وإنما اشترط ضرورة رجحانها على الأضرار التي تصيب الغير . وهو ما دعا بعض الفقه إلى تأكيد أن القضاء يتبنى أحيانا معيار التوازن بين المنافع التي تعود على الشخص من استعمال حقه والأضرار التي تلحق بالغير من ذلك الاستعمال ، كمعيار أو ضابط للتعسف . د / أحمد إبراهيم عبد التواب - ذات المرجع - ص ٦٠٦ ، والأحكام التي يشير إليها .

(٣) محكمة مصر الكلية الأهلية في ٣١ مايو ١٩٣٧ - مجلة المحاماة - السنة ١٨ - العدد الأول - رقم ٣١ - ص ٧٤ .

(٤) محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٢ ديسمبر ١٩٣٧ - مجلة المحاماة - السنة ١٨ - العدد الثامن - رقم ٣٥٧ ص ٧٣٢ .

الحالة الثانية : إذا كان القصد من استعمال الحق تحقيق مصلحة غير مشروعة.

وبالمعنى السائد للمشروعية فإن المصلحة تكون مشروعة إذا كانت لا تتعارض مع القانون أو النظام العام أو الآداب . أما المصلحة غير المشروعة فهي المصلحة التي تتعارض أو لا تتفق مع القانون أو النظام العام أو الآداب <sup>(١)</sup> .

فالقانون يجعل غير مشروع أن يقصد الشخص من استعمال حقه تحقيق مصلحة غير مشروعة . ولو كانت هذه المصلحة ، بالنسبة له ، هامة أو ذات قيمة مالية كبيرة <sup>(٢)</sup> .

تحديد المشروعية بالغاية من الحق :

لقد حاول بعض الفقه تحديد مفهوم مشروعية المصلحة في استعمال الحق بالغاية منه . إذ رأى هذا الفقه أن اعتبار استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة حالة من حالات التعسف في استعمال الحق ، وفقاً لما تقرره المادة ٥ مدني في فقرتها ( ج ) ، يعد أخذاً من المشرع المصري بمعيار الغاية الاجتماعية للحق <sup>(٣)</sup> .

ووفقاً لهذا الفقه فإن للحق دائماً وظيفة اجتماعية أو غاية يستهدفها ، ويكون متعسفاً من يستعمل حقه بقصد تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أياً كانت المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من وراء استعمال حقه <sup>(٤)</sup> .

(١) د / أحمد إبراهيم عبد التواب – النظرية العامة للتعسف – ص ١٦٢ ، ص ٦٢٠ – ٦٢١ .

(٢) د / أحمد إبراهيم عبد التواب – ذات الإشارة السابقة .

(٣) د/ سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – ص ١٦٧ وما بعدها ، د / محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ١٠٠ .

(٤) د/ سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – ص ١٦٧ وما بعدها ، د/ محمد السعيد رشدي – التعسف في استعمال الحق – ص ١٠٠ .



ويرى ، كذلك ، أن الفقرة ( ج ) من المادة الخامسة من القانون المدني التي تجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة تشير إلى هذا المعيار <sup>(١)</sup> .

والواقع أن هناك جانبا آخر من الفقه ، رغم تعريفه المصلحة غير المشروعة بأنها المصلحة التي لا تتفق مع القانون أو النظام العام أو الآداب <sup>(٢)</sup> ، يعود - ذات الفقه - ويضيف بأن المصلحة تكون غير مشروعة إذا كانت تتعارض مع الغاية من تقرير الحق <sup>(٣)</sup> . وفي موضع آخر يقرر أنه " في الحقيقة فإن معنى مشروعية المصلحة يعني اتفاقها مع الغاية التي قرر على أساسها المشرع الحق " <sup>(٤)</sup> .

والواقع أنه فضلا عما يوجد في هذا الرأي الأخير من تعارض في تحديد معنى " مشروعية " المصلحة التي يرمى إليها استعمال الحق ، فإن التوسع في معنى المشروعية على هذا النحو بحيث يشمل استهداف مصلحة أخرى غير تلك المقررة له أصلا ، ولو كانت تلك التي يسعى إليها صاحب الحق لا تخالف القانون أو الآداب العامة، هذا التوسع يجعل التعسف في استعمال الحق يقترب من ، أو يختلط بعيب الانحراف بالسلطة الذي ينسب لصاحب السلطة أو الموظف في إطار القانون العام . حيث يؤخذ

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٧ وما بعدها ، د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٠١ .

(٢) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٤٩ - ص ٦٢٠ .

(٣) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٤٩ - ص ٦٢٠ ، بند ٤٥٠ - ص ٦٢١ .

(٤) وبعدم استخدام صاحب الحق لحقه بقصد الإضرار بالغير ، وهو ما يوضح - وفقا له - الطبيعة المتبادلة بين فكرة التعسف وفكرة المصلحة المشروعة كضابط له . د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٥٠ - ص ٦٢١ .

بشأن هذا الانحراف بمعيار مماثل هو انحراف من صدر عنه التصرف عن الهدف المشروع ولو باستهداف غرض ، مشروع ، آخر .

ولهذا نجد بعض الفقه (١) يعدل عن استعمال تعبير " التعسف في استعمال الحق " L'abus de droit ، مفضلاً عليه تعبير " الانحراف بالحق " . Le détournement du droit

ولكن الصحيح في الفقه ، فيما أعتقد ، هو عدم إعطاء فكرة عدم المشروعية هذا المفهوم أو هذا الاتساع . فهو فضلاً عن مخالفته للسائد لمعنى عدم المشروعية ، فإنه يجعل التعسف في استعمال الحق يختلط بعيب الانحراف بالسلطة ، في حين يرى الفقه وجوب التمييز وعدم الخلط بينهما .

فالصحيح في الفقه لا يجعل استهداف غاية مشروعة أخرى غير تلك المقررة أصلاً للحق ، أو التي مُنح الحق للشخص من أجل بلوغها ، داخل في إطار التعسف . كما أن الصحيح في الفقه هو التفرقة والتمييز بين التعسف في استعمال الحق من ناحية ، والانحراف بالسلطة من ناحية أخرى .

لذلك يكون هاما ، لضبط معيار التعسف في استعمال الحق ، والوقوف على المعنى الحقيقي لعدم مشروعية المصلحة المستهدفة كمعيار له ، إبراز هاتين النقطتين:

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٨ ، وهو يشير في هذا إلى جوسران Jossrand ، وانظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٠٠ - ١٠١ .

## - استهداف مصلحة مشروعة غير تلك المقررة للحق :

يعترض فقه آخر<sup>(١)</sup> ، أراه صائبا ، على الاتجاه السابق . ويتمسك بتحديد معنى المشروعية حسب السائد ، وهو عدم مخالفة القانون أو النظام العام أو الآداب . وذلك على أساس غموض مفهوم الغاية من الحق . وكذلك تعدد الغايات من الحق . فهناك غاية قانونية له ، كما توجد له غاية اجتماعية وغاية اقتصادية ..... إلى آخره .

يضاف إلى ذلك أن تحديد غرض معين لكل حق يعد صاحبه متعسفا إذا ما قصد غيره ، من الصعوبة بمكان . ولأجل هذه العقبات يرفض بعض الفقه<sup>(٢)</sup> التسليم بهذا الضابط لعب التعسف .

كذلك قيل أنه إذا كان من الميسور تحديد غرض معين أو أغراض واضحة لكل سلطة تستعملها الإدارة ، فمثلا أغراض البوليس معروفة وهي الصحة والأمن والسكينة ، كما أن سلطة تأديب الموظفين لا يقصد بها إن نشر الطاعة والنظام في الإدارة ..... الخ ، أما بالنسبة للحقوق الخاصة فإن تحديد غرض معين لكل حق يعد صاحبه متعسفا إذا ما قصد غيره ، من الصعوبة بمكان . ولأجل هذه العقبة بالذات رفض بعض الشراح التسليم بهذا المعيار الموضوعي ، لعب التعسف<sup>(٣)</sup> .

وتكشف الأعمال التحضيرية للقانون المدني أن المشرع المصري لم يشأ أن يأخذ بهذا المعيار كضابط للتعسف في استعمال الحق . فقد ورد بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ..... حالة استعمال الحق استعمالا يرمي إلى

(١) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٣٣ .

(٢) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢١٦ .

(٣) سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ١٧٠ ، د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢١٦ .

تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع في هذا المقام خير من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب " (١) .

- التمييز بين التعسف في استعمال الحق والانحراف بالسلطة :

سعى جانب من فقه القانون العام إلى مقارنة مجال تطبيق نظرية الانحراف بالسلطة ، والتعسف في استعمال الحق وتحديد معيار تمييزهما (٢) .

وقد رأى هذا الفقه (٣) أن العمل التعسفي في القانون الخاص يقترب من العمل المشوب بعيب الانحراف في القانون العام . فكل من العمليين سليم في ظاهره ، إذ من صدر عنه له مكنة إجراؤه . ولو فصل العمل عن الأغراض التي دفعت من قام به إلى اتخاذ أو الظروف التي أحاطت به لكان سليما (٤) .

ولكن ذات الفقه يسارع فيقرر أن مجال التعسف أوسع بكثير من مجال الانحراف . لأن مجال الانحراف هو الجانب التقديري من سلطات الإدارة ، وهو أخذ في الضيق . أما مجال التعسف فهو جميع الحقوق الخاصة ، إلا تلك الطائفة التي يستثنىها القضاء (٥) .

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني - ج ١ - ص ٢٠٩ ، وانظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٣٧ وهامش ٢ .  
(٢) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٥٩ وما بعدها .  
(٣) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٥٩ وما بعدها .  
(٤) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٥٩ وما بعدها .  
(٥) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٣ .

ومن ناحية معيار تمييز المفهومين ، قيل أن تعريف الانحراف يكشف ، حسب فقه القانون العام ، عن معياره . فهو استعمال السلطة التقديرية لتحقيق غرض غير معترف به . فالمعيار هنا ذو صبغة موضوعية *Un critère objectif* . إذ في كل مرة تنحرف الإدارة عن الهدف المشروع ، ولو كان ذلك عن حسن نية ولغرض نبيل في ذاته ، يعد قرارها معيباً<sup>(١)</sup> .

أما بالنسبة للتعسف فقد قام خلاف بين الشراح حول المعيار الذي يميزه . ففريق ينادي بمعيار شخصي *Un critère subjectif* ، يقوم على قصد الإضرار كما رأينا . والبعض الآخر يؤثر عليه معياراً موضوعياً ، انقسم أنصاره بين من يقول بالمعيار الاقتصادي أو انعدام المصلحة المشروعة ، ومن يقول بمعيار الغاية الاجتماعية للحق<sup>(٢)</sup> .

ووفقاً لهذا المعيار الأخير تصبح الحقوق الخاصة وظائف اجتماعية لها غايات مرسومة ، شأنها في ذلك شأن اختصاصات القانون العام . وعلى ذلك يعد متعسفاً كل من استعمل حقه بقصد تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أيا كانت المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من وراء استعمال حقه<sup>(٣)</sup> .

وهنا نصل في الحقيقة إلى ذات المعيار الذي يميز عيب الانحراف في القانون العام . ففي الحالتين يقوم العيب أساساً على أن من صدر عنه التصرف ، سواء كان قد استعمل حقا خاصاً ، أو اختصاصاً عاماً قد انحرف عن الهدف المشروع . ولهذا عدل

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٣ .

(٢) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٦ .

(٣) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٧ - ١٦٨ .

بعض الفقه كما ذكرنا عن اصطلاح التعسف أو إساءة استعمال الحق وفضل عليه تعبير الانحراف بالحق .

والحقيقة ، كما يراها هذا الفقيه الكبير <sup>(١)</sup> ، أنه رغم إمكان استعمال معيار واحد مستمد من الغرض الاجتماعي للحق أو السلطة ، لتمييز المفهومين ، فإن كلا منهما يحتفظ بخصائصه الذاتية ، رغم هذا المعيار المشترك . ودليل ذلك أن العلامة جوسران Jossrand ، بعد أن وصل إلى المعيار السابق ، سارع إلى إضافة المعيار الشخصي المستمد من الدوافع والبواعث الشخصية Les mobiles ، كمكمل ومتمم لذلك المعيار . وذلك لأن العناصر الشخصية تلعب في مجال التعسف في القانون الخاص دورا لا يقاس عليه دورها في مجال الانحراف في القانون العام <sup>(٢)</sup> .

لذا انتهى هذا الفقه إلى أن مميّز إساءة استعمال الحق أميل إلى العناصر الشخصية ، وأن معيار الانحراف تغلب عليه الصفة الموضوعية <sup>(٣)</sup> .

لذلك ورغم ملاحظة الفقه قيام تشابه كبير بين نظرية إساءة استعمال الحق في القانون الخاص ، وفكرة الانحراف في القانون العام . فإنه تساءل عما إذا كانت قد بدأت تتكون في القانون الإداري الحديث نظرية تعسف في استعمال الحقوق الإدارية ، مستقلة وموازية لنظرية الانحراف المعروفة ، وهو ما يوجب أن يكون هناك خلافا بين النظريتين <sup>(٤)</sup> .

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٨ وما بعدها .

(٢) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٦٦ وما بعدها . وانظر لديه بذات الموضوع أسباب هذا الاختلاف .

(٣) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٧٠ .

(٤) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٧٢ - ١٧٣ .

وقد انتهى هذا الفقه إلى أن مجلس الدولة الفرنسي ، فيما يتعلق بقضاء الإلغاء، لم يميز بين نظرية الانحراف وفكرة التعسف في استعمال الحق . أما في مجال قضاء التعويض فيبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر نظرية في التعسف في استعمال الحقوق الإدارية على نمط النظرية المدنية ، ومستقلة عن نظرية الانحراف التقليدية . ويدل على ذلك أن العمل الإداري الواحد ، رفض مجلس الدولة إلغاؤه بناء على عيب الانحراف ولكنه حكم بالتعويض عنه لأن الإدارة قد تعسفت في استعمال حقها باتخاذها<sup>(١)</sup> .

وخلاصة ما رآه الفقيه الكبير ، وحسب تعبيره ، فإن " الحقيقة التي لا شك فيها أنه يوجد في القانونين المصري والفرنسي نظريتان شقيقتان لكل منهما استقلالها وشخصيتها " <sup>(٢)</sup> .

وإذا كانت هذه هي معايير التعسف في استعمال الحق بصفة عامة ، فهل يختلف عنها معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ؟

تحديد معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية :

باعتبار المادة الخامسة من القانون المدني تضع القاعدة العامة في التعسف في استعمال الحق ، وتمتع بالعمومية في التطبيق على سائر الحقوق ، كما رأينا ، فإنه وفقا للقواعد العامة في التفسير وتحديد مجال انطباق القواعد القانونية ، يعتمد إمكان سريانها على استعمال الحقوق الإجرائية<sup>(٣)</sup> ، ليس فقط على مدى تلبية - توافق -

(١) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٧٢ - ١٧٤ .  
وراجع في هذا القضاء لمجلس الدولة الفرنسي ومحاولات الفقه الفرنسي في سبيل إنشاء هذه النظرية : ذات المرجع - ص ١٧٤ وما بعدها .  
(٢) د / سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ص ١٥٨ .  
(٣) وهو ما ينطبق كذلك عند بحث مدى سريانها على استعمال حقوق أخرى غير تلك التي ينظمها القانون المدني .

استجابة هذه القاعدة العامة مع ما قد تكتسبه الحقوق الإجرائية من طبيعة خاصة ، وما توجبه هذه الطبيعة من اعتبارات عند تحديد معيار التعسف في استعمالها ، وإنما وقبل ذلك يتوقف على عدم وجود نص في قانون المرافعات يستبعد صراحة تطبيق أحكام هذه القاعدة العامة في التعسف ، على استعمال الحقوق الإجرائية التي تمارس في إطاره ، أو يضع قواعد تحكم التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية وتحدد ضوابطه ، بما يؤدي إلى استبعاد تطبيق الضوابط التي تقررها المادة الخامسة من القانون المدني على هذه الحقوق .

لذلك فإن تحديد معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية يتطلب دراسة مسألتين :

الأولى : تحديد معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ما بين نصوص قانون المرافعات ونص المادة الخامسة من القانون المدني .

الثانية : الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية وما توجبه بشأن تحديد معيار التعسف في استعمال هذه الحقوق .

معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية بين نصوص قانون المرافعات ونصوص القانون المدني :

الوضع في القانون الفرنسي :

أولا - في ظل تقنين المرافعات الفرنسي القديم :

رغم أن نظرية التعسف في استعمال الحق ليست بالنظرية الحديثة ، إذ عرفت بها بعض الشرائع القديمة ، كالقانون الروماني<sup>(١)</sup> ، كما أن هذه النظرية احتلت مكانه

(١) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤١٦ هامش ٣ .



بارزة في الفقه الإسلامي وأخذت فيه طابع العمومية والشمول في التطبيق<sup>(١)</sup> ، فإنه في الفترة الزمنية المشبعة بفكر المذهب الفردي والفلسفة القائمة على تعظيم الحرية الشخصية ، والتي تبنتها الثورة الفرنسية وواضعي المجموعات القانونية الصادرة في أعقابها ، صدر تقنين المرافعات الفرنسي القديم *Ancien Code de Procédure Civile* ، عام ١٨٠٦م ، فجاء خاليا من نص عام يحدد الإطار العام للاستعمال المشروع أو غير المشروع للحقوق الإجرائية<sup>(٢)</sup> ، ودون أن يتضمن قاعدة عامة تقرر عدم مشروعية التعسف في استعمال الحق الإجرائي أو تضع جزاء له ، أو تجيز الحكم بالتعويض في حالة إساءة استعمال المتقاضي للإجراءات القضائية .

وعلى ذلك لم يتضمن تقنين المرافعات الفرنسي القديم قاعدة مشابهة للمادة ٣٢ - ١ من نظيره الجديد<sup>(٣)</sup> . أو بمعنى آخر ، فإنه لم يوجد في هذا التقنين نص يكون له من العمومية والشمول في التطبيق ما يجعله يشكل قاعدة عامة تنطبق على تعسف المتقاضي في استعمال كل الإجراءات القضائية .

وإنما قدم المشرع الفرنسي القديم لمشكلة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية حولا جزئية . فعالج بنصوص خاصة بعض حالات هذا التعسف . أي تعسف المتقاضي في استعمال إجراءات معينة . وبمعنى آخر فإن هذا القانون حدد حالات معينة يجوز فيها الحكم بجزاء للتعسف في استعمال بعض الحقوق الإجرائية .

(١) كما اتسمت أحكام هذه النظرية في الفقه الإسلامي بالدقة والوضوح إلى حد كبير . د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤١٤ .

(٢) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٨٧ .

(٣) والتي تقرر كما سنرى فرض جزاء للتعسف أو التسوية في الالتجاء إلى القضاء .

ولم يقتصر الأمر في هذه الحالات على محاولة المشرع الفرنسي مواجهة بعض الإجراءات التعسفية وإنما قصد كذلك مواجهة اتخاذ المتقاضى لبعض الإجراءات كوسيلة للتسويق والمماطلة أمام القضاء . وذلك لما بدا له من كثرة استعمال الأفراد لهذه الإجراءات على نحو تعسفي أو تسويقي ، أو خطورة التعسف أو التسويق في استعمالها ، وأهمية ما يترتب عليه من ضرر للطرف الآخر وتأخير أو عرقلة سير العدالة .

ومن الحالات التي حددها القانون الفرنسي وفرض فيها الجزاء على هذا النحو حالة الاستئناف التعسفي أو التسويقي ، فأجازت المادة ٤٧١ من تقنين المرافعات الفرنسي القديم الحكم بالغرامة والتعويضات إذا كان الاستئناف تسويقياً أو تعسفياً .

وفي هذا الشأن قضى بأن الغرامة التي نصت عليها المادة ٤٧١ من تقنين المرافعات لا يجوز توقيعها على المستأنف دون أن يكون الاستئناف متسماً بطابع تسويقي أو تعسفي . والحكم على المستأنف بهذه الغرامة دون أسباب تبرر هذا الحكم ، يجعل الحكم قابلاً للطعن <sup>(١)</sup> .

وهكذا جعل القانون الفرنسي القديم من التعسف أو التسويق في استعمال بعض الحقوق الإجرائية سبباً للحكم بالغرامة ، فضلاً عن إجازة الحكم بالتعويض .

وفي البداية كان الحكم بهذه الغرامة يتم تلقائياً ، دون سلطة تقديرية للقاضي في هذا الشأن .

(١) Cass. soc., 7 juin 1955, G.P., 1955 , I , 182 .

وقد اعتبر بعض الفقه (١) أن هذا الطابع الإلزامي للحكم بالغرامة يعد أثرا من الآثار التي احتفظ بها القانون الفرنسي السابق من العصر الإقطاعي ، حيث كان الطعن ضد قرارات القاضي يأخذ طابع المخاصمة للقاضي الذي أصدر الحكم . ونظرا لخطورة هذا الإجراء فقد كان يحكم على الخصم بجزاء في حالة عدم قبول طعنه أو عدم صحته .

ولكن التعديلات التي أدخلت على هذا النص عام ١٩٤٢م هذبت هذا النظام ، وأصبح الحكم بالغرامة يحتاج إلى تقرير المحكمة بأن الاستئناف كان تسويقيا أو تعسفيا .

ولكن خارج هذه الفروض أو الحالات المحددة التي عالجها المشرع الفرنسي بنصوص خاصة ، لم يكن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية بصفة عامة موضوعا لأي نص تشريعي (٢) . وبالتالي لم يكن يجوز الحكم بالغرامة كجزاء للتعسف في غير هذه الحالات المحددة قانونا .

ولكن هذا الموقف التشريعي المتمثل في غياب هذا النص العام الذي يغطي التعسف في استعمال جميع الحقوق الإجرائية ، لم يمنع القضاء الفرنسي من أن يكون له دور ايجابي تجاه المسلك التعسفي لبعض المتقاضين . وقد جعلت الضرورات أو الحاجات العملية من تدخل القضاء ضرورة لمواجهة الحالات التي يبدو فيها غير مقبول ترك هذا المسلك دون جزاء ، فاستجاب لها ، وحكم بالتعويض عندما يكون واضحا أن الشخص قد استعمل حقه لمجرد إلحاق الضرر والأذى بالغير دون أن يستهدف من

(١) د/ ابراهيم أمين النفيوي - التعسف في التقاضي - ص ٤١٥ ،

Vincent et Guinchart , procédure civile , n° 895 , p. 803 .

(٢) د/ ابراهيم أمين النفيوي - مسؤوليه الخصم عن الإجراءات - ص ٨٠ وما بعدها .

وراء هذا الاستعمال تحقيق مصلحة أو نفع له ، وذلك سواء تعلق الأمر باستعمال دعوى أو دفاع فيها أو طريق من طرق الطعن أو غير ذلك من الإجراءات .

ولما احتاج القضاء الفرنسي إلى نص قانوني لمواجهة مثل هذه الحالات والحكم بالتعويض جزاء لها - حيث لم يكن المشرع الفرنسي القديم يقر صراحة فكرة التعسف بنصوص صريحة - لم يجد القضاء مفرا سوى الاستناد في ذلك إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية والرجوع إلى أحكام المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من التقنين المدني الفرنسي بشأن العمل غير المشروع ، واللذان تقرران المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ ، وباعتبار أن التعسف في استعمال الحق لا يخرج عن كونه أحد تطبيقات ، أو إحدى صور العمل غير المشروع أو الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية . وبالتالي يعوز الضرر الناجم عنه وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية (١) .

لذلك فإن الأحكام التي كانت تقضي بمسؤولية الخصم دون أن تستند في ذلك إلى وجود خطأ ، كانت تتعرض للنقض (٢) .

وإذا كان مجرد الادعاء أو الدفاع أمام القضاء لا يشكل في حد ذاته خطأ موجبا للمسؤولية ، فإنه يجب أن يثبت في جانب الخصم خطأ في معنى المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي . وقد قضي في هذا الشأن أن الالتجاء إلى القضاء ، والمقاومة لأحد الطلبات ،

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨١ .

(٢) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩٤ . ويشار هنا إلى حكم محكمة كولمار Colmar الذي استندت فيه إلى غياب المصلحة في استعمال الحق للقضاء بالمسؤولية ، ولكن محكمة النقض الفرنسية ما لبثت أن نقضت هذا الحكم مقرررة أنه ينبغي على القضاة عند القول بمسؤولية الشخص أن يبحثوا لديه عن قصد الإضرار بالغير أو عن الإهمال وعدم التنصر . وبالتالي نقضت المحكمة هذا الحكم ، لخلو أسبابه من الإشارة إلى قصد الإضرار أو الرعونة المؤثمة : JCP., 1972 , 3° , 12 oct. 1971 , Cass. civ., 16966 , D., 1972 , p. 210 , R.T.D. Civ., 1972 , p. 395 , obs. Durry .

يشكلان من حيث المبدأ استعمالاً لحق ، ولا يؤدي إلى التعويضات إلا في حالة ثبوت خطأ متميز بشكل كاف كالغش أو سوء النية<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك ، وبفضل جهود القضاء والفقهاء في بناء نظرية التعسف ، واستقرارهما على الأخذ بها ، ليس فقط في الحالات أو بالنسبة للحقوق التي قرر المشرع فرض جزاء على التعسف في استعمالها ، ولكن بصفة عامة وبالنسبة للتعسف في استعمال كل الحقوق ، فإن خلو القانون المدني القديم ، وكذلك تقنين المرافعات الفرنسي القديم ، من نص عام يقطن نظرية التعسف ، لم يمنع محكمة النقض الفرنسية من تطبيقها من خلال نظرية الخطأ المرتب للمسئولية التقصيرية . ورغم اختلاف النظر بشأن أساس أو طبيعة نظرية التعسف بين من يؤسسها على فكرة الخطأ ، وبين من يقرها كنظرية لها كيان مستقل مستمد من فكرة الحق ذاتها ، فإن ما قاله معظم الفقهاء الفرنسي ، وسار عليه القضاء ، هو اعتبار التعسف في استعمال الحق مجرد صورة من صور الخطأ المرتب للمسئولية التقصيرية .

ثانياً - في ظل تقنين المرافعات الفرنسي الجديد :

تدخلت بعض العوامل أو حدثت بعض المتغيرات التي أدت بالمشرع الفرنسي إلى مراجعة موقفه السابق ، السلبي ، تجاه التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، وإلى تدارك هذا الأمر في تقنين المرافعات الفرنسي الجديد .

فقد غلب وانتصر وبات مستقراً الاتجاه القائل بالمسئولية عن التعسف في استعمال الحق بصفة عامة ، وذلك بعد الجدل الفقهي الكبير الذي ثار بهذا الشأن .

(١) Cass. req., 21 juin 1943 , G.P., 1943 , 2 , 109 , cass. civ., 5 avril 1954 , G.P., 1954 , 1 , 379 .

وانظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩٥ .

وكذلك استقر قضاء المحاكم الفرنسية على تطبيق قواعد المسؤولية المدنية لمواجهة سعي بعض المتقاضين استعمال الإجراءات القضائية علي نحو تعسفي مما يؤدي إلي الإضرار بالمصلحة الخاصة للطرف الآخر ، في هذه الإجراءات ، وكذلك إلي ضرر عام يلحق بمرفق القضاء وحسن سيره جراء انشغاله بإجراءات كيدية . ولهذا كان طبيعيا أن يظهر استقرار النظرية في الفقه والقضاء على هذا النحو في نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . فرأى المشرع الفرنسي أن يعلن صراحة في نصوص هذا التقنين أخذه بنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . وتقريره جزاء لهذا التعسف .

وإذا كان هذا التقنين قد صدر خاليا من نص يقرر الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية بصفة عامة ، فإن المشرع الفرنسي سرعان ما تدارك هذا الأمر بالتدخل بالقانون رقم ٧٨ - ٦٢ في ٢٠ يناير ١٩٧٨ م ، والذي أضاف إلي نصوص التقنين المادة ٣٢ - ١ ، والتي تفرض جزاء الغرامة وتجزئ الحكم بالتعويض في حالة الاستعمال التعسفي أو التسويفي للحق في الالتجاء إلى القضاء .

وقد اختلف الفقه حول مدى هذا النص ( م ٣٢ - ١ ) ، وهل هو خاص بحق الالتجاء إلى القضاء فلا ينطبق على غيره . ولكن الفقه الحديث يكاد يجمع على اعتباره ليس نصوصا خاصا بحق الالتجاء إلى القضاء ، وإنما ينظر إليه باعتباره قاعدة عامة أو بمثابة مبدأ إجرائي ينطبق على كافة الحقوق الإجرائية وليس على الحق في الالتجاء إلى القضاء فقط <sup>(١)</sup> . لذلك فهو يطبق على كل من المدعي والمدعى عليه كما يطبق

(١) د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٣٢ .

على المتدخل والمُدخل ( المُختصم ) في الخصومة . وذلك لورود هذا النص في الباب التمهيدي من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة <sup>(١)</sup> .

وإلى جوار هذا النص العام وردت عدة نصوص خاصة تقرر مسئولية الخصم وتفرض الجزاء بصدد إجراءات معينة .

وعلى هذا النحو فإن النصوص التي وردت بتقنين المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التعسف أو التسوية في استعمال الحقوق الإجرائية قد وردت على صورتين :

الأولى - صورة نص عام تضمنته المادة ٣٢ فقرة أولى من تقنين المرافعات الجديد ، ليضع المشرع بهذا النص قاعدة عامة لمواجهة التعسف أو التسوية في استعمال الحقوق الإجرائية بصفة عامة ، وفرض جزاء على من يباشرها بطريقة تعسفية أو تسوية .

ففي هذا النص يضع المشرع قاعدة عامة بمقتضاها يجوز الحكم بالغرامة في حالة التعسف أو التسوية في استعمال حق الالتجاء إلى القضاء .

ولا يقتصر تطبيق هذه القاعدة على استعمال الخصم لحقه في الادعاء بتقديم طلبات قضائية ، وإنما يمتد كذلك إلى استعمال حقه في تقديم الدفوع ووسائل الدفاع .

(١) د / أحمد صدقي محمود - ظاهرة البطء في التقاضي - ص ٣٩ ، د / عزمي عبد الفتاح - نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى - ص ٢٦١ ،

J. Normand , R. T. D. Civ., 1985 , pp. 608 - 610 .

وفي القضاء :

Trib. Bar- sur- Seine , ( réf. ) , 8 mai 1981 , JCP., 1982 , IV , 351.

وتعليق مؤيد ومطالب بالأخذ بذات الحل بشأن المادة ٥٥٩ / ١ ، من ذات التقنين ، في حالة الاستئناف التعسفي أو التسويفي : J. Normand ( ذات الإشارة السابقة ) .

الثانية - وإلى جوار هذا النص الذي يضع قاعدة عامة وردت بعض النصوص الخاصة بشأن إجراءات معينة . أي يواجه كل منها الاستعمال التعسفي أو التسويفي لإجراء معين . وهي تعد في مجملها تطبيقات لذات القاعدة العامة السابق بيانها والواردة بالمادة ٣٢ / ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . ويدخل في إطار هذا النمط أو النموذج من المعالجة التشريعية للتعسف مثلا المادتان ٥٥٩ ، ٥٨١ . وقد تناولت هذه المواد الاستعمال التعسفي أو التسويفي لطرق الطعن . فأجازت للقاضي ، إذا قدر أن الاستئناف أو اعتراض الخارج عن الخصومة <sup>(١)</sup> أو الطعن بإعادة النظر في الحكم كان تسويقيا أو تعسفيا ، أن يحكم على الطاعن بغرامة ، دون إخلال بالتعويضات التي يمكن المطالبة بها . وهو ما يجوز الحكم به أيضا إذا كان الطعن بالنقض تعسفيا ( م ٦٢٨ من من تقنين المرافعات الجديد ) .

والأمر الهام الذي يجب التنبيه إليه أنه رغم حرص المشرع الفرنسي على تضمين تقنين المرافعات الجديد عدة نصوص تواجه التعسف في استعمال الحق الإجرائي وتفرض له جزاء ، فإن أيا من هذه النصوص ، حتى تلك التي وردت بصدد حالات أو حقوق إجرائية معينة ، لم يعرض لمسألة متى يوجد التعسف . متى يكون استعمال الحق تعسفيا . بمعنى أن هذه النصوص لم تبين حالات التعسف في استعمال الحق الإجرائي ولم تضع ضابطا أو معيارا لتحديده . ولهذا رأى بعض الفقه <sup>(٢)</sup> أن هذه النصوص لم تأت بجديد ، بل انها مجرد تحصيل حاصل لما أقره الفقه واستقر عليه القضاء . وأن أمر هذه النظرية وضوابطها بقيت في الفقه والقضاء على ما كانت عليه

<sup>(١)</sup> وهو طريق غير عادي للطعن في الأحكام ، يقرره القانون الفرنسي لشخص لم يكن خصما أو ممثلا في الحكم لتمكينه من سحب أو إلغاء هذا الحكم متى كان له مصلحة في ذلك ،

Voir : Les articles 582 , 583 ( NCPC.)

<sup>(٢)</sup> د/ احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٣٢ .



قبل صدور التقنين الجديد . حيث ما زالت المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق تُؤسس بالاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية بالتقنين المدني الفرنسي .

ولما كان التقنين المدني الفرنسي ، وعلى خلاف الحال بالنسبة لما تقرره المادة الخامسة من القانون المدني المصري من تحديد لحالات الاستعمال غير المشروع للحق، لا يتضمن بياناً لحالات التعسف في استعمال الحق بصفة عامة أو تحديداً لضابطه ، بل ولا يتضمن نصاً يأخذ صراحة بهذه النظرية ، فإن مؤدى تقرير تقنين المرافعات الفرنسي الجديد لجزاء للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، دون تحديد حالات هذا التعسف أو معياره ، يكون هو ترك تحديد كون الإجراء تعسفي من عدمه لتقدير القاضي .

بمعنى أن المشرع الفرنسي لم يشأ أن يفرض على القاضي معياراً معيناً للتعسف بحيث يكون واجباً عليه أن يتبناه ، بل أنه جعل من تقرير التعسف من الاختصاص التقديري للقاضي . بحيث يستطيع القاضي أن يقدر ، في الحالة المعروضة أمامه ، المعيار الذي يراه ملائماً وما إذا كان هناك تعسف أم لا . ويكون للقاضي حرية كبيرة في اختيار المعيار المناسب في كل حالة على حدة .

وربما كان القصد من وراء ذلك هو عدم زعزعة القضاء الثابت والمستقر للمحاكم الفرنسية في موضوع المسؤولية الناشئة عن استعمال الحقوق الإجرائية ، أو الحقوق بصفة عامة . ففي ظل تطبيق قواعد تقنين المرافعات الفرنسي القديم لم يكن يوجد ، كما رأينا ، نص عام يفرض جزاء للإجراء التعسفي . كما أنه من خلال تطبيق القانون المدني الفرنسي والذي لا يتضمن – حتى الآن - نصاً بتقنين نظرية التعسف أو فرض جزاء لها ، كان القضاء الفرنسي ، على مدار هذه السنوات الطويلة ، ومستنداً في ذلك إلى نص المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني ، يطبق نظرية التعسف في استعمال الحق معتبراً إياه صورة من صور الخطأ ، المرتب لمسئولية من ارتكبه تجاه المضرور

من هذا الخطأ ، وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية . لذا درج القضاء الفرنسي على تقرير التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية في إطار القواعد التي تحكم المسؤولية التقصيرية باعتباره إحدى صورها ، ومستخدما في ذلك المعايير التي يتم تقرير الخطأ على أساسها <sup>(١)</sup> .

ولم يكن القضاء الفرنسي ، في تحديده للتعسف ، مقيدا بضابط أو معيار معين ، وإنما كان يجتهد في كل حالة علي حدة معتمدا على حاسته القانونية وذوقه السليم ، ومستنيرا في ذلك بأراء وتعليقات الفقهاء لاستخلاص وجود التعسف وفقا للضوابط التي يراها <sup>(٢)</sup> .

وقد رأى بعض الفقه <sup>(٣)</sup> أن القضاء الفرنسي لا يكتفي بأي خطأ لنشأة المسؤولية عن استعمال الحقوق الإجرائية ، وإنما يلزم أن يكون هذا الخطأ عمديا ، أو ، حسب تعبير بعض الأحكام ، عمل من أعمال الخبث أو سوء النية أو الغش <sup>(٤)</sup> . أو على درجة معين من الجسامة حتى تنشأ عنه مسؤولية .

وقد قيل أن السبب في ذلك الموقف من القضاء الفرنسي والذي يشترط وصفا معيناً في الخطأ ، ولا يكتفي بمجرد الخطأ البسيط المتمثل في الإهمال أو عدم الاحتياط

<sup>(١)</sup> د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩١ وما بعدها .  
ويأخذ القضاء الفرنسي بالمفهوم الواسع للخطأ المقيم للمسؤولية ، إذ يكتفي من أجل الحكم بمسؤولية الخصم بعدم الاحتياط Imprudence أو الرعونة Légérété . كما قضي بالمسؤولية أحيانا على أساس التهور . انظر د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٠٤ - ٣٠٥ .

<sup>(٢)</sup> انظر : د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩١ وما بعدها .

<sup>(٣)</sup> د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩٣ وما بعدها .

<sup>(٤)</sup> فيجب أن تتوافر لدى الخصم إذن حسب هذا المعيار النية السيئة المتجهة إلى قصد الإضرار بالغير .

هو تقدير القضاء لطبيعة هذه الحقوق – الإجرائية – والتي تقتضي حصانة معينة للخصم في ممارستها ، حتى لا يُستغل التهديد بإقامة المسؤولية عن استعمالها وسيلة لشل فاعلية هذه الحقوق <sup>(١)</sup> .

ولكن يبدو أن القضاء الفرنسي يميل إلى التوسع في المعايير التي يأخذ بها للتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . إذ قال بوجود التعسف ليس فقط في حالة الخطأ الجسيم الذي يمكن تشبيهه بالغش . وإنما اكتفى بعض الأحكام ، لقيام التعسف ، بحالة التهور الواقع من الخصم ، أو حتى الخطأ البسيط غير الموصوف ، وذلك متى أمكن تمييز هذا الخطأ عن مجرد رفع الدعوى أو اتخاذ الإجراء بصفة عامة .

لذلك يمكن القول أن الاتجاه الذي استقر عليه القضاء الفرنسي ، دون اعتراض واضح من الفقه ، هو إعطاء التعسف في استعمال الحق معنى واسع يجعله يعادل تقريبا فكرة أو مفهوم الخطأ . ولذا يتم الاعتماد في تقدير التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية على المعايير التقليدية للخطأ .

وهو ما يمكن تفسيره ، وكما رأينا ، بعدم تضمن القانون المدني الفرنسي أو تقنين المرافعات الفرنسي القديم نصا يأخذ بنظرية التعسف كقاعدة عامة ، وأنه لما تبنى القضاء الفرنسي هذه النظرية واستقر على الأخذ بها ، فإن ذلك كان على أساس رؤيته للتعسف على انه صورة من صور الخطأ <sup>(٢)</sup> . وأنه إذا كان تقنين المرافعات الفرنسي الجديد قد أخذ صراحة بهذه النظرية في شكل قاعدة عامة تضمنها نص المادة ٣٢ ، في فقرتها الأولى ، وفرض لها جزاء في العديد من نصوصه ، فإنه لم يضع لها معيارا أو يحدد لها ضابطا ، ولم يبين متى يوجد التعسف . لذلك لم يختلف الأمر في

(١) د/ إبراهيم أمين النفاوي – التعسف في التقاضي - بند ١٤١ ص ٢٢٣ .

(٢) د / إبراهيم أمين النفاوي – التعسف في التقاضي - ص ٢٢٢ .

القضاء الفرنسي بعد صدور هذا التقنين واستمر على ذات الموقف ، من التعسف وطبيعته وضوابطه ، الذي كان يأخذ به قبل صدور هذا التقنين . حيث استمرت الأحكام الحديثة والصادرة بعد العمل بالتقنين الجديد ، التي تفرض التعويض كجزاء لتعسف أحد المتقاضين في استعمال الإجراءات القضائية ، في الاستناد إلى نص المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من القانون المدني ، بشأن المسؤولية التقصيرية ، كأساس لهذا الجزاء . وليس إلى المادة ٣٢ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد <sup>(١)</sup> .

ففي ظل التقنين الجديد قضت محكمة النقض بأن " محكمة الاستئناف التي حكمت على المدعي في دعوى الاسترداد بالتعويضات لإثارته منازعة بسوء نية دون أن تبين الخطأ الذي يجعل من الالتجاء إلى القضاء تعسفياً تخالف المادة ١٣٨٢ مدني <sup>(٢)</sup> .

وطالما أن التعسف يرتب المسؤولية التقصيرية ، شأنه شأن الخطأ ، أو بالأدق باعتباره صورة من الخطأ ، فإن القضاء الفرنسي لم يجد ضرورة للاهتمام كثيراً بتمييز التعسف عن غيره من صور الخطأ . وإنما استمر في إعطائه مفهوماً واسعاً ، واعتبر التعسف متحققاً ليس فقط في حالة نية الإضرار بالغير أو سوء النية ، أي الخطأ العمدي ، وإنما كذلك في الحالات التي يمكن أن يثبت في جانب المتقاضي خطأ متميز عن مجرد مباشرة الإجراءات ، كما في حالة مباشرة الإجراءات بتهور <sup>(٣)</sup> .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ . ولديه أحكام بذلك ص ٤٢٢ .

(٢) Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 30 mai 1978, G.P., 1978, somm., p. 342 .

وانظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩٤ - ٢٩٥ .

(٣) كان قد قضي في بعض الأحكام القديمة بأن الاستئناف يكون تعسفياً في حالة التهور :

Réq., 14 août 1882, D.P., 1883, I, 255, Paris, 8 janv. 1949, G.P., 1949, p. 134 .

## الوضع في القانون المصري :

رأينا أنه لم تثر في القانون الفرنسي مشكلة عدم اتفاق تحديد معايير التعسف وفقا لقانون المرافعات عن تحديدها وفقا للقانون المدني ، سواء في ظل تقنين المرافعات الفرنسي القديم أو الجديد . وبالتالي لم يقم التردد بشأن الأخذ بهذه المعايير أو تلك .

ففي القانون الفرنسي لم يقتصر عدم وجود تحديد تشريعي لمعيار التعسف على عدم وجود نص بتحديد في تقنين المرافعات ، بل لم يتضمن التقنين المدني كذلك نص يحدد معيار أو ضابط التعسف في استعمال الحق بصفة عامة . أو حتى في استعمال الحقوق الموضوعية ذاتها . ومع ذلك لم نرى أن هذا الأمر يثير مشكلة . فتطبيق نظرية التعسف في فرنسا هو في الأصل حس قضائي واجتهاد فقهي . إذ أبى القضاء وكذلك الفقه أن يفلت الاستعمال التعسفي للحقوق من جزاء له . ولم يمنعها عدم وجود نص يقرر مبدأ الأخذ بنظرية التعسف وعدم تحديد ضوابطه من الاجتهاد في سبيل تطبيق هذه النظرية . ولم يكن من حل لفرض جزاء لهذا التعسف سوى الاستناد ، كأساس تشريعي لذلك ، إلى نصوص التقنين المدني الخاصة بالمسئولية التقصيرية . كما اجتهدا في تحديد معايير التعسف حتى استقر الأمر على أن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير هو الضابط الأساسي للتعسف . وتردد الرأي فيما يلي ذلك ، حتى أعطي التعسف أحيانا مفهوما واسعا يجعله تقريبا يعادل مفهوم الخطأ .

أما في القانون المصري فإن الوضع يغير ذلك . فإذا كان التشريع الفرنسي لم يضع ، قبل صدور تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، قاعدة عامة تقنن نظرية التعسف في استعمال الحق فتقرر الأخذ بها ، أو تقرر جزاء للتعسف كما رأينا ، وإذا كان القانون المدني المصري القديم قد صدر ، مثل نظيره الفرنسي ، خاليا من مثل هذا النص ، فإنه وعلى خلاف ذلك ، تضمنت قوانين المرافعات المصرية المتعاقبة ،

ومنذ بداية صدور التقنيات المصرية في صورتها الحديثة ، نصوصا تأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق . ولو كان ذلك في نطاق محدود .

فقد تضمنت المادة ١١٥ من قانون المرافعات الأهلي الصادر عام ١٨٨٣م ، والمادة ١٢٠ من قانون المرافعات المختلط الصادر عام ١٩٧٥م ، قاعدة تجيز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مرافعة كان القصد بها مكيدة الخصم .

وتكرر النص على ذات القاعدة في قوانين المرافعات اللاحقة . فتضمنت ذات القاعدة المادة ٣٦١ من قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ، والتي قررت أن يكون التعويض الذي يجوز الحكم به مقابل النفقات <sup>(١)</sup> الناشئة عن الدعوى أو الدفاع الكيدي .

وإضافة إلى حكم القاعدة المتقدمة والتي تنطبق على الدعوى أو الدفاع الكيدي بصفة عامة ، وجد في قوانين المرافعات السابقة بعض النصوص الأخرى التي تعالج اتخاذ المتقاضي إجراءات معينة ، وتقرر فرض الغرامة عليه في حال إخفاقه في طلبه أو طعنه ، دون حاجة لإثبات قصد الكيد أو الإضرار بالخصم الآخر ، لديه .

من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات الأهلي ، والتي كانت تقرر الحكم - عند رفض التماس إعادة النظر - على الملتزم بغرامة ، وبالتعويضات إن

(١) وذلك بعد أن كان في النصوص القديمة ( ١١٥ مرافعات أهلي ، ١٢٠ مرافعات مختلط ) مقابل المصاريف . وقد اعتبر بعض الفقه ذلك توسعا في الأخذ بنظرية التعسف ، حيث أعطي للقاضي سلطة أكبر في تقدير التعويض ، نظرا لاختلاف مدلول المصاريف عن مدلول النفقات ، وإن كان يراه مع ذلك تطور يكاد يكون غير ملموس ولا يستجيب للتطور الذي لاقته النظرية في القانون المدني . د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٣٦ وما بعدها .

كان لها وجه . وقد تضمنت المواد ٦٦٦ ، ٤٧٩ ، ٥٩٨ من ذات القانون أحكاما مماثلة في حالة رفض دعوى مخاصمة القضاة ، ودعوى استرداد المنقولات المحجوزة، ودعوى الاستحقاق الفرعية <sup>(١)</sup> .

وتضمنت أحكاما مماثلة المواد ٤٢٣ ، ٤٣١ ، ٧٥٨ من قانون المرافعات السابق ، في حالة رفض اعتراض الخارج عن الخصومة ، والطعن بالتماس إعادة النظر ، ودعوى مخاصمة القاضي <sup>(٢)</sup> .

ولم يختلف الوضع في قانون المرافعات الحالي بشأن مواجهة الإجراءات التعسفية ، وإمكان الحكم بالتعويض أو الغرامة جزاء لها ، اختلافا جوهريا عما كان عليه في قوانين المرافعات السابقة .

فقد استمر ذات النسق التشريعي الذي كان متبعًا في القوانين السابقة ، وظهر في نصوص قانون المرافعات الحالي والذي أتت نصوصه ، في هذا الشأن ، على ثلاث صور .

الأولى : نصوص عامة في مجال تطبيقها ، تجيز فرض التعويض كجزاء للدعوى أو الدفاع ، أو الإجراء الكيدي بصفة عامة . ولكن التعويض الذي تجيز الحكم به تعويض محدود ، يتمثل فقط فيما يقابل النفقات الناشئة عن هذا الإجراء الكيدي . فالمادة ١٨٨ من قانون المرافعات تتضمن في فقرتها الأولى ذات القاعدة ، التي رأيناها في القوانين السابقة ، والتي تجيز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد .

(١) انظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٢ وما بعدها.

(٢) انظر : د / ابراهيم أمين النفاوي - ذات الإشارة السابقة .

الثانية : إلى جانب نص المادة ١٨٨ فقرة ١ ، والذي ينطبق على الدعوى أو الدفاع الكيدي بصفة عامة ، وجد بعض النصوص التي تجيز الحكم بالتعويض بصدد استعمال إجراءات معينة . وهذه النصوص تختلف عن المادة ١٨٨ / ١ ، ليس فقط في مجال تطبيقها ، ولكن كذلك في مدى التعويض الذي يجوز الحكم به وفقاً لها .

فإذا كانت المادة ١٨٨ / ١ ، وكما هو واضح من صياغتها ، قد قيدت التعويض الناشئ عن الاستعمال الكيدي للدعوى أو الدفاع ، إذ تحدد أن التعويض يكون " مقابل النفقات الناشئة ..... " ، فإنه وبالمقابل ، أجاز صراحة الحكم بالتعويض دون قيود تحدد مداه في حالة ما إذا كان الاستئناف قد قُصد به الكيد ، وذلك بالمادة ٢٣٥ من قانون المرافعات في فقرتها الرابعة والأخيرة . وكذلك في حالة الطعن بالنقض الذي ترى المحكمة أنه أريد به الكيد . حسب ما تقرر المادة ٢٧٠ ، فقرة ثانية من ذات القانون .

الثالثة : نصوص تفرض على المتقاضي جزاء في حالة إخفاقه في الحصول على الحماية القضائية المنشودة من استعمال إجراء معين . وبمعنى آخر فإنه ، وكما فعلت قوانين المرافعات السابقة ، توجد عدة نصوص ترتب على واقعة خسارة المتقاضي في دعواه أو في أحد طلباته الفرعية الحكم على المتقاضي بالغرامة ، أو الغرامة مع جواز الحكم بالتعويض إن كان لذلك وجه .

ومن هذه النصوص ، المادة ٢٤٦ التي تقرر الغرامة ، مع إجازة الحكم بالتعويضات إن كان لها وجه ، في حالة الحكم برفض التماس إعادة النظر . وكذلك المادة ٣١٥ ، والتي تقرر الجزاء ذاته في حالة خسارة المستشكل دعواه .

والملاحظة الأساسية بشأن هذه النصوص أنها لا تضع حداً للتعويض . وأنها كسابقتها تجيز الحكم بالتعويض جراء استعمال إجراءات معينة . ولكنها مع ذلك تختلف



عنها في أن هذه الطائفة من النصوص لا تشترط في الإجراء الذي يحكم بالتعويض جزاء له أن يكون كيديا . وإنما تكتفي بإجازة التعويض " إن كان لذلك وجه " .

فهذه النصوص وإن كانت قد قررت إمكان الحكم بالتعويضات إن كان لها وجه ، إلا أنها لا تحدد ما هو الوجه الذي يجيز الحكم بالتعويض أو مدى التعويض الذي يحكم به . مما يجعل هذه النصوص لا تقرر سوى الرجوع في هذا الشأن إلى القواعد العامة في المسؤولية . ويمكن أن نفهم أن مؤدى تقرير هذه النصوص جواز الحكم بالتعويض في حالة الحكم على المتقاضي بالغرامة ، هو أن الحكم بهذه الغرامة لا يمنع أو لا يحول دون الحكم بالتعويض ، والذي سيخضع عندئذ للقواعد العامة .

وخلاصة ذلك أن القواعد الواردة بقانون المرافعات ، بشأن تقرير مسؤولية المتقاضي عن استعمال الإجراءات ، إما تقرر قواعد خاصة بإساءة استعمال بعض الحقوق الإجرائية ، وإما تكتفي بتقرير مبدأ المسؤولية عن هذا الاستعمال في حالات أخرى تاركة الأمر فيما هو غير ذلك للقواعد العامة .

وإن كان من الممكن التساؤل عما إذا كان الرجوع إلى القواعد العامة هنا يعني بالضرورة الرجوع إلى معايير أو ضوابط التعسف في استعمال الحق المقررة بالمادة ٥ من القانون المدني ، أم أنه من خلال النصوص الواردة بقانون المرافعات والتي تربط الحكم بالتعويض بكيدية الإجراء ، يمكن أن نخلص إلى أن قانون المرافعات يضع للتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، معيارا محددًا ، يتمثل فقط في قصد الكيد . بحيث يكون هو المعيار المعتمد للتعسف في استعمال هذه الحقوق ، والذي يُرجع إليه بالتالي في الحالات الأخرى التي لم يضع لها المشرع معيارا .

وإذا تركنا هذه المسألة الآن جانبا ، للإجابة عليها لاحقا ، ونظرنا إلى القواعد الخاصة التي تقرر مسؤولية المتقاضي عن استعمال إجراءات معينة ، فإن هذه المسؤولية ، إذا ما قورنت بالقاعدة العامة في المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع

للحق ، والتي تحدد حالاته المادة الخامسة من القانون المدني ، فإنها ستكون مقيدة ، أولاً ، من حيث الفعل المنشئ لها ، أو الفعل الذي يجيز الحكم على المتقاضي بالتعويض ، ومحدودة ثانياً من حيث مدى التعويض الذي يترتب كأثر أو جزاء لها .

فمن ناحية أولى ، وفقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة الخامسة من القانون المدني يكون استعمال الحق غير مشروع في حالات ثلاث هي : إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية وبحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

بينما الفعل المرتب لمسئولية المتقاضي وفقاً لنصوص قانون المرافعات ، يلزم فيه أن يكون دعوى أو دفاع المقصود به مكيدة الخصم . فقصد مكيدة الخصم عند استعمال الحق الإجرائي هو ، وفقاً لهذه النصوص الواردة بقوانين المرافعات المتعاقبة ، سبب الحكم بالتعويض .

ومن ناحية ثانية ، فإن المادة ١٨٨ / ١ مرافعات تجيز للمحكمة أن تحكم بتعويض في مقابلة النفقات الناشئة عن الدعوى أو الدفاع الذي قصد به مكيدة الخصم . لذلك فإن التعويض الذي يجوز للمحكمة أن تحكم به بالتطبيق لهذا النص هو تعويض محدود . فلا يستجيب مع ما تقضي به القواعد العامة في المسئولية من تعويض الضرر المادي والأدبي الذي يلحق بالشخص جراء الفعل الضار ، فيغطي أو يجبر هذا الضرر في جملته . وإنما يقتصر فقط على قدر يكون مقابلاً لقيمة النفقات الناشئة عن الدعوى أو الدفاع الكيدي . وبالتالي فإنه لا يشمل جملة الأضرار المادية ، وإنما يتناول فقط جزءاً من هذا الضرر المادي ، وهو ما يكون قد أنفق بسبب الدعوى أو الدفاع الكيدي .

والملاحظ بشأن نص المادتين ٢٣٥ / ٤ ، ٢٧٠ / ٢ مرافعات فضلاً عن أن كلا منهما يتعلق بإجراء معين ، ويجيز للمحكمة الحكم بالتعويض إذا كان الخصم قد اتخذ

هذا الإجراء ( أي الطعن بالاستئناف أو النقض ) بقصد الكيد للطرف الآخر ، ملاحظتين :

الأولى : أن هذين النصين يتفقان مع نص الفقرة الأولى من المادة ١٨٨ من قانون المرافعات في الأخذ بمعيار واحد يجوز الحكم بالتعويض عند توافره ، وهو أن يكون الإجراء اتخذ بقصد الكيد . وهو معيار بلا شك أضيق من ذلك الذي تتبناه المادة ٥ مدني ، بالنسبة للحقوق بصفة عامة ، والتي وفقا لها يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات الثلاث السابق ذكرها .

الثانية : أن نص المادة ٢٣٥ / ٤ ، وكذلك المادة ٢٧٠ / ٢ ، مرافعات يجيز الحكم بالتعويض مع إطلاق هذا اللفظ . وهو ما يعطي للمحكمة السلطة في أن تحكم ، وفقا لهذين النصين ، بتعويض يجبر الضرر الذي يصيب المتقاضي ، جراء الإجراء الكيدي ، سواء كان هذا الضرر أدبيا أو ماديا . وتتحدد عناصر الضرر الذي يتم التعويض عنها وفقا للقواعد العامة . والأمر في هاتين المادتين يختلف إذن عن التعويض الذي يجوز الحكم به وفقا للمادة ١٨٨ / ١ ، والتي تجعل التعويض محددًا ينحصر فقط فيما يقابل النفقات الناشئة عن الدعوى أو الدفاع الذي قصد به الكيد .

فهذه النصوص ، الخاصة في مجال تطبيقها ، تتفق إذن مع القاعدة الواردة بالمادة ١٨٨ / ١ مرافعات من حيث الفعل أو المسلك المنشئ لمسئولية المتقاضي ، وهو اتخاذه إجراء قصد به الكيد ، ولكن الاختلاف بينهما يتمثل في مدى التعويض المترتب جراء هذا المسلك .

ويمكن أن نخلص مما سبق إلى نتيجتين :

(أ) أن المشرع لم يضع بقانون المرافعات نصا يتضمن قاعدة عامة تجيز الحكم بالتعويض الكامل لجبر الضرر جراء تقرير مسؤولية الخصم عن إساءة استعمال الحقوق الإجرائية بصفة عامة .

(ب) أنه في الحالات التي قرر فيها المشرع الإجرائي مسؤولية المتقاضي عن استعمال إجراء معين ، أو قرر التعويض المحدود نتيجة تقرير المسؤولية عن استعمال الإجراءات ، فإنه في هذه الحالات تبنى معيارا واحدا وهو قصد الكيد . وهو معيار أضيق من المعايير أو الحالات التي حددتها للتعسف المادة ٥ مدني . ويفسر الفقه والقضاء اشتراط توافر " قصد الكيد " أو " مكيدة الخصم " على أن المقصود به توافر نية أو قصد الإضرار بالطرف الآخر .

ولكي يتحقق التعسف ، طبقا لهذا المعيار ، أي قصد الإضرار ، فإنه يجب أن يكون لدى المتقاضي الرغبة في إحداث الضرر لخصمه . وأن يكون الدافع المحرك لاستعمال الحق الإجرائي هو إحداث الضرر للخصم ، فلا يكفي أن يكون متوقعا أو مدركا إمكان تحقيق النتيجة الضارة <sup>(١)</sup> .

وهذا يقتضي تقصي بواعث المتقاضي في استعمال الحق الإجرائي . فإذا ثبت أن الباعث على هذا الاستعمال كان قصد الإضرار كان هذا الاستعمال تعسفا <sup>(٢)</sup> .

(١) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٢٩ ، التعسف في التقاضي - ص ٢٥٢ .

(٢) د/ محمد شوقي السيد - التعسف في استعمال الحق - بند ١٢١ - ص ١٢٨ .

وبهذا تكون هذه النصوص الواردة في قوانين المرافعات المتعاقبة ، وحتى القانون الحالي ، تأخذ ، للتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، بمعيار واحد فقط من المعايير التي تحددها المادة الخامسة من القانون المدني للتعسف في استعمال الحق بصفة عامة . وهو المعيار أو الضابط الأول والذي وفقا له يكون استعمال الحق غير مشروع ، أي تعسفي ، إذا كان القصد منه هو الإضرار بالغير .

ويبدو أن القضاء - كذلك - قد استقر على الأخذ بقصد الإضرار بالغير كضابط للتعسف في استعمال الحق الإجرائي . وظل يأخذ بهذا المعيار لوقت طويل مرددا في أحكامه ضرورة توافر قصد الكيد للحكم بالتعويض .

ولهذا سجل بعض الفقه (١) أن القضاء المصري لم يجد صعوبة في البحث عن معيار التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، لأن القانون الإجرائي المصري قد تكفل ببيان المعيار الذي يأخذ به للتعسف منذ وقت مبكر في المادة ١١٥ مرافعات أهلي / ١٢٠ مرافعات مختلط . حيث تبنت كلتاها معيارا ضيقا للتعسف يقتصر فقط على نية الإضرار . وهو المعيار الذي تبنته كذلك المادة ٣٦١ من قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ م ، والمادة ١٨٨ من القانون الحالي (٢) .

وعلى هذا الأساس قضي بأن " حق التقاضي وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ، إلا أنه لا يجوز لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله

(١) د/ إبراهيم امين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ٢٣٢ . وهو رغم ذلك يسجل أن نص المادة ١٨٨ قاصر عن ضبط كل حالات التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وكذلك قاصر من ناحية المدى المحدود للتعويضات .

(٢) د/ إبراهيم امين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ٢٣٢ .

استعمالا كيديا إبتغاء مضارة الغير ، وإلحقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق <sup>(١)</sup> .

وقضت محكمة النقض بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق المكفولة للكافة فلا يكون من استعمله مسنولا عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا إبتغاء مضارة الغير" <sup>(٢)</sup> .

وقضي بأنه " وكان يبين من استقراء تلك الصور ( لحالات الخروج عن الاستعمال المشروع للحق والواردة بالمادة ٥ مدني ) أنه يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء على نحو ايجابي بتعمد السعي إلى مضارة الغير دون نفع يجتنيه صاحب الحق من ذلك أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه ..... وكان من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة في هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور " <sup>(٣)</sup> .

وقضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ٩ نوفمبر ١٩٣٣ م ، بأن الإجابة على الدعوى بإنكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه ، يقتضي به إلزام خصمه

(١) نقض مدني ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ م - طعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٤ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٨ العدد ٤ رقم ٢٩٣ ص ١٩٤٣ ، نقض مدني ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ م - ذات المجموعة - السنة ١٠ - العدد ٣ - رقم ٨٧ ص ٥٧٤ .

(٢) نقض مدني ٢٨ يناير ١٩٨١ م - الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٤٧ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٢ ص ٣٩٤ .

(٣) نقض مدني ٢٦ يناير ١٩٨٠ م - الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٤٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣١ - رقم ٦١ - ص ٢٩٧ .

عبء إثبات مدعاه ، فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات ، أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحيل به إبتغاء مضارة خصمه ، فإن هذا الحق ينقلب إلى مخرطة لتجيز للمحكمة ، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات ، الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو (١) .

وطبق القضاء ذلك بمناسبة التعسف في استعمال الحق في الدفع ، حيث قضت محكمة الاستئناف الأهلية في حكمها الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٣٨ م ، بأن : " الحق في الدفع ليس حقا مطلقا من كل قيد . . . ، بل مقيد بالأيسر استعمال حقه في الإنكار ودفع الدعوى ، . . . وليس من الصعب التفرقة بين المدافعة المقصود بها المكيدة للخصم والمدافعة المقصود بها الدفاع عن حق مدعى به ، فالمدافعة الأولى هي سلاح المبطل العالم بحق خصمه ولا يقصد من استعمالها غير إرهاب الخصم وإرغامه على أن يقتنع بالقليل ويرضى به ، والمدافعة الثانية يرجى فيها تثبيت حق يعتقد مدعيه . . . . أنه له ويكون حسن النية في اعتقاده " (٢) .

أثر طبيعة الحقوق الإجرائية في تحديد معيار التعسف في استعمالها :

رغم انتهاء الجدل الذي كان ثائرا حول إمكان ترتب المسؤولية عن استعمال الحق بصفة عامة ، إذ لم يعد تقرير هذه المسؤولية موضع خلاف بعد استقرار الفقه

(١) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٣ م - طعن رقم ٤٧ لسنة ٣ ق - مجلة المحاماة - السنة ١٤ - العدد الثالث - رقم ٥٧ ص ٩٣ ، مجموعة محمود أحمد عمر - ج ١ - رقم ١٤١ - ص ٢٥٥ .  
(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٢٧ أكتوبر ١٩٣٨ م ، مجلة المحاماة - السنة ١٩ - العدد الرابع - رقم ٢٢٥ - ص ٥٣٦ .

والقضاء على الأخذ بها<sup>(١)</sup>، وبعد تقنينها تشريعيا في مصر، لم يزل النقاش مستمرا حول طبيعة الحقوق الإجرائية وما تفرضه هذه الطبيعة الخاصة لها من أثر في تحديد معايير التعسف في استعمالها.

فهل تختلف الحقوق الإجرائية، من حيث ما يترتب على استعمالها من مسؤولية، عن غيرها من الحقوق، أي الحقوق الموضوعية؟

إذا كنا قد خلصنا إلى أنه لا حصانة تعفي من المسؤولية عن استعمال الحقوق الإجرائية، وقبلنا مبدأ المسؤولية عن استعمالها، فهل تختلف الضوابط أو المعايير التي يمكن من خلالها القول بأن استعمال الحق الإجرائي يعد تعسفيا، عن تلك التي تحدد التعسف في استعمال الحقوق بصفة عامة، والتي تحددها المادة الخامسة من القانون المدني؟

والحقيقة أنه إذا كان قانون المرافعات لا يتضمن نصا عاما يحدد حالات أو ضوابط التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، فإنه لا خلاف في الفقه أو القضاء، وسواء في مصر أو في فرنسا، على أن توافر نية أو قصد الإضرار بالغير عند استعمال الحق الإجرائي يجعل هذا الاستعمال تعسفيا، ولكن التساؤل قائم عن إمكان وجود تعسف في استعمال الحقوق الإجرائية في غير هذه الحالة، أم أن قصد الكيد والإضرار بالغير هو المعيار الوحيد الذي يعتد به لتقرير التعسف في استعمال هذه الحقوق؟

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٥٨ - ٥٥٩ ،  
L. Cadet , op. cit., n° 795 .



يمكن القول أن الرأي تردد في هذا الشأن بين اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول - وهو اتجاه أخذت به بعض الأحكام القديمة ، والتي اعتبرت أن رفع دعوى إشهار إفلاس بتسرع وبدون ترو يكون إساءة لاستعمال حق الدعوى أو تعسفيا وكيديا :

فقد قضت المحكمة التجارية بالاسكندرية بأن " الدعوى المرفوعة بإشهار إفلاس شخص نتيجة تسرع وبدون ترو بسبب توقف هذا الشخص عن دفع دين لم يستقر تكون إساءة لاستعمال حق الدعوى " (١) .

وقضت محكمة المنصورة التجارية أن " المتفق عليه قضاء أن طلبات إشهار الإفلاس المرفوعة بسبب التوقف عن دفع دين ناتج عن حساب جار منازع عليه وما زال موضوعا لدعوى أمام القضاء مرفوعة من المدعى عليه في دعوى الإفلاس تكون تعسفية وكيدية " (٢) .

هذه الأحكام تعطي التعسف في استعمال الحق في الدعوى ، بشأن دعوى إشهار الإفلاس ، مفهوما أوسع من ذلك الذي تحدده المادة الخامسة من القانون المدني . إذ لا يتوقف التعسف في رفع هذه الدعوى - وفقا لهذه الأحكام - عند الحالات التي تحددها هذه المادة لعدم مشروعية استعمال الحق . بل ولا يتوقف كذلك عند الخطأ العمدي بصفة عامة ، بل إنه يتسع ليصبح معادلا في اتساعه للخطأ ، مجردا من أي وصف .

(١) في ٢٥ يونية ١٩٢٣ م ، و ١٠ سبتمبر ١٩٢٤ م . انظر مؤلف أستاذنا الدكتور / عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى ١٩٤٧ - بند ٨٢ ص ٨٣ ، د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١١ هامش ٣ .

(٢) في ٨ يناير ١٩٢٤ م . انظر مؤلف أستاذنا الدكتور / عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى ١٩٤٧ - بند ٨٢ ص ٨٣ ، د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١٢ هامش ١ .

قد يكون مفهوما أن يعتبر التسرع أو عدم التروي في رفع الدعوى من قبيل الخطأ ، أو سببا لمسئولية المتقاضي ، وإنما أن يعتبر إساءة استعمال للحق في الدعوى ، أو حسب ما قالت به بعض الأحكام السابقة ، تعسفا أو كيدا ، فهذا ما أعتقد أنه غير دقيق ويتضمن خلطا بين المفاهيم .

وفضلا عن أن هذه الأحكام سابقة تاريخيا على تقنين ضوابط التعسف في استعمال الحق بالمادة الخامسة من القانون المدني الحالي <sup>(١)</sup> ، فإنها ، وكما لاحظ بعض الفقه <sup>(٢)</sup> ، تبدو قليلة ولا تشكل اتجاها قضائيا بالمعنى الصحيح . إذ سجل هذا الفقه <sup>(٣)</sup> أنه لا يمكن القول أن القضاء المصري يأخذ هذه الفكرة كمبدأ . وإنما طبقها في بعض الحالات ( دعوى إشهار الإفلاس كما رأينا ) ، حيث وجدت المحكمة أن ظروف القضية تستدعي الحكم بالمسئولية ولو كان المتقاضي حسن النية ، لأن استعمال الحق في هذه الظروف يسيئ إلى الخصم إساءة بالغة . وهو ما دفع هذا الفقه إلى إعلان اعتقاده بعدم صلاحية الخطأ البسيط كمعيار للتعسف في استعمال الحق الإجرائي <sup>(٤)</sup> .

وفي تعليقه على هذه الأحكام رأى أحد كبار الفقهاء <sup>(٥)</sup> أن عدم الاحتياط أو التروي يكون في العادة دليلا على سوء نية المدعي ، والعبرة بالإثبات <sup>(٦)</sup> .

(١) والصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م .  
 (٢) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .  
 (٣) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .  
 (٤) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٠٨ .  
 (٥) د / عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة - بند ٨٣ ص ٨٣ .  
 (٦) د / عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة - بند ٨٣ ص ٨٣ .

## الاتجاه الثاني - تحديد التعسف وفقا للمعايير المقررة بالمادة ٥ مدني :

وفقا لهذا الاتجاه تتحقق المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق ما دام أن هذا الاستعمال غير مشروع . وتحديد ذلك بشأن حق الدعوى ، أو غيره من الحقوق الإجرائية ، يكون كغيرها من الحقوق ، بتطبيق المادة الخامسة من القانون المدني . وهو ما يؤدي - وفقا له - إلى ضبط استعمال هذه الحقوق على نحو دقيق <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا الأساس اتجه جانب من الفقه نحو الأخذ بالمفهوم الواسع للتعسف في استعمال الحق ، وعدم التوقف عند معيار قصد أو نية الإضرار بالغير . استنادا إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية والمادة الخامسة من القانون المدني ، والتي يتعين الرجوع إليها من أجل تقدير التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . فهذه المادة ينسب تطبيقها على كافة فروع القانون . وبالتالي فإنها تحدد ضوابط التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، شأن غيرها من الحقوق <sup>(٢)</sup> .

ووفقا لذات الاتجاه فإن القاعدة العامة في استعمال الحقوق منصوص عليها بوضوح في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني . والتي حددت على وجه العموم حالات الاستعمال غير المشروع للحق . دون أن تستثني منها الحق في الدعوى

(١) د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٦ وما بعدها ، ص ٣٧٩ . لذلك يمكن مساءلة الفرد حتى لو انتقت لديه نية الإضرار بالغير . فالاستناد إلى الوظيفة الاجتماعية للحقوق يجيز القضاء بمسؤولية الخصم حتى لو كانت هناك فائدة تعود عليه من مباشرة حقه الإجرائي طالما تسبب للغير في ضرر يفوق الفائدة ولا يتناسب البتة معها مستندا في ذلك إلى نص المادة الخامسة من القانون المدني .

د - سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٥٨ - ٥٥٩ .  
(٢) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤١٧ وما يليه - ص ٥٨٣ وما بعدها ، وانظر : د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١٠ - ٣١١ .

أو غيره من الحقوق الإجرائية . وهذا العموم الذي أتت عليه نصوص هذه المواد ، ليس هناك ما يؤدي إلى تخصيصه بشأن هذه الحقوق <sup>(١)</sup> .

كما أن طبيعة الحق في الدعوى أو الحقوق الإجرائية عامة - وفقا لهذا الرأي - لاتعارض مع تطبيق ضوابط نظرية التعسف في استعمال الحق ، المنصوص عليها بالمادة الخامسة من القانون المدني ، عليها <sup>(٢)</sup> .

والصحيح كذلك - لديه - أن الفقه والقضاء في فرنسا لم يقتصر في تحديد التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية على معيار نية الإضرار ، بل يأخذ كذلك بفكرة الخبث وسوء النية والخطأ الجسيم لتقرير وجود التعسف في استعمال الحق في الدعوى <sup>(٣)</sup> .

وفي هذا المعنى يقول أحد فقهاء المرافعات البارزين في مصر <sup>(٤)</sup> ، أن المحكمة عند تقرير الكيد تستند إلى حكم المادة الخامسة من القانون المدني ، التي تتولى سرد حالات سوء استعمال الحق والتي يتعين بسط تطبيقها على كل فروع القانون .

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن نصوص قانون المرافعات المصري ، كما هو الحال في نصوص تقنين المرافعات الفرنسي ، تخلو من نص عام يحدد حالات

(١) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ذات الإشارة السابقة .

(٢) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ذات الإشارة السابقة .

(٣) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٦ .

ونذكر هنا بما سجلناه سابقا من توسع القضاء الفرنسي في تحديد مفهوم التعسف لدرجة تجعله يعادل مفهوم الخطأ ، وعدم اهتمامه بالتمييز بينهما .

(٤) وهو استاذنا الدكتور / أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - بند ٦٠ ص ١٥٢ .

ومعه في ذات الرأي : صلاح عبدالوهاب - الدعوى الكيدية - مجلة المحاماة - السنة ٣٤ - ص ٩٠٦ ، وانظر : د/ ابراهيم أمين النفيوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١١ وهامش ٢ .

المسئولية عن استعمال الحق الإجرائي . ورغم وجود عدة نصوص تفرض جزاء جراء التعسف في استعمال بعض الحقوق الإجرائية ، فإن هذه النصوص لم تحدد معيار التعسف ولم تبين متى يكون استعمال الحق الإجرائي غير مشروع أو تعسفي . ونتيجة لذلك ، فإنه بالنسبة للتشريع المصري ليس أمامنا سوى العودة لنص المادة الخامسة من القانون المدني<sup>(١)</sup> . فهو نص عام يسري على كافة الحقوق أيا كان القانون الذي ينظمها موضوعيا كان أو إجرائيا<sup>(٢)</sup> .

وقد سجل بعض الفقه<sup>(٣)</sup> أن هناك تسليم ضمني من أغلب الفقه باعتبار نص المادة الخامسة من القانون المدني يمثل مبدأ عاما يسرى على كافة فروع القانون قاطبة . سواء كان القانون خاصا كالقانون المدني أو قانون المرافعات أو القانون التجاري أو كان القانون عاما كالقانون الجنائي أو الإداري<sup>(٤)</sup> .

فصياغة المادة الخامسة من القانون المدني تتميز بالعمومية ، وخلوها من أي قيد يجعل تطبيقها يقتصر على فرع دون آخر من فروع القانون . هذا بالإضافة إلى أن موضع النص في الباب التمهيدي للأحكام العامة للقانون المدني يعبر عن اعتبار المشرع لهذه النظرية كمبدأ عام في كل فروع القانون<sup>(٥)</sup> .

(١) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٧ - ٣٧٨ .  
 (٢) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٧٧ - ٣٧٨ .  
 (٣) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٨٣ .  
 (٤) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٨٣ .  
 وذلك وفقا له حسب ما جاء بالأعمال التحضيرية للمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني .  
 كما أن هذه الأعمال توضح بجلاء نية واضعي النص اعتبار التعسف في استعمال الحق مبدأ عاما في كل فروع القانون ، وأنه يمثل المبدأ العام للنظرية في قانون المرافعات . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - ص ٢٠٣ وما بعدها .  
 (٥) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٨٥ .

ويؤكد هذا الاتجاه كذلك وجهة نظره بقضاء محكمة النقض بأن المشرع جعل " لنص المادة الخامسة من القانون المدني الصادرة ليهيمن على ماعده من نصوص القانون بفروعه المختلفة ..... " (١) .

إجمال هذا الاتجاه إذن أنه لا مسئولية عن الاستعمال المشروع للحقوق الإجرائية ، ولو ترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير . وذلك وفقا لنص المادة الرابعة من القانون المدني . وأن أحوال قيام المسئولية على أساس التعسف في استعمال الحق تنحصر في الحالات التي نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني (٢) . وعلى ذلك يكون الشخص متعسفا في استعمال الحق في الدعوى إذا كان يقصد من استعمال حقه الإضرار بالخصم الآخر ، أو لتحقيق مصلحة تافهة أو قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الطرف الآخر من ضرر ، أو إذا كان استعمال الحق في الدعوى لتحقيق مصلحة غير مشروعة (٣) .

الاتجاه الثالث - التشدد في معايير التعسف الإجرائي والاكتفاء بقصد الإضرار

فقط :

حذر جانب الفقه (٤) من التوسع في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحق في الدعوى .

(١) نقض مدني ( ايجارات ) ١٠ مارس ٢٠٠٣م - طعن رقم ٢٨٠٣ لسنة ٧١ ق .

انظر : د / احمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٨٣ .

(٢) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٢٢٨ وما يليه ص ٣١٣ وما بعدها .

(٣) د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٢٢٨ وما يليه ص ٣١٣ وما بعدها .

(٤) د/ عرمي عبدالفتاح - نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى - ص ٢٤٤ وما بعدها ، د/ ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ج ١ - بند ٥٠ ص ١٣٩ ،

=

ذلك أنه على الرغم من إجماع الفقه واستقرار القضاء على تطبيق نظرية التعسف على استعمال الحقوق الإجرائية ، وعلى الرغم من التسليم بما يكون لترتيب المسؤولية نتيجة الاستعمال التعسفي لهذه الحقوق من أثر محمود ، أو دور هام ، في ضبط استعمال المتقاضين لهذه الحقوق على نحو صحيح ، فإن بعض الفقه نبه إلى ضرورة مراعاة الحيطة والحذر ، وعدم التوسع ، عند تطبيق نظرية التعسف على استعمال الحق في الدعوى .

وطالب هذا الفقه بأن يكون تطبيق نظرية التعسف فيما يتعلق بالحق في الدعوى في أضيق الحدود . فلا يؤخذ بالحلول التي يؤخذ بها في شأن الحقوق الموضوعية <sup>(١)</sup> . وبالتالي يجب الاقتصار على الحالة الأولى فقط من حالات التعسف المنصوص عليها بالمادة الخامسة من القانون المدني .

ومرجع ذلك عند هذا الفقه <sup>(٢)</sup> هو الطبيعة الخاصة للحق في الدعوى وغيره من الحقوق الإجرائية بوصفها من حقوق الإضرار ، أي الحقوق التي يكون استعمالها ، حتى الاستعمال العادي ، منشئاً لأضرار تلحق بالغير . ومن ثم فإن التساهل في تقرير التعسف في استعمالها سيفتح الباب أمام الخصم سيئ النية لاستعمال نظرية التعسف كوسيلة لإرهاب أو تهديد الخصم الآخر .

P. Hébraud , obs. Rev. Trim. Dr. Civ., 1968 , 183 , Voir ; Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 56 .

وانظر عرض هذا الرأي تفصيلاً لدى : د/ أحمد إبراهيم عبدالنواب – النظرية العامة للتعسف – ص ٣٧٥ وما بعدها .

<sup>(١)</sup> Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 56 .

<sup>(٢)</sup> المراجع المشار إليها بالهامش قبل السابق .

فكل من تباشر ضده دعوى سوف يتمسك بإثارة مسئولية المدعي فيها مطالباً بالتعويض عنها على أساس أنها كانت تعسفية . وهو ما قد يدفع صاحب الحق إلى الإحجام أو القعود عن رفع دعواه خشية من إثارة مسئوليته .

ومؤدى هذا الحذر هو الأخذ بضوابط ضيقة للتعسف في استعمال الحق في الدعوى ، ومنح مباشر الدعوى قدراً أو نوعاً من الحصانة النسبية ، بحيث لا يتم تقرير مسئوليته عنها إلا في حدود ضيقة<sup>(١)</sup> . حصانة نسبية تحميه من بعض الدعاوى التي تثير مسئوليته عن رفع الدعوى ، فلا يضطر صاحب الحق إلى ترك دعواه خوفاً من مطالبته بالتعويض<sup>(٢)</sup> .

وإذ يجب أن يؤخذ في تقرير التعسف في استعمال الحق في الدعوى بمعيار أو ضابط ضيق على هذا النحو ، فإن هذا التعسف يوجد فقط عند استعمال الحق في الدعوى بقصد الإضرار بالغير . فلا تتقرر المسئولية عن التعسف في استعمال الحق وفقاً للمعايير المقررة بالمادة الخامسة من القانون المدني . وإنما يقتصر وجود التعسف على حالة واحدة من الحالات التي تنص عليها هذه المادة ، وهي حالة استعمال الحق بنية الإضرار بالغير ، وفقاً للفقرة أ منها . دون الحالات الأخرى ، للتعسف ، المنصوص عليها في المادة الخامسة مدني ، في فقرتيها ب ، ج .

وقد قيل كذلك أن ما يستفاد من دراسة القضاء هو استقراره على اعتبار استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير هو ضابط التعسف في استعمال الحق . فغالبية

(١) انظر في عرض هذا الرأي تفصيلاً : د/ أحمد إبراهيم عبدالنواب – النظرية العامة للتعسف – ص ٥٨٩ ، ص ٣١٣ ، ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) وهو ما قد نصل إليه في حالة تبني معيار واسع للتعسف في استعمال الحق في الدعوى . انظر وقارن : د/ أحمد إبراهيم عبدالنواب – النظرية العامة للتعسف – ص ٣١٣ ، ص ٣٧٥ وما بعدها .



أحكام القضاء الفرنسي ، مازالت تقرر ، وتحت رقابة محكمة النقض ، والتي هي حريصة على حرية الالتجاء إلى القضاء ، مفهوما صارما للتعسف في استعمال حق التقاضي . وهو ما يسمع بالتوفيق بين الحرية الأساسية في الالتجاء إلى القضاء من ناحية ، والالتزام بالتصرف على نحو لا يسبب للغير أضرارا غير مبررة من ناحية ثانية <sup>(١)</sup> .

وقد اعترض بعض الفقه <sup>(٢)</sup> على هذا الاتجاه وانتقده ، وذلك على أساس أن قصر معيار التعسف في استعمال الحق في الدعوى على قصد الإضرار يعد تشددا من غير سند .

إذ لا يوجد - وفقا لهذا النقد - أي أساس قانوني في قانون المرافعات يؤدي إلى منع تطبيق نظرية التعسف أو التضييق من تطبيقها على الحقوق الإجرائية . وكذلك على أساس أن هذا الرأي لا يتفق مع نص المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني ، والتي تحدد حالات الاستعمال غير المشروع للحق دون أن تستثني من ذلك الحق في الدعوى ، أو الحقوق الإجرائية . وبالتالي لا يصح تخصيص هذه النصوص التي وردت عامة ، بما يخرج منها الحق في الدعوى ، دون مخصص .

<sup>(١)</sup> Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 56 , Cadiet , op. cit., n° 795 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit. , sous l' art. 32 - 1 , p.51 . صحيح أن هناك بعض الأحكام ، مستلهمة اتجاه المشرع ذاته بالتقليل من عدد الدعاوى القضائية ، تتجه - هذه الأحكام - إلى تبني مفهوم واسع للتعسف في التقاضي ، ولكن هذا - والكلام ما زال له - غير مبرر أبدا ، وملئ بالمخاطر :

Jeantin ( M. ) , Droit à réparation , art. préc., n° 56 .

<sup>(٢)</sup> د/ أحمد ابراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٩١ . ورأي بعض الفقه أن هذا الاتجاه المقيد ما هو إلا انعكاس للتصور الفردي للحق الذي ينفى مسئولية الفرد عندما يباشر حقوقه ، ما لم يكن الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق . د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٥٨ - ٥٥٩ .

وبالتالي يكون استثناء الحق في الدعوى من الدخول في إطار المعايير العامة للتعسف ، التي تحددها المادة ٥ مدني في صياغة عامة تجعلها تنطبق على كافة الحقوق لا أساس له . فطبيعة الحق في الدعوى لا تؤدي - وفقا لهذا الرأي - إلى استبعاد تطبيق الضوابط العامة للتعسف المنصوص عليها بالمادة ٥ مدني بالفقرتين ( ب ) ، ( ج ) .

صحيح أن نصوص قانون المرافعات تقرر مسئولية المتقاضي عن إساءة استعمال بعض الحقوق الإجرائية ، ولكن هذه النصوص - وفقا له - لم تحدد معيار للتعسف في استعمال هذه الحقوق . وبالتالي ليس هناك من حل سوى الرجوع إلى نص المادة الخامسة من القانون المدني والتي تضع ضوابط التعسف بصفة عامة .

ويرى هذا الفقه<sup>(١)</sup> أنه لا محل للتخوف من التوسع في أعمال نظرية التعسف على الحقوق الإجرائية . بل إن هذا التطبيق يؤدي إلى ضبط استعمال الحق في الدعوى على نحو صحيح .

كذلك روي<sup>(٢)</sup> أن الاستناد إلى استقرار القضاء الفرنسي على الأخذ بنية الإضرار بالغير ، كضابط للتعسف في استعمال الحق في الدعوى ، هو استناد في غير موضعه . لأن موقف القضاء الفرنسي هو تعبير عن الوضع الخاص لنظرية التعسف في فرنسا . حيث لا يوجد نص يقطن ضوابطها . وهذا الموقف ليس خاصا بالتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، بل يسري كذلك بشأن الحقوق الموضوعية<sup>(٣)</sup> .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبدالنواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٢٦٦ وما يليه - ص ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) ذات الإشارة السابقة .

(٣) ذات الإشارة السابقة .

وانتقد بعض الفقه (١) اقتصار المادة ١٨٨ فقرة ١ من قانون المرافعات - المصري - على فرض الجزاء للإجراءات الكيدية . ورأى أن القضاء والفقه لم يقفا عند هذا المعيار الضيق الذي تبناه المشرع المصري في قوانين المرافعات المتعاقبة . ويراه معيارا ضيقا قاصرا عن الإحاطة بكل حالات التعسف في استعمال الحق .

كذلك اعترض بعض الفقه على هذا الاتجاه المضيق في مفهوم التعسف في استعمال الحق في الدعوى بأنه لم يحظ بالتأييد وأن القضاء لم يأخذ به . إذ لم يتوقف القضاء - حسب هذا الاتجاه (٢) - عند معيار قصد الإضرار بالغير كمعيار وحيد للتعسف . بل اتجهت أحكامه منذ وقت طويل إلى القضاء بالمسئولية استنادا إلى الخطأ غير العمدي ، الجسيم أو البسيط أحيانا . فأجازت المسئولية في حالة عدم الاحتياط والتهور .

ولعل أول ما يتبادر للذهن بشأن هذا الاعتراض هو عدم دقته وخلطه بين التعسف في استعمال الحق والمسئولية . إذ لم يقل أحد أن قصد الإضرار بالغير هو المعيار أو الضابط الوحيد للمسئولية . إنما هو ضابط للتعسف ، والتعسف أحد أسباب أو صور المسئولية . وكما تقوم المسئولية بناء على التعسف ، تقوم على خطأ آخر غير التعسف . وبمعنى آخر فإن القضاء بالمسئولية بناء على الخطأ غير العمدي أو عدم الاحتياط أو التهور لا يعني إعطاء التعسف في استعمال الحق مفهوما واسعا . وإنما معناه أن المسئولية قد تقوم إما بناء على التعسف ( أيا كان معياره ) ، وإما بناء على خطأ آخر ، غير التعسف ، وفقا للقواعد العامة في المسئولية المدنية .

ومن جهتي أعتقد أن هذه الانتقادات لا تنال من قوة الاتجاه الأخير . والذي يكتفي بقصد الإضرار بالغير كضابط أو معيار وحيد للتعسف في استعمال الحقوق

(١) د/ ابراهيم امين النفيوى - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١٢ وما بعدها .

(٢) د/ ابراهيم امين النفيوى - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١٠ - ٣١١ .

الإجرائية . ليس فقط نظرا لما تفرضه الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية من وجوب الحذر عند تقرير التعسف في استعمالها ، بل ، ومع هذا ، لتوافقه مع النصوص التي تعالج هذا الأمر في قانون المرافعات المصري .

فقصد الإضرار بالغير هو المعيار الذي يتفق مع النصوص التي وردت بقوانين المرافعات السابقة أو بالتقنين الحالي ، والتي عنيت كما رأينا بإجازة الحكم بالتعويض كجزء إذا كان الإجراء كيديا .

وقد فهم الفقه والقضاء أن المقصود بالإجراء الكيدي هو الإجراء الذي يُتخذ بنية أو قصد الإضرار بالغير .

وقد أكد بعض الفقه أن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، يخضع للقواعد الواردة في قانون المرافعات . فلا يكون الخصم مسئولا عن استعمال الحق الإجرائي سوى في الحالات وطبقا للقواعد الواردة في القانون الإجرائي <sup>(١)</sup> .

كذلك فإن القواعد العامة في التفسير وأصول المنطق القانوني توجب تفسير النصوص بافتراض حكمة المشرع . أي وجوب تبني التفسير الذي يتفق مع كون المشرع حكيما <sup>(٢)</sup> ، يضع كل لفظ موضعه الصحيح ويقصد معناه . ولما كانت نصوص المواد ١٨٨ ، ٢٣٥ ، ٢٧٠ من قانون المرافعات تتكلم عن دعوى أو دفاع أو استئناف أو طعن بالنقض يُتخذ بقصد " الكيد " ، مع انتشار أو ذيوع تعبير " التعسف في استعمال الحق " ، " وإساءة استعمال الحق " في اللغة القانونية سواء في مصر أو فرنسا ، واستخدام المشرع الفرنسي لتعبير " التعسف " سواء في تقنين المرافعات

(١) د/ ابراهيم أمين التفيواوى - التعسف في التقاضي - بند ٦٢ ص ٦٥ .

(٢) رسالة الدكتوراة للمؤلف - الحكم الضمني في قانون المرافعات - جامعة القاهرة ١٩٩٧م - دار النهضة العربية ١٩٩٧ - بند ٢٣٦ ص ٣٧٠ .

القديم أو الجديد ، فإن افتراض حكمة المشرع يقود إلى التسليم بأن المشرع المصري يقصد تحديداً " قصد الكيد " ، والذي هو صورة أو حالة من حالات التعسف في استعمال الحق بصفة عامة ، حسب ما هو سائد وحسب صياغة المشرع ذاته بالمادة الخامسة من القانون المدني .

ولو كان المشرع المصري يريد التوسع عن ذلك في حالات المسؤولية عن استعمال الحقوق الإجرائية ما كان عسيراً عليه أن يستعمل تعبير التعسف ، أو إساءة أو عدم مشروعية استعمال هذه الحقوق .

وقد رأينا بعض الفقه (١) الذي ينتقد نص المادة ١٨٨ / ١ مرافعات ، لقصوره عن استيعاب حالات التعسف ، يسلم بأن المعيار الذي تبناه المشرع المصري في هذا النص ، والنصوص المناظرة له في قوانين المرافعات السابقة ، هو قصد الكيد . أي الإضرار بالغير .

فالحجة التي يمكن أخذها من هذه النصوص إذن أن المشرع المصري يأخذ بالمفهوم الضيق للتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . ويحصر ضابطه في فكرة الكيد . أي في قصد الإضرار بالغير . حتى لا يؤدي التوسع في هذا المفهوم إلى إجماع صاحب الدعوى عن مباشرة حقه خشية المسؤولية . وهو ما يؤدي إلى إهدار حق اللجوء إلى القضاء رغم ما له من أهمية لقانونية المجتمع . إذ على وجود هذا الحق وفاعليته تتوقف فاعلية أي حق آخر يتمتع به الشخص ، وبالتالي فاعلية النظام القانوني ككل .

(١) د / ابراهيم أمين النفاوى - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١٢ وما بعدها .

وبذلك تتميز الحقوق الإجرائية عن غيرها من الحقوق ، حيث لا تنطبق بشأنها المادة ٥ من القانون المدني بفقرتها ( ب ) ، ( ج )<sup>(١)</sup> .

أما ما قيل من افتقاد هذا الرأي إلى الأساس القانوني فإنه قول يتجاهل النصوص الواردة بقانون المرافعات ( ١٨٨ ، ٢٣٥ ، ٢٧٠ ) ، والتي تفرض جزاء للإجراءات عندما تكون كيدية .

وهو قول يتجاهل كذلك ما للحقوق الإجرائية من طبيعة خاصة باعتبارها حقوق إضرار . فالقول بأن التعسف مبدأ عام لا يتعارض معه أن يكون لبعض الحقوق ، الداخلة في مجال تطبيقه ، طبيعة خاصة تستوجب معاملة متميزة .

(١) بشأن الحق في الدعوى : د / عزمي عبدالفتاح - التعسف في استعمال حق الدعوى - تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ( دائرة التمييز ) في الطعن رقم ١٤٣ / ٨٠ تجاري ، والصادر في ٦ / ٥ / ١٩٨١م - مجلة المحامي الكويتية - السنة ٨ - الأعداد يوليو - أغسطس - سبتمبر ١٩٨٥ - ص ١٧٩ وما بعدها - خاصة ص ١٨٨ وما بعدها .

### الفرع الرابع

#### أوجه تمييز التسوية واستقلاله عن التعسف في استعمال الحق

الاتجاه الأول - استعمال الإجراءات بقصد التسوية يعد تعسفاً في استعمال الحق، إذ هو صورة من صور عدم مشروعية المصلحة :

رأينا أن هناك حالة من الخلط ، بين الإجراءات التسوية والإجراءات التعسفية، سائدة في الفقه وأحكام القضاء ، وأن أمر التفرقة والتمييز بين النوعين من الإجراءات، والنظر إلى الإجراءات التسوية باعتبارها فكرة متميزة قائمة بذاتها ، لم ينل العناية من الفقه ، فاستمرت حالة الخلط هذه قائمة دون أن يناقشها ، أو يبحث مدى صحتها ، أحد .

وقد تجسد هذا الخلط بوضوح فيما صرح به بعض الفقه (١) حديثاً من اعتبار التسوية في استعمال الإجراءات تطبيقاً من تطبيقات المعيار العام لفكرة التعسف في استعمال الحق أو هو صورة من صور هذا التعسف .

فقد لاحظ صاحب هذا الرأي (٢) ، كما سجل الكثيرون ، أنه كثيراً ما يماطل الخصوم في تنفيذ التزاماتهم مستخدمين الإجراءات القضائية في تعطيل سير العدالة . ويتساءل عما إذا كان التسوية يعد جزءاً أو صورة أو تطبيقاً للتعسف في استعمال الحق ، ثم يجيب بالإيجاب . معتبراً أن من يستعمل الحقوق الإجرائية بقصد عرقلة سير الإجراءات وتعطيل مصلحة الخصم في حصوله على حقه أو منع صدور الحكم لصالح

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٥٤ وما يليه ص ٦٢٣ وما بعدها ، ص ٥٤٣ ، ص ٦٢٠ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤٥٤ وما يليه ص ٦٢٣ وما بعدها ، ص ٥٤٣ ، ص ٦٢٠ .

خصمه في الوقت المناسب ، يعتبر متعسفا في استعمال الحق . لأن الخصم هنا يسعى ، من خلال طلب التأجيل أو غير ذلك من أساليب المماطلة والتسويف ، يسعى باستعمال الحق المقرر له إجرائيا إلى الإضرار بالخصم الآخر، وبالتالي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة .

فالسبب إذن ، وفقا لهذا الرأي ، في اعتبار الإجراء التسويقي من قبيل التعسف في استعمال الحق ، هو أن سعي الخصم إلى تعطيل الإجراءات يعد سعيا إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة تتمثل في الإضرار بالخصم الآخر والسعي وراء عدم تمكنه وحصوله على حقه . واستنتج من ذلك أن استعمال الحق الإجرائي بقصد التسويف يعد تطبيقا مباشرا لشرط المصلحة غير المشروعة ، كحالة من حالات التعسف في استعمال الحق وفقا لنص المادة الخامسة من القانون المدني . وهو ما يعني - وفقا له - خضوع المسوف لقواعد المسؤولية عن التعسف سواء كان ذلك بمنع وقوع العمل نفسه (أي الإجراء التسويقي) أو بتوقيع الغرامة الإجرائية عليه ، مع كفالة حق المضرور في المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المواد ٣ ، ١٨٨ ، ١٣٥ ، ٢٧٠ من قانون المرافعات.

كما يضيف صاحب هذا الاجتهاد <sup>(١)</sup> أن المشرع الفرنسي يفرق من حيث المعنى بين التسويف في استعمال الإجراءات والتعسف في استعمال الحق ، ولكنه يسوي بينهما في الحكم . ومن هنا جاء استعماله لعبارة " بطريقة تسويقية أو تعسفية " ، وذلك في المواد ٣٢ / ١ ، ٥٥٩ ، ٥٨١ ، من نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد، علي الرغم من أن الصحيح - لديه - أن التسويف ليس إلا جزءا أو صورة من صور التعسف في استعمال الحق .

(١) د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٢٤ .



ينتهي هذا الرأي إذن إلى جعل أساليب المماثلة أو التسوية صورة من التعسف في استعمال الحق على أساس عدم مشروعية المصلحة المقصودة من استعمال الحق ، حيث يسعى المتقاضي ، بهذه الأساليب ، إلى الإضرار بالطرف الآخر . وبالتالي فهو يفترض ، وهو ما لا يسعنا التسليم به ، أن المتقاضي يسعى دائما بأساليب المماثلة والتسوية إلى الإضرار بالطرف الآخر . إذ يغفل هذا الرأي حالات وفروض عديدة يسعى فيها الشخص ، من خلال المماثلة ، إلى تحقيق مزية أو منفعة له هو . ودون أن يتوافر لديه قصد أو نية الإضرار بشخص آخر .

والصحيح هو عدم التلازم بين سعي المتقاضي إلى مجرد كسب الوقت أو إطالة أمد الإجراءات وتأخير نهاية الخصومة ، أملا في تحسن مركزه الإجرائي أو أحواله المالية ، وتمكنه بالتالي من الوفاء بالتزاماته ، وبين قصد الإضرار بالغير . وعدم التلازم هذا يقبله الفقه ، كما سنرى <sup>(١)</sup> ، بل ويسلم به صاحب هذا الرأي ذاته ، بدليل أنه ، في موضع آخر ، يعترف بمشروعية المصلحة المستهدفة من إجراء يتخذ بقصد التسوية في بعض الحالات . فيرى أن استخدام الدعاوى أو الإجراءات التي تهدف في بعض الحالات إلى الامتناع عن الوفاء للدائن ، أو تأخير هذا الوفاء ، لا يدل على التعسف في الكثير من الحالات ، خاصة تلك الحالات التي يكون فيها الدائن في مركز أقوى من المدين ، وتكون للمدين مصلحة مشروعية في وقف مطالبات الدائن <sup>(٢)</sup> .

(١) فالخصم قد يلجأ إلى المراوغة لتحقيق منفعة لنفسه ، دون أن يقصد الإضرار بخصمه . وبعض الفقه يسلم أن هذا يعد من سوء النية ، لكنه يقرر أن سوء النية لا يتضمن بالضرورة قصد الإضرار . د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٨ . وانظر ما يلي ، ص ١٤٨ وما بعدها .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٨٠ .

وفي موضع آخر ، أيضا يؤكد أن " الخصم الذي يهدف إلى كسب الوقت ، ولتحقيق هذا الهدف يلجأ إلى بعض الإجراءات ، حتى يؤجل الوفاء بالتزاماته ما أمكنه ذلك يكون هدفه الأساسي ليس الإضرار بخصمه ، وإنما الحصول على الميزة التي يمكن أن تنشأ من تأجيل الوفاء ، فإذا أدى ذلك إلى الإضرار بخصمه ، فإن ذلك يتحقق بصفة ثانوية أو تبعية للهدف الأصلي " <sup>(١)</sup> .

أما على صعيد عدم مشروعية المصلحة ، وافترض أن هذا المتقاضي يستهدف دائما مصالح غير مشروعة ، فهو غير صحيح . إذ يلزم بهذا الشأن النظر إلى القصد من استعمال الحق الإجرائي ، وما إذا كانت المصلحة المقصودة من استعماله تتفق ، أو لا تتفق ، مع القانون أو النظام العام أو الآداب .

فهو يشير إلى اعتبار المصلحة المقصودة من الإجراءات التسوية تكون دائما غير مشروعة . وذلك ، عنده ، لأنه يفترض أنها تستهدف دائما الإضرار بالغير . وهذا غير صحيح كما رأينا . كما أنه واضح أنه يخلط بين معيارين للتعسف في استعمال الحق ، ويفترض التطابق التام بين قصد الإضرار بالغير وعدم مشروعية المصلحة ، وهو افتراض غير صحيح . وإلا لاكتفي المشرع ، في المادة الخامسة من القانون المدني ، بأحدهما فقط ، مقررًا مثلا تحقق التعسف ، أو عدم مشروعية استعمال الحق ، عند عدم مشروعية المصلحة المقصودة من استعماله ، ومستبعدا المعيار الأول المنصوص عليه بذات المادة ، وهو استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ، طالما أن عدم مشروعية المصلحة يستغرق هذا المعيار الأول .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٣٨ .

وقد رأينا أن الشخص المماثل قد يسعى إلى تحقيق مصلحته هو ، فلا يتوافر لديه نية الإضرار بالغير . أما كون المصلحة التي يقصدها مشروعة من عدمه فهذا أمر يتوقف أو يعتمد على المقصود بعدم المشروعية .

وقد رأينا الغالب من الفقه يعتبر أن المصلحة غير المشروعة هي التي لا تتفق مع القانون أو النظام العام أو الآداب .

ولكن صاحب هذا الرأي يعطي عدم مشروعية المصلحة من استعمال الحق مفهوماً أوسع من ذلك . إذ بعد أن يتفق مع غالب الفقه ويعرف المصلحة غير المشروعة بأنها تلك التي لا تتفق مع القانون أو النظام العام أو الآداب <sup>(١)</sup> ، يعود ويعرفها بأنها المصلحة التي تتعارض مع الغاية من تقرير الحق <sup>(٢)</sup> . ويعرف ، من ثم المصلحة المشروعة ، باتفاقها مع الغاية التي قرر على أساسها المشرع الحق <sup>(٣)</sup> . ومن ثم فهو يبسط عدم المشروعية حتى يشمل ، ليس فقط مناقضة المصلحة المتحققة <sup>(٤)</sup> للقانون أو لقواعد النظام العام والآداب ، وإنما كذلك لغاية الحق ذاته .

وهو بهذا يخلط بين الانحراف عن الغاية المشروعة للحق نحو تحقيق غاية أخرى غير التي قرر على أساسها الحق ، ولو كانت في ذاتها مشروعة ، أي غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، وبين السعي إلى تحقيق مصلحة لا تتفق مع القانون أو النظام العام أو الآداب . وهو ما يؤكد تصريحه بأنه يفضل تسمية النظرية في القانون الإداري بنظرية " التعسف في استعمال الحقوق الإدارية " وليس بنظرية

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٢٠ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٢٠ .

(٣) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٢١ .

(٤) والملاحظ أنه يتكلم عن المصلحة المتحققة وليس المستهدفة أو المقصودة .

" تجاوز السلطة " (١) ، ومقررا أنه بالتالي لم يعد محل لاستعمال مصطلح تجاوز السلطة بمعنى التعسف في استعمال الحق (٢) .

والصحيح ، وكما رأينا (٣) ، أن فقه القانون الإداري لا يستعمل تعبير تجاوز السلطة للتعبير عن التعسف في استعمال الحق ، وإنما يميز بين الأمرين .

أما القول بأن المشرع الفرنسي وإن كان يغير بين الإجراءات التسوية والإجراءات التعسفية في المعنى ، فإنه يساوي بينهما في الحكم ، فهو قول غير دقيق . ويعتمد على بعض النصوص الواردة في تقنين المرافعات الفرنسي الجديد دون دراسة شاملة لهذا القانون في مجمل أحكامه .

فالمشرع الفرنسي يفرض جزاء ليس فقط للتعسف في استعمال الإجراءات ، ولكن كذلك للإجراءات التسوية . وقد حرص في أكثر من موضع بتقنين المرافعات الفرنسي الجديد على تقرير هذا الجزاء عندما يكون الإجراء قد اتخذ بطريقة " تعسفية " أو " تسوية " ، فتذكر نصوص المواد ٣٢ / ١ ، ٥٥٩ صراحة تعبير " تسوية " Dilatoire ، كمفترض كاف في ذاته لتوقيع الجزاء . وتستخدم صياغة تختيارية ، بأداة التخيير " أو " بما يفيد أنه يكفي أن يكون الإجراء تسوية ، لتوقيع الجزاء ، كما يكفي أن يكون الإجراء " تعسفا " لتوقيع الجزاء .

ولو كان المشرع الفرنسي يعتبر الإجراء التسويقي صورة من صور التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، لاكتفى بفرض جزاء للإجراء التعسفي .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٣٠ - ٦٣١ .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٣٠ - ٦٣١ .

(٣) ما سبق ، ص ٩٥ وما بعدها .

ليس ذلك فقط ، بل ، لأنه ، وإن كان صحيحا أن المشرع الفرنسي وضع بالنصوص السابقة جزاءات معينة سواء كانت الإجراءات تعسفية أو تسويقية ، فإنه في نصوص أخرى ، من ذات التقنين ، يفرض جزاء للإجراء التسويقي في ذاته ، وبمعزل عن أي تعسف . فاعتبر أن مجرد عدم القيام بالنشاط الإجرائي ، كالتمسك بالدفع مثلا ، متى كان مدفوعا بنية المماثلة *L' intention dilatoire* ، كافيا بذاته لفرض الجزاء . ( المواد ١١٨ ، ١٢٣ مرافعات فرنسي جديد ) .

وهو ما يؤكد ، وكما سجل بحق بعض الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> ، أن مفهوم التسويق أو الإجراءات التسويقية هو مفهوم مستقل ، في ذهن واضعي تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، ويمتيز عن مفهوم التعسف في استعمال الحق .

وتفصل فكرة أو مفهوم التسويق كذلك عن التعسف في ذهن المتقاضين ، من حيث الهدف أو الغرض الذي يسعى إليه المتقاضي . حيث أن العنصر الجوهرية في مفهوم التسويق هو القصد ، والذي يتميز بأنه قصد الاستفادة من مرور الوقت المستند في الإجراءات القضائية . هذا القصد الخاص في الإجراءات التسويقية هو ما يساعد في تحديد مجال وجودها ، ويستتبع فرض جزاءات خاصة لها . وهذه كلها عناصر تميزها عن فكرة التعسف في استعمال الحق . وهو ما نحاول توضيحه فيما يلي .

الاتجاه الثاني - تميز الإجراءات التسويقية واستقلالها عن فكرة أو مفهوم

التعسف :

(١) Blary – Clément (É.) ، spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires ، art. préc.

على العكس من الاتجاه السابق الذي يرى الإجراءات التسويقية مجرد جزءاً أو صورة من التعسف في استعمال الحق ، حسناً فعل بعض الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> ، الذي نبه ونادى بضرورة التمييز والتفرقة بين الإجراءات التسويقية والإجراءات التعسفية . ورأى أنه رغم أنهما مفهومان قريبان بالتأكيد ويختلطان ببعضهما في الكثير من الأحيان ، ولكنهما مع ذلك منفصلان . وأن فكرة التسويق في الإجراءات فكرة متميزة ومستقلة سواء في ذهن واضعي تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، أو في ذهن المتقاضين الذين يسعون بهذه الإجراءات إلي تحقيق قصد خاص ، يتميز بأنه قصد الاستفادة من مرور الوقت .

والواقع أن دراستنا السابقة للتعسف في استعمال الحق ومجاله ومعياره تظهر أن عنصر القصد أو النية ليس هو العنصر الوحيد لتمييز فكرة المماثلة واستقلالها عن التعسف .

فمن ناحية أولى ، رأينا فيما سبق أنه إذا كان هناك إجماع من الفقه على قبول الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، إلا أن الجدل كان وما زال قائماً حول ضوابط أو معايير هذا التعسف . فإذا كان معيار التعسف ، كما هو راجح ، يتمثل في قصد الإضرار بالغير وكان القصد المميز للتسويق هو مجرد الاستفادة من مرور الوقت ، فإن الفارق بين الاثنين على هذا الصعيد يكون واضحاً .

ومن ناحية ثانية ، رأينا تأثر الفقه الإجرائي بما ثار من خلاف بشأن تحديد المكنتات القانونية التي يرد عليها التعسف . فتردد الرأي بين سريان التعسف على غير الحقوق الإجرائية من رخص أو حريات وبين الاقتصار في تطبيق التعسف على ما يعد حقاً بالمعنى الدقيق . بل ورأى جانب هام من الفقه الإجرائي استبعاد بعض الحقوق

(١) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc.

الإجرائية من نطاق تطبيق نظرية التعسف ، بحيث تسري على بعض هذه الحقوق فقط دون بعضها الآخر .

فإذا كان استعمال الإجراءات للتسويق لا يرتبط بمباشرة حق إجرائي ، بل يمكن أن يتحقق حتى عند القيام بواجب أو عبء إجرائي ، فإن الاختلاف بين هذه الإجراءات والتعسف في استعمال الحق ، من هذه الزاوية ، يبدو كذلك واضحا .

ومن ناحية ثالثة ، فإن الغالب في الفقه والقضاء ، سواء في مصر أو في فرنسا، يدرج التعسف في استعمال الحق في إطار المسؤولية التقصيرية ، فيشترط للاعتداد به أن يؤدي إلى ضرر ، ويرتب التزاما بالتعويض . فإذا كان لا يشترط في التسويق أن يؤدي إلى ضرر خاص ، ولا يرتب بالضرورة الالتزام بالتعويض دائما وإنما يمكن فرض جزاء آخر ، فإنه يكون هناك أيضا فارقا ملحوظا بين التسويق والتعسف .

وهكذا تتجسد عناصر تميز فكرة المماثلة أو التسويق ، واستقلالها عن التعسف في استعمال الحق ، بقصد خاص يسعى إليه المتقاضى بهذه الإجراءات ، وبعدم ارتباطها بمباشرة حق إجرائي وبالتالي اتساع نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق فكرة التعسف ، وكذلك بعدم اشتراط ترتب ضرر عليها مما يتيح الفرصة لوضع جزاءات أخرى ، غير التعويض ، تكون أكثر ملاءمة لها . وناقش فيما يلي هذه العناصر بشيء من التفصيل .

أولا : تميز التسويق عن التعسف من حيث القصد

أ - وضوح الفارق بين التسويق والتعسف وفقا للمعيار التقليدي لهذا الأخير :

الراجع - كما رأينا - وعلى الأقل في القانون المصري ، هو إعطاء التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية مفهوما ضيقا . ليس فقط لما لهذه الحقوق من طبيعة خاصة

تجعل استعمالها دائما ضارا بالآخرين ، وما يتمتع به حق الشخص في الادعاء أو الدفاع أمام القضاء ، باعتباره وسيلة حماية الحقوق الأخرى وبالتالي عماد النظام القانوني ككل ، من حصانة نسبية توجب عدم التوسع في تطبيق نظرية التعسف بشأنه، وإنما كذلك ، وعلى الأقل في القانون المصري ، لاتفاقه مع نصوص قانون المرافعات التي تعتبر " قصد الكيد " هو المفترض أو الشرط اللازم لترتيب جزاء الغرامة أو الحكم بالتعويض جزاء اتخاذ الإجراء .

ولكي تتحقق مسئولية المتقاضي عن التعسف طبقا لهذا العيار ، فإنه يجب أن يكون لدى الخصم الرغبة في إحداث الضرر بخصمه . وهذا يعني أن يكون الدافع المحرك لاستعمال الحق الإجرائي هو إحداث الضرر . ولا يكفي أن يكون الخصم مدركا أن تحقق النتيجة الضارة ممكنا <sup>(١)</sup> .

ولما كان المتقاضي الذي يتخذ الإجراءات وسيلة للتسويق تكون نيته أو قصده الأساسي من اتخاذ ، أو عدم اتخاذ ، الإجراء هو مجرد الاستفادة من مرور الوقت ، فهل هناك تلازم بين قصد الاستفادة من مرور الوقت وقصد الإضرار بالغير ؟

الذي سجله بعض الفقه ، وبحق فيما أعتقد ، أن قصد الاستفادة من مرور الوقت، أو تأخير وضع حد أو نهاية للإجراءات القضائية لا يقتصر بالضرورة بنية الإضرار بالطرف الآخر في هذه الإجراءات . وأنه ، من ثم ، لا تلازم بين قصد الاستفادة من مرور الوقت وقصد الإضرار بالغير . فقد قيل أن الخصم قد يلجأ إلى أساليب

(١) د/ ابراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ٢٥٢ .



المراوغة من أجل تحقيق منفعة للنفس ودون أن يقصد الإضرار بخصمه ، حتى لو أدت هذه الأساليب التي استعملها إلى الإضرار به فعلا<sup>(١)</sup> .

فالخصم الذي يهدف إلى كسب الوقت ، ولتحقيق هذا الهدف يلجأ إلى الإجراءات التسويقية أو أساليب المماثلة ، حتى يؤجل الوفاء بالتزاماته ما أمكنه ، يكون هدفه الأساسي ليس الإضرار بخصمه ، وإنما الحصول على الميزة التي يمكن أن تنشأ من تأجيل الوفاء ، فإن أدى ذلك إلى الإضرار بخصمه فإن ذلك يتحقق بصفة ثانوية أو بصفة تبعية للهدف الأصلي<sup>(٢)</sup> .

ورأى بعض الفقه<sup>(٣)</sup> أن استخدام الدعاوى أو الإجراءات التي تهدف في بعض الحالات إلى الامتناع عن الوفاء للدائن - أو تأخير هذا الوفاء - لا يدل على التعسف في الكثير من الحالات . خاصة في تلك الحالات التي يكون فيها الدائن في مركز أقوى من المدين ، وتكون للمدين مصلحة مشروعة في وقف مطالبات الدائن<sup>(٤)</sup> . ويرى كذلك أنه يلزم ترك هذه المسألة للقواعد العامة في نظرية التعسف للوقوف على كون القصد من الالتجاء إلى القضاء هو تحقيق مصلحة مشروعة للمدين من عدمه<sup>(٥)</sup> .

(١) رغم أنه يعتبر ذلك من سوء النية الذي يؤدي إلى مسؤولية الخصم ، ولكنه يقرر أن سوء النية لا يتضمن بالضرورة قصد الإضرار . د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٨ .

(٢) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٨ .

(٣) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٨٠ ، ويلاحظ أنه يسلم هنا بمشروعية المصلحة المستهدفة رغم استعمال إجراءات تسويقية ، وهو ما يتعارض ، كما رأينا سابقا ، مع افتراض أن المصلحة في الإجراءات التسويقية تكون دائما غير مشروعة تتمثل في الإضرار بالغير وتجعل من التسويق صورة من التعسف في استعمال الحق . انظر ما سبق ، ص ١٣٩ وما بعدها .

(٤) ذات الإشارة السابقة .

(٥) ذات الإشارة السابقة .

ونفي التلازم بين قصد الاستفادة من مرور الوقت وقصد الإضرار بالغير هو كذلك مسلك القضاء في بعض الحالات . فقد عرضت على محكمة النقض بالفعل إحدى القضايا كان واضحا فيها قصد التسوية ومحاولة أحد الخصوم عرقلة سير الإجراءات ، وذلك بتقديمه طلب رد القاضي في وقت متأخر ، أي بعد حجز القضية للحكم ، ثم التنازل عنه بعد ذلك ، وكذلك عدم بيان الطلب أي من الخصوم اعتاد القاضي المطلوب رده مؤاكلته ، مما يدل على عدم جدية هذا الطلب . ومع ذلك رأت محكمة النقض أن هذا غير كاف لإثبات قصد الإنحراف والكيد إضرارا بالمطعون ضده <sup>(١)</sup> . فالخصم لم يقصد ولم يكن منشغلا بالإضرار بالمطعون ضده وهو القاضي المطلوب رده ، وإنما سعى إلى مجرد الاستفادة من مرور الوقت . ورأت محكمة النقض عدم تحقق التعسف رغم وضوح قصد المماطلة .

وحيث أنه لا تلازم بين قصد الإضرار بالغير وقصد الاستفادة من مرور الوقت ، فإن الفارق بين الإجراء التعسفي والإجراء التسويفي يكون ، وفقا لهذا المعيار التقليدي للتعسف ، واضحا . فإذا سعى المتقاضى إلى الإضرار بالغير كان مسلكه تعسفيا ، وإذا كان القصد من اتخاذ الإجراء ، أو عدم اتخاذه في الوقت المناسب ، تطويل أمد الإجراءات والرغبة في الاستفادة من مرور الوقت ، فإن الإجراء يكون تسويفيا .

وهكذا ، فلا يشترط أن يكون متوفرا ، ولا يعد عنصرا لازما في الإجراءات التسويفية ، على خلاف الحال في الإجراءات التعسفية ، توافر قصد الإضرار بالغير .

فمن يباشر الإجراءات بقصد كسب الوقت يكون تصرفه تسويفيا ، سواء توافرت لديه نية الإضرار بالغير ، أو لم تتوافر لديه هذه النية .

(١) نقض مدني ٢٥ فبراير ١٩٩٠م - طعن رقم ٧٢ لسنة ٥٧ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤١ - العدد ١ - رقم ١٠١ - ص ٦٠٠ .

فإذا كان يقصد كسب الوقت ، وكان سيئ النية في ذات الوقت يقصد الإضرار بالمتقاضي الآخر كان تصرفه مباطلة وتعسفا في ذات الوقت . ولكن إذا لم يتوافر لديه هذا القصد وكل ما يسعى إليه باتخاذ الإجراء هو مجرد كسب الوقت وإطالة أمد النزاع حتى يؤخر صدور الحكم أو يؤجل الوفاء علي أمل أن يتمكن في مرحلة لاحقة من الإجراءات من جعلها تسير ، أو تنتهي ، في صالحه ، أو بهدف مجرد الحصول على الميزة التي يمكن أن تتحقق من تأخر نهاية الإجراءات أو تأجيل الوفاء ، فإن التصرف يكون تسويقيا وليس تعسفيا .

لاشك أنه في هذه الحالة يمكن أن ينجم عن فعله ضرر للطرف الآخر ، ولكنه سيكون ضرر تبعي ليس مقصودا لذاته ، وهذا لا ينفي أننا أمام تسويق ، مباطلة ، دون تعسف .

وعلي ذلك فإن الخصم مثلا الذي يبدي الدفع متأخرا بنية كسب الوقت لتحقيق نفع أو مصلحة له ، على المستوى الإجرائي أو الموضوعي ، هنا يكون تصرفه مباطلة أو تسويقيا دون إمكان القول بوجود تعسف في استعمال الحق .

ب - تحتفظ المباطلة بتمييزها عن التعسف حتى عند التوسع في مفهوم هذا الأخير :

فهذا الاتجاه الموسع في تحديد معايير التعسف في استعمال الحق الإجرائي يطالب بتحديد حالات أو معايير التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية وفق ما جاء بالمادة الخامسة من القانون المدني ، وعدم الاقتصار على المعيار أو الحالة الأولى فقط من الحالات التي تحددها هذه المادة . والتي تقرر عدم مشروعية استعمال الحق إذا كان بنية الإضرار ، فيكون العمل غير مشروع ، أو تعسفي ، كذلك إذا كان القصد منه تحقيق مصلحة لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر أو تحقيق مصلحة غير مشروعة . ولم يذهب هذا الاتجاه ، في تحديد هذا المفهوم الواسع للتعسف ، إلى مدى أبعد من ذلك .

وبالتالي لم يقل - في أغلبه - بأن الانحراف عن الغاية المشروعة للحق إلى غاية أخرى ، ولو كانت مشروعة في ذاتها ، يعد تعسفا في استعمال الحق .

فمثل هذا المعيار ، فضلا عن أنه منتقد لوجود غايات متعددة لذات الحق ، فإنه ، وإن كان يؤخذ به في إطار القانون العام ، فإنه يؤخذ به في إطار نظرية أخرى هي نظرية الانحراف بالسلطة . وهي ، كما رأينا ، وحسب فقه القانون العام ، نظرية مستقلة ومتميزة عن نظرية التعسف في استعمال الحق . وكما رأينا <sup>(١)</sup> فإن القانون العام ذاته وإلى جوار نظرية الانحراف بالسلطة هذه ، يعرف كذلك نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويميز فقهه بين النظريتين .

لذلك فالسائد هو عدم الخلط بين سعي الشخص إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وهو إحدى حالات التعسف في استعمال الحق ، أو عدم مشروعيته ، حسب ما هو مقرر بالفقرة (ج) من المادة الخامسة من القانون المدني ، وبين استهداف الشخص مصلحة أخرى غير تلك التي شرع من أجلها الحق . فمجرد كون المصلحة مغايرة أو مختلفة لا يعني كونها مصلحة غير مشروعة . طالما أنها في ذاتها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . وذلك طالما أن السائد في تحديد المصلحة غير المشروعة هو الاعتداد بمدى اتفاقها أو تعارضها مع القانون أو النظام العام والآداب .

ونتساءل ، ألم يكن ممكنا للمشرع ، لو أراد تقرير عدم مشروعية مجرد استهداف مصلحة مغايرة لغاية الحق ، ألم يكن متاحا له ، لو أراد الأخذ بهذا المعنى

(١) ما سبق ، ص ٩٥ وما بعدها .

للتعسف ، أن يعبر عن المصلحة التي يجعل استهدافها من استعمال الحق غير مشروع بأنها " مصلحة مغايرة لغاية الحق " ؟

وعلى هذا النحو رأينا اختلاف التسويق عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي من حيث القصد الذي يسعى إليه المتقاضى ، حتى مع إعطاء هذا الأخير مفهوما واسعا حسب ما يريده بعض الفقه الذي لا يكتفي بقصد الإضرار بالغير كضابط وحيد للتعسف الإجرائي وإنما ينادي بتحديدده حسب الحالات المقررة بالمادة الخامسة من القانون المدني .

والواقع أن اختلاف الغاية أو القصد من اتخاذ الإجراء ليس هو العنصر الوحيد للتمييز بين التسويق والتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . وهو ما سوف ننتقل إلى بحثه حالا .

ثانيا : اختلاف التسويق عن التعسف من حيث مجال كل منهما :

رأينا أن الفقه الإجرائي تأثر بما ثار من خلاف بشأن تحديد نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، أي تحديد المكنات القانونية التي يمكن أن يرد عليها التعسف . حيث أعطى بعض الفقه للنظرية مجالا واسعا في التطبيق فقال بسريانها ليس فقط على الحقوق بالمعنى الدقيق ، ولكن كذلك على الرخص . بينما رأى فقه آخر أن النظرية لا تنطبق على غير الحقوق من مكنات إجرائية ، فلا تسري بالتالي على الرخص والحريات <sup>(١)</sup> .

(١) انظر ما سبق ، ص ٥٧ وما بعدها .

وهكذا تم التمييز بين استعمال الحقوق الإجرائية الذي يخضع لقواعد التعسف من ناحية ، وتفعيل غير الحقوق ، بالمعنى الدقيق ، من مكنات إجرائية أخرى ، من ناحية ثانية .

بل ورأى جانب من الفقه التمييز بين حق وآخر من الحقوق الإجرائية . ذلك أنه نظرا للطبيعة الخاصة لحق الالتجاء إلى القضاء فقد اختلفت الآراء حوله . فبينما اتجه رأي إلى تأييد أنه يعتبر حقا شخصيا ، وباعتباره حق يرد التعسف على استعماله (١) ، قال رأي آخر بالتمييز بين حق الدعوى من ناحية ، وهو الذي يشكل حق شخصي لا يكون إلا لمن له الحق في الدعوى ، ويمكن أن يرد عليه التعسف ، وبين حق الالتجاء إلى القضاء من ناحية ثانية ، والذي يعد وفقا لجانب كبير من الفقه وبعض أحكام القضاء حرية من الحريات أو رخصة من الرخص أو الحقوق العامة ، يعطي للأفراد الحق في عرض مزاعمهم على القضاء سواء أكانت على أساس أم لم تكن على أساس (٢) . وهو بهذه الصفة لا يرد التعسف على استعماله وإنما يجري بشأنه تطبيق القواعد العامة في المسؤولية (٣) .

وعلى ذلك يتعين التمييز - وفقا لهذا الاتجاه - بين الدعوى وحرية التقاضي .

فالدعوى حق ويمكن أن يكون استعماله تعسفيا .

أما حرية التقاضي فهي حرية كل شخص في الالتجاء إلى القضاء لي طرح عليه ادعاءاته ، ولا مجال فيها - وفقا لذات الاتجاه - للتعسف ، وإن كان يقع فيه .

(١) د/ أحمد أبو الوفا - المرافعات - الطبعة ١٤ - رقم ٩٧ ص ١١٧ ، د/ رمزي سيف - الوسيط - رقم ٧٢ ص ١٠٥ .

(٢) وهو بهذه الصفة يعد من الحقوق التي لا يكون من الممكن التنازل عنها .

(٣) انظر ما سبق ، ص ٦٩ وما بعدها .

## الانحراف في السلوك أو الخطأ التقصيري (١).

فإذا رفعت امرأة سينة السيرة دعوى على رجل تطالبه بالنفقة مدعية أنها زوجته بقصد التشهير به كان رفعها خطأ تقصيرياً طبقاً للمادة ١٦٣ مدني، لا تعسفاً منها لأنها انحرفت في استعمال حرية ولم تتعسف في استعمال حق (٢).

وإذا كانت الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية (٣) لا تستتبع، كما رأينا، تقرير إعفاء كلي أو حصانة مطلقة، في استعمال هذه الحقوق، من المسؤولية، فإن عدم التسليم بمثل هذه الحصانة المطلقة لمستعمل الحقوق الإجرائية لم يمنع بعض الفقه (٤) من القول باستبعاد اتخاذ المتقاضى لإجراء معين، إعمالاً لإحدى المكينات الإجرائية، من الخضوع لقواعد التعسف في استعمال الحق.

فلم يكتف اتجاه في الفقه (٥) عند حد التضييق من نطاق تطبيق نظرية التعسف بالنسبة لاستعمال حق الدعوى مكتفياً باعتبار الضابط الوحيد للتعسف في استعماله هو قصد الإضرار بالغير أخذاً بالمعيار الأول لعدم مشروعية استعمال الحق (م ٥ مدني)،

(١) د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٥ .

(٢) د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٥ .

وقد لاحظ بعض هذا الفقه أن محكمة النقض المصرية قد طبقت نظرية التعسف على استعمال رخصة الالتجاء إلى القضاء . فهذه الرخصة وإن كانت من الحقوق التي تثبت للكافة إلا أنها لا تسوغ لمن يباشرها الانحراف عما شرعت له واستعمالها استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال الحق .

د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٧٦ ، نقض مدني ١٥ أكتوبر ١٩٥٩م - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٠ رقم ٨٧ ص ٥٧٤ .

(٣) باعتبارها من حقوق الإضرار كما رأينا . ما سبق ، ص ١٣٠ وما بعدها .

(٤) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند رقم ٤٢٥ ص ٥٩٠ .

(٥) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند رقم ٤٢٥ ص ٥٩٠ .

بل قال كذلك باستبعاد تطبيق هذه النظرية بالنسبة لبعض الحقوق الإجرائية الأخرى ، وذلك لاستحالة ورود التعسف بالنسبة لها .

وهكذا يقول هذا الفقه (١) أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تنطبق على كل الحقوق الإجرائية . إذ توجد بعض هذه الحقوق لا يكون فيها تعسف . وذلك مثل استعمال الحق في الدفوع الشكلية ، والدفوع المتعلقة بالنظام العام ، والحق في الدفع بالإحالة ، والحق في الطعن في الحكم غير المنهي للخصومة ، والحق في رفع الدعوى المستعجلة ، والحق في الطعن في الحكم برفض الدعوى ، وفي جميع الحالات التي لا يوجد فيها خطأ من الخصم (٢) .

وإذا كان هذا هو مجال أعمال التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، وكان التعسف يفترض دائما استناد الشخص في مسلكه إلى حق ، بحيث يتعذر تطبيق فكرة التعسف إذا كان اتخاذ الخصم للإجراء قياما بواجب إجرائي (٣) . وعلى خلاف ذلك كان المسلك التسويقي للمتقاضى باتخاذ إجراء معين ، أو الإحجام عن اتخاذه ( حيث يكون اتخاذه واجبا ) في الوقت المناسب ، لا يكون بالضرورة مباشرة لحق إجرائي أو رخصة إجرائية ، وإنما قياما بواجب أو أداء لعبء إجرائي ، فإنه يكون واضحا أن نظرية التعسف في استعمال الحق أضيق ، في مجال تطبيقها ، من أن تغطي دائرة كل الإجراءات أو التصرفات ذات القصد التسويقي .

(١) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند رقم ٤٢٥ ص ٥٩٠ .

(٢) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند رقم ٤٢٥ ص ٥٩٠ .

(٣) راجع في تقسيم هذه الاعمال : د/ فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - بند ١٩٦ - ص ٢٩٩ ، د/ وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم - ص ٧ - ٨ والهوامش ١ ، ٢ .



وبمعنى آخر فإن المماثلة لا تفترض بالضرورة استناد الشخص ، في قيامه بالإجراء ، إلى حق . فمن يماطل يقوم بتصرف ايجابي أو سلبي ، لا يشترط فيه أن يكون مستندا بالضرورة إلى حق ، بل قد يكون مسلك الخصم قياما بواجب أو أداء لعبء إجرائي . وهو ما يوضح الفارق بين التعسف في استعمال الحق والإجراءات التسوية من حيث مجال تطبيق كل من المفهومين . ويُظهر أن مجال تطبيق هذه الأخيرة ، ولعدم ارتباطها بمباشرة حق إجرائي ، أوسع من نطاق تطبيق التعسف .

وإذا كان ارتباط التعسف بمباشرة الحق الإجرائي يجعل من نطاق تطبيق التعسف أضيق من أن يشمل كل ممارسات الخصوم التسوية ، فإن هناك عوامل أخرى ، متفرعة عن هذا الارتباط ، تجعل هذا النطاق أكثر ضيقا . أو بالأقل تثير بعض المشكلات ازاء تحديد هذا النطاق .

هذه الاعتبارات أو العوامل تتمثل في :

- صعوبة تعريف الحق الإجرائي وعدم وضوح التفرقة بين ما يعد استعمالا لحق إجرائي وما يعد قياما بواجب إجرائي .

- إذا كان ظاهرا عدم توافر شروط الحق في اتخاذ الإجراء ، حيث ينتفي وجود الحق الإجرائي ، وبالتالي لا يكون هناك محل لوجود تعسف .

أ - صعوبة تعريف الحق الإجرائي وعدم وضوح التفرقة بين ما يعد استعمالا لحق إجرائي وما يعد قياما بواجب إجرائي :

إذا كان أول ما يتبادر إلى الذهن هو النظر إلى تقسيم الحقوق إلى موضوعية وإجرائية على أنه النتيجة المنطقية المترتبة على تقسيم الفقه الحديث للقانون بصفة

عامة إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي ، وباعتبار أن القانون هو مصدر كل الحقوق <sup>(١)</sup> ، فإنها بدورها تنقسم إلى حقوق موضوعية ، إذا كانت مستمدة من قانون موضوعي ، وحقوق إجرائية ، إذا كان مصدرها قانون إجرائي ، إلا أن تحديد الحق الإجرائي على هذا النحو رغم أنه أول ما يتبادر إلى الذهن لم يكن مقتعا للفقهاء ، فرأى أن تقسيم الحقوق إلى حق موضوعي وحق إجرائي هو تقسيم لها من حيث مضمونها <sup>(٢)</sup> . وأن الحق الإجرائي يختلف عن الحق الموضوعي ليس فقط من حيث مصدره وإنما كذلك من حيث مضمونه وغايته .

فالحق الإجرائي طبقاً لهذا الفقه له طابع خاص يميزه عن الحقوق الموضوعية، سواء من حيث مضمونه أو من حيث الغاية منه .

وبينما يرى بعض الفقهاء <sup>(٣)</sup> أن الحقوق الإجرائية تنتمي إلى الحقوق الشخصية، أو أن هناك حقوق إجرائية شخصية <sup>(٤)</sup> ، يرى فقه آخر أن الحق الموضوعي سواء أكان سلطة لشخص على شيء ( حق عيني ) أم رابطة قانونية يكون على الشخص بمقتضاها تقديم أداء للطرف الآخر أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ( حق شخصي )، يعتبر غاية في ذاته . إذ من خلاله يتمكن

صاحبه من استعمال الشيء محل الحق أو استغلاله أو التصرف فيه . أما بالنسبة للحق الإجرائي فإنه لا يُستعمل إلا بمناسبة طلب الحماية القضائية . فهو ليس غاية في ذاته بل إنه مجرد وسيلة لتحقيق الحماية القضائية للحق الموضوعي ، عند

(١) بمعنى المصدر غير المباشر أو البعيد .

(٢) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٩ وما بعدها .

(٣) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٦ هامش ٦ ص ٢٠ ، بند ٦٣ وما يليه - ص ٨٤ وما بعدها .

(٤) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - ذات الإشارة السابقة .

وقوع الاعتداء على هذا الحق أو توافر المصلحة في استعماله<sup>(١)</sup>. ولهذا يلزم عدم تعميم أوصاف الحق الموضوعي بالنسبة للحق الإجرائي بسبب هذه الطبيعة الخاصة للحق الإجرائي<sup>(٢)</sup>.

وفي محاولة تعريف الحق الإجرائي، ورغم الاتجاه إلى إعطاء الحق الإجرائي مجالاً واسعاً بحيث لا يقتصر على الحقوق التي يقررها قانون المرافعات المدنية والتجارية فحسب، بل يشمل جميع ما يقرره القانون من حقوق إجرائية مدنية كانت أو إدارية أو جنائية<sup>(٣)</sup>، فإن الفقه لم يتفق على تعريف واحد لهذا الحق أو تحديد عناصر محددة له.

وقد لجأ بعض الفقه إلى فكرة العمل الإجرائي واتخذها ضابطاً لتعريف الحق الإجرائي أو تحديد فكرته. فرغم عدم عناية الفقه الفرنسي بصياغة تعريف محدد لهذا الحق، فإنه بصفة عامة قد استعمل هذا الاصطلاح بمعنى الحق المتعلق بالعمل الإجرائي، أو بإجراءات التقاضي عموماً<sup>(٤)</sup>. وقد قال بعض الفقه أن الحق الإجرائي هو الحق الذي يكفله القانون الإجرائي لأطراف الخصومة القضائية أو للغير، سواء أكان ذلك يتعلق بشكل العمل الإجرائي أم كان يتعلق بالإجراءات المتعلقة به<sup>(٥)</sup>.

(١) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٨٩ - ١٠٣ خاصة ص ٩١ .

(٢) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢١ .

فالحق الإجرائي ليس مصلحة محمية، وليس استثنائاً بمنفعة يحميها القانون كالحقوق الموضوعية. كذلك فإن محل الحق الإجرائي لا يتصور وروده على منقولات أو عقارات، د/ نبيل اسماعيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة للنشر (الاسكندرية) - ٢٠٠٤ - بند ١٧ ص ٢١ .

(٣) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٤ ص ١٦، د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ١١ .

(٤) انظر: د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٠ بالهامش .

(٥) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٦ .

واتجاه آخر يربط الحق الإجرائي بوجود الشخص في مركز إجرائي معين .  
 فيعرف الحق الإجرائي بأنه سلطة إجرائية يستمدها الخصم من وجوده في مركز قانوني  
 معين ، لتحقيق المصلحة الخاصة والذاتية له <sup>(١)</sup> .

وفضل بعض الفقه أن يكون لتعبير الحق الإجرائي معنى عام يشمل كل مكنة  
 يخولها القانون للخصم ، فلا يدخل في تعريفه اشتراط أن يكون هذا الحق مستمدا من  
 مركز إجرائي معين <sup>(٢)</sup> .

واتجاه يعرف الحق الإجرائي بأنه عبارة عن مكنة أو سلطة أو مقدرة إجرائية  
 يمنحها المشرع لشخص له صفة معينة حتى يمكنه من اتخاذ إجراءات قضائية من  
 طبيعة معينة . فهو سلطة يمنحها القانون لصاحب الصفة في الالتجاء إلى القضاء  
 لحماية حق من الحقوق التي يدعيها <sup>(٣)</sup> .

واتجاه ثالث يدخل الرخصة ضمن الحق الإجرائي ، ويعرف الحقوق الإجرائية  
 بأنها هي المكنتات أو الرخص التي تنشأ للخصوم أو الغير للقيام بعمل إجرائي أو شكلي  
 وفقاً للقانون في خصومة قائمة أمام القضاء أو بسببها ، سواء أكانت هذه الخصومة

(١) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٥ ، ص ٣٠ ، د/ فتحي والي -  
 الوسيط - بند ١٩٦ - ص ٢٩٩ ، د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ٢٠٠١ -  
 ص ٥١٨ - ٥١٩ ، دراسات في مركز الخصم - ص ٧٨ .  
 (٢) د/ عيد محمد القصاص - التنازل عن الحق في الطعن - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ -  
 بند ٦ - ص ١٧ .  
 (٣) د/ نبيل اسماعيل عمر - التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية - دار  
 الجامعة الجديدة للنشر ( الاسكندرية ) - ٢٠٠١ - بند ١٦ ص ١٩ .

خصومة عادية أم خصومة تنفيذ جبري<sup>(١)</sup> . أو يعرف الحق الإجرائي بأنه مجرد رخصة أو مكنة إجرائية يقررها القانون الإجرائي للخصم<sup>(٢)</sup> .

ويعرفه بعض الفقه بأنه مكنة مقررة لأحد الأطراف داخل الخصومة وأحياناً لشخص من الغير للقيام بعمل إجرائي أو شكلية معينة وفقاً لنصوص القانون<sup>(٣)</sup> .

وهو عند البعض عبارة عن مجموعة من الوسائل التي يكتسبها الشخص مباشرة نتيجة اكتسابه وصف الخصم ، أو لصاحب الصفة عند طلب الحصول على الحماية القضائية أو التنفيذية أو بسببها ، وذلك لإضفاء الحماية القضائية على حقوق الخصم الموضوعية<sup>(٤)</sup> .

أو هي حقوق تتعلق بكون الشخص طرفاً في منازعة قانونية ( وليس بالضرورة خصومة قائمة بالفعل أمام القضاء ) ، وهي سواء كانت سلطة أم مكنة أم رخصة فإنها مجرد وسائل يقررها القانون الإجرائي لأشخاص الخصومة أو للغير . فالحق الإجرائي قد يمثل سلطة إجرائية قررها القانون الإجرائي للشخص على الغير ، كما هو مقرر للنياحة العامة أو الأولياء أو الأوصياء في الخصومة القضائية . وكما هو موجود في

(١) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٣ - ٣٤ .

(٢) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ١٨ ص ٣٦ .

(٣) د/ أسامة أحمد شوقي المليجي - الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠م - بند رقم ٢٣ ص ٢٢ هامش رقم ٢ . ولمزيد من التفاصيل يرجع إلى رسالته :

Ossama EL MELIGUI , La déchéance en droit judiciaire privé , Thèse , Nice , 1988 , n° 599, p. 530 .

(٤) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٩ .

تلك السلطات التقديرية التي يتمتع بها القضاة لتسهيل قيامهم بمهامهم في الخصومة<sup>(١)</sup>.

وقد سجل بعض الفقه الفرنسي صعوبة تحديد المقصود بالحق الإجرائي ، فوصف تعبير " الحق الإجرائي " بأنه تعبير جديد وغير معروف أو غير معتمد في الفقه الإجرائي<sup>(٢)</sup> . بينما يكتفي بعض الفقه أحيانا بضرب أمثلة لهذا الحق ، ويرى أنه تعبير دارج في الفقه والقضاء للدلالة على بعض الحقوق التي تتعلق بإجراءات التقاضي والتنفيذ مثل الحق في الالتجاء للقضاء والحق في الدعوى والحق في الدفاع والحق في التنفيذ<sup>(٣)</sup> .

ولا شك أن عدم وضوح المقصود بالحق الإجرائي على هذا النحو يؤدي إلى عدم وضوح التفرقة بين ما يعد استعمالاً لحق ، يرد عليه التعسف ، وما يعد مباشرة لمكنة إجرائية أخرى ، أو قياماً بواجب إجرائي لا يرد عليه التعسف .

ب - في الحالات التي لا يوجد فيها حق إجرائي ، سواء لأن الشخص يتصرف أصلاً دون حق ، أو لعدم توافر شروط الحق الإجرائي :

كذلك هناك منطقة أو جانب آخر يبدو فيه أن هناك تفاوت أو عدم تطابق بين مجال التعسف ومجال التسوية . بمعنى أن هناك دائرة يمكن أن يوجد فيها تسوية بعيداً عن مجال التعسف في استعمال الحق . ففي الحالات التي لا يوجد فيها الحق

(١) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٩ - ٤٠ .

(٢) Vincent et Guinchard , procédure civile , Dalloz , 1999 , n° 1 , p. 8 .

وانظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٦ - ص ٢١ - ٢٢ .

(٣) Vincent et Guinchard , procédure civile , Dalloz , 1999 , n° 11 , p.15 .

د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٦ ، ص ٤١ وما بعدها .

الإجرائي ، سواء لأن الشخص يتصرف أصلا دون حق ، أو لعدم توافر شروط الحق الإجرائي ، فإن هذا الحق الإجرائي لا يوجد ، وبالتالي لا مجال للتعسف في استعماله .

فالفقه يرى أن وجود الحق الإجرائي رهن بوجود الحاجة إلى الحماية القضائية، أي رهن بتوافر المصلحة من الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ الإجراء بصفة عامة . أما عند عدم وجود مبرر للحماية القضائية أو طلب هذه الحماية من أجل مصلحة أو مركز لا يتمتع بحماية القانون ، أو - حسب ذات الفقه - في مواجهة شخص لا علاقة له بموضوع النزاع ، أو في حالة انقضاء الحق في الحماية القضائية ، فإن ذلك لا يعد استعمالا للحق الإجرائي ، حيث ينتفي وجود هذا الحق ، وبالتالي لا محل للكلام عن تعسف في استعماله <sup>(١)</sup> .

ومن هنا يبدو أن الطلبات التي لا يكون فيها مصلحة لمن يقدمها ، فإنها لا تكون مستندة إلى حق إجرائي . فإذا كان هذا واضحا ، وكان واضحا أنه سيقضى بعدم قبولها، فإنه لا يكون هناك محل للكلام عن تعسف بشأنها . والغالب أن يكون الهدف من تقديمها مجرد كسب الوقت ، أي المماطلة .

(١) د / ابراهيم امين النفاوى - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٠٢٦ . وعلى عكس هذا رأى بعض الفقه ( د / محمد شوقي السيد - معيار التعسف - ص ٢٨١ ) أنه إذا لم توجد مصلحة من رفع الدعوى ، فإن الدعوى تكون غير منتجة أو كيدية . وهكذا يعد انتفاء المصلحة في استعمال الحق دليلا أو معيارا للتعسف في استعمال حق الدعوى . ثم يضيف أن المحاكم قد درجت على عدم قبول هذه الدعوى . ويشير إلى بعض الأحكام . ولعل هذه الإضافة الأخيرة تظهر مخالفة هذا الرأي لأحكام القانون الوضعي . فتخلف المصلحة في الدعوى ينفي وجود الحق في الدعوى ، وبالتالي يحكم القضاء بعدم قبولها وليس بالتعويض للتعسف فيها ، وإلا كان كل حكم بعدم القبول مستتبعا للحكم على رافع الدعوى بالتعويض ( متى طلب ) . وهو ما يسلم به صاحب هذا الرأي عندما يقرر أن المحاكم درجت على عدم قبول هذه الدعاوى .

وهكذا عندما لا يكون لدى الشخص مصلحة (مشروعة) في نجاح دعواه أو رفض ادعاء خصمه ، فإن دعواه عندئذ تكتسب طابعا تسويقيا محضا ، وليس تعسفيا . إذ هو يتصرف دون حق <sup>(١)</sup> .

ولا يقتصر الأمر ، بحسب هذا الفقه ، على الحالة التي فيها يكون ظاهرا أنه لا مصلحة مشروعة من اتخاذ الإجراء ، وبالتالي ينتفي وجود الحق الإجرائي ولا يكون هناك محل لوجود تعسف في استعماله ، بل انه يجعل دائرة التفاوت أو عدم التطابق بين مجال التعسف ومجال المماثلة أكثر اتساعا ، بحيث تشمل الحالات الأخرى ، التي لا تتوافر فيها شروط الحق في الدعوى . والأمثلة التي يذكرها هذا الفقه للحالات التي لا يكون فيها مجال لمساءلة المتقاضى وفقا لقواعد التعسف في استعمال الحق هي :

- عدم وجود مبرر للحماية القضائية ( أي انتفاء المصلحة ) .
- طلب الحماية من أجل مصلحة أو مركز لا يتمتع بحماية القانون ( عدم قانونية المصلحة ) .
- طلب الحماية في مواجهة شخص من الغير لا علاقة له بموضوع الادعاء ( تخلف الصفة في المدعي عليه ) .
- انتفاء الحق في الحماية .

<sup>(١)</sup> بدهة ليس المقصود هنا من له مصلحة جدية ومشروعة ، وبالتالي له الحق في اتخاذ الاجراء ، ولكنه لا يقصد تحقيق هذه المصلحة وإنما يهدف إلى الإضرار بالغير أو إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . إذ عندئذ يمكن أن يدخل اتخاذ الإجراء في نطاق التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وإنما نتكلم عن شخص يكون واضحا أن لا مصلحة له . فما يقدمه من طلب أو دفع على فرض إجابهته لا يحقق له مصلحة مشروعة . إذ هنا ليس له حق أصلا حتى يمكن الكلام عن تعسف في استعماله .



فإقرار المشرع لمساءلة المتقاضي في هذه الحالات لا يكون على أساس التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، لعدم وجود الحق أصلا ، وإنما يكون على أساس القواعد العامة في المسؤولية<sup>(١)</sup> . والنظر إلى مسلك المتقاضي على أنه خطأ لتصرفه دون حق .

ثالثا : اختلاف التسوية عن التعسف من حيث شروط المسؤولية وطبيعة الجزاء :  
اشتراط الضرر لتحقيق المسؤولية عن التعسف ، والجزاء هو التعويض :

تتجه أحكام القضاء إلى أن القضاء بمسؤولية الخصم الذي يتعسف في مباشرة الإجراءات يستند إلى توافر عناصر المسؤولية في القانون المدني<sup>(٢)</sup> .

فقد قضي بأن : " نظرية إساءة استعمال الحق مردها قواعد المسؤولية في القانون المدني ..... " <sup>(٣)</sup> .

فالغالب في الفقه وأحكام القضاء أن التعسف نوع من الخطأ . وهو نوع متميز من الخطأ يتمثل في الخطأ العمدي الذي يقصده فاعله للإضرار بالغير<sup>(٤)</sup> .

وعلى ذلك فمن يحفر في أرضه بقصد إضعاف حائط الجار ، لا يكون مسئولا طالما لم يترتب على فعله ما أراد . لأن النية السيئة وحدها لا تكفي لقيام المسؤولية ، بل

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات- ص ١٨٥ - ١٨٦ .

(٢) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٦٠ .

(٣) نقض مدني ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦م - طعن ١٠١ لسنة ١٥ ق - مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض والإبرام في خمسين عاما - ج ٣ ص ١٣٤ . مشار إليه في مؤلف : د/ سنية أحمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ٢٠٠٢ - ص ٤٠٠ هامش ٢ .

(٤) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٥٦٠ .

يشترط حدوث الضرر فعلا . ولذا يطالب المدعي في حالة التعسف في استعمال الحق بإثبات الفعل والضرر الذي تولد عنه <sup>(١)</sup> .

فالضرر هو العنصر المشترك في دعاوى المسؤولية <sup>(٢)</sup> . وعلى هذا الأساس رأى الفقه الإجرائي أنه يشترط للقضاء بالمسؤولية على أساس التعسف تحقق ضرر ناجم عن المسلك التعسفي ( الخطأ ) للمتقاضي ، إذ أن القضاء لا يعني بالتعسف في مباشرة الإجراءات إلا في الأحوال التي يصاب فيها الغير بضرر <sup>(٣)</sup> <sup>(٤)</sup> .

بل ولم يكتفي بعض الفقه ، لتحقيق المسؤولية على أساس التعسف ، بوقوع ضرر أيا كان . بل اشترط في الضرر الناشئ عن التعسف أن يتجاوز الحد المألوف <sup>(٥)</sup> . ورأى أن القضاء لا يعني بالضرر الناجم عن التعسف في مباشرة الإجراءات إلا إذا بلغ هذه الدرجة من الجسامة <sup>(٦)</sup> . أما الضرر البسيط فلا يؤدي - وفقا لهذا الفقه <sup>(٧)</sup> - إلى المسؤولية . وذلك استنادا إلى الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق ، وباعتبار أنها من الحقوق الضارة بطبيعتها ، أي من حقوق الإضرار كما تسمى .

<sup>(١)</sup> د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٩١ - ٩٢ ، د / أنور سلطان - نظرية التعسف في استعمال حق الملكية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٧ - العدد الأول - مارس ١٩٤٧م - ص ١٣٠ وما بعدها خاصة ص ١٣٣ .

<sup>(٢)</sup> د / سنية أحمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ٢٠٠٢م - بند ٢٧٥ ص ٤٠٣ .

<sup>(٣)</sup> د / سنية أحمد يوسف - ذات الإشارة السابقة .

<sup>(٤)</sup> قارن : د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٥٨ . حيث يرى ، على خلاف ما تقدم ، وجوب الحكم بالتعويض إذا استعمل الحق بسوء نية ولو لم تحدث أضرار . وأن هناك بعض الأحكام أجازت التعويض ولو لم يحدث ضرر للخصم .

<sup>(٥)</sup> د / سنية أحمد يوسف - ذات الإشارة السابقة ،

Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1927, D.P., 1927, I, 14 .

<sup>(٦)</sup> ذات الإشارة السابقة .

<sup>(٧)</sup> ذات الإشارة السابقة .

## ومن حيث جزاء التعسف :

فإن الأصل في جزاء التعسف في استعمال الحق هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمضرور على سبيل التعويض عن الأضرار التي لحقت به .

بل وقد ذهب بعض الفقه ، مثل سالي Saleilles ، و ريبير Ripert ، إلى أن جزاء التعسف في استعمال الحق ينحصر فقط في الحكم على المتعسف بالتعويض النقدي . مع استبعاد الأخذ بمبدأ التعويض العيني ، كهدم الحائط الذي بني إضرارا بالجار ، مثلا (١) .

ولكن هذا الاتجاه المضيق لجزاء التعسف لم يكتب له الغلبة في الفقه والقضاء . وقيل أن بعض من أخذ به مثل سالي ، قد عدل عنه (٢) . خاصة وأن المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي لم تبين نوع التعويض الذي يحكم به . ولم توجب أن يكون تعويضا نقديا (٣) .

وهكذا فإن جزاء التعسف في استعمال الحق يتمثل في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه ، سواء اتخذ هذا التعويض صورة نقدية أو عينية (٤) .

وهذه الصورة من صور الجزاء تعد صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه . مع ملاحظة أن الجزاء العيني قد يُحكم به مع التعويض النقدي . ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق ، وتفادي الضرر اللاحق . كالحكم على المالك بهدم

(١) انظر : د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٣٣ . وبهذا الرأي أخذت محكمة " ليون " في حكم قديم لها ، انظر : د / محمد السعيد رشدي - ذات الإشارة .

(٢) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٣٣ .

(٣) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٣٤ .

(٤) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٣٤ .

المدخنة التي أقامها إضراراً بالجار ، وبتعويض الجار عن الضرر الذي لحقه . وقد يكتفى بالجزاء العيني فقط . كما قد يكتفى بالتعويض النقدي <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا الأساس يكاد يجمع الفقه على أن إساءة استعمال ما خوله القانون للمتقاضي من إجراءات يمكن أن تترتب عليها المسؤولية بما يوجب التعويض <sup>(٢)</sup> . ويسجل بعض الفقه أن الحكم بالتعويض في حالة الاستعمال التعسفي للحقوق الإجرائية هو أمر مقرر في العديد من القوانين الإجرائية <sup>(٣)</sup> .

كذلك يجب ملاحظة أنه إلى جانب هذا الجزاء العلاجي للتعسف يقرر القانون ، في بعض الحالات ، التدابير الوقائية التي تستهدف منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالاً ينطوي على تعسف . فيحول بالتالي دون وقوع الضرر <sup>(٤)</sup> ، <sup>(٥)</sup> .

ومن هذه الزاوية يبدو واضحاً الفارق بين التعسف في استعمال الحق والمماثلة.

فالتعسف لا يرتب مسؤولية المتقاضي ولا يستتبع فرض الجزاء عليه إلا إذا أدى إلى إصابة الطرف الآخر بضرر . أو ضرر يجاوز الحد المألوف حسب قول بعض

(١) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٣٤ .  
 (٢) د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٠٢ ، وانظر : د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٩٢ وهامش ١ .  
 (٣) د / إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨٧٥ وما بعدها .  
 (٤) ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١١٤ من قانون الإثبات ( الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ) ، التي تجيز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها .  
 (٥) د / محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٣٤ - ٢٣٥ . وانظر لديه ، بذات الموضوع ، أمثلة أخرى لبعض هذه التدابير الوقائية ، التي يقررها القانون المدني .

الفقه على ما رأينا . فإن لم يوجد هذا الضرر فإن مجرد القصد السيء أو نية الإيذاء أو الإضرار بالغير المتوفرة لدى المتقاضي لا تكفي بذاتها لترتيب الجزاء .

كما أن جزاء التعسف في استعمال الحق يتمثل كما رأينا في التعويض ، سواء كان تعويضا نقديا فقط ، حسب الاتجاه الذي بدا مضيقا ، أو كان نقديا أو عينيا ، حسب فقه آخر .

أما المماثلة فإنها ، وعلى خلاف التعسف ، قد يؤاخذ عليها ، سواء أدى المسلك التسويقي للمتقاضي إلى إصابة الطرف الآخر ، في الإجراءات القضائية ، بضرر أم لم يصبه بضرر .

والسبب في هذا الاختلاف أن مواجهة الإجراءات التسويقية وفرض التدابير أو الجزاءات الملزمة لها ، لا يهدف فقط إلى حماية مصلحة الطرف الآخر الذي قد يتضرر ، وكثيرا ما يتضرر ، من طول الإجراءات القضائية وتأخير صدور القرار القضائي المنهي لها ، ولكن كذلك إلى مراعاة الصالح العام المتمثل في حسن سير مرفق القضاء وتحقيق الاستقرار القانوني ، ومن ثم السلام الاجتماعي ، في المدى الزمني المعقول . فلا شك أن المصلحة العامة تتضرر مما تؤدي إليه الإجراءات التسويقية من إطالة الفترة الزمنية التي تبقى فيها حقوق ومراكز الأفراد قلقة . وكذلك من ضياع جهد ووقت القضاة . وازدحام ساحة القضاء بالمنازعات وتراكمها ، رغم أنها يمكن أن تنتهي في وقت أقل .

هذا الاعتبار ، لا شك ، يوجب مراعاة جانب المصلحة العامة عند رسم السياسة التشريعية وتقرير التدابير أو الجزاءات الخاصة بمواجهة التسويق في الإجراءات . وهو ما يستتبع كما سنرى ، عدم ربط هذه المواجهة بتحقيق ضرر يلحق الطرف الآخر ، وعدم الاكتفاء بفرض التعويض كجزاء حتمي ، ووحيد ، لها .

وإذا كان هذا هو أحد الجوانب التي تختلف فيها الإجراءات التسوية وتميز عن التعسف في استعمال الحق ، فقد رأينا أنه ليس هو الجانب الوحيد لهذا التميز . إذ رأينا قبل ذلك اختلاف وتميز التسوية عن التعسف من حيث مجال تطبيق كل من المفهومين . ومن قبل ذلك رأينا عنصرا أساسيا يميز التسوية عن التعسف ، وهو عنصر القصد أو النية . حيث تتميز فكرة التسوية بقصد خاص بها . قصد يتمثل في نية الاستفادة من مرور الوقت المستنفد في الإجراءات القضائية . وهكذا تبدو لي الإجراءات التسوية متميزة ومستقلة عن الإجراءات التعسفية . ولكن هل هي كذلك مستقلة ومتميزة عن الغش ، الغش الإجرائي . هذا ما سوف ننتقل إلى رؤيته الآن .

## المطلب الثاني

### التسوية الإجرائي وغش الخصوم

رغم قدم فكرة الغش قدم المعاملات بين الأفراد ، ومحاولة التشريعات المختلفة محاربتها سواء في القوانين الموضوعية أو الإجرائية ، فإن النصوص التشريعية التي تعالج فكرة الغش لم تبين المقصود به بصفة عامة <sup>(١)</sup> .

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - بند ١٠٦ وما يليه - ص ١٤٢ وما بعدها .

ومع ذلك تصدت بعض النصوص القانونية صراحة لبعض صور الغش . من ذلك نص المادة ٢٣٨ - ١ من القانون المدني ، والتي تقرر أنه إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، وكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

وقد نبه الفقه ، بدوره ، إلى أن الغش أمر يتعذر تعريفه أو تحديده فكرته بشكل دقيق . وذلك بسبب اتساع مدلوله (١) .

كما أنه مما يزيد من صعوبة تعريف الغش أنه أصلا فكرة أخلاقية ، متشعبة ، متعددة الأشكال والصور . فقد يرتكب الغش أحد المتعاقدين تجاه الآخر . وقد يرتكبه كلا المتعاقدين في مواجهة الغير . وقد يكون الغش تجاه المحكمة للحصول على حكم من غير حق . وقد يوجه الغش ضد القانون ذاته (٢) . بل قد يقع الغش من القاضي أو عضو النيابة العامة في عمله . وقد يختلف تعريفه من حالة لأخرى (٣) . لذلك ليس للغش تعريف محدد في القانون المصري أو الفرنسي (٤) .

والغش الذي يعتد به قانون المرافعات ويحاول مواجهته قد يكون من الخصوم ( أو من يمثلهم ) ، وقد يكون من القاضي .

فالموضع الأول الذي ورد فيه اصطلاح " الغش " باللفظ الصريح في قانون المرافعات جاء في معرض بيان الحالات التي يجوز فيها الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، وعالجتها المادة ٢٤١ منه . فقد تناولت المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، في فقرتها الأولى ، واقعة الغش الذي يحدث من الخصم ( أو من يمثله ) ، تجاه المحكمة والخصم الآخر . وجعلت من هذه الواقعة سببا يجيز للخصم المحكوم

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٤٣ .

(٢) والمقصود بالغش ضد ، أو نحو ، القانون هو تجنب تطبيق القانون الذي سيكون عادة قابل للتطبيق - حيث أنه يعيق المصالح أو الإرادات - والوصول إلى تطبيق قانون آخر . أو أنه استعمال القواعد القانونية من أجل التهرب من القانون وإنجاز عمل ، أو تصرف ، يمنعه القانون رغم ذلك . د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٢٦ وما بعدها .

(٣) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٤٨ .

(٤) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣٠٣ .

عليه الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، استنادا إلى قاعدة " الغش يفسد كل شيء " <sup>(١)</sup> .

كما تناولت ذات المادة في فقرتها الثامنة حالة الغش الذي يحدث ، ليس من جانب المحكوم له ( أو ممثله ) تجاه المحكوم عليه ، ولكن يقع من ممثل الخصم المحكوم عليه . فأجازت الطعن بالتماس إعادة النظر " لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأمنه أو إهماله الجسيم " .

أما الموضوع الثاني لورود لفظ الغش صراحة في نصوص قانون المرافعات فهو نص المادة ٤٩٤ منه ، فقرة أولى ، والذي جاء فيه " تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية : إذا وقع من القاضي أو من عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم " <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان مجال هذه الدراسة المخصصة للتسويق في الإجراءات لا يسمح باستعراض التعريفات التي قيل بها للغش في كافة حالاته وصوره ، فإنه واضح أن الذي يستدعي التفرقة بينه وبين التسويق هو الغش الصادر من الخصم . ولهذا يلزم بداءة تحديد المقصود بغش الخصوم حتى يمكن إبراز أوجه الخلاف بينه وبين التسويق الإجرائي .

(١) وقد قضت محكمة النقض أن " الغش يبطل التصرفات " قاعدة واجبة التطبيق ولو لم يجر بها نص خاص في القانون . نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٩٥ م - الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٦ - ج ٢ ص ١٣٦٣ .

(٢) وفي مفهوم الغش الذي يقع من القاضي : استئناف مختلط ١١ يوليو ١٩٤٩ م - مجلة التشريع والقضاء - السنة ٦١ ص ١٣٦ ، مشار إليه في مؤلف د / احمد ابو الوفا - المرافعات - الطبعة ١٤ بند ٥٤ ص ٧٠ هامش ٢ .



والواقع أن المشرع لم يحدد بنصوص قانون المرافعات المقصود بالغش الصادر من الخصم ، والذي يجيز الطعن بالتماس إعادة النظر . وقد اعترف الفقه بصعوبة تحديد المعنى الدقيق للغش الصادر من الخصوم . ومع ذلك اجتهد محاولا تقريب هذا المفهوم ، رغم صعوبته ، إلى الذهن <sup>(١)</sup> .

فقد قيل بأنه كل أعمال احتيالية تخالف الشرف والأمانة ومن شأنها التغيير بالقاضي عند نظر الخصومة <sup>(٢)</sup> .

وعرف بعض الفقه الغش بأنه هو كل تدليس أو احتيال يلجأ إليه الخصم لإنجاح قضية خاسرة . وبعبارة أخرى هو كل حيلة يستعملها الخصم ويكون من نتيجتها تضليل المحكمة وإيقاعها في خطأ <sup>(٣)</sup> .

وقيل بأن الغش الإجرائي هو ما يصدر من الخصم أثناء المرافعة من أقوال كاذبة أو طرق احتيالية يفاجيء بها الخصم الآخر على غرة منه ، وهو يجهل حقيقتها ، ويكون من شأنها التأثير على عقيدة القاضي وإقناعه بها فيصدر حكمه مستندا عليها ، بحيث لولاها لصدر الحكم متخذا وجهها آخر <sup>(٤)</sup> .

وقد قيل أن جمهور الفقه الإجرائي يعرف الغش بما يجعله يشمل كل أعمال التدليس والمفاجآت الكاذبة التي يعهد إليها الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في اعتقادها فتصور الباطل صحيحا وتحكم لصالحه على ضوء هذا التصور المغلوط <sup>(٥)</sup> .

(١) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - ص ٥٠ .

(٢) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٥٠ .

(٣) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٤٨ .

(٤) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣٠٣ .

(٥) انظر : د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٠ .

وقد انتهى بعض الفقه إلى تعريف غش الخصوم بأنه تغيير الحقيقة بسوء نية من جانب الخصم وذلك من خلال الأعمال الإجرائية بقصد الإضرار بالخصم الآخر ، أو لتحقيق مصلحة خاصة أو غير مشروعة تتعارض مع القانون<sup>(١)</sup> . أو أنه تغيير الحقيقة بأي وسيلة بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة تتعارض مع القانون<sup>(٢)</sup> .

ورؤي أن الغش بالمعنى الواسع هو تغيير أو إخفاء الحقيقة بأية وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون . فهو يعني استخدام الطرق الاحتيالية أو غير الآمنة أو اساليب الخديعة والتضليل . وبالتالي فالغش قد يكون مرادفاً للتدليس أو للكتمان أو للإخفاء أو للكذب المحبوك أو للصورية<sup>(٣)</sup> .

ويستنتج من هذه التعريفات ، حسب الفقه القائل بها ، أن الغش يستلزم حيلة تدليسية من جانب الخصم حتى يؤثر في عقيدة القاضي وينجح في الحصول على حكم لصالحه<sup>(٤)</sup> . ولهذا أكد بعض الفقه أنه لا يوجد فارق يذكر بين الغش والتدليس ، فكلاهما يهدف إلى الاحتيال على قاعدة قانونية بهدف التوصل إلى أغراض لولا الغش ما أمكن التوصل إليها<sup>(٥)</sup> .

وقد أعطى بعض الفقه الإجرائي أمثلة للغش في مجال الإجراءات ، والذي يجيز الطعن بالتماس إعادة النظر ، منها تواطؤ الخصم مع المحضر بقصد عدم وصول الإعلان إلى المعلن إليه في موطنه الحقيقي . أو أن يتفق مع محامي خصمه على خيانة

(١) انظر : د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٥٩ .

(٢) انظر : د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٧٧ .

(٣) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٢ .

(٤) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣٠٣ .

(٥) د / نبيل اسماعيل عمر - الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٨٣ - بند ١٠٠ ص ١٠٢ .

موكله . أو أن يستعمل وسائل الإكراه ليمنع خصمه من إبداء دفاعه . أو أن يحلف اليمين المتممة كذبا<sup>(١)</sup> .

أما محكمة النقض فقد عرفت الغش بأنه " يتم بعمل احتيالي يقوم به الملتزم ضده ينطوي على تدليس يعمد إليه الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في عقيدتها فتصور الباطل صحيحا وتحكم بناء على هذا التصور لصالح من ارتكب الغش ضد خصمه الذي كان يجهل هذا الغش وكان يستحيل عليه كشفه أو دحضه<sup>(٢)</sup> .

كذلك اعتبر القضاء أن الحكم يبطل إذا ثبت أنه صدر عن إجراءات تنطوي على غش بقصد منع المدعى عليه من العلم بالدعوى وإبداء دفاعه فيها رغم استيفائها ظاهريا لأوامر القانون . وذلك إعمالا لقاعدة " الغش يبطل التصرفات " ، والتي تعد قاعدة واجبة التطبيق ولو لم يجر بها نص خاص في القانون<sup>(٣)</sup> .

كما اعتدت محكمة النقض بدفع الطاعن على أساس أن الخصم قد أعلن في مكان غير محل إقامته لإقامة الدعوى ضده بطريق الغش . مقرررة أن صحيفة الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها وإعلانها للخصم بطريق الغش في موطن

(١) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٥٠ ، د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١١ هامش ٣ ، د / أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٧٩ - التعليق على المادة ٢٤١ ص ٨١٠ - ٨١١ .

(٢) نقض اجارات ٧ أبريل ٢٠٠٤م - الطعن ١١٠٠١ لسنة ٦٦ ق - مشار إليه لدى : د / فتحي والي - الوسيط - ص ٦٩٠ هامش .

(٣) نقض مدني ١٢ ديسمبر ١٩٩٥م - الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٦٠ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٦ ج ٢ - رقم ٢٦٨ ص ١٣٦٣ .

آخر غير الموطن الواجب إعلانه بها فيه يترتب عليه اعتبار الحكم الصادر فيها منعدماً<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك اتجه جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> إلى إعطاء الغش مدلولاً واسعاً ، فتكلم عما أسماه الحد الأقصى للغش والحد الأدنى له . وخلط بين هذا الأخير وبين التسوية أو المماثلة .

فقد قال هذا الفقه أن الحد الأقصى في الغش هو تعمد الخصم استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة بقصد تضليل خصمه أو المحكمة وإيقاع أحدهما في غلط مما يؤثر على قضاء المحكمة في القضية التي يكون طرفاً فيها<sup>(٣)</sup>.

أما في حده الأدنى فإن الغش هو أن يكون الخصم قد توافر لديه سوء النية ، بأن اتخذ طلباً أو دفاعاً ، في دعوى أو طعن أو إجراءات تنفيذ ، وهو عالم لاحق له فيه ، وقصد بإبدانه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى ، أو عرقلة سير العدالة ، أو الإضرار بالخصم الآخر<sup>(٤)</sup>.

كما يتكلم بعض الفقه ، فضلاً عن الغش ، عما أسماه " شبه الغش " أو " الغش بمعناه الواسع " ، ويدرج ضمن هذه التسمية الكيد ، وسوء النية ، والتعسف ، والمماثلة . حيث يجمع هذا الفقه هذه المفاهيم القانونية المختلفة في إطار ما أسماه شبه الغش . ويرى أن هذه التعبيرات هي عبارات مرادفة أو شبيهة لتعبير الغش<sup>(٥)</sup>.

(١) نقض مدني ٤ ابريل ١٩٩٠ - طعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة أحكام النقض - السنة ٤١ - رقم ١٥١ ص ٩١٧ .

(٢) د / سيد أحمد محمود - الغش الاجرائي - ص ١٣ - ١٤ .

(٣) د / سيد أحمد محمود - الغش الاجرائي - ص ١٣ - ١٤ .

(٤) د / سيد أحمد محمود - الغش الاجرائي - ص ١٣ .

(٥) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٤٧ ، ٢٧٧ .

ويرى هذا الفقه<sup>(١)</sup> أن هناك نصوص في قانون المرافعات لم تنص على الغش بلفظه ، وإنما تناولته بمفهومه الواسع بما يشتمل عليه من سوء النية ، كيد ، مماثلة ، وإلى غير ذلك من هذه النصوص .

ومن النصوص التي لم تنص على الغش بلفظه وإنما تناولته بمفهومه الواسع ، وفقا لهذا الفقه<sup>(٢)</sup> ، الفقرة الأولى من المادة ١٨٨ من قانون المرافعات التي تنص على جواز أن تحكم المحكمة بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بها الكيد . وكذلك الفقرة الثانية من ذات المادة التي تقرر جواز أن تحكم المحكمة ، عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع ، بغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفاعا أو دفاعا بسوء نية<sup>(٣)</sup> .

وفي سياق هذا التوسع في تحديد مفهوم الغش ، والحديث عما سُمى شبه الغش، أو الغش بمعناه الواسع ، وقع الخلط بين التسوية والغش .

من ذلك - الخلط - القول بأنه قد يكون الغرض من استعمال طرق الطعن هو تأخير تنفيذ الحكم مما ينم عن غش<sup>(٤)</sup> .

كما قيل أن الغش قد يتمثل في تقديم مستند أو مذكرة بقصد الوصول إلى التأجيل التسويقي أو المماثلة لإطالة أمد النزاع<sup>(٥)</sup> . أو في لجوء المدعى عليه إلى إثارة الكثير من الحجج والأسانيد سواء أكانت لها صلة بالنزاع أم لا ، بغرض تعقيد القضية ، حتى

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٤٨ .  
 (٢) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - بند ٢٠٤ ص ٢٤٨ ، ٢٥٠ .  
 (٣) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - بند ٢٠٤ ص ٢٤٨ ، ٢٥٠ .  
 (٤) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٨٧ .  
 (٥) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٧٧ ، د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٣٩ .

لا يتيسر الفصل فيها إلا بعد وقت وجهد شديدين ، مع علمه أن كل ما يقدمه لن يؤثر على رأي المحكمة لصالحه . ولكن يكون هدفه كسب الوقت وتأخير التنفيذ<sup>(١)</sup> .

وقيل أنه من الغش في طلب التأجيل أن يكون القصد منه تعطيل الفصل في الدعوى وإطالة أمد النزاع<sup>(٢)</sup> .

وبالنسبة للحقوق الإجرائية ، يتمثل الغش في أن يتخذ أحد الخصوم طلبا أو دفعا أو إجراء بسوء نية ، بأن يكون عالما بالأحق له فيه ويقصد بإبدائه مجرد الكيد أو الإضرار بالخصم الآخر أو بالغير أو تعطيل الفصل في القضية<sup>(٣)</sup> .

وأحيانا تختلط المفاهيم الثلاثة ، الغش والتعسف في استعمال الحق والتسويق . حيث قيل أن المدين قد يرتكب غشا متمثلا في تعسفه في استعمال حقه في الاعتراض على التنفيذ . حيث يقصد من اعتراضه الإضرار بالدائن والكيد له أو عرقلة التنفيذ ووقفه أكبر فترة ممكنة<sup>(٤)</sup> .

والواقع أنه نظرا لصعوبة تعريف الغش أو تحديد المقصود به على نحو دقيق ، رغم ما بذل في هذا الصدد من محاولات<sup>(٥)</sup> ، فقد اتجه جانب من الفقه إلى أسلوب التحليل محاولا تحديد العناصر الجوهرية التي تدخل في تكوين الغش ، أي العناصر التي تكون جوهر فكرة الغش<sup>(٦)</sup> .

(١) ذات الإشارة السابقة .

(٢) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٧٩ .

(٣) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١١٦ ، ١١٨ .

(٤) د / سيد أحمد محمود - الغش الاجرائي - ص ٢٠٥ .

(٥) انظر : د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٤٤ ، ١٤٢ .

(٦) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٤ وما بعدها ، د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - بند ١١٣ وما يليه - ص ١٥٠ وما بعدها .

ومن خلال تحليل الفقه لعناصر الغش ، وكذلك من تعريف محكمة النقض<sup>(١)</sup> له، يمكن القول أنه يشترط في غش الخصم ، الذي يجيز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، ما يأتي :

١ - وسائل احتيالية تصدر عن الخصم بسوء نية .

٢ - أن يكون مؤثرا في الحكم .

٣ - خفاء أعمال الغش عن الخصم الآخر .

وذلك على النحو التالي :

أولا - سوء النية عنصر لازم في الغش :

لأن فكرة الغش هي في الأصل فكرة أخلاقية تتصل بسلوك الإنسان وما يجب أن يكون عليه ، فإن العنصر الجوهرى فيه هو - بحسب بعض الفقه - هو عنصر النية<sup>(٢)</sup>. ومن هنا تساءل الفقه هل يشترط في هذه النية - لوجود الغش - أن تكون سيئة؟ هل يعتبر سوء النية عنصرا جوهريا لفكرة الغش؟

ويجيب الفقه على ذلك أنه نعم بالتأكيد . فالإجابة واضحة<sup>(٣)</sup> . إذ لا يتصور حسن النية لدى الخصم الذي يلجأ إلى الحيل والأساليب غير المشروعة لتحقيق مصلحة لنفسه . وبمعنى آخر فإن فكرة الغش تتعارض في حد ذاتها مع حسن النية<sup>(٤)</sup> .

(١) نقض اجازات ٧ أبريل ٢٠٠٤م - الطعن ١١٠٠١ لسنة ٦٦ ق ، المشار إليه سابقا .

(٢) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - بند ١١٤ ص ١٥١ .

(٣) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٢ وما بعدها .

(٤) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٢ وما بعدها .

وفقا لبعض الفقه (١) إذن لا يتصور حسن النية لدى المتقاضي الذي يلجأ إلى الغش . وقد ذكر جوسران Josseland (٢) ، الفقيه الكبير ، أنه يلزم في تحديد معنى كلمة الغش سوء النية ، فلا يمكن الفصل بين هذا وذاك .

ويرى بعض الفقه (٣) أنه سواء أخذنا حسن النية بالمعنى الواسع الذي ينصرف إلى الثقة والأمانة التي يجب أن تسود في المعاملات بصفة عامة ، أو أخذنا حسن النية بالمعنى الضيق الذي ينصرف إلى الاعتقاد الخاطيء الذي يصدق على الشخص الذي يقتنع بصحة تصرفه ويراه متفقا مع نصوص القانون وغير مخالف له ، فإن هناك تناقضا واضحا بين الغش وحسن النية ،

حتى إذا كان من يلجأ إلى الغش يقصد مجرد التهرب من قاعدة قانونية ويريد أن يتفادى تطبيقها لأنها لا تتلائم مع رغباته (٤) .

وخلاصة ذلك عند الفقه أن المقصود بالغش هو استعمال وسائل احتيالية (٥) وأن عنصر سوء النية ، يعد عنصرا أساسيا أو جوهريا في تحقيق فكرة أو مفهوم الغش . بحيث يستحيل افتراض حسن النية في جانب الشخص الذي يلجأ إلى الأفعال المشبوهة بالحيل والأساليب غير المشروعة (٦) .

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٢ .

(٢) Josseland , les mobiles dans les actes juridiques de droit privé , 1928 , n° 227 .

(٣) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٢ .

(٤) انظر : د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٢ - ١٥٣ .

(٥) حيث يعتبر غشا الوسائل الاحتيالية . فلا يعد كذلك مجرد الكذب ، أو السكوت بعض الوقت عن إبداء دفاع معين . كما لا يعتبر غشا حلف يمين كاذبة . د/ فتحي والي - الوسيط - ٢٠٠٨ - بند ٣٦٣ - ص ٦٩١ ، د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ٢٠٠١ - ص ٧٧٧ .

(٦) وقد تطلبت محكمة الاستئناف المختلطة في الغش توافر سوء النية ، وإن كان حكمها وارد بصدد غش القاضي وليس غش الخصوم . فقد وصفت الغش بأنه ارتكاب الظلم عن قصد

=



ثانيا - يشترط في غش الخصوم أن يكون مؤثرا في الحكم :

فالمادة ٢٤١ من قانون المرافعات تجعل من غش الخصم سببا يجيز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، وتقرر في فقرتها الأولى ، أنه " للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة نهائية في الأحوال الآتية : ١- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم " .

ويستفاد من هذا النص أن الغش الصادر من الخصم والمجيز للطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر هو الغش الذي يترتب عليه تأثير في رأي القضاة<sup>(١)</sup> . فلا يكفي مجرد حصول الغش من الخصم أو استعماله وسائل احتيالية حتى يفتح للخصم الآخر طريق الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر . وإنما يلزم أن تكون واقعة الغش قد أثرت في رأي المحكمة<sup>(٢)</sup> . بل ويشترط أن يكون هذا التأثير جوهريا حسب رأي بعض الفقه<sup>(٣)</sup> . بحيث ما كانت المحكمة تصدر القرار الذي أصدرته لولا تأثر قناعتها أو رأيها بهذا الغش<sup>(٤)</sup> . وبمعنى آخر فإنه لولا وقوع هذا الغش لصدر الحكم متخذا وجهها آخر .

بدافع المصلحة أو بدافع الكراهية لأحد الخصوم أو محاباته ، كما إذا حرف القاضي عن قصد ما أدلى به من أحد الخصوم أو شاهده من أقوال . أو إذا كلف بكتابة تقرير عن قضية فكتبه محرفا عن قصد بأن وصف مستندا مقدما في القضية بغير ما اشتمل عليه حتى يخدع باقي أعضاء المحكمة . فسوء النية أمر لازم لتوافر الغش .

استئناف مختلط ١١ يوليو ١٩٤٣م ، التشريع والقضاء ، السنة ٦١ ص ١٣٦ مشار إليه لدى : د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ١٥٥ ، د / أحمد أبو الوفا - المرافعات - ط ١٤ - رقم ٥٤ - ص ٧٠ .

(١) د/ فتحي والي - الوسيط - ٢٠٠٨ - بند ٣٦٣ - ص ٦٩٢ ، د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ٢٠٠١ - ص ٧٧٨ ، د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٤٩ .

(٢) استئناف أهلي ٣١ يناير ١٩٢٣م - مجلة المحاماة - السنة ٣ - رقم ٢٠٢ ص ٢٧٠ ، استئناف مصر ٢٧ مايو ١٩٣٤م - مجلة المحاماة - السنة ١٥ - العدد الخامس - رقم ١٥٥ - ص ٣٢٥ .

(٣) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣١٦ .

(٤) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٦٦ وما بعدها .

وتأكيدا لهذا المعنى قضى بأنه يشترط لتوافر الغش الموجب للالتماس أن تكون الواقعة المدسوسة على المحكمة قد أثرت في عقيدتها بحيث أنه لو لم تصل إليها هذه الواقعة لما صدر الحكم على الوجه الذي صدر به (١).

فالغش الذي يعتد به في هذا المقام هو الذي يؤدي إلى تضليل القضاة والتأثير في قناعتهم بوقائع ليست صحيحة. أما إذا كان الحكم لم يركز على تلك الوقائع محل الغش وإنما بني على وقائع أخرى صحيحة، فإنه لا يعتد بمحاولة الخصم التأثير في رأي المحكمة أو بالغش الحاصل منه، كسبب يجيز الطعن في الحكم بالالتماس (٢).

بل وجعل بعض الفقه المناط أو الضابط، للغش الذي يجيز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر، هو "التأثير الذي يحدثه الغش في رأي المحكمة أيا كان الطريق الذي سلكه الخصم ما دام القصد منه تضليل المحكمة تأييدا لدعوى خاسرة، يستوى بعد ذلك إن كان الحكم المبني على الغش قد حسم الموضوع نهائيا أو جاء قطعيا في نقطة فرعية. وترتبا على ذلك، فإنه لا يكفي إثبات حصول غش أو استعمال وسائل احتيالية لطلب التماس إعادة النظر في حكم، بل يجب إثبات أن هذا الغش أو الوسائل الاحتياطية التي استخدمها الخصم قد أثرت في رأي القضاة الذين أصدروا الحكم" (٣).

(١) استئناف أهلي ٣١ يناير ١٩٢٣م - مجلة المحاماة - السنة ٣ - رقم ٢٠٢ ص ٢٧٠، استئناف مصر ٢٧ مايو ١٩٣٤م - المحاماة - السنة ١٥ - العدد الخامس - رقم ١٥٥ - ص ٣٢٥.

(٢) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٦٨.

(٣) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٥١، استئناف مختلط ١٦ يناير ١٩٢٤م - مجلة المحاماة - السنة ٤ رقم ٥٩٧ ص ٧٨٨.

## ثالثا - خفاء أعمال الغش عن الخصم الآخر :

حسب الفقه وأحكام القضاء فإن المراد بالغش هو العمل الخفي الذي لا يمكن للخصم معرفته إلا بعد صدور الحكم . فلا يكون الغش سببا للطعن بالالتماس إذا كان في مقدور الخصم الآخر دفعه أو كشف الحقيقة أمام المحكمة أثناء المرافعة . أو كانت واقعة الغش محلا للمناقشة بين طرفي النزاع أمام المحكمة<sup>(١)</sup> . وإنما يلزم فيه أن يكون خفيا يجهله الخصم الآخر ولا يمكن معرفته إلا بعد صدور الحكم . فإذا كان في مقدور هذا الخصم ، أثناء سير الإجراءات أمام المحكمة ، دفع حيل خصمه ، فإن مسلك الخصم وإن أمكن اعتباره غشا ، لا يكفي لقبول التماس إعادة النظر<sup>(٢)</sup> .

وقد قضت محكمة النقض بأن الغش المبيح للطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم النهائي هو ما كان خافيا على الخصم طيلة نظر الدعوى ، بحيث لم تتح له الفرصة لتقديم دفاعه فيه وتنوير حقيقته للمحكمة ، أما ما تناولته الخصومة وكان محل أخذ ورد بين طرفيها وعلى أساسه رجحت المحكمة قول طرف على آخر فلا يجوز إعادة النظر فيه<sup>(٣)</sup> .

كما قضت محكمة النقض بأن الغش الذي يبني عليه التماس إعادة النظر بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤١ من قانون المرافعات هو الذي ..... ولم يتح

(١) د/ فتحي والي - الوسيط - ٢٠٠٨ - بند ٣٦٣ - ص ٦٩٢ ، د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ٢٠٠١ - ص ٧٧٨ ، د/ أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٧٠ وما بعدها . ومع ذلك قيل بأنه لا يشترط لقبول الالتماس أن يكون الغش متعذرا معرفته ، وإلا اختلف حكمه بالنسبة ليقظة الخصم وفطنة القاضي . انظر : د/ أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٧٠ ، وهامش ١٦٦ .

(٢) ذات الإشارة السابقة .

(٣) نقض مدني ١٤ يناير ١٩٨٦ م - الطعن رقم ٨٥٩ لسنة ٥٢ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٧ - العدد الأول - رقم ٢٩ - ص ١١٨ .

للمحكمة أن تتحرى عند أخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه وتنويرها في حقيقة شأنه لجهله به وخفاء أمره عليه بحيث يستحيل كشفه ، فإذا كان مطلعاً على أعمال خصمه ولم يناقشها أو كان في وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يفضح أمره أو كان في مركز يسمح له بمراقبة تصرفات خصمه ولم يبين أوجه دفاعه في المسائل التي يتظلم فيها فإنه لا وجه للالتماس<sup>(١)</sup> .

وجاء في أحد أحكام محكمة القضاء الإداري أنه يشترط لقيام الغش الذي يجيز التماس إعادة النظر في الحكم توافر شروط أربعة ، الأول : حصول غش من أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى باستعمال طريقة احتيالية لمنع القاضي أو الخصم الآخر من معرفة الحقيقة وإثباتها ، الثاني : أن يكون هذا الغش مجهولاً من الخصم وقت المرافعة ، الثالث : أن يحصل ذلك الغش خفية أي بغير أن يتمكن الخصم من دفعه أثناء المرافعة أو يستحيل عليه ذلك سواء كانت الاستحالة مادية أو أدبية ، الرابع : أن يكون الغش قد أثر على المحكمة بحيث لولا حصوله لما قضت بحكمها المطعون فيه<sup>(٢)</sup> .

وعلى هذا الأساس فالمشرع يفترض لإمكان الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، بناء على غش الخصم ، ألا يكون الطاعن عالماً بالغش أثناء الخصومة . ولهذا لا يبدأ ميعاد الطعن بالالتماس إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش<sup>(٣)</sup> . ( م ٢٤٢ - ١ من قانون المرافعات ) .

(١) نقض مدني ٢٥ مايو ١٩٨١ م - الطعن رقم ١٧١ لسنة ٤٨ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٢ - الجزء الثاني - رقم ٢٨٧ ص ١٥٩١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٦ يونيو ١٩٤٨ م - مجلة المحاماة - السنة ٣٠ - العددان التاسع والعاشر - رقم ٤٨٢ ص ١١٢٦ . وانظر : د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣١٨ .

(٣) د / أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة - ص ٧٤ .

وفي ضوء هذه الشروط ، التي يجب توافرها في الغش الصادر من الخصم حتى يعتد به القانون كسبب للطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، اضطر بعض الفقه إلى إعطاء الغش كسبب للطعن بالالتماس مفهوماً أضيق مما قال به للغش بصفة عامة (١) . وانتهى هذا الفقه إلى تعريف الغش في هذا الصدد بأنه الغش الذي يقع من أحد الخصوم خفية أثناء نظر الدعوى بقصد تضليل القاضي أو الخصم الآخر لإبعاده عن الحقيقة ، ويؤثر في الحكم الصادر بحيث لولا وقوعه لصدر الحكم متخذاً وجهاً آخر (٢) .

فالغش الصادر من الخصوم ، كسبب للالتماس ، يستلزم حيلة تدليسية من جانب الخصم حتى يؤثر على خصمه ، والتأثير على عقيدة القاضي وإقناعه ، فيصدر الحكم لصالحه . بحيث لولا هذه الحيلة لصدر الحكم متخذاً وجهاً آخر (٣) .

وهو ما يوضح أن الفقه الذي أدخل المماثلة فيما أسماه الغش بالمعنى الواسع ، عاد وفرق بين هذا المفهوم الواسع للغش ، بما فيه المماثلة ، وبين الغش بمعناه الدقيق . وتطلب في هذا الأخير ، مع غيره من الفقه ، وأحكام القضاء ، كما رأينا ، حيلة تدليسية ، تصدر عن سوء قصد بهدف تضليل المحكمة ، وأن تتم خفية عن الخصم الآخر . واشترط في هذه الحيلة أن تكون ذات أثر ، بل وأثر جوهري ، في تكوين عقيدة المحكمة ، بحيث تجعلها تصدر حكماً ما كانت لتصدره لولا هذه الحيلة التدليسية .

وواضح أن هذه العناصر والشروط لا يلزم توافرها في الإجراءات التسوية التي يسعى من خلالها المتقاضى إلى مجرد كسب الوقت . أي الاستفادة من الوقت المستنفذ في الإجراءات القضائية . فالإجراءات التسوية لا تستلزم حيلة تدليسية

(١) والذي أدخل فيه مفهوم المماثلة كما رأينا .

(٢) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣٢٠ .

(٣) د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٣٠٢ وما بعدها .

بالمعنى المفهوم لهذا التعبير . كما أنه ، وبداهة ، لا يشترط فيها أن تتم خفية . كما أنها لا تهدف إلى تضليل المحكمة ، وليست ذات أثر مباشر في تكوين قناعة أو قرار القاضي عند حكمه في الموضوع وجعله يصدر الحكم على نحو مغاير لما كان يصدره عليه لو لم تمارس هذه الحيل التدليسية . ولهذا فإن التسويق لا يعد غشا بالمفهوم القانوني لهذا الاصطلاح .

والموضح كذلك أن الفارق بين الغش والمماثلة لا ينحصر فقط في اختلاف المفهوم وعناصره على هذا النحو . بل يوجد فارق جوهري آخر يتمثل في الأثر القانوني .

فالغش الصادر من الخصم ، بحسب المادة ٢٤١ / ١ من قانون المرافعات ، يجيز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر . لأن جزاء الغش في قانون المرافعات هو بطلان أو انعدام العمل . استنادا إلى مبدأ أن الغش يفسد التصرفات ويبطلها <sup>(١)</sup> .

وذلك في حين لا تؤدي المماثلة إلى بطلان أو انعدام الإجراء الذي تم تسويقا ومماثلة . ولا تفتح هذه الإجراءات التسويقية طريقا خاصا للطعن في الحكم . وإنما يتم مواجهتها بتدابير وجزاءات أخرى ، تصدر عن اعتبارات مختلفة كما سنرى <sup>(٢)</sup> .

وهكذا يتضح أن خلط بعض الفقه كما رأينا بين المماثلة أمام القضاء وبين غش الخصوم لا يقوم على أساس سليم .

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - بند ٢٣٢ وما يليه - ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) في الباب الثاني إن شاء الله .

وإذا كان بعض الفقه قد أعطى الغش مفهوما واسعا وتكلم كما رأينا عما أسماه الغش بالمعنى الواسع ، أو شبه الغش ، وهو ما يجعل من المتصور الخلط بين غش الخصوم والمماطلة . وهو ما حدث بالفعل حين أدخل بعض الفقه المماطلة في مفهوم الغش بهذا المعنى الواسع ، أو شبه الغش . فالواقع أن هذا الاتجاه لا يزعج كثيرا .

فهو من ناحية ، غير شائع في الفقه أو في أحكام القضاء ، بذات القدر الذي يحدث به الخلط بين المماطلة والتعسف في استعمال الحق ، كما رأينا من قبل .

فضلا عن أنه ، من ناحية أخرى ، نظرا لوضوح الفارق بين المماطلة والغش ، سواء من حيث المفهوم وعناصره ، أو من حيث الأثر القانوني ، لم يذهب هذا الاتجاه إلى حد إدخال المماطلة في مفهوم الغش بمعناه الدقيق . وإنما في إطار ما أسماه الغش بمعناه الواسع أو شبه الغش .

والواقع أن هذا التصور بدوره غير صحيح . فالغش بهذا المفهوم الواسع الذي قيل به قد يكون صحيحا إذا كان بالمعنى الأخلاقي . أي منظورا إليه من زاوية الأخلاق وليس من الناحية القانونية . كما أنه لا يوجد في القانون ما يسمى " شبه غش " .

فأما أن تتوافر في سلوك المتقاضى العناصر التي يشترطها الفقه والقضاء كما رأينا لتوافر الغش بمعناه الصحيح ، فيأتي ، بسوء نية وفي الخفاء عن الخصم الآخر ، حيلة تدليسية تؤثر في قرار القاضي فتجعله يصدر حكما ما كان ليصدره لولا هذا المسلك التدليسي ، فيكون تصرف المتقاضى عندئذ غشا يؤدي إلى بطلان الحكم طبقا لمبدأ أن الغش يفسد كل شيء ، وبالتالي يجيز الطعن بالتماس إعادة النظر في هذا الحكم . وإما أن لا تتوافر بمسلك المتقاضى هذه العناصر فلا يكون غشا ولا ينفتح بسببه طريق الطعن في الحكم بالالتماس .

ولا يوجد بين هذا وذاك مرحلة أو منطقة وسطى ، ذات أثر إجرائي معين ، يمكن أن نطلق عليه شبه غش .

لذلك يتضح أيضا أن تصور بعض الفقه لمفهوم الغش بمعناه الواسع ، أو شبه الغش ، وإدراج الإجراءات التسوية أو المماثلة فيه ، لا يقوم على أساس سليم .

ويبدو - في اعتقادي - أن ما دفع إلى هذا الخلط ، بين التسوية والغش ، هو اتباع ذات المنهج الذي يلجا إليه كثير من الباحثين حاليا ، إلى حد لا أكون مبالغاً إذا ما وصفته بالظاهرة ، وأقصد به محاولة كل باحث أن يوسع إلى أقصى حد ممكن من الفكرة أو النظرية التي يقول بها أو يعالجها ، إلى درجة تجعلها تبتلع غيرها من المفاهيم أو الأفكار القانونية التي تكون - أحيانا - بعيدة عنها بمسافة ليست قصيرة .

ومن هذا التوسع ، والذي يأتي على حساب دقة المفاهيم القانونية ، أن يدخل بعض الفقه في مفهوم الغش " وسائل الدفاع التي يقدمها المدعى عليه ويكون الغرض منها منع المحكمة من نظر الدعوى " ، والمشار إليها بالمادة ١٤٢ من قانون المرافعات<sup>(١)</sup> ، والتي تجعل ترك المدعى لدعواه غير معلق على قبول المدعى عليه ، وهي الدفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى ، أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى .

(١) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٠٣ .



وأعتقد أنه كذلك من باب التوسع ، المغالى فيه ، في تحديد مفهوم الغش أن يعتبر بعض الفقه أن المادة ١٩ مرافعات عندما ترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المواد ٦ و ٧ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٣ من ذات القانون ، فهي ترتب جزاء للغش <sup>(١)</sup> .

ومن باب هذه التوسعة غير المبررة أيضا أن نجعل الغش يشمل تقديم أحد طرفي الخصومة مستندا كان في إمكانه تقديمه في المواعيد القانونية وترتب على ذلك تأجيل الفصل في الدعوى ( م ٩٧ مرافعات ) . أو أن نعتبر بصفة عامة أن كل وسيلة دفاع كان يجب تقديمها من أحد الخصوم في وقت مبكر وقدمت بعد ذلك بقصد التسويق أو التأجيل التسويقي تعد غشا ، لأن الغرض منها تعطيل الفصل في القضية مما يؤثر على سير العدالة أمام القضاء <sup>(٢)</sup> .

وليس بعسير أن نتبين أن العناصر التي حددها هذا الفقه ذاته للغش لا تتوافر بهذه التصرفات التي أدخلها في مفهومه . فمثلا ، عدم تقديم الخصم مستندا كان في الإمكان تقديمه سابقا قد يكون راجعا إلى مجرد إهمال أو نسيان أو عدم دراية بحكم القانون ، وكل هذا لا يعد غشا .

وأعتقد أن التوسع في مفهوم غش الخصوم على هذا النحو يؤدي إلى الخلط بين مفاهيم قانونية متميزة . ويؤدي إلى نتائج تبدو غير مقبولة قانونا . فإذا كان طلب التأجيل بقصد تعطيل الفصل في الدعوى وإطالة أمد النزاع يعد غشا ، كما قيل ، وإذا كان الغش الحاصل من الخصم يجيز الطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر ، فهل يجيز

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٧٨ .

(٢) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١٠٤ .

طلب التأجيل إذا كان بهذا القصد ، الطعن في الحكم الصادر في موضوع الدعوى بالالتماس ، وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢٤١ مرافعات .

ولهذا كان صحيحا تماما ، في اعتقادي ، أن يرفض بعض الفقه الإجرائي اعتبار أن استعمال الحق في الطلب أو في الدفع أو في اتخاذ إجراء معين بهدف المماطلة أو التسوية ، من قبيل الغش<sup>(١)</sup> .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥٢٩ .

## الفصل الثاني

### أساس مواجهة الإجراءات التسوية

نتكلم في هذا الفصل عن أساس مواجهة الإجراءات التسوية . ونقسمه إلى مبحثين . في المبحث الأول نعرض للأساس الفني لمواجهة هذه الإجراءات ، من حيث أنها تعد إخلالا بواجب حسن النية في التقاضي . أما المبحث الثاني فنبحث فيه الأساس التشريعي لهذه المواجهة ، للعثور على بعض النصوص القانونية المقررة لها ، ارتكازا على كون هذه الإجراءات إخلالا بواجب .

المبحث الأول : الإجراءات التسوية إخلال بواجب حسن النية في التقاضي .

المبحث الثاني : الأساس التشريعي لمواجهة الإجراءات التسوية .

## المبحث الأول

### الإجراءات التسوية إخلال بواجب حسن النية في التقاضي

يوجب القانون على المتقاضي أن يكون حسن النية :

السائد في الفقه الإجرائي أن اكتساب الشخص صفة الطرف في الإجراءات القضائية ، أي صفة الخصم ، يجعله في مركز قانوني معين . هذا المركز القانوني يتضمن تمتع الخصم بمجموعة من المكنتات القانونية ، هي الحقوق الإجرائية وغيرها

من السطات الإجرائية<sup>(١)</sup> . وهذا المركز القانوني يتضمن أو يفرض على الخصم واجبا مقابلا هاما ، وهو واجب السلوك في الخصومة بحسن نية<sup>(٢)</sup> .

والواقع أن الفقه الإجرائي قد انقسم في تحديد مفهوم الواجب الإجرائي بين أكثر

من رأي :

الأول ، يوسع من مفهوم الواجبات الإجرائية ، بحيث يجعله يشمل كافة الأوضاع التي تفرض سلوكا معينا على الخصم<sup>(٣)</sup> ، سواء توافرت له مقومات الالتزام بالمعنى الفني ، مثل الالتزام برد المصاريف ، أو كان واجبا عاما ، يرتب عليه القانون جزاء ، أو كان مجرد عبء يفرض فيه القانون على الخصم أداء عمل معين لمصلحته الذاتية ، أو تمثل في واجب سلبي بالخضوع أو الامتناع عن إعاقه نشاط شخص آخر وبالامتثال لنتائجه<sup>(٤)</sup> .

(١) بينما يقصر أستاذنا الدكتور فتحي والي ( الوسيط - بند ١٩٦ - ص ٢٩٩ ) تعبير الحقوق الإجرائية على المركز المستمد من وضع معين في الخصومة ، لا على مجرد وصف الخصم ، ويمثل له بالحق في الطعن الذي لا يكون إلا للمحكوم عليه ، فإن جانبا آخر من الفقه ( د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥١٨ - ٥١٩ ) يطلق تعبير الحقوق الإجرائية على كافة المكثات التي يخولها القانون للخصم ، سواء توافرت لها مقومات الحق الشخصي بالمعنى الدقيق ، والذي يقابله التزام على عاتق طرف آخر مثل حق المحكوم له بالمصاريف في استرداد ما دفعه من الخصم الآخر المحكوم عليه ، أو كانت مجرد مكنة مباشرة إجراء معين لا يقابلها ، على عاتق الطرف الآخر ، التزام بالمعنى الدقيق ، مثل مكنة تقديم دليل ، أو الحق في الاطلاع والحق في الحضور ( د / وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم - ص ١٠١ ) . ووفقا له يستخدم تعبير الحق الإجرائي عموما للدلالة على مكثات الخصم مثل الحق في اتخاذ الإجراء والحق في الإثبات والحق في الطعن والحق في التنفيذ . وهكذا يُطلق تعبير الحق الإجرائي في قانون المرافعات على أي مكنة إرادية يعترف بها القانون للشخص تحقيقا لمصلحته الذاتية .

(٢) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٩ - ٨٠ .

(٣) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥١٩ .

(٤) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥١٩ - ٥٢٠ .

أما الاتجاه الثاني ، فإنه يجعل للواجب الإجرائي مفهوماً أضيق من ذلك ، بحيث يميز الفقه القائل به <sup>(١)</sup> ، بين الواجب الإجرائي والعبء الإجرائي .

والاتجاه الثالث في الفقه <sup>(٢)</sup> فيميز بين العبء الإجرائي والالتزام بالمعنى الصحيح . ويوجد هذا الأخير عندما يفرض القانون على الخصم اتباع سلوك لمصلحة شخص آخر ، ويترتب على مخالفته جزاء قانوني . وهو بهذا يختلف ويتميز عن العبء الإجرائي . والذي هو سلوك يفرضه القانون على الشخص لتحقيق مصلحته الذاتية . ولا يترتب على مخالفته جزاء قانوني ، وإنما فوات المصلحة التي يستهدفها العمل . كعبء الإثبات وعبء الحضور ، الذي يفرضه القانون على الخصم لتمكينه من الدفاع . ويترتب على غيابه فوات فرصته في الدفاع .

ورغم انقسام الفقه الإجرائي في تحديد مفهوم الواجب الإجرائي على هذا النحو ، فإن إجماع هذا الفقه منعقد على أن أحد الواجبات الهامة التي يفرضها قانون المرافعات على المتقاضى هو واجب السلوك في الخصومة بحسن نية . فمركز الخصم يفرض عليه واجب حسن النية في مباشرة الإجراءات <sup>(٣)</sup> . وهذا الواجب هو واجب إجرائي يفرضه قانون المرافعات على المتقاضى . ويفرض جزاء على مخالفته .

(١) د / نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات - ص ١٨ .

(٢) د / فتحي والي - الوسيط - بند ١٩٦ - ص ٢٩٩ .

(٣) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢١ ، ص ٥٢٨ ، دراسات في مركز الخصم - ص ١٦ ، د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١١٦ ، د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٤ وما بعدها ، د / ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ج ٢ - بند ٣٩١ - ص ٢٨٤ - ٢٨٥ .

ووفقا لبعض الفقه فإن تقرير هذا الواجب يهدف في المقام الأول إلى البحث عن الحقيقة ودفع الظلم عن طريق قرارات تستند إلى حقيقة العلاقات القائمة بين الخصوم وليس إلى وقائع خادعة ومزورة<sup>(١)</sup>.

واجب حسن النية في التقاضي واجب قانوني ، إجرائي ، عام :

نتيجة لاختلاف نظر الفقه ، وكذلك التشريع في عديد من النظم القانونية ، إلى واجب ممارسة إجراءات التقاضي بحسن نية ، فقد أثير التساؤل عن طبيعة هذا الواجب، وهل هو واجب قانوني أم واجب أخلاقي<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن القانون يفرض على الخصوم واجب بقول الصدق أمام القضاء . فالنشاط القضائي واجبه الأول ضمان الحقيقة . ومن أجل هذا يفرض واجب الصدق على الخبراء والشهود كما يفرضه على الخصوم . وإذا كان القانون الوضعي لم يعين واجب الصدق من حيث المبدأ ، فإنه عين صراحة واجب الأمانة . ولا يجب الفصل أو التمييز بين الواجبين ، لأن الثاني ، واجب الأمانة ، يتضمن الأول ، واجب الصدق . لذلك فإن احترام الحقيقة في مجال النشاط القضائي يعد واجبا قانونيا كما هو واجب أخلاقي<sup>(٣)</sup>.

وذلك بينما ذهب فريق آخر من الفقه إلى أنه لا يوجد واجب قانوني بقول الحقيقة أمام القضاء . وأن هذا الواجب في نطاق قانون المرافعات لا يعدو أن يكون واجبا أخلاقيا . فالمبادئ المسيطرة على الخصومة المدنية ، كمبدأ أن الخصومة ملك

(١) د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٤ .

(٢) د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١١٧ ، د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٤ وما بعدها .

(٣) د / إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٥ - ٤٨٦ .

الخصوم ، ومبدأ حياد القاضي ، لا تحتل فرض هذا الواجب كواجب قانوني . وإنما تكفي - قواعد هذا القانون - بفرض واجب مراعاة حد أدنى من الأمانة ، وذلك بالامتناع عن سوء النية وعن تضليل الخصم <sup>(١)</sup> .

كما تباينت وجهات نظر التشريعات المختلفة ازاء فرض واجب حسن النية على المتقاضين .

فقد ذهبت بعض التشريعات إلى حد فرض التزام قانوني على الخصوم بقول الحقيقة . وهذا هو حال القانون النمساوي في المادة ١٧٨ من قانون المرافعات . وهذا النص - حسب بعض الفقه - يفرض على الخصوم ليس فقط واجب قول الحقيقة ، ولكن أيضا الالتزام بالأخفا عن القاضي أية واقعة تتعلق بالموضوع <sup>(٢)</sup> .

واتجهت بعض القوانين إلى فرض واجب الأمانة والنزاهة صراحة على الخصوم ، وذلك كما هو الشأن في القانون الايطالي الذي يفرض في المادة ٨٨ من قانون المرافعات - الصادر سنة ١٩٤٢ - على الخصوم والمحامين واجب الأمانة Loyauté ، والنزاهة Probité ، في مسلكهم أمام القضاء <sup>(٣)</sup> . وأجاز ذات النص الحكم بالتعويضات ونفقات الخصومة في حالة مخالفة هذا الواجب <sup>(٤)</sup> .

(١) انظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٥ .

(٢) انظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٨ .

(٣) انظر : د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٨ .

(٤) انظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٤ وما بعدها .

وقد كان القانون الفرنسي القديم يهتم بحسن النية في التقاضي . فقد كانت المادة ٧ من لائحة ١٦٦٧م تفرض على القاضي ألا يقبل من الخصوم أي رد حول وقائع النزاع إلا بعد حلف اليمين<sup>(١)</sup> .

وما يقول به جانب هام من الفقه الإجرائي المصري هو أن مركز الخصم مركز قانوني إجرائي . لذلك فإن حقوق وواجبات الخصوم يحددها القانون ، وتحديدًا القانون الإجرائي<sup>(٢)</sup> .

ذلك أنه مراعاة لاعتبارات معينة ، تتمثل في حسن سير مرفق القضاء ووجوب حسم المنازعات في وقت قصير ، حتى لا تتكسد القضايا أمام المحاكم ويتعطل بالتالي سير العدالة وتحقيق القانون ، أو تمكين الخصم الآخر من ممارسة حقه في الدفاع ، - تلبية لهذه الاعتبارات - يتضمن المركز القانوني للخصم العديد من الواجبات والأعباء التي تُفرض على الخصم<sup>(٣)</sup> . وهذه الواجبات والأعباء التي تتضمنها الخصومة يكون مصدرها هو القانون ، وتحديدًا القانون الإجرائي<sup>(٤)</sup> .

فالقانون هو الذي يتولى تنظيم مركز الخصم وحقوقه وواجباته من أجل تهيئة السبل الكفيلة بتحقيق إرادة القانون في النزاع المطروح على المحكمة<sup>(٥)</sup> .

(١) انظر : د / ابراهيم امين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٤ .

(٢) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٠ .

(٣) د / ابراهيم امين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٦٣ .

(٤) د / ابراهيم امين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٦٩ . وذلك ما لم يجعل القانون من أمر القاضي في بعض الحالات ، واتفاق الخصوم في حالات أخرى ، مصدرًا مباشرًا لهذه الواجبات . انظر المواد ٩٩ مرافعات و ٧٦ إثبات ، حيث تجعل من أمر القاضي المصدر المباشر لبعض واجبات الخصم . وهنا يكون القانون هو مصدرها غير المباشر .

(٥) G. Cornu et J. Foyer , Procédure civile , 1958 , p. 363 .

د / ابراهيم امين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٦٦ هامش ٣ .



فالنشاط الإجرائي الذي يباشره الخصوم يخضع لقواعد قانون المرافعات ، وقانون الإثبات ، والتي تنظم إمكانية القيام بالعمل وتحدد الآثار المترتبة عليه <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا النحو تتكفل نصوص قانون المرافعات بتحديد وفرض المسلك الذي يجب على المتقاضي اتباعه . وذلك منذ لحظة بدء الإجراءات القضائية وحتى انتهائها . ويتعين على الخصم – وفقا لهذه النصوص – أن يباشر هذه الإجراءات بحسن نية .

ولهذا يمكن القول أن واجب حسن النية في التقاضي هو واجب عام . فهو لا يقتصر على من يكون طرفا في خصومة قضائية بمعناها الضيق ، الذي يقول به جانب من الفقه ، ويجعلها فقط إجراءات الحصول على حكم <sup>(٢)</sup> ، بل يسري هذا الواجب على من يكون طرفا في الخصومة بمعناها الواسع . أي الإجراءات التي ترمي إلى تطبيق القانون بواسطة القضاء <sup>(٣)</sup> .

وبمعنى آخر فإن حسن النية في مباشرة الإجراءات واجب يقع على من يكون طرفا في الإجراءات القضائية بصفة عامة .

(١) د / وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم - ص ١٠٥ .  
 (٢) من هذا الفقه : د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٣٦٨ .  
 (٣) من الفقه الذي يعطى اصطلاح الخصومة هذا المعنى الواسع ، حيث يقصد بها مجموعة الأعمال التي ترمي إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء ، بحيث يجعلها على هذا النحو مرادفا لاصطلاح الإجراءات القضائية ، استاذنا الدكتور / فتحي والي - الوسيط - طبعة ٢٠٠٨م - بند ١٩١ ص ٢٩٣ ، د / اسامة أحمد شوقي المليجي - الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري - المشار إليه - بند ٢٩٦ ص ٢٨٦ ، ٢٣ ، د / نبيل اسماعيل عمر - اشكالات التنفيذ الجبري - منشأة المعارف ١٩٨٢ - بند ٩٥ ص ١١٦ ، د / أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية - الجزء الأول - رابطة التنفيذ - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - بند ١٥٧ ص ٢٤٠ .

وينطبق هذا الواجب كذلك على المسلك الايجابي أو على المسلك السلبي للمتقاضي . بحيث يكون واجبا عليه أن يباشر الإجراءات بحسن نية . وينطبق كذلك على مسلكه السلبي بحيث يلزم ألا يمتنع المتقاضي بسوء نية عن اتخاذ الإجراء . لأن واجب حسن النية أحد مكونات أو عناصر المركز القانوني للخصم ، أو المتقاضي ، ويحكم سلوكه الايجابي والسلبي على السواء <sup>(١)</sup> .

لذلك يمكن القول أن قانون المرافعات يفرض على الخصم واجبا قانونيا عاما بأن يسلك في الخصومة بحسن نية . ويؤكد الفقه أنه إذا كان القانون المصري لم ينص صراحة على هذا الواجب ، فهذا صحيح ، إلا أنه يمكن استنتاج هذا الواجب بوضوح من نصوص التشريع المصري ، ومن العديد من قواعده <sup>(٢)</sup> .

ويبدو موقف التشريع الفرنسي ، في هذا الشأن ، قريب من موقف نظيره المصري . فرغم أن تقنين المرافعات الفرنسي القديم . ACPC ، والجديد . NCPC ، لم يتخذ أيهما موقفا صريحا من واجب حسن النية في التقاضي ، فلا يوجد نص صريح يفرض هذا الواجب ، فإن الفقه يرى أنه يمكن استخلاص اتجاه هذا القانون نحو فرض هذا الواجب من نصوصه التي تفرض جزاء للاستعمال التعسفي أو التسويفي للإجراءات القضائية . ( كالمادة ٣٢ - ١ - NCPC ) ، وكذلك من النصوص التي تجعل من الغش واحتجاز المستندات الحاسمة واستعمال المستندات المزورة واليمين الكاذبة سببا لإعادة النظر في الحكم ( م ٥٩٥ . NCPC ) <sup>(٣)</sup> .

(١) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٩ .

(٢) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٨ وما بعدها ، دراسات في مركز الخصم - ص ٨٦ ، د / إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٩ وما بعدها .

(٣) د / إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٨ . وكانت المادة ٤٨٠ من تقنين المرافعات الفرنسي القديم تقضي بالامتناع عن استخدام الغش وعن الكذب والصمت حول بعض الوقائع والمستندات التي في حوزة الخصم ، لأن ذلك يجعل الحكم قابلا للإلغاء . ذات المرجع - ص ٤٨٨ - ٤٨٩ .

ولهذا استخلص الفقه أن واجب حسن النية في التقاضي يعد أحد عناصر أو مكونات المركز القانوني للخصم في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup> ، تماما كما هو الحال في القانون المصري .

ولا شك أن هذا الذي ذهب إليه الفقه المصري من أن قانون المرافعات يفرض على الخصم واجب السلوك في الخصومة بحسن نية ، جدير بالتأييد . وإن كان الواقع ، كما سنرى ، أن نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات يقرر جزاء لسوء النية في التقاضي ، فتجيز هذه المادة في فقرتها الثانية للمحكمة أن تحكم بغرامة على الخصم الذي يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا ، أو بصفة عامة يتخذ إجراء بسوء نية ، بالإضافة إلى تضمن قانون المرافعات وقانون الإثبات نصوصا أخرى تفرض جزاء على الخصم الذي يفترض سوء نيته في اتخاذ إجراءات أو تقديم طلبات معينة . وهو ما يعد أساسا كافيا ، في اعتقادي ، للقول بأن القانون المصري يفرض صراحة ، على المتقاضي ، واجب حسن النية في التقاضي . إذ تعد هذه النصوص تقرير تشريعي صريح لهذا الواجب .

وهكذا فإن واجب حسن النية في مباشرة الإجراءات هو واجب قانوني إجرائي تفرضه نصوص قانون المرافعات . ويفرض القانون على الإخلال بهذا الواجب جزاءات إجرائية ، تختلف من حالة لأخرى ، حسب الصورة التي يتم مخالفتها من صور هذا الواجب ، والاعتبار الذي كان يستوحيه المشرع عند تقريرها .

(١) ذات الإشارة السابقة .

كذلك تؤدي مخالفة واجب حسن النية في التقاضي ، كواجب قانوني ، إلى إثارة مسؤولية المتقاضي الذي ارتكبها . وهي مسؤولية تقصيرية . لأن مخالفة الواجب القانوني تعد خطأ يرتب الالتزام بتعويض الضرر الناجم عنه وفقا للقواعد العامة .

وقد أوضح بعض الفقه أن الفعل الواحد يمكن أن يرتب كلا النوعين من المسؤولية . حيث يمكن أن تؤدي مخالفة أحد الواجبات الإجرائية إلى إثارة المسؤولية الإجرائية إذا توافرت شروطها . وكذلك إثارة قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية إذا توافرت شروطها هي الأخرى <sup>(١)</sup> .

ورأى بعض الفقه أنه عند الإخلال بالواجبات الإجرائية ، يكون الضرر الأساسي الذي يجب مواجهته هو الضرر الذي يصيب المصلحة العامة . لأن مخالفة الواجب تمس بشكل مباشر الاعتبارات الهامة التي فرض الواجب من أجلها . كحسن سير العدالة وانتظامها وسرعة الفصل في القضايا وعدم تكديسها . لذلك فإن الضرر الذي يصيب المصلحة العامة أكثر ظهورا في هذا النوع من المسؤولية ، أما مواجهة الضرر الذي يصيب الطرف الآخر جراء هذا الإخلال ، فإنها قائمة أيضا ، ولكنها أقل ظهورا <sup>(٢)</sup> .

ولما كان إخلال الخصم بواجب حسن النية في التقاضي قد يتمثل في عدم اتخاذ الخصم إجراء معين ، متى كان مدفوعا في ذلك بنية سيئة ، بقصد الإضرار بالغير أو بقصد تعطيل سير الدعوى وتأخير صدور الحكم المنهي للإجراءات ، فإنه يجب عدم الخلط بين واجب حسن النية من ناحية وواجب تسيير الخصومة من ناحية ثانية .

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٧٣ - ٤٧٤ .

(٢) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٧٧ .

صحيح أن القانون المصري قد أعطى للقاضي سلطة في تسيير الخصومة ، لكنه في الحقيقة لم يتجاهل تماما المبدأ التقليدي الذي يجعل سير الخصومة متوقفا على مبادرات أو نشاط الخصوم **Le principe dispositif** . فاتخذ - المشرع المصري - موقفا وسطا بمنح الخصوم حق تسيير الخصومة <sup>(١)</sup> ، أي اتخاذ الإجراءات التي ترمي إلى تحريكها أو سيرها إلى الأمام نحو غايتها . بل وفرض القانون على المدعي واجب تسيير الخصومة ، إذ هو الذي بدأها ، ويفترض أنه صاحب المصلحة في سيرها ، ويجب أن يكون حريصا على ذلك . لذلك يرتب القانون جزاءات إجرائية على إهماله أو امتناعه ، كوقف الخصومة أو سقوطها أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو الحكم على المدعي بغرامة ، أو باعتباره تاركا دعواه . ( انظر المواد ١٣٤ ، ٧٠ ، ٩٩ ، ١٢٨ من قانون المرافعات ) <sup>(٢)</sup> .

ويؤكد بعض الفقه أن ما يفرضه القانون على المدعي بهذا الشأن ليس مجرد عبء إجرائي بالمعنى الدقيق . وإنما يعد واجبا قانونيا يقع على عاتق المدعي . لأن المشرع يفرضه على المدعي ، ليس مراعاة لمصلحته الذاتية ، وإنما كذلك لمصلحة المدعي عليه والمصلحة العامة <sup>(٣)</sup> . كما أن المشرع يفرض جزاء على مخالفته كما رأينا <sup>(٤)</sup> .

<sup>(١)</sup> د / وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم - ص ١٧٣ ، د / محمود محمد هاشم - اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات - ١٩٨٩ - ص ٢٢ - ٢٣ .

<sup>(٢)</sup> د / وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم - ص ١٧٤ ، د / محمود محمد هاشم - ذات الإشارة السابقة .

<sup>(٣)</sup> د / محمود محمد هاشم - ذات الإشارة السابقة .

وتتمثل المصلحة الخاصة للمدعي عليه في استقرار مركزه القانوني . أما المصلحة العامة فتتمثل في ضرورة الانتهاء من الخصومات التي ترفع إلى القضاء في وقت مناسب منعا لتراكمها وتأخيرها . لأن هذا التأخير يهدد استقرار الحقوق والمراكز القانونية . وعملا على تفرغ القضاء لنظر غيرها من الخصومات .

<sup>(٤)</sup> د / محمود محمد هاشم - ذات الإشارة السابقة .

ولما كان المشرع يفرض هذا الواجب ليس على أي خصم ، وإنما تحديداً على المدعي ، كما أن الإخلال به يتحقق بمجرد عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريك الخصومة ودفعها إلى الأمام ، بغض النظر عن نية المدعي من ذلك ، فإنه بهذا يتميز واجب تسيير الخصومة عن واجب حسن النية في التقاضي . فهذا الأخير يعد واجباً عاماً يفرض على الخصم أياً كان مركزه الإجرائي . كما أنه واجب يعتمد على ضابط أو معيار شخصي يتمثل في النية أو القصد الذي يدفع الشخص إلى عدم اتخاذ الإجراء .

جملة ما تقدم أن ما يفرضه القانون على المتقاضي من السلوك أو السير في الإجراءات القضائية بحسن نية ، هو واجب قانوني إجرائي عام<sup>(١)</sup> ، وهو واجب مختلف عن واجب تسيير الخصومة الذي يقع على عاتق المدعي .

#### مضمون واجب حسن النية في التقاضي :

استحدث المشرع المصري في المادة ١٨٨ من قانون المرافعات حكماً جديداً يخول المحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة<sup>(٢)</sup> على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفاعاً بسوء نية<sup>(٣)</sup> .

وقد رأى بعض الفقه أن حسن النية في هذا المقام يعني الامتناع عن استخدام الغش ووسائل الاحتيال والمكر ، وعن اتخاذ إجراء أو تقديم دليل بسوء نية<sup>(٤)</sup> . ومن ثم يفرض هذا الواجب على الخصم أن يستهدف بنشاطه الوصول إلى كشف حقيقة

(١) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٨ وما بعدها ، د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ١٠٤ ص ١١٧ .

(٢) وقد عدل هذا النص لزيادة قيمة هذه الغرامة فصارت - الآن - لا تقل عن أربعين جنيه ولا تجاوز أربعمائة جنيه .

(٣) انظر : د / احمد ابو الوفا - نظرية الاحكام - بند ٦٠ ص ١٥٣ .

(٤) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٨٤ .

المركز محل النزاع في أقرب وقت وبأقل النفقات ، وألا يتخلف عن التعاون مع المحاولات التي تُبذل من أجل التوفيق والصلح <sup>(١)</sup> .

وذلك في حين يرى اتجاه قوي في الفقه أن المقصود بسوء النية في هذا المقام أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء ، أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا ، عالما ألا حق له فيه وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر <sup>(٢)</sup> .

وقد حاول بعض الفقه تحليل مضمون هذا الواجب بشكل أكثر تفصيلا فقال انه " يتعين على المدعي ..... ، كما يتعين على المدعى عليه ..... وألا يستخدم وسائل المرافعات من أجل التعطيل وتأخير الفصل في الدعوى " <sup>(٣)</sup> .

ووفقا للفقه فإنه يجب على الخصم ليس فقط أن يباشر الإجراءات بحسن نية ، ولكن كذلك أن يسلك في الخصومة بحسن نية . بحيث يلتزم بالألا يمتنع بسوء نية عن اتخاذ إجراء أو تقديم دليل . فواجب حسن النية كما رأينا أحد مكونات المركز القانوني للخصم . ويقيد سلوك الخصم الايجابي والسلبي في إطار هذا المركز <sup>(٤)</sup> .

ولا يعني واجب حسن النية في التقاضي أن يلتزم الخصم بالصدق المطلق . وإنما يقتصر واجب حسن النية على توفير حد أدنى من الاستقامة الخلقية في الخصومة. بحيث يستهدف سلوك الخصم فيها تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٩٠ .  
 (٢) د / احمد ابو الوفا - نظرية الاحكام - بند ٦٠ ص ١٥٣ ، د / سيد احمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١١ وما بعدها .  
 (٣) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٩٠ .  
 (٤) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٩ .

بطريقة نزيهة . فإذا باشر إجراء أو قدم طلباً أو دفعا وهو يعلم ألا حق له فيه ، وإنما قصد به مجرد تعطيل الفصل في الدعوى ، أو الإضرار بالخصم الآخر ، فإنه يكون قد أخل بهذا الواجب <sup>(١)</sup> .

وعلى ذلك إذا تمسك الخصم بورقة يعلم أنها مزورة أو طعن بالتزوير في ورقة وقع عليها بنفسه ، وقصد بذلك مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر ، فإنه يكون قد أخل بواجب حسن النية الذي يتطلب حداً أدنى من الاستقامة الخلقية في الخصومة <sup>(٢)</sup> .

المماثلة أو الإجراءات التسوية إخلال بواجب حسن النية في التقاضي :

يرى الفقه إذن ، وبحق ، أن مباشرة الإجراءات بقصد الكيد للطرف الآخر ، أو بقصد التسوية والمماثلة يكون إخلال بواجب حسن النية في التقاضي .

واستعمال لفظ أو أداة التخيير " أو " ، في عبارات الفقه على نحو ما سبق ، بحيث يكفي لتوافر سوء النية لدى المتقاضي قصد الإضرار بالغير أو قصد تعطيل الإجراءات ، يوضح بجلاء أنه لا يلزم لتحقيق هذا الإخلال بواجب حسن النية توافر القصدين ، قصد الكيد ، وقصد التعطيل ، معا ، وإنما يكفي أحدهما .

لذلك يمكن القول أن سوء النية في التقاضي أوسع وأشمل من مفهوم التعسف في استعمال الحق الإجرائي . إذ يشمل هذا التعسف كما يشمل التسوية . وعلى هذا

(١) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٩ - ٥٣٠ ، د / احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - بند ٦٠ ص ١٦١ .

(٢) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٨ وما بعدها ، خاصة ص ٥٣٠ وهامش ١ ، د / سيد احمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٦٣ .



الأساس رأى بعض الفقه (١) أن سوء نية المتقاضي يؤدي إلى مسئوليته عن استعمال الإجراءات حتى لو لم يقترن هذا الاستعمال بنية الإضرار (٢). ويستطرد ذات الفقه مؤكداً أن الخصم سييء النية الذي يلجأ إلى أساليب المراوغة من أجل تحقيق منفعة لنفسه قد لا يقصد الإضرار بخصمه. فسوء النية لا يتضمن بالضرورة قصد الإضرار.

وعلى ذلك فإن المتقاضي يكون قد أدخل بواجب حسن النية، مما يؤدي إلى قيام أو تقرير مسئوليته، إذا باشر الإجراءات وهو يقصد منها تعطيل الفصل في الدعوى وتأخير صدور الحكم المنهي لها، أي يقصد المماطلة والتسويق.

وهو ذات الأمر إذا كان الهدف من طلبات التأجيل مثلاً، أو تقديم بعض الدفوع الواهية أو الطلبات المجردة من الأساس، هو المماطلة والتسويق. أي محاولة الحصول على أكبر قدر ممكن من الآجال وكسب المزيد من الوقت وتأخير الحكم في القضية. ويخفي المتقاضي نيته الحقيقية أو قصده الحقيقي تحت ستار هذه الإجراءات القانونية (٣).

وقد رأى بعض الفقه (٤) أن غالبية طلبات رد القضاة يكون المقصود منها هو تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية. ويندر أن تكون هذه الطلبات بقصد الإضرار بشخص القاضي نفسه. وأن المشرع، وعلى الرغم من تقريره جزاء الحكم بالغرامة في حالة رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو.....، فإنه - أي المشرع - قد ترك

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٢٨ وما بعدها، خاصة ص ٣٣٨، ص ٢٥٩.

(٢) مع ملاحظة أن المعيار الشخصي الوحيد للتعسف في استعمال الحق لدى هذا الفقه هو قصد الإضرار. راجع مؤلفه مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٢٥ وما بعدها.

(٣) د / عزمي عبد الفتاح - نظرية الدعوى - ص ٢٤٨.

(٤) د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٩٦.

أمر التعويض عن الضرر الناشئ عن طلب الرد للقواعد العامة . لذلك فإنه في الحالات التي يتعذر فيها إثبات تعسف طلب الرد فإنه يمكن قيام مسنوليته من خلال إثبات الخطأ في جانبه<sup>(١)</sup> . أي الإخلال بواجب حسن النية والذي يتمثل في قصد التعطيل أو التسويق .

وقد أشار ذات الفقه إلى حكم لمحكمة استئناف القاهرة<sup>(٢)</sup> ، اعتبر أن ما يسعى إليه طالب الرد كان هو تعطيل الفصل في الدعوى ، وهو ما اعتبرته المحكمة خطأ أوجب إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية والحكم عليه بالتعويض ، حتى رغم عدم ثبوت تعسف طالب الرد في مواجهة القاضي ، لانتفاء نية الإضرار بالقاضي .

وهكذا تشير التطبيقات القضائية إلى أن القضاء يعتبر أن تقديم الطلب بقصد التعطيل ، ولو لم يعتبر تعسفا في استعمال الحق ، يعد خطأ تقصيريا يرتب مسؤولية المتقاضي .

وعلى هذا الأساس يستقر الأمر في الفقه والقضاء على أن مباشرة الإجراءات أو عدم مباشرتها ، في الوقت المناسب ، بقصد المماطلة والتسويق يعد سوء نية . أي إخلال بواجب حسن النية في التقاضي . فحيث يفرض القانون الإجرائي على المتقاضي أن يسلك في الخصومة بحسن نية ، وذلك كواجب قانوني تحقيقا لاعتبارات يراها المشرع جديرة بالاعتبار ، فإن تصرف الخصم بسوء نية يعد مخالفة لهذا الواجب ، أي خطأ . وهو ما يؤدي إلى تقرير مسنوليته المدنية .

(١) د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٩٦ .

(٢) بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٩٣ م - طعن رقم ٤٧٢١ لسنة ١٠٩ ق - مشار إليه لدى : د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٩٦ .

## المبحث الثاني

### الأساس التشريعي لمواجهة الإجراءات التسوية

اختلاف سوء النية في التقاضي عن اتخاذ الإجراء بقصد الكيد ، من حيث

المفهوم والأثر :

المادة ١٨٨ فقرة ٢ مرافعات نص عام في جزاء سوء النية :

رأينا أن قانون المرافعات يتضمن عدة نصوص تقرر إمكان الحكم بالتعويض

على من يتخذ إجراء بقصد الكيد ( المواد ١٨٨ الفقرة الأولى ، ٢٣٥ الفقرة الرابعة والأخيرة ، ٢٧٠ الفقرة الثانية والأخيرة ) .

وإلى جانب هذه النصوص حرص المشرع على أن يضمن قانون المرافعات

نصوصاً أخرى تفرض جزاء الحكم بالغرامة على من يقدم طلباً أو دفاعاً أو دفعا ، أو بصفة عامة من يتخذ إجراء ، بسوء نية .

والنص الأساسي الذي يتسم بالعمومية في تقرير هذا الجزاء ، بحيث ينطبق

على كل إجراء يتخذ بسوء نية هو نص استحدثه المشرع في قانون المرافعات الحالي ،

وتضمنته المادة ١٨٨ في فقرتها الثانية . فبعد أن كانت المادة ٣٦١ من قانون

المرافعات السابق ، ومن قبلها المادة ١١٥ / ١٢٠ من قانون المرافعات الأهلي /

المختلط ، تقتصر على تقرير جواز أن تحكم المحكمة بتعويضات مقابل النفقات الناشئة

عن الدعوى أو الدفاع الكيدي ، فإنه عند ظهور هذه القاعدة في القانون الحالي ، حيث

وردت بالمادة ١٨٨ فقرة أولى ، أضاف المشرع إلى هذه المادة فقرة ثانية نص فيها

على أنه : " ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم

الفصل في الموضوع أن تحكم بغرامة ..... على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية " .

وهكذا يجعل هذا النص من إبداء الطلب أو الدفع أو الدفاع ، أو بصفة عامة من اتخاذ الإجراء بسوء نية ، سببا للحكم بالغرامة . ولكنه يعطي المحكمة سلطة الحكم بها من عدمه . أي أن الحكم بالغرامة - وفقا لهذا النص - جوازي متروك لتقدير المحكمة .

وهذا الحكم كما رأينا مستحدث في قانون المرافعات الحالي . إذ لم تكن المادة ٣٦١ من قانون المرافعات السابق والمقابلة للمادة ١٨٨ من القانون الحالي تتضمن هذا الحكم <sup>(١)</sup> .

وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٨٨ مرافعات تقرر جواز الحكم بالتعويضات جراء اتخاذ إجراء كيدي . وتقرر الفقرة الثانية من ذات المادة ، جواز الحكم بغرامة على من يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية ، فلا شك أن هذه المغايرة في وصف الإجراء بين " إجراء كيدي " و " إجراء يتخذ بسوء نية " ، والوارد - كلاهما - في ذات النص ، ثم المغايرة في الأثر القانوني أو الجزاء الذي يترتب على اتخاذ هذا الإجراء أو ذلك ، ما بين الحكم بالتعويض أو الحكم بالغرامة ، هي مغايرة مقصودة .

وعلى هذا الأساس لا يخلط الاتجاه الصحيح في الفقه والقضاء ، في الحكم ، بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٨٨ مرافعات <sup>(٢)</sup> . ويرى أن الإجراء الكيدي هو

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ٤٥٣ .

(٢) من هذا الفقه : د / سيد احمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٤٩ - ٥٠ .

الإجراء الذي يُتخذ بقصد الإضرار بالخصم الآخر . فالمقصود بالكيد هو الرغبة في الإضرار بالخصم والنكاية والتشهير به <sup>(١)</sup> .

كما أن محكمة النقض في تحديدها للإجراء الكيدي قضت بأن الإنكار الكيدي للدعوى هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة : أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه ، وثانيها كون هذا الإنكار ضاراً فعلاً ، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلاً على هذا الإنكار وبينهما علاقة سببية <sup>(٢)</sup> .

أما سوء النية في اتخاذ الإجراء فيقصد به ، كما يرى الفقه ، وكما جاء بالأعمال التحضيرية لنص الفقرة الثانية من المادة ١٨٨ مرافعات ، أن يكون الخصم وهو يبدي الطلب أو الدفع ، أو الدفاع ، أو يتخذ الإجراء بصفة عامة ، يعلم الأحق له فيه . وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر <sup>(٣)</sup> .

وعلى ذلك فإنه يجب أن يكون واضحاً الفارق بين سوء النية وبين نية الإضرار بالغير . وقد سبق أن رأينا أن سوء النية في التقاضي يتحقق إما بتوافر قصد الإضرار ، فيكون الإجراء تعسفياً ، أو بتوافر قصد التعطيل لمجرد كسب الوقت فيكون الإجراء تسويقياً . مما يعني أن سوء النية في التقاضي أوسع وأشمل من مفهوم التعسف في استعمال الحق الإجرائي . إذ يشمل هذا التعسف كما يشمل التسويق .

(١) د / سنية احمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٥٠ .  
 (٢) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٣م - طعن رقم ٤٧ لسنة ٣ ق - مجلة المحاماة - السنة ١٤ - العدد الثالث - رقم ٥٧ ص ٩٣ ، مجموعة محمود أحمد عمر - ج ١ - رقم ١٤١ - ص ٢٥٥ .  
 (٣) د/ احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - رقم ٦٠ ص ١٥٣ ، د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٢٩ - ٥٣٠ ، د/ سيد احمد محمود - الغش الإجرائي - ص ١١ وما بعدها ، د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٨٢٧ .

كما رأينا تأكيد بعض الفقه (١) أن سوء نية المتقاضي يؤدي إلى مسؤوليته عن استعمال الإجراءات حتى لو لم يقتزن هذا الاستعمال بنية الإضرار .

فالمخصم الذي يلجأ إلى أساليب المماطلة أو الإجراءات التسوية من أجل تحقيق منفعة لنفسه لا يقصد الإضرار بخصمه . وحتى لو أدت هذه الإجراءات التسوية التي لجأ إليها المتقاضي إلى الإضرار بالطرف الآخر فعلا ، فإن ترتب هذه الأضرار لم يكن - في ذاته - هدفا يسعى إليه المتقاضي ، وإنما نتيجة تبعية لهذه الإجراءات (٢) .

وبمعنى آخر فإن المتقاضي قد يهدف إلى كسب الوقت ، ولتحقيق هذا الهدف يلجأ إلى الإجراءات التسوية وأساليب المماطلة ، حتى يوجب الوفاء بالتزاماته ما أمكنه ذلك ، ويكون هدفه الأساسي ليس الإضرار بخصمه ، وإنما الحصول على الميزة التي يمكن أن تنشأ من تأجيل الوفاء ، فإذا أدى ذلك إلى الإضرار بخصمه ، فإن ذلك يتحقق بصفة ثانوية أو بصفة تبعية للقصد الأصلي . وهنا لا يكون مسلكه تعسفيا . وهذا لا ينفي أن يكون هذا المتقاضي قد أدخل بواجب حسن النية . فهو تصرف بسوء نية ، إذ باشر الإجراءات وهو يقصد منها تعطيل الفصل في الدعوى ، أي المماطلة والتسوية . وفقا لفهم الفقه ، كما رأينا ، للفقرة الثانية من المادة ١٨٨ مرافعات التي تفرض جزاء الغرامة على من يتخذ إجراء بسوء نية .

خلاصة ذلك أن التعسف في استعمال الحق الإجرائي من ناحية ، والإجراءات التسوية من ناحية أخرى ، كلاهما فرع لأصل واحد ، وهو سوء النية في اتخاذ

(١) رغم أنه يعتبر ذلك من سوء النية الذي يؤدي إلى مسؤولية الخصم ، ولكنه يقرر أن سوء النية لا يتضمن بالضرورة قصد الإضرار . د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٨ ، ص ٢٥٩ . وينظر ما سبق ، ص ١٤٨ وما بعدها .

(٢) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٨ ، ص ٢٥٩ . وينظر ما سبق ، ص ١٤٨ وما بعدها .

الإجراءات ، سوء النية في التقاضي ، وهو ما تقرر له المادة ١٨٨ / ٢ من قانون المرافعات صراحة ، جزاء .

النصوص الخاصة التي تفترض سوء النية :

وإلى جانب نص المادة ١٨٨ / ٢ من قانون المرافعات ، والذي يمثل القاعدة العامة التي تجيز الحكم بالغرامة على من يتخذ إجراء قضائيا بسوء نية ، توجد كذلك عدة نصوص أخرى تجيز للتقاضي الحكم بالغرامة في حالات معينة أو بصدد إجراءات محددة . فتكون هذه النصوص خاصة بهذه الحالات أو الإجراءات فقط ، تنطبق عليها وحدها ، دون غيرها من الإجراءات .

وتختلف هذه النصوص ، عن القاعدة العامة الواردة بالمادة ١٨٨ / ٢ ، ليس فقط في أنها نصوص خاصة بحالات أو إجراءات معينة ، فلا تنطبق إلا عليها ، دون غيرها من الإجراءات ، وإنما كذلك في أن القانون يرتب مسؤولية المتقاضي ويجيز أو يوجب الحكم بالغرامة ، في هذه الحالات ، لمجرد خسارة المتقاضي أو إخفاقه في طلبه ، أو بصفة عامة الإجراء الذي يتخذه ، دون حاجة إلى إثبات سوء نيته في اتخاذ الإجراء.

فإذا كان الأصل أن قبول الادعاء ، طلب الخصم أو دفعه ، والحكم لصالحه ، ليس قرينة على عدم تعسفه في استعمال الحق في الدعوى ، ولا على حسن نيته في التقاضي<sup>(١)</sup> ، فإن خسارة المتقاضي أو إخفاقه في طلبه أو دفعه ليس قرينة على سوء

(١) ناقش الفقه هذه المسألة . وبينما نفى بعض الفقه إمكان ثبوت المسؤولية ، عن استعمال الإجراءات ، في جانب من يكسب طلبه أو دفعه ، يرفض جانب آخر من الفقه ذلك الحكم المسبق . ويرى ضرورة تقدير وجود سبب لهذه المسؤولية من عدمه بصدد كل حالة على حده . انظر في هذا تفصيلا : د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٧٩ وما بعدها ، د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٩٦ .

نيته في التقاضي . وبالتالي لا تقوم مسؤولية المتقاضي لمجرد إخفاقه في دفعه أو طلبه، بمعنى أنه طالما لم يكن استعمال المتقاضي للحقوق الإجرائية مشوباً بقصد الكيد، فإن مسؤوليته لا تقوم لمجرد أن المحكمة رفضت طلبه أو لم تحكم لصالحه .

ومع ذلك يقرر المشرع جزاء الغرامة في بعض الحالات التي فيها تحكم المحكمة برفض طلب الخصم أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه . وذلك كما في حالة الحكم برفض التماس إعادة النظر ( م ٢٤٦ مرافعات ) ، وحالة الحكم بعدم جواز مخاصمة القاضي أو عضو النيابة العامة أو برفضها ( م ٤٩٩ مرافعات ) ، وحالة الحكم بصحة كل المحرر الذي أنكره الخصم ( م ٤٣ إثبات ) ، والحكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه ( م ٥٦ إثبات ) . وهو ما يثير التساؤل عن حكم هذه الحالات .

ذلك أن المشرع قدر كثرة استعمال طلبات معينة من قبل المتقاضين لتعطيل الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي ، وذلك إذا شعر المتقاضي بضعف موقفه وأراد كسب الوقت . أو بقصد الكيد للمتقاضي الآخر ، أو حتى للقاضي ، وإن قل هذا ، فحاول - المشرع - ضبط استعمال المتقاضين لهذه الطلبات ، والتقليل من استعمالها لهذه الأغراض ، مقررًا الغرامة في حالة رفض الطلب أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه. ونرى فيما يلي بعض هذه الحالات .

طلبات رد القضاة وأعضاء النيابة العامة ( ١٥٩ مرافعات ) :

اجتهد المشرع المصري ، في الآونة الأخيرة ، وكما رأينا <sup>(١)</sup> ، لضبط القواعد والإجراءات المقررة لرد القضاة وأعضاء النيابة العامة ، وذلك محاولة منه للقضاء

(١) ما سبق ، ص ٧ وما بعدها .



على ، أو الحد من ، سعي بعض المتقاضين سييء النية ، استعمال طلبات الرد لغير العلة التي قررت من أجلها <sup>(١)</sup> .

فأوجب - المشرع - تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع ، وإلا سقط الحق فيه ( م ١٥١ مرافعات ) <sup>(٢)</sup> . وقرر عدم قبول طلب الرد بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى ، أو ممن سبق له طلب رد نفس القاضي في ذات الدعوى ( م ١٥٢ مرافعات ) <sup>(٣)</sup> .

ولإحكام هذا الضبط قرر المشرع بالمادة ١٥٩ من قانون المرافعات أنه : " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد ، أو سقوط الحق فيه ، أو عدم قبوله ، أو إثبات التنازل عنه ، علي طالب الرد بغرامة ..... " <sup>(٤)</sup> .

ويقابل هذا النص في التشريع الفرنسي نص المادة ٣٥٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . ولكن النص الفرنسي يقصر الحكم بالغرامة على حالة رفض طلب الرد فقط . على خلاف القانون المصري الذي يتوسع في هذه الحالات ، ويقرر الحكم

(١) وفي سبيل هذا تم تعديل هذه القواعد أكثر من مرة ، فعدلت بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م ، ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

(٢) إلا إذا كان الرد في حق قاضي منتدب لإجراء من إجراءات الإثبات ، فيقدم الطلب خلال ثلاثة أيام من نديه إذا كان قرار الندب صادرا في حضور طالب الرد ، فإذا كان صادرا في غيبته تبدأ الأيام الثلاثة من يوم إعلانه به ( م ١٥١ / ٢ مرافعات ) . كما يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد المواعيد المقررة ، أو إذا أثبت طالب الرد أنه لم يعلم بها إلا بعد مضي تلك المواعيد ( م ١٥١ / ٣ مرافعات ) .

(٣) ويسقط حق الخصم في طلب الرد إذا لم يحصل التقرير به قبل إقفال باب المرافعة في طلب رد سابق مقدم في الدعوى أخطر بالجلسة المحددة لنظره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى إقفال باب المرافعة ( م ١٥٢ / ٢ مرافعات ) . وينظر ما سبق ، ص ٨ وما بعدها .

(٤) ما سبق ، ص ٨ وما بعدها .

بالغرامة في حالات رفض الطلب أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه.

إشكالات التنفيذ ( م ٣١٥ مرافعات ) :

لما كان رفع الإشكال في التنفيذ ، إذا كان إشكالا أولا ، يؤدي بمجرد رفعه إلى وقف التنفيذ بقوة القانون <sup>(١)</sup> . كما يمكن أن يؤدي إلى وقف التنفيذ بحكم من قاضي التنفيذ إذا كان إشكال تال . فإن هذه الإشكالات يمكن أن تستعمل من الخصم سيء النية، الذي ليس لديه أسباب جدية لرفع الإشكال ، ويهدف من ثم إلى عرقلة سير إجراءات التنفيذ . إذ كثيرا ما يقوم المدين المنفذ ضده باستخدام مكنة الإشكال في التنفيذ ، وأثره الموقوف لإجراءات التنفيذ ، بقصد تعطيل أو تأخير تنفيذ الحكم .

ولهذا جعل المشرع وقف التنفيذ بقوة القانون ، كأثر يترتب على رفع الإشكال ، مقصورا على الإشكال الأول فقط ، أو الإشكال التالي إذا كان أول إشكال يقيمه الملتزم في السند التنفيذي الذي لم يختصم في الإشكال الأول . أما ما يليه من إشكالات تالية فإنه لا يترتب على تقديمه وقف التنفيذ ما لم يحكم قاضي التنفيذ بالوقف ( م ٣١٢ مرافعات ) .

كما جعل المشرع من واقعة خسارة المستشكل دعواه سببا للحكم عليه بالغرامة. فنصت المادة ٣١٥ من قانون المرافعات على أنه : " إذا خسر المستشكل دعواه جاز الحكم عليه بغرامة .... " .

(١) المادة ٣١٢ من قانون المرافعات .

## التماس إعادة النظر ( م ٢٤٦ مرافعات ) :

كذلك جعلت المادة ٢٤٦ من قانون المرافعات ، من مجرد رفض الطعن بالتماس إعادة النظر سببا للحكم على الملتمس بغرامة . فقد قرر نص هذه المادة أنه : " إذا حكم برفض الالتماس ..... يحكم على الملتمس بغرامة ..... " (١) .

وهذا النص يربط الحكم بالغرامة بواقعة رفض الالتماس . بحيث يكون على المحكمة إذا قضت برفض الالتماس أن تقضي بالغرامة من تلقاء نفسها (٢) .

## انكار المحررات ( م ٤٣ اثبات ) :

لما كان البت في مسألة صحة المحرر من عدمه قد يستغرق وقتا طويلا ، لأنه يتطلب الالتجاء إلى إجراء تحقيق الخطوط ، فإن من يشهد عليه المحرر ، إذا كان سييء النية ، قد ينكر خطه أو امضاه أو ختمه أو بصمة اصبعه . ويتخذ من ذلك وسيلة لتعطيل أو تأخير الفصل في الدعوى . ولهذا حول القانون للمحكمة أن تكون عقيدتها في شأن صحة الخط أو الختم أو الامضاء أو بصمة الاصبع من وقائع الدعوى ومستنداتها . فإن لم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في هذا الشأن وأمرت بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود ، أو بكليهما ، واتضح أن الإنكار لم يكن

(١) وكانت المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات الأهلي ، ثم المادة ٤٢٣ من قانون المرافعات السابق تتضمن الحكم ذاته . انظر : د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٢ وما بعدها .

(٢) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٥ .

له ما يبرره فحكم بصحة كل المحرر ، فإنه يُحكم على من أنكره بغرامة<sup>(١)</sup> ( م ٤٣ من قانون الإثبات )<sup>(٢)</sup> .

وفي هذه الحالة تكفي مجرد واقعة " الحكم بصحة كل المحرر " للحكم بالغرامة.

ويقرر القانون الفرنسي حكم مشابه بالمادة ٢٩٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . والتي تنص على الحكم على المنكر بالغرامة في حالة الحكم بأن المحرر أو الورقة التي تم إنكارها كُتبت أو وُقعت بواسطة من أنكرها .

الادعاء الفرعي بالتزوير ( دعوى التزوير الفرعية ) ( م ٥٦ إثبات ) :

وكما هو الحال في الحالات السابقة فإن التنظيم القانوني المقرر عند رفض الادعاء الفرعي بالتزوير يقوم على أساس تقرير مسئولية صاحب الادعاء لمجرد إخفاقه في ادعائه . وهو ما يعني تخلف سبب استعمال هذا الادعاء . لذلك أراد المشرع ضبط استعمال هذا الادعاء ، الذي يتطلب تحقيقه وقتا قد يطول . مما يدفع المتقاضى سيء النية إلى استعماله لإطالة أمد النزاع ودفع المحكمة إلى نظر مسائل لا علاقة لها بموضوع النزاع . ففرض المشرع جزاء عند الإخفاق فيه .

وعلى هذا الأساس تنص المادة ٥٦ من قانون الإثبات على أنه : " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة ..... " .

(١) انظر : د / احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٠٩ .  
(٢) الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ الصادر في ٣٠ مايو ١٩٦٨م .

## حالات أخرى يفرض فيها جزاء عند الإخفاق في التقاضي :

من هذه الحالات الأخرى التي يفرض فيها جزاء الغرامة عند إخفاق المتقاضي في طلبه ، حالة الحكم ببطلان الحجز التحفظي أو بالغائه لانعدام أساسه ( م ٣٢٤ مرافعات ) . وحالة الحكم بعدم جواز مخاصمة القاضي أو عضو النيابة العامة ، أو رفضها ( م ٤٩٩ مرافعات ) .

إضافة إلى الحالات السابقة توجد بعض النصوص التي تقرر جزاء مصادرة الكفالة ، كلها أو بعضها .

فالمادة ٢٧٠ مرافعات ترتب على واقعة خسارة الطاعن بالنقض ، في طعنه ، الحكم عليه بالمصاريف فضلا عن مصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

وهذا الجزاء مقرر ليس فقط في حالة رفض الطعن بالنقض موضوعا ، وإنما كذلك في حالة عدم قبوله أو عدم جواز نظره .

كما أنه وفقا للمادة ٢٤٦ من قانون المرافعات : " إذا حكم برفض الالتماس في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الأخيرتين <sup>(١)</sup> تقضي المحكمة بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها " .

ومصادرة الكفالة كلها أو بعضها هو جزاء يقترب في طبيعته ، حسب بعض الفقه <sup>(٢)</sup> ، من الغرامة .

(١) من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات .

(٢) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٦ .

الجزاء في الحالات السابقة يقوم على أساس افتراض سوء نية المتقاضي :

وكما غير المشرع ، بالمادة ١٨٨ من قانون المرافعات ، في المفهوم والأثر ، بين الإجراء الذي يتخذ بقصد الكيد والإجراء الذي يتخذ بسوء نية ، وهو ما تجاوب معه الاتجاه الصحيح في الفقه ، بإعطاء مفهوم سوء النية مدلولاً أوسع وأشمل من مفهوم قصد الكيد ، فإن الفقه والقضاء قد فهما وفسرا ، هنا أيضا ، هذه الحالات أو النصوص الخاصة على أساس المغايرة في المفهوم ، وفي الحكم كذلك ، بين سوء النية من ناحية وقصد الكيد من ناحية أخرى .

ففي محاولة تفسير هذه النصوص ، التي تأتي على خلاف ما هو مقرر من عدم قيام مسئولية المتقاضي لمجرد إخفاقه في دعواه ، رأى بعض الفقه (١) أنها تقوم على أساس " افتراض " أن تقديم طلبات أو اتخاذ إجراءات معينة ، كان بسوء نية . والجزاء المقرر لاتخاذ إجراء بسوء نية هو الحكم على المتقاضي الذي اتخذ الإجراء بغرامة . ورأي هذا الفقه أن المتقاضي في هذه الحالات يكون سييء النية بشكل واضح وظاهر (٢) .

ذلك أنه لما كانت الإجراءات التي تعالجها النصوص السابقة ، كرد القضاة أو الطعن بالتزوير ..... الخ ، تستغرق وقتا قد يطول في نظرها ، وتؤدي إلى إبعاد المحكمة عن الفصل في موضوع الدعوى ، فإنها تكون أكثر خطورة أو أثرا في تعطيل سير العدالة . أو أكثر احياء بتوافر القصد في التسوية وتعطيل سير الإجراءات ، فقد جعل المشرع من الفشل فيها قرينة على توافر هذا القصد السييء ، ورتب على ذلك جزاء الغرامة .

(١) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٩٦ وما بعدها ، ص ٣٠٠ ، ص ٣٠٥ .

(٢) د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٢٩٦ وما بعدها ، ص ٣٠٠ ، ص ٣٠٥ .

ولكن ألا يمكن أن نذهب خطوة أخرى أبعد من ذلك ونفترض قيام هذه النصوص على أساس افتراض ليس سوء نية وإنما التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية؟ هل يكفي مجرد الخسارة في هذه الحالات للقول بأن من قدم الطلب أو اتخذ الإجراء كان متعسفا في استعمال حقه؟

الواقع أن القضاء والفقه قد رفضا - وبحق - الذهاب هذه الخطوة الأبعد . فلم يعتبروا أن مجرد الخسارة يؤدي إلى افتراض قيام التعسف . فهذه الخسارة لا تكفي للحكم بالتعويض لصالح المتقاضى الآخر ، أو القاضي ( في حالة طلب رده ) ، على أساس التعسف في استعمال الحق . وإنما الحكم بهذا التعويض يخضع للقواعد العامة في التعسف . فيلزم إثبات وجود التعسف ، والضرر الذي يلحق طالب التعويض ، سواء كان هو الطرف الآخر أو القاضي <sup>(١)</sup> .

فحسب القضاء والفقه يفرق المشرع ، في النصوص السابقة ، بين الحكم بالغرامة ، وهذا يكفي فيه مجرد الخسارة ، والحكم بتعويض ما قد ينجم عن الإجراء من ضرر ، وهذا يلزم فيه ثبوت قصد الكيد .

فقد رأى بعض الفقه أن المادة ٢٤٦ مرافعات تربط بين المسؤولية وبين واقعة الرفض ، بحيث يتعين على المحكمة إذا قضت برفض الالتماس أن تقضي بالغرامة من تلقاء نفسها <sup>(٢)</sup> . كذلك ذهب القضاء في أحكامه إلى أن رفض التماس إعادة النظر يكفي للحكم بالغرامة . أما بشأن الحكم بالتعويض فقد أوجب القضاء أن تبين أسباب الحكم الذي يقضى به الطابع الكيدي للطعن والضرر الذي أصاب الخصم الآخر <sup>(٣)</sup> .

(١) د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٩٨ - ٦٩٩ .

(٢) د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٥ .

(٣) انظر : د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٢ وما بعدها .

وفي شأن طلب رد القاضي أو عضو النيابة العامة ، فإن مجرد رفض الطلب يكفي للحكم بالغرامة . ولكنه على عكس ذلك ليس كافيا للحكم بالتعويض بالتعسف في استعمال الحق . فمحكمة النقض لم تكتفي لتقرير قيام التعسف في تقديم طلب الرد بمجرد رفض الطلب أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه ، وإنما تطلبت ضرورة قيام محكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تقديرية ، باستخلاص قصد الكيد <sup>(١)</sup> .

وتعد الخسارة في حد ذاتها مصدرا أو سببا لمسئولية المستشكل . فتكفي هذه الواقعة من أجل الحكم بالغرامة . وإن كان المشرع قد جعل الحكم بالغرامة في هذه الحالة جوازيا للمحكمة <sup>(٢)</sup> .

ولكن الفقه يسجل أن مجرد رفض الإشكال في التنفيذ لا يصلح لتأسيس التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق . بل يلزم للقول بالتعسف أن تستخلص المحكمة ذلك من ظروف وملابسات الدعوى . ويحتاج الحكم بهذا التعويض إلى طلب به من المضرور كما يحتاج أيضا إلى إثبات الأضرار التي ترتبت على الإشكال <sup>(٣)</sup> .

وذاً الأمر هو المقرر في حالة رفض الادعاء بالتزوير . فالقضاء بالغرامة على مدعي التزوير ، عند إخفاقه في ادعائه ، ليس كافيا للحكم بتعويض الطرف الآخر على أساس تعسف مدعي التزوير في استعمال حقه الإجرائي . إذ لا تكتفي محكمة النقض بمجرد كون الادعاء بالتزوير قد رفض لاعتبار أن الادعاء كان تعسفيا ، وبالتالي تحكم بالتعويض . وإنما تستلزم ضرورة بيان الحكم القاضي بالتعويض لعنصر التعسف <sup>(٤)</sup> .

(١) انظر : د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ١٠٠ .

(٢) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٢ وما بعدها .

(٣) د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٤٢ - ٤٤٣ .

(٤) انظر : د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٣٠٨ .



والحكم بالتعويض ، عند الحكم بصحة كل المحرر الذي أنكره الخصم ، يخضع للقواعد العامة في التعسف . ويحتاج الحكم به إلى إثبات الاستعمال التعسفي للحق في الإنكار . بالإضافة إلى إثبات الضرر الذي ترتب على ذلك <sup>(١)</sup> .

كذلك فإن المادة ٢٧٠ مرافعات تفرق بين الحكم بمصادرة الكفالة ، والذي يترتب على مجرد عدم قبول الطعن بالنقض أو رفضه أو عدم جواز نظره ، وبين الحكم بالتعويض ، والذي لا تكفي واقعة الخسارة في ذاتها للحكم به <sup>(٢)</sup> . وإنما يجب إثبات أن الطاعن أراد بطعنه الكيد . كما يجب إثبات الضرر الذي أصاب المطعون ضده .

والحكم بالغرامة في الحالات السابقة لا يحتاج إلى طلب به من الخصم . لأنه لا يفترض ثمة ضرر أصابه . وإنما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، لمجرد الخسارة . وتكون الغرامة المحكوم بها لصالح الخزنة العامة .

أما الحكم بالتعويض فيحتاج إلى طلب به من الخصم . ولا يكون للمحكمة التصدي تلقائياً لتقدير التعسف من عدمه <sup>(٣)</sup> . كما أنه يكون على الخصم أن يثبت ، وفقاً للقواعد العامة ، الضرر الذي أصابه جراء الإجراء الذي أتخذ بقصد الكيد له <sup>(٤)</sup> .

وعلى هذا النحو إذا كان الحكم بالغرامة لا يحتاج إلى طلب من الخصم ، وتقضي به المحكمة تلقائياً بمجرد الخسارة ، بمعنى أن مجرد واقعة الخسارة تكفي للحكم به ،

(١) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٤٩ .  
 (٢) محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - في التعليق على المادة ١٨٨ - ص ١١٦٧ -  
 ١١٦٨ ، د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٦ - ٤٢٧ .  
 (٣) د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٧٠٢ ، محمد كمال عبد العزيز - ذات الإشارة السابقة .  
 (٤) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٤٢ وما بعدها .

وإذا كان ، على العكس من ذلك ، يلزم تقديم طلب للحكم بالتعويض على أساس التعسف، كما يلزم إثبات هذا التعسف وكذلك الضرر الناجم عنه ، وإذا كان غير منطقي بالنسبة للإجراء الواحد ، طلب رد القاضي مثلا أو تقديم التماس إعادة النظر أو رفع إشكال في التنفيذ ، أن يفترض فيه التعسف تارة لفرض جزاء الغرامة ، ثم يكون التعسف واجب الإثبات تارة أخرى لترتيب التعويض عن الضرر الناجم عنه ، فإن ما تفترضه هذه النصوص وتجعل من مجرد الخسارة قرينة عليه ، وترتب عليه جزاء الغرامة ، لا يكون هو التعسف ، وإنما هو سوء النية .

فسوء النية هو المفهوم الأكثر اتساعا من مفهوم الكيد . وهو الذي يقرر له قانون المرافعات جزاء الغرامة كقاعدة عامة تفتننها الفقرة الثانية من المادة ١٨٨ مرافعات ، كما رأينا .

سوء النية في التقاضي سبب للحكم بالغرامة (١) :

(١) والحق أن نصوص قانون المرافعات تفرض جزاء الغرامة كذلك في بعض الحالات التي يبدو فيها صعبا افتراض سوء نية المتقاضي ، مما يقود إلى الاعتقاد بأن المشرع يستخدم هذا الجزاء أحيانا لعلة أخرى .

فقد يصح تصور أنه في الحالات التي يترتب فيها على الإجراء أثر خطير أو هام ، قد يفرض المشرع جزاء الغرامة عند إخفاق المتقاضي في استعمال هذا الإجراء . وبالتالي افتراض أنه لم يكن هناك مبرر لاتخاذ الإجراء . وذلك بهدف – من المشرع – حث الأشخاص على مزيد من التبصر والتروي قبل اتخاذ إجراءات أو تقديم طلبات معينة .

ويمكن أن نمثل لذلك بدعوى استرداد المنقولات المحجوزة ( م ٣٩٧ مرافعات ) ، التي تؤدي إلى وقف إجراءات التنفيذ الجبري بقوة القانون ( م ٣٩٣ مرافعات ) .

كذلك فإنه ، لأن المادتين ٥٦ ، ٥٩ إثبات تفرضان الحكم على من يخسر في ادعائه بالتزوير ، سواء كان هذا الادعاء في صورة دعوى فرعية ( م ٥٦ ) أو في صورة دعوى أصلية ( م ٥٩ ) ، بالغرامة ، ولأن الغرامة تفرض عليه كذلك سواء كان الادعاء ممن ينسب إليه المحرر أو من غيره ( خلفه ) ، فإنه يمكن تصور أن العلة من فرض الغرامة في هذه الحالة تكمن في أن هذا الادعاء يؤدي إلى زعزعة أو اهتزاز الثقة في المحررات الرسمية .

المستفاد من التحليل السابق ، سواء لنص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات ، والقاعدة العامة التي يضعها ، أو للنصوص الخاصة التي تفترض سوء النية في حالة الإخفاق في استعمال طلبات أو إجراءات معينة ، هو أن المشرع الإجرائي ، بهذه النصوص يرصد ظاهرتين . ويقرر الجزاء الذي يراه مناسباً لمواجهة كل منهما .

### الأولى :

هي ظاهرة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . ومعياره في قانون المرافعات ، كما رأينا ، هو استعمال الإجراءات بقصد الكيد . وجزاؤه بصفة عامة هو التعويض . وشروط أعمال هذا الجزاء تتحدد وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن التعسف . فالمشرع الإجرائي وإن كان قد خالف القواعد العامة بشأن تحديد معايير التعسف ، واستجاب لطبيعة الحقوق الإجرائية ، فلم يتبن تحديد معايير التعسف وفقاً لما هو مقرر بالمادة الخامسة من القانون المدني ، وإنما اقتصر على تقرير وجود التعسف في حالة استعمال الحقوق الإجرائية بقصد الكيد ، أي قصد الإضرار بالغير ، إلا أنه لم يذهب إلى حد مخالفة القواعد العامة في شأن شروط أعمال هذا الجزاء ، أو الأثر المترتب على التعسف .

ومن ثم فإنه يجب لتعويض الأضرار التي لحقت بالمتقاضى إثبات توافر قصد الكيد عند اتخاذ الإجراء من المتقاضى الآخر . بالإضافة إلى إثبات الضرر الناجم عن هذا الإجراء الكيدي <sup>(١)</sup> .

(١) فكما سبق أن رأينا يعد الضرر عنصراً أساسياً من عناصر المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق . ما سبق ، ص ١٦٥ وما بعدها ، وانظر : د / أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٨٠٢ .

وقد أوضحت محكمة النقض هذه القواعد في حكم لها فقالت أن الإنكار الكيدي هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة : أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة قصد مضارة خصمه ، وثانيها كون هذا الإنكار ضاراً فعلاً ، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلاً على هذا الإنكار وبينهما علاقة سببية<sup>(١)</sup> .

كما أن القاضي لا يحكم بهذا التعويض إلا بناء على طلب الطرف المضرور<sup>(٢)</sup> ، لأن الأصل هو ألا يحكم القاضي للخصم بشيء لم يطلبه .

الثانية :

هي ظاهرة سوء النية في التقاضي . ويقصد بسوء النية في اتخاذ الإجراء أن يكون الخصم وهو يتخذ الإجراء أو يبدي الطلب أو الدفع أو الدفاع يعلم ألا حق له فيه ، ويقصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى ، أو الإضرار بالخصم الآخر<sup>(٣)</sup> .

ويرى الفقه أنه من سوء النية - مثلاً - تمسك الخصم بورقة يعلم أنها مزورة ، أو الطعن بالتزوير في ورقة وقع عليها بنفسه<sup>(٤)</sup> .

وعلى هذا النحو يبدو مفهوم سوء النية أوسع وأشمل من مفهوم قصد الإضرار أو الكيد في اتخاذ الإجراء . فالخصم الذي يلجأ إلى الإجراءات التسوية أو أساليب المماثلة ، باتخاذ إجراء يعلم ألا حق له فيه وإنما قصد منه مجرد الاستفادة من مرور

(١) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٣م - طعن ٤٧ لسنة ٣ ق - مجلة المحاماة - السنة ٤٤ - العدد الثالث - رقم ٥٧ ص ٩٣ ، مجموعة محمود أحمد عمر - ج ١ - رقم ١٤١ - ص ٢٥٥ .

(٢) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٥٥ .

(٣) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٣٠ .

(٤) د / وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٥٣٠ وهامش ١ .

الوقت المستنفد في هذا الإجراء ، هذا الخصم يعد سييء النية ، وإن كان لا يقصد الإضرار بخصمه<sup>(١)</sup> .

وهذا المعنى الواسع لسوء النية الذي يجعله يشمل التعسف وغيره أكده بعض الفقه حين رأى أن سوء النية في استعمال الحق الإجرائي يؤدي إلى مسؤولية الخصم ، حتى لو لم يقترن هذا الاستعمال بنية الإضرار . وأنه من سوء النية المماثلة ومحاولة كسب الوقت<sup>(٢)</sup> .

والحكم على المتقاضى الذي يتخذ إجراء بسوء نية بغرامة هو الجزاء الذي تقرره النصوص السابقة . وفرض الغرامة في هذه الحالة لا يتصل بالمصلحة الخاصة للأفراد . وإنما القصد منه تحقيق المصلحة العامة<sup>(٣)</sup> . إذ الهدف هو المحافظة على حسن سير مرفق القضاء وتحقيق وظيفته على أفضل وجه . وحتى لا تضر تصرفات الخصوم غير الجدية أو روح المشاغبة أو القصد السييء لديهم ، بمصلحة المجتمع في إدارة مرفق العدالة . ولهذا لا يتوقف الحكم بهذه الغرامة على طلب من الخصم<sup>(٤)</sup> . بل

(١) وبالتالي لا يتوافر لديه ضابط التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، فلا يعد متعسفا . وهو لا يعد كذلك ولو أدت هذه الإجراءات التسوية إلى الإضرار بالطرف الآخر فعلا . فترتب هذه الأضرار لم يكن مقصودا لذاته ، وإنما حصل كنتيجة تبعية لهذه الإجراءات . انظر : د / ابراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - ص ٢٥٩ .

(٢) د / سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٥٥ ، د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣٣٨ ، ص ١٠٠٨ ، التعسف في التقاضي - ص ٤٥٤ .

(٣) د / ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٠٠١ .

(٤) وعكس هذا يرى البعض أن الحكم بالغرامة L' amende civile مما يخص به المشرع الحديث المضرور من إساءة استعمال صاحب الحق لحقه الإجرائي . وأن الحكم بالغرامة لا يكون إلا بناء على طلب من الخصوم . د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٥٨٤ ص ٨٢٦ . وذلك رغم تقرير صاحب هذا القول ، في ذات الفقرة ، وكذلك في موضع آخر (ص ٧٢٨) ، أن الغرامة لا تعتبر تعويضا أو حقا ماليا للمضرورين من السلوك التعسفي . بل إنها جزاء مدني يحصل لصالح الخزنة العامة تعويضا عن الضرر الذي أصاب المجتمع .

يجوز للقاضي ، أو يجب عليه <sup>(١)</sup> ، أن يحكم بها من تلقاء نفسه بمجرد توافر مفترضات هذا الحكم . كما لا يحتاج الحكم بالغرامة إلى إثبات تحقق ضرر في جانب طرف ما .

كما أن الطرف الآخر في الإجراءات القضائية لا يستفيد من هذا الحكم . وذلك ما لم يقرر النص ، الذي يفرض الغرامة ، منحها كلها أو بعضها لمصلحة هذا الطرف . كما هو الشأن في المادة ٣٩٧ مرافعات . وهو ما يجعل الغرامة في هذه الحالة تقترب من طبيعة التعويض .

لذلك ليس صحيحا ما ذهب اليه بعض الفقه <sup>(٢)</sup> من أن المادة ١٨٨ ، فقرة ثانية، من قانون المرافعات تتبنى قاعدة الحكم الجوازي بالغرامة للتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية . وأن الحكم بالغرامة يحتاج إلى ثبوت التعسف في استعمال الحق الإجرائي . فالنص يجعل مناط الحكم بالغرامة ، ليس هو الإجراء الكيدي ، فهذا ما عالجته المشرع بالفقرة الأولى من ذات المادة ، وجعل جزاؤه الحكم بالتعويض ، وإنما هو ، وبحسب صريح نص الفقرة الثانية اتخاذ إجراء ، إبداء طلب أو دفع أو دفاع ، بسوء نية .

وقد رأينا الفقه يعطي سوء النية مفهوما أوسع من مفهوم قصد الكيد . بحيث يمكن أن يكون الإجراء متخذاً بسوء نية ، ولكنه ليس كيديا . وهو ما يؤكد أن ذات الفقه يفرق في أكثر من موضع بين سوء النية من ناحية والتعسف من ناحية أخرى ، ويضيف أنه يكفي للحكم بالغرامة ثبوت سوء النية . فلا يشترط توافر قصد الإضرار

(١) حسب ما إذا كان النص الذي يقرر جزاء الغرامة يجيز للقاضي الحكم بها (كنص المادة ٣١٥ مرافعات) ، أو يوجب عليه هذا الحكم (كما هو الحال في نص المادة ٤٩٩ مرافعات).

(٢) د/ ابراهيم أمين النفيوي - التعسف في التقاضي - ص ٤٥٣ .

للحكم بالغرامة<sup>(١)</sup>. ولا شك في صحة هذا التقرير الأخير. ولكنه يتناقض مع سبق اشتراطه ثبوت التعسف، والذي معياره الشخصي لديه قصد الإضرار.

كما لا يلزم إثبات تعسف المتقاضي، ولا يلزم إثبات سوء نيته، لأن سوء النية مفترض ويترتب الحكم بالغرامة على مجرد واقعة الخسارة، في الحالات التي عالجتها بعض النصوص الخاصة والتي افترضت سوء نية المتقاضي عند إخفاقه كما رأينا.

وإذا كانت علاقة سوء النية بالتعسف في استعمال الحق هي، على هذا النحو، علاقة الكل بالجزء، بمعنى أن هذا الأخير يعد جزءا من كل، أو فرعا من أصل، هو سوء النية، فإن النصوص السابقة التي تواجه ظاهرة سوء النية في اتخاذ الإجراءات كثيرا ما تقرر إمكان الحكم بالجزائين معا. جزاء سوء النية وهو الغرامة. وجزاء التعسف أو الكيد وهو تعويض الضرر الناجم عنه. فتقرر هذه النصوص أن الحكم بالغرامة لا يمنع أو لا يخل بالحكم بالتعويضات إن كان لها وجه. وذلك كما ورد مثلا بالمواد ٣١٥، ٢٤٦، ٣٩٧، ٣٢٤ من قانون المرافعات.

وفي ضوء ما سبق يمكن فهم التعديل الذي أجري على المادة ٣ من قانون المرافعات، بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦م<sup>(٢)</sup>. حيث أضيفت إليها فقرة (أخيرة) تنص على أنه " ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية..... إذا تبين أن المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي".

(١) ينظر ما سبق، ص ١٤٨ وما بعدها، ٢١٠ وما بعدها.

(٢) بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ - الجريدة الرسمية العدد ١٩ (مكرر) في ٢٢ / ٥ / ١٩٩٦ م.

حيث قصد المشرع مواجهة إساءة استعمال الحق في التقاضي ، برفع دعاوى يعلم أصحابها أن لا حق لهم فيها . فأجاز للمحكمة في حالة حكمها بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة ، وإذا تبين لها أن المدعي قد أساء استعمال حق التقاضي ، أن تحكم عليه بالغرامة .

وقد ورد بالأعمال التحضيرية لهذا النص أنه : " رغبة من المشرع في القضاء على الدعاوى الكيدية التي لا هدف منها ولا طائل سوى تعطيل المحاكم وتكديس القضاء والتشهير ببعض الخصوم . . . . . " (١) .

فرفع الدعوى بلا مصلحة تبرر قبولها ، واتضح أن المدعي قد أساء استعمال حقه في الالتجاء إلى القضاء برفع دعوى كيدية ، أو دعوى تهدف إلى مجرد كسب الوقت وتأخير تنفيذ الالتزام ، يعد سوء نية في التقاضي وهو ما يجيز الحكم عليه بغرامة .

وهذا بدهة لا يخل بحق الطرف الآخر ، المدعى عليه ، في التعويض عما أصابه من ضرر جراء رفع هذه الدعوى . إذا أثبت أن هذه الدعوى كيدية لم ترفع إلا بقصد الإضرار به .

لذلك أعتقد أن ما قررته هذه المادة من جواز الحكم بغرامة في حالة إساءة المدعي استعمال حق التقاضي ليس فيه جديد . لأن المادة ١٨٨ / ٢ مرافعات تتضمن ذات الحكم . فهذه المادة الأخيرة بصياغتها التي تتسم بالعمومية تفرض جزاء الغرامة على كل إجراء يتخذ بسوء نية . ولا شك أن تعبير " كل إجراء " يشمل رفع الدعوى .

(١) انظر : د / أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٥٨٤ - ص ٨٢٧ ، د / أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠م - بند ٩٥ و ٩٥ مكرر - ص ١٨٧ وما بعدها .



كما أن سوء النية مفهوم واسع يشمل إساءة استعمال الحق في التقاضي برفع الدعاوى لمجرد الكيد أو المماطلة .

ربما يكون ما أضافه النص الجديد ، فضلا عن موضعه في الأحكام العامة بصدر القانون ، وبالمادة الثالثة التي تعالج شروط قبول الدعوى ، وهو ما قد ينطوي على جذب أنظار القضاة إلى أهمية أعمال هذا الجزاء لمواجهة الدعاوى غير الجدية التي تؤدي إلى تكديس العمل بالمحاكم وتضييع وقت وجهد القضاة ، هو في قيمة الغرامة التي يجوز للمحكمة الحكم بها . فقيمة الغرامة المقررة بالمادة ١٨٨ / ٢ مرافعات لا تقل عن أربعين جنيهها ولا تجاوز أربعمئة جنيه . والغرامة التي تقررها المادة الثالثة ، في فقرتها الجديدة ، لا تزيد عن خمسمئة جنيه .

خلاصة ذلك أنه يمكن القول أن الحكم بالغرامة في حالة اتخاذ الإجراءات القضائية بسوء نية يعد قاعدة عامة في القانون المصري . وأن هذه القاعدة العامة تجعل الحكم بالغرامة جوازيًا للمحكمة . وقد تضمنت هذه القاعدة الفقرة الثانية من المادة ١٨٨ من قانون المرافعات . وأن هناك حالات خاصة لسوء نية المتقاضى يجوز فيها للقاضي ، أو يجب عليه ، الحكم بالغرامة لمجرد إخفاق المتقاضى في طلبه . وهو ما يجعل هذه الحالات تقوم على أساس سوء النية " المفترض " كما رأينا .



## الباب الثاني

### المواجهة القانونية للإجراءات التسوية

تحديد واستبعاد :

تقوم السلطة العامة في الدولة بإجبار الأفراد على احترام القانون بأحد طريقين . فهي إما أن تجبر الأفراد على احترام القانون عن طريق منع مخالفة القاعدة القانونية . ويقصد هنا من مواجهة مخالفة القانون الجانب أو الدور الوقائي ( Préventif ) . وإما أن يتم إجبار الأفراد على احترام القانون عن طريق الردع . أي توقيع الجزاء بعد وقوع المخالفة وبسببها . والجزاء هنا هو جزاء ردعي ( Répressif ) ، الغرض منه " تأديب المخالف وردع غيره " (١) .

لذلك يمكن عند بحث أو دراسة المواجهة القانونية للإجراءات التسوية أن نقسمها إلى مواجهة وقائية ومواجهة جزائية .

المواجهة الوقائية تتمثل في قواعد أو نظم إجرائية يستهدف بها المشرع منع المتقاضين من اتخاذ هذه الإجراءات التسوية .

والثانية ، أي الجزائية ، تتمثل في فرض جزاء على المتقاضي عند قيامه بها . وإن كان يلزم هنا التنبيه إلى أن فرض الجزاء كذلك يؤدي ، بشكل غير مباشر ، دورا وقائيا . لأن الجزاء يهدف فضلا عن معاقبة المتقاضي وردعه هو خاصة ، نظرا لما قام

(١) د/ نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ص ٢٠ .

به من إجراءات تسوية ، فإنه يؤدي كذلك دورا في الردع العام بتحذير المتقاضين بأنهم سيتعرضون لمثل هذا الجزاء إذا ما قاموا بمثل هذه التصرفات . وهذا التخويف يمكن أن يثنيهم عن القيام بها ، فيؤدي هنا إلى منع وقوع المخالفة .

والحقيقة أن المشرع المصري اجتهد ، وعلى مدار التعديلات التشريعية المتلاحقة لقانون المرافعات ، لوضع القواعد والنظم الإجرائية التي تكفل ، أو بالأقل تحاول ، التقليل من الاستعمال التسويفي للإجراءات القضائية .

من هذه المواجهة الوقائية للإجراءات التسوية :

١- إلغاء الأحكام الغيابية والمعارضة كطريق للطعن فيها . إذ تنبه المشرع إلى تعمد الخصم الغياب ثم لجوئه إلى الطعن في الحكم بالمعارضة توصلا إلى إلغائه ، فأراد أن يغلق أو يسد هذا الباب . وهو ماتم بشكل تدريجي . ففقد المشرع أولا نطاق المعارضة في قانون المرافعات السابق . إذ بمقتضى المادة ٣٨٥ معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ م ، أصبحت المعارضة كطريق للطعن في الأحكام الغيابية غير جائزة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون . ومنها مسائل الأحوال الشخصية ( م ٨٧٤ ) والولاية على المال ( م ١٠٢١ ) ، وألغى هذا الطريق للطعن في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية . حيث يجب ، في غير المسائل المستعجلة ، إعادة إعلان المدعى عليه إذا لم يكن قد أعلن لشخصه ( م ٨٤ مرافعات ) ، ومن ثم فإن الحكم الذي يصدر بعد ذلك يعد بمثابة حكم حضوري في حق المدعى عليه ، ولو كان في الحقيقة لم يحضر .

٢- وضع نظام قانوني صارم للدفع المتعلقة بالإجراءات ، متى كانت غير متعلقة بالنظام العام . بحيث يجب إبدائها معا وقبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن في هذه الدفع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن . كما يجب إبداء جميع الوجوه التي يبني

عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ( م ١٠٨ مرافعات ) .

٣- ما تقررر المادة ٩٨ مرافعات من عدم جواز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم ، على أن لا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع . وهو نص مستحدث في قانون المرافعات الحالي .

وقد جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة بشأن هذه المادة : " ..... ولا شك أن القضاء على بطء التقاضي والحد من أسباب المظل في الأنزعة والكيد في الخصومات أمنية طالما نادت بها لجنة الشئون التشريعية في مناسبات عدة " (١) .

٤ - الغرض من تنظيم المشرع لإيداع الخصوم للمستندات والمذكرات المؤيدة للدعوى قبل الجلسة الأولى المحددة لنظرها ، وكما جاء بالمادة ٦٥ مرافعات (٢) ، يفرض واجب على المدعي بإيداع مستنداته ومذكراته مع صحيفة الدعوى ، وعلى المدعى عليه بإيداعها قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل ، هوتهيئة الدعوى ، بحيث تكون مستندات الخصوم ومذكراتهم في حوزة المحكمة منذ الجلسة الأولى ، فتبدأ نظر الدعوى . ولا يطلب الخصوم التأجيل لتقديم هذه المستندات والمذكرات كذريعة لإطالة أمد التقاضي .

وهذه المادة وما تقررر من تدابير لضمان جدية رفع الدعوى علي هذا النحو تنطبق علي الطعن بالاستئناف (٣) . إذ وفقا للمادة ٢٤٠ مرافعات ينطبق علي خصومة

(١) وانظر : د/ أحمد مليجي موسى - ركود الخصومة المدنية - مكتبة دار النهضة العربية - ص ٢٢ بالهامش .

(٢) المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ م .

(٣) د/ فتحي والي - الوسيط - بند رقم ٣٦٠ ص ٦٨٤ .

الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام ، مالم يقض القانون بغير ذلك <sup>(١)</sup> .

٥ - اتساع أو زيادة سلطات القاضي في شأن تسيير الخصومة وإجراءات الإثبات فيها .  
 فيكون له تحديد مواعيد للخصوم للقيام بأعمال أو اتخاذ إجراءات معينة ( م ٩٩ ) .  
 وكذلك سلطة مراقبة اتفاقات الخصوم بشأن المواعيد ( م ١٢٨ ) . وكذلك السلطة المقررة للقاضي في إجابة أو رفض بعض الطلبات الإجرائية ( طلب التأجيل وإعادة فتح باب المرافعة ) . وكذلك في تقرير مدى جدية إجراء الإثبات الذي يطلبه المتقاضى . كتوجيه اليمين الحاسمة ( م ١١٤ إثبات ) ، الطعن الفرعي بالتزوير ( م ٥٢ إثبات ) ، استجواب الخصم ( م ١٠٨ إثبات ) ، ورفض هذا الإجراء إذا قدر عدم جديته ، وأن القصد منه مجرد كسب الوقت وإطالة أمد التقاضي . وهو مايسمح للقاضي بالمضي أو الاستمرار في نظر موضوع الدعوى الأصلية ، حتي لو ادعى الخصم مثلاً بالتزوير ، وذلك إذا ما تبين أن هذا الطعن غير جدي . حيث يفترض - هنا - أن المتقاضى قام به بهدف تعطيل الفصل في القضية <sup>(٢)</sup> .

٦- سعي المشرع إلى القضاء على محاولات الخصوم استعمال طلبات رد القضاة بغرض كسب الوقت أو تعطيل الفصل في الدعوى . وقد اتخذ المشرع في هذا السبيل عدة خطوات ، تمت بتعديلات تشريعية متلاحقة <sup>(٣)</sup> .

(١) وانظر : د/ فتحي والي - الوسيط - بند رقم ٣٦٠ ص ٦٨٤ .  
 (٢) د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٢٠ - ١٢١ .  
 (٣) القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦م - الجريدة الرسمية - العدد ٣٥ مكرر الصادر في ٢٨ اغسطس ١٩٧٦ ، ثم القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م - الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ (مكرر) في ١ / ٦ / ١٩٩٢ .

وقد حرصت المذكرات الايضاحية لبعض هذه التعديلات على تأكيد أن هذه التعديلات تهدف إلى تفادي إسراف استعمال المتقاضين لهذه الطلبات لأسباب غير جدية وبهدف تعطيل السير في الدعوى (١).

وقد تضمنت هذه التعديلات فضلا عن مد الحكم بالجزاء ليشمل حالة تنازل الخصم عن الطلب المقدم منه بالرد ، وضع العديد من القيود - الزمنية - على تقديم طلب الرد . فلا يقبل طلب الرد الذي يقدم بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى أو ممن سبق له طلب رد نفس القاضي في ذات الدعوى . كما أن حق الخصم في طلب الرد يسقط إذا لم يحصل التقرير به قبل إقفال باب المرافعة في طلب رد سابق مقدم في الدعوى أخطر بالجلسة المحددة لنظره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى إقفال باب المرافعة ( م ١٥٢ مرافعات ) (٢).

٧- ماهو مقرر بالمادة ٨٢ مرافعات ( المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م ) والتي لا تجعل للمحكمة سلطة في شطب الدعوى إلا مرة واحدة . وذلك للرجية في القضاء على تلاعب المتقاضين ، وتفاديا لتأخير الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي (٣).

٨ - زوال أثر الإشكال في وقف التنفيذ الجبري في حالة غياب الخصوم وحكم القاضي بشطب الإشكال ( م ٣١٤ مرافعات ) .

(١) انظر : د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٣١ - ٤٣٦ .  
(٢) وانظر : نقض مدني ١٥ يناير ١٩٨٩ م - طعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٠ ج ١ - رقم ٣٠ - ص ١٣٢ ، ٢٥ فبراير ١٩٩٠ م - طعن رقم ٧٢ لسنة ٥٧ ق - ذات المجموعة - السنة ٤١ ج ١ - رقم ١٠١ ص ٦٠٠ .  
(٣) انظر المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ م .

٩- تقييد حق المتقاضى في تقديم بعض الطلبات ، كالطلبات العارضة ، بوجوب تقديمها قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى ( م ١٢٣ مرافعات ) .

١٠- تتضمن بعض النصوص ما يعد توجيها أو حثا للقضاة على عدم التأخير في نظر الدعوى في حالات معينة . من ذلك المادة ٤٤ إثبات التي تنص على أنه إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر موضوع الدعوى " في الحال " أو حددت لنظره " أقرب جلسة " .

والحقيقة أن أحد الأهداف الأساسية لتنظيم إجراءات الخصومة على نحو معين وربط القيام بها بترتيب معين أو مواعيد محددة هو العمل على إنهاء الخصومة في وقت معقول ، وعدم ترك الفرصة للخصوم لإبقائها معلقة فترة طويلة . لذلك يمكن القول أن المشرع ما نظم إجراءات الخصومة على هذا النحو إلا لضمان انتهائها في وقت معقول .

ودون أن يكون منكورا ما للجزاء من دور رادع وقائي ، فإن المقصود هنا ليس دراسة هذه المواجهة الوقائية . إذ قطع المشرع المصري في هذا الصدد شوطا طويلا ، وتزدحم نصوص تقنين المرافعات كما رأينا بالعديد من القواعد والنظم الإجرائية التي تسعى إلى التقليل ، قدر ما يمكن ، من هذه الممارسات التسوية .

كما أعتقد أنه بوسعي أن استبعد من الدراسة هنا الجزاءات الإجرائية التقليدية والتي استقر أمرها في التشريعات الإجرائية ومنها قانون المرافعات المصري ، كسقوط الحق في اتخاذ الإجراء ، وعدم القبول ، واعتبار الإجراءات كأن لم تكن . إذ لا يتسع مجال هذه الدراسة لعرضها . وبالتالي يمكن الاقتصار هنا على دراسة بعض الجزاءات الإجرائية ، والتي تبدو مبتكرة في هذا الصدد . والجزاءات الأخرى والتي وإن كانت تقليدية في مجال التعسف في استعمال الحق ، إلا أن تقنين المرافعات الفرنسي الجديد قد بسط مجالها بحيث تغطي أو تشمل كذلك وعلى نطاق واسع الإجراءات التسوية .



كما لا يدخل في إطار هذه الدراسة المماثلة التي تتكفل بمواجهتها نصوص ترد في قوانين موضوعية . كما هو شأن المادة ٢٢٩ من القانون المدني . والمماثلة التي تتم خارج الإجراءات القضائية والتي يتقرر لها أحيانا جزاء الحبس .

المادة ٢٢٩ من القانون المدني :

واجهت هذه المادة الفرض الذي فيه يتعمد الدائن إطالة أمد النزاع ، بسوء نية . فقررت أنه إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفف الفوائد ، قانونية كانت أو اتفافية ، أو لا يقضي بها إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر .

وتطبيق هذا النص يقتضي أن تكون الإطالة متعمدة من الدائن . حتى تزيد المدة التي يحصل فيها على الفوائد من المدين . فإذا نجح المدين في إثبات ذلك ، كان للقاضي أن يرد على الدائن قصده . وذلك بتخفيض الفوائد عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر . بل إن للقاضي ألا يقضي بالفوائد عن هذه المدة إطلاقا <sup>(١)</sup> .

ووفقا للمادة ٢٣١ مدني يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية . ولكي يُحكم بهذا التعويض التكميلي يلزم أن يثبت الدائن أن الضرر الذي حاق به يجاوز مقدار الفوائد التي تستحق له ، كما لو تعمد المدين تأخير الوفاء بالتزامه عالما أنه بذلك يوقع الدائن في كارثة أو يفوت عليه صفقة مربحة <sup>(٢)</sup> .

(١) د/ توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - في أحكام الالتزام - ج ٢ - ١٩٨٥ - ص ٥٠ ، د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٣٥ . وللمزيد بشأن هذا النص والمقصود بسوء نية الدائن كشرط لإعمال حكمه ، يرجع إلى فقه القانون المدني .

(٢) د/ توفيق حسن فرج - أحكام الالتزام - المشار إليه - ص ٥٢ - ٥٣ .

### المماطلة خارج الإجراءات القضائية - حبس المدين المماطل :

تقرر قوانين بعض البلاد العربية ، ومنها القانون الإماراتي ، حبس المدين المماطل<sup>(١)</sup> . والمقصود بالمماطلة في هذه الحالة امتناع المدين صراحة أو ضمناً عن تنفيذ الحكم النهائي أو أمر الأداء النهائي رغم قدرته على سداد ما عليه من التزام . أو قيامه بتهديب أو إخفاء كل أو بعض أمواله بقصد إعنات الدائن والضغط على أعصابه . وهكذا فإن مناط الحبس في هذه الحالة هو يسار المدين وتعتته في ذات الوقت عن أداء ما عليه من التزامات<sup>(٢)</sup> . وقد روي أن حبس المدين المماطل يعد وسيلة فعالة للقضاء على وسائل المظل والتسويق<sup>(٣)</sup> .

وبحسب الفقه<sup>(٤)</sup> فإنه يجب التمييز بين نوعين من الحبس الذي يمكن تصوره هنا ، هما الحبس التنفيذي من ناحية والحبس الإكراهي من ناحية ثانية .

#### أ - الحبس التنفيذي :

حيث يعد الحبس طريقاً من طرق التنفيذ ، وذلك إذا كان الحبس يستبدل بمبلغ الدين . بحيث تبرأ ذمة المدين من الدين إذا ما قضى أيما في الحبس تعادل قيمته ، أو قضى الحد الأقصى لمدة الحبس . والحبس هنا باعتباره من طرق التنفيذ فإنه لا يجوز

(١) انظر في هذا الشأن : د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون في التشريعات العربية والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - ١٩٨٥ ، د/ أحمد صدقي محمود - حول حبس المدين المماطل في القانون الإماراتي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ٢٠٠٣م ، ٦٣ ، حبس المدين المماطل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر ، د / أحمد محمد مليجي - حبس المدين في الديون المدنية والتجارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - مكتبة وهبة - ١٩٨٥ .

(٢) المراجع المشار إليها بالهامش السابق .

(٣) د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون - ص ٥٤ .

(٤) المراجع المشار إليها سابقاً بالهامش رقم ٥٧٧ .

إلا إذا كان الحكم بالدين يعد سندا تنفيذيا . ( وذلك كما هو الشأن في الأنظمة التي تجيز استبدال الحبس بالغرامة )<sup>(١)</sup> .

وفي هذا الحبس التنفيذي ينصب التنفيذ ، ليس على مال المدين ، وإنما على جسمه . ويؤدي الحبس بذاته إلى إبراء المدين من الدين المحبوس من أجله . بحيث لا يجوز للدائن بعد أن تم حبس المدين أن ينفذ بدينه مرة أخرى على أموال المدين . لأنه يكون قد استوفى حقه . أو بالأدق ما يعوضه عنه وهو حبس المدين .

وبحسب هذا الفقه<sup>(٢)</sup> فإن هذا النوع من الحبس يكون في حقوق الدولة المحكوم بها بسبب الجريمة مثل الغرامات . وأكد - ذات الفقه<sup>(٣)</sup> - أنه لم ير في التشريع العربي تطبيقا واحدا لهذا النوع من الحبس في حقوق الأفراد .

#### ب - الحبس الإكراهي :

الأنظمة التي أجازت الحبس في الديون أجمعت على أنه مجرد وسيلة من وسائل الإكراه البدني ، لحمل المدين على تنفيذ التزامه الثابت بسند تنفيذي . أي وسيلة بمقتضاها يخول القانون للدائن طلبها لإكراه مدينه على الوفاء بالدين . فلا يؤدي مجرد الحبس إلى إبراء المدين من الدين . ولا يسقط عنه الدين المحبوس من أجله ، بل تبقى للدائن سلطة التنفيذ به على ما قد يظهر لمدينه من أموال ثابتة أو منقولة<sup>(٤)</sup> .

وقد نصت على ذلك صراحة العديد من الأنظمة التي أجازت حبس المدين<sup>(٥)</sup> .

(١) د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون - ص ١٤ .

(٢) د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون - ص ٢٠ وما بعدها .

(٣) ذات الإشارة السابقة .

(٤) د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون - ص ٢٧ .

(٥) انظر : د/ سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات - ١٩٦٤ - بنود ٥٠٥ ، ٥٠٦ - ص ٥٨٩ - ٥٩٠ . د/ أحمد محمد مليجي - حبس المدين - ص ١٣١ .

خلاصة ذلك أن حبس المدين المماطل ، أي الذي يمتنع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي أو أمر أداء نهائي صادر في مواجهته رغم قدرته على الأداء ، هذا الحبس ليس طريقاً للتنفيذ في الحقوق المدنية . وإنما هو مجرد وسيلة تهديدية للضغط على إرادة المدين وحمله على الوفاء بالدين ، الذي يكون ثابتاً في ذمة المدين بموجب سند من السندات التنفيذية<sup>(١)</sup> . فليس المقصود إذن مماثلة تحدث في مرحلة التداعي التي يتم من خلالها تكوين السند التنفيذي . كما أنها ليست مماثلة تحصل لعرقلة أو تأخير إجراءات تنفيذ جبري يجري على أموال المدين . ومماثلة هذا شأنها يكون طبيعياً ألا تدخل في مجال دراستنا .

تقسيم :

رغم موقف القضاء سواء في مصر أو في فرنسا والذي لا يهتم كثيراً بالفرقة بين الإجراءات التسوية من ناحية ، والتعسف في استعمال الحق من ناحية ثانية ، فقد رأينا ، في الباب الأول من هذه الدراسة ، تميز واستقلال كل من هذين المفهومين عن الآخر . وقد حرصت نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد على إبراز هذا التميز والاستقلال ، سواء بنصها في أكثر من موضع على فرض جزاء عندما يكون الإجراء تسويقي أو تعسفي ، مع استعمال أداة التخيير " أو " . بحيث أن توافر أحد الوصفين في الإجراء ، أي كون الإجراء " تسويقياً " أو كونه " تعسفياً " ، يكفي لإعمال أو تطبيق الجزاء . أو بتصدي هذه النصوص في مواضع أخرى لمواجهة التسويق في ذاته ، وباستقلال عن وجود أي تعسف ، وفرض الجزاء المناسب له .

(١) د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون - ص ٩١ .

ذلك أنه عندما يكون المقصود مواجهة استعمال المتقاضي للإجراءات بسوء نية، فإن المشرع يكتفي أحيانا بهذا القصد السيئ، كمفترض أو شرط لتقرير الجزاء لهذا الاستعمال. دون أن يعني، وكذلك دون أن يكبد الخصوم أو محاميهم أو القاضي، مهمة التمييز بين النوعين من الإجراءات، التسوية والتعسفية. فسواء كان قصد المتقاضي مجرد التأخير أو الاستفادة من مرور الوقت المستنفد في الإجراءات القضائية، فكان تصرفه بنية تسوية أو تسوية، أو كان قصده الإضرار بالغير، فكان عمله تعسفا في استعمال الحقوق الإجرائية، فإن ما قام به المتقاضي في الحالتين يعد خطأ. وهو ما يبرر في نظر المشرع التسوية بينهما في الحكم في حالات معينة. فتوجد جزاءات " عامة " أو " مشتركة "، تنطبق على النوعين من الإجراءات، أي سواء كانت الإجراءات تسوية أو تعسفية.

هذا الجزاء المشترك، لكل من التسوية والتعسف في استعمال الحق، يتحقق بصفة خاصة عندما يكون الجزاء مالي يتمثل في فرض الغرامة على المتقاضي أو إلزامه بتعويض الضرر الناجم عن مسلكه.

ولكن المنهج التشريعي السابق والتسوية بين الإجراءات التسوية والتعسف في استعمال الحق في الحكم، أو بمعنى أدق في الجزاء، في حالات معينة، لم يمنع المشرع من أن يرصد في حالات أخرى مسلكا تسوية، وبصرف النظر عن وجود أي تعسف. ويقرر جزاء، يكون ماليا أحيانا، وفي أحيان أخرى يقرر جزاءات إجرائية متنوعة، وتبدو جديدة أو مبتكرة، لمواجهة التسوية، عند اتخاذ إجراءات معينة. ولا سيما طرق الطعن في الأحكام.

إذن لن يكون غير منطقي لو عالجت الجزاءات المقررة لمواجهة التسوية من خلال تقسيمها إلى جزاءات عامة أو مشتركة لكل من التسوية والتعسف من جهة، وجزاءات أخرى خاصة بالتسوية من جهة أخرى. ولكن الواقع أن هذا المنهج يقود

إلى معالجة جزاء واحد وهو التعويض في موضعين ، إذ هو تارة جزاء مشترك للتسوية والتعسف وتارة أخرى جزاء خاص بالتسوية ، كما سنرى . وهو ما يؤدي إلى تكرار غير مستحب ، ويدفعني بالتالي إلى اتباع تقسيم آخر لهذه الجزاءات . إذ هي قد تكون جزاءات مالية ، نعرض لها في فصل أول ، أو جزاءات إجرائية ، وهذه يكون موضعها الفصل الثاني .

## الفصل الأول

### الجزاء المالية للإجراءات التسوية

## المبحث الأول

### الغرامة المدنية كجزاء للإجراءات التسوية أو التعسفية

أولاً : النصوص التشريعية التي تقرر جزاء الغرامة ونطاق تطبيقها

لم يتضمن تقنين المرافعات الفرنسي القديم Ancien Code de Procédure Civile نصاً عاماً يعالج حالة التعسف أو التسوية في الإجراءات القضائية ، بحيث يكون له من العمومية والشمول ما يجعله ينطبق على الإجراءات القضائية بصفة عامة . وإنما ورد بهذا التقنين نصوصاً تقرر مواجهة محدودة لهذا التسوية أو التعسف ، بحيث تنطبق هذه النصوص بصدد حالات أو إجراءات معينة .

ف نظراً لأهمية الطعن بالاستئناف باعتباره طريق الطعن العادي الأكثر استعمالاً لإرجاء تنفيذ الحكم ، حيث لا يكون الحكم ، كقاعدة ، قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بعد تجاوزه هذا الطريق ، فقد خصه المشرع بأول قاعدة تشريعية وجدت لمواجهة التسوية أو التعسف في استعمال الإجراءات<sup>(١)</sup> . وقد تصدت لهذه المواجهة المادة ٤٧١ من تقنين

(١) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨١ ، ص ٢٦٣ وما بعدها.

المرافعات الفرنسي القديم ، والتي كانت تقرر جزاء الحكم على المستأنف بغرامة ، مع إمكان الحكم بالتعويضات ، إذا كان طلب المستأنف تسويقيا أو تعسفا<sup>(١)</sup> .

وقد صدر تقنين المرافعات الفرنسي الجديد *Nouveau Code de Procédure Civile* ، كذلك ، خاليا من نص عام يقرر تبني جزاء للإجراءات التسويقية أو التعسفية . وإنما تم النص على جواز الحكم بالغرامة ، وإمكان الحكم بالتعويض ، في حالات محددة تتعلق بالتعسف أو التسويق في مباشرة طرق الطعن . وهي حالة المعارضة ( المناقضة ) في الحكم الصادر في الاختصاص ( المادة ٨٨ ) ، والطعن بالاستئناف ( المادة ٥٥٩ ) ، وكذلك المادة ٥٨١ فيما يتعلق بطرق الطعن غير العادية<sup>(٢)</sup> .

ولكن المشرع الفرنسي سرعان ما تدارك هذا الأمر واتجه إلى تبني فكرة المواجهة التشريعية الشاملة للاستعمال التسويقي أو التعسفي للإجراءات بصفة عامة . فتدخل باللائحة رقم ٧٨ - ٦٢ في ٢٠ يناير ١٩٧٨ م . والتي أضافت إلى نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد المادة ٣٢ - ١ . والتي تقرر منح المحكمة سلطة الحكم بالغرامة المدنية *L' amende civile* . وتجزئ لها كذلك الحكم بالتعويض ، في حالة الالتجاء إلى القضاء بطريقة تسويقية أو تعسفية .

(١) وفي تطبيق هذا النص قضي بأن : " الغرامة المنصوص عليها بواسطة المادة ٤٧١ مرافعات لا يجوز توقيعها على المستأنف دون أن يكون الاستئناف ذا طابع تسويقي أو تعسفي . والحكم على المستأنف بهذه الغرامة دون أسباب تبرره يجعل الحكم قابلا للطعن " . انظر : د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٦٤ - ٢٦٥ .

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 32 - 1, p. 50 - 2 .



فالنص الجديد يقرر أن من يدعي أمام القضاء بطريقة تسويقية أو تعسفية يمكن إلزامه بدفع غرامة مالية بحد أقصى ٣٠٠٠ فرنك<sup>(١)</sup> ( يورو ) ، دون الإخلال بالتعويضات التي تكون مطلوبة<sup>(٢)</sup> .

وهكذا أصبحت النصوص التشريعية التي يتضمنها تقنين المرافعات الفرنسي الجديد في هذا الشأن عديدة . من بينها يضع القاعدة العامة نص المادة ٣٢ - ١ . هذا النص المستحدث كما رأينا بموجب اللائحة رقم ٧٨ - ٦٢ في ٢٠ يناير ١٩٧٨ م ، يوسع بشكل ملحوظ مجال تطبيق الغرامة المدنية كجزاء لمن يلجأ إلى القضاء بطريقة تسويقية أو تعسفية .

فقد وضع المشرع الفرنسي هذا النص بين نصوص مواد الكتاب الأول من تقنين المرافعات الجديد . والذي يتضمن الأحكام العامة المنطبقة أمام جميع المحاكم . كما أنه صاغ النص في صورة قاعدة عامة . وهو ما يسمح بتطبيق النص على هذا النحو أمام جميع المحاكم من ناحية ، وبشأن جميع حالات الادعاء أمام القضاء<sup>(٣)</sup> من ناحية ثانية.

فمن ناحية أولى ، فإنه نظرا لعمومية هذا النص بحيث يسري أمام جميع المحاكم ، فإنه ينطبق ليس فقط على الدعاوى المرفوعة أمام محكمة أول درجة ، ولكن

(١) حددت قيمة الغرامة على هذا النحو باللائحة رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ . وكانت قيمتها وفقا للصياغة الأولى للنص تتراوح بين ١٥ و ١٥٠٠ فرنك ( يورو ) .

(٢) وقد تأكدت مشروعية هذا النص بحكم من مجلس الدولة الفرنسي : CE., 31 oct. 1980 , D. 1981 , I.R., 111 , obs. Delvolvé , JCP., 1983 , II , 2003 , note J.- B. Auby .

(٣) د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨٢ .

كذلك أمام محاكم الاستئناف . ولكن بشأن الطلب الجديد الذي يقدم أمامها <sup>(١)</sup> ، إذا كان تسويقيا أو تعسفيا <sup>(٢)</sup> . بل إنه يسري على الممارسة التسويقية أو التعسفية لطرق الطعن بصفة عامة ، العادية وغير العادية <sup>(٣)</sup> .

من ناحية ثانية ، فإن بعض الفقه سجل أنه إذا كان نص المادة ٣٢ - ١ يقرر جزاء الغرامة ، مع إمكان الحكم بالتعويض ، على من يدعي أمام القضاء بطريقة تسويقية أو تعسفية ، فإنه يجدر ملاحظة أن الدعوى حسب التعريف الوارد لها بالمادة ٣٠ - من ذات التقنين - لا تقتصر فقط على الطلبات القضائية ، وإنما تشمل كذلك الدفاع بشأن الطلبات المطروحة أمام المحكمة . وعلى ذلك فإن هذا الجزاء يمكن الحكم به كذلك في حالة الدفاع التسويقي أو التعسفي . كما هو الشأن بالنسبة للطلب القضائي الذي يكتسب ذات الطابع <sup>(٤)</sup> .

فضلا عن هذا الحكم العام المقرر بالمادة ٣٢ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، فقد تضمن ذات التقنين عدة نصوص أخرى تعد بمثابة تطبيقات لهذا المبدأ العام . وإن كان النص عليها قد ورد بشأن استعمال طرق قانونية معينة . بحيث ينطبق كل منها على التسويق أو التعسف في استعمال طريق من هذه الطرق .

فالمادة ٥٥٩ ، الواردة بشأن الطعن الأصلي بالاستئناف ، تقرر أنه في حالة ما إذا كان الاستئناف الأصلي تسويقيا أو تعسفيا فإنه يمكن الحكم على المستأنف بغرامة

(١) فيخضع تقديم هذا الطلب الجديد أمام محاكم الاستئناف للمادة ٣٢-١ . أما الطعن - ذاته - بالاستئناف إذا كان تسويقيا أو تعسفيا ، فإنه يخضع لحكم المادة ٥٥٩ من ذات التقنين كما سنرى .

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 32 – 1 , p. 51 .

(٣) L. Cadiet , op. cit., n<sup>os</sup> 794 et s.

(٤) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 32 – 1 , p. 50 - 2 .

مدنية بحد أقصى ٣٠٠٠ فرنك ( يورو )<sup>(١)</sup> ، دون الإخلال بالتعويضات التي تكون مطلوبة<sup>(٢)</sup> .

وقد قيل أن هذا النص مصاغ بحيث يشمل الطعن الأصلي بالاستئناف بصفة عامة . لذلك فإن حكمه ينطبق على استئناف الأوامر ( الأحكام ) المستعجلة Les ordonnances de référé<sup>(٣)</sup> ،<sup>(٤)</sup> .

كما ينطبق كذلك على دعوى بطلان حكم التحكيم<sup>(٥)</sup> .

ولكن هذا النص يعالج التسويق أو التعسف في استعمال الاستئناف الأصلي فقط<sup>(٦)</sup> . وفي مواجهة المستأنف فقط . لذلك فإنه لا ينطبق على الاستئناف

(١) رفعت قيمة الغرامة على هذا النحو باللائحة رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ . وكانت قيمتها وفقا للصياغة القديمة للنص تتراوح بين ١٥ و ١٥٠٠ فرنك ( يورو ) .  
(٢) وهذا النص بمثابة إعادة صياغة للمادة ١١٣ من لائحة ٢٨ أغسطس ١٩٧٢ ، والمأخوذة بدورها من المادة ٤٧١ من تقنين المرافعات الفرنسي القديم :

E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t.II , sous l'art. 559 , p. 380 .

(٣) Note , n  1 , sous l' art. 559 , NCPC., 98   d., Dalloz 2007 .

Note , n  1 , sous l' art. 559 , NCPC., 98   d., Dalloz 2007 .

Note , n  1 , sous l' art. 559 , NCPC., 98   d., Dalloz 2007 .

(٤) وذلك سواء من حيث جواز الحكم بالغرامة ، إذ قضت محكمة النقض أن الغرامة يمكن الحكم بها في حالة الاستئناف التسويقي للأوامر المستعجلة :

Cass. Civ., 2  , 20 juill. 1981 , Bull. civ., II, n  168 , p. 108 , R.T.D.Civ., 1982 , 191 , obs. Normand .

أو من حيث جواز الحكم بالتعويض : Cass. com., 2 mai 1989 , Bull. civ., IV, n  143 , R.T.D.Civ., 1989 , 806 , obs. Normand , civ., 1  , 4 févr. 1992 , JCP., 1992 , IV, 1010 .

(٥) Cass. civ., 1  , 23 févr. 1994 , Bull. civ., I , n  75 .

(٦) L. Cadet , op. cit., nés 794 et s., notamment note 295 .

الفرعي *L' appel incident* ، المقدم من المستأنف ضده ، أو على الاستئناف المثار  
*L' appel provoqué* <sup>(١)</sup> .

كذلك فإن تقديم طلب جديد أمام محكمة الاستئناف يخضع ، إذا كان تسويقيا أو  
 تعسفيا ، للمادة ٣٢ - ١ وليس للمادة ٥٥٩ ، كما رأينا .

كما قررت جواز الحكم بذات الجزاء ، أي الغرامة والتعويض ، ولكن بشأن طرق  
 الطعن غير العادية *Les voies extraordinaires de recours* ، المادة ٥٨١  
 من ذات التقنين . والتي تنص على أنه في حالة الطعن التسويقي أو التعسفي فإنه يمكن  
 الحكم على الطاعة بغرامة مدنية <sup>(٢)</sup> ، دون الإخلال بالتعويضات التي تُطلب من المحكمة  
 التي تنظر الطعن <sup>(٣)</sup> ، <sup>(٤)</sup> .

وهذا النص يكرس ، كما هو واضح ، جزاء التسويق أو التعسف في استعمال  
 طرق الطعن غير العادية . ولكن يجب مراعاة أن هناك قاعدة خاصة بالطعن بالنقض ،

<sup>(١)</sup> Cass. com., 19 janv. 1982 , G.P., 1982 , I , pan., 205 ,  
 والاستئناف الفرعي أو المثار فإنهما وإن كانا لا يخضعان لهذه المادة ، فقد لاحظ بعض الفقهاء  
 خضوعهما لحكم المادة ٣٢ - ١ :

E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t.II , sous l' art. 559 , p. 381 .

<sup>(٢)</sup> بحد أقصى ٣٠٠٠ فرنك ( يورو ) ، وفقا لللائحة رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ في ٢٨ ديسمبر  
 ٢٠٠٥ . وكانت قيمتها وفقا للصياغة الأولى للنص من ١٥ إلى ١٥٠٠ فرنك ( يورو ) .

<sup>(٣)</sup> ومشروعية هذا النص أكدها مجلس الدولة الفرنسي :

CE., 12 oct. 1979 , D. 1979, 606 , note Bénabent , JCP., 1980 , II ,  
 19228 , concl. Franck , et note Boré , G.P., 1980 , I , 6 , note Julien ,  
 chron. Viatte , p. 21 .

وانظر : Delvolvé , Le NCPC. devant le conseil d' état , D., 1979 , chron. :  
 281 .

<sup>(٤)</sup> Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1006 , p. 663 ,

Cass. civ., 2° , 20 déc. 1977 , JCP. 1978 , IV , 60 . وانظر :

تقررها المادة ٦٢٨ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، تنطبق في حالة رفض الطعن<sup>(١)</sup> . لذلك فإن نص المادة ٥٨١ لا ينطبق إذن إلا على اعتراض الخارج عن الخصومة *La tierce opposition* ، أو الطعن بالمراجعة *Le recours en révision*<sup>(٢)</sup> .

وفي التشريع المصري ، رأينا أن قانون المرافعات الحالي استحدث في المادة ١٨٨ فقرة ثانية تقرر أنه يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة ..... على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية " .

ويتميز هذا النص بالعمومية من ناحيتين :

الأولى ، أنه يواجه ظاهرة سوء النية بصفة عامة . وقد رأينا الفقه الراجح لا يجعل المقصود بهذا النص مواجهة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية فقط . وإنما بين أن سوء النية يتحقق إذا كان مقدم الطلب يعلم أن لا حق له فيه ، وإنما قصد بطلبه الكيد للطرف الآخر أو مجرد تعطيل الإجراءات . وهو ما يجعل هذا النص ينصرف كذلك إلى مواجهة التسويق والمماطلة في الإجراءات . فمن يتخذ الإجراء بقصد تعطيل الإجراءات يعد سيئ النية ويخضع للجزاء الذي يحدده هذا النص .

الثانية ، أنه يتسم بالعمومية كذلك من ناحية الإجراءات التي يمكن أن يكون الخصم سيئ النية عند مباشرتها . فالنص لا يواجه سوء النية في مباشرة إجراء بعينه ، وإنما سوء النية في مباشرة الإجراءات القضائية بصفة عامة . فالنص يجيز الحكم

(١) L. Cadiet , op. cit., n<sup>os</sup> 794 et s., notamment note 296 .

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t.II , sous l' art. 581 , p. 393 - 2 .

بالغرامة على الخصم الذي " يبدي طلبا " ، أو " دفعا " أو " دفاعا " . أو ، وهذا هو الأكثر عمومية ، " يتخذ إجراء " . ولا شك عندي أن تعبير " يتخذ إجراء " بهذا العموم ينطبق على كافة الإجراءات القضائية .

قواعد الحكم بالغرامة كجزاء :

يبدو أن فرض الغرامة المدنية كجزاء للإجراءات التسوية أو التعسفية يستهدف ، أو يمكن أن يؤدي ، دورا مزدوجا : فهذه الغرامة ينظر إليها أولا كجزاء مالي يحكم به ضد المتقاضي . وبالتالي هي تستهدف جبر أو إصلاح الضرر الاجتماعي الناجم عن التعسف في استعمال حق الالتجاء إلى القضاء ، أو استعمال الإجراءات لأغراض تسوية بحتة . ثم إن الحكم بالغرامة يمثل - ثانيا - أيضا سلاحا للردع ووسيلة لمواجهة الزيادة غير المبررة في عدد الدعاوى والطلبات الفرعية ، والتي كثيرا ما تكون تعسفية أو تسوية .

فالغرامة كجزاء ، سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المصري ، لا يقصد منها جبر الضرر الخاص الذي يلحق بالمتقاضي ، أو بالغير ، جراء الإجراء الذي يتخذ بسوء نية . وبحسب طبيعتها هذه ، وهذا الدور المنوط بها ، كوسيلة لجبر هذا الضرر العام وردع المتقاضي ، فإن الغرامة التي تفرض كجزاء للإجراءات التسوية أو التعسفية تكون بالحكم بمبلغ مالي يدفعه المتقاضي لصالح الخزنة العامة <sup>(١)</sup> . وبالتالي فإنها تختلف عن الحكم بالتعويض <sup>(٢)</sup> ولا تؤدي ذات الوظيفة التي يؤديها الإلزام بالتعويض .

(١) L. Cadiet , op. cit., n° 796 , p. 415 , ( F.- J. ) Pansier et ( J.- M. ) Pansier , art. préc., n° 14 .

(٢) كما أنها تختلف كذلك عن الحكم على الخصم الخاسر بالمصاريف .

فالإلزام بالتعويض يستهدف جبر الضرر الخاص الذي يلحق بالطرف الآخر في الإجراءات القضائية ، أو الغير ، جراء الإجراء التسويقي أو التعسفي . وهذا التعويض يفيد الطرف المضرور ، أي يمنح له ، ولهذا يتوقف الحكم به علي طلب من صاحب المصلحة . أي هذا الطرف المضرور . والذي عليه إثبات قصد التسويق أو الكيد فضلا عن الضرر الذي أصابه ، وعلاقة السببية بينهما .

ولأن الغرامة التي يمكن الحكم بها كجزاء للإجراء التسويقي أو التعسفي تكون وسيلة لجبر الضرر العام وردع المتقاضي وتحصل لصالة الدولة ، فإن القواعد التي تنظم سلطة المحكمة في الحكم بهذه الغرامة علي النحو التالي :

أ - يكون للقاضي الحكم بها من تلقاء نفسه . فيكون الحكم بها بناء على مبادرة من جانب المحكمة التي اتخذت أمامها الإجراءات التسويقية أو التعسفية .

أما الخصوم فليس لهم أي مصلحة مالية ، أو أدبية ، في الحكم بهذه الغرامة . إذ الحكم بها لا يفيدهم <sup>(١)</sup> .

ب - الحكم بالغرامة وتقدير قيمتها ، في ضوء الحد الأقصى الذي يضعه المشرع لها ، يدخل في السلطة التقديرية للقاضي الذي يحكم بها .

(١) Trib. inst., Bar – Sur – Seine , 22 août 1980 , D. 1982 , I.R., 205 .

ولأن الخصم لا يستفيد من الحكم بهذه الغرامة ، فإنه لا يكون له الطعن في الحكم الصادر بشأنها ، لا بالاستئناف :

Reims , 25 juin 1981 , D. 1982 , I.R., 153 , obs. Julien .

، ولا بالنقض : . Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 12 mai 1969 , Bull. civ., II , n° 148 , p. 108 .  
Rendu en application de l' art. 471 ACPC.

وانظر : . Note sous l' art. 32 – 1 , n° 16 , NCPC., 98<sup>e</sup> éd., Dalloz 2007 .

ج - جعل القانون الحكم بهذه الغرامة جوازي للمحكمة . فالمشرع يعبر عن سلطة القاضي باستعمال تعبير يمكن Peut . وهو ما ينفي أي طابع إلزامي أو حتمي للحكم بها <sup>(١)</sup> .

د - الحكم بالغرامة لا يترتب على مجرد واقعة الخسارة في الطلب أو الطعن أو الدفاع، أو عدم قبوله . وإنما يشترط من أجل تبرير الحكم بها ، أن تقرر المحكمة أن الطلب أو الدفع ، أو الإجراء بصفة عامة ، كان تسويقيا أو تعسفيا .

فوفقا للنصوص السابقة ، فإنه يلزم ، حتى يمكن الحكم بالغرامة والتعويضات ، أن تقرر المحكمة أن الطلب أو الدفاع أو الطعن ، أو الإجراء بصفة عامة ، كان تسويقيا أو تعسفيا <sup>(٢)</sup> .

ولا يختلف في هذا نص المادة ٥٨١ ، بشأن طرق الطعن غير العادية ، عن القاعدة العامة الواردة بالمادة ٣٢ - ١ ، أو عن المادة ٥٥٩ بشأن الاستئناف الأصلي، فهو مثلهما يعلق الحكم بالغرامة على تقرير الطابع التسويقي أو التعسفي للإجراء .

والواقع أن اشتراط تقرير المحكمة للطابع التسويقي أو التعسفي للطعن غير العادي لم يكن لازما في ظل القواعد القديمة التي كانت تقرر الحكم بالغرامة على مجرد استعمال طريق الطعن غير العادي ، والإخفاق فيه .

ففي ظل القواعد السابقة كان خطأ صاحب الطعن غير العادي يُفترض بمجرد إخفاقه في طعنه . فكان مجرد رفض اعتراض الخارج عن الخصومة ، أو العريضة

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 32 - 1 , p. 51 .

(٢) ولكن ليس من اللازم توافر الغش :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 10 janv. 1985 , G.P., 1985 , I , pan. n<sup>o</sup> 113 , obs. Guinchard .



المدنية *La requête civile* ، ( والتي تقابل في القانون الفرنسي الحالي الطعن بالمراجعة *Le recours en révision* ، وفي القانون المصري الطعن بالتماس إعادة النظر) ، يستتبع الحكم على صاحب الطعن بالغرامة ( م ٤٧٩ من تقنين المرافعات القديم ) . وذلك دون الإخلال بالتعويضات . والتي كانت بدورها ، يمكن الحكم بها لصالح المطعون ضده طالما أن الطعن سبب له ضررا ، من غير حاجة إلى إثبات أن ممارسة الطعن كانت خاطئة <sup>(١)</sup> .

كذلك كان الطاعن بالنقض الذي يخفق في طعنه يلزم بدفع غرامة مدنية وبتعويض الطرف الآخر <sup>(٢)</sup> .

أما في ظل النص الجديد ( م ٥٨١ . NCPC ) ، فقد أصبح لازما إثبات الطابع التسويقي أو التعسفي للطعن ، وذلك لتبرير الحكم سواء بالغرامة المدنية أو بالتعويض <sup>(٣)</sup> .

وفي هذا الشأن يتفق هذا النص ( م ٥٨١ . NCPC ) مع نص المادة ٥٥٩ ، وكذلك مع القاعدة العامة الواردة بالمادة ٣٢ - ١ من ذات التقنين . فهذه النصوص تعلق الحكم بالغرامة على تقرير المحكمة للطابع التسويقي أو التعسفي للإجراء . فيلزم

<sup>(١)</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 13 mai 1969, Bull. III, n° 385, p. 299, civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 1977, Bull. I, n° 316, p. 250.

وانظر : E. Blanc, J. Viatte et L. Blanc, op. cit., sous l' art. 32 - 1, p. 51 .  
<sup>(٢)</sup> انظر : E. Blanc, J. Viatte et L. Blanc, op. cit., t. II, sous l' art. 581 , p. 393 - 2 .

<sup>(٣)</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1979, Bull. I, n° 260, p. 207 .

وانظر : E. Blanc, J. Viatte et L. Blanc, op. cit., t. II, sous l' art. 581 , p. 393 - 2 .

إذن أن تقرر المحكمة ، أن الدعوى ، الطلب ، الدفاع ، الطعن ، كان تسويقيا أو تعسفيا. وذلك حتى يمكنها الحكم على صاحبه بالغرامة ، وكذلك التعويض الذي يكون مطلوبا .

وهكذا فإنه يجب على محكمة الاستئناف ، ولكي تفرض الغرامة التي يقررها نص المادة ٥٥٩ ، أن تبين في حكمها الأسباب التي تضي على الاستئناف الطابع التسويقي أو التعسفي <sup>(١)</sup> .

ذلك أنه بعد العدول عن فكرة أن طرق الطعن ضد الأحكام تعد بمثابة مخاصمة للحكم وللقاضي الذي أصدره ، مما كان يستتبع الحكم على من يخسر في طعنه تلقائيا ، بالغرامة ، وتم فتح باب الاستئناف أمام المتقاضين ، باعتباره لازم مبدأ التقاضي على درجتين ، إلا أنه مع ذلك يلزم مجازاة المستأنف الذي يتصرف بهدف تسويقي أو بطريقة تعسفية <sup>(٢)</sup> .

إذن لا تكفي واقعة الخسارة في حد ذاتها لتقرير مسئولية الخصم عن الإجراء <sup>(٣)</sup> .

ومن قضاء المحاكم الفرنسية في شأن الطعن التسويقي بالاستئناف ما قضت به محكمة أورليانز **Orléans** ، من أن المستأنف الذي لم يحضر في خصومة أول درجة ، ولم يمثل لأمر قاضي التحضير ، ولم يأت بأدنى تبرير لادعائه ، يكشف أنه رفع

<sup>(١)</sup> Cass. soc., 14 janv. 1950 , D. 1950 , 349 , Paris , 7 mai 1960 , D. 1960 , somm., p. 112 , Paris , 10 fév. 1961 , D. 1961 , 432 .

وانظر : E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 559 , p. 381 .

<sup>(٢)</sup> E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. II , sous l' art. 559 .

<sup>(٣)</sup> د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٢ وما بعدها ، خاصة ، ٤٢٥ ،

J. Viatte , l' amende civile pour abus du droit de plaider , G.P., 1978 , Doctr. p. 305 .

استئنافه بهدف تسويقي من أجل البقاء في المكان المؤجر . وهكذا تكون المحكمة قد حكمت عليه بحق بدفع الغرامة المدنية <sup>(١)</sup> .

وبالمقابل إذا لم يكن الإجراء تسويقي أو تعسفي فلا يجوز الحكم بهذه الغرامة . وقد قضي بأن الحكم على المستأنف بالغرامة ، دون أن يكون الاستئناف متسما بطابع تسويقي أو تعسفي ، ودون أسباب تبرر هذا الحكم ، يجعل الحكم قابلا للطعن <sup>(٢)</sup> .

وهذه القواعد السابقة والتي تحكم جزاء الغرامة هي مما يدفعني إلى تبني التفسير الذي يجعل المقصود بالفقرة الأخيرة من المادة ٣ من قانون المرافعات ( المصري ) ، هو سوء النية بصفة عامة في التقاضي وليس فقط التعسف في استعمال الحق .

فالمشرع أضاف ، بالقانون رقم ٨١ سنة ١٩٩٦م ، إلى المادة ٣ من قانون المرافعات فقرة أخيرة تنص على أنه " ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية . . . . إذا تبين أن المدعي قد أساء استعمال حقه في التقاضي " .

والمقصود بالغرامة كما رأينا هو جبر الضرر العام <sup>(٣)</sup> ، المتمثل في ضياع وقت وجهد القضاة في نظر طلبات أو دفع غير جدية يعلم أصحابها الأحق لهم فيها . وبالتالي تراكم القضايا وتعطيل سير مرفق القضاء . وهذا الضرر العام ينجم عن الإجراءات التسويقية ، كما ينجم عن الإجراءات التعسفية .

(١) Orléans , 8 déc. 1975 , JCP. 1976 , IV, 6604 .

(٢) Cass. soc., 7 janv. 1955 , G.P., 1955 , I , 182 .

(٣) فجبر الضرر الخاص يحققه الحكم بالتعويض الذي يتوقف على طلب به من المضرور ، والذي يلزمه إثبات توافر قصد الكيد في اتخاذ الإجراء ، وكذلك الضرر الذي أصابه ، وما بينهما من علاقة السببية .

وقد رأي بعض الفقه أنه رغم صعوبة وضع حل قانوني خاص لتلك الدعاوى التسوية (التعسفية) . فإنه يمكن من خلال هذا النص أن يمارس القضاة دورا ايجابيا في تطبيق نظرية التعسف في تقدير المنافع التي تعود على الخصم من رفع الدعوى ، ليتسنى للمحكمة الوقوف على حقيقة ما إذا كان الهدف منها التسوية والمطل أم لا<sup>(١)</sup>.

ويؤيد هذا التفسير الموسع لتعبير "إساءة استعمال الحق في التقاضي" ، الوارد بالمادة ٣ مرافعات ، ما ذهب إليه بعض الفقه<sup>(٢)</sup> ، من التفرقة بين الإساءة في استعمال الحق من ناحية ، وتعني الانحراف في الاستعمال عن الغاية التي شرع الحق من أجلها ، والتعسف في استعمال الحق من ناحية أخرى ، ويعني الاستعمال الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر الواقع أو تحقيق مصلحة غير مشروعة .

(١) د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٦٨٠ .  
وإذا كان صاحب هذا الرأي لم يضع حدودا فاصلة بين التسوية والتعسف ، فذلك لأنه وكما سبق أن رأينا يعتبر التسوية في الإجراءات صورة من صور التعسف في استعمال الحق .  
ما سبق ، ص ١٣٩ وما بعدها .  
(٢) د/ سيد أحمد محمود - العش الإجمالي - ص ١٣٥ هامش ١ .

## المبحث الثاني

### التعويض كجزاء للإجراءات التسوية

وفقاً لنصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، فإن التعويض يكون أحياناً جزءاً مشتركاً للإجراءات التسوية أو التعسفية . أي للإجراء الذي يتخذ بسوء نية بصفة عامة وسواء كان تسوية أو تعسفياً . وفي أحيان أخرى يكون التعويض جزءاً خاصاً بالإجراءات التسوية .

أولاً - التعويض كجزاء مشترك للإجراءات التسوية أو التعسفية على السواء :

رأينا فيما سبق<sup>(١)</sup> تضمن تقنين المرافعات الفرنسي الجديد عدة نصوص تخول المحكمة سلطة الحكم بالغرامة كجزاء للإجراءات التسوية أو التعسفية . وقد حرصت هذه النصوص على تقرير أن الحكم بجزاء الغرامة يكون من غير إخلال بالتعويضات التي تكون مطلوبة .

فالمادة ٣٢ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد تقرر أن من يدعي أمام القضاء بطريقة تسوية أو تعسفية يمكن إلزامه بغرامة مدنية .... دون إخلال بالتعويضات التي تكون مطلوبة .

وفيما يعد تطبيقاً لهذه القاعدة العامة ، ولكن بشأن طرق الطعن ، تكرر المادتان ٥٥٩ ، ٥٨١ من ذات التقنين . ذات الحل .

(١) ما سبق ، ص ٢٤٥ وما بعدها .

فالمادة ٥٥٩ بشأن الطعن الأصلي بالاستئناف تقرر أنه في حالة الاستئناف الأصلي التسويقي أو التعسفي ، يمكن إلزام المستأنف بغرامة مدنية ..... دون إخلال بالتعويضات التي تكون مطلوبة .

والمادة ٥٨١ بشأن طرق الطعن غير العادية ، والتي رأينا فيما سبق انطباق حكمها على اعتراض الخارج عن الخصومة وكذلك على الطعن بالمراجعة ، دون الطعن بالنقض والذي يخضع لحكم خاص ورد بالمادة ٦٢٨ من ذات التقنين ، تقرر - المادة ٥٨١ - أنه في حالة الطعن التسويقي أو التعسفي يمكن إلزام صاحبه بغرامة مدنية ..... دون إخلال بالتعويضات التي تكون مطلوبة .

والملاحظة الأساسية بشأن هذه النصوص ، وكما رأينا سابقا ، أنها تتكلم عن دعوى ، أو عن طريق طعن " تسويقي " أو " تعسفي " . فهي بوضوح تضع على قدم المساواة ، فيما يخص سواء جزاء الحكم بالغرامة ، أو جزاء الحكم بالتعويض ، كلا النوعين من الإجراءات ، التسوية من ناحية ، والتعسفية من ناحية أخرى .

ورأينا كذلك أنه نظرا للموضع الذي يأخذه نص المادة ٣٢ - ١ بين نصوص مواد الكتاب الأول ، من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، والذي يتضمن الأحكام العامة المنطبقة أمام جميع المحاكم ، وكذلك نظرا لصياغة هذا النص في صورة قاعدة عامة ، فإن الرأي مستقر في الفقه والقضاء الفرنسيين على أن أحكام هذا النص تنطبق أمام جميع المحاكم . وبشأن جميع حالات الادعاء أمام القضاء . وتنطبق على وسائل الدفاع كما تنطبق على الطلبات القضائية <sup>(١)</sup> .

(١) Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , D., 1979 , chronique , p. 21 - 22 .

لذلك رأينا أن أحكام هذا النص تسرى أمام محاكم الدرجة الأولى وكذلك أمام محاكم الاستئناف ( بشأن الطلب الجديد الذي يقدم أمامها ) .

وعلى هذا الأساس قضي بإلزام المستأنف بالتعويض لمحاولته إطالة أمد الخصومة على الرغم من استحالة أن يقدم إثبات على ادعاءاته<sup>(١)</sup> . كذلك قضي بأنه يكون مبررا قانونا الحكم على المستأنف بالتعويض إذا أثبت قضاة الاستئناف التراخي المستمر للمستأنف واعتبروا هذا التراخي التسويفي بمثابة تعسف ويبرر إذن الحكم عليه بالتعويض<sup>(٢)</sup> ،<sup>(٣)</sup> .

كذلك فإنه قيل أنه نظرا لعموم هذا النص ، بحيث يسري حكمه أمام جميع المحاكم ، فإنه يكون لكل محكمة بما فيها محكمة الأمور المستعجلة أن تحكم بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عن الإجراءات التسويفية أو التعسفية التي تمت أمامها ، وفقا للمادة ٣٢ - ١<sup>(٤)</sup> .

(١) Cass. com., 20 fév. 1985, Bull. IV , n° 73 , p. 63 .

(٢) Cass. com., 24 nov. 1970 , Bull. IV , n° 317 , p. 278 .

(٣) ولا يمنع كون الاستئناف تعسفي حصول المتقاضى على مساعدة قضائية لرفعه :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 19 juin 1980 , Bull. civ., II , n° 143 , D., 1980 , I.R., 461 , obs. Julien .

(٤) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 32 - 1 , p. 51 - 1 a , Cass. com., 2 mai 1989 , Bull. civ, IV , n° 143 , p. 96 , R.T.D.Civ., 1989 , p. 806 , obs J. Normand , civ., 1<sup>re</sup> , 4 févr. 1992 , Bull. civ., I , n° 43 , p. 31 , civ., 2<sup>e</sup> , 12 nov. 1997 , Bull. civ., II , n° 274 .

وعكس هذا :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 20 juill. 1981 , Bull. civ., II , n° 168 , R.T.D.Civ., 1982 , 197 , obs. Normand , civ., 3<sup>e</sup> , 10 déc. 1980 , Bull. civ., III , n° 193 , p. 144 , G.P., 1981 , I , 287 , note Viatte , R.T.D.Civ., 1981 , 681 , obs. Normand .

وقد رأى بعض الفقه أن القضاء لم يكن لينتظر ما قرره نص المادة ٣٢ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ( NCPC. ) ، من أن الحكم بالغرامة كجزاء للدعاء التسويقي أو التعسفي لا يخل بإمكان الحكم بالتعويضات التي تكون مطلوبة . لم يكن لينتظر هذا الإقرار للحكم بالتعويض كجزاء للتعسف في التقاضي بالاستناد إلى نص المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني ، مطبقا ، على استعمال الإجراءات ، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق <sup>(١)</sup> .

والواقع أنه رغم تبني تقنين المرافعات الفرنسي الجديد صراحة ، وعلى نطاق واسع كما رأينا ، لفكرة مواجهة الإجراءات التسوية والتعسفية بصفة عامة ، فإن المشرع الإجرائي اكتفى ، بشأن الحكم بالتعويض كجزاء لهذه الإجراءات ، بإقرار المبدأ العام الذي يرتب مسؤولية المتقاضي عند اتخاذه الإجراءات بطريقة تسوية أو تعسفية ، دون أن يبين - أي المشرع الإجرائي - مفهوم أو معيار التسوية أو التعسف في استعمال الإجراءات ، أو شروط الحكم بالتعويض الذي يتقرر جزاء لها ، أو كيفية تقديره . لذلك ظل حال تطبيق هاتين النظريتين ، في أحكام القضاء ، على ما كان عليه ، قبل صدور هذا التقنين الجديد ، وتضمنه هذه النصوص المستحدثة <sup>(٢)</sup> .

وفي ضوء ما تقدم نفهم كيف أن جانب من الفقه الفرنسي ما زال يقرر أن إلزام المتقاضي بالتعويض كجزاء لاتخاذه إجراءات تسوية أو تعسفية ، يكون ، دون شك ، بالاستناد إلى نصوص المواد ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من التقنين المدني <sup>(٣)</sup> .

<sup>(١)</sup> E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 32 - 1 , p. 51 .

<sup>(٢)</sup> وهو ما يرجع ، كما قيل ، إلى الرغبة في عدم زعزعة القضاء المستقر الذي سارت عليه المحاكم الفرنسية لفترة طويلة . انظر : د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٢٩١ وما بعدها .

<sup>(٣)</sup> انظر : د/ أحمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٣٤ وهامش ٥ ، ص ٤٣٥ ، والأحكام التي يشير إليها ، ص ٤٢٤ بالهامش .



كما نفهم كيف أنه ، ورغم النصوص العديدة التي يتضمنها تقنين المرافعات الفرنسي الجديد وتجزئ الحكم بالتعويض جراء اتخاذ المتقاضي إجراءات تسويقية أو تعسفية ، فإن القضاء الفرنسي ما زال ، في الكثير من أحكامه ، يشير ، كأساس يستند إليه لفرض هذا الجزاء وتقرير التعويض ، لا إلى هذه النصوص الجديدة ، وإنما إلى نصوص مواد التقنين المدني بشأن المسؤولية التقصيرية ، خاصة المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني<sup>(١)</sup> .

فالمماثلة أو التسوية ، كما هو شأن التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وكما رأينا ، يعد إخلالاً بواجب حسن النية في التقاضي ، وهو واجب قانوني . والإخلال بالواجب القانوني خطأ . وهو ما يجيز إعمال القواعد العامة في المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ ، أي المسؤولية التقصيرية .

والثابت كذلك أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر التسوية في استعمال الإجراءات خطأ . من ذلك قضاء هذه المحكمة بأن الخطأ في استعمال طرق الطعن يتضح إذا تبين لقضاة ثاني درجة إرادة المستأنف المتعمدة في ..... وفي طابع الاستئناف التسويفي الذي كان هدفه الوحيد الوحيد إرجاء الوفاء<sup>(٢)</sup> .

وفي حكم آخر قضي بأنه " بإعلان المحكمة أن المستأنف لم يرفع استئنافه إلا من أجل مصلحة تسويقية بحتة بقصد تأخير الوفاء بدين خالي من النزاع وواجب الأداء

(١) انظر : د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - بند ٣١٠ - ص ٤٣١ وما بعدها .

(٢) Cass. civ., 2 avril 1979 , J.C.P., 1979 , IV , 204 .

منذ أكثر من عامين ، فإن محكمة الاستئناف تكون هكذا قد عينت الخطأ الذي حدث في استعمال حق الالتجاء إلى القضاء " (١) .

ورغم أن قانون المرافعات المصري لم يتضمن نصا يضع قاعدة عامة في شأن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية أو التسوية في الإجراءات ، بحيث يفرض جزاء لاتخاذ كل الإجراءات التعسفية أو التسوية بصفة عامة ، فإنه قد تضمن عدة نصوص تقرر جواز الحكم بالتعويض جراء الكيدية في اتخاذ إجراءات معينة .

فالمادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ، في فقرتها الرابعة والأخيرة ، تجيز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد .

وكذلك فعلت المادة ٢٧٠ ، فقرة ثانية ، من ذات القانون . إذ تجيز لمحكمة النقض أن تحكم بالتعويض للمطعون ضده - بالنقض - إذا رأت أن الطعن أريد به الكيد .

وهذه النصوص أقرت مبدأ جواز الحكم بالتعويض كجزاء للإجراء الكيدي . كما أنها حددت معيار التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الطعن . وحصرته فقط في اتخاذ الإجراء بقصد الكيد ، كما رأينا سابقا . ولكن المشرع الإجرائي لم يشأ أن يذهب بهذه النصوص إلى أبعد من ذلك . بل ترك الأمر فيما هو غير ذلك من شروط الحكم بالتعويض وكيفية تقديره للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية .

كما أن هذه النصوص لم تتناول تقرير جزاء التعويض كذلك للإجراءات التسوية ، رغم أنه يعد خطأ في مباشرة الإجراءات كما رأينا . وبالتالي يبرر الحكم بالتعويض لجبر الضرر الناشئ عنه وفقا للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية .

(١) Cass. com., 25 nov. 1974 , J.C.P., 1975 , IV , 13 .

لذلك أرى أنه ، فيما يجاوز تحديد المشرع الإجرائي لمعيار التعسف في استعمال الإجراءات بقصد الكيد فقط ، تسري - فيما عدا ذلك - القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية على الحكم بالتعويض كجزاء للإجراءات التعسفية أو التسوية ، من حيث شروط الحكم بهذا التعويض وتقدير التعويض وسلطة المحكمة في هذا الشأن .

ولا يمنع من الرجوع إلى هذه القواعد العامة في القانون المدني بشأن التعويض عن الإجراءات التعسفية أو التسوية على هذا النحو ، نص الفقرة الأولى من المادة ١٨٨ مرافعات والتي تقرر جزاء التعويض عن الدعوى أو الدفاع الذي يقصد به الكيد مما يوحي بأنها تضع قاعدة للتعويض عن الإجراءات التعسفية بما يعني عن الرجوع للقواعد العامة بهذا الشأن .

فنظرا لوضوح نص هذه المادة ببيانها الصريح أن المقصود بالتعويض الذي يقرره إنما يكون " مقابل النفقات الناشئة " عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد ، يستقر الأمر في الفقه والقضاء على أن هذا النص لا يسعف كسند تشريعي للحكم بالتعويض عن جميع الأضرار التي أصابت المتقاضي جراء اتخاذ إجراءات تعسفية أو تسوية في مواجهته .

فهو ، أولا ، يشترط أن يكون قصد المتقاضي هو الكيد ، أو قصد الإضرار . فينطبق في هذه الحالة فقط دون أن يشمل بالتالي حالة المماطلة أو التسوية في الإجراءات ، رغم اعتبارها خطأ يستوجب تعويض الضرر الناجم عنه ، كما رأينا . ثم أنه ، ثانيا ، يقيد التعويض فقط في أحد جوانب الضرر المادي الذي أصاب المتقاضي ، وهو المبالغ التي أنفقها في سبيل التقاضي ، ولا تشملها المصروفات القضائية التي يحكم بها وفقا للمواد ١٨٤ - ١٨٧ مرافعات . فلا يغطي التعويض الذي يحكم به وفقا للمادة ١٨٨ ، فقرة أولى ، مرافعات كل الأضرار المادية التي أصابت المتقاضي . كما لا يشمل كذلك ، وهذا واضح تماما من النص ، تعويض الأضرار الأدبية التي

أصابته وما لقيه من قلق وانشغال نفسي جراء رفع الدعوى أو اتخاذ الإجراء في مواجهته .

لذلك فإن ما يحكم به القضاء من تعويض على أساس المادة ١٨٨ / ١ مرافعات يكون ، فقط ، في مقابل " النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد " . وقد اعتبر القضاء أن إساءة استعمال الحق في التقاضي ، أو الإنكار ، واستعماله ابتغاء مضارة الغير يجيز للمحكمة الحكم عليه " بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله ، طبقاً لنص المادة ١١٥ من قانون المرافعات القديم " <sup>(١)</sup> . المقابلة للمادة ١٨٨ / ١ من القانون الحالي .

والثابت أن القضاء المصري لم يتوقف عند المدى المحدود للتعويض المنصوص عليه بالمادة ١/١٨٨ مرافعات . من ذلك - مثلاً - قضاء محكمة استئناف مصر بأن " كل دفاع كيدي يستعمله الخصم ضد خصمه ينبنى عليه مسؤولية صاحب الدفاع الكيدي عن تعويض الضرر المادي والأدبي الذي يصيب خصمه من جراء هذا الدفاع " <sup>(٢)</sup> .

والثابت أن هذا هو موقف الفقه كذلك . فالفقه لم يجد مفراً في ظل القانون القديم من الالتجاء إلى المادة ١٥١ / ٢١٢ مدني لتأسيس هذا القضاء . لذا قيل أنه إذا أصاب

(١) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٣م - طعن رقم ٤٧ لسنة ٣ ق - مجلة المحاماة - السنة ١٤ - العدد الثالث - رقم ٥٧ ص ٩٣ ، مجموعة محمود أحمد عمر - ج ١ - رقم ١٤١ - ص ٢٥٥ . وانظر : د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٤٣٩ هامش ٢ .  
(٢) استئناف مصر ١٢ إبريل ١٩١٦م - مرجع القضاء - ص ٥٢١ ، أيضاً سيدة زينب جزئي ١٤ مايو ١٩١٦ - مرجع القضاء - ص ٥٢١ - مشار إليهما لدى : د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٣١٤ هامش ١ .

الخصم ، من الدعاوى الكيدية ، ضرر في ماله أو سمعته ، فله أن يطلب الحكم له بتعويض عن هذا الضرر بتطبيق القواعد العامة للمسئولية المدنية<sup>(١)</sup> .

لذلك فالصحيح في الفقه ، وما يراه القضاء ، هو التمييز بين التعويض عن النفقات الفعلية للمتقاضى - والتي لا تشملها المصروفات القضائية - ، وهذا التعويض يستند إلى المادة ١٨٨ / ١ مرافعات<sup>(٢)</sup> ، والتعويض عن الأضرار المادية الأخرى ، وكذلك التعويض عن الضرر الأدبي ، وهو يستند إلى نصوص القانون المدني في المسئولية ، والتي تقرر جواز طلب التعويض عن هذا الضرر<sup>(٣)</sup> .

كما أن التسوية كذلك ، باعتباره خطأ كما رأينا ، يترتب إلزام المتقاضى المسوف بالتعويض لجبر الضرر الناجم عنه ، بالاستناد إلى القواعد العامة في المسئولية المدنية ، نظرا لعدم تناول المشرع الإجرائي المصري هذه الصورة من الخطأ ، بنص خاص .

(١) د/ احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - ١٩٨٩ - بند ٦١ - ص ١٥٦ - ١٥٧ ، صلاح عبد الوهاب - الدعوى الكيدية - مجلة المحاماة - ٣٤ - ص ٦٠ . ويؤيد هذا : د/ رمزي سيف - الوسيط - رقم ١٠٢ ص ١٣٠ ، د/ عبد المنعم الشرقاوي - نظرية المصلحة - المشار إليه - رقم ٨٨ وما يليه .

(٢) ويرى بعض الفقه انه بعكس ما يقرره المشرع المصري الذي نص في المادة ١٨٨ / ١ مرافعات على أن التعويض يقتصر فقط على جبر الضرر المادي دون الأدبي ، فإن المشرع الإجرائي الكويتي وضع بنص المادة ١٢٢ مرافعات كويتي مبدأ عام على أن كيدية الدعوى أو الدفاع تؤدي إلى الحكم بالتعويض سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا . د/ سيد احمد محمود - الغش الإجرائي - ص ٢٣٠ .

(٣) د/ احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - ١٩٨٩ - بند ٦٣ ص ١٦٦ - ١٦٧ . ويؤكد أن الأستاذ / ابو هيف ( رقم ١١٠١ ، ٤٠٨ ) يفرق بين نوعي التعويض بحسب الأساس القانوني لكل منهما .

## ثانيا - التعويض كجزاء خاص بالإجراءات التسوية :

لإظهار ذاتية وتميز مفهوم الإجراءات التسوية باعتبارها ، في حد ذاتها ، وبمعزل عن مفهوم التعسف في استعمال الحق ، تعد إخلالا بواجب حسن النية في التقاضي ، حرص المشرع الإجماعي الفرنسي ، وعلى نطاق واسع ، وكذلك المصري ، ولكن في نطاق محدود كما سنرى ، على أن يقرر التعويض كجزاء للإجراءات التسوية ، بصرف النظر عن توافر التعسف في استعمال الحق أو عدم توافره . بحيث يكفي لتطبيق هذا الجزاء والحكم بالتعويض أن يكون الإجراء تسوية .

وعلى هذا الأساس تضمن تقنين المرافعات الفرنسي الجديد وكذلك قانون المرافعات المصري عدة نصوص تجيز الحكم بالتعويض على المتقاضين الذين يقدمون طلبات فرعية أو دفعوع معينة متأخرا بقصد التسوية . فيكون المستهدف بفرض هذا الجزاء هو مباشرة ، وبشكل واضح ، مواجهة قصد التأخير ومحاولة كسب الوقت ، أي التسوية في تقديم الطلب أو الدفع .

فالتصدي المباشر لقصد التسوية في ذاته على هذا النحو هو الهدف من فرض جزاء التعويض الذي تقرره المواد ١١٨ ، ١٢٣ ، ٥٥٠ ، ٥٦٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، وكذلك المادة ١٢٢ من قانون المرافعات المصري .

وقد وردت هذه النصوص ، في التقنين الفرنسي ، بشأن بعض الدفعوع التي تبدى متأخرا بنية التسوية ، وكذلك الطعن التسويقي بالاستئناف . أما المادة ١٢٢ من قانون المرافعات المصري فهي تعالج الطلب الفرعي بالضم .

## أ - الدفعوع التي تبدى متأخرا بنية التسوية :

يقدر المشرع أن الدفعوع الإجرائية باعتبارها تهدف إلى تفادي أو عرقلة نظر المحكمة لموضوع الدعوى ، وأن هناك خشية مبررة من أن تستخدم هذه الدفعوع فقط

بهدف مجرد تأخير سير الإجراءات ، ومن ثم تأخير صدور الحكم الفاصل في موضوع الدعوى ، وأنها بالفعل كثيرا ما تستعمل بهدف المماطلة والتسويف حسب ما ذكر Y. Desdevises<sup>(١)</sup> ، الفقيه الفرنسي الكبير . ولهذا حرص - المشرع الإجرائي - على تفادي استعمال المتقاضين ، سييء النية ، لهذه الدفوع بطريقة تسويقية ، فوضع لهذه الدفوع نظاما إجرائيا صارما<sup>(٢)</sup> . بحيث يفرض على المتقاضي ، الذي يريد التمسك بدفع أو أكثر من هذه الدفوع ، أن يبديها معا *Simultanément* ، أي جملة واحدة<sup>(٣)</sup> ، وفي بداية الخصومة ، أي قبل الكلام في موضوع الدعوى أو إبداء أي دفع موضوعي *Toute défense* ، أو دفع بعدم القبول *Une fin de non - recevoir* ( م ١٠٨ مرافعات ، ٧٤ مرافعات فرنسي ) . بحيث يحسم القاضي الأمر بشأن هذه الدفوع الإجرائية في هذه المرحلة ، المبكرة ، من الإجراءات قبل أن يتفرغ لنظر موضوع الدعوى . وحتى لا يتم تهديد الإجراءات ، بعد أن تكون قد قطعت شوطا طويلا أو قاربت على الانتهاء ، بهذه الدفوع التي كان ممكنا إثارتها مبكرا .

ولكن هذا النظام الصارم المقرر للدفوع الإجرائية لا يسري على الدفوع الموضوعية ، ولا يسري على الدفوع بعدم القبول . كما لا يسري في القانون الفرنسي على البطلان الموضوعي للأعمال الإجرائية . أي بطلان هذه الأعمال الذي يرجع إلى

(١) Y. Desdevises , L' abus du droit d' agir en justice avec succès , art. préc., p. 21 – 22 .

(٢) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , n° 251 , p. 100 , Blary – Clément ( É. ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 29 .

(٣) وكذلك يجب إبداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . ( م ١٠٨ – فقرة أخيرة – مرافعات مصري ) .

سبب موضوعي<sup>(١)</sup>. فهذه الدفوع – المتنوعة – يمكن التمسك بها في أية حال كانت عليها الإجراءات ، وحتى إقفال باب المرافعة في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

لذلك يقوم التخوف ذاته من استعمال المتقاضين لهذه الدفوع بقصد التسوية وإطالة أمد النزاع<sup>(٣)</sup> ، بالإحجام عن التمسك بالدفع مبكرا ، وإدخاره إلى وقت لاحق بعد أن تكون الإجراءات قد قطعت شوطا بعيدا .

وفي سبيل التغلب على هذا التخوف وتفادي الاستعمال التسويفي لهذه الدفوع على هذا النحو ، لم يشأ المشرع الفرنسي أن يعيد النظر في إمكانية التمسك بهذه الدفوع في أية حال كانت عليها الإجراءات . ولكن اتجه واضعي تقنين المرافعات الجديد إلى فرض جزاء لاستعمال المتقاضين لهذه الدفوع بقصد التسوية<sup>(٤)</sup>.

(١) وكذلك الدفوع الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام في القانون المصري حسب المادة ١٠٨ مرافعات .

(٢) فمئذ تعديلات عام ١٩٧٢م تتجاوز النصوص التشريعية في القانون الفرنسي إلى جانب عدم حظر التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية لسبب موضوعي أو الدفع بعدم القبول بعد الكلام في موضوع الدعوى . انظر : Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc., p. 21 – 22.

ويعد هذا ، فيما يخص الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية لسبب موضوعي ، استثناء من المبدأ المقرر بالمادة ٧٤ مرافعات فرنسي جديد ، من حيث أنه دفع إجرائي ولا يجب أن يبدى في بداية الخصومة : Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc., p. 21 – 22 .

(٣) فالسماح بتقديم الدفع بعدم القبول في أية حال تكون عليها الإجراءات يشجع على استعمالها كوسيلة للمماطلة : L. Cadet , op, cit., n° 825 .

(٤) G. Couchez , Langlade et Lebeau , op. cit., n° 254 , p. 102 .

Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc., p. 21 – 22 , Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n°s 28 et s .



ولقد تكفلت المواد ١٠٣ ، ١١٨ ، ١٢٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد برصد هذا التخوف - المبرر لا شك - وتقرير الجزاء الذي رآه المشرع ملائماً لمواجهة سببه . فأجازت المادة ١٠٣ للقاضي سلطة استبعاد بعض هذه الدفوع التي تبتدى متأخراً بنية التسوية كما سنرى فيما بعد <sup>(١)</sup> . أما المادة ١١٨ فقد قررت أن الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية ، المستند إلى أسباب موضوعية ، يمكن التمسك به في أية حال كانت عليها الدعوى . إلا أنه يمكن للقاضي أن يلزم بالتعويض من يحجم ، بنية المماطلة ، عن التمسك به مبكراً عن ذلك <sup>(٢)</sup> .

وقد قررت الشيء ذاته ، ولكن بالنسبة للدفوع بعدم القبول ، المادة ١٢٣ من ذات التقنين . فهي تجيز التمسك بهذه الدفوع في أية حال كانت عليها الدعوى . ولكنها تخول كذلك للقاضي إمكانية الحكم بالتعويض على من يحجم ، بنية المماطلة ، عن التمسك بها مبكراً عن ذلك <sup>(٣)</sup> .

(١) ما سيلبي ، ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc., Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 27 juin 2002 , Bull. civ., II , n° 149 , D. 2003 , somm. 1402 , obs. P. Julien .

(٣) انظر : L. Cadiet , op. cit., n° 825 , note 366 ,

Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc.

ومن ثم يبدو جزاء التعويض هنا كعنصر موازنة أو " ثقل " يوضع في " كفة الميزان " الأخرى ، يجعلها تتوازن أو تتعادل مع الإمكانية المتاحة للمتقاضين في التمسك بهذه الدفوع في أية حال كانت عليها الإجراءات <sup>(١)</sup> .

فقد يكون مقبولاً اعتبار أن الدفع بالبطلان المستند إلى سبب موضوعي ، والدفع بعدم القبول ، دفوع أساسية لدرجة يتعذر معها تجاهلها إذا لم تقدم في بداية الخصومة . كما أن بعض الدفوع بعدم القبول لا تظهر إلا خلال سير الخصومة ، ولكنه لن يكون مقبولاً أن يعطى صاحب هذه الدفوع حرية التقدير المطلقة في استعمالها . وشل أو إنهاء الخصومة في أي وقت كما يحلو له <sup>(٢)</sup> .

ولم يرد المشرع أن يستعمل ، هنا ، الجزاء المقرر بالمادة ١٠٣ من ذات التقنين ، والذي يتمثل كما سنرى في استبعاد المحكمة للدفع الذي يبدى متأخراً بنية التسوية ، ولكنه فضل الأخذ بالنسبة لهذه الدفوع بإجازة الحكم على المتقاضي بالتعويض <sup>(٣)</sup> .

فهذه النصوص تجيز التمسك بمسئولية المتقاضي الذي يؤخر استعمال ما لديه من دفوع بقصد أو نية التسوية . وتجيز الحكم بإلزامه بالتعويض رغم أن تمسكه

<sup>(١)</sup> وقد رأى بعض الفقه أن هذا الحل التشريعي غير موفق . وأنه كان من الأفضل تقرير أن يتم التمسك بكل حالات البطلان في بداية الخصومة :

E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 118 , p. 132 .

<sup>(٢)</sup>Y. Desdevises , L' abus du droit d' agir en justice avec succès , art. préc.

<sup>(٣)</sup>Y. Desdevises , L' abus du droit d' agir en justice avec succès , art. préc.

بالدفع كان صحيحا ، ووفقا للميعاد الذي سمح به القانون . لذا رأى بعض الفقه أن هذه النصوص قدمت حلا مدهشا ، أو حلا مبتكرا وطريفا <sup>(١)</sup> .

وهنا يتجسد تميز ، وتفرد ، مفهوم التسوية ، والنصوص التي تسعى إلى مواجهته .

المادة ٥٥٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد :

تقرر هذه المادة أنه :

- يمكن تقديم الاستئناف الفرعي *L' appel incident* ، أو الاستئناف المثار *L' appel provoqué* في أية حالة كانت عليها القضية ، حتى لو كان حق صاحبه في تقديم استئناف أصلي قد سقط .....

- يمكن لمحكمة الاستئناف أن تحكم بالتعويض على من يحجم ، بنية التسوية ، عن تقديم استئنافه الفرعي أو المثار ، مبكرا بما يكفي *Suffisamment tôt* .

وعلى هذا النحو تعالج هذه المادة صورة خاصة من صور رفع الاستئناف ، هي صورة الاستئناف الفرعي أو المثار <sup>(٢)</sup> ، بالاستئناف الأصلي أو الفرعي . فأجازت رفع هذا الاستئناف في أية حال كانت عليها الإجراءات ، أمام المحكمة التي تنظر الاستئناف الأصلي .

<sup>(١)</sup> Y. Desdevises , *L' abus du droit d' agir en justice avec succès* , art. préc.

وإن كان يُرجع هذا الحل إلى مفهوم التعسف ، والذي يراه بمثابة ضابط لاستعمال الحقوق ، فإنه يعترف كذلك أن الاعتداد بقصد التسوية يتعدى بوضوح الحدود التقليدية لنظرية التعسف في استعمال الحق .

<sup>(٢)</sup> في تحديد المقصود بالاستئناف الفرعي ، والاستئناف المثار ، انظر :

Vincent et Guinchard , op. cit., n<sup>os</sup> 887 et s. , pp. 600 et s., G. Couchez , Langlade et Lebeau , op. cit., n<sup>o</sup> 1387 , p. 508 , L. Cadet , op. cit., n<sup>o</sup> 1223 , pp. 632 - 633 .

ولما كان رفع الاستئناف بهذه الطريقة يمكن أن يستخدم كأداة للتسوية والمماثلة ، بالتأخر في تقديمه حتى قرب إقفال باب المرافعة في الاستئناف الأصلي ، فقد أجازت الفقرة الثانية من هذه المادة لمحكمة الاستئناف أن تحكم بالتعويض على المتقاضي الذي يدخر استئنافه ، بقصد التسوية ، فلا يقدمه إلا متأخرا في حين أنه كان بوسعه تقديمه في مرحلة سابقة من الإجراءات .

وهذا يتطلب أن يكون الخصم قد أحجم عن رفع الاستئناف الفرعي أو المثار في بداية الإجراءات أمام محكمة الاستئناف . وظل هكذا ، متخذا مؤقفا سلبيا ، حتى قرب نهاية هذه الإجراءات . ثم يفاجئ خصمه ، صاحب الاستئناف الأصلي ، وكذلك المحكمة ، برفع هذا الاستئناف ، الذي وإن كان استعمالا لمكنة خولها له القانون ، إلا أن استعماله لها بقصد التسوية يعد ، كما رأينا ، إخلالا بواجب حسن النية في التقاضي . وبالتالي خطأ يرتب الالتزام بالتعويض .

لذلك فإنه يجب على المحكمة كي تحكم بالتعويض ، أن تبحث قصد التسوية لدى المستأنف ، وتحقق من أن الغرض الذي كان يستهدفه ، بالإحجام عن تقديم الاستئناف مبكرا ، هو تأخير وإرجاء الفصل في الاستئناف الأصلي .

أما إذا لم يكن القصد من التأخير في تقديم الاستئناف الفرعي أو المثار هو التسوية فإن شروط أعمال هذا الجزاء لا تكون متحققة .

وقد رأى بعض الفقه<sup>(١)</sup> أن التعبير الذي يستخدمه المشرع الفرنسي في هذا النص بإجازة الحكم بالتعويض على من لم يقدم استئنافه الفرعي أو المثار " مبكرا بما يكفي " ، Suffisamment tôt ، هو تعبير واسع وغير منضبط ، وأنه قد يفتح بابا

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 550 , p. 375 – 1 .

للمجادلة من جانب المتقاضين . لذلك يعتقد ، هذا الفقه ، أن قضاة محاكم الاستئناف سيأخذون هذا النص بحذر ويفكرون أكثر من مرة قبل أن يحكموا بالتعويض . إذ يلزم ألا تكون نية التسوية محل شك .

وما يجب التأكيد عليه هنا أنه في الحالات السابقة ، وسواء تعلق الأمر بدفع ببطلان عمل إجرائي ، لسبب موضوعي ، أو دفع بعدم القبول ، أبدي متأخرا بنية التسوية ، أو تعلق الأمر باستئناف فرعي أو مثار قدم كذلك متأخرا بنية التسوية ، فإن هذه النية أو هذا القصد في التسوية يجب على المحكمة استخلاصه وتقرير وجوده حتى يمكنها الحكم بالتعويض جزاء له <sup>(١)</sup> .

فلا يكفي إذن لتوقيع هذا الجزاء مجرد التمسك بالدفع أو تقديم الاستئناف متأخرا. بل يجب أن تقرر المحكمة أن نية التسوية هي التي قادت المتقاضى إلى الإحجام عن التمسك بالدفع أو تقديم الاستئناف قبل ذلك .

وعندئذ ، أي عند ثبوت نية المماثلة أو قصد التسوية ، يكون شرط الحكم بهذا الجزاء قد تحقق . فجزاء الحكم بالتعويض يفرض على مسلك المتقاضى بوصفه كذلك " تسوية " . وبصرف النظر عن وجود أو عدم وجود تعسف في استعمال الحق . فالمشروع الإجرائي يعتد - هنا - فقط بالقصد الذي استهدفه المتقاضى عندما تراخى ، تأخر ، تقاعس ، عن القيام بالإجراء في الوقت الملائم .

<sup>(١)</sup> وهذا القصد في التسوية يعني أن يكون المتقاضى قد تأخر في التمسك بالدفع عن إدراك وفطنة :

Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc.

وقد يكون عسيرا أحيانا التمييز بين التأخير غير الارادي ، وذلك التأخير المتعمد والواعي ، في التمسك بالدفع . ذات المقال .

فإذا كانت نية التسوية هي التي تقوده وتحكم تصرفه ، وهي التي أملت عليه هذا التراخي والتأخير حكم عليه بالتعويض .

كذلك فإن هذه النصوص لا تقيم وزناً لقيمة أو قوة الوسيلة التي تمسك بها المتقاضي . فإذا لم يقدمها في الوقت المبكر فإنه سيكون دائماً منطقياً البحث فيما إذا كانت نية المماطلة هي التي قادته إلى عدم التمسك بها مبكراً أم لا . وبصرف النظر عن مدى سلامة أو قوة تأسيسها . فنية المماطلة تكفي<sup>(١)</sup> .

ولكن توافر هذه النية ضروري للحكم على المتقاضي بالتعويض . فبدونها ، وحسب ما يقرر بعض الفقه الفرنسي<sup>(٢)</sup> ، فإن مسلك المتقاضي سيخضع للقواعد العامة في التعسف في استعمال الإجراءات . ولعل في هذا ما يظهر ، مرة أخرى ، تميز واستقلال التسوية عن ذلك التعسف .

ويرى بعض الفقه<sup>(٣)</sup> أنه بتقرير مسؤولية المتقاضي لمجرد أنه تأخر في استعمال وسائله القانونية ، فإن هذه النصوص وكأنها تنشئ ، وحسب ما يرى هذا الفقه ، التزاماً بالتقاضي السريع . *Une obligation d' agir vite* وهو التزام يتمثل جزأه في أعمال قواعد المسؤولية المدنية للمتقاضي .

(١)Y. Desdevises , L' abus du droit d' agir en justice avec succès , art. préc.

(٢)Y. Desdevises , L' abus du droit d' agir en justice avec succès , art. préc.

(٣)Y. Desdevises , L' abus du droit d' agir en justice avec succès , art. préc.

وهكذا يضاف هذا السلاح الجديد إلى ترسانة الأسلحة الأخرى التي يستعملها المشرع الإجرائي ، كالسقوط أو اعتبار الإجراء كأن لم يكن ، من أجل تسريع سير التقاضي<sup>(١)</sup> .

افتراض قصد التسوية في بعض الحالات :

الواقع أن ما سبق بيانه ، أي لزوم تقرير قصد التسوية لدى المتقاضي للحكم عليه بجزاء التعويض ، ليس هو المنهج الوحيد الذي يتبعه المشرع الإجرائي . فليس لازماً إثبات هذا القصد في التسوية في جميع الحالات . فالمشرع يستخلص قصد التسوية من مسلك المتقاضي ، في حالات معينة . فيفترض لديه هذا القصد . بحيث أنه إذا تصرف المتقاضي على هذا النحو يكون قصد التسوية متحققاً في جانبه ، ويمكن الحكم بإلزامه بالتعويض ، دون حاجة إلى أن تقرر المحكمة ، أو أن يكون مطلوباً من الخصم الآخر إثبات ، توافر قصد التسوية لديه .

وافترض قصد التسوية على هذا النحو هو المنهج الذي اتبعه المشرع في المادة ١٢٢ من قانون المرافعات المصري . وفي المادة ٥٦٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد .

قصد التسوية المفترض وفقاً للمادة ١٢٢ مرافعات :

يتبنى قانون المرافعات المصري كذلك فكرة مواجهة الإجراءات التسوية . وإن كان اعتماده - الصريح - لجزاءات تحقق هذه المواجهة قد أتى في نطاق محدود ، وبمنهج مختلف عن ذلك الذي اتبعته نصوص المواد ١١٨ ، ١٢٣ مرافعات فرنسي

(١) Y. Desdevises , L'abus du droit d'agir en justice avec succès , art. préc.

جديد ، والتي كما رأينا تشترط بحث توافر قصد التسوية أو عدم توافره لدى المتقاضي الذي يتأخر في اتخاذ الإجراء .

هذه المواجهة التي قررها قانون المرافعات المصري للاستعمال التسويقي للإجراءات وردت بالمادة ١٢٢ منه ، بشأن الطلب الفرعي بالضمان ، والتي تنص على أنه " إذا رأت المحكمة أن طلب الضمان لا أساس له جاز لها الحكم على مدعي الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية " .

فإذا كان لأحد أطراف الخصومة القائمة أمام القضاء ، سواء كان هو المدعي أو المدعى عليه <sup>(١)</sup> ، حق في الضمان قبل شخص من الغير ، كان لهذا الطرف اختصاص الملتمزم بالضمان من أجل إلزامه بالضمان .

ولأن هذا الطلب قد يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى الأصلية ، وهذا التأخير قد يكون مقصودا من قبل مقدم هذا الطلب ، وهو ما قد يترتب نتائج ضارة بالنسبة للطرف الآخر في الدعوى الأصلية ، فإن المشرع قرر فرض جزاء التعويض على هذا المتقاضي إذا اتضح أن طلبه لم يكن له أساس . وهو ما يظهر أنه قدم طلبه بقصد كسب الوقت ، وتأخير نهاية القضية . ولهذا فإن الحكم بهذا التعويض يقتضي كشرط له ،

(١) والغالب أن يكون مقدم طلب الضمان الفرعي ، أي طالب الضمان أو مدعي الضمان ، هو المدعى عليه في الدعوى الأصلية . كما في حالة المشتري الذي تُرفع عليه دعوى يدعي رافعها امتلاكه للمبيع . استاذنا الدكتور / أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية - دراسة لأساسيات الخصومة المدنية - ٩٣ - ١٩٩٤م - بند ٦٥ - ص ٦٥ .  
ولكن هذا لا يمنع من أن يكون الطلب مقدما من المدعي في الدعوى الأصلية في بعض الحالات . " ومثال ذلك الحالة التي يكون فيها المبيع في حيازة أجنبي فرفع عليه المشتري دعوى يطالبه فيها بالمبيع فدفع بأنه هو مالك المبيع أو أن له حقا عليه " . د/ أحمد ماهر زغلول - ذات الإشارة السابقة .



وطبقا لما ورد بهذا النص ، أن تقضي المحكمة أن طلب الضمان لا أساس له <sup>(١)</sup> . فهذا القضاء هو الذي يُظهر أن تقديم الطلب الفرعي بالضمان كان بقصد التسوية .

والملاحظة الهامة التي يجب تسجيلها بشأن هذا النص وتبرز اختلافه عن نص المادتين ١١٨ ، ١٢٣ مرافعات فرنسي جديد ، من ناحية الأسلوب أو المنهج المتبع في مواجهة التسوية وتقرير شروط إعمال الجزاء له ، هي أنه بينما هذه النصوص الأخيرة تشترط للحكم بالتعويض وجوب استخلاص المحكمة قصد التسوية ، الذي كان يقود المتقاضي في إحجامة عن التمسك بالدفع في وقت مبكر ، فإن نص المادة ١٢٢ مرافعات مصري يختلف عن ذلك . فالقاضي هنا - عند إعمال المادة ١٢٢ - لا يكون بحاجة إلى أن يقوم باستخلاص قصد التسوية لدى مدعي الضمان ، أو تكليف الخصم الآخر - في الدعوى الأصلية - المضرور من هذا الطلب ، بإثبات قصد التسوية . فالحكم بأن طلب الضمان لا أساس له يعد كافيا لافتراض أن تقديم هذا الطلب كان بقصد التسوية . دون حاجة إلى البحث عن دوافع طالب الضمان أو القصد من طلبه <sup>(٢)</sup> .

لذلك يمكن القول أن نص المادة ٢٢ مرافعات يفترض - في هذه الحالة - قصد التسوية . فالمشرع يفترض أن طلب الضمان الذي قدمه المتقاضي ، واتضح للمحكمة أن لا أساس له ، كان بقصد كسب المزيد من الوقت . وذلك بوضع هذه العقبة القانونية أمام المحكمة لتأخير وضع نهاية للقضية وصدور الحكم المنهي لها . وهو ما يعني قصد التسوية .

وهو ما أوضحه نص هذه المادة بربطه بين الحكم على مقدم طلب الضمان بالتعويض وتأخير الفصل في الدعوى الأصلية ، وكذلك تقريره أن الحكم يكون "

(١) د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٣٧ .

(٢) د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٣٧ .

بتعويض الأضرار الناشئة عن هذا التأخير " . وهو ما يوضح اشتراط أن تكون الأضرار المطلوب تعويضها ناتجة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية .

قصد التسوية المفترض وفقاً للمادة ٥٦٠ مرافعات فرنسي جديد :

وهذا النهج الذي تتبعه المادة ١٢٢ مرافعات ، وهو افتراض قصد التسوية ، يأخذ به المشرع الفرنسي كذلك في نص المادة ٥٦٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد .

ذلك أن المشرع الفرنسي قدر - وهذا صحيح - أن قصد التسوية يمكن أن يكون هو دافع الخصم لإتباع طرق الطعن في الأحكام . فيعمد المحكوم عليه إلى هذا الطعن لكي يؤخر تنفيذ الحكم . فقرر - المشرع الفرنسي - جواز الحكم على هذا الطاعن بالتعويض .

وهذا هو الحل الذي تقررته المادة ٥٦٠ مرافعات فرنسي جديد ، والتي تجيز لمحكمة الاستئناف أن تحكم بالتعويض على من رفع استئنافاً أصلياً ، بعد أن كان قد امتنع ، دون مسوغ مشروع ، عن الحضور في خصومة أول درجة .

فقد أراد واضعي هذا النص الجديد تماماً أن يقدم المستأنف إلى محكمة الاستئناف ما يعد مسوغاً مشروعاً لامتناعه عن الحضور أمام محكمة أول درجة . وفي حالة ما يكون هذا الامتناع عن الحضور ليس له ما يبرره ، فإنه يُظهر موقفه التسويقي، والذي يبرر الحكم بإلزامه بالتعويض<sup>(١)</sup> .

وبحسب بعض الفقه الفرنسي فإنه لا يلزم في هذه الحالة إثبات قصد الإضرار أو النية السيئة . فالمسلك المستهدف بفرض جزاء التعويض هو التسوية . وقصد هذا

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 560 , p. 382 .

التسوية يكفي لاستخلاصه ، أو بالأدق افتراضه ، رفع الاستئناف بعد الامتناع عن الحضور أمام محكمة أول درجة دون مسوغ مشروع<sup>(١)</sup> .

وجدير بالذكر أن هذا الفقه<sup>(٢)</sup> يطالب بتطبيق هذا النص بكثرة . ويرى أنه يؤدي إلى الحد من الاستئنافات التسوية .

ثالثاً- قواعد الحكم بالتعويض :

في جميع الحالات السابقة ، أي سواء كان الحكم بالتعويض جزاء مشترك للإجراءات التسوية أو التعسفية ، أو كان جزاء خاص بالإجراءات التسوية فقط ، وسواء تعلق الأمر بتسوية يجب تقرير وجوده أو بتسوية يفترضه القانون ويرتبه بالضرورة على مسلك المتقاضي ، فإنه يجب أن يراعى أن التعويض المنصوص عليه كجزء في هذه الحالات ، يستهدف جبر الضرر الخاص الناجم عن الإجراء التسويقي أو التعسفي ، والذي أصاب المتقاضي الآخر أو الغير . ولهذا تأتي قواعد الحكم بهذا التعويض على النحو التالي :

أ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بهذا التعويض . وإنما يكون الحكم به بناء على طلب المضرور من الإجراء التسويقي أو التعسفي . والذي يتعين عليه إثبات الأضرار التي أصابته جراء هذا الإجراء<sup>(٣)</sup> .

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 560 , p. 382 .

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 560 , p. 382 .

(٣) حيث يشترط الضرر للقضاء بالتعويض عن الإجراء الكيدي . كما لا يحكم بالتعويض إلا بناء على طلب المضرور عملاً بالقواعد العامة . د/ احمد ابو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - البنود ٦٠ - ٦٢ - ص ١٥١ وما بعدها .

أما بشأن إثبات قصد التسوية في اتخاذ الإجراء ، فإن الأمر يختلف ، كما رأينا ، بحسب ما إذا كان التسوية واجب الإثبات أم أنه مفترض .

فالأصل أن قصد التسوية واجب الإثبات ، وذلك وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي توجب إثبات الخطأ للحكم بتعويض الضرر الناجم عنه . والتسوية كما رأينا خطأ . فيجب على طالب التعويض إثبات أن خصمه قدم الطعن أو أحجم عن التمسك بالدفع مبكرا بقصد التسوية <sup>(١)</sup> .

فالأصل هو افتراض أن صاحب الحق قد استعمل حقه استعمالا عاديا بحسب الغرض منه وبحسن نية . وعلى من يدعي أن القيام بالعمل كان بقصد التسوية والمماثلة ، أو بقصد الكيد ، إثبات إدعائه . ويلاحظ بعض الفقه أن هذا الإثبات ليس بالأمر العسير كما قد يتبادر إلى الذهن <sup>(٢)</sup> .

أما افتراض قصد التسوية فهو لا يكون إلا بنص تشريعي . حيث يقرر المشرع أن المتقاضى ما كان يقوم بهذا المسلك إلا لأنه قصد التسوية . وإن وجد هذا النص ، فإن المضرورة من الإجراء لا يكون بحاجة إلى إثبات قصد التسوية فيه .

وعلى ذلك ، فإن المسلك التسويقي يتحقق ، وفقا للمادة ١٢٢ مرافعات ، بمجرد أن تقضي المحكمة أن الطلب الفرعي بالضمان لم يكن له أساس . كما يتحقق كذلك وفقا

<sup>(١)</sup> فلا يجوز الحكم على المتقاضى بالتعويض لمجرد خسارته في دعواه أو طلبه أو دفعه . إذ المسؤولية عن استعمال حق التقاضي لا تتحقق لمجرد خسارة الدعوى ، وإلا أحجم الناس عن الالتجاء إلى القضاء ، لحماية حقوقهم ، خشية المسؤولية . د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٤٢٢ وما بعدها ، خاصة ٤٢٥ ،

J. Viatte , l' amende civile pour abus du droit de plaider , G.P., 1978 , Doctr. p. 305 .

وانظر ما سبق ، ص ٢١٣ وما بعدها .

<sup>(٢)</sup> د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ٢٢٩ .

للمادة ٥٦٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، إذا قدم المحكوم عليه طعنا أصليا بالاستئناف رغم أنه كان قد امتنع عن الحضور ، ودون سبب مشروع ، أمام محكمة أول درجة . فهذا هو تقدير المشرع لمسلك المتقاضي ، ولا يحتاج الأمر بعد ذلك إلى إثبات قصد التسوية لديه .

ب - الحكم بالتعويض كجزاء للإجراءات التسوية أو التعسفية ، وحسبما يبين من النصوص السابقة ، جوازي المحكمة <sup>(١)</sup> . فلها أن تقضي بالتعويض إن رأت لذلك وجها ، ولها ألا تقضي به ، فالأمر متروك لتقديرها .

ج - يخضع تقدير وجود التسوية ، أو التعسف ، أو عدم وجوده لسلطة المحكمة التي يطلب منها الحكم بالتعويض .

وقد أثير التساؤل عما إذا كان وصف مسلك المتقاضي ، وما إذا كان تسوية ، أو تعسفا ، أم لا يعد كذلك ، أي استخلاص قصد التسوية أو الكيد ، ومن ثم إسباغ هذا الوصف القانوني عليه ، أيعد من المسائل التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض أم لا ؟

وقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتبار أن تقدير محكمة الموضوع للتعسف واستخلاصها لعناصره وعناصر التعويض عنه من مسائل الواقع التي لا رقابة لمحكمة النقض فيها على قاضي الموضوع . وذلك بخلاف وصف المحكمة للتعسف أو الخطأ وتكييفه ، فهو من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض <sup>(٢)</sup> .

(١) د / سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم - طبعة ١٩٩٨ - ص ٢٢٥ .

(٢) انظر : د/ احمد ابراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف - ص ٥١٢ .

فاستخلاص الفعل الذي يؤسس عليه طلب التعويض وإن كان يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا الاستخلاص سائغا وله أصل ثابت بالأوراق . كذلك فإن وصف هذا العمل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض <sup>(١)</sup> .

وقد قضي بأن حق التقاضي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم . والحكم الذي ينتهي إلى مسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن استعماله حق التقاضي استعمالا كيديا غير مشروع يتعين عليه أن يورد العناصر الواقعية والظروف المحيطة التي يصبح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصا سائغا <sup>(٢)</sup> .

ويرى الأستاذ الدكتور / احمد السيد صاوي أن تقدير إساءة استخدام حق التقاضي مسألة قانون يخضع تقدير القاضي له لرقابة محكمة النقض - الوسيط - طبعة سنة ٢٠٠٠ - بند ٩٥ مكرر ص ١٩٢ .

(١) نقض ٧ نوفمبر ١٩٨٩م - الطعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٧ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٠ - ج ٣ - رقم ٣١٩ - ص ٢٩ .

(٢) نقض مدني ٢٩ يونية ١٩٩٧م - طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٨ - ج ٢ - رقم ١٩٥ - ص ١٠٢٥ ، ٢٩ أبريل ١٩٩٣م - طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ ق - ذات المجموعة - السنة ٤٤ - ج ٢ - رقم ١٨٧ - ص ٢٩٣ .

وقضي أيضا بأن تقدير قيام التعسف والغلو في استعمال الحق وثبوت الضرر الناتج عن هذا التعسف والذي يلحق طالب التعويض هما مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أبانت عناصره (١).

وبأن تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضاؤها على أسباب كافية لحمله ومؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها (٢).

وبأن لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص كيدية اليمين ، متى أقامت استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه (٣).

أما تكيف التعسف فهو تكيف للخطأ التقصيري ، فيعد من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض (٤).

(١) نقض مدني ٢٩ ابريل ١٩٩٣ - الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٥٩ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٤ - ج ٢ - رقم ١٨٧ ص ٢٩٣، ٢٩ يونية ١٩٩٧م - الطعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق - ذات المجموعة - السنة ٤٨ - ج ٢ - رقم ١٩٥ - ص ١٠٢٥.

(٢) نقض مدني ٢٥ أبريل ١٩٨١م - طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٢ - رقم ٢٣١ - ص ١٢٥٧.

(٣) نقض ٦ ديسمبر ١٩٨٤م - طعن رقم ٤٨١ لسنة ٥١ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٥ - ج ٢ - رقم ٣٧٧ - ص ١٩٨٧، ٣٠ ابريل ١٩٨٠م - طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق - ذات المجموعة - السنة ٣١ - رقم ١٩٩ - ص ١٠١٧.

(٤) نقض ٢ ديسمبر ١٩٨٠م - طعن رقم ٦١٦ لسنة ٤٦ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣١ - رقم ٣٦٧ - ص ١٩٧٨، ٢٧ مارس ١٩٨٠م - طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ ق - ذات المجموعة - السنة ٣١ - رقم ١٨٣ - ص ٩٣٠.

## تقدير التعويض :

لما كانت النصوص الواردة في تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، أو في قانون المرافعات المصري ، وتجزئ الحكم بالتعويض في حالة اتخاذ المتقاضى إجراءات تسويقية أو تعسفية ، لم تبين عناصر التعويض أو كيفية تقديره ، فإنه يتعين الرجوع في هذا الشأن إلى القواعد العامة في القانون المدني بشأن المسؤولية التقصيرية ، والتي تعد القاعدة العامة في تحديد التعويض في غير المسائل التعاقدية <sup>(١)</sup> .

وهنا يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن هناك ضرر ينشأ عادة عن اتخاذ إجراءات قضائية في مواجهة الخصم . وهذا الضرر يتمثل في نفقات الخصومة ، وما يصاحبها من ضياع الوقت والجهد ، فضلا عن الانشغال والقلق النفسي <sup>(٢)</sup> .

لا شك أن رفض طلب أو طعن أو دفع المتقاضى الذي يتخذ الإجراء التسويقي أو التعسفي ، فضلا عما يترتب على ذلك من إلزامه بالمصاريف القضائية ، يمثل الترضية الأولى لخصمه <sup>(٣)</sup> . لكنها تعتبر ترضية ذات طابع أدبي أو معنوي ، وغير كافية .

(١) د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨٧٠ .

(٢) وتتضمن الأضرار كذلك تلك التي تنشأ بسبب طول إجراءات التقاضي . ومثال ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية من تعويض الزوجة التي رفعت دعوى الطلاق ولم تتمكنها مواردها من تحمل خصومة طويلة وتبين أن الزوج رفع استئنافا تسويقيا من أجل تأخير قسمة الأموال المشتركة أو استعمالها . انظر : د/ ابراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ٨٧٣ .

(٣) مع ملاحظة عدم التلازم الحتمي بين اتخاذ المتقاضى إجراءات تسويقية أو تعسفية وخسارة دعواه أو طلبه . فالفقه يتناقش وأحكام القضاء تختلف بشأن ما إذا كان ممكنا أن ننسب إلى المتقاضى ، رغم انتصاره في دعواه ، اتخاذه الإجراءات بسوء نية من عدمه . فقد أثير التساؤل عن مدى جواز تقرير مسؤولية من كسب الدعوى عن مباشرته للإجراءات . وهل يمكن أن يعد أحيانا سييء النية ، رغم كسبه الدعوى ؟

وبينما قيل أنه لا يمكن النعي بالتعسف على الخصم الذي ينجح أمام القضاء بكسب الدعوى مهما كانت نيته أو بواعثه . إذ يكفي لنفي التعسف عنه أن ينجح أمام محكمة أول درجة ، ولو



فالحكم على المتقاضي الذي يخسر دعواه بالمصاريف لا يغطي كل الأضرار التي لحقت بخصمه . بل انه حتى لا يغطي كل النفقات الفعلية التي تحملها هذا الخصم ، بسبب اتخاذ الإجراءات في مواجهته . لأن المصاريف القضائية التي يحكم بها على الخصم الخاسر وفقا للمادة ١٨٤ مرافعات ( ٦٩٦ فرنسي ) تقتصر ، وعلى ما جرى به العمل ، على الرسوم القضائية وأجور الخبراء ومصاريف الانتقال إلى المحكمة وجزء يسير من أتعاب المحاماة <sup>(١)</sup> ، <sup>(٢)</sup> .

لذلك يجدر البحث عن الوسائل التي تكفل جبر أو تعويض الأضرار الحقيقية ، المادية والمعنوية ، للخصم . بحيث يُحكم بصفة عامة بتعويضات تقابل أو تعوض من حيث المبدأ كامل الأضرار التي لحقت به . ونحن نعلم أنه لتقدير مبلغ التعويض ، فإنه يجب أن يؤخذ في الحسبان كل عناصر الضرر ، نفقات ومصاريف متنوعة ، وكذلك أيضا الوقت المفقود ، والقلق والمجهود المبذول في القضايا ، بكافة أشكاله وصوره .

=  
خسر القضية أمام المحكمة الاستئنافية . د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - ص ١٩٣ - ١٩٤ .

اعتراض بعض الفقه على القول بأن المحكوم له لا يتحمل مسؤولية عن الإجراءات ، لأنه كسب القضية فلا يعد متعسفا . فمثل هذا القول يفتح الباب على مصراعيه لأعمال الكيد والمشغبة . لأن الخصم الذي يشعر أن نهاية الخصومة سوف تكون في صالحه قد يعتمد إلى اتخاذ إجراءات بقصد إطالة أمد الخصومة ، أو زيادة نفقاتها بشكل يفوق تحمل الخصم الآخر ، مادام أن كسبه للدعوى سوف يجعله في مأمن من المسؤولية . د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسؤولية الخصم عن الإجراءات - ص ١٨١ - ١٨٢ .

<sup>(١)</sup> د/ فتحي والي - الوسيط - بند ٣٣١ - ص ٥٨٤ - ٥٨٥ .

<sup>(٢)</sup> فضلا عن أن الجزء اليسير الذي يُقضى به من أتعاب المحاماة يذهب إلى صندوق النقابة ( م ١٨٨ من قانون المحاماة ) . وانظر : د/ فتحي والي - ذات الإشارة السابقة .

وفي هذا السبيل اجتهد المشرع الإجمالي في كل من مصر وفرنسا فأتى بحكم ربما يسعف في نجدة هذا المتقاضي . ونقصد بذلك في التشريع المصري المادة ١٨٨ / ١ من قانون المرافعات التي تقرر أنه " يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد " .

وفي التشريع الفرنسي تعرض لحالة الحكم بباقي النفقات التي لا تدرج ضمن المصاريف القضائية المادة ٧٠٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، والتي تمكن الخصم من استرجاع جملة نفقاته ، وبالتحديد النفقات التي لا تشملها المصروفات القضائية ، وذلك إذا تبين للقاضي أن الحكم بالمصاريف لا يعوض المحكوم له عن كل الأضرار التي سببتها الإجراءات القضائية ، أو رأى أن ذلك يتناقض مع العدالة .

ووفقا لهذا النص ، فإن الخصم الذي يتحمل بمصاريف الدعوى أو بجزء منها ، يمكن إلزامه بأن يدفع للخصم الآخر المبالغ التي أنفقها هذا الأخير ولا تشملها مصاريف الدعوى (١) .

ويقع الخلط أحيانا بين التعويض الذي يُحكم به على أساس هذا النص ( م ٧٠٠ مرافعات فرنسي جديد ) من ناحية ، والتعسف أو التسوية في الإجراءات وما يترتب عليه من تعويض لجبر الضرر الناجم عنه ، وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية من ناحية ثانية .

فقد رأى بعض الفقه (١) أن المقصود من هذا النص فرض جزاء على المتقاضي الذي لم يراعي ، خلال سير الإجراءات القضائية ، القواعد القانونية لحسن السلوك .

**. Bonne conduite**

(١) Pansier (F. – J.) et Pansier (J. – M.) , abus de procédure , art. préc., n° 25 .

وقد قضت بعض الأحكام بجواز الحكم بمبلغ إجمالي واحد يشمل ، دون تمييز ، المبلغ المستحق وفقا للمادة ٧٠٠ وذلك المستحق على سبيل التعويض عن الإجراءات التعسفية<sup>(٢)</sup> .

ولكن السائد في الفقه والقضاء الفرنسي أن هذا النص لا يثير مسؤولية المتقاضى استنادا إلى خطأ ارتكبه ، وإنما يستند إلى اعتبارات التوازن *La balance* والعدالة<sup>(٣)</sup> *L' équité* .

فقد لاحظ بعض الفقه<sup>(٤)</sup> أن المادة ٧٠٠ هي إحدى مواد الفصل الخاص بعبء المصروفات ، والذي هو بدوره جزءا من الباب المعنون " المصروفات والنفقات " . لذلك يجب مراعاة أن الهدف المنشود من هذا النص ليس هو تعويض الأضرار الناجمة عن خطأ ، ولكن تنظيم عبء نفقات الإجراءات التي لا تشملها مصاريف الدعوى . ولهذا يمكن اعتبارها بمثابة تكملة *Un complément* لهذه المصاريف<sup>(٥)</sup> .

كما أن نص هذه المادة ( ٧٠٠ ) يؤكد صراحة أن الحكم بهذه المبالغ يرجع إلى اعتبارات العدالة ، وليس جزاء لخطأ .

(١) Martin ( R. ) , De l' abus du droit d' action , art. préc.

(٢) Cass. civ., 1<sup>re</sup> , 16 juin 1981 , Bull. I , n  217 , p. 178 , JCP., 1981 , IV, 319 , com., 4 oct. 1982 , Bull., IV , n  292 .

(٣) Martin ( R. ) , De l' abus du droit d' action , art. préc.

(٤) Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n  17 .

(٥) Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n  18 .

وبالسماح للقاضي أن يضع على عاتق الخاسر في الدعوى كل أو جزء من هذه النفقات ، حسب ما يقدر في ضوء العدالة أو الوضع المالي للطرف الذي سيلزم بها ، فإن هذا النص يضمن للمتقاضي أن يكون كسبه للقضية كاملاً<sup>(١)</sup> .

صحيح أنه قبل وجود هذا النص كان القاضي يستطيع أن يراعي هذه النفقات ، ولكن عندما يطلب منه التعويض<sup>(٢)</sup> . وهو ما كان يتطلب إثبات ارتكاب المتقاضي خطأ ، أي إجراءات تسويقية أو تعسفية . أما الإلزام بهذه النفقات وفقاً لهذا النص فإنه لا يستلزم وجود خطأ من الخصم الذي يلزم بدفعها ، فلا يستند هذا الإلزام إلى المسؤولية القائمة على الخطأ<sup>(٣)</sup> . وإنما يكفي أنه سيكون غير عادل أن نترك على عاتق المتقاضي هذه النفقات<sup>(٤)</sup> .

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., op. cit., sous l' art. 700 , p. 448 – 1 .

(٢) وهو ما كان يحاوله المتقاضون باستمرار ، وحققوا في ذلك – حسب بعض الفقه – قدراً معقولاً من النجاح :

Martin (R.), De l'abus du droit d' action , art. préc., art. préc.

(٣) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1315 – 1 , p. 837 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 700 , p. 448 – 2 , Pansier (F. – J.) et Pansier (J. – M.) , abus de procédure , art. préc., n° 29 , Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 14 juin 1978 , Bull. III , n° 248 , p. 189 , soc., 20 juin 1979 , Bull. V , n° 555 , p. 407 , 3 oct. 1979 , Bull. V , n° 494 , civ., 2<sup>e</sup>, 20 juill. 1980 , Bull. II , n° 189 , p. 129 .

وقد قضي بأن عدم وجود نية سيئة أو خطأ لا يمنع تطبيق حكم المادة ٧٠٠ ، انظر :

Rennes , 4 fév. 1976 , 8 oct. 1976 , cit. par : Pansier (F. – J.) et Pansier (J. – M.) , abus de procédure , art. préc., in note 54 ,

وبأن المادة ٧٠٠ لا تعلق الإلزام الذي تقرره على سوء نية الخصم الذي يلزم بها :

Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 7 nov. 1978 , G.P., 1979 , I , somm., p. 21 .

(٤) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1315 – 1 , p. 837 , Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 48 , n° 29 , Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 14 juin 1978 , JCP., 1978 , IV , 254 , 16 oct. 1979 ,

لذلك يمكن للقاضي رفض الحكم بالتعويض لعدم وجود خطأ يتمثل في التسوية أو التعسف في استعمال الإجراءات ، وأن يقرر في ذات الوقت الإلزام بتكملة المصاريف وفقاً للمادة ٧٠٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد <sup>(١)</sup> .

وتطبيق هذا النص يدخل في السلطة التقديرية للقاضي <sup>(٢)</sup> . فله تحديد الخصم الذي يلزم بدفع هذه النفقات <sup>(٣)</sup> . كما أن له سلطة تقدير " اعتبارات العدالة " التي

JCP., 1980 , II , 19289 , note Guillot , civ. 2<sup>e</sup> , 26 nov. 1980 , G.P., 1981 , 199 , note J.V., soc., 5 janv. 1983 , G.P., 1983 , Pan. 137 , obs. Guinchard .

<sup>(١)</sup> Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n<sup>o</sup> 29 .

<sup>(٢)</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 10 oct. 2002 , Bull. civ., II , n<sup>o</sup> 219 , D., 2002 , I.R., 2916 , JCP., 2002 , IV , 2861 , Dr et procédures , 2003 , 97 , note Douchy , G.P., 30 mars – 1<sup>er</sup> avril 2003 , p. 28 , obs. Du Rusquec , 7 nov. 2002 , G.P., 9 – 11 févr. 2003 , p. 7 , note J.- G.M.

<sup>(٣)</sup> فالقضاء الفرنسي يقرر أنه يكفي أن يكون الخصم قد ألزم ولو بجزء من مصاريف الدعوى حتى يحكم بإلزامه بدفع النفقات وفقاً للمادة ٧٠٠ ، حتى ولو كان الخصم الآخر الذي يستفيد من هذا الحكم قد ألزم بجزء من المصاريف :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 15 févr. 1984 , Bull. civ., II , n<sup>o</sup> 28 , G.P., 1984 , I , pan., 204 , obs. Guinchard , soc., 11 avril 1991 , G.P., 1992 , I , somm., p. 8 , obs. H. Croze et Ch. Morel.

فليس من اللازم أن يكون المتقاضي الذي سيلزم بدفع النفقات قد خسر دعواه ، أو على الأقل ، ألا يكون قد خسرها كلية ، فالإلزام على أساس المادة ٧٠٠ يمكن أن يصاحب توزيع القاضي للمصروفات القضائية على الطرفين :

Martin ( R. ) , De l'abus du droit d' action , art. préc., وبصفة استثنائية يمكن إلزام من كسب الدعوى بالنفقات على أساس المادة ٧٠٠ ، وذلك كالدائن الذي استعمل إجراءات طويلة جداً لاستيفاء دين ضئيل القيمة :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 1<sup>er</sup> déc. 1982 , D., 1983 , I.R., 155 , obs. Julien , R.T.D.Civ., 1983 , 597 , obs. Perrot .

يقوم عليها هذا الإلزام<sup>(١)</sup>. فهذا المبلغ يمكن ألا يتطابق مع ما تم إنفاقه فعلا<sup>(٢)</sup>. كما أنه يمكن للقاضي أن يحكم ، وبناء على ذات الاعتبارات ، بأنه لا محل لهذا الإلزام .

ولكن محكمة النقض الفرنسية توجب على القاضي أن يسبب قراره الصادر بهذا الإلزام<sup>(٣)</sup>. وبعد تردد بعض دوائر المحكمة في هذا الشأن استقر الأمر على تسبب متساهل يكفي فيه الرجوع إلى مفهوم العدالة ، أو مجرد الإشارة إلى المادة ٧٠٠<sup>(٤)</sup>.

(1) Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 30 , Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 27 janv. 1982, Bull. civ., II , n° 12 , civ., 3<sup>e</sup> , 22 juin 1982 , Bull. civ., III , n° 165 .

(2) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 700 , وما استقر عليه القضاء أنه لا يلزم إثبات أن هذه النفقات قد دفعت فعلا من قبل : Cass. com., 8 déc. 1992 , Bull. IV , n° 398 , p. 279 . ويرى البعض أن هذا يعني القاضي من البحث الكريه - وفقا لتعبيره - في الأتعاب التي دُفعت حقيقة للمحامي :

E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 700 , وكانت بعض دوائر محكمة النقض قد تطلبت إثبات هذا : Cass. civ., 3<sup>e</sup> , 4 avril 1978 , Bull. III , n° 149 , p. 136 , JCP., 1978 , II , 18917 , note J. Boudoin , soc., 11 janv. 1979 , Bull. V , n° 32 , p. 23 .

(3) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1315 – 1 , p. 837 , Cass. soc., 3 oct. 1980 , JCP., 1980 , IV , 405 , civ., 1<sup>re</sup> , 7 mai 1980 , JCP., 1980 , IV , 269 .

(4) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1315 – 1 , p. 837 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 700 , Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 48 , Cass. soc., 20 mars 1985 , Bull. V , n° 194 , civ., 2<sup>e</sup> , 17 févr. 1983 , Bull. II , n° 47 , com. , 27 janv. 1982 , Bull. IV , n° 37 , civ., 1<sup>re</sup> , 23 mai. 1978 , Bull. I , n° 202 , p. 162 .

بل قيل أنه يمكن حتى عدم إشارة المحكمة في حكمها إلى المادة ٧٠٠ طالما أن الطلب المقدم إليها بهذا الشأن ، والذي أجابته المحكمة ، قد استند إليها <sup>(١)</sup> .

وليس هناك ما يمنع المتقاضي أن يطلب التعويض بسبب إجراءات تسوية أو تعسفية ، وأن يطلب كذلك ، معه ، تكملة المصاريف وفقا للمادة ٧٠٠ <sup>(٢)</sup> . ولكن هذا الفرض أدى إلى انقسام دوائر محكمة النقض بشأن تحديد ما إذا كانت المحكمة التي تنظر الطلبين معا يمكنها أن تحكم فيهما بمبلغ إجمالي واحد <sup>(٣)</sup> .

وقد رأينا أن بعض دوائر المحكمة قضت بجواز الحكم بمبلغ إجمالي واحد دون تمييز المبلغ المستحق وفقا للمادة ٧٠٠ وذلك المستحق على سبيل التعويض عن الإجراءات التعسفية <sup>(٤)</sup> . ولكن دوائر أخرى - بذات المحكمة - ترفض ذلك ، وتوجب تحديد المبلغ المحكوم به في كل من الطلبين على حدة <sup>(٥)</sup> .

<sup>(١)</sup> Pansier (F. – J.) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 48 .

<sup>(٢)</sup> انظر في ذلك : Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1315 – 1 , p. 838 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., op. cit., sous l' art. 700 , Pansier ( F. – J. ) et Pansier ( J. – M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 21 .

<sup>(٣)</sup> ذات الإشارة السابقة .

<sup>(٤)</sup> ما سبق ، ص ٢٨٧ وهامش رقم 687 .

<sup>(٥)</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> , 6 janv. 1981 , Bull. III , n° 4 , p. 3 , G.P., 1981 , 260 , note Viatte , D., 1981 , I.R., 370 , obs. Julien , civ., 2<sup>e</sup> , 22 nov. 1984 , G.P., 1985 , pan., 145 , obs. Guinchard , civ., 1<sup>re</sup> , 10 févr. 1981 , Bull., I , n° 50 , p. 40 , D., 1981 , I.R., 370 , obs. Julien .

ويرى الفقه اختلاف كل من هذين الطالبين عن الآخر ، في موضوعه وفي أساسه القانوني<sup>(١)</sup> . وأنه يجب أن يكون القرار الصادر في كل منهما مستقلا عن الآخر، وله أسبابه التي يقوم عليها<sup>(٢)</sup> . وكذلك يجب تمييز المبلغ الذي يحكم به في كل طلب منهما على حدة<sup>(٣)</sup> .

وقد استحسن بعض الفقه ورحب بالحكم الذي أتى به نص المادة ٧٠٠ . فالمبالغ التي أنفقها المتقاضي الذي كسب الدعوى ، ولا تشملها مصاريف الدعوى التي سيلزم بها الطرف الخاسر ، تشكل عبئا كبيرا على ميزانيته<sup>(٤)</sup> .

والواقع أنه بينما علق بعض الفقه<sup>(٥)</sup> على نص هذه المادة آمالا كبيرة ، ورأى أنها تعطي القاضي أداة أكثر فعالية لكي يجعل المتقاضي السيئ - وفقا لتعبيره - يدفع<sup>(٦)</sup> . وأنه يعفي المتقاضين من محاولاتهم التي كانوا يلجأون إليها بإصرار

(١) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1315 - 1 , p. 838 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 700 , Pansier et , art. préc., n° 21.

وهو ما لا يمنع منه - وفقا للبعض - أن تكون الوقائع المادية التي يتم التمسك بها لتأسيس كل من الطالبين واحدة :

Pansier ( F. - J. ) et Pansier ( J. - M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 21 .

(٢) Pansier ( F. - J. ) et Pansier ( J. - M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 21 .

(٣) Pansier ( F. - J. ) et Pansier ( J. - M. ) , abus de procédure , art. préc., n° 21 .

(٤) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 700 , p. 448 - 1 .

(٥) Martin ( R. ) , De l' abus du droit d' action , art. préc.

(٦) وقد توقع أن تكون المبالغ التي يلزم المتقاضي بدفعها على أساس هذا النص أكبر قيمة من التي يُحكم بها عادة على أساس التعسف في استعمال الحق :

Martin ( R. ) , De l' abus du droit d' action , art. préc.



لاسترداد النفقات ، التي لا ترد ضمن المصروفات ، بطلب التعويض على أساس أن الإجراءات كانت تعسفية<sup>(١)</sup> . وتوقع هذا الفقه<sup>(٢)</sup> أن تكون المبالغ التي يلزم المتقاضي بدفعها على أساس المادة ٧٠٠ أكبر قيمة من التي يحكم بها عادة على أساس التعسف في الإجراءات . فإنه على خلاف ذلك سجل فقه آخر<sup>(٣)</sup> أن المحامين أهملوا هذا النص . وأنهم إذ يشيرون إليه أحيانا في أعمالهم الإجرائية ، فإن ذلك يكون دون قناعة ولمجرد التذكرة . وأن القضاة أنفسهم لاحظوا عدم اهتمام رجال العمل بحكم هذا النص فتركوه مهملا . وأنه إذا كانت الاستعانة بهذا النص تحصل أحيانا لفرض جزاء مالي على المتقاضي سيئ النية ، فإنه ، من أجل فرض مثل هذا الجزاء ، يمكن الالتجاء إلى الإلزام بالتعويض وفقا لما تقرره المادة ١٣٨٢ مدني ( فرنسي ) ، والتي يتم الاعتماد عليها تماما في هذا الشأن<sup>(٤)</sup> .

ولأن حكم هذه المادة ( NCPC. ٧٠٠ ) يسمح للقاضي على هذا النحو بالحكم بمبلغ معين بما يقابل النفقات التي لا ترد ضمن مصاريف الدعوى ، كما أنها تقوم على أساس اعتبارات العدالة ، وهو أساس مختلف عن أساس التعويض الذي يفرض كجزاء لخطأ ، تسويق أو تعسف في التقاضي ، فإن المقرر ، كما رأينا ، هو جواز أن يجمع المتقاضي بين طلب استرداد النفقات على أساس المادة ٧٠٠ ، وطلب التعويض على أساس التعسف أو التسويق الإجرائي .

(١) وهي محاولات حققت وفقا له قدرا معقولا من النجاح .

(٢) Martin ( R. ) , De l' abus du droit d' action , art. préc.

(٣) Roger Hudon , Un combat pour 1991 : L' article 700 , Gaz. Pal., 1991 , I , chronique , p. 130 , ( Gaz. Pal, du 30 mars 1991 ) .

(٤) ذات الإشارة السابقة .

لا يغير من هذا ، في القانون المصري ، كون المادة ١٨٨ من قانون المرافعات تجعل أساس الحكم بالتعويض الذي تقررته هو كيدية الإجراء . لأنها وإن كانت في هذا تختلف عن حكم المادة ٧٠٠ مرافعات فرنسي جديد ، وتقترب من التعويض الذي يحكم به كجزاء للإجراءات التعسفية أو التسوية وفقاً للقواعد العامة في القانون المصري ، فإن المستقر في الفقه والقضاء أنه نظراً لأن التعويض الذي تقررته المادة ١٨٨ مرافعات هو تعويض محدود يغطي فقط جزءاً من نفقات التقاضي ، ولا يشمل تعويض كل الأضرار التي أصابت الخصم فإنه يجوز تعويض هذه الأضرار بالاستناد إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، كما رأينا فيما سبق<sup>(١)</sup> .

---

(١) ما سبق ، ص ٢٦٣ وما بعدها .

## الفصل الثاني

### الجزاءات الإجرائية للإجراءات التسوية

#### المبحث الأول

#### استبعاد الدفع الذي يقدم متأخرا بنية التسوية

تطور فكر المشرع الفرنسي بشأن الدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين La *connexité* ، أي إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لارتباطها بنزاع آخر أمام هذه المحكمة الأخيرة .

فقد اتجه المشرع الفرنسي باللائحة رقم ٥٨ — ١٢٨٩ في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨ م ، والتي عدلت المادة ١٦٨ من تقنين المرافعات الفرنسي القديم ، إلى تشبيه الدفع بالإحالة للارتباط بالدفع بعدم الاختصاص وأخضعه لنظامها القانوني من حيث وجوب إبدائها في بداية الإجراءات ، وقبل الكلام في موضوع الدعوى .

ولكن عند إعداد تقنين المرافعات الفرنسي الجديد وضعت لائحة ٢٠ يوليو ١٩٧٢ م ، بالمادة ٤٢ منها ، النص الذي يمثل الآن المادة ١٠٣ من هذا التقنين . وقد غلبت - في هذا النص - وجهة النظر التي تعتبر أن الأفضل هو السماح بإمكانية الدفع بالإحالة للارتباط في أية حال كانت عليها الإجراءات . والسبب الواضح - كما رآه بعض

الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> ، أنه إذا كان يلزم - من هذا الدفع - تفادي صدور أحكام متعارضة ، فإن مكنة التمسك بهذا الدفع يجب أن تظل قائمة حتى الوقت الذي ينتفي فيه خطر حدوث مثل هذا الاحتمال<sup>(٢)</sup> ،<sup>(٣)</sup> .

وعلى هذا الأساس يقرر نص المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد أن الدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين يمكن التمسك به في أية حال كانت عليها الإجراءات ، إلا إذا تم استبعاده متى أبدي متأخرا بنية التسوية .

وهكذا أصبح الدفع بالإحالة للارتباط ممكنا في أية حال كانت عليها إجراءات الدعوى ، ورغم أنه لم يكن ممكنا ، سابقا وكما رأينا ، التمسك به إلا في بداية الإجراءات<sup>(٤)</sup> .

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 103 , p. 116 , J. Héron , op. cit., n° 881, pp. 638 – 639 .

(٢) ورغم قيام ذات الاعتبار بالنسبة للدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محكمتين La litispendance ، مما يقتضي إجازة التمسك به في أية حال كانت عليها الإجراءات ، إلا أن لائحة ٢٠ يوليو سنة ١٩٧٢ ( المادة ٤٢ ) عدلت قواعد الدفع بالإحالة للارتباط وأجازت تقديمه في أية حال كانت عليها الإجراءات تاركة الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محكمتين خاضعا لقاعدة وجوب التمسك به في بداية الإجراءات ، وفقا لما تقررته المادة ٧٤ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، انظر :

E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 103 , p. 117 .

(٣) كذلك فالقضية قد تكون بسيطة في بدايتها ، ولكن ما يلحق بها من تطور مع كافة ما يتفرع أو يتشعب عنها يمكن أن يظهر هذا الارتباط ، بدعوى أخرى ، والذي لم يكن ظاهرا في البداية :

Vincent et Guinchart , op. cit., n° 341- 1, pp. 267 – 268 , J. Héron , op. cit., n° 881, pp. 638- 639 .

(٤) Cass. soc., 24 fêvr. 1971 , Bull. civ., V, n° 149, p. 123 , J.C.P., 1971, éd. A., IV, n° 5932 .

وهذا الحكم الذي تقررته المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد يأتي مخالفاً ، علي هذا النحو ، للقاعدة الواردة بالمادة ٧٤ من ذات التقنين ، والتي وفقاً لها فإن كافة الدفع الإجرائية يجب التمسك بها معا ، وقبل التمسك بأي دفاع موضوعي أو دفع بعدم القبول ، وإلا كان الدفع غير مقبول<sup>(١)</sup> .

وتنطبق هذه القاعدة ، في القانون الفرنسي ، حتى ولو كان الدفع يستند إلى قاعدة تتعلق بالنظام العام<sup>(٢)</sup> .

ولكن ، بالمادة ١٠٣ . NCPC ، يقرر المشرع الفرنسي ما يمكن أن يعد استثناء هاماً من حكم هذه القاعدة ، فيما يخص الدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين ، مجيزاً إمكان التمسك به في أية حال كانت عليها الإجراءات<sup>(٣)</sup> .

ولكن خشية أن يقوم الخصم باستعمال هذا الدفع كوسيلة للمماطلة والتسويف ، فقد أعطى ذات النص ( م ١٠٣ . NCPC ) للقاضي سلطة استبعاد هذا الدفع إذا قدر أن المتقاضى تأخر في التمسك به بنية التسويف<sup>(٤)</sup> .

(١) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 341- 1, pp. 267 – 268 , Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 19 janv. 1983, Bull. civ., III, n° 19 , p. 15 .

(٢) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 341- 1, pp. 267 – 268 .

(٣) في منطقية هذا الاستثناء ، فضلاً عما سبق ، انظر كذلك :

Vincent et Guinchard , op. cit., n° 341- 1, pp. 267 – 268 , J. Héron , op. cit., n° 881, p. 638 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 103 , p. 116 , Cass. com., 4 janv. 1972, J.C.P., 1972, éd. A., IV, n° 6162, obs. J.A., R.T.D.Civ., 1972, 642, obs. Hébraud .

(٤) Vincent et Guinchard , op. cit., n° 341- 1, pp. 267 – 268 , J. Héron , op. cit., n° 881, pp. 638- 639 , E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 103 , p. 116 .

وهكذا يثير هذا النص ، مرة أخرى ، مفهوم : " الوسيلة القانونية التي تبدي متأخرا بنية التسوية " <sup>(١)</sup> .

وهو المفهوم الذي يثير ، بدوره ، مسألتين :

الأولى ، هي تحديد متى يمكن القول بأن الدفع أبدي في وقت متأخر . وقد قيل أن الدفع يكون متأخرا إذا أبدي بعد أن تكون إجراءات الدعوى قد قطعت شوطا بعيدا <sup>(٢)</sup> . وهو ما يوجب - حسب بعض الفقه - أن يؤخذ في الحسبان ابتداء من أي وقت ، من أي قدر من الأيام ، أو الأسابيع ، أو الشهور ، تكون الفترة الزمنية طويلة <sup>(٣)</sup> .

والثانية ، هي تقدير نية المماثلة . وهو الأمر الذي يفترض بحث القاضي في أعماق ضمير المتقاضي ، حتى يمكن القول ، وهو ما سيكون واجبا على الخصم أن يجتهد في إثباته ، أن المتقاضي كان لديه " إرادة الانتظار " ، لفترة طويلة من الزمن قبل أن يثير الدفع .

ويجب على الحكم ، الذي يستبعد الدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين ، أن يبين أن الدفع أبدي متأخرا <sup>(٤)</sup> ، وأن نية المتقاضي كانت التسوية . ويكون استبعاد الدفع

<sup>(١)</sup> وهو المفهوم الذي رأيناه سابقا في نصوص المواد ١١٨ بشأن الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية المستند إلى أسباب موضوعية ، و ١٢٣ بشأن الدفع بعدم القبول ، و ٥٥٠ بشأن الاستئناف الفرعي أو المثار ، إذا أبدت هذه الوسائل متأخرا بنية التسوية .

<sup>(٢)</sup> Vincent et Guinchard , op. cit., n° 341- 1, pp. 267 – 268 .

<sup>(٣)</sup> E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 103 , pp. 116 - 117.

<sup>(٤)</sup> وقد قضي بأن الحكم الذي يرفض الدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين ، أخذا في اعتباره قلة الهمة من جانب صاحبه ، ويفصل في الدعوى التي كان قد رفعها ، ومقررا أنه لم يتمسك بالارتباط - الواضح - إلا بنية التسوية ، كان يجب عليه أن يبين أن الدفع تم تقديمه أثناء الخصومة القائمة أمام المحكمة الثانية متأخرا :

بناء على قناعة المحكمة أو تقديرها أن المتقاضي ترك الوقت يمر بهدف المماطلة وكسب الوقت قبل أن يتمسك بالدفع<sup>(١)</sup>.

فمجرد التأخير في تقديم الدفع لا يكفي مبررا لاستبعاده. لأن هذا التأخير قد يبرره صعوبة القضية وعدم اتضاح وجود الارتباط إلا متأخرا. لذلك يلزم أن يكون هذا التأخير في التمسك بالدفع مقصودا من الخصم، الذي أحجم " عن إرادة وقصد " عن التمسك بالدفع مبكرا، بنية التسوية<sup>(٢)</sup>.

وليس من شك أن قضاة الموضوع، إذا لم يستبعدوا الدفع لتقديمه متأخرا بنية التسوية، يكون لهم السلطة التقديرية في تقرير وجود الارتباط من عدمه. ولكن إذا انتهى قاضي الموضوع إلى وجوده كان عليه التخلي عن نظر الدعوى لصالح المحكمة الأخرى<sup>(٣)</sup>.

ولا يأخذ القانون المصري بحل مماثل بالنسبة لأي من الدفوع الإجرائية. فهو، شأن القانون الفرنسي، يضع لهذه الدفوع، متى كانت لا تتعلق بالنظام العام، نظاما

Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 22 oct. 1975, Bull. civ., II, n<sup>o</sup> 269, Gal. Pal., 23 déc. 1975, Panorama, R.T.D.civ., 1976, 194, obs. Normand.

وفي شأن تقدير هذا التأخير، انظر:

Versailles, 8 mars 1978, G.P., 1979, 2, somm., 440.

(1) Vincent et Guinchard, op. cit., n<sup>o</sup> 341- 1, p. 268, Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 2 avr. 1974, Bull. civ., II, n<sup>o</sup> 127, R.T.D.civ., 1975, 359, obs. Normand, 22 oct. 1975, Bull. civ., II, n<sup>o</sup> 269, Gaz. Pal., 23 déc. 1975, Panorama, R.T.D.civ., 1976, 194, obs. Normand, civ., 2<sup>e</sup>, 5 juill. 1978, J.C.P., 1978, IV, 286.

(2) Héron ( Jacques ), Droit judiciaire privé, Montchrestien, 1991, n<sup>o</sup> 881, pp. 638 – 639.

(3) Vincent et Guinchard, op. cit., n<sup>o</sup> 341- 1, pp. 267 – 268.

إجرائيا صارما . فيوجب بالمادة ١٠٨ من قانون المرافعات إبداء جميع الدفوع الإجرائية معا ، وقبل الكلام في موضوع الدعوى أو إبداء دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول .

وإذا كان القانون الفرنسي ، وكما رأينا ، قد استثنى الدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين من النظام القانوني الذي يقره للدفوع الإجرائية بالمادة ٧٤ من تقنين القانون الفرنسي الجديد ، فأجاز بالمادة ١٠٣ من ذات التقنين تقديم هذا الدفع في أية حال كانت عليها الدعوى ، وهو ما اضطره كما رأينا إلى فرض جزاء إجرائي خاص ، هو جزاء الاستبعاد لهذا الدفع إذا ما أدي متأخرا بنية التسوية ، فإن المشرع المصري لم يقرر مثل هذا الاستثناء بالنسبة للدفع بالإحالة للارتباط بين دعويين . فهو دفع إجرائي ، ولا يتعلق في القانون المصري بالنظام العام . فيخضع للقاعدة التي تخضع لها سائر هذه الدفوع الإجرائية من ناحية وجوب إبدائه قبل الكلام في موضوع الدعوى ، أو إبداء أي دفع موضوعي أو بعدم القبول ، ومع سائر الدفوع الإجرائية الأخرى وإلا سقط الحق في إبدائه <sup>(١)</sup> .

كذلك فإنه يلزم عند تعدد الدفوع أن تفصل المحكمة في كل منها بقضاء صريح أو ضمني . وأن تسبب هذا القضاء <sup>(٢)</sup> . فيتعين على المحكمة الرد على كل دفع موضوعي أو إجرائي أو بعدم القبول ، أو دفع ردا على دفع أخرى <sup>(٣)</sup> ، وذلك نظرا لما لهذه الدفوع من أهمية <sup>(٤)</sup> .

(١) د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ٣٥٧ .

(٢) د/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - بند ٣ ص ١٦ .

(٣) د/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - بند ٣ ص ١٥ .

(٤) د/ فتحي والي - الوسيط - بند ٣٢٦ - ص ٥٧٢ وهامش ٢ .



لاشك أن الدفوع الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام تستثنى من الخضوع لأحكام المادة ١٠٨ من قانون المرافعات ، ولا يسقط ، في القانون المصري ، الحق في إبدائها إذا لم تقدم في بداية الإجراءات ، ومع غيرها من الدفوع الإجرائية . فالواقع أن استناد هذه الدفوع إلى اعتبارات تتعلق بالنظام العام يجعل غير ملائم ، بل ويجعل المشرع يقع في التناقض ، إذا ما قرر لها جزاء الاستبعاد في حال تقديمها متأخرة بنية التسوية على غرار ما فعلت المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . فتعلق الدفع بالنظام العام يجعل على القاضي أن يأخذه في اعتباره من تلقاء نفسه <sup>(١)</sup> ، فلا يعدو تمسك المتقاضي بهذا الدفع أن يكون تنبيهها للقاضي للقيام بواجبه إزاءه <sup>(٢)</sup> .

ومن ثم لا يتصور أن يكون الجزاء المناسب هو حرمان المتقاضي من التمسك بهذا الدفع الإجرائي ، الذي يتعلق بالنظام العام ، ولو كان المتقاضي قد قصد التأخر في التمسك بالدفع تسويفاً ومماطلة .

ولكن هذا لا يمنع - بدهة - من فرض جزاء الغرامة والحكم بالتعويض على هذا المتقاضي ، وذلك استناداً إلى النصوص التي تجيز للقاضي الحكم بهذه الجزاءات المالية على المتقاضي الذي يتخذ بصفة عامة إجراء تسويفاً .

صحيح أن القضاء المصري ، مؤيداً من الفقه ، يخول لمحكمة الموضوع أن ترفض بعض الطلبات الإجرائية التي تقدر أنها غير جدية ، أو أن الهدف منها مجرد كسب الوقت أو الكيد للطرف الآخر، ومع ذلك يبدو - لي - أن رفض المحكمة لهذه الطلبات يختلف عن الجزاء الذي تقرره المادة ١٠٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، للمسك التسويفي في التمسك بالدفع بالإحالة للارتباط . ورغم أن رفض بعض هذه الطلبات يبدو وكأنه يثير فرضا شبيهاً بذلك الذي تعالجه المادة ١٠٣ . وأقصد به

(١) د/ فتحي والي - الوسيط - بند ٢٨٩ ص ٤٩٠ .

(٢) د/ فتحي والي - الوسيط - بند ٢٨٩ ص ٤٩٠ .

رفض المحكمة طلب الخصم اتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات إذا قدرت عدم جديته . ولكي يتضح هذا الأمر نفرق بين رفض هذه الطلبات واستبعاد الدفع التسويقي ( م ١٠٣ مرافعات فرنسي جديد ) ، ثم بين استبعاد هذا الدفع ورفض بعض الطلبات الإجرائية الأخرى التي يكون للمحكمة رفضها إذا قدرت عدم جديتها ، وأخصها طلب تأجيل نظر الدعوى وطلب فتح باب المرافعة .

### طلب التأجيل وطلب فتح باب المرافعة :

المقرر في الفقه وفي أحكام القضاء أن طلب الخصم تأجيل نظر الدعوى ليس حقا له يتعين على المحكمة إجابته ، وإنما يرجع ذلك إلى محض تقديرها . وبالتالي فإنه لا عليها إن لم تجب طلب التأجيل <sup>(١)</sup> .

وبشأن إعادة فتح باب المرافعة فقد استحدث قانون المرافعات الحالي المادة ١٧٣ التي تنص على أنه لا يجوز فتح باب المرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم إلا بقرار تصرح به المحكمة في الجلسة ، ولا يكون ذلك إلا لأسباب جدية تبين في ورقة الجلسة وفي المحضر .

لذلك يذهب الفقه والعديد من أحكام محكمة النقض إلى أن إعادة الدعوى للمرافعة ليس حقا للخصوم ولكنه متروك لتقدير محكمة الموضوع وهو من إطلاقاتها . وأن المحكمة ليست ملزمة بالاستجابة لإعادة فتح باب المرافعة . وهي التي تستقل

(١) نقض مدني ٢ فبراير ١٩٧٦م - طعن رقم ٥١٠ لسنة ٤١ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٧ - رقم ٧٩ - ص ٣٦٦ .

والقرار الصادر من المحكمة برفض التأجيل لا يعد حكما ، فهو من أعمال إدارة القضاء ولا يسبب . د/ عزمي عبد الفتاح - تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٣م - ص ١٥٢ .

بتقدير مدى الجد فيه <sup>(١)</sup> . وأن الحكم لو أغفل الإشارة إلى هذا الطلب فلا يترتب عليه أي بطلان <sup>(٢)</sup> .

وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة الحق في رفض طلب إعادة القضية للمرافعة بعد حجزها للحكم وانقضاء ميعاد تقديم المذكرات فيها متى رأت أن الطلب غير جدي <sup>(٣)</sup> .

وقضت كذلك بأن طلب إعادة فتح باب المرافعة متروك لتقدير المحكمة <sup>(٤)</sup> .

وقضت بأن إعادة الدعوى للمرافعة بعد حجزها للحكم وبعد إتاحة المجال لأطرافها لإبداء دفاعهم فيها هو من إطلاقات محكمة الموضوع ، ولا تثريب عليها إن هي رفضت الإجابة لهذا الطلب ، متى رأت أنه لم يقصد به سوى إطالة أمد التقاضي وتأخير الفصل في الدعوى <sup>(٥)</sup> .

(١) د/ أحمد ابوالوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - بند ٣٣ - ص ٦٦ وما بعدها ، د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - ص ٥٣ - ٥٤ ، والأحكام التي يشير إليها .  
وقد قضى بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير مدى الجد في الطلب الذي يقدمه الخصوم بغية إعادة الدعوى إلى المرافعة هو من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع ، إلا أن ذلك مرهون بأن تكون المحكمة قد مكنت الخصوم من إبداء دفاعهم وأتاحت لهم الفرصة للرد على ما يثار في الدعوى - بعد حجزها للحكم - من دفوع جديدة تحقيقاً لمبدأ المواجهة بينهم ومراعاة للقواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي . نقض مدني ٢٩ مارس ١٩٧٨ م - طعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٤ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٩ - ج ١ - رقم ١٧٦ - ص ٨٨٧ .

(٢) د/عزمي عبد الفتاح - تسبيب الأحكام - ص ١٦٢ وما بعدها ، ويشير إلى فقه وقضاء بذات المعنى .

(٣) نقض مدني ٣ نوفمبر ١٩٦٠ م - طعن رقم ٦٦٠ لسنة ٢٥ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ١١ - رقم ٨٥ - ص ٥٤٤ .

(٤) نقض مدني ٩ مايو ١٩٨٤ م - الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٠ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٥ - ج ١ - رقم ٢٣٦ - ص ١٢٣٥ .

(٥) نقض ٢٣ يونية ١٩٧٥ م - طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤٠ ق ، مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٦ - رقم ٢٣٩ - ص ١٢٤٧ ، ٢١ ديسمبر ١٩٨١ م - طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٤٦ ق ، ذات

والصحيح - في اعتقادي - أن رفض المحكمة طلب التأجيل لعدم جديته يختلف عن الجزاء المقرر بالمادة ١٠٣ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . ذلك أن تحقيق مضمون طلب التأجيل ذاته يؤدي إلى إطالة وقت التقاضي . لذلك فالمقرر أن قبول أو رفض هذا الطلب هو مما يدخل في السلطة التقديرية للقاضي . وذلك حتى " يمنع " استعمال المتقاضي لهذه الطلبات كوسيلة للتسويق . فيكون للقاضي إجابة الطلب إذا رآه يستند إلى أسباب جدية . كأن يكون التأجيل لازماً لاحترام حق الخصم في الدفاع <sup>(١)</sup> . أما على العكس إذا قدر القاضي أن القصد من طلب التأجيل مجرد كسب الوقت وإطالة أمد النزاع ، فإنه يرفض التأجيل حتى يمنع هذا التسويق . وهنا يكون قرار القاضي مانعاً من التسويق ، أي مؤدياً دوراً وقائياً ، على خلاف ما تقرره المادة ١٠٣ مرافعات فرنسي جديد والتي تقرر حرمان المتقاضي من الدفع " جزاء " عن تسويق وقع منه . وقع بتأخره في التمسك به <sup>(٢)</sup> .

ولا يختلف الأمر عما سبق بالنسبة لطلب إعادة فتح باب المرافعة . حيث تقرر المادة ١٧١ مرافعات عدم جواز ذلك إلا " لأسباب جدية " . فتتقيد سلطة المحكمة في اتخاذ هذا القرار ، سواء من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب أحد الخصوم ، بضرورة

المجموعة - السنة ٣٢ - ع ٢ - رقم ٤٢٨ - ص ٢٣٤٦ ، ٩ مايو ١٩٨٤م - طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٠ ق - ذات المجموعة - السنة ٣٥ - ع ١ - رقم ٢٣٦ - ص ١٢٣٥ ، ٣١ ديسمبر ١٩٧٠م - طعن رقم ٢٧٧ لسنة ٢٦ ق - ذات المجموعة - السنة ٢١ - ع ٣ - رقم ٢١٧ - ص ١٣٢٨ .

<sup>(١)</sup> وقد لاحظ جانب من الفقه أن المادة ١٣٠ / ٢ مرافعات تنص على أنه " ..... للمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للخصم الذي توفي وكيله أو انقضت وكالته إذا كان قد بادر فعين له وكيلًا جديدًا خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانقضاء الوكالة الأولى " . فالمبادرة إلى تعيين وكيل جديد خلال هذا الميعاد تكشف عن همة الخصم ورغبته في عدم استثمار واقعة انتهاء الوكالة الأولى لكسب الوقت . ولم يكن الهدف من التغيير مجرد المماطلة . د/ أحمد مليجي موسى - ركود الخصوم المدنية - ص ١٩ هامش ٢ .

<sup>(٢)</sup> مع مراعاة الدور الوقائي الذي يؤديه كذلك تقرير الجزاء . ولكنه يكون دور غير مباشر يتحقق كأثر للخوف من التعرض للجزاء ( الردع العام ) .

توافر هذه الأسباب الجدية . وهو ما يؤدي إلى " منع " المتقاضين من استعمال هذه الطلبات كوسيلة لإطالة أمد التقاضي . ويكون لقرار الرفض هنا دورا " وقائيا مانعا " من التسوية .

الحكم برفض إجراء الإثبات :

المستقر في أحكام محكمة النقض وفي الفقه هو تخويل محكمة الموضوع الحق في رفض إجراء الإثبات ، كطلب توجيه اليمين الحاسمة أو الإحالة إلى التحقيق أو الإدعاء بالتزوير ، وذلك إذا ما وجدت المحكمة في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها <sup>(١)</sup> . فالمادة ٥٢ من قانون الإثبات تقرر أنه إذا كان الإدعاء بالتزوير منتجا في النزاع ورأت المحكمة أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق . كما تجيز المادة ١١٤ من ذات القانون للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها .

وقد قضت محكمة النقض بعدم خطأ تجاهل محكمة الموضوع لطلب الإدعاء بالتزوير لاستخلاصها عدم جديته ، وأن المقصود به إطالة أمد التقاضي <sup>(٢)</sup> .

(١) فالمحكمة لها أن ترفض الإثبات بشهادة الشهود ولو من تلقاء نفسها . د/ أحمد ابو الوفا - المرافعات - طبعة ١٤ - بند ٥٠٥ ص ٦٤٩ . ولا تلتزم المحكمة بإجابة الخصم إلى طلب استجواب الخصم الآخر ، بل إن ذلك متروك لمطلق تقديرها . ذات المرجع - بند ٥٠٠ ص ٦٤٤ .

وفي ذات المعنى ولكن بشأن الطعن بالتزوير وعدم إلزام القاضي بالسير في إجراءاته إذا كان القصد منه مجرد إطالة أمد التقاضي وكسب الوقت : نقض ٥ ابريل ١٩٧٨ - الطعان رقم ٤١٣ ، ٤٣٢ لسنة ٤٤ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٩ - رقم ١٨٨ - ص ٩٥٢ .  
وبشأن رفض المحكمة طلب توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الهدف منه الكيد وإطالة أمد التقاضي : نقض ٣ ابريل ١٩٨٠ - طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣١ - رقم ١٩٩ - ص ١٠١٧ .

(٢) نقض ١١ نوفمبر ١٩٦٥ - طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٠ ق - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٦ - عدد ٣ - رقم ١٥٨ - ص ١٥٠٩ .

ولكن الفقه<sup>(١)</sup> يشترط لإعمال سلطة المحكمة في رفض إجراء الإثبات أن تورده المحكمة أسبابا سانعة تكفي لتكوين عقيدتها دون هذا الإجراء . كما أن محكمة النقض ، وبحسب ما أوضحه بعض الفقه<sup>(٢)</sup> ، تشترط هنا كذلك ألا يتضمن رفض إجراء الإثبات إخلالا بحق الخصم في الدفاع .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات صدور الهبة من المورث في مرض موته على الرغم من عدم كفاية أوراق الدعوى والأدلة المطروحة فيها لتكوين عقيدتها وعلى الرغم من أن وسيلة الإثبات المطلوبة منتجة في النزاع فإن هذا يعتبر قصورا<sup>(٣)</sup> .

لذلك فإنه حتى لو أبدي طلب إجراء الإثبات متأخرا بنية التسوية ، فإن القاضي، إزاء عدم وجود نص يقرر استبعاده على غرار ما فعلت المادة ١٠٣ مرافعات فرنسي جديد بشأن الدفع بالإحالة للارتباط ، لا يستطيع رفضه لمجرد إبدائه متأخرا ، وذلك طالما أن الدليل الذي ينشده الخصم من هذا الإجراء يلزم ، أو منتج في تكوين عقيدة المحكمة في الدعوى . وبمعنى آخر فإن إجابة القاضي أو رفضه لهذا الطلب يتوقف أو يعتمد على جدية الأسباب التي بني عليها أو مدى جدوى هذا الإجراء في تكوين عقيدة القاضي .

(١) د/ احمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - بند ٩٥ م - ص ٢٤٠ .  
 (٢) د/ احمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - بند ٩٥ م - ص ٢٤٠ .  
 (٣) نقض ٢٢ مارس ١٩٨٤ - الطعن رقم ١٠٣١ و ١٠٣٢ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٥ - ج ١ - رقم ١٤٩ - ص ٧٨٦ .

وعلى ذلك يمكن هنا التفرقة بين حالتين أو فرضين :

الأول : أن يجد القاضي في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته والحكم فيها دون إجراء الإثبات الذي يطلبه الخصم ، وهنا يكون للقاضي ولو من تلقاء نفسه رفض طلب الخصم باتخاذ هذا الإجراء<sup>(١)</sup> .

وسيكون رفض المحكمة لهذا الطلب لعدم الحاجة إلى إجراء الإثبات ، وليس جزاء لصاحبه ، ولو كان قد تأخر في تقديمه بغرض كسب الوقت .

الثاني : أن يكون إجراء الإثبات الذي يطلبه الخصم هو وسيلته لإثبات حقه المتنازع فيه ، أو كان إجراء الإثبات لازماً لتكوين عقيدة القاضي ، فإن القاضي هنا أيضا ، وبصرف النظر عما إذا كان الطلب قد أدي في الوقت المناسب أو أدي متأخرا ، أي حتى لو كان قد أدي متأخرا ، وبقصد التسوية ، فإن القاضي يحكم بإجراء الإثبات لاحترام حق الخصم في الدفاع ، وحتى يستطيع الحكم في الدعوى .

مع مراعاة أنه يجوز هنا الحكم على هذا المتقاضى بالتعويض إذا نجم عن هذا المسلك التسويفي ضرر . فضلا عن إمكان الحكم عليه كذلك بالغرامة بالتطبيق للمادة ١٨٨ مرافعات ، وفقا لما ذكرنا فيما سبق .

(١) د/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام - الطبعة السادسة - بند ٩٥ م - ص ٢٤٠ .





## المبحث الثاني

### شطب الطعن بالاستئناف وتجريده من أثره الموقوف للتنفيذ الجبري والفصل في الاستئناف من واقع الملف أمام محكمة أول درجة

على الرغم من أن هاجس تسريع عمل القضاء مثل أحد الأهداف الأساسية للأعمال التي أسفرت عن إعداد تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، وكذلك التعديلات المتلاحقة التي أجريت على نصوصه ، مما وجه إلى إعطاء القاضي سلطات أوسع في دفع الخصومة إلى الأمام<sup>(١)</sup> ، بما يؤدي إلى توجيه الإجراءات وتعجيل سيرها<sup>(٢)</sup> ،<sup>(٣)</sup> ، والاجتهاد في القضاء على أسباب التأخير في حسم المنازعات<sup>(٤)</sup> .

على الرغم من ذلك ينشغل المشرع الفرنسي ، كما ينشغل الفقه والقضاء ، في الآونة الأخيرة ، وأكثر مما كان في أي وقت مضى ، بتسريع سير مرفق القضاء . وتتجه إرادتهم جميعا إلى تحقيق هذا الهدف ، والذي يؤدي إلى تحسين عمل هذا المرفق الحيوي ، والمتهم دائما بالبطء في أداء وظيفته . إذ مع كل المحاولات السابقة،

(١) Estoup ( Pierre ) , le projet de réforme de la procédure civile , G.P., 12, 13 avril 1989 .

(٢) وهو ما يؤدي إلى اقتراب الإجراءات المدنية من نمط الدعوى الجنائية ، والتخلي عن المفهوم التقليدي للقاضي المدني كمحايد صامت أو سلبي :

P. Estoup , le projet de réforme , art. préc.,

(٣) وهو ما بدأ استقراره ، حسب بعض الفقه ، شاقا في مواجهة المتقاضين ومساعدتهم والذين تعودوا أن يحددوا إيقاع سير الإجراءات حسب ما يرغبون :

P. Estoup , le projet de réforme , art. préc.,

(٤) P. Estoup , le projet de réforme , art. préc.

ما زال بطء الإجراءات أحد العيوب الأساسية التي تنسب إلى القضاء . وهو ما ينظر إليه على أنه ضرر أو شر مطلق يجب السعي دوماً إلى اجتثاثه <sup>(١)</sup> .

وفي سبيل هذا أشار بعض الفقه <sup>(٢)</sup> إلى الحل الذي تأخذ به المادة ٥٠١ من تقنين المرافعات Québécois <sup>(٣)</sup> ، أي في مقاطعة Québec <sup>(٤)</sup> ، والذي يجيز للمستأنف ضده أن يطلب ، بعريضة ، رفض الاستئناف ، بسبب طابعه التعسفي أو التسويفي . وأكد - هذا الفقه <sup>(٥)</sup> - أنه سيكون جيداً أن يأخذ القانون الفرنسي بمثل هذا الحل .

فهذا الحل يجيز لمحكمة الاستئناف أن ترفض ، بإجراءات مختصرة ، الطعن بالاستئناف الذي يكون بادياً أن المقصود به مجرد المماطلة . وبالتالي يمكن التخلص السريع من الاستئناف ، بعد فحص مختصر لأسبابه ، والتي قد تظهر عدم جديته <sup>(٦)</sup> .

ولكن إذا كان الاستئناف ذا طابع جدي ومعقول فإن العريضة التي تقدم لرفضه لا يكون لها محل . ويتم الفصل في موضوع الاستئناف لاحقاً <sup>(٧)</sup> .

(١) P. Estoup , le projet de réforme , art. préc.

(٢) Decheix ( Pierre ) , suggestions hérétiques pour une justice moins lente , D., 1991 , chron. 49 .

(٣) De la province de Québec .

(٤) وهي إحدى المقاطعات ، الناطقة باللغة الفرنسية ، في كندا .

(٥) P. Decheix , suggestions hérétiques pour une justice moins lente , art. préc.

(٦) P. Decheix , suggestions hérétiques pour une justice moins lente , art. préc.

(٧) P. Decheix , suggestions hérétiques pour une justice moins lente , art. préc.

ولاحظ ، صاحب هذا الرأي <sup>(١)</sup> ، أنه في مئة عريضة مقدمة برفض الاستئناف على هذا النحو ، حوالي ثلاثون عريضة تجاب فوراً بعد عشر دقائق من الجلسة . كما أن الإعلان عن تقديم مثل هذه العريضة ( من المستأنف ضده ) يستتبع تنازل المستأنف، وفقاً لذات الفقه ، عن أربعين استئناف آخر ( من المئة ) . وذلك خشية من المستأنف أن يؤدي تقرير المحكمة الطابع التسويقي أو التعسفي للاستئناف إلى إثارة مسئوليته . وبالتالي مطالبته بالتعويض .

وهو ما يؤدي في نظر هذا الفقه إلى توفير وقت كان يهدر في نظر استئنافات يبدو بوضوح عدم جديتها .

ولما كانت قاعدة الأثر الموقوف للطعن بالاستئناف تؤدي إلى وقف القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه ، وذلك حتى لا يترتب أي أثر نهائي ، وقد يتعذر إصلاحه ، إذا ما عدل الحكم . وهذا التنفيذ يقف أو يتعطل ، من ناحية ، بسريان مواعيد طرق الطعن العادية <sup>(٢)</sup> ، ومن ناحية ثانية ، بمباشرة طريق من هذه الطرق بالفعل . فالحكم لا يمكن تنفيذه إذن طالما أن ميعاد الطعن العادي لم ينقضي ، وكذلك لا يمكن تنفيذه خلال قيام الخصومة في هذا الطعن . لذلك لم ينكر بعض الفقه الفرنسي <sup>(٣)</sup> أن هذه القاعدة تمثل تعطيلاً أو خرقاً لفعالية الأحكام القضائية . كما أنها تمثل تحريضا أو حثاً للمتقاضين

<sup>(١)</sup> P. Decheix , suggestions hérétiques pour une justice moins lente , art. préc.

<sup>(٢)</sup> أما طرق الطعن غير العادية فليس لها - من حيث المبدأ - هذا الأثر . ويلاحظ أن قاعدة الأثر الموقوف للطعن بالاستئناف يرد عليها استثناءات . فالطعن بالاستئناف في الأحكام المستعجلة لا يوقف تنفيذها ( NCPC. art. 514, al. 2 ) .

<sup>(٣)</sup> G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1357 , p. 495 .

على رفع الطعون التسوية ، لدرجة دفعت بعض الفقه (١) إلى المناداة بأن نقلب هذا المبدأ في إجراءات التقاضي المدنية . بحيث تكون الأحكام ، كما هو حال تلك الصادرة في المنازعات الإدارية ، نافذة . ولا يكون لسريان مواعيد ، أو لمباشرة ، طرق الطعن العادية ، أثرا موقفا لهذا النفاذ (٢) .

وفي سبيل تحقيق ذات الهدف ، أي مواجهة الطعون التسوية بالاستئناف ، والتي تعد ، وفقا لما لاحظته وسجله الفقه الفرنسي (٣) ، سببا هاما لإطالة أمد القضية ، فقد اقترح هذا الفقه (٤) تقوية أو تدعيم نظام النفاذ المعجل للأحكام الابتدائية . وطالب بأن تكون كل الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى ، وعلى غرار الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة ، نافذة معجلا بقوة القانون . مع إعطاء المحكمة الصادر عنها الحكم أن تقرر ، وهو ما يكون استثنائيا ولأسباب محددة ، عدم نفاذ الحكم معجلا (٥) .

وقد تجسد انشغال المشرع الفرنسي بمشكلة الطعون التسوية ، وتبدت إرادته في علاجها ، بصفة خاصة ، في استحداثه ، باللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ الصادرة في ٢٠

(١) J. M. Coulon , les évolutions possibles de procédure civile , G.P., 6 – 10 sept. 1996, p. 22 .

(٢) ويشير النظر إلى القانون المقارن إلى أنه في المرافعات المدنية الإيطالية فإن حكم قضاء أول درجة يعد مؤخرا ، من حيث المبدأ ، متمتعا بقوة النفاذ :

G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1357, p. 495.

(٣) Caratini ( Marcel ) , les réponses de la justice à l' accroissement des contentieux , G.P., 1987 , I , doct. pp. 36 et s., notamment p. 37 .

(٤) Caratini ( Marcel ) , les réponses de la justice à l' accroissement des contentieux , art. préc.

(٥) وهذا القيد الأخير ، وفقا له ، يميز النفاذ المعجل القانوني للأحكام الصادرة في غير المسائل المستعجلة عن النفاذ المعجل لتلك الصادرة في المسائل المستعجلة . ذات الإشارة السابقة .

يوليو ١٩٨٩م<sup>(١)</sup> ، بعض الجزاءات لمواجهة الطعون التسوية ، فقد أشارت هذه اللائحة إلى الممارسات التسوية لبعض المتقاضين . ومن أجل مواجهتها أجرت تعديلا على بعض أحكام تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . فأتت بأحكام تتسم بالأهمية والجدة. وهي أحكام تصدر إذن عن التوجه الأساسي المتمثل في وجوب تعجيل سير الإجراءات أمام القضاء المدني<sup>(٢)</sup> .

وقد عمدت النصوص التي أتى بها هذا المرسوم إلى تعديل بعض الإجراءات سواء أمام محاكم الاستئناف أو أمام محكمة النقض ، وهي تعديلات ، وفقا لتعبير بعض الفقه الفرنسي<sup>(٣)</sup> ، تهدف بوضوح إلى مواجهة الطعون التسوية<sup>(٤)</sup> .

والواقع أنه بهدف مواجهة الاستئناف التسويقي ، أي استعمال هذا الطعن كوسيلة للتسويق والمماطلة ، تضمنت مشروعات إعداد هذا التعديل أحكاما أثارت الكثير من الجدل ، وكانت محلا لمناقشات عديدة وشاقة<sup>(٥)</sup> .

(١) والمعدلة لبعض أحكام تقنين المرافعات المدنية ، والمنشورة بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٨٩م ، على أن يعمل بها ابتداء من ١٥ سبتمبر ١٩٨٩ م .

(٢) Caratini ( Marcel ) , les dernières dispositions de procédure civile , G.P.,1989, 2 , doct. 418 , ( 3 – 5 sept. 1989 ) .

(٣) Blary – Clément ( É. ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 31 , M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc.

(٤) وبحسب بعض الفقه الفرنسي فإن هذا التعديل تم انتظاره لسنوات عديدة : Note , non segnié , sur le décret du 20 juillet 1989 , G.P., 3 – 5 sept. 1989 .

(٥) Note , non segnié , sur le décret du 20 juillet 1989 , G.P., 3 – 5 sept. 1989 , Blary – Clément ( É. ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 31, M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc.

فقد تم اقتراح أن يُفرض على المستأنف التزام بأن ينفذ الأحكام النافذة معجلاً بقوة القانون أو بحكم المحكمة قبل أن يتابع السير في استئنافه . وقد دامت المناقشات في هذا الشأن أكثر من أربع سنوات قبل أن يتم العدول وقتها عن فرض هذا الالتزام<sup>(١)</sup>، والاكْتفاء بتعليق نظر الطعن بالنقض على التنفيذ المسبق للحكم المطعون فيه . ولكن هذا العدول كان عدولاً مؤقتاً ، إذ عاد المشرع الفرنسي وقتن ذات الفكرة بشأن الطعن بالاستئناف ، بموجب اللائحة رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ ، كما سنرى في المبحث القادم .

واقترح كذلك عدم قبول الاستئناف إذا لم يقدم المستأنف المذكرات ( التي تتضمن أوجه استئنافه ) خلال أربعة أشهر .

إلا أن المشرع الفرنسي استقر ، بهذا التعديل ، الذي تم باللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ الصادرة في ٢٠ يوليو ١٩٨٩ م ، على استحداث جزاءين للاستئناف التسويقي . الأول هو شطب الطعن بالاستئناف وتجريده من أثره الموقوف للقوة التنفيذية للحكم ، ومن ثم إعطاء النفاذ المعجل القانوني للحكم المطعون فيه بالاستئناف . والجزء الثاني هو الفصل في الاستئناف من واقع الملف أمام محكمة الدرجة الأولى .

(١) Note , non signié , sur le décret du 20 juillet 1989 , G.P., 3 – 5 sept. 1989 .

## المطلب الأول

### شطب الطعن بالاستئناف وتجريده من أثره الموقوف للتنفيذ

#### ” النفاذ المعجل القانوني للحكم المستأنف ”

كي يتجاوب مع هاجس السرعة<sup>(١)</sup> ، أراد المشرع الفرنسي وضع جزاء إجرائي يهدف من خلاله إلى مواجهة استعمال المتقاضين للطعن بالاستئناف ، ليس كوسيلة لإصلاح ما شاب الحكم من عيوب أو أخطاء أو كوسيلة لنظر النزاع مرة ثانية للوصول إلى حكم أكثر عدالة ، وإنما فقط بنية المماثلة والتسوية<sup>(٢)</sup> . حيث قدر أن المحكوم عليه قد يقوم برفع الاستئناف لمجرد الاستفادة من رفعه في وقف اكتساب الحكم القوة التنفيذية . حيث يحول هذا الاستئناف ، وطوال مدة نظره أمام محكمة الدرجة الثانية ، دون صيرورة هذا الحكم نهائي . وبالتالي فإنه سيؤخر إمكان تنفيذ هذا الحكم في مواجهته إلى ما بعد انتهاء الإجراءات أمام محكمة الاستئناف ، بصدور الحكم المنهي لها .

وعلى هذا الأساس ، ويهدف تسريع سير الإجراءات أمام محكمة الاستئناف<sup>(٣)</sup> ، منذ تقديم الطعن إلى المحكمة<sup>(٤)</sup> ، أنشأت اللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ في ٢٠ يوليو

(١) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 652 , M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

(٢) M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 . ويهدف فرض هذا Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 652 .

(٣) J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 468 , note 1 , M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

(٤) P. Estoup , le projet de réforme , art. préc.

١٩٨٩م<sup>(١)</sup> ، واجبا جديدا على المستأنف ، تقرره المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد<sup>(٢)</sup> . والتي تتضمن تجديدا وابتكارا هاما ، لمواجهة الاستئنافات التسوية<sup>(٣)</sup> . فمنذ سريان هذه اللائحة ، أصبحت هذه المادة تفرض على وكيل دعوى المستأنف *L' avoué de l' appellant* ، أن يودع مذكراته *Ses conclusions*<sup>(٤)</sup> ، قلم كتاب محكمة الاستئناف خلال أربعة أشهر من وقت

(١) وقد أتى هذا المرسوم بأحكام تنسم بالأهمية والجدة ، وتصدر عن توجه أو فكرة أساسية تتمثل في وجوب تعجيل سير الإجراءات أمام القضاء المدني :

M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

(٢) كانت هذه المادة في الأصل تتعلق بالإجراءات المختصرة ، وكانت قد ألغيت عام ١٩٨٥م ، ثم أعيدت بالمرسوم رقم ٨٩ - ٥١١ في ٢٠ يوليو ١٩٨٩م ، بصياغتها الجديدة التي تفرض على المستأنف هذا الواجب :

Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 652 .

(٣) M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc.

(٤) وفي بيان المقصود بالمذكرات التي يجب على وكيل دعوى المستأنف إيداعها خلال هذا الميعاد قضى بأن المذكرات التي يجب إيداعها طبقا لما تتطلبه هذه المادة يجب أن تستوفي الشروط التي تتطلبها المادة ٩٥٤ من ذات التقنين . فيجب أن تتضمن بيان صريح لادعاءات الأطراف ، والوسائل الواقعية والقانونية التي يتأسس عليها كل منها . ويجب أن تتضمن فضلا عن ذلك بيان بالمستندات التي تم التمسك بها . وبالتالي تكون غير كافية المذكرات التي تقتصر على مجرد طلب المستأنف من القاضي إلزام المستأنف ضده بتبادل المستندات :

Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 26 juin 1991, J.C.P., 1992, II, 21821, note Estoup .

في حين رأى بعض الفقه أن المستأنف لا يلتزم إلا بإيداع " مذكرات " . ولذلك يكفي ، من الناحية العملية ، مجرد أن ينسخ مذكرات خصومة أول درجة ، كي يكون قد استجاب لمتطلبات المادة ٩١٥ ( J. Héron , op. cit., n° 649, p. 469 ) ، ثم بعد ذلك يلزم أن يكمل وكيل دعوى المستأنف مذكراته بحيث يبين كل الأوجه التي يستند إليها المستأنف على النحو الذي تتطلبه المادة ٩٥٤ .

وهذا التفسير الذي يقول به هذا الفقه لمعنى المذكرات التي يجب على المستأنف إيداعها خلال الميعاد المحدد بالمادة ٩١٥ ، دعا صاحبه إلى انتقاد هذه الأحكام التي أتت بها المادة ٩١٥ . معتبرا إياها مثالا واضحا للتعديل التشريعي غير الناجح أو غير الناضج بما يكفي ، وغير كفؤ لبلوغ الهدف المنشود . ومتسائلا ماذا نكسب من إلزام وكيل الدعوى بأن يودع خلال هذا الميعاد مذكرات ستكون في جوهرها مطابقة لتلك التي أودعت أمام قضاة أول درجة .

=



التقرير بالاستئناف<sup>(١)</sup>. وذلك ما لم يحدد مستشار تحضير الدعوى ميعادا أقصر من ذلك<sup>(٢)</sup>.

فمذكرات المستأنف يجب أن تعلن إلى المستأنف ضده طبقا لما تقرره المادة ٩٠٩ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد، وتودع صورة منها قلم كتاب محكمة الاستئناف. وحتى صدور اللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ في ٢٠ يوليو ١٩٨٩م، لم يكن هناك ميعاد أو أجل مقرر لهذا الإيداع. بل كان هذا الأمر يعتمد على همة أو نشاط وكلاء الدعوى للأطراف، ومستشار تحضير الدعوى<sup>(٣)</sup>. ولكن هذه اللائحة استحدثت، بالمادة ٢٠ منها، النص الجديد للمادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد، والتي تكمل هذا النقص، وتقرر في ذات الوقت جزاء قاس يوقع على الذين لا يمثلون لأحكامها.

ومعتبراً أن هذا الميعاد يدخل جموداً لا يتوافق مع التوجه الحديث للقانون القضائي والذي يعتمد على إعطاء مستشار تحضير الدعوى مهمة إعطاء الإجراءات الدفعات اللازمة لتحريكها. انظر في هذا الرأي وهذه الانتقادات:

J. Héron, op. cit., n° 649, p. 469, et note 2.

(١) فالطعن بالاستئناف، وفقاً لما تحدده المادة ٩٠٠ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد، لا يكون بصحيفة طعن بالاستئناف. وإنما بتقرير بقلم كتاب محكمة الاستئناف. ويتضمن هذا التقرير بيانات معينة (تحددها المادتان ٩٠١، ٥٨ من ذات التقنين). ويحرر منه نسخ بما يزيد عن عدد المستأنف ضدهم بنسختين (أي بقدر عدد المستأنف ضدهم زائد نسختين)، حيث يستعيد المستأنف في الحال إحدى هذه النسخ بعد التأشير عليها بتاريخ الإيداع وتأشير كاتب المحكمة (م ٩٠٢ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد).

(٢) M. Caratini, les dernières dispositions, art. préc., n° 2.

(٣) E. Blanc, J. Viatte et L. Blanc, op. cit., t. III, sous l'art. 915, pp. 605 - 2 et s.

وطبقا لما تقررته هذه المادة فإن الميعاد المحدد لوكيل دعوى المستأنف لايداع مذكراته قلم كتاب محكمة الاستئناف هو أربعة أشهر ، ابتداء من تاريخ التقرير بالاستئناف<sup>(١)</sup> .

وهذا الميعاد يمكن لمستشار تحضير الدعوى أن يقرر تقصيره . وبالتالي يفرض لايداع مذكرات المستأنف ميعادا أقصر مما حدده النص . وذلك - حسب بعض الفقه<sup>(٢)</sup> - إما بسبب ظروف الاستعجال التي تحيط بالقضية أو بسبب بساطتها<sup>(٣)</sup> .

كما أن ميعاد الأربعة أشهر يمكن مده من قبل ذات المستشار إذا كان وكيل الدعوى تم تعيينه من قبيل المساعدة القضائية للمستأنف ، أو تم تعيينه من المستأنف بعد أن رفض طلب مساعدته قضائيا<sup>(٤)</sup> ( م ٩١٥ فقرة ٤ . NCPC ) .

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , pp. 605 - 2 et s.

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , pp. 605 - 2 et s.

(٣) وهو ما يراه البعض سيكون شاقا على المستأنف :

Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 652 - 653 .

(٤) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 652 - 653 , J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 468 , note 1, E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 - 3 .

ويرون - في ذات الموضوع - أن هذا الاستثناء يمكن فهمه بسهولة إذا أخذنا في الحسبان البطاء الذي يتقرر به تقديم أو عدم تقديم المساعدة القضائية للمتقاضى .

ولكن هذا الاستثناء من ناحية أخرى يعد الاستثناء الوحيد الذي يرد على المبدأ الأمر بإيداع مذكرات المستأنف خلال الأربعة أشهر التالية للتقرير بالاستئناف ، أو خلال الميعاد الأقصر الذي يحدده مستشار تحضير الدعوى :

M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

وكما حرصت هذه المادة على تحديد هذا الميعاد بهدف ، وكما هو واضح ، تسريع سير الإجراءات أمام محكمة الاستئناف ومواجهة الاستئنافات التسوية<sup>(١)</sup> ، فقد حرصت كذلك على تقرير جزاء لعدم مراعاته . إذ أنه إذا لم يتم إيداع مذكرات المستأنف خلال الميعاد المقرر فإنه سيتم شطب الاستئناف<sup>(٢)</sup> . فيستبعد من جدول القضايا المنظورة أمام محكمة الاستئناف . ويكون هذا الشطب بقرار غير قابل للطعن<sup>(٣)</sup> ( م ٩١٥ فقرة ٢ . NCPC ) .

وإذا كان المعلوم أن طرق الطعن غير العادية<sup>(٤)</sup> ليس لها أثر موقف للقوة التنفيذية للحكم ، وهو ما تقرره المادة ٥٧٩ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، فإن الاستئناف ، وعلى العكس من ذلك ، وباعتبار أنه طريق عادي للطعن ، يعد موقفاً

(1) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1360, p. 496 , Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 946 - 1, p. 633 , M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

(2) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 930 , p. 625 , M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

(3) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989 , p. 653 , G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1438 et s, Cass. civ. 2° , 26 juin 1991 , J.C.P., 1992 , éd. G., II, 21821 , note P. Estoup.

ويصدر هذا القرار من مستشار تحضير الدعوى :

J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 469 , et note 3 .

(٤) وهي الطعن بالتماس إعادة النظر والطعن بالنقض ، وكذلك في القانون الفرنسي اعتراض الخارج عن الخصومة .

لهذه القوة التنفيذية . بل إن ترتيب هذا الأثر يعد حسب بعض الآراء ميزته الأساسية<sup>(١)</sup>.

فالقاعدة إذن أن تنفيذ حكم محكمة أول درجة يعلق أثناء سريان ميعاد الطعن بالاستئناف ، وكذلك خلال قيام خصومة الاستئناف . ومع ذلك فإن المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الجديد تقرر بتر أثر الطعن بالاستئناف في وقف التنفيذ كنوع من الجزاء للمستأنف المقصر . حيث يترتب على عدم إيداع مذكرات المستأنف خلال الأربعة أشهر التالية للتقرير بالاستئناف شطب قضية الاستئناف كما رأينا . ويترتب على هذا الشطب تجريد الطعن بالاستئناف أو حرمانه من كل أثر له في وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه<sup>(٢)</sup> .

ويتم هذا التجريد بقوة القانون . وبالتالي يصبح الحكم - الابتدائي - المطعون فيه بالاستئناف نافذا معجلا ، ويتمتع بالقوة التنفيذية بقوة القانون<sup>(٣)</sup> . وذلك من قبيل

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 - 3 .

(٢) Vincent et Guinhard , procédure civile , op. cit., n° 946 - 1, p. 633, n° 989 , p. 653 , J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 469 , G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1360, p. 496, n° 1438 et s., M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

(٣) وبالتالي يمكن المضي في تنفيذ الحكم :

M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 , Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 16 oct. 2003, D., 2003, I.R., 2665, J.C.P., 2003, IV, 2904, Bull. civ., II, n° 304.

كما يكون غير مقبول ، لعدم وجود المصلحة ، طلب صدور حكم من محكمة الاستئناف بالنفاذ المعجل للحكم المطعون فيه إذا كان الطعن بالاستئناف قد جُرد من أثره الموقف للتنفيذ، بعد أن تم شطبه بالتطبيق للمادة ٩١٥ :

Limoges , 24 sept. 1992, D., 1993, somm., 186, obs. Julien .

الجزء (١). وهو ما يؤكد نص المادة ٩١٥ (مرافعات فرنسي جديد) صراحة ، وبقوة (٢) ، بتقريره أن " الشطب يسلب الاستئناف كل أثر موقف للتنفيذ ". وهذا يعني أن المستأنف ضده يستطيع فوراً أن يباشر إجراءات التنفيذ الجبري للحكم المطعون فيه بالاستئناف .

وبينما يرى بعض الفقه أن هذا الأثر يتحقق بمجرد عدم ايداع مذكرات المستأنف خلال الميعاد المحدد قانوناً ، فابتداءً من اللحظة التي فيها يكون ميعاد الأربعة أشهر قد انقضى ، فإن الاستئناف يفقد خاصيته كطعن موقف للتنفيذ (٣) ، رأي فقه آخر (٤) أنه ليس انقضاء هذا الميعاد هو الذي يجرد الاستئناف من أثره الموقف للتنفيذ ، ولكنه قرار الشطب . ونتيجة ذلك أنه ، إذا لم يصدر مستشار تحضير الدعوى قرار الشطب لسبب أو لآخر ، فإن هذا الجزء لا يوقع (٥) .

ويبدو هذا الجزء ، لا شك ، جزء صارماً ، يرتبه المشرع الفرنسي على عدم إيداع المستأنف مذكراته في الميعاد المحدد . لأنه يعتبر ذلك تراخياً منه يكشف نيته

(١) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n<sup>os</sup> 1438 et s.

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 – 3 .

(٣) E. Blanc, J. Viatte et L. Blanc, op. cit., t. III, sous l' art. 915, p. 605 – 3.

(٤) J. Héron , op. cit., n<sup>o</sup> 649 , p. 469 , et note 3 .

(٥) وعلى العكس فإن إيداع المستأنف مذكراته بعد انقضاء الميعاد لا يمنع من شطب الدعوى ومن تجريد الاستئناف من أثره الموقف للتنفيذ :

J. Héron , op. cit., n<sup>o</sup> 649 , p. 469 , et note 3,

التسوية . وأنه ليس لديه في الواقع أسباب جدية لكسب الاستئناف . وأنه إنما قصد منه تأخير تنفيذ الحكم <sup>(١)</sup> .

ولكن هذا الجزاء يسري ، بصريح نص المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، في الحالات التي لا يكون فيها النفاذ المعجل محظورا بنص القانون <sup>(٢)</sup> . وهكذا يستثنى المشرع من ترتيب هذا الجزاء ، المتمثل في تجريد الطعن بالاستئناف من أثره الموقف للتنفيذ وبالتالي إضفاء النفاذ المعجل القانوني على الحكم المستأنف ، الحالات التي يحظر فيها القانون النفاذ المعجل للحكم ، بحيث لا يكون الحكم نافذا معجلا كجزاء على هذا النحو ، إذا كنا بصدد حالة لا يجوز فيها النفاذ المعجل للحكم <sup>(٣)</sup> ، <sup>(٤)</sup> .

ولا شك أن هذا الجزاء يتضمن مواجهة حقيقية ، وفعالة ، للاستئناف التسويفي ، الذي يرفع لمجرد كسب الوقت ، والاستفادة من أثر هذا الطعن في تأخير

<sup>(١)</sup> وقد انتقد بعض المعلقين الإلزام بهذا الميعاد والذي يستتبع فرض هذا الجزاء على المستأنف الأصلي فقط ، في حين أن صاحب الاستئناف الفرعي أو المثار لن يكون مقيدا به ، وسيكون لديه كل الوقت متاحا لدعم موقفه . وهذا الأمر يمثل - وفقا له - تفرقه ليست مبررة بين طوائف من المستأنفين : Note , non signié , sur le décret du 20 juillet 1989 , G.P., 3 – 5 sept. 1989 , p. 6 .

<sup>(٢)</sup> Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 653, J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 469 , G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1360, p. 496, n°s 1438 et s., M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

<sup>(٣)</sup> في بعض الأمثلة لحالات لا يجوز فيها النفاذ المعجل للحكم في القانون الفرنسي ، انظر : E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 – 3.

<sup>(٤)</sup> وقد قضي بأنه إذا كان النفاذ المعجل موقوفا بحكم وقتي صادر قبل قرار شطب الاستئناف ، فإنه لا يمنع هذا القرار من ترتيب أثره ، منذ صدوره ، في تجريد الطعن بالاستئناف من كل أثر موقوف للتنفيذ . إذ لا يوجد أي استثناء عدا حالة منع النفاذ المعجل بنص القانون : Paris , 10 juin 1991 , G.P. 1993, I, 249 , Note Renard .

تنفيذ الحكم . فكل ما سيستفيده المستأنف الذي يقصد هذا ، دون أن يكون لديه أي حجة جدية لإقناع قضاة الاستئناف بصحة موقفه ، وبالتالي كسب قضيته ، هو ، على أحسن تقدير ، تأخير تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى لمدة أربعة أشهر .

وقد وصف بعض الفقه هذا الجزاء بأنه قاس . وهو يلزم المستأنف ( أو وكيله ) بالكثير من اليقظة . ويقلل بصفة خاصة مدة سير الخصومات ، والتي ما تزال طويلة جدا في بعض المحاكم ، خاصة محاكم الاستئناف الهامة والمزدحمة بالقضايا <sup>(١)</sup> .

ورغم حرص المشرع الفرنسي على تقرير جزاء صارم للاستئناف التسويقي على هذا النحو ، فإنه لم يشأ أن يحرم هذا المستأنف من الاستفادة من الدرجة الثانية من درجتي التقاضي ، أي من الحصول على الفرصة الثانية التي تبحث فيها قضيته . ولهذا لم يجعل جزاء عدم إيداع مذكرات المستأنف في الميعاد هو عدم القبول أو سقوط خصومة الاستئناف <sup>(٢)</sup> ، والذي تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، والذي كان منصوصا عليه في الصياغة الأولى ( المشروع ) لهذه المادة . حيث اعتبر أن جزاء سقوط الاستئناف عنيف أو قاس أكثر مما ينبغي ، فتم ، ولحسن الحظ حسب رأي بعض المعلقين على أحكام هذه المادة ، العدول عنه <sup>(٣)</sup> . وتفضيل هذا الجزاء المتمثل في الشطب من الجدول مع تجريد الطعن من أثره الموقف للتنفيذ ، والذي تتبناه المادة ٩١٥ بصيغتها الحالية .

<sup>(١)</sup> E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 – 3.

<sup>(٢)</sup> E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 – 3.

<sup>(٣)</sup> M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 , et voir ; Note non signée, sur le décret du 20 juillet 1989, G.P., 3 – 5 sept. 1989, p. 5. وكان هذا على أثر ملاحظة بعض قضاة محكمة النقض . ( ذات الإشارة السابقة ) .

ولهذا فإن قضية الاستئناف وإن كانت تشطب ، وتكون بالتالي معلقة إلا أنها تكون قائمة<sup>(١)</sup> . وعلى هذا الأساس أجازت الفقرة الثالثة من المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد معاودة الخصومة سيرها وذلك بتجديد الاستئناف من الشطب.

ويكون تجديد قيد الاستئناف وفقا لإحدى صورتين :

في الصورة الأولى ، يكون التجديد بطلب من المستأنف بعد أن يثبت إيداع مذكراته . ولكن هذا التجديد ، ومعاودة السير في خصومة الاستئناف ، لا يعيد إلى الطعن بالاستئناف أثره في وقف التنفيذ . بل يستمر الاستئناف مجردا من أثره الموقوف للتنفيذ<sup>(٢)</sup> . ولا يمنع المحكوم له من تنفيذ هذا الحكم ، والذي أصبح نافذا معجلا ، وبقوة القانون ، منذ أن تم شطب الاستئناف .

وعلى ذلك فإنه حتى إذا قام المستأنف بإيداع مذكراته بعد ذلك ، وتجديد الاستئناف من الشطب ، فإن هذا التجديد بعد الإيداع المتباطئ أو المتأخر للمذكرات ، لن يعيد لاستئنافه أثره في وقف التنفيذ . بل إن هذا الاستئناف سيكون قد فقد ، وبصفة نهائية ، أثره في وقف التنفيذ . وسيستمر الحكم نافذا معجلا ، رغم استمرار نظر الطعن بالاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية .

الصورة الثانية : إذا كان نص المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد قد أجاز للمستأنف الذي شُطب استئنافه ، أن يقوم بتجديد قيده كما رأينا ، فإنه قد أجاز ،

(١) J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 469 .

(٢) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 653, J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 469 , G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1360, p. 496, n°s 1438 et s., M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .



في الفقرة الثالثة من ذات المادة ، أن يكون تجديد قيد هذا الاستئناف كذلك بناء على طلب المستأنف ضده .

فالمستأنف قد يستمر في إحجامه عن تقديم مذكراته <sup>(١)</sup> وعن تجديد الاستئناف . وقد قدر المشرع أن المستأنف ضده قد يرغب في أن تعاود الخصومة سيرها ، إذ قد يكون له مصلحة في الحصول على حكم من محكمة الاستئناف يزيل حالة عدم اليقين التي توجد لها خصومة الاستئناف ، وينهي هذه القضية حتى تستقر حقوقه أو مركزه القانوني ، متى كان يتوقع أن يكون هذا الحكم لصالحه ، فأجاز له - المشرع - أن يقوم هو بتجديد قيد الاستئناف .

وقد أثير التساؤل عن عودة أثر الاستئناف في وقف التنفيذ في حالة تجديد قيد الاستئناف بطلب المستأنف ضده . وقد قال بعض الفقه أن النص لا يشير بوضوح إلى استمرار تجريد الاستئناف من أثره الموقوف للتنفيذ عندما يتم تجديد قيد الاستئناف بطلب من المستأنف ضده <sup>(٢)</sup> . بل إن صياغة هذا النص تسمح بالقول بأن الأثر الموقوف

(١) ففي حالة عدم وجود استئناف فرعي أو طلب فرعي من جانب المستأنف ضده ، فإن محكمة الاستئناف لا تنبه المستأنف أو تكلفه بإيداع مذكراته . إذ هو ملزم بإيداعها خلال أربعة أشهر من تقريره بالاستئناف :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 15 janv. 2004 , Bull. civ., II, n° 2 , D., 2004 , I.R., 1122 , J.C.P., 2004 , IV, 1444 , Procédures , 2004 , comm.. 71 , note Perrot , G.P., 13 mars 2005 , p. 14 , obs. Du Rusquec .

فليس واجبا على القاضي ، حسب ما ينجم من نص المادة ٩١٥ - ١ ، أن ينبه أو يكلف وكيل دعوى المستأنف بإيداع مذكراته :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 10 mars 1993 , Bull. civ., II, n° 90 .

(٢) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 653,

وانظر : G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1438 et s.

يعود من جديد في هذا الفرض . ومع ذلك رأى فقه آخر أن الحل المأخوذ به عند تجديد قيد الاستئناف بطلب من المستأنف يسري هنا أيضا . بمعنى أنه رغم تجديد قيد الاستئناف بطلب المستأنف ضده فإن تجريد الاستئناف من أثره الموقوف للتنفيذ يستمر ، وذلك بهدف استمرار فرض الجزاء على المستأنف المهمل <sup>(١)</sup> .

وبمعنى آخر فإن أثر الاستئناف في وقف التنفيذ يظل ملغى نهائيا . بحيث يكون للمستأنف ضده البدء في مباشرة تنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف <sup>(٢)</sup> . وهو ما يفسره ، وفقا لبعض الفقه <sup>(٣)</sup> ، أن المشرع أراد استمرار مجازة المستأنف على إهماله ، وذلك بإجازة الاستمرار في تنفيذ حكم أول درجة ، والذي هو دون شك في غير صالحه ، وهو ما يمثل ، وفقا لذات الفقه ، دعوة إضافية للمستأنف أن يقدم مذكراته خلال الميعاد المحدد . لأن المذكرات التي تقدم متأخرة وإن كانت تجيز تجديد قيد الاستئناف فإنها لن تحول دون الاستمرار في تنفيذ الحكم المستأنف <sup>(٤)</sup> . وهو ما يهدف في النهاية إلى تفادي الاستئنافات التسوية ، والتي تقدم فقط بقصد كسب الوقت <sup>(٥)</sup> .

(١) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile , op. cit., n° 1360 , p. 496 .

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 - 3.

(٣) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 653 .

(٤) وقارن : Dorsner – Dolivet , Premières réflexions sur le décret n° 89 - 511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile , J.C.P., 1989 , éd. G., I, 3419 , n° 33 .

والذي يرى هذا الوضع غير منطقي .

(٥) Vincent et Guinchard , procédure civile , op. cit., n° 989, p. 653.

فالطعن بالاستئناف سيفقد ، على هذا النحو ، كل فائدة له بالنسبة للمستأنف الذي لم يقدم طعنه إلا من أجل تأخير تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر في غير صالحه .

وشطب الاستئناف وتجريد الطعن بالاستئناف من أثره الموقوف للتنفيذ وفقاً لما تقررره المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، هو من قبيل الجزاء لعدم النشاط أو الهمة الإجرائية ، من جانب المستأنف<sup>(١)</sup> . وليس من شك أن تقرير هذا الجزاء يدفع المستأنف إلى عدم التباطؤ في تقديم مذكراته . وهو ما يسهم في تسريع أكيد في سير خصومة الاستئناف<sup>(٢)</sup> ، ومنذ طرحه أمام محكمة الدرجة الثانية<sup>(٣)</sup> .

## الفرع الثاني

### الفصل في الاستئناف في ضوء المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة

رأينا أن نص المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد يجيز ، في الفقرة الثالثة منه ، أن يكون تجديد قيد الاستئناف المشطوب ، لعدم إيداع المستأنف مذكراته خلال الميعاد المحدد ، بطلب من المستأنف ضده .

(١) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 – 3 .

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 915 , p. 605 – 3 .

وبحسب أحكام محكمة النقض الفرنسية فإن هذا المستأنف يجب عليه ، وبشكل أمر ، أن يودع مذكراته خلال ميعاد الأربعة أشهر المحددة له ، دون أن يكون بوسعه أن يتحصن أو يحتمي خلف تصرف خصمه ، المتمثل في عدم تبادل المستندات مثلاً ، كي يبرر تقصيره :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 26 juin 1991 , Bull. civ., II, n° 190 , p. 101 , J.C.P., 1992 , II , 21821 , note Estoup .

(٣) M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 .

وقد أجاز هذا النص للمستأنف ضده الذي أخذ هو المبادرة بتجديد قيد الاستئناف من الشطب أن يطلب من مستشار تحضير الدعوى إصدار أمر بقتل باب المرافعة ، وتحديد جلسة للفصل في الطعن في ضوء - فقط - المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة <sup>(١)</sup> ، <sup>(٢)</sup> .

<sup>(١)</sup> J. Héron , op. cit., n° 649 , p. 469 , G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile, op. cit., n°s 1438 et s., M. Caratini , les dernières dispositions , art. préc., n° 2 , Paris , 28 nov. 1990 , G.P., 30 mars 1991 , note Guinchard et Moussa , Versailles , 18 oct. 1990 , J.C.P., 1991 , II , 21646 , note Estoup .

ففي حالة عدم ايداع المستأنف مذكراته ، وتجديد قيد القضية المشطوبة بناء على طلب المستأنف ضده ، فإن محكمة الاستئناف تقضي فيها بالرجوع إلى مذكرات خصومة أول درجة :

Rennes , 22 sept. 1993 , J.C.P., 1994 , II , 2240 , note L' eonarny et Giverdon , G.P., 1993 , 2 , 545 , note Demidoff .

<sup>(٢)</sup> وقد قضي بأنه عندما يُجدد قيد القضية المشطوبة ، بالتطبيق للمادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، بناء على طلب المستأنف ضده الذي يطلب صراحة إصدار قرار قفل باب المرافعة وتحديد جلسة للحكم في الاستئناف في ضوء المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة ، فإن إقفال باب المرافعة يجعل المذكرات المقدمة بعد ذلك من المستأنف غير مقبولة : Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 13 janv. 1993, Bull. civ., II, n° 9, J.C.P., 1993, II, 22042, note Du Rusquec, D., 1993, somm., 181, obs. Julien, G.P., 1993, 2, panor., 146, R.T.D.civ., 1993, 655, obs. Perrot, cass. civ., 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1998, Bull. civ., I, n° 245 .

Voir également : C. Giverdon et J.L. Lecharny , note J.C.P., 1994, éd. G., II, 22240 .

وتكون هذه المذكرات المقدمة من المستأنف غير مقبولة ولو كانت قد أعلنت إلى المستأنف ضده قبل إصدار قرار قفل باب المرافعة :

Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 10 mars 1993, Bull. civ., II, n° 88, D., 1993, I.R., 85, J.C.P., 1994, éd. G., II, 22222, note Du Rusquec, R.T.D.Civ., 1993, 655, obs. Perrot, Versailles, 18 oct. 1990, J.C.P., 1991, II, 21646, note Estoup, R.T.D.Civ., 1991, 804, obs. Perrot, Paris , 28 nov. 1990, G.P., 1991, I,

=

وفي هذا الفرض سيكون المستأنف ضده واثقا ، إلى حد بعيد ، أن الحكم الذي سيصدر في هذه الحالة سيكون في صالحه . خاصة وأنه سيتاح له أن يقدم هو مذكراته <sup>(١)</sup> . بل إن هذا الحكم ربما يكون أقسى على المستأنف . لأن المستأنف ضده قد

185, note Guinchard et Moussa , D., 1991, somm., 243, obs. Fricero , Versailles , 14 juin 1991, D., 1991, I.R., 201 .

ولكن عدم قبولها مشروط بأن يكون المستأنف ضده قد طلب صراحة إقفال باب المرافعة وتحديد جلسة للفصل في الطعن :

Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 15 mars 1995, D., 1995, 575, note Passera .

Voir également : R. Perrot, R.T.D.Civ., 1994, 684 .

وقضي كذلك بأن المادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، في فقرتها الثالثة ، لا تمنح محكمة الاستئناف سلطة تقديرية في هذا الشأن :

Paris , 28 nov. 1990, G.P., 1991, I, 185, note Guinchard et Moussa , D., 1991, somm., 243, obs. Fricero .

لكن ، إذا جددت القضية من الشطب بطلب المستأنف ضده ، بالتطبيق للمادة ٩١٥ ، فإن مذكرات المستأنف المقدمة بعد ذلك لا تكون غير مقبولة إلا إذا كان المستأنف ضده قد طلب صراحة قفل باب المرافعة وتحديد جلسة للفصل في الطعن في ضوء المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة :

Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 4 mai 1994, Bull. civ., II, n° 126, J.C.P., 1994, IV, 1626, 15 mars 1995, Bull. civ., II, n° 85, D., 1995, 575, note Passera, civ., 2<sup>e</sup>, 10 juin 2004, D., 2004, I.R., 1933, R.T.D.Civ., 2004, 557, obs. Perrot, J.C.P., 2004, IV, 2619 .

وقد قضي بأنه إذا كانت طلبات تجديد الاستئناف المشطوب أودعت من المستأنف والمستأنف ضده في ذات اليوم دون أن يكون ممكنا تحديد الطرف الذي أجرى الإيداع أولا ، فإن هذا الشك يكون لمصلحة المستأنف : Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 19 déc. 2001, Bull. civ., III, n° 154, D., 2002, I.R., 369, Procédures , 2002 , comm., 22 , note Perrot.

وإذا ظهر أن المستأنف والمستأنف ضده قدما مذكراتهما في ذات اليوم ، دون أن يثبت أن طلبات المستأنف كانت لاحقة علي تلك المقدمة من المستأنف ضده ، فإن محكمة الاستئناف يمكنها أن تقرر قبول مذكرات المستأنف ، ذات الحكم . وانظر كذلك :

Paris , 4 déc. 2001, Bull. ch. Avoués , 2001 , I , 22 .

<sup>(١)</sup> E. Blanc, J. Viatte et L. Blanc, op. cit., t. III, sous l' art. 915, p. 605-3 .

يطالب بإعمال أحكام المادة ٣٢ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، والقضاء له بالتعويض على أساس أن مسلك المستأنف كان تسويقيا أو تعسفيا .

ولكن يجب دائما مراعاة أنه بعد شطب الاستئناف ثم تجديده من الشطب وفقا للمادة ٩١٥ مرافعات فرنسي جديد ، وطلب المستأنف ضده صراحة إقفال باب المرافعة وتحديد جلسة للفصل في الاستئناف في ضوء المستندات المقدمة في خصومة أول درجة ، فإنه يجب على محكمة الاستئناف ، وفقا للمادة ٥٦١ من ذات التقنين ، أن تنظر الدعوى من جديد ، سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون ، وفي ضوء أوراق خصومة أول درجة . وبالتالي يكون بإمكانها تعديل الحكم المطعون فيه بالاستئناف <sup>(١)</sup> .

ولكن الفصل في الاستئناف في ضوء المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة على النحو السابق يتوقف على طلب بذلك من المستأنف ضده . فلا يكون لمحكمة الاستئناف ، في حالة رفض مذكرات المستأنف لأنها قدمت بعد الميعاد ، أن تقفل باب المرافعة وتفصل في القضية في ضوء المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة ، إذا لم يكن المستأنف ضده قد قدم طلبا بذلك <sup>(٢)</sup> .

ويكون لهذا المستأنف ضده ، الذي يادر بتجديد الاستئناف من الشطب ، دون أن يطلب إقفال باب المرافعة وتحديد جلسة للفصل في الاستئناف في ضوء المذكرات

(1) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile, op. cit., n<sup>os</sup> 1438 et s., Cass. Avis., 24 févr . 1995 , Bull. civ., avis., n<sup>o</sup> 1 , p.1, D., 1995 , I.R., 69 , R.T.D.Civ., 1995 , 688 , obs. Perrot .

(2) Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 15 mai 1996, Bull. civ., III, n<sup>o</sup> 112 , D., 1996, somm., 351, obs. Julien , civ., 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1997, Bull. civ., II, n<sup>o</sup> 301 , D., 1998, I.R., 33, J.C.P., 1998, IV, 1213 .

المقدمة في خصومة أول درجة ، أن يقتصر على طلب تأييد الحكم المطعون فيه . وفي هذه الحالة لا يكون واجبا على رئيس المحكمة أن يكلف المستأنف بتقديم مذكراته . ويمكن لمحكمة الاستئناف أن تقضي بتأييد الحكم المطعون فيه دون الرجوع إلى المذكرات المقدمة في خصومة أول درجة <sup>(١)</sup> .

ووفقا لبعض الفقه فإنه لا يجوز للمستأنف ضده ، بعد طلبه إقفال باب المرافعة وتحديد جلسة للفصل في الطعن ، تقديم استئناف فرعي (مقابل) ، لأنه لن يكون مقبولا من المستأنف الأصلي تقديم مذكرات ، وبالتالي فإنه لن يستطيع مباشرة حقه في الدفاع في مواجهة هذا الاستئناف الفرعي <sup>(٢)</sup> .

وإذا كانت إرادة إعطاء حل سريع وحاسم للمنازعات ، بما يترتب على ذلك من استقرار الحقوق والمراكز القانونية قد دفعت المشرع الإجمالي في فرنسا ، إلى تبني بعض الحلول ، أو بمعنى أدق تقرير بعض الجزاءات بشأن الاستئناف التسويقي وفقا لما جاء بالمادة ٩١٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، كما رأينا ، فإن ذات الإرادة تبرر كذلك تبني مواجهة الطعون - التسوية - بالنقض .

<sup>(١)</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 25 oct. 1995 , Bull. civ., II, n° 250 , D., 1996, 542 , note Passera , Procédures , 1996, comm. , 5 , obs. Perrot .

<sup>(٢)</sup> G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile, op. cit., n<sup>os</sup> 1438 et s.





### المبحث الثالث

#### تعليق نظر الطعن على التنفيذ المسبق للحكم المطعون فيه

( المواد من ١٠٠٩ - ١ إلى ١٠٠٩ - ٣ ، NCPC. ٥٢٦ )

تمثل الأحكام التي تتضمنها المواد من ١٠٠٩ - ١ إلى ١٠٠٩ - ٣ ، و ٥٢٦ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد إضافة مبتكرة ، لنصوص هذا التقنين ، تمت بموجب عدة خطوات تشريعية متلاحقة .

فقد سبق أن ذكرنا أن انشغال المشرع الفرنسي بمشكلة الطعون التسوية ، وإرادته في علاجها ، تبدت في استحداثه ، باللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ الصادرة في ٢٠ يوليو ١٩٨٩ م<sup>(١)</sup> ، بعض الجزاءات لمواجهة الطعون التسوية بالاستئناف .

وقد عمدت النصوص التي أتت بها هذه اللائحة إلى تعديل بعض الإجراءات سواء أمام محاكم الاستئناف - كما رأينا - أو أمام محكمة النقض . وهي تعديلات ، وفقا لتعبير بعض الفقه الفرنسي<sup>(٢)</sup> ، تهدف بوضوح إلى مواجهة الطعون التسوية<sup>(٣)</sup> .

(١) والمعدلة لبعض أحكام تقنين المرافعات المدنية ، والمنشورة بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٨٩ م ، على أن يعمل بها ابتداء من ١٥ سبتمبر ١٩٨٩ م .

(٢) Blary - Clément (É.) ، spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires ، art. préc.، n° 31 ، M. Caratini ، les dernières dispositions ، art. préc.

(٣) وبحسب بعض الفقه الفرنسي فإن هذا التعديل تم انتظاره لسنوات عديدة :

Note ، non signifié ، sur le décret du 20 juillet 1989 ، G.P.، 3 - 5 sept. 1989.

وقد كان الاقتراح عند إعداد هذه اللائحة أن يُفرض على المدين التزام بأن ينفذ أولاً الأحكام النافذة معجلاً بقوة القانون أو بحكم المحكمة قبل أن يتابع السير في استئنافه . وقد دامت المناقشات في هذا الشأن أكثر من أربع سنوات قبل أن يتم العدول عن فرض هذا الالتزام<sup>(١)</sup> . ولكن تم الأخذ بذات الفكرة بالنسبة للطعن بالنقض ، فقد أضافت هذه اللائحة ، بالمادة ٢٧ منها ، إلى تقنين المرافعات الفرنسي الجديد المادة ١٠٠٩ - ١ ، وبموجبها لم يعد للطاعن بالنقض إمكانية متابعة طعنه إلا بعد أن ينفذ أولاً الحكم الذي يطعن فيه<sup>(٢)</sup> .

الأغراض التي يستهدفها نص المادة ١٠٠٩ - ١ ( NCPC ) :

سعى المشرع الفرنسي بتقرير هذه الأحكام الجديدة إلى تحقيق غرضين هما تقليل عدد الطعون التي تنظرها محكمة النقض من ناحية<sup>(٣)</sup> ، ومحاربة الطعون التسوية بالنقض من ناحية ثانية . وقد كانت وسيلته في ذلك كما سنرى هي تفادي الطعون غير الجدية .

(١) Note , non signifié , sur le décret du 20 juillet 1989 , G.P., 3 – 5 sept. 1989 .

(٢) وهي أحكام زادت من سلطات الرئيس الأول لمحكمة النقض بشأن مصير الطعن بالنقض :

J. Héron , op. cit., n° 732 , et note 1 .

(٣) فالمشكلة الأكثر خطورة في الآونة الأخيرة بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية هي ازدحام القضايا في جدولها ، فتعدد الطعون في ازدياد مستمر ، خاصة في المنازعات المدنية :

Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1023 – 2 , p. 681 et note 1 .

وانظر لديهم ( ذات الموضوع ) بعض تفاصيل هذه المشكلة وبعض الإحصاءات المتعلقة بعدد الطعون التي تنظرها المحكمة .

ومن أجل هذا أخذ المشرع بهذه التدابير التي تنعكس على شروط مباشرة الطعن بالنقض ، فقرر جزاء " استبعاد الطعن من الجدول " أو " شطب " الطعن ، والذي يربط مباشرة الطعن بتنفيذ الحكم المطعون فيه <sup>(١)</sup> .

الغرض الأول : تقليل عدة الطعون التي تنظرها محكمة النقض :

قدر الفقه الفرنسي <sup>(٢)</sup> الجهود التي قام بها P. Drai ، والملقب بقاضي فرنسا الأول ، في العمل بعزم ودون توقف من أجل قضاء أكثر سرعة وفاعلية <sup>(٣)</sup> . وقد أمل منه مجهودات جديدة تنصب هذه المرة - بشكل أكثر خصوصية - على الإجراءات أمام محكمة النقض ، خاصة بعد أن تبوأ منصتها . إذ رؤى أن هذه المحكمة ، في الواقع ، تعاني من ازدحام مقلق في جدول القضايا المنظورة أمامها . وقيل أنها مهددة بالاختناق وأنه يلزمها نجدة عاجلة .

(١) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile, op. cit., n° 153 , p. 569 .

(٢) PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , ( art. 1009 – 1 nouveau du N.C.P.C ) , G.P., 1989 , 2 , doct., p. 596 , ( G.P., 3 et 4 nov. 1989 , doct., pp. 2 et s. ) .

(٣) والذي كان له من قبل إسهامه الفعال في إقرار المفهوم البيوع للأوامر المستعجلة بدفعات تحت الحساب Référé provision والذي رأينا من قبل نجاحه المذهل ، حسب تعبير الفقه الفرنسي . انظر :

PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc., ويراجع في هذا المفهوم ونجاحه في فرنسا للمؤلف : حماية الأوراق التجارية في قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ م .

ولم يتصل P. Draï من هذه المهمة ، فقد استنكر<sup>(١)</sup> أن يكون القضاة الموجودون على قمة الجهاز القضائي خاضعين لرغبات المتقاضين الساخطين أو نواياهم السيئة . وأن ينهكوا في الإجابة على حجج تجعلهم يتحولون عن مهمتهم الأساسية ، وهي رقابة الأحكام وتوضيح وتحديث القانون . وطالب<sup>(٢)</sup> ، لذلك ، بالأعرض على محكمة النقض إلا ما كان جادا ومعقولا . وبأنه يلزم أن تكون أحكام محاكم الموضوع قد نقذت أولا<sup>(٣)</sup> . وأنه يجب تقرير إجراءات مبسطة للتحقق من أن هذا الشرط الضروري للجدية والمعقولية تم احترامه<sup>(٤)</sup> .

وهذه الحبة التي زرعت ما لبثت أن ارتفعت سريعا ، فلما صدرت اللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ في ٢٠ يوليو ١٩٨٩م أضافت ، بالمادة ٢٧ منها ، إلى تقنين المرافعات الفرنسي الجديد المادة رقم ١٠٠٩ - ١ ، والتي تعد بحسب بعض الفقه تعبيراً أميناً<sup>(٥)</sup> أو تجسيدا تشريعيًا للأفكار التي عبر عنها P. Draï . فتعمل - هذه المادة - كما سنرى على تفادي أو استبعاد الطعون الأقل جدية ، والتي لا تهدف إلا إلى إعطاء الطعن بالنقض أثر موقف للتنفيذ رغم أن القانون لا يرتب عليه هذا الأثر<sup>(٦)</sup> . وهو ما يسهم في التخفيف ، الضروري ، للزحام أمام محكمة النقض<sup>(٧)</sup> . وهو ما يسمح في النهاية

(١) في خطابه في الجلسة الافتتاحية للسنة القضائية بمحكمة النقض ، وفي حضور رئيس الجمهورية ، بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٩ م . انظر :

PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.,

(٢) في خطابه المشار إليه بالهامش السابق .

(٣) وذلك حيث لا يكون الطعن بالنقض موقفاً للتنفيذ .

(٤) PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٥) PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٦) Boré ( Jacques ) , la cassation en matière civile , Dalloz , 1997 , n° 2793 .

(٧) J. Boré , op. cit., n° 2793 .

لمحكمة النقض أن تودي أو تنجز مهمتها الأساسية بعدم الفصل إلا في مسائل " القانون " . أي إلا في المسائل التي تثير " مبادئ قانونية " <sup>(١)</sup> .

الغرض الثاني - محاربة الطعن التسوية بالنقض :

قد يبدو القول أن الطعن بالنقض يمكن أن يستعمل بغرض التسوية قولاً غريباً .

فالمعلوم أن الطعن بالنقض ، بوصفه طريق غير عادي للطعن في الحكم *Une voie extraordinaire de recours* ، ليس له ، من حيث المبدأ ، أثر موقوف للتنفيذ <sup>(٢)</sup> . فلا يوقف سريان ميعاد الطعن بالنقض ، أو حتى مباشرة هذا الطعن بالفعل <sup>(٣)</sup> ، تنفيذ الحكم المطعون فيه . وذلك فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة <sup>(٤)</sup> ، <sup>(٥)</sup> . ( م ٥٧٩ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ) <sup>(١)</sup> . وعدم ترتب الأثر الموقوف

<sup>(١)</sup> Blary – Clément (É.) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 34 .

<sup>(٢)</sup> Vincent et Guinchard , op. cit., n° 1044 .

<sup>(٣)</sup> G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile, op. cit., n° 1547 .

<sup>(٤)</sup> وفي المسائل المدنية هذه الاستثناءات قليلة ومجال تطبيقها محدود . والأكثر شهرة من بينها هو الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في شأن الطلاق والانفصال ( التفريق ) الجسماني :

G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , procédure civile, op. cit., n° 1547, J. Boré , op. cit., n° 2768 .

<sup>(٥)</sup> ووقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض قد يكون بقوة القانون ، وقد يترك أمر وقف التنفيذ لتقدير القاضي . وهو في القانون الفرنسي قاضي الموضوع الذي أصدر الحكم . فالتشريع الفرنسي لم يخول محكمة النقض رخصة الأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أمامها ، وذلك بصرف النظر عن مدى جدية الأسباب التي قد يبني عليها الطعن أو جسامته الضرر الذي قد ينجم عن التنفيذ . ولكنه أجاز لقضاة الموضوع إعطاء مهلة للوفاء :

J. Boré , op. cit., n° 2856 .

<sup>(٦)</sup> فنص المادة ٥٧٩ NCPC. يقرر أن الطعن بطريق غير عادي والميعاد المفتوح لمباشرته لا يكون موقفاً للتنفيذ ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

للتنفيذ على الطعن بالنقض يؤدي إلى عدم استعمال هذا الطعن بقصد التسوية<sup>(١)</sup>. إذ يكون للمحكوم له، من محكمة الموضوع، تنفيذ الحكم المطعون فيه دون انتظار انقضاء ميعاد هذا الطعن أو نهاية الخصومة في الطعن في حال رفعه<sup>(٢)</sup>.

ومع هذا سجل المشروع التمهيدي لللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ في ٢٠ يوليو ١٩٨٩م أن الطعن بالنقض كثيرا ما يستخدم كوسيلة للضغط بالنسبة للمطعون ضده لأجل تأخير تنفيذ الحكم المطعون فيه، بالنقض، وذلك حتى في الحالات العديدة التي لا يكون فيها للطعن بالنقض أثرا موقفا للتنفيذ<sup>(٣)</sup>.

وهو ما يراه كذلك الفقه الفرنسي، والذي يؤكد أن تقرير الأحكام التي تضمنتها المادة ١٠٠٩ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد يهدف إلى تفادي أن يستعمل الطعن بالنقض لمجرد التسوية<sup>(٤)</sup>. وأن الهدف المنشود منها هو تسريع سير القضاء بتقليل عدد الطعون الأقل جدية<sup>(٥)</sup>، والتي ترفع فقط بقصد

(١) J. Boré, op. cit., n° 2772 .

(٢) فحق المحكوم له في تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض يعد أثرا لمبدأ عدم ترتيب الطعن بالنقض لأثر موقف للتنفيذ : J. Boré, op. cit., n° 2780 , وانظر كذلك المادة ١٩ من القانون رقم ٦٧ - ٥٢٣ في ٣ يوليو ١٩٦٧ م، بشأن الطعن بالنقض . ( J.C.P., 1967 , III , 33214 ) . والتي تقرر أن تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض لا يعتبر خطأ، وانظر كذلك :

Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 37 et note 25 .

(٣) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 37 , Blary – Clément , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 34 .

(٤) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 37 , Blary – Clément , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 34 .

(٥) Vincent et Guinchard , Procédure civile , 22<sup>e</sup> éd., Dalloz , 1991 , n° 1065 – 2, p. 706 .

المماثلة<sup>(١)</sup> ، إلى حد جعل البعض يعتبر أن المشرع الفرنسي بالأحكام التي تضمنتها لائحة ٢٠ يوليو ١٩٨٩م يعلن " حربا مطلقة " ضد الطعون - بالنقض - التسوية<sup>(٢)</sup> . وأن هذا الحكم المجدد الذي أتت به المادة ١٠٠٩ - ١ يهدف إلى حماية المحكوم له ضد محاولة مدينه أن يتابع قضيته بأي ثمن ، وكما لو كان له الحق في درجة ثالثة للتقاضي<sup>(٣)</sup> .

فهذا الطعن قد يستعمله الطاعن كذريعة أو وسيلة ضغط بالنسبة للمطعون ضده ليؤخر تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض<sup>(٤)</sup> .

والواقع أن استعمال الطعن بالنقض بغرض التسوية رغم أن هذا الطعن من الناحية القانونية ليس موقفا لتنفيذ الحكم المطعون فيه يمكن تفسيره - في اعتقادي - بالمخاطر التي يتعرض لها المحكوم له من محكمة الموضوع إذا ما قام بتنفيذ هذا الحكم قبل الفصل في الطعن بالنقض . هذه المخاطر تمثل عوامل قد يستغلها الطاعن للضغط على صاحب الحكم كي يؤخر تنفيذه إلى ما بعد الفصل في الطعن<sup>(٥)</sup> .

(1) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 37 , n° 34 .

(2) PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc .

(3) J. Boré , op. cit., n° 2793 .

(4) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 37 .

(5) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 37 , Blary – Clément , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires ,art. préc., n° 34 .

## هذه المخاطر تتمثل فيما يلي :

١ - خشية المحكوم له الذي يباشر التنفيذ الجبري أن تثار مسؤليته في حال إلغاء الحكم من محكمة النقض . خاصة وأن القضاء الفرنسي بدا - أحيانا <sup>(١)</sup> - متساهلا ومتبنيا معيارا واسعا عند تقرير المسؤولية عن استعمال طرق التنفيذ ، مما يجعل من يباشر التنفيذ الجبري عرضة لأن يحكم عليه بالتعويض إذا ما ألغي الحكم ، الذي قام بتنفيذه ، من محكمة النقض <sup>(٢)</sup> .

فاستعمال طرق التنفيذ يمكن أن يثير مسؤولية المحكوم له على أساس أنه استعمال تعسفي . بل قيل أن بعض الفقه الفرنسي المعروف بعدم تحمسه لمفهوم التعسف <sup>(٣)</sup> في استعمال الحق يقر ، رغم ذلك ، أن مباشرة طرق التنفيذ الجبري يمكن أن ترتب مسؤولية الشخص . ليس فقط عندما تصدر عن قصد الإضرار ، ولكن كذلك إذا كانت مباشرة التنفيذ قد تمت دون حيطة كافية <sup>(٤)</sup> .

(١) على الأقل قبل صدور قانون ٣ يوليو ١٩٦٧ م ، بشأن الطعن بالنقض ، كما سيلي بيانه .

(٢) M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 34 , n° 101 .

(٣) Ripert , Dalloz , Rép. Dr. civ., 1<sup>re</sup> éd., Abus de droit , n° 90 , cité par ; M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 101 .

(٤) انظر : M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 101 .

فمن يلجأ إلى حجز ما للمدين لدى الغير عليه التزام بالتصرف باحتراز أو تبصر :

Cass. civ., 1<sup>re</sup> , 13 mai 1958, Bull. civ., I, n° 239 , com. 21 avril 1959 , Bull. civ., III, n° 178 , Grenoble , 11 janv. 1961 , J.C.P., 1961, éd. A , IV , 3949 .

كما أن مسؤولية الحاجز يمكن أن تنجم إذا تم حجز أموال ملك الغير : Cass. req., 15 mars 1892 , D.P., 1893 , I , 390 , 11 juin 1901 , D.P., 1901 , I , 395 .

M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 105 .

وانظر :

Cass. civ., 2<sup>e</sup> , أو في حال عدم التناسب بين قيمة دينه وقيمة الأموال المحجوزة : 2 , févr. 1956 , J.C.P., 1956 , éd. G., IV, 39 , Bull. civ., II, n° 107 ,

M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n<sup>os</sup> 102 , 105 . وانظر :



وقد لاحظ بعض الفقه (١) أن القضاء الفرنسي يأخذ في شأن التنفيذ ، وعلى عكس ما يقرره بالنسبة للتعسف في استعمال طرق الطعن مثلا ، بمفهوم موسع للتعسف في استعمال الحق . فإذا كانت الأحكام التي تقرر وجود هذا التعسف تستند غالبا إلى وجود خطأ من النوع العمدي ، سواء الجسيم أو البسيط ، فإن بعض الأحكام ألزمت من يقوم بتنفيذ الحكم بالتعويض ، على أساس التعسف ، دون الإشارة أو الرجوع إلى مفهوم الخطأ .

وفي تفسير هذا القضاء قيل بأن ذلك الذي يلجأ إلى طرق التنفيذ الجبري يجب أن يأخذ احتياطات خاصة . وذلك بسبب خطورة أو جسامه الضرر الذي يمكن أن ينجم عنها بالنسبة إلى المدين (٢) .

والواقع أنه إذا كان ممكنا التساهل في تقرير مسؤولية من يقدم على تنفيذ الحكم بالرغم من الطعن فيه بطريق طعن موقف للتنفيذ (٣) ، فإن السمة الأساسية للطعن بالنقض كطريق طعن غير موقف للتنفيذ جعل القضاء الفرنسي مترددا ، أو بحسب تعبير بعض الفقه (٤) ، مرتبكا ، بعض الشيء في تقرير مسؤولية من ينفذه (٥) .

وقد سجل بعض الفقه (٦) أن مصير دعوى مسؤولية من قام بتنفيذ الحكم كان (٧) يتوقف على مصير الطعن بالنقض . فإذا ألغي الحكم فإن المطعون ضده ، والذي سبق

(١) M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 101 .

(٢) M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n°s 101 et s.

(٣) كالحكم الابتدائي النافذ معجلا رغم الطعن فيه بالاستئناف .

(٤) M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 97 .

(٥) M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 97 .

(٦) J. Boré , op. cit., n° 2781 .

(٧) قبل صدور قانون ٣ يوليو ١٩٦٧ م ، بشأن الطعن بالنقض .

وأن نفذ الحكم ، يجب أن يعرض الأضرار الناجمة عن " التنفيذ المبكر أو المتسرع " *L'exécution hâtive* للحكم المطعون فيه ، إذ هو تنفيذ أجري على مسنوليته . *Áses risques et périls* .

ولم يكن ضروريا إثبات أن من قام بتنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض قد ارتكب خطأ مميزا ، كغش أو خطأ جسيم <sup>(١)</sup> .

وفي بعض أحكامها اعتبرت محكمة النقض أن تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض يعد تنفيذا متسرعاً أو متعجلاً *Hâtive* ، يمكن أن يرتب مسنولية صاحبه عن الأضرار الناجمة عنه إذا ما ألغي الحكم من محكمة النقض <sup>(٢)</sup> .

صحيح أن نص المادة ١٩ من قانون ٣ يوليو ١٩٦٧ م <sup>(٣)</sup> ، بشأن الطعن بالنقض ، حاول أن يسد باب هذا القضاء بتقريره أن تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض لا يعد خطأ <sup>(٤)</sup> ، وهو ما يؤدي - وفقاً لبعض الفقه <sup>(٥)</sup> ، إلى عدم إمكان وجود تعسف في تنفيذ هذا الحكم . وبالتالي فإن هذا النص لا يعطي مجالاً للحكم على من يباشر تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض بالتعويض ، ولا يسمح إلا بالحكم برد ما تم التنفيذ به <sup>(٦)</sup> .

(١) J. Boré , op. cit., n° 2781 .

(٢) Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 8 déc. 1960 , J.C.P., 1961, éd. G., IV, 6 , Bull. civ., II , n° 755 .

ففي هذا الحكم اعتبرت محكمة النقض أن المالك الذي يباشر على مسنوليته تنفيذ حكم الطرد المطعون فيه بالنقض يمكن أن يكون مسنولاً عن الأضرار الناجمة عن التنفيذ المتسرع للحكم المطعون فيه في حال قبول الطعن .

(٣) J.C.P., 1967 , III , 33214 .

(٤) J. Boré , op. cit., n° 2783 .

ويري أن هذا القضاء السابق كان يستند إلى الضرر أكثر من استناده إلى الخطأ .

(٥) M. Jeantin , droit à réparation , art. préc., n° 98 .

(٦) J. Boré , op. cit., n° 2780 .

ومع ذلك يتساءل بعض الفقه (١) عما إذا كان هذا النص يمنع أي دعوى مسئولية تستند إلى تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض . ورأى بعض الفقه (٢) أن المشرع الفرنسي بنصه ، في المادة ١٩ من قانون ٣ يوليو ١٩٦٧ م ، على أن تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض لا يعد " في أية حال " خطأ ، يكون قد استعمل تعبيراً مفرطاً أو مبالغاً فيه Excessive ويثير اللبس (٣) .

فإذا كان التفسير الحرفي لظاهر النص يؤدي إلى استبعاد تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحق في تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض ، فإنه يصعب قبول أن يكون النص بمثابة اعتراف للحق في تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض بقيمة الحق المطلق ، والذي يفلت بالتالي أو لا تفرض على استعماله أية رقابة قضائية (٤) .

والصحيح - لدى هذا الفقه - في وجود هذا النص الجديد ، وكما كان في ظل القضاء السابق ، أن المنفذ ضده يكون له في حال نقض الحكم الذي تم التنفيذ بموجبه ، فضلاً عن حقه في استرداد محل التنفيذ ، الحصول على تعويض عن الضرر الذي

(١) J. Boré , op. cit., n° 2783 ,

Mayer – Jack ( André ) , Les consequences de l' exécution d' un arrêt ultérieurement cassé , JCP., 1968 , I , 2202 , n° 11 .

(٢) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 11 .

(٣) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 11 ,

وقد خلص هذا الفقه إلى تأكيد أن نص هذه المادة بالرغم من وضوحه في الظاهر إما أن يتعرض للإهمال أو أن يؤدي إلى حلول غير مقبولة قانوناً - ذات المقال - بند رقم ٢١ .

(٤) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 11, J. Boré , op. cit., n° 2784 , Cass. com., 3 juill. 1978 , Bull. civ., IV , n° 185 .

أصابه من جراء هذا التنفيذ ، ولكن على أن يثبت خطأ ، من جانب مباشر التنفيذ ، متميز عن واقعة التنفيذ في ذاتها <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا النحو يكون نص المادة ١٩ قد تم احترامه . فليس التنفيذ في حد ذاته هو الذي يعتبر خطأ . ولكن ما يمكن أن يعتبر خطأ ويرتب مسؤولية من قام بالتنفيذ هو مباشرته في ظروف معينة ، أو القصد الذي كان يقود صاحبه <sup>(٢)</sup> .

والاعتقاد الآن لدى بعض الفقه الفرنسي <sup>(٣)</sup> أنه بتقرير المشرع ، بالمادة ١٩ من قانون ٣ يوليو ١٩٦٧ م ، أن تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض لا يعتبر " في أية حال " خطأ ، يكون قصد تبني موقف مضاد للقضاء السابق ، والذي كان يأخذ بمفهوم واسع للتعسف في استعمال الحق بشأن الحق في التنفيذ . وإذا كان من غير المقبول ، والكلام لذات الفقه <sup>(٤)</sup> ، أخذ هذا النص بمعناه الحرفي لأنه يؤدي إلى استبعاد تطبيق نظرية التعسف كلية بشأن الحق في التنفيذ ، فإن احترام روح هذا النص يوجب العودة إلى المعيار التقليدي للتعسف <sup>(٥)</sup> ، والذي يتطلب لقيام التعسف ، نية الإضرار أو الخطأ الجسيم <sup>(٦)</sup> .

(١) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 11, J. Boré , op. cit., n° 2784 , Cass. com., 3 juill. 1978 , Bull. civ., IV , n° 185 .

(٢) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 11 .

(٣) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 13 , J. Boré , op. cit., n° 2784 .

(٤) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 13 , J. Boré , op. cit., n° 2784 .

(٥) والذي كانت الدائرة المدنية الثانية بمحكمة النقض الفرنسية تحافظ عليه دائما .

(٦) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 13 , J. Boré , op. cit., n° 2784 .

٢ - ويضيف بعض الفقه وجها آخر للخطورة يتعرض له من يقوم بتنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض ، مما قد يدفعه ، بالتضافر مع الاعتبار السابق المتمثل في الخشية من المسؤولية كما رأينا ، إلى الإحجام عن هذا التنفيذ حتى الفصل في الطعن . فالغاء الحكم من محكمة النقض يستتبع إعادة الأطراف إلى الحال التي كانوا عليها قبل هذا الحكم وتنفيذه . وبالتالي ، وبصرف النظر عن أي خطأ ارتكبه من قام بهذا التنفيذ ، فإنه سيكون ملزما برد ما تسلمه تنفيذا للحكم الذي ألغي ، عقارات أو منقولات ، بذاتها أو بمثلها <sup>(١)</sup> .

ولكن قد يتعذر الرد العيني لمحل التنفيذ . إذ قد يحدث أنه بسبب حسن نية الغير الذي تلقى حقا على المال محل التنفيذ ، أو بسبب زوال الأموال التي سُلمت ، أو لأي سبب آخر ، لا يكون ممكنا رد الشيء محل التنفيذ ذاته . وهنا فإن تنفيذ الالتزام بالرد سيتحول إلى تنفيذ بمقابل *Exécution par équivalent* <sup>(٢)</sup> ، أي بطريق التعويض <sup>(٣)</sup> .

ربما لا يكون هناك محل لتردد المحكوم له من محكمة الموضوع في تنفيذ هذا الحكم ، من هذه الزاوية ، إذا كان التنفيذ سيرد على مبلغ من النقود . إذ يكون يسيرا عليه أن يرد هذا المبلغ في حال إلغاء محكمة النقض للحكم الذي تم تنفيذه . ولكن هذا

(١) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 15 .

(٢) وفقا للمادة ١١٤٢ من التقنين المدني الفرنسي .

(٣) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 15 , J. Boré , op. cit., n° 2785 , Cass. civ., 3° , 18 avril 1974 , Bull. civ., III , n° 152 , 4 oct. 1978 , ibid., III , n° 303 .

والتعويض هنا ليس مقصودا منه إصلاح أو جبر الضرر ليستند إلى قواعد المسؤولية القائمة على الخطأ ، عدا حالة التعسف في استعمال الحق :

Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 15 ,

التردد في التنفيذ يوجد - ربما - إذا كان التنفيذ سيؤدي إلى نزع الملكية . لأن تنفيذ الالتزام بالرد هنا سيكون ثقيلًا عليه . خاصة وأن إدراج شرط ، في قائمة شروط البيع ، بالتحفظ لوجود طعن بالنقض ، يمكن أن يعوق بيع المال <sup>(١)</sup> ، أو بالأقل يعوق بيعه بالثمن العادل . وهو ما يجعل تنفيذ الالتزام بالرد في النهاية مكلفًا بالنسبة له أكثر من الفائدة التي حصل عليها من التنفيذ .

فضلا عن ذلك ، فإنه عندما يكون من قام بتنفيذ الحكم ملزما بالرد ، في حال إلغاء هذا الحكم ، لا يكون له أن يطلب التعويض أو استرداد المبالغ التي أنفقها للقيام بأي تحسينات أو إضافات ، أو حتى إصلاحات للأموال محل التنفيذ . لأنه وكما يقال قد أجرى التنفيذ على مسؤوليته *À ses risques et périls* <sup>(٢)</sup> .

لذلك فإن وجود هذه المخاطر التي يتعرض لها من يقوم بتنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض ، في حال إلغاء هذا الحكم ، سواء من ناحية إمكان الرجوع عليه بالتعويض ، أو إلزامه بالرد العيني أو بمقابل ، لمحل التنفيذ ، وهو التزام قد يمثل عبئا ثقيلًا على عاتقه أحيانا كما رأينا ، قد يجعله يحجم عن تنفيذ هذا الحكم ، طالما أن الطعن بالنقض لم يفصل فيه . وهو ما قد يغري خصمه الخاسر أمام محكمة الموضوع باستعمال هذا الطعن بقصد تأخير هذا التنفيذ ، أي بقصد التسويق .

الأحكام التي كانت تقررها المادة ١٠٠٩ - ١ ( NCPC. ) :

سجل المشروع التمهيدي لللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ في ٢٠ يوليو ١٩٨٩م أن الطعن بالنقض كثيرا ما يستخدم كوسيلة للضغط بالنسبة للمطعون ضده لأجل تأخير

(١) J. Boré , op. cit., n° 2785 .

(٢) Mayer – Jack , Les consequences de l' exécution , art. préc., n° 20 .

تنفيذ الحكم المطعون فيه ، بالنقض . وذلك حتى في الحالات التي لا يكون فيها للطعن بالنقض أثر موقف للتنفيذ<sup>(١)</sup> .

ولتفادي أن يستعمل الطعن بالنقض لمجرد تأخير تنفيذ الحكم ، قرر المشرع أحكام هذه المادة التي تمثل سعياً ، بطريقة ما ، لإلزام صاحب الطعن ، أي الخصم الذي يعتبر أن الحكم المطعون فيه بالنقض صادر في غير صالحه ، بأن ينفذ أولاً هذا الحكم .

وقد كان مؤدى نص المادة ١٠٠٩ - ١ ، عند إضافته إلى نصوص تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، أنه في غير المسائل التي يكون فيها الطعن بالنقض مانعاً من تنفيذ الحكم المطعون فيه ، فإن الرئيس الأول للمحكمة ( محكمة النقض ) ، بناء على طلب المطعون ضده ، يمكنه ، بعد تلقيه رأي النائب العام ، وكذلك الأطراف ، أن يقرر استبعاد قضية الطعن بالنقض من جدول القضايا المنظورة أمام المحكمة ، إذا كان الطاعن بالنقض لم يثبت أنه قد نفذ الحكم المطعون فيه .

ووفقاً لذات النص كان صدور هذا القرار يتوقف كذلك على شرط آخر ، سلبي محض . وهو ألا يكون بادياً للرئيس الأول لمحكم النقض أن تنفيذ هذا الحكم سيكون من شأنه أن يرتب نتائج مفرطة بشكل ظاهر .

وكان هذا النص يضيف أن الرئيس الأول للمحكمة لا يسمح بإعادة قيد قضية الطعن بالنقض إلا بتقديم صاحب الشأن ، أي الطاعن بالنقض ، ما يثبت أنه قام بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها على عاتقه الحكم المطعون فيه<sup>(١)</sup> .

(١) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., Blary – Clément , Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 34 .

وبداية فإن النص لم يقرر جزاء كان يتخوف منه رجال العمل . وهو عدم قبول الطعن الذي يقدم قبل تنفيذ الحكم المطعون فيه <sup>(٢)</sup> . فلم يجعل النص تنفيذ الحكم شرطاً لقبول الطعن <sup>(٣)</sup> . كما أن الجزاء ليس هو سقوط الحق في الطعن <sup>(٤)</sup> .

ولكن الجزاء الذي قرره النص ، بحسب بعض الفقه الفرنسي <sup>(٥)</sup> ، جزاء أكثر مرونة . كما أنه أيضاً جزاء فعالاً <sup>(٦)</sup> . فالنص يقرر أنه إذا لم يقدم الطاعن بالنقض ما يثبت تنفيذه الحكم المطعون فيه ، فإنه يكون للمطعون ضده أن يطلب استبعاد الطعن من جدول القضايا المنظورة أمام محكمة النقض <sup>(٧)</sup> . فإذا تم استبعاد الطعن من الجدول فإنه لن يُنظر إلا بعد قيام الطاعن بتنفيذ الحكم المطعون فيه <sup>(٨)</sup> ، <sup>(٩)</sup> . بمعنى أن الطاعن بالنقض يجب أن ينفذ أولاً الحكم المطعون فيه قبل أن يحصل على الرقابة المطلوبة من

(١) Chauvin ( Pascal ) , Exécutez les décisions des juges du fond , premier bilan d' application de l' art. 1009 – 1 du nouveau code de procédure civile , G.P., 1991 , Doctr. p. 125 .

(٢) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٣) Fenaux ( Henri ) , Un bruit de frein , observations sommaires sur certaines dispositions du décret du 20 juillet 1989 ) , Dalloz , n° 16 , avril 1990 , chron., p. 106 .

(٤) لأنه يمكن قيد الطعن بعد استبعاده من الجدول :

H. Fenaux , Un bruit de frein , art. préc.

(٥) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٦) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٧) Vincent et Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1991 , n° 1065 – 2 , p. 706 , H. Fenaux , Un bruit de frein , art. préc.

(٨) Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٩) انظر : Note , non signée , sur le décret du 20 juill. 1989 , G.P., 3- 5 , sept. 1989 , p. 5 .



محكمة النقض<sup>(١)</sup>. وهو ما يتيح لمحكمة النقض أن تمارس ، إذا صح القول ، ما سيكون بمثابة نوعا من الرقابة على موقف الطاعن بالنقض ، للتحقق من أنه قد أوفى بالتزاماته تجاه الخصم الذي كسب القضية أمام محاكم الموضوع ، وإلا كان للرئيس الأول لمحكمة النقض أن يقرر استبعاد الطعن من الجدول<sup>(٢)</sup>.

الخطوة الثانية : حيث أدخل على نص هذه المادة ( ١٠٠٩ - ١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ) تعديلات ، بموجب اللائحة رقم ٩٩ - 131 في ٢٦ فبراير ١٩٩٩ م<sup>(٣)</sup> ، والتي أضافت كذلك إلى ذات التقنين المادة ١٠٠٩ - ٢ ، والتي تقرر أن ميعاد السقوط ( سقوط الطعن ) يسري بدءا من وقت إعلان القرار الأمر بالشطب<sup>(٤)</sup>. وأن هذا الميعاد ينقطع بالعمل الذي يظهر دون لبس إرادة التنفيذ ( للحكم المطعون فيه ) .

والمادة ١٠٠٩ - ٣ ، والتي تنص ، في فقرتها الأولى ، على أن الرئيس الأول ( للمحكمة ) أو من يفوضه يأذن ، ما لم يقرر السقوط ، بإعادة قيد القضية بجدول المحكمة بناء على اثبات تنفيذ الحكم المطعون فيه .

(١) ووفقا للبعض ( Fenaux , Un bruit de frein , art. préc. ) فإن هذا الحل يصدر عن ذات التوجه والذي أملى فرض الالتزام التقليدي ( والذي تقررته الآن المادة ١٢٦٧ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ) بتنفيذ الحكم الصادر في شأن الحيازة قبل أن يتقاضى في أصل الحق .

(٢) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٣) Décret n° 99 - 131 du 26 févr. 1999 .

(٤) وبحسب اللائحة رقم ٢٠٠٨ - ٤٨٤ الصادرة في ٢٢ مايو ٢٠٠٨ م ، والتي عدلت الإجراءات أمام محكمة النقض ، يكون للرئيس الأول للمحكمة أن يقرر السقوط ولو من تلقاء نفسه ( المادة ١٠٠٩ - ٢ ، NCPC ، فقرة ٢ ) .

الخطوة الثالثة : تمت هذه الخطوة بموجب اللائحة رقم ٢٠٠٥ - ١٦٧٨ في ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ م<sup>(١)</sup> ، والتي فضلا عن تعديلها نص المادتين ١٠٠٩ - ١ ، ١٠٠٩ - ٢ ، أضافت إلى تقنين المرافعات الفرنسي الجديد نصا جديدا هو نص المادة ٥٢٦<sup>(٢)</sup> .

وبموجب هذا النص الجديد تم إحياء ذات الفكرة التي كانت معروضة عند إعداد اللائحة رقم ٨٩ - ٥١١ في ١٩٨٩ م . فقد كان المشروع التمهيدي لهذه اللائحة - كما ذكرنا - يتضمن ، بشأن الطعن بالاستئناف ، حكما مشابها لذلك الذي تقرره المادة ١٠٠٩ - ١ بخصوص الطعن بالنقض . وكان هذا النص المقترح يفرض على المستأنف أن ينفذ الحكم الصادر ضده إذا كان حائزا للقوة التنفيذية المعجلة ( أي المؤقتة Provisoire حسب التعبير المستعمل في القانون الفرنسي ) بحكم القانون أو مخول هذه القوة التنفيذية المؤقتة بأمر القضاء ، قبل أن يتابع السير في استئنافه .

وقد قيل وقتها أن هذا النص المقترح سيجعل الالتجاء إلى قضاء الدرجة الثانية متاحا فقط للأغنياء . وأثير حوله الكثير من الجدل ، واستمرت المناقشات بشأنه لمدة تزيد عن أربعة أعوام قبل أن يتم العدول عنه . إلا أن هذا العدول لم يصمد طويلا أمام الرغبة الثابتة لدى المشرع الفرنسي في محاربة الطعون التي ترفع - كما رأينا - لوضع عقبة أمام تنفيذ الحكم أملا في تأخيره<sup>(٣)</sup> . إذ صدرت لائحة ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ م ، ووفقا لها فإن المادة ٥٢٦ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد صارت تقرر أنه عندما

(١) Décret n° 2005 - 1678 du 28 déc. 2005 .

(٢) أما المادة ٥٢٦ القديمة فقد صارت بعد هذا التعديل هي نص المادة ٥٢٥ - ١ .  
(٣) وقيل أيضا أن إجراء شطب الطعن بسبب عدم التنفيذ المسبق للحكم له سمة تأديبية ، وكذلك يجعل ممارسة طرق الطعن أخلاقية . انظر :

Leborgne ( Anne ) , Voies d' exécution et procédures de distribution , 1<sup>re</sup> éd., Dalloz 2009 , n° 708 , p. 282 , et note 3 .

يكون الحكم مشمولاً بالتنفيذ المعجل القانوني أو بأمر القضاء ، فإن الرئيس الأول للمحكمة ( الاستئناف ) أو مستشار تحضير الدعوى يمكنه أن يقرر ، بناء على طلب المستأنف ضده وبعد تلقيه ملاحظات الأطراف ، شطب القضية من الجدول إذا لم يثبت المستأنف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو قيامه بالايدياع المأذون به وفقاً لأحكام المادة ٥٢١ ، وذلك ما لم يظهر له أن التنفيذ سيكون من شأنه أن يربح نتائج مفرطة بجلاء أو أن المستأنف يستحيل عليه تنفيذ الحكم .

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة أن الرئيس الأول أو مستشار التحضير يأذن ، ما لم يقرر سقوط الطعن ، بإعادة قيد القضية بجدول المحكمة بناء على إثبات تنفيذ الحكم المطعون فيه .

الخطوة الرابعة : حيث أدخل على نص المادة ١٠٠٩ - ٢ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد تعديلاً ، بموجب اللائحة رقم ٢٠٠٨ - ٤٨٤ في ٢٢ مايو ٢٠٠٨<sup>(١)</sup> ، بحيث يكون للرئيس الأول لمحكمة النقض أن يقرر سقوط الطعن بالنقض ولو من تلقاء نفسه ، إذا انقضت مدة السقوط محسوبة من وقت إعلان قرار شطب الطعن . وهذا بداية دون أن يتم التنفيذ وإعادة القيد .

وبموجب هذه التعديلات ، والتي تتجه كما قيل إلى المزيد من الصرامة<sup>(٢)</sup> ، أصبحت القواعد التي تقررها المواد من ١٠٠٩ - ١ إلى ١٠٠٩ - ٣ ، و ٥٢٦ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد على النحو الآتي :

(١) Décret n° 2008 – 484 du 22 mai. 2008 .

(٢) A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 282 .

## ماهية الجزاء :

كان المشرع الفرنسي يعبر عن الجزاء الذي يقرره نص المادة ١٠٠٩ - ١ -  
 بداية ، وكما رأينا ، باستبعاد قضية الطعن بالنقض من الجدول **Le retrait du rôle** ، بقرار من الرئيس الأول للمحكمة ، ولم يكن يعبر عنه بشطب **La radiation** القضية (١) .

وقد تساءل بعض الفقه (٢) وقتها عما إذا كان الاستبعاد من الجدول يعني الشطب . وقد أجاب هذا الفقه (٣) بأن قراءة الأوامر الصادرة من الرئيس الأول لمحكمة النقض لا تؤيد هذا . لأنه ليس المقصود جزاء لعدم نشاط الخصوم ، إذ أن تنفيذ الحكم المطعون فيه ليس نشاطا إجرائيا في خصومة الطعن .

وقد قيل أيضا بأن الاستبعاد من الجدول هو نوع خاص من الشطب (٤) .

ولكن المشرع الفرنسي ، وبالتعديلات التي أجراها على نص المادة ١٠٠٩ - ١ -  
 بلائحة ٢٨ ديسمبر ٢٠٠٥ م ، عدل التسمية التي يطلقها على هذا القرار . وأصبح القرار يصدر من الرئيس الأول لمحكمة النقض بشطب قضية الطعن بالنقض . فالشطب **La radiation** ، هو التسمية الجديدة إذن لهذا القرار . كما أنه هو أيضا التسمية التي يعطيها نص المادة ٥٢٦ للقرار الصادر من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ، أو

(١) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 .

وقد قيل بأن الاستبعاد من الجدول أصبح ، وفقا لهذا النص ، عارضا للخصومة أمام محكمة النقض . وهو عارض شائع نسبيا :  
 J. Boré , op. cit., n° 2839 ,

(٢) J. Boré , op. cit., n° 2841 .

(٣) J. Boré , op. cit., n° 2841 .

(٤) J. Boré , op. cit., n° 2841 .

مستشار التحضير ، عند عدم تنفيذ الحكم المشمول بالتنفيذ المعجل والمطعون فيه بالاستئناف .

وإذا قرر الرئيس الأول للمحكمة استبعاد أو شطب قضية الطعن من جدول قضايا المحكمة فإنها لا تظهر ضمن القضايا المدرجة بهذا الجدول ، وتتوقف المحكمة عن نظرها ، أي بالنهاية فإن خصومة الطعن توقف (١) ، (٢) .

وعلى ذلك فالاستبعاد من الجدول يعد ، وفقا لبعض الفقه الفرنسي (٣) ، إجراء " موقف للخصومة " ، أثره الأول يكون هو وقف المواعيد المقررة لتحقيق الطعن (٤) ، (٥) ، (٦) .

وكان الفقه يرى أن ميعاد سقوط الخصومة يستمر ، حسب قرارات الرئيس الأول لمحكمة النقض ، في السريان (٧) . وهو ما قننه المشرع الفرنسي بنص المادة ١٠٠٩ - ٢ ، والتي تقرر أن ميعاد السقوط يسري ابتداء من وقت إعلان القرار الأمر

(١) J. Boré , op. cit., n<sup>os</sup> 2840 , 2841 .

(٢) وهي حالة جديدة لوقف الخصومة في القانون الفرنسي :

J. Boré , op. cit., n<sup>o</sup> 2841,

(٣) J. Boré , op. cit., n<sup>os</sup> 2840 , 2841 .

(٤) J. Boré , op. cit., n<sup>o</sup> 2868 .

ويشير إلى آراء تقول بأن الاستبعاد من الجدول لا يؤدي إلى وقف المواعيد المقرر لها جزاء السقوط أو عدم القبول .

(٥) ولكن هذا الأثر لا يترتب على مجرد طلب استبعاد الطعن من الجدول : J. Boré , op. cit., n<sup>o</sup> 2868 , Cass. civ., 2<sup>e</sup> , 22 avr. 1992 , Bull. civ., n<sup>o</sup> 126 .

(٦) ولكنه لا يتضمن وقفا للمواعيد المقررة للطعن بالنقض بالمادتين ٩٧٨ ، ٩٨٩ لايداع مذكراته .

(٧) J. Boré , op. cit., n<sup>o</sup> 2869 , Cass. ord. prés. 15 juill. 1993 , Bull. civ., n<sup>o</sup> 4 , 8 nov. 1993 , ibid., n<sup>o</sup> 14 , 17 déc. 1993 , ibid., n<sup>o</sup> 22 , 14 déc. 1993 , ibid., n<sup>o</sup> 20 .

بالشطب . ولهذا يمكن ، إذا مضى عامين من تاريخ الاستبعاد من الجدول ، دون أن يقوم الطاعن بالنشاط اللازم لتنفيذ الحكم المطعون فيه ، أن تنقضي الخصومة أمام محكمة النقض بطريق السقوط<sup>(١)</sup> . ولكن هذا الميعاد ينقطع بعمل يظهر دون لبس إرادة التنفيذ<sup>(٢)</sup> .

ولاشك أن سريان هذا الميعاد يشكل ضغطاً أو تهديداً يقود الطاعن إلى تنفيذ الحكم المطعون فيه قبل انقضاء هذا الميعاد ، إن أراد مواصلة السير في طعنه<sup>(٣)</sup> .

وتظل قضية الطعن مستبعدة من الجدول ، وبالتالي خصومتها موقوفة ، على هذا النحو ، حتى إعادة قيدها في الجدول<sup>(٤)</sup> . ويصدر الإذن بإعادة قيد الطعن بالنقض من الرئيس الأول لمحكمة النقض ، أو من يفوضه . وإعادة قيد الاستئناف من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو مستشار التحضير . وفي الحالتين يكون ذلك بعد تقديم الطاعن ما يثبت قيامه بتنفيذ الحكم المطعون فيه<sup>(٥)</sup> .

إذ وفقاً لنص المادة ١٠٠٩ - ٣ ، ووفقاً للمادة ٥٢٦ ، من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، فإن الرئيس الأول للمحكمة أو من يفوضه ، أو مستشار التحضير في حالة شطب الاستئناف ، ما لم يقرر سقوط الطعن ، يأذن بإعادة القيد في الجدول بناء على تقديم الطاعن ما يثبت تنفيذ الحكم المطعون فيه . وكان القضاء يتشدد في هذا

(١) J. Boré , op. cit., n<sup>os</sup> 2840 , 2841 .

(٢) وفي أعمال اعتبرت قاطعة لهذا السقوط :

Cass. ord., 23 mai 2001 , Bull. civ. ord., n<sup>o</sup> 19 ,

(٣) J. Boré , op. cit., n<sup>os</sup> 2869 .

(٤) وبالتالي تستأنف المواعيد التي كان موقوف سيرها ابتداءً من إعادة القيد .

(٥) J. Boré , op. cit., n<sup>os</sup> 2873 et s., Cass. ord. prés., 26 mai 1992 , Bull. civ., n<sup>o</sup> 3.

الشرط فيطلب ، مؤيدا من بعض الفقه (١) ، أن يكون هذا التنفيذ كاملا (٢) . وقبل أن يكتمل ميعاد السقوط (٣) .

وكأن المشرع الفرنسي ، بنصوص هذه المواد ، يجعل من تنفيذ الحكم المطعون فيه عملا أو نشاطا من إجراءات خصومة الطعن . لأن الخصومة لا يمكن أن تواصل سيرها دون هذا التنفيذ . وبهذا أصبح التنفيذ الفعلي للحكم المطعون فيه نشاطا لازما من الطاعن (٤) .

نطاق أعمال الجراء :

يتحدد هذا النطاق وفقا للضوابط الآتية :

١ - وفقا لصريح نص المادة ١٠٠٩ - ١ ، فإن أعمال جراء شطب الطعن بالنقض يكون في غير المسائل التي فيها يكون للطعن بالنقض أثر موقف للتنفيذ . أي حيث لا يكون الطعن بالنقض مانعا ، بحسب نص في القانون يقرر ذلك ، من تنفيذ الحكم المطعون فيه . كالحكم الصادر بالتطبيق (٥) .

(١) R. Perrot , obs., R.T.D.Civ., 1990 , pp. 563 – 565 .

(٢) J. Boré , op. cit., n° 2875., Cass. ord. prés., 26 mai 1992 , Bull. civ., n° 3 , 13 oct. 1992 , ibid., n° 13 , 17 déc. 1992 , ibid., n° 15 .

(٣) J. Boré , op. cit., n° 2876.

(٤) J. Boré , op. cit., n° 2841 , N. Fricero , note sous cass. 8 nov. 1993 , D. 1994 , 264 .

(٥) Vincent et Guinchard , op. cit., 22° éd , n° 1065 – 2 , p. 706 , H. Fenau , Un bruit de frein , art. préc.

وعلى ذلك فإن أعمال هذا الجزاء يكون ممكنا في الغالبية العظمى من الحالات العملية ، ولا سيما في مسائل المطالبات بمبالغ مالية <sup>(١)</sup> . حيث لا يكون الطعن بالنقض موقف للتنفيذ .

٢ - كذلك فإن أعمال هذا الجزاء لا يكون له محل إلا إذا كان الحكم المطعون فيه يتضمن التزام قابل للتنفيذ من جانب الطاعن بالنقض . لذلك لا يكون شطب الطعن من الجدول ممكنا في الحالات التي فيها يكون الحكم المطعون فيه صادرا بالرفض <sup>(٢)</sup> . حيث لا يقرر هذا الحكم على الطاعن التزام يقوم بتنفيذه .

٣ - وهو ما يسري كذلك إذا كان الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه من قبل <sup>(٣)</sup> .

<sup>(١)</sup> ومع ذلك فإن عدم تنفيذ الحكم المطعون فيه ، والذي يؤدي إلى استبعاد الطعن بالنقض من الجدول يمكن أن يتعلق بالتزامات غير واردة على مبلغ من النقود . فالمقصود غياب النشاط اللازم لاستخلاص إرادة الامتثال لحكم محكمة الموضوع :

Cass. ord., 21 déc. 1993 , Bull. civ. ord., n° 23 , 22 févr. 1995 , ibid., n° 7 , 24 févr. 1994 , ibid., n° 6 .

<sup>(٢)</sup> J. Boré , op. cit., n° 2848 .

<sup>(٣)</sup> Bull. civ. ord., n° 1 , Cass. ord., 10 mai 1993 ,

ومن تطبيقات القضاء في هذا الشأن ما تقرر من أنه ليس هناك محل للاستبعاد من جدول القضايا للطعن بالنقض المقدم من شركة ألزمت بالتضامن مع أطراف أخرى بدفع مبالغ مختلفة ، طالما تم تسديد هذه المبالغ ، دون نظر لما إذا كان هذا السداد قد تم من مدين آخر غير الطاعن بالنقض : Cass. ord. prés., 18 sept. 1992 , Bull. n° 11 . وفي الوقت الذي كان قرار استبعاد الطعن من الجدول جوازي للرئيس الأول للمحكمة قيل أنه يكفي ، لرفض الاستبعاد ، أن يظهر المدين إرادة التنفيذ . وأن الاستبعاد لا يكون له محل ، حتى ولو كان تنفيذ الحكم ليس كاملا ، طالما أن المدين دفع بطريقة منتظمة جزءا كبيرا من المبالغ المستحقة ، وأن هذا التصرف يوضح أنه لن يتهرب من دفع الباقي :

Cass. ord. prés., 29 sept. 1993 , Bull. civ., n° 7 .

أو إذا قام المدين بتنفيذ الحكم جزئيا :

Cass. ord. prés., 30 juin. 1992 , Bull. civ., n° 5 .

ولكن على العكس يستبعد الطعن من الجدول إذا كان المدين لم يقم بأي نشاط يظهر إرادته في الامتثال لحكم قضاة الموضوع : Cass. ord. prés., 29 sept. 1993 , Bull. civ., n° 5 .

=



٤ - ويلزم أن يكون حكم الإلزام صادرا عن القضاء المدني<sup>(١)</sup> .

٥ - إذا كان التنفيذ من شأنه أن يرتب نتائج مفرطة بجلاء : فالنصوص السابق بيانها تعلق صراحة ، ومنذ الصياغته الأولى للمادة ١٠٠٩ - ١ ، بلائحة ٢٠ يوليو ١٩٨٩ م ، صدور قرار استبعاد الطعن من الجدول على شرط - سلبى - وهو ألا يكون باديا للرئيس الأول لمحكمة النقض أن تنفيذ الحكم من شأنه أن يرتب نتائج مفرطة بشكل ظاهر *Des conséquences manifestement excessive* . وهو ذات ما قرره المادة ٥٢٦ بشأن شطب الاستئناف .

وتترك هذه النصوص للرئيس الأول للمحكمة أو لمن يفوضه ، أو لمستشار التحضير بشأن الاستئناف ، أي من يصدر القرار ، سلطة تقدير هذه النتائج التي يمكن أن تترتب على التنفيذ<sup>(٢)</sup> .

وقد أعتبر ، مثلا ، أن نتائج التنفيذ تكون مفرطة بجلاء في حالة تنفيذ الحكم الصادر بهدم أو إزالة بناء<sup>(٣)</sup> ، أو بطرد المستأجر من المكان الذي يتخذه موطن له ،

أو أنه لم يحم بأي وفاء ، ولو جزئي ، بالمبالغ المحكوم بها عليه :

Cass. ord. prés., 29 sept. 1993 , Bull. civ., n° 8 .

J. Boré , op. cit., n° 2861 .

وانظر :

<sup>(١)</sup> ويستوي عندئذ أن يكون الدين على شخص خاص أو عام ، كذلك بصرف النظر عما إذا كان حكم الإلزام يرد على التزام بعمل أو التزام بإعطاء . ولكن نص المادة ١٠٠٩ - ١ لا ينطبق على الطعن بالنقض المقدم ضد الشق المدني من الحكم الصادر من محكمة جنائية :

J. Boré , op. cit., n° 2848 .

<sup>(٢)</sup> Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc., n° 38 .

<sup>(٣)</sup> P. Chauvin , Exécutez les décisions , art. préc., J. Boré , op. cit., n° 2860 .

أو من المحل التجاري البسيط الذي يمثل المصدر الوحيد لدخله ، أو إذا كان لدى المدين أربعة أطفال ودخله محدود<sup>(١)</sup> .

وعلى العموم ، فإن مطالعة قضاء محكمة النقض ، الصادر بالتطبيق للمادة ١٠٠٩ - ١ ، تظهر تحفظها على شطب القضية عندما يكون الدخل المالي للطاعن - بالنقض - محدودا<sup>(٢)</sup> .

ويلزم أن يثبت الطاعن ، الذي لم ينفذ الحكم ، أن مركزه المالي صعب<sup>(٣)</sup> .

وقد انتقد بعض الفقه استعمال المشرع ، بالمادة ١٠٠٩ - ١ ، تعبير نتائج التنفيذ " المفرطة بجلاء " ، وأسف - هذا الفقه - لعدم أخذ النص بالمفهوم التقليدي شائع الاستعمال في مسائل وقف التنفيذ ، والأكثر انضباطا أو دقة ، وهو مفهوم الضرر الذي يتعذر تداركه أو إصلاحه<sup>(٤)</sup> .

(١) J. Boré , op. cit., n° 2860 ,

ومن تطبيقات القضاء في هذا الشأن ما تقرر من أنه ليس ثمة محل للاستبعاد من الجدول للطعن بالنقض ضد الحكم الذي ألزم الزوجين بدفع مبالغ مختلفة للدائن . فهذا الحكم إذ يتعلق بأشخاص غير خاضعين للضريبة ، أحدهما عنده عجز بنسبة ٨٠ % ، ومثقل بعبء خمسة أطفال ، يكون من شأن تنفيذه أن يرتب نتائج مفرطة بشكل ظاهر :

Civ. ord. prem, prés., 29 sept. 1992 , Bull. n° 12 .

وفي أمثلة أخرى حديثة لأوامر قبلت أن نتائج التنفيذ ستكون مفرطة بجلاء :

Cass. ord. premier prés., 5 déc. 2001 , Bull. ord., n° 23 , 23 mai 2001 , Bull. ord., n° 16 .

(٢) انظر : A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 283 .

(٣) A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 283 et note 4 .

Cass. ord. premier prés., 9 févr. 2000 , Bull. ord., n° 2 , Ord. 9 mai 2001 , Bull. ord., n° 9 . وفي هذا المعنى :

(٤) J. Boré , op. cit., n° 2858 ,

وقد قيل أن المفهوم الأول يتضمن الثاني . فالتنفيذ تكون نتائجه مفرطة بجلاء إذا كان يعرض المدين لخسائر أو أضرار يتعذر إصلاحها<sup>(١)</sup> .

وقد لاحظ بعض الفقه<sup>(٢)</sup> أنه على خلاف ما كان منتظرا ، نادرا ما يتم التمسك بهذه النتائج المفرطة - بجلاء - للتنفيذ . وعندما يتم التمسك بها فإنه لا يتم الإقرار بوجودها .

وقد قيل أن قوة أسباب الطعن أو ظهور مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون لا تؤدي إلى اعتبار أن نتائج التنفيذ تكون مفرطة بجلاء<sup>(٣)</sup> .

٦ - وجود عقبة قانونية أمام التنفيذ : أي إذا كان الطاعن في وضع يستحيل عليه فيه تنفيذ الحكم المطعون فيه . وهذه الحالة أضيفت إلى الحالات التي فيها لا يصدر قرار باستبعاد الطعن من الجدول ، بالتعديل الذي أجري على نص المادة ١٠٠٩ - ١ بموجب لائحة عام ٢٠٠٥ م . كما تضمنها نص المادة ٥٢٦ المضاف إلى تقنين المرافعات الفرنسي بذات اللائحة .

وهو التعبير الذي استعمله المشرع الفرنسي بالمادة ٥٢٤ NCPC ، حيث يكون للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وقف النفاذ المعجل للحكم المستأنف إذا كان التنفيذ من شأنه أن يؤدي إلى مثل هذه النتائج .

(١) J. Boré , op. cit., n° 2858 .

(٢) P. Chauvan Exécutez les décisions art. préc., وسجل أن الرئيس الأول لمحكمة النقض لم يقر إلا بوجود ٢٠ حالة توجد فيها هذه النتائج ، وذلك حتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ م . مع مراعاة أن نص المادة ١٠٠٩ - ١ يعمل به ابتداء من ١٥ سبتمبر ١٩٨٩ م .

(٣) كذلك فإن مجرد كون الطاعن قد استوفى شروط المساعدة القضائية ليس في ذاته دالا على أن التنفيذ سيرتب نتائج مفرطة بجلاء : J. Boré , op. cit., n° 2858 .

ويشير الفقه ، كمثال لهذه الاستحالة القانونية للتنفيذ ، إلى حالة إفلاس المدين ، أو الشركة تحت التصفية القضائية . فالمادة ٣٣ من القانون رقم ٨٥ - ٩٨ في ٢٥ يناير ١٩٨٥ م<sup>(١)</sup> تقرر حظر الوفاء بأية ديون سابقة على الحكم ( الذي يقرر التصفية )<sup>(٢)</sup> . وفي هذا الفرض لا يكون هناك محل لاستبعاد الطعن بالنقض من الجدول ، لأن المدين في وضع يستحيل عليه فيه تنفيذ الحكم المطعون فيه<sup>(٣)</sup> .

٧ - وبحسب محكمة النقض الفرنسية فإنه إلى جانب هذه الحالات ، التي لا يصدر فيها قرار شطب الطعن ، يجب أن تضاف حالة ما إذا كان التنفيذ موقوفاً بناء على قرار قاضي التنفيذ<sup>(٤)</sup> .

(١) D., 1985 , 147 .

(٢) J. Boré , op. cit., n° 2857 , P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٣) J. Boré , op. cit., n° 2857 , P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.,

إذ ليس هناك محل لقرار شطب قضية الطعن بالنقض في حالة استحالة التنفيذ : Cass. ord., 29 sept. 1993 , Bull. civ. ord., n° 9 , 23 févr. 1994 , Bull. civ. ord., n° 4 , 15 janv. 1997 , Bull. civ. ord., n° 2 , 23 mars 1994 , Bull. civ. ord., n° 9 ولكن يجب إثبات أن هناك استحالة في التنفيذ :

Cass. ord., 23 mars 1994 , Bull. civ. ord., n° 8 ,

وقد تقرر أنه ليس ثمة محل لقبول طلب الدائن بإعمال هذه المادة وشطب الطعن بالنقض المقدم ضد الحكم الذي يلزم المحكوم عليه بدفع مبالغ معينة ، إذا كانت هناك أحكام قضائية قد صدرت بفتح إجراءات التصفية القضائية ضد هذا المدين ، لأنها تمنعه بقوة القانون أن يدفع أي دين نشأ سابقاً ، انظر : Cass. ord. prem. prés., 12 mai 1992 , Bull. n° 2 , Cass. ord. prem. prés., 17 déc. 1992 , Bull. n° 16 .

(٤) Cass. ord., 17 nov. 1993 , Bull. civ. ord., n° 15 .

٨ - وفي حالة وجود طعنين بالنقض بينهما ارتباط ، إذا طلب شطب أحد الطعنين فقط من جدول القضايا ، فإن مصلحة سير العدالة تفرض رفض طلب الاستبعاد حتى يتم بحث الطعنين دون فصلهما <sup>(١)</sup> .

إصدار قرار الشطب من الجدول :

يصدر قرار شطب قضية الطعن بالنقض من الجدول ، وفقا للتعديل الذي أجري باللائحة رقم ٩٩ - ١٣١ في ٢٦ فبراير ١٩٩٩ م ، من الرئيس الأول لمحكمة النقض أو من يفوضه . فلم تعد سلطة إصدار هذا القرار مقصورة فقط على الرئيس الأول للمحكمة ، كما كان يقرر نص المادة ١٠٠٩ - ١ قبل هذا التعديل .

ويصدر قرار شطب الاستئناف ، وفقا للمادة ٥٢٦ ، من الرئيس الأول للمحكمة ، أو من مستشار التحضير إذا كان الطعن قد دخل في حوزته .

كذلك فإن نص المادة ١٠٠٩ - ١ بعد تعديله لم يعد يجعل سلطة الرئيس الأول لمحكمة النقض ، أو من يفوضه ، في إصدار قرار شطب الطعن بالنقض من الجدول جوازي أو تقديري له ، كما كان الحال في ظل النص قبل التعديل <sup>(٢)</sup> . وإنما أصبح إصدار هذا القرار واجبا ، بحيث يكون عليه أن يصدر قرار الشطب إذا توافرت شروطه . ومع ذلك تبقى سلطة رئيس المحكمة أو مستشار التحضير في شطب الاستئناف جوازية . فنص المادة ٥٢٦ يقرر أن أيهما يمكنه *Peut* أن يقرر شطب القضية .

والرئيس الأول لمحكمة النقض ، أو من يفوضه ، أو مستشار التحضير بشأن الاستئناف ، ليس له أن يقرر من تلقاء نفسه شطب قضية الطعن من جدول قضايا

<sup>(١)</sup> Cass. ord., 26 nov. 2003 , Bull. civ. ord., n° 5 .

<sup>(٢)</sup> H. Fenaux , Un bruit de frein , art. préc.

المحكمة . وإنما يصدر هذا القرار بناء على طلب المطعون ضده <sup>(١)</sup> . فهذه النصوص تقرر بوضوح أن المطعون ضده هو فقط الذي له صفة في طلب الشطب <sup>(٢)</sup> . إذ هو المتضرر من عدم تنفيذ الحكم . وبالتالي هو الذي له مصلحة في إعمال هذا الجزاء ضد الطاعن لإرغامه على أن يؤدي ما عليه وفقاً لهذا الحكم . وحتى لا يتمكن الطاعن من أن يرتب على الطعن أثر موقوف للتنفيذ على خلاف ما يقرره القانون بشأنه <sup>(٣)</sup> .

وللمطعون ضده طلب شطب الطعن من الجدول بمجرد تقرير الطاعن بطعنه <sup>(٤)</sup> ، <sup>(٥)</sup> . ورأي بعض الفقه أنه يجب أن يطلب ذلك بعريضة مكتوبة . وذلك على أساس أن النص يقرر إبلاغ الطلب إلى الطاعن وإلى النيابة العامة والمبدأ أن الإجراءات أمام محكمة النقض تكون مكتوبة <sup>(٦)</sup> .

وهذه العريضة المقدمة بالشطب من الجدول يكون للرئيس الأول لمحكمة قبولها أو رفضها ، ولكن بعد سماع ملاحظات الأطراف <sup>(٧)</sup> . كذلك

<sup>(١)</sup> Cass. ord., 30 avril 1997 , Bull. civ. ord., n° 3 .

<sup>(٢)</sup> ويكون لكل مطعون ضده أن يستعمل هذه الرخصة طالما أن الحكم لم يتم تنفيذه كاملاً لمصلحته .

<sup>(٣)</sup> J. Boré , op. cit., n° 2843 .

<sup>(٤)</sup> J. Boré , op. cit., n° 2844 , P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

<sup>(٥)</sup> ولكن يجب عليه تقديم هذا الطلب قبل فوات المواعيد المقررة بالمادتين ٩٨٢ و ٩٩١ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . وهي المواعيد التي تحدها هذه النصوص للمطعون ضده بالنقض لتقديم مذكراته أو طعنه الفرعي ، وإلا حكمت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول طلب الشطب .

<sup>(٦)</sup> J. Boré , op. cit., n° 2863 .

<sup>(٧)</sup> Vincent et Guinchard , op. cit., 22° éd., n° 1065 – 2 , p. 706 .

وهو ما يمكن أن يعطي مجالاً لمناقشات تواجبه بين الأطراف :

E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., t. III, sous l' art. 1009 – 1.

فإن النيابة العامة يجب أن تبدي رأيها في شطب قضية الطعن بالنقض من الجدول<sup>(١)</sup>.

ويقتصر دور الرئيس الأول للمحكمة، عند إعماله أحكام المادة ١٠٠٩ - ١، المادة ٥٢٦ على بحث ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد تم أو لم يتم تنفيذه<sup>(٢)</sup>. فلا يقوم بتقدير قوة أسباب الطعن المقدمة وما إذا كان الطعن جدياً من عدمه<sup>(٣)</sup>. ولا يعتمد على ظهور مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون<sup>(٤)</sup>. إذ هو لا يشكل دائرة لفحص الطعون<sup>(٥)</sup>.

(١) J. Boré, op. cit., n° 2867, P. Chauvan, Exécutez les décisions, art. préc.,

ويرى هذا الفقه أن الموقف الذي تتخذه النيابة سيأخذ في الحسبان قوة أو وجهة الأسباب التي يستند إليها الطعن. فهذا العنصر وإن كان لا يعتد به، من حيث المبدأ، في إجراءات الشطب من الجدول وفقاً للمادة ١٠٠٩ - ١، فإنه يستحيل - في نظره - صرف النظر عنه تماماً.

(٢) وجدير بالذكر هنا أن الرئيس الأول لمحكمة النقض يكون على إطلاع أو إلمام بحالة إجراءات تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض. وذلك ابتداء من وقت التقرير بالنقض. لأنه، وبهدف أن تكون منسجمة مع أحكام المادة ١٠٠٩ - ١، عدلت لائحة ٢٠ يوليو ١٩٨٩ م المادتين ٩٧٥، ٩٨٥ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد، لتفرض قيوداً هامة بهذا الشأن، بالنص على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين حالة أو وضع إجراءات تنفيذ الحكم المطعون فيه. أي أن هذه النصوص أصبحت تلزم الطاعن بالنقض، في كلا النوعين من الإجراءات التي يقررها القانون الفرنسي للطعن بالنقض، أي سواء كانت الإجراءات مع أو بدون تمثيل إجباري، بأن يدون في التقرير بالطعن حالة أو وضع إجراءات تنفيذ الحكم المطعون فيه.

وذلك، بدهاءة، عدا الحالة التي فيها يكون تنفيذ الحكم المطعون فيه ممنوعاً بنص القانون:

J. Héron, op. cit., n° 732 et note 1, Dorsner - Dolivet, Premières réflexions, art. préc., n° 38, H. Fenaux, Un bruit de frein, art. préc.

(٣) وعكس هذا:

PH. Pertin, L'arme absolue contre les pourvois dilatoires, art. préc.,

حيث يرى أن هذا القاضي يبحث ما إذا كان ظاهراً أن الطعن جاد، أو أنه مجرد طعن تسويفي.

(٤) J. Boré, op. cit., n° 2858.

(٥) P. Chauvan, Exécutez les décisions, art. préc.

ولكن له أن يبحث ما إذا كان تنفيذ الحكم ، قبل الفصل في الطعن ، يمثل مجازفة أو مخاطرة يمكن أن ترتب نتائج مفرطة بجلاء<sup>(١)</sup> . وبعد هذا البحث الذي يجب ألا يمس الموضوع فإنه يمكن أن يقرر شطب الطعن من الجدول<sup>(٢)</sup> ، إذا لم يقدم الطاعن ما يثبت أنه قام بتنفيذ الحكم المطعون فيه .

ولم يقرر النص أي طريق للطعن في هذه القرارات<sup>(٣)</sup> .

ولكن هذا القرار يمكن مراجعته أو إعادة النظر فيه . فيقرر الرئيس الأول للمحكمة إعادة قيد الطعن بجدول القضايا المنظورة أمام المحكمة إذا قدم الطاعن ما يثبت تنفيذ الحكم المطعون فيه<sup>(٤)</sup> .

تقدير نظام تعليق نظر الطعن على التنفيذ المسبق للحكم المطعون فيه :

أ – النقد الموجه إلى هذا النظام :

ننوه بداية إلى أن أغلب النقد الذي وُجِه إلى نظام تعليق نظر الطعن على التنفيذ المسبق للحكم المطعون فيه كان موجهاً إلى المادة ١٠٠٩ - ١ ، من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، والتي استحدثت هذا النظام بصدد الطعن بالنقض . وإن كان هذا النقد يحتفظ بقيمته ، لا شك ، ويمكن تعميم أغلبه وتوجيهه كذلك إلى المادة ٥٢٦ من ذات التقنين ، والتي أضيفت إلى التشريع الفرنسي بعد ذلك ومدت تطبيق ذات النظام إلى الطعن بالاستئناف المرفوع ضد الحكم الحائز للقوة التنفيذية المعجلة . مع مراعاة ما نبه إليه بعض الفقه من وجود فارق بين شطب الطعن بالنقض وفقاً للمادة ١٠٠٩ - ١ ،

(١) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٢) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٣) Dorsner – Dolivet , Premières réflexions , art. préc.,

(٤) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.



وشطب الاستئناف وفقا للمادة ٥٢٦ . فارق يتمثل في أن الطعن الذي قد يفقده المتقاضي في الحالة الأخيرة هو طريق طعن عادي ، كان يمكنه من أن يعرض أمام محكمة الاستئناف قضيته من حيث الواقع والقانون (١) .

وكان بعض الفقه (٢) قد انتقد الأحكام التي أتى بها نص المادة ١٠٠٩ - ١ ، من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . NCPC ، ورأي أنه وضع حلو لا يصعب الدفاع عنها .

فإذا كان من كسب الدعوى أمام محكمة الموضوع لا يستطيع الحصول على ما قضي له به ، فإن المسألة المطروحة ستكون هي مدى فاعلية طرق التنفيذ (٣) . وينبه هذا الفقه إلى أن الرئيس الأول لمحكمة النقض ليس هو قاضي التنفيذ (٤) .

ومن ناحية أخرى فإنه عند التقرير بالطعن سيكون مبكرا جدا كي تكون إجراءات التنفيذ قد أتخذت (٥) .

كذلك قيل أن من خسر أمام محكمة الموضوع ، وهو من يفترض أنه الطاعن بالنقض ، سيجادل ألا ينفذ هذا الحكم . خاصة وهو يدرك أنه ، في حال إلغاء الحكم من محكمة النقض ، ربما لا يستطيع استرداد ما دفعه ، والذي سيكون عندئذ ، دفعا لغير المستحق (٦) .

(١) A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 284 .

(٢) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

(٣) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

(٤) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

(٥) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

(٦) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

صحيح أن خطر عدم إيمان الرد ، أو علاج آثار التنفيذ الذي سبق أن قام به المحكوم عليه ، يقل ، لأن الرئيس الأول لمحكمة النقض سيقدر ، قبل أن يأمر بشطب الطعن من جدول قضايا المحكمة ، ما إذا كان التنفيذ من شأنه أن يربط نتائج مفرطة بجلاء . ومع ذلك يرى هذا الفقه <sup>(١)</sup> أن الحل الأفضل يتمثل في جعل محكمة النقض تفصل في الطعون في أجل مناسب ، كي تكون كل العقوبات أمام التنفيذ قد أزيلت <sup>(٢)</sup> .

كما انتقد بعض الفقه <sup>(٣)</sup> الأحكام التي أتت بها هذه المادة لإضرارها بالرجل متوسط أو معتدل الحال ، من الناحية المالية . ليس الغني وليس الفقير . حيث يُحرم من الطعن بالنقض في الحكم الذي يتضمن خطأ قانونيا ، رغم أن الحق في الطعن بالنقض يعد ، وفقا لهذا الفقه <sup>(٤)</sup> ، حقا جوهريا ، وذا طابع دستوري .

فهذا المتقاضى إذا لم ينفذ ، بشكل كامل ، الحكم الصادر ضده ، فإن الرئيس الأول لمحكمة النقض ، بناء على طلب المطعون ضده ، سيقدر شطب قضية الطعن بالنقض من الجدول . صحيح أن هذا القرار يعد ، في هذه المرحلة الأولى ، مجرد عمل من أعمال الإدارة القضائية لا يؤدي إلى إهدار حقوقه <sup>(٥)</sup> ، لكن يجب مراعاة أنه إذا استمر عدم تنفيذ الحكم ، وبالتالي عدم تجديد قيد الطعن لمدة عامين ، فإنه سيحكم بسقوط خصومة الطعن <sup>(٦)</sup> .

(١) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

(٢) J. Héron , op. cit., n° 732 et note 1 , J. Boré , op. cit., n° 2794 .

(٣) Santa – Croce ( Muriel ) , Le droit , l' honnête homme et l' article 1009 – 1 du nouveau code de procédure civile , D., 1997 , chron. , p. 239 .

(٤) M. Santa – Croce , Le droit , l'honnête homme , art. préc.

(٥) M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc., Cass. ord., 13 févr. 1996 , Bull., n° 3 .

(٦) M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc., Cass. ord., 21 mai. 1996 , Bull., n° 7 .

وهكذا إذا لم يتم هذا المتقاضي بالتنفيذ الكامل للحكم المطعون فيه خلال عامين فإنه يفقد الحق ، والمعتبر أنه دستوري ، في أن يصلح الخطأ القانوني الذي وقعت فيه محكمة الموضوع <sup>(١)</sup> .

وبمعنى آخر فإنه بتعليق الطعن بالنقض على تنفيذ الحكم المطعون فيه ، تكون المادة ١٠٠٩ - ١ قد علق حق مكفول دستوريا وهو حق التقاضي ، على وجود حق آخر غير مكفول دستوريا وهو الحق في التنفيذ <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان المتقاضي الغني يمكن أن يقوم بتنفيذ الحكم ، حتى لا يفقد الحق في تقرير خطأ الحكم المطعون فيه ، لقدرته على الدفع <sup>(٣)</sup> ، وإذا كان المتقاضي الفقير ، نظرا لضعف دخله ، سيحظى بتعاطف الرئيس الأول لمحكمة النقض ، ليقرر ، كما تسمح له المادة ١٠٠٩ - ١ ، عدم شطب طعنه من الجدول ، إذا اعتبر أن نتائج تنفيذ الحكم ستكون مفرطة بجلاء <sup>(٤)</sup> ، فإن المتقاضي الذي ليس غنيا ، وليس فقيرا ، لن يكون بمقدوره التنفيذ الفوري والكامل للحكم بسهولة . وإذا فعل ذلك فإنه قد يصل إلى حد تدمير أملاكه <sup>(٥)</sup> .

(١) M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

(٢) J. Boré , op. cit., n° 2795 .

(٣) وقيل أنه بالطبع لن يقوم بالتنفيذ بطيب خاطر وأنه يقدر احتمال أن يواجه بعدم قدرته على الاسترداد عند إلغاء الحكم ، ولكنه ليس أمامه حل آخر كي لا يفقد حقه في الطعن :

M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

(٤) M. Santa – Croce , le droit , l' honnête homme , art. préc.

(٥) M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

وإذا شُطب طعنه من الجدول ، ولم يقدر على تنفيذ الحكم ، فإنه سيحكم بسقوط خصومة الطعن . وبالتالي لن يستطيع أن يصلح ما في الحكم من أخطاء قانونية ، وبصرف النظر عن جدية طعنه وفرصه في النجاح <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا الأساس قيل أنه إذا كان الهدف غير المعن لنص هذه المادة هو ، في الحقيقة ، فض الزحام من جدول محكمة النقض ، فإنه عندئذ سيؤدي إلى اختيار الطعون التي تنظرها محكمة النقض حسب القدرة المالية للطاعن . فالتنفيذ قد يكلف أموالا بحيث لا يقدر على التنفيذ المسبق للحكم إلا الغني <sup>(٢)</sup> .

وقد دفع عدم المساواة هذا في النتائج القانونية ، نتيجة لاختلاف ثروة المتقاضين وكثرة أو ضعف مواردهم المالية ، هذا الفقه <sup>(٣)</sup> إلى التساؤل عن مدى ملائمة ، بل ومدى مشروعية ، أحكام هذه المادة .

كما لاحظ بعض الفقه <sup>(٤)</sup> أن الشطب من الجدول ، وما قد يترتب عليه من سقوط للخصومة ، يعد إجراء أو بالأدق جزاء مبتكرا . فالسقوط ، وحسب المفهوم المقرر بالمادة ٣٨٦ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد ، هو جزاء للمتقاضى المتهاون أو المقصر الذي لا يهتم بمتابعة الإجراءات ، فلا يتخذ أي عمل إجرائي خلال مدة عامين .

(١) M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

(٢) G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , Procédure civile , op. cit., n° 1547, p. 574 et note 26 .

(٣) M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

(٤) R. Perrot , obs., R.T.D.civ., 1995 , p. 695 , M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

والحال هنا بصدد المادة ١٠٠٩ - ١ ، أن السقوط سيجري ليس لعدم همة أو نشاط الخصوم في متابعة الإجراءات ، وإنما لعدم التنفيذ الكامل للحكم المطعون فيه <sup>(١)</sup> .

وسيكون أثر هذا الجزاء أن يُحرم المتقاضى نهائياً من الحق الدستوري - وفقاً لهذا الفقه <sup>(٢)</sup> - في الحصول على رقابة محكمة النقض على مدى قانونية الحكم المطعون فيه . ولهذا رأي ذات الفقه <sup>(٣)</sup> أن هذا النص يستدعي التحفظ . وأن مباشرة طرق الطعن يجب أن تكون حرة <sup>(٤)</sup> .

وعلى أساس هذه الانتقادات يتساءل بعض الفقه <sup>(٥)</sup> عما إذا كان نص المادة ١٠٠٩ - ١ يعد غير ناضج بما يكفي <sup>(٦)</sup> .

<sup>(١)</sup> وعدم تنفيذ الحكم ، وهي واقعة خارجية عن خصومة الطعن ، أدرجت أو أقيمت في إجراءات الطعن بالنقض لترتيب جزاء فيها : J. Boré , op. cit., n° 2795 .

<sup>(٢)</sup> R. Perrot , obs., R.T.D. civ., 1995 , p. 695 .

M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

<sup>(٣)</sup> R. Perrot , obs., R.T.D. civ., 1995 , p. 695 .

M. Santa – Croce , Le droit , l' honnête homme , art. préc.

<sup>(٤)</sup> G. Couchez , J.- P. Langlade et D. Lebeau , Procédure civile , op. cit., n° 1547, p. 574 .

<sup>(٥)</sup> J. Héron , op. cit., n° 732 , p. 537 et note 1.

<sup>(٦)</sup> وبينما كانت هذه الأحكام الجديدة ما تزال في الرحم ، وعلى نحو وقائي ، أبدى الأستاذ A. Benabent ) عليها تحفظات أو اعتراضات جدية ، وذلك في مقاله :

Pour la cour de cassation , mais autrement , Rec. Dalloz – Sirey , 1989 , 32° cahier , p 22 ,

وانظر : PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

ولما تبني نص المادة ٥٢٦ ، مرافعات فرنسي جديد ، ذات النظام المقرر بالمادة ١٠٠٩ - ١ ، من ذات التقنين ، تعرض هو الآخر لانتقادات شديدة على أساس أنه يضيق من حق اللجوء إلى القضاء <sup>(١)</sup> .

وقد ذكرنا أنه يمكن أن يوجه إليه كذلك النقد الذي قوبل به نص المادة ١٠٠٩ - ١ ، من ذات التقنين ، والذي مثل الخط الأول ، الأسبق زمنيا ، في هذه الحرب المطلقة التي يشنها المشرع الفرنسي ضد الطعون التسوية .

وهو نقد رغم قوته كما رأينا لم يمنع المشرع الفرنسي من التوسع في تطبيق ذات النظام ومده من شطب الطعن بالنقض ، وهو طريق طعن غير عادي ، بسبب عدم تنفيذ الطاعن لحكم يحوز القوة التنفيذية العادية ، إلى شطب الاستئناف ، وهو طريق طعن عادي ، بسبب عدم تنفيذ حكم يحوز القوة التنفيذية المعجلة .

كما أن هذا النقد لم يمنع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان CEDH. من أن تقبل المبدأ الذي تقرره المواد السابقة ، طالما أن تطبيقه لا يظهر عدم توافقه مع متطلبات القضية العادلة <sup>(٢)</sup> .

(١) انظر : A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 283  
 (2) CEDH., 14 nov. 2000 , D., 2001 , somm. 1061 , obs. N. Fricero , RTDCiv., 2001 , 445 , obs. J.- P. Marguénad ,  
 وأحكام أخرى لذات المحكمة بذات المعنى لدى :  
 A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 283 et note 3 .

الدفاع عن النظام المقرر بالمادتين ١٠٠٩ - ١ ، ٥٢٦ ( NCPC. ) :

وبالمقابل للاتجاه السابق الذي ينتقد نص المادة ١٠٠٩ - ١ ، وما تلاه من نقد موجه للمادة ٥٢٦ من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد . NCPC ، رأى جانب من الفقه الفرنسي أن أحكام المادة ١٠٠٩ - ١ تعد تعبيراً أميناً عن الأفكار التي عبر عنها P. Draï ، والملقب بقاضي فرنسا الأول ، في الجلسة الاحتفالية لمحكمة النقض بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٩ م<sup>(١)</sup> ، والذي عبر عن الرغبة في وجود نص يقرر مثل هذه الأحكام . وأن هذا التعديل الذي أجري على نصوص تقنين المرافعات بلائحة ٢٠ يوليو ١٩٨٩ م تم انتظاره لسنوات عديدة<sup>(٢)</sup> . وأن هذه المادة وما أتت به من أحكام تقلل بشكل واضح عدد الطعون - بالنقض - التسوية ، لدرجة أن اعتبرها البعض بمثابة " حرب مطلقة ضد الطعون التسوية " <sup>(٣)</sup> .

كذلك فإن هذا النص الجديد يمنح للرئيس الأول لمحكمة النقض السلطة التي بها يصبح مساعداً ضرورياً لسرعة تنفيذ أحكام محاكم الموضوع . ومعينا يقظاً لعمل رجال التنفيذ ، والذي كثيراً ما يتم عرقلته من قبل الخصم سيء النية<sup>(٤)</sup> .

<sup>(١)</sup> وفي حضور رئيس الجمهورية ، انظر :

P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

<sup>(٢)</sup> كما كان هذا التعديل محلاً لمناقشات عديدة وشاقة :

Note , non signée , G.P., 1989 , 2 , doctr., p. 421 .

<sup>(٣)</sup> PH. Bertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

<sup>(٤)</sup> E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 1009 - 1 , p. 625 - 16 a .

وبحسب بعض الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> ، فإن الضغط أو التهديد بشطب الطعن من الجدول في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التي على المدين نُظر إليه في البداية على أنه إجراء من أعمال الإدارة القضائية يهدف إلى ضمان فاعلية الأحكام النهائية . وأنه حث من المشرع على تنفيذ هذه الأحكام . كما أن مد ذات الفكرة إلى الطعن بالاستئناف بالمادة ٥٢٦ يكون له أثر دافع قوي نحو تنفيذ الأحكام . فالمشرع - وبحسب بعض الفقه الفرنسي<sup>(٢)</sup> - قرر الأحكام التي تتضمنها هذه المادة بهدف أن يضمن للمحكوم له ، بحكم حانز للقوة التنفيذية ، الاستفادة الكاملة بالمزايا التي قررها هذا الحكم لصالحه . لذلك فإنه في رده على تمسك الطاعن بالنقض بحقه الدستوري في الطعن قرر القضاء الفرنسي أن الحق الأساسي للمحكوم له بحكم قضائي نافذ في الاستفادة الكاملة بالمزايا التي قررها لصالحه هذا الحكم ، هذا الحق ، تكون له الغلبة على حق الطاعن ، في طعن غير عادي ، ليس له بحسب الأصل أثر موقف للتنفيذ<sup>(٣)</sup> .

ويري بعض الفقه<sup>(٤)</sup> أنه بقرار شطب الطعن فإن الرئيس الأول لمحكمة النقض يعطي ، وبصياغة واضحة ، الأفضلية أو العلو في المرتبة للحق في تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض على الحق في الطعن بالنقض .

(١) A. Leborgne , Voies d' exécution , op. cit., n° 708 , p. 282 et s .

(٢) انظر : P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٣) انظر : P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc., J. Boré , op. cit., n° 2795 .

(٤) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc., J. Boré , op. cit., n° 2795 .



وعلى هذا النحو فإن الطعن بالنقض المقدم من المحكوم عليه بالتزام ما لا يُنظر إلا بعد قيامه بالتنفيذ . وهكذا يجب أن يعلم كل طاعن أن أبواب محكمة النقض لن تكون مفتوحة له إلا بامتثاله لحكم محكمة الموضوع <sup>(١)</sup> .

وبهذا فإن هذه الأحكام الجديدة تندرج في ذات الاتجاه ، وتصدر عن ذات الروح التي تقود المشرع الإجرائي الفرنسي الحديث ، والذي يسعى لإحداث المزيد من العدالة في العلاقات بين المتقاضين ، وكذلك تسريع سير الإجراءات <sup>(٢)</sup> .

ويبدو أن هذا الرد لم يكن مقنعا لبعض الفقه <sup>(٣)</sup> بما يكفي ، فرأى - هذا الفقه - أن التسليم بأن الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن ليس له أثر موقوف للتنفيذ هذا شيء ، أما تعليق الحق في متابعة الطعن بالنقض على التنفيذ الفعلي للحكم المطعون فيه ، ودون نظر إلى القيمة الدستورية لهذا الحق ، ولا إلى جسامة مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، فهذا شيء آخر .

لذلك لا يستبعد صاحب هذا الرأي <sup>(٤)</sup> أن يتم يوما ما مهاجمة النظام الذي تضعه هذه المادة ، وكما يقول هو ، رغم مزاياه العملية ، سواء أمام القضاء الإداري أو القضاء الدستوري أو أمام محكمة حقوق الإنسان .

كما يرى هذا الفقه <sup>(٥)</sup> أنه إذا كان هذا النظام يحقق مزايا ، فهذه المزايا ليست دون ثمن . لأن " صمام Soupape " حماية المصالح المتضررة من التنفيذ ،

(١) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٢) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 1009 - 1 , p. 625 – 16 a .

(٣) J. Boré , op. cit., n° 2795 .

(٤) J. Boré , op. cit., n° 2795 .

(٥) J. Boré , op. cit., n° 2795 .

والمتمثل في اعتبار نتائج التنفيذ " مفرطة بجلاء " **Manifestement excessives** ، يعد ضيقا جدا . ولا يأخذ في الحسبان قيمة أو قوة أسباب الطعن .

لذلك ، ومع أن أحكام هذه المادة تؤدي إلى استبعاد الطعون التسوية ، وذلك وفقا له <sup>(١)</sup> ، فإنها أيضا تحول دون متابعة طعون مقدمة ضد أحكام مشوبة ببطلان ظاهر ، صادرة في غير مصلحة متقاضين لا تتلاءم قدراتهم المالية مع قيمة المبالغ المحكوم بها <sup>(٢)</sup> .

وأيا كان الأمر ، فإنه يمكن الاعتقاد ، مع بعض الفقه في فرنسا <sup>(٣)</sup> ، أنه حتى لو كانت للأحكام التي قررتها المادة ١٠٠٩ - ١ بعض العيوب ، فإنها ستقود عددا من المدنيين ، المعاندين أو المشكوك في حسن نيتهم ، أن ينفذوا الأحكام الصادرة ضدهم أولا ، حتى لا يتعرضوا لشطب طعنهم من الجدول . وهو ما يدفعهم إلى صرف النظر عن الطعون التي تكون في كثير من الحالات ، متهورة أو تسوية .

وإذا كان استبعاد قضية الطعن بالنقض من الجدول ، أو شطبها ، وفقا للقواعد السابقة ، يؤخر عمل القضاء ، فإن ذلك ، وحسب بعض الفقه الفرنسي <sup>(٤)</sup> ، يكون من حيث الظاهر فقط . أما في الواقع فإن فرض هذا الجزاء يعمل على تحقيق مصلحة المتقاضين . لذا يري هذا الفقه <sup>(٥)</sup> أنه لا يوجد جزاء أفضل من هذا . وأنه ليس هناك من شك أن أثره سيكون فعالا وحازما .

(١) J. Boré , op. cit., n° 2795 .

(٢) J. Boré , op. cit., n° 2795 .

(٣) PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

(٤) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l'art. 1009 - 1 , p. 625 – 16 a .

(٥) E. Blanc , J. Viatte et L. Blanc , op. cit., sous l' art. 1009 - 1 , p. 625 – 16 a .

وفي دراسة احصائية لحالات تطبيق هذه المادة ، منذ بدء العمل بها <sup>(١)</sup> وحتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٠ م . سجل بعض الفقه <sup>(٢)</sup> أنه تم استبعاد ١٤٦ قضية من جدول القضايا أمام محكمة النقض دون أن يتم تجديد قيدها . وأنه خلال ذات الفترة الزمنية قرر الرئيس الأول لمحكمة النقض في خمسين مرة أنه لم يعد هناك محل لاستبعاد الطعن من الجدول لأن الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه <sup>(٣)</sup> .

والمقصود هنا كما لاحظ هذا الفقه <sup>(٤)</sup> هو التنفيذ الذي يحصل في الفترة ما بين تقديم العريضة باستبعاد الطعن من الجدول ، وتاريخ الجلسة التي يتخذ فيها الرئيس الأول لمحكمة النقض القرار في طلب الاستبعاد .

ولا شك أنه في هذه الحالات تكون المادة ١٠٠٩ - ١ قد أدت بشكل فعال دورها الأول . والذي يتمثل في دفع المتقاضين نحو تنفيذ أحكام قضاة الموضوع <sup>(٥)</sup> .

كذلك سُجل أن هناك حالات ترك للطعن بالنقض <sup>(٦)</sup> ، قد حدثت بعد تقديم طلب استبعاد الطعن من الجدول . وهو ما يعني ، بالنسبة لهذا الفقه <sup>(٧)</sup> ، أن تقديم هذا الطلب كان له أثره على الطاعن بالنقض الذي باشر طعنه فقط

(١) أضيفت هذه المادة بلائحة ٢٠ يوليو ١٩٨٩ م ، والتي نشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٨٩ م ، على أن يعمل بها ابتداء من ١٥ سبتمبر ١٩٨٩ م .

(٢) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٣) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٤) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٥) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٦) بلغ عددها خلال ذات الفترة سبع حالات . انظر :

P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

(٧) P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

لأغراض تسوية ، وفضل بالتالي أن يتنازل عن الطعن طالما أنه سيكون مضطرا لتنفيذ حكم محكمة الموضوع <sup>(١)</sup> .

وقد سُمح بإعادة قيد ستة طعون ، بعد إثبات الطاعن قيامه بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه ، بموجب الحكم المطعون فيه . ست حالات إعادة قيد للطعن بجدول القضايا ، من ١٥٢ قضية طعن تم استبعادها ، وفقا لهذا النص . وهو ما يوضح أن أكثر القضايا التي يتم استبعادها من الجدول يتم إقصاؤها نهائيا <sup>(٢)</sup> .

ومن ملاحظاته الاحصائية هذه استنتج صاحبها <sup>(٣)</sup> أن حكم هذه المادة ( ١٠٠٩ - ١ ) أثبت نجاحه في ثمانين بالمائة ( ٨٠ % ) من الحالات . أي ٢١٢ مرة من ٢٥٨ . وهو ما يشهد بنجاح هذا النص .

فهذا يؤدي إلى إنقاص عدد الطعون التي ترفع بقصد المماطلة والتسويق <sup>(٤)</sup> . ولعل في هذا ما يستتبع النتيجة المأمولة من ايجاد هذا النص . وهي تقليل عدد الطعون المتراحمة في جدول قضايا محكمة النقض ، وتقريب نهاية الإجراءات القضائية <sup>(٥)</sup> .

<sup>(١)</sup> وإن كان قد لوحظ كذلك أن التنازل عن الطعن يمكن أن يكون لأسباب عديدة . ذات الإشارة السابقة .

<sup>(٢)</sup> P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

<sup>(٣)</sup> P. Chauvan , Exécutez les décisions , art. préc.

<sup>(٤)</sup> Blary – Clément ( É. ) , spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires , art. préc., n° 34 .

<sup>(٥)</sup> PH. Pertin , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires , art. préc.

## خاتمة

على الرغم مما قيل من واجب الخصوم بالسير في إجراءات التقاضي وفقا لمقتضيات حسن النية ، والالتزام بالأمانة والنزاهة ، أو واجب التعاون بين الخصوم في سبيل كشف الحقيقة أمام القاضي ، وواجب المدعي بتيسير الخصومة ودفعها إلى الأمام، فإن هذه الأفكار أو المبادئ ، مع روعتها ، لا تجد مجالا واسعا لتطبيقها من الناحية العملية في الخصومات الدائرة أمام المحاكم . وذلك لارتباطها من ناحية بمدى قوة أو ضعف الوازع الديني والخلقي عند المتقاضين ، واعتمادها من ناحية أخرى على التصدي التشريعي الجاد لتفعيل هذه المبادئ ، ونقلها من إطار المبادئ أو الواجبات الأخلاقية وإدراجها بين الواجبات القانونية . وهو ما يستدعي تقرير جزاءات مناسبة لردع من خالفها ، وتخويف غيره من المتقاضين .

فالالتجاء إلى القضاء يكون في حالة التعارض بين مصالح ذوي الشأن . أو على الأقل ، يفترض هذا التعارض . هذا التعارض ، الحقيقي أو المفترض ، في المصالح يجعل مواقف الخصوم من عامل أو عنصر الوقت الذي تستغرقه إجراءات التقاضي ، ومن ثم إيقاع سير الإجراءات ، مواقف متباينة . فبينما يكون من مصلحة أحد لأطراف دفع الإجراءات إلى الأمام ، وسيرها نحو نهايتها الطبيعية بصدور حكم في موضوع النزاع ، بأقصى سرعة ممكنة ، فإن الطرف الآخر قد يرى مصلحته في عرقلتها ، تعطيلها ، فرض الإيقاع البطيء لسيرها . محاولا تأخير صدور الحكم المنهي لها . والاستفادة من الوقت المستنفد في الإجراءات القضائية . فيسعى ، ويجتهد ، في هذا السبيل . فتارة يكثُر من إجراءات التحقيق التي يتمسك بها ، والطلبات الفرعية التي يقدمها . وتارة أخرى يتأخر ويتمهل ، ويتباطأ ، في اتخاذ الإجراء إلى أقصى وقت ممكن . خاصة إذا كان القانون يتيح اتخاذ الإجراء على مدار سير الخصومة ، كالدفع بعدم القبول ، أو الدفع الإجرائي الذي يتعلق بالنظام العام .

فإذا بلغ بعض مقصده ، وأخر صدور حكم محكمة أول درجة بعض الوقت ، قدر ما وسعه ، فإنه يتابع ذات مسيرته ، أملا في المزيد من التأخير ، والمزيد من الوقت الذي يكسبه . فيرفع طعنا ، هو يدرك مسبقا أن لا فرصة لديه لكسبه . لافتقاره الأساس الواقعي أو القانوني الذي يمكنه من ذلك . قاصدا من طعنه ، عدم صيرورة الحكم نهائي، وبالتالي تأخير تنفيذه .

فإذا انتهى هذا الشوط ، وفرغت هذه المرحلة ، وأصبح الحكم سندا تنفيذيا ، واصل ذات النهج في مرحلة التنفيذ . فيكثر أو يعدد من الإجراءات الاعتراضية ، دعاوى وإشكالات التنفيذ ، التي يهدف منها إلى عرقلة إجراءاته وتأخير نهايتها ، أيضا لكسب الوقت .

وعلى هذا النحو سجل الجميع متخصصين بالعمل القانوني ، أو عامة الناس ، مشاهدتهم لبطء وطول الإجراءات التي بها يحصل الشخص على حقه قضاء . وقيل أن هذا قد يدفع الشخص إلى قبول صلح مغبون يحصل فيه على جزء ، ولو قليل ، من هذا الحق . أو ربما تركه كلية ، خيرا من الانشغال بإجراءات التقاضي لسنوات ، وإهدار الوقت والمال ، ثم الحصول على الحق ، إن حصل هذا ، بعد أن تكون قيمته الاقتصادية، قد تدهورت .

ويزداد ثقل هذا الأمر مع زيادة أهمية عامل الوقت في المجتمعات المعاصرة ، وما تشهده من تطورات تقنية واقتصادية متلاحقة ، وارتفاع معدلات التضخم والانخفاض السريع في قيمة العملات . وهو الأمر الذي يجعل مسألة بطء الإجراءات وطول أمد التقاضي مما يهجم المجتمع بأسره .

وإذا كانت العدالة الحقيقية لا تتمثل في مجرد حصول الشخص فقط على حقه ، بل في حصوله عليه في وقت مناسب ، كما قيل<sup>(١)</sup> ، الأمر الذي يجعل ضمير الجماعة يسعى إلى إنجاز أو تحقيق العدالة السريعة ، فإن سعي بعض المتقاضين إلى هذه الممارسات التسوية أمام القضاء لا يجب أن يترك دون مواجهة .

ومع وضوح ظاهرة استعمال المتقاضين للإجراءات القضائية على هذا النحو ، بقصد التسوية ، ووضوح القدر الكبير الذي تسهم به هذه الظاهرة في إطالة أمد التقاضي ، بدا لي غريبا عدم اهتمام الفقه ببيان ذاتية مفهوم الإجراءات التسوية . والاستفادة من ثراء هذا المفهوم في تقرير جزاءات ملائمة لمواجهة هذه الإجراءات المتنامية أمام القضاء .

وباعتبار أن هذه المواجهة هي إحدى آليات ضبط مسلك المتقاضين وتصحيح ممارستهم غير الآمنة للإجراءات القضائية ، سعى بعض الفقه كما رأينا ، إلى الاستفادة في هذا المجال من النظرية الأكثر شهرة ورسوخا ، وهي نظرية التعسف في استعمال الحق . وإلى إدراج هذه الإجراءات التسوية في مفهوم الإجراءات التعسفية ، واعتبارها إحدى صورها .

ربما كان دافع هذه المحاولة إذن هو ألا تفلت هذه الإجراءات التسوية من جزاء قانوني . لعدم وجود جزاء متميز لها في التشريع المصري . وباعتبار أن التعسف هو أقرب المفاهيم القانونية التي يمكن الاستعانة بها لتوفير غطاء تشريعي يمكن من مواجهة هذه الإجراءات .

(١) د/ طلعت دويدار - تأجيل الدعوى - ص ٦٨ .

ومع ذلك رأيت في هذا الصدد عدة أمور :

الأول : أن التزام الدقة في تحديد المفاهيم القانونية يوجب الاعتراف بذاتية وتميز مفهوم الإجراءات التسوية . هذه الذاتية تقوم على أساس القصد الخاص المميز لهذه الإجراءات . قصد التأخير والاستفادة من مرور الوقت المستنفذ في التقاضي .

الثاني : أن هذا الخلط بين المفاهيم ، وإدراج التسوية الإجرائي ضمن التعسف في استعمال الحقوق ، نبه بعض الفقه الحديث إلى عدم صحته . وتبنى المشرع الفرنسي موقفا مناهضا له ، بتمييزه مفهوم الإجراء الذي يُتخذ بقصد التسوية . ورصده لبعض الجزاءات الخاصة التي رآها مناسبة ، لمواجهة هذه الإجراءات والحد منها .

الثالث : أن نصوص التشريع المصري تسمح بإفساح مجال لمواجهة هذه الإجراءات التسوية . فاتخاذ الإجراءات بقصد التسوية يعد إخلالا بواجب حسن النية في التقاضي . وهو ما يمكن من فرض جزاءات لهذه الإجراءات سواء باعتبارها من سوء النية ، الذي تفرض له بعض النصوص جزاء الغرامة ، أو باعتبارها خطأ يرتب مسؤولية المتقاضي وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية .

ومع وجود هذه الجزاءات ، والتي تمثل مواجهة محدودة ، وغير صريحة ، وغير فعالة ، وتقليدية ، لا شك ، للإجراءات التسوية ، بقيت ظاهرة التسوية والمماثلة أمام القضاء قائمة . ويبدو النجاح مازال حليفها ، فتتفاقم ، وتصبح أكثر انتشارا ، وتعددا في صورها .

لهذا يكون ضرورة تغيير نهج المواجهة . فتميز الإجراءات التسوية بهذا القصد الخاص ، المتمثل في فرض الإيقاع البطيء لسير الإجراءات لتأخير نهايتها



والاستفادة من مرور الوقت ، لا بد وأن ينعكس على طبيعة الجزاءات التي ترصد لمواجهةها . فترد هذه الجزاءات على الإجراءات ، وتتركز على حركتها أو سيرها ، وتستلهم دائما الرغبة في دفعها إلى الأمام خطوات . لكي ترد على المتقاضي المماطل قصده السيئ ، حيث حاول سحبها إلى الخلف خطوة ، أو على الأقل إيقافها لا تراوح مكانها .

وفي هذا السبيل قطع التشريع الفرنسي الحديث شوطا لا بأس به ، وقدم بعض الأفكار ، التي بدت لبعض الفقه الفرنسي ، وكذلك لي ، شيقة ، ومبتكرة ، ورتب بعض الجزاءات التي قد تكون فعالة .

فهو من ناحية أولى ، يعطي للقاضي سلطة عدم الاعتداد ببعض الدفوع التي أحجم الخصم عن التمسك بها مبكرا ، بنية التسوية .

ومن ناحية ثانية ، فإنه إذا رفع المحكوم ضده طعنا بالاستئناف ، ثم تباطأ في متابعة إجراءاته ، اعتبر استئنافه تسويقي ، بقصد تأخير تنفيذ الحكم المستأنف . وردا لهذا القصد يكون الجزاء هو تجريد طعنه - بالاستئناف - من أثره الموقوف للتنفيذ ، ومنح الحكم قوة النفاذ المعجل بقوة القانون .

ومن ناحية ثالثة ، يعلق تقنين المرافعات الفرنسي الجديد نظر الطعن في الحكم الحائز للقوة التنفيذية ، العادية أو المعجلة ، على التنفيذ المسبق ، الفعلي والكامل ، لهذا الحكم المطعون فيه . فبهدف تمكين المحكوم له ، من الاستفادة الكاملة بالمزايا التي قررها هذا الحكم لصالحه ، لا يتم نظر الطعن المقدم من المحكوم عليه بالتزام ما ، يقرره حكم حائز لهذه القوة التنفيذية ، إلا بعد قيامه بالتنفيذ الكامل لهذا الحكم . فيكون للرئيس الأول للمحكمة أن يقرر ، بناء على طلب المطعون ضده ، شطب قضية الطعن . ويمكن إذا مضى عامين من تاريخ شطب الطعن من الجدول ، دون أن يقوم الطاعن بما

يلزم لتنفيذ الحكم المطعون فيه ، أن تنقضي الخصومة أمام محكمة الطعن بطريق السقوط .

وأخيرا فإني أمل أن أكون قد وفقت في جذب الأنظار نحو مفهوم التسويق والمماثلة أمام القضاء . وما يتمتع به هذا المفهوم من ذاتية وخصوصية . وهو الأمر الذي يستتبع بالضرورة حتمية أفراد جزاءات خاصة لمواجهة . جزاءات إجرائية ، تفوت على المتقاضي المسوف قصده .

وأن أكون قد وفقت كذلك في توضيح بعض الأفكار التي يقدمها التشريع الفرنسي الحديث في هذا الصدد .

وإن كنت قد قطعت خطوة في هذا الطريق ، فإني أسجل قناعتي أنه ما زال بحاجة إلى المزيد من الخطوات . مزيد من الدراسة والجهد الذي يبذل ، لابتكار المزيد من سبل مواجهة الإجراءات التسويقية ، وتحسين صورة العمل القضائي المتهم بالبطء دائما .

تم بعون الله

## قائمة المراجع

باللغة العربية :

أولا : المؤلفات العامة :

- ١ - د/ ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - ج ١ - ١٩٧٣ م .
- ٢ - د/ أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة ١٤ - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٨٦ م .
- ٣ - د/ أحمد أبو الوفا - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - الطبعة السادسة - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٨٩ م .
- ٤ - د/ أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٧٩ م .
- ٥ - د/ أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ م .
- ٦ - د/ أحمد سلامة - نظرية الحق - ١٩٦٩ م .
- ٧ - د / أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية - الجزء الأول - رابطة التنفيذ - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ م .
- ٨ - د / اسامة أحمد شوقي المليجي - الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ م .
- ٩ - د/ اسماعيل غانم - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - ١٩٥٨ م .

- ١٠ - د/ اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - الطبعة الثانية - ١٩٥٨ م.
- ١١ - د/ توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام - في أحكام الالتزام - ج ٢ - ١٩٨٥ م.
- ١٢ - د/ جلال علي العدوي والدكتور / رمضان أبو السعود والدكتور / محمد حسن قاسم - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٩٦ م.
- ١٣ - د/ حسن كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) .
- ١٤ - د/ حسن كيرة - المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف ١٩٧٤ م.
- ١٥ - د/ حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٧١ م.
- ١٦ - حقوق الإنسان - متطلب دراسي بجامعة المنوفية ٢٠٠٩ م .
- ١٧ - د/ رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية .
- ١٨ - د/ سليمان مرقس - شرح القانون المدني - ٢ - في الالتزامات - ١٩٦٤ م .
- ١٩ - د/ عبد الرزاق السنهوري - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - ١٩٣٨ م .
- ٢٠ - د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج ١ - مصادر الالتزام - دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٢ م .
- ٢١ - د/ عبد المنعم بدرأوي - المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية - ١٩٦٦ م .
- ٢٢ - د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - ١٩٨٦ م .

- ٢٣ - عز الدين الدناصوري وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - ط ١١ - ٢٠٠٣ م .
- ٢٤ - د / فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - ٢٠٠٨ م .
- ٢٥ - لسان العرب - لابن منظور - ج ٣ ، ج ٦ - طبعة دار المعارف .
- ٢٦ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - الباب التمهيدي .
- ٢٧ - د/ محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٤٠ م .
- ٢٨ - الأستاذ / محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ م .
- ٢٩ - محمد وعبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن - ١٩٥٧ م .
- ٣٠ - د/ محمود جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٦ م .
- ٣١ - مختار الصحاح - طبعة دار القلم ببيروت ، طبعة مكتبة لبنان .
- ٣٢ - د/ وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ٢٠٠١ م .
- ثانيا : المؤلفات الخاصة والمقالات
- ١ - د/ إبراهيم أمين النفاوي - مسئولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة في قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٩١ م .

- ٢ - د/ إبراهيم أمين النفاوي - التعسف في التقاضي - الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية .
- ٣ - د/ أحمد إبراهيم عبد التواب - النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦ م .
- ٤ - د/ أحمد السيد صاوي - التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية - ٢٠٠٢ م .
- ٥ - المستشار / أحمد جلال عبد الرازق - نظرة حول مشكلة كثرة الدعاوى وبطء الفصل فيها - مجلة المحاماة - السنة ٥٣ - العددان الأول والثاني - يناير وفبراير ١٩٧٣ م .
- ٦ - د/ أحمد صدقي محمود - حبس المدين المماطل في القانون الإماراتي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ م .
- ٧ - د/ أحمد صدقي محمود - حبس المدين المماطل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر .
- ٨ - د/ أحمد صدقي محمود - المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر .
- ٩ - د/ أحمد صدقي محمود - الواقعة المنشئة للطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية .
- ١٠ - د/ أحمد محمد مليجي - حبس المدين في الديون المدنية والتجارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - مكتبة وهبة - ١٩٨٥ م .
- ١١ - د/ أحمد مليجي - ركود الخصومة المدنية - مكتبة دار النهضة العربية

- ١٢ - د/ الأنصاري حسن النيداني - الحقوق الدستورية للخصم - دار الجامعة الجديدة للنشر ( بالاسكندرية ) - ٢٠٠٦ م .
- ١٣ - د/ أنور سلطان - نظرية التعسف في استعمال حق الملكية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ١٧ - العدد الأول - مارس ١٩٤٧ م .
- ١٤ - د/ سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة ( الانحراف بالسلطة ) - الطبعة الثالثة - ١٩٧٨ م .
- ١٥ - د/ سنية أحمد يوسف - غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر - دار الجامعة الجديدة للنشر ( الاسكندرية ) - طبعة ٢٠٠٢ م .
- ١٦ - د/ سنية أحمد محمد يوسف - غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر - دار الجامعة الجديدة للنشر ( الاسكندرية ) - ١٩٩٨ م .
- ١٧ - د/ سيد أحمد محمود - الغش الإجرائي - الغش في التقاضي وفي التنفيذ - دار النهضة العربية .
- ١٨ - الأستاذ / صلاح عبدالوهاب - الدعوى الكيدية - مجلة المحاماة - السنة ٣٤ .
- ١٩ - د/ طلعت محمد دويدار - تأجيل الدعوى - دار الجامعة الجديدة للنشر ( بالاسكندرية ) - بدون سنة نشر .
- ٢٠ - د/ عبد الباسط جميعي - الإساءة في المجال الإجرائي - إساءة استعمال الحق في التقاضي وفي التنفيذ - مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٨٣ م ( عدد خاص ) .
- ٢١ - د/ عبد المنعم الشرفاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ م .
- ٢٢ - د/ عزمي عبد الفتاح - تسبب الأحكام وأعمال القضاة .

- ٢٣ - د/ عزمي عبد الفتاح - نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ م .
- ٢٤ - د/ عزمي عبدالفتاح - التعسف في استعمال حق الدعوى - تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية ( دائرة التمييز ) في الطعن رقم ١٤٣ / ٨٠ تجاري ، والصادر في ٦ / ٥ / ١٩٨١ م - مجلة المحامي الكويتية - السنة ٨ - الأعداد يوليو - أغسطس - سبتمبر ١٩٨٥ م .
- ٢٥ - علي عوض حسن - رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ م .
- ٢٦ - د/ علي مصطفى الشيخ - الحكم الضمني في قانون المرافعات - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة ١٩٩٧ م - دار النهضة العربية ١٩٩٧ م .
- ٢٧ - د/ عيد محمد القصاص - التنازل عن الحق في الطعن - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ م .
- ٢٨ - الأستاذ الشيخ / عيسوي أحمد عيسوي - نظرية التعسف في استعمال الحق - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الخامسة - العدد الأول - يناير ١٩٦٣ م .
- ٢٩ - د/ محمد السعيد رشدي - التعسف في استعمال الحق - أساسه ونطاق تطبيقه ( دراسة مقارنة ) - دار النهضة العربية - ١٩٩١ م .
- ٣٠ - د/ محمد شوقي السيد - معيار التعسف في استعمال الحق - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - ١٩٧٩ م .



- ٣١ - د/ محمود جمال الدين زكي - الخبرة في المواد المدنية والتجارية - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٩٠ م .
- ٣٢ - د/ محمود محمد هاشم - الحبس في الديون في التشريعات العربية والفقهاء الاسلامي - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - ١٩٨٥ م .
- ٣٣ - د/ محمود محمد هاشم - اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات - ١٩٨٩ م .
- ٣٤ - د/ نبيل اسماعيل عمر - عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) .
- ٣٥ - د/ نبيل اسماعيل عمر - سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة للنشر ( الاسكندرية ) - ٢٠٠٤ م .
- ٣٦ - د/ نبيل اسماعيل عمر - التكامل الوظيفي للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية - دار الجامعة الجديدة للنشر ( الاسكندرية ) - ٢٠٠١ م .
- ٣٧ - د/ نبيل اسماعيل عمر - الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارة - الطبعة الأولى - منشأة المعارف ( الاسكندرية ) - ١٩٨٣ م .
- ٣٨ - د / نبيل اسماعيل عمر - اشكالات التنفيذ الجبري - منشأة المعارف ١٩٨٢ م .
- ٣٩ - الاستاذ / نبيل عمر - مقال بجريدة الأهرام اليومية - ١٣ يناير ٢٠٠٩ م
- ٤٠ - د/ وجدي راغب - دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني - مجلة القانون والاقتصاد - يناير وفبراير ١٩٧٦ م .

باللغة الفرنسية :

- 1 - Benabent ( A. ) , Pour la cour de cassation , mais autrement ,  
Rec. Dalloz – Sirey , 1989 , 32<sup>e</sup> cahier .
- 2 -Bertin ( PH. ) , L' arme absolue contre les pourvois dilatoires  
, ( art. 1009 – 1 nouveau du N.C.P.C ) , G.P., 1989 , 2 ,  
doctr., p. 596 , ( G.P., 3 et 4 nov. 1989 , doctr., pp. 2 et s. ) .
- 3 -Blanc ( Emmanuel ) , Viatte ( Jean ) et Blanc ( Liliane ) ,  
Nouveau code de procédure civile commenté dans l' ordre  
des articles , Librairie du journal des notaires et des  
avocats , Mise à jour septembre 1993 .
- 4 -Blary – Clément ( Édith ) , Spécificités et sanctions des  
manœuvres dilatoires dans le procès civil , J.C.P., 1991 , I ,  
3534 .
- 5 - Boré ( Jacques ) , La cassation en matière civile , Dalloz ,  
1997 .
- 6 - Cadiet ( Loic ) , Droit judiciaire privé , Litec , 1992 .
- 7-Caratini ( Marcel ) , Les répons de la justice à l'accroissement  
des contentieux , G.P., 1987 , I , doctr. pp. 36 et s.
- 8 -Caratini ( Marcel ) , Les dernières dispositions de procédure  
civile , G.P.,1989, 2 , doctr. 418 , ( 3 – 5 sept. 1989 )

- 
- 
- 9 -Capitant ( H. ) , Sur l'abus des droits , Rev. Trim. Dr. Civ., 1928 , pp. 365 – 376 .
- 10 -Chauvin ( Pascal ) , Exécutez les décisions des juges du fond, ( premier bilan d' application de l' art. 1009 – 1 du nouveau code de procédure civile , G.P., 1991 , Doctr. p. 125 .
- 11 -Cornu (G.) et Foyer ( F. ) , Procédure civile , 1958 .
- 12 -Couchez (G.) , Langlade (J.- P.) et Lebeau ( D. ) , Procédure civile .
- 13 -Coulon (J. M.) , Les évolutions possibles de procédure civile , G.P., 6 – 10 sept. 1996, p. 22 .
- 14 -Decheix ( Pierre ) , Suggestions hérétiques pour une justice moins lente , D., 1991 , chron., pp. 49 et s .
- 15 -Delvolvé , Le NCPC. devant le conseil d' état, D., 1979, chron., 281 .
- 16 -Desdevises ( Yvon ) , L'abus du droit d' agir en justice avec succès , D. 1970 , chronique , pp. 21 et s.
- 17 -Dorsner – Dolivet , Premières réflexions sur le décret n° 89 – 511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile , J.C.P., 1989 , éd. G., I , 3419 .

- 
- 
- 18 - Estoup ( Pierre ) , Le projet de réforme de la procédure civile , G.P., 12, 13 avril 1989 .
- 19 - Fenaux ( Henri ) , Un bruit de frein , observations sommaires sur certaines dispositions du décret du 20 juillet 1989 ) , Dalloz , n° 16 , avril 1990 , chronique , p. 106.
- 20 - Fricero ( N. ) , Note sous cass. 8 nov. 1993 , D. 1994 , 264 21 - Hébraud ( H. ) , Obs. Rev. Trim. Dr. Civ., 1968 , 183 .
- 22 - Héron ( Jacques ) , Droit judiciaire privé , Montchrestien , 1991 .
- 23 - Jeantin ( M. ) J.- Class. Civil , art. 1382 – 1386 , Fasc. 131 – 2 , Droit à réparation .
- 24 - Josserand , - De l'abus de droit , 1905 .
- 25 - Josserand , De l'esprit des droits et de leur relativité , ( théorie dite de l'abus de droit ) , 1<sup>re</sup> éd. 1927 , 2<sup>e</sup> éd. 1938 .
- 26 - Leborgne ( Anne ) , Voies d' exécution et procédures de distribution , 1<sup>re</sup> éd., Dalloz 2009 .
- 27 - Martin ( Raymond ) , De l' abus du droit d' action à l' article 700 du nouveau code de procédure civile , JCP., 1976 , IV, chronique , 6630 .

- 
- 28 - Mayer – Jack ( André ) , Les consequences de l' exécution d' un arrêt ultérieurement cassé , JCP., 1968 , I , 2202 .
- 29 - Morel ( R. ) , Traité élémentaire de procédure civile , 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1949 .
- 30 - Normand ( J. ) , Obs., R.T.D.Civ., 1982 , p. 191 , 1985 , pp. 608 - 610 .
- 31 - Nouveau code de procédure civile , 98<sup>e</sup> éd., Dalloz 2007 .
- 32 - Note , non segnié , sur le décret du 20 juillet 1989 , G.P., 3 – 5 sept. 1989 ( G.P., 1989 , 2 , doct. P. 421 ) .
- 33 - Pansier (Frédéric – Jérôme) et Pansier (Jean – Marie) , Abus de procédure , article 700 du code de procédure civile et référé , J.C.P., 1983 , I , 3105 .
- 34 - Perrot (R.) , Obs., Rev.Trim. Dr. civ., 1990 , pp. 563- 565 , 1994, 684 , 1995 , p. 695 .
- 35 - Ripert , Dalloz , Rép. Dr. civ., 1<sup>re</sup> éd., Abus de droit , cité par ; M. Jeantin , droit à réparation , art. préc.
- 36 - Roger Hudon , Un combat pour 1991 : L' article 700 , Gaz. Pal., 1991 , I , chronique , p. 130 , (Gaz. Pal, du 30 mars 1991) .
-

- 
- 
- 37 - Rouast (André) , Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés , Rev. Trim. Dr. Civ., 1944 , pp. 1 et s.
- 38 - Santa – Croce (Muriel) , Le droit , l' honnête homme et l' article 1009 – 1 du nouveau code de procédure civile , D., 1997, chron. , p. 239 .
- 39 – Solus (H.) , Les preoccupations d'ordre psychologique du code de procédure civile , Études offertes à L. Julliot de la Morandière , Dalloz , 1964 , p. 511 et s.
- 40 - Viatte (J.) , L' amende civile pour abus du droit de plaider, G.P., 1978 , Doctr., p. 305 .
- 41 - Vincent et Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1991 .
- 42 - Vincent et Guinchard , Procédure civile , Dalloz , 1999 .