سلطة القاضى المستعجل
فـى تحوير الطلبات

دراسة تحليلية وتطبيقية
فى قانون المرافعات

دكتـــــور/ مجـدى عبد الغنى خليف
محاضر بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

١- القاعدة هى التزام القاضى بحدود الطلبات المطروحة عليه كما قدمها الخصوم[١]، فلا يجوز له تعديلها ، زيادةً أو نقصاناً ، وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه[٢]، وذلك حتى لا يكون القاضى خصماً وحكماً فى آن واحد[٣]. فإذا تجاوز هذا النطاق ، يعتبر قضائه فى هذا الخصوص قضاءً معدوماً لصدوره فى غير خصومة[٤].

وعلى ذلك ، فلا يجوز للقاضى أن يعدل الطلبات التى أدلى بها الخصوم أو يستبدلها بطلبات مغايرة حسب مشيئته وإرادته الخاصة، وذلك حتى ولو تبين له أن الخصوم قد أساءوا تصور طلباتهم وتقديرها، لما يعد ذلك خرقاً لمبدأ حياد القاضى . فالقاضى ليس وصياً قضائياً على مصالح الخصوم الخاصة . فإذا حكم فى نزاع بطلب لم يطرحه عليه الخصوم ، ولم يكن مبنياً على وقائع مطروحة عليه بالفعل وصالحة لتوليد النتيجة التى توصل إليها ، كان حكمه حكماً بما لم يطلبه الخصوم مصاباً بعوار البطلان[٥].

وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة على القاضى المستعجل باعتباره لا يفصل إلا فى نزاع وقتى دون البت فى أصل النزاع ، إذ قد يخطئ

---

(1) ولا شك فى أن منبع هذه القاعدة هو طبيعة وظيفة القضاء بوصفه محتكماً بين متخاصمين على حق متنازع عليه. الطعن رقم ١٥٣٣٨ لسنة ٨١ق – جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٦؛ والطعن رقم ٦٧٥١ لسنة ٦٤ق "أحوال شخصية" – جلسة ٢٠٠٥/٥/١٦.

(2) د/أحمد أبوالوفا – المرافعات المدنية والتجارية – منشأة المعارف – ط١٣ – ١٩٨٠ - بند١٧٢ – ص١٧٤ & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج٢ – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – ٢٠١٦ - بند٢٤ – ص٧٢، ٧٣ & د/نبيل عمر – الوسيط فى قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة – ط ١٩٩٩ - ص٣٣٥، ٣٣٦ & د/أحمد الصاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى - ٢٠١١– بند١٣٧ – ص٣١٧ & د/أحمد هندى – قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠١٦ - بند١٢٥ – ص٢٣٧. وكذلك: الطعن رقم ٣٢٥٨ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٢ ؛ والطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٠.

(3) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – دار الفكر القانونى – الطبعة الأولى – ١٩٨٦/١٩٨٧ - ص٤٠٢.

(4) الطعن رقم ١٥٣٣٨ لسنة ٨١ق مشار إليه مسبقاً ؛ والطعن رقم ٣٤٧٨ لسنة ٦٩ ق – جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧ ؛ والطعن رقم ٢٤١١ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٢/٥/١٢. وأنظر: الطعن رقم ٣٤ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠١١/١١/٢٧.

(5) الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٦٩ق – جلسة ٢٠١١/٢/٢٣ ؛ والطعن رقم ٦٧٥١ لسنة ٦٤ق "أحوال شخصية" مشار إليه. وأنظر : الطعن رقم ١١٠٤٦ لسنة ٧٩ق – جلسة ٢٠١٠/١٢/١٩.

المدعى فى تقدير طلباته ووصف طبيعتها أو يعبر عنها بطريقة خاطئة بما تخرج عن اختصاص القضاء المستعجل؟

لا شك أن تطبيق القاعدة المتقدمة على القاضى المستعجل يترتب عليه عدم استطاعته الفصل فى الطلبات المطروحة عليه التى تخرج عن حدود اختصاصه لمجرد عيب فى تقديرها أو خطأ فى تصور طبيعتها ، بما تظل معه المراكز القانونية للخصوم محلاً للتجهيل وعرضة للإصابة بأضرار قد يتعذر تداركها وإصلاحها . وفى هذه الحالة يضطر المدعى إلى رفع دعواه من جديد ، سواء أمام القضاء المستعجل بعد تعديل طلباته أو القضاء الموضوعى ، وهو ما يكلف الخصوم مزيداً من الوقت والنفقات والإجراءات.

من أجل ذلك ، اتجه الفقه إلى تبنى فكرة تحوير الطلبات أمام القاضى المستعجل بهدف تزويده بسلطات واسعة على النزاع بمقتضاها يحق له تحوير الطلبات المطروحة عليه واستبدالها بالإجراءات الوقتية التى تكفل للخصوم حماية عاجلة لحقوقهم، وذلك دون تنبيههم أو السماح لهم بمناقشة ما سيحكم به بدلاً من القضاء بعدم اختصاصه بنظر النزاع[1].

غير أن الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحوير ، وإن كان يحقق مزايا للمدعى على هذا النحو ، إلا أنه قد يؤدى إلى الإضرار بحقوق المدعى عليه ، وذلك على أساس أن القاضى المستعجل سيعدل الطلبات المقدمة إليه دون لفت انتباهه أو منحه فرصة للتعقيب والرد عليها بعد تعديلها وتغييرها.

---

(1) أنظر: د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – دار الفكر القانونى – ط١٩٧٤ - ص١٣١ & أ/محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – دار النهضة العربية – ط٤ – ١٩٧٧ - بند٥٠٠ – ص٤٤٠، ٤٤١ & أ/على راتب ونصر الدين كامل ومحمد راتب – قضاء الأمور المستعجلة – ج١ – دار الطباعة الحديثة - دون تحديد سنة النشر - بند٥٢ – ص٨٩ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – رسالة جامعة الاسكندرية – ط١٩٦٧ – منشأة المعارف - بند٩٥ – ص١٥٢ وما بعدها & د/أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – منشأة المعارف – ط٥ - ص٣٠٤، ٣٠٥ & د/أحمد ماهر زغلول – أصول وقواعد المرافعات – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠١ – بند٣٢٧ – ص٦٨١ وما بعدها.

وعلى أثر هذا التعارض بين مصلحة المدعى ومصلحة المدعى عليه، وفى محاولة للتوفيق بينهما ، فإن الحاجة تبدو ملحة إلى ضرورة تحديد معالم وأسس سلطة التحوير ووضع الضوابط الموضوعية والإجرائية لها.

وإذا كان الفقه قد تطرق إلى معالجة فكرة تحوير الطلبات أمام القضاء المستعجل ، إلا أنها لم تحظ بالعناية الكافية ، فلم يسهم الفقه بشكل كبير فى معالجة هذه الفكرة والتى جاءت غير متعمقة أجريت فى المؤلفات العامة لقانون المرافعات ، فضلاً عن أن الخلاف قد احتدم بين الفقه – كما سيتضح فيما بعد – حول تحديد طبيعة التحوير وتحديد نطاق تطبيقه . ولعل مرجع ذلك كله هو خلو قانون المرافعات من أى تنظيم تشريعى لهذه الفكرة وإفراد قواعد خاصة لها.

غير أن القضاء قد أولى فكرة التحوير الكثير من عنايته ، ولا شك أن تحليل أحكام القضاء فى هذا الصدد سوف يسهم إلى حد كبير فى إجلاء ضوابط وأسس هذه الفكرة وبيان خصوصيتها ، وهو ما يسهم إسهاماً إيجابياً فى إثراء هذه الدراسة ، ويسمح مستقبلاً بتبنى تنظيم تشريعى خاص لهذه الفكرة.

وترتيباً على ما تقدم ، فإنه سوف ينصب اهتمامنا فى هذه الدراسة على تحديد ماهية فكرة التحوير لبيان مدلولها وتمييزها عما قد يختلط بها من أفكار، ثم نتطرق إلى معالجة شروط استعمال سلطة التحوير ونطاق تطبيقها، ثم ننتقل بعد ذلك إلى وضع الضوابط الإجرائية لممارسة القاضى المستعجل لهذه السلطة، ثم نختم بمعالجة مدى إمكانية تطبيق فكرة التحوير فى التحكيم بخصوص المنازعات الوقتية التى تعرض على المحكم. وعليه، فإننا سوف نقسم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث متتالية هى:

المبحث الأول : ماهية التحوير.

المبحث الثانى : نطاق التحوير وشروطه.

المبحث الثالث : النظام الإجرائى للتحوير.

المبحث الرابع : مدى إمكانية تطبيق التحوير فى التحكيم.

المبحث الأول

ماهيـة التحوير

٢- تمهيد وتقسيم:

التحوير هو سلطة مخولة لقاضى الأمور المستعجلة بموجبها يحق له تعديل الطلبات المطروحة عليه التى تكون بمنأى عن اختصاصه إلى إجراءات وقتية دون المساس بالبنيان الواقعى الذى حدده الخصوم أو تجاوز حدود هذه الطلبات ، وذلك بدلاً من الحكم بعدم اختصاصه بنظرها[1]. وهذا ما يقى الأطراف مشقة وعبء طرح النزاع مرة أخرى بما يحقق الإقتصاد فى الوقت والإجراءات والنفقات.

والواقع أن قانون المرافعات لم ينظم سلطة التحوير حيث خلت قواعده من أى نص يعالج حالة عجز الطلبات المطروحة على قاضى الأمور المستعجلة على إضفاء الحماية الوقتية السريعة اللازمة للحفاظ على حقوق الخصوم . كذلك لم تحظ مكنة التحوير بالدراسة الكافية من قبل الفقه ، فعلى الرغم من أنه قد ابتدع هذه المكنة ، إلا أنه لم يتفق على مدلول واحد لها . وأثراً لذلك ، فلم يضع الفقه تعريفاً محدداً لها ، كما أن الخلاف قد احتدم حول طبيعتها القانونية وأساسها.

ومن ناحية أخرى ، تختلط فكرة التحوير ببعض الأفكار المشابهة لها، كفكرة التكييف ، وتعديل الطلبات ، والتصحيح بالتحول.

ولذلك ، فإنه من الضرورى تأصيل أراء الفقه وأحكام القضاء بخصوص سلطة التحوير حتى يتم وضع مدلول محدد لها ، وهو ما سيكون محلاً للدراسة بالمطلب الأول . كما يتعين التمييز بين سلطة التحوير وبين ما قد يختلط بها من أفكار أخرى ، وهو ما سيكون محلاً للدراسة بالمطلب الثانى، وذلك على النحو الأتى:

المطلب الأول: مدلول فكرة التحوير.

المطلب الثانى: تمييز التحوير عما يختلط به من أفكار.

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ منشور لدى أ/إبراهيم عثمان – الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة – ط١٩٧٨ – ص٤١٠١ والحكم فى الدعوى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ مستعجل مصر – المحاماة – السنة ١٧ – ص٦٦٨.

المطلب الأول

مدلول فكرة التحوير

٢مكرر- للتعرف على مدلول فكرة تحوير الطلبات المخولة لقاضى الأمور المستعجلة ، فإننا سوف نقوم بمعالجة عدة نقاط أساسية هى: مفهوم التحوير وطبيعته، مناطه ومبرراته، تكييفه القانونى، تأصيله، ثم نختم بتقدير هذا النظام، وذلك على النحو التالى:

٣- أولاً : مفهوم التحوير وطبيعته.

قد يتقدم المدعى إلى القاضى المستعجل بطلب الحصول على حماية وقتية عاجلة حفاظاً على حقوقه إلى أن يستقر مركزه القانونى مستقبلاً أمام القضاء الموضوعى ، وفى هذه الحالة يجد القاضى المستعجل أن الطلب الذى يطلبه المدعى يخرج عن نصاب اختصاصه بحيث يكون عاجزاً على إضفاء هذه الحماية ، وإنما يكفلها إجراء وقتياً أخراً لم يطلبه المدعى صراحة فيحكم به، وهذا ما يعرف بمكنة التحوير[1]، أى استبدال الطلب الأصلى بالإجراء الوقتى ليحل محله حتى تكون فى حدود اختصاصه[2].

وبهذا يبدو واضحاً أن مقتضى فكرة التحوير هو طرح طلب على القاضى المستعجل لم يحسن المدعى وصفه وتقديره بحيث يخرج عن حدود اختصاصه ولا يكفل إضفاء الحماية الوقتية المرغوب فيها ، وبدلاً من أن يقضى القاضى المستعجل

---

(1) د/فتحى والى – بعض المشكلات العملية فى قانون المرافعات – منازعات التنفيذ – بحث منشور بمركز السنهورى للدراسات القانونية – ط١٩٩٣ – ص١٣١& د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد هندى – موسوعة قانون المرافعات – ج١ – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠٥ - ص٩٤٤.

(2) وأصل كلمة التحوير فى اللغة هو حَوّر ويُحوّر، أى رجع أو غَيّر الشئ من حال إلى حال. والتحوير هو الترجيع والمحاورة. ويعنى تغيير الشئ من حال إلى حال، أو الرجوع من موضع إلى موضع أخر. ومنه قول الشاعر "وما المرء إلا كالشهاب وضوئه يُحوّر رماداً بعد إذ هو ساطع". (راجع: لسان العرب للإمام ابن منظور – دار بيروت – جزء ١٧ – ص٢١٧ وما بعدها). ويقال فى اللغة العربية "حَوّر الكلام" أى حرفه وغير اتجاهه، وتحاور فلان وفلان أى تراجعا الكلام بينهما حتى يتغلب أحدهما عن الأخر. راجع: معجم الألفاظ العامية لعبد المنعم سيد عبدالعال – ط٢ – ص٢٠٦ ؛ وكذلك: المعجم الوسيط – إصدار مجمع اللغة العربية – ج١ – ط٢ – ص٢٠٥.

بعدم اختصاصه بنظر هذا الطلب ، فإنه يجوز له تحويره إلى إجراء وقتى يتلاءم مع طبيعة اختصاصه حتى يتم إنزال هذه الحماية[1].

والواقع أن عجز الطلب الأصلى عن إرساء الحماية العاجلة إنما مرجعه – فى رأينا – إلى خطأ المدعى فى تصور طلبه وتقدير الأساس الذى بناه عليه ، كأن يكون طلبه فى مظهره طلباً وقتياً، وفى مخبأه أو حقيقته طلباً مؤسساً على سبب موضوعى يمس أصل الحق[2].

وتأسيساً على هذا ، فإذا عرض على القاضى المستعجل طلباً وقتياً يخرج عن حدود اختصاصه لإثارته نزاع جدى حول أصل الحق، فإنه يجوز له بدلاً من الحكم بعدم اختصاصه أن يحوره أو يغيره إلى إجراء وقتى أخر يدخل فى نصاب اختصاصه[3]، وذلك حتى يتمكن من إرساء الحماية الوقتية السريعة التى تستجيب للحالة الواقعية للنزاع التى طرحها الخصوم صوناً لحقوقهم[4].

وتطبيقاً لذلك ، فإنه يجوز للقاضى المستعجل أن يحكم بتعيين المؤجر المدعى حارس بدلاً من الحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة ، نظراً لأن طلب الحكم بالطرد ، رغم كونه طلباً وقتياً ، إلا أنه تأسس على ملكية المدعى للعين محل

---

(1) أنظر: د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٣ & أ/محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – بند٥٠٠ – ص٤٤٠ & د/محمد إبراهيم – الوجيز فى المرافعات – ط١٩٨٣ – ص٤٠٥ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠١١ - ص١٠٥.

(2) فالطلب محل التحوير ليس طلباً موضوعياً بالمعنى الصحيح للكلمة، وإنما هو طلب وقتى تأسس على أسباب موضوعية. فينبغى التحوط من الخلط بين الطلب الموضوعى وبين الطلب الوقتى المؤسس على سبب موضوعى. فثمة اختلاف جوهرى بينهما كما سيتضح فى حينه.

(3) د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٣ & أ/كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه – ط١٩٩٥ – ص٣٩٠ & د/أحمد هندى – التعليق على المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٩٤٤. عكس ذلك: د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ & أ/على راتب وآخرين – المرجع السابق – بند٥٢ – ص٨٩ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – مكتبة الجلاء الجديدة – ط١٩٩٦ - بند٣٥٨ – ص٣٨١.

(4) الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٧٨/٦/٢٩، منشور لدى أ/ إبراهيم عثمان – الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة – المرجع السابق – ص٧٥. والحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة – مشار إليه مسبقاً.

النزاع ، ومن ثم يكون ماساً بأصل الحق[1]. أما إذا كان المقدم إلى القاضى المستعجل هو طلب الحكم بالملكية أو الفسخ أو البطلان ، فلا يجوز تحويره ، وذلك لأنه – بحسب طبيعته ومضمونه – طلب موضوعى يخرج – أصلاً – عن نطاق اختصاصه[2].

وعلى ذلك ، فالتحوير هو إحلال طلب وقتى محل الطلب الوقتى الأصلى لخروجه عن اختصاص القاضى المستعجل وتعذر عليه إنزال الحماية الوقتية اللازمة للحفاظ على حقوق الخصوم . بمعنى تحويل طبيعة الطلب المطروح على القاضى المستعجل من الطبيعة الموضوعية إلى الطبيعة الوقتية[3]. وهو بهذه المثابة هو أداة لتحقيق غاية الخصوم، وهى إنزال الحماية الوقتية على النزاع.

والتحوير بهذا المعنى لا يعد تغييراً لمضمون الطلب الذى قدمه المدعى[4]، أو قضاء بما لم يطلبه[5]. كما أن التحوير لا يعتبر تعديلاً فى الطلبات الأصلية ، فهو لا يرقى إلى حد التعديل بالمعنى الفنى للكلمة[6]. ولذا ، فإنه يجوز للقاضى

---

(1) استئناف مصر – جلسة ١٩٥٢/١/١٥ – المحاماة – السنة ٣٢ – ص١١٧٣. مشار إليه لدى أ/على راتب وأخرين - المرجع السابق – هامش ص٥٠٣.
كذلك: أنه إذا كان هناك نزاعاً حول ملكية منزل بين الشركاء على الشيوع، فرفع أحدهما دعوى مستعجلة يطلب فيها فرض الحراسة القضائية على هذا المنزل وتعيين المدعى حارساً تكون مهمته إدارة العقار وقبض الأجرة. ففى هذه الحالة يستطيع القاضى تحوير هذا الطلب بأن يلزم شاغل العقار بأن يودع المبلغ مباشرة خزانة المحكمة بدلاً من تعيين المدعى حارس على أساس طلب فرض الحراسة على المنزل رغم طبيعته الوقتية إلا أنه قد بنى على أساس موضوعى وهو الملكية، وهو ما يمس أصل الحق المتنازع عليه. (د/فتحى والى – بعض المشكلات العملية فى قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١). كذلك أنه إذا طلب المدعى إلغاء الأمر الولائى الصادر بوضع الأختام على المحل بدعوى أن المنقولات الموجودة بالمحل المغلق مملوكة له دون المدين الصادر ضده الأمر، فإنه هذه الطلبات تخرج عن اختصاص قاضى الأمور المستعجلة لتعلق النزاع فيها بأصل الحق، إلا أن ذلك لا يمنع هذا القاضى من أن يغير من نوع الإجراء المطلوب وأن يأمر بتعيينه حارساً قضائياً على المحل وما به من منقولات. مستعجل مصر – جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ – المحاماة – السنة ١٣ – ص٨٥٧. مشار اليه لدى: أ/محمد عبداللطيف – الاشارة السابقة.
(2) د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٥. عكس ذلك: د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١.
(3) غير أنه تجدر ملاحظة أنه لا خلاف حول أنه ليس للقاضى المستعجل تحوير الطلبات الوقتية إلى طلبات موضوعية لعدم اختصاصه بالأخيرة، فهو لا يملك بحسب الأصل سلطة نظرها والفصل فيها. الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٣ق – جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١ – س٢٨ ص١٨٤١.
(4) د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق - بند٤٥٨ – ص١٠٠٥.
(5) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦.
(6) وأثراً لذلك، فإن اصطلاح «التحوير» يعد فكرة قانونية مميزة قائمة بذاتها تختلف اختلافاً تاماً عن فكرة «التعديل» بمعناها المعروف فى نظام الطلبات العارضة الماثل فى تعديل الخصومة سبباً أو موضوعاً،

المستعجل الأمر باتخاذ الإجراء الوقتى الذى يستجيب ويتلائم مع مجموع العناصر الواقعية المقدمة إليه دون التقيد فى ذلك بالأوصاف والمقترحات الواردة فى طلب المدعى[1]. فالإجراء الذى يطلبه المدعى هو مجرد وسيلة لتحقيق الحماية الوقتية ، وليس غايتها[2].

٤- ثانياً : مناط التحوير ومبرراته.

تعد إرادة الخصوم ، وعلى وجه الخصوص إرادة المدعى[3]، وإنصرافها إلى طلب الحماية الوقتية جوهر سلطة التحوير ومحور إعمالها بشأن الطلبات المنظورة أمام القاضى المستعجل ، فهى تدور معها وجوداً وعدماً[4]. وهذا معناه أنه لا يصح لجوء القاضى المستعجل إلى مكنة التحوير إلا إذا اتضح له أن إرادة المدعى ونيته

فالتحوير هو قضاء فى طلب هو مطروح على القاضى المستعجل وإن قدم إليه بشكل ضمنى فى طيات الحالة الواقعية للنزاع. وهو بذلك لا يقصد به اصطلاح التعديل بمعناه الخاص، فالتحوير والتعديل اصطلاحان مختلفان فى الدلالة والمضمون. وبالتالى، فإن تعبير التحوير المستخدم لدى الفقه والقضاء يعد اصطلاحاً دقيقاً وتعبيراً صحيحاً يشير إلى حقيقة المقصود منه فى هذا الصدد. ولذا، فإنه يكون من الأوفق أن نستخدم لفظ «التحوير» بدلاً من مسمى «التعديل» فى هذه الدراسة، وذلك حتى تقتصر دلالته على المعنى المقصود منه.

(1) د/فتحى والى – الوسيط فى القضاء المدنى – مطبعة جامعة القاهرة – ط١٩٩٧ – بند٨١ – ص١٣٣ & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٢، ١٥٣.

(2) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨٣ & د/أحمد هندى – التعليق على قانون المرافعات – ج١ – المرجع السابق - ص٩٤٤.

(3) ولا يقصد بلفظ **"المدعى"** الخصم الذى يأخذ زمام المبادأة فى رفع الدعوى، وإنما يقصد به أى خصم يطلب الحكم له على خصمه بما يدعيه من طلبات. أى مقدم الطلب سواء كان مدعياً أصلياً أو مدعياً فرعياً، وسواء كان الطلب أصلياً أو عارضاً.

(4) أنظر: د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣٢ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٤ & أ/محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – بند٥٠٠ – ص٤٤٠ & د/محمد إبراهيم – الوجيز فى المرافعات – المرجع السابق – ص٤٠٥ & د/أدوار عيد – موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ – ج٨ – قضاء الامور المستعجلة – ط١٩٨٧ – لبنان - بند١٠١ – ص٣٢٧، ٣٢٨.

كانت قد إتجهت إلى طلب الحماية الوقتية[1]، كأن يقصد طلب هذه الحماية ، غير أنه أخطأ فى وصف طبيعته ومضمونه[2]، أو أساء تقديره[3].

ويقصد بالإرادة هنا الإرادة الضمنية الواقعية ، أى نية المدعى الكامنة بوقائع النزاع وثنايا الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل والمتمثلة فى طلب الحماية المستعجلة.

وتجد سلطة القاضى المستعجل فى التحوير تبريرها فى طبيعة القضاء المستعجل ذاته بحسبانه قضاء وقتياً لا يقضى إلا بإجراء وقتى، ولا يفصل فى أصل الحق[4]، والدور المناط به أدائه والمتمثل فى مواجهة عارض خطر التأخير فى الحماية الموضوعية[5]، وتوفير الحماية العاجلة المؤقتة للخصوم حفاظاً على مراكزهم القانونية من الأضرار المحدقة التى تلحق بها والتى يتعذر تداركها بالإجراءات العادية[6].

فكما فرضت حالة الاستعجال ضرورة وجود حماية وقتية ، فإن الاستعجال ذاته هو الذى أملى ضرورة الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطات أكثر بصدد النزاع المنظور أمامه بحيث يمكن له تحوير الطلبات التى تقدم إليه حال إذا ما اكتشف أنها

---

(1) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣٢ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٤ & د/نبيل عمر – المرافعات – المرجع السابق – ص٢٣٧ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المصرى – ج١ - المرجع السابق – بند٣٥٨ – ص٣٨٣.

(2) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الأول – منشأة المعارف - ط١٩٨٣ – بند١٦١ – ص٢٥٨ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٠٧.

(3) وتطبيقاً لذلك، قضى بأن القضاء المستعجل لا يتقيد عند الحكم فى الدعوى بذات الطلبات التى تطرح أمامه، بل له أن يعدل أو يقضى بغيرها أو يقضى بخلافها طبقاً لما يراه حفاظاً لحقوق الأطراف بشرط ألا يتجاوز فيه الحدود التى أرادها الخصوم. الحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٧٤/١١/١٨ منشور لدى أ/إبراهيم عثمان – الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة – المرجع السابق - ص١٠١.

(4) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١. وفى ذات المعنى: د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٤٥٨ – ص١٠٠٥.

(5) أنظر: د/فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – المرجع السابق – بند٨١ – ص١٣٣.

(6) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣٢ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المصرى – ج١ – المرجع السابق – بند٣٥٨ – ص٣٨١. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة ؛ والدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة – مشار إليهما مسبقاً.

تخرج عن نصاب اختصاصه . فلا يتصور أن يتخلى القاضى المستعجل عن اختصاصه لمجرد كون الإجراء الذى يطلبه المدعى لا يكفل إضفاء الحماية الوقتية، ومن ثم كان حقاً عليه أن يتخذ الإجراء الوقتى الذى تقتضيه هذه الحماية الوقتية دون التقيد فى هذا الخصوص بوصف المدعى لدعواه وطلباته.

وبذلك ، فإن حاجة الأطراف الماسة إلى الحماية الوقتية هى التى تدعو إلى توسيع سلطة القاضى المستعجل والسماح له بتحوير الطلبات التى تطرح عليه إلى إجراءات وقتية بدلاً من القضاء بعدم اختصاصه بنظرها[1].

بل أنه على النقيض تماماً ، أن عدم الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحوير يؤدى إلى حجب الحماية الوقتية عن الخصوم فى الأحوال التى تستدعيها مراكزهم القانونية المؤقتة ، لتظل مجهلة ومهددة بأضرار محدقة ، وهو ما يترتب عليه عدم انتظام أداء العدالة وإطالة أمد التقاضى وتكبد الخصوم المزيد من الأعباء والمصاريف الإضافية ، وذلك لأن النزاع يعرض على القاضى المستعجل وينظره على فرض أنه دعوى مستعجلة ويندرج فى نصاب اختصاصه ، فيتبين له فى النهاية عند الحكم فى النزاع أنه يخرج عن حدود اختصاصه لعدم توافر شرط عدم المساس بأصل الحق ، فيقضى بعدم اختصاصه . وهنا لا يجد المدعى مفراً سوى إعادة رفع النزاع مرة أخرى أمام القضاء المستعجل بعد تعديل وصف وتقدير طلبه بما يتفق مع اختصاص هذا القضاء ، لينظر النزاع من جديد بكل ما يعينه ذلك من ضياع للوقت وتكرار للإجراءات وزيادة للنفقات ، وقد تنتفى حالة الاستعجال آنذلك بما يترتب عليه القضاء بعدم اختصاصه . وقد لا يُجدِ نفعاً لجوء الخصوم إلى القضاء الموضوعى ، نظراً لبطء وطول إجراءاته ، إذ من المتصور أن تقع الأضرار المحدقة بالمراكز القانونية للخصوم قبل أن يتمكنوا من الحصول على الحماية

---

(1) أنظر: مستعجل مصر – جلسة ١٩٣٩/١٢/١٦ – المحاماة – السنة ٢٠ – ص١٠٠١؛ والحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة – مشار إليه مسبقاً. وكذلك: د/أحمدأبوالوفا – التعليق على قانون المرافعات – المرجع السابق – ص٣٠٥.

الموضوعية لها ، وهو ما يتعذر جبرها وتعويضها. ولذلك ، يمكن اعتبار التحوير أحد آليات الحد من فكرة الهدر الإجرائى.

٥- ثالثاً : التكييف القانونى للتحوير.

ساد الخلاف بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لسلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المطروحة عليه ؛ فذهب البعض إلى القول بأن هذه السلطة تعد خروجاً على مبدأ حياد القاضى، وذلك على أساس أن القاضى المستعجل لا يتقيد بالطلبات التى تعرض عليه من الخصوم ، وإنما يجوز له أن يقضى بغيرها[1].

وفى المقابل ، يذهب رأى أخر إلى أن سلطة التحوير التى يمتلكها القاضى المستعجل لا تعد استثناءً على مبدأ حياد القاضى، وذلك لأنه فى هذا الخصوص لا يقضى بغير ما يطلبه الخصوم، وإنما يقضى بالإجراء الوقتى الكامن بالطلب الأصلى الذى يراه ملائماً لإنزال الحماية الوقتية المناسبة على النزاع بما يتسق مع واقع النزاع . وبذلك، فهو يكون قد قضى بالطلب المطروح عليه ولو لم يستجيب للإجراء الذى أقترحه المدعى لهذه الحماية ، وذلك لأن هذا الإجراء ليس هو غاية الطلب ، وإنما هو مجرد أداة لتحقيق مضمونه[2].

ويميل البعض إلى تأييد الاتجاه الثانى حيث يرى أن القاضى المستعجل يمتلك سلطة تقديرية كبيرة فى تكوين مضمون حكمه بحيث لا يتقيد عند تحديد هذا المضمون بالتحديد الوارد فى طلب المدعى ، وذلك على اعتبار أن غاية طلب

---

(1) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣٢ ؛ نظرية الاختصاص – المرجع السابق - ص١٢٤، ١٢٥ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المصرى – ج١ – المرجع السابق - بند٣٥٨ – ص٣٨١ & د/سيد محمود – القضية المستعجلة فى القانون الكويتى – ط١٩٩٩ - ص٤٤ & د/على بركات – الوسيط فى قانون المرافعات – دار النهضة العربية – ط٢٠١٦ - بند٨٨٥ – ص١٢٢٨.

(2) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨٢، ٦٨٣ & د/أحمد هندى – التعليق على قانون المرافعات – ج١ – المرجع السابق - ص٩٤٤.

المدعى ومقصده هو تقرير الحماية الوقتية ، ويدخل فى هذه السلطة تقرير ما يلزم لتحقيق هذه الحماية[1].

والواقع أننا ننحاز إلى الرأى الثانى ونؤيده ، وذلك لأنه بالنظر إلى سلطة التحوير بنوع من العمق يتضح أنها لا تمثل إعتداء على مبدأ حياد القاضى ، ولا تعد استثناء عليه ، وذلك لأن تحوير الطلبات – بإعادتها إلى التقدير الذى كان يجب أن يكون عليه وقت رفع الدعوى المستعجلة بما يتفق وطبيعة اختصاص القضاء المستعجل – يتم فى نطاق واقع النزاع المنظور أمام القاضى المستعجل دون أن يضيف إليه واقع جديد من عنده. فالإجراء الوقتى الذى يتخذه جراء التحوير هو إجراء طرحه المدعى – ضمنياً – فى طيات وقائع النزاع ، وما دور القاضى المستعجل فى هذا الصدد سوى استخراج هذا الإجراء من هذه الوقائع.

ومن ناحية أخرى، نرى أن التصور الذى يرى أن سلطة التحوير هى استثناء لمبدأ حياد القاضى ليس معيباً فى نتائجه فقط ، بل معيباً كذلك فى أساسه ، وذلك لأن القول بأن التحوير استثناء لمبدأ الحياد يعنى السماح للقاضى المستعجل بتغيير البنيان الواقعى للنزاع وموجبات إدعاءات الخصوم، وهذا غير صحيح . فليس هناك تغيير يتم فى الوقائع التى يطرحها الخصوم – كما ذكرنا مسبقاً – حال استخدام القاضى المستعجل لسلطة التحوير . كذلك أن فكرة تحوير الطلبات ذاتها ليست قاعدة إجرائية ، ولا يوجد نصاً تشريعياً يقرها[2]. وبالتالى ، فهى ليست استثناءً . فالقاعدة المسلم بها أنه لا استثناء إلا بنص صريح يجيزه[3].

---

(1) د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٣ – ص٢١٧، ٣١٨. قرب ذلك: د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند٢٢، ١٦١ – ص٤١، ٤٢، ٢٥٨ حيث ترى سيادتها أن الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحوير يتماشى ويتفق مع دور القاضى الايجابى فى توجيه سير الخصومة وإتخاذ بعض الإجراءات فيها ولو لم يطلبها الخصوم.

(2) مع ملاحظة أنه وإن كانت سلطة التحوير لم يقررها قانون المرافعات بنص تشريعى خاص، إلا أنها تعد فى حد ذاتها التزاماً لا يحتاج إلى نص إذ مصدرها طبيعة عمل القضاء المستعجل باعتبارها لا يفصل إلا فى نزاع وقتى. وبالتالى، فسلطة التحوير ليست غاية فى ذاتها، وإنما هى وسيلة مقررة لتحقيق غاية محددة، وهى إرساء الحماية الوقتية على أصل الحقوق المتنازع عليها.

(3) الطعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠٠٨/٦/١٢ ؛ والطعن رقم ٥٠٣٧ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤ ؛ والطعن رقم ٧٠٦١ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٧/١١/٨.

٦- رابعاً : تأصيل التحوير.

تجد سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه أصولها لدى البعض[١] فى مبدأ تحول العقد المقرر بالمادة ١٤٤ من القانون المدنى[٢]. فالطلبات القضائية التى تعرض على القاضى المستعجل شأنها شأن العقد الباطل ، فلئن كان من المقرر أن العقد الباطل لتخلف ركن من أركانه إذا تضمن فى ثناياه عناصر عقد آخر صحيح ، فإنه يتحول إلى هذا العقد الصحيح إذا ما تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه إليه. فكذلك الأمر بالنسبة لهذه الطلبات إذا ما تبين أن نية المدعى كانت تتجه فيها إلى طلب الحماية الوقتية ، جاز للقاضى المستعجل تحوير هذه الطلبات إلى إجراءات وقتية تتلاءم مع طبيعة اختصاصه[٣]. كما لو رفعت دعوى بطرد مستأجر من عين معينة وكان ذلك يثير نزاعاً موضوعياً ، فإنه يجوز للقاضى المستعجل أن يحور طلب الطرد إلى طلب حراسة[٤].

---

(1) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ ؛ ونظرية الاختصاص – المرجع السابق – ص١٢٤، ١٢٥.

(2) وتنص المادة ١٤٤ على أنه «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد أخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد». ويستخلص من هذا النص أنه يشرط لتطبيق نظرية تحول العقد ثلاثة شروط هى: ١- أن يكون التصرف الأصلى باطلاً على اعتبار أنه لم يستوف العناصر التى يتطلبها القانون. ٢- أن يتضمن التصرف الأصلى عناصر تصرف أخر. ٣- أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الأخر. (الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٤/١٣ – س٤٥ ص٦٩٤ ؛ ونقض مدنى ١٩٧٠/١/٢٩ – الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ق). كتحول عقد البيع الباطل المبرم فى فترة المرض إلى وصية صحيحة. (الطعن رقم ١٥٩١ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ ؛ والطعن رقم ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠١/٦/١٢). وأنظر فى هذه الشروط بالتفصيل: د/عبدالرازق السنهورى – الوسيط فى القانون المدنى – ج١ – تحديث المستشار مدحت المراغى – طبعة ٢٠١٠ – بند٣٠٧ وما يليه – ص٤١٠ وما بعدها & د/حلمى بدوى – آثار التصرفات القانونية الباطلة – مجلة القانون والاقتصاد – السنة ٤٣ – ص٤٠٧ وما بعدها & د/جميل الشرقاوى – نظرية بطلان التصرف القانونى – دار النهضة العربية – ط١٩٩٤– ص٣٧٤ وما بعدها & د/نبيل سعد – النظرية العامة للالتزام – ط٢٠٠٩ – ص٢٥٩،٢٦٠ & د/حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – ط٢٠٠٥ – ص٢٢٤ وما بعدها & د/أحمد يسرى – تحول التصرف القانونى – رسالة دكتوراه - جامعة هيدلبرج بالمانيا - نسخة مترجمة للعربية - مطبعة الرسالة – ط١٩٥٨ – ص٩٢ وما بعدها.

(3) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣٢،١٣١ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٤، ١٥٥.

(4) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣٢ & أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند٥٢ – ص٩١.

ولم يلق هذا الاتجاه قبولاً لدى البعض ، وذلك على أساس أن الطلب المطروح على القاضى المستعجل محل التحوير هو عمل إجرائى ، فى حين أن نظرية تحول العقد تسرى على التصرفات القانونية دون الأعمال الإجرائية[1]. كما يضيف هذا الرأى أنه ليس صحيحاً الاستناد إلى نظرية تحول العمل الإجرائى الواردة بالمادة ١/٢٤ من قانون المرافعات[2] فى تأصيل سلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل ، وذلك لأن المفترض فى هذه النظرية أن هناك عمل إجرائى باطل توافرت فيه عناصر عمل أخر صحيح ، بينما الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل ، فهو فى حد ذاته عمل صحيح، وليس عملاً باطلاً[3].

ونحن نتفق مع هذا الإتجاه فيما انتهى إليه من أن فكرة التحول، سواء بالنسبة للتصرف القانونى أو العمل الإجرائى ، لا تسرى على مكنة تحوير الطلبات المخولة للقاضى المستعجل ، ولا تعد أساساً لها ، وذلك لأن تحوير الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل واستبداله بأحد الإجراءات الوقتية التى تتلاءم مع طبيعة

---

(1) د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٣ – ص٣١٨.

(2) وتنص المادة ١/٢٤ على أنه «إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء أخر، فإنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذى توافرت عناصره». ومفاد هذا النص أنه يشترط لتطبيق نظرية تحول العمل الإجرائى *شرطان*: **الأول** أن يكون العمل الإجرائى باطلاً. **والثانى** إنطواء العمل الباطل على مقومات عمل قانونى أخر صحيح. (نقض مدنى ١٩٦٩/١٢/٢ – السنة ٢٠ – ص١٢٤٨). مثال ذلك تحول الاستئناف المقابل الباطل إلى استئناف أصلى. (الطعن رقم ١٠٢٥٤ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٧/١٢/٩ ؛ والطعن رقم ١٩١٨ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠١٠/٤/١٠). وأنظر بالتفصيل : د/فتحى والى – نظرية البطلان – تحديث د/ماهر زغلول – ط٢ – ١٩٩٧ – بند٤٣٦ – ص٨٢٢. وكذلك تحول اليمين الحاسمة الباطلة لعيب شكلى إلى إقرار قضائى صحيح. د/فتحى والى – الوسيط فى القضاء المدنى – المرجع السابق – بند٢٥٤ – ص٤١٧؛ ونظرية البطلان – المرجع السابق – بند٤٣٦ – ص٨٢٣.

وجدير بالتنويه أنه على الرغم من أن نظرية تحول العمل الإجرائى مأخوذة من نظرية تحول العقد إلا أن ثمة فارق جوهرى بينهما، وهو أن الأخيرة يشترط فيها توافر اتجاه نية المتعاقدين التى كانت تنصرف إلى إبرام العقد الصحيح. (الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٢ ؛ والطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ق – جلسة ١٩٨٣/٤/٢٤ – السنة ٣٤ – ص١٦٦٤ ؛ وأنظر: د/أحمد يسرى – المرجع السابق – ص١٨١ وما بعدها). بينما لا يشترط فى النظرية الأولى توافر هذه النية. د/رمزى سيف – المرافعات – بند٥٠٣ – ص٤٠٠ & د/فتحى والى – الوسيط فى القضاء المدنى – المرجع السابق – بند٢٥٤ – ص٤١٧ ؛ ونظرية البطلان – المرجع السابق – بند٤٣٥ - ص٨٢١ & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٧٠. وأنظر بالتفصيل: د/أحمد هندى – التعليق على المرافعات – ج١- المرجع السابق – ص٥٢١،٥٢٠.

(3) د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٣ – هامش ص٣١٨.

اختصاصه هو مجرد تغيير أداة تحقق مضمون هذا الطلب ، وهو الحصول على الحماية الوقتية ، وليس تحوله من البطلان إلى الصحة ، فهو بحسب الأصل إجراء صحيح[1]. فخطأ المدعى فى تصور طبيعة ومضمون طلبه وإساءة التعبير عنه لا يؤدى فى حد ذاته إلى تعيّبه . وعلى الرغم من وجاهة ما انتهى إليه ذلك الرأى ، إلا أنه لم يقدم لنا تأصيلاً لفكرة تحوير الطلبات . ولذا ، فإنه يكون من اللازم وضع تأصيل لها.

ويميل البعض إلى ربط سلطة التحوير بمبدأ حياد القاضى الإيجابى والذى بموجبه أصبح للقاضى المستعجل – كغيره من القضاه – دوراً إيجابياً وفعالاً فى توجيه سير الخصومة وتصحيح مواطن الخطأ فيها وإتخاذ بعض الإجراءات فيها ولو لم يطلبها الخصوم ليكون له حق الهيمنة على الخصومة وتوجيه إجراءاتها[2].

ونحن لا نوافق هذا الرأى ، وذلك لأن الاعتراف للقاضى بالدور الإيجابى فى توجيه الخصومة ليس قاصراً على قاضى بعينه ، وإنما يمتلكه أى قاضى ، عادى أو مستعجل ، بحكم وظيفته . وبالتالى، فالقول بأن مناط منح القاضى المستعجل سلطة التحوير هو تمتعه بالدور الإيجابى فى توجيه الدعوى وموالاة إجراءاتها هو قول مفاده الاعتراف بهذه السلطة للقاضى العادى لتمتعه بذات الدور الايجابى المقرر للقاضى المستعجل . وهذا غير صحيح ، وذلك لأن تمتع القاضى المستعجل بسلطة التحوير يكشف عن خصوصية محددة له تميزه عن القاضى العادى . فضلاً عن ذلك أن مبدأ حياد القاضى بمفهومه الايجابى يعد فى حد ذاته – كما سيجئ فيما بعد –

---

(1) عكس ذلك؛ هناك من يرى أن مصطلح التحول ليس حكراً على فكرة تحول الأعمال الإجرائية الباطلة، فليس هناك ما يمنع من أن يكون للمصطلح أكثر من معنى طالما أمكن الفصل بينهما ووضع ضوابط لكل منها. د/طلعت دويدار – وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠٩ - هامش ص١٣.

(2) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند٢٢ ،١٦١ – ص٤١ ،٤٢ ،٢٥٨. وكذلك: أ/محمد عبداللطيف – المرجع السابق – بند٥٠٠ – ص٤٤٠. ولقد لقى هذا الرأى تأييداً لدى بعض أحكام القضاء حيث قضى " بأن للقاضى المستعجل أن يسير بالدعوى دون حاجة إلى تنبيه الخصوم إلى هذا التغيير أو التحوير فى الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى بما له من سلطة الهيمنة على سير الدعوى وتوجيهها والحكم فيها بما يتفق ومقتضيات العدالة". الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستعجل مستأنف القاهرة – جلسة ١٩٦٥/٣/١٠ – منشور لدى: ابراهيم عثمان – أحكام ومبادئ القضاء المستعجل – المرجع السابق – ص٢٠٩.

قيداً على إعمال القاضى المستعجل لسلطته فى التحوير بما لا يصح الاستناد إليه كأساس لتبرير هذه السلطة.

والحقيقة فى اعتقادنا أن سلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل تجد أساسها فى اعتبارات العدالة ، إذ المحتمل أن يخطئ المدعى – وهو إنسان غير معصوم – فى تصور مضمون طلبه وتقدير أساسه فيعبر عنه بشكل لا يتناسب مع طبيعة عمل القاضى المستعجل بما يخرج عن اختصاصه. وبالتالى ، فليس من العدالة فى شئ أن يقف القاضى المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم يهدد حقوق الخصوم ويستوجب اتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى لا لشئ إلا لخطأ المدعى فى تقدير أساس طلبه وبيان طبيعته طالما كان هذا الخطر ظاهراً له من وقائع النزاع التى طرحها الخصوم وكانت محلاً لمناقشاتهم[1].

٧– خامساً : تقدير التحوير.

نعتقد أن توسيع سلطة القاضى المستعجل ومنحه مكنة تحوير الطلبات التى تعرض عليه إلى إجراءات وقتية حتى تكون فى حدود اختصاصه بدلاً من أن يقضى بعدم اختصاصه بنظرها يحقق مزايا كثيرة منها؛ أن التحوير يعد ضمانة إجرائية هامة لتحقيق الحماية الوقتية اللازمة للحفاظ على حقوق الأطراف ، وهو ما يستجيب لاعتبارات اللجوء إلى القضاء المستعجل ويتفق ويتناسب مع طبيعة اختصاصه . فالابقاء على تقدير المدعى لطلباته – التى لم يحسن تقديرها ووصفها – كما هى وفقاً للتحديد الوارد بصحيفة إدعائه يجعلها غير مقبولة أمام القضاء المستعجل.

وبالتالى ، يعتبر التحوير وسيلة تسمح للقضاء المستعجل بتحقيق وظيفته بإنزال الحماية العاجلة للمراكز القانونية المؤقتة الخصوم وتحصينها ضد المخاطر المحدقة بها وإزالة التجهيل الذى يشوبها.

---

(1) ولعل هذا يقترب مع ما قرره البعض من أساس تمتع القاضى المستعجل بسلطة التحوير يرجع إلى العبء الذى يقع عليه الماثل فى الترجيح بين الاحتمالات والتوفيق بين مصالح الخصوم. فإذا كان من حق المدعى الحصول على الحماية المستعجلة، فلا أقل من أن يختار القاضى المستعجل الاجراء الأقل ضرراً به إعمالاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار. د/على بركات – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند٨٨٥ – ص١٢٢٨.

كما يعد التحوير وسيلة فنية هامة للحد من فكرة الهدر الإجرائى وتحقيق مبدأ الاقتصاد فى الإجراءات والنفقات إذ من شأنه عدم إهدار الخصومة المستعجلة لمجرد عيب فى تصور وتقدير الطلبات وتحديد طبيعتها بصحيفة الإدعاء وتفادى إعادة تكرار الإجراءات مرة أخرى فى صورة دعوى مبتدأة إذا ما قضى القاضى المستعجل بعدم اختصاصه بنظر النزاع. ولعل من شأنها ذلك تحقيق العدالة على الوجه الأحسن وبالشكل الأسرع بكل ما يعينه ذلك من الحفاظ على حقوق الخصوم واستقرار مراكزهم القانونية.

وقد يبدو ظاهرياً أن مكنة التحوير تمثل محاباة للمدعى ، وإجحافاً بحقوق المدعى عليه ، وذلك على أساس أنه يترتب على إعمال هذه المكنة منح المدعى الحماية الوقتية المرغوب فيها على الرغم من أنه لم يطلبها بشكل صريح. وبذلك تنشأ مراكز قانونية مؤقتة جديدة للخصوم.

والصحيح لدينا أن التحوير لا يترتب عليه ضرراً محضاً للمدعى عليه – كما قد يتبادر إلى الأذهان –، وذلك لأن غاية التحوير هى مجرد إتخاذ إجراء وقتى لا ينال من أصل الحق والذى يظل قائماً بين الخصوم بحيث يمكن لهم التناضل بشأنه أمام القضاء الموضوعى، فلا يترتب عليه كسب حق أو إهداره . كذلك أن للقاضى المستعجل حال استعماله لسلطة تحوير الطلبات المطروحة عليه – كما سيجئ بعد – أن يلزم المدعى بتقديم كفالة أو يأمر بما يراه كفيلاً بصيانة حقوق المدعى عليه . وهذا ما يعد توفيقاً بين مصالح الخصوم ، المدعى والمدعى عليه.

وعلى هذا النحو ، يمكن القول أن منح القاضى المستعجل سلطة التحوير ، وإن كان يستجيب ظاهرياً لمصلحة المدعى ، فإنه لا يمثل إنحيازاً له. وفى المقابل ، أنه إذا كانت هذه السلطة لا تتفق مع مصلحة المدعى عليه ، إلا أنها لا تشكل ضرراً له أو إجحاف بحقوقه.

المطلب الثانى

تمييز التحوير عما يختلط به من أفكار.

٨- يوجد العديد من المكنات الإجرائية التى قد تختلط وتتشابه مع فكرة التحوير، كالتكييف القانونى، والتصحيح بالتحول، وتعديل الخصومة عن طريق إبداء الطلبات العارضة. ولذا ، فإنه ينبغى أن نميز فى هذا الصدد بين التحوير وبين ما يختلط به من هذه المكنات ، وذلك على النحو التالى:

٩- ١- التحوير والتكييف.

التكييف هو عمل قانونى يقوم به القاضى من تلقاء نفسه بقصد إعطاء الدعوى اللون القانونى وإنزال حكم القانون الصحيح عليها دون الاعتداد بالتكييفات والأوصاف التى يسبغها الخصوم على دعواهم[1]، وذلك على اعتبار أن التكييف مسألة قانونية تخص القاضى وحده ، فهو ملزم بتطبيق القواعد القانونية بحكم عمله دون أن الاعتداد بإرادة الخصوم ومشيئتهم[2].

---

(1) الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠١٠/٤/٢٧ ؛ والطعن رقم ٩٩٤٠ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٨/٤/١٤ ؛ والطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٦٤ ق – جلسة ٢٠٠٣/١/٢٨ ؛ والطعن رقم ٧٣٨ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٩/٣/١٦. وأنظر فى دراسة موسعة فى التكييف: د/محمد إبراهيم - النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى فى قانون المرافعات – دار الفكر العربى - ط١٩٨٢. وراجع أيضاً: د/أحمد أبوالوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – منشأة المعارف – ط١٩٨٩ – بند١١١ وما يليه – ص٢٧٥ وما بعدها & د/نبيل عمر – سبب الطلب القضائى أمام الاستئناف – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠٨ – بند٥٠ وما يليه – ص٦٧ وما بعدها & د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – رسالة جامعة الزقازيق – دار النهضة العربية - ط١٩٩٤ – بند٢٣١ وما بعده – ص٣٥٤ وما بعدها.

(2) ويجد ذلك أساسه فى قاعدة أن **القاضى يعلم القانون**. ومقتضى هذه القاعدة أن القاضى يفترض فيه العلم بكافة القواعد القانونية وأنه ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه وفقاً لما يستجيب للوقائع النزاع كما عرضها الخصوم دون التقيد فى ذلك بإرادتهم أو أوصافهم القانونية. مع ملاحظة أن هناك ثمة قيود ترد على هذه القاعدة، هى التزام القاضى باحترام البنيان الواقعى الذى أقامه الخصوم وعدم المساس به، وأن يحترم مبدأ المواجهة فيما يطرحه من القواعد القانونية. وتجد هذه القاعدة تبريرها فى وظيفة القاضى ذاته باعتباره موظفاً عاماً يقع على عاتقه مهمة تنفيذ قواعد القانون على المنازعات التى تعرض عليه. أنظر بالتفصيل فى مفهوم هذه القاعدة وأساسها ومبرراتها ونطاقها وضوابطها: د/عزمى عبدالفتاح – أساس الإدعاء الإدعاء أمام القضاء المدنى – دار النهضة العربية – ط١٩٩١ – ص١٩٨ وما بعدها & د/نبيل عمر – سبب الطلب القضائى – المرجع السابق – بند٢٢٠ وما يليه – ص٢٤٣ وما بعدها & د/إبراهيم سعد – القاضى يعلم القانون – بحث باللغة الفرنسية – ١٩٧٥ – مشار اليه لدى مؤلفه – قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم – المرجع السابق – ص٦٣ & د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند١٦٤ وما يليه – ص٢٢٠ وما بعدها.

وتُجرى عملية التكييف القانونى عن طريق ترجمة الوقائع التى قدمها الخصوم إلى مفهوم قانونى يسمح بإدراجها داخل نطاق قاعدة قانونية معينة[1]. بمعنى أن يقوم القاضى بالبحث عن القاعدة القانونية وتطبيقها على وقائع الدعوى التى قدمها الخصوم للوصول إلى نتائج قانونية من خلال هذا التطبيق[2].

وبهذه المثابة ، يتفق التحوير مع التكييف فى أن كلاهما يعد من صميم عمل القاضى حيث يقوم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم ، وذلك فى وقت واحد ، وهى مرحلة ما بعد قفل باب المرافعة. كما يتشابهان فى أن كلاهما يُجرى بشرط التزام القاضى بحدود الطلبات المنظورة أمامه وعدم المساس بالوقائع الثابتة المطروحة عليه[3]. ولعل هذا ليس معناه اعتبار التكييف مرادفاً للتحوير ، فالتكييف ليس هو التحوير ، والتحوير لا يعد تكييفاً ، فلكل منهما طبيعة ذاتية تختلف عن الأخرى ، فضلاً عن اختلاف ضوابطهما ، وهو ما يحول دون المزج بينهما.

ومن أوجه الاختلاف بين الفكرتين؛ أن التحوير هو سلطة مخولة للقاضى المستعجل دون سواه ترد على الطلبات الوقتية المطروحة عليه التى يكون الفصل فيها ماساً بأصل النزاع دون. وفى المقابل، أن التكييف هو عملية ذهنية أو فنية تثبت لأى قاضى سواء كان قاضياً موضوعياً أو مستعجلاً ، وسواء كان النزاع المطروح

---

(1) د/نبيل عمر – سبب الطلب القضائى – المرجع السابق – بند٥٢ – ص٧٠ & د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند٢٣١ – ص٣٥٤.

(2) د/أحمد أبوالوفا – نظرية الأحكام – المرجع السابق – بند١١٥ – ص٢٨٢ & د/هشام صادق – مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى – رسالة جامعة الاسكندرية – ط١٩٦٨ – بند١٥ – ص٢٠ & د/نبيل عمر – النظرية العامة للطعن بالنقض – منشأة المعارف – ط١٩٨٠ - بند٦٨ – ص١٤٨.

(3) أنظر فى تقيد سلطة التحوير بحدود الطلبات وأساس الدعوى: ما يلى – بند٣٥، ٣٦. وفى تقيد سلطة التكييف بذلك: الطعن رقم ٩٩٤٠ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٨/٤/١٤؛ والطعن رقم ٧١٢٨ لسنة ٦٦ق – جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢؛ والطعن رقم ٨٥٨٣ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٨/٤/١٥. وكذلك: د/نبيل عمر – سبب الطلب القضائى – المرجع السابق – بند٥٩، ٦٠ – ص٧٨ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٢٩ – ص٥٧٠ وما بعدها & د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند٢٣٥ وما يليه – ص٣٦٢ وما بعدها & د/محمد إبراهيم - التكييف القانونى للدعوى – المرجع السابق – ص٤٢.

عليه نزاعاً موضوعياً أو وقتياً بحكم التزام القضاة بإعمال القانون وتطبيقه على الوجه الصحيح[1].

ومن أوجه الخلاف أيضاً؛ أن التحوير يعد وسيلة بمقتضاه يتم إحلال الإجراء الوقتى الكامن بوقائع النزاع محل الطلب الأصلى المطروح على القاضى المستعجل والقضاء به إذا أمكن استخلاصه منها طالما تبين له أن المدعى كان يقصده ، وذلك من أجل تقرير الحماية الوقتية حفاظاً على أصل الحق المتنازع عليه. بينما التكييف هو وسيلة لإعطاء الوقائع المقدمة إلى القاضى وصفها القانونى الصحيح دون تعديلها أو المساس بها[2]، ودون الاعتداد بإرادة الخصوم وأوصافهم.

وعلى ذلك ، نرى أنه إذا كان الهدف من التحوير هو الوصول إلى المراد الحقيقى للخصوم الماثل فى إنزال الحماية الوقتية السريعة لصيانة حقوقهم ، فإن المقصد من التكييف هو تطبيق القاعدة القانونية الواجبة وإنزال حكمها الصحيح على وقائع النزاع الثابتة . وبعبارة أدق أن التحوير هو وسيلة لإنزال الحماية المستعجلة ، فى حين أن التكييف هو أداة لتطبيق أحكام القانون على الوجه الصحيح[3].

وعلى الرغم من الاختلاف القائم بين التحوير والتكييف على النحو المتقدم ، إلا أن الجامع بينهما هو أنهما معاً يشكلان أداتين فنيتين من الأدوات الفنية التى تستهدف تطبيق القانون على وجهه الصحيح ، فضلاً عن أن التكييف يعد جزءاً لا يتجزأ من عملية التحوير ومرحلة من مراحلها ، بل هو مقتضى أساسى لها ، فلا

---

(1) أنظر: د/محمد إبراهيم - التكييف القانونى للدعوى – المرجع السابق – ص٩٨، ٩٩، ٤١٢ & د/أحمد أبوالوفا – نظرية الأحكام – المرجع السابق – بند١١١ ،١١٢ – ص٢٧٦ ،٢٧٧ & د/نبيل عمر – سبب الطلب القضائى – المرجع السابق – بند٥٢ – ص٧٠ & د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند٢٣١ – ص٣٥٧ وما بعدها.

(2) الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٨/٥/١٢؛ والطعن رقم ١٠٢٥٢ لسنة ٧٦ق – جلسة ٢٠٠٨/٣/٩؛ والطعن رقم ١٤٤١ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٩/٣/٩؛ والطعن رقم ٢٧٨٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٧/١/١٢؛ والطعن ٢٩ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥.

(3) ومن أوجه الاختلاف بينهما كذلك؛ أن التكييف هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض. أما التحوير، فهو مسألة واقعية مناطها استخلاص الإجراء الوقتى من الحالة الواقعية للنزاع. ومن ثم، فهى لا تخضع لرقابة محكمة النقض طالما كان الاستخلاص سائغاً وله أصل فى الأوراق. وهذا ما سيكون محلاً للدراسة فيما بعد.

يمكن للقاضى المستعجل استعمال سلطته فى التحوير دون إجراء تكييف قانونى للنزاع المنظور أمامه. وهذا ما سيكون محلاً للدراسة فى حينه.

١٠- ٢- التحوير والتصحيح بالتحول.

قد يبدو ظاهرياً أن ثمة تشابه بين مكنة التحوير وبين مكنة التصحيح بالتحول ، وذلك على أساس أنهما اصطلاحين ذات دلالة ومعنى واحد[١]، فضلاً عن أن نطاق تطبيقهما يقتصر على الأعمال الإجرائية . فضلاً عن كونهما ذات غاية واحدة ، هى الاقتصاد فى الوقت والإجراءات والحد من فكرة الهدر الإجرائى.

لكن الصحيح – فى رأينا – أن ثمة فروق وأوجه اختلاف جوهرية بين هذين الاصطلاحين لا يمكن إنكارها ، فلكل منهما كيان خاص وشروط مستقلة عن الأخر ، فالتصحيح بالتحول يستخدم للدالة على تحول الإجراء الأصلى الباطل إلى إجراء أخر صحيح إذا تضمن الأول مقتضيات الثانى[٢]. ومن ثم ، فإن معناه هو تحول البطلان إلى الصحة[٣]. أما التحوير فهو استبدال الطلب الوقتى الأصلى بطلب وقتى أخر ليس بسبب بطلانه أو عدم صحته ، وإنما نظراً لعدم تناسب ما يثيره من نزاع موضوعى مع طبيعة اختصاص القاضى المستعجل . بمعنى إحلال الإجراء الوقتى الذى يستجيب لوقائع النزاع ولا يمس أصل النزاع محل الطلب الوقتى الأصلى الذى يمس هذا الأصل.

ومن أوجه الاختلاف كذلك بين التحوير والتصحيح بالتحول ، أنه يشترط فى التحوير أن تكون نية الخصوم قد قصدت بالفعل الإجراء الوقتى المحور إليه، أى

---

(1) والتحول فى اللغة العربية من "حَوّل" بتشديد (و) أى قلب أو حُوّل. والتحول هو تغيير الحال أو الوضع من حال إلى أخر أو التنقل من موضوع لأخر. ويقال تَحَوّل عن الشئ أى زال عنه إلى غيره، ومنها قوله تعالى "ولا يبغون عنه حولا" أى تحويلاً. (أنظر: لسان العرب – المرجع السابق – جزء٤٤ – ص١٨٦ وما بعدها & ومختار الصحاح – المرجع السابق - ص٦٣). وكذلك الأمر بالنسبة لاصطلاح التحوير، فهو يحمل ذات هذه المعانى. أنظر: ما تقدم – بند٣.

(2) أنظر فى ضوابط التصحيح بالتحول: ما تقدم – بند٦.

(3) كتحول الطلب العارض الذى اعتبر باطلاً تبعاً للحكم ببطلان صحيفة الدعوى إلى طلب أصلى إذا كان قدم للمحكمة بالطرق المعتادة. د/ رمزى سيف – المرافعات – بند٤٠٠ – ص٥٠٣. وتحول الاعلان فى غير موطن المعلن إليه إلى إعلان لشخصه إذا تصادف وجوده فى هذا الموطن واستلم صورة من الاعلان. د/ابراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٣٠٤.

تكون قد انصرفت – وإن كان بشكل ضمنى – إلى طلب الحماية الوقتية[1]، بينما التصحيح بالتحول ، فلا يشترط فيه توافر هذه النية[2]. وهكذا ينعدم التشابه بين التحوير والتصحيح بالتحول.

١١– ٣– التحوير والتعديل.

إذا كان التحوير فى اصطلاحه اللغوى يعنى التعديل والتغيير، إلا أن تحوير الطلبات لا يعد تعديلاً للطلبات بالمعنى الصحيح المعروف فى نظام الطلبات العارضة . فالتعديل هو تغيير النطاق الموضوعى للخصومة سواء من حيث موضوعها أو سببها أثناء سيرها قبل إقفال باب المرافعة[3].

وتعديل الطلبات – بهذا المعنى – هو رخصة لها ضوابط معينة[4] مخولة لأطراف الدعوى ، المدعى[5] والمدعى عليه[6]، وكذلك الغير[7]، وذلك بتعديل الطلبات المطروحة على المحكمة – زيادة أو نقصاناً –، اقتصاد للإجراءات وتوفيراً للوقت والنفقات ، وأنه بالإمكان أن تؤدى إلى تغيير سبب الدعوى[8]. بينما تعد مكنة

---

(1) أنظر فى هذا الشرط بالتفصيل: ما تقدم – بند٤.

(2) د/فتحى والى – نظرية البطلان – المرجع السابق – بند٤٣٥ - ص٨٢١ & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٧٠.

(3) فقد قضى بأن الطلب العارض هو الطلب الذى يتناول بالتغير أو بالزيادة أو بالنقص أو بالاضافة ذات النزاع من جهة موضوعه مع بقاء السبب على حاله أو تغيير السبب مع بقاء الموضوع على ما هو عليه. الطعن رقم ٨٦٥ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠ – س٤٦ – ص١٢٨٠؛ والطعن رقم ٢٤٢٩ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٢/٢/١٩.

(4) ويشترط لتعديل الطلبات عدة شروط هى ١- أن يكون الطلب مما حدده المشرع ٢- وأن يتم التعديل قبل قفل باب المرافعة. ٣- أن يكون هناك إرتباط بين الطلب الاصلى والطلب المعدل سبباً وموضوعاً. ٤- أن يجرى التعديل وفقاً للشكل الذى حدده المشرع. أنظر فى شروط تعديل الطلبات: د/أحمد هندى – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٢٧ – ص٢٤٠ وما بعدها.

(5) وتسمى بالطلبات الإضافية وهى الطلبات العارضة التى يقدمها المدعى والتى تؤدى إلى زيادة الطلب الأصلى أو تصحيحه أو تعديله. راجع المادة ١٢٤ من قانون المرافعات.

(6) وتسمى بالطلبات المقابلة هى الطلبات العارضة التى تقدم من المدعى عليه والتى تؤدى إلى زيادة الطلب الأصلى بإضافة طلبات جديدة إليه. راجع المادة ١٢٥ من قانون المرافعات. ويطلق عليه البعض مسمى الدعاوى الفرعية. د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج٢ – المرجع السابق - ص٦٢٠.

(7) وتسمى بطلبات التدخل والادخال وهى طلبات عارضة تقدم من الغير. راجع المادتان ١١٧، و١٢٦ من قانون المرافعات.

(8) د/أحمد أبوالوفا- المرافعات – المرجع السابق – بند١٧٦ – ص١٨٠ & د/أحمد هندى – المرافعات – المرجع السابق – بند١٢٦ – ص٢٣٩. وكذلك: الطعن رقم ٦٦٧ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٠/٤/١١ ؛

التحوير – كما جاء مسبقاً – سلطة مخولة للقاضى المستعجل يجريها من تلقاء نفسه بعد قفل باب المرافعة حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم ، بقصد استبدال الطلب المنظور أمامه بالإجراء الوقتى التى يستظهره من طيات الوقائع الثابتة المطروحة عليه، وذلك لتفادى الحكم بعدم اختصاصه.

وعلى هذا ، تتجلى خصوصية سلطة التحوير وذاتيتها الخاصة التى تحول دون إدارجها تحت اصطلاح تعديل الطلبات المنصوص عليه بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات وما بعدها. ولذا ، فقد آثرنا – فى بداية الدراسة – استخدام اصطلاح التحوير عن تعبير التعديل.

المبحث الثانى

نطاق التحوير وشروطه

١٢– تمهيد وتقسيم :

نظراً لطبيعة التحوير باعتباره وسيلة لتوسيع سلطات القاضى المستعجل، فإنه ينبغى تحديد النطاق الذى تدور فيه هذه الوسيلة مراعاة لمصلحة المدعى عليه . ويقصد بنطاق التحوير بيان الأحوال التى يمتلك فيها القاضى المستعجل تحوير الطلبات التى تعرض عليه من الخصوم ، بما لا يجوز له الخروج عنها.

ومن ناحية أخرى ، قد يؤدى إطلاق سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات التى تقدم إليه من المدعى إلى الإضرار بالمدعى عليه وترتيب نتائج وخيمة بالنسبة له بحيث تضر بحقوقه وتسوى مركزه القانونى، وذلك على أساس أن القاضى المستعجل سيغير الوجه القانونى للمنازعة المعروضة عليه دون إعلام المدعى عليه بذلك وإعطاؤه فرصة المناقشة والمجادلة فيما سيقضى فيه من طلبات لم يطرحها المدعى صراحةً فى إدعائه.

من أجل ذلك ، قيد الفقه والقضاء سلطة القاضى المستعجل فى التحوير بمجموعة من القيود والشروط ، لتصبح سلطة غير مطلقة.

والطعن رقم ٤٣٠٣ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٩/١١/٢٥. وأنظر فى فوائد الطلبات العارضة: د/أحمد الصاوى – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٤٠ – ص٣٢٢.

وترتيباً على ما تقدم ، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين كالتالى:

المطلب الأول: نطاق التحوير .

المطلب الثانى: شروط التحوير.

المطلب الاول

نطاق التحوير

١٢مكرر – لم يتضمن قانون المرافعات نصاً خاصاً يُقر به سلطة تحوير الطلبات المخولة للقاضى المستعجل ، وهو ما أدى إلى إختلاف الفقه حول تحديد الطلبات التى تكون محلاً للتحوير وما لا تكون كذلك. فمن قائل أن مكنة التحوير ترد على الطلبات الوقتية. ومن قائل أنها ترد على الطلبات الموضوعية. ومن قائل أنها ترد الطلبات بنوعيها، موضوعية ووقتية. ومن قائل أنها ترد على الطلبات الوقتية المؤسسة على أسس موضوعية. وفى المقابل، أيدت غالبية أحكام القضاء الاتجاه الأخير حيث استقرت على قصر سلطة القاضى المستعجل فى التحوير على الطلبات الوقتية التى تكون بمنأى عن اختصاصه ، وذلك لبنائها على أساس موضوعى بحيث يكون تحقيقها والفصل فيها من شأنه المساس بأصل الحق.

وبناء على ما تقدم ، فإننا سوف نعرض لآراء الفقه حول تحديد مجال إعمال مكنة التحوير ، ثم نتطرق إلى بيان موقف القضاء ، ثم نختم بوضع تقدير هذه المسألة ، وذلك على النحو التالى:

١٣– أولاً : الاتجاهات الفقهية فى تحديد نطاق التحوير.

إن تمتع القاضى المستعجل بسلطة تحوير الطلبات القضائية المعروضة عليه هى مسألة يجمع عليها الفقه ، إذ لا خلاف حول حق القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات التى تطرح عليه أثناء نظر النزاع إلى إجراءات وقتية ، وذلك لإنزال

الحماية العاجلة التى تكفل صيانة حقوق الخصوم وتحافظ على مراكزهم القانونية المؤقتة بدلاً من الحكم بعدم اختصاصه[1].

وعلى ذلك ، فإن مجال إعمال مكنة التحوير يقتصر على الطلبات القضائية التى تطرح على القاضى المستعجل ، فلا تمتد إلى ما لا يعد طلباً قضائياً بالمعنى الفنى للكلمة[2].

---

(1) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ & د/أحمد أبوالوفا – التعليق على قانون المرافعات – ج١ – ص٣٠٥ & أ/على راتب وآخرين – المرجع السابق – بند٥٢ – ص٨٩ & أ/محمد عبداللطيف – المرجع السابق – بند٥٠٠ – ص٤٤٠ & د/وجدى راغب – مبادىء القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧ & د/نبيل عمر – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – ص٢٣٧ & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٢ وما بعدها & د/محمد إبراهيم – الوجيز فى المرافعات – المرجع السابق – ص٤٠٥ & د/أحمد هندى – التعليق على المرافعات – ج١ - المرجع السابق – ص٩٤٤ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المصرى – ج١ - المرجع السابق – بند٣٥٨ – ص٣٨١ وما بعدها & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨١ & د/طلعت دويدار – الوسيط فى قانون المرافعات - دار الجامعة الجديدة – ط٢٠١٦ – ص٢٨١ & د/عيد القصاص – الوسيط فى شرح قانون المرافعات – دار النهضة العربية – ط٢ – ٢٠١٠ - ص٢٩٥، ٢٩٦ & د/على بركات – المرجع السابق – بند٨٨٥ – ص١٢٢٨.

(2) ويقصد بالطلب القضائى هو الاجراء الذى يتقدم به الشخص إلى القضاء عارضاً عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به. (د/ أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند١٦٩ – ص١٧١ & د/أحمد الصاوى – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٤٠ – ص٣٢٢ & د/أحمد هندى – قانون المرافعات – المرجع السابق – بند ١٢٣ – ص٢٣٣ & د/عيد القصاص - الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند٣٧٩ – ص٥٦٩ . قرب ذلك: د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق- ص٣٩٩). وقد عرفته محكمة النقض بأنه الطلب الذى يقدمه الخصم إلى المحكمة – بصفة أصلية أو بطريق الطلب العارض - إبتغاء صدور حكم أو قرار لحماية الحق أو المركز القانونى الذى يستهدفه بدعواه. (الطعن رقم ١٣٧١ لسنة ٦٩ ق – جلسة ٢٠١١/٤/٦ ؛ والطعن رقم ١٢٥ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٢ ؛ والطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٠).

ويشترط فى الطلب القضائى الذى يكون محلاً لمكنة التحوير **شرطان: *الأول***، تقديمه فى الشكل القانونى المحدد لتقديم الطلبات القضائية. فإذا لم يقدم الطلب بالشكل الذى أوجبه القانون، فلا يعد طلباً قضائياً بالمعنى الصحيح. وبالتالى فلا يكون معروضاً بالفعل على القاضى المستعجل بما لا يصح تحويره. والواقع أن هناك عدة طرق لتقديم الطلبات القضائية: **فإذا كان طلباً أصلياً**، فيقدم وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات. (الطعن رقم ٣٣١٨ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٩٨/٦/١٦). **إما إذا كان الطلب طلباً عارضاً**؛ فيتم تقديمه فى ثلاثة صور وهى: إما تقديمه وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، أو تقديمه شفاهة فى الجلسة أمام المحكمة شريطة حضور الخصم الآخر وإبداء الطلب فى مواجهته وإثباته فى محضر الجلسة، أو تقديمه فى مذكرة مكتوبة شريطة اطلاع الخصم عليها وتمكينه من الرد عليها. (الطعن رقم ٣٥١٨ لسنة ٨٠ ق – جلسة ٢٠١٢/٢/٢٣ ؛ والطعن رقم ٧٧٥ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٤/٦/١٠ ؛ والطعن رقم ٢٨٢٦ لسنة ٦٩ ق – جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٠). ويشترط لقبول الطلب العارض أيا كان شكله أن تكون الخصومة الأصلية قائمة بالفعل. الطعن رقم ٢٨٢٦ لسنة ٦٩ق – جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٠.

وثانى هذه الشروط: أن يكون الطلب القضائى محل التحوير طلباً واضحاً وجازماً. بمعنى أن يتم طرحه بشكل صريح غير مجهل وأن يصير عليه المدعى ويتمسك به فى طلباته الختامية. فالعبرة فى تحديد طلبات

وتفريعاً على هذا ، فإنه يحرم على القاضى المستعجل استخدام سلطة التحوير المخولة له بشأن كل ما يثيره الخصوم من دفوع[1] وأوجه دفاع[2]. كذلك أنه لا يجوز تحوير الطلبات المتعلقة بإجراءات التحقيق والإثبات[3]، فهى لا تصلح بذاتها محلاً للتحوير[4]. وإذا كان التحوير على هذا النحو فكرة لصيقة بالطلبات القضائية تدور وجوداً وعدماً معها ، وتنعدم مع كل ما لا يرقى إلى مرتبة الطلب القضائى ،

الخصوم هى بالطلبات الختامية. (الطعن رقم ٥٧١ لسنة ٨٠ ق – جلسة ٢٠١١/٢/٢٧ ؛ والطعن رقم ٧٨١٢ لسنة ٧٦ ق – جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥).

(1) ويقصد بالدفع كل ما يتمسك به الخصم أمام القضاء رداً على إدعاء خصمه لتفادى الحكم عليه بهذا الإدعاء. والدفع قد يكون دفعاً موضوعياً وهو ما يوجه إلى أصل الحق المتنازع عليه، وقد يكون دفعاً شكلياً وهو ما يوجه إلى شكل الطلب أو يتعلق بصحة إجراءات الخصومة دون التطرق إلى أصل الحق، وقد يكون دفعاً بعدم القبول وهو ما يوجه إلى حق الخصم فى رفع دعواه لإنتفاء شرط من شروط قبول الدعوى. (أنظر: د/أحمد أبوالوفا – نظرية الدفوع – بند١ وما يليه – ص١١ وما بعدها & د/فتحى والى – المبسوط فى القضاء المدنى – ج٢ - المرجع السابق – بند٢٨ وما يليه – ص٨٤ وما بعدها & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٤١٢ وما بعدها & د/أحمد هندى – قانون المرافعات – المرجع السابق – بند١٥١ وما يليه – ص٢٦٨ وما بعدها & د/عيد القصاص – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند٣٨٥ – ص٧٨٩ وما بعدها).

وآثراً لما تقدم، فإن ثمة إختلاف بين الطلب والدفع، فالطلب وسيلة هجومية للحصول على الحماية القضائية. بينما الدفع هو وسيلة دفاعية بحته للرد على الطلب لمنع الحماية المنشودة. د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٤٠٠. وفى ذات المعنى: د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند١٦٩ – ص١٧١ & د/أحمد الصاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات – المرجع السابق – بند١٤٠ – ص٣٢٢.

(2) وأوجه الدفاع هى ما تستند إليه الخصوم من أدلة، وذلك لإثبات وقائع الدعوى التى تؤيد طلباتهم أو ما يتمسكون به لتكييف تلك الوقائع. (د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند١٧٧ – هامش ص١٨٣ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج٢ – المرجع السابق – بند٢٣٠ – ص٥٧٣). وبهذه المثابة، فهى تعد نموذجاً خاصاً لممارسة حقوق الدفاع له ذاتية خاصة به. وعدم خضوعها لمكنة التحوير هو بسبب إنعدام محلها، فهى لا تقرر مركزاً قانونياً ولا تحمى حقوق الدفاع، وإنما هى ما يطرحه الخصوم فى دعواهم أساساً لها. أنظر: الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩. وأنظر فى التفرقة بين الطلب وأوجه الدفاع : الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٦١ق – مشار إليه مسبقاً. وهناك من يرى أن أوجه الدفاع هى الدفوع، وهو رأى محل نظر. د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند٢٥٥ – ص٤٠٨.

(3) باعتبارها وسيلة من وسائل الدفاع. الطعن رقم ٨٥٧ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٦/١/٢. فهى مجرد وسيلة ترمى إلى الفصل فى النزاع وليست طلباً قضائياً بالمعنى الفنى للكلمة. د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٩٩، ٤٠٠.

(4) ونعتقد أنه من الحسن على المدعى عليه إبداء دفاعه فى صورة طلب عارض أو دعوى فرعية، وذلك حتى يكون دفاعه مصاغاً فى صورة طلب قضائى بالمعنى الفنى للكلمة، ليعتبر طلباً مطروحاً على القاضى المستعجل - بشكل مستقل عن الطلب الأصلى – بما يتوجب عليه الفصل فيه، وهو ما يعنى إمكانية استفادة المدعى عليه من مكنة التحوير حال إذا ما أخطأ فى تصور طبيعة دفاعه وصياغة مضمونه. أما إذا أثار المدعى عليه دفاعه فى شكل دفوع أو أوجه دفاع، فإن ذلك يعنى تبعيته للطلب الأصلى، فإذا قضى القاضى المستعجل بعدم اختصاصه بنظر هذا الطلب، سقط تبعاً لذلك دفاعه، وهو ما يحول دون الاستفادة من سلطة التحوير فى الوقت الذى يكون فيه مركزه القانونى مهدداً بالمخاطر المحدقة.

فهل تطبق على كافة الطلبات القضائية ، أيا كان موضوعها – موضوعية أو وقتية –، أم أنها تنحصر على طائفة معينة من هذه الطلبات؟

الواقع أن مجال إعمال سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات القضائية المنظورة أمامه هو مسألة محل خلاف . ويمكن التمييز فى هذا الخصوص بين أربعة آراء فقهية فيما يلى:

١٤–١– الاتجاه الأول لنطاق التحوير.

يذهب البعض إلى القول بأن القاضى المستعجل لا يتقيد بالإجراء الوقتى الذى يطلبه الخصم ، وإنما يجوز له أن يقضى بغيره وفقاً لما يراه محققاً للحماية الوقتية بما يحقق مصلحته[1]. فإذا طُلب من القاضى المستعجل تعيين حارس لتسلم الأجرة وإيداعها خزانة المحكمة – وهو طلب وقتى لا يتضمن الفصل فى أصل النزاع –، فله أن يأمر المستأجرين مباشرة بإيداع الاجرة خزانة المحكمة ، وذلك لما فى هذا الطلب الأخير – وهو طلب وقتى أيضاً – من تحقيق مصلحة الخصم الماثلة فى إنزال الحماية الوقتية ، والقاضى هو الأجدر على اختيار مضمون الإجراء الوقتى الذى يحقق هذه الحماية ويتلائم – حسب تقديره – مع ظروف وملابسات الحالة المعروضة عليه[2].

وبهذه المثابة ، يكون هذا الاتجاه قد حصر سلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل على الطلبات الوقتية بطبيعتها التى لا يترتب على الفصل فيها المساس بأصل النزاع.

وقد قيل تبريراً لهذا الرأى أن مضمون الطلبات الوقتية – كقاعدة – هو الحماية الوقتية للحق المتنازع عليه ، وأن الاجراء المقدم من المدعى ليس هو المطلوب لذاتـــه ، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق هذه الحماية . وبالتالى ، فيكون للقاضى المستعجل أن يختار الإجراء الذى يراه أكثر ملائمة لإنزال الحماية الوقتية

---

(1) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦ & د/فتحى والى – المبسوط فى القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٣ – ص٣١٧، ٣١٨.

(2) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦، ٢٥٧ & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٣ – ص٣١٧، ٣١٨.

وفقاً لظروف الحالة المنظورة أمامه ، وذلك دون التقيد بمقترحات وأوصاف المدعى الواردة فى طلبه[1].

ولعل ما يعاب على ذلك الرأى أنه منح القاضى المستعجل الحرية الكاملة فى اختيار وتحديد الاجراء الذى يلائم ظروف الخصوم وتحديد مضمونه بما يتناسب مع المخاطر المحدقة بمراكزهم القانونية متجاهلاً بذلك إرادة الخصوم فى هذا الخصوص القادرة على تحديد الاجراء الوقتى الأنسب لظروفها، وهو ما يجعل من التحوير سلطة غير محددة الضوابط لتكون بمثابة ذريعة للخروج عن أساس الدعوى المستعجلة[2].

١٥ – ٢ – الاتجاه الثانى لنطاق التحوير.

على نقيض الاتجاه المتقدم ، يرى البعض أن سلطة القاضى المستعجل فيما يتعلق بتحوير الطلبات القضائية لا تكون له إلا إذا كانت الطلبات المعروضة عليه طلبات موضوعية[3]. والطلبات الموضوعية – لدى هذا الاتجاه – هى الطلبات التى تكون بحسب موضوعها خارج ولاية القضاء المستعجل حيث يطلب فيها المدعى صراحة الفصل فى أصل الحق والحصول على الحماية القانونية النهائية ، كالحكم بالملكية أو الفسخ أو البطلان[4]. فإذا طلب المدعى مثلاً الحق بأحقيته فى ملكية عين ، جاز للقاضى أن يحور هذا الطلب إلى طلب وضع العين تحت الحراسة القضائية. وكذلك يعد طلب الحكم ببطلان الحجز المقدم إلى قاضى التنفيذ – باعتباره قاضياً مستعجلاً – طلباً موضوعياً ، ويجوز له تحويره إلى طلب وقف التنفيذ[5].

---

(1) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧ & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٣ – ص٣١٧، ٣١٨.

(2) أنظر: د/محمد إبراهيم – الوجيز فى المرافعات – المرجع السابق– ٤٠٥.

(3) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ & أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند٢٦٦ - ص٤٩٠، ٤٩١ & د/محمد ابراهيم – الوجيز فى المرافعات – المرجع السابق – ص٤٠٥ & د/مبروك عاشور – الوسيط فى قانون القضاء المصرى – ج١ - المرجع السابق – بند٣٥٨ – ص٣٨١ & د/عيد القصاص – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٥٩ – ص٢٩٦ & د/إدوار عيد – المرجع السابق – بند١٠١ – ص٣٢٨.

(4) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق – ص١٣١.

(5) د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات - المرجع السابق – ص١٣١، ١٣٢؛ ونظرية الاختصاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – ص١٢٤، ١٢٥. وكذلك أن تقديم طلب لإثبات تزوير عقد

ويجد هذا الرأى أساسه فى أن سلطة التحوير هى بمثابة سلطة بديلة[1]، وبالأحرى سلطة إحتياطية[2] لا يتم اللجوء إليها إلا إذا خلت الدعوى المستعجلة من الطلبات الوقتية . فلا تحوير للطلبات الوقتية ، وذلك لأن المدعى هو الأقدر على تحديد الإجراء الوقتى الذى يلائم ظروفه ويحقق مأربه[3]، فضلاً عن ذلك أن الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة تحوير هذه الطلبات يعنى منحه سلطة لا حدود ولا ضوابط لها بمقتضاها يمكن له تغيير أساس الدعوى المستعجلة[4].

ونحن نرى أن هذا الاتجاه يجانبه الصواب ، وذلك لأنه يجعل من التحوير أداة لتصدى القاضى المستعجل لنظر دعوى هو لا يختص بها بحسب موضوعها ، كدعوى الملكية والفسخ . فالطلبات الموضوعية هى طلبات صريحة بالفصل نهائياً فى أصل الحق . وهى تبعاً لذلك تخرج بحسب الأصل عن نطاق اختصاص القضاء المستعجل بما لا يصح له نظرها استناداً إلى عموم نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات والتى تنص صراحة على أن "يحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق"، وهو نص يتعلق بالنظام العام بما لا يجوز مخالفته بمقتضى سلطة التحوير. وبالتالى ، فإن منح القاضى المستعجل سلطة تحوير الطلبات الموضوعية التى تعرض عليه هو بمثابة مخالفة صريحة لنص المادة ٤٥ سالفة الذكر، وبالتبعية لقاعدة عدم المساس بأصل الحق.

ومن جانب أخر، نرى أن امتداد سلطة التحوير إلى الطلبات الموضوعية هو أمر يعنى تخويل القاضى المستعجل سلطة التعديل بالمعنى الفنى للكلمة فى نطاق النزاع المعروض عليه ، سبباً وموضوعاً ، بما يخالف حياده ، وذلك لأنه فى هذه الحالة تكون عناصر الدعوى الواقعية مصاغة بشكل موضوعى بحيث لا تتضمن فى

إلى القاضى المستعجل وإن كان يخرج عن اختصاصه باعتباره طلباً موضوعياً، إلا أنه لا يمنعه من أن يأمر بالتحفظ على العقد المطعون عليه بالتزوير، وذلك بإيداعه خزانة المحكمة داخل مظروف مختوم لحين البت فيه من القضاء الموضوعى. د/عبد الباسط جميعى – ذات الإشارة.

(1) د/عيد القصاص – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٥٩ – ص٢٩٦.

(2) د/محمد إبراهيم – الوجيز فى المرافعات – المرجع السابق – ص٤٠٥.

(3) د/عيد القصاص – الإشارة السابقة.

(4) د/محمد إبراهيم – الإشارة السابقة.

ذاتها على الوقائع التى تصلح لإرساء الحماية الوقتية . ومن ثم فالسماح بتحويرها يعنى إدخال عناصر واقعية جديدة فى النزاع واتخاذ إجراء يغاير ما يطلبه المدعى ، وهو ما لا يستقيم مع مبدأ حياد القاضى وقاعدة امتناعه عن تغيير سبب الدعوى.

١٦- ٣- الاتجاه الموسع لنطاق التحوير.

اتجه البعض إلى الجمع بين الاتجاهين المتقدمين حيث ذهب إلى أن سلطة القاضى المستعجل فى التحوير ترد على كافة الطلبات التى تطرح عليه ، سواء كانت وقتية أو موضوعية . فلا يجب عليه التقيد بطلبات الخصوم وأوصافهم ، وإنما له أن يتخذ من التدابير الوقتية ما يراها مناسبة لحماية حقوق الخصوم من المخاطر المحدقة التى تحوم حولها وتهددها وفقاً لظروف الحالة المعروضة عليه[1]. وبذلك ، فإن سلطة التحوير التى يتمتع بها القاضى المستعجل – على نحو ما اتجه إليه هذا الرأى – لا تقتصر على الطلبات الوقتية التى يطرحها المدعى فحسب ، وإنما تمتد أيضاً إلى ما يتقدم به من طلبات موضوعية.

ويؤسس هذا الرأى مسلكه فى منح القاضى المستعجل سلطة تحوير الطلبات الموضوعية المنظورة أمامه على صلاحية هذه الطلبات لإرساء الحماية الوقتية ، وذلك على فرض أن كل طلب قضائى له وجهان ، وجه موضوعى ظاهر ووجه وقتى كامن أو ضمنى . وبذلك ، فإنه يجوز تحوير الطلب الموضوعى المقدم إلى القاضى المستعجل إلى الطلب الوقتى الكامن به باعتباره بمثابة طلب ضمنى مطروحاً عليه بما يتوجب عليه الفصل فيه[2].

بينما يدلل الاتجاه المائل على وجهة نظره بامتداد سلطة التحوير إلى الطلبات الوقتية بأن الطلب الوقتى الأصلى ليس هو المطلوب لذاته ، وإنما هو مجرد أداة لطلب الحماية العاجلة لدفع الأضرار التى تحوم حول المركز القانونى للمدعى . بمعنى أن الإجراء الذى يطلبه المدعى ليس هو مضمون الطلب الوقتى أو غايته ،

---

(1) د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨٣. وأيده فى ذلك: د/طلعت دويدار – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – ص٢٨١ & د/على بركات – الوسيط فى شرح المرافعات – المرجع السابق – بند٨٨٥ – ص١٢٢٨.

(2) د/أحمد زغلول – الإشارة السابقة.

وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق مضمونه تخضع بهذه الصفة لسلطان القاضى المستعجل فى تقرير ملائمته وكفايته لتحقيق الحماية المستعجلة وضمان فاعليتها[1]. وبالتالى ، يجوز للقاضى المستعجل تحوير الطلب الوقتى المنظور أمامه إلى الإجراء الوقتى الذى يراه ملائماً لإنزال الحماية الوقتية المناسبة لدرء الخطر الذى يهدد المدعى ، وهو فى ذلك يكون قد قضى بما يطلبه المدعى ، وهو تقرير هذه الحماية الوقتية ، وإن لم يقرر ذات الوصف الذى اقترحه لهذه الحماية[2].

غير أننا لا نسلم بهذا الاتجاه، وذلك لأنه من ناحية يسمح للقاضى المستعجل بتحوير الطلبات الموضوعية التى تخرج عن حدود اختصاصه ، وهو ما يخالف نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات[3]. فضلاً عن أنه ليس صحيحاً القول أن كل طلب موضوعى ينطوى فى ذاته على إجراء وقتى ، فقد يعرض المدعى دعواه بشكل موضوعى دون أن تحتوى عناصر دعواه فى طياتها على إجراء وقتى ، فالعبرة بالوقائع المعروضة على القاضى المستعجل.

ومن ناحية أخرى، أن القول بامتداد سلطة التحوير إلى الطلبات الوقتية على أساس أن الإجراء الذى يطلبه المدعى هو مجرد أداة لتحقيق مضمون الطلب الوقتى هو قول محل نظر – كما يرى البعض وبحق –، وذلك لأنه يمنح القاضى المستعجل سلطة غير محددة الضوابط بموجبها يمكن له اتخاذ الإجراء الذى يراه مناسباً لظروف الحالة المعروضة عليه دون الاعتداد بطلبات المدعى باعتباره الأقدر دون غيره على تقدير مضمون وتحديد الاجراء الذى يناسب ظروفه ويحقق مأربه[4]، بحكم كونه الشخص الذى يحوم حوله مركزه القانونى المخاطر والقادر على تحديد حجمها ومداها.

---

(1) د/أحمد زغلول – ذات الإشارة المتقدمة.
(2) د/أحمد زغلول – المرجع السابق – بند٤٥٨ – ص١٠٠٥.
(3) أنظر فى تفنيد هذا الرأى بالتفصيل: البند المتقدم.
(4) د/عيد القصاص – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٥٩ – ص٢٩٦.

١٧- ٤- الاتجاه الضيق لنطاق التحوير.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المطروحة عليه تقتصر على الطلبات الوقتية التى أساء الخصوم تقديرها وتصور طبيعتها بشكل يجعل الفصل فيها ماساً بأصل الحق ، ولا تمتد بأى حال من الأحوال إلى الطلبات الموضوعية[١].

ووفقاً لهذا الرأى ، فإن مكنة التحوير ينحصر مجال إعمالها على الإجراءات الوقتية التى يكون من شأن البت فيها المساس بأصل النزاع بحيث لا تطبق على غيرها من الطلبات التى تطرح على القاضى المستعجل أيا كانت طبيعتها ومضمونها . ونتيجة لذلك ، فلا يصح تحوير الطلبات الموضوعية التى تعرض على القاضى المستعجل لخروجها عن نصاب اختصاصه ، ولا مناص والحال كذلك سوى الحكم بعدم اختصاصه[٢]. كطلب الحكم بالبطلان مثلاً[٣]. كذلك لا تمتد مكنة التحوير إلى الطلبات الوقتية بالمعنى الصحيح التى لا يترتب على الفصل فيها المساس بأصل الحق ، وإنما ينبغى على القاضى المستعجل التقيد بها ، وذلك لأنها تندرج بطبيعتها فى اختصاصه.

وأساس الاتجاه الماثل لدى البعض أن المدعى حال لجوئه إلى القضاء المستعجل إنما يتقدم بطلب اتخاذ إجراء وقتى ، غير أنه قد أخطأ فى وصف وتقدير طبيعة ومضمون طلبه[٤]. وبذلك تكون نيته قد اتجهت بالفعل إلى طلب الحماية الوقتية بما يتعين معه على القاضى المستعجل تحوير هذا الطلب ومنحه هذه الحماية

---

(1) د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص٤١٥٣ وقوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند١٦١ - ص٢٥٨ & أ/كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه – ط١٩٩٥ – ص٣٩٠ & د/أحمد هندى – التعليق على المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٩٤٥.

(2) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند١٦١ - ص٢٥٨ & أ/كمال عبد العزيز – المرجع السابق – ص٣٩٠.

(3) د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٥.

(4) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – الاشارة السابقة. وفى ذات المعنى: د/أحمد هندى – الإشارة السابقة.

بما يتفق وطبيعة اختصاصه[1]، وذلك دون التقيد بالوصف الذى حدده المدعى فى طلبه[2]، فمثلاً أنه حال طلب المدعى وقف قرار فصل الطالب من المعهد – وهو طلب وقتى ، غير أن الفصل فيه يمس أصل الحق –، فإنه يجوز للقاضى المستعجل تحوير هذا الطلب إلى طلب قيد اسم الطالب فى السجلات[3].

ومن ناحية أخرى، جنح بعض أنصار هذا الاتجاه نحو إعتماد أساس آخر لعدم إمتداد مكنة التحوير إلى الطلبات الموضوعية حيث ذهب إلى أن هذه الطلبات تتصل بأصل النزاع وتحويرها إلى إجراءات وقتية يكون من شأنه المساس بهذا الأصل[4]، وهو ما لا يملكه القاضى المستعجل وفقاً لقاعدة عدم المساس بأصل الحق. هذا فضلاً عن أن منح القاضى المستعجل سلطة تحوير الطلبات الموضوعية إلى إجراءات وقتية هو أمر يتعارض مع مبدأ حرية الإدعاء وسيطرة الخصوم عليه ، ويعد قضاءً بما لم يطلبه الخصوم[5]، ومن ثم يخل بأحد المبادئ الإجرائية وهو مبدأ حياد القاضى.

والواقع أن الاتجاه المائل قد تأثر فى مسلكه هذا بما هو مستقر عليه فى القضاء والذى جرت أحكامه على قصر سلطة التحوير على الطلبات الوقتية بطبيعتها والتى يكون من شأن الفصل فيها المساس بأصل الحق. وهذا ما سوف نتطرق إلى معالجته الآن.

١٨– ثانياً : موقـف القضاء من نطاق التحوير.

إذا كان القضاء قد اعترف للقاضى المستعجل بسلطة تحوير الطلبات التى تطرح عليه إلى الإجراءات الوقتية التى تتلاءم مع طبيعة اختصاصه[6]، إلا أنه قد

---

(1) د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٤ ،١٥٥.

(2) د/أمينة النمر – ذات المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٢، ١٥٣.

(3) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند١٦١ - ص٢٥٨.

(4) أنظر: أ/كمال عبد العزيز – الاشارة السابقة.

(5) د/أمينة النمر – الاشارة السابقة.

(6) فى المقابل، لم تأخذ بعض أحكام القضاء الحديثة بسلطة التحوير مطلقاً؛ ففى أحد الدعاوى المستعجلة أقام المدعى دعواه بطلب الحكم بفرض الحراسة القضائية على مخبز افرنجى - وكامل أرض وبناء العقار - حتى ينتهى النزاع القائم بينه وبين المدعى عليهم – أخواته – نظراً لعدم استلامه أرباح المخبز حيث يديره المدعى

حصر نطاق هذه السلطة على الطلبات الوقتية - بحسب موضوع الدعوى - التى تبنى على أساس موضوعى بحيث يكون تحقيقها والفصل فيها ماساً بأصل الحق.

ولقد عبر القضاء عن ذلك فى العديد من أحكامه حيث قضى بأنه «طلب الحكم بعدم الاعتداد بالحجز الموقع ضده وإلغاء ما ترتب عليه من آثار واعتباره كأن لم يكن بحسب الأساس الذى بنيت عليه الدعوى والنزاع الذى أُثير فيها تعتبر طلبات موضوعية ، والقضاء بها يكون فصلاً فى ذات الحق ، وهو ما لا يملكه قاضى الأمور المستعجلة . ولذا يكون من واجبه أن يغض النظر عنها وأن يأمر بما له من سلطة تحوير طلبات الخصوم فى مثل هذه الحالة بالإجراء الوقتى الذى يتفق وطبيعة الاشكال المعروض عليه»[1].

والملاحظ فى هذا الحكم أن الطلب محل مكنة التحوير الماثل فى عدم الاعتداد بالحجز هو بحسب مظهره ومضمونه طلب وقتى، غير أنه بحسب الأساس الذى بنى عليه فى الدعوى هو طلب وقتى من شأن الفصل فيه المساس بأصل الحق.

كما قضى بأن «طلب المدعى استلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده مع وكيل المؤجر فطعن المؤجر ببطلان هذا العقد واستبان للقاضى المستعجل ... أن القضاء منه بالتسليم بالرغم من أنه طلب مؤقت بطبيعته ، إلا أنه قد يستفاد منه القطع الضمنى فى هذه المنازعات مما يتعين معه تركه سليماً للقاضى الموضوعى صيانةً

عليهم من دونه تأسيساً على ملكيته للمخبز على الشيوع مع المدعى عليهم بموجب عقد تعديل شركة تضامن. فقضت المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى مؤسسة قضائها على أن طلب المدعى بفرض الحراسة ينطوى على المساس بأصل الحق. (الحكم فى الدعوى رقم ٣٢٥ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٦/٢٢).

ونعتقد أن هذا الحكم محل النظر، وذلك لأن طلب المدعى فرض الحراسة تأسيساً على ملكيته للمخبز محل النزاع، هو طلب وقتى يثير نزاعاً موضوعاً حول الملكية أصل الحق المتنازع عليه، وهو بهذه المثابة يخضع لسلطة التحوير إذا يجوز تحويره إلى طلب الزام المدعى عليهم - باعتبارهم شركاء المدعى - بإيداع ريع المخبز لدى خزانة المحكمة إلى حين الفصل فى أصل الحق. وأنظر كذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٧٧٠ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٧/٢٥ ؛ والحكم فى الدعوى رقم ٤٤ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة – الدائرة الأولى اقتصادية – جلسة ٢٠١٤/١١/٣٠؛ والحكم فى الدعوى رقم ٧٥ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة – الدائرة الأولى اقتصادية – جلسة ٢٠١٤/١٠/٢٧.

(1) نقض مدنى - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥ – الطعن رقم ٥٠ لسنة ٢١ق. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ١١٤٣ لسنة ١٩٦٥ مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٦٥/١٠/٣١ – منشور لدى إبراهيم عثمان – أحكام ومبادئ القضاء المستعجل – المرجع السابق – ص١٥٠.

لحقوق الخصوم . فلا شبهة فى أن طلب المدعى باستلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده يندرج تحته وينطوى فى معناه تسليمها إليه بأى صفه كوديع أو حارس»[1].

والملاحظ فى هذا الحكم أن طلب استلام العين المؤجرة الذى قام القاضى المستعجل بتحويره لا يخرج عن كونه إجراء وقتياً بحسب طبيعته ، إلا أن تحقيقه والفصل فيه يترتب عليه المساس بأصل النزاع، ولذا فقد تم استبداله بطلب فرض الحراسة.

وعلى هذا النحو ، تكون غالبية أحكام القضاء قد استقرت – حسبما نرى – على أن سلطة التحوير التى يتمتع بها القاضى المستعجل تكون قاصرة على الطلبات الوقتية التى تبنى على أساس موضوعى ، أى الطلبات التى تكون فى ظاهرها طلبات وقتية ، وفى باطنها طلبات موضوعية. أما الطلبات الموضوعية – بحسب موضوع الدعوى – التى ترفع إلى القاضى المستعجل وتتطلب الحصول على الحماية القضائية النهائية ، كطلب فسخ عقد أو بطلانه أو تثبيت ملكية عين ، فهى ليست محلاً للتحوير ، وذلك لأنها تكون خارجة أصلاً عن اختصاصه طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات[2]. وهذا هو الرأى الذى نميل إلى تأييده على النحو التالى.

١٩– ثالثاً: رأينا الخـــــاص.

إذا كنا نسلم بمبدأ تمتع القاضى المستعجل بسلطة تحوير الطلبات المعروضة عليه ، فإننا نميل إلى تأييد الاتجاه الفقهى والقضائى الذى يقصر سلطة التحوير على الطلبات الوقتية بحسب موضوع الدعوى والتى تدخل أصلاً فى نصاب اختصاص

---

(1) الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ١٩٣٩ مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٩/١٢/١٦ – المحاماة – السنة ٢٠ – ص١٠٠١.

(2) نقض مدنى – الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٤ق - جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ س٩ ص٣٦٨ حيث قضى «بأن القضاء المستعجل يكون غير مختص بنظر طلب تمكين طالب من متابعة الدراسة بمعهد قرر فصله لتعلق هذا النزاع بأصل الحق، وإن كان له أن يقضى بما له من سلطة تحوير بقيد اسم الطالب بجداول امتحانات المعهد، لأن هذا القضاء ليس إلا إجراء وقتياً لا يمس الموضوع». كما قضى بأنه «إذا طلب المدعى استلام منقولات محل وضعت عليه أختام مستنداً فى ذلك إلى أن هذه المنقولات مملوكة له وليست مملوكة للمدين، وأتضح للقاضى جدية هذا الإدعاء، فله بدلاً من أن يقضي بتسليم المنقولات، أن يحكم بتعيين حارساً عليها وأن يحرر محضر جرد بها». مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ – المحاماة – السنة ١٤ – ص٢٠٣. عكس ذلك، أنظر: مستعجل مصر – القضية رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ – المحاماة – السنة ١٧ – ص٦٦٨.

القاضى المستعجل النوعى وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، غير أن الفصل فى هذه الطلبات يصاحبه مساساً بأصل الحق نظراً لأنها قد أقيمت على أسس موضوعية. بمعنى أن مجال إعمال سلطة التحوير ينحصر على الطلبات التى تكون فى ظاهرها طلبات وقتية تدخل فى اختصاص القاضى المستعجل لكنها فى باطنها تثير نزاعاً موضوعياً حيث يتطلب البت فيها التعرض لأصل النزاع، وهو ما يخرج عن نصاب اختصاصه.

ولعل هذا يتفق مع الغاية من سلطة التحوير باعتبارها سلطة إحتياطية أو بديلة لا يتم اللجوء إليها إلا إذا خلت المنازعة من الطلبات الوقتية التى لا يترتب على القضاء بها المساس بأصل الحق . فبدلاً من أن يقضى القاضى المستعجل بعدم اختصاصه بنظر الطلب المطروح عليه المؤسس على أسس موضوعية ، فإنه بالإمكان استبداله بالإجراء الوقتى أو التدبير التحفظى الذى يستجيب لوقائع النزاع التى عرضها الخصوم ، وذلك حفاظاً على حقوقهم ودرء المخاطر عنها[1]، وهو ما يتفق مع إعتبارات اللجوء إلى القضاء المستعجل ويحد من فكرة الهدر الاجرائى.

بل نعتقد أن القول بأن سلطة التحوير لا ترد على الطلبات الوقتية ذات الأساس الموضوعى هو فى حقيقة الأمر تعطيل لوظيفة القضاء المستعجل وحصر نطاق اختصاصه فى مدى ضيق قد يصل إلى حد العدم[2].

---

(1) مثال ذلك؛ رفع المؤجر طلباً إلى القضاء المستعجل بقصد طرد المستأجر من الأطيان المؤجرة بسبب إنتهاء عقد الايجار فدفع المستأجر بأحقيته فى الاستمرار فى العين المؤجرة بحجة تجديد العقد ضمنياً، وهو ما يعنى أن النزاع يمس أصل الحق ويمتنع على القاضى المستعجل التعرض له، إلا أن ذلك لا يمنعه من الحكم بوضع الأطيان المذكورة تحت الحراسة على أن تودع صافى غلتها خزانة المحكمة إلى أن يفصل القاضى الموضوعى فى مسألة التجديد الضمنى للعقد. (د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٣). ولمزيد من الأمثلة، أنظر: أ/على راتب وآخرين – المرجع السابق – بند٥٢ – ص٩٠، ٩١ & أ/محمد عبداللطيف – المرجع السابق – بند٥٠٠ – ص٤٤٠ وما بعدها.

(2) ويقصد بالطلبات الوقتية ذات الأساس الموضوعى، الطلبات الوقتية التى تدخل أصلاً فى اختصاص القضاء المستعجل النوعى وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات، غير أن المدعى قد أسسها على أسباب موضوعية. وبذلك فعلى الرغم من طبيعتها الوقتية إلا أن الفصل فيها يثير نزاعاً موضوعياً. بمعنى أنه رغم أن المدعى لم يطلب حسم النزاع بشكل نهائى إلا أن تحقيقها والفصل فيها يمس أصل الحق. وعلى هذا، تتميز هذه الطلبات عن الطلبات الموضوعية بحسب موضوع الدعوى التى تخرج عن اختصاص القضاء المستعجل النوعى، وهى الطلبات التى يطلب فيها الحكم بحسم النزاع بشكل نهائى فى أصل الحق.

وعلى ذلك ، نرى أن سلطة التحوير لا تمتد إلى الطلبات الوقتية بالمعنى الصحيح التى تكون فى نصاب اختصاص القاضى المستعجل النوعى وليس من شأنها الفصل فى أصل الحق . فلا يصح تحويرها واستبدالها بإجراءات وقتية أخرى . والقول بغير ذلك يعنى تخويل القاضى المستعجل سلطة التعديل بالمعنى الخاص للكلمة فى طلبات الخصوم والسماح له باتخاذ الإجراءات الوقتية التى تغاير ما يطلبه الخصوم ، وهو ما لا يجوز طبقاً لمبدأ حياد القاضى ، فضلاً عن تجاهل إرادة الخصوم القادرة على تحديد مضمون الاجراء الذى يحقق مصالحها.

وبهذه المثابة ، فإن قيام القاضى المستعجل بإعادة صياغة طلبات المدعى الوقتية بحسب موضوع الدعوى والتى تدخل فى اختصاصه والتى لم يحسن تقديرها على هذا النحو ليس تحويراً بالمعنى الصحيح -كما يعتقد البعض-، وإنما هو فى حقيقة الأمر إنزال التكييف القانونى الصحيح لهذه الطلبات.

وبالتالى ، فليس هناك حاجة إذن إلى لجوء القاضى المستعجل إلى مكنة التحوير إذا كانت الطلبات المعروضة عليه بحسب طبيعتها طلبات وقتية لا تثير نزاعاً موضوعياً ، لأنه يملك - بحسب الأصل - مكنة تصحيحها وإنزال التوصيف القانونى الصحيح عليها عبر سلطة التكييف القانونى . وهو بذلك لا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم، وإنما يكون قد قضى فى صميم طلباتهم[1].

وأثر لذلك، فإنه لا يصح القول بأن الطلبات الوقتية القائمة على أسس موضوعية هى طلبات موضوعية بالمعنى الفنى للكلمة، فثمة فارق جوهرى بينهما على النحو المتقدم. كالفرق بين دعوى ثبوت الملكية كدعوى موضوعية، وبين دعوى فرض الحراسة تأسيساً على ملكية العين.

(1) وتطبيقاً لذلك؛ أنه فى إحدى الدعاوى المستعجلة طلب المدعى "تقرير حق الصرف الذى كان موجوداً من قبل وإعادة المصرف إلى الحالة التى كان عليه ورد الجزء المغتصب". فقضت محكمة أول درجة بإلزام المدعى عليهم بإعادة مصرف الصرف إلى ما كان عليه وإزالة ما وضعه المدعى عليهم به من ردوم ومعوقات لإمتلاكها حق إعطاء الدعوى التكييف القانونى الصحيح. فطعن المدعى عليهم بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية على أساس أن محكمة أول درجة قد قضت بما لم يطلبه المدعى. فقضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف على أساس أن طلب المستأنف ضده هى فى حقيقته طلب وقتى، وهو الحكم بصفة مستعجلة بتقرير حق الصرف وإعادة المصرف إلى ما كان عليه. (الحكم فى الاستئناف رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٨ مدنى مستأنف كفر الدوار – جلسة ٢٠٠٩/١/٢٥). والبين من هذا الحكم أن طلب المدعى فى حقيقته هو طلب وقتى، "وهو طلب تقرير حق الصرف" غير أنه قد أخطأ فى تحديد طلبه وأضاف إليها "طلب رد الجزء المغتصب"، وهو طلب موضوعى يمس أصل النزاع يخرج عن اختصاصه. وبذلك يكون هناك طلباً وقتياً مطروحاً على القاضى المستعجل، وهو ما قضى به، وذلك بعد بمنحه وصفه القانونى الصحيح دون أن يستعمل سلطته فى التحوير، وهذا ما انتهت اليه محكمة الاستئناف. وعلى هذا

كذلك أن سلطة التحوير لا تمتد بداهة إلى الطلبات الموضوعية التى تكون بمنأى أصلاً عن اختصاص القضاء المستعجل النوعى طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون مرافعات ، وذلك لأنها فى حقيقتها منازعة موضوعية لا يملك أصلاً نظرها والفصل فيها ، فالتحوير هو وسيلة لمعالجة أخطاء الخصوم فى بيان الأساس الذى بُنى عليه طلباتهم الوقتية بحيث يؤدى الفصل فيها الى التعرض لأصل الحق بشكل يجعلها تخرج عن نصاب اختصاص القضاء المستعجل ، ومن ثم فلا يصح التوسع فيه ، وذلك لأن الأخذ بالمدلول الواسع لفكرة التحوير يترتب عليه إتساع نطاق سلطة القاضى المستعجل. فكلما كانت سلطة التحوير ذات مدلول واسع ، زادت سلطة القاضى المستعجل بالنسبة لتغيير الطلبات المنظورة أمامه . فثمة تناسب طردى بينهما ، وهو ما يخل بقاعدة ثبات أساس الإدعاء وإمتناع القاضى عن تغييرها. فضلاً عن مخالفة ذلك لصريح نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات كما ذكرنا مسبقاً.

المطلب الثانى

شروط التحوير

٢٠- بالنظر إلى طبيعة مكنة التحوير باعتبارها وسيلة لتغيير الطلبات الأصلية المطروحة على القاضى المستعجل واستبدالها بإجراءات وقتية أو تحفظية يترتب عليها تغيير الوجه القانونى للنزاع دون تنبيه الخصوم أو سماع أقوالهم فى هذا الخصوص ، فإن ثمة مجموعة من الشروط يلزم توافرها حال استعمال القاضى المستعجل لهذه السلطة.

ولا شك أن المفترض الأساسى والجوهرى لمكنة التحوير هو توافر شرطى اختصاص القاضى المستعجل ، الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، هذا من ناحية.

النحو، يكون هذا الحكم قد تبنى الاتجاه القائل بقصر مكنة التحوير على الطلبات الموضوعية دون الطلبات الوقتية التى يملك القاضى المستعجل حسن تقديرها وإعادة منحها التوصيف القانونى الصحيح إذا تبين له خطأ المدعى فى ذلك.

ومن ناحية ثانية، وضع الفقه شرطاً لممارسة القاضى المستعجل سلطة التحوير ، وهو ضرورة أن يكون الإجراء الوقتى الذى سيقضى به طلباً مطروحاً عليه بالفعل من الخصوم يأخذ شكلاً ضمنياً بحيث يكون كامناً بالطلب الأصلى ونتيجة له[1].

ومن ناحية ثالثة، قيدت أحكام القضاء سلطة القاضى المستعجل فى التحوير بضرورة عدم الإضرار بالمدعى عليه حفاظاً على حقوقه ، فضلاً عن إلزام المدعى بتقديم كفالة أو ضمان مالى كافى لتغطية نفقات الإجراء الوقتى الذى سيتم اتخاذه. وسوف نتولى معالجة كل هذه الشروط بشكل تفصيلى فيما يلى:

٢١-١- شرط الاستعجال.

من المسلم به أن الاستعجال هو مقتضى ضرورى لا غنى عنه لتقرير الحماية المستعجلة ومناط إنعقاد الاختصاص للقاضى المستعجل على وجه العموم[2]. وتبعاً لذلك ، فإذا كان مناط لجوء القاضى المستعجل إلى مكنة التحوير هو تحقيق الحماية المستعجلة للمراكز القانونية للخصوم ، وذلك باتخاذ أحد التدابير الوقتية اللازمة للحفاظ على هذه المراكز ، فإنه يلزم – بداهة – توافر شرط الاستعجال حال استعمال هذه المكنة.

---

(1) هذا بالاضافة إلى ضرورة أن يكون الطلب محل التحوير طلباً وقتياً بحسب طبيعته طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات. أنظر: ما تقدم – بند١٩.

(2) الحكم فى الدعوى رقم ٦٢٢ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٩/٢٨ ؛ والدعوى رقم ١٤٥٤ لسنة ٢٠١٦ مستعجل الاسكندرية – د١ – جلسة ٢٠١٧/١/٢٩ ؛ والدعوى رقم ٦٣٩ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٧/٢٥ ؛ والطعن رقم ٥٩٠١ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٥/١٢/١٣؛ والطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٤٩ق – جلسة ١٩٨٣/٦/٢٨. وأنظر بالتفصيل: د/أحمد أبوالوفا – التعليق على المرافعات – المرجع السابق – ص٣١٠ وما بعدها & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ – المرجع السابق – بند١٣٢ – ص٣١٣ وما بعدها & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧، ٢٥٨ & أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند١٣ وما يليه – ص٢٦ وما بعدها & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٢٧ وما يليه – ص٤٤ وما بعدها.

وبهذه المثابة ، يعد عنصر الاستعجال المبرر الرئيسى لتوسيع سلطات القاضى المستعجل والاعتراف له بمكنة تحوير الطلبات المنظورة أمامه ، فلا محل للتحوير إذا لم يكن هناك استعجال[1].

والواقع أن المادة ٤٥ من قانون المرافعات لم تضع مفهوماً محدداً لفكرة الاستعجال كمناط لاختصاص القاضى المستعجل . ومرجع ذلك أن الاستعجال هو فكرة مرنة أو نسبية تنبع من طبيعة الحق المراد حمايته ، وتختلف من حالة إلى أخرى ، وتتغير بتغير ظروف الزمان والمكان ، وهو ما يصعب معه وضع تعريف محدد لها[2].

بيد أن هذه المادة قد عبرت عن لفظ الاستعجال بعبارة "الخشية من فوات الوقت"، أى خطر التأخر فى الحصول على الحماية الموضوعية[3]. وهذا ما تدور حوله التعريفات الفقهية والقضائية لشرط الاستعجال[4].

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٧٨/٦/٢٩ منشور لدى: إبراهيم عثمان – الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة – المرجع السابق - ص٧٥. وكذلك: استئناف بيروت ١٩٦٨/١/١١ – النشرة القضائية – ١٩٦٨ – ص١٠٧٥ ؛ وقاضى الأمور المستعجلة بيروت – جلسة ١٩٨٣/٨/٢٤ – مجموعة حاتم – ١٩٨٣ – ص٣٧٠ – مشار إليهما مسبقاً.

(2) د/أحمد الصاوى – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند٢٣١ – ص٤٧٥ & أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند١٣، ١٤ – ص٢٦ وما بعدها & د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٢٩ – ص٤٦ & د/طلعت دويدار – وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة – المرجع السابق – ص٢٨ & د/عيد القصاص – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – بند١٥٦ – ص٢٨٥. وكذلك : الحكم فى الدعوى رقم ٧٨٥ لسنة ١٩٨٣ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٨٣/٥/٢٨ ؛ والدعوى رقم ٢٩١ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٨٢/١١/١٢ – منشوران لدى: أ/مجدى هرجة – أراء وأحكام فى القضاء المستعجل – طبعة نادى القضاء – ط٢٠١٠ – ص٢٢، ٧٨٦.

(3) د/فتحى والى – المبسوط فى القضاء المدنى – ج١ - المرجع السابق – بند١٣٢ – ص٣١٣ & د/وجدى راغب – نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى – المرجع السابق – ص٢٤٦ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٥ – ص٦٧٥ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق - ص٣٧٤. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٧ مستأنف مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٧٧/١٢/٣١ – لدى أ/إبراهيم عثمان – المرجع السابق – ص١٦٦.

(4) فيذهب **الرأى الغالب** إلى القول بأن الاستعجال هو الخطر الحقيقى المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والمطلوب دفعه بإجراء وقتى وعاجل لا يمكن أن يتحقق عن طريق اللجوء إلى القضاء العادى ولو قصرت مواعيده. (أ/ على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند١٣ – ص٢٦ & أ/ محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – ص٥٦ & د/أحمد أبو الوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند٢٩٤ – ص٣٤٤ & د/ وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧. وكذلك : الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٤١٥ لسنة ١٩٨١ مستعجل جزئى القاهرة – منشور لدى أ/ مجدى هرجة – المرجع السابق – ص٢٥). ولقد عبر **البعض** عن الاستعجال بفكرة الضرورة الداعية إلى إتخاذ التدبير المؤقت الملائم والذى لا يمكن أن

ويتحقق هذا الخطر إذا كان من شأنه إحداث ضرر قد يتعذر – إن لم يكن يستحيل – تداركه أو إصلاحه[1]. ويشترط فى هذا الضرر أن يكون حالاً أو وشيك الوقوع[2]. فإذا تحقق الضرر بالفعل ، فلا فائدة إذن من عملية التحوير ، وذلك لأن الغاية من اتخاذ الإجراءات الوقتية هى غاية وقائية لحماية الأطراف من ضرر محتمل، وليس غاية جزائية تستهدف إزالة ضرر قد تحقق بالفعل[3].

ويخضع عنصر الاستعجال فى تقديره لسلطان القاضى المستعجل حال استعماله للسلطة المخولة له فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه حيث يستخلصه ويستلهمه من الظروف والملابسات التى تحيط بالوقائع التى تصلح لإرساء الحماية الوقتية[4]، وخطاؤه فى ذلك لا يصلح سبباً للطعن عليه متى كان تقديره قائماً على أسباب سائغة[5].

يتحقق بإتباع الإجراءات العادية حتى مع تقصير المواعيد. (د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٢٢٩، ٣١٢. وكذلك : الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٣ق – جلسة ١٩٧٧/٦/٢٢ ؛ والحكم الصادر فى الدعوى ١٥١٤ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٥ – منشور لدى أ/ مجدى هرجة – المرجع السابق – ص٢٨). ويلاحظ أن اصطلاح الضرورة يعنى الاستعجال غير أنه أوسع نطاقاً من الاستعجال. والاستعجال يعنى ضرورة التحرك بسرعة من أجل اتخاذ الإجراء المطلوب، ولا جناح من إحلال أحد الاصطلاحيين محل الأخر. د/أحمد عبد الكريم – نظرية الأمور المستعجلة – الطبعة الاولى – دار النهضة العربية - بند٧٩ – ص٥٨. وأنظر بالتفصيل فى تعريفات الفقه لعنصر الاستعجال: د/أمينة النمر – مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٢٩ – ص٤٦ وما بعدها & د/نبيل عمر – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – ص٢٣٤، ٢٣٥.

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٧٠٩ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٧/٢٧ ؛ والدعوى رقم ٧٦٦ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٩/٢٨ ؛ والدعوى رقم ٣٣٠ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٦/٢٢.

(2) د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ - المرجع السابق – بند١٣٢ – ص٣١٤ & د/ وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٧ ؛ نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى – المرجع السابق – ص٢٤٦، ٢٤٧ & د/ابراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق - ص٣٧٤ وما بعدها.

(3) د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٦٠،٦١ ؛ نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى – المرجع السابق – ص١٩٩ & د/طلعت دويدار – وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة – المرجع السابق – ص٢٥، ٢٦.

(4) أنظر: الطعون أرقام ٨٣٢ و٨٣٨ و٧٩١ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ ، ونقض مدنى – جلسة ١٩٦٦/١/١٨ – مجموعة أحكام النقض – س١٧ ص١٤٧.

(5) الطعن رقم ١٥١ لسنة ١٩ق – جلسة ١٩٥١/٣/٢٢ ؛ والطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٣ق – جلسة ١٩٥٥/٧/٧ ؛ ونقض مدنى - جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ – مجموعة أحكام النقض – س٣٢ ص٩٦٠.

٢٢- ٢- شرط عدم المساس بأصل الحق.

لما كانت الغاية من تخويل القاضى المستعجل سلطة التحوير هى تقرير حماية وقتية للمحافظة على حقوق الأطراف وتحديد مراكزهم القانونية تحديداً مؤقتاً إلى حين البت فى أصل الحق المتنازع عليه[١]، فإنه يشترط ألا يترتب على عملية التحوير المساس بأصل الحق[٢]. وهذا أمر منطقى ، وذلك لأن إنزال الحماية الوقتية على النزاع يقيده - كقاعدة - عدم المساس بأصل الحق[٣]، فليس للقاضى المستعجل أن يقضى فى أصل النزاع حال الأمر باتخاذ الإجراء الوقتى ، فهو لا يقرر إلا حلولاً وقتية لا تؤثر فى الحقوق المتنازع عليها دون الفصل فيها[٤]. فالغاية من اتخاذ الإجراء الوقتى هى إيجاد وسيلة للتوفيق بين الخصوم حفاظاً على حقوقهم ودون المساس بها[٥].

وتطبيقاً لذلك ؛ قضى بأن مناط اختصاص قاضى الأمور المستعجلة فى الأمور التى يخشى عليها فوات الوقت هو أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا فصلاً فى أصل الحق . وعلى ذلك، فإن القضاء المستعجل يكون غير مختص بنظر طلب تمكين طالب من متابعة الدراسة بمعهد قرر فصله لتعلق هذا النزاع بأصل الحق ،

---

(1) وذلك على أساس أن الطلب الوقتى المقدم إلى القاضى المستعجل يكون من شأن الفصل فيه المساس بأصل الحق بما يتعذر عليه إنزال الحماية الوقتية. وهذا هو أساس اللجوء إلى فكرة التحوير. أنظر: ما تقدم - بند٣.

(2) الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل القاهرة - الدائرة الأولى استئنافية - جلسة ١٩٦٥/٣/١٠ - منشور لدى ابراهيم عثمان - أحكام ومبادئ فى القضاء المستعجل - المرجع السابق - ص٢٠٥ وما بعدها؛ ونقض مدنى ١٩٥٢/١٢/١٨ - مشار إليه مسبقاً ؛ والدعوى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ مستعجل مصر - المحاماة - السنة ١٧ - ص٦٦٨ ؛ والدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة - مشار إليه مسبقاً.

(3) الحكم فى الدعوى رقم ٤٤٦ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - د١ - جلسة ٢٠١٧/٥/٢٨؛ والدعوى رقم ٦٥٩ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - د٢ - جلسة ٢٠١٧/٧/٢٥ ؛ والدعوى ٧٩٥ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية - د٢ - جلسة ٢٠١٧/٩/٢٨ ؛ والدعوى رقم ٧٠ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة - د٢ اقتصادية - جلسة ٢٠١٤/١٠/٢٣. وأنظر بالتفصيل: أ/على راتب وأخرين - المرجع السابق - بند٢١ وما يليه - ص٣٦ وما بعدها & د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة - المرجع السابق - بند٨٥ وما يليه - ص١٢٦ وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا - التعليق على المرافعات - المرجع السابق - ص٣١٩ وما بعدها.

(4) الطعن رقم ٤٩٤٩ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٧/٤/٥ ؛ والحكم فى الدعوى رقم ٨٥٤ لسنة ١٩٤٠ مستعجل مصر - المحاماة - السنة٢٠ - العدد ٧ - ص١٠١٦.

(5) الحكم فى الدعوى رقم ١٥٢ لسنة ١٩٣٨ مستعجل مصر - المحاماة - السنة١٨ - ص٣٧٧.

وإن كان له أن يقضى بما له من سلطة تحوير بقيد اسم الطالب بجداول امتحانات المعهد ، لأن هذا القضاء ليس إلا إجراء وقتياً لا يمس الموضوع[1].

ويقصد بعدم المساس بأصل النزاع[2]، ألا يترتب على إنزال الحماية الوقتية قطع دابر الخلاف القائم بين الخصوم ، أو إزالة التجهيل الذى يلابس مراكزهم القانونية أو تعديلها سواء بإكسابها حق أو حرمانها من آخر، لتظل هذه المراكز على سيرتها الأولى للقضاء الموضوعى[3]. وبذلك ، فإن عدم المساس بأصل الحق معناه ألا يتعرض القاضى المستعجل حال قضائه فى المسألة المستعجلة المعروضة عليه إلى الفصل فى النزاع الموضوعى[4] وأن يترك حكمه – المزمع إصداره – هذا النزاع سليماً ليتناضلوه الخصوم فيما بعد أمام القضاء الموضوعى[5].

٢٣– ٣– صلاحية الطلب الأصلى لإرساء الحماية الوقتية.

يضع الفقه شرطاً إضافياً لممارسة القضاء المستعجل لسلطة تحوير الطلبات المنظورة أمامه يتمثل فى كون الإجراء الذى سيأمر باتخاذه طلباً ضمنياً كامناً بالطلب الأصلى المطروح عليه ونتيجة حتمية له[6]. بمعنى أن يكون الطلب المقدم من المدعى ومقدماته الواقعية المثبتة محتوية فى طياتها على طلب وقتى ، وذلك حتى يحكم القاضى المستعجل بالإجراء الذى يقصده المدعى ويتسق مع وقائع النزاع

---

(1) نقض مدنى – جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ – الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٤ق – س٩ ص٣٦٨.

(2) ويعبر **البعض** عن شرط عدم المساس بأصل الحق بشرط رجحان وجود الحق. ومعناه أن يقتنع القاضى المستعجل للوهلة الأولى من ظاهر الأوراق حال إصدار التدبير الوقتى باحتمال وجود الحق المهدد. د/وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٥ & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج١ - المرجع السابق – بند١٣٢ – ص٣١٣.

(3) د/أحمد أبوالوفا – التعليق على قانون المرافعات – المرجع السابق – ص٣٢٣، ٣٢٤ & د/أمينة النمر- قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٢٤٧ & أ/مجدى هرجة – المرجع السابق – ص٤٦.

(4) الحكم فى الدعوى رقم ٤١٠ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٦٥/٣/١٠ – منشور لدى أ/إبراهيم عثمان – أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق – ص١٧٨. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ١٣٦ لسنة ١٩٣٣ مستعجل مصر – المحاماة – السنة ١٤ – ص٥٢٣.

(5) الحكم فى الدعوى رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٠ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٩٠/٤/٢٢؛ واالدعوى رقم ٢١٦٨ لسنة ١٩٩٦ مستأنف مستعجل الاسكندرية – جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠؛ والدعوى رقم ٧٧ لسنة ٢٠١٤ مستعجل القاهرة – د٢ اقتصادية – جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥.

(6) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق - ص٢٥٧ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨٣ & د/عبدالباسط جميعى – مبادئ المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المصرى – ج١ – المرجع السابق – بند٣٥٨ – ص٣٨١.

، وإن غاير التحديد الوارد بطلب المدعى . وهذا ما يمكن التعبير عنه بشرط صلاحية الطلب الأصلى لإرساء الحماية الوقتية التى سيقضى بها[1].

والحقيقة أن صلاحية الطلب الأصلى لإرساء الحماية الوقتية هو شرط بديهى ، وذلك لأن مقدماته الواقعية التى طرحها المدعى وأثبتها هى بطبيعة الحال قادرة على توليد الحماية الوقتية ، وذلك لأن المدعى حال رفع دعواه المستعجلة قد طرح وقائع النزاع وقام بإثباتها مبيناً أن مركزه القانونى يحوم حوله خطر الاستعجال إلا أنه قد أساء تقدير طلبه . وبذلك يعد الطلب الوقتى على هذا النحو طلباً مطروحاً على القاضى المستعجل يتوجب عليه الفصل فيه[2]. وهذا ما يعد تجسيداً لفكرة الطلبات الضمنية على فرض الإجراء الذى سيقضى به القاضى المستعجل جراء استخدام سلطة التحوير ينبثق من الحالة الواقعية للنزاع ويدخل فى نطاق ما هو مطروح عليه بغير حاجة لطلبه بشكل صريح[3].

ومثال ذلك ، تقدم المدعى بطلب إزالة المبانى التى أقامها المدعى عليه يحتوى فى طياته على طلب وقف الأعمال[4]. وكذلك طلب المدعى استلام المنقولات باعتباره مالكاً لها يتضمن طلب تعينه حارساً على هذه المنقولات بهذه الصفة[5].

---

(1) ولقد عبر البعض عن هذا الشرط بضرورة اشتراط اتجاه نية المدعى إلى طلب الحماية الوقتية. أنظر: ما تقدم – بند٤.

(2) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق - ص٢٥٧ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٧٢ – ص٦٨٣.

(3) ويقصد **بالطلب الضمنى**؛ الطلب القضائى المستور أو الكامن بالطلب الأصلى المقدم صراحة إلى القاضى والمرتبط به إرتباطاً لا يقبل الانفصام بحيث يجوز له الفصل فيه سواء قبل الطلب الأصلى أو رفضه، وذلك دون اعتباره طلباً عارضاً يكون من شأنه تغيير نطاق الطلب الأصلى سبباً وموضوعاً، وهذا هو جوهر الطلب الضمنى. وبهذه المثابة، يعتبر الطلب الضمنى طلباً مطروحاً على القاضى يتوجب عليه الفصل فيه دون أن يشكل ذلك قضاء بما لم يطلبه الخصوم. أنظر فى مدلول فكرة الطلبات الضمنية ونظامها القانونى: د/أحمد الصاوى – الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشى المحكوم به – رسالة جامعة القاهرة – ط١٩٧١ – ص٥١ وما بعدها & د/أحمد زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى به – دار النهضة العربية - ط١٩٩٠ – بند٢٢٩ وما بعده – ص٤٤٢ وما بعدها ؛ آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – دار النهضة العربية – ١٩٩٢– بند٢١٣ وما يليه – ص٣٢٥ وما بعدها & د/عيد القصاص – التزام القاضى بمبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند٢٢٤ وما يليه – ص٣٤٠ وما بعدها & د/على الشيخ – الحكم الضمنى – رسالة جامعة القاهرة – ط١٩٩٧ – بند١١٢ وما يليه - ص١٧٢ وما بعدها & د/نبيل عمر – الوسيط فى التماس إعادة النظر – دار الجامعة الجديدة – ط٣ – ٢٠٠٠ - بند٣٩ – ص٦٤ وما بعدها.

(4) أنظر: استئناف مختلط – مايو ١٩٠٥ – المجموعة ١٧ – ص٢٥١.

(5) مصر مستعجل – جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ – سابق الإشارة إليه.

وكذا طلب المدعى بصفته المؤجر طرد المستأجر من العين المؤجرة يتضمن طلب تعينه حارساً عليها.

ولا شك أن المقصد من استلزام شرط صلاحية الطلب الأصلى لإرساء الحماية الوقتية هو عدم تجاوز القاضى المستعجل نطاق وحدود إدعاءات الخصوم[1]، وألا يدخل وقائع جديدة لم تطرح عليه ، وإنما يقضى فى وقائع قد طرحها الخصوم بالفعل وتناقشوا فيها، صراحة أو ضمنياً، وقاموا بإثباتها.

وعلى ذلك ، يمكن القول أن سلطة التحوير هى أمر مرهون بضرورة تضمن الطلب الأصلى المقدم من المدعى طلباً وقتياً كامناً به بحيث يكون الأخير هو الوجه المستور له . وبالتالى ، فإن الطلب الوقتى الذى يأمر القاضى المستعجل باتخاذه هو طلب ضمنى لم يتقدم به المدعى صراحة ، وإنما أُثير بشكل ضمنى بوقائع النزاع بحيث يصبح نتيجة حتمية للطلب الأصلى وأثراً له.

ولا يشترط فى الإجراء الوقتى الذى يمتلك القاضى المستعجل اتخاذه على النحو المتقدم أن يكون كامناً بالطلب الأصلى الوارد بصحيفة الإدعاء فحسب ، وإنما يشترط كذلك أن يكون هناك إرتباطاً وثيقاً بينها قوامه إعتماد هذه الطلبات على سبب واحد[2]. فلا شك عندنا أن الإرتباط هو مناط منح القاضى المستعجل سلطة التحوير والسماح له باستبدال الطلب الأصلى بإجراء وقتى أخر . فكلما كان هناك إرتباط بين هذه الطلبات بهذا المعنى ، كنا بصدد سلطة تحوير. ويكون للقاضى المستعجل سلطة تقدير هذا الإرتباط باعتباره مسألة موضوعية.

وعلى نقيض ما تقدم ، اتجهت بعض أحكام القضاء إلى عدم قصر نطاق إعمال سلطة التحوير على الطلبات الضمنية ، وإنما منحت للقاضى المستعجل سلطة التحوير حال الطلبات الإحتياطية التى طُرحت عليه ، فقد قضى بأنه " إذا وقع إعتداء مادى من السلطة الإدارية على محلج المدعى ومكاتبه الملحقه به ومسكنهُ ،

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة – مشار إليه مسبقاً.

(2) ويقصد بالارتباط وحدة الموضوع محلا وسببا. أنظر بالتفصيل : د/أحمد هندى – الارتباط فى قانون المرافعات – رسالة جامعة الاسكندرية - ١٩٨٦ – ص٢٤ وما بعدها.

فطلب رفع الأختام عن المسكن والمكاتب وتسليمها له ، وإحتياطياً تسليمه الأوراق التى بالمكتب ، واستبان للقاضى المستعجل توافر الاستعجال فى طلب استلام المسكن دون طلب استلام المكاتب إذ يعتبر الإنتفاع به ملحقاً بإنتفاعه بالمحلج الذى لم يطلب فتحه . كما أتضح للقاضى المستعجل أن مصلحة المدعين فى المكاتب هى فى استلام ما بداخلها من الأوراق ، فإنه يختص قانوناً بأن يستبدل بطلبها الأصلى بفتح المكاتب طلب أخر ، هو تسليم ما بها من الأوراق وهو الطلب الإحتياطى"[1].

والواقع أن هذا الحكم محل نظر ، وذلك لأنه أقر سلطة التحوير على الرغم من أن النزاع لا يستلزم مثل هذه السلطة ، وذلك لأن المدعى قد طلب اتخاذ الحماية الوقتية بشكل صريح ، وإن جاء ذلك فى صورة طلب احتياطى، "وهو طلب استلام الأوراق التى بداخل المكاتب التى وقع عليها الإعتداء". وبذلك، فإن الطلب الوقتى الذى قضى به القاضى المستعجل هو طلب مطروح عليه صراحة ، وليس طلباً كامناً بالحالة الواقعية للنزاع . وبالتالى ، فإن إنزال القاضى المستعجل الحماية الوقتية على هذا النحو لا يعد تحويراً بالمعنى الصحيح ، وذلك لأنه لم يقض بإجراء مغاير لما يطلبه المدعى ، وإنما قضى فى طلب هو مطروح عليه بالفعل وتمسك به المدعى بشكل صريح ، وهو الطلب الاحتياطى ، وذلك لأن القاعدة هى امتلاك القاضى سلطة الفصل فى الطلبات الإحتياطية حال رفضه الفصل فى الطلبات الأصلية[2].

---

(1) مستعجل مصر – جلسة ٣ يناير ١٩٣٢ – المحاماة – السنة ١٥ – ص١٢٢.

(2) الطعن رقم ٩٨٨٠ لسنة ٦٦ق – جلسة ٢٠١١/٣/٩. ويقصد بالطلب الاحتياطى؛ الطلب الذى يقدمه الخصوم كبديل عن الطلب الأصلى لتوقى خطر رفضه، ولا يكون قائماً بالفعل أمام القاضى بما يتوجب عليه الفصل فيه اللهم إلا إذا تم رفض الطلب الأصلى، وآنذلك يحل محله ويصير بمثابة طلباً أصلياً ينظره القاضى – حتماً من تلقاء نفسه - ويفصل فيه. وهذا ما يمثل جوهر الاختلاف بينه وبين الطلب الضمنى سالف الذكر. فإذا كان الطلب الضمنى يعتبر طلباً مطروحاً وقائماً بالفعل أمام القاضى مما يتعين عليه نظره والفصل فيها سواء قبَلَ الطلب الأصلى أو رفضه، فإن الطلب الاحتياطى لا يكون كذلك إلا إذا رفض الطلب الأصلى، فهو بمثابة وسيلة تحفظية الحكمة منها الاحتياط من رفض الطلب الأصلى. أنظر فى مفهوم الطلب الاحتياطى وطبيعته: د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند١٧٥ مكرر – ص١٧٩؛ والطلب الاحتياطى – المحاماة – السنة ٥٥ – العددان الثالث والرابع & د/وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – المرجع السابق – ص٤٠١ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق - ص٤٦٢ & د/أحمد زغلول – أعمال القاضى التى تحوز الحجية – المرجع السابق – بند١٨٩ – ص٣٨٦، ٣٨٨.

٢٤- ٤- عدم الإضرار بالمدعى عليه.

لم تكتف أحكام القضاء بشرط كون الطلب المقدم من المدعى محتوياً فى طياته على طلب وقتى لإعمال القاضى المستعجل لسلطته فى تحوير الطلبات المطروحة عليه ، وإنما تبنت فضلاً عن ذلك مبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه وتسوى مركزه القانونى المؤقت . فقد قُضى بأن "اختصاص القاضى المستعجل بالقضاء بالإجراءات التحفظية لا يقف عند حد الطلبات الواردة فى الدعوى ، بل له أن يعدل فيها أو يتعداها إلى غيرها مما يراه أكثر موافقة للقانون ولظروف الحال ، على ألا تكون أكثر ضرراً للمدعى عليه ، وإلا اعتبر قاضياً بما لم يطلبه الخصوم"(١).

ومفاد هذا الحكم أن المقصود بعدم الإضرار بالمدعى عليه ليس هو عدم إصابته – مطلقاً – بأية أضرار بالمعنى الفنى للكلمة جراء استعمال القاضى المستعجل لسلطة المخولة له فى تحوير الطلبات ، وذلك لأن فصل القاضى المستعجل فى النزاع المطروح عليه واتخاذ الإجراء الوقتى الملائم له لصالح المدعى – سواء استخدم مكنة التحوير أو لم يستخدمها – سوف يمس بالفعل حقوق المدعى عليه ومركزه القانونى المؤقت ، ويرتب حتماً ضرراً له أقله هو عدم قبول الحكم وعدم إرتضائه بما قضى به(٢)، وإنما يقصد بعدم الإضرار بالمدعى عليه ألا يترتب على استخدام مكنة التحوير إصابته بأضرار تفوق بكثير الأضرار التى كانت ستلحق به حال القضاء ضده بالطلبات التى يقدمها المدعى، وذلك حتى لا يتجاوز القاضى المستعجل حدود هذه الطلبات.

وعلى هذا ، فإن سلطة القاضى المستعجل فى التحوير تتقيد بألا يكون الإجراء الذى سيقضى به – إعمالاً لهذه السلطة – أكثراً ضرراً بالمدعى عليه ،

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٥٢٦٠ لسنة ١٩٣٢ مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ – المحاماة – السنة ١٤ – ص٢٠٥؛ ومستعجل مصر - جلسة ١٩٣٢/١٢/٣– المحاماة – السنة ١٥ – ص١٢٢.

(2) فالضرر هو النتيجة الحتمية الملازمة للقرار القضائى الصادر لصالح أحد الخصوم. فمن المقرر أن للقاضى المستعجل حق تقرير حلول وقتية للحفاظ على حقوق الخصوم حتى ولو ترتب على تلك الحلول لحوق ضرر بأحد الخصوم، ذلك أن ترتيب هذا الضرر لا ينهض بذاته سبباً لحجب اختصاص القاضى المستعجل. الحكم فى الدعوى رقم ٢٤١٨ لسنة ١٩٤٠ مستعجل مصر – المحاماة – السنة ٢١ – العدد٥ – ص٨٤٧.

وذلك حتى لا يتجاوز حدود الطلب المطروح عليه ويقضى بأكثر مما طلب منه[1]. وبعبارة أخرى – وكما تعبر بعض أحكام القضاء – أن يكون الإجراء المقضى به أقل شدة من الإجراء الذى يطلبه المدعى[2]. فإذا أصبح إنزال الحماية العاجلة أمراً لا غنى عنه ، فإنه أقل ما ينبغى على القاضى المستعجل آنذاك أن يتحقق قبل تقررها من أن الإجراء الذى سيقضى به أقل شدة من الطلب الأصلى الذى يطلبه المدعى المنظور أمامه.

وتطبيقاً لذلك ، فإذا طُلب من القاضى المستعجل تعيين المؤجر حارساً قضائياً على الأرض المؤجرة لإنتهاء مدة الايجار المحددة بالعقد ، وثار نزاع جدى أمامه بشأن تجديد مدة الإيجار بالطريق الضمنى بسبب استمرار المستأجر بالأرض مدة بعد إنتهاء مدة الايجار المحددة بالعقد بعلم المؤجر ، فليس له أن يحور الطلب الأصلى ويقضى بطرد المستأجر[3]، وذلك إعمالاً لمبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه وإساءة مركزه القانونى المؤقت جراء استخدام مكنة التحوير ، وذلك على اعتبار أن القضاء بتعيين المؤجر حارساً قضائياً فى هذا الصدد يكون أقل ضرراً للمدعى عليه إذا ما قضى بطرده من العين محل التداعى باعتباره مستأجراً.

ويجد هذا المبدأ سنده – فى اعتقادنا – فى قاعدة شرعية مفادها ضرورة تحمل أقل الضررين أثراً إذا كان أحدهما لا مفر منه[4]. فلئن كانت النتيجة الحتمية

---

(1) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٢٥٦، ٢٥٧ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨٤ & د/أحمد هندى – التعليق على المرافعات – ج١ – المرجع السابق – هامش ص٩٤٥. وكذلك: مستعجل مصر – جلسة ١٩٣٢/١٢/٣ سابق الإشارة اليه.

(2) حيث قضى بأن القاضى المستعجل مقيد حال اتخاذ أحد الإجراءات التحفظية التى يراها بشرط أن يكون هذا الأجراء أقل شدة من الإجراء الذى يطلبه المدعى. الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ١٩٣٩ مستعجل مصر - مشار اليها مسبقاً. وأنظر: الحكم فى الدعوى رقم ٥٩٥ لسنة ١٩٣٧ مستعجل مصر – المحاماة – السنة ١٧ – ص١٠٨٥.

(3) أنظر: استئناف مختلط – ١٩٠٢/٤/٢٣ – المجموعة ١٤ – ص٢٢٥. مشار إليه لدى: أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – هامش ص٩١.

(4) ويطلق على هذه القاعدة فى الفقه الاسلامى قاعدة **"تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد"** أو قاعدة **" أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"**. ويقصد بهذه القاعدة أنه حال اجتماع ضررين وكان أحدهما يسيراً والأخر شديداً بالنسبة إلى الأول، فإنه يجوز تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، بمعنى أن يتحمل المضرور أخف الضررين أثراً. أنظر فى هذه القاعدة: د/على أحمد الندوى – موسوعة القواعد والضوابط

لتحوير الطلبات الأصلية هى إساءة المركز القانونى المؤقت للمدعى عليه بشكل يضر بحقوقه ومصالحه، وكان القضاء بالإجراءات الوقتية سيترتب عليه كذلك إلحاق ضرر بالمدعى عليه، فإنه ينبغى على القاضى المستعجل تفضيل الضرر الأخف أثراً.

ولا شك فى أن مبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه يحقق مصلحته ويتفق مع العدالة واعتباراتها التى تقتضى ضرورة الموازنة بين حقوق الخصوم . فلئن كان من حق المدعى الحصول على الحماية العاجلة ، فإنه فى المقابل لا يجوز أن يضار المدعى عليه مقابل النفع الذى يتحقق للمدعى. ومن ثم ، فليس أمام القاضى المستعجل سوى القضاء بالإجراء الذى يكون أقل ضرراً بالمدعى عليه.

٢٥- ٥- تقديم المدعى كفالة.

قيدت بعض أحكام القضاء سلطة القاضى المستعجل فى الهيمنة على سير الدعوى وحقه فى تعديل الطلبات التى تقدم إليه وتحويرها إلى تدابير وقتية أو تحفظية بضرورة تقديم المدعى كفيلاً أو ضماناً كافياً لتغطية نفقات الإجراء الذى سيتم اتخاذه[1].

والعلة من ذلك واضحة ، وهى مراعاة مصلحة المدعى عليه وموالاته رعاية خاصة . فإذا كانت مصلحة المدعى تقتضى إعمال القاضى المستعجل لسلطته فى تحوير الطلبات المطروحة عليه طالما كان مضمون هذه الطلبات هو الحماية الوقتية وطالما كانت وقائع النزاع تستجيب لذلك ، فإن مصلحة المدعى عليه – فى المقابل – تقتضى أيضاً وجود ضمانة تكفل صيانة حقوقه وتحافظ على مركزه القانونى إلى أن يتم الفصل فى النزاع أمام القضاء الموضوعى ، وذلك للتوفيق بين مصالح هؤلاء الخصوم المتعارضة[2].

الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية فى الفقه الأسلامى – ط١٩٩٩ – ص٧٤ وما بعدها & د/أسامة الشيخ – قاعدة لا ضرر ولا ضرار- دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠٧ – ص٤٦٧ وما بعدها.

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٥٢٦٠ لسنة ١٩٣٢ مستعجل مصر – جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ – المحاماة – السنة ١٤ – ص٢٠٣.

(2) ويقصد بنظام الكفالة؛ كل ما يقدمه المحكوم له من ضمانات بالشكل الذى يحدده القانون ضماناً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ إذا تبين فيما بعد عدم أحقيته فى التنفيذ وإلغاء سنده التنفيذى. د/أبوالوفا –

وعلى ذلك ، فإنه يجوز للقاضى المستعجل أن يلزم المدعى – باعتبار الخصم المستفيد من التحوير – بتقديم كفالة أو ضمان مالى كافى لتغطية الإجراء الوقتى الذى أمر باتخاذه ، أو تقديم ضمانة ، مالية أو شخصية كانت[1]، لتخفيف الضرر الذى سيصيب المدعى عليه جراء تنفيذ هذا الإجراء أو لمواجهة احتمال إلغائه وإعادة الحال إلى ماكان عليه لكونه حكماً مشمولاً بالنفاذ المعجل عرضة بشكل كبير للإلغاء[2].

والواقع أن الزام القاضى المستعجل المدعى بتقديم الكفالة حال إعماله لسلطة التحوير هو رخصة له إن شاء استخدامها أو وإن شاء أعرض عنها ، وذلك لأنه ليس هناك قاعدة تشريعية تقرر الكفالة فى حالة التحوير[3]. فالقيود والاستثناءات – كقاعدة – لا تتقرر إلا بنص صريح . وبالتالى ، فإنه فى ظل غياب نص تشريعى

إجراءات التنفيذ – منشأة المعارف - ط٩ – ١٩٨٩ - بند٣٢ – ص٧٠ & د/وجدى راغب – النظرية العامة للتنفيذ القضائى – دار الفكر القانونى – ص٨٤، ٨٥ & د/نبيل عمر – التنفيذ الجبرى – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠١– ص٢٠١ & د/أحمد خليل – طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم النقض – بيروت – ط١ – ١٩٩٦ – بند١٨ - ص٢٢ & د/أحمد هندى – التنفيذ الجبرى – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠١٨ – بند٢٩ – ص٨٢.

(1) ولقد عددت المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الصور التى تقدم بها الكفالة وهى: إيداع خزانة المحكمة مبلغاً من النقود، أو إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشئ المأمور بتسليمه إلى حارس مقتدر، أو تقديم كفيل مقتدر. ويلاحظ أن القاضى حال إذا ما قضى بضرورة تقديم الكفالة، فهو لا يعين نوعها أو شكلها، وإنما يقوم بذلك الملزم بها ويعلن بها خصمه قبل الشروع فى التنفيذ. د/أبوالوفا – إجراءات التنفيذ – المرجع السابق - بند٣٢ – ص٧٢ & أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند٧٦ – ص١٢٤، ١٢٥ & د/نبيل عمر – التنفيذ الجبرى – المرجع السابق – ص٢٠٢، ٢٠٣ & د/أحمد هندى – التنفيذ الجبرى – المرجع السابق – بند٢٩ – ص٨٤ وما بعدها & د/أحمد خليل – طلبات وقف التنفيذ – المرجع السابق – بند١٨ - ص٢٣.

(2) فالكفالة ليست هى ما يعادل قيمة الحكم المنفذ به، وإنما هى بمثابة وسيلة علاجية لضمان حالة التنفيذ العكسى تدفع القاضى للحكم بالنفاذ المعجل مطمئناً إلى حماية حقوق المحكوم عليه إذا الغى الحكم الذى سيقضى به. د/محمد عبدالخالق – مبادئ التنفيذ – ط١٩٧٨ – ص١٣٩ & د/أحمد هندى – التنفيذ الجبرى – المرجع السابق - بند٢٩ – ص٨٣. أنظر فى مدى كفاية نظام الكفالة فى مواجهة مخاطر إلغاء التنفيذ: د/أحمد خليل – طلبات وقف التنفيذ – المرجع السابق – بند١٩ – ص٢٤ وما بعدها.

(3) فالقاعدة – طبقاً لنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات - أن النفاذ المعجل يجرى بلا كفالة واشتراط تقديم الكفالة هو استثناء عليه. وبالتالى، فلا يلتزم طالب التنفيذ بتقديمها إلا إذا حكمت المحكمة بها. د/أبوالوفا – إجراءات التنفيذ – المرجع السابق - بند٣١ – ص٦٩ & د/محمد عبدالخالق – المرجع السابق – ص٢٠٢ & أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند٧٦ – ص١٢٣، ١٢٤ & د/أحمد هندى – التنفيذ الجبرى – المرجع السابق – بند٢٩ – هامش ص٨٣ & د/أحمد خليل – طلبات وقف التنفيذ – المرجع السابق – بند١٩ – ص٢٥.

يقرر شرط الكفالة، فهو ليس قيداً بالمعنى الصحيح على سلطة التحوير . فيعد صحيحاً استعمال القاضى المستعجل لهذه السلطة دون إعمال شرط الكفالة[1].

غير أننا نرى أنه من الأوفق والأنسب على القاضى المستعجل إذا لجاء إلى مكنة التحوير أن يلزم المدعى بتقديم الكفالة أو الضمان المالى المناسب لتخفيف الضرر الذى قد يلحق بالمدعى عليه تحقيقاً لمصلحته ، وذلك لأنه إذا كانت الغاية من التحوير هى مراعاة مصلحة العدالة وإنزال الحماية الوقتية للنزاع ، وليس مجرد مصلحة المدعى بشكل محض ، إلا أن مناط التحوير ينتهى – بلا شك – إلى تحقيق مصلحة المدعى.

المبحث الثالث

النظام الإجرائي للتحوير

٢٦– تمهيد وتقسيم:

سبقت الإشارة إلى أن سلطة التحوير تعد وسيلة فنية مخولة للقاضى المستعجل يستخدمها من تلقاء نفسه دون تدخل من الخصوم ، وذلك لمواجهة عجز الإجراء الذى يطلبه المدعى عن إضفاء الحماية الوقتية على النزاع.

وإذا كانت سلطة التحوير على هذا النحو سلطة محصورة على القاضى المستعجل ذاته بحكم طبيعة عمله أنه لا يفصل إلا فى نزاع وقتى، فما هى الضوابط الإجرائية المقررة لاستعمال هذه السلطة؟

وإذا كان القاضى المستعجل يمارس سلطة التحوير بمعزلٍ تام عن الخصوم ، فهل تعد هذه السلطة سلطة طليقة من القيود أم أنها سلطة مقيدة، وإذا كانت مقيدة ، فما هى حدود ممارسة هذه السلطة؟

---

(1) وتطبيقاً لذلك، جرت بعض أحكام القضاء على تقرير سلطة التحوير دون الزام المدعى بتقديم كفالة أو ضمان مالى. أنظر على سبيل المثال: الحكم فى الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٠ مستأنف مستعجل القاهرة – د ٣ استئنافية – جلسة ١٩٦٠/٢/٢٩؛ والدعوى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل الجيزة – د٥ استئنافية – جلسة ١٩٦٥/١١/٩ – منشوران لدى: أ/ابراهيم عثمان – أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق – ص٢٦ وما بعدها.

وحتى يتسنى الإجابة عن هذه التساؤلات، فإنه سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول : الضوابط الإجرائية للتحوير.

المطلب الثانى : حدود سلطة القاضى المستعجل فى التحوير.

المطلب الأول

الضوابط الإجرائية للتحوير.

يقصد بالضوابط الإجرائية لمكنة التحوير بيان ميعاد إجرائها من ناحية أولى. وبيان مدى امتداد هذه المكنة إلى غير القاضى المستعجل من ناحية ثانية. ومعالجة إجراءاتها وسلطة القاضى المستعجل فى استخدامها من ناحية ثالثة. وتحديد دور الخصوم فى التحوير من ناحية رابعة. وهذا ما سوف نتولى بيانه فيما يلى.

٢٧- أولاً : ميعاد التحوير.

متى وصلت الخصومة المستعجلة إلى ذروتها وانتهى الخصوم من تقديم ما لديهم من طلبات ودفوع ومستندات ، وتهيأ القاضى المستعجل للفصل فى هذه الخصومة بعد أن اقتنع بصلاحيتها للبت فيها بحالتها التى هى عليها ، جاز له قفل باب المرافعة تمهيداً للفصل فى الخصومة وإصدار حكمه فيها[١].

وبمجرد قفل باب المرافعة ينتقل النزاع إلى حوزة القاضى المستعجل، ويغل يد الخصوم على النزاع ، بما لا يجوز لأى خصم إبداء طلبات جديدة أو تعديل طلباته أو تقديم أية مستندات[٢] حيث تكون صلة الخصوم بالنزاع قد انقطعت[٣]،

---

(1) ويقصد **بقفل باب المرافعة** تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل ما لديهم من طلبات ودفوع وأوجه دفاع. (د/أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام – المرجع السابق – بند٣١ – ص٦٣ & د/فتحى والى – المبسوط فى القضاء المدنى – ج٢ - المرجع السابق – بند١٠٥ – ص٢٨٧ & د/نبيل عمر – النظام القانونى للحكم القضائى – دار الجامعة الجديدة - ط٢٠١٠ – بند١١ – ص١٧). وبعبارة أخرى هو وصول الخصومة إلى المرحلة النهائية التى يسكت فيها الخصوم ويتكلم فيها القاضى. (د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج٢ – المرجع السابق – بند٣٦٧ – ص٢٨٧). أو هى انتقال حيازة الدعوى للمحكمة وجعلها بينها وحدها وانقطاع صلة الخصوم بها. (الطعن رقم ٧٤٦٢ لسنة ٦٣ ق – جلسة ٢٠٠٧/١٠/٢٥). وقفل باب المرافعة بهذه المثابة هو نظام إجرائى لصيق بالخصومة بالمعنى الفنى للكلمة، لا يسرى على الأوامر على العرائض وكذلك أوامر الأداء. د/نبيل عمر – الإشارة المتقدمة.

(2) طبقاً لنص المادة ١٦٨ من قانون المرافعات.

(3) ما لم تصرح المحكمة بتقديم مذكرات أو مستندات فى أجل معين، وهنا يجوز تقديمها طالما أن الخصم المقدم ضده قد علم بها واطلع عليه. الطعن رقم ٤٥١٤ لسنة ٧٥ق – جلسة ٢٠١٣/٧/١.

وذلك إعمالاً لمبدأ احترام حقوق الدفاع وأصول التقاضى المقررة لكفالة تحقيق العدالة ولعدم تجهيل الخصومة على من كان طرفاً فيها[1].

وبهذه المثابة ، تعد واقعة إقفال باب المرافعة هى لحظة بدء عملية التحوير حيث تكون عناصر الدعوى – بعد أن تهيأت للحكم فيها – فى حوزة القاضى المستعجل ليشرع على الفور – كما سيجئ فى حينه – بفحص العناصر الواقعية للدعوى التى طرحها الخصوم وقاموا بإثباتها ، ليستخلص منها ما يصح الاستناد إليه لاتخاذ أحد التدابير الوقتية أو التحفظية الملائمة للحفاظ على حقوق الخصوم.

وعلى ذلك ، تكون مرحلة قفل باب المرافعة وحتى النطق بالحكم هى النطاق الزمنى الذى يمارس فيه القاضى المستعجل سلطته فى تحوير الطلبات المعروضة عليه.

٢٨– ثالثاً: الاختصاص بالتحوير.

ذكرنا مسبقاً أن طبيعة القضاء المستعجل والدور المناط به أدائه بحسبانه قضاء وقتياً يوفير حماية عاجلة للخصوم ضد الأضرار المحدقة التى تلحق بهم دون الفصل فى أصل الحق هى السبب الرئيسى وراء تبنى سلطة التحوير . ولعل هذا معناه أن سلطة التحوير لا يؤخذ بها إلا فى الدعاوى المستعجلة حيث يكون هناك استعجال وخشية من فوات الوقت[2].

وعلى ذلك ، فإن التحوير هو سلطة خاصة لصيقة بالقاضى المستعجل وحده بحكم عمله لا تمتد إلى غيره[3] يجريها من تلقاء نفسه ودون طلب يقدم إليه من الخصوم[4]. وثبوت سلطة التحوير للقاضى المستعجل على هذا النحو هو اختصاص

---

(1) الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠١٢/٥/١٥.
(2) د/فتحى والى – المشكلات العملية فى قانون المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١.
(3) فى ذات المعنى: د/فتحى والى – الإشارة السابقة & د/عبدالباسط جميعى – مبادئ المرافعات – المرجع السابق – ص١٣١ & د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٢٥٨ & د/عاشور مبروك – الوسيط فى القانون القضاء المصرى – ج١ – المرجع السابق – بند٣٥٨ – ص٣٨١.
(4) الحكم فى الدعوى رقم ٢٨١ لسنة ١٩٦٦ مستأنف مستعجل الجيزة مشار إليها مسبقاً.

استئثارى على سبيل الانفراد. ومن ثم ، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته والخروج عنه[1].

وأثراً لذلك ، فإنه يمتنع على قاضى التنفيذ تحوير الطلبات التى تطرح عليه ، وذلك لانتفاء المبرر من اللجوء إلى هذه السلطة ، إلا إذا كان النزاع المعروض عليه نزاعاً وقتياً ينظره بصفته قاضياً للأمور المستعجلة وليس بصفته قاضياً وقتياً[2]. وهذا ما أخذت به محكمة النقض[3].

كذلك لا تؤول سلطة التحوير إلى القاضى الموضوعى لانتفاء ركن الاستعجال المبرر للأخذ بسلطة التحوير[4].

٢٩- ثالثاً : إجراءات التحوير وسلطة القاضى المستعجل.

يقوم القاضى المستعجل حال استعماله للسلطة المخولة له فى تحوير الطلبات المطروحة عليه التى تخرج عن نطاق اختصاصه بإتباع مجموعة من الإجراءات على التوالى: تبدأ بفحص العناصر الواقعية للنزاع وكشف الوقائع الكامنة بها التى تصلح لإنتاج الحماية الوقتية ، ثم يعقب ذلك عملية تقدير هذه الوقائع على غير النحو الذى قدره المدعى ، وذلك للتحقق من كفاءتها وقادرتها على إنزال الحماية العاجلة ، ثم ينتهى بإنزال التكييف القانونى لهذه الوقائع وإرساء القاعدة القانونية التى تستجيب لها . وهذا ما سنتعرض إليه عبر النقاط الأساسية التالية:

٣٠-١- الفحص الظاهرى لوقائع النزاع.

سبقت الإشارة إلى أن يشترط لإعمال القاضى المستعجل لسلطته فى التحوير أن تكون عناصر الدعوى الواقعية التى طرحها الخصوم تحمل فى ثناياها وقائع

---

(1) استناداً إلى طبيعة اختصاص القضاء المستعجل باعتباره اختصاصاً نوعياً يتعلق بالنظام العام. د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند٢٩٢ – ص٣٢٩ & أ/على راتب – المرجع السابق – بند٢ – ص٦، ٧. وكذلك: الدعوى رقم ١٦٢٣ لسنة ٢٠١٦ مستعجل الاسكندرية – د١ – جلسة ٢٠١٧/١/٢٩؛ والدعوى رقم ١٥٤٤ لسنة ٢٠١٦ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/١/٣١.

(2) د/فتحى والى – الإشارة المتقدمة. وأنظر كذلك: د/عبدالباسط جميعى – نظرية الاختصاص – المرجع السابق – ص١٢٥. حيث يقرر أن امتلاك قاضى التنفيذ سلطة تحوير طلب الحكم ببطلان حجز إلى وقف تنفيذ إنما يثبت له باعتباره قاضياً مستعجلاً.

(3) نقض مدنى- جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥.

(4) أنظر: الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٣ق – جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١ – المكتب الفنى س٢٨ ج٢ ص١٨٤١.

تصلح لتوليد الحماية العاجلة . ولعل هذا يقتضى من القاضى المستعجل بذل مجهوداً يجرى بطبيعة الحال بشكل ظاهرى سطحى من أجل استنباط وإظهار هذه الوقائع ، وهو ما يمكن التعبير عنه بعملية الفحص الظاهرى.

ونقصد بالفحص الظاهرى تقيم القاضى المستعجل لإدعاءات المدعى والبحث فى طيات الحالة الواقعية التى أدلى بها وقام بإثباتها ، وذلك للتحقق من كونها تتضمن وقائع أخرى تصلح لإنزال الحماية الوقتية الملائمة للحفاظ على حقوق الخصوم وصيانة مصالحهم ، وهى ما نسميها نحن "**بالوقائع الضمنية**"، وبالاحرى "**الوقائع البديلة**". وبذلك، فعملية الفحص الظاهرى هى فحص المركز الواقعى المؤقت المتنازع عليه للتحقق من إنطوائه على الوقائع البديلة.

ولا شك أن المقصد من عملية الفحص الظاهرى هو استخلاص الوقائع البديلة – أو الضمنية – الصالحة لتوليد الحماية العاجلة من قائمة العناصر الواقعية التى أدلى بها المدعى ، وذلك إزاء عدم قدرة إدعاءه – الصريح – الذى جاء مصاغ بشكل يثير نزاعاً موضوعياً على كشف ذلك وتقرير الصحيح والثابت فيها.

والوقائع البديلة هى – فى رأينا – وقائع قدمها وأثبتها الخصوم ضمن عناصر الدعوى الواقعية بشكل يجعلها جزاء لا يتجزأ منها ، غير أن الخصوم لم يعتمدوا عليها بشكل صريح فى تأسيس طلباتها الوقتية المطروحة على القاضى المستعجل رغم صلاحيتها لإرساء الحماية العاجلة.

وبهذه المثابة ، تعد الوقائع البديلة جوهر التحوير وأساسه ، فهو يدور معها وجوداً وعدماً ، حيث يجوز للقاضى المستعجل الاعتماد عليها فى إنزال الحماية الوقتية بدلاً من الوقائع التى بُنى عليها طلبات الخصوم صراحةً ، فهى تؤدى بذاتها إلى النتيجة القانونية التى يطلبها الخصوم ، وهى إنزال الحماية العاجلة على أصل النزاع . وهنا يظهر المعنى الذى نقصده من اصطلاح الوقائع البديلة.

وبذلك فيتوجب على القاضى المستعجل إذا لجأ إلى سلطته فى التحوير التقيد بالوقائع التى حددها الخصوم وحصروا المناقشة عليها دون سواها . فإذا وجد فيها ما نعبر عنه باصطلاح "الوقائع البديلة" ، جاز له التحوير. والعكس صحيح.

وتطبيقاً لذلك ، أنه فى إحدى الدعاوى المستعجلة طلب المدعى استلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده مع وكيل المؤجر فطعن المؤجر ببطلان هذا العقد واستبان للقاضى المستعجل ..... أن القضاء منه بالتسليم بالرغم من أنه طلب مؤقت بطبيعته ، إلا أنه قد يستفاد منه القطع الضمنى فى هذه المنازعات مما يتعين معه تركه سليماً للقاضى الموضوعى صيانةً لحقوق الخصوم . فلا شبهة فى أن طلب المدعى باستلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده يندرج تحته وينطوى فى معناه تسليمها إليه بأى صفه كوديع أو حارس»[1].

والواقع أننا نتفق مع هذا الحكم ، وذلك لأن الحالة الواقعية المطروحة على القاضى المستعجل ، والتى تتمثل فى استلام العين المؤجرة نفاذاً لعقد إيجار ، وإن كان الفصل فيها يقضى المساس بأصل الحق ، غير أنها تحوى فى طياتها وقائع تعيين الحراسة على العين المؤجرة ، وهى وقائع تكون قادرة إنزال الحماية المستعجلة – وهى فرض الحراسة على العين المتنازع عليها – إلى حين البت فى أصل النزاع أمام القضاء الموضوعى[2].

ويشترط فى الوقائع البديلة أن تكون وقائع منتجة فى النزاع ، أى تكون وقائع قدمها الخصوم وتمسكوا بها أمام القاضى المستعجل وقاموا بإثباتها . فلا يجوز للقاضى المستعجل إجراء الفحص الظاهرى لوقائع غير منتجة لما يعد ذلك بمثابة إدخال لعناصر واقعية جديدة ، وهو ما يحرم عليه استناداً إلى قاعدة إمتناع القاضى عن تغيير سبب الدعوى.

وتطبيقاً لذلك ، أنه فى احدى الدعاوى المستعجلة؛ طلب المدعى تمكينه من الشقة محل النزاع تأسيساً على ملكيتها لمورثته وفقاً لعقد البيع وإقامته معها – هو وأسرته – حتى مماتها ، وذلك على أثر قيام أحد الورثة بطرده منها بالقوة . فقضت

---

(1) مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٩/١٢/١٦ – المحاماة – السنة٢٠ – ص١٠٠١

(2) وعلى النقيض تماماً، أنه إذا تبين للقاضى المستعجل من عملية الفحص الظاهرى أن الإطار الواقعى الذى طرحه المدعى لا ينطوى على الوقائع البديلة القادرة على لإنزال الحماية الوقتية، امتنع عليه التحوير وتعين عليه القضاء بعدم اختصاصه بنظر النزاع، وذلك لأن إجراء التحوير فى هذه الحالة يعتبر قضاءً بما لم يطلبه الخصوم. أنظر: د/نبيل عمر – امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق – ص١٠٧.

المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى استناداً إلى تأسيس المدعى دعواه على ملكية مورثته للعين محل النزاع، وهو ما يتعلق بأصل الحق المتنازع عليه[1].

ونحن نتفق مع هذا الحكم ، وذلك لأن البين من وقائع النزاع أن طلب المدعى تمكينه من الشقة محل التداعى ، وهى طلب وقتى بطبيعته ، قد تأسس على وقائع يكون الفصل فيها ماساً بأصل الحق ، وهى ملكية مورثته للشقة . وإذا كان صحيحاً أن عناصر الدعوى الواقعية تحوى فى طياتها على نسميه بالوقائع البديلة ، والتى تتمثل فى حيازة المدعى للشقة وإقامته فيها مع مورثته حتى وفاتها ، وهى وقائع تصلح لإنتاج الحماية الوقتية ، إلا أنها فى حقيقة الأمر وقائع غير منتجة حيث لم تكن محل إثبات الخصوم ومناقشتهم . ولذا ، فلا يصح فى هذه الحالة اللجوء إلى مكنة التحوير.

وخلاصة ما تقدم ، فإن عملية الفحص الظاهرى – باعتبارها الخطورة الأساسية للتحوير – هى مجرد استنباط مستمد من واقع النزاع المطروح على القاضى المستعجل للوقائع البديلة المنتجة فيه والقادرة على توليد الحماية الوقتية . وفى هذه العملية ، تتنوع الأعباء الإجرائية بين القاضى المستعجل والخصوم ، فيقع عبء إدعاء الوقائع البديلة وإثباتها على كاهل الخصوم ، بينما يقع على عاتق القاضى المستعجل عبء استخلاصها واقتطاعها من قائمة العناصر الواقعية المطروحة عليه.

٣٠ مكرر– ٢– تقدير الوقائع البديلة.

لا يقتصر نشاط القاضى المستعجل فى إعماله لسلطة التحوير على عملية الفحص الظاهرى للحالة الواقعية للنزاع المعروضة عليه لاستباط الوقائع البديلة منها ، وإنما هى البداية حيث يعقبها عملية تقدير هذه الوقائع . وفى سبيل ذلك ، يستخدم القاضى المستعجل ما يعرف بفن التقدير القضائى المستقبلى[2].

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٧٧٠ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٧/٢٥.

(2) ويقصد بالتقدير القضائى المستقبلى؛ إجراء القاضى تقديراً مستقبلياً للوقائع المقدمة إليه من الخصوم والمثبتة بواسطتهم بهدف استشفاف الحل الذى يمكن إنزاله على هذه الوقائع والذى به ينحسم النزاع بين

ويقصد بتقدير الوقائع البديلة؛ انطباع القاضى المستعجل للوقائع البديلة وتحديد مدى قيمتها وصلاحيتها لإرساء الحماية الوقتية المناسبة للحفاظ على أصل النزاع . ولذا ، فإنه ينبغى أن تكون الوقائع البديلة قادرة على توليد الحماية الوقتية . بمعنى أن تكون الوقائع التى يستخلصها القاضى المستعجل من عناصر الدعوى الواقعية تحوى فى طياتها على الإجراء الوقتى الأنسب لإنزال الحماية العاجلة اللازمة لحماية حقوق الخصوم من الإضرار المحدقة بها[1].

وفى هذا الخصوص ، يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية واسعة فى تقدير الوقائع البديلة ، فهو الذى يقدر مدى تعلقها بالنزاع – وكونها منتجة فيه من عدمه – ومدى كفاءتهاعلى إنتاج وتوليد الحماية الوقتية التى يطلبها الخصوم اللازمة للحفاظ على حقوقهم[2].

غير أننا لا نقصد باصطلاح السلطة التقديرية المعنى المطلق الذى يعنى حرية القاضى المستعجل التامة فى التقدير بلا شرط وبلا قيد[3]، وإنما نقصد به السلطة التقديرية المنطقية[4] للقاضى المستعجل فى تقدير الوقائع البديلة وتحديد مضمون الإجراء الوقتى الأكثر ملائمة لإشباع مصالح الخصوم المتعارضة، المدعى

الخصوم. د/نبيل عمر – التقدير القضائى المستقبلى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – الطبعة الاولى – ١٩٩٩ – ص١٣. ولمزيد من التفاصيل، أنظر: ذات المرجع.

(1) أنظر : ما تقدم – بند٢٣.

(2) أنظر فى دراسة تفصيلية لسلطة القاضى التقديرية، مضمونها ونطاقها وطبيعتها وتطبيقاتها: د/نبيل عمر – سلطة القاضى التقديرية – منشأة المعارف – الطبعة الأولى - ١٩٨٤. وأنظر فى تقدير القاضى المستعجل للحماية الوقتية: ذات المرجع – بند٣٥٧ وما يليه – ص٤٠٦.

(3) وهذا أمر بديهى، وذلك لأن قانون المرافعات لا يترك القاضى حراً تاماً فى تكوين العمل والرأى القضائى، وإنما يورد عليه العديد من الضوابط الموضوعية والقيود الإجرائية. فلا يعرف قانون المرافعات – كقاعدة – السلطة المطلقة بالمعنى الفنى للكلمة، وإنما قنن السلطة التقديرية فى اختيار السلوك الملائم للغايات التى يحددها القانون وقيدها فى تحديد هذه الغايات. د/نبيل عمر – السلطة التقديرية للقاضى – المرجع السابق – بند٦٨ – ص١٠٥. وأنظر بالتفصيل: د/وجدى راغب – العمل القضائى – المرجع السابق – ص٣١٥ وما بعدها. وكذلك: د/نبيل عمر – ذات المرجع – بند٩٤ وما يليه – ص١١٢ وما بعدها.

(4) ويقصد بها حرية القاضى فى تقدير النزاع الذى يعرض وفقاً لمنهج أو فكر منطقى بموجبه يقوم القاضى من خلال مقدمات موضوعية معروضة عليه الوصول إلى نتائج منطقية بحيث يكون قراره الذى سيتخذ قائماً على أسباب منطقية تبرره. وهو ما يعرف بالاستدلال القضائى. أنظر فى مدلول فكرة الاستدلال القضائى: د/نبيل عمر – النظرية العامة للطعن بالنقض – المرجع السابق – ص١٤٠ وما بعدها & د/أحمد الصاوى – نطاق رقابة محكمة النقض - ط١ – ١٩٨٤ – بند٦٨ – ص١١٦، ١١٧ & د/عزمى عبد الفتاح – تسبيب الاحكام – المرجع السابق – ص٤٦٢، ٤٦٣.

والمدعى عليه، الماثلة فى إنزال الحماية الوقتية على أصل النزاع ، وذلك وفقاً لما تقتضيه الحالة الواقعية المطروحة على القاضى المستعجل وبشكل محايد طبقاً لما تتجه إليه إرادة الخصوم.

وعلى ذلك ، فإن القاضى المستعجل لا يكون حراً تاماً فى عملية تقدير الوقائع البديلة ، وإنما يتقيد فى ذلك بالشروط الموضوعية لممارسة مكنة التحوير – سالفة البيان – والحدود المرسومة لها – التى سيأتى الحديث عنها لاحقاً–، وذلك حتى لا يصيب أساس الإدعاء المطروح عليه تغييراً نتيجة إجراء التحوير. وبذلك، تلعب شروط التحوير وقيوده دوراً هاماً فى تحديد وتوجيه سلطة القاضى المستعجل التقديرية بخصوص تقدير الوقائع البديلة وعملية التحوير بوجه عام.

وتفريعاً على هذا ، فإنه يجب على القاضى المستعجل الالتزام بحدود الوقائع المطروحة عليه، سبباً وموضوعاً وإثباتاً، على النحو الذى قدره الخصوم دون أن يتعدى هذا النطاق.

ويجب على القاضى المستعجل أيضاً إذا وجد الوقائع البديلة أن يتحرى الشروط المطلوبة لإعمال مكنة التحوير ، فيتحقق من توافر شرطى الاستعجال وعدم المساس بأصل النزاع[1]، وهذا أمر بديهى باعتبارهما شرطا انعقاد اختصاصه ، فضلاً عن تعلقهما بالنظام العام[2].

كما ينبغى على القاضى المستعجل التحقق من شرط عدم الإضرار بالمدعى عليه . فيقع عليه عبء تقدير الضرر الذى سيلحق بالمدعى عليه جراء استخدام مكنة

---

(1) وللقاضى المستعجل سلطة تقدير هذين الشرطين دون معقب بحيث لا يصلح خطؤه فى ذلك سبباً للطعن بالنقض. نقض مدنى ١٩٦١/١١/٨ – الطعن رقم ١٢٧ – لسنة ٢٧ق ، نقض مدنى ١٩٥٠/١١/٢٢ – السنة ٢ – ص١٠٣. ويلاحظ أن الاستعجال قوامه طبيعة الحق والظروف والملابسات المحيطة به، بينما يجد عدم المساس بأصل الحق مجاله وقائع الدعوى. الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٨٣ لسنة ١٩٥٩ – مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٥٩/٥/٣٠ – منشور لدى أ/ابراهيم عثمان – أحكام ومبادئ القضاء المستعجل - المرجع السابق. وكذلك: مستعجل مصر ١٩٣٧/١٢/٨ – المحاماة – السنة١٨ – ص٣٧٧.

(2) فمن المقرر أن شرطى الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق يتعلقان بالنظام العام بما يتعين على القاضى المستعجل حال تخلف أحدهما أو كلاهما أن يقضى بعدم اختصاصه، كما يجوز للخصوم التمسك بهذا الدفع فى أى حالة تكون عليها الدعوى. أنظر: مستعجل القاهرة – ١٩٦١/٤/٩ المجموعة الرسمية – السنة ٦٠ – ص٨٣١ – رقم ١٠٧.

التحوير ، وكذلك الضرر الذى سيصيبه حال إذا ما قضى بالطلبات الأصلية فى الدعوى ، وإجراء مقارنة بينهما واختيار أخفهما . ويجرى القاضى المستعجل الموازنة بين هذين الضررين وفقاً لما يسميه البعض بسلطة التقدير القضائى المستقبلى[1].

وعلى ذلك يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية كاملة فى تقدير شرط عدم الإضرار بالمدعى عليه وفقاً لظروف الحال وملابسات الدعوى المستعجلة[2]. وتبعاً لهذا ، فإذا تبين للقاضى المستعجل أن إعمال سلطته فى التحوير سوف ينتج عنه اتخاذ إجراء وقتى أكثر شدة من الطلب الذى يطلبه المدعى، وهو ما قد يترتب عليه إصابة المدعى عليه بأضرار أشد من الأضرار التى يحتمل أن تلحق به حال القضاء بطلب المدعى الأصلى ، امتنع عليه تحوير هذا الطلب وان يقضى بعدم اختصاصه بنظر النزاع لما فى ذلك من إخلال بمبدأ عدم الإضرار بالمدعى عليه. أما إذا اتضح للقاضى المستعجل أن الإجراء الوقتى الذى سيقضى به أقل شدة من الطلب المقدم من المدعى ، جاز له القضاء بهذا الإجراء[3].

وجدير بالاشارة الى أن إجراءات فحص عناصر الدعوى الواقعية المطروحة على القاضى المستعجل ، واستخلاص الوقائع البديلة الكامن فيها القادر على إنزال الحماية الوقتية الملائمة للنزاع ، وتقديرها والموازنة بين مصالح الخصوم المتعارضة – المدعى والمدعى عليه – والكشف المبكر عما تفرزه عملية التحوير من الأضرار التى ستلحق بهم للوقوف على الأولى منها بالرعاية تجرى جميعها

---

(1) أنظر: د/نبيل عمر – التقدير القضائى المستقبلى – المرجع السابق - ص١٣.

(2) أنظر: مصر مستعجل – جلسة ١٩٣٢/١٠/٢٦ – المحاماة – السنة ١٤ – ص٢٠٣.

(3) وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه «لا شبهة فى أن طلب المدعى باستلام العين المؤجرة نفاذاً لعقده يندرج تحته وينطوى فى معناه تسليمها إليه بأى صفه كوديع أو حارس إذ الصفة الأخيرة أقل كثيراً من الصفة الأولى حيث يصبح خاضعاً لرقابة القضاء فى إدارته لا يملك تصرفاً فى غير الدائرة التى ترسم له». مستعجل مصر - جلسة ١٩٣٩/١٢/١٦ – المحاماة – السنة٢٠ – ص١٠٠١.

والبين من هذا الحكم أن القاضى المستعجل بماله من سلطة تقديرية قد أجرى مقارنة مستقبلية بين الضرر الذى سيلحق بالمدعى عليه جراء الحكم للمدعى بطلبه استلامه للعين محل النزاع بوصفه المؤجر، وبين الضرر الذى يحتمل أن يلحق به إذ قضى بتعيين المؤجر حارساً واستلامه للعين بهذه الصفة، فاختار أقلهما لاسيما وأن سلطة المدعى على العين محل النزاع سوف تكون محلاً لرقابة القضاء باعتباره حارساً عليها يسأل عن إدارته لها، وهو ما يحقق مصلحة المدعى عليه.

بشكل ظاهرى سطحى دون تعديل المراكز القانونية للخصوم أو الفصل موضوعياً فى أصل النزاع والذى يبقى قائماً سليماً بحيث يمكن للخصوم التناضل فيه أمام القضاء الموضوعى.

٣١ – ٣- تكييف الوقائع البديلة وإنزال حكم القانون.

بعد إنتهاء القاضى المستعجل من عملية الفحص الظاهرى للحالة الواقعية المطروحة عليه وتقدير صلاحية الوقائع البديلة الكامنة فيها لإرساء الحماية العاجلة ، فإنه يتعين عليه تكييف هذه الوقائع وإنزال حكم القانون الصحيح عليها ، وذلك على اعتبار أن التكييف القانونى هو إجراء يلتزم القيام به من تلقاء نفسه.

ولإسباغ الوقائع البديلة بالتوصيف القانونى السليم ، فإنه يلزم على القاضى المستعجل التحقق من أن هذه الوقائع تأخذ تكييفاً قانونياً معيناً ، أى ترجمتها إلى مفهوم قانونى يسمح بإدراجها داخل نطاق قاعدة قانونية معينة . بمعنى – وكما عبرت عنه محكمة النقض – أن يعطيها الوصف القانونى الصحيح[1]، وهو فى ذلك لا يتقيد بآراء الخصوم أو أوصافهم المحددة فى طلباتهم ، وإنما عليه أن يعيد تصحيح التكييف القانونى للنزاع وفقاً للعناصر الواقعية البديلة.

والواقع أن عدم تقيد القاضى المستعجل بتكييف المدعى لدعواه يرجع أساسه إلى سببين ؛ أولهما أن إنزال الحكم القانونى الصحيح على واقعة الدعوى هو التزام يقع على عاتق القاضى ذاته يجريه من تلقاء نفسه دون التقيد بمقترحات الخصوم وإدعاءاتهم[2]. وثانيهما أن الوصف القانونى الذى قدمه المدعى لدعواه هو بطبيعة الحال وصف ذات طبيعة موضوعية يمس أصل الحق ، لا ينطبق على الوقائع التى استخلاصها القاضى المستعجل الصالحة لتوليد الحماية المستعجلة.

---

(1) الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٨/٥/١٢ & والطعن رقم ٢٧٨٦ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٧/١/١٢ ؛ والطعن ٢٩ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥.

(2) الطعن رقم ١٧٨٢ لسنة ٦٧ق – جلسة ٢٠١٠/٢/٢٤ ؛ والطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠٩/٢/٢٤.

وبمجرد أن يجد القاضى المستعجل القاعدة القانونية التى تنطبق على الوقائع البديلة ، فإن ذلك يخوله إعمال الأثر القانونى لها ، اى يبين حكم القانون فيها وينزله على هذه الوقائع.

٣٢ – رابعاً : دور الخصوم فى التحوير.

الظاهر فى عملية التحوير أن دور الخصوم ينحصر فى عرض وقائع النزاع على القاضى المستعجل وإثباتها دون التدخل فيها ، وذلك لأن استخدام القاضى المستعجل لسلطته فى التحوير يتم بعد قفل باب المرافعة والدخول فى مرحلة المداولة ، وهى فترة تصبح فيها الدعوى فى حوزة القاضى المستعجل وتغل يد الخصوم عنها بحيث لا يجوز لهم الحضور فيها أو إتاحة الفرصة لهم لمناقشة التدبير الذى سيقضى به والمغاير لما يطلبه المدعى[1].

بيد أنه ليس معنى ذلك ، أنه ليس للخصوم أى دور فى عملية تحوير الطلبات المطروحة على القاضى المستعجل ، وإنما الصحيح أن الخصوم تساهم بدرجة كبيرة فى هذا الخصوص ، وهو ما يكون عن طريق سرد الوقائع وتوجيهها على نحو يسمح للقاضى المستعجل باستخلاص الطلب الوقتى الكامن فيها والذى بموجبه يرسى الحماية الوقتية الملائمة للنزاع . وبالتالى، فإن السيطرة للإدعاء، سبباً وموضوعاً وإثباتاً، تبقى وبشكل كامل للخصوم. ولذا، فلن يكون دقيقاً القول بأن مكنة التحوير تتم بمعزل تام عن الخصوم ، وذلك لأنها تجرى – كما جاء مسبقاً – على نحو ما يرمى إليه الخصوم وتقصده نيتهم باعتبارها مناط التحوير وجوهره.

وبهذه المثابة ، تشكل إرادة الخصوم إلى حد كبير قيداً على سلطة القاضى المستعجل فى استعمال مكنة التحوير. فلئن كان التحوير سلطة يجريها القاضى المستعجل من تلقاء نفسه لمواجهة خطأ المدعى فى تقدير طلباته وعدم قدرتها على إنزال الحماية الوقتية وإشباع رغبته فيها ، إلا أن ذلك ينبغى أن يتم استناداً إلى إرادة الخصوم – وعلى الأخص المدعى – دون الخروج عنها.

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل القاهرة – مشار اليه مسبقاً.

وعلى ذلك ، فليس صحيحاً القول بأن القاضى المستعجل عندما يستخدم سلطته فى التحوير يحل محل إرادة الخصوم ، وإنما الصحيح أن دور القاضى المستعجل يتبلور فى تصحيح الوضع القائم المطروح عليه وإعادة تقدير النزاع على النحو الذى كان من المفترض أن يكون عليه إبتداء. فهو لا يفرض على الخصوم طلبات جديدة أو مغايره لما يطلبوه ، وإنما هو يحدد مضمون إرادتهم ليقدر على ضوئه الحل الأكثر ملائمة لإشباع مصالحهم المتعارضة بشكل حيادى وفقاً لما تقضى به عناصر الدعوى الواقعية المطروحة عليه . بمعنى أن دور القاضى المستعجل هو بمثابه كشف وإجلاء لإرادة الخصوم والقضاء بما تتجه إليه هذه الإرادة، وهو إنزال الحماية الوقتية.

المطلب الثانى

حدود سلطة القاضى المستعجل فى التحوير

٣٣ – سبق القول أن إعمال مكنة التحوير يترتب عليه توسيع سلطة القاضى المستعجل على نحو يسمح له بإعادة تقدير الوقائع على غير النحو الذى قدره الخصوم ، وهو ما يؤدى إلى تغيير الوجه القانونى للنزاع الذى أخطاء الخصوم فى إبرازه إبرازاً كافياً أو أساءوا التعبير عنه.

غير أنه ينبغى ألا يفهم من ذلك إطلاق سلطة القاضى المستعجل فى التحوير ، فهو وإن كان له هذه السلطة من أجل تحقيق الهدف المنشود منها ، وهو تقرير حماية وقتية عاجلة ، إلا أنه يكون مقيداً فى هذا الخصوص بالالتزام بحدود الدعوى ، سبباً وموضوعاً ، على النحو الذى قدمه وأثبته الخصوم بما لا يخل بحياده ، فضلاً عن مراعاة طبيعة اختصاصه باعتباره لا يفصل إلا فى نزاع وقتى.

ومن ناحية أخرى ، أنه إذا كانت مكنة التحوير على هذا النحو سلطة مقيدة، فإن التساؤل يدق هنا حول ماهية الرقابة التى يمكن أن تمارس على القاضى المستعجل إذا تجاوز حدود سلطته فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه؟ وإذا كان هناك رقابة بالفعل ، فما هى آليات هذه الرقابة ، وكيف تمارس، وما هى حدودها؟

وللإجابة عن التساؤلات المتقدمة ، فإننا سوف نتولى معالجة هذا المطلب فى عدة نقاط أساسية على النحو التالى:

٣٤- أولاً : المبادئ التى تسيطر على سلطة القاضى المستعجل فى التحوير.

يوجد العديد من المبادئ الإجرائية التى تقيد سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه يجب عليه التزامها؛ هى مبدأ حياد القاضى، وقاعدة الامتناع عن تغيير سبب الإدعاء، ومبدأ المواجهة، وقاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصى ، وقاعدة عدم المساس بأصل الحق. وبيان هذه المبادئ فيما يلى:

٣٥- ١ - مبدأ حياد القاضى.

يقصد بحياد القاضى دور القاضى فى الخصومة فى علاقته بدور الخصوم[١]، ووقوفه من الخصوم موقفاً سواء دون أن يكون له حق توجيه أحدهما أو كلاهما فى الخصومة المنظورة أمامه[٢]. وهو بذلك يغاير ويختلف – كما يرى البعض وبحق – عن مبدأ حيدة القاضى الذى يعنى نزاهة القاضى والتحلى بموقف متكافئ من الخصوم بحيث لا ينحاز أو يميل إلى أحدهما على حساب الأخر[٣]، وذلك لأن عدم الإنحياز هو أمر بديهى ومفترض فى القاضى تقتضيه طبيعة الوظيفة المسندة إليه الماثلة فى منح الحماية القانونية للاشخاص[٤].

---

(1) د/طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – ط٢٠٠٩ – دار الجامعة الجديدة – ص٨٣.

(2) فى ذات المعنى: د/عيد القصاص – مبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند١٤٣ – ص١٩٢.

(3) د/السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – ج٢ – ط٢٠١٠ – بند٢٥ – هامش ص٢٦ & د/سمير تناغو – النظرية العامة للاثبات – ط١٩٩٩ – بند٨ – ص١٩ & د/محمود جمال الدين زكى – المبادئ العامة فى نظرية الاثبات – مطبعة جامعة القاهرة – ط٢٠٠١ – بند٨ – ص٢٩ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٢٦ & د/طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – المرجع السابق – ص٨١ وما بعدها. عكس ذلك: د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٧٢ – ص١٤٣، ١٤٤. وأنظر فى التفرقة بين مبدأ الحياد والحيدة: د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – المرجع السابق – بند١٤٣ – ص١٩٢، ١٩٣ & د/طلعت دويدار – ذات المرجع السابق – ص٨١ وما بعدها.

(4) د/السنهورى – الاشارة السابقة & د/سمير تناغو – الأشارة السابقة & د/محمود جمال الدين زكى – الاشارة السابقة & هشام صادق – المرجع السابق – هامش ص٧٦. وكذلك: الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٤٤ق . ع – جلسة ٢٠٠١/١/١٠.

ولقد تأثر مبدأ حياد القاضى فى بداية ظهوره بمبدأ سيادة الخصوم الذى يعنى ملكية الخصومة للخصوم وحريتهم فى إدارتها وتوجيهها[1]، فقد أصبح دور القاضى آنذاك دوراً سلبياً محضاً فى الخصومة المدنية بحيث تكون وظيفته عملاً آلياً يشبه الآلة الميكانيكية[2] يقتصر على تلقى طلبات الخصوم والفصل فيها على أثر ما قدموه[3]، دون أن يكون له حق التعديل فى نطاقها وحدودها، وذلك بأن يضيف إليها أى عنصر – من عناصر النزاع الموضوعية أو الشخصية – لم يتمسك به الخصوم أو يعرضونه عليه[4]. وهذا ما يعرف بالمفهوم التقليدى لمبدأ حياد القاضى.

ويقصد بهذا المبدأ؛ سلبية دور القاضى فى الخصومة المدنية بحيث لا يكون له أى نشاط فى توجيهها وإثباتها واستكمال عناصرها وتدارك مواطن الخطأ فيها ليقتصر دوره السلبى على الفصل فى الخصومة على ضوء ما طرحه الخصوم من وقائع وأدلة ومستندات وفقاً لأحكام القانون[5]، وذلك على اعتبار أن الخصومة ملكاً خاصاً لأطرافها يتولون إنشائها ومتابعتها وإنهائها وتحديد موضوعها ومحلها وسببها دون أن يكون للقاضى دخلاً فى ذلك[6].

والواقع أن قانون المرافعات الحالى قد طور من مبدأ حياد القاضى تطوراً جوهرياً من حيث المضمون والدلالة[7]، فلم تعد الخصومة حكراً على الخصوم

---

(1) أنظر: د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٢٥ & د/محمود زكى – المرجع السابق – بند٨ – ص٣٠.

(2) د/جميل الشرقاوى – الاثبات فى المواد المدنية والتجارية – ط١٩٨٣ – بند١٠ – ص٢٣ & د/سمير تناغو – المرجع السابق – بند٨ – ص٢٠.

(3) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٩٠ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٢٦.

(4) د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٤٣ – ص٥٩٥.

(5) د/السنهورى – المرجع السابق – بند٢٥ – ص٢٧ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٤٣ – ص٥٩٥، ٥٩٦ & د/سمير تناغو – المرجع السابق – بند٨ –.ص١٩ & د/جميل الشرقاوى – الاثبات – المرجع السابق – بند١٠ - ص٢٤ & د/محمود ذكى – الاشارة السابقة

(6) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٩٠ & د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق - بند٢٢ – ص٤٠ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق – ص١٢٧، ١٢٨.

(7) أنظر: د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق - بند٤١ – ص٥١، ٥٢ & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٩١ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٤٣ – ص٥٩٧ & د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق –

وحدهم تجرى إجراءاتها بحسب أهوائهم ووفق مصالحهم الخاصة ، وإنما مُنح القاضى مزيداً من الإيجابية والفاعلية التى تحقق هيمنته على الدعوى[1]. فقد خُول للقاضى أن يأمر فى بعض الحالات من تلقاء نفسه بموالاة إجراءات الخصومة وتسيرها ، وذلك لضمان سرعة الفصل فيها ولتحقيق العدالة على الوجه الأكمل فى أسرع وقت[2].

وبذلك ، أصبح للقاضى دوراً إيجابياً فى تسيير الخصومة وإثباتها وتحقيقها وتصحيح شكلها ومعالجة أوجه القصور التى تشوبها[3]. وهذا ما يعرف بمبدأ الحياد الإيجابى للقاضى[4]. ويجد هذا المبدأ تبريره فى عدم ترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد وهواة المطل[5].

غير أن تقرير هذا الدور الإيجابى للقاضى يجب أن يتم بما لا يخل بالأصول العامة للتقاضى التى تقتضى التزام القاضى بحدود الدعوى سبباً أو موضوعاً ، وذلك حتى يظل محتفظاً بحياده[6]، ويكون حكمه بما طلبه الخصوم . بمعنى أن يقع عبء الإدعاء وإثباته على الخصوم ، بينما يقع عبء تقديره والفصل فيه على القاضى دون المساس به[7]، وهذا هو جوهر مبدأ الحياد.

بند٢٢ – ص٤٠ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٢٨، ١٢٩.

(1) الطعن رقم ١٠٤٣٥ لسنة ٧٩ق – جلسة ٢٠١١/٥/٨.

(2) د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق - بند٤١ – ص٥٢.

(3) د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٣٩١ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٤٣ – ص٥٩٧، ٥٩٨ & د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند٢٢ – ص٤١ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٢٩، ١٣٠.

(4) ومن مظاهر الحياد الإيجابى للقاضى فى قانون المرافعات: سلطته فى اختصام الغير من تلقاء نفسه (م١١٨)، وسلطته فى فرض الغرمات والجزاءات (م٩٩)، وسلطته فى شطب الدعوى (م٨٢)، وسلطته فى وقف الدعوى اتفاقياً (م ١٢٨) أو تعليقياً (م١٢٩).

(5) المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(6) د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٤٣ – ص٥٩٩. وكذلك: د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند٢٢ – ص٤٢. وكذلك: الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٠.

(7) د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق – ص١٣٠. وأنظر تفصيلياً: د/سمير تناغو – المرجع السابق – بند٩ – ص٢٣ وما بعدها.

وتفريعاً على ذلك ، يتمتع القاضى المستعجل بذات الدور الإيجابى الممنوح للقاضى العادى بحكم عمله بحيث يمتلك مزيداً من الفاعلية على الخصومة المستعجلة المعروضة عليه والتى تسمح له بتسيير هذه الخصومة وتصحيح مواطن القصور فيها واتخاذ بعض الإجراءات فيها من تلقاء نفسه[1]. ولعله من أهم مظاهر هذه الإيجابية سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المعروضة عليه من تلقاء نفسه[2]، وذلك عن طريق البحث فى طيات الوقائع المطروحة عن الإجراء الوقتى المستور فيها الذى لم يبديه المدعى بشكل صريح والذى يكون قادراً على إنزال الحماية الوقتية المرغوب فيها.

غير أن الاعتراف للقاضى المستعجل بالدور الإيجابى الموسع على هذا النحو فى تحوير طلبات الخصوم ينبغى أن يمارس فى الحدود التى رسمها المشرع ودون الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضى التى تلزم القاضى بالالتزام بحدود النزاع والفصل فيه حتى لا يخل بحياده ويقضى بذات طلبات الخصوم[3]. وأثراً لذلك، نرى أن سلطة التحوير لا تعد استثناء – كما يرى البعض[4] – على مبدأ حياد القاضى ، وإنما يعد هذا المبدأ بمثابة ضابط لها يتقيد به القاضى المستعجل حال لجوئه إليها.

وبهذا يبدو واضحاً أنه ينبغى على القاضى المستعجل حينما يقوم باستعمال سلطته فى تحوير الطلبات المطروحة عليه أن يتقيد بمحل ونطاق النزاع[5]، بمعنى أن يلتزم بحدود الطلبات المنظورة أمامه كما قدمها الخصوم[6].

---

(1) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – بند١٦١ – ص٢٥٨ ؛ ومناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – المرجع السابق – بند٩٥ – ص١٥٣ & أ/محمد عبداللطيف – القضاء المستعجل – المرجع السابق – بند٥٠٠ – ص٤٤٠. وقرب ذلك: د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج٢ – المرجع السابق – بند١٣٣ – ص٣١٧، ٣١٨ & د/أحمد زغلول – أصول وقواعد المرافعات – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٦٨١.

(2) الحكم فى الدعوى رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥ مستعجل مستأنف القاهرة مشار إليه مسبقاً.

(3) الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٧٨ مستأنف مستعجل الجيزة ؛ والحكم فى الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٧٤ مستعجل الجيزة مشار إليهما مسبقاً.

(4) أنظر فى هذا الرأى وتفنيده : ما تقدم – بند٥.

(5) د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٠٧.

(6) الحكم فى الدعوى ٨٣٥ لسنة ١٩٤٥ مستأنف مستعجل القاهرة ، والدعوى رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٣٥ مستعجل مصر مشار إليهما مسبقاً.

٣٦- ٢- قاعدة الامتناع عن تغيير السبب.

سبب الدعوى[١] هو أداة فنية يتعين على القاضى الالتزام بها حال فصله فى النزاع حتى لا يغير الطلب القضائى المطروح عليه بطلب أخر لم يطلبه الخصوم[٢]، بوصفها الأساس الذى يبنى عليه الطلب القضائى[٣]. ويجمع الفقه الحديث على أن سبب الدعوى هو الوقائع المنتجة التى يطرحها الخصوم ويرتكنوا إليها فى تأييد إدعاءاتهم[٤].

وتبعاً لذلك ، كانت القاعدة هى أن الواقع هو ملك الخصوم ، فهم أحرار فى تقدير الحالة الواقعية التى يستندون إليها فى دعواهم[٥] بما يمتنع على القاضى

---

(1) باعتباره ما يُبنى عليه الطلب القضائى. د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ - المرجع السابق – بند٢٢٣ – ص٥٤٤.

(2) د/عزمى عبدالفتاح – أساس الإدعاء – المرجع السابق – ص١٦.

(3) د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند١٧٧ – هامش ص١٨٢ & د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ - المرجع السابق – بند٢٣٠ – ص٥٧٣.

(4) فلقد كان مدلول سبب الدعوى من المسائل الخلافية حيث انقسم الفقه فى هذه المسألة إلى عدة آراء: **فهناك** من ينظر إلى السبب باعتباره فكرة قانونية ويعرفه بكونه المبدأ القانونى الذى يؤسس عليه المدعى إدعائه. ويذهب **رأى ثانى** إلى اعتبار السبب بمثابة الواقعة المكيفة تكييفاً قانونياً والتى تقدم به الخصوم إلى القاضى. ويذهب **رأى ثالث** – وهو الرأى الذى أجمع عليه الفقه الحديث - إلى القول بأن السبب هو فكرة واقعية محضة تقتصر على مجموعة الوقائع التى يطرحها الخصوم على القاضى وقاموا بإثباتها والتمسك بها لتأييد طلباتهم دون أن يدخل فى معناها عملية التكييف القانونى لهذه الوقائع. (أنظر فى دراسة تفصيلية لهذا الاختلاف: د/عزمى عبدالفتاح – أساس الإدعاء – المرجع السابق – ص١٦ وما بعدها & د/نبيل عمر – سبب الطلب القضائى – المرجع السابق – بند٣٣ وما يليه – ص٣٨ وما بعدها & د/هشام صادق – المقصود بسبب الدعوى – المرجع السابق – ص٧٦ وما بعدها & د/أحمد الصاوى – الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشئ المحكوم فيه – المرجع السابق – ص٧٩ وما بعدها & د/إبراهيم سعد – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٩٩ – ص٥٦٤ وما بعدها & د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند١٧٧ – هامش ص١٨٣، ١٨٤). ولقد أيد القضاء الاتجاه الأخير حيث اتجهت أحكامه إلى اعتبار سبب الدعوى هو مجموع الوقائع التى يتولد عنها موضوع الدعوى أو الحق المدعى به الطعن رقم ٢٤٣٣ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠١٠/١١/٢١ ؛ والطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٦٤ – جلسة ١٩٩٩/١/١٢ – س ٤٩ ج١ ص١٠٣.

ومما ينبغى الإشارة إليه أن ثمة اختلاف بين سبب الدعوى ووسائل الدفاع؛ فإذا كان السبب هو الحالة الواقعية المطروحة على القاضى محل الاثبات، فإن الوسائل هى الأدلة التى يستند إليها الخصوم فى إثبات هذا المحل. وعليه، فلئن كان السبب هو الوقائع أساس الطلب، فإن الوسائل هى أساس هذه الوقائع. وهى بذلك أساس غير مباشر للدعوى. د/إبراهيم نجيب – ذات المرجع السابق – بند٢٣٠ – ص٥٧٣. وكذلك: د/أحمد أبوالوفا – ذات المرجع السابق – بند١٧٧ – هامش ص١٨٢، ١٨٣.

(5) وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع. (الطعن رقم ٣٢٥٨ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٢)، أو مبدأ ملكية الخصومة للأطرافها؛ ومفاده حرية الأطراف فى اختيار الوقائع التى يؤسس عليها إدعاءاتهم شريطة أن تكون وقائع منتجة أى ذات صلة بموضوع النزاع. د/عزمى عبدالفتاح – أساس الإدعاء – المرجع السابق – ص١٣٦ وما بعدها & د/نبيل عمر – النظرية العامة للطعن بالنقض – المرجع

المساس بها أو تغييرها ، وذلك بأن يؤسس قضائه على وقائع لم يتمسك بها الخصوم ولم يقوموا بإثباتها[1]، وإنما يتعين عليه الإلتزام بها[2]. وهذا ما يعبر عنه بقاعدة امتناع القاضى عن تغيير سبب الدعوى[3].

ومفاد هذه القاعدة، أنه ولئن كان للقاضى طبقاً لمبدأ الحياد الإيجابى حق توجيه الخصومة وإدارتها وإثباتها على النحو المتقدم إلا أن ذلك ليس أمراً مطلقاً إذ يظل القاضى مقيداً بالبنيان الواقعى للنزاع الذى لازال للخصوم كامل السيطرة عليه طبقاً لمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع[4]. وبالتالى ، فإنه ينبغى على القاضى أن يفصل فى النزاع المنظور أمامه على أثر الوقائع التى قدمها الخصوم وكانت محلاً لمناقشتهم دون الخروج عنها أو الإضافة إليها[5].

وهنا يثور التساؤل حول مدى اعتبار استخدام القاضى المستعجل لسلطته فى تحوير الطلبات المنظورة أمامه تغييراً فى سبب الدعوى؟

سبقت الإشارة إلى أن جوهر سلطة التحوير هو إنطواء الحالة الواقعية المقدمة إلى القاضى المستعجل على ما نسميه "بالوقائع البديلة" وصلاحية الأخيرة على إنزال الحماية الوقتية المرغوب فيها. وبهذه المثابة، يمكن القول أن التحوير لا يؤدى إلى تغيير البنيان الواقعى للنزاع الذى قدمه الخصوم سنداً لدعواهم طالما كانت

السابق – بند١٧٥ – ص٣٥٧ وما بعدها & د/على تركى – التزام القاضى بالفصل فى النزاع – المرجع السابق - بند١٤،١٣ – ص١٥،١٤.

(1) الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/٤/٢١. ومن المقرر أن تغيير سبب الدعوى هو فى حقيقته بمثابة رفع دعوى جديدة من غير المدعى. الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٨/١/١٢.

(2) الطعن رقم ٧١٢٨ لسنة ٦٦ق – جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢ ؛ والطعن رقم ٢٢٣٢ لسنة ٦٦ق – جلسة ٢٠٠٤/٦/١٤ ، والطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/٥/١٢.

(3) أنظر بالتفصيل فى هذه القاعدة : د/إبراهيم سعد – قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم – المرجع السابق – ص٦٣ وما بعدها & د/هشام صادق – السبب الممتنع على القاضى – مجلة المحاماة – السنة٥٠ – ابريل – ١٩٧٠ - ص٧٦ وما بعدها & د/عزمى عبدالفتاح – أساس الإدعاء – المرجع السابق – ص١٠٤ وما بعدها & د/هشام صادق – المركز القانونى للأجنبى – المرجع السابق - بند٢٣ وما يليه – ص٣٢ وما بعدها.

(4) الطعن رقم ٣٢٥٨ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٢. وكذلك: د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٣٠.

(5) د/إبراهيم نجيب – القانون القضائى الخاص – ج١ – المرجع السابق – بند٢٤٣ – ص٥٩٩،٥٩٨ ؛ وقاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم – المرجع السابق – ص٦٣، ٦٤ & د/نبيل عمر – إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق - ص١٣١،١٣٠.

الوقائع البديلة وقائع منتجة ولها أصل فى الأوراق وتناولها الخصوم بالمناقشة . وعليه، لا يعد استعمال القاضى المستعجل لسلطة التحوير المخولة له تغييراً لسبب الدعوى.

أما إذا لم تكن الوقائع البديلة منتجة أو كانت طرحت بصفة عارضة ولم يُمنح الخصوم الفرصة الكافية لمناقشتها والرد عليها ، أو تعذر على الحالة الواقعية للنزاع التى قدمها الخصوم إنتاجها ، فإن قيام القاضى المستعجل بتحوير الطلبات المعروضة عليه واستبدالها بإجراءات وقتية فى هذه الأحوال يعد تغييراً فى أساس الدعوى وحدودها وإخلالاً بمبدأ حياد القاضى فى مجال الواقع الذى يعد ملكاً للخصوم.

٣٨- ٤- عدم القضاء بالعلم الشخصى.

القاعدة هى أنه ينبغى على القاضى ألا يُكون عقيدته إلا بناء على عناصر الإثبات التى قدمت له بالشكل الذى يحدده القانون وكانت محلاً للنقاش بين الخصوم . فإذا استناد القاضى فى بناء حكمه وتكوين عقيدته على معلومات وأدلة تحصل عليها من خارج نطاق الخصومة المطروحة عليه وبغير الطريق الذى رسمه القانون ، كان ذلك قضاء بعلمه الشخصى أو الخاص[1].

---

(1) الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٧٥ق – جلسة ٢٠١١/٤/١١ ؛ والطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٦٧ق – جلسة ٢٠٠٤/٧/٥ ؛ والطعن رقم ٨٢ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٢.

ويقصد بقاعدة عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى أن القاضى لا يستند فى حكمه وتكوين عقيدته بناء على معلومات أو أدلة لم تصل إلى علم الخصوم أو قدمت من أحد الخصوم دون أن تطرح على الخصم الأخر ويسمح له بمناقشتها. (د/أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام – المرجع السابق – بند١٠٦ – ص٢٤٦ وما بعدها & د/فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق – بند١٦١ – ص٣٠٧ وما بعدها & د/وجدى راغب – النظرية العامة للعمل القضائى – المرجع السابق – ص٥٤١، ٥٤٢ & د/إبراهيم نجيب – قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم – المرجع السابق – ص٦٦ & د/نبيل عمر- امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق – بند٨ – ص١١.) وتغذو العلة من هذه القاعدة فى أن علم القاضى هنا يعد دليلاً، ويحق للخصوم مناقشته كدليل إثبات، الأمر الذى يترتب عليه أن ينزل القاضى منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً فى آن واحد، وهو ما لا يجوز. د/السنهورى – الوسيط فى القانون المدنى – ج٢ – المرجع السابق – بند٢٧ – ص٢٩ & د/سمير تناغو – المرجع السابق – ص٢٠. وتجد هذه القاعدة أساسها لدى البعض فى مبدأ احترام حقوق الدفاع، بينما يرى البعض أن أساسها يرجع إلى مبدأ حياد القاضى. وأنظر فى دراسة تفصيلية لهذه القاعدة، مفهومها وأساسها: د/نبيل عمر- امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق.

وتفريعاً على هذه القاعدة ، فإن ينبغى على القاضى المستعجل إذا استخدم سلطته فى التحوير أن يجرى عملية استخلاص وتقدير ما نسميه "بالوقائع البديلة" التى تصلح لإرساء الحماية الوقتية من الحالة الواقعية التى طرحها الخصوم أن يتحقق من كون هذه الوقائع قد تم تحقيقها وإثباتها بواسطة الخصوم طبقاً للإجراءات التى ينظمها القانون.

فإذا خالف القاضى المستعجل ذلك وقام باستخلاص الإجراء الوقتى من وقائع تحصل عليها من خارج إطار النزاع المنظور أمامه ولم يتمسك بها الخصوم ، أو من وقائع ليس لها أصلاً فى الأوراق أو ثبتت له من دليل مستمد من خارج الخصومة ولم يكن – الدليل – محلاً لمناقشة الخصوم أمامه ، كان ذلك بمثابة قضاءً بعلمه الشخصى يصيب حكمه بعوار البطلان[1]، فضلاً عن كون تعديلاً للإطار الواقعى الذى وضعه الخصوم للإدعاءاتهم ، وهو ما يمتنع عليه طبقاً لقاعدة امتناع القاضى عن تغيير سبب الدعوى سالفة البيان[2].

وعلى ذلك ، يكون القاضى المستعجل متجاوزاً لحدود سلطته – فضلاً عن خرقه لمبدأ الحياد الذى يتعين عليه الالتزام به – ، وذلك لأن قيامه باستخلاص الاجراء الوقتى محل الحماية الوقتية التى سيقررها قد تم وفقاً لعلمه الشخصى حيث اعتمد فى هذا الاستنباط على عناصر واقعية جديدة لم يقم الخصوم بإدعائها وإثباتها . وهو ما يؤدى بدوره لإدخال القاضى المستعجل تعديلاً فى مضمون وسبب الإدعاء ووسائل الدفاع يترتب عليه فساد النتيجة التى سيتوصل إليها عبر مكنة التحوير.

---

(1) أنظر: الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٨ق - جلسة ١٩٨١/١١/٢٩. وأنظر فى أثر قضاء القاضى بعلمه الشخصى على وقائع الدعوى وأدلة الاثبات : د/هشام صادق – سبب الدعوى الممتنع على القاضى تغييره – المرجع السابق – ص٧٦ وما بعدها & د/نبيل عمر – امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق – بند٦٢ وما يليه – ص٧٦ وما بعدها & د/سمير تناغو – المرجع السابق – ص٢٢.

(2) ويرى البعض - وبحق - أن امتناع القاضى عن القضاء بعلم الشخصى هو قاعدة مكملة لقاعدة الامتناع عن تغيير سبب الدعوى، ذلك أن حال قضاء القاضى بعلمه الشخصى، فإنه يكون قد استند إلى وقائع ليست مطروحة عليه ولم يتمسك بها الخصوم. وهو بذلك يكون قد عدل البنيان الواقعى الذى رسمه الخصوم لنزاعهم، وغير بذلك سبب الدعوى. د/إبراهيم نجيب – قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم – المرجع السابق – ص٦٦. وكذلك: د/نبيل عمر – امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – المرجع السابق – بند٧ – ص١٠، ١١.

٣٩ – ٥- عدم جواز المساس بأصل الحق.

قد يبدو للوهلة الأولى أن منح القاضى المستعجل سلطة تحوير الطلبات المطروحة عليه يتعارض مع قاعدة عدم جواز المساس بأصل الحق ، وذلك على اعتبار أن استخدام القاضى المستعجل لهذه السلطة يعنى قيامه ببحث العناصر الواقعية للنزاع واستخلاص الإجراء الوقتى الكامن فيه. وهو بذلك يتعرض لأصل الحق.

والواقع أن التعارض بين التحوير وقاعدة عدم المساس بأصل الحق هو تعارض ظاهرى – صورى –، وذلك لأن التحوير بحسب طبيعته هو تغيير طبيعة ومضمون الطلب المقدم إلى القاضى المستعجل من الطبيعة الموضوعية إلى الطبيعة الوقتية بحيث لا يكون من شأن الفصل فيه إثارة نزاع موضوعى يمس بأصل الحق.

ومن ناحية أخرى، إن إعمال القاضى المستعجل لسلطة التحوير وما يستتبعها من فحص عناصر الدعوى الواقعية واستباط منها الوقائع البديلة وتقديرها هو أمر يقتضى إجراء الموازنة بين مصالح الخصوم المتعارضة – المدعى والمدعى عليه – والكشف المبكر عما تفرزه عملية التحوير من الأضرار التى ستلحق بهم للوقوف على الأولى منها بالرعاية ، وهى أمور تجرى جميعها بشكل ظاهرى سطحى دون تعديل المراكز القانونية للخصوم أو الفصل موضوعياً فى أصل النزاع والذى يبقى قائماً سليماً بحيث يمكن للخصوم التناضل فيه أمام القضاء الموضوعى.

وعلى هذا النحو ، نرى أنه ليس هناك وجه تعارض بين التحوير وقاعدة عدم المساس بأصل الحق . وهذا أمر بديهى لكون الإجراء الذى يتخذه القاضى المستعجل جراء التحوير على هذا النحو هو بحسب طبيعته إجراء وقتى . وطالما كان هذا الإجراء وقتياً ، فإنه يكون غير ماساً بأصل النزاع[1].

---

(1) فعدم المساس بأصل الحق ما هو إلا وجه آخر لشرط الصفة الوقتية للإجراء المؤقت. فعدم المساس والوقتية جناحان لطائر واحد. فإذا كانت وقتية الإجراء المطلوب اتخاذه تقتضى بالضرورة عدم المساس بأصل الحق، فإن عدم المساس يفترض كذلك أن يكون هذا الإجراء وقتياً. (د/ أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٢٤٨. وكذلك: الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٤١٥ لسنة ١٩٨١ مستعجل جزئى القاهرة – جلسة ١٩٨١/١١/٥ - منشور لدى مجدى هرجة – المرجع السابق – ص٤٠). بمعنى أن

٤٠- ثانياً: رقابة سلطة القاضى المستعجل فى التحوير.

تتقيد سلطة القاضى المستعجل فى التحوير بالمبادئ التى تحكم هذه السلطة سالفة الذكر . وبالتالى ، فإنه يمتنع عليه تغيير موضوع الدعوى وسببها، وذلك بإحداث تغيير طلبات الخصوم والحالة الواقعية المطروحة عليه . كما يمتنع عليه الاعتماد على وقائع مستمدة من خارج النزاع أو ليس لها أصلاً فى الأوراق إعمالاً لقاعدة إمتناع القاضى عن القضاء بعلمه الخاص . كما يحظر عليه الاعتماد على وقائع لم يتمسك بها الخصوم ولم يتناقشوا بشأنها إعمالاً لمبدأ المواجهة.

وعلى ذلك ، تدور رقابة سلطة التحوير حول التحقق من أن القاضى المستعجل قد استخدم هذه السلطة فى الحدود المرسومة له حتى يتم إنزال الحماية الوقتية المرغوب فيها فى حدود وقائع الدعوى كما طرحها الخصوم عليه وأثبتوها، وذلك حتى لا يُتخذ من هذه السلطة ذريعةً للخروج عن حدود الطلبات المطروحة عليه.

وإذا كانت الغاية من اللجوء إلى سلطة التحوير هى استصدار القاضى المستعجل تدبير وقتى أو تحفظى مغايراً للطلب المطروح عليه دون الخروج عن أساس الإدعاء ، سبباً وموضوعاً وإثباتاً ، فإن جوهر رقابة هذه السلطة يكمن بداهة فى التحقق من أن القاضى المستعجل لم يقض بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلب.

وتأسيساً على ما تقدم ، يخضع القاضى المستعجل فى إعماله لسلطة التحوير المخولة له لرقابة الاستئناف ، سواء كانت محكمة الاستئناف العالى[1] أو المحكمة الإبتدائية بهيئة استئنافية[2]، وذلك بحسبان أن القاعدة هى أن الأحكام المستعجلة تقبل

عدم المساس بأصل الحق هو أثر حتمى لكونه الطلب وقتياً. (د/أحمد أبوالوفا – التعليق على قانون المرافعات – المرجع السابق – ص٣٢٦).

(1) وذلك فى حالة كون الحكم المستعجل صادراً من المحكمة الابتدائية التى عرض عليها النزاع الوقتى بطريق التبعية للنزاع الموضوعى المنظور أمامها. وفى هذه الحالة يتم استئناف الحكم المستعجل استقلالاً دون إنتظار صدور الحكم النهائى طبقاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات. الطعن رقم ١٢٣٨ لسنة ٧٧ق – جلسة ٢٠١٢/٧/١١؛ والطعن رقم ٢٢٩٥ لسنة ٨١ق – جلسة ٢٠١٣/١/٢٨ ؛ والطعن رقم ٢١٦ لسنة ٦٧ق – جلسة ٢٠١٣/٢/٢٥.

(2) وذلك إذا كان النزاع الوقتى مطروحاً بشكل مستقل على قاضى الأمور المستعجلة بوصفه قاضياً جزئياً.

الطعن بالاستئناف[1]. كما أنه من المتصور أن تخضع سلطة التحوير إلى رقابة كل من محكمة إلتماس إعادة النظر ومحكمة النقض، وذلك على اعتبار أن القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه هو إحدى حالات الطعن على الأحكام بهذين الطريقين[2].

وبناء على ما سبق ، يخضع القاضى المستعجل فى إعماله لسلطة التحوير لرقابة محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بحسب الأحوال ، ورقابة محكمة إلتماس إعادة النظر ، ورقابة محكمة النقض[3]. وهذا ما سيكون محلاً للبيان بشكل تفصيلى على النحو التالى :

١- أولاً : رقابة الاستئناف.

ويقصد بهذه الرقابة؛ رقابة سلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات المعروضة عليه أمام محكمة ثانى درجة وإعادة فحص العناصر الواقعية للنزاع من جديد ، وذلك للتحقق من سلامة استخلاصه للوقائع البديلة أو الضمنية ومدى قدرتها على إنزال الحماية الوقتية على النزاع ، وذلك للوقوف حول مدى التزام القاضى المستعجل بالحدود المرسومة له فى التحوير وعدم إنحرافه عن الأصول الفنية لها أو تجاوزه لحدود الطلبات المطروحة عليها وأساسها[4].

---

(1) حيث تنص المادة ٢٢٠ من قانون المرافعات على أنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها، سواء كانت صادرة من قاضى الأمور المستعجلة أو من القاضى الموضوعى.

(2) مع ملاحظة أن الفارق الجوهرى بين طريق الطعن بإلتماس إعادة النظر وطريق الطعن بالنقض هو قصد القاضى تجاوز طلبات الخصوم وإدراكه لحقيقة هذه الطلبات. فإذا كان القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه نتيجة سهو غير متعمد من القاضى لعدم إدراكه لنطاق الدعوى، فإن سبيل الطعن على هذا القضاء إنما يكون بالتماس إعادة النظر لاستدراك هذا السهو. أما إذا كان ذلك نتيجة إدراك ووعى لحقيقة الطلبات المطروحة، فإن السبيل للطعن هنا هو الطعن بالنقض. الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠١٣/٥/٢٧؛ والطعن رقم ٣٨ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠١١/١١/١٤.

(3) والواقع أن هذه الدراسة ليست مجالاً للخوض لمعالجة النظام القانونى للطعن بالاستئناف أو النقض أو إلتماس إعادة النظر، وإنما هى بقصد معالجة مكنة التحوير فقط. لذلك فإننا سوف نعالج ما يكون له خصوصية فى عملية التحوير. أما ما يخرج عن ذلك، فهو ليس مجالاً للدراسة منعاً للإطالة دون داع. ونحيل بشأنها إلى المؤلفات العامة والمتخصصة.

(4) فالقاعدة هى أنه يترتب على رفع الاستئناف إعادة طرح النزاع من جديد على محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من الناحيتين القانونية والواقعية بحكم نهائى. (الطعن رقم ٣٩٥٦ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠٣/٧/٦). وبذلك، فإن رقابة الاستئناف لا تقتصر على رقابة الحكم المستأنف من الناحية القانونية فقط وإنما تمتد كذلك إلى رقابة هذا الحكم من الناحية الواقعية لتعيد تقدير عناصر النزاع بشقيه القانونى والواقعى.

وعلى ذلك ، تنظر محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية – بحسب الأحوال – الدعوى المستعجلة من جديد ، ويكون لها سلطة كاملة فى رقابة مكنة التحوير دون التقيد بتقدير القاضى المستعجل للعناصر الواقعية للنزاع واستخلاص الوقائع البديلة، فلها أن تتجاهل هذا التقدير كلياً وتفصل فى النزاع من جديد، ويكون لها حق استعمال سلطة التحوير مقيدة فى ذلك الأمر بالقيود الواردة على هذه السلطة سالفة البيان.

ولا شك أن بيان التطبيقات القضائية لهذه المسألة سوف يسهم إلى حد كبير فى بيان طبيعة وحدود هذه الرقابة . ففى إحدى الدعاوى أقام المدعى دعواه أمام القاضى المستعجل بوصفه محكمة أول درجة بطلب عدم تعرض المدعى عليهم بالانتفاع للعين المؤجرة المتنازع عليها ، فقضى بعدم اختصاصه تأسيساً على أن لا ولاية للقضاء المستعجل بالفصل فى دعوى منع التعرض . فطعن المدعى على هذا الحكم بالاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف قد أخطاء فى القضاء بعدم اختصاصه ، وذلك لأن القاضى المستعجل بما له من سلطة تحوير الطلبات يستطيع أن يعطى الوقائع المطروحة عليه وصفها القانونى الصحيح ، وهذه الوقائع تتمثل فى شكوى المستأجر (المدعى) بتعرض المؤجر (المدعى عليه) وأتباعه فى الانتفاع بالعين، ومن ثم فهو يطالب بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فهى بذلك دعوى ليست من دعاوى اليد كما ذهبت محكمة أول درجة[1].

والبين من هذا الحكم أن محكمة الاستئناف بما لها من سلطة إعادة تقدير النزاع من جديد – بعنصريه الواقعى والقانونى – قد محصت الحالة الواقعية للنزاع واستخلصت منها الوقائع التى تصلح لإنتاج الحماية الوقتية وهو "شكوى المدعى بتعرض المدعى عليه وأتباعه فى الانتفاع بالعين"، وانتهت إلى أن هذه الوقائع تحوى فى طياتها إجراء وقتياً ، وهو تمكين المدعى من الانتفاع بالعين المؤجرة بوصفه

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠١/٣/١٩؛ والطعن رقم ٨٤٧١ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٢/٥/٢).

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٠ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٦٠/٢/٢٩ – مشار إليه.

مستأجر ملتزمة بذلك بحدود سلطة التحوير دون المساس بأساس الدعوى المستعجلة . فإذا كان القاضى المستعجل قد كيف الطلب المطروح عليه بأنه طلب عدم التعرض ، وهو ما يخرج – بطبيعة الحال – عن حدود اختصاص القضاء المستعجل[1]، إلا أن هذا الطلب يحمل فى طياته طلب تمكين المدعى من الانتفاع بالعين ، وهذا ما تجاهلت محكمة أول درجة.

وفى دعوى أخرى، أقام المدعى دعواه بطلب الحكم برد حيازته لبوفيه مستشفى الشبراويشى وتمكينه من إدارته على سند من القول أنه تعاقد مع المستشفى المدعى عليها على استئجار هذا البوفيه لمدة سنة تبدأ من ١٩٦٤/١٠/١٢ وتنتهى فى ١٩٦٥/١٠/١١ وفجأة خلال شهر مايو ١٩٦٥ قامت المستشفى المدعى عليها بغلق البوفيه ومنعه من مباشرة عمله بما يمنع حيازته بالقوة ، فقضت محكمة أول درجة بتمكين المدعى من الانتفاع ببوفيه المستشفى استناداً إلى أن الدعوى فى واقع الأمر هى طلب تمكين المستأجر (المدعى) من استلام العين المؤجرة وليس من دعاوى اليد . طعنت المستشفى المدعى عليها بالاستئناف على هذا الحكم استناداً إلى تجاوز محكمة أول درجة حدود سلطة التحوير على اعتبار أن طلب التمكين المقضى به طلباً موضوعياً يخرج عن حدود اختصاصها. فقضت محكمة ثانى درجة – وهى محكمة الجيزة الابتدائية بهيئة استئنافية – بأن قضاء محكمة أول درجة بتمكين المستأنف ضده (المدعى) من الانتفاع بالبوفيه فيه مساس بحق المستأنفة (المستشفى) فى إلغاء العقد حسب البند الخامس من العقد الذى يجيز للمؤجر حق إلغاؤه الفورى دون إنذار إذا لم يدفع المستأجر الإيجار المتفق عليه ، وبذلك يكون الحكم المستأنف

---

(1) فمن المستقر عليه أن القاضى المستعجل لا يختص بنظر دعوى منع التعرض، وذلك لأن الحكم فيها يمس حتماً موضوع النزاع إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التى تخول المدعى رفع دعواه وحقوق المتعرض على العقار محل النزاع بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاعاً موضوعياً بين الأطراف يمكن عرضه على القضاء الموضوعى. الحكم فى الدعوى رقم ٥٨٥ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د٢ – جلسة ٢٠١٧/٧/٢٧. وأنظر: أ/على راتب وأخرين – المرجع السابق – بند٢١٠ – ص٣٧٩ & أ/مجدى هرجة – المرجع السابق – ص٦٨٧، ٦٨٨. وكذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٤١٧٧ لسنة ١٩٧٩ مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٧٩/١٢/١٢ ؛ والحكم فى الدعوى رقم ١٤٧٥ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ مشار إليهما لدى: مجدى هرجة – المرجع السابق – ص٧٠٢، ٧٠٤.

فيما قضى به ماساً بموضوع الدعوى مما يتعين إلغاؤه والقضاء بعدم الاختصاص بنظر الدعوى[1].

والواقع أن قضاء محكمة الاستئناف جدير بالاعتبار ، وذلك لأن النزاع يدور فى جوهره حول مدى حق المستأجر فى استمرار انتفاعه ببوفيه المستشفى، ومدى حق المستشفى المؤجرة فى إلغاء العقد لعدم دفع المستأجر القيمة الإيجارية ، وهذه الأمور هى فى حقيقة الأمر منازعات جدية يقتضى الفصل فيها التعرض لأصل الحق ، وهو أمر ممنوع على قاضى الأمور المستعجلة ، فحسم هذه الأمور يحتاج إلى تدخل محكمة الموضوع[2]. وبذلك، فإن استعمال محكمة أول درجة سلطة التحوير على النحو المتقدم يكون فى غير محله ، وذلك لعدم صلاحية الحالة الواقعية للنزاع على إنتاج الحماية الوقتية ، فضلاً عن استعمال هذه السلطة يتعارضها مع قاعدة المساس بأصل الحق ويضر بحقوق المستشفى المدعى عليها ويسوء مركزها القانونى.

وبناء على ما تقدم ، يكون لمحكمة الاستئناف السلطة الكاملة فى رقابة سلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل حيث يكون لها حق رقابة تقدير القاضى المستعجل للوقائع المعروضة عليه واستخلاصه لما يصلح منها لتوليد الحماية المستعجلة ، فضلاً عن امتلاكها حق إعادة تقدير هذه الوقائع من جديد وتجاهل تقدير القاضى المستعجل لها[3].

---

(1) الحكم فى الدعوى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٦٥ مستأنف مستعجل الجيزة – جلسة ١٩٦٥/١١/٩ – مشار إليه مسبقاً.

(2) وفى تأييد ذلك: الحكم فى الدعوى رقم ٤٠١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل الاسكندرية – د١ – جلسة ٢٠١٧/٥/٢٨، حيث قضى بعدم الاختصاص نوعياً بنظر الدعوى تأسيساً على أن طلب المدعى القضاء برد حيازته للشقة عين التداعى - رغم أنه طلب وقتى - يقتضى البحث حول ما إذا كان المدعى هو صاحب السيطرة الفعلية على عين التداعى وما إذا كانت حيازته قد سلبت منه بالقوة أو الغش أو التدليس، وهو ما يقتضى بحثاً موضوعياً مستفيضاً يترتب عليه المساس بأصل الحق، وهو ما يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل. وهذا نسلم به حيث أن عناصر الدعوى الواقعية تعجز عن توليد الحماية الوقتية.

(3) وهذا إعمالاً لقاعدة الأثر الناقل للاستئناف. أنظر فى هذه القاعدة: د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند٦١٨ وما يليه – ص٨٠٨ وما بعدها & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج٢ – المرجع السابق – بند١٩٠، ١٩١ – ص٥٦٥ وما بعدها & د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – المرجع السابق – ص٦٣٩ وما بعدها & د/نبيل عمر – الوسيط فى قانون المرافعات – المرجع السابق – ص٨٤٦ وما بعدها & د/أحمد الصاوى – الوسيط فى شرح المرافعات – المرجع السابق – بند٦٥٢ مكرر

٤٢ – ثانياً: رقابة محكمة إلتماس إعادة النظر.

القاعدة أن إلتماس إعادة النظر هو طريق غير عادى[١] للطعن على الأحكام الصادرة بصفة انتهائية يرفع أمام ذات المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه[٢]، وذلك إذا تحقق سبب أو أكثر من الأسباب التى حددتها المادة ٢٤١ من قانون المرافعات على سبيل الحصر[٣]. وعلى ذلك ، فإن الفرض هنا فى الحكم المستعجل الذى أصدره القاضى المستعجل نتيجة إعماله سلطة التحوير محل الرقابة أن يكون صادراً بصفة انتهائية[٤].

والواقع أن الخلاف قد احتدم حول مدى جواز الطعن بإلتماس إعادة النظر على الأحكام المستعجلة النهائية . فذهب رأى إلى القول بعدم جواز الطعن عليها ، وذلك على أساس أن الطعن بإلتماس إعادة النظر هو طريق استثنائى للتخلص من الأحكام النهائية الفاصلة فى الموضوع ومحوها لإعادة المركز القانونى الموضوعى للملتمس إلى ما كان عليه . فى حين أن الأحكام المستعجلة لا تتضمن فصلاً نهائياً فى موضوع النزاع ، فضلاً عن أنها أحكام مؤقتة بطبيعتها لا تقيد القضاء الموضوعى بما يجوز الحكم على خلافها . كما أنه يجوز العدول عنها وتعديلها من ذات القضاء المستعجل إذا تغييرت الظروف التى دعت إلى إصدارها[٥].

وما يليه – ص١٠٩٧ وما بعدها & د/أحمد هندى – قانون المرافعات – المرجع السابق – بند٣٠٦ وما يليه – ص٦١٥ وما بعدها.

(1) أنظر فى دراسة تفصيلية لنظام التماس إعادة النظر: د/نبيل عمر – التماس إعادة النظر – المرجع السابق.

(2) ولا يقصد به تجريح الحكم المطعون عليه أو إصلاحه، وإنما يرمى إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الطاعن الملتمس فى الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم. استئناف القاهرة – د١٠١ أحوال شخصية – الالتماس رقم ٥٥٩٦ لسنة ١٢٦ق – جلسة ٢٠٠٩/٧/٥؛ وذات الدائرة – الالتماس رقم ٢٤٤٥ لسنة ١٢٦ق – جلسة ٢٠٠٩/٧/٦.

(3) الإشارة السابقة.

(4) فالحكم المستعجل الصادر من القاضى المستعجل بصفة إبتدائية لا يقبل الطعن بإلتماس إعادة النظر. وتطبيقاً لذلك، قضى بعدم جواز نظر إلتماس فى حكم مستعجل جزئى رفع إلى ذات المحكمة التى أصدرته. الحكم فى الدعوى رقم ٤٨١٦ لسنة ١٩٧٩ مستعجل جزئى القاهرة – جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٥ – مشار إليه لدى: أ/ مجدى هرجة – المرجع السابق – ص١٠٢٦.

(5) ومن هذا الرأى: د/أحمد أبو الوفا – المرافعات – المرجع السابق - بند٦٣٢ – ص٨٣٨ & د/فتحى والى – المبسوط فى القضاء المدنى – ج٢ – المرجع السابق – بند٢٠١ – ص٥٩٢ & أ/على راتب وآخرين – المرجع السابق – بند٩٦ – ص١٤٣ & أ/محمد عبداللطيف – المرجع السابق - ص٤٦٣ & محمد رشدى – المرجع السابق – ص. وقد أيد هذا الاتجاه العديد من أحكام القضاء منها: الحكم فى الدعوى رقم ٥٨٣ لسنة

وفى المقابل ، يرى جانب أخر من الفقه أنه من الجائز الطعن بالتماس إعادة النظر على الأحكام المستعجلة النهائية ، وذلك لأن الحكم المستعجل يعد فى حقيقة الأمر حكماً بالمعنى الخاص لاصطلاح الأحكام ، فهو يفصل فى نزاع وإن كان نزاعاً وقتياً . وبالتالى ، فهو شأنه شأن الأحكام طالما كان حكماً نهائياً يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر إذا شابه سبب من أسبابه استناداً إلى إطلاق نص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات[١].

ولا شك عندنا أن الرأى الثانى هو الأولى بالتأييد ، نظراً لقوة وقناعة حجته ، فالحكم المستعجل هو حكم بالمعنى الصحيح . فإذا صدر نهائياً، فإنه يقبل الطعن بإلتماس إعادة النظر طبقاً لعموم نص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، وطالما أن نص هذه المادة لم يستثن الأحكام المستعجلة من الخضوع لطريق الطعن بإلتماس إعادة النظر ، فليس هناك ما يمنع من الطعن عليها بهذا الطريق[٢].

وعلى وجه الخصوص ، يمكن القول أن جواز الطعن بإلتماس إعادة النظر على الحكم المستعجل النهائى فى حالة تجاوز القاضى المستعجل حدود سلطته فى التحوير يستجيب مع اعتبارات العدالة ، وذلك لأنه يعد الطريق الوحيد آنذاك لتصحيح وتدارك هذا التجاوز متى كان ذلك نتيجة خطأ أو سهو غير متعمد فى تقدير القاضى المستعجل لوقائع النزاع ، لا سيما إذا لم يحدث هناك تغييراً فى ظروف ووقائع الدعوى يجيز اللجوء إلى القضاء المستعجل مرة أخرى[٣].

١٩٧٧ مستأنف القاهرة – جلسة ١٩٧٧/٤/٢٤ لدى أ/مجدى هرجة – المرجع السابق - ص١٠٢٦، ١٠٢٧؛ والحكم فى الدعوى رقم ١٠٩٩ لسنة ١٩٧٦ مستأنف مستعجل القاهرة – جلسة ١٩٧٦/١٢/١٣ مشار اليه لدى أ/إبراهيم عثمان – الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة - المرجع السابق – ص٢٠٧، ٢٠٨.

(1) ومن هذا الرأى: د/رمزى سيف – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق – ص٨٥٩ & د/العشماوى – المرافعات – ج٢ – المرجع السابق – بند١٢٨١ – ص٩٢١ & د/نبيل عمر – الوسيط فى إلتماس إعادة النظر – المرجع السابق – بند٧٨ – ص٨٠، ٨١ & أ/كمال عبدالعزيز – المرجع السابق – ص١٦١٣، ١٦١٤. وأنظر فى أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه : أ/مجدى هرجة – المرجع السابق – ص١٠٢٣ وما بعدها.

(2) فالقاعدة أنه لا استثناء إلى بنص صريح يجيزه ، وأنه لا يجوز الاجتهاد مع صراحة النص. الطعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠٠٨/٦/١٢ ؛ والطعن رقم ٥٠٣٧ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤ ؛ والطعن رقم ٧٠٦١ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٧/١١/٨.

(3) فمن المقرر أن الحكم المستعجل يضع الخصوم فى وضع ثابت واجب الاحترام بمقضى حجية الأمر المقضى بالنسبة لنفس الظروف التى أوجبته ولذات الموضوع، وهذا يعنى عدم جواز إثارة النزاع المؤقت

ونتيجة لذلك ، فإذا تجاوز القاضى المستعجل حدود سلطته فى تحوير الطلبات المطروحة عليه بأن قضى بإجراء وقتى لا تتضمنه عناصر الدعوى الواقعية المعروضه عليه والمثبتة بواسطة الخصوم، جاز الطعن على حكمه بإلتماس إعادة النظر.

أما إذا كان تجاوز حدود سلطة التحوير نتيجة إدارك ووعى من جانب القاضى المستعجل لحقيقة طلبات الخصوم ووقائع الدعوى ، فإن السبيل لمعالجة ذلك هو الطعن بالنقض[1]. وهذا ما سيكون محلاً للدراسة الآن.

٤٣- ثالثاً: رقابة محكمة النقض.

مما ينبغى الإشارة إليه فى بادئ الأمر أن رقابة محكمة النقض لسلطة التحوير تقتصر على الأحكام المستعجلة التى تصدرها محكمة الاستئناف العالى ، وهى الأحكام التى تُصدر بناء على الطلب المستعجل المقدم إلى المحكمة الإبتدائية بطريق التبع لدعوى موضوعية مقامة بالفعل أمامها ثم استؤنفت أمام محكمة الاستئناف . أما الأحكام المستعجلة التى تُصدر من قاضى الأمور المستعجلة ثم تُستؤنف أمام المحكمة الإبتدائية بهيئة استئنافية ، فهى لا تقبل – كقاعدة – الطعن بالنقض[2].

الذى فصل فيه الحكم المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها أى تغيير. الطعنان رقما ٨٥٥ و١٦٥٨ لسنة ٨٦ق – جلسة ١٩٨٩/١١/٢٤ – السنة ٤٩ ج٢ ص ٦٦٥؛ والطعنان رقما ٩٦٦ لسنة ٥١ق و٥٧٣ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ ؛ ونقض مدنى ١٩٩٦/٢/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى – السنة ٤٧ ج١ ص٣٩٥.

(1) فالفارق الجوهرى بين طريق الطعن بإلتماس إعادة النظر وطريق الطعن بالنقض هو قصد القاضى تجاوز طلبات الخصوم وإدراكه لحقيقة هذه الطلبات. فإذا كان القضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه نتيجة سهو غير متعمد من القاضى لعدم إدراكه لنطاق الدعوى، فإن سبيل الطعن على هذا القضاء إنما يكون بالتماس إعادة النظر لاستدراك هذا السهو. أما إذا كان ذلك نتيجة إدراك ووعى لحقيقة الطلبات المطروحة ، فإن السبيل للطعن هنا هو الطعن بالنقض. الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠١٣/٥/٢٧؛ والطعن رقم ٣٨ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠١١/١١/١٤.

(2) الطعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥١ق – جلسة ١٩٩٥/٢/٩. ما لم تتوافر الحالة المنصوص عليها بالمادة ٢٤٩ مرافعات، ذلك أنه من المقرر أنه يجوز الطعن بالنقض فى الحكم النهائى أيا كانت المحكمة التى اصدرته إذا فصل فى نزاع خلافاً لحكم أخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى به (الطعن رقم ٢٣٨ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠١٠/٢/٩؛ والطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٩/٥/١٤؛ والطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٦٧ق – جلسة ٢٠٠٥/٤/١٣). وإذ جاء نص المادة ٢٤٩ عاماً مطلقاً، فإنه بذلك يشمل الأحكام المستعجلة الصادرة من القضاء المستعجل. وبالتالى، يصح الطعن عليه وفقاً لهذه المادة متى كانت تناقض قضاء سابقاً حاز قوة الأمر المقضى به. (الطعن رقم ٢٨٣٧ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠١٢/٤/٨؛ والطعن رقم

وإذا كان بالإمكان خضوع الأحكام المستعجلة لرقابة محكمة النقض على هذا النحو ، فإن التساؤل الذى يفرض نفسه فى هذا المقام هو ما هى طبيعة وحدود رقابة محكمة النقض لسلطة القاضى المستعجل فى تحوير الطلبات التى تطرح عليه؟

حتى يتسنى تحديد طبيعة وحدود رقابة محكمة النقض لسلطة القاضى المستعجل فى التحوير ، فإنه ينبغى تحديد طبيعة عملية التحوير ذاتها من حيث مدى تعلقها بالواقع والقانون ، وذلك لبيان ما يعد مسألة واقع فيخرج عن اختصاص محكمة النقض وما يعد مسألة قانون فيدخل فى اختصاصها[1]. ولقد سبق القول أن عملية التحوير هى عملية مركبة من كلا المسألتين ، وذلك لأنها تمر بمرحلتين متتاليتين[2]، الأولى هى استخلاص الوقائع التى تصلح لإنتاج الحماية الوقتية من قائمة العناصر الواقعية للنزاع المطروحة على القاضى المستعجل ، وهى ما نسميها بالوقائع الضمنية أو البديلة ثم يعقب ذلك إعادة تقديرها . وبهذه المثابة ، فهى تعد مرحلة تتعلق بالواقع . أما المرحلة الثانية فهى تخص التوصيف القانونى للوقائع البديلة وإنزال حكم القانون الصحيح عليها ، وهى بطبيعة الحال تعد من مسائل القانون.

والواقع أن مرحلة استخلاص الوقائع المذكورة ، هى ما تمثل وجه الخصوصية فى هذه الدراسة باعتبارها من مسائل الواقع التى تخضع لسلطان تقدير القاضى المستعجل . ولذلك ، فإننا سوف نقتصر على معالجة رقابة محكمة النقض لعملية الاستخلاص الواقعى الذى أجراه القاضى المستعجل للوقائع التى أدلى بها الخصوم واستنباط الحماية الوقتية منها ، وذلك لبيان طبيعة وحدود هذه الرقابة . أما

٢٤٣٩ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٤/١٢/١٤). كذلك أنه يجوز للنائب العام أن يطعن على أى حكم مستعجل لمصلحة القانون طبقاً لنص المادة ٢٥٠ مرافعات.

(1) فالقاعدة أن القاضى لا يخضع فى تقديره للواقع لرقابة محكمة النقض، فى حين أن القانون وهو ما يطبقه القاضى بحكم عمله يخضع لرقابة محكمة النقض. أنظر فى دراسة متخصصة لنطاق رقابة النقض على الواقع والقانون. د/أحمد الصاوى – نطاق رقابة النقض – دار النهضة العربية – ط١ – ١٩٨٤ - بند٧٢ وما بعده – ص١٢٣ وما بعدها & د/فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – المرجع السابق – بند٣٩٧ وما يليه – ص٨٢٠ وما بعدها. وكذلك: د/نبيل عمر – النظرية العامة للطعن بالنقض – المرجع السابق.

(2) أنظر: ما تقدم – بند٢٩ وما يليه.

بالنسبة لمرحلة التكييف القانونى للوقائع المذكورة ، فهى لا تشكل أية خصوصية فى هذه الدراسة ، فهى تخضع لرقابة محكمة النقض – باعتبارها من مسائل القانون البحتة[1]– إذ تراقب مدى تقدير القاضى المستعجل لحكم القانون الصحيح لهذه الوقائع دون أن يكون له سلطة فى ذلك . لذلك نحيل بشأنها إلى المراجع العامة والمتخصصة منعاً للإطالة.

والقاعدة أن محكمة النقض ليست محكمة موضوع ، فهى لا تعيد بحث وتقدير وقائع النزاع من جديد ، وإنما هى تسلم بها كما أكدها وأثبتها الحكم المطعون فيه . ولذا ، فإن رقابتها تقتصر على بحث ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق على وقائع النزاع حكم القانون السليم من عدمه[2]. وبعبارة أوضح أن محكمة النقض لا تراقب رأى القاضى ذاته ، وإنما تراقب طريقة تكوين هذا الرأى[3]. بمعنى مراقبة مصادر اقتناع القاضى بالواقع أو مصادر السلطة التقديرية للقاضى[4].

وتفريعاً على هذه القاعدة ، تخضع عملية استخلاص وتقدير الوقائع البديلة الصالحة لتوليد الحماية الوقتية العاجلة لرقابة محكمة النقض من حيث مدى كفايتها ومدى منطقيتها للتأكد من قيام هذه الوقائع وأن لها أصل فى الأوراق، فضلاً عن استظهار نية المدعى فى طلب هذه الحماية.

فمن ناحية تراقب محكمة النقض مدى كفاية الوقائع البديلة لاستصدار الاجراء الوقتى الذى اتخذه القاضى المستعجل أو كون هذه الوقائع قادرة على إنزال الحماية العاجلة غير أن القاضى المستعجل لم يقرها.

---

(1) الطعن رقم ١٥٩٠٦ لسنة ٨٠ق – جلسة ٢٠١٢/٢/٩ ؛ والطعن رقم ٧١٥٨ لسنة ٦٦ق – جلسة ٢٠٠٩/٤/١٢؛ والطعن رقم ٩٧٩١ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٨/٢/٢٥.

(2) د/أحمد أبوالوفا – المرافعات – المرجع السابق – بند٦٤٤ – ص٨٦٨ & د/أحمد الصاوى – الوسيط فى المرافعات – المرجع السابق - بند ٦٨١ – ص١١٤٨ & د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – ج٢ - المرجع السابق – بند٢٠٨ – ص٦١٢، ٦١٣ & د/أحمد هندى – قانون المرافعات – المرجع السابق – بند٣١٧ – ص٦٣٥، ٦٣٦. وكذلك الطعن رقم ٢٠٦٩ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٣/٥/١٨.

(3) د/ وجدى راغب – نظرية العمل القضائى – المرجع السابق – ص٥٢١.

(4) د/نبيل عمر – السلطة التقديرية للقاضى – المرجع السابق – بند٤٤٤ – ص٥٠٨ وما بعدها & د/وجدى راغب – نظرية العمل القضائى – المرجع السابق – ص٣٣٤، ٣٣٥.

ومن ناحية أخرى، تراقب محكمة النقض مدى فهم القاضى المستعجل للحالة الواقعية المعروضة عليه ومدى منطقية استخلاصه للوقائع البديلة من هذه الحالة الواقعية ، وذلك للتحقق من كون هذا الاستخلاص استخلاصاً سائغاً وله أصل فى الأوراق أم أن الحالة الواقعية لا تحوى تلك الوقائع وتعجز عن إنزال الحماية المستعجلة . وبذلك يكون هذا الاستخلاص غير صحيحاً.

وتطبيقا لما تقدم ، قضى بأنه «إذا كان البين من الحكم الإبتدائى والحكم المطعون فيه أن الدعوى رفعت على أنها إشكال فى التنفيذ فيما يتعلق ببيع الأشياء المحجوز عليها وأن محكمة الدرجة الأولى قضت بقبول هذا الاشكال شكلاً لرفعه بعد الحجز وقبل اليوم المحدد للبيع ، وأيدت محكمة ثانى درجة هذا القضاء فتكون الدعوى على أساس هذا الوصف من المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات واجبة التنفيذ التى يختص القاضى المستعجل بالحكم فيها بصفة مؤقتة دون المساس بالحق . ولهذا لا يقضى بعدم اختصاصه بنظرها ، كما لا يصدر فيها حكماً فاصلاً فى الموضوع ، وإنما يأمر بما يراه من إجراء وقتى كفيل لحماية صاحب الحق حسب ظاهر الأوراق . ولا يمنع من ذلك أن المستشكل لم يطلب فى إشكاله الحكم بإجراء وقتى ، وإنما طلب الحكم بعدم الاعتداد بالحجز الموقع ضده وإلغاء ما ترتب عليه من آثار واعتباره كأن لم يكن. وهذه الطلبات بحسب الأساس الذى بنيت عليه الدعوى والنزاع الذى أُثير فيها تعتبر طلبات موضوعية ، والقضاء بها يكون فصلاً فى ذات الحق ، وهو ما لا يملكه قاضى الأمور المستعجلة . ولذا يكون من واجبه أن يغض النظر عنها وأن يأمر بما له من سلطة تحوير طلبات الخصوم فى مثل هذه الحالة بالإجراء الوقتى الذى يتفق وطبيعة الاشكال المعروض عليه»[1].

والبين من هذا الحكم أن محكمة النقض قد بسطت رقابتها على القاضى المستعجل فى إعماله لسلطته فى التحوير بحيث تبين لها أن استخلاصه الواقعى قام على أسباب غير منطقية أى استخلاص غير سائغ ، وذلك لأنه على الرغم من

---

(1) نقض مدنى - جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥ – الطعن رقم ٥٠ لسنة ٢١ق.

عناصر الدعوى الواقعية كانت قادرة على إرساء الحماية الوقتية ، غير أن القاضى المستعجل قد انتهى إلى عكس ذلك حيث انتهى إلى أن الطلبات المطروحة عليه ومقدماتها الواقعية لا تحمل فى ثناياها ثمة إجراءات وقتية، وهى نتيجة غير منطقية. ويلاحظ أن خطأ القاضى المستعجل فى تقدير النزاع على هذا النحو على اعتباره نزاعاً موضوعياً قد أدى إلى وقوع خطأ آخر وهو الخطأ فى التكييف ، وهو ما يخضع كذلك لرقابة محكمة النقض.

وعلى ذلك ، فإن المقصد من رقابة النقض لسلطة التحوير ليس هو إعادة فحص الحالة الواقعية للنزاع من جديد لاستخلاص الوقائع البديلة منها، وذلك لأن الطعن بالنقض ليس له أثراً ناقلاً كما هو الحال بالنسبة للاستئناف، وإنما يقصد بهذه الرقابة التحقق من قيام الاستخلاص الواقعى للوقائع البديلة على أسباب واقعية سائغة مستمدة من عناصر الدعوى كما طرحها وأثبتها الخصوم بحيث يبررها المنطق والعقل وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها. ولذا ، فإنه يتعين على القاضى المستعجل حال استخدامه لسلطته فى التحوير أن يبين فى حكمه الوقائع التى تبرر استخدام هذه السلطة واتخاذ الاجراء الوقتى الذى يستصدره[1].

المبحث الرابع

تحوير الطلبات فى التحكيم

٤٤- تمهيد وتقسيم:

سبقت الإشارة إلى أن مكنة تحوير الطلبات هى سلطة لصيقة بالقاضى المستعجل وحده تثبت له استناداً إلى طبيعة اختصاصه باعتباره لا يفصل إلا فى نزاع وقتى دون البت فى أصل النزاع.

---

(1) وهنا تظهر أهمية تسبيب الأحكام الماثلة فى بيان كيفية اتخاذ القاضى قراره، ومدى إلمامه بالوقائع المطروحة عليه ومراقبة صحتها وما استخلصه منها. الطعن رقم ١١٩٢٩ لسنة ٨٠ق – جلسة ٢٠١٢/٤/٣؛ والطعن رقم ١٣٢١ لسنة ٦٩ق – جلسة ٢٠١١/٢/٢٧. وأنظر فى مفهوم وأهمية التسبيب: د/عزمى عبدالفتاح – تسبيب الأحكام – المرجع السابق – ص١٥ وما بعدها. ويلاحظ أن القاضى المستعجل فى تسبيب حكمه لا يستند إلى ثبوت الحق أو نفيه، بل يجب أن يقتصر على الترجيح بين الاحتمالات دون أن يقطع برأى فى أصل الحق، وإلا فإن حكمه يكون مبنياً على أساس فاسد لتجاوزه حد اختصاصه.

وإذا كان المحكم يؤدى مهمة قضائية ، وهى الفصل فى منازعات الأطراف باعتباره – وإن جاز التعبير – قاضياً خاصاً بالمعنى الصحيح ، وله كذلك الفصل فى المنازعات الوقتية التى تعرض عليه أثناء سير إجراءات التحكيم إلى حين البت فيها حفاظاً على أصل النزاع وصيانة لحقوق الأطراف، فهل ذلك يعد كافياً لمنحه سلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل بشأن التدابير التى تعرض عليه وتكون خارج حدود اختصاصه بحيث يمكن له القضاء بتدابير وقتية مغايرة لها؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإننا سوف نقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول : سلطة المحكم فى إصدار التدابير المؤقتة.

المطلب الثانى : سلطة المحكم فى تحوير الطلبات.

المطلب الأول

سلطة المحكم فى إصدار التدابير المؤقتة

٤٥– ١– مفهوم التحكيم وتطوره:

التحكيم هو طريق استثنائى لفض المنازعات بين الأطراف ، قوامه اتفاق الأطراف على الخروج عن طرق التقاضى العادية وسلب اختصاص القضاء الوطنى صاحب الاختصاص الأصيل فى ذلك وقصره على هيئة التحكيم[1]، وهو نظام قانونى مغاير للقضاء لا يتنوع عنه وليس استثناء منه[2].

---

(1) الطعن رقم ٧٥٩٥ لسنة ٨١ق "تجارى" – جلسة ٢٠١٤/٢/١٣ ؛ والطعن رقم ١٤٥ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠١١/٣/٢٢. وكذلك: استئناف القاهرة – د٦٢ تجارى – جلسة ٢٠١٣/٢/٦ – دعوى رقم ٤٦ لسنة ١٢٩ق تحكيم. وأنظر فى دراسة تفصيلية للتحكيم: د/فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق – منشأة المعارف – ط١ - ٢٠٠٧ & د/نبيل إسماعيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – ط٣ – ٢٠١١ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – دار النهضة العربية - ٢٠١٠ & د/أحمد هندى – التحكيم – دراسة إجرائية فى ضوء قانون التحكيم المصرى وقوانين الدول العربية والاجنبية – دار الجامعة الجديدة – ط١ - ٢٠١٣ & د/عاشور مبروك – التحكيم – دار النهضة العربية – ط١ - ٢٠١٤ & د/مختار بريرى – التحكيم التجارى الدولى – دار النهضة العربية - ط٣ – ٢٠٠٤ & د/محمود يونس – المرجع فى التحكيم – دار النهضة العربية - ط٢٠٠٩.

(2) استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠١٥/١/٥ – الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٣١ق تحكيم.

ويحقق التحكيم العديد من المزايا منها ؛ سرعة وسهولة الفصل فى المنازعات ، وحفاظه على أسرار الأطراف ، وقلة تكاليفه ، فضلاً عن كونه آلية لمعالجة ظاهرة بطء التقاضى[١].

وإذا كان التحكيم التقليدى يلبى متطلبات التجارة التقليدية من حيث السرعة والسرية فى الفصل فى منازعاتها ، إلا أنه طريق ليس كذلك بالنسبة للمعاملات التجارة الإلكترونية[٢]، فقد بات وسيلة غير ملائمة لها[٣].

وعليه ، فقد تم تطوير نظام التحكيم من شكله التقليدى إلى آلية جديدة تنسجم مع خصوصية هذه المعاملات هى التحكيم الإلكترونى ، وذلك حتى يتم تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عبر ذات الوسيلة التى تنشأ عبرها[٤]. ولذلك ، فالتحكيم الإلكترونى يدور وجوداً وعدماً مع التجارة الإلكترونية ، فهو الوجه الأخر لها[٥].

والتحكيم الإلكترونى هو آلية حديثة تسمح للمتعاملين فى مجال التجارة الإلكترونية بتسوية نزاعهم عبر وسائل الإتصال الحديثة لاسيما شبكات الإنترنت دون الانتقال المادى أو الإلتقاء بالمحكمين فى مكان معين[٦].

والواقع أن التحكيم الإلكترونى هو بمثابة مزيج أو خليط من دمج فكرة التحكيم بمعناه التقليدى المعروف مع فكرة الوسائل الإلكترونية[٧]، فهو فى جوهره

---

(1) أنظر بالتفصيل فى مزايا التحكيم: د/مختار بريرى – المرجع السابق – بند٤ وما يليه – ص٩ وما بعدها & د/فتحى والى - قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٢ – ص١٤ وما بعدها & د/نبيل عمر – التحكيم – المرجع السابق – بند١٢ – ص١٨، ١٩.

(2) ويقصد بالتجارة الإلكترونية المعاملات التى تبرم وتنفذ إلكترونياً عبر شبكة الانترنت بين الأطراف دون التقائهم فى مكان مادى معين.

(3) وذلك لأن التحكيم العادى يعد وسيلة بطيئة ومكلفة بالنسبة للمعاملات الإلكترونية، وذلك لأن إجراءاته تتم عبر الوسائل التقليدية والتى تستلزم إنتقال الأطراف والمحكمين إلى مكان معين، وذلك على نقيض طبيعة هذه المعاملات باعتبارها تعاملات تتم عبر شبكات الإنترنت دون الانتقال إلى مكان معين. وهو ما يتطلب مزيداً من الوقت والجهد والنفقات. أنظرفى دراسة تفصيلية للتحكيم الالكترونى: المؤلف – أوجه الرقابة على آلية التحكيم الالكترونى – رسالة جامعة الاسكندرية - ٢٠١٦ - بند٨ – ص١١ وما بعدها.

(4) BENYEKHLEF and GÉLINAS, «Online Dispute Resolution», Lex Electronica, Vol 10, No. 2, 2005, p. 72.

(5) أنظر فى إرتباط التحكيم الإلكترونى بالتجارة الإلكترونية: مؤلفنا بعنوان خصوصيات التحكيم الإلكترونى فى الاتفاق والخصومة والتنفيذ والرقابة – ط٢٠١٨ – دار الجامعة الجديدة – بند٥.

(6) BENYEKHLEF and GÉLINAS, supra, p. 72.

(7) وهذا ما ذهب إليه **البعض** معتبراً أن التحكيم الإلكترونى هو بمثابة إمتداد للتحكيم التقليدى فى صورة جديدة متطور له على فرض أن التطور التكنولوجي قد أصاب كل شىء، ومن بينهما التحكيم. أ/معتصم سويلم

تحكيم عادى ، فكلاهما وسيلة بديلة لفض المنازعات والخلافات بعيداً عن القضاء الوطنى صاحب الولاية العامة فى ذلك . غير أن مناط الاختلاف بينهما هو شكل سير إجراءات التحكيم وتتابعها ، فالأول تتم إجراءاته بحسب طبيعته إلكترونياً عبر شبكات الانترنت . وهذا ما يعطيه نوعاً من الخصوصية والذاتية تميزه عن الأخير[1].

غير أن طبيعة النزاع فى أى مرحلة من مراحل سير إجراءات التحكيم ، سواء كان التحكيم تقليدياً أو إلكترونياً ، قد تقتضى اتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى، أو ما يسمى بالتدبير المؤقت كمصطلح جامع لهما[2]، وذلك لمواجهة الأخطار التى تهديد حقوقهم بالضياع أو الإنقاص منها إلى حين الفصل فى النزاع بشكل نهائى[3].

وفى هذا الفرض ، يجوز للمحكم إتخاذ التدابير المؤقتة – بنوعيها وقتية أو تحفظية[4]– الملائمة لدرء المخاطر التى تحوم حول المراكز القانونية للأطراف[5]،

- مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني – مجلة الاقتصاد المعاصر – العدد٦٩ – المجلد السابع – فبراير٢٠٠٤ – ص٥٨،٥٩.

(1) فالتحكيم الإلكترونى هو آلية تنشأ كاتفاق، وتسرى كإجراء، وتنظر كخصومة، وتنفذ كحكم إلكترونياً عبر شبكات الإنترنت، دون اللجوء إلى القضاء الوطنى، ودون التنقل المادى من مكان لأخر. وأنظر فى مفهوم التحكيم الإلكترونى: مؤلفنا بعنوان خصوصيات التحكيم الإلكترونى – المرجع السابق – بند٣.

(2) Schaefer, New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration, English, German and Hong Kong Law Compared, vol 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, (August 1998), p. 5. available at; http://www.ejcl.org/ejcl/22/art22-2.html

(3) أنظر فى مبررات اتخاذ هذه التدابير: د/على الحديدى – التدابير الوقتية فى التحكيم – ط١٩٩٦ – ص٢٣، ٢٤.

(4) والتدابير الوقتية هى التدابير العاجلة التى ترمى إل تحقيق حماية وقتية سريعة قد يتعذر الحصول عليها بالإجراءات العادية. وهى بهذه المثابة تؤدى إلى إشباع فورى لمصلحة طالبها إلى أن يتم البت فى النزاع القائم بينهما نهائياً، كالنفقة الزوجية الوقتية. أما **التدابير التحفظية** ، فهى الإجراءات التى ترمى إلى المحافظة على وسائل الحصول على الحق مستقبلاً وتضمن تنفيذ حكم التحكيم المزمع إصداره حال استصداره. وبهذه المثابة، فهى تؤدى إلى إشباع مستقبلى لطالبها. أنظر فى أوجه التشابه والاختلاف بين التدابير الوقتية والتحفظية: رسالتنا – بند١٣٤ – ص٢٧٤ وما بعدها.

(5) ويلاحظ أن اختصاص المحكم بإصدار التدابير الوقتية لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطنى فى هذا الخصوص، إعمالاً لمبدأ الاختصاص المشترك. ومؤدى هذا المبدأ هو توزيع الاختصاص بين كل من القاضى الوطنى والمحكم بشأن نظر خصومة التدابير الوقتية أو التحفظية اللازمة للبت فى النزاع، ليصبح كلاهما مختصاً بإصدار هذه التدابير ما لم يتفق الأطراف على إقصاء أحدهما. وهذا ما يمثل نوعاً من التعاون الوثيق بين القضاء والتحكيم. أنظر فى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مفهومه ومبرراته وضوابطه الاجرائية: رسالتنا : بند٨٥ وما يليه – ص١٧٧ وما بعدها.

وذلك لأن القاعدة هى أن محكم الأصل هو محكم الفرع، وأن من يملك الكل يملك الجزء . فإذا كانت سلطة الفصل فى أصل النزاع تؤول إلى المحكم ، فإنه ومن باب أولى يختص كذلك باتخاذ التدابير المؤقتة التى تحافظ عليه[1]. كذلك أن مقتضيات حسن سير العدالة ومصلحة الأطراف تقتضى تمركز الاختصاص بالنزاع بشقيه ، الموضوعى أو الوقتى ، فى يد سلطة واحدة وهى هيئة التحكيم ، وذلك حتى لا تقطع أوصال الخصومة بين عدة جهات فى آن واحد[2].

وإذا كان للمحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية على النحو المتقدم ، فما هى شروط ذلك؟ وسوف نتولى الإجابة عن هذا التساؤل الآن.

٤٦- ٢- شروط إصدار المحكم للتدابير المؤقتة.

تبنى **قانون التحكيم** طريقان لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية فى خصومة التحكيم هما ؛ الأول الأوامر على عرائض ونظمته المادة ١/٢٤، والثانى الأحكام الوقتية ونظمتها المادة ٤٢[3].

بالنسبة **للشكل الأول** ، وهو استصدار هذه التدابير فى صورة أمر على عريضة[4]، فيحكمه وجود اتفاق خاص بين الأطراف على منح المحكم هذه السلطة ، فلا يكفى لذلك اتفاق التحكيم ذاته[5]. بمعنى أن اختصاص المحكم بإصدار التدابير

---

(1) د/محمود هاشم – اتفاق التحكيم – ط١٩٩٠ – ص١٥٩ & د/سيد محمود – سلطة المحكم فى إصدار الأحكام الوقتية والأوامر فى القانون المقارن والكويتى والمصرى – مجلة الحقوق الكويتية – العدد الثالث – السنة ٢٥ – سبتمبر – ٢٠٠١ – ص١١٨.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا – فى القضيتين رقما ١١٤، ١١٥ لسنة ٢٤ قضائية دستورية – جلسة ٢٠٠٣/١١/٢ – الجريدة الرسمية – العدد ٢٦.

(3) وتنص المادة **١/٢٤** على أنه يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به. بينما تنص المادة ٤٢ على أنه يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو فى جزء من من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم النهائى المنهى للخصومة كلها.

(4) كالإذن مثلاً بتوقيع الحجز التحفظى على الأموال المتنازع عليها، والأمر بإيداع البضائع محل النزاع لدى شخص أمين خوفاً من تهريبها أو سرقتها.

(5) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٢٣٣ – ص٤٠٢ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند١٧٨ – ص٢٤٨ & د/أحمد هندى – التحكيم – المرجع السابق – ص٦٠ & د/سيد محمود – سلطة المحكم – المرجع السابق - ص١١٨، ١٢٨.

الوقتية فى صورة أمر على عريضة لا ينعقد له إلا إذا كان هناك اتفاقاً خاصاً يقضى بذلك[1].

واشتراط هذا الاتفاق الخاص على هذا النحو يجد تبريره فى أن المحكم لا يمتلك بحسب الأصل سلطة إصدار الأوامر على عرائض ، وذلك لأن إصدرها يجرى فى غيبة الخصوم دون مراعاة مبدأ المواجهة، وهو ما لا يجوز بالنسبة للمحكم الذى يقع على عاتقه عبء مراعاة مبدأ المواجهة ولا يصح إعفائه منه[2].

أما **الطريقة الثانية** وهى إصدار التدابير المؤقتة فى صورة أحكام تحكيم وقتية[3]، فلا يشترط وجود اتفاق خاص لذلك ، كما هو مقرر بالنسبة للأوامر على عرائض ، وإنما يكفى وجود اتفاق التحكيم ذاته[4]. وتطبيقاً لذلك، قضى بأن لهيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية ، سواء اتفق الأطراف على ذلك أو لم يتفقوا[5].

---

(1) ويجوز أن يأتى الاتفاق الخاص كبند من بنود اتفاق التحكيم أو فى أى اتفاق لاحق له حتى لو جاء بعد بدء سير إجراءات التحكيم. د/ فتحى والى – الاشارة السابقة.
- وإذا كانت القاعدة هى أن اللجوء إلى نظام الأوامر على عرائض لا يكون إلا فى حالات معينة على سبيل الحصر لا المثال وفقاً للمادة ١٩٤ من قانون المرافعات. (الطعن رقم ٢٦٥٩ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٩/٣/٩ ؛ والطعن رقم ١٩٧٥ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٦/١٢/١٢). فهل يتقيد المحكم بهذه القاعدة؟ يرى رأى – نؤيده - أن المحكم لا يتقيد بهذه المادة، وذلك لأنه لا يتقيد بحسب الأصل بقانون المرافعات، وإنما يتقيد بالضوابط الواردة بقانون التحكيم. د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٢٣٣ – ص٤٠٣ & د/سيد محمود – سلطة المحكم – المرجع السابق - هامش ص١٢٨، ١٢٩. وطالما أنه ليس هناك نصاً صريحاً فى هذا الخصوص يقيد سلطة المحكم، فإنه لا يجوز تقييده. ناهيك عن ذلك أن اتجاه قواعد التحكيم الحديثة إلى إطلاق سلطة المحكمين فى إصدار التدابير الوقتية والتحفظية فى شكل الأوامر على عرائض. أنظر المادة ١٧/ط من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى المعدل فى عام ٢٠٠٦.
(2) د/أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختيارى والاجبارى – منشأة المعارف - ط ١٩٨٩ – ص١٣٦ & د/عزمى عبدالفتاح – قانون التحكيم الكويتى – المرجع السابق – ص١٧١ & د/سيد محمود – سلطة المحكم – المرجع السابق - ص١١٧، ١١٨.
(3) كتعيين حارس على البضائع محل النزاع أو إثبات حالة البضائع.
(4) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٢٣٢ – ص٤٠٠ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند١٧٨ – ص٢٤٨ & د/أحمد هندى – التحكيم – المرجع السابق – ص٦١ & د/محمود يونس – المرجع السابق – بند٤٥٢ – ص٣١٨.
(5) القضية التحكيمية رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٨ – مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى – جلسة ٢٠١٠/٢/١ – مجلة التحكيم العربى – العدد ١٥ – ديسمبر – ٢٠١٠ – ص٢٣٥. عكس ذلك: محكمة التمييز الكويتية – الطعن رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٦ – جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٥ - مجلة القضاء والقانون – س٣٦ ج٣ ص٢٦

وتبعاً لذلك ، فإنه يكفى لاختصاص المحكم بإصدار الأحكام الوقتية مجرد عدم اتفاق الأطراف على استبعاد سلطته فى هذا الخصوص[١]، وذلك على أساس أن الاتفاق على التحكيم يتضمن منح هيئة التحكيم كافة السلطات القضائية على النزاع ، الموضوعية والوقتية[٢].

وأيا كان الشكل الذى سيصدر فيه التدبير الوقتى أو التحفظى ، فإنه يشترط ضرورة توافر ركن الاستعجال ، فالاستعجال هو مناط اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية فى خصومة التحكيم[٣].

كما يشترط لاختصاص المحكم بالأمر بإصدار التدابير المؤقتة – بنوعيها – أن تكون هذه التدابير وقتية . وعليه ، فإذا لم يكن الطلب المقدم إلى المحكم طلباً وقتياً ، تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه[٤]. وحتى تكتسب التدابير المؤقتة الصفة الوقتية ، فإنه يتعين ألا يكون الغرض منها البت فى أصل الحق المتنازع عليه[٥]. وهذا ما عبر عنه البعض بأن الوقتية وعدم المساس بأصل الحق وجهان لعملة واحدة[٦]. ولذا ، فإنه ينبغى على المحكم حال استصداره للتدابير المؤقتة عدم المساس بخصومة التحكيم أو التطرق إلى البت فى أصل النزاع باعتباره شرطاً لاتخاذ هذه التدابير.

---

(1) Michael (W.) and Thomas (H), Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials, Sweet $ Maxwell, 2014, P. 421, 422

(2) فى ذات المعنى: جين رويير – قانون التحكيم الدولى - بند١٢٧ – ص١٠٤ مشار إليه لدى: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٢٣٢ – ص٤٠٠.

(3) القضية التحكيمية ٩٥٩ لسنة ٢٠١٤ – مركز تحكيم القاهرة الإقليمى – جلسة ٢٠١٥/١/٢٨ – مجلة التحكيم العربى – العدد ٢٤ – يونيو – ٢٠١٥ – ص٢٥٣.

(4) ذات الاشارة السابقة.

(5) Schaefer, New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration, supra, P. 9.

(6) د/أمينة النمر – قوانين المرافعات – ج١ – المرجع السابق – ص٢٤٨ & د/أحمد أبوالوفا – التعليق على قانون المرافعات – المرجع السابق – ص٣٢٦.

المطلب الثانى

سلطة المحكم فى التحوير

خلا قانون التحكيم من أى تنظيم لسلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل ، فلم يتضمن نصاً خاصاً يخول للمحكم هذه السلطة . كما أن الفقه ذاته لم يتطرق إلى معالجة هذه المسألة ، فهل ذلك يعنى عدم امتداد سلطة التحوير إلى المحكم ، أم يجوز له استخدامها فى النزاع الوقتى المطروح عليه؟

وإذا كان للمحكم ذلك ، فما هو نطاق وشروط وحدود ممارسة هذه السلطة ، وما هى آليات رقابتها ، بمعنى أشمل ما مدى سلطة المحكم فى تحوير الطلبات التى تقدم إليه فى خصومة التدابير المؤقتة؟

وسوف نتولى الإجابة عن هذه التساؤلات عن طريق معالجة النقاط الأساسية التالية:

٤٧- أولاً: قضائية أعمال المحكم هـــى مناط الاعتراف له بسلطة التحوير.

لا شك أن الاعتراف للمحكم بسلطة التحوير التى يتمتع بها القاضى المستعجل يتوقف على طبيعة عمله ، فهل يعد قاضياً بالمعنى الصحيح بحيث تكون ولايته على النزاع المعروض عليه ولاية قضائية، وبالتالى فيتمتع بما يتمتع به القاضى ويتقيد بما يتقيد به؟

القاعدة المسلم بها أن التحكيم هو نظام خاص للتقاضى لفض المنازعات بين الأطراف، وأن المحكم يعتبر – وإن صح التعبير – قاضياً خاصاً بالمعنى الفنى للكلمة يكون له ولاية القضاء بين الخصوم والفصل فى منازعاتهم وفقاً للمنهج القضائى للفصل فى المنازعات ، وذلك بحكم نهائى وملزم[1].

وإذا كان المحكم يمتلك – كما جاء مسبقاً – سلطة الفصل فى النزاع الوقتى القائم بين الأطراف وإتخاذ التدابير الوقتية اللازمة للحفاظ على حقوق الأطراف مقيداً

---

(1) استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠١٥/٣/٤ – دعوى رقم ٣٧ لسنة ١٣١ق تحكيم ؛ واستئناف القاهرة – د٨ تجارى – جلسة ٢٠٠٩/٥/١٨ – دعوى رقم ٧٥ لسنة ١٢٥ق تحكيم. وأنظر فى معيار تمييز المحكم: د/سحر عبدالستار – المركز القانونى للمحكم – دار النهضة العربية - ط١ – ٢٠٠٦ – بند١٨ – ص٤٨ وما بعدها.

فى ذلك بسلطات القاضى المستعجل ، ومنها توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، فإننا نرى أنه يجوز للمحكم تحوير الطلبات التى تعرض عليه فى خصومة التدابير المؤقتة المنظورة أمامه ، وذلك لذات الاعتبارات القائم عليها الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة التحوير وهى مواجهة خطر التأخير فى الحصول على الحماية الموضوعية[1]. فإذا كانت حالة الاستعجال هى السبب فى تزويد القاضى المستعجل بسلطة التحوير ، فإنها ذاتها هى التى تملى الاعتراف بهذه السلطة للمحكم . وبالتالى ، فإن أثر قضائية أعمال المحكم هو منح المحكم سلطة التحوير.

وتأسيساً على ذلـــك ، نعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من استخدام المحكم لسلطة التحوير المخولة للقاضى المستعجل عندما ينظر خصومة التدابير المؤقتة شريطة أن تكون الطلبات الوقتية التى آثرها الأطراف تخرج عن نصاب اختصاصه بما يتعذر عليها توليد الحماية الوقتية المناسبة للحفاظ على أصل النزاع . بمعنى قصر مجال إعمال مكنة التحوير أمام المحكم على الطلبات الوقتية التى يكون من شأن الفصل فيها المساس بأصل الحق دون غيرها من الطلبات ، أى الطلبات التى تكون فى مظهرها وقتية وفى مخبأها تثير نزاعاً موضوعياً[2].

وتبعاً لذلك ، فإذا اقتضت خصومة التحكيم ضرورة اتخاذ تدبير وقتى أو تحفظى لصيانة حقوق الأطراف والحفاظ على مراكزهم القانونية حتى يتم البت فى أصل النزاع ، وتقدم أحد الأطراف إلى المحكم بطلب وقتى لاستصدار هذا التدبير، غير أنه أساء تصوره وتقديره بحيث يصبح الفصل فيه ماساً بأصل الحق بما يخرج عن حدود اختصاص المحكم الوقتى ، فإنه من الجائز للمحكم تحوير التدبير الوقتى المطروح عليه – باعتباره يثير نزاعاً موضوعياً – باستبداله بتدبير وقتى أخر طالما أن إرادة طالب التدبير قد اتجهت إلى طلب الحماية الوقتية[3].

---

(1) أنظر فى اعتبارات الاعتراف بسلطة التحوير: ما تقدم – بند٤.
(2) أنظر فى مجال إعمال سلطة التحوير: ما تقدم – بند١٤ وما يليه.
(3) أنظر فى نية طالب التدبير كمناط اللجوء إلى سلطة التحوير: ما تقدم – بند٤.

ويجرى المحكم سلطة التحوير عن طريق البحث فى الحالة الواقعية المطروحة عليه وفحصها بشكل ظاهرى لاستخراج الوقائع البديلة أو الضمنية الكامنة فيها الصالحة لارساء الحماية الوقتية ومن ثم اختيار الاجراء الوقتى الذى يستوجب لهذه الوقائع[1].

والاعتراف للمحكم بمكنة التحوير على النحو المسبق ، وإن كان رخصة مقررة له بحيث له أن يستعملها وله ألا يستعملها ، إلا أن حال إعماله لها ، فإنه يكون مقيداً بذات الشروط التى يعترف بها للقاضى المستعجل بهذه المكنة وبذات القيود التى ترد على سلطته فى استعمالها. وهذا ما سوف يتم معالجته الآن.

٤٨– ثانياً : شروط استعمال المحكم لسلطة التحوير.

يشترط لإعمال المحكم لسلطة تحوير الطلبات التى تطرح عليه فى خصومة التدابير المؤقتة – والتى تخرج عن حدود اختصاصه الوقتى – توافر شرطى الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق . وهذا أمر منطقى وضرورى، وذلك لكونهما مفترضين لازمين لانعقاد خصومة التدابير المؤقتة[2]. فضلاً عن أنه إذا كان الغرض من التحوير هو اتخاذ تدبير وقتى يحمى المراكز القانونية للأطراف من المخاطر التى تحوم حولها بدلاً من القضاء بعدم الاختصاص بنظر النزاع ، فلا يتصور بداهة اتخاذ هذا التدبير دون توافر هذين الشرطين.

ومن ناحية أخرى ، تفترض طبيعة مكنة التحوير ذاتها مجموعة من الشروط تدور حول ؛ صلاحية الطلب محل التحوير ومقدماته الواقعية لإرساء الحماية الوقتية ، وألا يترتب على استعمال التحوير ضرراً للطرف المقدم ضده الطلب ، والتزام مقدم الطلب بتقديم كفالة أو ضمان لتغطية نفقات التدبير الوقتى الذى سيتم اتخاذه . ولقد سبق دراسة هذه الشروط بشكل مفصل ، لذا فلا حاجة للعودة لمعالجتها مرة أخرى منعاً للتكرار وإزدواج البحث[3].

---

(1) انظر بالتفصيل فى اجراءات التحوير وحدود هذه السلطة : ما تقدم – بند٢٩ وما يليه.
(2) أنظر فى شروط انعقاد الخصومة الوقتية أمام المحكم: ما تقدم – بند٤٦.
(3) أنظر: ما تقدم – بند٢٣ وما يليه.

وعلى ذلك ، فإذا توافرت الشروط المتقدمة جميعها ، فإن أثر ذلك هو تمتع المحكم بسلطة تحوير الطلبات المطروحة عليه . أما إذا تخلف أحد هذه الشروط ، فقد المحكم سلطته فى التحوير.

٤٩- ثالثاً : قيود سلطة المحكم فى التحوير.

لا تختلف مهمة المحكم عن مهمة القاضى المستعجل فى عملية تحوير الطلبات ، فهو يقوم بذات الدور الذى يقوم به ، وهو فحص وتقدير الحالة الواقعية المعروضة عليه واستخلاص منها ما نسميه "بالوقائع البديلة" المنتجة والتى تصلح لتوليد الحماية الوقتية المرغوب فيها حفاظاً على حقوق الأطراف . فإذا ظهرت هذه الوقائع للمحكم وكانت قادرة على ارساء الحماية الوقتية ، قام بإتخاذ التدبير الوقتى الذى يستجيب لها وإن خالف الإجراء الذى يطلبه الأطراف ومنحه التكييف القانونى الصحيح دون الاعتداد بالأوصاف والألفاظ المحددة فى صحيفة الإدعاء[1].

وإذا اقضى الأمر لجوء المحكم إلى سلطة التحوير ، فإنه يتقيد بذات القيود التى تحكم سلطة القاضى المستعجل فى التحوير[2]. هذا مع الأخذ فى الحسبان خصوصية التحكيم باعتباره نظاماً ينشأ ويتحدد باتفاق التحكيم[3]، وأن اختيار المحكم فيه يقوم على اعتبارات أهمها تمتعه بالخبرة الفنية[4]. وبالتالى ، فإن ذاتية الدور الذى يؤديه المحكم تفرض خصوصية على القيود التى ترد على سلطته فى التحوير بما يتفق معها ويضمن تحقيق الحماية الوقتية المناسبة للمراكز القانونية للأطراف من المخاطر التى تهددها . وفيما يلى بيان هذه القيود:

---

(1) أنظر فى عملية فحص الحالة الواقعية واستخلاص الوقائع البديلة: ما تقدم – بند٣٠.

(2) أنظر فى هذه القيود: ما تقدم – بند٣٤ وما يليه.

(3) أنظر: استئناف القاهرة – د٩١ تجارى – جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٧ - دعوى رقم ١١٦ لسنة ١٢١ق تحكيم.

(4) د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند١٤٩ مكرر – ص٢٠٦ & د/عاشور مبروك – التحكيم – المرجع السابق – بند١٨٠ – ص٣٠٠ & د/عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى - المرجع السابق – ص٢٥٩ & د/مختار بريرى – المرجع السابق – بند٥ – ص١١،١٢.

٥٠-١- مبدأ حياد المحكم.

لا يقصد بمبدأ حياد المحكم عدم انحيازه مع وجهة نظر أحد الأطراف على حساب الخصم الآخر ، فهذا يعنى حيدة المحكم ونزاهته[١] المنصوص عليه بالمادة ٣/١٦ من قانون التحكيم ، والمادة ٢/١٤٥٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسى الجديد ، وإنما يقصد بمبدأ حياد المحكم الحياد الإيجابى المائل فى منح المحكم دوراً فعالاً فى توجيه وإدارة إجراءات التحكيم مع التزامه بحدود الطلبات المعروضة عليه – سبباً وموضوعاً – كما قدمها الأطراف[٢].

بيد أنه أيا كان مدى السلطة المعترف بها للمحكم فى توجيه إجراءات التحكيم وتسييرها[٣]، إلا أنه ينبغى ألا تصطدم هذه السلطة بالأصول العامة للتقاضى التى بمقتضاها يلتزم القاضى بالنطاق الموضوعى للنزاع بحيث يفصل فيه فى حدود الطلبات المنظورة أمامه.

والمحكم باعتباره قاضياً خاصاً يتقيد بهذه الأصول[٤]، فإنه ينبغى عليه إذا استخدام سلطته فى التحوير استناداً إلى حقه فى توجيه إجراءات التحكيم وهيمنته عليها أن يكون مقيداً بطلبات الأطراف وملتزماً بحدودها كما طرحوها وأثبتوها دون

---

(1) Schafer, Verbist and Imhoos, ICC Arbitration in Practice, Kluwer Law International, 2005, P. 45, 64.

(2) أنظر فى مفهوم مبدأ الحياد وتطوره والتفرقة بينه وبين مبدأ الحيدة: ما تقدم – بند٣٥.

(3) ومما ينبغى الإشارة إليه أنه وإن كان المحكم يتمتع بمبدأ الحياد شأنه شأن القاضى بحيث يكون له دوراً إيجابياً وفعالاً فى توجيه إجراءات التحكيم وإدارتها، إلا أن الاعتراف للمحكم بهذا الدور لا يكون بالشكل الموسع الذى يكون للقاضى، وذلك نظراً لخصوصية التحكيم واختلافه عن القضاء باعتباره قضاءً اتفاقياً ينشأ ويسرى وينتهى وفقاً لإرادة الأطراف. وعليه، فلقد زود **قانون التحكيم** المحكم بدور إيجابى فى توجيه سير إجراءات التحكيم. ومن مظاهر الحياد الايجابى المحكم؛ حقه فى اتخاذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه (م٢٨)، أو تعيين خبير أو أكثر (م١/٣٦). وكذلك سلطته فى أن يقضى فى النزاع إكتفاءً بالمذكرات المكتوبة المقدمة إليه وعدم عقد جلسات مرافعة شفوية (م١/٣٣)، وسلطته فى وقف إجراءات التحكيم وقفاً تعليقياً للفصل فى مسألة أولية أو الطعن بالتزوير فى ورقة قدمت إليه (م٤٦)، أو إنهائها إذا رأى عدم جدوى استمرارها (م٤٨/ج). وكذا سلطته فى تصحيح ما عسى أن يقع فى أحكامه من أخطاء مادية بحتة (م١/٥٠). وفى المقابل، نجد أن المحكم لا يملك أحياناً سلطة توجيه إجراءات التحكيم، فليس له - مثلاً - سلطة اختصام الغير الذى لا ينصرف إليه اتفاق التحكيم أو الزام الخصم بتقديم أى مستند تحت يده. كما ليس له سلطة شطب الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن أو الأمر بوقف الدعوى وقفاً جزائياً أو الحكم بالغرامات على الأطراف.

(4) أنظر: رسالتنا السابقة – بند٣٠٩ وما يليه.

الخروج عنها[1]، فليس له أن يحكم بغيرها أو يتجاوز حدودها بأن يغيير مضمونها أو يستحدث طلبات جديدة وإلا يكون قد حكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه[2].

٥١-٢- الامتناع عن تغيير أساس الادعاء.

الأصل أن الإدعاء أمام المحكم يتحدد بالوقائع التى يطرحها الأطراف عليه ، فلا يجوز للمحكم الخروج عن نطاق النزاع المعروض عليه ، وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم[3]، إعمالاً لقاعدة الامتناع عن تغيير سبب الدعوى[4].

وتبعاً لذلك ، فإن أساس الادعاء أمام المحكم فى خصومة التدابير المؤقتة يعد قيداً على سلطته فى التحوير بحيث يحظر عليه تغييره أو المساس به ، فلا يجوز للمحكم اسناد حكمه إلى وقائع خارج إطار خصومة التدابير المؤقتة المعروضه عليه لم تكن مثارة امامه بواسطة الاطراف . بمعنى أنه ينبغى أن تكون الوقائع البديلة القادرة علىإنتاج الحماية الوقتية قد طرحها الأطراف وأثبتوها.

٥٢-٣- احترام مبدأ المواجهة.

كما ينبغى على المحكم حال استخدامه لسلطة التحوير أن يضع فى اعتباره مراعاة مبدأ المواجهة . ومقتضى ذلك أن تكون الوقائع البديلة محل التحوير وقائع قد تجادل بشأنها الأطراف وتناقشوا بشأنها . فالقاعدة أن إجراءات التحكيم ينبغى أن تتم

---

(1) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند١٥٧ – ص٣٠٢ & د/عاشور مبروك – التحكيم – المرجع السابق – بند٢٥ – ص٦٩ & د/عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم - المرجع السابق – ص٣١٩.

(2) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٣٣٥– ص٦٠١ & د/محمود يونس – المرجع السابق – بند١٣٧ – ص٣١٧، ٣١٨.

(3) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند١٠١ – ص١٢٧ & د/نبيل عمر – التحكيم – المرجع السابق – بند٢٠٣ – ص٢٤٤ & د/عاشور مبروك – التحكيم – المرجع السابق – بند٢٥ – ص٦٩. ومما يعد تغييراً لسبب طلب التحكيم رفض طلب التعويض استناداً إلى عقد ضمان الائتمان والقضاء به استناداً إلى قواعد المسؤلية التقصيرية. (الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦). وفى المقابل، لا يعد القضاء بالفوائد القانونية تجاوزاً لحدود سلطة المحكمين وتغييراً للسبب. (استئناف القاهرة – د٦٢ تجارى – جلسة ١٩٩٥/٥/٥- مجلة التحكيم العربى – العدد١١ – يونيو – ٢٠٠٨ – ص١٤٥). وكذلك الحال عند الفصل فى الطلبات العارضة أو الدفع بالمقاصة متى كانت متصلة بموضوع النزاع ولو قدمت بعد تقديم مذكرات الدفاع ولو فى مرحلة لاحقة من الاجراءات متى كان هناك مبرراً لهذا التأخير. (استئناف القاهرة – د٩١ تجارى – جلسة ٢٠٠٤/٩/٢٩ – دعوى رقم ٢٨ لسنة ١٢١ق تحكيم – مشار إليه لدى د/فتحى والى – ذات المرجع السابق – بند١٨٦ – ص٣٤٨).

(4) أنظر فى هذه القاعدة : ما تقدم – بند٣٦.

مواجهة بين الأطراف[1]، فلا يجوز للمحكم الفصل فى الادعاءات المطروحة عليه ووسائل إثباتها التى يقدمها أحد الأطراف دون إعلان الطرف الأخر وإعطاوه الفرصة الكاملة فى الاطلاع والرد عليها[2].

٥٣-٤- عدم قضاء المحكم بعلمه الشخصى

تعد قاعدة عدم قضاء المحكم بعلمه الشخصى قيداً على سلطته فى التحوير ، وذلك حتى لا يتخذ من التحوير ذريعة لإدخال واقعة لم تكن مثارة من الأطراف ومحلاً لمناقشتهم.

والواقع أن قاعدة عدم القضاء بالعلم الشخصى يختلف مدلولها فى التحكيم عن مدلولها فى القضاء ، ومناط هذا الاختلاف أنه يجوز للمحكم أن يستند فى حكمه إلى وقائع وأسانيد علم بها من تلقاء نفسه أو بعلمه الخاص[3]، على نقيض القاضى الذى لا يجوز له ذلك[4]، شريطة عرض المحكم ما استند إليه من أدلة وأسانيد على الأطراف حتى يتسنى لهم مناقشتها تطبيقاً لمبدأ المواجهة[5]. وبذلك ، يعد مبدأ المواجهة هو القيد الوحيد لاستخدام المحكم لخبرته الفنية والقضاء بعلمه الشخصى.

ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى أن التحكيم ذات طبيعة خاصة حيث يتم اختيار المحكم بسبب ما يتمتع به من خبرة فنية تؤهله للقيام بالمهمة المسندة إليه ، فضلاً عن معاصرته لمختلف مراحل نظر النزاع وعلمه الخاص بكل تطوراته[6].

---

(1) د/أحمد أبوالوفا – التحكيم الاختيارى والاجبارى – المرجع السابق – بند١٠٦ – ص٢٤٦ & د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند١٥٩ – ص٣٠٤ & د/نبيل عمر – التحكيم – المرجع السابق – بند٢٠٣ – ص٢٤٤.

(2) فمن المقرر أن ولاية المحكمين تقتصر على نظر موضوع النزاع الذى يحدده الأطراف أثناء سير الإجراءات فى مواجهة بعضهم البعض طالما أنه لم يخرج عند حدود اتفاق التحكيم. استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠٠٩/٦/٩ – فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢٣ق تحكيم؛ وذات الدائرة – جلسة ٢٠٠٩/١/١٩ – فى الدعوى رقم ٤١ لسنة ١٢٥ق تحكيم.

(3) د/محمود يونس – المرجع فى التحكيم – المرجع السابق – بند٤٤٩ – ص٣١٧. وأنظر: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند١٦١ – ص٣٠٨ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند١٤٩ مكرر – ص٢٠٦.

(4) أنظر : ما تقدم – بند٣٨.

(5) د/أحمد أبوالوفا – التحكيم الاختيارى والاجبارى – المرجع السابق – بند١٠٦ – ص٢٤٦ & د/عاشور مبروك – التحكيم – المرجع السابق – بند٢٧ – هامش ص٨١، ٨٢ & د/ محمود يونس – المرجع فى التحكيم – المرجع السابق – بند٤٥٠ – ص٣١٧.

(6) د/أحمد أبوالوفا – التحكيم الاختيارى والاجبارى – المرجع السابق – بند١٠٦ – ص٢٤٦.

وتفريعاً على ذلك ، نقصد بعدم قضاء المحكم بعلمه الشخصى حال استعماله لسلطة التحوير ألا يكون استخلاصه للإجراء الوقتى الذى سيقضى به من وقائع وأسانيد لم تكن محلاً لمناقشة الأطراف . بمعنى أن تكون الوقائع البديلة محل التحوير وما تستند إليه من أدلة قد تجادلها الأطراف وأُتيحت الفرصة لهم لمناقشتها . وبالتالى ، لا يكون المحكم متجاوزاً لحدود سلطة التحوير إذا استخدم خبرته الفنية فى تقدير الوقائع البديلة وأسانيدها طالما كانت مطروحة على الأطراف وكانت محلاً للمناقشة.

٥٤- ٥- الالتزام بحدود اتفاق التحكيم.

يتحدد نطاق النزاع أمام المحكم بحسب الأصل بالحدود التى يضعها اتفاق التحكيم[1]، وذلك باعتباره دستور التحكيم وأساس عمل المحكم ، فهو الذى يسبغ عليه ولاية الفصل فى النزاع ، وهو مناط تحديد حدود هذه الولاية. ولذا، فإنه يتعين عليه التقيد به والالتزام بنطاقه[2]، فليس له أن يتجاوز حدوده أو الفصل فى أى مسألة لم ترد به ، وإلا كان حكمه غير صحيحاً[3]، بما لا يصح تنفيذه[4].

وبالتبعة لذلك ، تتقيد سلطة التحوير التى تثبت للمحكم بحدود ولايته واختصاصه الذى يحدده اتفاق التحكيم ، فلا يستطيع المحكم أن يقضى بالتدبير المغاير للطلب المعروض عليه خارج هذه الحدود[5]، وإلا كان حكمه وارداً على

---

(1) إستئناف القاهرة – د٧تجارى – جلسة ٢٠١٥/٣/٤ - دعوى رقم ٣٧ لسنة ١٣١ق تحكيم؛ والطعن رقم ٥٨٦ لسنة ٢٥ق – جلسة ١٩٦١/١١/٣٠ – س١٢ ع٣ ص٧٣٠.

(2) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٣٦ – ص٨٣، ٨٤ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند٣٨ – ص٦٥، ٦٦ & د/عاشور مبروك – التحكيم – المرجع السابق – بند٢٥ – ص٧٠ & د/محمود يونس – أصول التحكيم – المرجع السابق - بند٤٩٩ – ص٣٤٤ & د/أحمد هندى – التحكيم - المرجع السابق – بند٤٥ – ص٢٠٠.

(3) الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ق تجارى – جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦ – س٥٣ ع١ ص١٠٩٥. وكذلك: استئناف القاهرة – د٩١ تجارى – جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٦ – فى الدعويين رقما ٨٤ و٨٥ لسنة ١٢٠ق تحكيم – مشار إليه لدى: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٥٨٧.

(4) الطعنان رقما ٤٧٢٩ و٤٧٣٠ لسنة ٧٢ق تجارى – جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢؛ والطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ق – جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٦ سابق الإشارة.

(5) أنظر: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٣٢٧ – ص٥٨٨.

غير محل من اتفاق التحكيم ، وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه[1]. وهذا أمر بديهى ، وذلك لأن الغرض من اتخاذ التدابير المؤقتة فى خصومة التحكيم هو الحفاظ على أصل النزاع محل هذه الخصومة . ومن ثم ، فإنه ينبغى أن يكون التدبير الذى سيتخذه المحكم مما تقتضيه طبيعة النزاع محل التحكيم[2].

٥٥ رابعـاً : رقابة محكمة البطلان لسلطـة المحكـم فى التحوير.

من المقرر أن دعوى البطلان هى الطريق الوحيد لرقابة أحكام المحكمين[3]. وهى بهذه المثابة دعوى إجرائية خاصة شرعت للتحقق أن أحكام التحكيم قد صدرت على النحو الذى اتفق عليه الأطراف وبالشكل المنصوص عليه بالقانون الاجرائى واجب التطبيق[4]، وذلك دون أن تتسع لإعادة نظر موضوع النزاع الذى فصل فيه المحكم أو التطرق إلى بحث مدى صحة حكم التحكيم وعدالته أو التعرض لفهم المحكم للواقع . فهى ليست طعناً بالاستئناف على أحكام التحكيم[5].

وإذا كان الأمر على هذا النحو ، فهل بالإمكان خضوع المحكم فى إعماله لسلطة التحوير لرقابة محكمة البطلان؟

الحقيقة أن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف حول طبيعة خطأ المحكم فى تجاوزه لحدود سلطة التحوير ، وذلك حتى يمكن إدارج هذا الخطأ تحت إحدى

---

(1) مثال ذلك؛ تقدم أحد المحتكمين إلى المحكم بطلب استلام البضائع المتنازع عليها محل خصومة التحكيم مستنداً إلى ملكيته له وعدم ملكية خصمه لها، فإنه وإن جاز للمحكم تحوير هذا الطلب واستبداله بإجراء وقتى أخر،– باعتباره طلباً وقتياً يكون من شأن الفصل فيه المساس بأصل النزاع - كالأمر بتعيين حارس عليها إلى حين الفصل فى النزاع، إلا أنه لا يجوز للمحكم الأمر بتعيين حارس على بضائع محل نزاع أخر لا ينظره مراعاة لحدود النزاع المعروض عليه ونطاق اتفاق التحكيم.

(2) أنظر: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٢٣٣ – ص٤٠٣.

(3) فلا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات. د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق – بند٣٠٦، ٣٠٧ – ص٥٤١ وما بعدها & د/نبيل عمر – التحكيم – المرجع السابق – بند٣٦٠ – ص٤٣٩ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند٢٤٧ – ص٣٥٠.

(4) استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠١٥/١/٥ - فى الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٣١ق تحكيم.

(5) استئناف القاهرة – د١٨ تجارى – جلسة ٢٠١٤/١٢/١٤ – فى الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٣١ق تحكيم – مجلة التحكيم العربى – العدد ٢٣ – ديسمبر – ٢٠١٤ – ص٣٤٠. واستئناف القاهرة – د٨ تجارى – جلسة ٢٠١١/٤/١٨ – فى الدعوى رقم ٤٦ لسنة ١٢٧ق تحكيم.

الحالات المقررة للطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، ومن ثم تحديد أساس وحدود الرقابة على سلطة المحكم فى التحوير.

وتفريعاً على هذا ، فإذا استخدام المحكم سلطته فى التحوير ، بأن أمر باتخاذ الإجراء الوقتى الكامن فى الحالة الواقعية المطروحة عليه بشكل يغاير الطلب المطروح عليه فى المنازعة الوقتية المنظورة أمامه ملتزماً بالقيود التى تحكم سلطة التحوير سالفة البيان ، فإنه لا يعد متجاوزاً لحدود هذه السلطة ، وذلك لأنه قضى بمضمون ما طلب منه ، وهو إنزال الحماية الوقتية الملائمة للحفاظ على المراكز القانونية للأطراف من المخاطر التى تحوم حولها ، وإن لم يلتزم بمقترحات الأطراف ومسمياتهم.

أما إذا تجاوز المحكم حدود سلطته فى التحوير ، كأن مثلاً أمر باتخاذ تدبير خارج حدود اتفاق التحكيم ، فإنه يكون قد غير فى مضمون ما طلب منه وقضى بما لم يطلبه الأطراف أو بأكثر مما طلبوه. وعندئذ يخضع التدبير الوقتى الذى استصدره المحكم لرقابة القضاء الوطنى بواسطة دعوى البطلان . وفى هذا الشأن ، يكون أساس رقابة القضاء الوطنى لسلطة المحكم فى التحوير هو تجاوز حدود اتفاق التحكيم طبقاً للمادة ١/٥٣/و من قانون التحكيم[1].

وتبعاً لذلك ، يدخل فى هذه الحالة حالة ما إذا أمر المحكم باتخاذ تدبير وقتى أو تحفظى وفقاً للمادة ٢٤ من قانون التحكيم دون أن يتفق الأطراف على ذلك[2] أو لم يتضمنه هذا الاتفاق أصلاً ، كأن يأمر ببيع بضائع خارج نطاق خصومة التحكيم

---

(1) والمقام هنا ليس مجالاً لمعالجة حالة البطلان المنصوص عليها بالمادة ١/٥٣/و كأحد حالات بطلان أحكام التحكيم، فهى تخرج عن نطاق بحثنا، وإنما نتناول صلاحيتها لتحديد ما إذا كانت تتسع لشمول حالة تجاوز المحكم لحدود سلطة التحوير، ولذلك نشير إليها بإيجاز. فهى تنص على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم. وبالتالى، يبطل حكم التحكيم إذا فصل فى مسألة لم ترد باتفاق التحكيم، أو كانت واردة به غير أنه تجاوز حدودها. أنظر ذلك بالتفصيل: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق - بند٣٢٧ – ص٥٨٦ وما بعدها & د/نبيل عمر - التحكيم – المرجع السابق – بند٣٣٥ – ص٤٠٣، ٤٠٤ & د/أحمد الصاوى – الوجيز فى التحكيم – المرجع السابق – بند٢٦٠ – ص٣٧٤، ٣٧٥ & د/أحمد هندى – التحكيم – المرجع السابق – بند٤٥ – ص٢٠٠ وما بعدها.

(2) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق - بند٣٢٧ – ص٥٨٨.

متنازع عليها بين الأطراف مثلاً . ولمحكمة البطلان تفسير اتفاق التحكيم لبيان حدوده ، وعما إذا كان يتسع لما فصل فيه حكم المحكم أو أنه قد فصل فى مسألة لا يشملها الاتفاق أو جاوز حدوده[1].

أما إذا كان سبب تجاوز نطاق سلطة التحوير هو استناد المحكم إلى وقائع غير ثابتة أو لم تكن محلاً للمناقشة – بمعنى أن تكون الوقائع البديلة غير منتجة – أو استند إلى أدلة وأسانيد لم تعرض على الأطراف ، أو كان التحوير وسيلة لتحريف الحالة الواقعية المعروضة عليه بوصفها أساس الإدعاء ، فإنه يمكن إدارج هذه الأحوال ضمن حالة البطلان الواردة بالمادة ٥٣/١/ز[2]، وذلك باعتبار تلك الأحوال قضاءً بما لم يطلبه الخصوم حيث أن المحكم لم يتقيد بالنزاع المطروح عليه وتخلق واقع جديد من عنده ، فضلاً عن إخلاله بمبدأ المواجهة[3].

وإذا كانت القاعدة أن المحكم له سلطة تقدير حقيقة الواقع ، فإنه لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة البطلان طالما كان استخلاصه للواقع استخلاصاً سائغاً[4]. فأخطاء أحكام التحكيم المتعلقة بعيوب تقدير الواقع لا تجعلها موصوفة بالبطلان ، فرقابة البطلان ليست رقابة ملائمة بما لا يصح له إعادة بحث هذه الوقائع وتقدير مدى صحة الأسباب الواردة بشأنها، لأن قضاء البطلان ليس جهة استئنافية لهذه الأحكام[5].

وبالتالى ، فإن المحكم لا يخضع فى إعماله لسلطة التحوير من حيث تقديره للحالة الواقعية المطروحة عليه واستخلاصه للوقائع البديلة القادرة على توليد الحماية الوقتية لرقابة محكمة البطلان طالما كان الاستخلاص له سنده فى الأوراق ويبرره المنطق والعقل.

---

(1) د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق - بند٣٢٧ – ص٥٨٧.
(2) والتى تنص على أنه لا تقبل دعوى البطلان إلا إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر فى الحكم.
(3) أنظر: د/فتحى والى – قانون التحكيم – المرجع السابق - بند٣٣٥ – ص٦٠١.
(4) الطعن رقم ١٩١٠ لسنة ٧٥ق – جلسة ٢٠١١/١٢/٢٧، والطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٩/١/٨ ، والطعن رقم ٧٣٠٧ لسنة ٧٦ق – جلسة ٢٠٠٧/٢/٨.
(5) استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠١٦/١/٦ – فى الدعاوى أرقام ١١، ١٢، ١٤ق تحكيم.

وبذلك ، فإن دور محكمة البطلان يشبه إلى حد كبير دور محكمة النقض فى رقابة سلطة التحوير ، فهى لا تراقب التدبير المُحور ذاته ، وإنما تراقب طريقة تحويره وتكوينه[1]، للوقوف حول نزاهة العملية التحكيمية ومدى احترام المحكم لحقوق الدفاع والقواعد الإجرائية التى لا يجوز تجاوزها من عدمه[2]. ولا شك أن لتسبيب التدبير الذى سيتخذه المحكم جراء استخدام سلطته فى التحوير أهمية بالغة فى تحديد مدى احترام المحكم لحدود مهمته وبموجبه يمكن للقضاء الوطنى بسط رقابته على عمل المحكم[3].

تم بحمد الله وتوفيقه

---

(1) أنظر فى رقابة محكمة النقض لسلطة التحوير: ما تقدم – بند٤٣.

(2) استئناف القاهرة – د٩١ تجارى – جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩ – فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١١٩ق. وكذلك: استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠١٦/١/٦ مشار إليه.

(3) استئناف القاهرة – د٧ تجارى – جلسة ٢٠١٦/١/٦ مشار إليه.

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية.

المراجع العامة.

١- د/إبراهيم سعد – القانون القضائى الخاص – ج١ – منشأة المعارف – ط١٩٧٤.

٢- د/إبراهيم سعد – القانون القضائى الخاص – ج٢ – منشأة المعارف – ط١٩٨١.

٣- د/أحمد أبوالوفا – المرافعات المدنية والتجارية – منشأة المعارف – ط١٤ – ١٩٨٦

٤- د/أحمد ابو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – منشأة المعارف – الطبعة الثالثة – ٢٠٠٠.

٥-د/ احمد أبو الوفا – اجراءات التنفيذ – منشأة المعارف – ط٩ – ١١٩٨٩.

٦- د/أحمد الصاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – ٢٠١١

٧- د/أحمد هندى – قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة – طبعة ٢٠١٦.

٨- د/أحمد هندى – التعليق على قانون المرافعات – الجزء الأول – دار الجامعة الجديدة – طبعة٢٠٠٥

٩-د/أحمد هندى – التنفيذ الجبرى – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠١٨.

١٠- د/أحمد ماهر زغلول – أصول وقواعد المرافعات – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠١.

١١- د/أدوار عيد – موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ – ج٨ – قضاء الامور المستعجلة – لبنان – ط١٩٨٧.

١٢- د/أمنية النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الأول – مؤسسة الثقافة الجامعة – ط١٩٨٢.

١٣-د/جميل الشرقاوى – الاثبات فى المواد المدنية والتجارية – ط١٩٨٣.

١٤- د/رمزى سيف – قانون المرافعات – الطبعة الثامنة – ١٩٦٨.
١٥- د/سمير تناغو – النظرية العامة للاثبات – ط١٩٩٩.
١٦- د/طلعت دويدار – الوسيط فى قانون المرافعات – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠١٦.
١٧- د/عاشور مبروك – الوسيط فى قانون القضاء المدنى المصرى – الجزء الأول – الطبعة الأولى – ١٩٩٦.
١٨- د/عبد الباسط جميعى – مبادئ قانون المرافعات – دار الفكر القانونى – ط١٩٧٤.
١٩- د/عبد الرازق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – الأجزاء الأول والثانى – ط ٢٠١٤ – تحدث المستشار مدحت المراغى.
٢٠- د/على بركات – الوسيط فى شرح قانون المرافعات – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠١٦.
٢١- د/عيد القصاص – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – ٢٠١٠.
٢٢- د/فتحى والى – المبسوط فى قانون القضاء المدنى – جزاءن – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – ٢٠١٦.
٢٣- د/فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – مطبعة جامعة القاهرة – طبعة ١٩٩٧.
٢٤- أ/كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ط١٩٩٥.
٢٥- د/محمد حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠٥.
٢٦- د/محمد ابراهيم – الوجيز فى قانون المرافعات – دار الفكر القانونى – ط١٩٨٣
٢٧- د/محمد عبد الخالق – مبادئ التنفيذ الجبرى – ط١٩٧٨.

٢٨- د/محمود جمال الدين زكى – المبادئ العامة فى نظرية الاثبات – مطبعة جامعة القاهرة – ط٢٠٠١
٢٩- د/نبيل سعد – النظرية العامة للالتزام – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠٩.
٣٠- د/نبيل عمر – التنفيذ الجبرى – دار الجامعة الجديدة – ط٢٠٠١.
٣١- د/نبيل عمر- الوسيط فى المرافعات – دار الجامعة الجديدة – طبعة ١٩٩٩.
٣٢- د/نبيل عمر – أصول المرافعات المدنية والتجارية – منشأة المعارف – الطبعة الأولى – ١٩٨٦.
٣٣- د/وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – دار الفكر العربى – الطبعة الأولى – ١٩٨٦/١٩٨٧.
٣٤- د/ وجدى راغب – النظرية العامة للتنفيذ القضائى – دار الفكر القانونى.

المراجع الخاصة.

١- د/إبراهيم نجيب سعد – قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم – منشأة المعارف – ١٩٨١.
٢- أ/ابراهيم عثمان – أحكام ومبادئ القضاء المستعجل – الطبعة الأولى – ١٩٦٨.
٣- أ/ابراهيم عثمان – الفقه والقضاء فى الأمور المستعجلة – الطبعة الأولى – ١٩٧٨.
٤- د/أحمد أبوالوفا – التحكيم الاختيارى والاختيارى – منشأة المعارف – الطبعة الخامسة – ١٩٨٩.
٥- د/أحمد أبوالوفا – نظرية الاحكام فى قانون المرافعات – منشأة المعارف – الطبعة الرابعة – ١٩٨٠.
٦- د/ أحمد الصاوى – نطاق رقابة محكمة النقض – دار النهضة العربية – ط١ – ١٩٨٤.

٧- د/أحمد الصاوى - التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وانظمة التحكيم الدولية - دار النهضة العربية - ٢٠١٠.

٨- د/أحمد خليل - طلبات وقف التنفيذ - بيروت - الطبعة الاولى - ١٩٩٦.

٩- د/أحمد عبد الكريم - نظرية الأمور المستعجلة - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى.

١٠- د/أحمد زغلول - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى به - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٩٠.

١١- د/أحمد هندى - التحكيم - دراسة إجرائية فى ضوء قانون التحكيم المصرى وقوانين الدول العربية والاجنبية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠١٣.

١٢- د/أحمد هندى - الارتباط فى قانون المرافعات - رسالة جامعة الاسكندرية - ١٩٨٦.

١٣- د/أحمد هندى - أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ط١٩٩٩.

١٤- د/أحمد يسرى - تحول التصرف القانونى - دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدنى - رسالة دكتوراه - جامعة هيدلبرج - المانيا - ١٩٥٥ - نسخة مترجمة - مطبعة الرسالة - ط ١٩٥٨.

١٥- د/أسامة الشيخ - قاعدة لا ضرر ولا ضرار- دار الجامعة الجديدة - ط٢٠٠٧.

١٦- د/أمينة النمر - مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - رسالة جامعة الاسكندرية - ط١٩٦٧.

١٧- د/أمينة النمر - أوامر الاداء - منشأة المعارف - الطبعة الثالثة - ١٩٨٩.

١٨- د/حلمى بدوى - آثار التصرفات القانونية الباطلة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤٣.

١٩- د/جميل الشرقاوى – نظرية بطلان التصرف القانونى – دار النهضة العربية – ط١٩٩٤.

٢٠- د/سحر عبدالستار – المركز القانونى للمحكم – دار النهضة العربية – الطبعة الاولى – ٢٠٠٦.

٢١- د/سيد محمود – القضية المستعجلة فى القانون الكويتى – الطبعة الأولى – ١٩٩٩.

٢٢- د/سيد محمود – سلطة المحكم فى استصدار الاحكام الوقتية والاوامر فى القانون المقارن والكويتى والمصرى – مجلة الحقوق الكويتية – العدد الثالث – السنة ٢٥ – سبتمبر – ٢٠٠١.

٢٣- د/طلعت دويدار – وظيفة فكرة الاستعجال فى فن التوفيق بين المصالح المتعارضة – دار الجامعة الجديدة – الطبعة الأولى – ٢٠٠٩.

٢٤- د/طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – دار الجامعة الجديدة – الطبعة الأولى – ٢٠٠٩.

٢٥- د/عبدالباسط جميعى – نظرية الاختصاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس.

٢٦- د/عاشور مبروك – التحكيم – مكتبة الجلاء الجديدة – ٢٠١٤.

٢٧- د/عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – مطبوعات جامعة الكويت – الطبعة الاولى– ١٩٩٠.

٢٨- د/عزمى عبد الفتاح – تسبيب الاحكام وأعمال القضاة – دار الفكر العربى – طبعة ١٩٨٣.

٢٩- د/عزمى عبدالفتاح – أساس الإدعاء الإدعاء أمام القضاء المدنى – دار النهضة العربية – ط١٩٩١.

٣٠- د/على أحمد الندوى – موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية فى الفقه الأسلامى – ط١٩٩٩.

٣١- د/على الشيخ – الحكم الضمنى فى قانون القضاء المدنى – رسالة جامعة القاهرة – ط١٩٩٧.

٣٢- د/على تركى – التزام القاضى بالفصل فى النزاع – دار النهضة العربية – ط٢٠١٣.

٣٣- أ/على راتب ونصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة – جزءان – دار الطباعة الحديثة – بيروت – دون تحديد سنة نشر.

٣٤- د/على الحديدى – التدابير الوقتية والتحفظية فى التحكيم الاختيارى – دار النهضة العربية – الطبعة الاولى – ١٩٩٦.

٣٥- د/عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – رسالة جامعة الزقازيق – ط١٩٩٤.

٣٦- د/فتحى والى – قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق – منشأة المعارف– الطبعة الاولى – ٢٠٠٧.

٣٧- د/ فتحى والى – مدى اختصاص القضاء الوطنى بالفصل فى طلبات رد المحكمين فى التحكيم المؤسسى – مجلة التحكيم العربى – العدد ٢٣ – ديسمبر – ٢٠١٤.

٣٨- د/فتحى والى – بعض المشكلات العملية فى قانون المرافعات – منازعات التنفيذ – بحث منشور بمركز السنهورى للدراسات القانونية – ط١٩٩٣.

٣٩- د/فتحى والى – نظرية البطلان – تحديث د/ماهر زغلول – الطبعة الثانية – ١٩٩٧.

٤٠- أ/مجدى هرجة – أراء وأحكام فى القضاء المستعجل – طبعة نادى القضاء – ط٢٠١٠.

٤١- د/مجدى عبد الغنى خليف – آوجه الرقابة على التحكيم الإلكترونى – رسالة جامعة الاسكندرية – ٢٠١٦.

٤٢- د/مجدى عبدالغنى خليف – خصوصيات التحكيم الإلكترونى فى الاتفاق والخصومة والتنفيذ والرقابة – دار الجامعة الجديدة – الطبعة الأولى – ٢٠١٨.

٤٣- د/محمد إبراهيم - النظرية العامة للتكييف القانونى الدعوى فى قانون المرافعات - ط١٩٨٢.

٤٤- أ/محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ط١٩٧٧.

٤٥- د/محمود هاشم - النظرية العامة للتحكيم - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربى - ط١٩٩٠.

٤٦- د/محمود مختار بريرى - التحكيم التجارى الدولى - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٤.

٤٧- د/مصطفى يونس - المرجع فى أصول التحكيم - دار النهضة العربية - الطبعة الاولى - ٢٠٠٩.

٤٨- أ/معتصم سويلم - مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني - مجلة الاقتصاد المعاصر - العدد٦٩ - المجلد السابع - فبراير٢٠٠٤.

٤٩- د/نبيل إسماعيل عمر - التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الثالثة - ٢٠١١.

٥٠- د/نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون المرافعات - دار الجاعة الجديدة - ط٢٠١١.

٥١- د/نبيل عمر - الاوامر على عرائض ونظامها القانونى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٤.

٥٢- د/نبيل عمر - النظام القانونى للحكم القضائى - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٦.

٥٣- د/نبيل عمر - النظرية العامة للطعن بالنقض - منشأة المعارف - ط١٩٨٠.

٥٤- د/نبيل عمر - سبب الطلب القضائى أمام الاستئناف - دار الجامعة الجديدة- ٢٠٠٨.

٥٥- د/نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الطبعة الاولى - ١٩٨٤.

٥٦- د/نبيل عمر – التقدير القضائى المستقبلى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – الطبعة الاولى – ١٩٩٩.

٥٧- د/هشام صادق – مركز القانون الأجنبى أمام القضاء المدنى – رسالة جامعة الاسكندرية – ١٩٦٨.

٥٨- د/هشام صادق – السبب الممتنع على القاضى – مجلة المحاماة – السنة ٥٠ – أبريل – ١٩٧٠.

٥٩- د/وجدى راغب – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – رسالة دكتوراة – جامعة عين شمس – ١٩٧٦.

٦٠- د/وجدى راغب – نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد١٥.

المراجع الاجنبية:

1-BENYEKHLEF (K.), GÉLINAS (F), «Online Dispute Resolution», Lex Electronica, Vol 10, No. 2, 2005.

2- Michael (W.) and Thomas (H), Handbook of ICC Arbitration, *Commentary, Precedents, Materials, Sweet $ Maxwell, 2014.*

3- Schaefer, New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration, English, German and Hong Kong Law Compared, vol 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, (August 1998). available at; http://www.ejcl.org/ejcl/22/art22-2.html

4- Schafer, Verbist and Imhoos, ICC Arbitration in Practice, Kluwer Law International, 2005.