فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب
دراسة حول الحد من الجزاء الإجرائى
فى قانون المرافعات المدنية والتجارية

دكتور
على أبو عطية هكيل
أستاذ مساعد قانون الإجراءات المدنية والتجارية
كلية القانون جامعة صحار سلطنة عمان

مقدمة:

١- وظيفة العمل الإجرائى[١] والغاية منه[٢] تنعكس ليس فقط على كيفية تصميم الأعمال الإجرائية، وإنما تؤثر أيضاً على كيفية اختيار الجزاء الإجرائى وعلى آلية أعماله. ومما لا شك فيه أن الفن القانونى يهدف إلى تنظيم الأعمال الإجرائية بشكل يجعلها مهيئة لتحقيق الوظيفة التى تؤدى بها هذه الأعمال داخل الخصومة، وكلما تحققت الوظيفة الإجرائية لهذه الأعمال بشكل بسيط قليل التكاليف سريع الخطى نحو الحصول على الحماية القضائية، كلما كان العمل الإجرائى له فعاليته وكان ملائماً للحصول على الحماية القضائية أياً كان نوعها[٣].

هذه المسائل يجب أن يأخذها المشرع الإجرائى عند تصميمه للعمل الإجرائى، وعند تقريره للجزاء الإجرائى[٤] وموضوع هذه الدراسة لا يتناول العمل الإجرائى

---

(١) والعمل الإجرائى، هو العمل الذى يرتب القانون عليه مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جزءً من الخصومة. والأثر الإجرائى الذى يرتبه، هو الأثر الذى يؤثر فى الخصومة يبدئها أو المشاركة فى سيرها أو فى تعديلها أو انتهائها، على أن يكون هذا الأثر الإجرائى هو الأثر المباشر للعمل. هذا العمل وإن كان جزءً من الخصومة فهو عملاً قانونياً بذاته، ينظم القانون الإجرائى عناصره وأثره القانونى، كما يرتب جزاءً على مخالفة قواعده. انظر فيما يلى: ص ١٦ حاشية ١.

(٢) والعمل الإجرائى بالاشتراك مع غيره من أعمال إجرائية أخرى، يكون الخصومة. هذه الخصومة رغم تركيبها وتعدد الأعمال المكون لها – تعتبر وحدة فنية بسبب وحدة النزاع فيها – وهو العمل القضائى المطلوب إصداره والذى يدور حوله الإجراءات، هذه الوحدة تستخلص أيضاً من الغاية التى تهدف إلى تحقيقها هذه الإجراءات، وهى حسم النزاع وتطبيق حكم، انظر فيما يلى ص ١٨ حاشية ٣.

(٣) وتتعدد وتتنوع صور الحماية القضائية لتعدد وتنوع العوارض التى تكشفها ظاهرة عدم نفاذ القانون، إذ لابد وأن يواجه القضاء كل عارض من هذه العوارض بأداة الحماية المناسبة لمعالجتها فى مشكلة تجهيل النظام القانونى وتعدد صور الحماية القضائية انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ١٩٧٤ منشأة المعارف ص ٩٣ – ٩٨. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية ١٩٩٠ دار النهضة العربية ص ١٥ – ٥٠ بند ٤ – ٢٤.
د. طلعت يوسف خاطر: القضاء العادل كضمانة للعدالة الانتقالية ٢٠١٦ دار الفكر القانونى ص ٤٩ – ٥٩.

(٤) والجزاء الإجرائى عبارة عن أثر إجرائى يرتبه قانون المرافعات فى مواجهة الخصم المسئول عن مخالفة قواعده، أو هو وصف للعمل الإجرائى الذى لا يتطابق مع= =نموذجه، أما لعدم اتخاذه أصلاً أو لاتخاذه بشكل معيب، وهو كأثر إجرائى إما أن يتعلق بالخصومة أى بالإجراءات القضائية كوحدة، وإما أن يتعلق بالإجراء القضائى. د. نبيل عمر. عدم فعالية الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص ٢٠ وما بعدها بند ١٧. د. وجدى راغب: مبادئ القضاء المدنى ٢٠٠١ دار النهضة العربية ص ٤٤٢. نظرية العمل القضائى ص ١٤٥. د. أحمد مسلم: أصول المرافعات ١٩٦٩ دار الفكر العربى ص ٤٥٦ وما بعدها بند ٤٢١ وما بعده. د. أحمد هندى: أصول المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٢ دار الجامعة الجديدة. ص ٨٤٢ بند ٢٦٧ قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٤٧٧ بند ٢٤٨. د. أيمن رمضان، الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات ٢٠٠٤ رسالة الإسكندرية ص ٩٢ وما بعدها. د. إبراهيم النفياوى، مسئولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١ الطبعة الأولى ص ٧٢٩ وما بعدها. د. حسن على حسين: الجزاء الإجرائى فى قانون الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ منشأة المنعارف ص ٢٠١ وما بعدها بند ١٩٣.
كمال الدين عاطف: إيمان محسن: التنظيم القانونى للجزاء الإجرائى فى القضاء المدنى ٢٠١٤ دار النهضة العربية ص ١١ وما بعدها.
د. محمود مصطفى يونس: المرجع فى قانون إجراءات التقاضى المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار النهضة العربية ص ٧٥١ بند ٣٥٢.
JAPIOT (R.): des Sonction en matier de pracedure civil. R.T.D. Civ. 1914. p. 299.
VINCENT et GUINCHARD: Procèdure civile 1996 DALLOZ P.459 ets N.690 ets.

فى ذاته، ولا الجزاء الإجرائى فى ذاته، وإنما تأخذ بهما كمسلمات، وموضوعها هو بحث فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، ويقصد بهذه الفكرة – وعما تكشفه هذه الدراسة – بقاء الإجراء المعيب دون إنتاج آثار العيب الإجرائى، بل ويرتب هذا الإجراء كافة آثار العمل الصحيح من وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء.

وقيام مثل هذه الفكرة ونجاحها يتوقف بالدرجة الأولى على الفلسفة التى يعتنقها المشرع بالنسبة للإجراءات، وسياسته التشريعية فى أعمال الجزاء الإجرائى. والفلسفة التى يعتنقها المشرع بالنسبة للإجراءات المدنية، هى كونها وسائل فنية رصدها المشرع لحماية الحق الموضوعى. تلك الحماية التى تتم بقيام هذه الإجراءات، تخول القاضى من إصداره قرار فى النزاع المتعلق بهذا الحق عن حمايته قضائياً، تلك الحماية التى تجسد الحماية القانونية القائمة فى القاعدة القانونية الموضوعية المقررة للحق، بمعنى أن القاضى فى عمله القضائى المانح للحماية القضائية ينتهى بأعمال حكم القانون الموضوعى(١).

أما بالنسبة للسياسة التشريعية فى أعمال الجزاء الإجرائى(٢) هى نفسها الفلسفة التى تسيطر على المشرع فى رسم الإجراءات ذاتها، فكل ذلك وجد لحماية أصل الحق الموضوعى، وبالتالى لا يجوز الإفراط فى رسم الإجراءات أو تحديد الجزاءات.

وإذا كان المشرع يستطيع أن يضع سياسة متشددة فى أعمال الجزاء الإجرائى، فيقع الجزاء على أى مخالفة مهما تكن ضئيلة، ويقوم بصياغة هذا التوجه فى نصوص قانونية إجرائية، ويوجب على القاضى إعمال ذلك دون أن يكون لديه أية سلطة تقديرية فمجرد قيام العيب الإجرائى وفضلاً عما يرتبه من نتائج خطيرة(٣)

---

(١) انظر فيما يلى بند ٦٨.
(٢) انظر فيما يلى بند ٧٥.
(٣) فالعيوب الإجرائية فضلاً عن كونها مصدراً للجزاء الإجرائى، فإنها تؤدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى، كما أنها تعرض الخصم الذى تنسب إليه بخطر الخسارة بشكل قد لا يتيسر إصلاحه، إذا لم يكن فى الإمكان إصلاح العيب لانقضاء الميعاد، وكذلك سقوط حق الخصم فى ممارسة حقه الإجرائى أو رخصه خولها القانون إياها. فى خطورة الجزاء الإجرائى انظر: د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط فى شرح قانون المرافعات

يوجب على القاضى إعمال الجزاء، وهذا يوسع من نطاق أعمال الجزاء، ويؤدى إلى فعاليته، وهذا التوسع يطيح بالأعمال الإجرائية وآثارها القانونية، كما قد تنعكس آثار مثل هذه السياسة على الحقوق الموضوعية التى يتخذ العمل الإجرائى بهدف حمايتها وإزالة التجهيل القانونى عنها، فيؤدى الجزاء إلى ضياعها[1].

وعلى العكس قد يعتنق المشرع مذهباً أكثر تسامحاً فى تحديده للعيوب الإجرائية، وما يترتب على هذه العيوب من آثار ممثله فى الجزاء الإجرائى، فلا يعتنق من هذه العيوب إلا الأكثر جسامة والتى إن أصابت العمل الإجرائى لجعلته غير صالحاً للقيام بوظيفته، فتقتصر الجزاءات على العيوب الجوهرية. كما أن الحق فى التمسك بالجزاء الإجرائى فى غالبية صوره لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالى فإن الوسائل الإجرائية المحددة للتمسك بهذا الحق – الدفوع – هى أيضاً غير متعلقة بالنظام العام. والأكثر من ذلك فإن المشرع علق آثار العيوب الإجرائية متى تعلقت بالمصلحة الخاصة والتمسك بالجزاء على صاحب المصلحة دون غيره، ومن ثم لا يجوز للمحكمة بحال إثارة هذا العيب وتقرير الجزاء من تلقاء نفسها، مما يبقى على الإجراء المعيب بحاله.

ومن هنا وبعد تطور[2] انطلقت سياسة المشرع الإجرائى نحو الحد من الجزاء الإجرائى، والسعى نحو فكرة الإعفاء منه، فنص المشرع المصرى على أنه لا يكون الإجراء باطلاً إلا إذا نص القانون صراحةً على بطلانه، بل ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء مادة ٢٠ مرافعات. ولا يتمسك بالجزاء

المدنية والتجارية ٢٠١١ دار النهضة العربية ص ٦٦٥ بند ٣٨٧. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى واقتصاديات الإجراء ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٧ وما بعدها. عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٩٢ وما بعدها بند ٧١ وما بعده. د. أحمد هندى التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ص ٩ بند ١. د. حسن على حسين: المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها.

(١) بند ٧٠.

(٢) فى التطور التاريخى لأحد تطبيقات الجزاء الإجرائى انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان فى قانون المرافعات ١٩٩٧ دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص ١٩٩ وما يليها بند ١٠٩ وما يليه د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثامنة منشأة المعارف ص ٩٥٥ وما بعدها. د. على بركات: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٦ دار النهضة العربية ص ٦١٣ وما بعدها ص ٤٧١ وما بعده.
Solus et PERROT: droit judiciaire privé T. 1. introduction Nations fondamentales organissation judiciaire 1961 P. 364 ets N 398 etss. Vincent et Guinchard: Procedure Civil 24 éd 1996 P. 476 ets. 692 ets.

إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز للخصم التمسك به إذا كان هو من تسبب فيه مادة ٢١ مرافعات. كما يجوز لمن شرع الجزاء لمصلحته النزول الصريح أو الضمنى عنه مادة ٢٢ مرافعات، وتنعقد الخصومة بالحضور المجرد مادة ٦٨/ ٣ مرافعات، ويسقط الحق فى التمسك بالجزاء بالكلام فى الموضوع مادة ١٠٨ مرافعات، وبالحضور عن عيب فى صحف الدعاوى أو أوراق التكليف بالحضور مادة ١١٤ مرافعات.

وفى كل ذلك متى تحققت واقعة من هذه الوقائع أبقى المشرع على العيب الإجرائى ودون أن يقوى الجزاء على إزالته، ومرتباً هذا الإجراء المعيب كافة آثار الإجراء الصحيح، ومن وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء من الجزاء، وتستمر الخصومة نحو تحقق غايتها. ويقرر الفقه[١] والقضاء[٢] أن هذه الفكرة أصبحت ظاهرة تصادف كثيراً فى القانون الإجرائى، كما فى المواد السابقة وغيرها[٣] حتى كادت أن تكون هى القاعدة. فكثيراً من أعمال الخصومة قد ينقصها مقتضى شكلى، ومع ذلك لا يقوى الجزاء على إزالة العيب، ويظل الإجراء المعيب منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح، ذلك لاعتبارات متعلقة بالسياسة التشريعية، والدور الوظيفى الذى يلعبه الإجراء بالنسبة للحقوق والمراكز الموضوعية والسياسة العامة التى يجب أن تلتزم بها الإجراءات تجاه هذه الحقوق وتلك المراكز.

وليس معنى ذلك أن يلغى الجزاء الإجرائى أو أنه لا فائدة منه، وإنما مجرد دعوة للموازنة بين شكل الإجراءات والحق الموضوعى الذى يعد جوهر غايتها دون إفراط أو تفريط، دون إفراط فى الجزاء الإجرائى حرصاً على تحقيق ضمان شكل

---

(١) د. فتحى والى د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٩ بند ٢ د. نبيل عمر. عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٠٨ وما بعدها بند ٨٥ وما بعده د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٤٨ بند ٢٠. د. وجدى راغب مبادئ: ص ٤٤٤. دراسات فى مركز الخصم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ السنة ٢٨ العدد الأول ص ١٨٠. د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائى واتجاهات تطويرها فى النظام القانونى السعودى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٣ العدد الأول السنة ٣٥ ص ٥٨ وما بعدها.
د. أمين مصطفى: النظرية العامة لقانون العقوبات الإدارى ٢٠١٠ دار المطبوعات الجامعية د. محمد سعيد عبد الرحمن نظرية الوضع الظاهر فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.

(٢) انظر فيما يلى لأحكام القضاء وتطبيقاته المختلفة، ومنها ص ٢٤٤ ومايليها.

(٣) انظر فيما يلى ص ٥٢ ومابعدها وفى قانون الإجراءات الجنائية المادة ٣٣٣، حيث أبقى المشرع على بعض الإجراءات المعيبة، وخولها صلاحية إنتاج كافة آثار الإجراءات الصحيحة، فى تفصيل ذلك انظر: د. حسن على حسين: المرجع السابق ص ١٥٩ وما بعدها بند ١٥٠.

الإجراء، لأنه ليس مطلوب لذاته، وإنما حرصاً على مصالح حقوق الخصوم أنفسهم وضماناً لحسن سير الفصل فى النزاع. ودون تفريط فى الحق الموضوعى المطلوب حمايته قضائياً، والتى ما وضعت الإجراءات إلا بقصد حماية هذا الحق، ولا يستقيم أن تكون وسيلة الحماية هى أداة الهدر والضياع.

٢- تحديد موضوع الدراسة:

فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى قد تكون مع زوال العيب[١]، وهو ما لا نتناوله، وقد تكون مع بقاء العيب وهو موضوع الدراسة، ومفاضلة الفكرة فى صورتها محل الدراسة أكثر فعالية وأقوى أثراً فى الإبقاء على الآثار الإجرائية والموضوعية للعمل الإجرائى المعيب، كما أنه لا أثر له على الإجراءات التالية المبنية عليه، وعليه تظل الخصومة منعقدة، ومنتجة لكافة آثارها الإجرائية والموضوعية، فتكون الغايات المحددة للنظم القانونية الإجرائية تم تحققها رغم اتخاذ الإجراءات بالمخالفة لنموذجها القانونى، والتى تعمل داخل هذه النظم، وبمعزل عن احترام القاعدة القانونية الإجرائية التى تحدد وترسم السبل إلى الوصول إلى هذه الغايات فكان لا حاجة بنا للأثر السلبى للعمل الإجرائى المعيب المتمثل فى الجزاء الإجرائى متى تحققت غايات النظم القانونية، وبقاء هذا العمل الإجرائى المعيب بحاله منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء من الجزاء.

وفكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، وإن تناولتها دراسات فى نقاط متفرقة من مواضيعها[٢] إلا أن الفكرة ما زال يحتويها الغموض من نواحى عدة **أولها** مفترض فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب ممثلاً هذا المفترض فى وجود عيب إجرائى قائم صوره وتقديره، ومفترض صحة الإجراء المعيب وإنتاجه رغم ما به من عيوب لكافة آثار الإجراء الصحيح بدون تصحيح أو إضافة بيان

---

(١) فى الإعفاء من الجزاء الإجرائى مع زوال العيب انظر المراجع المشار إليها ص ٢٧ حاشية رقم ٢.

(٢) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات ٢٠١٦، دار الجامعة الجديدة. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ١٩٧ ومابعدها.

للإجراء وإنتاجه لآثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء، **وثانيها:** وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، ونطاق الفكرة وآثارها بالنسبة للقواعد الإجرائية والموضوعية من **ناحية ثالثة.**

ففكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب بحاجة إلى دراسة وعناية، فهى بحاجة إلى دراسة متخصصة تبين مفترضها ووسائل ونطاق الفكرة وآثارها على القواعد الإجرائية والموضوعية. وكمقدمة نحو نظرية عامة للإعفاء من الجزاء الإجرائى. فى غضون فصول ثلاث نتعرض للفكرة وما تثيره من مسائل وآثار الفكرة على القواعد الإجرائية الموضوعية، ذلك على النحو التالى:

الفصل الأول: العيوب الإجرائية القائمة ومفترض صحتها كمفترض لفكرة الإعفاء.

الفصل الثانى: وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب.

الفصل الثالث: نطاق فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب وآثارها الإجرائية والموضوعية.

الفصل الأول

مفترض فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

٣- تمهيد:

يفترض وجود عيب إجرائى لحق بعمل إجرائى لعدم مطابقة الأخير للنموذج الإجرائى الذى حدده القانون سلفاً، ورغم عدم هذه المطابقة يظل الأجراء المعيب قائماً وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح. الأمر الذى يقتضى بيان ماهية العيب الإجرائى وصوره وتقديره، ثم بيان صحته ووسائل افتراض هذه الصحة، ذلك فى غضون مبحثين:

المبحث الأول: العيب الإجرائى القائم صوره وتقديره.

المبحث الثانى: صحة الإجراء المعيب، ووسائل افتراض صحته.

المبحث الأول

العيب الإجرائى صوره وتقديره

٤- تخلف أحد المقتضيات الشكلية للعمل الإجرائى: الأعمال الإجرائية[١] عبارة عن مجموعة من الأعمال والمراكز القانونية، هذه الأعمال تتابع زمنياً وفقاً لنظام معين، هذا النظام يربط بين هذه الأعمال، بحيث أن كل عمل يعد مفترضاً للعمل الذى يليه ونتيجة لما سبقه. هذه الأعمال يتم تصميمها وتنظيم سيرها وترتيب آثارها من قبل المشرع وحده فى معزل عن إرادة الخصوم[٢] وسلطة القاضى[٣]. وتصميم المشرع لهذه الأعمال وتلك الإجراءات يعد أشكال قانونية[٤] لتتكون منها الخصومة القضائية[١].

---

(١) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زعلول: نظرية البطلان فى قانون المرافعات ط ٢، ١٩٩٧ ص ٧٥ وما بعدها بند ٢٩ وما بعده. د. فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى ٢٠٠٩ مطبعة جامعة القاهرة دار النهضة العربية ص ٣٤٩ وما بعدها بند ٢١٩ وما بعده د. وجدى راغب نظرية العمل القضائى ص ١٣٢ وما بعدها، ص ٦٢٥ وما بعدها، مبادئ ص ٣٨٥ وما بعدها، د. نبيل عمر: أصول المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٨٦ ، منشأة المعارف، ص ٦٧٠ ومابعدها، بند ٥٩٤ وما بعده سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية فى قانون المرافعات ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٦ وما بعدها بند ٢ وما بعده د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٦٠ وما بعدها بند ١٠، د. طلعت دويدار: الوسيط فى شرح قانون المرافعات ج ٢ نظرية الدعوى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٦٩ وما بعدها د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائى واتجاهات تطويرها فى النظام القانونى السعودى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٣ السنة ٣٥ العدد الأول ص ٦٠ وما بعدها بند ٢٥. د. سليمان عبد المنعم: بطلان الإجراء الجنائى ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص ٢٤٦ وما بعدها بند ١٤٩. د. على بركات: الوسيط ص ٥٢٧ وما بعدها بند ٤٠١. د. محمود مصطفى يونس: المرجع السابق ص ٧٥٢ بند ٣٥٣.

MOREL; Traite élémentaire de precedure civile. SAirey 1949. P. 311. N 382. Solus et PERROT: droit judicioire Prive T. 1 intraduction Notions fondamentales arganisation judiciaire 1961. P 306 ets. N 328. MOHMED . abdel Khalek omar: La Nation d'irrecevabilite en droit judicaire Prive Paris. Thés 1967. P. 92 ets.
GURIERRD:: L'acte juridique solennel Préface josé. Éd. L.G.D.J. 1975. P. 3 ets.

(٢) رغم سيادة الخصوم على النزاع. فى مبدأ سيادة الخصوم على النزاع انظر د. عزمى عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية فى الخصومة= =المدنية مجلة المحامى الكويتية السنة التاسعة الأعداد أكتوبر/ نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٦ ص ١٧ وما بعدها. د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ١٩٧٦ العدد الأول السنة ١٨ ص ١٣ د. محمد السيد رفاعى التنازل عن الحق الإجرائى رسالة الزقازيق ٢٠١٠ ص ٩١ وما بعدها. طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٢. طعن ٢٤١٥ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٤/٨ المحاماة ٢٠٠٣، العدد الثالث ص ٩٢.

MOREL: op. cit. P. 344. N 425 Coss. Soc. 10 Juill 1980 Bull. Civ. 1980. V. N 653.

(٣) رغم معرفة القاضى بالقانون حول قاعدة معرفة القاضى بالقانون ومبرراتها. انظر: د. عزمى عبد الفتاح، المقال السابق ص ٤٧ وما بعدها.

BOLARD: (G.) L'affice du juge et rôle des partiese entre arbitraire et La xisme J. C. P. 2001 – 1 – 156.

(٤) والشكل هو حصيلة النظر إلى العمل الإجرائى، وهو فى حالة حركة، أى من حيث هو فعل أو نشاط، فأى عمل قانونى يتم بحركة خارجية تمثل جانبه المادى. فالأعمال القانونية ليست إلا أشكالاً، وقبل أن يوجد الشكل لا يكون هناك إلا مجرد تفكير. انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧ د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٦٢٢ وما بعدها د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضاء الخاص ج ١ منشأة المعارف ١٩٧٤ ص ٦٧٨ بند ٢٧١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ٢٠٠٤ دار الجامعة الجديدة ص ٢٢ وما بعدها بند ١١ وما بعده د. محمد الصاوى مصطفى: الشكل فى الخصومة المدنية رسالة الزقازيق ١٩٩٢ ص ٥٤ وما

وإذا كان المبدأ هو حرية الشكل فى القانون الموضوعى[٢] فالمبدأ فى القانون الإجرائى هو قانونية الشكل، ويقصد به[٣] أن جميع أوجه النشاط التى تتكون منها الخصومة، يجب كقاعدة أن لا تتم تبعاً للوسيلة التى يحددها الأفراد، بل تبعاً للوسيلة التى يحددها القانون. فهى تشكل تنظيم إجرائى يملك ناصيته المشرع منفرداً.

ومؤدى ذلك أن يستقل المشرع بتحديد مقتضيات العمل الإجرائى، ويقصد بها كل ما يتطلبه القانون لكى ينتج العمل الإجرائى آثاره القانونية، موضوعية[٤] هذه المقتضيات[٥] أو شكلية[٦] وإن كانت الأخيرة حظت أكثر من الأولى باهتمام

بعدها. د. محمد جمال عطية: الشكلية القانونية رسالة الزقازيق ١٩٩٣ خاصة ص ٢٢٢ وما بعدها. د. على بركات: الوسيط ص ٥٣٨ وما بعدها بند ٤١٢.

GURIERRD: op. cit. P. 7 ets. MOREL: op. cit. P. 11 N 11 ets. Solus et PERROT: op. cit. P. 375. N 412. abd, el. Khalek Omar: Thés P. 93. N 194.

(١) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٤ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده، د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ٦٣٩ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٦٥٧ وما بعدها بند ٢٦١.

MOREL: op. cit. P. 250 N 309. Vizioz: etudes de Procedure. Editions Biere 1948. P 45 ets et P. 150.
NORMAND. Le juge et Litige Thés, L;G.D.J. 1965 P. 27 ets N 31 ets. MIGUET. Immutablité et évalution du Litige. Thés. Toulouse 1977. P. 311.

(٢) د. سليمان مرقص: الوافى فى شرح القانون المدنى ١٩٩٣ إيريني للطباعة ص ٨٨٠ بند ٣٧٩ وفي دور الشكلية فى القانون الإدارى، انظر: د. محمود محمد حافظ: القضاء الإدارى ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٦٣٧.

(٣) د. وجدى راغب: نظرية ص ٦٢٢ وما بعدها. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧ د. نبيل عمر، إعلان الأوراق ص ٢٢ وما بعدها بند ١١ وما بعده، د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية ١٩٥٩ رسالة القاهرة، ص ٢٥٥ بند ١٣٦. د. محمد جمال عطية، رسالة ص ٢٢٥.

(٤) وتتمثل المقتضيات الموضوعية فى صلاحية القيام بالعمل الإجرائى، وإرادة ومحل. ويقصد بالصلاحية، أن يكون القائم بالعمل أهلا للقيام به، أى تكون لديه صلاحية القيام بهذا العمل، سواء كان هذا الشخص هو القاضى، أو أحد الموظفين العموميين أو الخصوم أو الغير.
والإرادة فى العمل الإجرائى يفترض وجودها بتوافر الشكل القانونى، بصرف النظر عما لو كانت هذه الإرادة قد اتجهت أو ارتقت بآثار هذا العمل من عدمه. ومع ذلك قد تنعدم هذه الإرادة رغم توافر الشكل، ويبطل الإجراء، إلا أن انعدام الإرادة المميزة فى هذا الفرض يعتبر بمثابة انعدام الأهلية.
ومحل العمل الإجرائى يقصد به مضمون هذا العمل، ولشكل العمل الإجرائى أثر هام فى تحقق هذا الشرط إذ أن المشرع يوجب عادةً أن يشتمل شكل الإجراء على محل هذا الإجراء، فإذا توافر الشكل الواجب فى العمل الإجرائى ترتب على ذلك حتماً وجود المحل وقانونيته، فى تفصيل هذه المقتضيات انظر: د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول، ص ٤١٢ وما بعدها بند ٢٣٧ وما بعده د. فتحى والى، الوسيط ص ٣٥٤ وما بعدها بند ٢٢٢ وما بعده د. إبراهيم نجيب سعيد: ص ٦٧٤ وما بعدها بند ٢٦٨ – ٢٧٠. د. نبيل عمر: أصول ص ٦٧٣ وما بعدها بند ٥٩٧ د. وجدى راغب: نظرية ص ٥٧٧ وما بعدها، مبادئ ص ٣٩٤ – ٣٩٨.

(٥) انظر فيما يلى ص ١٥١ ومابعدها.

(٦) والقاعدة أن العمل الإجرائى عمل شكلى. والشكل قد يكون عنصر من عناصر هذا العمل، وقد يكون ظرفاً يجب وجوده خارج العمل لكى ينتج العمل آثاره القانونية، فى تفصيل ذلك انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول نظرية البطلان ص ١٥٨ وما يليها بند ٧٧ ومال يليه، د. فتحى والى الوسيط ص ٣٩٨ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد، ص ٦٧٨ وما بعدها بند ٢٧١ وما بعده د. نبيل عمر: أصول ص ٦٧٧ وما بعدها بند ٦٠١ وما بعدها إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢ وما بعدها بند ١١.

Solus et PEROT: op. cit. P. 311. N 337 etss MOREL: op. cit P. 314. N 385. LEMEE: La regle "Pos de Nullite Sons griel" de Puis le Nouveau Code de procédure civile. R.T.D.Civ. 1982 P.23 etss.

المشرع[1] وبهذا تتناولها قواعد القانون الإجرائى، بالتنظيم نظراً لأهميتها كضمان ضد هواء الخصوم، كما أنها تحول دون تحكم القضاء. وترتيباً على ذلك، فالقاعدة الإجرائية، شأن كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين[2] عنصر الفرض، وعنصر الحكم. وعنصر الفرض يحتوى نموذج العمل الإجرائى، كما ينبغى أن يكون وفقاً لتقدير المشرع. وعنصر الحكم يحتوى الأثر الإيجابى الذى يترتب على اتخاذ الإجراء فى العمل مطابقاً كما هو وارد فى فرض القاعدة القانونية. ويقصد بالأثر الإيجابى فى هذا المقام، توليد الإجراء لآثاره المحددة فى القانون، وعند مخالفة الإجراء لنموذجه الوارد فى المفترض، لا يتولد الأثر الإيجابى، بل على العكس يتولد الأثر السلبى، فيقال أن الإجراء معيباً[3] وبمقتضاه يتوافر مفترض أو سبب الجزاء الإجرائى[4] فالعيب الإجرائى سبب للجزاء، والأخير النتيجة المترتبة على السبب[5]. وعلى ذلك يجب البحث عن تعيب الإجراء قبل البحث عن تخلف آثاره، لأن تخلف الآثار هى نتيجة للتعييب، والأمرين يشكلا وجهين لشئ واحد، هو الجزاء الإجرائى.

ولكون العيوب الإجرائية، ليست هى الجزاءات الإجرائية. فالعيوب الإجرائية[6] هى أوصاف أو كيوف قانونية ينزلها الفقه والقضاء على الأعمال الإجرائية التى

---

(١) فالشكلية فى القانون الإجرائى، تحقق فى كثير من الحالات، مقتضيات العمل الإجرائى الموضوعية د. نبيل عمر: إعلان الأوراق: ص ٢٦ بند ١٣ د. إبراهيم نجيب سعيد: الإشارة السابقة.

(٢) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق، ص ١٩٦ بند ١١٤، ص ٢٠٨ بند ١٢٤ عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة ص ٤٦ بند ٣٥، سلطة القاضى التقديرية دار الجامعة الجديدة ص ١٧٨ وما بعدها بند ١٦١، دراسات فى قانون المرافعات ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة ص ٥١. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٥ د. سليمان عبد المنعم: المرجع السابق ص ٢٤٦ بند ١٤٩ د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ١٥٦ وما بعدها.

(٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٨ بند ٢. د. على هيكل الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧ ص ٤١ بند ٤٠.

(٤) والجزاء الإجرائى عبارة عن أثر إجرائى يرتبه القانون الإجرائى فى مواجهة المسئول عن مخالفة قواعده، وهو كأثر إجرائى، إما أن يتعلق بالخصومة، أى بالإجراءات القضائية كوحدة، وإما أن يتعلق بالإجراء القضائى. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤ وما بعدها بند ١١ وما بعده. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٤٢، د. أحمد هندى: أصول قانون المرافعات ٢٠٠٣ دار الجامعة الجديدة ص ٨٤٢ بند ٢٦٧ د. الأنصارى النيدانى، القاضى والجزاء الإجرائى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٢ وما بعدها بند ٣ وما بعده. د. أيمن رمضان: الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤ ص ١٣ وما بعدها.

(٥) د. نبيل عمر: الوسيط فى قانون المرافعات ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص ١٧. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة د. أيمن رمضان ص ١٠١.

(٦) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٢٣ بند ١٢، عدم فعالية الجزاء ص ٤٧ بند ٣٥، ص ٢٣٤ وما بعدها بند ١٩٣ دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٤٠ وما بعدها بند ٩٢ وما بعده د. سليمان عبد المنعم: ص ٢٤٩ بند ١٥١ د. إبراهيم النفياوى: مسئولية الخصم عن الإجراءات ١٩٩١ الطبعة الأولى ص ٥١٧ وما بعدها. د. أيمن رمضان. ص ٩٨ وما بعدها. د. حسن على حسين: الجزاء الإجرائى فى قانون الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ منشأة المعارف ص ١٤٨ بند ١٤٠.

يوجد بها العيب، وتكون النتيجة هى عدم مطابقة العمل المتخذ لنموذجه القانونى، وبالتالى عدم قدرة هذا العمل على توليد الآثار التى حددها القانون لمثل هذا العمل لو كان سليماً من هذه العيوب. فالعيب الإجرائى هو الوصف الإجرائى المحدد للعمل الذى اتخذ بالمخالفة للنموذج الذى حدده القانون سلفاً، ويؤدى إلى جعل العمل الإجرائى المتخذ يختلف عن العمل الإجرائى القاعدي الوارد فى القاعدة الإجرائية، ومن ثم يعد العمل المتخذ معيباً، وبالتالى غير قادر على توليد آثاره.

هذا العيب الذى يشوب العمل الإجرائى[١]، قد يكون عيباً ذاتياً، وقد يكون عيباً مستمد من عمل آخر. والعيب الذى ينشأ من عيب يصيب ذات العمل الإجرائى. أما العيب المستمد، فهو لا ينشأ من عيب ذاتى، وإنما يتولد ويترتب على عيب أصاب عملاً إجرائياً آخر[٢].

٥- تعدد مصدر العيب الإجرائى: يجد العيب الإجرائى مصدره فى الإخلال بالالتزام بواجب إجرائى[٣] دون العبء الإجرائى. ويعرف الفقه[٤] الواجب الإجرائى بأنه عبارة عن التزام يفرضه القانون الإجرائى على أحد أشخاص الخصومة المدنية لمصلحة الخصم الآخر، وذلك بهدف تحقيق الحماية القضائية أياً كان نوعها[٥] أما العبء الإجرائى[٦] هو ما يفرضه القانون لصالح الخصم نفسه. والإخلال بالإلتزام بواجب إجرائى دون العبء الإجرائى يوجد عيباً إجرائياً، لعدم مطابقة الإجراء المتخذ

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٨٤ بند ٢٣٢.
(٢) انظر فيما يلي بند ١١.
(٣) مع ملاحظة أن الواجب الإجرائى قد يكون مجرد عبء يفرضه القانون على الخصم القيام به لمصلحته الذاتية ولا يترتب على عدم أدائه جزاء إجرائى، وإنما فوات المصلحة عليه، مثل عبء الإثبات، عبء الحضور انظر: د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٧ حاشية رقم ١، د. فتحي والى: الوسيط ص ٢٩٩ بند ١٩٦ د. أحمد مسلم: أصول: ص ٤٥٦ بند ٤٢١ د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٢١ بند ١٧، سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة ص ١٥٥ بند ٩١.
(٤) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٢٥ بند ٢١، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٥٦٣. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن فى قانون المرافعات، ١٩٨٩، ص ١٧ بند ٨، د. طلعت دويدار: الوسيط ص ٤٧ وما بعدها. د. أحمد عبد التواب: ص ١٥٤ وما بعدها بند ٩١. د. إبراهيم النفياوى: المرجع السابق ص ٤٦٣ وما بعدها. د. محمد السيد رفاعى: ص ٩٧.
(٥) ص ٧ حاشية رقم ٣.
(٦) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم: الإشارة السابقة، د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٢٧ بند ٢٣ د. أحمد عبد التواب، ص ١٥٥ بند ٩١.

لمقتضيات الإجراء النموذجى، وأن عدم تطابق الإجراء مع نموذجه يجعل الإجراء المتخذ معيباً.

وإذا كان العيب الإجرائى يجد مصدره فى الإخلال بالالتزام بواجب إجرائى. فالعيب الإجرائى قد يوجده مصدر آخر هو الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائى[1] كمخالفة الترتيب الإجرائى الوارد فى المادة ١٠٨، ١٥٤/ ٢ مرافعات. أو باتخاذ موقف سلبى بعدم استعمال الدفع، أو بعدم استعماله فى الميعاد المحدد له[2].

ويؤكد وجود العيب الإجرائى عند الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائى، ففضلاً عن وجود العلاقة التبادلية بين الحق الإجرائى والواجب الإجرائى[3] فأن من

---

(١) والحق الإجرائى عبارة عن مكنة إرادية يعترف بها القانون للشخص لتحقيق مصلحة ذاتية له هذا الحق يمنحه القانون للشخص بهدف تحريك نشاط إجرائى معين يرمى فى النهاية وبالتضافر مع غيره من الأنشطة الإجرائية الأخرى إلى التوصل إلى تقرير الحماية القضائية للحق الموضوعى المتنازع عليه فكان الحق الإجرائى ما وجد إلا كوسيلة لحماية الحق الموضوعى. انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، ص ٢٧، بند ٢٣، التكامل الوظيفى للأعمال الإجرائية والإجراءات الموازية ٢٠٠١ دار الجامعة الجديدة، ص ١٩ بند ١٦. د. أحمد عبد التواب: المرجع السابق ص ١٣ – ٨٠ بند ٤ – ٣١. د. محمد السيد رفاعى، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها. د. وجدى راغب: دراسات ص ٨ – مبادئ ص ٥١٨.

والحق الإجرائى، ليس مصلحة محمية، ولا استئثار بمنفعة يحميها القانون، مثل الحق الموضوعى كما لا يتصور أن يرد على منقول أو عقار. فالحق الإجرائى حق وظيفى ترتبط حياته بأداء الوظيفة المحددة له، وأن هذه الوظيفة تختلف باختلاف النظام الإجرائى الذى يعمل فى نطاقه، فالحق فى الدعوى يسمح لصاحبه بالالتجاء إلى القضاء لطرح نزاعه عليه، والحق فى الدفع يسمح لصاحبه بالحصول على المنفعة التى تعود عليه من حكم الإلزام الذى يعتبر سنداً تنفيذياً. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، ص ٢٨، بند ٢٤، ص ١٧٢ وما بعدها بند ١٠١، التكامل الوظيفى ص ١٩ بند ١٦.

VIZIOZ: op. cit. P. 147. VINCENT ET GUINCHARD: Procédure Civile 24 ed. Entierement refondur. Dalloz 1996 P. 7. Cornu et FOYER: Procédure Civile 3e éd. Paris 1996. P. 121 N 70.

وفى الفارق بين الحق الإجرائى والحق الموضوعى عينى أو شخصى، وفى تعريف الحق العينى انظر: د. السيد عبد الحميد فوده، فكرة الحق، دار النهضة العربية، ص ٤١ ومابعدها، د. جلال العدوى، د. رمضان أبو السعود، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، ١٩٩٦ ص ٣٥١ ومايليها.

Jeau – DABIN: Le droit Subjectif 1952 P. 80 elss CABRILLAC: (R.) intraduction génerale au droit Dalloz 3e de 1999. P. 76 etes.

وفى التكييف القانونى للحق الإجرائى انظر د. محمد السيد رفاعى: رسالة- ص ٦٦ وما بعدها. وفى انتقال الحق الإجرائى إلى الخلف العام، فأنه لا يسقط بالوفاة، كما أنه ينتقل إلى الخلف الخاص.=انظر نقض ١٩٧٨/١/١١ طعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ ق نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦، مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٩٠٢.

(٢) انظر فيما يلى بند ٩ ومابعده.

(٣) هذه العلاقة عبر عنها البعض، بأنهما وجهان لعملة واحدة، إذ لا توجد بينهما حدود فاصلة بشكل مطلق، فحيث تبحث عن الحق تجد الواجب، والعكس بالعكس. د. إبراهيم النفياوى: ص ١٠ – ١٢.

وعبر البعض: بأن هذه العلاقة تعتبر انعكاس للطابع الشخصى للحق الإجرائى، لأنه يعتبر حقاً إذا نظر إليه من ناحية من تقرر له، والتزام للطرف الآخر، كما يترتب الحق الإجرائى فى بعض الأحيان التزام الطرف الآخر بالقيام بواجب إجرائى معين، وهو ما يدلل على الطابع التبادلى لكل من الحق والواجب الإجرائى. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٢٥ وما بعدها بند ٢١. د. أحمد عبد التواب: ص ١٥٩ وما بعدها بند ٩٤.

ورغم قوة العلاقة بين الحق الإجرائى والواجب الإجرائى إلا أنهما مختلفان. فى هذا الاختلاف انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٢٤ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده. التكامل الوظيفى، ص ١٩ بند ١٦. د. أحمد عبد التواب: ص ١٥٤، وما بعدها بند ٨٩ وما بعده.

NORMAND: op. cit. P. 25.

أهم مميزات الواجب الإجرائى[1] أحتوائه أو اشتماله على حق إجرائى، لأن طبيعة الواجب الإجرائى تقتضى أن تتمتع السلطة المكلف بها بسلطة أو حق، تتمثل هذه السلطة فى استعمال الوسيلة التى تمكنها من القيام بهذا الواجب.

وبصدد هذا المصدر للعيب الإجرائى لا يكون الواجب الإجرائى هو مصدر العيب، ولا الحق الإجرائى فى ذاته، بل الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائى. فالعيب الإجرائى كما يوجده الإخلال بالالتزام بالواجب الإجرائى، يوجده الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائى، أو سبق استعمال الخصم له واستنفاد المحكمة سلطتها بشأنه[2]. والجزاء المترتب على هذا العيب هو سحب مكنة الحق، وسقوط الحق فى اتخاذه، والأخير كجزاء حتماً ولابد أن يسبقه عيباً إجرائياً، ممثلاً هذا العيب فى عدم مطابقة استعمال مكنة الحق الإجرائى مع الترتيب أو فى الميعاد أو المكان الذى حدده القانون مادة ١٠٨، ١٥٤/ ٢ مرافعات. أو سبق استعمال الخصم لمكنة الإجراء واستنفاد المحكمة سلطتها بشأنه.

وإذا كان العيب الإجرائى يجد مصدره عند الإخلال بكل من الالتزام بالواجب الإجرائى، واستعمال مكنة الحق الإجرائى. فالمركز القانونى الإجرائى[3] ليس بمأمن من أن يلحق به العيب الإجرائى، كأن يكون الخصم الذى يباشر الواجب الإجرائى أو المكنة الإجرائية ليس صاحب مركز قانونى، وإنما يباشر هذه الأعمال بناء على مركزه الفعلى أو الواقعى، والأخير لا يستند إلى القانون، وإنما إلى الواقع، كأن تباشر الإجراءات من أو فى مواجهة الشخص باسمه الظاهر، أو بصفته الظاهرة، أو بأهليته الظاهرة ... الخ[4] فتكون الإجراءات المتخذة من الشخص أو ضده وفقاً للوضع الظاهر مغايرة للنماذج المحددة فى القانون سلفاً، مما يتحقق معه العيب الإجرائى.

وترتيباً على ذلك، توجد العيوب الإجرائية، حالة عدم مطابقة الإجراءات المتخذة مع النماذج القانونية المحددة سلفاً، لحقّ عدم التطابق بالمركز القانونى

---

(١) د. أحمد عبد التواب: ص ١٦٢ بند ٩٧.
(٢) انظر فيما يلى ص ٢٨ حاشية.
(٣) انظر فيما يلى بند ٩.
(٤) انظر فيما يلى بند ١٧ ومابعده.

الإجرائى أو أحد مشتملاته[١] من الالتزام بواجب إجرائى أو استعمال مكنة الحق الإجرائى. ومن ثم يعد غير صحيح القول[٢] بأنه حيث يمنح المشرع حقاً أو سلطة إجرائية للخصم ولا يستعملها، أو يستعملها على نحو مخالف، ليس من شأن ذلك قيام المخالفة أو العيب الإجرائى.

وكل ما يشترط فى العيب الإجرائى، أن يكون قد وقع بإرادة الخصم[٣]، يستوى فى ذلك أن يكون قد وقع عن قصد أو عن خطأ أو إهمال أو حسن نية، ولا يعذر بجهله بالقانون، فيما حدده القانون من نماذج يتم اتخاذ الإجراءات بالمطابقة لها، كما يستوى أن يكون من تسبب فى العيب الإجرائى هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل لحسابه وباسمه[٤].

٦- **تعدد وتنوع صور العيوب الإجرائية**: عدم مطابقة الأعمال الإجرائية للنماذج التى حددها القانون الإجرائى سلفاً، يخرجها من دائرة الأعمال الإجرائية الصحيحة، لتندرج تحت طائفة الأعمال الإجرائية المعيبة، والعيوب التى تصيب هذه الأعمال يصعب حصرها[٥]. ولذا تتسم بالتعدد والتنوع والتداخل.

---

(١) والمركز القانونى الإجرائى يشمل الحقوق والمكنات والحريات والرخص من ناحية، ومن ناحية أخرى، الأعباء والواجبات الإجرائية، انظر د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٧ وما بعدها. مبادئ، ص ٥١٨. د. فتحى والى: الوسيط= =ص ٢٩٩، بند ١٩٦. د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية فى قانون المرافعات، ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة، ص ٥ وما بعدها، بند ١. د. أحمد عبد التواب: ص ١٠٩ بند ٥٥. د. محمد السيد رفاعى: رسالة ص ١٣٤ وما بعدها.
CORNU et FOYER: op. cit. P. 379 ets. MOREL: op. cit. P. 345. N 425. NORMAND: Thés. P. 30 ets N 35 ets.

(٢) د. أيمن رمضان، ص ٩٨ وما بعدها. د. محمد السيد رفاعى: ص ١٠٠.

(٣) أما إذا كان الخصم مسلوب الإرادة وقت حصول المخالفة، فإنه لا يحاسب، ويكون مسلوب الإرادة إذا حدثت قوة قاهرة منعته من اتخاذ الإجراء فى الميعاد أو الترتيب المقرر له، أو منعته من ذكر كل البيانات التى يتطلبها القانون.
ومبرر ذلك ومبناه، هى قاعدة عدم سريان الميعاد فى حق من لا يتمكن من اتخاذ الإجراء للمحافظة على حقه. Contra Non Valentem agere Non Currit Pracesscriplio وقاعدة لا تكيف بمستحيل Lex Non Cogir adim Possible ومن ثم فتوقف القوة القاهرة سريان الميعاد، كما تمنع من بطلان الإجراء الذى تعذر اتخاذه بسبب هذا المانع. انظر: د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٦٤ وما بعدها، بند ٣٧ وما بعده. د. محمد سعيد عبد الرحمن: القوة القاهرة فى قانون المرافعات ٢٠٠١ دار النهضة العربية د. رؤوف عبيد: العذر القهرى وما يثيره من بحث فى قانون الإجراءات الجنائية مجلة المحاماة السنة ٣٦ عامى ٥٥/ ١٩٥٦ ص ١١١٦ وما بعدها. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة، ص ٤٥٤ ومابعدها.
MOHMED. Abd, EL, KHALEK OMAR: op. cit. P. 175. N 353.
مع مراعاة أن القوة القاهرة أو المانع القهرى يحول دون توقيع الجزاء، دون تصحيح العيب الإجرائى.
فى تطبيق ذلك انظر. نقض مدنى ١٩٨٠/٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٤٢٧ نقض جنائى ١٩٨٠/٥/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٦٣١.
Civ. 16 Juill. 1951. Gaz. Pal 1951. P. 197. Crim, 16, Nov. 1971. Gaz. Pal. 1972. P. 103.

(٤) انظر فيما يلى بند ٩.

(٥) وصعوبة حصر العيوب الإجرائية يرجع لكثرتها إلى الحد الذى يجعلها غير قابلة للتحديد أو الحصر، ولتفادى هذه الصعوبة لجأ المشرع إلى تحديد بعض حالات الجزاء بنصوص صريحة، وترك بعض الحالات دون تحديد. انظر د.

والعيوب الإجرائية تتسم بالتعدد، لأنها لا تقع تحت حصر، فكل جزاء إجرائى[1] مصدره عيباً إجرائياً تقرر كأثراً له. وبقدر تعدد الجزاءات الإجرائية[2] تتعدد العيوب الإجرائية. وتتسم هذه العيوب بالتنوع، فمنها ما يترتب لعدم اتخاذ الإجراء فى مواجهة شخص معين، ومنها ما يترتب لعدم إفراغ الإجراء فى الشكل المقرر قانوناً، وبشكل لا يفهم حقيقة مرماه أو مقصوده، على نحو يؤدى إلى تجهيله. أى أن العيب الإجرائى قد يصيب الإجراء ككل، وقد يصيب عنصر من عناصره، أو ظرف من ظروفه، كما قد ينشأ عن هذا العيب تجهيل إجرائى.

كما أن العيوب الإجرائية تتسم بالتداخل، على نحو يجعل محاولة ردها إلى طوائف، لا يعنى تقسيمها حصرياً. فالعيب الذى يلحق إعلان المدعى عليه لمخالفته للنموذج الذى حدده القانون، إنما يرتبط فى نفس الوقت بالعيب الذى يلحق بالإعلان لعدم اتخاذه خلال المهلة المحددة مادة ٦٨ مرافعات، مثلما يتعلق العيب أيضاً بتسليم صورة الإعلان لغير الأشخاص الذى حددهم القانون مادة ٢/١٠ مرافعات، شأن العيب الذى يلحق بالإعلان لتسليمه فى الموطن الظاهر بالمخالفة للموطن الأصلى أو القانونى أو المختار، وفى كل ذلك يستوى العيب[3]، تمثل هذا العيب فى نشاط سلبى بحت – عدم القيام بالإجراء – أو نشاط إيجابى تم اتخاذ الإجراء بالمخالفة للنموذج القانونى المحدد سلفاً.

ومع ذلك يمكن رد هذا التعدد والتنوع والتداخل إلى طوائف، ومن هذه الطوائف[4] طائفة العيوب الإجرائية التى تؤثر على سلامة الإجراء، ومع ذلك تظل

إبراهيم النفياوى، مسئولية الخصم ص ٥١٧، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنوفية العدد ١٢ السنة ٦ أكتوبر ١٩٩٧ ص ٩٧ بند ٨٦. كمال الدين عاطف، إيمان محسن: المرجع السابق ص ٤٢ وما بعدها.

Solus et PERROT: op. cit. P. 364. N 398.

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٤ بند ٣٥. د. محمد على سالم الحلبى: الوسيط فى شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ١٩٩٦ مكتبة التربية، بدون ناشر، ج ٢، ص ٤٢١.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٤١ وما يليه بند ١٧ وما يليه د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٢٤ بند ٢٠. التجهيل الإجرائى ص ١٩١ بند ١١٧. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ٧ بند ٢. د. وجدى راغب: دراسات، ص ١٠٤. د. على الشيخ: الحكم الضمنى، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٢٨٤ بند ١٧٤.

(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء: الإشارة السابقة، د. أحمد هندى أصول، ص ٨٤٢، بند ٢٦٧. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٤) طائفة العيوب الإجرائية التى يمكن تصحيحها بزوال العيب، أو انتقاصه أو تحويله، ودون أن يترتب الجزاء الإجرائى. انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص ٦٠٩ وما يليها، بند ٣٣٣ وما يليه. د. الأنصارى

هذه العيوب قائمة، ودون أن ترتب الأثر القانونى الناتج عنهـا، الممثـل فـى الجـزاء الإجرائى حتى ولو وقع بقوة القانون، طالما لم يتمسك به الخصم، وتقرره المحكمة.

٧- **تعيب العمل الإجرائى لاتخاذه بالمخالفة للمركز القانونى الإجرائى:** والمركـز القانونى الإجرائى[١] ذلك الإطار الذى يشمل الحقوق والواجبات والمكنات التـى تكـون لشخص مائل فى خصومة بنفسه أو بممثله، والتى تمكنه من القيام بالأعمـال اللـصيقة

النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٧٢ وما يليها بند ٢٣٠ وما يليه. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ٤٣٠ وما يليها. د. وجدى راغب: دراسات ص ١٠٩ وما بعدها. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٣١ وما بعدها بند ١٠١ وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٣٥ وما بعدها بند ٦٣ وما بعده.

طائفة العيوب الإجرائية، والتى يترتب عليها حتماً، وفى أية حال تكون عليها الدعوى الجزاء، لتعلق محل المخالفة والجزاء الإجرائى بالنظام العام. انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٦٤ وما بعدها. بند ٣٢٠ وما بعده د. أحمد السيد صاوى: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١ ص ٧٠٦ وما بعدها بند ٣٩٦. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها بند ٥٣ وما بعده.

BOLARD: L'affice du juge. Préc. D. Tomasin: Nulite des actes de prodcedure. Jur. Class. Du Proceddure Civil. T. 3. Fasc. 138 – 1. 1990 – 1994. P. 15 ets.

طائفة العيوب الإجرائية التى يترتب عليها الجزاء فور تحققها بتوافر مفترضاتها وبقوة القانون، ولكن لعدم تعلق الإجراء بالنظام العام، فيتوقف تقرير المحكمة للعيب والجزاء المترتب عليه، على تمسك صاحب المصلحة به. انظر د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ١٥١ وما بعدها بند ١١٧ وما بعده. د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن، ص ٧ وما بعدها. د. وجدى راغب: دراسات، ص ٩٧. د. على الشيخ: المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها بند ١٧٧. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٤٩ وما بعدها بند ١٠.

طائفة العيوب الإجرائية التى تلحق الأعمال الإجرائية التى سبق اتخاذها واستنفدت المحكمة سلطاتها بشأنها كما لو سبق للخصم أو وكيله القيام بالعمل الإجرائى المخول له مكنة استعماله، وفصلت فيه المحكمة بحكم قطعى، فأن هذا يؤدى إلى استنفاد سلطة المحكمة بالنسبة لهذا العمل الإجرائى، مما يحول بينه. وبين مكنة استعماله مرة أخرى لاستهلاك المراكز الإجرائية وسقوط الحق فى اتخاذها، معاودة اتخاذ الإجراء مرة أخرى يعيب اتخاذ هذا الإجراء، احتراماً لفكرة استنفاد الولاية: انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى، ص ٢٢٧ وما بعدها، مبادئ ٤٦٦، حول جواز الطعن المباشر فى الأحكام الصادرة فى طلبات وقف النفاذ المعجل مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لسنة ١٧ العدد الأول يناير ١٩٧٥ ص ٢٥٩ بند ٢٦ د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى، المحاماة السنة ٦١، مايو ويونية ١٩٨١ العددان ٥، ٦ ص ٨٢ وما بعدها بند ٨٦ د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير طريق الطعن فيها دار النهضة العربية بدون سنة نشر ص ١٨ وما بعدها بند ١٠ على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى، ص ١٧٧ وما بعدها بند ١٦٣.

CADIET: op. cit. P. 573 N. 1096. PEROT: obs. RT. D. Civ. 1993. P. 195 Vizioz. Abs. RT. D. Civ. 1940/ 1941.P. 638 Cette nevue 1947 P. 83.

MOREL: op. cit. P. 447. N 570.

Cournu et FOYER: Procedure Civil 3e éd. Paris 1996 P. 601. N 143

(١) لم يتفق الفقه حول رأى موحد بشأن المقصود بالمركز القانونى الإجرائى، ولا بشأن ما يندرج تحته من أطراف، أسفر عدم الإتفاق حول اتجاهين: الأول: يأخذ بالمفهوم الضيق لفكرة هذا المركز أو المركز القانونى للخصم، ويقصر هذا المركز على أطراف الدعوى. حول هذا الاتجاه انظر: د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٧ وما بعدها، والمراجع المشارة لديه.

Liebman: Manuale di droi Processuale Civile L. milane. 1957 N 83. Mieheli: Corse di dinette Processuele civile Milene 1959 P. 233-236 N. 67.

ومن هذا الاتجاه د. أحمد مسلم: التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة. مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٠ عدد يناير السنة الثالثة ص ٦٧. د. محمود هاشم: المرجع السابق، ص ١٤، ١٥ بند ٦.

الإتجاه الثانى: يرى بأن المركز القانون الإجرائى ليس قاصر على أطراف الدعوى، وإنما يشمل أطراف الخصومة. بمعنى أنه قد يكون لشخص مائل فى خصومة بنفسه أو بممثله، أى يشمل أطراف الدعوى وأطراف الخصومة.

انظر: د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٥ بند ١. د.فتحى والى: الوسيط ص ٥٤ بند ٢٧. د. ابراهيم نجيب سعد ج١ص ١٤٢ ومابعدها بند ٥٢. د. احمد أبو الوفا: الدفوع ص ٧٦ ومابعدها. بند ٤٣ ومابعده. د. أحمد عبد التواب، المرجع السابق ص ٨١ ومابعدها بند ٣٣ ومابعده. د. محمد عبد الخالق عمر: الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة المدنية. مجلة رصد المعاصرة ، السنة ٦١ العدد ٣٣٩ يناير ١٩٧٠ ص ٢١٧ ومابعدها.

Soluse et PERROT: op. cit., P. 111. N. 113. VINCEMT et Guinehard: op. cit., P. 122 N. 71.

بهذا المركز حسب الغاية المحددة له قانوناً. هذا المركز يسمى بالمركز القانونى، مركز يقره ويحميه القانون[١].

هذا المركز القانونى، قد يباشر من أو فى مواجهة صاحب مركز فعلى أو واقعى أو ظاهر، وصاحب هذا المركز هو من يباشر سلطات ومكنات ومزايا مركز ليس له[٢] أى أنه ليس ذى صفة فى حيازة المركز القانونى، ومن ثم يشكل المركز الفعلى أو الواقعى أو الظاهر صورة غير مكتملة للمركز القانونى المعترف به، والذى نظمه القانون، ومن أمثلة المركز الظاهر: الأسم الظاهر[٣] الممثل الإجرائى الظاهر[٤] الموطن الظاهر[٥] المعلن إليه الظاهر[٦] الزواج الظاهر[٧] الدائن الظاهر[٨] المحامى

---

(١) انظر فيما يلى بند ٢٩ ومابعده.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الوضع الظاهر فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص ٩ وما بعدها بند ٤ وما بعده. د. نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق. مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ١٩٧٧ ص ٥ وما بعدها. د. السيد عبد الحميد فوده، تطور القانون ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ص ١٢٥ ومابعدها.

(٣) والاسم الظاهر هو الاسم الذى يظهر به الخصم أمام الناس، ويتعامل معهم، ويتعاملون معه، ويوجه إليهم إجراءات التقاضى، وتوجه هذه الإجراءات إليه بهذا الاسم بحسن نية، اعتماداً على شواهد مادية خارجية تولد اعتقاداً شائعاً بمطابقة هذا الاسم للأسم الحقيقى للخصم أو المركز القانونى الذى ظهر به أمام الناس، رغم أنه ليس اسمه الحقيقى، أو ليس هو صاحب المركز القانونى فى التعامل، وإنما شخص آخر غيره. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ١٠١ بند ٩٣. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى، ص ٢١٥ بند ١٣٤.

(٤) والممثل الظاهر، هو من يمثل الخصم الذى لا تتوافر لديه أهلية الاختصام، ثم يكسب الخصم الأهلية، بأن يبلغ سن الرشد أثناء الخصومة، والخصومة لا تنقطع بهذا البلوغ، وبلوغ القاصر سن الرشد أثناء سير الخصومة، وترك ممثله يحضر عنه، فأن هذا الحضور يكون بقبوله ورضائه، رغم أن الممثل فى هذه الحالة ليس ممثلاً قانونياً، وإنما ممثل ظاهر د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٨٧ بند ٤١.

(٥) والموطن الظاهر، هو المكان الذى يوجد به الشخص، ويتعامل مع غيره من الناس، ويتعاملون معه على أساس أنه مقيم به، بحيث يعتقد الغير حسن النية بأن هذا المكان هو الوطن الحقيقى لخصمه، مع أنه فى الحقيقة ليس كذلك. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١١٤ بند ١٠٢ والمراجع المشارة لديه.

(٦) والمعلن إليه الظاهر، هو من يتسلم الإعلان فى موطن المعلن إليه مادة ١٠/ ٢ مرافعات. والمشرع يأخذ ويعتد بالصفة التى يذكرها الشخص الموجود فى الموطن ذلك للمحضر ولو كان الأمر على خلاف ذلك، أى لم يكن ذى صفة فى استلام ورق الإعلان. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٣٠ وما بعدها، بند ١١٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، ص ٨٨ وما بعدها، بند ٥٢. د. أحمد هندى: العلم القانونى بين الواقع والمنطق، ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ص ٥٨ وما بعدها بند ٦.د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض فى قانون المرافعات، الطبعة الأولى ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ص ٩٩ وما بعدها، بند ٨٢ وما بعده.

(٧) هو أن يعيش شخص مع سيدة، دون أن توجد علاقة زوجية بينهما، خليله، صديقة – ويقدمها للناس على أنها زوجته، وتتعامل هذه السيدة مع الناس ويتعاملون معها استناداً لهذه الصفة، التى تظهر بها أمامهم، وقد يترتب على هذا التعامل أن تصبح هذه السيدة مدينة للغير بمبالغ مالية مطلوب سدادها، انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٢٧ وما بعدها بند ١١٧ والمراجع المشارة لديه.

(٨) هو الدائن التى تنشأ ديونه بعد الهبة والوصية، وتوجد شواهد مادية خارجية يتولد عنها، بأن الأموال التى يملكها المدين غير مقيدة بأى شرط يمنع من الحجز والتنفيذ عليها لصالح هذا الدائن ولم يكن لديه علم وقت تعامله مع المدين بشرط عدم جواز الحجز، إذا توافر ذلك فى تعامل الدائن مع المدين الذى يملك أموال موهوبة أو موصى بها مع اشتراط عدم الحجز عليها، توافر الوضع الظاهر للدائن، انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٥٢ وما بعدها، بند ١٤٠، ١٤١. د. على هيكل: أصول التنفيذ الجبرى فى قانون الإجراءات المدنية والتجارية العمانى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٢١٢ وما بعدها بند ١١٣.

الظاهر[1] ... الخ ويتخذ الإجراء من وفى مواجهة صاحب هذا المركز. ولكون هذا المركز يشكل صورة غير مكتملة للمركز القانونى، فتنتفى مطابقة الإجراء المتخذ للنموذج الإجرائى الذى حدده القانون سلفاً. ووفقاً لذلك يعد الإجراء المتخذ فى مواجهة صاحب المركز الظاهر معيباً، لعدم مطابقته للنموذج القاعدى المحدد سلفاً.

٨- **تعيب العمل الإجرائى لعدم مباشرته خلال المهلة المحددة قانوناً:** فالمهلة تبدو ضرورية كشكل للعمل الإجرائى[2] إذ بمقتضاها يُفعل هذا العمل كأحد الأعمال المكونة للخصومة فى سبيل الوصول إلى نهايتها[3] فالمهلة أو الزمن كشكل للعمل إذا تحدد بميعاد معين[4] تعين القيام به فى غضونه وبين لحظتين، لحظة البدء dre aque ولحظة الانتهاء dies ad quem[5] ودون أن يكون فى اتخاذ هذا العمل تجاوز لأى من اللحظتين.

واتخاذ العمل الإجرائى فى مهلة محددة وبين لحظتين، كما قد تكون لواجب إجرائى، تكون لاستعمال حق إجرائى، وتحديد المشرع مهلة معينة لاستعمال هذا الحق[6]، يتعين على الخصم مراعاتها، والإخلال بها ومخالفتها[7] يجعل استعمال هذا

---

(١) والمحامى الظاهر هو من يتعامل مع الناس وأمام عملائه بأنه محام يجوز له ممارسة مهنة المحاماة بما تخول له من حقوق ومزايا وأعباء رغم أنه فى الحقيقة ليس كذلك. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٦٤، بند ١٥٣.

(٢) د. فتحى والى: الوسيط ص ٣٦١ بند ٢٢٧. د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٤٠٠، د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٦٠ وما بعدها. د. طلعت دويدار: الوسيط ص ١٤١ د. محمد جمال عطية، رسالة، ص ٢٣١. د. سليمان عبد المنعم: المرجع السابق، ص ٢٤٦، بند ١٤٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية، ص ١١١، بند ٦٣.

(٣) ورغم أن الشكل للعمل الإجرائى، لا يعد عنصر من عناصره، إلا أنه يجب وجوده، ورغم وجوده كظرف يكون خارج العمل الإجرائى، إلا أن الأخير لا ينتج أثره= =القانونى إلا بوجود الشكل. د. إبراهيم نجيب سعد، ص ٦٨٤، بند ٢٧٥. د. أحمد ماهر زغلول: المقال، ص ٦٥، بند ٢٧.
MOREL: op. cit. P. 332. N 414. Solus et PERROT: op. cit. P. 393. N 427.

(٤) وقد يكون ميعاداً مجرداً بغير نظر إلى واقعة سابقة أو لاحقة، وقد يكون يوماً معيناً بالذات مادة ٧ مرافعات راجع المذكرة التفسرية لقانون المرافعات الحالى.

(٥) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٧٢ بند ٨٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ١١١ بند ٦٣ د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٦٨٤ بند ٢٧٥. د. طلعت دويدار الإشارة السابقة.

(٦) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء اقترانه بعنصر المدة الواجب استعماله خلالها بأن الحق الإجرائى لا يكون له وجود دون اقترانه بعنصر المدة الواجب استعماله خلالها، الإسكندرية التجارية ١٩٤٦/٨/١، المجموعة الرسمية، ص ٤٧ رقم ٢٣٥.

(٧) يترتب سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: دراسات ص ١٢٦. مع مراعاة أن هناك حالات يحدد فيها المشرع ميعاداً لاتخاذ الإجراء دون النص على السقوط، وحالات يترتب على مخالفتها للمادة جزاء آخر غير السقوط انظر د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها بند ٢٩ وما بعده.
JAPIOT: (R) Traite étémentaire de Procédure Civile et Commerciale 1939. P. 42 N. 53.
VASSEUR. (M.) Délais Prefixe de Prescription de Lais de Procedure, R.T.D. Civ. 1950 P 443 ets.

الحق غير مطابقاً للنموذج القانونى المحدد سلفاً، مما يترتب عليه تعيب العمل الإجرائى الذى تم اتخاذه، كما قد يتحقق هذا العيب نتيجة عدم التنسيق بين الأعمال الإجرائية.

٩- تعيب العمل الإجرائى المتخذ فى غير الترتيب أو المناسبة المحددة له قانوناً: والترتيب بين الأعمال الإجرائية تحدده فى الغالب طبيعتها[١] وقد يحدده المشرع لرفع بعض الدعاوى، أو للتمسك ببعض الدفوع أو لاتخاذ إجراءات التنفيذ، أو فيما يجب إعماله لبعض أدلة الإثبات.

فقد يوجب المشرع إتباع ترتيب معين لرفع بعض الدعاوى[٢] فيستلزم تقديم طلب رد القاضى قبل تقديم أى دفع أو دفاع مادة ١٥١ مرافعات، وقيام المشرع[٣] بتحديد ترتيب معين لتقديم طلبات رد القضاة، باعتبارها تمثل الأعمال الإجرائية التى حددها القانون لاستعمال هذا الحق. هذا الترتيب قد يكون بوجوب تقديم طلب الرد قبل أى دفع أو دفاع مادة ١٥١/ ١. وقد يتمثل الترتيب فى وجوب تقديم طلب الرد خلال ميعاد معينة، مع احتسابه من واقعة محددة مادة ١٥١/ ٢. وقد يتمثل الترتيب فى القيام بإجراءات تالية فى ميعاد محدد مادة ١٥٤/ ٢ مرافعات.

---

(١) فالأعمال الإجرائية تكون وحدة واحدة هى الخصومة، فهى عناصر عمل واحد، ولكى تكون هذه الأعمال عملاً واحداً لا يكفى أن تجتمع أيا كانت طريقة اجتماعها، بل يجب أن تتسلسل تسلسلاً زمنياً ومنطقياً يؤدى إلى أن يجعل لها معنى مفهوماً، ويساعد على أن تحقق وظيفتها المشتركة، وهى الوصول بالخصومة إلى تطبيق القانون على الحالة المعروضة. هذا الترتيب بين الأعمال الإجرائية تحدده فى الغالب طبيعتها، دون تدخل المشرع للنص عليه. من الواضح مثلاً أن استئناف الحكم يكون بعد صدوره، وأن الدفع بعدم إعلان المدعى عليه، يكون بعد إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة، وإبداء الطلب العارض يكون بمناسبة طلب أصلى مطروح أمام المحكمة ... الخ. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ١٧٤ بند ٨٩. د. فتحى والى: الوسيط، ص ٣٦١، بند ٢٢٧. د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٦٨٤، بند ٢٧٥.

(٢) لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينهما وبين المطالبة بالحق مادة ٤٤ مرافعات نقض ١٩٥٦/٤/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٥١٧ نقض ١٩٧٤/١١/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٥ ص ١١٨٥. كما يجب تقديم الطلب العارض بصفة عامة قبل قفل باب المرافعة مادة ١٢٣، ١٢٦ مرافعات. انظر د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للطلبات العارضة، دار الفكر العربى، ١٩٨٤، ص ١٠ وما بعدها.

(٣) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٥٥ وما بعدها بند ٣٩. د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٢٣٩.
Solus et Perrot: op. cit. P. 676 N 794.

ويحدد المشرع ترتيباً معيناً عند إثارة الخصم للدفوع الشكلية[1] التى يرى من مصلحته التمسك بها. هذا الترتيب قد يكون بوجوب إبداء جميع هذا الدفوع معاً قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى مادة ١٠٨/ ١ مرافعات مصرى ٧٤/ ١ مرافعات فرنسى[2]. وقد يتمثل هذا الترتيب فى وجوب إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً مادة ١٠٨/ ٤ مرافعات. وحيث يكون العمل الواحد قد شابه أكثر من عيب تعين عندئذ إثارة كافة العيوب التى شابت هذا الإجراء دفعة واحدة.

ويحدد المشرع ترتيباً معيناً عند اتخاذ إجراءات التنفيذ، فيوجب على الدائن قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ أن يعلن المدين بالسند التنفيذى، وأن يشتمل الإعلان على تكليفه بالوفاء، وأن تنقضى مهلة معينة من إعلان السند التنفيذى، وتقديم طلب لإجراء التنفيذ مادة ٢٨١ مرافعات ويطلق على هذه الإجراءات مقدمات التنفيذ، هذه الإجراءات وإن كانت لا تعد جزءً من خصومة التنفيذ، إلا أنها تعد ضرورية لاتخاذ إجراءات التنفيذ، ويترتب على عدم اتخاذها بطلان إجراءات التنفيذ[3].

كما أوجب المشرع ترتيباً معيناً، فيما يجيب عليه الشاهد من أسئلة، فنصت المادة ٨٧ إثبات على أنه ".... يجيب الشاهد أولاً عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر ....".

ووفقاً لذلك، متى حدد المشرع، وحتى يضمن تحقيقاً أحسن للغاية من الخصومة[4] ترتيباً معيناً لبعض الأعمال الإجرائية وفقاً لنماذج محددة سلفاً، تعين

---

(١) د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى، ص ٣٤ بند ٣٤، د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ١٨٢ بند ٧٦. د. فتحى والى، د. أحمد زغلول. الإشارة السابقة د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها بند ٤٣ د. أحمد هندى: التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ج٢ ص ٣٤٧ مادة ١٠٨ د. أحمد ماهر زغلول: المقال، ص ٦٧ بند ٢٧.
GIVERDON (C.) La procedure de réglement des éxceptions d'incompétence de Litispendance et de Connexité d'aprés décret N 72 – 684. du 20 Juillet 1972. ENCY. Dalloz ch. XX. 111. p. 171. N 131. CADIET: droit judicaire prive 1994 P. 424. N. 819.

(٢) ما لم ينشأ دفع من الدفوع الشكلية بعد الكلام فى الموضوع، فيجوز التمسك به بعد الكلام فى الموضوع محمد كمال عبد العزيز: التعليق على قانون المرافعات ١٩٩٥ الطبعة الثالثة ص ٦٥٠ مادة ١٠٨.
CADIET: op. cit. P. 424. N 820.

(٣) فى مقدمات التنفيذ انظر د. على هيكل: أصول التنفيذ الجبرى، ص ٢٢٣ وما بعدها بند ١٢١ وما بعده.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.

القيام بهذه الأعمال وفقاً لهذا الترتيب، القيام بها بالمخالفة لهذه النماذج، يجعل ما تم اتخاذه من أعمال معيباً.

فضلاً عن هذا الترتيب، قد يستلزم المشرع اتخاذ إجراء تال له فى ميعاد معين، إذا لم يتخذ الإجراء التالى فى الميعاد المعين له، كان العمل الإجرائى المتخذ فى ترتيبه معيباً، فقد يستعمل الحق الإجرائى فى طلب الرد أو التمسك بالدفع الشكلى فى الترتيب المحدد له، ويكون العمل الإجرائى المتخذ معيباً، إذا لم يتخذ طالب الرد إجراء تال فى ميعاد محدد مادة ١٥٤/ ٢ مرافعات[١]. أو لم يبدى المتمسك بالدفع الشكلى جميع الوجوه التى يبنى عليها هذا الدفع جملة واحدة مادة ١٠٨ مرافعات[٢] يجب إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه خلال ثمانية أيام التالية لإعلانه إلى المحجوز لديه، وإلا أعتبر الحجز كأن لم يكن مادة ٣٣٢/ ٢ مرافعات[٣]. فعدم اتباع الترتيب الذى حدده القانون لاتخاذ الإجراءات، أو اتباعه دون القيام بما يعد من ملحقاته، – القيام بإجراء تال فى ميعاد معين، أو إبداء جميع الوجوه التى يبنى عليه الدفع، أو إعلان الحجز إلى المحجوز عليه – يجعل العمل الإجرائى المتخذ مخالفاً لنموذجه القانونى المحدد سلفاً، مما يتحقق معه العيب الإجرائى.

وقد يستلزم المشرع مناسبة معينة لاتخاذ عمل إجرائى فى غضونها، واتخاذ هذا الإجراء خارج هذه المناسبة يجعل العمل الإجرائى المتخذ معيباً لمخالفته المناسبة التى حددها المشرع سلفاً، مثال ذلك، تدخل من له مصلحة فى الخصومة وفقاً للمادة ١٢٦ مرافعات[٤] رفع المستأنف عليه استئناف مقابل وفقاً للمادة ٢٣٧/ ١ مرافعات[٥]. فكلاً من تدخل الغير والاستئناف المقابل استلزم المشرع لقبولهما إبداء

---

(١) إذا كان القاضى جالساً أول مرة لسماع الدعوى فى حضور الخصم جاز رده بمذكرة تسلم لكاتب الجلسة مع تأييد الطلب بقلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر وإلا سقط الحق فيه مادة ١٥٤ مرافعات.

(٢) وجوب إبداء وجوه الدفع الشكلى وأسبابه معاً قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٨٥ وما بعدها، بند ٧٨ ومابعده، نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ق، مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٢٤٠ ج٢. نقض ٢٠٠٢/٢/١١ طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ ق المحاماة ٢٠٠٣، العدد الثالث ، ص ٩٨.

(٣) د. على هيكل: أصول التنفيذ الجبرى ص ٢٩٩ وما بعدها بند ١٦٥.

(٤) نقض ١٩٧٥/٢/١٢ مجموعة الأحكام، السنة ٢٦، ص ٣٦٤ نقض ١٩٦٥/٣/٤، مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٢٨٢. نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٩٠٤.

(٥) نقض ١٩٦٤/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ١٢٤٨.

كل منهما قبل قفل باب المرافعة[1]، واتخاذ أيهما فى غير المناسبة المحددة سلفاً يجعل الإجراء المتخذ معيباً لمخالفته النموذج القانونى المحدد سلفاً.

١٠- تعيب العمل الإجرائى المتخذ بالمخالفة للمكان المحدد قانوناً: ينظم القانون بالنسبة لبعض الأعمال الإجرائية المكان الذى يجب أن يتم فيه[2] كوجوب تسليم الأوراق المطلوب إعلانها فى موطن الشخص المراد إعلانه بها مادة ١٠ مرافعات. أو وجوب إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى مادة ٢١٣/ ٣ مرافعات. أو وجوب أن يتم الحجز فى مكان المنقولات المحجوزة مادة ٣٥٣ مرافعات. كما أن هناك بعض الأعمال تحدد طبيعتها المكان التى تتم فيه[3] كوجوب إجراء المعاينة فى المكان المراد معاينته مادة ١٣١ إثبات.

وتحديد القانون، أو طبيعة العمل المراد اتخاذه فى مكان معين، وإن كان يعد ظرفاً يتم فيه العمل الإجرائى، فهو يعتبر فى نفس الوقت شكلاً لهذا العمل، لكى يرتب هذا العمل آثاره القانونية[4].

واتخاذ العمل الإجرائى بالمخالفة للمكان المحدد قانوناً، أو التى تفرضه طبيعة هذا العمل، يؤدى إلى تعيب هذا العمل، ولا ينتج آثاره. بل قد لا يقتصر العيب الإجرائى على العمل المتخذ وحده بالمخالفة لنموذجه القانونى. بل قد يجعل العمل السابق عليه غير ذى فائدة[5] ويؤثر على الأعمال الإجرائية اللاحقة عليه[6] والتى

---

(١) د. وجدى راغب مبادئ ص ٥٧١، ص ٧٥٨. د. أحمد هندى: قانون المرافعات، ص ٢٤٥، بند ١٤٤، ص ٦٠٩، بند ٣١٦. د. على هيكل: شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العمانى، ٢٠١٢، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٥٦، بند ١٧٠، ص ٧٢١ وما بعدها بند ٣٢٢.

(٢) للمكان أهمية قانونية، بل تزداد هذه الأهمية فى قانون المرافعات. فى أهمية المكان وتطبيقاته المواد ١٠، ١، ٢١٣/ ٣، ٢١٤/ ١، ٣٥٣، ٤٩، ٥٠/ ٢ مرافعات المادة ٥٥٩ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩، المادة ١٣١ إثبات، المادة ٢٥٠، ٣٤٧/ ٢ مدنى. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الوضع الظاهر ص ١٠٧ – ١٠٩ بند ٩٨ وما بعده.

(٣) فالأحكام يجب أن تصدر فى الجلسة، والأعمال الإجرائية التى توجه إلى المحكمة تتم بطبيعتها فى المحكمة، ولا يستثنى من هذا إلا أن يوجد نص يجيز القيام بها فى مكان آخر، ومثال ذلك، نص المادة ١٢٦ إثبات التى تقضى بانتقال المحكمة أو ندب أحد القضاة لتحليف من وجهت إليه اليمين الحاسمة، إذا كان لديه عذر يمنعه من الحضور. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ١٧١ بند ٨٨، د. فتحى والى: الوسيط ص ٣٦١ بند ٢٢٧ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٢٠ بند ٧٠.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. إبراهيم نجيب سعد ص ٦٨٢ بند ٢٧٤ د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١١٩ – ١٢١ بند ٦٩ – ٧٢، الهدر الإجرائى واقتصاديات الإجراء الطبعة الأولى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٨٠ بند ٤٤، د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائى. المقال، ص ٦٥، بند ٢٧.

(٥) انظر فيما يلى بند ٧١

(٦) انظر فيما يلى ص ٢٤٧ ومابعدها.

يعتبر العمل المعيب مفترضاً لصحتها، فيلحق العيب الإجرائى بالأعمال الإجرائية اللاحقة، لتصبح معيبة هى الأخرى. فاتخاذ العمل الإجرائى بالمخالفة للمكان المحدد لاتخاذه، يعيب هذا العمل، بل ويعيب الأعمال اللاحقة عليه والمرتبطة به ارتباطاً قانونياً.

١١- **تعيب العمل الإجرائى للتجهيل الإجرائى به**[١]: حالة أن يستوجب القانون ذكر بيانات معينة فى الورقة القضائية، فأنه يضع للإجراء المحتوى على هذه البيانات هدف معين، يتعين التوصل إليه بواسطة هذه البيانات، مثال ذلك المادة ٩ مرافعات التى أوجبت أن تتضمن ورقة الإعلان[٢] اسم طالب الإعلان ومهنته أو وظيفته وموطنه، واسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه. أو اسم من يمثلهم ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ... الخ فإذا كانت الورقة المعلنة صحيفة دعوى، فقد استهدف المشرع من ذلك التعرف بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة فى الدعوى، تعريفاً نافياً للجهالة أو اللبس حتى لا يكتنف الغموض شخص المدعى عليه. ولذا لا يؤثر النقص أو الخطأ فى بيان طالب الإعلان والمعلن إليه طالما أنه لا يؤدى إلى التجهيل بأسماء وصفات من تردد بينهم الخصومة فى الدعوى[٣].

---

(١) أما التجهيل القانونى للحقوق والمراكز الموضوعية، يقوم حيث يكون ثمة تعارض بين الرأى الذاتى للشخص وبين حقيقة ما ينص عليه القانون. فالرأى الذاتى يتحقق غايته فى اليقين القانونى طالما لم يلقى هذا الرأى شيئاً يتعارض معه، أما حيث يصطدم بأى ظاهرة تتعارض معه فأنه يفقد صلاحيته لتحقيق هذا اليقين. ويقابل هذا العارض ويتناسب معه ما يعرف بالحماية الموضوعية، فالقضاء الموضوعى هو الأداة القضائية لليقين القانونى. انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٩٨ وما بعدها، مبادئ ص ٥٠ وما بعدها. د. فتحى والى: الوسيط ص ١١٤ وما بعدها بند ٦٦. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية دار النهضة العربية ص ١٥ – ٤٦ بند ٤ – ٢٥ د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ١٠ وما بعدها. د. طلعت دويدار: الوسيط ص ٣٤ د. محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى ص ٥١ وما بعدها بند ٦٤ وما بعده.

Solusat Perrot: op. cit. P. 449 ets N 488 ets
VIZIOZ: op. cit. P. 588 ets Normand: op. cit. Thés P. 4. N. 4. Abdel Khalek Omar: op. cit. P. 106.
TERRE (F.) action en Justice. Jur. Class. Pr,. Civ. 1987 Fasc. 125. P. 2 etss N 4 etss.

(٢) وتعدد بيانات الورقة القضائية إلى أنواع مختلفة يهدف كل منها إلى تحقيق غاية فرعية خاصة به، ويتكون من مجموع هذه الغايات الفرعية، الغاية العامة لإعلان الورقة القضائية. انظر: د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٤٤ وما بعدها بند ٢٢ وما بعده. د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان المقال ص ٨٤ وما بعدها بند ٤١ وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٥٧ وما بعدها بند ٨٨ وما بعده. وفي تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٩/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٣٠٣ نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١٢١٦، نقض ١٩٧٠/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١٢١٦، نقض ١٩٧٠/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٨٧. نقض ١٩٨٩/٦/٢٢ الطعن رقم ٧٦٦ لسنة ٥٣ ق.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا يعيب الإعلان ما عساه أن يقع من خطأ فى اسم الممثل الحقيقى للشخص الاعتبارى، وصفة من يمثله" نقض ١٩٦٦/٥/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٢٣٦. نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة

وإذا رتبت المادة ١٩ مرافعات بطلان الإعلان جزاء على النقص أو الخطأ في أسماء المعلن والمعلن إليه وصفاتهم[١] فأنما قصدت[٢] النقص أو الخطأ الجسيم الذى يترتب عليهما التجهيل بأطراف من تردد بينهم الخصومة فى الدعوى، وإدخال اللبس فى التعريف بأشخاصهم وصفاتهم، وعلى نحو لا يستطيع أن يفهم منه أسماء وصفات الخصوم، مما يؤدى إلى تخلف الهدف أو النتيجة التى يرد تحقيقها من هذا العمل محل الاعتبار.

والتجهيل الإجرائى على هذا النحو يقصد به[٣] حالة أو وضع يثور حينما يتخذ عمل إجرائى أمام القضاء، ويكون هذا العمل معيباً بعيب إجرائى، يؤدى إلى حدوث التشكيك أو الغموض فى حقيقة المدلول الذى يشير إليه هذا العمل الإجرائى[٤]. هذه الحالة[٥] أو هذا الوضع ينشأ ويتولد ليس من نفسه، أى أن التجهيل لا يولد نفسه بنفسه، بل أنه ينشأ من اتخاذ عمل إجرائى غير مطابق لنموذجه القانونى، ويكون من شأن عدم مطابقته أن يولد تعتيم أو تجهيل أو شك أو لبس فى حقيقة العمل الإجرائى أو فى حقيقة دلالته على المقصود منه[٦].

---

٢١ ص ١٢١٦. نقض ١٩٧٠/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٨٧. نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٤٨٢.طعن عمانى رقم ٢٢١ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٩ مجموعة الأحكام التى قررتها المحكمة العليا السنة ٧ ص ١٠٨٣ طعن عمانى تجارى رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٤ المجموعة السنة ٩ ص ٤٠١.

(١) وإذا كان بطلان خاص مقرر لمصلحة المعلن إليه، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، ذلك عدا توقيع المحضر الذى يؤدى تخلفه إلى بطلان الإعلان بطلانا عاماً. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤١٧.

(٢) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٢٣ بند ١٢. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض مدنى ١٩٦٩/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٣٦٨. نقض مدنى ١٩٧٨/١١/١١ طعن ١٩ لسنة ٤٦ق نقض ١٩٨١/٣/٣١ طعن ٦٥٣ لسنة ٤٧ق نقض ١٩٩٢/٥/١٣ طعن ٢٣٨ لسنة ٥٦ق. طعن عمانى رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/١/١٨ المجموعة السنة ٢٠٠٥ ص ٢٥٤.

(٣) د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص ١٠، ٢١، ٢٥، ٢٩.

(٤) والتجهيل الإجرائى يختلف فى مفهومه ومصدره عن الجزاء الإجرائى، وعن البطلان، وعن الانعدام، وعن التكييف القانونى، فى التمييز بين التجهيل الإجرائى وعما قد يختلط به من أفكار أخرى انظر د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٢ – ٢٩ بند ١١ – ١٥.

(٥) أو ظاهرة التجهيل الإجرائى تظهر فى جميع الأنظمة الإجرائية فى قانون المرافعات، فتظهر فى نظام الدعوى القضائية، وفى نظام الخصومة المدنية، وفى نظام الإعلان القضائى، وفى نظام الحكم القضائى. وفى تطبيقاتها فى هذه الأنظمة انظر المواد ١٢، ١٣، ٦٨/ ٣، ٧٠، ٨٥، ١١٤، ١٧٨ مرافعات. فى تفصيل ذلك انظر د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٣١ – ١٦٩ بند ١٧ – ١٠١ د. أحمد مسلم أصول ص ٤٦٧ بند ٤٣٣، ص ٤٧١ بند ٤٣٦. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٤ بند ٦٥، ص ١٤٦ وما بعدها حاشية.
ولذا تتعدد مصادر التجهيل الإجرائى، فقد يصدر من الخصوم أثناء تحريرهم لأوراقهم القضائية، كذلك قد يصدر ممن يمثلهم، ومن أعوانهم، وقد يصدر التجهيل من القاضى فيما يتخذه من أعمال إجرائية، وفيما يصدره من قرارات قضائية وأحكام، وما قد يأمر به من أوامر، وقد يصدر من أعوان القاضى كالكتبة والمحضرين والخبراء، وأخيراً قد يصدر التجهيل الإجرائى من المشرع نفسه كما فى نص المادة ٢٠، ١١٨ مرافعات. فى تعدد مصادر التجهيل الإجرائى انظر د. نبيل عمر: ص ١١ وما بعدها بند ٦ وما بعده.

(٦) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٩ بند ١٥، ص ١٧١ بند ١٠٢.

فالتجهيل الإجرائى عيب مشتق من تعيب أو عيوب إجرائية قائمة[1]. يوضع التجهيل، العمل الإجرائى المعيب فى حالة من التعتيم والشك والتجهيل تمنع هذا العمل من توليد آثاره التى كان من الممكن أن يولدها لو كان خالياً من العيب. فالتعتيم والشك والتجهيل الذى يلحق بالعمل الإجرائى المعيب، يجعل من هذا العيب عيب إجرائى مركب، مبناه من العيب الذى لحق بالعمل الإجرائى المتخذ بالمخالفة لنموذجه القانونى، ومن التعتيم أو الشك الذى يلحق بهذا العمل المعيب نتيجة التجهيل به، بحيث لا يستطيع فهم حقيقة المقصود من هذا العمل، ولكون التجهيل الإجرائى عيب مشتق من عيب إجرائى قائم، فهو يرتبط بالأخير وجوداً وعدماً.

وعلى الرغم من اعتبار التجهيل الإجرائى يعد عيب مشتق من عمل إجرائى معيب، فقد لا يكون هذا العمل نفسه معيباً من الأصل، ومع ذلك يؤدى إلى التجهيل، فيصبح هذا العمل معيباً بعيب التجهيل الإجرائى، ويكون متى تولد عن الإجراء المتخذ تعتيم أو تجهيل أو لبس فى حقيقة هذا الإجراء، كالتجهيل[2] بالمدعى، كما لو أقيمت الدعوى ممن يسمو ورثة .... دون بيان أسمائهم بالصحيفة، مما يعيب العمل الإجرائى المتخذ بالتجهيل، على الرغم أن هذا العمل لم يكن معيباً من الأصل. فالتجهيل الإجرائى وإن كان فى الغالب يعد عيباً مشتق من عمل إجرائى معيب، فقد يشكل التجهيل عيب إجرائى، دون أن يكون مشتق من عمل إجرائى معيب، إذا ما اتخذ الإجراء بشكل مجهل، ولا يوضح حقيقة المقصود، وعلى نحو يخالف النموذج القانونى المحدد سلفاً.

١٢- التقدير القضائى للعيب الإجرائى: والتقدير القضائى سواء كان حال أو مستقبلى[3] هو فكرة وظيفية لها استخدامات متعددة[1] ومن بين استخداماتها فى نطاق

---

(١) بمعنى أن عيوب العمل الإجرائى أو عيوب أحد ظروفه وعناصره التى قد توجد. هى التى ينشأ عنها التجهيل الإجرائى، أى العمل أو البيان المعيب إذ يخلق التجهيل. فالتجهيل هو مخلوق وليس هو نفسه الذى ينشأ منه العيب، بل هو دالة على وجود العيب الذى لا يجعل العمل الإجرائى صالحاً لتحقيق أهدافه. د. نبيل عمر: ص ١٦ بند ٧.

(٢) طعن عمانى رقم ٢٩٨ لسنة ٢٠٠٩ تجارى جلسة ٢٠١٠/١/٢٠ المجموعة السنة ١٠ ص ٨٢٢ نقض مصرى ١٩٦٩/١٢/٢٣ طعن ٣٤١ لسنة ٣٥ق مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٢٩٦ نقض مصرى ١٩٦٢/٣/٢٩ طعن ٢٥١ لسنة ٣٦ق.

(٣) والتقدير القضائى المستقبلى عبارة عن تحليق القاضى بذهنه فى المستقبل المنظور لمعرفة الحل الذى يعطيه القانون لمسألة من المسائل المتنازع عليها، وذلك قبل الفصل فى موضوعها، إذا كان يترتب على هذا الحل إمكانية نظرها أو

التقدير الحال، التقدير القضائى للعيوب الإجرائية، ويقصد به النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى فى الواقع محل العمل الإجرائى المعيب والمطروح عليه، واستنباط القاضى للعناصر التى تدخل هذا الواقع فى نطاق القاعدة القانونية الإجرائية المحددة سلفاً.

ويبدأ القاضى تقديره للعيب الإجرائى، بالتقرير القضائى[٢] declaration judiciaire. ومقتضاه يكون للقاضى سلطة التثبت من عناصر العمل الإجرائى المطروح أمامه، واستبعاد العناصر الواقعية غير المنتجة فيه أو غير المتعلقة به، وغير الجائز إثباتها، واستبقاء بقية العناصر الأخرى، كما طرحها الخصوم وأثبتوها.

فالتقدير القضائى يسبقه تقرير قضائى، والأخير لازم لضبط الأول، بحيث يتم القيام به على وجه سليم لأن التقدير القضائى إذا ما بنى على تقرير قضائى سليم. فمعنى ذلك أنه سيبنى على وقائع متعلقة بالعمل الإجرائى ومنتجة فيه وجائز إثباتها[٣]، لينتقل القاضى من تحديده لهذه الوقائع من خلال تقريره لها إلى تقديرها، أى من تقريره للوقائع إلى تقديرها، لأن هذه الوقائع من خلال تقديرها تشكل العنصر الأول لمادة النشاط القضائى محل التقدير[٤].

عدم إمكانية ذلك. أو إجابة المدعى إلى ما يطلبه أو عدم إجابته أو قبوله هذه المسألة أو عدم قبولها، وذلك بسبب استحالة منطقية أو قانونية لمعرفة ذلك فى الزمن الحالى. فى ماهية التقدير القضائى المستقبلى وتحديد عناصره انظر: د. نبيل عمر: التقدير القضائى المستقبلى فى قانون المرافعات، ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ص ١٣ وما بعدها بند ٤ وما بعده. مع ملاحظة أن غالبية أحوال التقدير القضائى المستقبلى تكون قائمة فى نظرية الحماية القضائية الوقتية، حول نطاق إعمال هذا التقدير انظر د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص ٢٧ بند ١٣.

(١) فى نطاق سلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات، وجوهر هذه السلطة وأسانيدها: انظر: د. نبيل عمر: سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية ص ٩٩ وما يليها بند ٢٢ وما يليه د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٣٢ وما بعدها. د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكيف ص ١٩٠ وما بعدها.
Morel: op. cit. P. 440 ets N 559 ets.
GLASSON, TISSER et MOREL: Traite Théaritque et pratitique d'organisation judiciaire de Compélence et de pracédure civile T. 3. 1929. P. 40 N 477 ets NORMAND: Thés. P. 144. N 156.

(٢) د. نبيل عمر: التقدير القضائى المستقبلى ص ٢٢ وما بعدا بند ١٠، ١١، امتناع القاضى عن القضاء بعمله الشخصى فى قانون المرافعات منشأة المعارف ١٩٨٩ ص ٣٥ بند ٢٧ د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٨ بند ١٣٠.

(٣) ورغم أهمية التقرير القضائى للتقدير القضائى، كمقدمة لازمة لضبط الأخير، فالتقرير يعتبر عنصراً خارجياً عما يتم تقديره، وبناء على ذلك فهذه السلطة لا تعتبر أحد عناصر التقدير القضائى بالمعنى الفنى، وإنما هو نشاط أشبه بالعنصر الكيماوى الذى يضاف إلى المحلول المركب، فيساعد على إحداث تفاعل معين دون أن يتفاعل هو نفسه، بل يبقى على حاله د. نبيل عمر: التقدير القضائى المستقبلى ص ٢٤ بند ١١.

(٤) د. على هيكل: المرجع السابق ص ١٣٨ بند ١٣٠. د. إبراهيم نجيب سعد. قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف ص ٦٣. د. نبيل عمر: امتناع القاضى ص ١١٢ بند ٨٣ د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون المقال ص ٣٧.

والعنصر الأول لمادة النشاط القضائى، يتولى القاضى تقديره من خلال مجموعة الأنشطة الذهنية التى يقوم بها القاضى فى مرحلة التقدير وفى هذه المرحلة يعقد القاضى مقارنة[١] بين الواقعة المتخذة مع القاعدة النموذجية المحددة قانوناً سلفاً، ومدى التطابق بينهما.

والقاضى وهو بصدد عقده لهذه المقارنة أو المطابقة، يلجأ إلى الوسائل القانونية[٢] لأنها وعلى تعددها يستهدف بها الوصول إلى حقيقة المطلوب. وبصفة خاصة الوسائل المنطقية من أسس وبناءات[٣]. ليدرك القاضى بها[٤] التقدير القضائى، ومن ثم التكييف الذى يتفق وصحيح القانون[٥].

ومؤدى ذلك، أن القاضى يقوم من خلال تقديره باستخلاص الضابط أو المعيار العام المجرد لضبطه وتحديده عن طريق تخليص الوقائع المادية المقدمة لديه من ذاتيتها الشخصية المحضة، لتصبح واقعاً خالياً من هذه الصفة، وذلك بإجرائه لمجموعة من العمليات المنطقية السريعة والتى تعتمد على خبرته[٦]. ثم يقارن أو

RortonDi (M.) Consideration "Fait et droit R.T.D. Civ. 1977. P. 4. MARRIN: Préc. N. 31. NORMAND: obs. R.T.D. Civ. 1988. P. 809.

(١) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٨ بند ٢. د. نبيل عمر: قانون أصول المحاكمات المدنية منشورات الحلبى الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ص ٤٢٦ بند ٢٠٣. امتناع القاضى عن القضاء ص ٣٦. د. على هيكل: الإشارة السابقة. د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٢) وذلك من حيل وافتراض وقرائن ومعايير قضائية، ونمط قانونى د. نبيل عمر: سلطة القاضى التقديرية ص ١٤٢ – ١٥١ د. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضى المدنى، ١٩٨٨.

(٣) هذه الأسس والبناءات تكمن فى مصطلحات أربعة: أولها: المبادئ le Principes ويقصد بها مجموعة الوقائع. وتعتبر لسان أو لغة المنطق سواء كانت مطلقة أو نسبية لتساهم فى تكون وإدراك القاضى لدفعه وإرشاده للحل الواجب الإتباع. وثانيها: النظريات les Théaries وهى مجموعة الأفكار العلمية ذات المعنى الشمولى والمجرد، والتى تساهم مع القاضى بدور فعال فى تكوين فهمه والتى بها يهبط إلى الفكرة. ثالثها: الفكرة Nation وهى الوسيلة الفكرية أو الذهنية التى يتخذها القاضى كأساس فى بحثه. فالفكرة تعرض أساساً كحقيقة وظيفية وتجمع خصائصها وتعممها يؤدى إلى وجود النظرية، وذلك من خلال تقسيمها إلى مجموعات، وما يجب أن تحتويه وحسب آثارها القانونية لتأتى المجموعة المحددة. وأخيراً: المجموعات Les Categaries هى الحلول التى استهدفها القاضى من تقديره للوقائع المطروحة لديه وفقاً للقاعدة القانونية المنظمة لما طرح أمامه. فى تفصيل ذلك انظر د. أحمد محمود سعد: المرجع السابق ص ٢٧٠ – ٢٧٢ بند ٩١.

(٤) لكون النظريات الإجرائية تثير هى الأخرى النظرية العامة للقانون، فيستعين بمنطق وأدوات وأفكار هذه النظرية، لتصبح الفكرة الإجرائية محل التقدير أكثر إحاطة بالظاهرة القانونية لكل فروعها. د. وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٥ العدد الأول يناير ١٩٧٣ ص ١٦٨. د. السيد عبد الحميد فوده ، تطور القانون، ص ١١٤ ومابعدها.

(٥) ذلك لأن الالتزام بأصول علم المنطق، ومناهجه فى الاستقراء والاستنباط والقياس هو أساس الاستدلال الصحيح فى التكييف. انظر د. على هيكل: المرجع السابق، ص ١٣٧، ١٣٨ بند ١٢٩ والحكم المشار لديه نقض جنائى ١٩٩٥/١١/٢١ طعن ٩٠٥٤/ ٦٣ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ي١٢٣٢ قاعدة ١٨٤.

(٦) وفى ذلك يمكن للقاضى أن يعتمد على معلوماته الشخصية، لأنه يفترض فيه العلم بالقانون، والالتزام بطبيعته، ولا يعد هذا البحث ممنوعاً أو محظوراً عليه، لأنه ليس من قبيل المنع من القضاء بالعلم الشخصى للقاضى، فهذا الأخير يسمح له بالقضاء بالعلم الشخصى فى مسائل القانون، وليس من مسائل الواقع د. نبيل عمر: دراسات فى قانون المرافعات ٢٠٠٨ الطبعة الأولى دار الجامعة الجديدة ص ٥٤ وفى الفقه الإسلامى "القاضى مأمور بالنظر" أى عليه أن يعمل ذهنه لتأدية

يطابق هذه الوقائع المكونة للعمل الإجرائى المتخذ بالنموذج القانونى المحدد سلفاً، ووفقاً للضوابط والمعايير المحددة التى يعتنقها المشرع الإجرائى.

وضابط أو معيار القاضى فى تقديره للعيب حالة إجراء المقارنة أو المطابقة، ليس هو التقدير المقيد[١] وإنما التقدير المرن للعيب[٢] ويتميز هذا النوع من التقدير، بأن التقييد يرد على الواقعة التى يترتب عليها وقوع العيب الإجرائى، والتى تخضع لتحديد النص القانونى. أما المسلك أو الفعل الذى يتحقق به من هذا العيب، فأنه يترك لتقدير القاضى، وهكذا يرد التقييد على جانب والتقدير على الجانب الآخر.

والمشرع إذ يلجأ إلى تقييد القاضى بمعيار معين، فيجب على القاضى أن يستند إليه وهو بصدد تقديره للعيب الإجرائى: بحيث لا يكون بمقدوره الاستناد إلى معيار آخر، وفى هذه الحالة يكون القاضى ملزم بتقدير العيب طبقاً لهذا المعيار المحدد قانوناً[٣].

وباستخلاص القاضى للواقعة الأساسية من الوقائع المطروحة أمامه، ووفقاً لضابط معين، يتكون لديه الواقع وهو إحدى عنصرى النشاط التقديرى للعيب الإجرائى، لينتقل منه القاضى، وبدون فارق زمنى إلى ترجمة هذا الواقع المختار إلى فكرة قانونية إجرائية، ليكتمل العنصر الثانى لمادة هذا النشاط، هذا العنصر يتمثل فى التكييف القانونى للواقعة محل العيب[٤].

عمله على النحو المطلوب منه، إذ ذلك جزء من عمله، وذلك فى مرحلة الدعوى، المبسوط للسرخسى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦، ١٧/ ٤٦.

(١) والقاضى ليس حراً فى التقدير المقيد فى أن يريد أو لا يريد وفقاً لتقديراته للعدالة والملائمة، وإنما هو يقدر فعلاً ما يريده المشرع، ويقوم بعمليات منطقية أو تقديرات فنية كتقديره لقيمة الدعوى وفقاً للقواعد التى يرسمها قانون المرافعات المواد ٣٦ – ٤٠ والقاضى فى ذلك ليس حراً فى التقدير، وإنما يلتزم بالمعايير الاقتصادية التى يحددها القانون. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٤٢ د. إبراهيم النفياوى: مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٦٩٥ وما بعدها د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة ص ٥٢٥ وما بعدها. والأحكام المشارة لديه: طعن ٣١٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٧ – الطعن ٩٧٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/١١/١٨.

(٢) د. إبراهيم النفياوى: ص ٦٩٨ وما بعدها. د. أيمن رمضان: المرجع السابق، ص ١١٥.

(٣) د. إبراهيم النفياوى: المرجع السابق ص ٦٩٨ وما بعدها.

(٤) د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٩ بند ١٣١.

والتكييف القانونى[1] هو ترجمة الواقع الثابت الذى اختاره القاضى من بين ما عرض عليه من وقائع بشأن العمل الإجرائى المتخذ إلى فكرة قانونية إجرائية Nation jurdique هذه الفكرة هى ما توصل إليها القاضى نتيجة عدم المطابقة بين العمل الإجرائى المتخذ مع النموذج القانونى المحدد سلفاً، ليتحقق القاضى ومن تلقاء نفسه من واقعة العيب الإجرائى، رغم عدم تعلق هذه الواقعة بالنظام العام[2] لكون العمل الإجرائى اتخذ بالمخالفة لمركز قانونى إجرائى أو بالمخالفة للزمان والمكان أو الترتيب أو لمناسبة معينة، أو بشكل يؤدى إلى التعتيم والتجهيل بهذا العمل الإجرائى، على نحو لا يفهم مقصوده أو حقيقة مرماه.

ومع الاعتراف للقاضى بسلطة التقدير والكشف عن العيب الإجرائى، ومن تلقاء نفسه رغم عدم تعلق الواقعة بالنظام العام، إلا أن هذه السلطة تقف عند هذا الحد ولا تتعداه. ليقف القاضى بالعيب الإجرائى عند حد الكشف عنه وتقديره، متى تعلق العيب الإجرائى بالمصلحة الخاصة، ولو تحققت واقعة العيب الإجرائى بقوة القانون، حالة حدوث واقعة من الوقائع القانونية المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء[3]. فالقاضى لا

---

(١) د. محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق ص ٥٩ وما يليها. د. عزمى عبد الفتاح: المقال ص ٢٤ وما بعدها. د. نبيل عمر: دراسات فى قانون المرافعات، ص ٥١ وما بعدها. د. على هيكل الإشارة السابقة. نقض ٢٠١٢/٦/٩ طعن رقم ٦١٧١ لسنة ٨١ ق (بوابة محكمة النقض).

Rotondi: Préc. P. 14. N 9. NABIL OMAR: La Cause de la demande en justice. Thés. Bordeaux 1977. P. 88 ets.

(٢) ومقتضى ذلك أن الخصوم بطرحهم لوقائع العمل الإجرائى أمام القاضى، إنما يطلبون الفصل فيه طبقاً لأحكام القانون، والواجب على القاضى أن يبحث ومن تلقاء نفسه عن الحكم القانونى المطبق على الواقع المطروح، لأن الدعوى ككل وكما قيل وبحق ليست مجرد صراع بين طرفيها لا يتدخل القاضى فيها قبل إعلان قراره، وإنما بات دور القاضى أكثر إيجابية، فله أن يأمر بما يراه طالما لم يخرج عن ما قدم إليه من وقائع،= =لأن فى تقييده بهذه الوقائع لا يكون هناك ضرر من أن يؤدى دوره الإيجابى إلى الخروج عن مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة متى التزم القاضى باحترام مبدأ المواجهة". انظر: د. على هيكل: المرجع السابق ص ١٥٣ بند ١٤٤. د. عبد الباسط جميعى: الفلسفة الاشتراكية فى قانون المرافعات. مصر المعاصرة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع السنة ٥٦ يوليو ١٩٦٥ العدد ٣٢١ وما بعدها.

NORMAND: Thé. P. 179. N 188 ets. TRISSIER (A.): Le Contenu de Code Précédure civile, et les projets de réforme. R. T. D. Civ. 1906. P. 652. HEBRAUD: obs. R.T.D. Civ. 1973. P. 299. et. P. 182. N 19d4. MOREL: op. cit. P. 373 ets N 471.

وتدخل القاضى بصدد الوقائع المطروحة أمامه، والتى لم يثيرها الخصوم صراحة، فذلك لوجود قاعدة قانونية، يتعين عليه لوجودها البحث عن مراكزها الواقعية فعلا للتعرف عليها والقضاء بها، وليس لتعلق القاعدة بالنظام العام، فتعلقها أو عدم تعلقها بالنظام العام ليس هو الضابط الذى عليه يقدر القاضى العيب الإجرائى، وإنما لإعمال صحيح القانون انظر د. عزمى عبد الفتاح: المقال ص ٢٢. د. على هيكل ص ١٥٢ وما بعدها، بند ١٤٤، د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٢٤ وما بعدها بند ١٨٩ وما بعده.

(٣) انظر فيما يلى بند ٤٨ ومابعده.

يستطيع أن يقرر الجزاء إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة، وحيث لم يتمسك بالعيب الإجرائى، فيظل قائماً، ولا يقوى الجزاء على إزالته.

المبحث الثانى

الإجراءات المعيبة القائمة ومفترض صحتها

١٣- تمهيد:

تقدير القاضى للعيب الإجرائى المتعلقة بالمصلحة الخاصة، دون تقريره، طالما لم يتمسك به صاحب المصلحة، يبقى على العيب الإجرائى قائماً، ودون أن يقوى الجزاء على إزالته. وبقاء الإجراء المعيب قائماً، فأنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح، لأن الأصل فيما تم اتخاذه من إجراءات تعد صحيحة إلى أن يتقرر تعيبها بحكم، ومن ثم تنتج كافة آثار الإجراء الصحيح، وذلك عن طريق أدوات رصدها المشرع لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب ممثلة فى فكرتى الافتراض والوضع الظاهر باعتبارهما أكثر هذه الأدوات شيوعاً واستخداماً ، فى مطلبين نستعرض ذلك:

المطلب الأول: الأصل صحة الإجراء المعيب ما لم يتقرر تعيبه.

المطلب الثانى: رصد فكرتى الافتراض والوضع الظاهر كأدوات لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب.

المطلب الأول

الأصل صحة الإجراء المعيب ما لم يتقرر تعيبه

١٤- إذا كانت القاعدة أن ما تم اتخاذه من إجراءات تعتبر صحيحة إلى أن يحكم ببطلانها[١] فيكون الأصل فى هذه الإجراءات هى الصحة[١]. ومن

---

(١) فى هذه القاعدة ومبرراتها انظر: د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٥٥٢ وما بعدها بند ٣١٣ وما بعده. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع ص ١٨٦ وما بعدها بند ٨٠، د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٤ وما بعدها بند ١١ وما بعده. د. وجدى راغب: دراسة فى مركز الخصم ص ٨٩ وما بعدها بند ٤٢. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢١ وما بعدها بند ٦. د. الأنصارى النيدانى: العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك به. دار الجامعة الجديدة، ص ٢٠٦ ومابعدها.

Solus et Perrot: op. cit. P. 388. N 419. Vincent et Guinchard:: op. cit. P. 486 N. 713. Tomosin: Préc P. 13 N 50. Cadiet: op. cit. P. 464. N. 882.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١١٨٥ نقض ١٩٧٣/٥/١٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٤٨. نقض ١٩٦٧/١/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٠٤. نقض ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٦٢٢.

Coss. Com. 1950. S – 1 – 29 et R.T.D. Civ. 1951. P. 292.

منطلق هذه القاعدة، وهذا الأصل تتجه التشريعات الحديثة بوضع قيود لتفادى الحكم بالجزاء[٢] إما بالنظر إلى العيب[٣] وإما بالنظر إلى الجزاء. وبصدد الأخير رصد المشرع مجموعة من الوقائع القانونية[٤]، والتى بتحقق واقعة واحدة منها يضعف المشرع بمقتضاها الجزاء الإجرائى فى مستهل تكونه، على نحو لا يقوى على إزالة العيب الإجرائى، فيبقى على هذا العيب قائماً، يستوى فى الإجراء المعيب أن يكون قد اتخذ من أو فى مواجهة الخصم صاحب المركز القانونى، أو أن يكون قد اتخذ بواسطة أو ضد الخصم صاحب المركز الفعلى أو الواقعى[٥].

وبقاء العيب الإجرائى قد يكون بقوة القانون، وقد يكون بقاء هذا العيب لعدم تمسك الخصم صاحب المصلحة به، وفى الحالتين لا تستطيع المحكمة إثارة هذا

---

(١) فى صحة الإجراءات المعيبة ما دام لم يتم تقريرها: انظر فى هذا المعنى. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٣٣ وما بعدها بند ١٧٤ وما بعده. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٣٦ بند ٩. د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٧٦٣ وما بعدها بند ٣٠٦ د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية رسالة القاهرة ١٩٥٩ ص ٣٦٦ بند ٢٨٧. د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض فى قانون المرافعات ١٩٩٨ دار النهضة العربية ص ٢٦٢ وما بعدها بند ٢٣٥ وما بعده.د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق، ص ٢٠٧ ومابعدها.وفى تطبيق ذلك انظر: طعن إيجارات رقم ٣٩١ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١١ المحاماة ٢٠٠٣ العدد ٣ ص ٩٧. نقض ١٩٩٣/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ١١٨ نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٧٩٣ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٩١/١٢/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٨٢٣ نقض ١٩٨٤/٣/١٩ طعن ٣٦ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٧١٦. نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن ١٩٩ لسنة ٤٣ق نقض ١٩٧٥/٨/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٤٧٤. نقض جنائى ١٩٦٩/١٢/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٤٧٩ طعن تجارى عمانى رقم ١ي٣٣ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠٠٩/١١/٤ مجموعة الأحكام السنة ١٠ ص ٦٧٥.والذى يثبت عكس ذلك هو الخصم صاحب المصلحة. أما المحكمة فيفترض أنها قد تحققت من صحة الإجراءات نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ١٦٢٧. نقض عمان ٢٠٠٩/١١/٤ مشار إليه طعن عمانى رقم ١٠٦ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٥/١/٦ مجموعة الأحكام السنة الخامسة ص ٢٧٨.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٥ بند ٦٣، ص ٩٦١، د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٦٩، مبادئ ص ٤٦٦ د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٦٨٥ ؟؟ ٣٨٧. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ي١٣١، دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها. عدم فعالية الجزاء، ص ١٣٦. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: البطلان ص ٨ بند ٢. د. أحمد ماهر زغلول: المقال، = =ص ٥٨ بند ٢٣ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٩ وما بعدها بند ١. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق، ص ٢٠٧ ومابعدها.

(٣) ويتم تفادى الحكم بالجزاء بالنظر إلى العيب بتكملة الإجراء المعيب، وذلك بتصحيحه، ويجوز ذلك ولو بعد التمسك بالجزاء، على أن يتم فى الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد يقرر فى القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه مادة ٢٣ مرافعات، وكذلك بتحويل الإجراء أو بانتقاصه مادة ٢٤ مرافعات. انظر. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٠٩ وما يليها بند ٣٣٣ وما يليه د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٣٥ وما بعدها بند ٦٣ وما بعده، د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية فى قانون المرافعات الطبعة الأولى ١٩٩٩ ص ٦٤ وما يليها. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى، ص ٢١٦ وما بعدها.

(٤) ومبرر رصد المشرع لهذه الوقائع، خطورة استعمال الحق الإجرائى فى حالات معينة، والتأثير الذى قد يمارسه استعمال هذا الحق الإجرائى على الأعمال الإجرائية. وعلى سير الخصومة، مما يؤدى إلى آثار ضارة بالحق الموضوعى. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٧ وما بعدها بند ٤٧، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦.

(٥) انظر فيما يلى بند ٢٩ ومابعده.

العيب من تلقاء نفسها وتقرير أثره – الجزاء الإجرائى – طالما لم يتمسك بـه صـاحب المصلحة.

ويظل العيب الإجرائى قائماً وبقوة القانون، عنـد حـدوث واقعـة مـن الوقـائع القانونية[1] التى رصدها المشرع ليضعف بمقتضاها أثر هذا العيب فى مـستهل تكونـه على نحو لا يقوى هذا الأثر على إزالة هذا العيب، واقعه الكلام فى الموضـوع مـادة ١٠٨ مرافعات سواء لعدم إبداء سائر الدفوع المتعلقة بـالإجراءات معـاً فـى مـستهل الخصومة مادة ١٠٨/ ١ مرافعات، أو ما لم يبده فى صحيفة الطعـن مـادة ١٠٨/ ٢. أو ما لم يبده من الأسباب التى بنى عليها الـدفع الـشكلى مـادة ١٠٨/ ٤ مرافعـات. وواقعة الحضور وفقاً للمادتين ١١٤، ٦٨/ ٣ مرافعات وواقعـة النـزول الـصريح أو الضمنى عن التمسك بالجزاء، أو الرد على الإجراء المعيب بما يفيد اعتبـاره صـحيحاً مادة ٢٢ مرافعات[2] وعلى الكل واقعة تحقق الغاية مـن الإجـراء وفقـاً للمـادة ٢٠ مرافعات.

وحصول واقعة من هذه الوقائع – كما سنرى – أقصى ما ترتبـه، هـو مجـرد إسقاط الحق فى التمسك بالجزاء، وبأثر رجعى، هذا الإسقاط يقع وبقوة القـانون، حتـى ولو لم يكن الخصم على علم به أو بحقه فى التمسك بالجزاء، ودون أن يـشترط قيـام نية صريحة أو ضمنية لإسقاط هذا الحق[3] ودون أن يترتب على حصول هذه الواقعـة تصحيح الإجراء المعيب، أو زوال لعيوبه، وإنما يبقى على هذا الإجراء بحالـه وبقـوة

---

(١) انظر فيما يلى بند ٤٨ ومابعده.

(٢) تقابل المادة ٧٤ مرافعات فرنسى والتى توجب إبداء الدفوع الإجرائية قبل أى دفع موضوعى أو دفع بعدم تالقبول.
"Les éxceptions doivent à Peiné dirrecevablite etre Sovleveés Simultanememént et avant Toute défense au Fond au fin de Non – recevoir ....".

(٣) تقابل المادة ١١٢ مرافعات فرنسى والتى تنص على أن "إبداء أى دفاع فى الموضوع أو دفع بعدم القبول – مع عدم التمسك بالبطلان – مزيل للبطلان"
".... Fait vatoir des défenses au fond ou opposé une fin de Nenrecevoir Sans Soulever La Nulite".

فى تفصيل ذلك انظر:

Tomosin: Préc. Fasc. 138 – 1 – P. 16. N. 62 ets.

وفى تطبيق ذلك انظر:

Coss. Civ. 6 Mars 1974. Bull. Civ. 11. N 86.
Civ. 1re 15 Janv. 1991. Bull. Civ. 1. N. 18. Paris 19 déc. 1980.
D. 1982. 501. Note. Decheix.

القانون نتيجة سقوط الحق فى التمسك بما يترتب عليه من أثر، ممثلاً هـذا الأثـر فـى الجزاء الإجرائى.

هذه الوقائع وأن وردت على سبيل الحصر[١] وتبقى على الإجراء المعيـب بقـوة القانون، ويفترض صحته[٢] فهناك العديد من الأعمال الإجرائية التى تتخـذ بالمخالفـة للمراكز القانونية أو الصفة القانونية، ومع ذلك يبقى المشرع علـى الإجـراء المعيـب طالما لم يثيره الخصم صاحب المصلحة، واعتبر المشرع هذا الإجـراء رغـم عيبـه قائماً، ومنتجاً لكافة آثار الإجراء الـصحيح تطبيقـاً للمركـز الـواقعى أو الظـاهر[٣] الإعتداد بصحة الإعلان مادة ١٠/ ٢ مرافعات[٤]، الاعتداد بـصحة الإجـراءات التـى تتخذ بواسطة أو فى مواجهة التـاجر الظـاهر مـادة ١٨، ١٩ مـن قـانون التجـارة المصرى ١٧ لسنة ١٩٩٩[٥] الاعتـداد بـصحة الحجـز علـى الأمـوال الموهوبـة والموصى بها من قبل الدائنون الذين تنشأ ديونهم بعد الهبة والوصية، رغم شرط عـدم جواز الحجز عليها ووفقاً لمفهوم المخالفة للمادة ٣٠٨ مرافعـات[٦] الاعتـداء بالأهليـة الظاهرة مادة ١١٩ مدنى، وبصحة ما يصدر مـن الوكيـل الظـاهر مـن إجـراءات بالمخالفة للمركز القانونى[٧] والاعتداد بصحة الوفاء بالدين، متى حصل الوفاء بحـسن نية لشخص كان الدين فى حيازته مادة ٣٣٣ مدنى مصرى، ١٢٤٠ مدنى فرنسى.

---

(١) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٥٩ بند ٤٢. سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ١١١ بند ٦٧. ص ٢٠٣ بند ١١٨، عدم فعالية الجزاء ص ٢٣٥ بند ١٩٣ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٦٢ بند ٧٠.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٣٥ بند ٦٣. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٧ بند ٣٧٠.

(٣) انظر فيما يلى بند ٢٩.

(٤) حيث تنص المادة ١٠/ ٢ على أنه ".... يسلم الورقة إلى من يقرر بأنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار" ويكفي المحضر بما يقرره له الشخص الذى يقابله ويخاطبه فى موطن المعلن إليه، لأن وجوده فى ذلك الموطن يستفاد منه أنه ينتمى إليه ويحوز تسلم الإعلان إليه. د. محمد سعيد عبد الرحمن: نظرية الموضع الظاهر ص ٣٤، ٣٥ بند ٣١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٩٠ وما بعدها بند ٥٤. د. أحمد هندى: العلم القانونى (دراسة فى الإعلان القضائى، ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة ص ٤٥ وما بعدها بند ٦.

(٥) فالمادة ١٨ "تثبت صفة التاجر لكل من ...." فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر" والمادة ١٩ أقرت صفة التاجر فيمن ينتحلها "... بأية وسيلة اخرى" ونتيجة لثبوت هذه الصفة، يلتزم التاجر الظاهر بتنفيذ العقود والصفقات التى يبرمها مع الغير بناء على هذه الصفة، انظر فيما يلى بند ٧٢.

(٦) وتقابلها المادة ١٤/ ٣ من القانون الصادر فى فرنسا فى ٩ يوليو ١٩٩١ بتعديل إجراءات التنفيذ المدنية. وفى هذا القانون لا يكون للدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد الهبة أو الوصية الحجز على الأموال الموهوبة أو الموصى بها إلا بعد صدور إذن قضائى يحدد القدر الذى يجوز توقيع الحجز عليه، انظر:
Vincent et j. Prevaut: voies d'éxcution et procedure de distrbution 19éd Dalloz 1999. N 116. P. 81 ets.
مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ٤٢.

(٧) انظر فيما يلى بند ٢٩ ومابعده، بند ٧٢.

فهذه الأعمال الإجرائية رغم اتخاذها بواسطة أو ضد خصم وفقاً لمركزه الواقعى بالمخالفة للمركز القانونى أو الصفة القانونية، مما يجعل هذه الأعمال معيبة، ومع ذلك يبقى المشرع على هذه الأعمال رغم عيوبها، ويعتد بصحتها وفقاً للوضع الظاهر.

فإذا استقام حصول واقعة من الوقائع السابقة فى أى من صورتيها، وإن أدت بطريقة مباشرة إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو النزول الإرادى عنه أو عدم الدفع به، فأنها تؤدى فى ذات الوقت إلى الإبقاء على الأعمال الإجرائية التى اتخذت غير مطابقة للنماذج القانونية المحددة سلفاً، سواء فى غير مكانها أو زمانها أو ترتيبها أو المناسبة المحددة لها، أو أدى اتخاذها إلى التجهيل بالمراكز الإجرائية وسواء اتخذت هذه الأعمال من أو فى مواجهة خصم وفقاً لمركزه القانونى، أو اتخذت بواسطة أو ضد خصم وفقاً لمركزه الواقعى. ففى كل ذلك يؤدى حصول الواقعة القانونية إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو عدم الدفع به، مما يبقى على العمل الإجرائى المعيب بقوة القانون، أو لعدم الدفع به لعدم تقرير الجزاء الإجرائى، والتى لا تستطيع المحكمة أن تقرره من تلقاء نفسها لتعلق الجزاء بالمصلحة الخاصة.

وترتيباً على ذلك، تعد فكرتى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء[1]، وعدم الدفع به[2] والنزول الإرادى عنه هما القاسم المشترك لكافة الوقائع القانونية السابقة، والتى رصدها المشرع ليضعف بمقتضاها الجزاء الإجرائى فى مستهل تكونه على نحو لا يقوى على إزالة العيب. هذه الوقائع وإن كانت لا تؤدى بذاتها إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائى، بل هى تؤدى مباشرةً إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء أو عدم الدفع به، ليظل الإجراء المعيب قائماً، وبقاؤه يرجع بهذا الإجراء إلى الأصل، وهو صحة الإجراء المتخذ إلى أن يثبت العكس[3]. وحيث أنه قد زالت مكنة التمسك بالجزاء أو الدفع به، فيبقى على الإجراء المتخذ على حاله، بعيبه بدون تصحيح أو زوال لعيبه،

---

(١) انظر فيما يلى بند ٢٩ ومابعده.
(٢) انظر فيما يلى بند ٤٠ ومابعده.
(٣) انظر فيما سبق بند ١٤ ومابعده.

كما لا يضاف إليه بيان[1] أو يكمله إجراء آخر. بل يظل الإجراء على عيبه مولداً من وقت اتخاذه لكافة آثار الإجراء الصحيح[2] وتطبيقاً لذلك قضى[3] بأن واقعة الحضور المزيلة للبطلان تجعل الإجراء المعيب صحيحاً من وقت صدوره. وقضى بأنه[4] "يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي

وبقاء الإجراء المعيب، وإنتاجه لكافة آثار الإجراء الصحيح يتم عن قصد من المشرع(٥)، ففضلاً عن الوقائع القانونية السابقة، والتى استخدم المشرع فيها سياسة الأسلوب الغامض(٦). وقاعدة أن الأصل فيما تم اتخاذه من إجراءات هى الصحة(٧) فأن المشرع يهيئ للإجراء المعيب ليولد آثار الإجراء الصحيح أدوات أو آليات أو أفكار(٨)

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٦٢ بند ٧٠، ص ١٦٨ بند ٧٣ مكرر، د. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٠٣ بند ١٨.

(٢) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٥٩ بند ٤٢. سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ١١١ بند ٦٧، ص ٢٠٣ بند ١١٨، عدم فعالية الجزاء ص ٢٣٥ بند ١٩٣، الهدر الإجرائى ص ٩٤ بند ٥١. التجهيل الإجرائى ص ٢٢٠ بند ١٣٧ د. أحمد فتحى سرور: رسالة ص ٣٦٦ بند ٢٨٧. د. فتحى والى: الوسيط، ص ٤١٦، بند ٢٥٤. د. حسن على حسين: المرجع السابق، ص ١٥٣ وما بعدها. قارن د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٣٠ وما بعدها، بند ٣٤٥ وما بعده.

(٣) نقض ١٩٨١/١٢/٢٦ طعن ٤٩٤ لسنة ٤١ ق نقض ١٩٨١/١١/١٥ طعن ٩٢ لسنة ٤٦ق نقض ١٩٨١/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥ق نقض ١٩٧٨/٣/١٦ طعن ٣٥١ لسنة ٤٤ق مع ملاحظة أن واقعة الحضور شأنها تماما واقعة الكلام فى الموضوع، وتحقق الغاية من الشكل، والرد على الإجراءات بما يقيد اعتبارها صحيحة. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ١٦٢ بند ٧٠.

(٤) نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٩٥٩ مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن المرجع السابق ص ٦٣. نقض ١٩٧٠/١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٠ ، طعن ١٠٧٨ لسنة ٧٢ ق، نقض ٢٠٠٣/٥/١٢ هيئة قضايا الدولة، المكتب الفنى، أحكام النقض، ٢٠٠٤/٢٠٠٢ طبعة ٢٠٠٥ص ٧٥٦، طعن عمالى تجارى رقم ١٣٣ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠٠٩/١١/٤ المجموعة السنة العاشرة ص ٦٧٥.

(٥) وإن كان ذلك يؤدى إلى تناقض فنى وتشريعى بين القاعدة الإجرائية والإجراء المتخذ. انظر فيما يلى ص ٢٣٢ حاشية رقم ٢.

(٦) انظر فيما يلى بند ٧٣.

(٧) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٨) فى كافة فروع القانون، ومنه قانون المرافعات، وفى مختلف منظوماته الإجرائية، يقنن المشرع أفكار أو أدوات يستعملها ويلبسها ثوب الشرعية، ويولد من استخدامها العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية، ومن هذه الأفكار فكرتى الاقتراض والوضع الظاهر يجمع هاتين الفكرتين على الرغم من اختلافهما، هدف واحد، هو محاولة اقتراب المشرع من الواقع والحقيقة، عندما يعز عليه اليقين، أو يصعب التأكيد، تحقيقاً لحماية الاستقرار فى المجتمع، ومن ثم حماية المصلحة العامة والخاصة معاً. انظر: د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى، ص ٢٧٤، بند ٢٢٥، التجهيل الاجرائى، ص ٢٢٠ وما بعدها، بند ١٣٧ وما بعده. سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٨ وما بعدها، بند ٤٧. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٤١ وما بعدها، بند ٦٤ وما بعده. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها، بند ٩ وما بعده. د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض فى قانون المرافعات، ص ٥ وما بعدها بند ٢ وما بعده، ص ١٨٨ وما يليها بند ١٦٦ وما يليه. د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها. د. السيد عبد الحميد فوده، تطور القانون، ص ١١٤ ومابعدها.ولذلك يفترض فى الكافة العلم بالقانون، ويفترض المشرع علم القاضى بالقانون، كما يفترض علم الخصوم بالقانون، ويفترض فى الأصل الصحة إلى أن يثبت العكس. كما يفترض فى الأصل عدم الجزاء. انظر: د. على عبد الحميد تركى: التزام القاضى بالفصل فى النزاع ٢٠١٣، ص ٢٨ وما بعدها، بند ٢٥ وما بعده. د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، ص ٥٠ وما بعدها. د. أبو زيد مصطفى: دور الافتراض فى تطور القانون، ١٩٨٠، منشورات جامعة المنصورة: ص ٣ وما بعدها، ص ٨٣ وما بعدها. د. محمد فتحى عطية:

اعتمدها وترتب على استخدامها أن يرتب هذا الإجـراء العديـد مـن الآثـار الإجرائيـة والموضوعية(١) من أكثر هذه الأفكار شيوعاً فكرتى الافتراض والوضع الظاهر.

المطلب الثانى

رصد فكرتى الافتراض والوضع الظاهر كأدوات لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

١٥- تمهيد:

ودون الدخول فى دراسة فكرتى الافتراض والوضع الظاهر، لأنهما موضـع دراسـات متخصصة[٢] وإنما نتناولهما كأدوات أو آليات يهيئ بهما المشرع ليتولد سـقوط الحـق فى التمسك بالجزاء أو لعدم الدفع به، والإبقاء على العمـل الإجرائـى المعيـب بـدون تصحيح أو إضافة أو تعديل، منتجاً من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء. فـى مـسألتين، نتعرض فى الأولى لفكرة الافتراض وفى الثانية: لفكرة الوضع الظاهر.

١٦- أولاً: فكرة الافتراض: فى قانون المرافعات، فكرة[٣] يفترضها المـشرع ليواجـه بها صعوبات معينة، قد تتعلق بصياغة القاعدة الإجرائية، أو تطبيق أحكامها فى بعـض الحالات، أو لإثبات أمر من الأمور الإجرائية، أو لمواجهة سكوت الخصوم عن القيـام بواجباتهم الإجرائية، أو بممارسة حقوقهم، فـى الخـصومة المدنيـة، أو لحفـظ هـذه الحقوق.

فكرة الافتراض فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠١٥ ص ٤٥ وما بعدها. إبراهيم شحاته: اجتهاد القاضى: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الرابعة يوليه ١٩٦٢ العدد الثانى ص ٤١٥ وما بعدها.
NORMAND: Thés. P. 193 ets. N 204 ets MIGUET: Thés P. 14 ets NABIL, OMAR. Thés P. 258. N 224. MARTIN: Phenomen juridique. E. J. T. 1987 P. 115 ets.
وخلق المشرع لمثل هذه الأفكار تعبير عن تطور العلم الإجرائى ليحلق بسائر العلوم القانونية والموضوعية. فالأفكار الإجرائية شأن كل الأفكار العملية، لا يمكن تحقق الثمرة المرجوة منها إلا إذا عبرت عن الواقع، فاستمدت مادتها من القواعد الموضوعية والتطبيقات القضائية. انظر د. وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية السنة ١٥ يناير ١٩٧٣ العدد الأول ص ١٦٧ وما بعدها.
وعلى ذلك يتعين دائماً التوفيق بين القانون والواقع انظر: د. حامد زكى: التوفيق بين القانون والواقع مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٧٥١ وما بعدها السنة الثانية العدد الثانى مارس ١٩٣٢، ص ٢٤٦ وما بعدها. د. فتحى والى: كتابات فى القضاء المدنى والتحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٥١٥. د. محمد جمال عطية: رسالة، ص ٣٧٧ وما بعدها.

(١) انظر فيما يلى بند ٦٧ ومابعده.
(٢) انظر المراجع المشار إليها ص٤٩ ومابعدها حاشية ١، ٢.
(٣) فى التعريفات المختلفة لفكرة الافتراض، انظر د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض ص ١٦ – ٢٤ بند ١٠ – ٢٢. د. أبو زيد مصطفى: المرجع السابق ص ٨ وما بعدها. د. محمد فتحى عطية: رسالة، ص ٣٨ – ٤٩. د. السيد عبد الحميد فوده، المرجع السابق، ص ١٢١ ومابعدها.

والفكرة فى مجال الجزاء الإجرائى[١] فكرة صنعها المشرع ليخالف بها المنطق القانونى ذاته[٢]. وعندما تدخل فى هذا المجال، فهى تقلب الأمور رأساً على عقب، وبها يلو المشرع عن عمد الواقع الماثل أمامه. ومعنى هذا، أنه إذا كان من المنطق أن يترتب على عدم مطابقة العمل للنموذج القانونى، عدم صلاحيته لإنتاج الآثار القانونية، فقد يرى المشرع لاعتبارات مختلفة أن العمل الإجرائى رغم ما به من عيب ينتج كافة آثار الإجراء الصحيح[٣].

وفى هذا المجال، تفترض هذه الفكرة، قيام وجود عمل إجرائى معين توافرت فيه مفترضاته[٤] الموضوعية من إرادة ومحل وسبب، ولكن أحد عناصره الشكلية سواء كان بياناً أو ظرفاً زمانياً أو مكانياً، أو إجراءات معينة يفترض لصحة الإجراء أن تكون سابقة عليه، أو يتم اتخاذها بعد اتخاذه، أى وفقاً لترتيب معين. هذه الفكرة تفترض تخلف أو تعيب أحدى هذه العناصر الشكلية، مما يؤدى إلى إصابة الإجراء بالعيب، هذا العيب يهيئ لإعمال الجزاء الإجرائى، هذا الجزاء هو الأثر السلبى لعنصر الحكم فى القاعدة الإجرائية، والإجراء المعيب يكون سلبياً فى تكوينه وفى آثاره[٥].

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٧٨ وما بعدها خاصة ص ٢٨٠ وما بعده.

(٢) والمنطق القانونى، هو نظام منطقى يتوافق مع المادة القانونية، يعنى بدراسة وتحليل العمليات الذهنية الإدراكية التى تتم فى مجال القانون، مثل التقسيم والتحديد، وكذلك يعنى بدراسة الاستدلالات القانونية فى دراسة المنطق القانونى. انظر: د. على الشيخ: الحكم الضمنى فى قانون القضاء المدنى ١٩٩٧ دار النهضة العربية ص ٣٣٤ وما يليها بند ٢١١ وما يليه. ثروت الأسيوطى: المنهج العلمى القانونى. مجلة مصر المعاصرة العدد ٣٣٦ أبريل ١٩٦٩. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية ص ١٤٥ حاشية رقم ١٥٨.
وعلى ذلك فالمنطق القانونى يعد الوسيلة التى يطبق بها المنهج القانونى على حالات معينة، والمنهج القانونى، هو مجموعة الوسائل التى يتوصل بها القاضى إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه، مستعيناً فى ذلك بمصادر القانون ومقيداً بإطار الأساليب الفنية المحددة، والتى تتعلق بمصادر القانون وتفسيره وتطبيقه.
وعلى هذا النحو يختلف المنطق القانونى عن المنطق القضائى، الذى يختص بتفسير القاعدة وتطبيقها بشكل عملى، أى بمناسبة فنية معينة، وحركة هذا المنطق تنصب= =على فحص الوقائع المختلفة واختيار ما يكون منها ضرورياً لإصدار الحكم، ثم تكييف هذه الوقائع لأعمال القانون عليها. انظر د. نبيل عمر: السلطة التقديرية للقاضى ص ١٢٦ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده. د. محمد محمود إبراهيم: النظرية العامة للتكييف ص ١٩٧ وما بعدها. د. أحمد محمود سعد: المرجع السابق ص ٢٧٢ وما بعدها. د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٣٦ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعدها.
NABIL, OMAR: Thés P. 88 ets. NORMAND: Thés. P. 144 ets N. 156 ets. MARRTIN: Lefait et Le droit ou Les Parties et juge. J. C. P. doctr. N. 2625 N 31 etss.

(٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٩ بند ٢.

(٤) انظر فيما سبق ص ١٨ حاشية رقم ٣.

(٥) د. نبيل عمر: المرجع السابق، ص ٢٧٩، ٢٨٠ بند ٢٢٩. د. محمد الصاوى مصطفى: المرجع السابق ص ٢٧٤ بند ٢٤٣. د. محمد فتحى عطية: رسالة، ص ٣٤٦.

وعندما تدخل فكرة الافتراض فى هذا المجال، وتهيئ لتوليد سقوط الحق فى التمسك بالجزاء، عند حصول واقعة من الوقائع القانونية التى رصدها المشرع لإسقاط هذا الحق ليضعف بحصولها الجزاء الإجرائى فى مستهل تكونه. وعند حصول هذه الواقعة يقع هذا السقوط، فتقلب فكرة الافتراض الأمور رأساً على عقب، وتعكس هذا السقوط على الإجراء المعيب، فيؤدى إلى بقائه، وإذ هو يبقى فأنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح.

فيفترض المشرع صحة الإجراء، إذا تحققت الغاية منه المادة ٢٠ مرافعات، رغم ما شابه من عيب، سواء فشل الخصم فى إثبات تخلف الغاية المفترضة – حالة عدم النص على البطلان – وهو الغالب[١] أو نجح فى إثبات تحقق الغاية من الإجراء – حالة عدم النص على البطلان – وفى الحالتين يفترض صحة الإجراء على أساس تحقق الغاية من الشكل، مع أن الإجراء باطلاً، ويمنع تحقق واقعة الغاية من الشكل وقوع الجزاء، ويبقى على الإجراء المعيب مولداً من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح[٢].

ويفترض المشرع بواقعة الكلام فى الموضوع، سقوط حق الخصم فى التمسك بالدفع الشكلى مادة ١٠٨ مرافعات. ورغم عدم وجود رأى موحد لدى الفقه حول أساس هذا السقوط[٣]. لكن المتيقن لديه أن الإجراء المعيب يفترض أنه صحيح. ويفترض صحته إذا نزل عنه الخصم ضمنياً[٤] أو بالرد على الإجراء بما يفيد اعتباره صحيحاً مادة ٢٢ مرافعات. كما يفترض صحة الإجراء المعيب بمجرد حضور الخصم الجلسة المحددة فى الإعلان الباطل، ولو لم يدلى بأى طلب أو دفع مادة ١١٤ مرافعات[٥]، أو حضر دون إعلان مادة ٦٨/ ٣ مرافعات[٦].

---

(١) LEMÉE: (1.) La régle "Pas de Nullite Sans gief" de puiis Le nouveau code Procédure civile. R.T.D. Civ. 1982. P. 28. N 7.

(٢) انظر فيما يلى بند ٤٩.
(٣) انظر فيما يلى بند ٥١.
(٤) نقض مدنى ١٩٩٧/٣/١٦ الطعن رقم ٥٦٩/ ٤٣ ق.
(٥) انظر فيما يلى بند ٦٢.
(٦) انظر فيما يلى بند ٦٤.

فواقعة الكلام فى الموضوع، أو الرد على الإجراء المعيب بما يفيد اعتباره صحيحاً، أو حضور الخصم الجلسة المحددة، أو تحقق الإجراء لغايته، كل هذه الوقائع وإن لم تؤدى بذاتها إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائى، بل هى تؤدى مباشرةً إلى سقوط حق صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء.

ومتى سقط هذا الحق، امتنع توليد الجزاء الإجرائى، وبالتالى يبقى على الإجراء المعيب، وعلى حاله محملاً بالعيب، دون تصحيح للعمل الإجرائى، ولا زوال للعيب، فيظل الإجراء المعيب بمنحى عن الزوال. وعن أى جزاء يهدده. والأكثر من ذلك أنه يولد منذ اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح، أى أنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح فى ترتيبه لكافة الآثار القانونية.

والخصوم والقاضى يعلمون بالعيب المحمل به العمل الإجرائى، ولا يستطيعون شيئاً إزائه، للافتراض الذى يحاط بهذا العمل، وهو افتراض تشريعى، واقعة قانونية، أو أمر حدده المشرع، ورتب عليه سقوط حق صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء المترتب على هذا العيب، ليبقى على العمل الإجرائى المحمل بهذا العيب منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح[1].

وإذا استقام توافر الافتراض على هذا النحو، ترتب عليه وجوباً وباللزوم ما افترضه المشرع، وصار هذا الافتراض هو الحقيقة الوحيدة التى يعتمدها[2]. وحيث أنه افترض صحة الإجراء المعيب، وإنتاجه من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح فلا يجوز إثبات عكس هذه الصحة[3] والقول بعدم صحة الإجراء. كما أن الفكرة متى توافرت شروط تطبيقها[4] يمتنع بحال على القاضى إهمالها[1]. وإنما يلتزم

---

(١) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٢٧٩ وما بعدها بند ٢٢٩ د. محمد الصاوى مصطفى: ص ٢٩٣ وما بعدها بند ٢٦١ د. محمد فتحى عطية: ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٢) د. محمد الصاوى مصطفى: ص ٤٥ بند ٣٧.

(٣) وإثبات عكس الافتراض لا يكون إلا بهدمه من الأصل، وهذا لا يكون إلا بإثبات عدم توافر شروط الافتراض، ولا يعمل بدلالة مناطه كأثر غير مباشر لهدم الافتراض، وليس كأثر مباشر لإثبات العكس، وذلك لأنه بهدم الافتراض، لا يكون هناك ما يلزم إثبات عكسه، كما لو أثبت المدعى عليه الذى أعلن فى موطنه بطلان هذا الإعلان، فلا يفترض علمه بهذا الإعلان، سواء كان يعلم به فعلاً أو لا يعلم. فهذه مسألة لا تهم= =المشرع عند تقرير افتراضاً ما فى قانون المرافعات. وإن كان يعمل على توفير ضمانات لتحقيق الافتراض، فالافتراض إما أن يقوم مناطاً ودلالة، وإما ألا يقوم إطلاقاً. فى عدم جواز إثبات عكس الافتراض. انظر: د. محمد الصاوى مصطفى، ص ٤٢ وما بعدها، بند ٣٤ وما بعده.

(٤) وتدور شروط الافتراض حول ضرورة وجود نص يقرره صراحة أو ضمنياً، وقيام موجب الافتراض من خلال الشكل القانونى فى قانون المرافعات، وأخيراً يشترط عدم توقف الإجراءات أو انقطاع تسلسلها، وضرورة الشرط الأخير بصفة

بتطبيقها ومن تلقاء نفسه[٢] حتى مع خطورتها[٣] سواء صرح المشرع بهذه الفكرة في القاعدة القانونية[٤] أو استخلاصها الفقه ضمنياً عند تعرضه للقاعدة القانونية بالتأصيل، وردها إلى الأساس المنطقي التي تقوم عليه[٥] وتطبيقاً لذلك قضى[٦] بأن "مجرد حضور الخصم في الزمان والمكان المعينين في الورقة يعد قرينة قضائية على أن الحضور كان بناء على الورقة، ومن ثم يقع على عاتق من يتمسك بالبطلان رغم حضوره عبء إثبات أن حضوره لم يكن بناء عليها".

١٧- **ثانياً: فكرة الوضع الظاهر:** بجانب المراكز القانونية[٧] توجد مراكز فعلية[١]، وتصورها[٢] يظهر الشخص أمام الناس بأنه صاحب حق أو مركز قانوني، ويتعامل

خاصة في افتراض العلم بالإجراءات حول تفصيل هذه الشروط: انظر: د. محمد الصاوي مصطفى، ص ٣٢ – ٤٢ بند ٢٩ - ٣٣.

(١) فإذا أهملها القاضي ولم يطبقها حالة توافر مقوماتها، فإهماله لفكرة الافتراض وعدم تطبيقها، يسمح للخصوم بالتمسك بالعيوب التي تعيب الإجراءات في أي وقت، ما يؤدي إلى تطبيق الشكلية الضارة.
هذه الشكلية التي تفرض على القاضي الالتزام بأحكام القانون، وإنزالها على الوقائع التي تعرض عليه للفصل فيها بطريقة آلية، حتى ولو تعارض الحكم الذي يصل إليه مع مبادئ العدل والإنصاف، ومن ثم فإن هذه الشكلية تكرس أحياناً الظلم وتؤدي إلى جمود القانون. في الشكلية الضارة انظر: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان، ص ٢٠٠ وما بعدها، بند ١١٠ وما بعده. د. محمد الصاوي مصطفى: الشكل في الخصومة المدنية رسالة الزقازيق ص ٢١ وما بعدها. د. محمد جمال عطية: رسالة ص ٣٧٦.
ولا غرابة في القول بأن الشكلية وتعقيداتها هي التي ساعدت وبدرجة كبيرة في أن يعتمد المشرع الافتراض كفكرة عامة في قانون المرافعات. كما أن اللجوء إلى الافتراض ساعد بدرجة كبيرة في حل مشاكل الشكلية، ما كان يمكن للمشرع تخطيها إلا عن طريق الأخذ بفكرة الافتراض انظر د. محمد الصاوي مصطفى: رسالة ص ٣٨ بند ٣٢.
كما أن في إهمال القاضي لفكرة الافتراض، وكما يقول ابن القيم الجوزيه "أضاع حقاً كبيراً وأقام باطلاً كثيراً، وإن توسع فيها وجعل معولة عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد" مشار إليه لدى د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض، ص ١٣، بند ٧.

(٢) ويجب على القاضي عند تطبيقه لفكرة الافتراض، التحوط والاحتياط والتروي والتدقيق، لأن الافتراض كالقرائن، يقوم على احتمال مفترض لا يقيناً مؤكداً، وإن كان يستند في وجوده على اليقين الثابت المؤكد، بمعنى أنه يبنى على أمر مؤكد وثابت أصلاً. د. محمد الصاوي مصطفى: ص ١٢، وما بعدها بند ٧.

(٣) وخطورة الافتراض لا تستقيم بحال مع إهمالها وعدم تطبيقها، فضلاً عن دورها في تطور القانون، تعد إحدى الوسائل الهامة التي تستخدم كمخرج قانوني من الأزمات الإجرائية، وكمخرج شرعي للخروج من الشدائد والمصاعب. ومن أمثلة دورها في المجال القانون، افتراض صحة الإجراء المعيب. ومن الأمثلة الشرعية، قول الله تعالى لسيدنا أيوب عليه السلام حينما حلف ليضربن زوجته مائة سوطاً "فخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث" سورة ص الآية ٤٤. فما هذا الخطاب من الله تعالى لسيدنا أيوب إلا تعليماً له كيف يكون المخرج من مثل هذه الأزمة والمعضلة، بأن افترض أن ضربه لزوجته بعثكالاً به مائة شمراخ يعادل مائة ضرباً بالسوط. انظر: د. محمد فتحي عطية: رسالة، ص ٣٤٣.

(٤) المواد ٨٢/ أ، ٨٤/ ١، ٤١، ٣٧/ ١، ٤٤/ ١، ٨٣، ٨٢/ ٢، ١٢٨، ١٧٤ مرافعات مصري، ٢٩٦ مرافعات فرنسي، في هذه النصوص صرح المشرع بالافتراض في القاعدة القانونية، وبنى حكم القاعدة على هذا الافتراض، ومن ثم فلا محل للاجتهاد أو القياس انظر: د. محمد الصاوي مصطفى: فكرة الافتراض ص ٢٧ – ٢٨ بند ٢٧.

(٥) فالقانون وإن كان هو المصدر الوحيد للافتراض، فالمشرع قد لا يصرح به، فيأتي دور الفقه كمصدر احتياطي للافتراض عند استخلاص الافتراض من القاعدة القانونية، المواد ٢٠/ ٢، ١٢/ ١، ١٠/ ٢، ١١٤، ٦٨/ ٣، ١٤٦، ١٤٨، ٢٢٢، ٢١٤ مرافعات. انظر د. محمد الصاوي مصطفى ص ٢٩ – ٣١ بند ٢٨. د. أبو زيد مصطفى: المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها. د. محمد فتحي عطية: المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.
Solus et Perrot: op. cit. P. 333 N 365.

(٦) نقض ١٩٨٢/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ١٠٤٨ لسنة ٤٥ ق مشار إليه لدى محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٧١١.

(٧) والمراكز القانونية، سواء مراكز مالية أو غير مالية، هي الأصل والأساس الذي يعتد به المشرع ويعول عليه في ضبط وتنظيم علاقات وتصرفات الأفراد في المجتمع، ويترتب على التعامل مع أصحاب هذه المراكز بشأن ما تخوله من سلطات ومكنات ومزايا وتصرفات كافة الآثار التي يقررها القانون. وذلك لأن هذه المراكز ويحميها القانون، لأنها نشأت

مع الناس، ويتعاملون معه على هذا الأساس وبهذه الصفة مع أنه في الحقيقة ليس كذلك. ومن ثم فصاحب هذه المراكز يباشر سلطات ومكنات ومزايا مركز ليس له، أى ليس صاحب صفة فى حيازة هذا المركز، فحيازة المركز الفعلى لا تستند إلى القانون وإنما إلى الواقع.

ووفقاً لهذا التصور، فإن المراكز الفعلية، هى تلك المراكز التى لا يعترف بها القانون لسبب أو لآخر لافتقادها أحد العناصر اللازمة لإضفاء وصف القانونية أو الشرعية عليها، وتشكل هذه المراكز صورة غير مكتملة للمراكز القانونية التى يتولى تنظيمها القانون. ويرجع ذلك إلى أن تخلف العناصر اللازمة لإضافة الشرعية عليها لا يكون دائماً بصورة مطلقة، بل أحياناً بصورة جزئية[٣] فقد يتخلف عن عقد الشركة الباطل شركة فعلية[٤].

وتكونت فى آطاره وتتفق مع قواعده وأحكامه. حول هذه= =المراكز انظرد. جلال العدوى، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٣ ومابليها، د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ١٩ وما بعدها. د. نبيل سعد: المدخل إلى القانون، نظرية القانون ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة، ص ١٧ وما بعدها. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٨٨ – ٩٦. مبادئ ص ٣٨ وما بعدها. د. محمد فريد العريني: الشركات التجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٧ وما بعدها. فيدا وما بعده.

CABRILLA: (R.) introduction géneraleou droirt. Dalloz. 3ed 1999. P. 76 etss N 85 ets. FABRT – MAGAN le mythe de Labligation de domner. R.T.D Civ. 1996. P. 35 ets.

(١) وهى مراكز يشغلها بعض الأفراد، لا تستند فى وجودها إلى القانون، فهى تنشأ وتتكون وتوجد فى الواقع الاجتماعى على خلافه، وذلك لأنها تفتقد أحد العناصر اللازمة لاتفاقها مع قواعد القانون وأحكامه. انظر د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٩، بند ٤. د. عدنان إبراهيم السرحان: العقود المسماة – المقاولة الوكالة الكفالة. دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٧ ص ١٦٣ وما بعدها. د. محمد فريد العريني: ص ٤٧ وما بعدها، بند ٣٥.والمراكز، قانونية أو فعلية تختلف عن المراكز الإجرائية، والتى يقصد بها الإطار الذى يشمل الحقوق والواجبات والمكنات التى تكون لشخص ماثل فى خصومة بنفسه أو بمثله، والتى تمكنه من القيام بالأعمال اللصيقة بهذه المراكز حسب الغاية المحددة له قانوناً، هذه المراكز ليست قاصرة على الأشخاص فى الخصومة فقط أيا كانت الصفة الإجرائية التى يتصفون بها، سواء كانوا أطرافا فى هذه الخصومة بمعنى الكلمة أى صدر منهم أو ضدهم طلبات قضائية، أم كانوا مجرد أشخاص فى هذه الخصومة ككل من غير الأطراف مثال القاضى، الكاتب، الخبير، الشاهد ..... الخ. انظر المرجع المشار إليه ص ٢٤ ومابعدها.

(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان: الإشارة السابقة. د. نعمان جمعة: الإشارة السابقة، د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى: ص ٢١١ بند ١٣٢. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٠ بند ٤. والمرجع المشار لديه.

MOHMOUD – GAMAL. EDDINE – ZAKI: La bonne Fai dans L'acquisistion des droit La Caire 1952. N 57 ets. P. 99 ets.

(٣) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٠ بند ٥. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

(٤) والشركة الفعلية أو الشركة التى أوجدها الواقع Société Créeé de Fait تعنى الوضع الذى يوجد فيه أشخاص يتصرفون فى الواقع، كما لو كانوا شركاء فى شركة دون أن يكون هناك أى تعبير عن إرادة الشركة. فهى حالة واقعية يستنتج منها القضاء وجود شركة، شريطة أن تجتمع فى هذه الحالة الواقعية جميع الأركان الموضوعية الخاصة للشركة. انظر: د. عزيز العكيلى: الوسيط فى الشركات التجارية ٢٠٠٧ دار الثقافة ص ٥٦ بند ٢٤ د. محمد فريد العريني: المرجع السابق ص ٤٨ بند ٣٦.

وفى تطبيق ذلك قضى بأن "بطلان عقد الشركة لعدم حصول الأجنبى على ترخيص من الجهة المختصة تطبيقاً للمرسوم ... لا يؤدى إلى حرمانه من الحصول على حقه من ثمن بيع النشاط ...." نقض مدنى ٢٠١٠/٦/٦ الطعن رقم ٢٥٦/ ٢٠١٠ المجموعة السنة ١١ ص ١٧٢.

ويشترط لقيام المراكز الفعلية، ضرورة توافر الوجود المادى لها، وتخلف أحد العناصر اللازمة لإضفاء وصف الشرعية على ذلك الوجود المادى[1] ومن أمثلة هذه المراكز[2] الأسم الظاهر، الموطن الظاهر، المحامى الظاهر، الحائز الظاهر، الموصى إليه الظاهر، الناقل الظاهر، الزواج الظاهر، الأهلية الظاهرة، الجنسية الظاهرة .... الخ.

والحل، إذا ما تعامل الغير مع صاحب المركز الظاهر، على أساس أنه صاحب المركز القانونى، هل يعتد بهذا التعامل أو التصرف؟ وهل يفضل الغير على صاحب الحق أو المركز القانونى؟ أى يوجد تعارض بين الواقع والقانون، فأيهما تكن له الغلبة.

كان لعلاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى، وسريانه فى فلكها، دور فى تحديد من تكن له الغلبة. هذه العلوم ساعدت على تطور القانون ليواكب ما يحدثه الواقع من مشاكل[3] ولذا قد حُسم الأمر لمصلحة الواقع على حساب القانون[4]. بمقتضاه تم الاعتراف بالمراكز الواقعية أو الفعلية واعتمادها والتعول عليها، وحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية[5] بموجب فكرة الوضع الظاهر أو الفعلى.

Coss. Com. 21 avril. 1992. Bull. Joly 1992. 666 abs. Acuisance Paire. 15 Nov. 1993. Bull. Joly. 1994. 86. Note. Cuisance.

مشار إليهما لدى د. محمد فريد العرينى: الإشارة السابقة.

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١١ والمراجع المشارة لديه.

(٢) انظر فيما سبق بند ١٧.

(٣) فى علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية والطبيعية، ومدى تطبيق القاعدة القانونية ونجاحها فى الواقع العملى. انظر: د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٥٦ وما بعدها. د. نبيل سعد: المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها. د. محمد فريد العرينى: المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها بند ٣ وما بعده.

CABRILLAC: OP. CIT. p. 7 ETSS.

(٤) فى عرض وظيفة القانون بين الفردية والاشتراكية، وما سعى إليه التيار الفردى الذى يقيم النظام القانونى على أساس نشاط الفرد ومصالحه وحقوقه المكتسبة، ويغلب المراكز القانونية على المراكز الفعلية. والتيار الاجتماعى الذى يهتم بالمجتمع، وينظر إليه نظرة شاملة، دون أن يتقيد بالمبادئ والقيم، ويغلب المراكز الفعلية على حساب القانون. انظر: د. نعمان جمعة: المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها. د. محمد حسين منصور: ص ٢٨ – ٤١. د. عدنان السرحان: المرجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها.

(٥) والدافع وراء الاعتداد بالمراكز الفعلية ومبرره، هو حماية الاستقرار فى المجتمع، وتحقيق الأمان والاطمئنان لمعاملات وتصرفات الأفراد، وحماية حرية التعامل بينهم، وتوفير جو من الثقة لهم فى هذه المعاملات، بل وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة لأفراده. انظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٢ وما بعدها، والمراجع المشارة لديه. د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها. د. محمد حسين منصور ص ٤٢ وما بعدها. د. نبيل سعد: ص ٢٦ – ٢٨. د. عدنان السرحان: الإشارة السابقة.

١٨- **ويعرف الوضع الظاهر فى قانون المرافعات**[١] بأنه "المركز الواقعى أو الفعلى الذى يشغله الخصم والذى تحيط به مظاهر وشواهد خارجية يتولد عنها اعتقاداً شائعاً بقانونية هذه المراكز، والتى توهم الغير حسن النية، بأن من يشغل هذا المركز ويظهر به أمامه هو صاحبه الحقيقى، وهو ما يدفع هذا الخصم إلى التعامل معه واتخاذ إجراءات التقاضى والتنفيذ فى مواجهته، على أساس هذا المظهر الذى ظهر به أمامه مع أنه فى الحقيقة ليس كذلك أى يوجد مركز قانونى آخر لهذا الشخص بخلاف ما ظهر به، أو يوجد شخص آخر هو صاحب هذا المركز".

فالوضع الظاهر عبارة عن مباشرة شخص لمكنات ومزايا وسلطات مركز ليس له، أى أنه ليس ذى صفة فى حيازة هذا المركز تخوله التمتع بمزاياه والتحمل بأعبائه والتزاماته. ويرجع انعدام الصفة إلى أنه بتطبيق القانون على وجهه السليم على الواقعة كما حدثت بالفعل لا ينشئ هذا المركز القانونى، الذى يتمتع هذا الشخص بمزاياه ومكناته، لأن الأمر يتعلق بحيازة مزايا ومكنات لمركز قانونى لم ينشأ بعد، أو نشأ على خلاف الحقيقة[٢].

وفكرة الوضع الظاهر، لم تعد مسألة خلافية[٣]. بل أصبحت من الأفكار المسلم بها اعتمدها المشرع[٤]. واستقر عليها القضاء[١] وتلقاها الفقه بالقبول[٢] سواء كانت

والقول بغير ذلك، يؤدى إلى نتائج غير عادلة، وغير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية والاجتماعية.ويترتب عليه إخلال وصراع في المراكز المستقرة وإهدار= =حقوق الغير د. محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجارى المصرى ١٩٥٧ ج١ الطبعة الثالثة ص ٢٣٤ بند ٢.

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٥ وما بعدها بند ٥٦ وما بعدها. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى: ص ٢١٢ بند ١٣٣.

(٢) انظر المراجع المشار إليها ص بند ١٧ ونفس الإشارات.

(٣) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٨ بند ١٢. د. عزيز العليكى: المرجع السابق ص ٥٦.

(٤) فى الوقائع القانونية التى أعتمدها المشرع بشأن فكرة الوضع الظاهر، والتى تعد الأساس التشريعى لهذه الفكرة انظر فيما سبق بند ١٧.وبجانب الأساس التشريعى لفكرة الوضع الظاهر، فأن لهذه الفكرة أساس فنى يبرر ضرورة وجودها وإقرارها واعتمادها في قانون المرافعات، لحماية الغير حسن النية= =الذى يقدم على التعامل مع شخص يظهر بمظهر صاحب حق أو مركز قانونى. هذا الأساس يوجد فى قاعدتين، تبرران وجود الفكرة فى قانون المرافعات: القاعدة الأولى: قاعدة "لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سابق سلوكه" ومقتضاها أنه لا يجوز للشخص الذى يظهر بأن له أهلية بوصفه فى إجراء التصرف والتقاضى مع أنه فى الحقيقة ليس كذلك، أن يتنصل من حقيقة ما ظهر به أمام الناس، ودفع الغير حسن النية إلى التعامل معه، واتخاذ الإجراءات فى مواجهته استناداً إلى هذا المظهر. ولهذه القاعدة مقابل فى الفقه الإسلامى قاعدة "من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه".كما أن للقاعدة مقابل فى القانون الإنجليزى "قاعدة الاستوبل Estopple أو عدم التناقض ومعناها، يمتنع على الشخص أن يتخذ أعمال ومواقف مغايرة لما تم اتخاذه فى إدعائه الأول والتى بنى عليها موقف سلم به للخصم الآخر.والقاعدة الثانية: هى قاعدة "الأحكام تجرى على الظاهر" ومقتضاها أن الوضع الظاهر الذى ظهر به الشخص أمام الناس، واعتقدوا فى صحته ومطابقته للحقيقة وتعاملوا معه على أساسه، واتخذوا الإجراءات فى مواجهته استناداً إليه، هو الذى تبنى وتؤسس عليه الأحكام القضائية فى المسائل التى يثور الخلاف بين الخصوم بشأنها أمام القضاء.

العلاقة الناشئة عن الوضع الظاهر ثنائية الأطراف بين الخصم الظاهر وحسن النية[٣]. أم كانت العلاقة ثلاثية الأطراف، الخصم صاحب المركز الظاهر، والخصم حسن النية وصاحب المركز القانونى[٤].

ومتى توافرت أى من هاتين العلاقتين، وتوافر للفكرة عنصريها المادى[٥] والمعنوى[١] وتمسك بها صاحب المصلحة، تعين على محكمة الموضوع أن تقول فيها كلمتها[٢].

ومبرر هذه القاعدة ومبناها، حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما أنا بشر، وأنه يأتينى الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق، فأقضى له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فأنما هى قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها".

حول هاتين القاعدتين انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٤٨ – ٥٨ بند ٤٧ – ٥٨. وفى الفقه الإسلامى انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوى، للبخارى – دار الكتاب الإسلامى طبعة جديدة، ٤/ ١٣٥. المبسوط للسرخسى دار المعرفة، بيروت ١٩٨٦ ج١/ ١٨٨.

وفى قاعدة الاستويل انظر:

Eric. Loquin: La Consécration de L'estoppel par le droit Francais de L'arbitrage note sous. Cass. Civ. 6 Juill. 2005 R.T. D. Com. Avril Juin 2006. P. 309. N 2.

(١) نقض ٢٠٠٤/١/٢٥ الطعون أرقام ٩٨٢، ١٠٢٥، ١١٠٣، لسنة ٧٢ ق. هيئة قضايا الدولة ، ص ٧٥٠ ومابعدها. نقض ١٩٨٤/١٢/٢٧ طعن ١٧٧١ لسنة ٥١ق. نقض ١٩٨١/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٢٣٤٧. نقض ١٩٨٠/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ٧٢٥. نقض ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٣١٨. نقض ١٩٥٩/١٢/١٠ طعن ١٢١ لسنة ٢٥ ق مجموعة الأحكام السنة ١٠. ص ٧٦٣.

Coss. Com. 18 Déc 1991. Bull 1991. P. 326 Note. B. Sointourens. Coss. Com. 27 Fev. 1990. J. C. P. 1990. 11. 2154 Note. Poillaud. Dulian. Civ. 1re 31 Janv. 1968 Bull. Civ. 1968 – 1. P. 32 N 41.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١١ وما بعدها، بند ٨ وما بعده والمراجع المشارة لديه. د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. نعمان جمعة المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها. د. محمد فريد العريني: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٥٧٨، دراسات فى مركز الخصم، ص ٨٧ وما بعدها. د. أحمد فتحى سرور: رسالة، ص ٢٠٠، بند ١٤١. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى ص ٢٢٥، حاشية رقم ٣٤١. د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٣٦٩.

(٣) والعلاقة الثنائية للوضع الظاهر هى الغالبة فى قانون المرافعات، مثل، الأسم الظاهر، الموظن الظاهر الأهلية الظاهرة ... الخ، وفى هذه الحالة فأن الخصم صاحب الوضع الظاهر، ظهر بمظهر على خلاف المركز الحقيقى، وتعامل مع الغير على أساس ما ظهر به. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٨. د. عدنان السرحان: ص ١٦٤. د. هانى دويدار: العقود التجارية والعمليات المصرفية ٢٠١٣ دار الجامعة الجديدة، ص ٩٥ وما بعدها بند ١٤٦.

(٤) ومن أمثلة العلاقة الثلاثية للوضع الظاهر، الصفة الظاهرة، الدائن الظاهر، زوجة المفقود وورثته أو شركائه فى تركة غيره بعد صدور الحكم أو القرار بموته، وفى هذه الحالات فأن صاحب الوضع الظاهر ليس هو صاحب المركز الحقيقى.انظر:

CH. CHEN, apparence et répresention en droit Positif Français, Thése. Paris – 1 – 1997. N 209.

حيث ذهب أن علاقة الوضع الظاهر قد تكون ثنائية الطراف Bipartite وقد تكون ثلاثية الأطرافTripartite وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨١/١٢/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٢٣٧٤ قارن البعض حيث يرى أن هذه العلاقة لا تكون على ثلاثية الأطراف:

BENAPENT: droit Civil Les abligations 4er 1994. Montchrestien. N. 502. P.237.les Contrats Spéciaux. 1re éd. 1993. Montchrestien. N 702. P.372.

مشار لذلك لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٨.

(٥) والعنصر المادى يتمثل فى شواهد خارجية يتولد عنها اعتقاداً شائعاً بقانونية المركز الواقعى، أو الفعلى، والشواهد الخارجية تتعدد مصادرها. قد يكون مصدرها الشخص صاحب الوضع الظاهر نفسه، وذلك عندما يستخدم هذا الشخص أساليب ومظاهر للظهور أمام خصمه وأمام الناس بأنه ذا صفة وأهلية وسلطة بالنسبة للمركز الذى يشغله بما يخوله من إبرام التصرفات وإمكان اتخاذ الإجراءات فى مواجهته.

١٩- الوضع الظاهر كأداة لتفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء مع بقاء العيب: والفرض أن الدعوى رفعت ضد أو على الخصم باسمه الظاهر، وأعلنت إليه بهذا الاسم، وفى موطنه الظاهر، ومثله محامى ظاهر[٣] وقد يصدر الحكم فى الخصومة محل هذه الدعوى قاضى ظاهر[٤]. وسواء تحققت هذه الوقائع بشأن خصومة واحدة، أو تحققت واقعة واحدة من هذه الوقائع فى خصومة، فتكون الإجراءات أو الإجراء المتخذ تم وفقاً للمركز الواقعى أو الفعلى، وليس القانونى، ووفقاً للمركز الأخير تعد كافة هذه الإجراءات باطلة. ومن ثم تشكل أزمة إجرائية. ومبرر الخروج من هذه الأزمة، فكرة الوضع الظاهر، متى توافرت عناصرها، وآثارها الخصم صاحب المصلحة.

فالإجراء أو الإجراءات التى اتخذت من أو فى مواجهة الخصم الظاهر بالاسم الذى أعتاد الخصم مخاطبة خصمه به رسمياً دون اعتراض منه بعد، بأن وجدت شواهد مادية خارجية ولدت اعتقاداً شائعاً لدى الخصم – ولدى كل شخص يمكن أن

وقد يكون مصدر هذه الشواهد حكم قضائى أو قرار يتضح فيما بعد فساده، وعدم صحته، لاستناده إلى وقائع غير صحيحة، أو إلى سند ثبت فيما بعد تزويره، كالحكم أو القرار الصادر بموت المفقود، ثم يتضح فيما بعد أنه ما زال على قيد الحياة ولم يمت، فرغم الغاء هذا الحكم أو القرار نتيجة لعودة المفقود فأن زوجته وورثته أو شركائه فى تركة غيره، يعتبرون فى أوضع ظاهرة بالنسبة للغير الذى تعامل معهم على أساس هذا الحكم أو ذلك القرار، قبل ظهور المفقود حياً. وقد يكون مصدر الشواهد الخارجية التى تبدو كمظهر المركز قانونى، من صدر قرار بتعيين شخص فى وظيفة قضائية أو إدارية بالمحاكم – أقلام الكتاب والمحضرين – رغم العيوب التى شابت هذا القرار. وأياً كان مصدر هذه الشواهد لا بد وأن تحدث خطأ من صاحب المركز القانونى. وأن تولد اعتقاداً شائعاً لدى الخصم الآخر بقانونية هذا المركز الواقعى، وكذلك لدى المحيطين به.فى تفصيل ذلك انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٥٩ – ٦٩ بند ٥٩ – ٦٨ والمراجع المشارة لديه. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٤/١/٢٥ مشار إليه سابقاً، نقض ٢٠٠١/٤/٢٢ طعن رقم ١١٤٥ سنة ٧٠ ق، نقض ٢٠٠٠/٤/٩، طعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٩ ق.

(١) ويتمثل العنصر المعنوى فى حسن نية الخصم عند تعامله ومقاضاته لخصمه صاحب الوضع الظاهر، وهذا العنصر يعد تطبيقاً لمبدأ هام ومعتمد فى قانون المرافعات، "هو واجب السير فى إجراءات الخصومة بحسن نية" حول العنصر المعنوى لفكرة الوضع الظاهر انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٧ – ٨٣ بند ٦٩ – ٨٢ والمراجع المشارة لديه. وحول مبدأ حسن النية فى القانون الإجرائى انظر د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٠٢ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد: قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف ص ٣٠ وما بعدها. د. علي هيكل: القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة بند ٤٥. د. محمد السيد رفاعى: رسالة ص ١٠١ وما بعدها.

(٢) انظر فيما يلى ص ٧٢ حاشية رقم٢.

(٣) انظر فيما سبق ص ٣١ حاشية رقم ٣.

(٤) الشخص الذى مارس وزاول وظيفة القضاء، وجلس على منصته وفصل فى المسائل طرحت عليه من الخصوم رغم تخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لاكتساب صفة القاضى، أو رغم ما يشوب قرار تعيينه من عيوب تؤدى إلى بطلانه، فيصبح الشخص قاضياً ظاهراً. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٦٦ وما بعدها، بند ١٥٦ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى: ص ٥٧٨. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى: ص ٢٢٥ حاشية رقم ٣٤١. د. أحمد فتحى سرور: رسالة ص ٢٠٠ بند ١٤١.

GLASSON,. TISSER et MOREL: op. cit. T. 3. P. 588.N. 731.

قارن د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان، ص ٧٨٩ بند ٤١٧ والحكم الإيطالى المشار لديه استئناف ميلانو ٢١ أبريل ١٩٥٠ تميى ١٩٥١ – ١٢.

يكون فى موقعه – بمطابقة اسم خصمه لأسمه الصحيح، ومنها مخاطبة خصمه نفسه له بهذا الأسم، وعدم اعتراض الخصم على مخاطبته، كما أن هذا الخصم قد أسهم بخطأه فى ظهوره لدى خصمه بالاسم غير المطابق لاسمه الصحيح، وكان يجب عليه أن ينبه من يتعامل معه وخصمه باسمه الصحيح، حتى تتخذ هذه الإجراءات فى مواجهته بهذا الأسم، وإذ لم يفعل فأنه يكون قد ساهم بخطأه فى ظهوره بمظهر صاحب المركز القانونى – أى الأسم الصحيح – كما أن الخصم الذى تعامل مع صاحب المركز الظاهر، قد أعتقد اعتقاداً مشروعاً بأنه يتعامل ويتخذ الإجراءات القانونية مع خصمه باسمه الصحيح، أى أنه لا يعلم بالاسم الصحيح له، ولم ينسب إليه أى تقصير أو إهمال أو خطأ فى هذا الصدد، أى كان حسن النية. ولا يختلف الأمر إذا أعلن هذا الخصم باسمه الظاهر أو فى موطنه الظاهر. ويعبر عن ذلك بالعنصر المادى المعنوى لصاحب الوضع الظاهر.

كما لا يختلف الأمر إذا توافر هذان العنصرين، المادى، والمعنوى للمحامى الذى مُنع من مزاولة المهنة أو أحيل إلى المعاش، فيصبح محامياً ظاهراً. أو توافر هذين العنصرين فى حق الشخص الذى مارس وزاول وظيفة القضاء، وطرحت أمامه هذه الإجراءات، رغم ما يشوب قرار تعيينه من عيوب تؤدى إلى بطلانه، فهو قاضياً فعلياً[1].

والإجراءات التى اتخذت على النحو السابق، وإن كانت باطلة وفقاً للمركز القانونى. إلا أن الخصم صاحب المركز الظاهر أو الواقعى لا يستطيع الدفع ببطلانها، لأنه لا يقبل منه ما يتنافى مع سبق سلوكه[2] أو ما تسبب فى تعيبه من إجراءات وفقاً للمادة ٢١/ ١ مرافعات[3] كما أن الأحكام تجرى على الظاهر[4] ولذا تعد هذه

---

(١) انظر فيما يلى ص ٢٣٤.
(٢) انظر فيما سبق ص ٦٦ ومابعدها حاشية رقم ٤.
(٣) انظر فيما يلى بند ٣٤ ومابعده.
(٤) انظر فيما سبق بند ١٧.

الإجراءات صحيحة وفقاً لفكرة الوضع الظاهر متى توافر عنصريها وأثيرت من الخصم صاحب المصلحة[1].

هذه الفكرة تقلب الأمور رأساً على عقب، وتحول بين هذه الإجراءات التى اتخذت وفقاً للوضع الظاهر والجزاء الإجرائى، فتضعف الأخير على نحو لا يقوى على إزالة العيوب التى لحقت هذه الإجراءات فإذا هى تضعف الجزاء الإجرائى، فتبقى على الإجراءات المعيبة بحالها.

وبقاء الإجراءات المعيبة تطبيقاً لفكرة الوضع الظاهر، يتم عن قصد[2] من جانب المشرع لرصده وقائع قانونية صريحة[3] أو ضمنية[4] بحدوثها، وتوافر عناصر تطبيقها يبقى على هذه الإجراءات، رغم مخالفتها لمراكز قانونية، ودون أن يؤدى بقاء هذه الإجراءات إلى زوال عيوبها أو تصحيحها أو إضافة بيانات إليها، أو

---

(١) والقاعدة أن للخصم صاحب المصلحة وحده حق إثارة مسألة الوضع الظاهر أمام محكمة الموضوع، ذلك لأن هذه المسألة تختلط بالواقع الذى يحتاج إلى بحث، وهو= =ما تختص به محكمة الموضوع، ويخرج عن وظيفة محكمة النقض. د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ٨٣ بند ٨٣. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى: الإشارة السابقة. وفى خروج مسألة الواقع أو المسألة التى يخالطها واقع من وظيفة محكمة النقض. انظر: د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالنقض، ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ١٤٩ وما بعدها، بند ٦٦.

MARTIN: Le Fait et le droit au Parties et le juge J. C. P. 1974. dactr. N 2656. N 34 – 41. FAUE: La Cour de Cassation. Dauchman. N. 1970. P. 119. N. 99.

وقضى بأن الدفع القانونى الذى يخالطه واقع عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض نقض عمالى عمانى ٢٠٠٦/١٢/١٨ الطعن رقم ٢١٩/ ٢٠٠٦ المجموعة السنة ٧ص ١٠٤٣ نقض عمالى عمانى ٢٠٠٧/٦/١٨ الطعن ٨١ لسنة ٢٠٠٧ المجموعة السنة ٧ ص ١١٥٧.

ولتعلق مسألة الوضع الظاهر بالمصلحة الخاصة، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها لعدم تعلقها بالنظام العام انظر:

Civ. 20 déc. 1966 Bull Civ – 1 – N 556.

مشار إليه لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: الإشارة السابقة. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٨/٢/٢٧ الطعن رقم ٤٢٦ لسنة ٢٠٠٩ المجموعة السنة ٨ ص ٦٢٤.

ومتى أثيرت مسألة الوضع الظاهر أمام محكمة الموضوع تعين عليها بحثها وفحصها، وعدم الالتفات عنها، وتتحقق من توافر عناصرها، فإذا لم تفعل كان حكمها مشوباً بالقصور، لأنها لم تفصل فى دفع جوهرى يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ٨٤، بند ٨٣. د. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى ١٩٨٣، دار الفكر العربى، ص ٢٢٥ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٩ بند ٣ مكررا، د. وجدى راغب: دراسات ص ١٢٥ بند ١٧. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٠/٢/١٥ الطعنان رقما ٣٢٥٠، ٣٢٤٩ لسنة ٦٧ق نقض ٢٠٠٠/٧/٧ طعن ٨٦ لسنة ٦٧ أحوال شخصية، نقض ١٩٩٤/١٢/١٩ السنة ٤٥ ج ٢ ص ١٧٤٠ د. أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٣١٠ وما بعدها. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٧/٥/٢ الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٠٠٦ المجموعة السنة ٧ ص ٩٥٢ نقض تجارى عمانى ٢٠٠٧/٦/١٨ الطعن ٨٢/ ٢٠٠٧ المجموعة السنة ٧ ص ١١٦٣ نقض تجارى عمانى ٢٠١٠/٢/١٧ الطعن ٢٢/ ٢٠٠٩ المجموعة السنة ١٠ ص ٨٦٤.

(٢) انظر فيما سبق بند ١٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ١٧.

(٤) ورصد المشرع فكرة الوضع الظاهر ضمنياً حين نص فى المادة ٥٠٧/ ٢ مدنى مصرى على أن "البطلان لعدم كفاية عقد الشركة لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان" المادة ٥٤ من تقنين التجارة المصرى القديم على أنه "إذا حكم بالبطلان يتبع فى تسوية حقوق الشركاء فى الأعمال التى حلف قبل طلب فض المشارطة التى حكم ببطلانها" المادة ٧٠٣ مدنى بشأن الوكالة الظاهرة. المادة ٩٤٨ مدنى عراقى على أنه "لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير حسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها" المادة ٥٤٨، ٥٤٩ مدنى أردنى.

تحويلها من إجراءات معيبة إلى إجراءات صحيحة. والأكثر من ذلك أنها ترتب من وقت اتخاذها كافة آثار الإجراءات الصحيحة إجرائية[1] كانت أو موضوعية[2] وتطبيقاً لذلك قضى[3] بأن "مفاد المادة ١٠/ ٢ مرافعات يدل على أن المشرع لم يوجب على المحضر التحقق من صفة من تسلم صورة الإعلان ولا من حقيقة علاقته بالمراد إعلانه، طالما أن ذلك الشخص يؤكد الصفة التى تخول له تسلمها، ويعتبر الإعلان صحيحاً متى سلمت الورقة على النحو المتقدم".

وترتيباً على ذلك، إذا استقام تطبيق فكرتى الافتراض، والوضع الظاهر – على النحو السابق – عند حدوث واقعة من الوقائع القانونية التى رصدها المشرع الإجرائى، لتسقط حق الخصم فى التمسك بالجزاء، أو تمنعه من الدفع به، وإن تم ذلك بطريقة مباشرة، ففى نفس الوقت تؤدى بطريقة غير مباشرة إلى تفعيل فكرة الإعفاء من الجزاء، وبقاء العيب الإجرائى على حاله، بدون زوال لعيوبه أو تصحيح للعمل الإجرائى المعيب أو تحويله من إجراء معيب إلى إجراء صحيح، بل وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح.

وإنتاج الإجراء المعيب كافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذه وفقاً للوقائع القانونية والتى تحدث مثل هذه الأفكار، فذلك لاعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية، والدور الوظيفى الذى يؤده الإجراء بالنسبة للحقوق الموضوعية والسياسة العامة للإجراءات تجاه الحقوق الموضوعية[4].

---

(١) انظر فيما يلى بند ٦٩.

(٢) انظر فيما يلى بند ٧٢.

(٣) نقض ١٩٨٢/٥/٣٠ مجموعة القواعد ١ – ٢ ص ١٥٢٧. الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠. نقض ١٩٩٨/١٠/٢٧ طعن ٢٤٤٤ لسنة ٦٧ق نقض ١٩٨٠/٦/١٠ طعن ٨٤٨ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٧٤٢. نقض ١٩٩٥/٧/١٢ الطعنان رقما ٢٣٦ لسنة ٥٤ق، ٨٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٢ د. أحمد مليجى: الموسوعة الشاملة فى التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ الطبعة الرابعة نادى القضاة ص ٤٣٩، نقض ١٩٨٦/١/١٢ طعون أرقام ٦٥١ لسنة ٥١، ٣١٥ لسنة ٥٣ ق د. أحمد مليجى ص ٤٣٥. نقض ٢٠٠٥/٢/٢٧ طعن ٢٥٧٥ لسنة ٧٣ ق، نقض ٢٠٠٥/٣/١٧ طعن ٤٧٦٠ لسنة ٧٤ ق. المحاماه ٢٠٠٧ع ٥، ٦ ص ٢٤ ومابعدها. نقض ٢٠٠١/٤/٢٢ طعن رقم ١١٤٥ لسنة ٧٠ ق، نقض ٢٠٠٠/٤/٩ طعن رقم ٤٠١ لسنة ٦٩ ق.
وقضى بأنه إذا كان المحامى الذى وقع على الصحيفة قد جرى استبعاد اسمه من الجدول فى الفترة التى وقع فيها على صحيفة الاستئناف بسبب تأخيره عن سداد اشتراك النقابة، فلا تكون الصحيفة باطلة، لأن ذلك ينطوى على خلط بين زوال صفة المحامى وبين استبعاد اسمه من الجدول بصفة مؤقتة، مما ينزع صفته كمحامى، فيكون توقيعه على الصحيفة صحيحاً نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٨١٥.

(٤) انظر فيما يلى بند ٧٢.

الفصل الثانى

وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب

٢٠- تمهيد وتقسيم:

نزول الخصم عن حقه فى التمسك بالجزاء، وسقوط حقه فى التمسك به، وإثارة الجزاء ممن ليس له مصلحة فيه، وكون هذا الخصم هو المتسبب فى العيب الإجرائى، وسائل أربعة تؤدى إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب. نتعرض لهذه الوسائل تباعاً فى مباحث أربعة على التوالى:

المبحث الأول

النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء

٢١- تمهيد:

إذا كان الإنسان بطبعه حريصاً على حقه، فلا يقدم على النزول عنه بسهولة[١]. إلا أنه قد يعرض عليه ما يجعله يتنازل عنه. والنزول عن الحق جائز شرعاً[٢] وقانوناً. وتتعدد صور النزول عن الحق[٣] ومنها الحق الإجرائى، ومن صور النزول عن الحق الإجرائى، النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء[٤] وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع المصرى مادة ٢٢ مرافعات، والفرنسى مادة ١١٢ مرافعات.

---

(١) د. جلال العدوى: النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص، مجلة الحقوق السنة ١٣ لعامى ١٩٦٣ – ١٩٦٤ العددان الثالث والرابع ص ١٧١.

(٢) وفى الشريعة الإسلامية النزول عن الحق من التصرفات المشروعة في الجملة، إذ هو تصرف الإنسان فى خالص حقه، دون أن يمس ذلك حقاً للغير. والأصل فيه الإباحة. وقد تعرضت له الأحكام التكليفية الأخرى، فيكون واجباً كترك ولي الصغير الشفعة التى وجبت للصغير، إذا كان الحظ فى تركها، لأنه يجب عليه النظر فى ماله بما فيه حظ وغبطة له.ويكون مندوباً إذا كان قربة، كالعفو عن القصاص، وإبراء المعسر، والعتق وقد يكون حراماً كعفو ولى الصغير عن القصاص مجاناً، وكطلاق البدعة، وهو طلاق المدخول بها فى حال الحيض من غير حمل، وقد يكون مكروهاً، كالطلاق بدون سبب يستدعيه. انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ج٤ مصطلح إسقاط بند ٧ – المصدر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية مشار إليه لدى د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق فى الدعوى ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة ص ١.

(٣) فى تعدد صور التنازل عن الحق انظر: د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق، ص ١٦ – ٨١.

(٤) نشأة الجزاء الإجرائى، تؤدى في ذات اللحظة إلى نشأة حق إجرائى، هو الحق فى التمسك بهذا الجزاء. هذا الحق الأخير، كما يمنح لصاحبه المصلحة فى مكنة التمسك به، يخول لصاحبه النزول عنه. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٥٦ وما بعدها بند ١٠٦ وما بعده.

٢٢- ماهية النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء وتصنيفه ضمن وسائل الإعفاء منه: للخصم الذى من حقه التمسك بالجزاء، أن ينزل عن هذا الحق، ويتحقق النزول بإعلان إرادة النازل عنه صراحةً أو ضمنياً[١]. وبغير الإرادة لا يمكن الكلام عن النزول[٢]. فالنزول تصرف إرادى يهدف إلى النزول عن حق إجرائى للنازل شريطة عدم الإضرار بالغير[٣].

والنزول يرد على الحق فى التمسك بالجزاء، فإذا كان صاحب الحق قد تقدم بطلب لإعمال الجزاء، ثم نزل عنه بعد إبدائه، فالنزول يرد على الطلب والحق معاً. على أن الغالب أن يحدث النزول قبل التمسك بالجزاء، فيرد على الحق فى إبداء الجزاء[٤].

ويدرج الفقه الغالب[٥] مؤيداً بأحكام القضاء[٦] النزول عن الحق فى

---

(١) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان، ص ٦٧٤ بند ٣٦٤. د. أحمد هندى: أصول قانون المرافعات ٢٠٠٢ دار الجامعة الجديدة ص ٨٦٦ بند ٢٧٣. التمسك بالبطلان ص ٣٨ بند ٩ قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة ص ٤٨٦ بند ٢٥٢.
وللنزول عن الحق فى التمسك بالجزاء بصورتيه الصريح والضمنى أثر قاصر على الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة دون المصلحة العامة. فأن نزل الخصم عن الجزاء المتعلق بالمصلحة العامة، فأن هذا النزول لا ينتج أثره حتى بالنسبة لهذا الخصم، فيجوز له بعد نزوله أن يتمسك بالجزاء، كما يجوز ذلك لغيره من ذوى المصلحة، ومن باب أولى للمحكمة من تلقاء نفسها. فى نطاق النزول عن التمسك بالجزاء انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٢ بند ٣٦٧. ومع ذلك، فإذا كان النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء المتعلق بالنظام العام غير جائز، إلا أنه يجوز النزول عن أثره، ولهذا فأن للخصم أن ينزل عن حقه فى التمسك بعدم انقطاع التقادم بصحيفة الدعوى الباطلة، ولو كان هذا البطلان يتعلق بالنظام العام: انظر:
JAPIOT(R.): Traite élémentaire de procédure civile et Commerciale 1939. P. 38 ets N 49.

(٢) ميكيلى: النزول رقم ٢٦ بند ١٠٥ مشار إليه لدى د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٨٣ وحكم الدستورية المشار لديه القضية رقم ت٢٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦.

(٣) فى التعريفات المختلفة للتنازل عن الحق الإجرائى. انظر: د. محمد السيد رفاعى: رسالة ص ٢٧٥ – ٢٨٧.
JAPIOT: op. cit. P. 38. N 49. STRICKLER Deisitement N 1 ets.
وفى الاتجاهات المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية للتنازل عن الحق الإجرائى بين كونه، تصرف قانونى، أو عمل من أعمال التبرع، أو عملاً إجرائياً، أو عمل إرادى، أو تصرف من جانب واحد. والذى انتهى بالبعض أن هذه الاتجاهات، تعبر عن آراء كلها صحيحة، لأن طبيعة التنازل عن الحق ليست واحدة، فهى تختلف باختلاف الحق المتنازل عنه، ما إذا كان دعوى، أو خصومة، أو إجراء من إجراءاتها. انظر: د. محمد السيد رفاعى: ص ٢٨٧ – ٣٠١ د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٥ – ١٥.

(٤) د. فتحى والى، أحمد زغلول: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥٦ بند ١٥٥.

(٥) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٤ بند ٢٥٣ كتابات فى القضاء المدنى والتحكيم ص ٥١٨. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٦٦ بند ٢٧٣. التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة، قانون المرافعات: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: دراسات، ص ١١٠ حاشية رقم ١٩. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٦ بند ٤٠١ د. إبراهيم نجيب سعد: ج١ ص ٧٦٤ بند ٣٠٦ د. أحمد مليجى: التعليق ج ١ ص ٧١٢ مادة ٢٢، ص ٧٢٥ مادة ٢٣. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٤٨. د. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى، ص ١٣٩، حاشية رقم ١٥١. محمد كمال عبد العزيز: المرجع السابق، ص ٢٥٥.
Solus et Perrot: op. cit. P. 389. N. 419. JAPIOT: op. cit. P. 38 ets 49. GIVERDON: régime des éxceptions de Nullite. G. P. 1973 – 2 – Dact. 621.

(٦) نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٨٤١٢ لسنة ٦٦ق نقض ١٩٩٣/١٢/٢٥ الطعن ٧٦٣ لسنة ٥٧ ق.

التمسك بالجزاء بصورتيه الصريح والضمنى – تعلق هذا الجزاء بالبطلان أم بسقوط الحق فى اتخاذ الإجراء – ضمن حالات تصحيح الإجراء الباطل. فنزول من تقرر الجزاء لمصلحته بنفسه أو وكيله[١] يهدر بموجبه حقه فى التمسك بالجزاء. فيتحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح بأثر رجعى من لحظة اتخاذه. وتصحيح الإجراء الباطل أو عدم الحكم به، ليس معناه، التجاوز عن العيب والعفو عنه، بل أنه تصحيح للعيب الإجرائى، وتصحيح الأخير واجب[٢] فيزول العيب بالتنازل عنه[٣]. فالنزول عن الحق فى التمسك بالجزاء، وفقاً لهذا الاتجاه، هو تصحيح للإجراء المعيب بزوال عيبه، وتحوله من إجراء معيب إلى إجراء صحيح.

ينتقد البعض[٤] وبحق ما ذهب إليه الاتجاه السابق، ومبرره أن الإجراء المعيب يظل باقياً، وإذ هو يبقى، فهو يبقى محملاً بالعيب، فلا يوجد تصحيح ولا تحول للعمل الإجرائى المعيب ولا زوال لعيبه، وإنما يبقى بعيبه، وآثار هذا العيب وهى التى تشكل الجزاء الإجرائى فلا ينطلق. فيظل الإجراء المعيب بمنحى عن أى جزاء يهدده. والأكثر من ذلك أنه يولد كافة آثار الإجراء الصحيح.

ومؤدى ذلك، أن النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء لا يتضمن أى تغيير أو إضافة فى العمل الإجرائى المعيب. **فمن ناحية**: لا يوجد تصحيح بالإضافة أو التكملة، لأن التصحيح يؤدى إلى نشأة عمل إجرائى جديد تم ميلاده من لحظة إتمام

---

(١) والوكيل بالخصومة – المحامى – التنازل عن الحق فى التمسك بالجزاء المقرر لصالح موكله صراحة وضمناً. والمنصوص عليه وفقاً للمادة ٢٢ مرافعات تطبيقاً للمادة ٧٥ مرافعات، والتى تخول للوكيل سلطة القيام بالأعمال الإجرائية من وقت رفع الدعوى إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها، فى درجة التقاضى الذى وكل فيها. نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ٤٣٠.ودون أن يحتاج النزول عن الجزاء الوارد بالمادة ٢٢ مرافعات إلى تفويض خاص، لأنه خارج القيود الصريحة التى أوردتها المادة ٧٦ مرافعات، والتى تستلزم تفويض خاص، فيما أوردته على سبيل الحصر. انظر د. أحمد هندى: التعليق ج ٢ ص ٣٧ – ٤٢. قارن: حيث يرى البعض أن نزول المحامى على الحق فى التمسك بالجزاء لا يلزم موكله، إلا إذا كان لديه وكالة خاصة فى هذا الشأن.
JAPIOT: op. cit. P. 39.N. 49.

(٢) لأن من واجبات القاضى الفصل فيما يطرح أمامه وتطبيق قواعد القانون على النحو السليم، لأنه تطبيقه لهذه القواعد آمرة أم مكملة، ليس مجرد رخصة يمكنه أن يستعملها أو لا يستعملها، وإنما ذلك يتم بشكل إلزامى، يتعين القيام به، وشأن ذلك هو صانف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسى وفقاً للمادة ١٢ مرافعات. انظر:
BOLARD (G.): L'affice du juge et le rôte des Parties entre arbitraire et la xisme. J. C. P. G. 2008 – 1. 156.

(٣) د. إبراهيم النفياوى: انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة ص ٩٩ وما بعدها.

(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٩٩ وما بعدها بند ١٥٢، ص ٢٧٧ وما بعدها بند ٢٢٧. إعلان الأوراق القضائية، ص ٢٥٦، بند ١٥٥. دراسة فى السياسة التشريعية، ص ١٠٩ وما بعدها، بند ١١. من هذا الرأى د. أيمن رمضان: رسالة، ص ٤٦٦.

التصحيح بشكل سليم، وبالتالى لا تتولد آثار هذا العمل الجديد إلا من تاريخ إتمام التصحيح[1].

ومن ناحية ثانية: القول بتحول الإجراء المعيب إلى صحيح لا يستقيم مع شروط نظرية التحول الإجرائى[2]. كما أنه يصطدم مع صراحة المادة ٢٤ مرافعات والتى تنص على أنه "إذا كان الإجراء باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فأنه يكون صحيحاً باعتباره الإجراء الذى توافر عناصره "فما ينتج من آثار يولدها الإجراء الجديد الذى توافرت فيه عناصر العمل الإجرائى المحول، وليس العمل الإجرائى المعيب.

وأخيراً، لا يؤدى النزول إلى زوال أى عيب شاب العمل الإجرائى، لأن النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، نظراً لقيام مبرره النزول الصريح أو الضمنى أياً كان شكله إذ يحول دون وقوع الجزاء[3]. فالذى يتم النزول عنه هو الحق فى التمسك بالجزاء. أما الإجراء المعيب ذاته لا يتم النزول عنه، مما يؤدى إلى استمرار سير الإجراء المعيب بعيبه بدون تصحيح أو تحول.

وحيث أن النزول الإرادى عن التمسك بالجزاء، يعد نزولاً عن الحق فى التمسك بالجزاء، وليس نزولاً عن الإجراء المعيب، فيبقى الإجراء قائماً وينتج من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح، تطبيقاً للأصل العام أن الإجراء الباطل يعتبر

---

(١) وتصحيح الإجراء الباطل بالإضافة أو التكملة يكون ولو بعد التمسك بالجزاء، ويكون ولو كان الجزاء متعلق بالنظام العام، على أن يكون فى الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، وإلا فى الميعاد الذى تحدده المحكمة مادة ٢٣ مرافعات. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٢٦ نقض ١٩٦٧/٥/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٦٤٦. نقض ١٩٧٦/١٢/٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ٣٥٦.

(٢) فالعمل الإجرائى المعيب الذى توافرت فيه مقومات عمل آخر وتحوله إليه، يولد العمل المحول آثار تتناسب مع وضعه بعد التحول، والتخلص من عمل لم يعد يتناسب مع طبيعة المرحلة التى وصل إليها الإجراء، أو لم يعد يتماشى مع طبيعة المرحلة الجديدة. فى نظرية التحول الإجرائى وشروطها وتطبيقاتها. انظر: د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٨٢٠ وما بعدها بند ٤٣٣. د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد ص ٧ وما بعدها، بند ٤. دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٢٤ وما بعدها، بند ٨٤. الهدر الإجرائى، ص ١٠٦ وما بعدها، بند ٦١. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٨٢ وما بعدها بند ١٧٥.

Solus et Perrot: op. Cit. P. 337. N 369.

وفى تطبيق ذلك:
نقض ١٩٧٥/٢/٢٢ فى الطعن ٤٣١ لسنة ٤١ق نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ السنة ٢٤ ص ٣٣٦ د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٧٣٦ المادة ٢٤.

(٣) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٩، ١١٠ بند ٧٣.

صحيحاً إلى أن يحكم ببطلانه[1]. وكون الجزاء يتعلق بالمصلحة الخاصة، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها[2] وإنما يحتاج دائماً حكم قضائى، كما أن الأصل فى الإجراءات التى اتخذت قد روعت، ومن يدعى خلاف ذلك عليه إقامة الدليل[3] ويؤكد هذا الأصل فى وجهيه أن المشرع يحد من دواعى البطلان ويغلب موجبات الصحة[4] فيكون الإجراء المعيب بعد النزول عن الحق فى التمسك بأثره صحيح. وإذا فرض وثار نزاع حول واقعة النزول، فأن القاضى يتدخل ويصدر حكماً يقرر فيه صدور النزول إذا قرر توافر شروطه ومفترضاته[5].

وترتيباً على ذلك، لا يستقيم القول بأن النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء يزيل العيب الإجرائى، ويصحح العيب ويحوله إلى إجراء صحيح. كما لا يستقيم القول[6] بأن النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، لا يعد سوى أن يكون وجه لسقوط الحق فى التمسك به.

وعدم استقامة كون النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء وجه لسقوط الحق فى التمسك به، أن الأخير جزاء إجرائى يقع بقوة القانون عند حدوث واقعة قانونية لا محل فيها للإرادة ولو حتى لمجرد الإتيان بها. أما النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء تصرف إجرائى[7] يتم بإرادة الخصم يعبر بمقتضاها عن إرادته بالنزول، وبدون هذه الإرادة لا يتحقق النزول ولا ينتج أثره[8].

---

(١) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٢) نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ الطعن ٧٦٣ لسنة ٥٧ق محمد كمال عبد العزيز ص ٦٥٠.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٣٢ بند ١٧٤ مكرراً. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان، ص ٤٤، بند ٩، أصول: ص ٨٧٠، بند ٢٧٣.

(٤) نقض ٢٠٠٢/٢/١١ إيجارات طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ق المحاماة العدد ٣ – ٢٠٠٣ ص ٩٧.

(٥) د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

(٦) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٠٥ بند ٤٩، ص ١١٦ بند ٥٦. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٩٦، بند ٢٧٧ د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى: ص ٢٦٦ بند ٢٢٣. د. أيمن رمضان: ص ٤٥٦.

(٧) د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٤٥٦، دراسات فى مركزك الخصم، ص ١٢٧، بند ١٩. د. على هيكل الدفع بإحالة الدعوى، ص ٧٤ وما بعدها، بند ٧٣ وما بعده. د. محمد السيد رفاعى: ص ٣٠١ وما بعدها.

(٨) STRICKLER: desitement. Préc N 33 ets.
صحيح وأن اشتراك السقوط مع النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء فى وحدة النتيجة، فعند تحقق مقومات أيهما وترتب أثره يؤدى إلى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء وعدم العودة مرة ثانية لإثارته والتمسك به، إلا أن الخلاف بينهما جد كبير. ويظهر هذا الخلاف من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما ونطاق تطبيقه وأثره النسبى بالنسبة لأطراف الخصومة، والإتفاق فى النتيجة لا يبرر الخروج على أوجه الاختلاف بينهما. فى التفرقة بين السقوط والتنازل انظر: د. محمد السيد رفاعى، ص ٤١٨ – ٤٢٢. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق فى الدعوى، ص ٦٧ وما بعدها.

وواقعة النزول الإرادى[1] وإن كانت واقعة إجرائية اختيارية[2] استقل القانون الإجرائى بتحديدها، ولكن علق ترتيب آثارها على التدخل الإرادى من جانب صاحب المصلحة بالنزول عن الحق فى التمسك بالجزاء، فإذا نزل الخصم بإرادته، رتب القانون أثره، هذا الأثر يتمثل فى سحب مكنة الحق فى التمسك بالجزاء وعدم العودة إليها مرة ثانية، ليبقى المشرع عند حصول هذه الواقعة الإرادية على الإجراء المعيب، منتجاً بحسب الأصل من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح.

وعليه فواقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، لا تعد وجه لسقوط الحق فى التمسك بالجزاء، وإنما وسيلة إجرائية مستقلة من وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، ويؤكد ذلك المغايرة[3] بين واقعة النزول الإرادى، وسقوط الحق فى التمسك بالجزاء. إن النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء لا يتحقق إلا إذا أبدى قبل حدوث واقعة من الوقائع القانونية المسقطة للحق فى الجزاء وبقوة القانون، فإذا حدثت واقعة من هذه الوقائع كنا بصدد سقوط للحق فى التمسك بالجزاء وليس نزول إرادى عنه. ويدلل على هذه المغايرة ما تناولته المادة

---

(١) د. وجدى راغب: مبادئ، ص ٤٦٦ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية ص ٤٩٦ بند ٤١٢.
Coss. Civ. 17 Mars. 1983. Bull. Civ. 11. N 84 R.T.D. Civ. 1983. P. 790.

(٢) ومساهمة الإرادة الفردية للوقائع القانونية الإجرائية بوضعها موضع التطبيق، يصعب معه اعتبارها وقائع قانونية خالصة، وإلا كان تعلق تطبيق مثل هذه الوقائع على إرادة الخصوم تزايداً من المشرع. كما أنه لم يترك للخصم تحديد الوقائع التى يضعها موضع التطبيق، لأن الإرادة الفردية وحدها فى القانون الإجرائى لا زالت غير قادرة بسلطانها الذاتى على هذا التحديد، يرتب القانون على هذا التحديد أثره. وإنما غاية ما تذهب إليه هذه الإرادة ووفق ترخيص المشرع لها، هو وضع واقعة مثل واقعة النزول الإرادى موضع التطبيق. فى دور الإرادة الفردية ومساهمتها للقانون الإجرائى فى تطور بعض قواعده انظر. د. على هيكل، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها، بند ٧٦ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٦٢ وما بعدها. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى، ص ٩٣، بند ٥١. قرب د. إبراهيم نجيب سعد: قانون القضائى الخاص ج٢، الخصومة القضائية، الحكم القضائى، منشأة المعارف بدون تاريخ نشر، ص ١٠٨، بند ٣٤٣. د. نبيل عمر: أصول قانون المرافعات ص ٨٩٤ بند ٨١٣. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٩/٣/٧ طعن ٧١٤/ ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠، ص ٧٤٧. نقض ١٩٩٦/٣/٢١ الطعنان رقما ٣١٧٧، ٩٧٢٢ لسنة ٦١ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٥٢٣.
ويؤكد مساهمة الإرادة الفردية للقانون الإجرائى فى وضع بعض قواعده موضع التطبيق، مبدأ التعاون بين القاضى والخصوم، والذى اعتنقه المشرع الفرنسى كمبدأ جديد فى قانون المرافعات الحالى، والذى يؤكد على ضرورة المساهمة والتعاون المثمرين للقاضى والخصوم من أجل الوصول إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع، حيث تصور المشرع أن هذا التعاون يؤدى إلى الحصول على عدالة أفضل وأقرب إلى حقيقة الواقع، وأكثر موافقة لأحكام القانون، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسى وفقاً للمواد ١٤، ١٥، ١٦ مرافعات. انظر د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون، المقال، ص ٨١ وما بعدها. د. على تركى: المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها بند ١٥ وما بعده.
NORMAND: Thé. P. 219 ets N 225 ets et abs. R.T.D. Civ. 1977. P. 180 ets.

(٣) فى اختلاف التنازل عن السقوط انظر فيما سبق ص ٨١ حاشية رقم ٤.

٢٢ مرافعات، وعلى سبيل المثال المادة ١٠٨، ١٥٤ مرافعات، حيث تناولت المادة ٢٢ واقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء بينما المادة ١٠٨، ١٥٤ تناولنا وقائع مسقطة للحق فى التمسك بالجزاء.

٢٣- نوعا النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء: القاعدة هى حرية الخصم الذى تقرر الجزاء لصالحه فى التعبير عن إرادته، فنزوله عن الحق فى التمسك بالجزاء كتصرف إرادى يقوم على حرية الإرادة. وبالمثل تمتد هذه القاعدة لتطبق على شكل النزول وطريقة التعبير. فالنزول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً مادة ٢٢ مرافعات مصرى[١]، ٣٩٤، ٣٩٧ مرافعات فرنسى.

٢٤- النزول الصريح: هو إعلان من له الحق فى التمسك بالجزاء عن رغبته فى النزول عنه، ودون أن يشترط فى هذا النزول شكل خاص. فيمكن أن يتم شفاهةً أثناء الجلسة فى مواجهة الخصم الآخر ويثبت فى محضرها، أو كتابة فى مذكرة تعلن إلى الخصم الآخر[٢] وتقدم إلى المحكمة، أو فى صورة إقرار يقدمه من شرع الجزاء لصالحه إلى المحكمة[٣]. ودون أن يشترط فى النزول عن الجزاء ألفاظاً معينة، كل ما فى الأمر أن يكون اللفظ دالاً بصورة صريحة وجازمة عن إرادة النازل عنه[٤].

---

(١) وتنص المادة ٢/ ٩٠ مدنى مصرى على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحا". فى تفصيل ذلك: انظر د. محمد حسن قاسم، القانون المدنى، الالتزامات، العقد، المجلد الأول، ٢٠١٧ دار الجامعة الجديدة ، ص ١٠٣ ومابعدها.

(٢) د. فتحى والى، أحمد زغلول: نظرية البطلان ص ٦٧٥ بند ٣٦٥، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٤ وما بعدها بند ٣٥٣. د. نبيل عمر: دراسات فى السياسة التشريعية، ص ١١٣، بند ٧٦. إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥٤، بند ١٥٥، عدم فعالية الجزاء ص ١٩٦ بند ١٥٠. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٦٦ بند ٢٧٣. التمسك بالبطلان ص ٣٨ بند ٩. د. أحمد صاوى: الوسيط الإشارة السابقة. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق فى الدعوى ص ١٦٤، القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٥٩ وما بعدها، بند ٢١٣. د. محمد السيد رفاعى: ص ٣٥٠ وما بعدها. د. على الشيخ: الحكم الضمنى، ص ١٤٦، بند ٩٧.

STRICKLER: Préc N 33 ets. Solus et Perrot: op. cit. P. 388. N 419. japiot: op. cit. p. 38. 49. Tomasin: Préc. P. 16 N 62.

(٣) د. أحمد هندى: الإشارات السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٠٨ بند ٥١.

(٤) فالكتابة ليست ضرورية لوجود التنازل أو لصحته. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق فى الدعوى ص ١٠٨. قارن، حيث يرى البعض أن عدم خضوع النزول الصريح لشكل معين من شأنه يثير صعوبة فى إثبات حدوثه. د. عيد القصاص: التنازل عن الحق فى الطعن ص ٧٤ بند ٢٩ مشار إليه لدى د. محمد السيد رفاعى ص ٣٥٤.
ولذا يشترط البعض أن يكون التعبير عن النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء ثابتاً فى ورقة مكتوبة أياً كان الشكل الذى اتخذه، وذلك تجنباً لحدوث جدل حول وقوع النزول الصريح وتأثير ذلك على الحكم الصادر فى الدعوى، وبالتالى على حقوق الخصوم وقصراً للوقت والجهد. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة. د. الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق فى الدعوى: ص ١٦٦.

وإذا حدث أن عبر الخصم عن رغبته فى النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء المقرر لصالحه خارج ساحة القضاء، ولم يصرح بذلك أمام المحكمة، ولم يدون تلك الرغبة فى مذكرة، فأن ذلك لا يعد تنازلاً ولا يرتب آثار النزول. بل هى رغبة عدل عنها الخصم. أما إذا عبر عن ذلك وبأى شكل أمام المحكمة أنتج النزول أثره. كما ينتج النزول أثره، إذا كان سبق وأن تمسك الخصم بالجزاء ثم عدل عن ذلك، قبل أن تقضى المحكمة به. فعدول الخصم عن الحق فى التمسك بالجزاء. لا تملك بمقتضاها المحكمة أن تقضى بالجزاء من تلقاء نفسها لتعلق الجزاء بالمصلحة الخاصة[1] وطالما لم تقضى المحكمة بالجزاء، ظل الإجراء المعيب قائماً وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح.

ويرتب النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء أثره، ولو تم الإتفاق عليه مقدماً قبل هذا النزول، طالما ورد هذا الإتفاق على عمل معين ولسبب محدد. فالنزول السابق على وقوع الجزاء هو نزول صحيح لأن سببه الجزاء الذى يشوب إجراءً معيناً يكون محدداً وبطريقة واضحة، ويكون الخصم – المتنازل – على علم بما يتم النزول عنه وبحدوده[2].

أما النزول العام غير المحدد عن التمسك بالجزاء لعمل معين أياً كانت العيوب التى تشوبه، مثل هذا الإتفاق غير جائز، لأن القاعدة هى عدم جواز النزول عن حق إلا على علم به، والنزول العادى أو العام يكون دون علم بأسباب الجزاء التى لو علمها النازل لما أقدم على نزوله، وهو ما يؤدى إلى ضياع الضمانات التى يفرضها المشرع لحمايته[3]. فالمحظور إذن هو الإتفاق على النزول العام عن الحق فى التمسك بالجزاء، أياً كان العمل المعيب أو أياً كان سببه.

---

(١) د. أحمد هندى: الإشارة السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٠٨ وما بعدها، بند ٥١.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٥، بند ٣٦٥، د. إبراهيم نجيب سعد: ج١ ص ٧٦٤ بند ٣٠٦. د. أحمد هندى: أصول، ص ٨٦٧ بند ٢٧٣ التمسك بالبطلان ص ٣٩ وما بعدها بند ٩. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٦. د. الأنصارى النيدانى: التنازل ص ٨٧ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوى: ص ٧١٧ بند ٤٠١.
Tomasin: Préc. Solus et Perrol: op. cit. P. 388 N 419. japiot: op. cit. P. 38 ets N. 49.

(٣) ومبرر عدم التنازل العام مقدماً، لكون النزول فى هذه الحالة لا يصادف محلاً، وهو ما يجعل النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع فنص صراحة على أنه "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها" مادة ٣٦٥ مدنى. كما تنص المادة ٣٨٨ منه على أنه "لا

٢٥ – ٢ – **النزول الضمنى**: هو اتخاذ الخصم موقف يدل على إرادته فى النـزول عن حقه فى التمسك بالجزاء[١]، واستعداده لتحمل آثار العمل المعيب. أى سـلوك يـدل ضرورة على إرادة من قام به فى النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء[٢] سـواء كـان هذا السلوك إيجابياً أو سلبياً بقول أو عمل أو إجراء دالاً بذاته على النزول عـن الحـق فى التمسك بالجزاء، دلالة لا تحتمل الشك، لأن النزول لا يفترض[٣] فمطلـق سـكوت

يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه". د. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها بند ١٨. د. الأنصارى النيدانى: ص ٨٦ والأحكام المشارة لديه نقض مدنى ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٦ق نقض ١٩٨٤/١٢/٣٠ الطعن رقم ١٤٧٧ السنة ٥١ق نقض مدنى ١٩٨١/٦/٢٤ الطعن رقم ٦٧١ السنة ٤٨ق.
وفى الشريعة الإسلامية، يتفق الفقهاء على عدم جواز الإسقاط قبل وجوب الحق، وقبل وجود سبب الوجوب، لأن الحق قبل ذلك غير موجود، فلا يتصور ورود الإسقاط عليه. الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤ إسقاط بند ٥٩.
ولو فرض أن الخصم تنازل عن حقه فى الجزاء مقدماً وبصفة عامة، فأن هذا النزول لا يعتد به، وإن تم إثباته فى محضر الجلسة. ويمكن للمتنازل أن يتمسك بالجزاء الذى يشوب العمل بعد حدوثه، ولكن إذا تم العمل وشابه العيب من عدة وجوه، فإن لصاحب الحق فى التمسك بالجزاء أن يتنازل عنه، فهو يتنازل عن حقه بعد العلم به، إذا هو حينئذ يعلم بكل أسباب الجزاء، على أنه إذا كان من بين تلك الأسباب ما يتصل بالنظام العام، فأن حقه فى التمسك به لا يسقط. د. أحمد هندى: أصول، الإشارة السابقة. التمسك بالبطلان ص ٤٠ بند ٩.

(١) شأن المدعى الذى يعبر عن إرادته فى طرح إدعاءاته أمام القضاء بطلبات صريحة أو ضمنية: والطلبات الضمنية هى طلبات تطرح ضمنياً على القضاء ومدرجة على سبيل الحتم واللزوم العقلى فى الطلبات الأصلية للخصوم، بحيث لا يمكن تصور وجود الطلب الأصلى دون الطلب المندرج أو الضمنى. فطلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى طلب الحكم بحلها. حول فكرة الطلبات الضمنية وأساسها وتطبيقاتها: انظر د. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى ص ٣٨٦ وما بعدها بند ١٨٨ وما بعده د. على الشيخ: المرجع السابق ص ١٧٢ وما بعدها بند ١١٢ وما بعده.

MIGUET: Thé Préc. P. 235. N. 192.
NORMOND: Thé. Préc. P. 110 N 118 ets.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٩/٣/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٧١٣، نقض ١٩٦٨/٢/١٥ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٣٠٤. نقض ١٩٦٥/١/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٦٨.
Coss. Civ. 19 Mars. 1985. Bull. Civ. 3. P. 43.
Coss. Civ. 10 Juin. 1980. Bull. Civ. 1. P. 145
وتلتزم المحكمة بالفصل فى جميع الطلبات المعروضة عليها سواء كانت أصلية أو عارضة، صريحة أو ضمنية. فى التزام المحكمة بالفصل فيما يعرض عليها انظر د. على تركى: التزام القاضى بالفصل فى النزاع ٢٠١٣. دار النهضة العربية ص ٩ وما يليها بند ٧ وما يليه، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٧٥ وما بعدها. د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ص ٣٧ وما بعدها.

BOLARD: Préc.
وقضاء المحكمة فى الطلبات المقدمة أمامها قد يكون صريحاً أو ضمنياً، فى الحكم الضمنى انظر: د. على الشيخ: ص ٣٨٤ وما يليها بند ٢٤٢ وما يليه د. د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق. ص ٤٤٠ وما بعدها، بند ٢٢٨ وما بعده. د. على هيكل: المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها بند ١٥٩ وما بعده.
BOIVIN: Les. Jugements implicites enquestion J. C. P. 1975. dectr. N. 2723.
VINCENT et GUINCHARD: op. cit. P. 157. N 176.
وفى فكرة الحكم الضمنى فى الشريعة الإسلامية انظر د. حسن على أحمد الحماوى: حجية الحكم فى الشريعة الإسلامية رسالة الإسكندرية ٢٠٠١ ص ٢٩٧ – ٣٠٠ بند ٥٠٣ – ٥٠٨ فى الأسباب الضمنية للحكم انظر:
FAYE (E.) La cour de Cassation. Dachmon 1970 P. 116 ets N. 97.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٤٠ وما بعدها بند ٩. أصول ص ٨٦٨ بند ٢٧٣ د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٦٠ بند ٢١٤. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٩٧ وما بعدها بند ١٥٠. د. أحمد السيد صاوى ص ٧١٧ بند ٤٠١. د. على الشيخ ص ١٤٦ بند ٩٧ د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة ص ٢١٢، ٢٠١٣.

STRICKLER: Préc N 33 ets.

(٣) إدارية عليا الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٤/٥/٣١ مشار إليه لدى الأنصارى النيدانى: التنازل عن الحق ص ١٦٦. نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٤٠٧.

الخصم لا يمكن أن يحمل على أنه نزول عن الحق فى التمسك بالجزاء، فلا يطبق هنا قاعدة "السكوت فى موضع الحاجة بيان" لأن السكوت مهما طال لا يعد تنازلاً عن الجزاء، إذ لا ينسب لساكت قول[1].

فالسكوت المجرد لا يدل عن إرادة، وإنما يجب أن يصاحب السكوت قول أو فعل أو إجراء يصدر من صاحب الحق فى التمسك بالجزاء، ويدل دلالة قاطعة عن إرادته فى النزول عن الحق فى التمسك بهذا الجزاء[2].

ويستنتج القاضى النزول الضمنى عن الحق فى التمسك بالجزاء من سلوك الخصم فى الدعوى[3]. ولذا يرى البعض[4] بضرورة أن يبحث القاضى عن إرادة النزول، وعما إذا كان العمل الذى يراد اعتباره نزولاً يمكن أن يتفق فى ذهن من قام به مع إرادة التمسك بالجزاء من عدمه[5] بينما يرى البعض الآخر[6] بأن افتراض نزول الخصم عن الحق فى التمسك بالجزاء يتحقق فى كل حالة يتم فيها الرد على

---

(١) والسكوت المجرد عبارة عن موقف سلبى لا يدل كقاعدة عامة على شئ، ولا يقترن بأى مسلك، أو موقف، بينما التعبير الضمنى عن الإرادة وضع إيجابى. أما السكوت الملابس فهو السكوت الذى إذا صاحبته ظروف تصبغ عليه دلالة الرضا، فأنه حينئذ يعتبر قبولاً، ومن هنا جاءت القاعدة الشرعية "السكوت فى معرض الحاجة بيان" أى يعتبر قبول. ومفاد ذلك أن سكوت المخاطب بالإيجاب يعتبر قبولاً إذا كانت ظروف التعاقد توجب عليه أن يصرح برفض الإيجاب إذا كان لا يرتضيه، بينما لا توجب عليه ذلك إذا كان راغباً بالتعاقد أو كان العرف التجارى أو طبيعة المعاملة تجرى على اعتبار السكوت بمثابة قبول انظر. د. محمد حسين منصور: مصادر الالتزام ص ١١٤ – ١١٦. د. أنور سلطان: مصادر الالتزام فى القانون المدنى الأردنى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ٢٠٠٧ دار الثقافة ص ٤٨ بند ٥٥ وحكم التمييز الأردنى المشار لديه رقم ١٦٣/ ٧٧ ص ١٠٩٨٧ مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧ السنة ٢٥ ص ٨٥٧ مشار لديه ص ٤٩. د. نبيل ابراهيم سعد، مصادر الالتزام، ص ٩٩ ومابعدها.
والسكوت فى القانون الإجرائى، وإن أثار ذات المسائل التى يثيرها بصفة عامة فى النظرية العامة للقانون. ومنها فى القانون الإجرائى، اعتبار السكوت قبولا فى بعض الحالات خاصة فى مسائل الاتفاقات ومنها شرط الاتفاق على اختصاص محكمة معينة أو شرط التحكيم، وكذلك حرمان الشخص من القيام بإجراء ما إذا سكت عن القيام به فى الوقت أو المناسبة المحددة قانوناً كما هو فى الدفوع الإجرائية التى لا يثيرها فى موعدها والطعن فى الأحكام فما يرتبه السكوت فى مثل هذه المواضع ليس على مستوى التعبير عن الإرادة، ولكن تترتب هذه الآثار فى بعض الحالات وفقاً لنظام السقوط، وفى حالات أخرى لاعتبار السكوت سلوكاً خاطئاً. فالسكوت المجرد لا يصلح للتعبير عن الإرادة فى القانون الإجرائى انظر د. على الشيخ: المرجع السابق ص ١٣٠ – ١٣٤ بند ٨٨ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٨٣/١١/٢ الطعون أرقام ١ي٧٤٧، ١٧٤٨، ١٨٥٨ لسنة ٥١ق د. أحمد مليجى التعليق، ج ١، ص ٧١٥.

(٣) وقاضى الموضوع فى استخلاصه للنزول الضمنى عن الحق فى التمسك بالجزاء لا يخضع لرقابة محكمة النقض، إلا فى وجوب بيان أسباب معقولة وكافية لاستنتاجه. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان، ص ٦٧٨ وما بعدها، بند= =٣٦٥. د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٤، حاشية ٣. أيمن رمضان: رسالة ص ٤٦٩.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/٣/٢٦ طعن ٥٦٩ لسنة ٤٣ق، نقض ١٩٨٧/٤/٢٧ طعن ١٢٠٢ لسنة ٥١ق د. أحمد هندى: التعليق ج٢ ص ٣٢٥. نقض ١٩٨٢/١١/١٨ طعن ٧٠٧ لسنة ٤٦ق مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ٩٤٨. نقض ٢٠٠٧/١/٢٨ طعن رقم ٧٩٢٢ لسنة ٦٤ قضائية.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق، ص ٦٧٥، بند ٣٦٥.

(٥) فإذا كان العملان يمكن أن يتوافقا دون أن يكون فى هذا مخالفة للمنطق فيجب قبول الجزاء. أما إذا كان سلوك الخصم اللاحق على نشوء حقه فى التمسك بالجزاء يعنى ضرورة أنه من قام به قد أراد النزول، فلا يقبل منه بعده أن يتمسك بالجزاء، انظر جوكوتسون – الدفوع ص ٢٧٦ – ٢٧٧ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٦٧٦، بند ٣٦٥.

(٦) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١١٦ وما بعدها، بند ١٥و٢.

الإجراء المعيب باعتباره صحيحاً أو القيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك. والحقيقة[1] أن هذين الرأيين يصلان إلى ذات النتيجة ولكن بتحليل مختلف. فالنتيجة هى النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، وإضعاف القاعدة الإجرائية التى خولفت من ناحية الجزاء المقترن بها، وبقاء الإجراء المعيب وإنتاجه لكافة آثار الإجراء الصحيح.

والنزول الضمنى للخصم عن الحق فى التمسك بالجزاء ليس له صورة محددة، فهو يقوم ويرتب أثره متى قدر القاضى توافر مفترضاته وشروطه، أياً كانت الصورة التى يظهر فيها[2]. ومن صور النزول الضمنى، حضور الخصم جلسات المرافعة بعد تنفيذ حكم التحقيق، وعدم تمسكه بالبطلان الناشئ عن عدم إعلانه بهذا الحكم[3]. أو يناقش الخصم تقرير الخبير مناقشة موضوعية دون أن يثير ما وقع من بطلان فى إجراءات الخبير، فذلك يعتبر إجابة للإجراء الباطل[4]. وكذلك حضور خلف الخصم المتوفى يزيل مصلحته فى التمسك بالجزاء لعدم القضاء بالانقطاع[5]. وعلى الكل يعد تنازلاً ضمنياً عن الحق فى التمسك بالجزاء عندما يقوم صاحب الحق فى التمسك به باتخاذ إجراء غير متوافق مع نية مواصلته والاستمرار فيه[6] كمعارضة المعلن إعلان باطل – بالحكم المشمول بالنفاذ المعجل مع شرط الكفالة – فى اقتدار الكفيل، لأن هذه المعارضة "تعتبر شيئاً من الإجراءات المترتبة على ورقة الإعلان بصفة كونها صحيحة"[7].

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء ص ١٩٩ وما بعدها بند ١٥٢.
(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. أحمد هندى: أصول ص ٨٧٠ بند ٢٧٣.
(٣) نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن رقم ١٣٠٣ لسنة ٤٨ق أحمد مليجى التعليق، ج ٢، ص ٧١٥.
(٤) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٤٥، بند ٩. والمراجع والأحكام المشارة لديه.
(٥) نقض ١١٩٧٥/١١/١٨ فى الطعن ٥٢٧ لسنة ٤٠ق د. أحمد مليجى، ج١، ص ٧١٤.
(٦) Paris: 7 Janv. 1981. R.T.D. Civ. 1981. 903 obs. Perrot.

(٧) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٨ بند ٣٦٥ والحكم المشار لديه استئناف ١٨ يناير ٩١٨ مج ١٨ – ١١٦ – ٦٧.

فكلما زاد التوسع فى فهم النزول الضمنى عن الحق فى التمسك بالجزاء، فأن نطاق أعمال الجزاء الإجرائى يضيق، ونتيجة ذلك هو بقاء العديد من الأعمال الإجرائية المعيبة مولدة لكافة آثار الإجراءات الصحيحة.

وعلى العكس، لا يعتبر نزولاً عن الحق فى التمسك بالجزاء مجرد استلام الإعلان من المحضر، وذلك سواء شاب البطلان عملية الإعلان أو ذات بياناته، وسواء كانت الورقة المعلنة من أوراق التكليف بالحضور أو مجرد ورقة من أوراق المحضرين[١] كما لا يعتبر نزولاً على التمسك بالجزاء إعلان الحكم، الطعن على هذا الحكم، ذلك أن الطعن فى الحكم لا يفترض بالضرورة صحة إعلانه فيمكن الطعن بمجرد صدور الحكم دون انتظار إعلانه[٢].

٢٦- **شروط النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء:** النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء صريحاً كان أو ضمنياً كى ينتج أثره يستلزم توافر الشروط الآتية: أولاً: أن يصدر النزول ممن له الحق فى التمسك بالجزاء، فإذا صدر من الغير فإنه لا ينتج أثره[٣]. ولذا يجب على القاضى أن يتأكد أن النزول عن الجزاء قد تم من جانب صاحبه أو وكيله[٤]. وفى حالة تعدد الخصوم فلا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا الخصم صاحب المصلحة دون باقى زملائه[٥].

ثانياً: توافر أهلية النزول: والأهلية المطلوبة هى أهلية التقاضى[٦] وليست أهلية التبرع لأن النازل لا ينقل حقه الذى نزل عنه للغير. وإذا كان النزول يفيد الخصم الآخر، فإن هذه الفائدة تعتبر نتيجة غير مباشرة[٧]. ويتعين على القاضى أن

---

(١) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان، ص ٤٢، بند ٩، أصول ص ٨٦٩، بند ٢٧٣.
(٢) نقض عرائض ٢٥ فبراير ١٩٠٨ – داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٤٩٩ لدى د. فتحى والى: نظرية البطلان ص ٦٧٨.
(٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٩ بند ٣٦٦، الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٦١، د. أيمن رمضان: ص ٤٧٠. د. محمد السيد رفاعى: ص ٣٥٧.
(٤) انظر فيما سبق ص ٧٨ حاشية رقم ١.
(٥) د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق ص ٢٦٢ بند ٢١٦.
(٦) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٨١ بند ٣٣.
(٧) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٠ وما بعدها، بند ٣٦٦. د. محمد السيد رفاعى ص ٣٥٧.

يتحقق من تلقاء نفسه من مدى توافر أهلية النزول لدى النازل، فإذا وجد أنه غير أهلاً للنزول عن الجزاء قضى ببطلان التنازل[1].

ثالثاً: أن يتوافر لدى الخصم صاحب المصلحة إرادة النزول: لأنه بغير هذه لا يمكن الكلام عن النزول. لذلك إذا كان النازل عن الحق فى التمسك بجزاء معين لا يعلم بالعيب الذى يمنحه الحق فى التمسك بهذا الجزاء فلا يتصور النزول. كذلك[2]، الخصم الذى يتخذ سلوكاً معيناً مع التحفظ بحقه فى التمسك بالجزاء، هذا التحفظ ينفى إرادة النزول. ويقع على عاتق القاضى استخلاص إرادة النزول على نحو ما سبق.

٢٧- **أثر النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء:** نزول الخصم صاحب المصلحة عن الحق فى التمسك بالجزاء، أياً كان سببه لعيب فى الشكل أم لعيب غير شكلى، أو كان العيب سبب الجزاء عيب جوهرى أم غير جوهرى[3] رتب النزول أثره، وأمام أى من درجتى التقاضى، ودون اشتراط موافقة الخصم الآخر، إذ ليس لهذا الخصم أية مصلحة فى الرفض[4]. كما لا يحتاج النزول إلى حكم لتقريره، فيقع باتاً، فلا يجوز العدول عنه أو التحلل من آثاره[5].

---

(١) د. وجدى راغب: دراسات، ص ٧٤. د. الأنصارى النيدانى: الإشارة السابقة.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨١، بند ٣٦٦، د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٦٢، بند ٢١٨. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع، ص ١٠٩ وما بعدها، بند ٥٢. د. محمد السيد رفاعى: رسالة ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٣) ودون أن تكون المحكمة ملزمة بوصف العيب. وقضى تطبيقاً لذلك بأن "المحكمة ليست بحاجة إلى الحرص على وصف العيب الذى شاب الإعلان بعدم توجيهه إلى مصلحة الضرائب فى قلم قضايا الحكومة بأنه عيب غير جوهرى لتصل من ذلك إلى أنه يمكن النزول عن البطلان وفقاً للمادة ٢٦ مرافعات ملغى، المادة ٢٢ من قانون المرافعات الحالى. استئناف إسكندرية ٧ فبراير ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ – ٩٥٤ – ٢٤٢. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٣، بند ٣٦٧.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨١ بند ٣٦٦. ولو على فرض رفضه، فلا يعتد برفضه، طالما تنازل الخصم عن الجزاء، ولو كان الخصم الرافض له مصلحة قانونية فى عدم التنازل وفى هذه الحالة يقوم القاضى بإعلان التنازل تاماً ومحققاً لآثاره.
STIRECKLER: Préc. N 99 ets.

(٥) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "إذا رفع المدين دعوى ببطلان إقرار الدين الصادر منه تأسيساً على التدليس وفقدان الإرادة وانعدام السبب القانونى، وكان إقراره بالتنازل عن دعوى البطلان قد تضمنت أيضاً التنازل عما اشتملت عليه تلك الدعوى من حقوق فى الحال والاستقبال. فأن هذا التنازل ينصرف قانوناً إلى التنازل عن حق الإدعاء بالبطلان لنفس هذه الأسباب سواء عن طريق الدعوى أو الدفع، وليس بمانع من ذلك ألا يكون التنازل قد تضمن الاعتراف بصحة الإقرار، لأن عدم الاعتراف بصحته لا يحول دون أن ينتج التنازل عن حق الإدعاء بالبطلان أثره القانونى الذى تم به إجازة الإقرار بالرغم مما شابه من التدليس وانعدام السبب، وتطهيره من جزاء البطلان النسبى لهذه الشوائب" نقض مدنى ١٩٥٧/٤/٤ الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٢٣ق.

والنزول عن الحق فى التمسك بالجزاء يعد ملزماً للمتنازل، مما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه، تنطوى على إنكاره لهذا التنازل[١] وللمتنازل إليه إثبات نزوله، وخاصة القيمى بكافة طرق الإثبات[٢]. وهذا كله متى حصل التنازل من صاحب المصلحة، وهو على علم بحصول الجزاء محل التنازل[٣] أياً كان هذا الجزاء، بطلان وفقاً للمادة ٢٢ مرافعات[٤] أو اعتبار الخصومة كأن لم تكن[٥] أو سقوطها[٦] أو انقضائها بمضى المدة[٧].

وبالبناء على ذلك، يستطيع الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء، النزول الإرادى عنه صراحةً أو ضمناً، بصراحة نص المادة ٢٢ مرافعات. والخصم حال أن ينزل عن حقه فى التمسك بالجزاء، فكأنه يقبل العيب الإجرائى، ويرتضى بالعمل المعيب وبآثاره، كما لو كان صحيحاً. لأن العمل المعيب الذى لم يتم التمسك قضاءً بعيبه، يبقى ويولد ذات الآثار التى يولدها الإجراء الصحيح.

ومع اعتماد حق الخصم صاحب المصلحة فى النزول عن الحق فى التمسك بالجزاء، إلا أن هذا الحق[٨] يتقيد متى ظهرت مصلحة لشخص آخر فى التمسك بهذا

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/١٦ طعن ٩٩ لسنة ٣٩ق مجموعة المبادئ القانونية أنور طلبة ج٥ ص ٢٣٩ رقم ٤٨١ لدى د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان، ص ٤٨.

(٢) Cass. Civ. 6 Nov. 1974. J. C. P. 1974. Iv. 416 ets.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٠ بند ٥٣.

(٤) وقضى تطبيقاً لذلك "بأن مباشرة كاتب الجلسة عملاً فى دعوى تربطه بأحد الخصوم فيها صلة قرابة للدرجة الرابعة يترتب عليه بطلان لا يتعلق بالنظام العام، مما يجوز النزول عنه" نقض ١٩٧٤/٤/٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٥ ص ٦٥٨. نقض ١٩٨٠/٤/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ت٣١ ج ص ١١٩٠.

(٥) قضى بأنه ".... يجوز النزول عن الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن ..." نقض ١٩٧٦/٥/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ١٠٥٩. نقض ١٩٩٤/٦/٧ طعن ٩٨ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج٢ ص ٩٦٥.

(٦) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "... يجوز لصاحب الشأن أن يتنازل عن طلب سقوط الخصومة صراحة أو ضمنياً، سواء كان موضوع الدعوى قابلاً للتجزئة أو غير قابل للتجزئة ..." نقض ١٩٩١/١٢/٢٢ طعن ١٩٠٠ لسنة ٥٦ق نقض ١٩٩٨/١١/٣ طعن ١١٠٧ لسنة ٥٤ ق. محمد كمال عبد العزيز: ص ٨٤٢. نقض ١٩٩٢/١٢/٢٠ طعن ٣٤٨٤ لسنة ٥٧ق، نقض ١٩٩٢/١٢/٣١ طعن ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨٥/١٢/٤ طعن ١٠١١ لسنة ٥٢ق. د. أحمد هندى: التعليق، ج٣، ص ١٩٨.
مع مراعاة أن النزول الضمنى لا يكون إلا إذا بدأ من الشخص الذى شرع السقوط لمصلحته مما يدل على أنه اعتبر الخصومة قائمة ومنتجة لآثارها، ومن ثم فأن مجرد حضوره الجلسات التالية لتعجيل السير فى الدعوى لا يدل بذاته على ذلك". نقض ١٩٨٥/٢/٢٨ طعن ٤٩٩ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ص ٣٢١.

(٧) يجوز لصاحب الشأن أن يتنازل عن حقه فى التمسك بانقضاء الخصومة بمضى المدة صراحة أو ضمنياً. انظر: محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٨٥٤.وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٥/١٢/٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ص ١٠٨١ نقض ١٩٨٠/٤/٣ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٠٢٧.

(٨) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ١٠٤، بند ٤٦. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان، ص ٤٩، بند ٩. د. أحمد مليجى: التعليق، ص ٧١٤، مادة ٢٢.

الجزاء، فيصبح من حق الشخص الآخر فى هذه الحالة أن يعترض على هذا النزول. فيمكن لدائني المدين[١] الذين لهم ممارسة حقوقه التى لا تتصل بشخصه[٢] ولا المرخص له فيها[٣]. بموجب الدعوى غير المباشرة[٤] متى توافرت شروطها وفقاً للمادة ٢٣٥ مدنى الاعتراض على نزول الخصم – المدين – عن الحق فى التمسك بالجزاء[٥]. مع مراعاة ألا يكون حق المدين فى التمسك بالجزاء قد زال بالنزول عنه[٦]. أو حدثت واقعة من الوقائع القانونية المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء بقوة القانون[٧].

---

(١) متى أهمل المدين استعمال حقه، أو رفض استعماله، فيكون للدائن أن يتدخل فى الخصومة ليتمسك بالجزاء الذى أهمل مدينه التمسك به، كما أن له أن يستعمل حق مدينه فى الطعن على الحكم. هذا من ناحية.
ومن ناحية أخرى، يكون فى عدم تمسك المدين بالجزاء من شأنه أن يؤدى إلى إعساره أو إلى زيادة هذا الإعسار، وأن يكون الحق موضوع الخصومة قابلاً للحجز عليه. فى استعمال الدائن حق مدينه فى التمسك ببطلان عمل إجرائى. انظر: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٥ وما بعدها بند ٣١٥.

(٢) للدائن أن "يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز عليه" وبالتالى لا تدخل فى نطاق الضمان العام هذه الحقوق مادة ٢٣٥ مدنى فى حق الضمان العام للدائن على أموال مدينه وما يرد عليه من استثناءات انظر: د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ص ١٠١ وما بعدها. د. رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ١٠٦ وما بعدها.

(٣) الرخص توجد فى مركز وسط بين الحرية والحق، والمنزلة الوسط بين الحرية والحق، كحرية التملك وحق الملك. الأولى حرية والثانية ملك. وما بينهم منزلة وسط هى حق الشخص فى أن يتملك، تلك هى الرخصة فلو أن شخص رأى داراً أعجبته ورغب= =فى شرائها، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع، كانت له حرية التملك عامة فى الدار وغيرها، فهي حرية، وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق، تلك هى الرخصة، فى تفصيل ذلك انظر: د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها.
وفى الرخص الإجرائية انظر د. أحمد عبد التواب: المرجع السابق، ص ١٨٢ وما بعدها، بند ١١٥ والمراجع المشارة لديه.

(٤) والدعوى غير المباشرة نظام قانونى للدائن المزود بها، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين، إن لم يستعملها المدين بنفسه، وذلك بقصد المحافظة على الضمان العام. فى الدعوى غير المباشرة وشروط تطبيقها. انظر د. رمضان أبو السعود: ص ١١٣ – ١٢٨. د. محمد حسين منصور: المرجع السابق: ص ١٠٣ – ١١٦.

(٥) وفى تطبيق ذلك قضى بأن "الحق فى الإجازة ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر خاصة، وهو حق مالى يحق التصرف فيه والحجز عليه، ومن ثم يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه" نقض ١٩٧٢/٥/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٨٣٥.
Coss. Civ. 27 Mai 1970 J. C. P. 1971. 16675. obs. Poulin.

(٦) فإذا نزل المدين عن حقه فى التمسك بالجزاء صراحة أو ضمنياً، أو تكلم فى الموضوع، أو انقضى ميعاد الطعن فى الحكم الصادر فى الخصومة التى لم يتمسك فيها بالجزاء، فأن الدائن لا يستطيع أن يتمسك بالجزاء. ولا يكون أمامه إلا أن يطعن على الحكم، وذلك إذا ثبت أن عدم تمسك مدينه بالجزاء الذى لحق العمل الإجرائى العيب فى الخصومة قد حدث عن غش منه، أو أنه كان قد تواطأ مع الخصم أو أهمل إهمالاً جسيماً، ويكون طعنه عن طريق التماس إعادة النظر وفقاً للمادة ٢٤١/ ٨ مرافعات. انظر: د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٥٥٧ بند ٣١٥ والحكم المشار لديه نقض ١٩٧٧/٤/١٣ مجموعة الأحكام ٢٨، ص ٩٦٣.
وفى الطعن بالتماس إعادة النظر للغش. انظر: د. سنية أحمد يوسف: غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، ٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٦ وما بعدها.
وفى تطبيق ذلك قضى "بأن الغش الذى يكون سبباً لالتماس إعادة النظر هو الذى يحمل المحكمة على إصدار حكمها بما يخالف للحقيقة" نقض مدنى عمانى ٢٠٠٩/٢/١٤ الطعن رقم ٢٤٠/ي ٢٠٠٨ المجموعة السنة ٩ ص ٩٧.

(٧) فى الوقائع القانونية المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء بقوة القانون انظر فيما يلى: بند ٤٦ ومايليه.

٢٨- الأثر النسبى للنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء: القاعدة أن التنازل نسبى فى اثره[١]. فإذا حدث أن تعددت الخصوم المتخذ الإجراء المعيب فى مواجهتهم، ونزل أحدهما عن الحق فى التمسك بالجزاء، فلا أثر من نزوله عن الجزاء فى حق الآخرين[٢] ويكون لهم الحق فى التمسك بالجزاء ولا يجوز للمحكمة أن تعلن بتحقق النزول عن الجزاء فى حقهم وألا تكون قد خالفت القانون وأخطأت فى تطبيقه. وقضى تطبيقاً لذلك[٣] إذا كان البطلان مقرراً لأكثر من شخص فإن تنازل أحدهم عنه يعتد به، ولكنه لا يزيل البطلان بالنسبة للآخرين الذين يحتفظون بالحق فى التمسك به. فنزول الخصم عن مكنة مهاجمته لعمل إجرائى معيب، هذا النزول ينهى هذه المكنة لمن صدر عنه النزول فى حين تبقى هذه المكنة قائمة للآخرين.

يمتد نطاق تطبيق قاعدة الأثر النسبى للتنازل فى حالتى التضامن وعدم التجزئة: فتطبق هذه القاعدة ولو كان هناك تضامن بين الخصوم، فإذا كان الجزاء مقرراً لمصلحة جميع المتضامنين وتمسك به أحدهم أفاد الباقون، وإذا كان الجزاء مقرراً ضد هؤلاء المتضامنين وتمسك به أحدهم لا يمتد إلى الباقين، وإذا كان الجزاء مقرراً لمصلحة أحد المتضامنين فللباقين التمسك به نيابة عنه. وإذا كان الجزاء مقرراً ضد أحد المتضامنين فلا يملك التمسك بأعماله إلا فى مواجهته دون الباقين[٤].

واعتماد قاعدة الأثر النسبى للتنازل بشأن حالة التضامن هو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢٨٢/ ٢ مدنى واستقر عليه الفقه[٥] والقضاء[٦] بأن المتضامن ينوب عن زميله فيما ينفع لا فيما يضر[١].

---

(١) د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٢٦٣ بند ٢٢٠.

(٢) د. فتحى والى، الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٤، د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان، ص ٤٨، بند ٩.

(٣) نقض ١٩٧١/٦/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٧٦٤.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٠٤ بند ٤٧ د. الأنصارى: ص ٢٦٤، بند ٢٢١.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة، د. أحمد مليجى: التعليق ج١، ص ٧١٤، مادة ٢٢. د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالتماس إعادة النظر ٢٠١٥، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٠٦ وما بعدها بند ١٧٣ د. أيمن رمضان: ص ٣١٩. د. أحمد هندى: التعليق ج ٢ ص ٣٢٣.

Boyer: Des éfets des jugements à L'egard des Tiers. R. T. D. 1951. P. 171. ets.

(٦) نقض ١٩٨٩/١٢/١٣ طعن ٩٠٤ لسنة ٥٥ق السنة ٤٠ ص ٣٢٢ عدد ٢ رقم ٣٧٢ أحمد هندى، التعليق ج ٢ طعن ٣٤٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨ أحمد عبد الصادق تقنين المرافعات، ٢٠١٥، ص ١٢٨٥. نقض ١٩٨٧/١١/٢٢ طعن ١٥٧٩ لسنة ٥٤ق.

Cass. Civ. 27 Oct 1969. Bull. Civ. 1. P. 149.

كما تنطبق قاعدة نسبية الأثر النسبى للنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة[٢] فلا يجوز أن يضر نزول الخصم عن حقه فى الجزاء بحقوق غيره من الخصوم بزعم عدم قابلية موضوع الدعوى للتجزئة. فالنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء لا أثر له بالنسبة لغيره من الخصوم فى الموضوع غير القابل للتجزئة[٣]. وقضى[٤] بأن نزول أحد الطرفين عن استئنافه يسمح ببقاء استئناف الآخر، حيث أنه يكون قد وافق على النزول.

أما حالة إذا تمسك أحد الخصوم بحقه فى الجزاء، وكان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، فأن هذا الجزاء يفيد الجميع بما فيهم من يتنازل عن حقه فى الجزاء إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة بالنسبة لجميع المدعى عليهم وتمسك ببطلان صحيفة الدعوى ويتنازل البعض الآخر عن التمسك بهذا البطلان فلا عبرة بهذا التنازل فيجب الحكم ببطلان صحيفة الدعوى بالنسبة للجميع[٥].

---

(١) وفى أعمال النيابة المتبادلة فى الأعمال النافعة دون الأعمال الضارة انظر:
د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

(٢) فى فكرة عدم التجزئة انظر: د. محمد محمود إبراهيم: فكرة عدم التجزئة ١٩٨٩ دار الفكرة العربى ص ١٢ وما بعدها.
NORMAND: obs R.T.D. Civ. 1984. P. 556.

(٣) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٣ بند ٦٩. د. الأنصارى النيدانى: المرجع السابق، ص ٢٦٤، بند ٢٢٠. نقض ٢٠٠١/٥/١٤ الطعن رقم ٥٠١ لسنة ٦٤ ق.

(٤) نقض ١٩٩٦/٥/١٦ الطعن ٢٣٦٣ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام لسنة ٤٧ ص ١١٢.
Cass. Civ. 25 Mars. 1997 Bull Civ. 1. NJ 101.
ومع ذلك خرج المشرع الفرنسى عن قاعدة نسبية أثر النزول الإرادى عن التمسك بالجزاء وسريان النزول فى حق غير الخصم النازل فيما يتعلق برابطة الزوجية، وذلك بمقتضى التشريع ١٣٧٢ – ٨٥ الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥ فى خصوص هذه الرابطة وقضت محكمة النقض الفرنسية برفض قبول الطعن المرفوع من الزوجة فقط بعد ثبوت تنازل الزوج عن طعنه، لأنها لم تستند إلى حق صحيح مستقل عن الحق الخاص بالزوج بوصفه قائداً للعلاقة الزوجية والمسئول عن الزوجة:
FRICERO: Désistement. J. C. L. Procedure civile Fasc. 682. N 25. Cass. 3er Civ. 18 Mai 1982 Bull. 111.N. 123
مشار إليه لدى د. محمد السيد رفاعى: ص ٢٩٧.

(٥) قضى بأن "إعلان الطعن لأحد المطعون عليهم فى غير موطنه، وأن ترتب عليه البطلان، إلا انه بطلان نسبى مقرر لمصلحة هذا الخصم وحده، صدور الحكم المطعون فيه فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، عندئذ فقط يستتبع الحكم ببطلان الطعن بالنسبة لمن لم يصح إعلانه من المطعون ضدهم ببطلانه بالنسبة للجميع" نقض ١٩٧٠/١١/١٧ مجموعة الأحكام لسنة ٢١ ص ١١٣٨. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٧/١/٢٤ الطعنين رقمى ٢٨٠، ٢٨٩/ ٢٠٠٦ المجموعة السنة ٧ ص ٧٩٠.

المبحث الثانى

سقوط الحق فى التمسك بالجزاء

٢٩- تمهيد وتعريف:

الحق الإجرائى عبارة عن مكنة إرادية يعترف بها القانون للشخص لتحقيق مصلحة ذاتية[١]. ودون أن يترك المشرع للشخص مباشرة هذه المكنة دون أن يضع حدود معينة لمباشرتها حتى لا يتراخى الخصم فيطول أمد التقاضى.

هذا الحق يجوز للخصم صاحب المصلحة النزول عنه صراحةً أو ضمنياً، وهذا النزول الإرادى يتم وينتج أثره[٢] فى انقضاء الحق الإجرائى[٣] ما لم ينقضى الميعاد أو تحدث واقعة من الوقائع التى رصدها المشرع[٤] حالة مخالفة الترتيب أو المناسبة التى حددها ويتجاوز الخصم لحدود مباشرته هذا الحق، ليسقط، والسقوط على هذا النحو وصف يلحق الحق الإجرائى عند القيام بعمل معين ويتجاوز الخصم حدود مباشرته[٥] فالسقوط جزاء، يقصد به سحب مكنة القيام بعمل معين بسبب تجاوز الحدود التى قررها المشرع للقيام بهذا العمل[٦].

---

(١) انظر فيما سبق ص ٢٢ حاشية رقم ١.

(٢) فالنزول عن الحق تصرف إرادى من صاحب الحق أو وكيله وبتحققه لا تثور مشكلة استعمال الحق الإجرائى فى الوقت أو الترتيب أو المناسبة التى وضعها المشرع، لأن الحق يزول دون أن يستعمل. انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٢ وما بعدها بند ٤٤، ص ١٩٦ بند ١١٦. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦ د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٢٢ بند ٢٥٨ د. أحمد هندى: أصول: ص ٨٩٦ بند ٢٧٧ د. محمد السعيد رفاعى: رسالة ص ٤٢٢ وما بعدها.

SALLE: p. 1105. N. 27

(٣) شأن النزول الإرادى عن البطلان انظر فيما سبق بند ٢٢ ومابعده.

(٤) انظر فيما يلى بند ٥١ ومابعده.

(٥) SALLE: Préc. P. 1063. N. 15

على عكس البطلان وصف العمل ذاته. وفى التفرقة بين البطلان والسقوط انظر د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٢٠١ – ٢٠٨ بند ١١٨ – ١٢١. د. طلعت دويدار: سقوط الخصومة فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ١٩٩٢ ص ٦٩٥ وما بعدها. وعلى الرغم من التفرقة بين السقوط والبطلان إلا أنهما يساهمان فى كفالة احترام القواعد الإجرائية. والمشرع يحدد العديد من الوقائع التى تخفف من شدة جزاء البطلان، ومنها بقاء العيب وإنتاجه كافة آثار الإجراء الصحيح، وتصحيح البطلان= =بالتكملة أو التحول ... الخ. كذلك بالنسبة للسقوط، فالمشرع يرصد العديد من الوقائع التى تؤدى إلى زوال الحق الإجرائى مثل واقعة التكلم فى الموضوع، تحقق الغاية من الإجراء ... الخ. نظرية أنظر نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٦٦ وما بعدها.

JAPIOT: op. cit. p. 42. N 53.

(٦) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٥١٩ بند ٤١٢. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ١٧١ وما بعدها خاصة ص ١٩٠ بند ١١٢ وما بعده. د. وجدى راغب مبادئ ص ٤٦٤. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٩ بند ٢٥٦. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٦٦ بند ٣٠٨ د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧٢٤ بند ٤٠٦. د. محمد السيد رفاعى: ص ٤١٦. د. إبراهيم النفياوى: مسئولية الخصم ص ٧٨٨ وما بعدها.

SALLE: Préc. P. 1075. N. 18. Vasseur: Préc P. 444.

Solus et Perrot: op. cit. P. 420 JN 459.

٣٠- أسباب السقوط: يرجع إلى واحد من الأمور الآتيـة[١]: عـدم مراعـاة المواعيد الإجرائية، وعدم احترام الترتيب أو المناسبة فى إبداء الإجراء. فتعدد أسـباب السقوط بتعدد الحدود التى وضعها المشرع لممارسـة المكنـات الإجرائيـة، وتجـاوز الخصم حدود مباشرة هذه المكنات.

أولاً: عدم مراعاة المواعيد الإجرائية[٢]: يترتب السقوط عنـد عـدم مراعـاة الميعاد الناقص والمرتد دون الميعاد الكامل[٣].

والميعاد الناقص[٤] هو الميعاد الذى يتعين اتخاذ الإجراء خلاله، وعـدم اتخـاذ الإجراء خلال هذا الميعاد يسقط الحق فى اتخاذه. حيث تـنص المـادة ٢١٥ مرافعـات يترتب السقوط على عدم مراعاة مواعيد الطعن.

والميعاد المرتد[٥] هو الميعاد الذى ينبغى اتخـاذ الإجـراء قبـل حلولـه، مثـل الاعتراض على قائمة شروط البيع، حيث تنص المادة ٤٢٢ مرافعـات علـى سـقوط الحق فى الاعتراض إذا لم يتم قبل الجلسة المحددة لنظره بثلاثة أيام على الأقل.

فعدم مراعاة المواعيد يرتب السقوط الذى يواجه حقاً إجرائياً لم يمارسه صـاحبة فى الميعاد المحدد، مما يفقد معه مكنة ممارسة هذا الحق، واسـتحالة القيـام بالأعمـال

---

(١) ومن هذه الأمور ولكن يخرج عن نطاق الدراسة، سبق استعمال الإجراء واستنفاد المحكمة سلطتها بشأنه. إذا استنفدت المحكمة سلطتها بصدد إجراء بأن فصلت فيه بحكم قطعى، فأن هذا يؤدى إلى سقوط مكنة اتخاذ الإجراء مرة لخرى. فإذا قدم الخصم دفع بعدم الاختصاص النوعى مثلا، وفصلت فيه المحكمة بحكم قطعى، فأنه لا يجوز الدفع به من جديد، ففصل المحكمة فى الدفع يمنع من معاودة أثاره ذات الدفع، لسقوط الحق فى معاودة أثارته مرة أخرى.
وعلة خروج هذه الحالة من نطاق الدراسة لاستهلال الإجراء الذى سبق اتخاذه، ومن ثم لم تبقى إجراء معيب حتى ينتج آثار الإجراء الصحيح.

(٢) وفكرة المواعيد بصفة عامة تؤسس على قيام المشرع باستعمال عنصر الزمن، وهو عنصر موضوعى فى نطاق قانون المرافعات، واعتباره ظرفاً زمنياً يتعين اتخاذ الإجراءات خلاله أو بعد انقضائه أو قبل حلوله، ويتم ذلك بهدف تنظيم سير هذه الإجراءات. فالمشرع يأخذ من الطبيعة عنصر الزمن، ويدمجه فى النظم القانونية= =التى يرتبها ويحدد له وظيفة يؤديها وآثاراً تتولد عنه، كما يرتب جزاءات توقع عند عدم احترامه. انظر: د. نبيل عمر: سقوط الحق، ص ٤٨ بند ٣٤.
Vasseur: Préc. P. 460.

(٣) والميعاد الكامل عبارة عن فترة زمنية يجب ان تنقضى قبل اتخاذ الإجراء. ومثاله ميعاد الحضور وهو عبارة عن مهلة زمنية يمنحها القانون للمدعى عليه للاستعداد للحضور أمام المحكمة. هذه المهلة يجب أن تمضى بين تاريخ الإعلان وتاريخ الجلسة، فلا يجوز أن يكون تاريخ الجلسة إلا بعد فوات الميعاد. ويسمى هذا الميعاد كاملاً، لأنه يجب أن يحتسب كاملاً فلا يتخذ الإجراء إلا بعد انقضائه. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٠٦. د. إبراهيم تجيب سعد ص ٦٨٥ بند ٢٧٦.
ولا يترتب على مخالفة مواعيد التكليف بالحضور أى جزاء إجرائى. وإن كان للمدعى عليه أن يطالب باستكمال الميعاد إذا كان لم يستكمل مادة ٦٩ مرافعات. نقض ١٩٨١/١/٢٨ طعن رقم ٩٨٣ لسنة ٤٣ق. نقض ١٩٨٥/١/٢٢ طعن ٢٠٣٩ لسنة ٥٠ق.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط الحق. ص ٨١ وما بعدها بند ٥٢. د. وجدى راغب: ص ٤٠٧
SALLE: Préc. P. 1075. N 18.

(٥) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

الإجرائية التى يسمح بها هذا الحق. ولو فرض وسقط الحق، وعاود الخصم اتخاذه، فإن معاودة اتخاذ الحق يشوبها البطلان، لافتقاد صاحبه الحق فى إجرائه[١].

ثانياً: عدم مراعاة الترتيب الذى وضعه المشرع للقيام بالإجراء أو فى مناسبته: تسقط مكنة القيام بالإجراء إذا اتخذ إجراء لاحق عليه فى الترتيب[٢]. أو باتخاذ موقف سلبى بامتناع الخصم عن استعمال حقه الإجرائى[٣] أو عدم تدخل صاحب المصلحة فى الخصومة[٤]. فيسقط الحق فى التمسك بالدفع الشكلى وفقاً لنص المادة ١٠٨ مرافعات بتقديم دفع موضوعى عليه، أو بتقديم دفع شكلى لاحق على دفع شكلى يتعين إبدائه قبله. أو بتقديم مذكرة بدفاع الخصم دون أن تتضمن تمسكه به[٥] أو يقفل باب المرافعة ولم يتدخل صاحب المصلحة فى الخصومة مادة ١٢٦ مرافعات ... الخ. فمخالفة هذا الترتيب أو تلك المناسبة لإبداء الدفع، يسقط الحق فى إبداءه، يستوى ذلك أن يكون أمام محكمة أول درجة أو ثان درجة[٦].

٣١- حالات السقوط: لم يضع المشرع قاعدة تحكم جزاء السقوط، كما وضع فى البطلان وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات[٧] وبداية لا يجوز القياس على تلك القاعدة لاختلاف السقوط عن البطلان[٨]. إذ يحكم بالسقوط بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الإجراء. فمعيار الغاية لا يصلح بالنسبة لجزاء السقوط[٩] ولا بالرجوع إلى القانون وإرادة المشرع[١٠]. ولا بالهدف من الميعاد أو الترتيب أو

---

(١) د. نبيل عمر: سقوط الحق: ص ٣٥ بند ٢٧. دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٧٠ بند ١١٣.
Vassaeur: Préc P. 440.

(٢) انظر فيما سبق بند ٩.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٨٣ بند ٧٧.
SALEE: Préc. P. 1073. N 16

(٤) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٥٢١ بند ٤١٢.

(٥) نقض ١٩٧٩/٣/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٢٥٢.

(٦) د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٦٠ وما بعدها بند ٤٣. د. وجدى راغب دراسات فى مركز الخصم ص ١٢٧ بند ١٩.

(٧) انظر فيما يلى بند ٤٩.

(٨) انظر فيما سبق ص ٩٩ حاشية رقم ٥.

(٩) فيرى البعض أنه يجب النظر إلى الغاية من القاعدة، ويقدر القاضى أهمية المصلحة التى تمس بتوقيع جزاء السقوط أو عدم توقيع هذا الجزاء لمخالفة هذه القاعدة انظر:
JAPIOT: op. cit. P. 34. N 43.

(١٠) حيث يرى البعض أنه يجب الرجوع إلى القانون وتفسير إرادة المشرع، فحيث تهدف المواعيد استقرار المراكز القانونية الإجرائية بتحديد زمن معين لمباشرة الحق مثل مواعيد الطعن، فعدم مباشرة الحق فى هذه المواعيد يرتب جزاء السقوط ، إذا كانت هذه المواعيد الهدف منها مجرد الإسراع بالفصل فى القضية فلا يكون جزاء السقوط إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة. د. وجدى راغب المرجع السابق ص ٤٦٨.

المناسبة إذا كان القصد منه سير الخصومة بإلزام الخصم باستعمال حقه فيقع السقوط وعلى العكس لا يكون سقوط إذا كان الهدف هو حماية الخصم ليقوم بالعمل الإجرائي في هدوء وعدم استعمال[1] ولا على أنه مجرد توجيه القاضي[2] وعلى الكل لا يمكن بحال أن يرد السقوط على ما يتفق الخصوم عليه من حقوق إجرائية ولتحديدهم لمواعيد سقوط اتفاقية[3] وتردد الفقه في كل ذلك مرجعه، لم يضع المشرع قواعد في هذا الشأن.

وإذا كان المسلم به أن السقوط يقع في كل حالة ينص فيها المشرع صراحةً عليه ومثال ذلك المواد ٤٤، ١٠٨، ١٥٤/ ٢، ٢١٥، ٤٢٢ مرافعات. كذلك يكون هناك سقوط في الحالات التي ينص فيها المشرع على أنه لا يقبل أو لا يجوز، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمواد ١٢٣، ٢/١٢٦، ٢١١، ٤/٢٥٣ مرافعات ، وفي كل ذلك حيث ينص المشرع على السقوط لعدم استعمال الحق في الميعاد المحدد أو الترتيب أو المناسبة أو سبق استعماله، مما يؤدي إلى زوال هذا الحق وأداة استعماله ويقع السقوط بصفة باتة ونهائية.

وخارج نطاق ما هو مسلم به، يتفق الفقه[4] على أنه يمكن الحكم بالسقوط في غير تلك الحالات ولو لم ينص المشرع على ميعاد يمارس الحق الإجرائي فيه، وعلى الرغم من تعدد محاولات الفقه على النحو السابق إلا أنها كلها محاولات غائية ذات جزاء السقوط غموضاً.

---

(١) GLASSON, TISSER et MOREL: op. cit. T. 2. P. 447. N 356 ets MOREL: op. cit. P. 378 N 419.
Solus et Perrot: op. cit. P. 421 N. 461.

(٢) لأن السقوط لا يرد على مواعيد القصد منها التوجيه شأن ما نصت عليه المادة ٩٨ مرافعات "لا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على أن لا تتجاوز فترة التأجيل ثلاث أسابيع "فالغرض من هذا النص حث القاضي على الإسراع في الفصل في الدعوى. د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٧٢٦ بند ٤٠٦.

(٣) لأن ذلك يتعارض مع الغاية المحددة للحق الإجرائي، فهذه الغاية ترمي إلى حسم منازعات تثور بين الأفراد حالة عدم التطبيق التلقائي للقانون، ودور الإرادة الفردية قاصر على مجرد الإعلان الإرادي في الشكل المحدد قانوناً لطالب الحماية القضائية. انظر د. نبيل عمر سقوط الحق ص ١٢٢ بند ١٧٤. د. وجدي راغب ص ٦٣١ د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٦٨٢ بند ٢٧٣.

(٤) د. فتحي والي: ص ٤٢٠ بند ٢٥٧. د. إبراهيم نجيب سعد ٧٦٨ بند ٣٠٩ د. وجدي راغب ص ٤٦٩. د. الأنصاري النيداني: ص ٢٦٧ بند ٢٢٤.

والرأى الراجح[1] أن السقوط هو الجزاء الحتمى، كلما ربط المشرع حقاً إجرائياً بميعاد أو مناسبة أو ترتيب زمنى معين[2] – وفى النادر قد يحل القاضى محل المشرع فى تحديد الميعاد[3] – وذلك دون النظر لما إذا كان الميعاد جوهرياً أو غير جوهرى[4] متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به، ودون النظر إلى الغاية من الميعاد، وهل يرمى إلى تعجيل السير فى الخصومة أو إلى استقرار الأحكام أو إلى غير ذلك من الغايات. وذلك لأن الغاية التى يرمى إليها المشرع تتخلف بمجرد عدم احترام الميعاد أو الترتيب أو المناسبة المقررة، ودون أن يرد على هذا الضابط استثناء إلا حيث يقر المشرع جزاءً آخر غير السقوط أو إذا تعلق الأمر بميعاد تنظيمى.

٣٢- أحكام السقوط: قد يتعلق الميعاد أو الترتيب أو المناسبة بالمصلحة الخاصة، وقد يتعلق بالنظام العام، ونتيجة لوصف هذا أو ذاك أو تلك بهذا الوصف، يوصف أيضاً وبالمثل السقوط المترتب جزاء له، ومن ثم يخضع لأحكام مختلفة باختلاف وصفه[5].

فإذا تعلق الميعاد أو الترتيب أو المناسبة بالنظام العام، كان السقوط من النظام العام، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وليس المستفيد من السقوط

---

(١) د. فتحى والى: الإشارة السابقة. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٦٩ بند ٣٠٩ د. نبيل عمر سقوط وتصاعد وتحول: ص ١٦ وما بعدها بند ١١ وما بعده – سقوط الحق فى التمسك بالجزاء ص ٤٤ وما بعدها بند ٣٢ وما بعده. د. أحمد السيد صاوى: ص ٧٢٤ بند ٤٠٦ د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ٥٢١ وما بعدها بند ٤٢١ د. الأنصارى النيدانى: الإشارة السابقة د. إبراهيم النفياوى مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٧٩٢ وما بعدها.

(٢) والمصدر الأساسى لمواعيد السقوط هو نص القانون، فالقانون هو الذى يحدد الميعاد، ومرجع ذلك هو أن المشرع هو الذى ينشئ الحق الإجرائى، فهو الذى يحدد الميعاد الواجب ممارسة هذا الحق خلاله. انظر: د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١١٤ بند ٦٩.

Vasseur: Préc. P. 441.

(٣) وقيام القاضى فى النادر بتحديد الميعاد هو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع تطبيقاً للمادة ٢٣ مرافعات لتصحيح الإجراء الباطل، وقيام القاضى بذلك ليس تكليف صادر من القاضى بذلك بما له من سلطة عامة. ويقع على عاتق الخصم مكوناً واجباً إجرائياً، وإنما قيام القاضى بذلك فهو يحل محل المشرع فى تحديد أجل للقيام بممارسة الحق الإجرائى الذى أوجده المشرع، والذى يسمح لصاحبه بتصحيح الإجراء= =الباطل. هذا الميعاد الذى يقوم القاضى بتحديده هو إذاً واحد من مواعيد السقوط. انظر: د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١١٨ والمراجع المشار إليها حاشية رقم ٣.

(٤) لأن الميعاد لا يمكن اعتباره بحال عنصراً من عناصر الحق الإجرائى الذى يوجد قائماً فى حالة سكونه قبل ممارسته واستعماله. فالميعاد هو الظرف الزمنى الذى حدده المشرع لاستخدام الحق، دليل ذلك هو أن الحق الإجرائى هو مكنة أو قدرة اتخاذ الإجراء، أما فكرة الزمن أو الميعاد فهى تأكل وانقضاء للوحدات الزمنية. د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ٤٥ بند ٣٢ قارن إسكندرية التجارية ١٩٤٦/٨/١ مشار إليه سابقاً.

(٥) د. فتحى والى: ص ٤٢٢ بند ٢٥٨. د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٦٩ بند ٣٠٩. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٩٦ بند ٢٧٨. د. الأنصارى النيدانى ص ٢٦٨ بند ٢٢٦. د. وجدى راغب: دراسات ص ٩٥ بند ٥٠.

النزول عنه، ويمكن التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى. وبالتالى فالحق الذى سقط لا يمكن أن يعود إلى الحياة بمجرد السقوط، ولا يمكن لصاحبه آثارته بعد فوات الميعاد وتحقق واقعة السقوط، وإذا فرض وآثاره، فأن ما آثاره من إجراء يعتبر باطلاً بطلان مطلقاً يتعلق بالنظام العام، فتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

وترتيباً على ذلك، يعد ميعاد الطعن من النظام العام بفواته يسقط حق الخصم فى الطعن، ويرتب نفس الآثار السابقة من حيث عدم النزول، والحكم به من تلقاء نفس المحكمة[١] وعدم جواز إثارته مرة أخرى وإلا ترتب البطلان وبطلان يتعلق بالنظام العام[٢].

ويترتب على مخالفة الترتيب الذى أوجبه المشرع فى المادة ١٠٨ مرافعات سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء وبقوة القانون فور تحقق واقعة التكلم فى الموضوع[٣] أو بعد الإدلاء بدفع إجرائى[٤] أو بسبب عدم الإدلاء به فى صحيفة الطعن[٥]. وفى كل ذلك يقوم القاضى بتكييف الطلبات المطروحة عليه قبل إبداء هذه الدفوع لبيان ما إذا كانت هذه الطلبات تعد تعرض لموضوع الدعوى من عدمه[٦].

ويترتب على فوات المناسبة[٧] التى أوجب المشرع اتخاذ الإجراء فى غضونها سقوط الحق فى اتخاذه، وفور فوات المناسبة وبقوة القانون، كسقوط الحق فى التدخل

---

(١) طعن تجارى عمانى رقم ٨٧/ ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٦/١/٢٥ مجموعة الأحكام التى قررتها المحكمة العليا السنة ٦ ص ٣٣٦ طعن شرعى عمانى رقم ٧٧/ ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٦ المجموعة السنة ٧ ص ٤١ نقض عمانى فى ٢٠٠٤/١٠/٣٠ فى الطعن رقم ٢٠/ ٢٠٠٤ المجموعة السنة ٥ ص ٧٥.

(٢) نقض ١٩٩٣/٢/٢١ الطعنان رقما ٨٨٨ لسنة ٥٧، ٤٠٥ لسنة ٤٨ق مجلة القضاة السنة ٢٦ ص ٤٢٢. استئناف إسكندرية دائرة ٢١ مدنى جلسة ١٩٩٤/١/١٢ استئناف رقم ١٧٣٤ لسنة ٤٩ق.

(٣) نقض ١٩٨٥/٥/١٣ طعن ١٣٥١ السنة ٤٩ ق د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٤٩.

(٤) نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ ق السنة ٤٦ ص ٢٤٠ رقم ٢٧٩ عدد ٢.
نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ طعن ٣٩٢ ص ٣٩٦ لسنة ٤٦ق د. أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٣٥٦.

(٥) نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن ٤١٠٥ لسنة ٦١ق السنة ٤٨ ص ١٣٤٩ عدد ٢ رقم ٥١ د. أحمد هندى: التعليق ج ٢ ص ٣٥٨.

(٦) نقض ١٩٩٧/١٢/٨ طعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٦٦ق السنة ٤٨ ص ١٤٠٨ رقم ٢٦٢. نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٧ق، نقض ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن رقم= =٣١٧٤ لسنة ٦١ق، نقض ١٩٩٣/٦/١٦ طعن ٣٥٤٦ لسنة ٥٨ق السنة ٤٨ ص ٦٩٩ عدد ١ رقم ٢٥١. د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣١٤، ٣١٧، ٣١٨ مادة ١٠٨. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٨/٤/٢٣ الطعن رقم ٢٩٥/ ٢٠٠٧ مجموعة الأحكام السنة ٨ ص ٦٣٢.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٥٢٠ وما بعدها بند ٤١٢. د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٥٩ بند ٤٢٣ د. وجدى راغب: مبادئ ص ٧٥٧ نقض ١٩٦٤/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ١٢٤٨.

بقفل باب المرافعة مادة ١٢٦ مرافعات[١] وسقوط الحق فى رفع الاستئناف المقابل بقفل باب المرافعة فى الاستئناف الأصلى مادة ٢٣٧ مرافعات[٢].

أما إذا تعلق الميعاد، أو الترتيب أو المناسبة بالمصلحة الخاصة، فأن السقوط المترتب على تجاوزه رغم وقوعه بقوة القانون إلا أنه يكون مقرر للمصلحة الخاصة، فلا يجوز لغير من تقرر لمصلحته الميعاد أو الترتيب أو المناسبة التمسك بهذا السقوط[٣]، ويجوز لصاحب الحق فى التمسك بالسقوط أن يتنازل عن التمسك به شأن النزول عن البطلان[٤]. وفى هذه الحالة يجوز ممارسة الحق الإجرائى من جانب الخصم الآخر ولو بعد فوات الميعاد المحدد لممارسته، ويعتبر الميعاد ممتداً فى هذه الحالة.

ومن أمثلة السقوط المتعلق بالمصلحة الخاصة، سقوط الحق فى تصحيح الإجراء الباطل بعد فوات ميعاد التصحيح القانونى والقضائى[٥] مادة ٢٣ مرافعات، ويترتب على فوات الميعاد سقوط الحق ذاته بقوة القانون بمجرد توافر موجباته.

والسقوط على النحو السابق – تعلق بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة، لعيب جوهرى أو غير جوهرى، فهو الجزاء الحتمى كلما ربط القانون حقاً إجرائياً بميعاد أو بترتيب أو بمناسبة زمنية معينة[٦] فمتى توافرت موجباته وقع السقوط ذاته بقوة

---

(١) د. أحمد دويدار: الوسيط فى شرح قانون المرافعات ص ١٨٩. نقض ١٩٨٩/٢/٢٢ – طعن رقم ١٨٧٩ لسنة ٥٠ق لدى الفكهانى ٦ ص ٢٩٢ رقم ٤٢٤. طعن مدنى عمانى رقم ٢٠٩/ ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ١٢٦.

(٢) نقض مدنى عمانى ٢٠٠٨/٦/١٥ الطعن رقم ١٢٢/ ٢٠٠٨ مجموعة الأحكام السنة ٨ ص ١٢٧.

(٣)Coss. Civ. 3 Mai 1990. J.C.P. 1990. IV. 244.
Coss. Civ. 23 oct. 1991. Bull. Civ. 1991. 11. N.276.
Com. 28. Mai. 1991. J.C.P. 1991. IV. 290.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط الحق: ص ١٨٠ وما بعدها خاصة ص ١٩٦ بند ١٠٦ خاصة بند ١١٦ ويرى أن امتداد الميعاد ناشئ عن تنازل صاحب الحق عن التمسك بالسقوط فكأن هذا التنازل قد أدى إلى إحياء الحق الإجرائى من جديد، وهو يعود للحياة مجرد من ميعاده، ويجوز استعماله فى أجل غير محدد.

(٥) يتم التصحيح بالتكملة فى الميعاد الذى ينص عليه القانون وإلا فى الميعاد الذى تحدده المحكمة، ويترتب على فوات الميعاد، فإن التصحيح فى الحالتين يصبح غير جائز لسقوط الحق فى اتخاذه. نقض مدنى ١٩٨٩/٢/٨ فى الطعن ٥٩٥ لسنة ٥١ ق نقض ١٩٥٥/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٦ ص ٧٠٨ رقم ٩٣ أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٧٢٦ مادة ٢٣.
ولو فرض وقام الخصم بتصحيح الإجراء بعد فوات الميعاد ولم يتمسك خصمه بسقوط حقه فى التصحيح فأن الإجراء يصبح صحيحاً من تاريخ التصحيح د. الأنصارى النيدانى ص ٢٧٠ بند ٢٢٦.

(٦) مع ملاحظة أن مواعيد السقوط تقف عند انقطاع الخصومة، بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عن الغائبين مادة ١٣٢ مرافعات. وفيما عدا حالة الانقطاع هذه لا يقف ميعاد السقوط إلا إذا تحقق قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وكذلك إذا حدثت واقعة لا إرادة للخصم فيها، لأنه ليس من العدالة الحكم بالسقوط، د.

القانون، ودون أن تعنى الحتمية وكما يرى البعض[1] تعلق السقوط وميعاده بالنظام العام كقاعدة، والاستثناء بالمصلحة الخاصة. وإنما تعنى الحتمية وقوع الجزاء بقوة القانون ولو تعلق بالمصلحة الخاصة[2].

ومؤدى ذلك، أنه بمجرد تحقق قيام الجزاء الإجرائى – السقوط – فإن هذا الأخير يقع بقوة القانون من اللحظة التى تم فيها توافر هذه العناصر، ثم يأتى بعد ذلك بحث مسألة إمكانية قيام القاضى بإثارة الجزاء من تلقاء نفسه، أو إمكانية قيام صاحب مصلحة بالتمسك بالجزاء، أو أن التمسك بالجزاء يشرع لمصلحة من تقرر الجزاء لمصلحته فقط[3]. فالسقوط شأن أى جزاء إجرائى ولو تعلق بالمصلحة الخاصة، يقع بقوة القانون بمجرد توافر العناصر المحددة له، ومن هذه اللحظة تتولد آثار الجزاء القانونية، ولكن الاستفادة من هذه الآثار، فأنه ينبغى صدور حكم تقريرى يقرر سبق قيام وقوع الجزاء لتوافر العناصر المولدة له كما حددها القانون[4].

٣٣- الأثر القانونى لسقوط الحق فى التمسك بالجزاء: يقع السقوط فى ذاته بقوة القانون متى توافرت موجباته، وفى مواجهة الخصم الذى أهمل أو تعمد فى فوات الميعاد أو الترتيب أو المناسبة التى حددها القانون، ولو كان هذا الخصم ناقص الأهلية طالما وجد من يمثله[5]. ومن ثم فالقاعدة يتعين على المحكمة أن تقضى به متى توافرت شروطه. فالسقوط وجوبى على المحكمة.

فتحى والى: الوسيط ص ٤٢٢ وما بعدها بند ٢٥٨ والحكم المشار لديه نقض مدنى ١٩٨٠/٢/٦ فى الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٤٧ق.

(١) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات الإشارة السابقة.

Sallé: Préc. P. 1099

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ٤٢٥ مشار إليه لدى د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٢٩.

(٣) د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١٢٨ وما بعدها بند ٧٧. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٢ بند ٥٥. د. أحمد هندى: شطب الدعوى ١٩٩٣ مكتبة ومطبعة الإشعاع ص ١٠٩ بند ٢٠ د. محمود مصطفى يونس: المرجع فى قانون إجراءات التقاضى ص ٧٧٣ وما بعدها بند ٣٦٥.

(٤) فهناك إذن لحظتين مختلفتين يتعين فصلهما تماماً، الأولى هى لحظة توافر العناصر المولدة أو المنشئة للجزاء، والثانية هى لحظة تقرر هذا الجزاء بحكم تقريرى لإمكان الاستفادة بالآثار القانونية بهذا الجزاء، وحتمية وقوع الجزاء تتطابق مع اللحظة الأولى، ويقال هنا أن الجزاء يقع بقوة القانون، ووقوع الجزاء بقوة القانون يصدق على جميع الجزاءات الإجرائية سواء تعلقت بالنظام العام أو تعلقت بالصالح الخاص. د. نبيل عمر: سقوط الحق ص ١٢٩ بند ٧٧ والمراجع المشار لديه.

(٥) ويترتب على ذلك لا يجوز أن يحتج الخصم بنقص أهليته للتخلص من هذا الجزاء، ولا يجوز له أن يحتج بإهمال من يمثله أو من ينوب عنه فى الإجراءات، بل يتحمل السقوط فى هذه الحالة وله الرجوع على نائبه بالتعويضات. د. وجدى راغب: مبادئ الإشارة السابقة، د. أحمد هندى: أصول ص ٨٩٧ بند ٢٧٨.

ومع اعتماد كون السقوط وجوبى على المحكمة، فقد يترك القانون الأمر جوازى للمحكمة فى بعض الحالات على سبيل الاستثناء، وهو ما صادف اعتماداً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٣٤ إثبات من أن على الخصوم فى دعوى تحقيق الخطوط أن يحضروا فى الموعد المحدد لمباشرة التحقيق لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة أو الإتفاق على ما يصلح منها لذلك، فإذا تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الإثبات[١].

والسقوط متى تحقق لا يجوز عودة الحق مرة ثانية لصاحبه، وليس له أثر رجعى، والأصل أنه لا يؤثر على ما سبقه من الإجراءات، ولا يترتب عليه حتماً سقوط الحق الموضوعى[٢]، كما لا يجوز تصحيحه بالتكملة[٣]. وطالما سقط الحق الإجرائى، فيتعاصر معه أو يعقبه سقوط للمركز الإجرائى. أما سقوط العمل الإجرائى، فلا يبدأ أو يتعاصر أو يكون تالياً لسقوط المركز الإجرائى بل يبقى العمل الإجرائى بعيبه لسقوط أداة التمسك بهذا العيب[٤] منتجاً هذا العمل كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه بدون تصحيح أو تحول أو إزالة لعيوبه[٥].

المبحث الثالث

عدم التمسك بالجزاء ممن تسبب فى العيب الإجرائى

٣٤- القاعدة وشروط تطبيقها: القاعدة من "تسبب فى العيب الإجرائى لا يملك التمسك بالجزاء". وهى من القواعد العامة أياً كان الجزاء[٦]. كما أنها من وسائل الحد منه[٧] مع بقاء العيب الإجرائى متى تعلق بالمصلحة الخاصة[٨] قاعدة استقر

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات الإشارة السابقة. التعليق على نصوص قانون الإثبات قام بتحديثه د. طلعت دويدار الطبعة الرابعة منشأة المعارف ١٩٩٤ ص ٢٢٥ مادة ٣٤. د. وجدى راغب: ص ٤٦٩.

(٢) د. نبيل عمر: سقوط ص ١٩٤ بند ١١٥، دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٧٠ بند ١١٣.

(٣) د. فتحى والى: الإشارة السابقة د. الأنصارى النيدانى ص ٢٧١ بند ٢٢٨. د. وجدى راغب، الإشارة السابقة.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وتحول وانتقاص المراكز الإجرائية ص ١٤ بند ٩.

(٥) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٦) فالقاعدة وإن وردت بشأن البطلان وفقاً لصراحة المادة ٢١/ ٢ مرافعات، إلا أنها تمثل قاعدة عامة قابلة للتطبيق على مختلف صور الجزاء الإجرائى، ودون أن ينحصر تطبيقها إلا فى حالة أن يتعلق الجزاء بالنظام العام. انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٠٢ بند ٤٥. د. أيمن رمضان: المرجع السابق ص ٢٧٢، ٢٧٩، ٢٨٩.

(٧) د. أحمد هندى: التمسك بالجزاء ص ١٦ بند ٥.

(٨) ونطاق القاعدة مقصور على الجزاء الذى لا يتعلق بالنظام العام وفقاً لصراحة نص المادة ٢١/ ٢ مرافعات. والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، وتطبيقاً لما استقر عليه القضاء. نقض ١٩٨٣/١٢/٥ طعن ٢٩٩ لسنة ٤٩ق. نقض ١٩٨١/١٢/٦ طعن ٩٣٠ لسنة ٤٤ق، نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ طعن ٨٢٣ لسنة ٤٧ق مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٠٨٨.

عليها الفقه الإجرائى، وتواترت عليها أحكام القضاء[1] وصادفت اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع[2] فنصت المادة ٢١/ ٢ مرافعات على أنه "لا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه"[3].

ومقتضى هذه القاعدة أن الإجراء، رغم عيبه وآثارة الخصم له، ولكن المحكمة لا تحكم بالجزاء، وعدم الحكم به، يبقى على الإجراء بعيبه، ويعامل معاملة الإجراء الصحيح، منتجاً من وقت اتخاذه كافة آثار الإجراء الصحيح[4]. فليس لمن كان سبباً فى العيب الإجرائى أن يتمسك بالجزاء، فلا يصح أن يستفيد الخصم من خطأه[5] أو

ومناط تنوع الجزاء إلى عام وخاص، هى المصلحة التى يحميها الإجراء الذى تم بالمخالفة للنموذج القانونى المحدد سلفاً. فيعتبر الجزاء عام إذا تعلق بالمصلحة العامة. وعلى العكس إلى خاص إذا تعلق بالمصلحة الخاصة. وإذا كان المشرع وهو يحمى المصلحة الخاصة يحمى فى الوقت نفسه المصلحة العامة باعتبار أن ما يحقق خير الفرد يحقق خير المجموع. كما أنه حينما يحمى المصلحة العامة يحمى فى ذات الوقت المصالح الخاصة، على أساس أن ما يحقق خير المجتمع يعود على أفراده بالخير أيضا، ولما كانت القواعد الأساسية فى مجتمع ما متغيرة، فمن المقرر أن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخرج عن نطاق نشاط المشرع الذى يجب أن تتوافر فى قواعده الثبات، ليدخل فى سلطة القاضى الذى يستهدى بطبيعته نوع المصلحة التى يرى المشرع إلى حمايتها بالقاعدة المخالفة: انظر د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧٠٧ بند ٣٩٦ د. فتحى والى الوسيط ص ٤٠٨ بند ٢٥٠ د. أحمد هندى: التعليق ج١ ص ٤٧٨. أصول ص ٨٥٩ وما بعدها بند ٢٧٢.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/٣/٢٦ طعن ٢٣١٠ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٥٢٢. نقض ١٩٩٢/١١/٢٢ طعن ١٤٧٠ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ١١٨٩.

على أن المشرع قد ينص فى بعض الحالات على تعلق الجزاء بالنظام العام، ويحدث ذلك خاصة حيث ينص المشرع على أن "المحكمة تقضى بالجزاء من تلقاء نفسها"، ويمكن التمسك بالجزاء من "أى من الخصوم أو فى أى وقت"، بينما إذا قرر أن الجزاء "لا يتمسك به إلا الخصم صاحب المصلحة" أو أنه "يزول بنزول من له التمسك به إلا الخصم صاحب المصلحة" أو أنه "يزول بنزول من له التمسك به أو "يجب أن يتم التمسك به فى بداية النزاع، أو :"قبل التعرض للموضوع" يكون جزاءً خاصاً. د. أحمد هندى: أصول: ص ٨٦٠ بند ٢٧٢.

(١) والواقع أن القاعدة يمكن الأخذ بها رغم عدم النص عليها، كما هو الحال فى القانون الفرنسى ولذا استقر القضاء على أنه إذا كان الذى يتمسك بالبطلان هو من أصيب بضرر نتيجة العيب، فأنه لا يحق أن يتمسك بالبطلان من كان سبباً فى حدوث هذا الضرر انظر:

Solus et Perrol op. cit. P. 388 N 419
Morel: op. cit. P. 330 N 411. Glasson, Tissisr et Morel: op. cit. T. 2. P. 344 N. 440, Tomosin: Préc. P. 15. N 60.

وفى تطبيق ذلك انظر:

Coss. Com. 9 Mai 1950 R. T. D. Civ. 1951. P. 292. obs. Roynaud. Coss. Civ. 22. Nov. 1957 Bull.
Coss. 1957. 11. P. 463. Cité in Solus et Perrot op. cit. T. 1. P. 388.
Coss. Civ,. 8 Juin. 1974 Bull. Civ. 11. N 192. Civ. 11 Oct 1989. Bull. Civ. 11. N. 172.

(٢) والمشرع الإيطالى أعتمد هذه القاعدة ونصت عليها فالمادة ١٥٧/ ٢ مرافعات على أنه "لا يمكن التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه" ومن قبل هذا التشريع كان المشرع مواظب على هذه القاعدة وأن كان بتعبير مختلف وفقاً للمادة ٥٧ من قانون المرافعات الإيطالى الملغى – مجموعة ١٨٦٥ – انظر: ماتيرولو – جزء ثان رقم ٢١٥ – ٢١٢ مشار إليه لدى د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٨ بند ٣١٨.

(٣) والقاعدة نصت عليها من قبل المادة ٣٢/ ٢ من مشروع ١٩٤٤ لقانون المرافعات المصرى "ولا يجوز لأحد أن يتمسك ببطلان إجراء من إجراءات المرافعات نجم عن فعله أو فعل وكيله" ولكن هذا النص لم يظهر فى قانون المرافعات السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩ انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٩ بند ٣١٨..

(٤) انظر فيما سبق بند ١٤.

(٥) د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٨٥ بند ٤٥٢ د. نبيل عمر: أصول: ص ١٠١٥ بند ٩١١ د. أحمد هندى: أصول ص ٨٦٣ بند ٢٧٢، التعليق ج ت١ ص ٤٨٢.

Solus et Perrot:: Préc. Glasson, Tissier et Morel: op. cit. P. 344 ets N 444.

من إهماله وتقصيره[1] أو من عيب ساهم فيه[2] عن عمد أو خطأ[3] حتى ولو كانت القاعدة التى تم مخالفتها مقررة لمصلحته[4].

٣٥- ويشترط لإعمال هذه القاعدة: أن يوجد عيب إجرائى تسبب فيه الخصم نفسه، أو تسبب فيه شخص يعمل باسمه، أو أن يساهم الخصم فى وجود العيب الإجرائى مصدر الجزاء. فالعيب الإجرائى قد يكون سببه الخصم نفسه، أو شخص يعمل باسمه أو يساهم الخصم فى وجود هذا العيب.

٣٦- أولاً: مصدر العيب الإجرائى للخصم نفسه أو من يعمل باسمه: فمن ناحية: قد يكون مصدر العيب الإجرائى الخصم نفسه، يستوى فيه أن يكون قد اتخذ الإجراء فى مواجهته، أو قام هو بالإجراء المعيب.

واتخاذ الإجراءات فى مواجهة الخصم، كأن يتخذ الإجراء فى مواجهته بالمخالفة للمركز القانونى، كما لو رفعت الدعوى أو اتخذت الطلبات والدفوع فى مواجهة الخصم وفقاً لاسمه الظاهر[5] أو كانت هذه الدعوى شخصية أو منقولة ورفعت أمام المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه الظاهر[6] أو أعلن باسمه الظاهر[7]. أو اتخذت هذه الإجراءات فى مواجهة الخصم بناء على الصفة التى ظهر بها أمام من تعامل معه وفقاً لصفته الظاهرة[8].

---

(١) وقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يفيد من خطأه وإهماله، ولما كانت الطاعنة قد خالفت القانون بعدم إخطاره للمطعون ضده الأول بتغير موطنها أثناء فترة الوقف، مما تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف باعتبار المطعون ضده الأول تاركاً لاستئنافه، إذا لا يجوز لها أن تتمسك باعتبار المطعون ضده الأول تاركاً لاستئنافه، فلا يجوز لها أن تفيد من خطأها وإهمالها الذى تسببت فيه، فيما شاب إجراء التعجيل من عيب. نقض ١٩٨٣/٢/٥ طعن ٢٩٩ لسنة ٤٩ق أحمد هندى ج١ ص ٤٧٢. عز الدين الدناصورى وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات الطبعة التاسعة ج١، ١٩٩٨ بدون ناشر ص ٣٢٨ مادة ٢١.

(٢) انظر: Glosson, Tissier et Morel: Préc.

(٣) فيستوى أن يكون المخالف قد ارتكب العيب الإجرائي عن إرادة أو خطأ أو إهمال، أو عن حسن نية، ولا يعتد بجهله القانونى الذى يحدد العيب والجزاء على ارتكابه، - أى القانون الذى يحدد مواطن الجزاء فى التشريع ونوعه وكيفية إثارته والتمسك به – لأن أحداً لا يعذر بجهله القانون. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٤ بند ٣٦.

(٤) د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٠ وما بعدها بند ٢٥١، إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٦٩٦ مادة ٢١.

Selus et Perrot: P. 388. N 419 Morel op. cit: P. 330 N 411.

(٥) انظر فيما سبق ص ٣٠ حاشية رقم ٢.

(٦) انظر فيما سبق الإشارة السابقة حاشية رقم ٤.

(٧) انظر فيما سبق الإشارة السابقة حاشية رقم ٥.

(٨) انظر فيما سبق الإشارة السابقة.

وفى كل ذلك، لا يستطيع الخصم متى توافرت فى حقه عناصر الوضع الظاهر[1] أن يتمسك ببطلان هذه الإجراءات، ولا بما يصدر فيها من أعمال قضائية – أحكام أو أوامر – استناداً إلى أنه ليس صاحب المركز القانونى فى المعاملات التى تمت مع خصمه، بل شخص آخر غيره يختفى وراءه لاعتبارات معينة، أو أن الأسم الذى اتخذت به الإجراءات فى مواجهته ليس هو اسمه الصحيح.

ومبرر عدم تمسك الخصم بالجزاء فيما اتخذت فى مواجهته من إجراءات بالمخالفة للمركز القانونى، أن الخصم هو الذى أسهم فى ظهور نفسه بهذا الاسم أو فى هذا الموطن أو تلك الصفة، الأمر الذى جعل الغير يعتقد فى قانونية مركزه، أى بأنه يعمل لحساب نفسه وليس لحساب الغير أو أن اسمه الذى تعامل به هو اسمه الصحيح[2]. أو المظاهر التى أوجدها كان من شأنها أوقعت خصمه حسن النية فى الخطأ فيما يتعلق بموطنه[3] أو جعلته يعتقد اعتقاداً مشروعاً ومبرراً فى قانونية الصفة التى ظهر بها خصمه أمامه[4] فلا يجوز للخصم أن يدعى خلاف سبق مسلكه وكون معه مركزه الظاهر، ويتمسك بالجزاء لما تم بالمخالفة للمركز القانونى.

---

(١) انظر فيما سبق حاشية رقم ٣.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر، فيكون هو الدائن بها الغير، كما تضاف إليه جميع الالتزامات، فيكون هو المدين بها للغير بمعنى الإجراءات تتخذ فى مواجهة صاحب الأسم الظاهر – الاسم المسخر – وليس فى مواجهة من يتم التعامل لحسابه د. محمد سعيد عبد الرحمن. نظرية الوضع الظاهر ص ١٧٣ – ١٧٥ خاصة ص ١٧٥ بند ١٦٥ والأحكام المشار لديه نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ قضاء النقض فى المواد المدنية ط ٣ جـ ٢ المجلد الثانى رقم ٣٨٩١ ص ١٥١٢ نقض ١٩٩١/٥/٢٢ – قضاء النقض المرجع السابق رقم ٣٩٠٢ ص ١٥١٥. د. عدنان إبراهيم السرحان: المرجع السابق ص ١٦٣ وما بعدها والحكم المشار لديه.

Ass. Plén 13 déc 1962. D. 1963. P. 277.

د. سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة المصرى ١٧ لسنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١١٢. د. أحمد هندى: الوكالة بالخصومة ٢٠٠٦ ، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٠ ومابعدها بند ٨.

(٣) وانعقاد الاختصاص لمحكمة الوضع الظاهر بالدعوى الشخصية والمنقولة اختصاص صحيح وذلك حماية للخصم حسن النية من أن يحكم ببطلان الإعلانات القضائية والأعمال القضائية التى صدرت بناء عليها أو بعدم اختصاص المحكمة التى رفع إليها الدعوى، وهو ما يؤثر بالسلب على حقوقهم ومراكزهم القانونية دون أى خطأ من جانبهم وبذلك رتب القضاء على الموطن الظاهر نفس الآثار التى تترتب على الموطن الحقيقى.

Toulouse, 13 Juill. 1816. jur. Gén,. Vo Domicile N 136. Soc. 24 Mars. 1949. J. C. P. 1949. 11. 4957 Note. G. B. D. 1949 J. 303. CA Paris 14 Oct 1958 G. P. 1959. 1. 80 et Norte. Civ. 1re 31 janv. 1968. Bull. Civ. 1. No. 41. P. 32.

مشار لهذه الأحكام لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٧ وما بعدها بند ١٧٠.

(٤) وأعتمد المشرع المصرى صفة التاجر للشخص الذى يظهر أمام الناس بهذه الصفة، فنصت المادة ١٨ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر كما أعتاد المشرع بالصفة الظاهرة لمن يتسلم الإعلان فى موطن المعلن إليه وفقاً لنص المادة ١٠/ ٢ مرافعات واستقر قضاء النقض على الاعتداد بالصفة الظاهرة لمستلم الإعلان وقضى بأنه "متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه وذكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقارب أو أصهار المعلن إليه المقيمين

وإذا كان مصدر العيب الإجرائى على النحو السابق، هو الخصم نفسه فيما اتخذت فى مواجهته من إجراءات بالمخالفة للمركز القانونى[1] فقد تتخذ الإجراءات المعيبة من الخصم نفسه، كما لو وقع إعلان المدعى عليه باطلاً لأن المدعى ذكر عنواناً خاطئاً لموطن المدعى عليه[2]. أو ذكر المعلن إليه موطناً غير صحيح لنفسه من قبل فى أوراق الدعوى، فلا يجوز له التمسك بالجزاء لإعلانه فى غير موطنه[3]. وليس للخصم أن يتمسك ببطلان أعمال الخبير لمباشرته المأمورية فى غيابه دون إخطاره فى محل إقامته إذا كان قد أعلن على موطنه الأصلى الثابت فى صحيفة الاستئناف، فلا يجدى زعمه بأنه قد غير موطنه ذلك أنه لم يخطر المحكمة بذلك التغيير[4]. وليس لمن أضفى صفته كضابط فى القوات المسلحة أن يتمسك بعدئذ ببطلان إعلان لتمامه فى موطنه بدلاً من إجرائه وفقاً لما تنص عليه المادة ١٣ مرافعات[5]. وليس للخصم الذى تسبب بعمله فى الخصومة إلى تأجيل التحقيق، لا يجوز له أن يتمسك بعدم جواز إجراء التحقيق لفوات الميعاد استناداً إلى المواد ٧١، ٧٣، ٧٤ من قانون الإثبات[6]. وليس للنيابة العامة التمسك بالجزاء، إذا كانت

معه فأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا يكون مكلفاً بالتحقيق من صفة من استلم منه الإعلان انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٩ – ١٨٣ بند ١٧٢ وما بعده د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية – ص ٨٥ وما بعدها بند ٥١ وما بعده د. أحمد هندى: العلم القانونى ص ١٤٥ وما بعدها.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٣١٨ نقض ١٩٨٠/١/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ج١ ص ٣٢٤ نقض ١٩٧٨/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ج- ١ ص ٧٢٥.

(١) انظر فيما سبق بند ٧.

(٢) فقد ارتكب المدعى خطأ "ذكر عنوان خاطئ وكان يجب عليه ذكر العنوان الصحيح" هذا الخطأ هو الذى أفضى إلى تعييب عملية الإعلان "بطلان الإعلان للخطأ فى عنوان المعلن إليه، وبالتالى عدم وصوله إليه. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٧ بند ٥ والحكم المشار لديه نقض مدنى دائرة ٢ فى ١٩٥٧/١١/٢٢ النشرة المدنية ٢ رقم ٧٢٠.

(٣) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٢٨. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة، أصول ص ٨٦٣ وما بعدها بند ٢٧٢. وفى تطبيق ذلك قضى بأنه "إذا كان المعلن إليه قد قام بتغيير= =عنوانه ... موطنه .... دون إخطار طالب الإعلان، ولم يستطيع طالب الإعلان أن يستدل على موطنه الصحيح إلا بعد فوات الميعاد الذى حدده القانون لاتخاذ الإجراء، فأنه لا يجوز للمعلن إليه التمسك ببطلان الإجراء، لاتخاذه بعد الميعاد، إذ هو الذى تسبب فى البطلان" نقض ١٩٨٣/١٢/٢٥ طعن ١٢٩٩ لسنة ٤٩ق أحمد هندى التعليق ج ١ ص ٤٨٢ مادة ٢١ أصول ص ٨٦٤.

(٤) نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٠ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض أنوار طلبه ج ٥ ص ١٢٣ مشار إليه لدى أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٧.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٠٢ بند ٤٥ د. أحمد هندى: العلم القانونى ص ٢٩٣ وما بعدها بند ٢٢. وفى تطبيق ذلك قضى بأن "إعلان رجال الجيش وجوب تسليمه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة، تسليم الإعلان للنيابة دون ثبوت استلام الإدارة المذكورة، أثره بطلان الإعلان" نقض ١٩٧٧/٢/٢٤ السنة ٢٨ ص ٥٦٩، نقض ١٩٧٧/٣/١٦ طعن ٥١٧ لسنة ٤٣ ق نقض ١٩٨٠/٣/٢٩ طعن ٣١٨ لسنة ٤٣ ق أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٥٤٩. نقض ١٩٧٣/٥/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٨٥٠ نقض ١٩٦٩/١١/١١ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٠٠ نقض ١٩٧٨/٢/١٥ طعن رقم ٨٦٧ لسنة ٤٤ق نقض ١٩٩٢/١/٢٩ طعن رقم ١٩٠١ لسنة ٦١ق.

(٦) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٦٠ بند ٣١٨.

المحكمة قد أخطرتها، فلم تتدخل فى القضية، ذلك أنها هى السبب فى المخالفة الإجرائية[1].

وعلى الوجهين سواء اتخذت الإجراءات فى مواجهة الخصم بالمخالفة للمركز القانونى أو اتخذ الخصم بنفسه الإجراء، فلا يجوز له التمسك بالجزاء، لأن العيب الإجرائى راجع لمسلكه، ولا يجوز له فى الوجهين إثبات عكس ماسلكه والتمسك بالجزاء، فليس للخصم أن يدعى ضد فعله.

ومن ناحية ثانية: قد يكون مصدر الفعل الذى يسبب العيب الإجرائى شخص يمثل الخصم أو يعمل باسمه[2]. فليس من الضرورى أن يكون المتسبب هو الخصم نفسه، وإنما يكفى أن يكون شخصاً آخر يعمل باسم الخصم ولحسابه[3] كالمحامى، أو المحامى الظاهر، أو المحضر أو النائب القانونى أو النائب الإتفاقى أو ممثل الشخص المعنوى. فإذا كان المحامى أو المحضر فى قيام أى منهم بعمله قد تسبب فى العيب الإجرائى، فأن الخصم الذى يعمل المحامى[4] أو المحامى الظاهر[5] أو المحضر[1] باسمه لا يستطيع التمسك بالجزاء المتولد عن هذا العيب.

---

(١) يجب على النيابة العامة أن تتدخل فى الحالات التى نصت عليها المادة ٨٨ مرافعات نقض ٢٠٠١/٥/١٢ طعن ٤٤٥ لسنة ٦٦ق أحوال شخصية أحمد هندى التعليق ج٢ ص ١٦١. وحيث تأمر المحكمة بإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة إذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام والآداب، يجب على النيابة العامة التدخل فى هذه= =الحالة مادة ٩٠ مرافعات. نقض ١٩٩٤/٢/١٤ – طعن ١٠٠٦ لسنة ٥٧ق السنة ٤٥ ص ٢٤٦ رقم ٧٣. نقض ١٩٩١/١٢/٢ طعن ١٥٩٩ لسنة ٥٢ق السنة ٤٢ ص ١٧٤٧ عدد ٣ رقم ٢٧٤ أحمد هندى التعليق ج٢ ص ١٨٩.
وإذا لم يتم اخبار النيابة العامة بوجود قاصر فى الدعوى فأن البطلان يكون نسبياً لا يجوز لغير القاصر التمسك بالجزاء، كما يجب عليه إثارته قبل قفل باب المرافعة.
نقض ١٩٧٩/٣/٥ طعن ٢٤ لسنة ٤٤ق نقض ١٩٦٤/٦/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٥ ص ٨٣٦. نقض شرعى عمانى ٢٠٠٤/٣/٢٨ طعن رقم ٢ لسنة ٢٠٠٤ أحكام المحكمة العليا ٢٠٠٥ ص ٣٠٢.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٩ بند ٣١٨ د. نبيل عمر: أصول ص ١٠١٤ بند ٩١١ إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢٢ بند ١٣٦ د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٥٣ بند ٣٠١ د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٠ بند ٣٩٧. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٤ بند ٣٥.

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أنه فى إعمال هذه القاعدة يستوى أن يكون من تسبب فى البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه ...." وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٠/٥/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٦١٩.

(٤) قضى بأنه "لما كان الثابت من ملف الدعوى الاستئنافية أن المحامى الموكل عن مورث الطاعنين لم يعلن عن وفاة المورث أثناء نظر الاستئناف، ولم يخبر المطعون ضدها بذلك وظل يباشر الدعوى باسم المورث إلى أن صدر الحكم المطعون فيه،= =ومن ثم فلا يكون هناك ثمة بطلان قد لحق الإجراءات، لأن السبب الذى كان يجب أن توقف من أجله الدعوى كان مخفياً على المستأنف عليه فلم يكن له أن يظن أن المحامى الذى يمثل المتوفى قد انقضت وكالته بوفاته:" نقض ١٩٩٥/٤/١٠ الطعن رقم ١٥٣٩ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ج١ ص ٦١٥. نقض ١٩٤٠/٢/١٥ طعن ٦٢ لسنة ٩ق الموسوعة الذهبية ج٦ ص ١٩١ رقم ٦٢.

(٥) فعلى الرغم مما يقوم المحامى الظاهر بعرضه للمحاكمة التأديبية، إلا أنه لا يبطل ما صدر منه لصالح موكله من أعمال، كما لا يبرر لموكله طلب بطلان هذه الأعمال، وأكدت محكمة النقض على صحة هذه الأعمال، فقضت بأنه "إذا نهى المشرع عن ممارسة المحامى لعمله أثناء فترة استبعاد اسمه من جدول المحامين المشتغلين لعدم سداد اشتراك النقابة فقد دل بذلك على أن هذه الممارسة تكون ممارسة غير مشروعة، ويترتب عليها خضوعه للجزاءات المقررة فى المادة ٢٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ والمادة ٣٤ من اللائحة الداخلية لنقابة المحامين. ومثل هذه الممارسة وأن

كما لا يكون لمن يعمل باسم الخصم الولى[٢] أو الوصى أو القيم[٣] أو ممثل الشخص المعنوى[٤] أن يتمسك بالجزاء الذى تسبب فيه[٥]. وتطبيقاً لذلك قضى[٦] بأنه لا يجوز للمستأنف أن يتمسك ببطلان صحيفة الاستئناف أو للخصم أن يتمسك ببطلان إعلان ورقة التكليف بالحضور ما دام قد صدر هذا العمل من شخص يعمل باسمه.

٣٧- **ثانياً**: مساهمة الخصم فى العيب الإجرائى محل الجزاء: تُطبق قاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالجزاء ممن تسبب فى العيب ولو لمجرد مساهمة الخصم فى هذا العيب، كأن يطالب أحد الخصوم بتأجيل التحقيق لمرات عديدة[٧] فيقع التحقيق باطلاً لفوات المواعيد التى حددها المشرع[٨] أو يتسبب الخصم فى تأجيل الدعوى مرات عديدة حتى وقعت إجراءاتها باطلة، لوقوعها فى فترة انقطاع مثلاً، أو لتعيب عملية الإعلان، كأن تستغرق فترات طويلة، ويماطل الخصم فى الحضور دون تقصير من الخصم الآخر. أو يقدم الخصم طلبات اختصام متتالية ثم بعد ذلك يدعى

أنتجت فى بعض الصور أثرها في حق الموكل إلا أن هذا الأثر يكون معدوماً بالنسبة للمحامى ولا يترتب له حق لقيام عمله على إخلال بواجبات مهنته" نقض ١٩٦١/١/٢٨ مجموعة الأحكام – ١٢ رقم ٣ ص ١٠ نقض ١٩٦٦/١/٢٩ مجموعة الأحكام ١٧ – رقم ٢ ص ١١ نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام – ٢٣ – رقم ١٢٨ ص ٨١٥ مشار إليه لدى محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٩٠ – ١٩٢.

(١) قضى بأن "المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لاستلام الإعلان، فإذا كان الثابت من صورة الإعلان أن المحضر انتقل إلى مقر إدارة الإصلاح الزراعى وخاطب من ذكر له أنه محام بهذه الإدارة وسلمه الصورة، فأن هذا يكفى لصحة الإعلان، ولا يجدى الطاعن – وزير الإصلاح الزراعى – بعد ذلك التعلل بعدم وصول الصورة إليه أو الإدعاء بأن الصفة التى قررها مستلم الإعلان غير صحيحة" نقض ١٩٦٦/٢/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٣١٨.

(٢) قضى بأنه "إذا اتخذت الإجراءات في هذه الحالة فى مواجهة الممثل القانونى السابق دون أن ينبه هذا الخصم أو من كان يمثله فى المحكمة إلى التغيير الذى طرأ على حالته فانه لا يجوز له التمسك بهذا العيب للطعن فى الحكم الصادر فى مواجهة الممثل، وذلك على أساس أن الممثل القانونى يحتفظ فى هذه الحالة بصفته فى التقاضى بناء على رضا الخصم ذاته نائباً اتفاقياً عنه بعد أن كان نائباً قانونياً د. وجدى راغب: دراسات، ص ٨٧، ٨٨ بند ٤١ والأحكام المشارة لديه نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ١٣٩٣، نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٤٨٥ نقض ١٩٦٨/٦/٦ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١١٢٥. نقض ١٩٧٠/١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٠.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٣/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ٥٧٦.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٩ بند ٣١٨ د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٦٩٦ مادة ٢١. طعن رقم ١٣٧١ لسنة ٧١ ق، نقض ٢٠٠٢/٤/١٠، المحاماة ٢٠٠٣، ع ٣ ص ٩١.

(٥) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٦) Coss. Com. 9 Mai 1950 R.T.D. Civ. 1951. Préc.

(٧) فى ضوابط قيمة الوقت فى التأجيل إعمالاً لحق الإثبات انظر د. طلعت دويدار، تأجيل الدعوى، منشأة المعارف ٢٠٠٣ ص ١٥٦ – ٢٣٩.

(٨) وجاء فى حيثيات حكم محكمة الزقازيق الابتدائية أن "... أن هؤلاء المدعى عليهم هم الذين يتمسكون بالبطلان قد ساهموا بنصيب كبير فى طلبات تأجيل التحقيق فما لهم أن يتمسكوا ببطلان إجراء كانوا طرفاً عاملاً فى وقوع ما يريدون النعى به عليه – ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه حكمها فى ١٩٥٢/٤/١٠ المحاماة ٤٢ – ١١٥٣ – ٢٩٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٦٠ وما بعدها بند ٣١٨ د. أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٦٩٦.

وجود بطلان فى عملية اختصام أحدهم أو بعضهم[1] أو يطلب سماع الشاهد ثم يدعى ببطلان شهادة الشاهد لعدم أهليته للشهادة، والدائن الذى نبه مدينه بالوفاء ثم يدعى بطلان التنبيه لعدم التوقيع عليه[2] فالخصم فى كل ذلك لا يكون من حقه التمسك بالجزاء نظراً لأنه ساهم بمسلكه فى وقوع العيب الإجرائى.

وأيضاً من صور مساهمة الخصم فى العيب الإجرائى وعدم أحقيته فى التمسك بالجزاء، عدم حق المدعى فى أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا ما عجلت الدعوى بعد مضى ستين يوماً على شطبها[3] أو كان راجعاً إلى فعله عدم إعلان المدعى عليه خلال الثلاث أشهر من تاريخ إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب مادة ٧٠ مرافعات.

والأكثر من ذلك تتوافر مساهمة الخصم فى العيب الإجرائى لمجرد أنه أهمل أو قصر فى عمل التحريات الجدية للاهتداء إلى محل إقامة الشخص المراد إعلانه، بل يجب عليه أن يثبت أنه قام بتحريات جدية لمعرفة محل إقامة خصمه، ولم يهتد إليه فاضطر إلى إعلانه فى النيابة[4] وتطبيقاً لذلك قضى[5] بأنه "لا يعتبر جهل المدعى بورقة خصمه أو موطنهم عذراً مانعاً، بل عليه هو البحث والتحرى عنهم للمحافظة على مصلحته وعدم تعريض دعواه للسقوط بفعله".

وترتيباً على ذلك، متى وجد العيب الإجرائى، يستوى من تسبب فيه، سواء كان الخصم نفسه أو بواسطة من يعمل باسمه أو ساهم الخصم فى تحقق هذا العيب، وتحققه، يتحقق معه مفترض قاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالجزاء من تسبب فى العيب" ودون أن يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ، بل يكفى مجرد الواقعة

---

(١) د. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٨ بند ٥.
(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٥٦٠ والأحكام المشارة لديه.
Coss. 15 – 4 – 1949 Foro. It. Rep. 1949. V. Prova Testimoniale N 65.
Coss. 8 Maggio 1952 Faro. It. Rop. 1952. V. Esecuzione N 65.
(٣) أحمد هندى: شطب الدعوى ص ١٠٨ بند ٢٠ د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣١. طعن ٢٢٦٧ لسنة ٧٢ ق، نقض ٢٠٠٣/٦/٣٠ هيئة قضايا الدولة ٢٠٠٥، ص ١٨٩، نقض ٢٠٠٢/١٠/١٤ طعن رقم ٢٤٧١ لسنة ٦٤ ق.
(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٧ بند ٣٨.
(٥) نقض ١٩٩٥/١٢/٢٧ الطعن رقم ٢١٦٨ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦. ج ٢ ص ١٤٧٧.

التى تؤكد نسبة العيب إلى الخصم أو مساهمته فيه أو من يمثله أو يعمل باسمه[١] . كما لا يشترط أن يكون فعل الخصم أو من يعمل باسمه هو السبب الرئيسى أو السبب المباشر أو السبب الوحيد لوجود العيب فى الإجراء الذى أدى إلى الجزاء[٢] أى يكفى أن تتوافر علاقة سببية[٣] بين فعل الخصم أو مساهمته فى هذا الفعل أو من يعمل باسمه وبين هذا العيب.

والمعيار الذى يسترشد به القاضى فى الكشف عن علاقة السببية، هو معيار موضوعى[٤] تتوافر علاقة السببية بمجرد كون الخصم أو بمساهمته أو من يعمل باسمه أدى بعمله إلى وقوع الخصم الآخر فى الخطأ[٥] فذكر طالب الإعلان موطناً غير صحيح للمعلن إليه. وتم الإعلان فى هذا الموطن لا يجوز أن يتمسك بالجزاء[٦].

وتبنى الفقه[٧] التفسير المرن لقاعدة "لا يتمسك بالجزاء من تسبب فيه" يتمشى مع سياسة المشرع فى تنظيمه للجزاء الإجرائى والحد منه[١] فحيث يصدر من الخصم

---

(١) وقد حرصت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى بالتأكيد على ذلك، بتقريرها أنه فى أعمال هذه القاعدة "لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه".
ومن باب أولى إذا وقع من الخصم غش، فيكون العيب الإجرائى قد بلغ مداه، ولا يحق للخصم بحال أن يستفيد منه، والغش باعتباره سلوك غير مشروع يتوافر فى حده الأدنى فيما يكون لدى الخصم من سوء نية بسكوته أو كتمانه لأمر معين يؤثر على الخصم الآخر، ويتوافر فى حده الأقصى فى تعمد الخصم استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة بقصد تضليل خصمه. فكل عمل يكون أساسه سوء نية، بقصد الإضرار بالغير لا يكسب حقاً ويجب ألا يستفيد منه صاحبه، وكل عمل يبنى على سوء النية يجب نقضه. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٧٠ – ٧٢ بند ٤٠، ٤١ والحكم المشار لديه نقض ١٩٨١/١/٢٨ رقم ١٨٣ لسنة ٤٣ ق.
Coss. Civ. 21 Juill 1980. R.T.D. Civ. 1981. 456. ob. Perrot.
Coss. Civ. 16 Juill. 1976 Bull. Civ. 1976. 11. N 245 Paris. 11. Janv. 1982. G. P. 1982. 2562.
وفى الغش الإجرائى وتميزه عما قد يختلط به والجزاء المترتب عليه انظر د. سنية يوسف: غش الخصوم دار الجامعة الجديدة ٢٠١٣ ص ٩٥ وما يليها. د. سيد أحمد محمود: الغش فى التقاضى والتنفيذ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٩ العدد الأول السنة ٤١ ص ٢٧٧ وما يليها.

(٢) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٦٠ بند ٣١٨. د. نبيل عمر: أصول ص ١٠١٤. بند ٩١١. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٥٣ بند ٣٠١. د. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٨ بند ٥ د. أحمد مليجى: التعليق ص ٦٩٦.

(٣) والسببية قاعدة عملية، وليست قاعدة سلوك، والقواعد العملية هى قواعد تقريرية لأنها تقرر الواقع دون إحداث أى تغيير أو أى تأثير عليه. انظر: د. سمير تناغو: النظرية العامة للقانون ١٩٨٦ منشأة المعارف ص ٣١ وما بعدها بند ٩.

(٤) D, onofrio: Comnento al codice – art. 157. N. 393. P. 323.
مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٥٦٠.

(٥) كارنيلوتى: نظام الأعمال الإجرائية ج ٢ ص ٥٢٤ رقم ٥٦٥ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: الإشارة السابقة.

(٦) د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٥٤ بند ٣٠١.

(٧) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٩ بند ٥.

سلوك يساهم ولو بقدر محدود، وحده أو مع غيره، بطريق مباشر أو غير مباشر فى حدوث الجزاء، فأنه لا يحق لهذا الخصم التمسك به – وكما رأينا – كأن يقوم الخصم بالمماطلة أو طلب التأجيلات العديدة التى لا مبرر لها لأعمال التحقيق أو الإجراءات، أو أى مسلك آخر تستشف منه المحكمة نية الخصم فى التسويف وإفساد مساعى خصمه فى الحصول على حقه[٢].

وإذا حدث أن تمسك الخصم بالجزاء المتعلق بمصلحته الذى تسبب فيه، ودفع الخصم الآخر برد ذلك، لأن المتمسك بالجزاء هو المتسبب فيه، فيجب على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع، وأن تتحقق من صحته، لكونه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى[٣] ويتحمل الخصم صاحب الإجراء المعيب الجزاء الناشئ عن خطأه أو خطأ من يمثله[٤].

٣٨- **أساس القاعدة:** قاعدة "لا يتمسك بالجزاء من تسبب فيه" رغم قدمها ويضرب بجذورها إلى القانون الرومانى[٥] إلا أن الفقه لم يتفق حول أساس موحد بشأنها[٦].

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢١٤ وما بعدها بند ١٦٢ وما بعده دراسة فى السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائى ص ١٥ وما يليها بند ١١ وما يليه د. أحمد ماهر زغلول : قواعد الإعلان القضائى المقال ص ٥٨ وما بعدها بند ٢٣. أعمال القاضى التى تحوز الحجية ص ١٣٩ ومابعدها ، حاشية رقم ١٥١، د. فتحى والى، أحمد زغلول: البطلان ص ٩ بند ٢. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٦ بند ٥، ص ٢١ بند ٦ د. أيمن رمضان: ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

(٣) نقض ١٩٨٠/٥/٣١ طعن ٨٤٢ لسنة ٤٥ق مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٦١٩. بخلاف ما لو كان الإجراء معدوماً ولو تعلق بالمصلحة الخاصة يجوز التمسك به، كما لو لم يتم الإعلان أصلاً فيعد الإجراء معدوماً، يجوز للخصم التمسك بانعدام الإعلان فى جميع الأحوال. فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨١/١٢/٦ طعن ٩٣٠ لسنة ٤٤ق أحمد هندى التعليق ج١ ص ٤٧٢ وما بعدها، محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٣ وما بعدها، الدناصورى وعكاز: ص ٣٢٨. نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ طعن ٨٢٢ لسنة ٤٧ق مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٠٨٨.

(٤) وتحمل الخصم صاحب الإجراء المعيب الجزاء الناشئ عن خطأه فقد يُلحق العيب الإجرائى ضرراً بمن كان المفروض أن يستفيد من اتخاذه، على الأقل من حيث مشقة إعادة اتخاذه مصححاً، بفرض أن ذلك لا يزال ممكناً. فالمسئولية عن هذا الضرر يجب أن تقع على عاتق من تسبب بخطأه فى العيب الإجرائى، وبالتالى فى حصول الضرر، ولا شك أنه إذا كان الجزاء راجعاً إلى خطأ صاحب الإجراء، فأنه يتحمل وحده تبعية هذا الخطأ، وليس له أن يرجع باللوم على أحد، فإذا أخطأ طالب الإعلان مثلاً فى التعريف بالمعلن إليه، وترتب على ذلك بطلان الإعلان، فأنه مهما يكن الضرر الذى يصيب طالب الإعلان من ذلك، فأنه يتحمل وحده ذلك الضرر. انظر د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٨٥ وما بعدها بند ٤٥٢ د. إبراهيم النفياوى: مسئولية الخصم ص ٨٦٩ وما بعدها.
Tomosin: Prec. Fasc. 138. 1990, P. 15, N. 60.

(٥) فالقانون الرومانى كان يقرر أنه ليس لأحد أن يغير من باطل صدر عنه. انظر أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٦ بند ٥.

(٦) حول الاتجاهات الفقهية المختلفة حول أساس قاعدة "لا يتمسك بالجزاء من تسبب فيه" انظر د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٥٦١ – ٥٦٣ بند ٣١٩.

فيرى البعض أن القاعدة تجد أساسها فى كون الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة جزاء نسبى، والبعض يرى بأن من تسبب فى العيب ليس له مصلحة قانونية، ولهذا فليس له التمسك بالجزاء. والبعض يرى أن هذه القاعدة تجد أساسها فى المبدأ الذى يقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يستفيد من غشه. وأخيراً يرى البعض: بأن أساس هذه القاعدة هو أن من تسبب فى الجزاء يفترض أنه بفعله قد نزل عن التمسك به.

والواقع أن هذه القاعدة هى قاعدة قانونية قائمة بذاتها تجد أساسها فى كيانها ولا تحتاج للبحث عن تفسير فى قاعدة أخرى[1]. فالخصم ليس له أن يتمسك بالجزاء، لأنه كقاعدة عامة "ليس للشخص أن يدعى ضد فعله هو أو بعبارة أخرى "من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"[2]. أو "لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سبق سلوكه" ومن القواعد الكلية المعتمدة فى الفقه الإسلامى "من سعى فى نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه"[3]. فليس للخصم أن يتنصل مما تسبب فيه، ولو كان الجزاء الذى تسبب فيه أو من يعمل باسمه مقرراً لمصلحته، وذلك حتى لا يستفيد من خطأ ارتكب سواء بنفسه أو بمن يمثله، أو لمجرد أنه ساهم فيه.

المبحث الرابع

عدم التمسك بالجزاء إلا ممن له مصلحة فيه

٣٩- تمهيد:

لكل إجراء غاية معينة، ويقرر لحماية مصلحة محددة، ولشخص معين، وإذا خولف الشكل المقرر لهذا الإجراء، أو لم يتم بالطريقة التى نص عليها القانون كان الإجراء معيباً ويثبت الحق فى التمسك بالجزاء فى هذه الحالة لهذا الشخص فقط، ولذا كانت القاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته".

---

(١) انظر ميكيكى: النزول رقم ٦ ص ٢٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول: الإشارة السابقة.

(٢) د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٥٦٣ بند ٣١٩، الهدر الإجرائى: ص ٧٥ بند ٣٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢٩ وما بعدها بند ١٤٠. د. إبراهيم النفياوى: المرجع السابق ص ٧٧٢ د. أيمن رمضان: ص ٢٨٩.

(٣) انظر فيما سبق ص ٦٧ حاشية.

٤٠- القاعدة وتطبيقها على صور الجزاء الإجراء المتعلق بالمصلحة الخاصة: قاعدة "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته" وأن وردت بشأن البطلان وفقاً للمادة ٢١/ ١ مرافعات[١] إلا أنها تمثل قاعدة عامة قابلة للتطبيق على مختلف صور الجزاء الإجرائى[٢]. كما أنها تعد وسيلة للحد من هذا الجزاء[٣]. وكونها قاعدة عامة أياً كان الجزاء، فهى قابلة للتطبيق، تعلق الجزاء بالبطلان أو بأى صورة من صور سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، أو كان الجزاء متعلقاً بالخصومة كوحدة، كالتمسك بسقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن، أو اعتبار المدعى تاركاً دعواه أو بعدم اختصاص المحكمة محلياً. فتكون القاعدة هى "أنه لا يجوز أن يتمسك بالجزاء أياً كانت صورته إلا صاحب الصفة فى التمسك به، أى ذات الخصم الذى شرع الجزاء لمصلحته ما لم يتصل الجزاء بالنظام العام[٤]. أما كون القاعدة وسيلة للحد من الجزاء، قد يرى الخصم الذى تقررت القاعدة لمصلحته – وكما سنرى – أن من المفيد له رغم ما لحق الإجراء من عيب عدم التمسك بالجزاء[٥]. فى مسألتين نتعرض أولاً: للقاعدة والجزاءات الإجرائية المتعلقة بالمصلحة الخاصة من غير البطلان، وثانياً: القاعدة والبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة.

٤١- أولاً: ومن تطبيقات عمومية القاعدة الواردة بالمادة ٢١/ ١ مرافعات بشأن صور الجزاء الإجرائى المتعلق بالمصلحة الخاصة من غير البطلان: رفع

---

(١) واستقر القضاء على تطبيق القاعدة وواظب عليها فى ظل قانون المرافعات الملغى ٧٧ لسنة ١٩٤٩ رغم عدم النص عليها. وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة، إذ أن إفادتهم من البطلان مرهون بثبوت النص القانونى، وهو ما يستلزم أن يتمسك به من تعيب إعلانه وأن تقضى به المحكمة". نقض ١٩٥٢/٥/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣ ص ١٠٧٩، نقض ١٩٥٩/١١/١٩ مجموعة الأحكام السنة ١٠ ص ٦٨٨. نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ٥٧٩ نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص ٩٠٢ نقض ١٩٦٧/١/٥ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٠٤ نقض ١٩٦٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٦٩.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ٧٦ بند ٤٣. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٧، ٦٨ بند ٤٧. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء الإجرائى ص ٤١ بند ٣٢. د. أيمن رمضان: المرجع السابق ص ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٩.

(٣) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢١، ص ٣٠ بند ٦.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٥) د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧٠٨ بند ٣٩٧.

الدعوى أمام محكمة بالمخالفة للقاعدة العامة فى الاختصاص المحلى[1] مادة ٤٩ مرافعات مصرى، ٤١ مرافعات فرنسى أو بالمخالفة للقاعدة الخاصة لهذا الاختصاص[2] حالة استبعاد القاعدة العامة وتطبيق القاعدة الخاصة وفقاً للمواد ٥٠/ ١، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٩/ ٢ وكذلك لو رفعت الدعوى بالمخالفة لحالات الاختصاص المحلى المشترك وهى حالة جعل الاختصاص مشترك بين محكمة موطن المدعى عليه، ومحكمة يتم تحديدها بواسطة القواعد الاستثنائية[3] وفقاً للمواد ٥٠/ ٢، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩/ ١، ٦٠، ٦١، ٦٢ مرافعات، ومخالفة أى من هذه القواعد يكشف عن مخالفة قواعد الاختصاص المحلى.

والمعتمد أن القواعد الثلاثة، العامة والخاصة والمشتركة، فى الاختصاص المحلى لمحاكم أول درجة لا تتعلق بالنظام العام[4] وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً لصراحة المادة ١٠٨ مرافعات مصرى ٩٣ مرافعات فرنسى[5]. وأيضاً بمفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٩ مرافعات مصرى ٩٢ مرافعات فرنسى.

---

(١) وتجد القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى أساسها ومبناها فى فكرتين متكاملتين، تتجسد أولى الفكرتين فى اعتبار المساواة وتحقيق التوازن بين المراكز القانونية للخصمين فى الدعوى، فالمدعى هو صاحب المبادرة واختيار الوقت الملائم لرفع دعواه. وهذا لا يتم غالباً إلا بعد أن يكون قد تهيأ لذلك بجمعه لكل ما يدعم دعواه، وطالما هو البادئ بذلك فيجب أن تكون مبادرته أمام محكمة موطن المدعى عليه، والفكرة الثانية، تتمثل فى قرينتى براءة الذمة والظاهر، ففيما يتعلق بالحق الشخصى، فالأصل بصدده هى براءة الذمة إلى أن يثبت العكس. أما الحق العينى، فالأصل فيه مطابقة الظاهر للحقيقة، فمن يحوز شئ يفترض أنه مالكه إلى أن يثبت العكس د. عبد الباسط جميعى: نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات الجديد وتعديلاته دار الفكر العربى ١٩٧٥ ص ٦٠ وما بعدها. طعن رقم ٧٠٦٧ لسنة ٦٣ ق ، نقض ٢٠١٢/١/١٤ المستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض من أول يناير ٢٠٠٣ لغاية آخر ديسمبر ٢٠١٢، ص ٥٠.

VINCENT et GUINCHARO: op. cit. P. 262 N 342 ets.

SOLUS: Compélence dattribution et Compétence territoriale. J.C.P. 1947. doctor N 663.

(٢) لتجد القاعدة الخاصة أساسها ومبناها فى ضرورة تركيز الاختصاص ببعض الدعاوى المتعلقة بمال معين أو بشخص معين بمحكمة معينة قريبة بهذا المال أو بهذا الشخص، وذلك لسهولة الانتقال إليه والتيسير على القائمين بالدفع عنه د. وجدى راغب: مبادئ ص ٣١٨ د. على هيكل الدفع بإحالة الدعوى ص ١٤٨ بند ١٣٩ د. عبد الباسط جميعى: المرجع السابق ص ٧٥ وما بعدها.

BARRERE: Tribunal d'instance: jur – class. Pr. Civ. 1995. Fasc. 308 P. 5. N 37. VINCENT et Guinchard. Op. cit. P. 79 N 80.

(٣) وتجد القواعد الاستثنائية أساسها ومبناها فى اعتبارات مختلفة إنسانية وعملية فقد يكون مبناها حاجة المدعى عليه، او لضعف مركزه، أو لكونه الأجدر بالرعاية منه بالنسبة للمدعى د. وجدى راغب: ص ٣٢٥ وما بعدها د. على هيكل المرجع السابق ص ١٤٨ حاشية رقم ٤ د. عبد الباسط جميعى: المرجع السابق ص ١٦٢ بند ١٠٧. نقض ٢٠٠٣/٥/١٢ طعن ١٦٨٩ لسنة ٧٢ ق، مجموعة الأحكام، السنة ٥٤ ص ٧٧٤. نقض ٢٠٠٥/٥/١٨ الطعنان رقما ٥٠٨٥ ، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ ق، هيئة عامة ، مجموعة الأحكام، السنة ٥٦ ع١ ص ٢٧.

(٤) قارن حيث يرى البعض أن القاعدة الخاصة فى الاختصاص المحلى تتعلق بالنظام العام د. عبد الباسط جميعى: ص ٨٨، ٨٩، ١٠٦، ١٠٧ د. محمود هاشم: قانون القضاء المدنى الجزء الأول الطبعة الثانية بدون ناشر ١٩٩١ ص ٣٤٣.

(٥) وإن كان المشرع الفرنسى بصدد المادة ٩٣ مرافعات لم يتبع قاعدة موحدة بشأن الاختصاص المحلى فى المواد الولائية Matiere greaieuse للقاضى ومن تلقاء نفسه أن يقضى بعدم اختصاصه محلياً بشأن هذا النوع من المسائل التى

وما أعتمده المشرع بصدد قواعد الاختصاص المحلى لمحاكم الموضوعى، سواء بصراحة النصوص، أو بمفهوم المخالفة للبعض الآخر، استقر عليه الفقه[١] وأكده القضاء[٢] ليكون الدفع بعدم الاختصاص المحلى أحد الدفوع الإجرائية المشروط تطبيقها بطلب يقدم من أحد الخصوم لعدم تعلقه بالنظام العام، وهو ما يقيد من سلطة القاضى فى إثارة المخالفات التى تقترن بالإجراءات والتصدى لها من تلقاء نفسه، فسلطته فى التدخل فى هذه الحالات مشروطة بطلب يقدم إليه من الخصم صاحب المصلحة أو من يمثله[٣] وتطبيقاً لذلك قضى[٤] بأن "الدفع بعدم الاختصاص المحلى من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، ويتعين على المتمسك به إبدائه قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فيه، ويسقط حق الطاعن فى هذا الدفع إذا لم يكن قد حضر أمام محكمة أول درجة ولم يبده فى صحيفة الطعن ويجوز النزول الضمنى عنه".

ترفع إليه بالمخالفة لقواعد اختصاصه محلياً، وعلى ذلك يتمثل فى واقعة غياب الخصم الذى يدفع بعدم الاختصاص المحلى فى تطبيق ذلك انظر:

= T. G. in. Strasbourg; 17 Avr 1980. J. C. P. 1981. 11. N.; 19593. Note. Mayron. R.T.D. Civ. 1981. P. 681. obs. Normand.

أما فى المواد النزاعية Matiere Contenteuse لا يملك القاضى أن يقضى من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه محلياً، وإنما يتعين أن يتمسك صاحب المصلحة بعدم اختصاص هذا القاضى ليقضى به. ومع اعتماد المشرع الفرنسى هذه القاعدة بصدد هذه المواد، إلا أنه استثنى منها حالات ثلاثة، يمكن للقاضى أن يقضى فيها ولو من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه محلياً. أولها: الأنزعة المتعلقة بحالة الأشخاص L'etat des Personnes وثانيها: الحالات التي يجعل فيها المشرع الاختصاص لمحكمة معينة دون سواها attribute Competence exclusive. وثالثها: حالة غياب المدعى عليه defend ure comparaitpas، وفى جميع الأحوال يتعين على القاضى أن ينبه الخصوم ويسمح لهم بتقديم ما يرونه من ملاحظات بشأن ما يقضى به من تلقاء نفسه انظر:

HÉBRAUD; obs. R.T.D. Civ. 1973. P. 798. GIYERDON: La Procédure de réglement des exceptions incompétence de Litispendance et de Connexité d'aprés le décert N 72 – 684. du 20 Juuillet 1972 Ency. Dalloz Chronique XXIII. P. 169 N 103 – 105. GIVERDON: incompéténce. Ency. Dalloz Priciv 1979 P. 15 N 172.

(١) د. عزمى عبد الفتاح: التمييز بين الواقع والقانون ٥٠، ٥١، والمراجع المشارة لديه الأنصارى النيدانى: القاضى ص ٣٨ وما بعدها بند ٢٩ وجدى راغب: مبادئ ص ٣٤٣ وما بعدها إبراهيم نجيب سعيد ج١ ص ٥١٨ وما بعدها بند ٢١٠.

(٢) نقض ١٩٧٧/١/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٢٣٢، نقض ١٩٨٤/٢/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٥١ نقض ١٩٩٧/١٠/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ي١١٤٣.

Coss. Civ. 28 Fevr 1928 Gaz Pal 1928 – 1 – 771 Civ. 8 Déc 1977 Bull Civ. 11. N 285. Soc. 23 Juill 1980 Gaz Pal. 1980. 2. P. 527.

(٣) د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى: ص ١٤٠ بند ٧٣، د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٤٨ وما بعدها بند ١٣٩ د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٥١١ بند ٢٠٨، ص ٥٢٣ بند ٢١٢، د. نبيل عمر: أصول ص ٢٦٣ بند ٢٤٣، ص ٢٨٣ بند ٦٥.

BARRERÉ: Préc. P. 2. N 3 etss GIVERDON: Incompétence. Préc. P. 15. N 172 ets.

(٤) نقض ١٩٩٧/١٠/٢٠ طعن رقم ٢٨٨٤ لسنة ٦٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج٢ ص ١١٤٣. طعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٦١ ق نقض ٢٠٠٦/٣/٢٥ المحاماة ٢٠٠٧ ع ٥، ٦ ص ٣١١.

٤٢- تطبق القاعدة ولو كان الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة يقع بقوة القانون بمجرد توافر موجباته: والتى من هذه اللحظة تتولد آثار الجزاء القانونية، ولكن الاستفادة من هذه الآثار ينبغى صدور حكم تقريرى يقرر سبق قيام وقوع الجزاء والمحكمة لا تستطيع بحال أن تقرر ذلك من تلقاء نفسها[١] وإنما يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بالجزاء. فإذا حدث وأن عجل المدعى دعواه من الشطب وفقاً للمادة ٨٢/ ١ مرافعات، وتمسك المدعى عليه باعتبارها كأن لم تكن - وجب على المحكمة أن تقضى باعتبارها كذلك - ولا يحق للمدعى أن يتمسك بهذا الدفع إذا ما عجلت الدعوى - على فرض أن القائم بالتعجيل هو المدعى عليه - بعد مضى ستين يوماً على شطبها، فهذا الجزاء مقرر لمصلحة المدعى عليه وحده[٢].

ويطبق جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن ولو كان سببه إهمال المدعى وعدم تنفيذه لما أمرته به المحكمة[٣] مما كان سبباً لوقف الدعوى جزاءً تطبيقياً للمادة ٩٩ مرافعات "لمدة لا تجاوز شهراً بعد سماع أقوال المدعى عليه" وإن كان سماع المحكمة لأقوال المدعى عليه لا تعد موافقة على الوقف[٤] إلا أن المدعى عليه قد

---

(١) انظر فيما سبق بند ٣٢.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٩٣ بند ٣٦٥. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤٦ وما بعدها بند ١١٤. د. أحمد هندى: شطب الدعوى ص ١٠٧ بند ٢٠ د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣٨ وما بعدها بند ١٧ وما بعده= =وتطبيقاً لذلك قضى بأن "مفاد الشق الأول من الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وبعد تعديلها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ أن الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد الذى نص عليه فى ذلك الشق، لا يزال من قبيل الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها. وإنما يجب أن يتمسك به الخصم الذى تقرر لمصلحته، ولما كانت محكمة أول درجة قد قررت الشطب بموجب صحيفة مودعة أعلنت بعد مرور ستين يوماً على شطبها، وقد مثل وكيل عن المطعون ضده بجلسات المرافعة بعد تجديد الدعوى من الشطب، ولم يدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال ستين يوماً ولم يطلب الحكم به، ومن ثم فقد سقط حقه فى الدفع، بما لازمه أنه كان يتعين على محكمة الاستئناف المضى فى نظر الاستئناف المقام من المطعون ضده طعناً على حكم أول درجة، وإذا اعتبر الحكم المطعون فيه هذا الدفع قد أضحى متعلقاً بالنظام العام، ورتب على ذلك عدم جواز النزول عنه، وعلى المحكمة إثارته من تلقاء نفسها، وقضى على هدى من ذلك باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما حجبه عن بحث موضوع الاستئناف بما يوجب نقضه" نقض ٢٠٠٢/١٠/٢٨ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٦٦ق لم ينشر نقض ٢٠٠١/٦/٢٥ الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٥ ق أحوال شخصية لم ينشر، نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ الطعن رقم ٨٣٦١ لسنة ٦٤ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج ٢ ص ١٣٥٦ مشار لهذه الأحكام لدى أيمن رمضان: ص ٢٧٤ وما بعدها. نقض ٢٠٠٦/١/٢٥ طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٥ ق نقض ٢٠٠٤/٥/٩ ، طعن رقم ٥٩٥٦ لسنة ٦٤ ق، نقض ٢٠٠٣/٦/٢٤ طعن رقم ٣٢٩٢ لسنة ٦٥ ق، نقض ٢٠٠٣/٦/٣٠ طعن رقم ٢٢٦٧ لسنة ٧٢ ق.

(٣) د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣٨ وما بعدها بند ١٧ وما بعدها.
وفى تطبيق ذلك انظر: الطعن رقم ٣٤٩٩ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠١١/١٢/٢٢ هشام الجميلى ص ١٢٠٧.

(٤) د. أحمد مليجى: ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع وفقاً لقانون المرافعات وآراء الفقه وأحكام المحاكم دار النهضة العربية بدون سنة نشر ص ٤٦ وما بعدها. قارن د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٩٦ بند ٢٧٣ حيث يرى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بالوقف إلا بعد موافقة المدعى عليه وإلا أمتد أثر العقوبة عليه.

تكون له مصلحة فى عدم وقفها والفصل فيها بحالتها، حتى لا يضار من تقصير المدعى، إلا أنه وحده صاحب المصلحة دون غيره فى التمسك بسماع أقواله[1]، إذ لا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، فيقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته، لأن وقف الدعوى فى هذه الحالة جوازى للمحكمة حسبما تستبينه من ظروف الدعوى وملابساتها[2].

وإذا انتهت المحكمة بتقديرها على هدى ما قرره المدعى عليه، وتبين لها تعنت المدعى ورغبته فى مد أمد التقاضى، إن توقف الدعوى جزاءً لمدة شهر أو لمدة أقصر حتى تعرض دعواه للزوال إن لم ينفذ ما أمرته به المحكمة أو لم يعجل الدعوى فى الميعاد المحدد توافرت موجبات اعتبار الدعوى كأن لم تكن، ومع ذلك لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، لعدم تعلق اعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنظام العام فيقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته وهو المدعى عليه.

كما يمتد تطبيق قاعدة لا يتمسك بالجزاء إلا من شرع الجزاء لمصلحته بصدد سقوط الخصومة وتقادمها أو انقضائها بمضى المدة. وسقوط الخصومة[3] عبارة عن جزاء إجرائى يرتبه القانون على إهمال المدعى فى السير فى الخصومة، ويرمى إلى حثه على السير فيها، حتى لا تبقى مجرد وسيلة تهديدية بغرض الكيد لخصمه. سواء كان الأساس الفنى لسقوط الخصومة هو قرينة الترك المستفادة من توقف المدعى عن متابعة الخصومة، فيكون تمسك المدعى عليه بهذا السقوط قبولاً منه للترك[4] أو كان

---

(١) فإذا قضت المحكمة بالوقف دون سماع أقوال المدعى عليه فأن حكمها يكون باطلا د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٢٤٥ مادة ٩٩.

(٢) نقض ٢٠٠١/٦/٢٥ طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٥ ق"أحوال شخصية" أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٢٣٢. قارن د. محمود هاشم: المرجع السابق ص ٤٣ وما بعدها بند ٢٠. نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن رقم ٨٣٦١ لسنة ٦٤ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج٢ ص ١٣٥٦. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٥٥ وما بعدها بند ٤٠.

(٣) د. طلعت دويدار: سقوط الخصومة مرجع مشار إليه سابقا د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩٢ وما بعدها بند ٢٨٠ د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٦٨ د. أحمد هندى: التعليق ج٣ ص ١٨٥، نقض ١٩٩٩/١٢/٢٨ طعن ٣٢٤ لسنة ٦٩ق أحمد هندى: التعليق ج٣ ص ١٧٧ نقض ١٩٩٢/٣/٤ طعن ٢٨٧٣ لسنة ٦٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٤١٦. نقض ١٩٨٣/٤/١٩ طعن ١٣٥ لسنة ٤٠ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٠١٧.

(٤) Devez: de La Permention d'instance P. 23
مشار إليه لدى د. طلعت دويدار: ص ت٦٤١ وما بعدها. ويعترض البعض على هذا الأساس مقررا بأنه كثيرا ما يكذبه الواقع، فضلاً عن الأصل فى التنازل لا يفترض، بل يجب إثباته د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩٤ بند ٢٨٢.

الأساس هو جزاء للمدعى المهمل[1] فيكون تمسك المدعى عليه بهذا أمراً طبيعياً، سواء أكان هذا الجزاء فى إطار يخص المصلحة الخاصة للمدعى عليه، أو فى إطار المصلحة العامة متمثلة فى حسن سير العدالة، فإنه ومهما كان من شأن اعتبار المصلحة العامة فى هذا الصدد، فأن الأمر لا يصل إلى حد اعتبار سقوط الخصومة من قبيل الجزاءات المتعلقة بالنظام العام[2].

وسقوط الخصومة، على هذا النحو جزاء مقرر لصالح الخصم صاحب المصلحة فيه دون غيره من الخصوم[3] وصاحب المصلحة فى هذا الجزاء دائماً يكون المدعى عليه[4] ووقوع هذا الجزاء بقوة القانون بمجرد توافر موجباته[5] لا يعنى تعلقه بالنظام العام[6]. وهو ما يقيد سلطة القاضى فى أثارته والقضاء به من تلقاء نفسه، وإن كان يجب عليه القضاء به متى تمسك صاحب المصلحة متى توافرت

---

(١) وهو الأساس الذى أعتمدته محكمة النقض، وقضت بأنه يجب أن يكون عدم النشاط من قبل المدعى، أى يكون عدم السير فى الخصومة بفعل المدعى أو امتناعه، نقض ١٩٦٦/٦/٣٠ مجموع الأحكام السنة ١٧ ص ١٥٠٢. إذ أن عبء السير فى الخصومة يقع على المدعى أو من فى حكمه كالمستأنف، فهو المكلف أصلاً بتسيير دعواه إلا إذا أعفاه القانون من ذلك نقض ١٩٩٢/٢/١٦ طعن رقم ١٩١٨ لسنة ٥٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٣٠٨. نقض ٢٠١٢/٧/١٠ طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٧٣ ق، أحوال شخصية.
فإذا كان النشاط اللازم لسير الخصومة إنما يتم من قبل المحكمة، ولا يملك المدعى أية سلطة لتحريكه،فأن الخصومة لا تسقط مهما طالت مدة ركودها، كما إذا كان عبء تعجيل الخصومة بعد وقفها يقع على قلم الكتاب نقض جزائى ١٩٩٠/٢/٢٦ الطعن رقم ١٢٠٩ لسنة ٥٤ ق مشار إليه لدى د. فتحي والى: الوسيط ص ٥٩٩. نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ طعن ١٨٣٠ لسنة ٥٠ق ١٩٨٤/٣/٢ طعن ٩٦٠ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٢٦.

(٢) د. طلعت دويدار: الإشارة السابقة.

(٣) وقضى تطبيقاً لذلك بأن "النص فى المادة ١٣٤ من قانون المرافعات يدل على أن المقصود بصاحب المصلحة فى هذا النص، هو من لم يتم إعلانه بتعجيل الدعوى فى الميعاد، فله وحده حق التمسك بسقوط الخصومة، ونظراً لعدم تعلقه بالنظام العام، فأن لصاحب المصلحة فيه أن يتنازل عنه صراحة أو ضمنياً، أما الخصم الذى تم إعلانه= =صحيحاً بالتعجيل فى السنة – ستة أشهر حالياً – فلا يملك التمسك بسقوط الخصومة لعدم إعلان غيره بهذا التعجيل أو بطلان إعلانه به" نقض ١٩٩٢/١٢/٣١ طعن ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٩١/١٢/٢٢ طعن ٩٠٠ لسنة ٤٦ق نقض ١٩٨٥/١٢/٤ طعن ١٠١١ لسنة ٥٢ق نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ق أحمد هندى ج٣ ص ١٩٨. نقض ١٩٩١/١٢/١ طعن ٣٢٩ لسنة ٥٣ ق نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٤٤٨ لسنة ٥٠ق. نقض م السنة ٣٨ ص ٤٦٤. نقض ١٩٨٦/٦/٢٢ طعن ١٠٥٥ لسنة ٤٩ق نقض ١٩٨٤/٢/٢٦م. نقض. م السنة ٣٥ ص ٥٤٠.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٥٢ بند ٣٣٣.

(٥) انظر فيما سبق بند ٣٣.
وفى تطبيق ذلك قضى بأن "السقوط يقع بقوة القانون، ولكن لا تستطيع أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما لابد من صاحب المصلحة التمسك به نقض ١٩٥٨/٥/١ مجموعة الأحكام السنة ٩ ص ٣٨٢.

(٦) ولكن ليس معنى سقوط الخصومة يتحقق بقوة القانون أن يتعلق بالنظام العام، فالسقوط لا يتعلق بالنظام العام، وقضى بأن "الدفع بسقوط الخصومة والدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب فى الميعاد وعدم تعلقها بالنظام العام، أثره، ليس لغير من لم يتم إعلانه صحيحاً التمسك بأى منهما، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو كانت الدعوى مما يوجب القانون اختصام أشخاص معينيون فيها، وعدم جواز توقيع المحكمة أى من هذين الجزاءين من تلقاء ذاتها أو التحدى بأيهما لأول مرة أمام محكمة النقض" نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ق أحمد هندى ج٣ ص ١٩٧ نقض ١٩٨٧/٣/٢٦ طعن ٣٤٨ لسنة ٥٠ق أحمد هندى ص ٢٠٢ نقض ١٩٩٢/٢/١٦ الطعن ١٩١٨ لسنة ٥٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ج١ ص ٣٠٨ نقض ١٩٨٦/٦/٢٢: طعن ١٠٥٥ لسنة ٤٩ق، نقض ١٩٨٤/٢/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٤٠.

نفسه، وإن كان يجب عليه القضاء به متى تمسك صاحب المصلحة متى توافرت شروط السقوط[1].

أما انقضاء الخصومة بمضى المدة "تنقضى الخصومة فى جميع الأحوال بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها" مادة ١٤٠ مرافعات. فعدم السير فى الخصومة حالة شاذة لا يمكن أن تبقى إلى ما لا نهاية، ويؤدى هذا الانقضاء إلى وضع حد لتراكم القضايا الراكدة أمام المحاكم[2] وانقضاء الخصومة بمضى المدة جزاء يقع بقوة القانون، رغم عدم تعلقه بالنظام العام[3] مما يقيد سلطة القاضى فى إثارته والقضاء به[4]. ومتى طلبه صاحب المصلحة لا يكون للقاضى سلطة تقديرية بشأنه[5] أما إذا لم يطلبه صاحب المصلحة، فلا يمكن للمحكمة بحال القضاء بانقضاء الخصومة بمضى المدة من تلقاء نفسها. مما يبقى على الاجراء المعيب منتجاً لكافة آثار الاجراء الصحيح.

٤٣- ثانياً: القاعدة الواردة بالمادة ١/٢١ والبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة: تطبيق القاعدة بشأن البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة، هو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢١/ ١ مرافعات. ويكون البطلان متعلقاً بهذه المصلحة إذا كان جزاء القاعدة أو مقتضى مقرر لحماية المصلحة الخاصة لشخص أو أشخاص معينين. والقاعدة[6] أن لهذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص وحدهم

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضى بأن "... وإذا تمسك صاحب الشأن بسقوط الخصومة وتوافرت موجبات توقيعه، تعين على المحكمة أن تقضى به دون أن يكون لها سلطة تقديرية فى هذا الشأن" نقض ١٩٩٨/١١/٣ الطعن رقم ٢٧٧٨ لسنة ٦٢ ق.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٧٧ وما بعدها بند ٣٥٢. د. وجدى راغب: ص ٦٧٤. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/٤/٩ طعن ١٧٩ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٨٩/٦/١١ طعن ٣١٨١ لسنة ٥٤ق نقض ١٩٨٠/١/٣١ طعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ق د. أحمد هندى ج ٣ ص ٢٢١، ٢٢٢ مادة ١٤٠.

(٣) وقضى بأن "انقضاء الخصومة بمضى المدة لا يتعلق بالنظام العام، فيتعين أن يتمسك به صاحب الشأن قبل التعرض للموضوع" نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن ١٨٢٢ لسنة ٥٢ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٧٧٢. نقض ١٩٨٨/٢/٣ طعن ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ق.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٦٨٣ بند ٣٥٨ نقض ١٩٦٧/٣/١٦ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٦٧٢ طعن ١٨٢٢ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ السنة ٣٤ ص ١٧٧٢ هشام الجميلى: تسبيب الأحكام المدنية ٢٠١٤ نادى القضاة ص ١٢٠٤. قارن د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٧٥.

(٥) قضى بأن "متى طلب صاحب الشأن انقضاء الخصومة بمضى المدة واستكمل شروطه فأنه يقع بقوة القانون، فيتعين على المحكمة القضاء به، دون أن يكون لها سلطة تقديرية" نقض ١٩٧٠/٢/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٣١٢.

(٦) والقاعدة مقررة صراحة فى المادة ١٥٧/ ٢ مرافعات إيطالى "للخصم الذى تقرر مقتضى معين لمصلحته أن يطلب وحده بطلان العمل لتقضى هذا المقتضى" مشار إليه لدى د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

حق التمسك بهذا الجزاء[1]. أما خلاف هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص – من الخصوم الآخرين – فلا يحق لهم التمسك بالبطلان، ذلك أن الإجراء المعيب يعتبر صحيحاً بالنسبة إليهم[2].

ومؤدى ذلك أنه لا يحق لأى خصم خلاف الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالبطلان والدفع به. فالإجراء المعيب إنما يعد كذلك بالنسبة للشخص الذى يحميه المشرع بهذا الإجراء وله التمسك ببطلانه حتى يمكن للمحكمة أن تقضى بهذا البطلان[3]. أياً كان العيب الناشئ عنه البطلان، كما لو لم يعلن الخصم أو أرسل إليه إعلاناً باطلاً[4] أو لم يعلن بمذكرة الخصم الآخر المقدمة أثناء حجز الدعوى للحكم[5] أو كان البطلان ناشئاً عن الانقطاع المقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لمصلحته[6] أو كان البطلان ناشئاً عن انعدام الصفة الإجرائية لأحد الخصوم[7]. كما تنطبق

---

(١) ووفقاً لما هو مستقر عليه فى الفقه والقضاء انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالى.

(٢) نقض ١٩٧٣/٢/٢٠ طعن ٢٧ لسنة ٣٨ق مجموعة المبادئ القانونية لأنور طلبه ج١ ص ٢٥٥ رقم ٥١٦ مشار إليه لدى د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢٤.

(٣) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢٤ وما بعدها بند ١٠٦ أصول ص ٨٦٢ بند ٢٧٢ د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. أحمد السيد صاوى. الوسيط ص ٧٠٩ بند ٣٩٧. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٥٢ بند ٣٠١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢٢ وما بعدها بند ١٣٠. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٤١ وما بعدها بند ٣٢. العيوب المبطلة للحكم ص ٣٥ ومابعدها. د. أيمن رمضان: ص ٢٦٧ وما بعدها.
JAPUOT: op. cit. P. 37 N 48.MOREL: op. cit. P. 330 N 411. SOULUS et PERROT: op. cit. T. 3. Procedure de Premiere instance sirey 1991. P. 388 N. 419. VINCENTE et GUINCHARD: op. cit. P. 377 N. 504. D. Tomosin: op. cit. Fasc. 138. P. 8 etss.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك بالبطلان إعلان غيرهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة، إذ أن إفادتهم من هذا البطلان مرهونة بثبوته بالطريق القانونى، وهو ما يستلزم أن يتمسك به من تعيب إعلانه وأن تقضى به المحكمة" انظر: نقض ١٩٧٧/١/١٢ فى الطعن ٤٠٣، نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦ السنة ١٦ ص ٩٠٢ نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ السنة ١٤ ص ٥٧٩ أحمد مليجى التعليق ج١ ص ٦٩٣. نقض ١٩٨٨/٤/١٧ طعن ٧١٩ لسنة ٥٢ق نقض ١٩٧٦/٦/٢ السنة ٢٧ق ص ٢٢٦. نقض ١٩٨٠/١٢/١١ طعن رقم ٨٧٥ لسنة ٤٤ق أحمد هندى التعليق ج١ ص ٣٣١. نقض تجارى عمانى ٢٠١١/٣/٢٣ طعن رقم= =٣٧٥/ ٢٠١٠ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٣٧. نقض مدنى عمانى ٢٠١٠/١٠/٣ طعن ١٤٥/ ٢٠١٠ مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٢٣٢.
Coss. Civ. 31 Mars. 1991. J. C. P. 1991. IV. 184.
Coss. Civ. 3 Mai 1990. J. C. P. 1990. IV. 244.

(٥) قضى بأن "البطلان المترتب على عدم إعلان من لم يحضر من الخصوم فى الجلسة مقرر لمصلحة الخصم الذى لم يتم الإجراء بالنسبة له، فلا يقبل من غيره التمسك به" نقض ١٩٨٨/١٠/٣٠ طعن ١٠٣٠ لسنة ٥٥ق موسوعة الفكهانى ص ٦٩٠ رقم ١٢٢٦. نقض ١٩٧٨/١/٣١ طعن ٦٣١ لسنة ٤٤ق مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض لأنور طلبة ج ٥ ص ١٤٦ أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢٧. نقض ١٩٦٩/١٢/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٢٨٥.

(٦) قضى بأن "بطلان الإجراءات التى تتم بعد قيام سبب انقطاع سير الخصومة، بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع البطلان لحمايتهم، ويجب من هؤلاء التمسك به" نقض ١٩٦٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٦٩ نقض ١٩٦٧/٧/٦ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٤٦٨ نقض ١٩٦٧/٣/٨ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٥٨٩. نقض ١٩٦٩/٢/٢٠٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٣٥٧.

(٧) د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٢٦ بند ١٨. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢٨ بند ٦ والأحكام المشارة لديه. د. على هيكل: المرجع السابق ص ٨٧ وما بعدها بند ٨٣.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٩/٨/٢٤ طعن ٢٠٣ لسنة ٤٤ق نقض ١٩٧٩/١٢/٣ طعن ٥٦٦ لسنة ٤٢ق.

القاعدة على البطلان الناجم عن عدم إخطار النيابة العامة بوجود قاصر فى الدعوى[١] ففى كل ذلك لا يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته.

٤٤- ضرورة التمسك بالجزاء من جانب الخصم صاحب المصلحة: فحيث يكون الإجراء معيباً، لأن الغاية منه لم تتحقق[٢] وحتى تقضى المحكمة بالجزاء، أياً كانت صورته، البطلان، سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، سقوط الخصومة، أو اعتبارها كأن لم تكن، أو اعتبار المدعى تاركاً دعواه، أو انقضاء الخصومة بمضى المدة أو بعدم اختصاص المحكمة محلياً، فى كل ذلك ينبغى أن يتم التمسك به من جانب صاحب المصلحة، وتختلف وسيلة التمسك بالجزاء بحسب ما إذا كان الإجراء المعيب قد اتخذ أثناء الخصومة، أو خلال الطعن أو أثناء التنفيذ، ونظم المشرع وسيلة التمسك بالجزاء، حيث يرسم كيفية التقديم بدفع[٣] أو بطعن[٤] أو بأشكال[٥].

وحيث يتقرر الجزاء لحماية المصلحة الخاصة لشخص أو أشخاص معينين، كان لهم وحدهم التمسك به، وهو ما يقيد سلطة المحكمة، فلا تستطيع أن تقضى بهذا الجزاء من تلقاء نفسها، رغم ما يشوب الإجراء من عيب، ورغم أن المشرع قد نص عليه صراحةً، ولا تعتبر المحكمة هنا مخالفة للقانون، بل تخالفه إن قضت بالجزاء[٦].

---

(١) قضى بأن "إغفال كاتب المحكمة إخبار النيابة بالقضايا الخاصة بالقصر بطلان نسبى لمصلحة القصر، فلهم وحدهم التمسك به" نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٢٠٢.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٣/٤/١٠ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ٥٠. نقض ١٩٧١/٣/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٣٥٩. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٦/١١/١٥ طعن= =رقم ٢٩٧/ ٢٠٠٦ مجموعة الأحكام التى قررتها المحكمة العليا السنة ٧ ص ٦٦٩. نقض تجارى عمانى ٢٠٠٦/١٢/١٣ طعن رقم ١٦/ ٢٠٠٦ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٧٠٨.

(٣) فإذا كان العيب الإجرائى قد حدث أثناء سير الدعوى فأن التمسك به يتم على صورة دفع إجرائى، الدفع بالجزاء أياً كانت صورته نقض ٢٠٠١/١/١٨ طعن رقم ٨٨٣ لسنة ٦٩ق نقض ١٩٩٤/٣/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج١ ص ١٢٧ نقض ١٩٩٤/٣/٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤٥٥. نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ق.

(٤) فإذا وجد العيب الإجرائى ولم يتمكن الخصم من إثارة الدفع أمام محكمة أول درجة، فله أن يتمسك بالعيب الإجرائى من خلال تقديم طعن أمام محكمة الدرجة الثانية نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ج٢ ص ٢٤٠ نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٣٥٤٩ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ٢٥١.

(٥) أما إذا كان العمل الإجرائى المعيب قد تم أثناء تنفيذ الحكم فأن هذا الجزاء يتم التمسك به من خلال تقديم أشكال أو منازعة فى التنفيذ. نقض ١٩٨٣/٥/٢٤ طعون أرقام ٩٢٣، ١٠٤٩، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٢٩٢ نقض ١٩٨٢/١١/١١ طعن ١٦٦٠ لسنة ٤٨ق نقض ١٩٨١/١١/١٢ طعن ١٣٣٩ لسنة ٤٨ق.

(٦) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وتحول المراكز الإجرائية ص ٦٣ بند ٣٩.

وتقيد سلطة المحكمة فى عدم قضاءها بالجزاء فى هذا الصدد، يجد أساسه ومبناه فى المغايرة القائمة[1] بين نص المشرع على الجزاء وفقاً للمواد ٢٠، ١٠٨، ١٤٠ مرافعات، وبين الحكم بالجزاء التى تنظمه المواد ٢١، ٧٠، ١٣٤ مرافعات والتى توضح أن للقضاء بالجزاء المقرر للمصلحة الخاصة، ينبغى أن يتمسك به الخصم الذى شرع الجزاء لمصلحته، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢ مرافعات التى تحسم بأن الجزاء لا تقضى به المحكمة إذا نزل عنه من شرع لمصلحته[2] والمادة ٢٣ مرافعات التى تجيز تصحيح الإجراء الذى تم باطلاً[3].

وفى كل ذلك، لا تستطيع المحكمة أن تقضى بالجزاء، لكون الأصل فى الإجراءات أنها قد روعت، أى أن ما تم من إجراءات عن طريق الخصوم هو صحيح إلى أن يثبت العكس[4] وأن الذى يثبت العكس هو الخصم صاحب المصلحة. أما المحكمة فيفترض أنها قد تحققت من صحة الإجراءات[5].

والعبرة فى تحديد الشخص الذى من حقه التمسك بالجزاء هو بإرادة المشرع، فلا يعتد بزعم الخصم، ويجب الرجوع إلى إرادة المشرع وقصده لمعرفة ذلك الشخص المقرر الجزاء لمصلحته، ويتبع فى الكشف عن هذه الإرادة، وذلك القصد القواعد العامة فى التفسير[6] ومن أهم هذه القواعد أن الحكم يبنى على الغاية منه[7]

---

(١) د. أحمد هندى: أصول ص ٨٦١ وما بعدها بند ٢٧٢.

(٢) انظر فيما سبق بند ٢١ ومابعده.

(٣) فى تصحيح الإجراء المعيب انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٠٩ وما يليها بند ٣٣٣ وما يليه. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض مدنى ١٩٦٧/٥/١٤ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٩٤٠، نقض ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٦٤٦. نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٢٦.
Coss. Civ. 14 Fev. 1990. Bull. Civ. 1990. 111. N 50.Coss. Soc. 9 Avr. 1989. Bull. Civ. 1989. V. N. 286. Coss. Civ. 9 Nov. 1982. Bull. Civ. 1982. N 214.

(٤) نقض مدنى ١٩٩٣/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ١٨، نقض ١٩٩١/١٢/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ١٨٢٣ نقض ١٩٨٥/١٢/٢٥ طعن ٣٠٠ لسنة ٥٢ق أحمد هندى: أصول ص ٨٦٢. نقض "أحوال شخصية" ٢٠٠٤/٤/١٩ فى الطعن ٤٢٣ لسنة ٧١ق.

(٥) نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ مشار إليه سابقاً.

(٦) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٥٥٣ بند ٣٢٣، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٠ بند ٢٥١ د. إبراهيم نجيب سعد: ص ٧٥١ بند ٣٠١، د. نبيل عمر: أصول ص ١٠٠٩ بند ٩٠٨ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٢٥ بند ٦.

(٧) فالمشرع أراد أن يحد من دواعى الجزاء الإجرائى المتعلق بالمصلحة الخاصة، فيغلب موجبات الصحة باعتبار أن الغاية من الإجراءات هى وضعها فى خدمة الحق، فشدد على المتمسك بالدفع الشكلى فيما يتعلق بالجزاء أو الدفوع التى تعرقل سير الخصومة وفقاً للمستفاد من المادة ١٠٨ مرافعات نقض ٢٠٠٢/٢/١١ إيجارات طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ ق المحاماة العدد ٣/ ٢٠٠٣ ص ٩٧.

أى يجب البحث عن الهدف أو الغاية من تقرير الإجراء كى نقف على الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالجزاء[1].

٤٥- مبرر تمسك الخصم صاحب المصلحة بالجزاء: إذا كان المشرع فيما يتعلق بالجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة أياً كانت صورته قيد سلطة المحكمة فى القضاء به، وأوجد مبرر هذا القيد فى المغايرة القائمة فى المادة ٢٠، ٢١ مرافعات. وعلق وفقاً للمادة الأخيرة قضاء المحكمة بالجزاء ولو وقع بقوة القانون على إثارة الخصم صاحب المصلحة للدفع والتمسك بالجزاء، ليجد هذا التعليق مبرره فى أن المشرع قد افترض مقدماً وقوع الضرر لمجرد حصول العيب الإجرائى، وقد افترض أن ذلك الضرر لا يصيب إلا ذلك الخصم وحده، فمتى ثبت أن الجزاء قد شرع لمصلحته، فلا محل لإثبات ضرر أصابه، وإنما هذا الضرر يفترض دائماً بعدم تحقق الغاية من الإجراء[2]. كما أن هذا الجزاء ناشئاً عن مخالفة قواعد مقررة لصالح الخصوم[3] والخصم المقرر الجزاء لمصلحته هو الخصم الموجه إليه الإجراء المعيب فهو وحده صاحب الحق فى التمسك به[4]. ولذا فإن إرادة هذا الخصم فى التمسك بالجزاء تكون محل اعتبار.

فإذا استقام تحقق الجزاء - على النحو السابق - أياً كانت صورته، فلا تستطيع المحكمة بحال القضاء به من تلقاء نفسها، لتوقف إثارته والحكم به على إرادة الخصم صاحب المصلحة، أو من يعمل باسمه. هذا الخصم إذا لم يكن قد تنازل عن الجزاء

---

(١) د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٤٣ بند ١٨. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٢ وما بعدها. د. فتحى والى بند ٦٩، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٣٥٢ وما بعدها بند ٢٠٨. د. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى: ص ١٤٠ وما بعدها بند ٧٣ د. أيمن رمضان ص ٢٨٠ وما بعدها.

(٣) وإذا كان مسلك التشريعات القديمة، يرمى بالمقام الأول إلى احترام الأشكال ويرتب الجزاء على مخالفتها فى كل الأحوال على اعتبار أن الأشكال مقدمة، فعلى العكس التشريعات الحديثة يميل بالكفة إلى ناحية مصالح الخصوم، والنظر إلى الشكل على أنه مجرد وسيلة من صنع المشرع يقصد من ورائها إلى تحقيق غايات معينة، فإن تحققت تلك الغايات فلا يحكم بالجزاء تمسكاً بمخالفة الشكل، وذلك لخطورة الجزاء. فى مرونة الشكل فى القانون الحديث انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٨٦ وما بعدها بند ٩٩ وما بعده، د. أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ٦ - ٩ بند ١. د. محمد الصاوى مصطفى: الشكل فى الخصومة المدنية رسالة مشار إليها سابقاً ص ٣٧ وما يليها. د. محمد جمال عطية: الشكلية القانونية رسالة مشار إليها سابقاً ص ٣٧٦ وما يليها.

(٤) فى التطبيقات المختلفة لصور الجزاء المتعلقة بالمصلحة الخاصة انظر: نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ١٣٣ لسنة ٦٥ نقض ١٩٩٢/١٢/٣١ طعن ٣٣٤٠ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٩١/١٢/٢٢ طعن ٩٠٠ لسنة ٤٦، نقض ١٩٩٢/١٢/٢٠ طعن ٢٤٨٤ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٨٨/٤/٢٨ طعنان ٢٠٦٢، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ طعن ٢١١ لسنة ٥٥ق نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ق مشار لهذه الأحكام سابقاً.

صراحةً أو ضمنياً[١] وكذا لم يكن قد سقط حقه فيه[٢] قد يرى أنه من المفيد لـه رغـم ما لحق الإجراء المتخذ فى مواجهته من عيب عدم إثارته والتمسك بـه[٣] كمـا لـو تعلقت مصلحته بالفصل فى موضوع الدعوى، وخاصة إذا أدلى بطلبـات عارضـة[٤] كأن يطلب البائع دفع الثمن، فيرد عليه المشترى طالباً الحكم بتسليم العـين المبيعـة. أو يطلب المدعى تقرير ملكيته لعقار، فيطلب المدعى عليه تقرير ملكيته هو لهـذا العقـار، أو يطلب المقاصة القضائية[٥] أو غيرها من الطلبات العارضة التـى يبـديها المـدعى وفقاً للمادة ١٢٥ مرافعات[٦]. وطلبات المدعى عليه العارضة[٧] للـرد علـى طلبـات

---

(١) انظر فيما سبق بند ٢٤ ومابعده.
(٢) انظر فيما سبق بند ٢٩ ومابعده.
(٣) د. أحمد السيد صاوى. الوسيط ص ٧٠٨ بند ٣٩٧. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٠٦ وما بعدها بند ٧٢.
(٤) د. أحمد أبو الوفا: ص ٦٩٦ بند ٣٧٣. د. نبيل عمر، الهدر الإجرائى ص ٩٥ بند ٥١.
(٥) والمقاصة القضائية فضلاً على أنها ليست وسيلة دفاع فهى تشكل طلباً قضائياً حقيقياً لـه عناصره المميزة عن الطلب الأصلى.
Civ. Juin. 1989. Bull. Civ. 11. P. 64 N 127.
(٦) حول الطلبات العارضة المقابلة وفقاً للمادة ١٢٥ مرافعات مصرى انظر د. محمد محمود إبراهيم الطلبات العارضة ص ٢٧٧ وما بعدها. والمادة ٦٤ مرافعات فرنسى انظر:
DESDEVISES: demande reconventionelle. ENCY. Dalloz. 1979. N 2elss. Solus et Perrot: op. cit. T. 3. P. 877 N 1030 ets.

(٧) يزود القانون المدعى عليه بنوعين من الوسائل لمصلحته، هى الدفوع والطلبات العارضة – المقابلة – وتختلف الدفوع عن الطلبات التي يقدمها المدعى عليه. أن الدفوع مجرد وسيلة دفاعية بحتة يرمى فيها المدعى عليه إلى مجرد رفض طلبات المدعى أو تأخير الفصل فيها. نقض ٢٠١٠/١٢/٢٦، طعن رقم ٧٢٧٩ لسنة ٦٥ق. نقض ٢٠٠١/٨/١٢ طعن رقم ٦٠١ لسنة ٦٦ق – أحوال شخصية. نقض ١٩٩٢/٦/٢٣ طعن ١٥٢ لسنة ٥٩ ق – أحوال شخصية مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٨٦.
أما الطلبات العارضة من جانب المدعى عليه وسيلة هجومية، يلجأ إليها المدعى عليه باعتبار أن خير وسيلة للدفاع هى الهجوم، فالمدعى عليه لا يقف فيها عند طلب رفض طلبات المدعى، بل يطلب الحكم لصالحه بطلبات جديدة قبل المدعى، وهكذا تؤدى هذه الطلبات، خلافاً للدفوع إلى تغيير موضوع الخصومة، بإضافة طلبات جديدة. وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ٦٤ مرافعات والتى تنص على أن الطلب المقابل بأنه "الطلب الذى بواسطته يدعى المدعى عليه الأصلى للحصول على ميزة أكثر من مجرد رفض إدعاء خصمه" انظر د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٨١.
DESDEVISES: Préc. N 2. Solus et Perrot: op. cit. t. 3. P. 878. N 103 ets. MOREL: op. cit. P. 294. N 357.
ولذا كان الطلب العارض من جانب المدعى عليه يعد ذو طبيعة مركبة كوسيلة دفاع ووسيلة هجوم فى ذات الوقت، يتجاوز هذا الطلب بطبيعته الأخيرة كونه مجرد دفاع= =موضوعي متغيرة لموضوع الخصومة بإضافة طلبات جديدة، سواء قدم هذا الطلب من جانب المدعى عليه فى مواجهة المدعى، أم فى مواجهة مدعى عليه آخر فى الدعوى الأصلية، بل ولو كان مقدم هذا الطلب المدعى نفسه فى هذه الدعوى، لأن الاتجاه الحديث فى الفقه والقضاء، يجيز للمدعى الأصلى أن يتقدم بطلب مقابل فى مواجهة المدعى عليه، وذلك لأن الأخير عند تقديمه طلباً مقابلاً يعد مدعياً ويكون الأول فى مركز المدعى عليه، وذلك لأن الأخير عند تقديمه طلباً مقابلاً يعد مدعياً ويكون الأول فى مركز المدعى عليه، فله بهذه الصفة تقديم طلب مقابل لدعوى المدعى عليه. انظر د. على هيكل: المرجع السابق ص ٥٧٣ وما بعدها بند ٥٦٥ د. محمد محمود إبراهيم: الطلبات العارضة ص ٢٧٨، ص ٢٨٣ وما بعدها، د. أحمد مسلم أصول: ص ٥٧٢ بند ٥٣٣ د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٦٢٠ وما بعدها بند ٢٤٩.
MIGUET: Thé. Préc P. 210 N 166. Solus et Perrot: op. cit. T. 3. 878 N. 1032. GADIET. Op. cit. P. 417 803.

المدعى، فذلك ليتفادى الحكم عليه بطلبات المدعى كلها أو بعضها، وبتقديم المدعى عليه هذه الطلبات قد يرى أن من مصلحته الفصل فى موضوع الدعوى، برغم ما لحق الإجراءات المتخذة فى مواجهته من عيوب، وتحقيقاً لهذه المصلحة لم يتمسك الخصم بالجزاء، وعدم تمسكه بالجزاء، لا يخول لغيره من الخصوم آثارت العيب والتمسك بالجزاء، مهما كانت صفته أو صلته بالخصم صاحب المصلحة ما دام أنه لا يعتبر ممثلاً له فى الخصومة[١] ومهما كان وجه الفائدة المحققة له عن الحكم بالجزاء[٢]، بل ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة[٣] أو كان فى التزام بالتضامن[٤]. أما المحكمة فليس لها أن تقضى بهذا الجزاء أياً كانت صورته من تلقاء نفسها[٥]. رغم توافر أسبابه فإذا قضت به من تلقاء نفسها دون تمسك صاحب المصلحة بالجزاء كان قضاؤها باطل ويمكن له الطعن فيه فوراً. كما ليس للنيابة العامة التمسك بالجزاء ولو كانت طرفاً منضماً فى الدعوى[٦].

وعدم تمسك الخصم صاحب المصلحة أو من يمثله بالجزاء، ومن ثم عدم الحكم به، يبقى على الإجراء المعيب قائماً بدون تعديل أو تصحيح أو إزالة لعيوبه، منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذه[٧]. فعدم التمسك بالجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة أياً كانت صورته من جانب صاحب المصلحة أو من يمثله يعد وسيلة من وسائل الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب.

الفصل الثالث

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧١/٣/١٨ طعن ٢٧١/ ٣٦ق مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٣٣٤ نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٥٢١

Paris. 22 fevr. 1956. J. C. P. ed. Avaues. IV. 2919. obs. Modroy.

(١) نقض ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٢١٥ نقض ١٩٦٩/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٣٦٨ نقض ١٩٦٩/٣/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٤٦٩ نقض ١٩٧٠/١١/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١١٣٨.

(٢) نقض ١٩٩٨/٦/٢٧ طعن ٧٦٦ لسنة ٦٢ق مشار إليه سابقاً. مع مراعاة أن حق الخصم صاحب المصلحة فى عدم التمسك بالجزاء قد يتقيد متى ظهرت مصلحة شخص آخر فى التمسك بالجزاء، فيصبح من حق الأخير فى هذه الحالة أن يعترض على عدم التمسك بالجزاء للدائن أن يستعمل حق مدينه فى التمسك بالجزاء انظر فيما سبق بند ٢٧.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٨.

(٤) انظر فيما سبق بند ٢٨.

(٥) نقض ١٩٨٨/٤/١٧، ١٩٨٧/٣/٢٦، ١٩٨٠/١٢/١١، ١٩٧٦/٦/٢ نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦، نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ مشار لهذه الأحكام سابقاً.

(٦) نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ مشار إليه سابقاً.

(٧) انظر فيما سبق بند ١٤.

نطاق فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى
رغم بقاء العيب وآثارها

٤٦ – تقسيم:

فى مبحثين: نتعرض فى **الأول:** لنطاق فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب الإجرائى. وفى **الثانى:** للآثار الإجرائية والموضوعية لفكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب.

المبحث الأول
نطاق فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب

٤٧ – تمهيد وتقسيم:

تتعدد الوقائع المنتجة لفكرة الإعفاء من الجزاء، وتبقى على العيب الإجرائى. واقعة تحقق الغاية من الشكل. وواقعة الكلام فى الموضوع. وواقعة الحضور، وواقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء. وفى موضع سابق تعرضنا لواقعة النزول الإرادى[١]. ونتعرض تباعاً فى مطالب ثلاث لواقعة تحقق الغاية من الشكل وواقعة الكلام فى الموضوع وواقعة الحضور، ودراستنا لهذه الوقائع من حيث كونها مسقطة للحق فى التسمك بالجزاء، وحيث كونها مسقطة لهذا الحق، فيبقى على العيب الاجرائى، وينتفى العمل بالجزاء.ذلك على النحو التالى:

المطلب الأول
واقعة تحقق الغاية من الشكل

٤٨ – عدم المغالاة فى الشكلية أحد مصادر عدم فاعلية الجزاء الإجرائى:

الخصومة المدنية تعد الوسط الإجرائى الذى يعيش بداخله مشروع القرار القضائى الفاصل فى النزاع. هذا الوسط الإجرائى يتكون من العديد من الأعمال الإجرائية[٢]

---

(١) بند ٢١ ومابعده.

(٢) فى الخصومة المدنية انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٣٧ وما بعدها بند ٨ وما بعده، د. فتحى والى: الوسيط ص ٢٩٣ وما بعدها بند ١٩١ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٦٣٩ وما بعدها. د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٩١ وما يليها بند ١٧٢ وما بعده د.: على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ١٤ وما بعدها بند ١٣ وما بعده د.: أحمد مسلم: التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء

والعمل الإجرائى أياً كان هو عمل قانونى[١] يتخذ فى خصومة ويولد آثاراً مباشرة فيها. والمشرع ووفقاً لأشكال معينة قد يضع تنظيماً محكماً لهذه الأعمال بما يشيع الثقة والسكينة فى نفوس المتقاضين.

والحقيقة أن شكلية العمل الإجرائى فى القانون الحديث[٢] يمكن أن تؤدى وظيفة رمزية Symbotique هامة، فهى بما تحققه من معرفة السلوك الإجرائى مقدماً تقدم وسائل إجرائية سهلة ومنضبطة وتزيل الشك حول صحتها، وتضع حدوداً زمنية للقيام بها، ولكنها لا تحقق هذه الأهداف إلا إذا كانت مبسطة سهلة قليلة التكاليف، وإلا انقلبت عبءً على الإجراءات[٣]. فالشكلية حالياً باتت تختلف عن الشكلية الجامدة المعروفة فى القوانين القديمة[٤]. كما أن القانون لم يعد يرتب دائماً على تخلفها البطلان، بل ترتبط إلى حد كبير بغايتها[٥].

وما باتت عليه الشكلية فى القانون الحديث، سارت ذات وظيفة خارجية، بعد أن كانت فى القوانين القديمة ذات وظيفة داخلية مجردة للإجراء[٦] بمعنى أن الإجراء لا

الخصومة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية يناير ١٩٦٠ العدد الأول ص ٦٧ وما يليها. د. نبيل عمر: أصول ص ٦٦٨ وما بعدها بند ٥٩٣ د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٧ بند ٣١٢.

COUTURE: Le Procés Comme Institution. R. T. D. Civ. 1950. P. 276.
NORMAND: Thé. Préc. P. 43. N 44. MIGUET. Thés P. 311.
ABD. EL. KHALEK OMAR – M. Thés. Préc P. 92. N 192.

(١) فالعمل الإجرائى عمل قانونى، والشكل عنصر من عناصره أو ظرف له، والأعمال الإجرائية تكون الخصومة ولكنها لا تعتبر أشكالاً لها، وإذا لم يكن للعمل الإجرائى شكلاً، فأن تخلفه لا يؤدى إلى أن الخصومة تعتبر معيبة بعيب شكلى، وإنما يؤدى تخلف العمل الإجرائى إلى التأثير فى صحة الأعمال الإجرائية اللاحقة التى يعتبر هذا العمل مفترضاً لصحتها. فى كون الأعمال الإجرائية ليست أشكالاً انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٧٤، ١٧٥، بند ٩٠، د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٦٧٩ وما بعدها بند ٢٧٢. د. محمد جمال عطية: رسالة ص ٢٢٧ وما بعدها.

(٢) وشكلية العمل الإجرائى فى القوانين القديمة بررت بالتفكير الوثنى الذى يهتم بالمظاهر الجمالية، ويرى أهمية العمل فى مظهره المرئى، كما عللت بأن الإجراءات تمثل فى نظام القضاء الألهى والطقوس اللازمة للحصول على حكم الألهة، وقيل أنها تمثل لجاماً فعالاً لانفعال الأفراد فى صراعهم من أجل الحق، وذلك بتهدئة عواطفهم الثائرة وتصريفها نحو الاهتمام بالشكليات الدقيقة، حيث يتعرضون لخطر فقدان الحق لأقل خطأ منها. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٦٣١ د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ١٧٣ مادة ٢٠.

(٣) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ٦٣٢. فالشكلية تعتبر كالدمغة الرسمية التى توضع على عمل فتبين ما هو هذا العمل وما الذى يترتب عليه من آثار قانونية، فيقوم الشخص بالعمل مطمئناً، ويستطيع القاضى بالنظر إلى الشكل الذى اتبع أن يعرف العمل القانونى الذى تم. فالشكلية وكما يقول الفقيه الألمانى أهرنج Ihering فى الأعمال القانونية تشبه صك النقود. انظر لدى د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول ص ١٨٠ بند ٩٤.

(٤) فى أنظمة الإجراءات القضائية فى القانون الرومانى انظر د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٢٠٠ – ٢٠٧ بند ١١٠ – ١١٣.

(٥) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى، الإشارة السابقة مبادئ ص ٣٩٨ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٢ وما بعدها بند ١١.

(٦) د. محمود أبو عافية: نظرية التصرف القانونى المجرد رسالة القاهرة طبعة ١٩٤٧ ص ٦٠ بند ١٤.
MARTY et RYNAAUD: droit civil "Les obligations" T. 1. 2éd. Sirey. 1988. P. 20 – 387. V.P.BLOCH: L'obligation du Irancfére de la propriété dans la vente. R.T.D. civ. 1988. P. 673.

يولد آثاره لمجرد توافر الأشكال التى يتطلبها القانون دون بحث عناصره الموضوعية. أما شأن الشكلية الحالى ذات وظيفة خارجية، بحيث تضاف الشكلية إلى عناصر العمل الإجرائى الموضوعية، ويتعين احترامها بحيث يلزم لصحة الإجراء توافر عناصره الشكلية والموضوعية[1] **هذا من ناحية.**

ومن ناحية ثانية، لم تعد الشكلية فى القانون الحديث شكلية جامدة كما كانت فى القوانين القديمة[2] وإنما هى شكلية مرنة[3] وتبدو مرونتها فى حرية انتقاء الألفاظ وترتيبها. هذه المرونة بررت للفقه والقضاء وضع قواعد مرونة تكافؤ الأشكال، فلا يكون خطأ أو نقص فى بيان إلا إذا كان مجهلاً له، مؤدياً إلى الشك فى حقيقته، ويمكن تكملة النقص أو الخطأ فى بيان آخر فى الإجراء أو أى ورقة معلنة معها ما دام يحقق الغاية التى يريدها المشرع من هذا البيان.

كما أن المشرع كثيراً ما يخير الأطراف بين طريقين أو أكثر فى الحصول على الحماية القضائية القضاء أو التحكيم، أو فى أداء الإجراء، فمثلاً الطلب العارض[4] يمكن ان يقدم شفاهة فى الجلسة أو يعلن على يد محضر. وترك الخصومة[5] يكون بإعلان على يد محضر أو فى بيان صريح فى مذكرة موقع عليها، مع إطلاع الخصم الآخر عليها، أو بإبدائه شفوياً بالجلسة وإثباته فى محضرها مادة ١٤١ مرافعات.

---

(١) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٦٣٢، مبادئ ص ٣٩٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٦ وما بعدها بند ١٤، عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٣٢ بند ١٠٢ التجهيل الإجرائى: ص ٢٠٤ وما بعدها بند ١٢٧ وما بعده. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٩٠ بند ٦٢ مكرر. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: = =ص ١٥٨ وما بعدها بند ٧٧ وما بعده، د. محمد جمال عطية: الشكلية القانونية رسالة ص ٢٢٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالى والتى تقرر بأن "وربط شكل الإجراءات بالغاية منه يؤدى إلى جعل الشكل أداة نافعة فى الخصومة وليس مجرد قالب كالشكليات التى كان يعرفها القانون الرومانى فى عهد دعاوى القانون" وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٢/٦/١٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ١١٧٥ نقض ١٩٧٢/٥/١١ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ١٣٥، نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٩٤٦ نقض ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٢٦.

(٣) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ١٨٦ ــ ١٩٨ بند ٩٩ ــ ١٠٨، د. وجدى راغب. نظرية العمل القضائى ص ٦٣٢، ٦٣٣، مبادئ ص ٣٩٩ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ٣٢١ وما بعدها بند ١٧٠ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٧ بند ١٤، عدم الفاعلية ص ١٣٤ بند ١٠٣، التجهيل الإجرائى ص ١٩٣ بند ١١٨ التكامل الوظيفى للأعمال الإجرائية ص ٣٩ بند ٣٥. د. أحمد ماهر زغلول: قواعد الإعلان القضائى، المقال، ص ٥٨ ومابعدها.

(٤) نقض ١٩٩٢/١٢/٢٤ الطعن ١١٠٩ لسنة ٥٨ق مجلة القضاء السنة ٢٦ عدد ١، ٢ ــ ١٩٩٣ ص ٤٥٧، ٤٥٨.

(٥) د. وجدى راغب، مبادئ ص ٦٧٨ وما بعدها. د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٤٦٠ وما بعدها بند ٢٤١، د. على هيكل: شرح قانون الإجراءات المدنية= =والتجارية العمانى ص ٥٤٤ وما بعدها بند ٢٥٨. نقض ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة الأحكام السنة ٣ ص ٥٧٧. نقض ٢٠١٢/٧/١٠ طعن ٣٠٨ لسنة ٧٣ ق "أحوال شخصية"، (بوابة محكمة النقض).

والأكثر من ذلك، قد لا ينص المشرع على الشكل التفصيلى لكل إجراء من الإجراءات المتصورة للقضاء، وهنا يمكن الأخذ بمبدأ الشكل الحر الذى يكتفى فيه بتحقيق الإجراء لغايته دون احترام الشكل المنصوص عليه فى القانون، أو بالشكل الأكثر ملاءمة للوصول إلى الغاية وفقاً للتقدير الذى يراه القاضى[١].

ويكمل الوظيفة الخارجية للشكلية ومرونتها **من ناحية أخيرة**، مبدأ وسيلية الأشكال الإجرائية. ومقتضاه[٢] عدم إبطال الإجراء بسبب عيب شكلى متى تحققت الغاية التى يتوخاها القانون من الشكل. فالشكل مجرد وسيلة لتحقيق ضمانات معينة، كحرية الدفاع أو مواجهة الخصوم، ومتى حقق الإجراء هذه الضمانات، فأنه لا يجوز التمسك ببطلانه لعدم احترام الشكل أياً كانت صورته[٣].

والعمل الإجرائى، على هذا النحو، أياً كان هو عمل قانونى يتخذ فى خصومة، ويولد آثاراً مباشرة فيها، هذا العمل له مقتضيات موضوعية وشكلية، ولكى يولد آثاره، يجب توافر هذه المقتضيات فى صورتيها الموضوعية والشكلية. ولا خلاف فى أنه إذا تخلف مقتضى من المقتضيات الموضوعية وقع العمل باطلاً، ودون الحاجة إلى النص على البطلان. كما أن من المتفق عليه أن تنظيم حالات البطلان من قبل المشرع إنما يتعلق بالبطلان لعيب شكلى. ولا يجوز تطبيق هذا التنظيم على تخلف المقتضيات الموضوعية بطريقة القياس[٤] فمشكلة حالات البطلان تقوم فقط بالنسبة للمقتضيات الشكلية.

وقيام المشكلة بالنسبة للمقتضيات الشكلية توجب التوفيق بين اعتبارين، الأول: يجب الحرص على احترام ما يفرضه القانون من شكل للعمل الإجرائى. والثانى: يجب ألا يبلغ هذا الحرص مبلغ التضحية بالحق وبالهدف من الشكل. فالشكل يفرضه

---

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى الإشارة السابقة، مبادئ ص ٣٩٩ د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء. الإشارة السابقة. التجهيل الإجرائى ص ٢٠٩ وما بعدها بند ١٣١.

(٢) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٦٣٣ وما بعدها. مبادئ ص ٣٩٩ وما بعدها. د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: ص ٣٩٣ وما بعدها بند ٢٣١ وما بعده د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٣٢ بند ١٠٢.

(٣) فى تعدد صور الشكلية الإجرائية فى قانون المرافعات انظر: د. محمد جمال عطية الشكلية القانونية ص ٢٢٧ ــ ٢٣١.

(٤) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٣٩٣ بند ٢٣١ د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٠ بند ٢٤٦.

القانون لتحقيق أهداف معينة إن تحققت فلا معنى لإبطال العمل تمسكاً بهذا الشكل[1]. فترتيب البطلان على كل عيب إجرائى مهما قلت أهميته يؤدى إلى كثرة إضاعة الحقوق. تلك الحقوق التى يراد بالإجراءات حمايتها. فكأن موت الحق الموضوعى يوجد فى وسيلة حمايته، ويجب ألا ننسى أن الإجراءات هى مجرد وسائل لحماية الحقوق[2] والمراكز القانونية ولو كانت مجرد مراكز ظاهرة فلا ينبغى أن تؤدى إلى إهدارها[3].

ويؤكد التوفيق بين الاعتبارين السابقين الحالات المتعلقة بالجزاء المرصود للمصلحة الخاصة وخروج المشرع عن هذه الحالات فى العديد منها، ولوحظ فيها أنه أضعف من قوة الجزاء الإجرائى وعمل على عدم فاعليته، كما يظهر هذا الضعف وعدم الفاعلية للجزاء وبصورة واضحة عندما لا يغالى المشرع فى التمسك بالشكليات، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمواد ١١٤[4] ٦٨/ ٣[5] ، ٧٠ مرافعات[6]. أو عندما يلجأ المشرع إلى فكرة الصياغة الغامضة[7] داخل نصوص البطلان وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات بأن استخدم فكرة الغاية التى إذا توصل الإجراء المعيب إلى تحقيقها ولو بغير ما يفرضه القانون من شكليات، فأنه يبقى على الإجراء المعيب ولا يحكم بالبطلان.

٤٩- تحقق الغاية من الشكل يؤدى إلى الإعفاء من الجزاء: تنص المادة ٢٠ مرافعات "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب لم

---

(١) د. فتحى والى: الوسيط الإشارة السابقة د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٤ بند ٤٢٩ د. إبراهيم نجيب سعيد ج١ ص ٧٤٧ بند ٣٠٠.

(٢) انظر فيما يلى بند ٧٠.

(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٣٦ وما بعدها بند ١٠٦. د. أحمد مسلم: الإشارة السابقة د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٨ وما بعدها بند ١.
TOMASIN: Préc. Fosc. 138. P. 13. N. 50.Solus et Perrot: op. cit. T. 1. p. 363 N. 396 ets. CADIET: op. cit. P. 423 ets. N. 818.

(٤) انظر فيما يلى بند ٥٩.

(٥) انظر فيما يلى بند ٦٤.

(٦) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤٤ وما بعدها بند ١١٢، الهدر الإجرائى ص ٩٨ بند ٥٥، التكامل الوظيفى للأعمال الإجرائية ص ١٢ بند ٧ التجهيل الإجرائى ص ٤٣ وما بعدها بند ٢٥.

(٧) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٢١٤ وما بعدها بند ١٦٢ سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٧٢ وما بعدها بند ٤٩. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٩ بند ٥٦. الهدر الاجرائى، ص ٤١ بند ١٩. نقض مدنى ١٩٨٤/٤/٢٨ الطعنان رقما ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٦ق.

تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا تحققت الغاية من الإجراء" والنص ورد عاماً فينطبق على جميع حالات البطلان الواردة فى مختلف منظومات القانون الإجرائية[١]. ودون أن يمتد إلى غير البطلان من الجزاءات الإجرائية الأخرى[٢] ومفترض تطبيق النص هو تعييب العمل الإجرائى بعيب شكلى[٣] أى بتخلف مقتضى من مقتضياته الشكلية التى نص عليها القانون.

ومناط الإعفاء من البطلان وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات[٤] هو تحقق الغاية من الشكل أو البيان وليس الغاية من الإجراء[٥] فهو المقصود الحقيقى للنص على وجه ما تقطع به الأعمال التحضيرية للقانون[٦]

---

(١) د. فتحى والى، د. أحمد ماهر زغلول: نص ٣٩٣ بند ١٣١، د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٤٣ بند ٢١. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٣ بند ٥١. عدم الفعالية ص ١٢٣ وما بعدها بند ٩٦. ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات ما يؤكد على عمومية النص بتقريرها أن "تتناول المادة ٢٠ تنظيم حالات البطلان بسبب العيوب الشكلية التى تصيب الإجراءات".

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "إذا كان الدفع المبدى من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذى رسمته المادة ٦٣ مرافعات هو فى حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها= =بغير الطريق، فأنه لا محل لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن الغاية من الإجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصحح الإجراء ولو كان تعيبه راجعاً لأمر من النظام العام إذ عدم استيفاء الدعوى لشروط رفعها جزاءه عدم القبول وليس البطلان. وتحقق الغاية من الإجراء حسبما تنص على ذلك المادة ٢٠ مرافعات لا يكون إلا بصدد جزاء البطلان ولا يتعداه إلى غير ذلك من الجزاءات. لما كان ما تقدم فأنه تتوافر للدفع مقومات قبوله وإذا قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفضه فأنه يكون قد خالف القانون" نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ طعن ١١٤٥ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ص ٧١٣، نقض ١٩٨٣/١٢/١٤ طعن ١٦٠٩ لسنة ٤٩ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٨١٦. نقض ٢٠٠٣/٦/٢٣ طعن ٢٢٤٥ لسنة ٥٥ ق ، هيئة قضايا الدولة ٢٠٠٥، ص ٧٥٢.

(٣) فى العيب الإجرائى كمفترض لفكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب انظر فيما سبق بند ٤ ومابعده.

(٤) وهو المناط الذى أعتمده المشرع الفرنسى فى مجموعة المرافعات الحالية وفقاً للمادة ١١٤ والذى لا يعمل على تجنب عيوب الشكل، وإنما يعمل على تجنب الجزاء فقط، وأن أختلف أسلوب الصياغة، هذا الاختلاف فى أسلوب الصياغة للمادتين ٢٠ مرافعات مصرى، ١١٤ مرافعات فرنسى حتما يؤدى إلى ظهور بعض الاختلافات فى الحلول الجزئية المعتمدة فى كل من التشريعين، ففى التشريع الفرنسى يقع عبء إثبات تخلف الغاية من الشكل على من يتمسك بالبطلان فى جميع الحالات بخلاف التشريع المصرى.
فى نظام البطلان فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٨٣ ــ ٣٩٢ بند ٢٢٥ ــ ٢٣٠، ص ٤٠٧ بند ٢٣٥.
TOMOSIN: Préc P. 7 ets N 23 ets. ELMÉÉ: La régle "Pas de Nullite sans grief" Préc P. 23 ets. N 7ets. DURUSQUEC: Nature et régime des Nullités Pur Vice. De forme G. P. 1979. 1. Dact. 136.

(٥) والمغايرة جد واضحة بين الغاية من الإجراء والغاية من الشكل. والغاية من الشكل هى الضمان الأساسى والجوهرى المقرر لمصلحة الموجه إليه الإجراء، وهى ما يهدف المشرع إلى تحقيقه فى القانون الإجرائى. بينما الغاية من الإجراء هى ما يهدف مباشرة الإجراء إلى تحقيقها، وشتان بين الفرضين والهدفين، لأن الغاية الأخيرة قد تتحقق بدون أى شكل أو بشكل معدوم، بينما الغاية من شكل الإجراء لا يتحقق إلا= =بشكل صحيح وإن لم يكن ذات الشكل المطلوب. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ١٧٩ مادة ٢٠، الدفوع ص ٣٢٢ بند ١٧٠. الدناصورى وعكاز: التعليق ص ٢٧٩ ــ ٣٠٠. د. على بركات: الوسيط ص ٦٢١ وما بعدها بند ١٤٧٩.

(٦) وكان مشروع القانون ينص على أنه "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب" وجاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقاً عليه "أن هناك أشكال للعمل أو بيانات فى الورقة قد ترمى إلى تحقيق ضمانات معينة للخصوم لا تتصل اتصالاً مباشراً بالغاية من الإجراء. وإذا نص القانون على البطلان وتخلف الشكل أو البيان ولم تتحقق الغاية من الشكل فيجب الحكم بالبطلان ولو تحققت الغاية من الإجراء". ثم تؤكد أنه إذا نص القانون صراحة على البطلان فأن معيار الحكم بالبطلان من عدمه يكون بالنظر إلى الشكل أو البيان فى الإجراء.

وما استقر عليه الفقه[١] والقضاء[٢] كما تمليه القواعد العامة[٣]. وفكرة السلطة التقديرية للقاضى التى تتقيد دائماً بالغاية المخصصة لها[٤]. وأيضاً يعد نتيجة حتمية لمبدأ وسيلة الأشكال[٥] كل ذلك لا يستقيم معه أن تكون الغاية المطلوبة هى الغاية من الإجراء، لأن الأخيرة قد تتحقق ومع ذلك يكون الإجراء باطلاً لعدم تحقق الغاية من الشكل[٦]، تعلق البطلان بالنظام العام[١] أم بالمصلحة الخاصة.

ولكن لجنة الشئون التشريعية استبدلت عبارة الإجراء بعبارة الشكل أو البيان الواردة فى المشروع. وجاء فى تقريرها أن هذا الاستبدال "جرى توحيداً للإصلاح باستعمال تعبير واحد أكثر إحكاماً، على أنه من المفهوم أن تحقق الغاية من الإجراء يقتضى تحقق الغاية من الشكل أو البيان".

ولم يكن لهذا الاستبدال موفقاً لا فى صياغته ولا فى التبريرات التى قدمت له. فمن حيث الصياغة فأنه قد استعمل لغة غير دقيقة لا تعبر عن القصد الحقيقى لواضعيه، فهى توحى بأن المناط فى البطلان هو بالغاية من العمل الإجرائى وليس بالغاية من الشكل أو البيان، وهو ما يخالف إرادة واضحة لواضعيه فى التعويل على الغاية من الشكل أو البيان عبروا عنها صراحة فى المذكرة الإيضاحية.

أما الخطأ فى التبرير فيتمثل فى الخلط بين الغاية من العمل والغاية من الشكل واعتبارهما أمراً واجباً بحيث أن تحقق الأول يؤدى حتماً وتلقائياً إلى تحقق الثانية، وهو ما لا يستقيم فى كافة الحالات، حقاً أن معظم أشكال العمل الإجرائى تتفق الغاية منها مع الغاية من العمل بحيث يعتبر تحقيق الأخيرة محققاً للأولى. ولكن هذا لا ينفى أن هناك أشكال للعمل ترمى – فضلاً عن تحقيق الغاية من العمل عن طريق احترام الشكل – إلى تحقيق ضمانات معينة للخصوم ولا تتصل اتصالاً مباشراً بالغاية من العمل. وفى هذه الحالات تكون للشكل غاية خاصة به تختلف عن الغاية من العمل. فى كون استبدال عبارة "من الإجراء بعبارة "من الشكل أو البيان" لم يكن موفقاً فى صياغته ولا فى تبريره انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٣٩٨ وما بعدها بند ٢٣٢ د. أحمد أبو الوفا: التعليق الإشارة السابقة الدفوع: الإشارة السابقة.

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول، ص ٣٩٣ وما بعدها بند ٢٣١ ومال بعده، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٢ وما بعدها بند ١٤٨. وجدى راغب مبادئ ص ٤٤٨. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٢١ بند ١٧٠ التعليق ص ١٧٢ وما بعدها د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٣ وما بعدها بند ٥١، إعلان الأوراق القضائية ص ١٧٨ وما بعدها بند ١٠٤ وما بعده، عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٣٢ وما بعدها بند ١٠٢. د. أحمد هندى التعليق ج١ ص ٤٥٤ وما بعدها التمسك بالبطلان ص ٥٨ وما= =بعدها بند ١٠. أصول ص ٨٥١ وما بعدها بند ٢٧١. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧٠٢ وما بعدها بند ٣٩٥. د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٨ بند ٤٣٥ د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٦٤١ وما بعدها بند ١٠١٠ مادة ٢٠. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٠٩ وما بعدها بند ١٦٢ د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان ص ٢٥٢ بند ١٨٤. محمد كمال عبد العزيز ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) واستقر قضاء النقض على أن "الشكل ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة، فإذا ثبت تحقق الغاية التى يرمى القانون إلى تحقيقها من توافر الشكل أو البيان، فأنه لا يحكم بالبطلان ...." نقض ١٩٩٣/٣/١٨ طعن ٩٤٨ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٦٤٢.نقض ١٩٨٥/٥/١١ طعن ١٥٣١ لسنة ٤٩ق نقض ١٩٨٤/٤/٢٨ طعنان رقما ٥٩٨، ٦٥٥ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن ٥٩٧ لسنة ٤٩ق نقض ١٩٧٩/١٢/٨ طعن ٤١٠ لسنية ٤٣ق نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٨١٥. نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ص ١٠٥٧.نقض ١٩٧١/١٠/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٨٤٤

Coss. Soc. 14 Janv. 1988. J. C. P. 1988. IV. 103 Rapp. Com. 15 act. 1980 Bull. Civ. 1980 – IV. N. 337.

(٣) لأن الخصم إذا تمسك بالبطلان رغم تحقق الغاية، فأنه يستعمل حقه فى التمسك بالبطلان استعمالاً غير مشروعاً، مما يعد تعسفاً فى استعمال الحق وفقاً للمادة ٤ مدنى مصرى، فنظرية التعسف تعبر عن مبدأ واحد عام هو مبدأ نسبية الحقوق، والمشرع بنصه عليها إنما يأخذ بهذا المبدأ، أن الحق ليس غاية فى ذاته، وإنما وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية معينة، ويجب على صاحب الحق أن يستعمل حقه فى حدود الغاية منه، وإلا اعتبر متعسفاً د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٦٦ وما بعدها بند ٢١٦، وجدى راغب، مبادئ: ص ٤٤٨. د. أحمد عبد التواب: الإساءة فى إجراءات التقاضى والتنفيذ ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة ص ٦٥٧ بند ٣١٢. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالى.

(٤) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٥) انظر فيما سبق بند ٤٨.

(٦) فالإعلان القضائى مثلاً كعمل إجرائى، غايته هى تمكين المعلن إليه من العلم بأمر معين، وقد تتحقق هذه الغاية، ومع ذلك يكون الإعلان باطلاً لنقص بيان من بياناته، مثل تاريخ الإعلان أو توقيع المحضر، إذ أن كل بيان من هذه البيانات له غاية خاصة به، فإذا لم تتحقق هذه الغاية الخاصة كان الإعلان باطلاً رغم تحقق غاية الإجراء. وجدى راغب: مبادئ ٤٥٢. نقض ١٩٨٧/١١/٢١ طعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥١ق نقض ١٩٨١/٦/٢٢ السنة ٣٢ العدد الثانى ص ١٨٨٧ نقض

وتحقق الغاية من الشكل أو البيان تمنع من وقوع البطلان، سواء كان البطلان منصوصاً عليه[٢]. ومن باب أولى إذا لم يكن منصوصاً عليه[٣] وإن كانت تظل التفرقة بين حالتى النص على البطلان، وعدم النص عليه أهمية تتعلق

١٩٨١/١/٢٢ السنة ٣٢ العدد الثانى ص ٥٧٩ نقض ١٩٨١/٥/١٠ السنة ٣١ العدد الأول ص ١٢٣٥ الدناصورى وعكاز التعليق ص ٣٠٤.

(١) قارن البعض، حيث يرى أن عمومية معيار الغاية كمناط لتوقيع البطلان يثير صعوبة خاصة فى الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ولا يتمسك الخصم به، ويكون على القاضى أن يثير مسألة البطلان من تلقاء نفسه، ولذا يتعين على المشرع أن يواجه هذه المشكلة وأن يعفى الشكل المتعلق بالنظام العام من نطاق تطبيق معيار الغاية المقرر فى المادة ٢٠ مرافعات. د. محمد الصاوى مصطفى. الشكل فى الخصومة رسالة مشار إليها سابقاً ص ٣٠٢، ٣٠٧، فكرة الافتراض ص ٢٨١ وما بعدها بند ٢٥١.
وفى الواقع أن ما ينادى به هذا الرأى، هو عين ما كان يتناوله مشروع القانون، حيث كان يرد به فقرة ثالثة للمادة ٢٠ وكانت تنص على أنه "وفى جميع الأحوال يجب الحكم بالبطلان إذا كان متعلقاً بالنظام العام".
ولكن حذفته اللجنة التشريعية بمجلس الأمة حتى يسرى حكم الفقرة الأولى والثانية ولو تعلق البطلان بالنظام العام، ويستفاد ذلك من تقرير اللجنة الذى جاء فيه "كذلك حذفت اللجنة الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ حيث ينسحب حكم الفقرتين السابقتين على الحالات التى تتحقق فيها الغاية ولو تعلق البطلان بالنظام العام".
وبذلك يكون المشرع المصرى قد أعتمد نفس المبدأ الذى أخذ به قانون المرافعات الفرنسى الحالى الذى يوجب إثبات وقوع ضرر للحكم بالبطلان ولو كان متعلقاً بالنظام العام.
LEMÉÉ: Préc P. 23 ets N 7 ets. Tmmosin Préc P. 7 N 22.

(٢) حالة النص على البطلان، ومثالها البيانات الخاصة بصيغة الإعلان كما فى المواد ٩، ١٩ مرافعات، وخطوات الإعلان المواد ١٠، ١١، ١٣، ١٩ مرافعات، ويكفى فيها أن يثبت الخصم الذى يتمسك بالبطلان وجود عيب شكلى فى العمل الإجرائى، إذ= =يفترض فى هذه الحالة أن الغاية لم تتحقق، فالمشرع بنصه على البطلان قدر أن الغاية لا تتحقق بهذا العيب، ولكن يجوز لمن اتخذ العمل الإجرائى، إثبات العكس، أى إثبات أن الغاية قد تحققت رغم العيب الشكلى، فإذا نجح فى الإثبات اعتبر الإجراء صحيحاً ولا يحكم بالبطلان. انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٣٩٤ وما بعدها بند ٢٣١ د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٤٩ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوى الوسيط ص ٧٠١ بند ٣٩٤. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣٢١ وما بعدها بند ١٧٠ د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥٥ بند ٢٧١. على بركات: الوسيط ص ٦٢٣ بند ٤٧١.
ولقد أوردت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون هذه القواعد بتقريرها أن "... فإذا نص القانون على وجوب اتباع شكل معين، أو أوجب أن تتضمن الورقة بياناً معيناً وقرر البطلان صراحة جزاءً على عدم احترامه فإن الإجراء يكون باطلاً .... على أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة ... وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان، فأن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان، ويقع على عاتق من يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات أن الشكل أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه، فإذا أثبت هذا فلا يحكم بالبطلان"
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٩٤٦. نقض ١٩٧٢/٥/١٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٩١٩ نقض ١٩٧٥/٣/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ٦٧٥ نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٦٢٩ نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن ٥٩٧ لسنة ٤٩ق نقض ١٩٨٤/٤/٣٠ طعن ١٣٥٥ لسنة ٤٩ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ١١٦٤. نقض ٢٠١١/٣/٢٢ الطعنان رقما ١٤٥، ٢٢١، لسنة ٧٥ ق (بوابة محكمة النقض).

(٣) وحالة عدم النص على البطلان، ومثالها بيانات صحيفة الدعوى مادة ٦٣ مرافعات والأشكال التي ينظمها القانون لترك الخصومة مادة ١٤١ مرافعات. والحكم بالبطلان مشروط فى هذه الحالة بأن يثبت من يتمسك به أمرين، العيب الشكلى الذى شاب العمل الإجرائي، وأن الغاية لم تتحقق بسبب هذا العيب الشكلى. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٢٦ بند ١٧١ د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥٥ وما بعدها بند ٢٧١ د. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.
ولقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ما يؤكد على ذلك بتقريرها أن الأصل: "فى حالة عدم النص على البطلان أن الإجراء لا يبطل إلا إذا أثبت المتمسك بالبطلان فضلاً عن العيب الذى شاب الإجراء أن هذا العيب قد ادى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء. فعبء إثبات عدم تحقق الغاية يقع على عاتق المتمسك بالبطلان، ... ذلك أن القانون ما دام لم ينص على البطلان جزاء لشكل أو بيان معين فإنه يدل بهذا على عدم إرادته توافر هذا الشكل أو البيان إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغاية من العمل الإجرائى الذى يتضمنه ....".

بالإثبات[1] ودون الاعتداد بخطأ من قام بالعمل المعيب أو عدم إمكان نسبة خطأ شخصي إليه ودون اعتبار لحسن أو سوء نيته[2].

والمقصود بالغاية من الشكل، ليس الغاية الشخصية لمن يقوم بالإجراء، وإنما الغاية الموضوعية التي يقصدها المشرع من الشكل أو البيان[3] أي الوظيفة التي رسمها المشرع لعنصر بين مجموعة العناصر المكونة للعمل الإجرائي أو كظرف يجب أن يتم فيه هذا العمل. وليست الوظيفة التي رسمها القانون للعمل بين مجموعة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة، وهي الغاية من العمل التي عول عليها المشرع الإيطالي[4]. وإنما الغاية التي قصدها المشرع المصري وعول عليها وفقاً للمادة ٢٠ مرافعات هي الغاية من الشكل كعنصر من عناصر أو مقتضى من مقتضيات العمل الإجرائي.

ويؤدي معيار الغاية من الشكل كمناط لإعمال فكرة الإعفاء من جزاء البطلان، إلى ضرورة أن يقوم القاضي من خلال الواقعة المعروضة عليه، بالبحث في كل حالة على حده، عما إذا كانت الغاية الموضوعية التي قررها القانون للشكل قد تحققت أم لا[5]. والقاضي لا يستطيع أن يحكم بالبطلان إلا إذا ترتب على العيب من الشكل عدم الغاية المقصودة منه، أما إذا تحققت الغاية فإن الإجراء يكون صحيحاً رغم تعيبه من ناحية الشكل.

---

(١) د. أحمد مليجي: التعليق ج١ ص ٦٤٣ وما بعدها د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٩٤ – ٣٩٦ بند ٢٣١ د. أحمد السيد صاوي: الوسيط ص ٧٠٠ بند ٣٩٤.

(٢) فإذا تخلفت الغاية من الشكل، فأن العمل يكون باطلا بصرف النظر عن خطأ من قام بالعمل أو عدم إمكان نسبة خطأ شخص إليه، ودون اعتبار لحسن نيته أو سوئها، فلا يجديه في دفع البطلان التمسك بحسن نيته د. فتحي والي: الوسيط ص ٤٠٦ والحكم المشار لديه استئناف يوردو ٤ فبراير ١٩١٨ سيري ١٩١٨ – ٢- ٥٦.

(٣) وهذا هو ما تؤكد عليه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بتقريرها أن القاضي يجب أن ينظر "إلى الغاية الموضوعية من الإجراء".

(٤) فوفقاً للمادة ١٥٦ مرافعات إيطالي يعول المشرع على الغاية من العمل الإجرائي، ويقصد بها الوظيفة التي رسمها القانون للعمل بين مجموعة الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة، وهو ما أعتمده القضاء الإيطالي في قانون المرافعات الحالي بأن مناط الغاية من العمل، انظر د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان ص ٣١١ – ٣١٥ بند ١٨٣ – ١٨٥.
ولهذا المعيار أنصار في الفقه المصري: انظر محمد حامد فهمي: الاتجاهات الحديثة في مشروع قانون المرافعات مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٦ ص ٤٠٩.

(٥) ويؤكد ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون علي تقريرها أن "وينظر القاضي إلى الغاية الموضوعية من الإجراء، وإلى تحققها أو عدم تحققها في كل قضية على حدة".

ويبحث القاضى عن الغاية الموضوعية للشكل من خلال الواقعة المعروضة عليه لكل حالة على حدة، يؤكد كون الغاية المقصودة فى نظام البطلان، هى الغاية الملموسة فى كل حالة على حدة، وليس الغاية المجردة التى يتم تقديرها بصورة مجردة، وبمعزل عن الواقعة المعروضة بظروفها الخاصة وملابساتها الذاتية[1]. وهو ما يعنى أن البطلان قد يترتب جزاء تخلف شكل معين فى حالة ولا يترتب فى حالة أخرى، رغم تخلف نفس الشكل فى عمل من نفس النوع. فالمعول عليه هو تحقق الغاية من عدمها، وليس على أساس أهمية الشكل بصفة عامة[2].

وعلى ذلك، يعتبر البحث عن تحقق أو عدم تحقق الغاية من الشكل فى الحالة المعروضة على القاضى مسألة موضوعية يختص بها قاضى الموضوع، ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض[3]. لأن البحث عن الغاية فى حقيقته بحث عن

---

(١) ويذهب رأى فى الفقه فى تفسيره للمادة ٢٠ مرافعات بالقول إلى أنه فى حالة عدم النص على البطلان لا يقع على المتمسك بالبطلان أن يثبت تخلف الغاية من الشكل فى الحالة المعروضة، بل عليه فقط بعد إثبات تعيب الشكل أن يثبت أن هذا التعيب يؤدى فى الصورة المجردة للخصومة إلى تخلف الغاية الموضوعية التى يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب، فأن فعل كان العمل باطلاً ما لم يثبت الطرف الآخر أن الغاية قد تحققت فى الحالة المعنية وبالتالى تصحيح البطلان. انظر: محمد كمال عبد العزيز ص ٢٤٤ وما بعدها.
وفى تأييد هذا الرأى انظر د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٩٤ وما بعدها بند ١١٤ ولكن يتحفظ الفقيه على تأييده لهذا الرأى بقوله أن الواقعة المطروحة أمام القاضى لا يمكن غض النظر عنها، لأنها هى بعينها الإجراء المدعى تعييب شكله من جانب المتمسك بالبطلان، ولأنها بعينها قطب المقارنة الذى يقوم بها القاضى حيث يعمل القانون. وما ذهب إليه الفقيه يتحفظه هو ما ذهب إليه الرأى المخالف على النحو التالى:
وفى نقد هذا الرأى انظر د. فتحى والى: نظرية البطلان ص ٤٠١ حاشية رقم ١، الوسيط ص ٤٠٤ حاشية رقم ٢ ويرى الفقيه بأن هذا الرأى يأخذ بنظام للبطلان غير الذى قننه المشرع المصرى، أما عدم تحقق الغاية من الشكل من الناحية المجردة، فأنها فكرة قيلت فى تعريف الشكل الجوهرى، وكون الشكل جوهريا لا يكفى وحده لتحقق موجب البطلان، إذا لم يتحقق ضرر. كما أن القول بأن على المتمسك بالبطلان إثبات أن العيب يؤدى فى الصورة المجردة للخصومة إلى تخلف الغاية الموضوعية التى يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب، يوازى تماماً إعفاء المتمسك بالبطلان= =من أى إثبات، ذلك أن كل شكل تطلبه القانون لغاية معينة، وهو ما يعنى أنه إذا لم يتحقق الشكل تخلفت حتماً - من الناحية المجردة – الغاية منه.
وعلى كل، فالنص المصرى صريح إذ يقضى عند عدم النص بأن البطلان يكون إذا شاب العمل عيب "لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء" ولم يقل أن يكون العيب من شأنه الا تتحقق الغاية من الإجراء.
أما الفقرة الثانية، التى تتعلق بثبوت تحقق الغاية فهى خاصة بحالة النص على البطلان، إذ الأصل فيها قيام البطلان لمجرد النص عليه.
وفى تأييد ما ذهب إليه العلامة فتحى والى فى الإشارات السابقة هو ما ذهب إليه الفقه الغالب د. وجدى راغب مبادئ ص ٤٥٠، د. إبراهيم نجيب سعد: ج١ ص ٧٤٥ وما بعدها بند ٣٠٠ د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥١ وما بعدها. بند ٣٧١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٩١ وما بعدها بند ١١١.
وفى تطبيق ذلك: انظر الأحكام المشار إليها، ص ١٥٦ حاشية رقم ١.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ١ – ٤ بند ٢٣٢، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٤ بند ٢٤٨، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٢.

(٣) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة، د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٤٠٢ بند ٢٣٣، د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٤٨ وما بعدها بند ٣٠٠. د. أحمد هندى: أصول ص ٨٥٧ بند ٢٧١. د. الأنصارى النيدانى: ص ٢١٣ بند ١٦٤.
نقض ١٩٦٧/٥/١١ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٩٥٦.
ويقابل ذلك ما ذهب إليه الفقه الفرنسى بأن تقدير الضرر مسألة واقع، فيدخل تقدير الضرر، فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع انظر:
Solus et Perrot: op. cit. t,. 1. P. 382. N 414.

المصلحة التى يقصد المشرع حمايتها من هذا الشكل، وما إذا كان الشكل فى هذه القضية يحقق الحماية من عدمه[1]. أما تحديد ما هى الغاية من الشكل مسألة قانونية، فلا يستطيع القاضى أن يحدد غاية من الشكل تختلف عن الغاية التى يقصدها المشرع[2].

فإذا استقام لدى القاضى من خلال تقديره للواقعة المعروضة عليه تحقق معيار الغاية من الشكل، ويتحقق ذلك، طالما لم يتخلف مفترض من مفترضات أعماله[3] فلا يقضى القاضى بالبطلان، وله رفضه ولو من تلقاء نفسه، إذا أثار الخصم الدفع به ولو كان متعلقاً بمصلحته[4]. لأن بتحقق الغاية من الشكل يعد الإجراء صحيحاً رغم

وفى تطبيق ذلك:

Coss. Civ. 21 Oct. 1982. Bull. Civ. 1982. 11. N 129. D. 1983. N.I 139.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٨٠ بند ١٣٩. د. وجدى راغب، مبادئ ص ٤٥٠.
د. أحمد فتحى سرور: المرجع السابق ص ٢٦١ بند ١٩٠.

(٢) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة، د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.
وفى تطبيق ذلك قضى بأن "الغاية من الشكل أو البيان هو مسألة قانونية، إذا جنحت محكمة الموضوع إلى غاية أخرى رغم تخلف البيان، فأنها تكون قد ارتكبت خطأ قانونياً" نقض ١٩٩٩/١١/١٧ طعن ٨٧١ لسنة ٨٧١ لسنة ٦١ق أحمد مليجى ج١ ص ٦٩٠ نقض ١٩٨٣/٤/١٠ طعن ١٧٣٨ لسنة ٤٩ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٩٢١.
ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسى أن طريقة تحديد الضرر مسألة قانونية، يجب على القاضى أن يبين فى حكمه وجه الضرر الماثل، فأن لم يفعل، فأن حكمه يكون معيباً مما يسمح بإثارته أمام محكمة النقض. انظر:
Solus et Perrot: op. cit. P. 383 N 414.
وفى تطبيق ذلك انظر:
Coss. Civ. 22 Nov. 1989. Bull. Civ. 1989. 11. N, 211. G. P 1990. 2. Somm. 360 abs GUIJINCHARD et MOUSSA.

(٣) يندرج معيار الغاية فى نظام البطلان، ويرتبط تطبيقه بالعيوب التى تقترن بالأعمال الإجرائية فى أشكالها التى يقررها المشرع كضمانات لرعاية المصالح التى يعتد بها، فأنه يجرى استبعاد تطبيق هذا المعيار حالة تخلف مفترضات أعماله، فلا يطبق ميعاد الغاية من الشكل فى الحالات الآتية: ١- إذا كان الإجراء معدوماً، فأنه لا يجدى للتمسك بصحة إثبات أن الغاية قد تحققت. ٢- إذا لم يوجد عيب كما لو تم الإجراء بالشكل الذى يتطلبه القانون، فأنه يقدم صحيحاً مرتباً لكافة آثاره، بصرف النظر إلى تحقق الغاية أو عدم تحقيقها. أو وجد العيب وكان غير شكلى، كما لو تخلف مقتضى من المقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائى، وقع العمل باطلاً دون النظر على تحقق أو عدم تحقق الغاية منه.٣- إذا كان الشكل الناقص فى الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، توقيع المحضر على الإعلان، هو الوسيلة الوحيدة لإسباغ صفة= =الرسمية على الإعلان، توقيع القاضى على الحكم، هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغاية المقصودة منه، توقيع المحضر على الإعلان، هو الوسيلة الوحيدة لإسباغ صفة الرسمية على الإعلان، توقيع القاضى على الحكم هو وسيلة بيان إرادته فى الحكم. ٤- إذا تعلق العيب بشكل من الأشكال التنظيمية، فأنه يظل صحيحاً دون بحث فى تحقق أو عدم تحقق الغاية المواد ٦٥، ١٧٢، ١٩٥ مرافعات.
فى حالات استبعاد معيار الغاية انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ٤٠٣ – ٤٠٦ بند ٢٣٣ وما بعده د. فتحى والى الوسيط ص ٤٠٧ وما بعدها بند ٢٤٩. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٢ – ٤٥٤. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٤٨ ومابعدها بند ٣٠٠. د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء ص ١٧٦ وما بعدها بند ١٣٧، دراسة فى السياسة التشريعية ص ٨٤ وما بعدها بند ٥٨ وما بعده، التجهيل الإجرائى ص ١٩٤ وما بعدها بند ١١٩. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ٣٢٣ وما بعدها بند ١٧٠ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٥٩ وما بعدها بند ١٠. د. الأنصارى النيدانى: ص ٢١٥ بند ١٦٦ د. أيمن رمضان: ص ٤٢٦ وما بعدها.

(٤) ففى هذه الحالة لا يجوز للقاضى الحكم بالبطلان رغم التمسك به، على ما أفاضت به المذكرة الإيضاحية. محمد كمال عبد العزيز ص ٢٤٥، د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٦٨٩ بند ١٠٧٤. د. الأنصارى النيدانى: ص ٢١٤ بند ١٦٥.
وفى تطبيق ذلك قضى بأنه لا يجدى الطاعن التحدى بخلو صورة الصحيفة المعلنة من بيان صفة المخاطب معها وبعدم تأكد الحكم من تسليم الإخطار إليه، ما دام لم يدع أن هذه الأخيرة ليست تابعته وأنه لم يتسلم هذا الإخطار بالإضافة إلى

عيبه الشكلى. فالمشرع يكتفى بتحقق الغاية القانونية من الشكل رغم عيبه حتى لا يحكم بالبطلان. وبتحليل أكثر دقة[1] نجد أن غاية الشكل أو البيان التى تم تحقيقها فى هذا الفرض قد نشأت من واقعة قانونية أخرى غير الشكل المحدد فى القانون، كأن هذا الاستبدال للأداة التى تحقق الغاية من الإجراء المعيب يعتبر آلية يعتمدها المشرع لعدم الإفراط فى أعمال الجزاء الإجرائى[2] وتحقق واقعة الإعفاء منه، رغم بقاء العيب.

أخرى غير الشكل المحدد فى القانون، كأن هذا الاستبدال للأداة التى تحقق الغاية من الإجراء المعيب يعتبر آلية يعتمدها المشرع لعدم الإفراط فى أعمال الجزاء الإجرائى[3] وتحقق واقعة الإعفاء منه، رغم بقاء العيب.

أن إغفال المحضر فى الصورة المعلنة لفظ تابعة فقط دون بقية البيانات التى ضمنها أصل إعلان الصحيفة فى هذا الشأن لم يؤثر على علم الطاعن بشخص من تسلمت الصورة عنه وهى تابعته المقيمة معه، فتكون الغاية التى يبتغيها المشرع من بيان ذلك اللفظ فى صورة الإعلان قد تحققت، وبالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٢٠ مرافعات لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء لما كان ذلك، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف فأن النعي عليه بهذا الوجه يكون فى غير محله "نقض ١٩٧٨/١/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٩١.

(١) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٩ بند ٥٦. سقوط وتصاعد وتحول المراكز الإجرائية ص ١٧ وما بعدها بند ١١. الهدر الإجرائى ص ٤٣ بند ٢١.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لما كان من المقرر أنه متى خلت الصورة من بيان ما أوجبه القانون وقع الإعلان باطلا بشرط أن يكون العيب فى البيان مؤثراً، وكانت الغاية من تاريخ الإعلان وساعته هى معرفة الوقت الذى تم فيه بحيث يترتب عليه آثاره التى رتبها القانون. والغاية من بيان اسم المحضر والمحكمة التى يعمل فيها هى التحقق من إجرائه بواسطة الشخص الذى حدده القانون.
والغاية من توقيع المحضر هو إضافة الرسمية على الورقة، لما كان ذلك وكان يبين من الصورة المعلنة إلى الطاعنين أنها اشتملت على تاريخ الجلسة ورقم الدائرة المحددة لنظر الاستئناف امامها كما يبين من أصل ورقة إعلان صحيفة الاستئناف أنها اشتملت على كافة البيانات المنصوص عليها فى المادة ٩ مرافعات، ولم يدع الطاعنون أن الإعلان قد تم فى تاريخ مغاير للتاريخ الذى أثبت فيها أو أن من قام بالإعلان من غير المحضرين، وبذلك يتحقق ما قصدت إليه المادة ٩ مرافعات من هذه البيانات أو يكون الدفع ببطلان الإعلان لخلو الصورة المعلنة منها وما يترتب عليه من اعتبار الاستئناف كأن لم يكن على غير أساس" نقض مدنى ١٩٩٠/١/٢٨ طعن ٢٣٢٢ لسنة ٥٥ق مشار إليه لدى د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، التجهيل الإجرائى ص ٢٠٣ بند ١٢٦.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "لما كان من المقرر أنه متى خلت الصورة من بيان ما أوجبه القانون وقع الإعلان باطلا بشرط أن يكون العيب فى البيان مؤثراً، وكانت الغاية من تاريخ الإعلان وساعته هى معرفة الوقت الذى تم فيه بحيث يترتب عليه آثاره التى رتبها القانون. والغاية من بيان اسم المحضر والمحكمة التى يعمل فيها هى التحقق من إجرائه بواسطة الشخص الذى حدده القانون.
والغاية من توقيع المحضر هو إضافة الرسمية على الورقة، لما كان ذلك وكان يبين من الصورة المعلنة إلى الطاعنين أنها اشتملت على تاريخ الجلسة ورقم الدائرة المحددة لنظر الاستئناف امامها كما يبين من أصل ورقة إعلان صحيفة الاستئناف أنها اشتملت على كافة البيانات المنصوص عليها فى المادة ٩ مرافعات، ولم يدع الطاعنون أن الإعلان قد تم فى تاريخ مغاير للتاريخ الذى أثبت فيها أو أن من قام بالإعلان من غير المحضرين، وبذلك يتحقق ما قصدت إليه المادة ٩ مرافعات من هذه البيانات أو يكون الدفع ببطلان الإعلان لخلو الصورة المعلنة منها وما يترتب عليه من اعتبار الاستئناف كأن لم يكن على غير أساس" نقض مدنى ١٩٩٠/١/٢٨ طعن ٢٣٢٢ لسنة ٥٥ق مشار إليه لدى د. نبيل عمر: الإشارة السابقة، التجهيل الإجرائى ص ٢٠٣ بند ١٢٦.

٥٠- تحقق الغاية من الشكل إحدى صور الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب: يذهب الفقه الغالب[١] مؤيداً بأحكام القضاء[٢] بالقول إذا كان العيب الذى شاب الإجراء يؤدى إلى بطلانه، فهذا البطلان لا يقع إذا ثبت تحقق الغاية من الشكل المعيب. ويتم ذلك بتصحيح البطلان بإزالة العيب العالق بالإجراء، ويكون للتصحيح أثراً رجعياً، فيعد العمل صحيحاً منذ اتخاذه، ويزول العيب المقترن به، ويعتبر العيب كأن لم يوجد من الأصل، ومن ثم تنتفى مكنة التمسك ببطلانه، وتسرى هذه القاعدة ولو تمثل العيب فى مخالفة شكل جوهرى أو متعلقاً بالنظام العام. ولذا يتناول هذا الاتجاه حالة عدم وقوع البطلان عند تحقق الغاية من الشكل ضمن حالات تصحيح البطلان بإزالة العيب.

وفى تصورنا هذا القول محل نظر، لأن الأمر لا يتعلق بالتصحيح، سواء بتجديد الإجراء أو بتجديد شق منه، لأن التصحيح فى صورتيه لا يضيف للإجراء المعيب أى بيان، ويقصد بالتصحيح إزالة العيب الذى يشوب الإجراء سواء بتجديد الإجراء الباطل بحيث يحل محل الإجراء الباطل إجراء صحيح أو بتجديد شق منه بتغيير العنصر المعيب فيه أو بإضافته. سواء تم التصحيح فى الميعاد القانونى المحدد له أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة مادة ٢٣ مرافعات. وفى الحالتين لا ينتج التصحيح أثره إلا من تاريخ حصوله، فليس للتصحيح بالتجديد أو بالتكملة أثر رجعى، بمعنى أن آثار الإجراء تترتب على تاريخ التصحيح وليس من تاريخ القيام بالإجراء الأصلى الذى لحقه التصحيح[٣].

---

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٩٢ بند ٢٣٠، ٤٣٣ بند ٢٤٧، ٦٠٧ بند ٣٣٢. د. أحمد مليجى ج١ ص ٧١٩ مادة ٢٣. د. الأنصارى النيدانى: ص ٢٠٩ وما بعدها بند ١٦١ وما بعده، محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٢٤٥ – ٢٤٨ مادة ٢٠. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٥ بند ٤٠٠، د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٦٥ بند ٣٠٧ د. إبراهيم نجيب سعد: نظرية البطلان ص ٢٦٠ بند ١٨٩.

(٢) استقر قضاء النقض على تصحيح البطلان بتحقق الغاية من الشكل. نقض ١٩٧٦/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ٦٢٨. نقض ١٩٧٨/١/٣٠ طعن ٤٩٥ لسنة ٤٤ق نقض ١٩٧٢/٣/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ ص ٣٢. نقض ١٩٨٠/٥/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٣٢٥ نقض ١٩٨١/١/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٥٧٩ نقض ١٩٨١/٥/٣٠ طعن ١٢٧٠ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨١/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٨٨٧. نقض ١٩٨٧/١١/٢٩ طعن ١٨٩٨ لسنة ٥١ق نقض ١٩٩٣/٧/٢٨ طعنان رقما ٤٧٩٨، ٤٨٥٠ لسنة ٦١ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٨٧. نقض ١٩٩٤/١١/١٠ طعن ٢٠٩٦ لسنة= =٦٢ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ق ع٢ ص ١١٨٣. نقض ١٩٩٥/٢/١٢ طعنان رقما ٣٣٦ لسنة ٥٤ق، ٨٣ لسنة ٥٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ع٢ ص ٩٨١.

(٣) نقض ١٩٦٧/٥/١٤ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ٩٤٠.

كما أن تحقق الغاية من الشكل وأن أدت إلى الإعفاء من البطلان، لكن لا تزيله. لأن زوال البطلان يتطلب إضافة بيان أو بيانات تحل محل الإجراء المزيل، وتقرير القاضى بتحقق الغاية من الشكل لا يضيف للإجراء المعيب أى بيان، ولكن الإجراء المعيب يظل مشوباً بالعيب الذى أصابه. فالعيب يظل قائماً، كل ما هناك[1] أن حق الخصم فى التمسك بالبطلان قد سقط، ولا يكون للقاضى أن يحكم به.

ومؤدى ذلك، أن المشرع عن طريق فلسفة عدم المغالاة فى الشكلية، استخدم وسائل ومنها فكرة الغاية بصياغة معينة لتحقيق أغراض معينة، تلك الصياغة تهدف إلى حماية نظم قانونية جديرة بالحماية. والمشرع[2] فى لحظة معينة يرى أن طريقة أداء الجزاء الإجرائى سوف تؤدى حتماً إلى ضرب هذه النظم أو هذه المصالح إذا ما تم إعمالها بالشكل العادى، لهذا يلجأ إلى وسيلة الصياغة الغامضة[3] داخل نصوص البطلان، واستخدام فكرة الغاية التى إذا توصل الإجراء المعيب إلى تحقيقها، فأنه يبقى عليه ولا يحكم بالبطلان، وبالتالى يضحى المشرع باحترام القواعد الإجرائية، كما يضحى فى ذات اللحظة بفعالية الجزاء الإجرائى، وصورة هذه التضحية تتمثل فى بقاء الإجراء المعيب وفى توليده لكافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذه[4].

ففكرة الغاية هى إذن فكرة فنية، غائية وظيفية، داعمة لإجراء معيب[5] متى تحققت، كان الإجراء صحيحاً بحسب الأصل، إن الإجراء قد روع[6] رغم عيبه الشكلى، ولا موجب لأعمال جزاء البطلان. هذه الفكرة تؤدى إلى الإبقاء على العمل

---

(١) المذكرة الإيضاحية، محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٢٤٥ مادة ٢٠.

(٢) فالمشرع يدرك أن أعمال جزاء البطلان بطريقة تلقائية، ووفقا لمقتضيات ذات هذا النظام، فأنه سوف يؤدى إلى الإطاحة بأى عمل إجرائى معيب وغير مطابق لنموذجه القانونى، وفى ذلك تضحية بالحقوق الموضوعية التى ما اتخذ الإجراء إلا لحمايتها انظر فيما سبق، بند ٤٨.

(٣) والصياغة الغامضة Technique équivoque هى فكرة معروفة فى فلسفة القانون، وخلاصتها أن المشرع إزاء جمود أو غموض بعض الأفكار أو النظم القانونية وإزاء الرغبة فى تحقيق أهداف يراها المشرع جديرة بالحماية، يستخدم صياغة لأفكاره بها تقدر من الغموض بحيث تختلف حولها الآراء تمهيداً لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الأفكار بشكل أكثر تحديداً بعد أن تثرى مختلف الآراء والتطبيقات هذه الأفكار بحثاً واجتهاداً. وبصدد عيوب الإجراءات ربط المشرع هذه العيوب بمعايير مختلفة منها معيار الضرر، معيار الغاية ... الخ انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ص ١٢٥ وما بعدها بند ٩٩ والمراجع المشارة لديه.

(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٨٢ بند ١٤٠، سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٧٠ وما بعدها بند ٤٨، الهدر الإجرائى ص ٤١، ٤٢ بند ٢٠ التجهيل الإجرائى ص ١٩٤ وما بعدها بند ١١٩.

(٥) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٤٣ بند ٢١، ص ٧٧ بند ٤١ التجهيل الإجرائى ص ٢٠٣ بند ١٢٦. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٣ بند ٥١، سقوط الحق ص ٦٩ بند ٤٧.

(٦) انظر فيما سبق بند ١٤ ومابعده.

الإجرائى بعيبه ويصير العيب غير مؤثر، ولا يؤدى إلى افتقاد العمل المتخذ لقدرته على توليد الآثار. والواقع أن القاضى يرتب الآثار المسندة إلى هذا العمل فى حالة صحته وسلامته. ويتم تقريرها بالنسبة للعمل الإجرائى المعيب، فيعامل من حيث توليد الآثار معاملة الإجراء السليم[١] حماية للخصوم من أعمال الجزاء الإجرائى الناشئ عن الأعمال الإجرائية المعيبة التى تتخذ فى غير مكانها أو زمنها أو تتم بواسطة أو ضد أشخاص لا مصلحة ولا صفة لهم حماية للمراكز القانونية، ولو كانت هذه المراكز مجرد مراكز ظاهرة[٢] ومن ثم لا يستطيع أحد الخصوم التمسك بالبطلان، ولا للقاضى أن يقضى به على ما أفاضت المذكرة الإيضاحية.

وحيث أنه لا يكون لأحد التمسك بالبطلان، ولا يكون للقاضى أن يقضى به، متى تحققت الغاية من الشكل، فيبقى على الإجراء المعيب بعيبه بدون تصحيح أو إضافة أو زوال لعيبه منتجاً لكافة آثاره، كما لو كان صحيحاً من وقت اتخاذه لأن الأصل فى الإجراءات قد روعيت، ومن يدعى خلاف ذلك عليه إقامة الدليل، كما أن الأصل فيها أنها صحيحة حتى يحكم ببطلانه[٣].

المطلب الثانى

واقعة الكلام فى الموضوع

٥١- قاعدة إبداء كافة أوجه العيوب الإجرائية معاً وقبل الكلام فى الموضوع: رأى المشرع أن منطق الأمور يقتضى أن يبدأ الخصم أولاً وفى مستهل الخصومة بالتمسك بكل جزاء رتبه القانون على تعيب الشكل، ثم يتدرج بعد ذلك إلى الموضوع. فأن تعرض للموضوع، ولم يكن قد طرق الخصم ما يتعلق بشكل الإجراء من عيوب سقط حقه فيما يترتب على هذه العيوب من جزاءات أياً كانت، متى تعلقت بالمصلحة الخاصة[٤] كالبطلان[٥] سقوط الخصومة[٦]

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/٥/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ١٣٢٥.
(٢) انظر فيما سبق نظرية الوضع الظاهر، بند ١٧ ومابعده.
(٣) انظر فيما سبق بند ١٤ ومابعده.
(٤) انظر فيما سبق بند ٣١.
(٥) نقض ١٩٩٣/٣/١١ طعن ٢٧٢ لسنة ٥٩ق، نقض ١٩٩٤/٥/٣١ الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٩ق نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٩٣٢ نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٣ ص ٣٣٩.
(٦) نقض ١٩٩٨/٦/٤ طعن ٢٨٣ لسنة ٥٩ق د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣١٢.

اعتبار الدعوى كأن لم تكن[١] اعتبار المدعى تاركاً دعواه أو المستأنف تاركاً استئنافه[٢] .... الخ[٣].

وقيام المشرع بتحديد واقعة قانونية معينة، يترتب عليها إسقاط الحق الإجرائى فيما يوجد من عيوب إجرائية فى مستهل الخصومة، فذلك تحقيقاً لاعتبارات متعددة أهمها، خطورة استعمال الحق الإجرائى[٤] فى حالات معينة والتأثير الذى قد يمارسه استعمال هذا الحق على الأعمال الإجرائية[٥] وعلى سير الخصومة، على نحو يحول بينها وبين الوصول إلى غايتها، مما يؤدى إلى آثار ضارة بحسن سير العدالة والحق الموضوعى محل الحماية القضائية المطلوبة.

ولذا كانت القاعدة ضرورة إبداء كافة ما يثار من عيوب إجرائية ومعاً فى مستهل الخصومة، وقبل الكلام فى الموضوع، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ١٠٨ مرافعات مصرى، ٧٤ مرافعات فرنسى[٦].

ومع اعتماد المشرع لهذه القاعدة، سواء فى قانون المرافعات الملغى[٧]

---

(١) نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن ٨٣٦١ لسنة ٦٤ق نقض ١٩٩٧/٣/٢٧ طعن رقم ٤٢٨٥ لسنة ٦٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥ نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن ٢١٤٧ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ طعن ٣٩٢ لسنة ٤٦ق.

(٢) نقض ١٩٦٦/١٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٧٧٥. نقض ٢٠٠٢/٢/١١ طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ ق المحاماة ٢٠٠٣، ع ٣ ص ٩٨. نقض ٢٠٠٦/٦/٢٧ طعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٧٥ ق المحاماة ٢٠٠٧ ع ٥، ٦ ص ٥١٢.

(٣) انظر فيما سبق بند ٣٣.

(٤) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥١ بند ١٥٢، د. وجدى راغب: دراسات ص ١٢٧ بند ١٩.

(٥) وإذا كان المشرع المصرى يوجب إبداء كافة الدفوع الإجرائية فى مستهل الخصومة، وقبل الكلام فى الموضوع، باستثناء حالتى تعلق الدفوع بالنظام العام، أو كان السبب المنشئ للدفاع واقعة من وقائع التكلم فى الموضوع. انظر د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ٤٧٥ وما بعدها بند ٤٦٥ وما بعده.
أما المشرع الفرنسى: يوجب إبداء كافة الدفوع الإجرائية فى بداية النزاع، ولو كانت متعلقة بالنظام العام، حيث لا يرى فى قانون المرافعات الحالى تعليق الدفع الإجرائى بالنظام العام سبباً فى الخروج على القواعد العامة للدفوع الإجرائية، التى يتعين إبداؤها فى مستهل الخصومة وقبل الكلام فى الموضوع، سواء تعلق هذا الدفع بالنظام العام، أم لا، مادة ٧٤ مرافعات.
ومع ذلك يرد على هذه القاعدة استثناءات، الدفع بالإحالة للارتباط مادة ١٠٣ مرافعات، والدفوع التأجيلية للاستفادة من مهلة يمنحها القانون مواد ١٠٨، ١١١ مرافعات، الدفع بالبطلان لأسباب موضوعية مادة ١١٨ مرافعات. ومبرر هذه الاستثناءات ومبناها لكونها تنشأ فى مرحلة لاحقة من الخصومة. انظر:
BLARY – CLEMENT: Specificite et sonctions des monoeuvres ditatoire dans le process civil J. C. P. 1991. 1. 3534.

(٦) المادة ١٤١ من قانون المرافعات الملغى "الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور يجب إبداؤه قبل ... أى طلب أو دفاع فيها – أى الدعوى أو فى الطلب العارض وإلا سقط الحق فيه ...".

(٧) نقض ١٩٥١/١/٢٢ المحاماة ٣١ – ١٩٤، نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٣ ص ٣٣٩ نقض ١٩٦٧/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ١٨ ص ١٧٩٦ نقض ١٩٨٢/٣/٣٠ طعن ٤٣١ لسنة ٤٧ق نقض ١٩٩٧/٣/٢٧ طعن ٤٢٨٥ لسنة ٦٥ مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥ نقض ١٩٩٣/٥/٣١ طعن ١٤٥٢ لسنة ٥٩ق.

والقانون الحالى وواظب عليها القضاء سواء فى هذا القانون أو تلك[1]، لم يتفق الفقه حول أساس موحد بشأن هذه القاعدة.

يرى البعض[2] بأن تعرض الخصم للموضوع، ولم يكن قد طرق ما يتعلق بشكل الإجراءات من عيوب شف ذلك عن تنازله عن التمسك بما يترتب على هذه العيوب من جزاءات. أى تنازل الخصم عن التمسك بالجزاء الذى رتبه القانون على تعيب الشكل، وهو نزول إرادى صريح أو مفترض. ممثلاً ذلك فى افتراض المشرع أن التعرض للموضوع يعتبر تنازلاً عن الحق فى التمسك بالجزاء. ولذا لا يسقط حق الخصم فى التمسك بالجزاء إذا لم يعلم بوجود سببه من عيوب. مع ملاحظة أن المشرع يفترض علم الخصم بمواطن الجزاء متى اتخذ الإجراء المعيب فى مواجهته[3]. ووفقاً لذلك ظهر فى الفقه[4] ما يسمى بالإسقاط أو بالنزول المسقط.

ويبرر هذا الرأى تأسيسه لفكرة السقوط على النزول الضمنى أو المفترض عن الجزاء باعتبارات خاصة أو عامة. **والاعتبارات الخاصة**، تقتضى بأن العدالة ألا يبقى المدعى مهدداً بالدفوع الإجرائية طوال مراحل الدعوى، فيتراخى الخصم فى إبدائها، ويكون من نتيجة ذلك تعطيل الفصل فى موضوع الدعوى، وتهدد الإجراءات والقرارات التى تصدر أثناء نظرها بالإلغاء[5].

أما الاعتبارات العامة[6]: تتمثل فيما يوفره الفصل فى الدفع الإجرائى أولاً، من وقت وجهد القاضى، بدلاً من تكون الدعوى قد قطعت شوطاً بعيداً ثم تقف الخصومة فيها أو تؤجل على أثر دفع إجرائى، أو تقضى بغير الفصل فى موضوعها.

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٠ بند ٧٥، ص ١٠٨ بند ٥١، التعليق على قانون المرافعات ص ٤٥٧ مادة ١٠٨ د. وجدى راغب دراسات فى مركز الخصم ص ١٢٧ بند ١٩ د. إبراهيم نجيب سعد: ج ١ ص ٧٦٥ بند ٣٠٧. د. أحمد مليجى التعليق ج٢ ص ٩٠٠ مادة ١٠٨ د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٧٣ بند ٧٩. قارب د. أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٤٦٣ مادة ١١٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٦ بند ٥٦.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٧ بند ٥٦.

(٤) د. جلال العدوى: النزول عن الحقوق مقال مشار إليه سابقاً ص ١٧١.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٠ بند ٧٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٣ ٦ بند ١٤٥.

(٦) د. أمينة النمر: الإشارة السابقة.

ويخفف البعض[1] من عمومية تأسيس السقوط على النزول الإرادى، ويقصره على حالة اتفاق الخصوم على عدم ممارسة حق من حقوقهم الإجرائية. كما لو اتفق الخصوم ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة أول درجة نهائياً وفقاً للمادة ٢١٩/ ٢ مرافعات. والإتفاق هنا بمثابة تصرف فى الحق الإجرائى يتم به التنازل عن الحق فى الطعن بالاستئناف على الحكم. كما يعد من صور[2] هذا النزول حالة قبول الحكم أو من قضى له بكل طلباته[3]. فالنزول عن الحكم من جانب المحكوم له يعد تصرف إرادى صادر من جانبه لا يتوقف على قبول من جانب المحكوم عليه.

وهذا الرأى فى وجهيه لا يستقيم مع كون الواقعة المسقطة للحق فى إبداء العيوب الإجرائية بالتكلم فى الموضوع على كونها واقعة قانونية حددها المشرع، ورتب على مجرد وقوعها آثار قانونية، ودون أن يكون لوجود الإرادة الفردية أو عدم وجودها أى دور فى وقوعها أو ترتب آثارها. وواقعة التكلم فى الموضوع إحدى الوقائع الطبيعية الإجرائية[4] التى يستقل القانون بتحديدها وترتيب آثارها دون تدخل من الإرادة الفردية ولو لمجرد الإتيان بها، لأنه بمجرد حدوثها تترتب آثارها وبقوة القانون. ودون أن تتجه نية الخصم أو تستفاد ضمنياً من سلوكه كما هو الحال فى النزول الإرادى.

وحتى بصدد النزول الإرادى عن بعض الوقائع القانونية، لا يكون للإرادة الفردية دور فى تكوين هذه الوقائع ولا فى ترتيب آثارها، لأن المشرع هو الذى يستقل بتحديد هذه الوقائع وترتيب آثارها، غاية الأمر يسمح للإرادة الفردية بوضع

---

(١) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٢ – ٦٤ بند ٤٤ وما بعده دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٠ بند ٢١.

(٢) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٦.

(٣) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك مادة ٢١١ مرافعات، فقبول الحكم أو الرضا به لا يؤدى إلى سقوط الحق الإجرائى إذا تعلق هذا الحق بالنظام العام.

(٤) فى الوقائع القانونية الإجرائية، واستقلالية القانون بتحديدها وترتب آثارها سواء كانت وقائع طبيعية غير إرادية، أو وقائع إرادية أو اختيارية Faits Naturaels au involontaire et Volonaires والوقائع القانونية الإجرائية فى صورتيها= =الطبيعية غير الإرادية، أو الاختيارية لا دخل للإرادة الفردية بشأنها سواء فى تكونها أو ترتب آثارها. انظر: د. على هيكل: الدفع بالإحالة ص ٧٢ – ٧٦ بند ٧١ – ٧٣.
MOREL: op. cit. P. 311. N. 388 VIZIOZ: etudes de Procédure. Op. cit. P. 94. HÉBRAUD: obs R.T.D. Civ. 1961. P. 532 N3. Cette. Rev. 1962 P. 150 PERROT. Obs. R.T.D. Civ. 1987 N 141. Cette Rev. 1990. P. 555. Cette Rev. 1996 P. 981.

هذه الوقائع موضع التطبيق، وهو ما يعبر عنها[١] بالدور المساهم للإرادة الفردية بوضع بعض الوقائع القانونية موضع التطبيق. كالاتفاق على اعتبار حكم محكمة أول درجة نهائياً وغير قابل للطعن بالاستئناف مادة ٢١٩/ ٢ مرافعات[٢] أو النزول الإرادى عن البطلان مادة ٢٢ مرافعات[٣] وقبول الحكم[٤] مادة ٢١١ مرافعات، وفى كل ذلك لا يعد النزول مفترض[٥] لأن النزول لا يفترض إلا إذا نص القانون على ذلك[٦]. كما لا يعد صحيحاً إذا كان نتيجة تأثير خارجى[٧].

ووفقاً لذلك، يخلط الرأى السابق بين الوقائع القانونية الإجرائية التى يستقل القانون بتحديدها وترتب آثارها دون تدخل من الإرادة الفردية ولو لمجرد الإتيان بها – كواقعة الكلام فى الموضوع – وبين مساهمة الإرادة الفردية للقانون الإجرائى فى بعض الوقائع التى يضعها المشرع ويعلق مجرد تطبيقها على الإرادة الفردية، كحالة النزول الإرادى عن البطلان، والفارق بين الحالتين جد كبير[٨].

---

(١) فى الدور المساهم للإرادة الفردية للقانون الإجرائى فى ترتب بعض آثاره وفقاً المواد ٢٢، ٣٢، ١٠٣، ١١١، ١٢٨/ ١، ١٤٢، ٢٣٨ مرافعات انظر د. على هيكل: ص ٧٦ وما بعدها بند ٧٤ وما بعده. د. إبراهيم نجيب سعد: ج٢ ص ١٧٦ بند ٣٦٢.

VINENT et GUINCHARD: op. cit. P. 699 – 700 N 1180. JAPIOT: op. cit. PO. 584. N. 897. Com. 19 Dec. 1967. J. C. P 1968 ed. A.I.V.N. 5233 obs. J.A.R.T.D. Civ. 1968. 583. obs. RAYNAUD.

(٢) د. نبيل عمر: الوسيط فى الطعن بالاستئناف ص ١٢٧ وما بعدها بند ٢٩.
وفى تطبيق ذلك قضى بأن "قيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم يكون سبباً فى عدم جواز استئناف الحكم شرطه أن يكون التنفيذ اختيارياً دالاً على الرضا وعلى ترك الحق فى الطعن" طعن مدنى عمانى رقم ت٤٨٣/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١/٨ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ١٣٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٢.

(٤) مع ملاحظة أن تنفيذ الحكم قد لا يدل على الرضا، ومن ثم لا يسقط حق الطعن عليه، وقضى بأنه "ليس صحيحاً أن الطاعنة قد قبلت الحكم المطعون فيه كونها حررت شيكاً بالمبلغ المحكوم به، فتنفيذ الأحكام لا يعنى حرمان المحكوم عليه من حق الطعن فيها إذا استوفى الطعن شرائطه القانونية" طعن مدنى عمانى رقم ٣٤٥/ ٢٠٠٩ جلسة ٢٠١٠/٤/١٦ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٣٣٧.

(٥) وقضى تطبيقاً لذلك بأن "النزول لا يفترض، فلا يمكن أن يفسر مجرد التأخير فى إبداء الدفع تنازلاً عنه" نقض ١٩٩٤/٦/٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج٢ ص ٩٦٥.

(٦) د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها.

(٧) وقضى تطبيقاً لذلك "لا يعتبر التنازل صحيحاً ولا تترتب عليه آثاره إذا كان نتيجة تأثير خارجى ولم يكن بطيب نفس ودال على ذلك واقع الحال" طعن عمانى رقم ٢٠٠٥/٤١ جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام المحكمة العليا لسنة ٢٠٠٥ ص ٩٧.

(٨) فى الإرادة الفردية ودورها فى قانون المرافعات انظر: د. على هيكل: ص ٧١ وما بعدها بند ٧١ وما بعده. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٣٠٦ وما بعدها. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٨٦ وما بعدها بند ٣٥ وما بعده. وفى الإجراءات الجنائية انظر د. أحمد فتحى سرور: نظرية البطلان ص ٥٦ وما بعدها بند ٣٠ وما بعده.

وترتيباً على ذلك، تجد القاعدة أساسها ومبناها ووفقاً لما ذهب إليه الفقه الراجح[1]. فى واقعة قانونية استقل القانون بتحددها وترتب آثارها، وهى واقعة الكلام فى الموضوع. هذه الواقعة يترتب على مجرد تحققها سقوط الحق فى التمسك بالإجراء المعيب وترتيب جزاء السقوط، ودون التريث والانتظار حتى يتم تقدير العيب الإجرائى والفصل فيه، وحتى ولو ثبت فيما بعد أن صاحب الشأن لم يكن على حق بالمرة فى الكلام فى الموضوع، بل ولو ثبت أن هذا الموضوع لا يعنيه من قريب أو من بعيد. فيكفى أنه خاص به، ليسقط حقه فى التمسك بالعيب الإجرائى وبقوة القانون، ولو لم يعلم الخصم بحقه فى التمسك بالسقوط أو بالسبب المنشئ له. فهى قاعدة لا تبنى على مجرد تفسير إرادة الخصم[2]. وتطبيقاً لذلك قضى[3] "بأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وجوبى إبدائه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه، أو فيما لم يبدى منها"[4].

٥٢- الواقعة المسقطة للحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية: واقعة الكلام فى الموضوع، وإن عبرت النصوص التشريعية عن هذه الواقعة بتعبيرات مختلفة[5]

---

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٩٢ بند ٣٧٣. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٣. د. نبيل عمر: سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٦٧ وما بعدها بند ٤٧. سقوط وتصاعد وتحول وانتقال المراكز الإجرائية ص ٢٤ بند ١٤. دراسة= =فى السياسة التشريعية ص ٢١ بند ١٥، ص ٢٦ بند ١٨، ٢٨ بند ١٩. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٢ بند ١١. د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٦٣. د. وجدى راغب مبادئ ص ٤٩٥. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى: ص ١٤٧ وما بعدها حاشية رقم ١٦١. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٤٧ بند ٣٤. د. على هيكل شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العمانى ص ٣٧٣ بند ١٨٤ محمد كمال عبد العزيز التعليق ص ٦٤٦.

JAPIOT: op. cit. P. 449. N 672.
CADIET: droit judiciaire op cit. P. 424 N 819.

(٢) محكمة كان فى ١٧ يونيو ١٩١٤ – سيرى – ١٩١٥ – ١ – ٦٤ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٣) نقض ١٩٩٤/٥/٣١ الطعن ١٤٥٢ لسنة ٥٩ق، نقض ١٩٩٣/٣/١١ طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٥٩ق. نقض ١٩٩٣/١/١٦ طعن ٨٢ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٦٧/٢/٢٨ مشار لهذه الأحكام سابقا. طعن تجارى عمانى رقم ٣٧٥/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٣/٢٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٣٧. طعن مدنى عمانى رقم ١٤٥/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٠/٣ المجموعة السنة ١١ ص ٢٣٢ طعن تجارى عمانى رقم ٢٩٨/ ٢٠٠٩ جلسة ٢٠١٠/١/٢٠ المجموعة السنة ١٠ ص ٨٢٢.

(٤) نقض ١٧ مايو ١٩٧٩ فى الطعن رقم ١٦١ السنة ٤٤ق الموسوعة الذهبية ج٦ بند ١٠٣٠ ص ٤٦٤ مشار إليه لدى د. طلعت دويدار الإشارة السابقة.
وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الملغى ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بتقريرها على "..... كما أوجب إبداءها معاً وقبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها". على أن محكمة النقض تتحدث دائماً عن التكلم فى الموضوع وتعتبره بمثابة تنازل ضمنى عن الدفع الشكلى يسقط التمسك به. انظر نقض ٢٠٠١/٥/١٣ طعن ٣٢٥ لسنة ٥٨ق. نقض ١٩٩٧/١٠/٢٠ طعن ٢٨٨٤ لسنة ٦٦ق السنة ٤٨ ص ١١٤٣ عدد ٢ رقم ١٨٢ طعن ٧٠٧ لسنة ٤٦ق السنة ٣٣ ص ٩٤٨ رقم ١٧١. د. أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٣٤٨.

(٥) فى التعبيرات المختلفة لواقعة الكلام فى الموضوع انظر النصوص الآتية ١٧٣/ ٢ مرافعات فرنسى قديم، ٧٤، ١١٢ مرافعات فرنسى حالى، ١٥٧/ ٢ مرافعات إيطالى ١٥٣ مرافعات مختلط ١٣٨ مرافعات أهلى، ١٤١ مرافعات مصرى

فهى تكون بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها، سواء أبدى شفاهة أو فى مذكرة مكتوبة، ولو لم ينتبه الخصم إلى حقه فيها[١] أو ورد الطلب أو الدفاع فى إجراء باطل، لأن بطلان الإجراء لا يمنع من أن الكلام فى الموضوع قد حدث بالفعل[٢]. أو حكم بعدئذ بعدم الاعتداد بما ورد بالطلب لعدم كفايته[٣] أو حتى إذا انتهت الخصومة فى هذا الطلب بغير الفصل فى الموضوع، كما لو قضى بعدم الاختصاص بالطلب العارض أو بعدم قبوله[٤]. أو على الكل ولو لم يكن فى هذا الطلب أو تلك الدفاع معارضة لإدعاء الخصم، كما لو كان هذا الإدعاء واضح التأسيس، فلا يجد المدعى عليه ما يعارض به، فيفوض الأمر للمحكمة، فهذا التفويض يعد كلاماً فى الموضوع[٥] لا يجوز بعده التمسك بالعيوب الإجرائية.

٥٣- فمن ناحية أولى: يعتبر إبداء الطلبات القضائية تعرضاً للموضوع، سواء كان طلباً عارضاً فى الخصومة[٦] أو طلب إدخال ضامن فى الدعوى[٧]. أو طلب يتعلق بأدلة الموضوع مثل طلب إحالة الدعوى للتحقيق لسماع شاهد[٨]. أو طلب الحكم بتزويد السند الذى قدمه المدعى[٩] أو طلب التأجيل متى بنى على سبب

ملغى ١٠٨/ ١ من مجموعة المرافعات المصرية الحالية: انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ٦٩٣ بند ٣٧٤.

(١) نقض ١٩٩٣/٣/١١ طعن ٢٧٣ لسنة ٥٩ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٠٦ نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ طعن ٢٩٠ لسنة ٥٧ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ، ٧٤٣ نقض ١٩٦٧/١٢/٣٠ طعن ٢٩٠ لسنة ٣٤ق. طعن تجارى عمانى رقم ٣٧٥/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٣/٢٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٣٧.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٧٠٠ بند ٣٧٧ محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٦٤٧. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩ بند ٢٩ والحكم المشار لديه نقض ١٩٧٨/١١/١٠ طعن رقم ١٨ لسنة ٤٧ق.

(٣) يسقط الحق فى التمسك بالدفوع الشكلية بالعرض الفعلى الذى يتم أثناء نظر الخصومة ولو حكم بعدم الاعتداد بالعرض لعدم كفايته. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩ بند ٢٩ مكرر.

(٤) د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٧٤ بند ٧٩. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٥٩ بند ٢٩ مكرراً. التعليق على قانون المرافعات ص ٤٦١ مادة ١٠٨.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٧٢ بند ٧٦. وحالة سلامة تأسيس إدعاء المدعى ولم يجد المدعى عليه ما يعارضه به فيفوض الأمر للمحكمة، هذا المسلك يسمى فى فرنسا La rappori à justice يعتبر كلاماً فى الموضوع مسقط للحق فى التمسك بالجزاء. انظر جين: رسالة ص ١٦٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٩٤.

(٦) فى الطلب العارض انظر فيما سبق بند ٤٨.

(٧) د. طلعت دويدار: تأجيل الدعوى ص ٤٧ وما بعدها. نقض ١٩٧٨/٦/٢٢ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٥٢.
Coss. Civ. 22 avl 1976 Bull. Civ. 1976 – 1- 108.

(٨) طعن شرعى عمانى رقم ٨٦/ ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/٣/٣١ مجموعة أحكام المحكمة العليا لغاية ٢٠٠٤/١٢/٣١ مسقط ٢٠٠٥ ص ٢٨٧.
Coss. Civ. 12 doc. 1973. D. 1974. IR. 101.

(٩) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٥ د. نبيل عمر: أصول: ص. ٥٩٠ بند ٥٢٤ دراسة فى السياسة التشريعية ص ٢٩ بند ٢٠.

موضوعى، كتقديم مستندات لإبراء الذمة من الدين كله أو بعضه أو للإطلاع على مستند معين قدمه خصمه[١] أو طلب ندب خبير أو الطعن بالإنكار أو الجهالة أو طلب إدخال خصم لتقديم مستندات تحت يده تثبت عدم أحقية المدعى فى دعواه، وطلب أجل لتسوية الحساب أو الصلح أو للوفاء بالباقى من الدين أو طلب المقاصة القضائية[٢] كذلك الحال بالنسبة لطلب ضم شكوى، فهو طلب تأجيل متعلق بأصل الدعوى يؤدى إلى سقوط الحق فى التمسك بالدفع الشكلى[٣] وأيضاً طلب تأجيل لضم محضر الشرطة فى دعوى تعويض عن فعل غير مشروع[٤].

ويعد تعرضاً للموضوع، أيضاً، طلب وقف الدعوى اتفاقياً أو طلب وقفها لحين الفصل فى مسألة أولية لا تدخل فى اختصاص المحكمة اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة أو اختصاصاً نوعياً[٥]. وطلب ضم[٦] دعويان للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام دائرة واحدة من دوائر المحكمة، وذلك لأن تقديم المدعى عليه طلب الضم يعد تسليماً ضمنياً بصحة إجراءات الخصومة وبقيامها أمام محكمة مختصة[٧].

والمشرع فى كل ذلك يوسع ويبارك الأخذ بالوقائع المسقطة للحق فى التمسك بالعيب الإجرائى، وإسقاط الحق فى التمسك به بمجرد الكلام فى الموضوع، وبقوة القانون بمجرد تحقق الواقعة، ودون حاجة إلى طلب أو حكم من القاضى[٨].

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٣ بند ٧٦. د. أحمد هندى: التمسك ص ٧٣ بند ١١ د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة ص ٢٩ بند ٢٠.

(٢) أنور طلبه: موسوعة المرافعات ج٢ ص ١٤٠ مادة ١٠٨ مشار إليه لدى د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٤٩. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٤٨ بند ٢٨٥ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٣٩ بند ١٤٦.

(٣) نقض ١٩٥٥/١/٦ طعن ٢٩١ لسنة ٢١ق. مشار إليه سابقاً.

(٤) د. وجدى راغب: مبادئ: ص ٤٩٥.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: ص ١٧٣ وما بعدها بند ٧٦.

(٦) فى ضم الدعاوى للارتباط وقيام ذات النزاع، وأثر الضم على ذات النزاع والدعاوى المرتبطة. انظر د. على هيكل: الدفع بالإحالة ص ١٠٣ وما بعدها بند ١٠٠ وما بعده.

CADIET: (L.) Connéxite Ency Dalloz Pr. Civ. 1995. P. 5. N 29 et Litispendance Ency. Dalloz Pr. Civ. 1995. P. 3. N. 19.

وفى تطبيق ذلك: نقض ٢٠٠٤/٥/١٦ طعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٧٣ ق غير منشور.

(٧) د. على هيكل: الإشارة السابقة د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٨) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وتحول المراكز ص ٢٦ بند ١٥.

٥٤- **وعلى العكس، لا يعتبر تعرضاً لموضوع الدعوى**[١] طلب التأجيل البسيط المقدم بصفة عامة[٢]. كما لو طلب التأجيل للإطلاع أو للاستعداد أو لتقديم مذكرات دون بيان مضمونها[٣] لأن الطلب بهذه الصورة قد يكون الهدف منه هو التمهيد لإبداء الدفع، فلا يعنى بذاته كلام فى الموضوع[٤]. كذلك لا يعد تعرضاً للموضوع طلب تأجيل الدعوى للإطلاع على تقرير الخبير[٥]. أو طلب التأجيل لتقديم شهادة بيان تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم المحضرين للتحقق مما إذا كان الاستئناف قد رفع فى الميعاد[٦] أو مجرد طلب التأجيل لتقديم مستندات دون وصفها بأى وصف[٧] أو طلب التقصير بقصد تعجيل ميعاد الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو الطعن، إذ هو لا يدل بذاته عما إذا كان الهدف منه هو التمسك بالعيب أو مهاجمة الموضوع[٨].

كما لا يعتبر تعرضاً للموضوع، مجرد حضور الخصم أو من ينوب عنه فى جلسة سلبياً، إذ لا ينسب لساكت قولاً[٩]. أو التمسك بعدم اختصاص المحكمة محلياً دون تقديم الدليل على هذا الدفع يعد قول مرسل، التفات المحكمة عنه لا يعيبه[١٠] أو

---

(١) فى الوقائع المتعددة والتى لا تعد تعرضاً للموضوع انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٨ – ١٧٩ بند ٧٦. التعليق على قانون المرافعات ص ٤٦٤ وما بعدها مادة ١٠٨.

(٢) د. طلعت دويدار: المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها. مع ملاحظة أنه فى الحالات التى يصعب فيها التفرقة بين ما يعد تأجيل بسيط وبالتالى ليس مسقطاً للحق فى الدفع الإجرائى، وبين التأجيل المعتبر تعرضاً للموضوع، وبالتالى مسقطاً للحق فى الدفع الإجرائى، ففى هذه الحالات يتعين الوقوف على إرادة الخصم الذى يطلب التأجيل أو بدفع، لمعرفة ما إذا كان إرادته متجهة نحو متابعة السير فى الدعوى حتى نهايتها. د. طلعت دويدار: ص ٥٦ – ٥٨.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٨ بند ٧٦ والحكم المشار لديه دمياط الجزئية ١٩٣٤/١/١١ المحاماة ١٦ ص ٣٤٠. التعليق على قانون المرافعات ص ٤٦٥ مادة ١٠٨. د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.
Tomsin: Préc. P. 18 N. 73.
وفى تطبيق ذلك نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن ٢١٤٧ لسنة ٥٧ق وفى ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن ٣١٧٤ لسنة ٦١ق وفى ١٩٨٢/٤/٢٦ السنة ٣٣ ص ٤٤٢ رقم ٨٠، وفى ١٩٧١/٤/٢٧ السنة ٢٢ ص ٥٥٨ وفى ١٩٦٦/١٢/٦ السنة ١٧ ص ١٧٧٥ أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٥١. محمد كمال عبد العزيز التعليق ص ٦٤٦.

(٤) نقض ١٩٨٥/٣/٢٤ طعن ٩٩٣ لسنة ٥٠ق، نقض ١٩٨٧/٤/٢٧ ص ١٢٠٢ لسنة ٥١ق نقض ١٩٧١/٤/٢٧ السنة ٢٣ ص ٥٥٨، نقض ١٩٧٨/٦/٧ طعن ٥٣٤ لسنة ٤٤ د. أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٥١.

(٥)،(٦) المرجع السابق، نفس الموضع.

(٧) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز ص ٢٥ بند ١٥.

(٨) نقض ١٩٨٥/٣/٢٤، ١٩٨٧/٤/٢٧ مشار إليها سابقاً.

(٩) نقض ٢٠٠١/٥/١٣ طعن ٣٢٥ لسنة ٥٨ق أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٣٠٨.

(١٠) نقض ٢٠٠١/١/١٨ طعن رقم ٨٨٣ لسنة ٦٩ق.

الطعن بتزوير العمل الإجرائى، إذا كان الغرض من هذا الطعن هو التوصل إلى إثبات تعيب العمل للتمسك بالجزاء[١].

٥٥- ومن ناحية ثانية: يعد تعرضاً للموضوع تقديم دفوعاً موضوعية أو دفوع بعدم القبول، فإبداء الدفوع الموضوعية[٢] هو تعرض للموضوع، لأنها توجه إلى موضوع الدعوى، ومبناها عدم أحقية المدعى فى الإدعاء لعدم وجود الحق أو انقضائه[٣]. كذلك فأن الدفوع بعدم القبول[٤] يعتبر تعرضاً للموضوع، لأن التمسك بها ينكر سلطة خصمه فى إقامة الدعوى وسلطة المحكمة فى نظرها، أى مناقشة الدعوى وسلطة المحكمة فى نظرها، ويعتبر هذا تسليماً منه بما اتخذه خصمه فى الدعوى من إجراءات وصحة هذه الإجراءات[٥]. تعلق الدفع بعدم القبول بالموضوع[٦] أم بالإجراءات[٧].

أما الدفوع الإجرائية الأخرى[٨] وما إذا كان إبداؤها يعتبر تعرضاً للموضوع أم لا، فأن ذلك تحكمه قاعدة أخرى مؤداها أن جميع الدفوع الإجرائية يجب أن تبدى فى بداية النزاع. وبالتالى فأن إبداء بعض تلك الدفوع دون أن يكون من بينها التمسك

---

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٩٨ بند ٣٧٤.

(٢) نقض ١٩٨٣/٢/١٧ طعن ٦٥٤ لسنة ٥٤ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٤٨٦ نقض ١٩٥٧/٣/٣١ مجموعة الأحكام السنة ٧ ص ٢٤١. نقض ١٩٩٣/٦/٧ طعن ١٩٠٥ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع٢ ص ٢٣٠.

(٣) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٠ وما بعدها د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٥٧ وما بعدها بند ١٥٣ د. على هيكل شرح قانون الإجراءات ص ٣٦٩ وما بعدها بند ١٨١.
Solus et Perrot: op. cit. T,. 1. P. 282 N 304.

(٤) د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى منشأة المعارف ص ١١١ وما يليها بند ٧٦. وما يليه. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٦ وما بعدها بند ٢٦ وما بعدها، سقوط وتصاعد ص ٢٧ وما بعدها بند ٣٧.
MOHAMED ABD, EL – KHALEK – OMAR Thé Préc P. 62 ets N. 134 etss.

(٥) نقض ١٩٨٢/٢/٢٢ طعن ١٧٠٤ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ٦٦.

(٦) نقض ١٩٨٨/٤/٢٧ طعن ١٠٨ لسنة ٥١ق، نقض ١٩٧٣/٥/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ١٠٨. نقض ١٩٨٧/٣/٣٠ طعن ٦٢٥ لسنة ٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ٥٢١ نقض ١٩٩٥/٣/٢٦ طعن ٢٤٤١ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٥٢٩ نقض ١٩٩٤/٣/٧ طعن ٦١٥ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام الستة ٤٥ ص ٤٧٠. نقض ١٩٩٧/١١/٢٤ طعن ١٥٧٠ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٤٧٠. نقض ١٩٩٧/١١/٢٤ طعن ١٥٧٠ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٢٠٤. نقض ٢٠٠٠/١١/٢٠ طعن ١٦١٨ لسنة ٦٤ق المحاماة العدد ٢ – ٢٠٠٠ ص ٨٤.

(٧) نقض ١٩٩٢/٧/٣٠ طعن ١٠٧٥ لسنة ٥٣ق نقض ١٩٩٣/٦/١٦ طعن ٣٥٤٩ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٦٩٩. نقض ١٩٩٣/٧/١٤ طعن ٢٦٤٨ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع٢ ص ٨٣٢ نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٥٢٦٧ لسنة ٦٢ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ع٢ ص ٧٢٦. نقض ١٩٩٦/٣/٢٨ طعن ١٤٦٨ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ق ص ٥٨٣ نقض ٢٠٠٠/٦/١٢ طعن ٣٧٨ لسنة ٦٣ق.

(٨) فى الدفوع الإجرائية انظر د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٩٠ وما يليها بند ٨٥ وما يليه وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن ٨٣٦١ لسنة ٦٤ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ع٢ ص ١٣٥٦، نقض ١٩٩٧/٣/٢٧ طعن ٤٢٨٥ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥ نقض ١٩٩٧/٦/٢٤ طعنان رقما ١٤٧، ١٨٦ لسنة ٦٣ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ع٢ ص ١١٤٣ نقض ١٩٩٤/١٢/٢٩ طعن ٨٣٧٢ لسنة ٦٣ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ع٢ ص ١٧٥٨. نقض ٢٠٠٦/٦/٢٧ مشار إليه سابقاً.

بالعيوب الإجرائية – الجزاءات – أياً كان نوعها، متى تعلقت بالمصلحة الخاصة يسقط حق الخصم فى التمسك بالعيوب الإجرائية[١].

فإذا استقام إبداء الطلب أو الدفع على النحو السابق اعتبر بمثابة تعرض للموضوع، بسقوط الحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية، وكل إجابة أو رد على الإجراءات المعيبة، سواء أمام أول درجة أو ثان درجة باعتبارها صحيحة، يعتبر تعرضاً للموضوع يسقط الحق فى التمسك بالعيب الإجرائى، طالما تم هذا الطلب أو تلك الدفوع فى عمل مستقل. فلا يوجد أى نص يمنع تقديم الدفوع المتعلقة بالعيوب الإجرائية فى نفس المذكرة التى يقدم فيها الطلب أو الدفاع الموضوعى، طالما أن هذا الطلب أو هذا الدفاع قدم بعد تلك الدفوع[٢] ولو كان الدفاع فى الموضوع لم يظهر فى المذكرة إلا على سبيل الاحتياط[٣].

وإذا حدث وتكلم الخصم فى الموضوع محتفظاً بحقه فى التمسك بالعيوب الإجرائية فيما بعد. فإذا وردت هذه التحفظات فى صورة عامة، كأن يقول الخصم أنه يتكلم فى الموضوع على سبيل الاحتياط، ويتمسك بمختلف أوجه العيوب الإجرائية، أو إذا طلب الخصم الإطلاع على أوراق معينة تنصب على الموضوع، وأراد تحفظاً عاماً بأنه يتمسك بما يرد بالإجراءات من عيوب. فأن هذه التحفظات العامة، لا أثر لها دون شك ولا تحول دون سقوط الحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية[٤].

---

(١) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٦ بند ١١.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٩٩ بند ٣٧٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٤٩ بند ١٥١ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٧ بند ١١ د. وجدى راغب: ص ٤٩٥ والحكم المشار لديه: استئناف القاهرة ١٩٧٣/١١/٢٩ مدون التشريع والقضاء ج٤/ ٢٥ – ١.

Tomosin: Préc. P. 19. N 79 Civ. 27 Janv,. 1993. Bull. Civ. 1993. 1. N. 40.

قارن حكم محكمة القاهرة الإبتدائية – الأمور المستعجلة الجزئية ٢٦ نوفمبر ١٩٥١ المحاماة ٣٤ – ٤٥ – ٣٨ مشار لهذا الحكم لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٩٨.

(٣) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٩٩ بند ٣٧٦. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٦٤٦ بند ٢٥٨.

Tomosin:: Lic. Cit.

وفى تطبيق ذلك انظر:نقض ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٥٥٨.

Coss. Soc. 10 Mai 1978. Bull. Civ 5. N 346.

على أنه يجب حتى يحتفظ الخصم بحقه فى التمسك بالجزاء، أو أن يكون قد تمسك به على نحو يمكن القاضى من الفصل فيه، ويمكن الطرف الآخر من أن يحدد مركزه من التمسك بالعمل المعيب أو التخلى عنه، فإذا كان قد تكلم فى الموضوع، وتمسك بالعيب الإجرائى فى نفس العمل بعبارة عامة غير محددة، فمثل هذا لا يعتبر تمسكا بالجزاء، ويرتب على كلامه فى الموضوع سقوط الحق فى التمسك بالجزاء. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٧٠٠ بند ٣٧٦.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: ص ١٠٩ وما بعدها بند ٥٢، د. أحمد هندى ص ٨٠ بند ١١.

أما إذا كانت التحفظات خاصة ومحددة، فأنها تحفظ الحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية، ذلك أنها تعتبر بمثابة تمسك بالعيب الإجرائى، وما دام الخصم قد تمسك بذلك، فله الكلام فى الموضوع دون أن يخشى شيئاً[١].

٥٦- ويشترط لتحقق واقعة سقوط الحق فى التمسك بالعيب الإجرائى بالتكلم فى الموضوع:

١. يجب ان يكون الطلب أو الدفع، حتى يعتبر تعرضاً للموضوع، جازماً، دالاً بوضوح على أن الخصم الذى تقدم به يناقش موضوع الدعوى[٢]. فالطلب[٣] أو الدفع[٤] التى تلتزم المحكمة بالرد عليه، هو الذى يقدمه إليها الخصم فى صيغة صريحة جازمة، ابتغاء صدور حكم أو قرار فى الدعوى لحماية حق أو مركز قانونى يدعيه قبل خصمه. فحيث يناقش المدعى عليه دعوى خصمه، ويحاول تفنيدها، بدفاع أو دفع موضوعى أو بعدم القبول، فأنه بذلك يسقط حقه فى التمسك بما تثير الإجراءات من عيوب إجرائية. أما إذا كان ما صدر عن الخصم مجرد عبارات عامة سائغة أو مجرد أقوال مرسلة[٥]. أو

JAPIOT: Traité élémentaire. Op. cit. P. 467 N 672 obs. R.T.D. Civ. 1929. P. 1149 – 1151. Solus et Perrot: op. cit. T. I. P. 389 N 419.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٢/٢/١١ إيجارات طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ق مجلة المحاماة العدد الثالث ٢٠٠٣ ص ٩٨ أحمد هندى: التعليق ج٢ ص ٣٥٣.

Coss. Civ. 3 dec. 1959. Bull. Civ. 1959 – 11 – P. 523.

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٠ بند ٥٢. د. أحمد هندى: الإشارة السابقة.
قارن: حيث يرى البعض أن التحفظ ولو كان محدداً لا يمنع من سقوط الحق فى التمسك بالجزاء. ولكن يستدرك موضحاً، أن التحفظ يكون له قيمة إذا لم تكن بصدد وقائع قانونية محددة يترتب عليها التصحيح، وإنما بصدد وقائع ينسب إليها أن الخصم قد نزل بها عن التمسك بالبطلان، ففى هذه الحالة يعتد بالتحفظات الصريحة المحددة لأنها تدل على أن الشخص لم تتجه إرادته إلى النزول، وبالتالى فلا يوجد نزول رغم ما يدل عليه الظاهر. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٧٠٢ حاشية رقم ٢.

(٢) د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ١٧٥ د. أحمد هندى: التعليق ج٢ ص ٣٤٩ مادة ١٠٨. نقض ٢٠١٠/٦/٢٣ طعن رقم ٣٨٠٤ لسنة ٧٩ق (بوابة محكمة النقض).

(٣) نقض ١٩٩٥/٥/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٢١. نقض ١٩٨٣/٦/١٦ طعن ١٠٨ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨١/١١/١٢ طعن ١٩٩ لسنة ٤٨ق نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١١١٢.

Coss. Civ. 12 Janv. 1994. D. 1994. P. 442. Note Mossip.

(٤) نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن ١٩٩ لسنة ٤٣ق أحمد مليجى التعليق ج٢ ص ٩٠٢. نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٤٨٢.

Com. 8 Fevr. 1982. Civ. P. 41. N 49 Civ. 22 Mars 1982 Bull Civ 1982. 11. P. 34. N 50.

(٥) د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى: ص ١٩ بند ١٧، د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٠ بند ٢١. نقض ١٩٩٥/٥/٢٦، نقض ١٩٨٣/٦/١٦، نقض ١٩٨١/١١/١٢ مشار لهذه الأحكام سابقاً.

صدر الطلب أو الدفع غامضاً فى دلالته على مناقشة الموضوع، فلا يعد بمثابة تعرضاً للموضوع[١].

٢. يجب أن يكون التعرض للموضوع المسقط للتمسك بالعيب الإجرائى، قد تم فى ذات الدعوى عند نظرها، لا فى دعوى أخرى[٢] وأمام المحكمة – محكمة الموضوع – وليس خارج سلطة القضاء[٣]. فإذا تم الكلام فى الموضوع بصدد إجراءات مختلفة أو فى دعوى مختلفة أو خارج ساحة القضاء، فأن ذلك لا يسقط الحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية[٤]. فإذا جددت الدعوى بعد شطبها، فأن الكلام المسقط للحق فى التمسك بالعيب، هو الكلام فى الموضوع فى ذات الدعوى عند نظرها بعد التجديد[٥]. ويعد الطلب أو الدفع المقدم أمام المحكمة تعرضاً للموضوع، لأنه من إجراءات الخصومة المطروحة أمامها، ويمثل وسائل الدفاع والهجوم التى توضع تحت سمع وبصر القاضى الذى يملك قرار الفصل فى النزاع[٦].

وبالمقابل لا يعد تعرضاً للموضوع، إذا أقام الخصم دعوى جديدة بدلاً من تجديد دعواه السابقة، فأنه يجوز للمدعى عليه التمسك بالعيوب الإجرائية أو بأى دفع شكلى يتعلق بها، فى مستهل الخصومة الجديدة، حتى وإن كان قد تكلم فى الموضوع فى الدعوى السابقة التى انقضت دون الحكم فى موضوعها[٧]. وكذلك لا يعد تعرضاً للموضوع، تعرض أحد الخصوم لموضوع الدعوى خارج ساحة القضاء، كما لو

---

(١) انظر فيما سبق. بند ٥٢.

(٢) د. فتحى والى، أحمد زغلول: نظرية البطلان: ص ٧٠٣ بند ٣٨٠. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٨ بند ١١.

(٣) وإذا كان المشرع لم يفصح عن ذلك صراحة فى المادة ١٠٨ مرافعات، إلا أن ذلك ما تقتضيه عبارة المادة. فالتعرض للموضوع يكون "بإبداء طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول" بصريح النص، أو بإبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو مسألة فرعية فيها ينطوى على التسليم بصحتها على ما أوضحت محكمة النقض. انظر نقض ١٩٩٣/٢/٢٥ السنة ٤٤ ص ٧٤٣ رقم ١٢٣. وفى ١٩٩٣/٣/١١ السنة ٤٤ ص ٨٠٦ رقم ١٣٢ وفى ١٩٧٨/٦/٧ طعن ٥٣٤ لسنة ٤٤ق أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٥٣.

(٤) Paris. 5 Mars. 1979 . G. P. 1979. 2. Somm. 543.

(٥) نقض ١٩٩٧/١١/٢٩ طعن رقم ٨٣٦١ لسنة ٦٣ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج٢ ص ١٣٥٦. نقض ١٩٩٧/٣/٧ طعن رقم ٤٢٨٥ لسنة ٦٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٥٥٥.

(٦) د. أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٣٥٣ مادة ١٠٨.

(٧) قارب: نقض ١٩٧٦/٥/٣ طعن رقم ٧٥١ لسنة ٤٢ق – البكرى – الدفوع ص ٤٦ مشار إليه لدى أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٩.

حدث ذلك أمام الخبير قبل التمسك بالعيوب الإجرائية أمام القاضى، فالخبير ليس قاضياً[1] وعمله ليس عملاً قضائياً، ولا يملك سلطة الأمر أو الحكم، وإنما عمله يوضع تحت بصر القاضى الذى له الأخذ به أو طرحه جانباً[2].

٣. يجب أن يحدث التعرض للموضوع بعد اتخاذ الإجراء المعيب، وأن يكون الخصم على علم بحصول هذا العيب[3]. والمشرع يفترض علم الشخص بالإجراء وبكل مضمونه بمجرد اتخاذه صحيحاً فى مواجهته وفقاً لما نص عليه. كما يفترض علم الخصم بمواطن الإخلال بكل من الواجبات الإجرائية، وكيفية استعمال الحقوق والمراكز القانونية[4] وبكيفية إثارتها والتمسك بها، لأن هذا أو ذاك من القانون الذى لا يُعذر أحد بجهله[5]. وإذا اتخذ الإجراء المعيب بعد التعرض للموضوع، فأن ذلك لا يسقط الحق فى إثارتها والتمسك به طالما لم يكن موجوداً أو معروضاً لحظة التعرض للموضوع[6]. ولو فرض أنه كان موجوداً قبل الكلام فى الموضوع، ولكن الخصم الآخر أخفاه بطريق الغش فأن ذلك لا يسقط الحق فى التمسك بالعيب[7]. فيجب أن يكون العيب الإجرائى موجوداً قبل تحقق الواقعة المسقطة، وأن يكون الخصم على علم بهذا العيب.

---

(١) أما إذا تم التحقيق أمام القاضى المنتدب للتحقيق، فقد نظمته المادة ٧ من قانون الإثبات فالخصم الذى يريد إبداء دفع متعلق بإجراءات التحقيق كعدم إخطاره به أو فوات الأجل المحدد لإجرائه أو صدور حكم التحقيق فى مسألة ثابتة بالكتابة، يجب عليه التمسك بذلك أمام القاضى المنتدب للتحقيق ولو بعد إجرائه ولا يسقط الحق فى إبداء هذه الدفوع أمام المحكمة بهيئتها الكاملة بالتعرض للموضوع، وإنما الذى يسقط هذا الحق هو عدم إبداء هذه الدفوع أمام القاضى المنتدب للتحقيق. أنور طلبه موسوعة المرافعات ج٢ المادة ١٠٨ ص ١٤٤، ١٤٥ مشار إليه لدى أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٣٥٤ حاشية رقم ١.

(٢) د. أحمد هندى التعليق ص ٣٥٤. نقض ٢٠٠١/١٢/٢٤ طعن رقم ١٨٤٤ لسنة ٧٠ق، إيجارات المحاماة ٢٠٠٣ ع ٣ ص ٨٨.

(٣) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١ بند ٥٣. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٩ بند ١١.

(٤) انظر فيما سبق. بند ٢٩.

(٥) فى قاعدة لا يعذر أحد بجهله للقانون انظر د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض ص ١٨٨ بند ١٦٧. فالقول أو الفعل الذى يتم قبل اتخاذ الإجراء المعيب لا يعد إجابة له، والقول والفعل الذى يبرر من خصم يجهل حصول الإجراء، لا يمكن أن يعد إجابة له، فالتكلم فى الموضوع لا يسقط الحق فى التمسك ببطلان تقرير الخبير متى حصل قبل إيداع التقرير، أو قبل علمه بإيداعه. د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٦) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٧٩ وأحكام النقض الفرنسية المشارة لديه نقض مدنى فى ١٩٩١/١/١٥ النشرة المدنية ١ رقم ١٨، نقض ١٩٧٤/٣/٦ النشرة المدنية ٢ رقم ٨٦. باريس ١٩٨٠/١٢/١٩ – دالوز – ١٩٨٢ – ٥٠١.

(٧) فى التطبيق الفعلى لمبدأ الغش يفسد كل شئ، والجزاء الفعال على مخالفة هذا المبدأ "عدم نفاذ التصرف" انظر د. سنية يوسف: غش الخصوم ٢٠١٣ دار الجامعة الجديدة ص ١٤١ وما بعدها. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض مدنى فى ١٩٧٩/٥/٢١ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ج٢ ص ٣٩٩. نقض ٢٠٠٣/١٢/٢٣ طعن رقم ٢٨٧٩ لسنة ٦٦ ق مجموعة الأحكام ، السنة ٥٤ ص ١٣٨١.

وإذا فُرض أن تعدد الخصوم المتخذ فى مواجهتهم الإجراء المعيب، فلا يسقط حق من شرع الجزاء لمصلحته بقول أو فعل يقوم به خصم آخر سواء كان ممن يستفيد من هذا الجزاء أم لا[١] فأن الأصل فى تطبيق قاعدة السقوط بالتكلم فى الموضوع هو النسبية[٢]. أى أنه يتم بالنسبة لكل خصم على حدة دون اعتداد بمراكز الخصوم الآخرين. فإذا كان أحد الخصوم قد تعرض للموضوع، فأنه هو وحده الذى يسقط حقه فى التمسك بالعيوب الإجرائية[٣] فلا يسقط حق غيره من الخصوم الآخرين فى التمسك بهذه العيوب إذا تقررت لمصلحتهم[٤] فالقاعدة[٥] أن حق الخصم لا يسقط بما يبديه غيره من الخصوم من طلبات أو دفوع موضوعية.

٥٧- تقدير القاضى لواقعة الكلام فى الموضوع ورقابة محكمة النقض:

مسألة ما يعتبر كلاماً فى الموضوع وما لا يعتبر كذلك إنما يخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع[٦]. فالقاضى يتولى تقدير ما إذا كان ما صدر من الخصم يعد كلاماً فى الموضوع يسقط الحق فى التمسك بالعيوب الإجرائية من عدمه. وإثبات ما صدر من الخصم يعتبر مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض[٧]. ولكن تكييف هذا بأنه كلام فى الموضوع أم لا يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة النقض[٨]. فإذا ذكر

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع: الإشارة السابقة، ص ١٧٦ بند ٧٦.د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٤٤ بند ١٤٧.

(٢) انظر بند ٣٣.

(٣) ما لم تتوافر حالة من الحالات التي يجوز آثارت العيوب الإجرائية – الدفوع الإجرائية – فى أية حالة كانت عليها الدعوى. فى الحالات المستثناة.انظر: د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧١ وما بعدها بند ٧٥.د. نبيل عمر: المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(٤) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٧٠٣ بند ٣٨٠. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٤٧ بند ٣٤.

(٥) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٥.

(٦) د. نبيل عمر: سلطة القاضى التقديرية ص ٤٠٠ وما بعدها بند ٣٥٢. التقدير القضائى المستقبلى ص ٢٣ وما بعدها بند ١١ وما بعده. إعلان الأوراق القضائية ص ٢٤٣ بند ١٤٧.

(٧) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٧٠٢ بند ٣٩٧. نقض ١٩٩٢/٥/١٨ طعن ١٠٦ لسنة ٥٣ق نقض ١٩٩٢/١/٢٩ طعن ٦١٣ لسنة ٥٤ق نقض ١٩٨٧/٤/٢٧ طعن ١٢٠٢ لسنة ٥١ق نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ طعن ٣٤١ لسنة ٣٥ق مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٢٩٦. نقض ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٣= =ص ٣٣٩. طعن تجارى عمانى ٣٧٥/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٣/٢٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٦٣٧. طعن تجارى عمانى ٨٢/ ٢٠٠٩ جلسة ٢٠١٠/١/١١ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٠ ص ٩٩٤.

(٨) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. وجدى راغب: مبادئ ص ٤٩٥، ٤٩٦. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٨١ بند ١١، التعليق ج٢ ص ٣٣٩. محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٦٤٧.
وفى تطبيق ذلك قضى بأن "القاضى الموضوع تكييف الطلبات التى يبديها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما إذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه أن يسقط حقه فى التمسك بهذه الدفوع، وهو فى هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض "نقض ١٩٩٣/٣/٣١ طعن ٢١٤٧ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٩٢/٣/٢٩ طعن ٣١٧٤ لسنة ٦١ق نقض

قاضى الموضوع الوقائع التى حدثت فى الخصومة، واستخلص منها أن المدعى عليه لم يتكلم فى الموضوع، وكانت طلبات هذا الخصم كلاماً فى الموضوع، فأن المحكمة تكون قد أنكرت الطبيعة القانونية لهذه الطلبات وخالفت القانون[١].

٥٨- أثر واقعة الكلام فى الموضوع على العيب الإجرائى: هل تؤدى إلى زوال العيب أم يظل قائماً رغم سقوط الحق فى التمسك بالجزاء. تناول البعض[٢] حالة الواقعة المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء ضمن حالات تصحيح الجزاء رغم بقاء العيب ومع ذلك يرى[٣] أن واقعة السقوط تؤدى إلى تصحيح الجزاء وزواله، هذا التصحيح يتم بقوة القانون، وزواله لا يرجع إلى إرادة الخصوم، وإنما يرجع إلى واقعة قانونية محددة. وبحدوث هذه الواقعة[٤] يزال العيب الإجرائى بأثر رجعى، ويعتبر كأن لم يكن، ومن ثم يعتبر الإجراء صحيحاً من تاريخ القيام به، وليس من تاريخ حدوث الواقعة.

والفرض هنا، أن التصحيح ليس هو التجديد[٥] وليس التصحيح بالتكملة[٦] كما أن الإجراء المعيب لا يضاف إليه أية بيانات[٧]. وإنما الذى يتم هو إعادة مطابقة العمل أو الشكل الذى اتخذ معيباً لنموذجه القانونى، وذلك بعمل إرادى، بحيث ينتج

١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٥٥٨. نقض ١٩٩٧/١٢/٨ طعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٦٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ١٤٠٨.

(١) Coss. Civ. 31 Janv. 1912. D. 1915 – 1 – 46. 22 Fer. 1922. D. 1922 – 1 – 148.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٧٤ بند ٣٧٠، ص ٦٨٦. د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٥٩، ٢٦٥. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١١٧ بند ٥٦.

JAPOIT: Traité. Op. cit. P. 447 ets N 687.

(٣) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٨٧ بند ٣٧٠، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٤.

JAPOIT: op. cit. P. 447 N 687.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٦٥ وما بعدها خاصة ص ٧٦٦ بند ٣٠٧ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٧٠ بند ٧٥.

(٥) والتجديد هو إحلال عمل إجرائى صحيح محل عمل إجرائى باطل، وقد يتناول العمل الإجرائى بأكمله، إذا كان البطلان كلياً، أما إذا كان العمل باطلاً فى شق منه، فأنه لا يتناول إلا الجزء الباطل. وكل ما يشترط فى التجديد أن يكون ممكناً، ويكون ممكناً إذا لم يكن مستحيلاً. ويترتب على تجديد العمل الإجرائى الباطل وجود عمل مماثل له ينتج نفس آثاره كما لو كان صحيحاً. فإذا جددت صحيفة افتتاح الخصومة مثلاً، فأن الصحيفة الجديدة إذا كانت صحيحة تنتج الآثار القانونية التى تنتجها عادة صحف الدعاوى.
على أن الآثار التى تنتج ليست آثار للتجديد، وإنما آثار العمل الجديد، فالتجديد أثره هو إعادة العمل وما يترتب من آثار على الإعادة هى آثار العمل المعاد، وينتج العمل الجديد آثاره من تاريخه هو وليس من تاريخ العمل القديم الباطل. انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٨٦٤ – ٨٧٧ بند ٤٦٧ – ٤٧٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٦) انظر فيما سبق المراجع المشار إليها ص ١٤٠ حاشية رقم ٤.

(٧) انظر فيما سبق ص ٥٣

عن ذلك إمكانية توليد العمل الإجرائى أو الشكل الإجرائى لكافة النتائج القانونية التى يرتبها المشرع على اتخاذه صحيحاً[١].

ومؤدى ذلك، أن المشرع ولسياسة تشريعية[٢] يفترض[٣] بتحقق واقعة الكلام فى الموضوع وفقاً لنص المادة ١٠٨ مرافعات، وسواء وفقاً للمفهوم الضيق للنص[٤] أو على العكس بالمفهوم الواسع[٥] للإعفاء من الجزاء، والإبقاء على الإجراء المعيب، ليظل العمل به سارياً رغم عيبه، ولو أتخذ العمل الإجرائى بالمخالفة لمركز قانونى ظاهر غير حقيقى[٦]. هذا الإعفاء بتحليل أكثر دقة لا يتولد بطريقة مباشرة من الواقعة التى افترضها المشرع كواقعة معفية من الجزاء. وإنما يتولد من واقعة أخرى هى سقوط الحق فى التمسك بالجزاء الإجرائى[٧].

والواقعة القانونية التى افترضها المشرع كواقعة معفية من توليد الإجراء المعيب للجزاء، وهى واقعة الكلام فى الموضوع، هذه الواقعة لا تؤدى بذاتها إلى الإعفاء من الجزاء الإجرائى، بل هى تؤدى مباشرةً إلى سقوط الحق فى التمسك بالعيب الإجرائى، وإذا سقط هذا الحق امتنع توليد الجزاء الإجرائى.

وسقوط الحق فى التمسك بالعيب حالة حدوث واقعة السقوط، يقع وبقوة القانون[٨] دون حاجة إلى طلب من الخصم أو حكم من القاضى، إلا أنه قد يلزم للاحتجاج بهذا الجزاء، صدور حكم تقريرى رغم سبق سقوط الحق فيه بقوة القانون، إلا أن صاحب

---

(١) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٨٩ بند ١٧٣.
(٢) انظر فيما يلى بند ٧٥.
(٣) انظر فيما سبق بند ١٦.
(٤) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٩٢ بند ٣٧٣، ص ٧٠٣ بند ٣٨٠
Lyon 26 Nov. 1929 . G. P. 1930 – 1 – 95.
R. T. D. Civ. 1930 P. 437 ets Notge JAPIOT.
(٥) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٢ بند ٢٢. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٢٦ وما بعدها بند ١٦. دراسات فى قانون المرافعات ص ٣٨.
وفى التطبيق الموسع لحالات سقوط الحق فى التمسك بالجزاء انظر الأحكام الآتية:
Coss. Com. 26 Mai 1992 D. 1993. Som. 2. abs.
DERRIDA Coc. 27 Nov,. 1990 G. P. 1991. P. 124. Civ. 29 Oct. 1986 Bull. Civ. 1986. 11. N 154.
(٦) فى فكرة الوضع الظاهر انظر ما سبق. بند ١٩ ومابعده.
(٧) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٧٧ وما بعدها بند ٢٧٧ سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٢٤ بند ١٤.
(٨) انظر فيما سبق بند ٤٧ ومابعده.

المصلحة فى التمسك به قد لا يطلبه وقد لا يتمسك به[1] ويتشابك مع الإجراء المعيب، كما لو كان خالياً من العيب مسقطاً بذلك حقه فى طلب إعمال الجزاء.

لهذا الهدف، كانت فلسفة المشرع فى الإبقاء[2] على العمل الإجرائى المعيب بإسقاط وسيلة التمسك بهذا العيب، وهى الحق فى التمسك بها عن طريق الدفع الشكلى فيسقط هذا الحق وتسقط معه المراكز الإجرائية المصاحبة له أما العمل الإجرائى المعيب نفسه ينجو من السقوط فيظل قائماً بعيبه بدون تصحيح أو إضافة بيانات، مولداً آثار العمل الصحيح محافظاً على غيره من الأعمال الإجرائية المرتبطة به، وكذلك الأعمال الموضوعية والحقوق المتعلقة بالحق الموضوعى دون أن يمسها ضرر[3]. فالمشرع لا يضحى بها، بل يضحى بحق المدعى عليه ويسحب منه لاعتبارات خاصة حقه فى التمسك بالعيوب الإجرائية التى تشوب الأعمال الإجرائية، وذلك يؤدى إلى توصيل العدالة إلى أصحابها فى أقصر وقت وبأقل تكاليف[4].

المطلب الثالث

الحضور كواقعة مسقطة للحق فى التمسك بالجزاء

٥٩ - تمهيد:

الجزاء المتعلق بالمصلحة الخاصة، كما لا يجوز الحكم به رغم النص عليه متى تحققت الغاية من الشكل مادة ٢٠ مرافعات[5]. أو يجوز للخصم النزول الإرادى عنه صراحةً أو ضمنياً وفقاً للمادة ٢٢ مرافعات[6]. أو لا يكون لهذا الخصم أن يدفع ببطلان الإجراءات استناداً إلى أنه ليس صاحب المركز القانونى فى المعاملات التى تمت مع خصمه وفقاً للوضع الظاهر[7]. أو يسقط حق هذا الخصم فى التمسك بالجزاء

---

(١) ولو فرض وطلب الخصم الحكم بالجزاء وصدر حكماً، فهو حكم مقرر لأعمال الجزاء، فأن المحكوم له يستطيع التنازل عن هذا الحكم والتعامل مع الإجراء المعيب= =بما يراه فى صالحه. د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وتحول وانتقال المراكز الإجرائية ص ٢٦ بند ١٥.

(٢) د. نبيل عمر: سقوط الحق فى التمسك بالجزاء ص ٢٠٣ بند ١١٨. الأوراق القضائية ص ٢٨٦ بند ١٧٠. الهدر الإجرائى ص ٢٤ بند ١٤. التجهيل الإجرائى ص ٢٢٠ وما بعدها بند ١٣٧ دراسة فى السياسة التشريعية ص ٣٤ وما بعدها بند ٢٥. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز ص ٢٩ وما بعدها.

(٣) انظر فيما يلى بند ٩٦.

(٤) د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية الإشارة السابقة.

(٥) انظر فيما سبق بند ٤٨ ومابعده.

(٦) انظر فيما سبق بند ٢١ ومابعده.

(٧) انظر فيما سبق بند ١٩.

إذا تكلم فى الموضوع مادة ١٠٨ مرافعات[١]. كما يسقط الحق فى التمسك بالجزاء – البطلان – إذا حضر الخصم – المدعى عليه – فى الجلسة المحددة، أو بإيداع مذكرة بدفاعه، ذلك رغم أنه لم يتم اتباع أوضاع وشروط دعوته بالحضور، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ١١٤ مرافعات. وقد يكون هذا الحضور مجرداً بدون إعلان وفقاً للمادة ٦٨/ ٣ مرافعات.

وحيث تنص المادة ١١٤ مرافعات[٢] على أن "بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان أو فى
بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه "ومع اعتماد المشرع وبصراحة النص على "زوال البطلان" بالحضور أو بإيداع الخصم مذكرة بدفاعه، إلا أن الفقه والقضاء لم يتفق حول أساس موحد بشأن "زوال البطلان" هل بحضور الخصم يعد متنازلاً عنه؟ أم يعد الحضور تصحيحاً للبطلان! أم ليس هذا أو ذاك وإنما حضور الخصم يعد مسقطاً للحق فى التمسك بالبطلان:

٦٠- الحضور الناتج عن العيوب الواردة بالمادة ١١٤ مرافعات كواقعة مسقطة للحق فى التمسك بالبطلان: أساسه ومبناه: يرى البعض[٣] بأنه إذا شاب أوراق التكليف بالحضور أو صحف الدعاوى عيب من العيوب المنصوص عليها

---

(١) انظر فيما سبق بند ٥١ ومابعده.

(٢) وهو ما أعتمده المشرع المصرى فى ظل قوانين المرافعات المتعاقبة، فى هذه القوانين انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٣٦ – ٦٤٦ بند ٣٥٠ – ٣٥٣.
د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٥١٢ وما بعدها مادة ١١٤.
وذات نص المادة ١١٤ هو ما أعتمده المشرع العمانى وفقاً للمادة ١١٥ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية انظر د. على هيكل: قانون الإجراءات المدنية والتجارية ص ٣٩٢ وما بعدها بند ١٩٤ وما بعده.وليس لنص المادة ١١٤ مرافعات نص مقابل فى قانون المرافعات الفرنسى سواء فى القوانين الملغاة، أو فى القانون الحالى، ومبرر عدم وجود النص لكون المشرع الفرنسى يتبنى معيار الضرر وليس الغاية فى تقرير البطلان لعيب فى الشكل. انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٣٠ – ٦٣٤ بند ٣٤٦ – ٣٤٨.
ورغم غياب النص فى قوانين المرافعات الفرنسية المتعاقبة، إلا أن القضاء مستقر على أن حضور المدعى عليه وتمكنه من إبداء دفاعه ينفى أى ضرر يكون قد لحقه نتيجة الخطأ فى بيانات الصحيفة أو إعلانها انظر:
Coss. Soc. 14 Janv. 1988. J. C. P. 1988 – V – 103. Soc. 13 Mai 1986. Bull. Civ. 1986 – IV – 214. Civ. 17 Déc. 1984. G. P. 1985. 1 – Sommm. 83 obs GUINCHARD. R.T.D. Civ. 1985. 449. obs. PERROT. Civ. 9 Mai 1985. D. 1985 IR. 467. obs. JULIEN. Civ. 13 Oct. 1975. Bull. Civ. 1975 – 1- - 275.

(٣) د. إبراهيم نجيب سعد: ج١ ص ٧٦٥ وما بعدها بند ٣٠٧. ج٢ ص ٣٩ وما بعدها بند ٣٢١. د. أحمد مليجى: التعليق ج٢ ص ١٠٨١ مادة ١١٤. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٨٦ بند ١٧٠.

بالمادة ١١٤، وحضر الخصم رغم هذا العيب الذى يشوب الورقة أو الصحيفة أعتبر متنازلاً عن البطلان، وحضوره هذا يزيل البطلان، لأن يحقق فى الواقع الغاية المقصودة من الإجراء. وتنازل الخصم فى هذا الفرض يتم بقوة القانون بسبب القرينة التى وضعها المشرع، والتى بمقتضاها يعتبر الخصم متنازلاً عن البطلان بمجرد حدوث واقعة الحضور، ففى الحضور زوال للبطلان وليس تصحيحاً له[١] ولو لم يدلى الحاضر بأى طلب أو دفع أثناء الجلسة[٢] وبمجرد حدوث واقعة الحضور يزيل البطلان بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن.

ويكمل هذا الرأى بقوله[٣] أن الحضور الذى يزيل البطلان يعد تطبيقاً لأساس نظرية البطلان فى القانون، ولا تعتبر استثناءً على القواعد العامة فيه. كذلك لا يعتبر الحضور نزولاً ضمنياً كما ذهبت إليه محكمة النقض[٤]. لأن الأثر يترتب بغير نظر إلى إرادة الشخص، وإنما نتيجة حدوث واقعة افترض بها المشرع تحقيق الغاية من الشكل، فكلما تحققت الغاية من الشكل أو من البيان الواجب توافره فى الورقة أو الصحيفة فأنه لا يحكم البطلان، إذا أن الحكم به فى هذه الحالة يعتبر مغالاة فى الشكلية[٥].

ويرى البعض[٦] أن الحضور يصحح البطلان لعيب أحد البيانات أو الأشكال، متى حقق هذا الحضور الغاية من هذه البيانات أو الأشكال. وذلك إلا إذا نص القانون صراحة على التصحيح بالحضور بالنسبة لغير هذه البيانات أو الأشكال. فهنا توجد واقعة قانونية مصححة، وهذا لا يجوز القياس عليه.

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٤ بند ٦٥. التعليق على قانون المرافعات ٥٢٦ قانون المرافعات ص ٢٦٩ بند ٢٢٧.
(٢) د. أحمد مليجى: ص ١٠٨٢. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٥٣ بند ٦٥ المرافعات ص ٢٦٧ بند ٢٢٧.
(٣) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٠ بند ٣٢١.
(٤) نقض ٢٤ يونيو ١٩٦٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٥٧ مشار إليه لدى د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.
(٥) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٦ بند ٣٢١، د. أحمد أبو الوفا التعليق ص ٥٢١ مادة ١١٤.
(٦) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٤٠ بند ٣٥٢، ص ٦٥٠ وما بعدها بند ٣٥٦ د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٦ بند ٢٥٣. كتابات فى القضاء المدنى والتحكيم ص ٥١٨. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ٩٦ حاشية ٢. أصول ص ٥٠٩، قانون المرافعات ص ٢٨٤ بند ١٦٩. التعليق ج٢ ص ٤٦٣ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٥ بند ٤٠٠. د. وجدى راغب مبادئ ص ٥٢٣. د. الأنصارى النيدانى: القاضى ص ٢٤٤ بند ١٩٩. د. محمد الصاوى مصطفى: فكرة الافتراض ص ٢٢٢ بند ١٩٩. محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٧١٠ مادة ١١٤. د. أيمن رمضان: رسالة ص ١٩٦.

والواقعة التى يعول عليها القانون فى تصحيح العيوب الواردة فى المادة ١١٤ هى حضور المدعى عليه. فالحضور هو الشرط الوحيد فى التصحيح ومناطه. والواقع أن مجرد الحضور لا يكفى فى ذاته فى قيام الواقعة التى يترتب عليها التصحيح، وإنما يلزم لأجل ذلك أن يكون الحضور بناء على الإعلان المعيب، وأمام المحكمة التى كلف المدعى عليه بالحضور أمامها، وفى اليوم الواجب الحضور فيه.

ويدلل الفقه على صحة مسعاه، بأن المشرع وقد وضع قاعدة تطبيقاً للمادة ١١٤ مقتضاها، تصحيح بطلان إعلان صحف الدعاوى وأوراق التكليف بالحضور، بمجرد حضور المدعى عليه – المعلن إليه – والمشرع فى وضعه لهذه القاعدة فأن النص يطبق[١] الفكرة والأسس التى أعتمدها المشرع فى تنظيمه للبطلان. وهى تقوم على الربط بين الأشكال المقررة والغاية منها، فحيث تتحقق الغاية من الشكل فلا بطلان. فالمدعى عليه الذى يحضر أمام المحكمة يؤدى حضوره إلى تحقيق الغاية من بعض الأشكال القانونية فى الإعلان، وهى التى تستهدف حضوره وتيسر له وسيلة ذلك، ولهذا فليس له التمسك ببطلان العمل بسبب تخلف أو تعيب هذه الأشكال[٢] فوفقاً لهذا الاتجاه، يصحح الحضور البطلان ولو أعلن المدعى عليه أنه ما حضر أمام المحكمة إلا لكى يتمسك بالبطلان، كما يصحح البطلان ولو كان هو الوسيلة الوحيدة للتمسك بالبطلان، لأن الحكم فى الدعوى لا يقبل الطعن بأى طريق[٣].

والقاعدة لدى فقه هذا الاتجاه، فى هذا النطاق هى أن الحضور يصحح البطلان بأثر رجعى، فيعتبر العمل صحيحاً دائماً، ولهذا فأنه لا يجوز للمعلن إليه أن يحتج بحق اكتسبه بناء على بطلان العمل فى الفترة بين تاريخ الإعلان وتاريخ الحضور. ومبرر ذلك، أن الحضور يؤدى إلى تحقيق الغاية من الشكل المعيب تحقيقاً كاملاً،

---

(١) د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٠٢ وما بعدها بند ٢٤٨.

(٢) د. فتحى والى، أحمد زغلول: ص ٦٤٧ بند ٣٥٤. والأحكام المشارة لديه حكم الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية فى ١٩٧٤/٣/٤ المجموعة ٢٥ – ١٢ – ٢ نقض إيجارات ١٩٨٠/١/٢٦ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٨ق.

(٣) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٤٧ حاشية رقم ٢، د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٢٦٨ بند ٢٢٧. التعليق ص ٥٢٣. الدفوع ص ١٥٦ بند ٦٦.د. وجدى راغب: مبادئ ص ٥٢١ – قارن حكم القاهرة الإبتدائية ١٩٥٥/١/٢٩ المحاماة السنة ٣٦ ص ١٣٨٤.

بحيث لا يعتبر العيب صالحاً لأن يؤدى إلى البطلان فى أى وقت، فيعتبر إعلان صحيفة الدعوى صحيحاً منذ القيام به[1].

وباستعراض الاتجاهين السابقين نلاحظ أن نتائجهما واحدة، وهى كون الإجراء يعتبر منتجاً لكافة آثاره منذ اتخاذه، سواء لكون الحضور أزال البطلان بأثر رجعى وفقاً للاتجاه الأول، أو لكون الحضور صحح البطلان بأثر رجعى وفقاً للاتجاه الثانى. كما ان الاتجاهين اتفقا على أن المشرع بوضعه لنص المادة ١١٤ طبق بشأنها الفكرة والأسس التى أعتمدها فى تنظيمه للبطلان، والتى تقوم على الربط بين الشكل المقرر والغاية منه، فحيث تتحقق الغاية من الشكل فلا بطلان.

أما الخلاف بين الاتجاهين، وكما يرى البعض[2] فى نقطة البداية فى كون الحضور يزيل البطلان لدى الاتجاه الأول. والذى يعتبر الحضور تنازلاً عن البطلان. وتنازل مفترض يتحقق بواقعة الحضور. والاتجاه الثانى يرى أن الحضور مصححاً للبطلان.

ونقطة البداية لدى الاتجاهين، هى ما لم نسلم بصحة تصورها ولا بدقة أساسها، لأن اعتبار الحضور تنازلاً عن البطلان، وتنازل مفترض غير مسلم به، لأن التنازل[3] لا يفترض إلا إذا نص القانون عليه. كما أن الحضور واقعة قانونية[4] تؤدى إلى إسقاط الحق فى التمسك بالجزاء بنص القانون، دون تدخل الإرادة الفردية، حتى ولو لمجرد الإتيان بالواقعة، لكونها واقعة قانونية استقل القانون بتحديدها وترتيب آثارها[5].

وبعيداً عن الإرادة المفترضة، لأن القانون هو الذى يجرد العيب الإجرائى من الجزاء[6] فأن الحضور أو إيداع الخصم مذكرة بدفاعه لا يزيل العيب الذى أعتور

---

(١) فى تصحيح الحضور للبطلان بأثر رجعى، والنتائج المترتبة على ذلك: انظر د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٥٤ – ٦٥٦ بند ٣٥٧ والأحكام المشارة لديه نقض مدنى ١٩٥٣/٣/٥ مجموعة النقض ٤ – ٦٠٧ – ٩٤ نقض ١٩٩٠/٢/١٣ الطعن ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ق.

(٢) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٧٣ بند ١٦٣.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٥

(٤) انظر فيما سبق بند ٢٢.

(٥) د. أيمن رمضان: ص ٣٩٧.

(٦) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ٥٣٢.

الإجراء[1] واستخدام المشرع لعبارة "زوال البطلان" غير مسلم به من الناحية الفنية، لأن البطلان وقع من قبل، وما تم لا يمكن إعادته إلى حاله، ثم أن البطلان لا يزول بل يظل الإجراء المعيب – وكما سنرى – باقياً ملتصقاً به عيبه[2] **هذا من ناحية.**

ومن ناحية أخرى، الحضور ليس مصححاً للبطلان، ولا يعد تجديداً للإجراء المعيب، لأن العمل الجديد هو الذى يرتب الأثر[3]. كما أن تصحيح الإجراء الباطل لا يتم إلا بإحدى الوسيلتين الآتيتين فقط[4] الأولى التصحيح الفعلى على نحو ما قررته المادة ٢٣ مرافعات. والثانية، التصحيح الحكمى بصدور حكم بصحة الإجراء. وواقعة الحضور شأن واقعة الكلام فى الحضور مسقطة للحق فى التمسك بالجزاء.

والمشرع عن طريق فلسفة عدم المغالاة فى الشكليات حدد بيانات معينة فى أوراق معينة، ونص على أنه رغم بطلان هذه الأوراق لعدم صحة هذه البيانات، إلا أن مجرد تحقق واقعة معينة، هى حضور الخصم أو تقديم مذكرة بدفاعه، يؤدى إلى إسقاط حقه فى التمسك بالجزاء مع بقاء العيب[5]. على أن محكمة النقض تتحدث فى مواضع[6] على أن الحضور يعتبر بمثابة نزول عن التمسك بالبطلان. وفى مواضع أخرى[7] تتحدث عن البطلان الذى يصحح بالحضور. والصحيح أن الحضور كواقعة – وكما رأينا – لا يزيل البطلان ولا يصححه، وإنما يسقط الحق فى التمسك به وبأثر رجعى ودون أن يمس العيب الإجرائى بتصحيح أو زوال.

---

(١) انظر فيما يلى بند ٦٣.
(٢) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص٩٧ بند ٥٣. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٤ بند ٦٥.
(٣) انظر فيما سبق ص ١٨٨ حاشية رقم ٢.
(٤) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٠ بند ٦٣ التعليق ص ٥٢٢ وما بعدها.
(٥) د. أحمد أبو الوفا: التعليق: الإشارة السابقة، الدفوع الإشارة السابقة.
د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية نص ٢٧٤ بند ١٦٣، الهدر الإجرائى الإشارة السابقة، سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ص ٢٠٣ بند ١١٨. الإرتباط الإجرائى ص ١٤٧ بند ١٠٥. عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٤٣ بند ١١٢.
Vilzioz. Op. cit. P. 452.
(٦) فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٤/١١/١٧ طعن ١١٧٦ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج٢ ص ١٤٠٢. نقض ١٩٩٠/١٢/١٣ طعن ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ق مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ٨٦٨. نقض ١٩٨٣/١١/١٤ طعن ١٥٨٤ لسنة ٥٠ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٦١٤. نقض ١٩٧٨/١/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ٧٨. نقض ١٩٧٧/٢/٩ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٤٣٠ نقض ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ٤٣٠ نقض ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٢٦٢ نقض ١٩٦٨/٤/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٨٦٨.
(٧) فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ١٢٣٢ لسنة ٥٣ق نقض ١٩٨٥/٢/٢٦ طعن ٢٦٤ لسنة ٥١ق نقض ١٩٨٣/٦/٥ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٣٦٥. نقض ١٩٨٢/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥ق.

هذه الواقعة – الحضور – استبدل المشرع بمقتضاها الشكل القانونى المحدد لتوليد آثار إجرائية معينة، أدت هذه الواقعة إلى توليد ذات الآثار، التى كان يولدها العمل الإجرائى المعيب، إذا كان اتخذ بشكل سليم.

وإذا كانت واقعة الحضور هى الوسيلة المسقطة للحق فى التمسك بالبطلان، وبقوة القانون، دون أن يكون للإرادة الفردية دور فى هذا السقوط. فعلى العكس، فأن التخلف عن الحضور هو وسيلة التمسك بهذا البطلان. ومع ذلك إذا تخلف الخصم عن الحضور لا تستطيع المحكمة أن تقضى بالجزاء من تلقاء نفسها[1].

---

(١) فيجب أن تكون الورقة المعيبة هى إما صحيفة دعوى أو ورقة تكليف بالحضور، لأن صحيفة الدعوى من أوراق التكليف بالحضور. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٤٨ بند ٣٥٥ د. وجدى راغب مبادئ ص ٦٠٦. قارن د. أحمد أبو الوفا: حيث يرى بأن صحيفة الدعوى لا تعتبر فى ذاتها من أوراق التكليف بالحضور. انظر التعليق على قانون المرافعات ص ٥٢٥ الدفوع ص ١٤٣ بند ٦٥.

والمادة ١١٤ مرافعات نصت على امتداد أثرها إلى صحف الدعاوى، ويستهدف إعلانها حضور المدعى عليه الجلسة المحددة لنظر الدعوى للدفاع عن نفسه، أيا كانت الطريقة التى اتبعت فى رفع الدعوى، يستوى فى ذلك أن تكون قد رفعت بالإيداع، أو بطريق التكليف بالحضور، د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د.وجدى راغب: ص ٦-٥ د. نبيل عمر دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦٠ بند ٤٣.

فيجد النص مجالاً للتطبيق فى خصوص أوراق المرافعات التى تتضمن تكليفاً بالحضور، سواء صحف الدعاوى أو أوراق إعلانها، أو صحف الطعن بالاستئناف أو التماس إعادة النظر، لأن صحيفتى الاستئناف والتماس إعادة النظر يرفعا بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى وفقاً للمادة ٢٣٠، ٢٤٣ مرافعات. لذلك تشتمل صحيفة كل منهما على بيان المحكمة المرفوع إليها الطعن، كما يثبت فيها تاريخ الجلسة المحددة لنظره، كما يمتد تطبيق النص إلى أية ورقة من أوراق التكليف بالحضور أنظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ت٢٨٤ بند ١٦٩، التعليق على قانون المرافعات ج٢ ص ٤٥٧ وما بعدها. التمسك بالبطلان ص ٩٧ – ٩٩ بند ١٧ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤١ بند ٦٤. التعليق ص ٥٢٦ قانون المرافعات ص ٢٣٥ بند ٢٢٧. د. على هيكل: قانون الإجراءات ص ٣٩٥ بند ١٩٥.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٤/١١/١٧ طعن ١١٧٦ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج٢ ص ١٤٠٢ نقض ١٩٨١/١١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥ق نقض ١٩٧٨/٣/١٦ طعن ٢٥١ لسنة ٤٤ق.

طعن مدنى عمانى ١٤٥ لسنة ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٠/٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٢٣٢. طعن مدنى عمانى ٤٨ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٥/٤ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٨ ص ٤٦٠ الطعن ٦٦ لسنة ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١١/١١ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٣٠.=وعلى العكس من ذلك، فأن النص لا يطبق على الأعمال الإجرائية وأوراق المرافعات الأخرى التى لا تتضمن تكليفاً بالحضور، ولو كان من شأنها إنشاء خصومة جديدة أو مرحلة من مراحلها. فلا تطبق المادة ١١٤ على ورقة إعلان الطعن بالنقض. نقض ١٩٥٦/١/٥ م. نقض. م – ٧ ص ١٩٥٦ محمد كمال عبد العزيز التعليق ص ٧١٠.د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٧٨ حاشية رقم ١. الطعنان رقما ٣٩٧، ٤٠٩ لسنة ٢٠٠٦ تجارى عمانى جلسة ٢٠٠٧/٤/٤ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٩٠٩ طعن تجارى عمانى ٢٩٣/ ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٣ المجموعة ص ٧١٣.

كما لا ينطبق النص على إعلان الحكم، لأنه لا يعد من قبيل إعلان أوراق التكليف بالحضور كذلك الحال بالنسبة لعريضة الاستئناف، إذ لا تعتبر ورقة من أوراق التكليف بالحضور، لأنه لم يقصد بها دعوى الخصم للحضور أمام المحكمة فى يوم معين، وبالتالى تخضع للقواعد العامة للبطلان ولا يصحح الحضور تعيبها. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٠٠ والحكم المشار لديه نقض ١٩٥٩/١٢/٣ طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٢٥ق مجموعة المبادئ القانونية أنور طلبه ج ٥ ص ٨٧، ٨٨ رقم ٦٣. كذلك لا يطبق النص على الأوامر سواء الأوامر على عرائض أو أوامر الأداء، لأنها تصدر فى غياب الخصوم ولا يكلفون بالحضور أمام القاضى وفقاً للمادتين ١٩٥/ ٢٠٣ مرافعات. ولكن إذا قرر القاضى إجراء تحقيق قبل إصدار أمر الأداء وكلف الخصوم بالحضور أمامه، فأن النص ينطبق فى هذه الحالة د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦١ بند ٤٣ د. أحمد هندى التعليق ص ٤٥٨ مادة ١١٤.

وأخيراً، لا يؤدى الحضور إلى زوال البطلان الناشئ عن عدم مراعاة الأوضاع الجوهرية المنظمة لطرق رفع الدعوى، كما لو كانت الدعوى باطلة لرفعها بغير الطريق القانونى. نقض ١٩٦١/١٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ١٢ ص ٨٠٦ مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد زغلول ص ٦٤٨ حاشية رقم ٢.

٦١- العيوب التى يسقط الحضور الحق فى التمسك بها: العيوب الإجرائية التى تشوب صحف الدعاوى وإعلان أوراق التكليف بالحضور[١]. والتى يسقط الحضور الحق فى التمسك بالبطلان الناتج عنها، تتمثل فى عيوب ثلاثة، تعيب بيان المحكمة، تاريخ الجلسة، الإعلان. وتتميز هذه العيوب فى أن عدم إنتاجها لآثارها، نتيجة الحضور، لا يتطلب تصحيح بيانات قائمة أو إضافة أية بيانات جديدة لصحف الدعاوى أو أوراق التكليف بالحضور، لذلك كان اختيار المشرع لهذه العيوب أوفق لمقتضيات الحال، وأقرب إلى الإنصاف بين طرفى الخصومة[٢]. هذه العيوب الثلاثة وردت على سبيل الحصر، وفيما عداها يكون للمعلن إليه الحضور، والتمسك بالبطلان على صورة دفع شكلى، يبدى فى مستهل الخصومة وقبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فى التمسك به[٣].

أولاً: بيان المحكمة وتاريخ الجلسة: هما ليسا من بيانات ورقة الإعلان، بل من بيانات ورقة صحيفة الدعوى التى يرد عليها الإعلان[٤]. ولا صعوبة فى العيب الذى يشوب بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة. فيقوم هذا العيب إذا لم تحدد المحكمة التى تنظر الدعوى أو لم يحدد تاريخ الجلسة تحديداً كافياً[٥]. إذ فى الحالة الأولى يكون مكان الحضور مجهلاً. وفى الحالة الثانية يكون زمان الحضور مجهلاً[٦]. أو أن تذكر المحكمة أو يذكر تاريخ الجلسة التى ستنظر فيها الدعوى خطأ أو يغفل ذكرهما على الإطلاق[٧].

---

(١) طعن ٢٠٠ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١/٢٣ طعن ١٤٥ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٢/٤/١٨، طعن ٢٥٤ لسنة ٢٢ جلسة ١٩٥٦/١/٥ أحمد عبد الصادق ص ١٤٥٣ وما بعدها.

(٢) وفى ذلك تقول المذكرة التفسيرية فى صدد المادة ١٤٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ – المقابلة للمادة ١١٤ من قانون المرافعات الحالى – "أنه قد أخذ عن كل من القانون الأهلى والمختلط ما رآه أوفق لمقتضيات الحال وأقرب إلى الإنصاف بين طرفى الخصومة".

(٣) انظر فيما سبق بند ٥١.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤١ بند ٣٢١. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٥٠ بند ٣٥٥ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٥٨ بند ١٥٦.

(٥) د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٨٥ بند ١٦٩ د. على هيكل: المرجع السابق ص ٣٩٧. محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج٢، ١٩٥٨ ص ٢٨٧ بند ٧٧١.

(٦) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ١٩٥ وما بعدها بند ١٢٠. د. أحمد هندى، التمسك بالبطلان ص ١٠١ بند ١٨ د. أحمد مليجى: التعليق ج٢ ص ١٠٧٦.

(٧) محمد وعبد الوهاب العشماوى، الإشارة السابقة. د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٤٧ بند ٢٦٩. د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة د. على هيكل الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦٢ بند ٤٣ إعلان الأوراق ص ٢٥٨ بند ١٥٧.

والواقع أن بيان المحكمة وتاريخ الجلسة يقصد بهما اجتماع المدعى والمدعى عليه أمام المحكمة فى الميعاد المقرر، فإذا تحقق هذا الهدف بحضور المدعى عليه، تكون الغاية من هذه البيانات قد تحققت، ويغدو التمسك بالبطلان مغالاة فى الشكلية، ويتنافى مع نص المادة ٢٠ مرافعات. ويلاحظ أن عدم تحديد الدائرة أو عدم ذكر الساعة – فيما عدا الدعاوى المستعجلة – لا يرتب أى بطلان، ومن ثم لا يجوز للمدعى عليه أن يتخلف عن الحضور بسبب هذه العيوب مدعياً بطلان صحيفة الدعوى[١].

ثانياً: العيب فى الإعلان: لم يحدد المشرع المقصود بالعيب فى الإعلان الذى يصححه الحضور[٢]. إلا أنه لا يقصد بهذا العيب أى عيب يتعلق بالإعلان[٣]. وإنما يجب تفسير النص بالنظر إلى أساسه، وهو تحقيق الغاية بالحضور، أى أن نطاق العيب فى الإعلان يقتصر على الحالات التى يكون الغرض منها تمكين المدعى عليه من الحضور. وعلى ذلك فالعيب فى الإعلان الذى يصححه الحضور هو العيب فى شكل الإعلان الذى يؤدى الحضور إلى تحقيق الغاية منه[٤]. وبعبارة أخرى إذا كان العيب يتصل بأمر من الأمور التى يقصد بها دعوى الخصم للحضور. بمعنى أن عدم تحقق أحد هذه الأمور، قد يؤدى إلى عدم تمكين المدعى عليه من الحضور. فإن حضوره رغم هذا العيب يسقط الحق فى التمسك بالبطلان[٥].

فالعيوب المتعلقة بالإعلان التى تتحقق الغاية منها بحضور المعلن إليه تشمل من **ناحية:** كل عيب يتعلق بتسليم صورة الإعلان، كما لو سلمت الصورة للمدعى

---

(١) د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٥٨ وما بعدها بند ١٥٧ د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٢ بند ٣٢١ والحكم المشار لديه ١٩٦٨/١١/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٤٤٠ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٠١ والحكم المشار لديه نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ طعن رقم ٤٤١ لسنة ٣٤ السنة ٢٠ ص ١٠٣٤ الموسوعة الذهبية عبد المنعم حسنى – ٢ – ص ٥٤١ رقم ١٠٤٩. نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٣٠٣ أحمد مليجى ص ٣٤٢ مادة ٧.

(٢) د. أحمد هندى: التعليق ج ٢ ص ٤٥٨. قانون المرافعات ص ٢٨٥ بند ١٦٩، التمسك بالبطلان ص ١٠١ بند ١٨.

(٣) محمود عبد الوهاب العشماوى ج٢ ص ٢٨٥ وما بعدها بند ٧٧١ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٦١ وما بعدها بند ١٥٧.

(٤) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦١ بند ٤٣ د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٤٩ بند ٣٥٥ د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٢ بند ٣٢١ د. وجدى راغب مبادئ ص ٦١٦ وما بعدها. على هيكل ص ٣٦٥ بند ١٩٥ د. أحمد هندى الإشارات السابقة. د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٤ وما بعدها بند ٦٥. ويرى بأن الضابط الذى وضعه المشرع للتفرقة بين العيب الذى يزول البطلان الناشئ عنه بالحضور، وبين العيب الذى لا يزول البطلان الناشئ عنه بالحضور، هو أن الأول لا يتطلب التصحيح أو إضافة أية بيانات جديدة للورقة.

(٥) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٢، ٤٣ بند ٣٢١.

عليه فى غير موطنه[١] أو تعددت مواطنه فى الورقة المعلنة[٢] أو لشخص ممن لا يجوز تسليم الصورة إليه[٣]. أو عدم بيان صفة مستلم الورقة[٤]. أو إذا سلمت فى الموطن بينما كان من المفروض تسليمها إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة[٥] أو لمخالفة إجراءات تسليم الورقة لجهة الإدارة، سلمت الورقة لشيخ البلد – صديق لطالب الإعلان – ولا يقيم المعلن إليه[٦]. أو سلمت الصورة إلى المعلن إليه فى مكان لم يتخذه موطناً مختاراً[٧]. أو تسليم الصورة لذات المراد إعلانه أو فى موطنه المختار فى أحوال يتعين فيها تسليم الصورة لذات المراد إعلانه أو فى موطنه الأصلى[٨] أو تسليم الصورة إلى مدير المصلحة المختصة بدلاً من تسليمها إلى إدارة قضايا الدولة عملاً بالمادة ١٣ مرافعات[٩]. أو لم يرسل المحضر كتاب موصى عليه للشخص المراد إعلانه، بعد تسليم الصورة لجهة الإدارة[١٠] أو سلمت الصورة إلى النيابة لجهل المدعى بموطن خصمه دون أن تتضمن آخر موطن معلوم له فى مصر أو فى الخارج[١١] أو سلمت الصورة يوم عطلة رسمية، أو فى غير الأوقات المسموح بها[١٢] ففى كل هذه الحالات وغيرها[١٣] من الحالات الأخرى المتعلقة بالتسليم، والتى

---

(١) نقض ١٩٥٣/٣/٥ المجموعة ٤ – ٦٠٧ – ٩٤ د. فتحى والى، أحمد زغلول ص ٦٤٩.
(٢) د. أحمد مليجى: التعليق ج ٢ ص ١٠٧٨. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ٥٢٣ المرافعات ص ٢٦٧ بند ٢٢٧.
(٣) نقض ١٩٧٤/١/٢ المجموعة ٢٥ – ٢٠٨ – ٣٦ د. فتحى والى، أحمد زغلول الإشارة السابقة.
(٤) نقض ١٩٧٨/١/١٤ طعن ٢٧٠ لسنة ٤٢ ق.
(٥) نقض ١٩٧٨/١/١٥ طعن ٨٦٧ السنة ٤٤ق.
(٦) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٩١ وما بعدها بند ٥٢. نقض ١٩٥٢/١١/١٣ طعن ١٩٣ لسنة ٢١ق أحمد هندى التعليق ج ٢ ص ٤٥٩.
(٧) د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٦٩ بند ٤٠. نقض ١٩٦٣/١/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٤ ص ١٥٣.
(٨) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٥ بند ٦٥. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦١ بند ١٥٧.
(٩) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٩٤ بند ٥٢.
(١٠) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ١٩٦ بند ١٢٠. د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٣٧٣ لسنة ٥٨ق قارن د. أمينة النمر: الدعوى وإجراءاتها ص ٢٠٩، حيث ترى أن هذا البطلان لا يزول بالحضور لأن العيب ليس فى الإعلان ولكنه لاحق عليه.
(١١) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة د. أمينة النمر: ص ٢٠٨ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق الإشارة السابقة التجهيل الإجرائى ص ٧٥ بند ٤٣. نقض ١٩٩٣/٣/٢٨ طعن ٤٣٢ لسنة ٥٩ق نقض ١٩٩٢/١١/٢٩ طعن ٢٢٣٣ لسنة ٥٨ق نقض ١٩٩١/١٠/٣١ طعن ١٥٩٤ لسنة ٤٥ق نقض ١٩٨٢/١/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ١٤٢.
(١٢) د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٠٢ بند ١٨ د. على هيكل: ص ٣٩٨ بند ١٩٥.
(١٣) قضى بأن حضور المعلن إليه بالجلسة المحددة، فى ورقة الإعلان يزيل البطلان الناشئ عن تزويد أحد البيانات التى يصحح البطلان فيها الحضور طعن ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ق ج٢ ص ١٤٠٢. ولكن يلاحظ أن الحضور لا يصحح البطلان الناشئ عن تزويد غير هذه البيانات أو عن اصطناع ورقة الإعلان. محمد كمال عبد العزيز: التعليق ص ٧١٢ مادة ١١٤.

فيها تعد الورقة باطلة بسبب عيب فى الإعلان، يسقط الحق فى التمسك بالبطلان بحضور الخصم.

ومن ناحية ثانية: تشمل العيوب المتعلقة بالإعلان، العيب المتعلق ببيان اسم من سُلمت إليه الورقة وتوقيعه على الأصل، أو على العكس إثبات امتناعه[١] إذ يعتبر ذلك عيباً فى الإعلان، لم يؤثر فى تحقيق الغاية منه، حيث حضر الخصم[٢].

ومن ناحية أخرى، تشمل العيوب المتعلقة بالإعلان، العيب المتعلق بالبيان الخاص باسم المعلن إليه ومهنته وموطنه أو بمن يمثله أو الخطأ فى اسم الشخص المعنوى أو فى اسم من يمثله أو عدم احتواء ورقة الإعلان على لقبه، إذ الغرض منه تعيين شخصيته أو شخصية من يمثله، فإذا حضر وكان هو المدعى عليه – أو ممثله، أو ممثل الشخص المعنوى – المطلوب حضوره، فقد تحققت الغاية من البيان[٣]. ويكون التمسك بالبطلان فى هذه الحالة ضرب من المغالاة فى الشكلية. أما إذا كان المعلن إليه ليس الشخص المطلوب حضوره[٤] فبديهى أن حضوره لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان.

وعلى العكس لا يسقط الحق فى التمسك بالجزاء، البطلان الناشئ عن خطأ أو نقص فى بيانات تهدف إلى تحقيق غاية أخرى خلاف دعوة الخصم للحضور. وعلى ذلك يخرج من دائرة تطبيق المادة ١١٤ مرافعات، العيب فى تاريخ الإعلان[٥] لأن الفرض منه هو معرفة الوقت الذى تبدأ فيه الآثار التى رتبها القانون على إعلان

---

(١) نقض ١٩٨٢/١٢/٢ طعن رقم ٥٧١ لسنة ٥٢ق. وفى الخطوات والإجراءات التى يجب على المحضر أن يقوم بها حالة تسليم الورقة إلى من يجوز تسليمها عليه المادة ١٠، ١١ مرافعات انظر د. أحمد هندى: العلم القانونى ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. أحمد هندى: التعليق ج٢ ص ٤٥٩ مادة ١١٤. التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦٢ بند ٤٣.

(٣) محمد وعبد الوهاب العشماوى: الإشارة السابقة د. نبيل عمر: التجهيل الإجرائى ص ٩٨ وما بعدها بند ٥٣. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٤٩، ٦٥٠ بند ٣٥٥ د. أحمد هندى، التمسك بالبطلان: الإشارة السابقة وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٣/٣/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٣٧٢. نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ١٢١٦، نقض ١٩٦٠/٦/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٤٨٢. طعن مدنى عمانى ٤٨ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٥/٤ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٨ ص ٤٦٠. قارن: حيث يقصر البعض العيب فى الإعلان على العيب فى طريقة الإعلان، فلا يشمل تلك البيانات الخاصة بالمعلن والمعلن إليه، لخطورة هذه البيانات، ولأنه بغير توافرها لا يمكن أن يقال بأن الخصومة قد انعقدت ونشأت من وقت إيداع صحيفتها قلم الكتاب د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٦ وما بعدها حاشية. التعليق ص ٥٢٧، ٥٢٨ المادة ١١٤.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٣ بند ٣٢١.

(٥) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٠ بند ٣٥٥، فتحى والى: الوسيط ص ٤٤٧ بند ٢٦٩.

الورقة والمواعيد التى تسرى من وقت الإعلان[1] وهذا الفرض لا يحققه مجرد الحضور[2] والبيانات الخاصة باسم المدعى أو بوقائع الدعوى وأسانيدها[3] وبيان اسم المحضر وتوقيعه[4] أو مخالفة مواعيد الإعلان، كما لو حضر المدعى عليه أو المستأنف عليه بعد فوات ميعاد الثلاثة أشهر الواجب تكليفه بالحضور خلالها، فإن هذا لا يسقط حقه فى التمسك باعتبار الدعوى أو الاستئناف كأن لم تكن[5]. أو مخالفة الطريق الواجب اتباعه فى الإعلان، كما لو أعلن الشخص الاعتبارى بذات إجراءات إعلان الشخص الطبيعى[6] فمخالفة مواعيد الإعلان، وطريقة إتباعه لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان، لأن الحضور لا يحقق الغاية من هذه البيانات التى تهدف إلى تحقيق أغراض أخرى لا تتصل بحضور المدعى عليه[7].

٦٢- ماهية الحضور المسقط للحق فى التمسك بالبطلان: يقصد بالحضور فى المادة ١١٤ مرافعات هو حضور الخصم المعلن إليه أو ممثله أو من يقوم مقامه

---

(١) نقض ١٩٧٧/١٢/٧ طعن رقم ٥٨٤ لسنة ٤٤ق موسوعة المرافعات أنور طلبة ج١ ص ٣٢٥ وكذلك مجموعة المبادئ ج ٥ ص ٨١ رقم ١٥١ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٠٣.

(٢) نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢٢٣٢ لسنة ٥٢ق أحمد مليجى ج١ ص ٣٥٥ مادة ٩.

(٣) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٦٢ بند ٤٣. د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٣ بند ٣٢١ د. فتحى والى: الوسيط: الإشارة السابقة د. على هيكل الإشارة السابقة.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ي٤٣ بند ٣٢١ وفى تطبيق ذلك انظر نقض ١٩٩٢/٣/٢٦ طعن ٢٣١٠ لسنة ٥٦ق السنة ٤٣ق ص ٥٢٢ رقم ١١١، وفى ١٩٩١/٣/٧ طعن ١٠٢ لسنة ٥٣ق السنة ٤٢ ص ٦٧٩ رقم ١٠٨ وقضى فيه بأن "البطلان المرتب على اغفال بيان اسم المحضر وتوقيعه على صورة الإعلان يتعلق بالنظام العام ويصححه حضور المعلن إليه بالجلسة" د. أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٤٤٤ مادة ١١٤. نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢٢٣٢ لسنة ٥٢ق أحمد مليجى التعليق ج١ ص ٣٧٨.
أما إذا كان اسم المحضر مكتوباً بخطه فى الخانة المخصصة له فى الصحيفة ولكن يصعب قراءته، فأنه يتحقق معه ما قصدت إليه المادة ١٠ مرافعات، المادة ٩ من قانون المرافعات الحالى، ولا يترتب البطلان نقض ١٩٦٩/١/٢٥ سنة ٢٠ق ص ١٣٢٢، نقض ١٩٧٠/٥/٥ سنة ٢١ق ص ٧٨٧ أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٣٧٧.

(٥) نقض ١٩٨٩/٢/١٤ طعن ١٢٠١ لسنة ٥٣ق، ١٩٨٣/١١/١٤ طعن ١٥٨٤ لسنة ٥٠ق السنة ٣٤ ص ١٦١٤، ١٩٧٧/٢/٩ السنة ٢٨ ص ٤٣٠ أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٤٦٠ مادة ١١٤. نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ المجموعة ٢٦ – ١٧٣٥ د. فتحى والى البطلان ص ٦٥٠.

(٦) طعن عمانى رقم ١٠٣ لسنة ٢٠١٠ "إيجارات" جلسة ٢٠١٠/١٢/٥ مجموعة الأحكام السنة ١٠ ص ٤١٦.

(٧) د. إبراهيم نجيب سعد ص ٤٤ بند ٣٢١، د. فتحى والى، أحمد زغلول: الإشارة السابقة. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ٢٦٠ بند ١٥٧ دراسة فى السياسة: الإشارة السابقة. وفى تطبيق ذلك انظر: قضى بأن "حضور الخصم الجلسة الأولى لنظر قضى بأن "حضور الخصم الجلسة الأولى لنظر الاستئناف لا يحقق الغاية من استلزام بيان تاريخ الإعلان واسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها وتوقيعه لأن الغرض من بيان تاريخ الإعلان هو معرفة الوقت الذى تبدأ منه الآثار التى رتبها القانون على الإعلان والمواعيد التى تسرى من وقت الإعلان والغرض من بيان اسم المحضر والمحكمة التى يعمل بها هو التحقق من أنه للشخص الذى قام بالإعلان صفة فى مباشرة هذا العمل فى حدود اختصاصه، أما توقيع المحضر هو إضافة صفة الرسمية، وهذه الأغراض لا تربط بما قصد به من استلزام البيانات الأخرى، ومن ثم فأن حضور المعلن إليه بالجلسة المعلن إليها لا يصحح البطلان الناشئ عن النقص فى البيانات السابقة مما لا مجال فيه لإعمال المادة ١١٤ مرافعات نقض ١٩٨٣/٤/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ١٠٨٩ نقض ١٩٧٧/١٢/٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ١٧٥٩.

قانوناً[1] فيحضر ذات الخصم المعلن إليه والمكلف بالحضور أو بممثل قانونى أو من يقوم مقامه قانوناً[2]. فمثول أى منهم يغني فى الحضور. إلا أنه إذا كانت الإجراءات لا تصح إلا فى مواجهة الممثل القانونى للخصم، فأن حضور هذا الممثل هو الذى يسقط الحق فى البطلان، فلا يغنى حضور الخصم بشخصه. فإذا كانت الصحيفة باطلة لتوجيهها إلى القاصر وليس إلى من يمثله قانوناً، فإن حضور القاصر لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان، إلا إذا كان قد بلغ سن الرشد. وإنما الحضور المسقط للبطلان هو حضور الوصى[3].

وكذلك الأمر بالنسبة للعيب فى صفة المعلن إليه، فإذا أعلن شخص باعتباره ممثلاً لشركة، وهو ليس كذلك، فإن حضوره لا يسقط البطلان، وإنما يسقط حضور الممثل الحقيقى[4]. وحضور المتدخل تدخلاً انضمامياً لا يسقط الحق على الخصم الذى تدخل المتدخل إلى جانبه، لأنه يحل محله ولا يمثله، ولأن هذا التدخل لا يصلح أن يضر بأية مصلحة للخصم الأصلى[5] فالحضور المقصود هو حضور الخصم المعنى فى الإعلان المعيب، فحضور خصم آخر غيره لا يغنى[6] ولا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان.

وإذا تعدد المعلن إليهم بورقة باطلة وحضر أحدهما أو بعضهم دون البعض الآخر، فلا يعتد بسقوط البطلان إلا بالنسبة لمن حضر منهم دون الآخرين[7] لنسبية البطلان فى هذا الصدد[8] كما أن الحضور هو المسقط

---

(١) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧. دراسات فى مركز الخصم ص ١٠٩ د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٨٦ بند ١٦٩.

(٢) وإذا حضر محام بغير توكيل عن خصم كان إعلانه باطلاً، فانه لا يُعتد بهذا الحضور، ولا يسقط حق الخصم فى التمسك بعدئذ بالبطلان بشرط تخلفه عن الحضور، وتمسكه بالبطلان فى صحيفة الطعن. انظر: د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٤٩ بند ٦٥. د. أحمد مليجى: التعليق ص ١٠٧٩ مادة ١١٤. طعن مدنى عمانى ١٠٦/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٢/٥ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١١ ص ٢٩٥.

(٣) ريكابريديس مجلة المرافعات ١٩٣٢ – ٢ – ١٢١ – لازوزا: نظام البطلان بند ١٠٤ ص ١٢٥ مشار إليهما لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥١ بند ٣٥٦ د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٤) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٨٠ وما بعدها بند ٤٤، ص ١٤٩ بند ٦٥.

(٦) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٧) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧ د. أحمد هندى قانون المرافعات ص ٢٨٦ بند ١٦٩. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦٢ بند ١٥٩. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥١ بند ٣٥٦ والحكم الإيطالى المشار لديه نقض مدنى ١٠ يوليو ١٩٥٤ قضاء إيطالى ١٩٥٤ – ٩٧٧.

(٨) نقض ١٩٩١/٤/٤ طعن ١٤٩٩ لسنة ٥٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ص ٨٦٨.

له[1]. ومن ثم لا يجوز لمن سقط حقه فى التمسك بالبطلان بحضوره أن يتمسك ببطلان إعلان غيره من الخصوم[2].

ويشترط فى الحضور المسقط للحق فى التمسك بالبطلان وفقاً للمادة ١١٤ وهو الحضور فى الزمان والمكان المعينين فى الورقة الباطلة[3]، من **ناحية أولى: أن** يتم الحضور فى الجلسة المعينة وأمام المحكمة المحددة بالتكليف[4]. فيجب أن يكون حضور المدعى عليه أمام المحكمة التى كلف بالحضور أمامها، فحضوره أمام محكمة ثان درجة، لا يسقط حقه فى البطلان الذى شاب إعلانه أمام محكمة أول درجة التى لم يحضر أمامها[5] لأن حضوره لم يتم بناء على الورقة الباطلة[6] وإنما كان بناء على إعلان صحيفة الطعن، وجدير بالإشارة أن استلام الإعلان الباطل أو صورته فى جميع الأحوال لا يسقط الحق فى البطلان[7]، كما لا يعد نزولاً عن التمسك به[8].

نقض ١٩٩٠/١/١٧ طعن ٢٨٩٧ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤١ ص ١٨٧.

(١) أما مجرد تقديم طلب لإعادة الدعوى للمرافعة، فى اليوم التالى لحجز الدعوى للحكم، فلا يعتبر حضوراً منه فيها. نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ١٨١٧ لسنة ٥١ ق أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٤٦١ مادة ١١٤.

(٢) نقض ١٩٧٣/٥/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٤٠، نقض ١٩٧٣/٤/٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٦٨، نقض ١٩٦٩/١/٢٥ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٣٢ مشار لها لدى د. نبيل عمر: إعلان الأوراق: الإشارة السابقة.

(٣) نقض ١٩٧٥/٣/١٨ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ٦٣١ نقض ١٩٨٢/٥/١١ طعن ١٥٣٩ لسنة ٤٨ق، نقض ١٩٨٢/١٢/٢٤ طعن ٤٠٣ لسنة ت٤١ق نقض ١٩٨١/١٢/٢٤ طعن ١٩٦ لسنة ٤٦ق نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ١٨١٧ لسنة ٥٦ق محمد كمال عبد العزيز. التعليق ص ٧١١ مادة ١١٤.

(٤) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٢ بند ٣٥٦.

(٥) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. فتحى والى: الوسيط ص ٤٤٨ بند ٢٦٩. د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٤ بند ٣٢١.

(٦) ما لم يكن الخصم قد حضر أمام أول درجة وطلب الإطلاع على تقرير الخبير، فأن حقه فى التمسك ببطلان إعلانه يكون، مما يضحى معه الإدعاء بتزوير هذا الإعلان غير منتج نقض ١٩٨٥/٢/٢٦ طعن ٢٦٤ لسنة ٥١ق أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٤٦٢ مادة ١١٤.

(٧) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.

(٨) انظر فيما سبق بند ٢٢.

كما يجب أن يكون الحضور فى الجلسة المحددة بالتكليف[١] ذلك لأن البيانات المعيبة لا تتحقق الغاية منها بالحضور، إلا إذا كان الحضور فى الجلسة المعلن إليها[٢] يستوى فى ذلك أن يتم فى أول الجلسة أو فى أى وقت أثناء انعقادها[٣] دون الاعتداد به إذا تم بعد انفضاض الجلسة[٤]. أو حضوره مبنى المحكمة أو قلم الكتاب ولم يثبت حضوره فى محضر الجلسة[٥]. وإنما يجب أن يثبت حضور الخصم فى محضر الجلسة[٦] ولو قام بعد حضوره بالانسحاب منها[٧] ولو لم يدلى بأى طلب أو دفع أو لم يتكلم[٨]. بل ولو صرح أنه لم يحضر إلا للتمسك ببطلان إعلانه بصحيفة الدعوى[٩].

ويشترط من ناحية أخرى: أن يكون الحضور بناء على إعلان الورقة المعيبة. ومجرد حضور الخصم فى الزمان والمكان المعينين فى هذه الورقة، يكون قرينة قضائية على أن الحضور كان بناء على الورقة[١٠]. أما إذا لم يحضر الخصم فى

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٥٠ بند ٦٥ على بركات: الوسيط ص ٧٥٨ وما بعدها بند ٥٨٠. د. وجدى راغب: مبادئ ص ٥١٧. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٢ بند ٣٥٦. والأحكام المشارة لديه: نقض عمال ١٩٨١/١٢/٢٦ – الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤٤١ق نقض مدنى ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن رقم ٢٠٩٠ لسنة ٥٤ق شبين الكوم الجزئية ١٩٣٩/١/٢٢ المحاماة ٢٠ – ٢٧٩ – ٩٧.
قارن: حيث يرى البعض بأنه لا يجوز تخصيص المادة ١١٤ المقابلة للمادة ١٤٠ فى قانون المرافعات الملغى، حيث ورد النص مطلقاً يفيد الحضور فى أية جلسة. فالحضور فى أية جلسة ولو جلسة تالية للجلسة المعينة بالورقة الباطلة يسقط الحق فى البطلان، وذلك لأن الذى يرد التمسك بالبطلان ما عليه إلا أن يمتنع عن الحضور أصلاً. محمد وعبد الوهاب العشماوى ج٢ ص ٢٨٩.
وفى تطبيق انظر: استئناف إسكندرية ١٩٥١/٤/١٩ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ٥٣.
وفى الرد على ذلك انظر: د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٥١ بند ٦٥.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة، د. إبراهيم نجيب سعد الإشارة السابقة. د. على بركات: الإشارة السابقة.

(٣) د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٢٨٧ بند ١٦٩. وقضى بأنه "لا يجوز للخصم أن يتمسك بالبطلان مدعياً أن محاميه وإن كان قد حضر إلا أن حضوره كان متأخراً فلم يتمكن من أن يشترك فى المناقشة الشفهية للقضية.
Coss. Civ. 23 dic. 1949 For. It. Re. P. 1949 – V – Precdimenta Civ. 263.
مشار إليه لدى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٣.

(٤) مستعجل القاهرة ٢٦ نوفمبر ١٩٥١ المحاماة ٣٤ ص ٤٥. نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥ السنة ٤ ص ٢٤٥ وقضى فيه بأنه "لا يغنى عن الحضور الطلب المقدم من الوكيل بعد انفضاض الجلسة" أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٥٠.

(٥) د. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٦) نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ٥٠٨ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦٤. د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٠٩.

(٧) د. الأنصارى النيدانى: القاضى والجزاء ص ٢٤٥ بند ٢٠٢.

(٨) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. محمد كمال عبد العزيز ص ٧١٢ مادة ١١٤.
VINCENT et GUINCHARD: op. cit. P. 526 N 554.

(٩) د. الأنصارى النيدانى: الإشارة السابقة.

(١٠) وترتيباً على ذلك يقع على عاتق من يتمسك بالبطلان رغم حضوره عبء إثبات أن حضوره لم يكن بناء على الورقة المعيبة. نقض ١٩٧٨/٣/١٦م. نقض م – ٢٩ ص ٧٧٣ نقض ١٩٨٦/٦/٣ الطعنان رقما ١٢٥٢، ٢٦٩ لسنة ٥٢ق نقض ١٩٨٢/١/١٧ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥.

الجلسة التى دعى إليها بمقتضى هذه الورقة المعيبة، وإنما حضر صدفة أو من تلقاء نفسه دون أى إعلان شفوى دون تسلم صورة الإعلان[1]. أو بناء على إعلان آخر غير المدعى بطلانه، ولو كان تالياً له[2]. كما لو أعلنت صحيفة الدعوى للمدعى عليه إعلاناً باطلاً ثم غاب المدعى عليه، فأمرت المحكمة بتأجيل الدعوى لجلسة تالية يعلن بها المدعى عليه وفقاً للمادة ٨٥ مرافعات[3] ثم حضر المدعى عليه بناء على الإعلان الأخير، فأن هذا الحضور لا يسقط حقه فى التمسك بالبطلان، لأنه لم يتم بناء على الإعلان المعيب[4] إذ لا تعتبر الغاية من الإعلان قد تحققت إذا حضر الخصم بناء عليه[5].

وإذا رفعت الدعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، وتم إعلانها خلال ثلاث أشهر عملاً بالمادة ٧٠ مرافعات، وشاب الإعلان أو الصحيفة عيب من العيوب الواردة بالمادة ١١٤ مرافعات، وحضر المدعى عليه فى الميعاد، أو بعد انقضاءه، فحضوره يسقط الحق فى التمسك بالبطلان. كما لا يجوز له أن يتمسك – فى هذا الفرض – باعتباره الدعوى كأن لم تكن[6].

ولو فرض وتمسك المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن، لتوافر مفترضات هذا الجزاء[7]. قد يقدر القاضى ألا وجه لإعمال هذا الجزاء، إعمالاً لسلطته التقديرية،

---

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٣ وما بعدها بند ٣٥٦. د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٤ بند ٣٢١. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٦٢ وما بعدها بند ١٥٩ د. أحمد مليجى ج٢ ص ١٠٨٠ مادة ١١٤.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٠٥٧ نقض ١٩٧٠/٢/١٠ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٢٧٢.

(٢) كما هو الحال بالنسبة لإعادة الإعلان، فهذا الحضور لا يصحح بطلان الإعلان الأول نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة ٢٢ – ٥٥٨ – ٨٨. ١٩٧٥/٣/١٨ المجموعة ٢٦ – ٦٣١ – ١٢٥نقض ١٩٧٥/٥/٢٠ – المجموعة ٢٦ – ١٠١٧– ١٩٤، ١٩٧٧/٥/١٧ الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٣ق د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٦٥٤ بند ٣٥٦. نقض ١٩٨٨/٢/٢٥ الطعن ١٧١٣ لسنة ٥٣ق، ١٩٨٩/١٢/١٤ الطعن رقم ١٢٠١ لسنة ٥٣ق .

(٣) نقض ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٣٧٣١ لسنة ٥٨ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج ٢ ص ٧٢٤ نقض ١٩٩١/٧/٢٩ طعن ٦٠٨ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ج٢ ص ٢٣٢. نقض ١٩٥٣/١٠/٢٢ طعن ١٦٥ لسنة ٢١ق مجموعة الأحكام السنة ٥ تص ٩٢.

(٤) نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص ١٥٠٧ نقض ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ ص ٥٥٨، استئناف القاهرة ١٩٧٣/١١/٢٩ مدونة التشريع والقضاء ج٤ – ٢٥/ ٥١ لدى د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٨.

(٥) د. وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٦) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٥ بند ٣٢١، د. وجدى راغب: ص ٦١٩ د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ٢٦٧ بند ١٦٠. الارتباط الإجرائى ص ١٥٣ بند ١٠٩.

(٧) فى مفترضات الجزاء الوارد فى المادة ٧٠ مرافعات. انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٤٤ – ١٤٧ بند ١١٢. الهدر الإجرائى ص ٩٩ بند ٥٥.

وبترخيص من المشرع، رغم توافر أسباب الجزاء الوارد فى المادة ٧٠ وذلك لعدم المغالاة فى الشكليات[١].

٦٣- **ويقوم مقام الحضور**، بصريح المادة ١١٤ مرافعات، تقديم المدعى عليه مذكرة بدفاعه فى قلم كتاب المحكمة المعينة، وقبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاث أيام تطبيقاً للمادة ٦٥/ ٢ مرافعات[٢]. أو فى الميعاد القانونى المقرر بالنسبة للطعن مادة ٢١٣ مرافعات[٣]. وذلك اتساقاً مع ما أوردته المادة ١/١٨٣ مرافعات من تسوية بينهما[٤] واعتباراً بأن الحضور والإيداع يستهدفان غاية مشتركة هى إبداء الدفاع أما شفوياً أو كتابة بالمذكرة المودعة[٥] ومن ثم فأن القواعد التى تسرى على الحضور الذى يسقط الحق فى التمسك بالبطلان هى بذاتها تنطبق أيضاً على إيداع المذكرة دون تفريق[٦].

---

(١) د. نبيل عمر: عدم الفاعلية ص ١٤٦ وما بعدها بند ١١٤. إعلان الأوراق: الإشارة السابقة وبتحليل أكثر دقة بخصوص الجزء الوارد فى المادة ٧٠ مرافعات، يتبين أن هذا الجزاء ينطوى على خطأ فنياً يتعين تنزيه المشرع عن الوقوع فيه، ومقتضاه أن الجزاء – اعتبار الدعوى كأن لم تكن – هو جزاء عن واقعة سلبية لم تحدث، هو عدم الإعلان فى الميعاد، ولا يوجد إعلان بعد الميعاد لكى ينصب عليه الجزاء، كما لا يوجد إعلان فى الميعاد، والنتيجة أنه لا يوجد إجراء يلى إيداع الصحيفة على وجه الإطلاق يمكن صرف الجزاء إليه. نقض ١٩٨١/٥/١٨ طعن ٢٨٢ لسنة ٤٩ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٥٢٠.
أما صحيفة الدعوى وهى إجراء سابق على العمل الذى يتم، فهو فرضاً إجراء صحيح من كل الوجوه، ومع ذلك نجد المشرع رد عليه الجزاء، فوقع عليه جزاء لا يبرره قيام عيب فى العمل ذاته، وبالتالى يكون قد عمل جزاء بدون أن يوجد عيب، ولذلك خفف المشرع مما سبق، وترك للقاضى رخصة الحكم بهذا الجزاء، وقد يقرر عدم الحكم به، ويؤجل نظر الدعوى، ويمنح للمدعى أجلاً مصحوباً بالغرامة أو بدون الغرامة لاعلان المدعى عليه إعلاناً صحيحاً وإلا اعتبرت الدعوى كأن لم تكن. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٩٩ وما بعدها بند ٥٥.

(٢) نقض ١٩٩٨/١/٢٤ طعن ٤٤٢٢ لسنة ٦١ق نقض ١٩٩٤/١/٢٧ طعن ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٢٧٨ طعن عمانى تجارى ٣٧٦/ ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٧ أحكام المحكمة العليا السنة ٧ ص ٧٤٤.

(٣) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٦٥٢ بند ٣٥٦، د. وجدى راغب: ص ٦١٧ د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٠٨ بند ١٨ قانون المرافعات ص ٢٨٩ بند ١٦٩ التعليق ج ٢ ص ٤٦٢. د. على هيكل ص ٣٩٧ وما بعدها بند ١٩٥ د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ٤٥ بند ٣٢١، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق ص ٢٧٠ بند ١٦١ محمد كمال عبد العزيز ص ٧١١ مادة ١١٤.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/٧/٢٧ طعن ١٦٥٦ لسنة ٥٣ق، ١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ١٢٠٧ لسنة ٥٣ق، ١٩٨٠/٦/٢٦ مجموعة الأحكام ٣١ ص ١٨٦٨. =مع ملاحظة أن مجرد تقديم طلب إلى المحكمة، أو مذكرة ينوه فيها الخصم ببطلان الإعلان ويطلب فيها المحكمة أن تقضى به، دون أن يحضر- فأن ذلك ليس مسقطاً للحق فى البطلان نقض ١٩٧٨/٢/١٥ طعن ٨٦٧ لسنة ٤٤ق موسوعة المرافعات أنور طلبه ج٣ ص ٣١٩، ٣٢٠٩ مشار إليه لدى أحمد هندى التمسك بالبطلان ص ١٠٩ طعن ٢١١ لسنة ٤٤ق جلسة ١١٤/ ١٩٧٨ أحمد عبد الصادق: ص ١٤٤١ وما بعدها.

(٤) حيث تنص المادة ٨٣/ ١ على أنه "إذا حضر المدعى فى أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية فى حقه ولو تخلف بعد ذلك".

(٥) نقض ١٩٩٣/٢/١٧ طعن ٦٩٤ لسنة ٥٨ق أحمد هندى التعليق ج٢ ص ١١٩ مادة ٨٣.
Coss. Civ. 29 Oct. 1979. D. 1980 – 1 – R – 464.

(٦) وفى تطبيق ذلك قضى بأنه "ومن المقرر وفقاً للمادة ١١٤ مرافعات أن بطلان صحف الدعاوى وإعلانها وأوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب فى الإعلان يزول بحضور المعلن إليه فى الجلسة أو بإيداع مذكرة بدفاعه" نقض ١٩٨٥/٢/٥ طعن ٢٠٣٦ لسنة ٥ق م نقض م ٣٦ – ٢١٠ نقض ١٩٨٨/١٢/٢٥ طعن ١٧١٣ لسنة ٥٣ق م نقض ١٩٧٨/١/٤ – م – نقض م ٢٩ ص ٧٨. نقض ١٩٧٧/٢/٩ – م نقض م ٢٨ – ٤٣٠ محمد كمال عبد العزيز ص ٧١٢ مادة ١١٤. طعن تجارى عمانى ٢٩٢/ ٢٠٠٧ جلسة ٢٠٠٨/٢/٢٧ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ٨ ص ٦١٥.

ووفقاً لذلك، فأن القواعد التى تنطبق على الحضور المسقط للحق فى التمسك بالبطلان، تنطبق هى الأخرى على تقديم المذكرة بالدفاع، على أن تتضمن ذات المعلن إليه[١]، ويكون تقديمها قد تم بناء على الإعلان الباطل، وفى الجلسة التى دعا إليها المعلن إليه بورقة الإعلان الباطلة، فإذا قدمت المذكرة لغير الجلسة التى كلف بالحضور إليها، فأنها لا تسقط الحق فى البطلان[٢].

وإذا تعدد المدعى عليهم وأودع واحداً منهم مذكرة بدفاعه، فإن هذا الإيداع لا يسقط الحق فى التمسك بالبطلان بالنسبة لغيره من المدعى عليهم الذين لم يحضروا أو يقدموا مذكرات بدفاعهم[٣] ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة[٤].

٦٤- الحضور المجرد كواقعة مسقطة للحق فى التمسك بالبطلان: محكمة النقض وبعد ترددها بين كون الحضور المجرد - بدون إعلان - لا تنعقد به الخصومة[٥] أو على العكس تنعقد به[٦]. حسمت الأمر وأخذت بما أعتمده المشرع وفقاً للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢، بإضافة الفقرة الثالثة للمادة ٦٨ مرافعات والتى نصت على أنه "ولا تعتبر الخصومة منعقدة فى الدعوى إلا

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: قانون المرافعات ص ٢٦٧ حاشية، أحمد مليجى التعليق ج٢ ص ١٠٧٢ مادة ١١٤.
(٢) نقض ١٩٨٥/٢/٥، نقض ١٩٨٨/١٢/٢٥، نقض ١٩٧٧/١/٤، نقض ١٩٧٧/٢/٩ مشار لهذه الأحكام سابقاً.
(٣) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة، د. نبيل عمر: إعلان الأوراق: الإشارة السابقة.
(٤) نقض ١٩٩٠/١/١٧ طعن ٢٨٩٧ لسنة ٥٧ق مجموعة الاحكام السنة ٤١ ص ١٨٧.
(٥) تواترت أحكام محكمة النقض قبل القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ فى اتجاه لها، على أن انعقاد الخصومة مشروط بتمام إعلان صحيفتها فى قلم الكتاب، فإذا لم يتم هذا الإعلان أو وقع باطلاً، لم تنعقد الخصومة، ويكون الحكم الصادر فى الدعوى باطلاً".
فى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩١/١٢/٢١ طعن ٤٨٩ لسنة ٦١ق، نقض ١٩٩١/٤/١١ طعن ٣٧٤ لسنة ٥٥ق. نقض ١٩٩٠/٥/١٠ طعن ١٠٩٧٦ لسنة ٥٧ق نقض ١٩٨٥/١٢/٤ طعن ٤٧ لسنة ٥٥ق. مجموعة الأحكام السنة ٣٦ ص ١٠٧٦. نقض ١٩٨٣/٣/٨ طعن ١٤٣٤ لسنة ٤٩ق نقض ١٩٨٤/١١/٢٦ طعن ١٣٧٢ لسنة ٥٠ق نقض ١٩٨١/٦/٢٢ طعن ١٩٥٨ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٥٢٠، نقض ١٩٨٠/١/٢٥ طعن ٧٢٧ لسنة ٤٥ق مجموعة الأحكام السنة ٣١ ص ٤٠٤، نقض ١٩٧٩/١/١١ طعن ٤٧٤ لسنة ٤٥ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ج١ ص ٢١٥.
(٦) وفى اتجاه آخر لمحكمة النقض وقبل صدور القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والتى أعتمدت فيه المحكمة كون الحضور طريق تنعقد به الخصومة، وقضت بأنه "لا يحق للمدعية التحدى بعدم انعقاد الخصومة لتخلف هذا الإعلان، ولما كان ذلك، وكان ما يسرى على إجراءات رفع الدعوى يسرى أيضاً على إجراءات الطعن بالاستئناف عملاً بصريح المادة ٢٣٠ مرافعات، فكان البين من الأوراق أن صحيفة الاستئناف لم تعلن بانقطاع سير الخصومة لوفاة أحدهم ... فلا يحق للمستأنفة التمسك بعدم انعقاد الخصومة فى الاستئناف لتخلف الإعلان، ويكون النعى على الحكم على غير أساس ....:" نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٣٩٥ لسنة ٥٦ق، نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ طعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ق نقض ١٩٨٩/١٢/٢٠ طعن ١٩١٩ لسنة ٥٢ق، ١٩٨٩/٥/٢٥ طعن ١٨٤٦ لسنة ٥٦ق، ١٩٨٩/٢/٢٧ طعن ٧٢٦ لسنة ٥٢ق محمد كمال عبد العزيز. =وهذا الاتجاه أخذت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، ولكن بقيود هى: إما يتنازل صاحب المصلحة عن الإعلان صراحة أو ضمناً، مما يتحقق بمقتضاه علمه اليقينى بموضوع الدعوى وقبوله التصدى للدفاع فيها، وبمركزه القانونى نقض ١٩٩٢/٣/٨ طعن ٢٢٩٣ لسنة ٥٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٣ ص ٣. نقض ١٩٩٣/٢/١ طعن ١٥١٤ لسنة ٥٨ق".

بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر الجلسة"[1] وما أعتمده المشرع وحسمته محكمة النقض[2]. تلقاه الفقه الغالب[3] بالقبول بدون قيد أو شرط، ومقتضاه إذا حضر المدعى عليه في الجلسة الأولى[4] ولو بلا إعلان، نشأت الخصومة، وتأكدت آثار المطالبة القضائية التي ترتبت بمجرد رفع الدعوى.

ومع اعتماد كون الحضور المجرد تنعقد به الخصومة، ويقوم مقام الإعلان ويحل محله، يرى البعض[5] أن الحضور الوارد بالمادة ٦٨/ ٣ مرافعات لا يصحح

---

(١) وذات النص أعتمده المشرع العماني وفقاً للمادة ٧٠/ ٣ إجراءات مدنية وتجارية انظر: د. على هيكل قانون الإجراءات ص ٣٩٨ وما بعدها بند ١٩٧.

(٢) وقضت بأنه "ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى وردت عبارة النص واضحة بصيغة عامة مطلقة وواضحة فلا محل للتفسير، إذ يكون النص قطعي الدلالة على المراد منه، ولا يجوز تقيد مطلق النص وتخصيص عمومه بغير مخصص، ومن ثم فإن ما أوردته المذكرة الإيضاحية في مقام التعليق على الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ يعد خروجاً عن المعنى الصحيح للنص وتقييداً لمجال نطاقه وقد جرى قضاء النقض بعدم الاعتداد بما تورده المذكرة الإيضاحية إذا تعارض مع النص القانوني، أو فسرته تفسيراً لا يتفق مع مدلوله والعبرة بما ورد بالنص القانوني، ولا يجوز القول بأن المشرع أراد هذا الاتجاه. إذ لا يجوز الرجوع إلى قصد الشارع إلا إذا كان النص يحتمل أكثر من معنى أو شابه الغموض، ولما كان ذلك، فإنه يتعين إعمال النص القانوني الذي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ٦٨ مرافعات أو الالتفات لما أوردته المذكرة الإيضاحية في شأنه من قيود لم ينص عليها المشرع، وإذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأولى قد حضر محام عنها بجلستي .... ويتحقق هذا الأثر المباشر سواء كانت صحيفة الاستئناف قد أعلنت إليها أو لم تكن أعلنت لها أصلاً، باعتبار أن الخصومة كما تنعقد بإعلان صحيفتها للمدعى عليه، تنعقد أيضاً بحضور المدعي عليه أمام المحكمة دون إعلان ..." نقض ٢٠٠١/٢/١٣ طعن ٣٣٥٢ لسنة ٦٤ق نقض ٢٠٠٠/١٠/٣٠ طعن ٣٨٣٢ لسنة ٦٣ق ٢٠٠٠/٤/٢٣ طعن ٢٩٣١ لسنة ٦٤ق، ٢٠٠٠/١١/٢٨ طعن ٣٣٥٢ لسنة ٦٤ق، ٢٠٠٠/١٢/٤ طعن ١٠٢٩ لسنة ٦٤ق، نقض ٢٠٠٠/١٠/٣٠ الطعنان رقما ٣٨٣٢ لسنة ٦٣ق، ٣٢٦٨ لسنة ٦ق أحمد هندي ج ٢ ص ٤٤٣. نقض ١٩٩٤/١/٦ الطعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦٣ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ١٠٤ نقض ١٩٩٨/٦/٢٢ طعن ٣٠٧١ لسنة ٦٦. طعن عماني – إيجارات – رقم ١٠٩٥ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠٠٩/٦/١٣ مجموعة أحكام المحكمة العليا السنة ١٠ ص ٤٣٠.

=وفي تطبيق قضاء النقض بأن النص متى ورد عاما مطلقا فانه يحمل على عمومه وإطلاقه، فلا محل للتفسير إذ يكون النص قطعي الدلالة على المراد منه ولا يجوز تقيد مطلق النص، وتخصيص عمومه بغير مخصص "انظر نقض ١٩٩٤/١/٦ مشار إليه سابقاً نقض ١٩٩٦/٤/١١. طعن ٩٤٩ لسنة ٥٦ق، ١٩٩٦/٨/٤ الطعون أرقام ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٥٦ق – أحوال شخصية – أحمد مليجي ج٢ ص ٤٧٠. نقض ١٩٩٣/١/٢٦ طعن ٢٦٠٣ لسنة ٥٧ق أحمد مليجي ج٢ ص ي٤٦٦. نقض ١٩٩٢/٢/١٩ الطعنان رقما ١٧١٦، ١٨٦١ لسنة ٥١ق نقض ١٩٩٣/٥/٢٧ طعن رقم ١٠٩٩ لسنة ٥٩ق أحمد مليجي ج٢ ص ٤٦٥. أحمد عبد الصادق: المرجع السابق ص ٩٥٥.

(٣) د. نبيل عمر: دراسة في السياسة التشريعية ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٥ وما بعده الارتباط الإجرائي ص ي١٤٩ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده. التكامل الوظيفي ص ٨٠ وما بعدها بند ٧١ وما بعده الهدر الإجرائي ص ٩٧ وما بعدها بند ٥٤، سقوط وتصاعد وتحول المراكز ص ٨٥ بند ٥٠ د. وجدي راغب: مبادئ ص ٦١٨. د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول ص ٦٧٢ بند ٣٦٣ د. أحمد هندي: التمسك بالبطلان ص ١١٤ – ١١٩ بند ٢١. التعليق على قانون المرافعات ج١ ص ١٢٠٣ وما بعدها، د. أحمد مليجي ج٢ ص ٤٤٧. د. على هيكل الإجراءات المدنية والتجارية ص ٣٩٩.
قارن: حيث يرى البعض أن الحضور لا تنعقد به الخصومة بدون إعلان إلا بمراعاة عدة ضوابط، فيجب أن يكون المدعى عليه قد تنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في الإعلان، وأن يبدي دفاعه في الموضوع أو يبدي دفعاً بعدم القبول، أو أن يطلب أجلاً لإبداء هذا الدفع على نحو يدل على إحاطته بموضوع الدعوى، وعلى الكل الحضور يتقيد بنفس القيود التي أوردتها المذكرة الإيضاحية لقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢. انظر د. الأنصاري النيداني: القاضي والجزاء ص ٢٤٧ وما بعدها بند ٢٠٤. محمد كمال عبد العزيز: ص ٤٨٩ مادة ٦٨٥. د. على بركات: الوسيط ص ٧٦٥ بند ٥٨٢.

(٤) إذ لا يتصور منطقاً أنها جلسة أخرى، لأن ذلك يفترض سبق إنعقاد الخصومة بالإعلان. ومفترض هذه الحالة هو أن الإعلان لم يتم، وبناء على ذلك فإذا لم يتم الإعلان أصلاً، وحضر المدعى عليه بالجلسة التي كانت قد تحددت لنظر الدعوى، فيقصد بالحضور في هذه الحالة، ذلك الحضور الذي يتم في أول جلسة، إذ لا يتصور أن يكون حضور في جلسات أخرى. د. نبيل عمر: الإرتباط الإجرائي ص ١٥٠ بند ١٠٧.

(٥) د. فتحي والي، الوسيط ص ٤٥٣ بند ١٦٩.

البطلان. وفى موضع آخر[1] يرى بأن هذا الحضور، وإن كان يؤدى إلى تصحيح الإجراءات، ويجعل الدعوى صالحة لأن ينظر فيها القاضى، ولكن ليس على أساس أنها واقعة قانونية مصححة للبطلان شأن الحضور فى المادة ١١٤ مرافعات، ولكن على أساس تنازل الخصم – المدعى عليه – عن الإجراء – الإعلان – وهو تنازل يعتد به القانون ويرتب عليه أثره، وأثر فورى من تاريخ حدوثه وليس بأثر رجعى كالحضور الوارد بالمادة ١١٤.

بينما يرى البعض[2] أن الحضور الوارد بالمادة ٦٨/ ٣ يكون له أثر فى زوال البطلان الناشئ عن عيب فى الإعلان، ومن وقت الحضور، وبدون أثر رجعى، وذلك فى الحالات التى لا يؤدى نص المادة ١١٤ إلى زواله مع التأجيل إذا طلب المدعى عليه لإعداد دفاعه.

وباستعراض هذين الاتجاهين، نلاحظ أن نتائجهما واحدة، وهو أن الحضور المجرد يقوم مقام الإعلان، وينتج أثره من وقت حصوله وبدون أثر رجعى. والخلاف بينهما فى الوسيلة، فالاتجاه الأول، يرى أن الحضور يصحح البطلان على أساس تنازل الخصم عن الإعلان. والاتجاه الثانى يرى أن الحضور يزيل البطلان. وانتهينا من قبل[3] أن البطلان لا يصححه الحضور، كما أن الحضور لا يزيل البطلان، لأن العيب الإجرائى قائم ولا يصحح ولا يزال، ولا يضاف إليه أية بيانات جديدة.

هذا الحضور المجرد وبإجماع الفقه واستقرار القضاء يقوم مقام الإعلان ويحل محله، لأن الخصومة تنعقد بتمام المواجهة، تحققت تلك المواجهة بالإعلان، أو بالعلم اليقينى[4] الذى يتمثل فى حضور الخصم[1] بل أن هذا الحضور يؤدى إلى تحول فى

---

(١) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٦٧٢ وما بعدها بند ٣٦٣.
(٢) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٩.
(٣) انظر فيما سبق بند ٦٢.
(٤) والعلم اليقينى بصحيفة الدعوى والمتحقق بحضور المدعى عليه، يوجد العديد من المفترضات منها إذا ما تم تسليم صورة الصحيفة في موطن المدعى عليه، فى حالة عدم وجوده، إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار مادة ١٠/ ٢ مرافعات. أو فى حالة إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم صورة الإعلان إليه فى الموطن، أو امتنع من وجده منهم على التوقيع على الأصل بالاستلام أو عند استلام الصورة، وتم التسليم فى جهة الإدارة مادة ١٠/ ٢ مرافعات، أو فى الحالات التى يتم التسليم فى جهة الإدارة مادة ١٠/ ٢ مرافعات، أو فى الحالات التى يتم التسليم للنيابة العامة، إذا كان للمدعى عليه موطن معلوم فى الخارج، أو إذا لم يكن له موطن معلوم فى الداخل أو الخارج مادة ١٣٠ مرافعات.

المراكز الإجرائية[٢]، من مجرد تواجد مادى، عادى، لا قيمة له، إلى وجود قانونى موصوف له آثار قانونية هى انعقاد الخصومة، ليحل محل الإعلان القضائى الصحيح، ويحقق ذات الآثار التى يحققها الإجراء الأصيل، أى الإعلان الصحيح، ليعد الحضور عملاً إجرائياً موازياً[٣] يتكامل مع بقية الأعمال الإجرائية الأخرى، فى إنشاء خصومة تسير بالإجراءات نحو الفصل فى النزاع[٤].

ويتقيد هذا الحضور[٥] بالميعاد الوارد فى المادة ٧٠ مرافعات، ولا يؤدى إلى إسقاط الحق فى التمسك بأى عيب فى عملية الإعلان حيث لا يوجد أى إعلان من الأصل. وإنما الموجود صحيفة دعوى[٦]. أو صحيفة طعن[٧] دون غيرها من إجراءات أخرى[٨] حتى انعقاد الخصومة، الذى يتم بحضور المدعى عليه، ومن ثم فالعيوب الإجرائية التى قد توجد فى هذا الصدد هى عيوب تلحق بالصحيفة.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٦/٦/٣ طعن ١٢٥٣ لسنة ٥٢ق مجموعة الأحكام السنةم ٣٧ ص ٦٤٣. نقض ١٩٧٨/٣/٢٠٩ طعن ٤٩٦ لسنة ٤٤ق مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ج ١ ص ٨١٦. نقض ١٩٨٩/١٨ طعن ١٨٣ لسنة ٥١ق مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ع٢ ص ٦٨. نقض ١٩٦٨/١٢/٣ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ١٤٧٠. نقض ١٩٨٥/٦/٦ طعن رقم ١٠٩ لسنة ٥٢ ق نقض ١٩٩٥/٧/٣ طعن ٣٠٤١ لسنة ٦٠ق "هيئة عامة" نقض ١٩٨٥/٢/٥ طعن ٢٠٣٦ لسنة ٥٠ق مجموعة الأحكام السنة ٣٦ع٢ ص ٢١٠.

(١) نقض ١٩٨٩/٢/٢٠ طعن ١٩١٩ لسنة ٥٤ق نقض ١٩٨٩/٢/٢٧ طعن ١٧٢٢ لسنة ٥٢ق، نقض ١٩٨٨/١٠/٢٦ طعن ٧٥٩ لسنة ٥٢ق نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٢٩٥ لسنة ٣٦ق مشار لهذه الأحكام سابقاً.

(٢) هذا التحول الإجرائى، لا يتم فى المجال الإجرائى بغية التوصل إلى مجرد ترف نظرى، وإنما يهدف تحقيق أهداف مطلوبة لخدمة الحق الموضوعى، التى وجدت الإجراءات جميعها لخدمته. د. نبيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ٨٥ بند ٥٠، ٥١.

(٣) ويقصد بالتوازى الإجرائى، أن يوجد أكثر من عمل إجرائى ولو كان مختلف فى الشكل عن الآخر. ولكنهما صالحان لأن يحقق واحد منهما فقط النتيجة المطلوبة التى يريدها المشرع من العمل الأصلى والموازى، ودون أن يشترط أن يساهم العملان فى تحقيق النتيجة الإجرائية المرجوة. والإجراء الموازى – الحضور – يتحقق نفس فعالية الإجراء الأصلى – الإعلان – دون أن يلتقيان. شأن التوازى فى المفهوم الهندسى البسيط، هو أن يسير خطين فى مسارين أحدهما يواجه الآخر ويقع على مسافة منه تقاس عرضياً مهما كان مقاسهما، ولكنهما لا يلتقيان طولياً فى نقطة معينة. انظر فى تفصيل ذلك د. نبيل عمر: التكامل الوظيفى ص ٧٥ وما بعدها خاصة ص ٨٠.
وفى الدعوى الموازية فى القضاء الإدارى، انظر: د. محمود حافظ: نظرية الدعوى الموازية فى القانون الفرنسى مجلة القانون والاقتصاد مارس ١٩٥٩ ص ١٥، ص ١٣٢.
وفى تطبيقات القضاء بشأن الطعن الموازى انظر: قضاء إدارى فى ١٩٤٧/٢/٢٤ مجموعة عمر ج١ ص ٥٥١ وفى ١٩٥٣/٦/٢٣ قضية ٦٦٥ لسنة ٦ق المجموعة السنة ٧ ص ١٧٠٠، وفى ٧/١٩٥/٦/٣٠ المجموعة السنة ١١ ص ٦٣٤.

(٤) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ٨١ بند ٧٢.
Solus et Perrot: op. cit. T. 1. P. 395.

(٥) د. نبيل عمر: الإرتباط الإجرائى ص ١٥٣ بند ١٠٩، د. وجدى راغب مبادئ ص ٦١٩.

(٦) نقض ١٩٩٦/٢/٢٥ طعن ٦٨٦ لسنة ٦٢ق أحوال شخصية مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٥٤٥.
نقض ١٩٩٦/١/٢٠ طعن ١١٢٠ لسنة ٦١ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٢٧٤. نقض ١٩٩٥/٢/٢٤ طعن ١٢٤٩ لسنة ٥٩ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ج ٢ ص ١٣٩٣.

(٧) نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن ٣٩٥ لسنة ٥٦ق، نقض ١٩٨٨/٢٦، ١٠ طعن ٧٥٩ لسنة ٥٥ق نقض ١٩٨٩/٢/٢٠ طعن ١٩١٩ لسنة ٥٢ق مشار لهذه الأحكام سابقاً.

(٨) وقضى تطبيقاً لذلك بأنه "قبل انعقاد الخصومة سواء بتمام إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه أو بحضوره فى الجلسة، لا تكون الدعوى صالحة لأن يباشر فيها أى إجراء سواء من جانب القضاة وأعوانهم، أو من جانب الخصوم، وأن تم شئ

هذه العيوب أسقِط الحق فى التمسك بها، الحضور الناتج عن المادة ١١٤ مرافعات، لأن تلك العيوب هى التى كانت تؤثر على هذا الحضور، وتقود إليه، وقد حضر الخصم، وبالتالى لا مصلحة له فى التمسك بها، لأن الحضور قد حقق الغاية من هذه البيانات رغم تعيبها.

وحيث أنه لا تناقض[١] بين النصين ٦٨/ ٣، ١١٤ مرافعات، فنفس منطق المادة الأخيرة يمكن الأخذ به[٢] دون شطط بالنسبة لتفسير المادة ٦٨/ ٣. فحضور المدعى عليه، لا يصحح البطلان ولا يزيله، وإنما يسقط الحق فى التمسك بعيوب صحف الدعاوى التى كانت تؤثر فى هذا الحضور، مثل تاريخ الجلسة، اسم المحكمة، أسماء الخصوم .... الخ أما غيرها من العيوب الإجرائية الأخرى، والتى لا تؤثر فى الحضور، فأن المدعى عليه يستطيع رغم حضوره التمسك بها بدفع شكلى غير المتعلق بالنظام العام وقبل الكلام فى الموضوع مادة ١٠٨ مرافعات[٣].

وإذا كان لا يوجد تناقض بين النصين ٦٨/ ٣، ١١٤ مرافعات، فلا تناقض بين النصين ٦٨/ ٣، ٧٠ مرافعات. فالمادة الأخيرة لا تلغيها ولا تؤثر عليها[٤] المادة ٦٨/ ٣، وإنما تظل المادة ٧٠ مرافعات قائمة ومعمول بها فى الحالات التى لا يحضر فيها المدعى عليه وفقاً للمادة ٦٨/ ٣، أو حضر بعد الميعاد الوارد فى المادة ٧٠ مرافعات. وتطبيقاً لذلك قضى بأن[٥] "انعقاد الخصومة فى الاستئناف بمجرد حضور الخصم بعد العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ سواء تم الإعلان أو لم يحصل أصلاً، أثره عدم جواز التمسك بالبطلان ولا يمنع من ذلك من التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن عملاً بالمادة ٧٠، إذا حضر المستأنف ضده بعد مضى ثلاث أشهر على إيداع

فى ذلك كان عملا منعدماً لا يرد عليه التصحيح بالنزول" نقض ١٩٨١/٥/١٨ طعن ١٢٨٢ لسنة ٤٩ق مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ١٥٢٠ نقض ١٩٨٣/١٢/٢٩ طعن ٢٣٥، ٢٣٨ لسنة ٥٠ ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٢٠٠٦.

(١) د. وجدى راغب: مبادئ الإشارة السابقة.

(٢) د. نبيل عمر: الإرتباط الإجرائى ص ١٥٣، ١٥٤ بند ١٠٩.

(٣) انظر فيما سبق بند ٥١.

(٤) د. نبيل عمر: الإرتباط الإجرائى ص ٩٨ بند ٥٤. دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٦٦ وما بعدها بند ١١٣.

(٥) الطعن رقم ٦٣٢٨ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٣. الطعن رقم ٨٨٣٥ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩. الطعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١/٦ الطعن رقم ٤٩٤٦ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١/٦ الطعن رقم ٣٠١٠ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ أحمد مليجى التعليق ج٢ ص ٤٦٩ مادة ٦٨.

الصحيفة، ولم يكن قد أعلن". والذى يعتبر كأن لم يكن فى نطاق المادة ٧٠ مرافعات، هو ذات الطلب القضائى نفسه فيزيل هو الآثار التى تولدت منه، سواء كانت آثار إجرائية، أم آثار موضوعية.

كما يستقيم العمل بالمادة ٦٨/ ٣، مع ما تسمح به المادة ٦٧/ ٣ مرافعات للمدعى[١]. ولم يقم الأخير بتسليم صحيفة الدعوى للمحضر لإعلانها ولم يقدمها بالتالى للمحكمة، فأن لها أن توقف الدعوى وقفاً إجرائياً عملاً بالمادة ٩٩ مرافعات. فإذا قام المدعى بتعجيل دعواه وقدم للمحكمة أصل الصحيفة غير معلنة، فأن المحكمة تقضى باعتبارها كأن لم تكن[٢]. ولكن إذا حضر المدعى عليه أمام المحكمة فى جلسة التعجيل – فأن الخصومة تكون قد انعقدت – بموجب المادة ٦٨/ ٣، وبالتالى لا يمكن للمحكمة أن تقضى باعتبار الدعوى كأن لم تكن[٣] كما لا يحق للمدعى عليه التمسك بذلك[٤].

وفى كل ذلك، يتولى القاضى تقدير واقعة الحضور، سواء كانت ناشئة عن ذات ورقة الإعلان الباطلة[٥] أو كان الحضور مجرد من الإعلان لوجود عيب فى صحف الدعاوى. ففى الحالتين، الحضور يسقط الحق فى التمسك بالبطلان.

٦٥- أثر الحضور الناتج عن المادتين ١١٤، ٦٨/ ٣ والمسقط للحق فى التمسك بالبطلان على العيب الإجرائى: الحضور فى صورتيه لا يؤدى إلى تصحيح البطلان، ولا إلى زواله، كما لا يضيف أية بيانات جديدة للورقة أو الصحيفة المعيبة، وإنما يسقط الحق فى التمسك بالبطلان. وإذ يسقط الحق فى التمسك بالجزاء، هذا السقوط ينعكس على الإجراء المعيب، فيؤدى إلى بقائه وبأثر رجعى من وقت اتخاذه، وليس من وقت تحقق واقعة الحضور فى صورتيها، وإذ يبقى على الإجراء المعيب بعيبه، فإنه يعامل معاملة الإجراء الصحيح ويولد آثاره.

---

(١) "ومع ذلك يجوز فى غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعى – متى طلب ذلك – أصل الصحيفة وصورها يتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب".

(٢) نقض ٢٠٠١/٦/٦ طعن رقم ١٦٧١ لسنة ٧٠ق أحمد هندى التعليق ج٢ ص ٢٣٢ نقض ١٩٩٥/٦/٢٢ طعن ٨٢٤٩ لسنة ٦٤ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ع١ ص ٩١١.

(٣) نقض ١٩٩٥/٦/٢٢ مشار إليه. نقض ١٩٩٩/١٢/٧ طعن ٤٩٩٦ لسنة ٦٢ق، أحمد هندى: التعليق ج٢ ص ٢٣٤.

(٤) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧٠ وما بعدها بند ٤٨ د. أحمد هندى: التعليق ج ١ ص ٢٠٥ مادة ٦٨.

(٥) نقض ١٩٩١/٤/٤ طعن ت١٤٩٩ لسنة ٥٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٦٨.

فالحضور الناتج عن الإعلان المعيب، أو المجرد، يؤدى إلى بقاء الإجراء بعيبه، وفقدان القدرة على التمسك بالبطلان[1] وقضى بأن "الإجراء القابل للبطلان، إذا كان من الجائز قانوناً أن تلحقه الصحة، فإن زوال هذا البطلان يجعل الإجراء معتبراً صحيحاً من وقت صدوره، ومن ثم بحضور المعلن إليه، يعتبر الإعلان صحيحاً من وقت حصوله، وليس من وقت حضور المعلن إليه"[2] وهو ما يمكن الأخذ به دون شطط للحضور المجرد.

المبحث الثانى
أثر فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب على الحقوق الإجرائية والموضوعية

٦٦- تمهيد:

فى مطلبين نتعرض فى الأول لأثر فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب على القاعدة الإجرائية. وفى الثانى: لأثر الفكرة على الحقوق الموضوعية.

المطلب الأول
أثر فكرة الإعفاء من الجزاء على القاعدة الإجرائية

٦٧- تصنيف القاعدة القانونية الإجرائية من حيث قوة الجزاء: الجزاء الإجرائى عنصر من عناصر هذه القاعدة. وبدونه تصير هذه القاعدة مجرد قاعدة تنظيمية، لا يترتب على مخالفتها أى جزاء. والجزاء[3] يمثل الأثر السلبى لهذه القاعدة. ويقصد بهذا الأثر وصم العمل الإجرائى بالعيب وافتقاده مكنة توليد آثاره.

والمشرع وهو يضع القاعدة القانونية الإجرائية، يضع الفروض النموذجية فى مفترض القاعدة، ويصمم لها آثاراً قانونية معينة. هذه الآثار تتولد إذا تطابق العمل الذى تم اتخاذه مع مفترض القاعدة الإجرائية. أما إذا تخلف هذا التطابق، فالذى يتولد

---

(١) د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧١ بند ٥٠. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية ص ١٨ وما بعدها بند ١٢.

(٢) نقض ١٩٥٣/٣/٥ السنة ٤ ص ٦٠٧، نقض ١٩٧٠/٢/١٠ الطعن ٥٢٦ لسنة ٣٥ق. د. أحمد أبو الوفا: التعليق ص ٥٢٧. محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة ١٠ يونية ١٩٥٢ المحاماة ٣٣٥ ص ٣٦٢ د. أحمد أبو الوفا الدفوع ص ٥٤٨.

(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٢٤، بند ٢٠، ص ٥١ بند ٤٠، الهدر الإجرائى ص ٣٨ بند ١٧، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٥ د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٥٧ بند ٤٢٢.

فى هذه الحالة هو أثر سلبى ذى وجهين، الأول: هو تعيب العمل المخالف لنموذج القاعدة الإجرائية. والوجه الثانى: يتولد من الوجه الأول، وهو عدم إنتاج الإجراء للآثار التى كان يولدها لو كان صحيحاً، فتعيب الإجراء قبل تخلف آثاره[1]، لأن الأخير نتيجة للأول، والأمرين يشكلان وجهين لشئ واحد هو الجزاء الإجرائى.

فالمادة ٨٢/ ١ مرافعات تنص على أنه "إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها، فإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن". ما ورد بهذا النص يعد قاعدة قانونية إجرائية مكتملة الأركان. ففى مفترضها حدد المشرع واجب القاضى إزاء الدعوى الصالحة وغير الصالحة للفصل فيها عند غياب المدعى والمدعى عليه، ووضع الجزاء الإجرائى.

فعدم حضور الخصوم الذين تم إعلانهم بشكل صحيح إلى الجلسة المحددة لنظر الدعوى يعتبر عيباً يشوب العمل الإجرائى المتخذ فى الخصومة[2]. هذا العيب يولد أثراً معيناً. هذا الأثر إما أن يكون الفصل فى الدعوى إذا كانت صالحة لذلك[3] أو شطبها فى الفرض العكسى[4] وبالتالى تهيئتها لاعتبارها كأن لم تكن[5]. فوفقاً للنص السالف وغيره[1] توجد قواعد قانونية إجرائية مكتملة الأركان.

---

(١) انظر فيما سبق بند ٤ ومابعده.

(٢) د. إبراهيم النفياوى: مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٨٠٥ وما بعدها.

(٣) وتكون الدعوى صالحة للحكم فيها إذا أدلى الخصوم بأقوالهم، وحددوا طلباتهم وأوضحوا دفاعهم، فيكون لمحكمة الموضوع السلطة فى نظر الدعوى والفصل فيها، رغم غياب المدعى وتخلفه عن الحضور بالجلسة المحددة لنظر الدعوى، سواء كانت هى الجلسة الأولى، أم كانت من الجلسات التالية، متى تبين للمحكمة أن الدعوى صالحة للفصل فيها. انظر: د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٦٠ بند ٥٤. مبادئ ص ٦٢٣. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٥٣٧ بند ٤٤٤. د. أحمد هندى قانون المرافعات ص ٣٩٤ بند ٢١٤. التعليق ج ٢ ص ١٠٠. شطب الدعوى ص ٥٦ وما بعدها بند ١٤.

NABIL. OMAR: Thé. P 208 N 224. NORMAND: Thé. P. 193. N 204.

وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٤/٥/٩ طعن ١٠٠٦ لسنة ٥٠ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ١٢٣٥ نقض ١٩٨٣/٢/٢ طعن ٧٩٢ لسنة ٤٨ق مجموعة الأحكام السنة ٣٤ ص ٣٨٩. نقض ١٩٨٣/١٢/٥ طعن ١٦٠٦ لسنة ٤٨ق نقض ١٩٧٩/٥/١٧ طعن ١٦١ لسنة ٤٤ق.

Paris. 25 Avr. 1986 Gaz Pal. 1987. 2. P. 800. Coss. Civ. 6 Mars 1996. J. C. P. Iv. 979.

(٤) د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٢٣ وما بعدها. د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٣٩٥ بند ٢١٤ شطب الدعوى ص ٦٤ وما بعدها بند ١٥ د. محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٣٥ وما بعدها وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/١١/١٥ طعن ١٠٢ لسنة ٤٤ق مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ص ١٦٧٣ نقض ١٩٧٦/٤/٧ مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ٨٩٥.

(٥) د. محمود هاشم: المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها بند ٤٣ وما بعده. د. أحمد هندى: شطب الدعوى ص ٩٤ وما بعدها بند ٢٠. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٢/١٢/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ٤٣ق ج٢ ص ١٤٤٢ نقض ١٩٩٢/٦/٢٣

وعلى عكس القاعدة القانونية مكتملة الأركان، توجد القاعدة التنظيمية[٢] تلك التى ترمى إلى الإرشاد والتوجيه والتنظيم مثال المواد ٦٥، ٦٨/ ١، ١٧٢، ١٩٥ مرافعات. هذه القاعدة لا يترتب على مخالفتها جزاء، ولا تخل بفاعلية النظام الإجرائى التى تعمل بداخله، ومن ثم فهى مستبعدة من هذا النطاق.

وفى تصورنا أن ما بين القاعدة القانونية المكتملة الأركان، تعلق ركن الجزاء فيها بالنظام العام، حالة عدم تعلقه على إرادة الخصوم، ودون أن يكون للقاضى سلطة تقديرية بشأنه. أو حالة تعلق هذا الجزاء بالمصلحة الخاصة، وتمسك صاحب المصلحة به فى مستهل الخصومة، حالة توافر مقومات هذا الجزاء، ودون أن تحدث واقعة قانونية من الوقائع المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء وبقوة القانون. وبين القاعدة التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها جزاء، توجد طائفة من القواعد القانونية الإجرائية مقترنة بجزاء يتعلق بالمصلحة الخاصة، وإرادة الخصم، ونزل عنه بإرادته الصريحة أو الضمنية[٣] أو لم يتمسك بحقه فيه[٤] ولم يكن الخصم أو ممثله السبب فى العيب الإجرائى مصدر هذا الجزاء[٥] ولم تحدث واقعة من الوقائع القانونية المسقطة للحق فى التمسك بهذا الجزاء[٦] هذه الطائفة من القواعد الإجرائية رغم اقترانها

طعن ١٥٢ لسنة ٥٩ق – أحوال شخصية – السنة ٤٣ ص ٨٦٠ نقض ١٩٩١/٧/٢٤ طعن ٣٣٢٧ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ج٢ ص ١٤٨٢ نقض ١٩٨٤/٥/٢٠ طعن ١١٧٥ لسنة ٥٠ق مجموعة الأحكام السنة ٣٥ ص ١٣٦٥.

(١) تنص المادة ٥ مرافعات على أنه "إذا نص القانون على ميعاد حتمى لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مراعاً إلا إذا تم الإعلان للخصم فى خلاله". مفترض القاعدة القانونية وفقاً لهذا النص، حيث ينص القانون على ميعاد حتمى لاتخاذ إجراء، تعين اتخاذ الإجراء فى الميعاد احتراماً لهذا الميعاد. أما الأثر – العنصر الثانى: إذا خالف الإجراء المتخذ فى العمل هذا المفترض، فأنه يكون معيباً هذا أولاً وغير منتج لأثاره ثانياً: انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥١، ٥٢ بند ٤٠.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ السنة ٢١ ص ٦٨٩. نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ السنة الثالثة ص ١٩٥٠ أحمد مليجى ج١ ص ٣٠٨.

(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٤٠٦ وما بعدها بند ٢٣٤. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥٣ بند ٤١. د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٤٤.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/١١/١٦ طعن ٣٠١ لسنة ٤٢ق مجموعة الأحكام السنة ٢٧ ص ١٥٨٣. نقض ١٩٥٧/٤/٤ مجموعة الأحكام السنة ٨ ص ٣٧.

(٣) انظر فيما سبق بند ٢٣ ومابعده.

(٤) انظر فيما سبق بند ٣٩ ومابعده.

(٥) انظر فيما سبق بند ٣٤ ومابعده.

(٦) انظر فيما سبق بند ٤٧.

بجزاء، إلا أن هذا الجزاء رغم وجود العيب الإجرائى غير قادر على إزالته. وهو ما يمكن تسميتها بالقواعد الإجرائية ضعيفة الجزاء[١].

وعدم قدرة الجزاء فى هذه الطائفة من القواعد القانونية الإجرائية على إزالة العيب الإجرائى، يبقى على هذا الإجراء بعيبه، وينتج كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه. ولو فرض ووقع هذا الجزاء بقوة القانون، سيظل هذا الجزاء مجرد واقعة نظرية لا يستفيد منها أحد.

هذه الطائفة والتى نطلق عليها بالقواعد القانونية الإجرائية ضعيفة الجزاء، نجد لها أساساً ثابتاً فى قواعد القانون الموضوعى، مثال القواعد القانونية التى تعفى المدين من الوفاء بدينه إذا سقط بالتقادم، حيث يسقط الحق فى التمسك بالجزاء[٢] وكل ما يتبقى للدائن فى ذمة مدينه مجرد التزام طبيعى بالوفاء، أى غير مقترن بجزاء قانونى على مخالفته[٣].

ويؤكد وجود هذه الطائفة من القواعد الإجرائية ضعيفة الجزاء، أن القانون الإجرائى يؤدى إلى إعمال الجزاء الكامن فى القانون الموضوعى، وذلك بهدف إعادة التطابق بين المراكز الموضوعية والمراكز الواقعية حماية للحق الموضوعى، ودون أن يمس القانون الإجرائى أصل الحق بطريقة مباشرة[٤].

٦٨- الدور الوظيفى للجزاء فى القاعدة الإجرائية: لا يقتصر الجزاء على كونه عنصر الإجبار فى هذه القاعدة، وإنما له أيضاً دور وظيفى فى القاعدة الإجرائية داخل النظام القانونى الذى تعمل بداخله القاعدة المحملة بهذا الجزاء.

---

(١) وهى التسمية التى أطلقها فقه القانون المدنى على بعض القواعد القانونية، عند تقسيمه لقواعد القانون من حيث قوة الجزاء، بين قواعد قوية الجزاء، وقواعد عادية الجزاء، وقواعد ضعيفة الجزاء وقواعد تنظيمية: انظر د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص ٣٧٤ ومابعدها، د. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٤٥ ومابعدها، نقض ١٩٩٧/١/٤ طعن ٣١٧٩ لسنة ٦١ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٧٨. نقض ١٩٩٤/١١/١٧ طعن ١٢٥٩ لسنة ٦١ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج٢ ص ١٤١٢. نقض ٢٠٠٢/٢/٢٧طعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ ق، نقض ٢٠٠١/١١/٢٥، طعن رقم ٤١٢٢ لسنة ٦٩ق، المحاماة ٢٠٠٣، ع ٣ ص ٨٣، طعن تجارى عمانى رقم ٣٧٤/ ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٤ المجموعة السنة ٧ ص ٧٨٢. طعن تجارى عمانى رقم ٣٤٤/ ٢٠٠٦ جلسة ٢٠٠٧/١/٢٤ المجموعة السنة ٧ ص ٧٨٦.

(٣) وكذلك الحال بالنسبة لدين القمار حيث لا يلتزم المدين بسداده، وله أن يسترده، إذا كان قد دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك مادة ٣٩ مدنى.

(٤) انظر فيما يلى بند ٧١.

معنى ذلك[1] هو أن كل مجموعة من القواعد القانونية تعمل داخل نظام إجرائى خاص بها. فالقواعد التى تنظم الاختصاص القضائى، وتلك التى تنظم الإعلان. والتى تنظم الأوراق القضائية ... الخ. وعند بناء هذه القواعد يأخذ فى الاعتبار الهدف المراد التوصل إليه من النظام التى تعمل بداخله هذه القواعد، والتى تسعى فى مجموعها إلى هدف نهائى هو حسم النزاع[2]. وإلا كانت قواعد شاذة لا رباط بينها وبين النظام الإجرائى التى توجد فى إطاره. فكل نظام إجرائى قواعد قانونية خاصة به يتم صياغتها بالشكل الذى يتلاءم مع طبيعة وهدف النظام التى تعمل بداخله. وعلى ذلك فغاية النظام[3] تؤثر فى غاية قواعده، ويرتب ذلك تأثير مقابل على تصميم ذات هذه القواعد، ويبدو واضحاً فى عنصر المفترض والأثر القانونى اللذين يشكلان كيان القاعدة القانونية الإجرائية.

بمعنى أكثر إيضاحاً، أن مفترض القاعدة القانونية الإجرائية، يجب أن يستجيب للهدف أو الغاية التى يسعى إليها النظام الإجرائى الذى تعمل القاعدة فى إطاره. كما أن حكم القاعدة القانونية أو أثرها القانونى يجب أن يستجيب هو أيضاً لغاية النظام الذى تعمل داخله القاعدة التى تحتويه، أى أنه يولد الآثار التى تتضافر مع الآثار الأخرى التى تولدها القواعد الأخرى فى نفس هذا النظام تحقيقاً لهدفه النهائى أو غايته النهائية[4].

والمنطقى أن الجزاء الإجرائى[5] هو الآخر والذى يترتب على مخالفة هذه القواعد يجب أن يتواءم ويكون ملائماً لهدف النظام الذى تعمل القاعدة فى إطاره، أى يتعين أن يهدف الجزاء الإجرائى إلى إحباط الآثار التى لا تتلاءم مع النظام الإجرائى الذى يهدف هذا الإجراء إلى تحقيق أهدافه، ولكن لا يصل إلى هذا الهدف لأنه معيب.

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥٤ بند ٤٢.
(٢) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٩٣ وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية ص ٣٨ وما بعدها بند ٢٠ وما بعده.
(٣) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة. نفس المعنى د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٩٣ – ٤٠٧ بند ٢٣١ – ٢٣٥ د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٤٢.
(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٥٥ بند ٤٢.
(٥) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

وترتيباً على ذلك، فغاية النظام الإجرائى الذى تعمل فى إطاره القاعدة القانونية الإجرائية. هذه الغاية هى الأخرى لها دور فى بناء الجزاء الإجرائى، كما تؤثر على فعاليته، دليل ذلك المادة ١٩ مرافعات تنص على أنه "يترتب البطلان على عدم مراعاة المواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى المواد ٦، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣ مرافعات" والقواعد التى تتضمنها هذه المواد تتضافر فيما بينها لتنشئ نظاماً قانونياً إجرائياً يهدف إلى تهيئة الخصومة المدنية للانعقاد وبشكل صحيح، وتضع المادة ١٩ مرافعات جزاء البطلان إذا خالف العمل الإجرائى نموذجه المنصوص عليه فى المواد التى أحالت إليها هذه المادة. ويخضع هذا الجزاء متى تعلق بالمصلحة الخاصة لقواعد الدفع الشكلى وفقاً للمادة ١٠٨ مرافعات[١].

والجزاء الإجرائى وعلى تعدد صوره[٢] تهدف فى مجملها إلى غاية واحدة[٣] هى على احترام القواعد الإجرائية، ويتم ذلك عن طريق إلحاق التعيب بالعمل الإجرائى، أو إلحاق النزول الإرادى أو السقوط بالحق الإجرائى، مما يؤدى إلى منع توليد أو على العكس استمرار الآثار التى كان يولدها الإجراء لو اتخذ بشكل صحيح.

هذه الغاية، قد يؤثر فيها العديد من الوقائع القانونية التى أوجدها المشرع[٤] ويبارك وجودها[٥] هذه الوقائع تنصاع إلى اعتبارات عملية[٦] على حساب احترام القواعد الإجرائية، والتأثير المقصود يأخذ فى صورته الغالبة الإعفاء من الجزاء الإجرائى، والأكثر من ذلك الإبقاء على الإجراء المعيب، بعيبه وإنتاجه لكافة آثار الإجراء الصحيح.

---

(١) نقض ١٩٨٣/٤/٢٨ طعن ٣٩٥ لسنة ٥٢ق السنة ٣٤ ص ١٠٨٩، نقض ١٩٨٣/٤/٢٨ طعن ٧٢٠ لسنة ٥٠ق السنة ٣٤ ص ١٠٩٢ د. أحمد مليجى التعليق ج١ ص ٦٥٦.

(٢) انظر فيما سبق بند ٤ ومابعده.

(٣) فى الغاية من الجزاء الإجرائى، والوقائع التى تؤثر فيها انظر د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٧٣ – ٧٧ بند ٥٦ – ٥٩.

(٤) انظر فى الوقائع القانونية فيما سبق بند ٤٧ ومابعده.

(٥) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٩٤ بند ٥١، عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٠٤ وما بعدها بند ٨٢ وما بعده.

(٦) انظر فيما يلى بند ٧٦.

والوقائع القانونية التى تؤثر على غاية الجزاء الإجرائى، أوجدت فكرة الإعفاء من هذا الجزاء وعلى نحو ما رأينا وعلى امتداد هذه الدراسة – نص المشرع على هذه الوقائع. هذه الوقائع، الغالب منها، ولو لم يتمسك الخصم بالجزاء، يترتب على تحقق واقعة من هذه الوقائع سقوط الحق فى التمسك بالجزاء وبقوة القانون، ودون أن يتوقف على طلب أو حكم قضائى[1] وعدم التمسك بالجزاء، يجعل الجزاء الذى وقع بقوة القانون مجرد واقعة نظرية لا يفيد منها أحد[2].

٦٩- أثر فكرة الإعفاء من الجزاء على القاعدة القانونية الإجرائية: هذه الفكرة تتمثل فى عدم إنتاج الإجراء المعيب للأثر السلبى الذى كان يولده الإجراء، متى كان غير مطابقاً لنموذجه القانونى، وفكرة الإعفاء لا تقتصر على عدم إنتاج الإجراء المعيب لأثره السلبى، وإنما رغم تعيب العمل الإجرائى، إلا أنه ينتج كافة آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذه، نتيجة للسياسة التشريعية التى يعتنقها المشرع[3] ليبقى ولاعتبارات معينة على الإجراء المعيب، رغم إنتاجه لكافة آثار الإجراء يؤدى إلى تناقض فنى وتشريعى[4] بين القاعدة الإجرائية والإجراء المتخذ، حيث يوجد إجراء معيب لا تعرفه القاعدة القانونية النموذجية، ومع ذلك يولد آثار الإجراء المطابق للنموذج القانونى.

والعيب الإجرائى نتيجة مثل هذه السياسة يظل دون أن يقوى الجزاء على إزالته. وما ذلك إلا أن المشرع اشترط لأعمال الجزاء تمسك صاحب المصلحة بالعيب الإجرائى. وحيث أنه لم يتمسك بالجزاء، أو نزل عنه، أو حدثت واقعة من

---

(١) وإن كان الطلب والحكم القضائى ضروريان، وذلك فى الحالة التى يريد صاحب المصلحة التمسك بأن الجزاء قد وقع، ويريد الخصم الآخر التصرف على عكس مقتضى الجزاء الذى وقع بقوة القانون، فلا يكفى الإعتداد بسبق وقوع الجزاء، بل لابد من الحصول على حكم قضائى يقرر وقوع الجزاء بالفعل، وترتد آثار هذا الحكم ليس من تاريخ صدوره ولا من تاريخ المطالبة به، بل من تاريخ وقوع الجزاء بقوة القانون د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٩٤ بند ٥١.

(٢) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٩٥ بند ٥١.

(٣) انظر فيما يلى بند ٦٧

(٤) والتناقض الفنى، لأن فكرة الإعفاء يتولد بمقتضاه الإجراء المعيب آثار لا يولدها إلا الإجراء المطابق لنموذجه. أما التناقض التشريعى، لأن هذه الفكرة تلى قصد الشارع الذى ما قصد إلا إلى توليد آثار محددة من إجراء له صفات محددة، هذا الإجراء وهذه الصفات لا نجدها فى نطاق فكرة الإعفاء، لأننا فرضاً أمام عمل إجرائى معيب، ورغم العيب، فأنه يولد كافة آثار الإجراء الصحيح. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٠٥ بند ٨٣، الهدر الإجرائى ص ٧٥ بند ٣٩.

الوقائع المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء، فيبقى على الإجراء المعيب بعيبه، ويولد آثار الإجراء الصحيح.

ويدعم ذلك، أن فكرة الإعفاء من الجزاء تؤدى إلى تحقيق غايات النظام الإجرائى. الذى يعمل الإجراء المعيب بداخله بمعزل عن احترام القواعد القانونية التى تحدد وترسم السبل إلى الوصول لهذه الغايات[1]. فالغايات المحددة للنظم الإجرائية يتم تحقيقها رغم اتخاذ الإجراءات بالمخالفة لنموذجها القانونى، ودون أن يقوى الجزاء على إزالة المخالفة، فكان لا حاجة بنا فى هذه الحالات لهذا الجزاء، طالما لا أثر له متى تحققت الغايات.

ولكن هل الإجراء المعيب الذى يولد رغم عيبه كل آثار الإجراء الصحيح، ولا يقوى الجزاء على إزالته، يحول القاعدة القانونية الإجرائية المقترنة بهذا الجزاء إلى مجرد قاعدة تنظيمية.

مثال ذلك، يشترط أن يتم إعلان الأوراق القضائية فى وقت معين، وإلا كان الإعلان باطلاً مادة ٧ مرافعات. كما يشترط أن تسلم الورقة المعلنة إلى شخص معين، أو فى موطنه، أو إلى من يقرر أنه وكيله مادة ١٠ مرافعات، وإلا ترتب البطلان على عدم مراعاة ذلك مادة ١٩ مرافعات. فإذا أعلن الشخص فى غير الوقت المعين، أو أعلن باسمه الظاهر أو بصفته الظاهرة، أو عن طريق الممثل الظاهر رغم بلوغ القاصر سن الرشد أو فى موطنه الظاهر. ففى كل ذلك اتخذت الإجراءات بالمخالفة للنموذج القانونى المحدد سلفاً، ومع ذلك إذا لم يتمسك الخصم بالجزاء تستمر الإجراءات مولدة لكافة آثار الإجراء الصحيح، وتطبيقاً لذلك، قضى بصحة الإعلان ولو تم فى غير الوقت المطلوب اتخاذه فيه مادة ٧ مرافعات[2] وبصحة الإجراءات التى اتخذت فى مواجهة الخصم باسمه الظاهر[3] وبصحة الإجراءات التى اتخذت فى

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٣ بند ٨٧.

(٢) طعن رقم ١٨٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٩/١/١٨، طعن ٢٣٢٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ د. أحمد مليجى التعليق ج ١ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٣) حيث قضى بأن "عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل، بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر، فيكون هو الدائن بها للغير، كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها

مواجهة المستلـــم الظاهر للإعلان[١]. أو فى موطنه الظاهر[٢] وبـصحة الإجـراءات التى اتخذت من أو فى مواجهة الممثل الظاهر رغم بلوغ القاصر سن الرشد[٣].

يشترط فى صحف الاستئناف أن تكون موقعة من محام مقبول أمام هذه الدرجـة من درجات التقاضى[٤]. وأن تتضمن الصحيفة ذكر الحكم محل الطعـن وتاريخـه[٥]. فإذا لم يتوافر هذا الشكل ولم توقع الصحيفة، أو كانت موقعة من محـامى ظـاهر[٦] أو جاءت الصحيفة خالية من ذكر الحكم وتاريخه، كانت الصحيفة باطلة، ومع ذلك إذا لـم يثير البطلان إطلاقاً لأى سبب أو تكلم الخصم فى الموضوع أو قـدم مـذكرة بدفاعـه، استمرت الصحيفة قائمة مولدة لجميع آثارها[٧] وتطبيقاً لذلك قضى بـأن الـصحيفة لا تبطل ولو لم يوقع المحامى على أصلها المودع قلم الكتـاب، طالمـا أنـه وقـع علـى

للغير" نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ قضاء النقض فى المواد المدنية ط ٣ – ج٢ المجلد الثانى رقم ٣٨٩١ ص ١٥١٢. نقض ١٩٩١/٥/٢٢ قضاء النقض – المرجع السابق رقم ٣٩٠٢ ص ١٥١٥.

Req 21 Juill. 1903 D. P. 1908,. 1. 315.

مشار لذلك لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ١٧٣ – ١٧٦ بند ١٦٥ – ١٦٨.

(١) فى صحة الإجراءات التى اتخذت فى مواجهة مستلم الإعلان الظاهر انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٩ – ١٨٥ بند ١٧٢ – ١٧٤ والأحكام المشارة لديه وقضى بأنه "متى انتقل المحضر إلى موطن الشخص المراد إعلانه وذكر أنه سلم صورة الإعلان إلى أحد أقاربه أو أصهار المعلن إليه المقيمين معه فأنه – وعلى ما جرى به قضاء النقض – لا يكون مكلفاً بالتحقيق من صفة من استلم منه الإعلان ..." نقض ١٩٨٢/٥/٣٠ مجموعة القواعد – ١ – ٢ – رقم ٧٨ ص ١٥٢٧ نقض ١٩٧٩/١٠/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ رقم ٣٣٧ ص ٤. نقض ١٩٧٨/٣/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ – ١ – رقم ١٤٢ ص ٧٢٥ نقض ١٩٧٣/١١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ رقم ١٨٦ ص ١٠٧٠.

(٢) فى صحة الإجراءات التى تتم فى الموطن الظاهر للخصم، ولا يستطيع أن يدفع ببطلان الإعلانات والأعمال القضائية التى صدرت بناءً عليها واستناداً إليها أو بعدم اختصاص المحكمة التى رفعت إليها الدعوى، وذلك لأنه هو الذى أوجد مظهراً كان من شأنه أن أوقع الغير حسن النية فى الخطأ فيما يتعلق بموطنه، ويجب أن يتحمل نتيجة هذا المظهر الخادع الذى أوجد بنفسه د. محمد كامل مرسى – الموطن أو المحل – مجلة القانون والاقتصاد السنة ٨ العدد الأول ص ٤٦ وما بعدها بند ٣٢ وفى تفصيل ذلك انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٧٦ – ١٧٨ بند ١٦٩ وما بعده والأحكام المشارة لديه.

Coss. Civ. 31 Janv. 1968 Bull;. Civ. N. 41 P. 32.

(٣) فى صحة الإجراءات الصادرة من الممثل الظاهر رغم بلوغ القاصر سن الرشد. انظر د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ٨٧ وما بعدها والأحكام المشارة لديه. د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٨٤ – ١٨٦ بند ١٧٥ – ١٧٧. وقضى بأنه "لما كان ذلك وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الاستئناف بعدم صحة تمثيل والدته له بعد بلوغه سن الرشد، فأن هذا الحضور يكون بقبوله ورضائه وتظل صفتها قائمة فى تمثيله فى الخصومة بعد بلوغه سن الرشد، وبالتالى ينتج هذا التمثيل كل آثاره القانونية، ويكون الحكم الصادر فى الدعوى كما لو كان القاصر قد حضر بنفسه الخصومة بعد بلوغه ... الخ نقض ١٩٧٠/١/١٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٧٠. نقض ١٩٨١/١١/٢٣ مجموعة القواعد رقم ٩٨٨ ص ٥٣٦ نقض إيطالى.

Coss. Civ. 4. 8 – 1950 N 2352 For a it mess. 475.

(٤) نقض ١٩٧٣/٢/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٤ ص ٧٨٢.

(٥) استئناف إسكندرية دائرة ٢١ مدنى فى ١٩٩٤/١/١٢.

(٦) انظر فيما سبق ص ٣١ حاشية ٣.

(٧) د. نبيـل عمـر: عـدم فعاليـة الجـزاء ص ١١٦ بنـد ٩١. د. محمـد سـعيد عبـد الـرحمن ص ١٨٩ بند ١٨٤.

الأصل المعلن إلى الخصم[1] أو وقعها محامى ظاهر[2] أو جاءت الصحيفة خالية من ذكر الحكم وتاريخه[3].

يشترط بعد الانتهاء من مدة الوقف الاتفاقى للخصومة، أن تعجل الدعوى خلال الثمانية أيام التالية لنهاية مدة الوقف، وإلا أعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه مادة ١٢٨/ ٢ مرافعات[4] فأن تم التعجيل بعد انقضاء هذا الميعاد، ولم يتمسك أحد بالجزاء تستمر الخصومة فى السريان مولدة لجميع آثارها[5] وتطبيقاً لذلك قضى[6] بأنه إذا حدث ذلك، فأن للطرف الآخر الدفع بانتهاء الخصومة نتيجة هذا الترك، على أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، فليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، إذ يجب على صاحب المصلحة التمسك بهذا الدفع قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فى إبدائه".

فى كل هذه الأمثلة: اتخذت إجراءات بالمخالفة لقواعد ومراكز قانونية إجرائية، فأصبح العمل الذى تم اتخاذه مخالفاً للنماذج القانونية المحددة سلفاً، فكان العمل المتخذ معيباً. والمنطقى يوجد جزاء، ولكن لعدم تمسك صاحب الشأن لأى سبب[7] بالعيب

---

(١) نقض ١٩٨١/٣/٢١ الموسوعة الذهبية للفكهانى – ٤ – ص ٤٧٢ رقم ٨٩٧.

(٢) فى صحة الأعمال والإجراءات التى يقوم بها المحامى الظاهر انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ١٨٩ – ١٩٢ بند ١٨٤ – ١٩٨٦ والمراجع والأحكام المشارة لديه وقضى بأنه "... أن الجزاء الذى رتبه القانون على من زاول أعمال مهنة المحاماة رغم استبعاد اسمه من جدول المحامين هو إحالته إلى مجلس التأديب لتوقيع الجزاء الذى فرضه القانون لهذه المخالفة، وأن هذا الاستبعاد يزول بمجرد سداد الاشتراك المتأخر، ومؤدى ذلك أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى لم يقم بسداد الاشتراك فى الميعاد صفته كمحام، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاده اسمه لا يبطل عمله، وإنما يعرضه للمحاكمة التأديبية ..." نقض ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٣ رقم ١٢٨ ص ٨١٥ نقض ١٩٦٦/١/٢٩ مجموعة الأحكام السنة ١٧ رقم ٢ ص ١١.

(٣) قضى بأن "خلو صحيفة الاستئناف من ذكر الحكم وتاريخه بطلان نسبى يتعين التمسك به قبل الكلام فى الموضوع وإلا سقط الحق فى إبدائه" طعن مدنى عمانى رقم ١٤٥/ ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/١٠/٣ المجموعة السنة ١١ ص ٢٣٢ نقض مصرى ١٩٦٨/١/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ١٩ ص ٩٧.

(٤) فيجب أن يتم تحديد جلسة وإعلان الخصم الآخر بها خلال الثمانية أيام، ولا يكفى تقديم صحيفة التعجيل إلى قلم المحضرين إذا أعلنت فى الميعاد نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق نقض ١٩٦٢/١/٣١ مجموعة الأحكام السنة ١٣ ص ١٤١.
مع ملاحظة أنه فى هذه الحالة لا ينطبق نص المادة ٦٣ مرافعات الذى ينص بأن الدعوى تعتبر مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب، لأن التعجيل لا يحدث إلا بالإعلان الذى يجب أن يتم فى الميعاد المحدد له، وإلا اعتبر الميعاد غير مراعى. د. فتحى والى: الوسيط ص ٥٩٢ حاشية رقم ٢. د. نبيل عمر: إعلان الأوراق القضائية ص ١٤٥ وما بعدها بند ٨٦.

(٥) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٧ بند ٩١.

(٦) نقض ١٩٦٦/١٢/٦ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ١٧٧٥ قارن: د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٥٣ وما بعدها.

(٧) فإذا سقط حق الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بأعمال الجزاء الوارد فى المادة ٩٩/ ٣ مرافعات، فأن الخصومة تظل قائمة، مولدة لجميع آثارها إجرائية كانت أو موضوعية، ويظل الحق قائماً، كذلك الحق الموضوعى، وفى كل ذلك وقاية من الهدر الإجرائى والموضوعى. وشأن ذلك نجده فى المواد ١٢٨/ ٢، ١٣٤، ١٠٨، ١١٤، ٦٨/ ٣. د. نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية ص ١٥٨ وما بعدها بند ١٠٨ وما بعده.

الإجرائى، فلا يقوى الجزاء على إزالة هذا العيب، وبالتالى لعدم صدور حكم تقريرى يقرر هذا العيب. فيظل الإجراء المعيب قائماً محملاً بالعيب دون إزالة أو تصحيح، مرتباً كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه. كما أنه لا أثر من الإجراء المعيب على الإجراءات التالية المبنية عليه، وهذا بدوره يؤدى إلى الوقاية من الهدر الإجرائى.

وبالمقابل للقواعد الإجرائية التى يوجد بها جزاء وإن كان لا يقوى على إزالة العيب، توجد قواعد إجرائية وغير مقترنة بجزاء، مثال ذلك، تنص المادة ٦٨/١ مرافعات على أنه "على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ..." وتنص المادة ٦٩ مرافعات فى صدرها على أنه "لا يترتب على عدم مراعاة الميعاد المقرر فى المادة السابقة بطلان إعلان صحيفة الدعوى..." والمادة ١٧٢، ١٩٥ مرافعات.

فعلى الرغم من عدم إعلان صحيفة الدعوى خلال الميعاد المقرر بالمادة ٦٨/ ١ تبقى الصحيفة قائمة ومولدة لجميع آثارها، رغم وجود عيب إجرائى، ولكن لا يوجد صاحب مصلحة فى التمسك بهذا العيب، كما لا توجد مصلحة فى إثارته، ومن ثم لا محل لصدور حكم تقريرى يؤدى إلى إعمال آثاره، أى حرمانه من توليد آثاره[١].

وفى الحالتين، سواء وجد جزاء ولا يقوى على إزالة العيب لعدم إثارته من جانب صاحب المصلحة. أو حالة عدم وجود جزاء[٢]. النتيجة فى الحالتين واحدة، وهى بقاء الإجراء المعيب، وتوليده لكافة آثار الإجراء الصحيح. ولكن رغم وحدة النتيجة، لا يمكن بحال التوحيد بين نوعى القواعد الإجرائية[٣]. من حيث عنصر الجزاء. واعتبار القاعدة الإجرائية المقترنة بجزاء وإن كان لا يقوى على إزالة العيب مجرد قاعدة تنظيمية. فعدم قدرة الجزاء على إزالة العيب، وبقاء الأخير، والإعفاء من أثره السلبى لا يؤدى إلى

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٨ بند ٩١.
(٢) فى تصنيف القواعد القانونية الإجرائية من حيث قوة الجزاء انظر فيما سبق بند ٦٧.
(٣) د. نبيل عمر: الإشارة السابقة.

تحول القاعدة الإجرائية المقترنة بجزاء إلى مجرد قاعدة تنظيمية، حيث توجد قواعد إجرائية ضعيفة الجزاء وأخرى تنظيمية غير مقترنة بجزاء.

وعدم قدرة الجزاء على إزالة العيب، حالة توافر مقومات الأخير، لا يعنى به فحسب عدم احترام القاعدة القانونية الإجرائية لأن عدم الاحترام تحقق من وقت اتخاذ الإجراء بالمخالفة لنموذجه القانونى، ومع عدم احترام القاعدة القانونية يبقى الجزاء، ولكنه غير قادر على إزالة العيب، وبقاء الجزاء فى هذه الحالة بالنزول الإرادى عنه أو بعدم التمسك به، أو بسقوط الحق فى التمسك به بقوة القانون، يجعل من هذا الجزاء مجرد واقعة نظرية لا يفيد منها أحد.

فالقواعد القانونية الإجرائية ضعيفة الجزاء، توجد مستقلة عن القواعد الإجرائية التنظيمية، وإن اتفقت الأولى مع الثانية فى عدم وقوع الجزاء، فذلك لا ينفى عن القواعد الأولى اقترانها بالجزاء، غاية الأمر أنه توافرت وسيلة من وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء أو تحقق واقعة من الوقائع المسقطة للحق فى التمسك به، يصبح الجزاء غير قادر على إزالة العيب، دون أن يحول القاعدة المقترنة به إلى مجرد قاعدة تنظيمية.

ومن باب القياس، يحفل قانون المرافعات بالنماذج التى تقدم فيها بعض النظم الإجرائية، بأداء وظيفة ليست من طبائع النظام محل الاعتبار تأديتها. فنظام الطعن بالاستئناف يؤدى عملاً شبيه بنظام الطعن بالنقض، من حيث تحديد أسباب الطعن وآثاره، وتحديد سلطات محكمة الاستئناف، ومع ذلك لا يمكن القول بأن نظام الاستئناف قد تحول ليصير نظاماً للطعن بالنقض[1]. نظام التحكيم يؤدى عملاً شبيه بنظام القضاء العام، ولكن لا يمكن القول بحال عندما يحسم النزاع وفقاً لنظام التحكيم، أن التحكيم قد تحول، ليصير نظاماً قضائياً عاماً.

المطلب الثانى

اثر فكرة الإعفاء من الجزاء على الحقوق والمراكز الموضوعية

(١) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١١٩ بند ٩١.

٧٠- وظيفة القواعد الإجرائية بالنسبة للحقوق والمراكز الموضوعية:

القواعد الموضوعية تتحقق تلقائياً من خلال النشاط الأصيل[١] دون حاجة لتدخل القضاء أو أعمال القانون الإجرائى. إلا أن احترام الفرد للقواعد القانونية[٢] يرجع أحياناً إلى عمله بوجود مثل هذه السلطة ومثل هذا القانون الذى ينظم نشاط هذه السلطة، والذى يشمل على وسائل كفيلة بإكراهه على احترام القواعد الموضوعية، وحقوق الغير. فالقانون الإجرائى يؤثر ابتداءً كعامل نفسى فى إعمال القانون الموضوعى تلقائياً، ثم يصبح أداة تحقيقه عند عدم إعماله[٣].

والمشرع الإجرائى ينظم الإجراءات[٤] كما يخلق الحقوق الإجرائية[٥] والفلسفة التى تقوم عليها هذه الإجراءات، تنادى بوجوب تفسير هذه الإجراءات، وممارسة تلك الحقوق على المعنى الذى يحفظ الحقوق الموضوعية، وتعمل على إحيائها لا إماتتها[٦].

وعند قيام المشرع بصنع الإجراءات يهتم بالجزاء الإجرائى، ذلك الجزاء[٧] الذى يتعين أو يجوز توقيعه عند حدوث العيب الإجرائى. وفلسفة المشرع فى رسم الجزاء الإجرائى هى نفسها التى تسيطر عليه فى رسم الإجراءات ذاتها[٨]. وبالتالى

---

(١) فالقواعد القانونية تنظم روابط الحياة الاجتماعية، فتحدد للأفراد أوضاع السلوك الاجتماعى وما يترتب على مخالفتها من جزاءات. فبيان الحقوق وتحديد الالتزامات هى رسالة القانون الأولى للأفراد. انظر: د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٢٢ وما بعدها.

(٢) وإن كان الغالب أن يكون احترام الأفراد لقواعد القانون تلقائياً، إلا أن ذلك لا يسرى دائماً، بل كثيراً ما يختل سيره، وهنا يحتاج الأمر إلى تدخل السلطة لإزالة هذا الخلل، وهذه هى وظيفة القضاء، ولكى يكون تدخل القضاء مثمراً، لابد وأن يعمل الجهاز القضائى وفقاً لقانون يحكم حركته، والذى يحكم هذه الحركة، هو القانون الإجرائى. انظر: د. وجدى راغب نظرية العمل القضائى. ص ١١١ وما بعدها. د. فتحى والى: الوسيط: ص ٤ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ١٣ بند ٤. د. نبيل عمر: الوسيط ص ١٠ وما بعدها بند ٣. د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٦ وما بعدها.

(٣) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٥٤. د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.

(٤) وتنظيم المشرع للإجراءات، بأن يحدد شروط صحتها، وشروط عدم صحتها، كما يضع شروط قبولها، وعدم قبولها، ويحدد حالات بقائها، وحالات اعتبارها كأن لم تكن، كما يحدد صلاحية القائم بها، وعدم صلاحيته .... الخ. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٣٨ بند ١٧.

(٥) وعند خلق المشرع الإجرائى للحقوق الإجرائية، يحدد صاحبها، وكيفية ممارستها، وأحوال بقائها، وكذلك أحوال سقوطها. فى تفصيل ذلك انظر: د. أحمد إبراهيم عبد التواب: النظرية العامة للحق الإجرائى مرجع مشار إليه سابقاً.

(٦) د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٢. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٦٠ بند ٢٩.
د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٥١٠.

(٧) هو ذاته الجزاء الكامن فى القاعدة الموضوعية، وعند إعماله عن طريق القانون الإجرائى، حالة تطبيقه للقانون الموضوعى. ذلك بهدف إعادة التطابق بين المراكز الموضوعية والمراكز الواقعية، ودون أن يمس القانون الإجرائى أصل الحق بطريقة مباشرة. د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى ص ٣٨ بند ١٧ د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٢٩. الدفوع ص ٣.

(٨) فهناك رباط منطقى وقانونى يربط مقومات الإجراء بآثاره وبجزاءه فى لحظة واحدة، ففى مرحلة صناعة الإجراء نموذجياً، وصياغته فى القاعدة الإجرائية، يحدد المشرع فى ذات اللحظة أثر الإجراء إذا تم بالصورة المحددة له، ويحدد

لا يجوز الإفراط فى رسم الإجراءات أو تحديد الجزاءات[١]. وعدم الإفراط فى كل من هذا أو ذاك، تستهدف به القواعد الإجرائية الضمان الأكبر لأن يتجه النشاط القضائى فعلاً إلى تحقيق القواعد الموضوعية.

بمعنى أن القانون الإجرائى يقود النشاط القضائى فى الاتجاه الذى تحدده القواعد الموضوعية لنظام الروابط الاجتماعية، وهذا ما يعبر عنه بأن القانون الإجرائى يمثل وسيلة من وسائل تحقيق القانون الموضوعى[٢] وليس لكون القانون الاجرائى خادماً للقانون الموضوعى.

ولذلك فأن ما ذهب إليه الفقه[٣] بالقول بأن القانون الإجرائى خادماً للقانون الموضوعى La Procedure est La Servante du droit قول غير مقبول[٤] لأن القانون الإجرائى، وإن كان وسيلة من وسائل تطبيق القانون الموضوعى، إلا أنه لا يتبع القانون الموضوعى، بل يكمله[٥] فكل من القانونين يحتفظ باستقلاله[٦] ولكنهما لازمان معاً للحياة القانونية، إذ بغير القانون الموضوعى يصبح القانون الإجرائى

الجزاء على تعييه. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٦٤ وما بعدها بند ٥٠ وما بعدها. الهدر الإجرائى ص ٣٩ بند ١٧. أصول المحاكمات المدنية ص ٥ وما بعدها.

(١) د. نبيل عمر: الوسيط ص ١١ بند ٣. عدم فعالية الجزاء ص ٦٤ وما بعدها بند ٤٩ وما بعده دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها بند ٤ وما بعده، الهدر الإجرائى ص ٣٩ بند ١٧ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ١٦٢ بند ٧١ د. أيمن رمضان: ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٦. د. أحمد هندى: قانون المرافعات ص ٧ بند ٢.

(٣) د. نبيل عمر أصول المحاكمات المدنية ص ١٢ وما بعدها بند ٣. الوسيط ص ٧ بند ١. الهدر الإجرائى ص ٣٨ وما بعدها بند ١٧. أيمن رمضان الإشارة السابقة د. أحمد هندى: التمسك بالبطلان ص ١٠ بند ١.
Solus et Perrot: op. cit. T. 1. P. 21 N 15.
وفى أحكام القضاء انظر: نقض إيجارات ٢٠٠٢/٢/١١ طعن ٣٩١ لسنة ٧٠ق المحاماة العدد ٣ عام ٢٠٠٣ ص ٩٧.

(٤) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة.

(٥) د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة. ومن مظاهر هذه التكملة: أن المراكز الموضوعية قد تؤدى إلى خلق مراكز إجرائية، طلب أصلى وطلب عارض، أو طلبات أصلية، ودفوع بالإحالة. أو طلبات أصلية تنزع من محكمة مختصة بها، وتحال إلى محكمة أخرى لا تختص بدواعى حسن سير العدالة مادة ٤٦. د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى: ص ٦٠٢ وما بعدها بند ٥٩٥.وما بعده.

(٦) فنصوص القانون الإجرائى، شأنها شأن نصوص القانون الموضوعى تشتمل على الخصائص الكفيلة بتطبيقها العملى، فهى تتضمن كل خصائص القاعدة القانونية، فهى قاعدة عامة مجردة ملزمة يترتب على مخالفتها جزاء، وتجد هذه القاعدة ضمان فاعليتها فى الجهاز القضائى، أى القاضى الذى يقوم بتنفيذها أو يشرف عليها، وفى وسائل الطعن المختلفة، وليس أدل على قوة هذا الضمان من أن الجهاز القضائى هو الضمان الأخير لفاعلية القواعد الموضوعية.
كما أن الإجراءات وإن كانت وسيلة للقانون الموضوعى إلا أنها ليست الوسيلة الضرورية، فمثلاً عقد البيع ينشأ مجموعة من الحقوق والالتزامات على اطرافه، يترتب على الإخلال بها جزاءات موضوعية كالالتزام بالتعويض أو الفسخ، ويمكن بلوغها دون تطبيق القواعد الإجرائية.
كما أن بعض القواعد الاجرائية تطبق تطبيقاً مستقلا عن القواعد الموضوعية، وهو مايطلق عليها بالقواعد الاجرائية البحتة كالقاعدة المنظمة لإعلان صحف الدعاوى، والقواعد المتعلقة بسير الإجراءات وانقضائها، والمتعلقة بعوارض الخصومة، فى كل ذلك لا تدخل القواعد الموضوعية عند تطبيق القواعد الإجرائية، فى تفصيل ذلك انظر: د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٥ – ١٥٧ والمراجع المشارة اليه. د. نبيل عمر: أصول المحاكمات المدنية ص ٨.

بدون موضـــوع، وبدون القـــانون الإجرائى يفقد القانون الموضوعى عنصر الإجبـــار Contrainte اللازمة لقانونيته[١].

والقاعدة الموضوعية لا تعالج هنا فى ذاتها، وإنما من خلال القواعد الإجرائيـــة، وفى حدودها الموضوعية والشخصية، ومن حيث يعتد بها القانون الإجرائـــى لترتيـــب آثار معينة، أى تعالج هنا فى حدود القوالب الإجرائية، وهكـــذا ينبغـــى الرجـــوع إلـــى القواعد الإجرائية على حدة لتحديد هذه القوالب، وآثارها الإجرائية، كما ينبغـــى تطبيـــق القواعد الموضوعية على حدة على مضمون هذه القوالب[٢].

ومن هنا كان التنظيم الإجرائى للقواعد الإجرائية قد تم تـــصميمه انطلاقـــاً مـــن فكرة أساسية هى حماية الحقوق الموضوعية[٣]. وهى نفسها السياسة التـــشريعية عنـــد تصميم الجزاء الإجرائى[٤] حيث استلهم المـــشرع غايـــة الإجـــراءات اتجـــاه الحـــق الموضوعى، هذه الإجراءات ترمى دائماً إلى إيصال الحق لـــصاحبه، عنـــد التجهيـــل بمراكز هذا الحق[٥] عن طريق الدعوى[٦] بعيداً عن القصاص الخاص[٧] ومـــا دامـــت الإجراءات تمثل وسيلة من وسائل تحقيق الحقوق والمراكـــز الموضـــوعية. فيجـــب ألا تكون هذه الوسيلة أداة فنية لإهدار تلك الحقـــوق[٨]. وإذا كانـــت الإجـــراءات توضـــع

---

(١) وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٥٤، د. إبراهيم نجيب سعد: ج١ ص ١٤ بند ٤.

(٢) د. وجدى راغب: ص ١٥٧ د. نبيل عمر: الوسيط ص ١٠ وما بعدها بند ٣.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط: الإشارة السابقة. عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١١٩ بند ٩٢. الهدر الإجرائى ص ٤١ بند ١٩، ص ٦٠ بند ٢٩. د. إبراهيم نجيب سعد: ص ١٤ وما بعدها بند ٤.

(٤) انظر فيما يلى بند ٧٢.

(٥) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ٧٥ – ٧٧. د. أحمد هندى زغلول: أعمال القاضى ص ٢١ – ٤٦ بند ٩ – ٢٥.

(٦) والدعوى هى الوسيلة الإجرائية للحصول على حماية القانون للحق الموضوعى، سواء كان الشخص محقاً فى دعواه أو على العكس غير محق فى دعواه، مادة ٣٠ مرافعات فرنسى، والدعوى حق إرادى مستقل عن الحق الموضوعى الذى يحميه، سواء من حيث السبب أو المضمون. مضمون هذا الحق الإرادى الحصول على تطبيق القانون فى حالة محددة، ومنح المدعى حماية قضائية معينة، فالدعوى بذلك وسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانونى، موضوعها إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانونى. انظر: د. على هيكل: الدفع بإحالة الدعوى ص ٢١ وما بعدها بند ١٩ وما بعده.

ROUBIER: le droit et action distction entre L'action, Contrefaçion et L'action en Concurrence de Layale. R. T. D. Civ. 1952. P. 161. TERRE: action en justice jur. Classd. Pr. Civ. 1987. Fasc. 125 – P. 2 – 6 – N. 4 – 33.

(٧) فى منع العدالة الخاصة والدفاع الذاتى عن الحقوق الموضوعية. انظر: د. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١١٤، د. وجدى راغب: مبادئ: ٣٨ وما بعدها د. أيمن رمضان ص ١٧٠ وما بعدها.

(٨) د. نبيل عمر: المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها بند ٨٥. ـ

بالقدر اللازم لحماية الحق الموضوعى، وهى شيمة القانون الإجرائى[1]. فالجزاءات هى الأخرى بهدف حماية هذا الحق، لا بهدف إهداره[2].

٧١- أثر فعالية الجزاء الإجرائى على الحقوق والمراكز الموضوعية:

يقصد بفعالية الجزاء الإجرائى[3] عدم توليد الإجراء المعيب للآثار التى كان يولدها لو اتخذ مطابقاً لنموذجه القانونى. عدم المطابقة هذه تؤدى مباشرة إلى اختلاف الإجراء المتخذ عن الإجراء النموذجى للقاعدة القانونية الإجرائية، فنكون أمام إجراء آخر خلاف الذى حدده المشرع، وإزاء ذلك، فمن المنطقى القول بأن الآثار الإجرائية التى حددها المشرع لا تجد مجالاً لانطلاقها، أو عدم توليد الإجراء لآثاره هو الجزاء، والأخير يكون فعال فى كل حالة لا ينطلق فيها الأثر لعدم مطابقة الإجراء الواقعى مع الإجراء النموذجى للقاعدة القانونية.

وفعالية الجزاء الإجرائى، يجب النظر إليها على مستويات ثلاث[4] أولها: على العمل الإجرائى المعيب. وثانيها: على مستوى الإجراءات الأخرى التى تشترك مع الإجراء المعيب لإحداث أثر معين داخل مركز قانونى إجرائى معين. وثالثها: على مستوى المركز الموضوعى المتخذ الإجراءات لحمايته.

وفى فلك المستويات الثلاث، لو رفعت دعوى، وكان بها عيب ثانوى لا يجهل بأى عنصر من عناصرها. والقاعدة أنه بمجرد رفعها ترتب العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية[5]، ثم أعلنت هذه الصحيفة للخصم، وفى الجلسة المحددة لنظرها لم يحضر الخصوم، رغم سبق الإعلان لشخص المدعى عليه أو فى موطنه، ولم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها[6]، عدم الحضور هذا يشكل عيب إجرائى[7] وهو

---

(١) د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات ص ٥١٠.
(٢) د. نبيل عمر: الوسيط ص ١٢ بند ٣. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها بند ٤ وما بعده. عدم الفعالية ص ١١٩ بند ٩٢. الهدر الإجرائى ص ٣٩ بند ١٧. د. أيمن رمضان: ص ١٧٠.
(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء: ص ٩٢ بند ٧١، ص ٩٩ وما بعدها بند ٧٩.
(٤) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ٩٣ وما بعدها بند ٧٤.
(٥) فى الآثار الإجرائية والموضوعية التى ترتب على مجرد رفع الدعوى: انظر د. أمينة النمر: الدعوى واجراءاتها ص ١٢٥ ومابعدها. د. على هيكل: شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية ص ٣٤٦ وما بعدها بند ١٦٣ .
(٦) انظر فيما سبق ص ٢٢٥ حاشية ٣.
(٧) انظر فيما سبق بند ٤ ومابعده.

واجب بالحضور[1] ويستتبع على مستوى الإجراء المعيب، إعمال جزاء معين، هو شطب الدعوى وفقاً للمادة ٨٢ مرافعات، أى استبعادها من جدول القضايا أمام المحكمة[2].

وبالنسبة للإجراءات الأخرى التى تشترك مع الإجراء المعيب، ووفقاً لوحدة النظام الإجرائى ولذات المثال السابق، إذا استمرت الدعوى مشطوبة ستين يوماً، دون طلب أحد الخصوم السير فيها، فأنها تعتبر كأن لم تكن مادة ٨٢ مرافعات[3] إذا تمسك به صاحب المصلحة وقبل التعرض للموضوع[4] مما يترتب على ذلك زوال كافة الآثار التى تولدت من مجرد رفع الدعوى[5].

أما بالنسبة للمركز الموضوعى، والتى اتخذت الإجراءات بهدف حمايته قضائياً، فإن اعتبار الدعوى كأن لم تكن، قد يؤدى إلى زوال الحق الموضوعى، ذلك فى الأحوال التى تتوافر فيها أحد أسباب انقضائه كالتقادم مثلاً[6].

---

(١) فالحضور واجب يفرضه القانون على الخصم وإلا تعرضت الخصومة للركود، ولذلك يعد الحضور إجراء من إجراءات تسير الخصومة. انظر د. وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم ص ١٤ وما بعدها بند ٦. ص ١٥٩ بند ٥٣.

(٢) فكل ما يرتبه الشطب مجرد وقف نظر الدعوى، أى إبعادها من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة، فهو يشبه وقف سير الخصومة، وقطع تسلسل جلساتها د. أحمد هندى: شطب الدعوى ص ١١ وما بعدها بند ٤. د. محمود هاشم: اعتبار الدعوى كأن لم تكن ص ٣٤ بند ١٦.
فى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٦/٥/١٣ طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٧٤ق، "أحوال شخصية" نقض ٢٠٠٣/٦/٢٤، طعن رقم ٣٢٩٢ لسنة ٦٥ ق، مجموعة الأحكام السنة ٥٤ ص ١٠٤٤، نقض ١٩٩٧/١/٥ طعن ١٠٤٠ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ص ٨٤. نقض ١٩٩٤/٧/٧ طعن ٧٨٦٦ لسنة ٦٣ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ج٢ ص ١١٧٥. نقض ١٩٩٤/٤/٢٧ طعن ٢٠٥٠ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٧٦٩. نقض ١٩٩١/٧/٢٩ طعن ٦٠٨ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٢ ج٢ ص ١٤٩٤.

(٣) انظر المراجع المشار إليها ص ٢٣٦ حاشية ١.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٩/٣/٢٣ طعن رقم ٨١٦ لسنة ٦٨ ق، نقض ٢٠٠٦/١/٢٥ طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٥ ق، نقض ٢٠٠٤/٥/٩ طعن ٥٩٥٦ لسنة ٦٤ق، مجموعة الأحكام، السنة ٥٥ ص ٥٠٣. نقض ٢٠٠٠/٦/٢٠ طعن ٢٨٢٦ لسنة ٦٩ق نقض ١٩٩٧/١/٥ طعن ١٠٤٠ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ق ص ٨٤. نقض ١٩٩٧/١١/١٥ طعن ٤٤٢٤ لسنة ٦١ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ق ص ١٢٤٥، نقض ١٩٩٤/٤/٢٧ طعن ٢٠٥٠ لسنة ٥٧ق مجموعة الأحكام السنة ٤٥ ص ٧٦٩.

(٤) نقض ١٩٩٣/٤/٢٧ طعن ٢٣٦٩ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج٢ ص ٢٤٠. نقض ١٩٩٣/٤/١٨ طعن ٧٢٥ لسنة ٥٨ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ق ج ٢ ص ١٤٧.

(٥) نقض ١٩٩٣/٤/٢١ طعن ٤٨١٠ لسنة ٦٢ ق مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ج٢ ص ١٧٩.

(٦) متى أكتملت مدة تقادم الحق وتمسك به المدين، فإن الالتزام ينقضى، ولا يستطيع الدائن إلزام المدين بالوفاء به، ويترتب على سقوط الدين بالتقادم سقوط ضماناته الشخصية كالكفالة، والعينية كالرهن والإمتياز والاختصاص، وتسقط مع الدين كذلك فوائده وملحقاته، حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات، فهى تسقط تبعاً لسقوط الدين الأصلى. فى آثار التقادم انظر: د. محمد حسين منصور: أحكام الإلتزام ص ٥٩١ وما بعدها. د. رمضان أبو السعود: أحكام الإلتزام ص ٤٢٧ وما بعدها.
وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٨٢/١١/٢٨ طعن ١٠٤٨ لسنة ٤٧ق مجموعة الأحكام السنة ٣٣ ص ١٠٥٩. نقض ١٩٧٦/١١/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٢٨ ص ١٥٧٩.

ومبرر النظر إلى المستويات الثلاث السالفة، بصدد فاعلية الجزاء الإجرائي، هو وحدة النظام الإجرائي من ناحية، والوحدة الوظيفية للقانونين الإجرائي والموضوعي من ناحية أخرى. ووحدة النظام الإجرائي، فهذا لكون العمل الإجرائي لا يعيش عيشة مستقلة، بل هو يحيا فى مجموعة من الإجراءات يتجه معها إلى تحقيق غاية معينة[١] ووجود العضو فى الجماعة يؤدى إلى التأثير بها والتأثير فيها، وكذلك العمل الإجرائي، ولهذا فأن صحة هذا العمل تتأثر بالعيب الإجرائي فى عمل آخر، كما أن هذا العيب قد يؤدى إلى التأثير فى الأعمال الأخرى، التى تشترك معه فى تكوين الخصومة[٢] وفى النهاية يدفع المقابل الحق الموضوعى[٣] لوحدة الدور الوظيفى فى القانونين الموضوعى والإجرائى[٤] ذلك أن الحق الموضوعى ينشأ كأثر للقانون الموضوعى[٥] والأخير موضوع القانون الإجرائى[٦]. وعند تعيب الإجراءات التى يتخذها القانون الإجرائى لحماية الحق الموضوعى، ويتولد عن هذه العيوب آثارها ممثلة فى الجزاء الإجرائى، وحتماً فعالية هذا الجزاء تؤثر على المراكز القانونية الموضوعية التى اتخذت هذه الإجراءات لحمايتها قضائياً أو تنفيذياً.

وبيان ذلك، القاعدة أن العمل الإجرائى المعيب لا يؤثر فى صحة الأعمال الإجرائية السابقة عليه، ولكن يؤثر فى الأعمال اللاحقة المرتبطة به، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢٤/ ٢ مرافعات. ففعالية الجزاء الإجرائي وإن كانت لا تؤثر فى صحة الأعمال السابقة عليه[٧] غاية الأمر أنه يجعل هذه

---

(١) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ٣٦٥ وما بعدها مبادئ ص ٣٦٣ وما بعدها.
د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان: ص ١٠٣ وما بعدها بند ٤٦ د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي: ص ١٠٢ وما بعدها بند ٨١. الوسيط فى قانون المرافعات ص ١٤ وما بعدها بند ٦.

(٢) هذه المشكلة ليس لها مثيل فى فقه القانون المدنى، لأنها مشكلة تمليها الطبيعة الخاصة للعمل الإجرائى كعمل غير مستقل، ولهذا فأن هذه المشكلة لن تشغل فقه القانون المدنى، ولذا لم يقدم عون بشأنها للفقه الإجرائى. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٨٤٠٩ بند ٤٤٧.

(٣) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٠٠ بند ٧٩.

(٤) د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائي ص ١٥٤.

(٥) د. وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٥٦.

(٦) انظر فيما سبق بند ٧٠.

(٧) قارن: حيث يرى البعض أن الجزاء الإجرائى قد يطيح بإجراء سابق تم صحيحاً مع جميع الوجوه وما ذلك إلا نتيجة طبيعية لتعدى أثر الجزاء من الإجراء المعيب التالى لإجراء سابق تم اتخاذه صحيحاً، ومبرر ذلك وحدة النظام الإجرائى. د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائي ص ٩٨ بند ٧٨.
ولكن هذا القول يخلط بين الجزاء وعدم النفاذ. فالعمل يعتبر صحيحاً متى توافرت فيه مقتضيات النموذج الذى رسمه القانون له، ويعتبر بهذا صالحاً لإنتاج الآثار التى رتبها القانون عليه، فإذا تدخلت واقعة لاحقة وحالت دون إنتاج العمل

الأعمال وأن تمت صحيحة غير ذى فائدة فى الخصومة التى تمت فيها[1]. وإنما تؤثر هذه الفعالية وبصورة واضحة على الأعمال أو المراكز الإجرائية التالية للإجراء المعيب، متى كانت هذه الأعمال أو تلك المراكز مرتبطة ارتباطاً قانونياً بهذا الإجراء المعيب. والإرتباط القانونى[2] هو الذى يجعل العمل السابق مفترضاً قانونياً لصحة العمل أو الأعمال اللاحقة داخل ذات التنظيم القانونى الإجرائى الذى يلعب الإجراء محل الاعتبار دوراً فيه.

فإعلان السند التنفيذى، وتكليف المدين بالوفاء أمراً ضرورياً يتعين اتخاذه قبل البدء فى التنفيذ كمقدمات للتنفيذ مادة ٢٨١/ ١ مرافعات، فإذا قام معاون التنفيذ بإجراءات التنفيذ دون أن تكون هذه المقدمات قد تمت وقعت هذه الإجراءات باطلة، وتمسك المنفذ ضده ببطلان الإعلان[3] وحكم برد وبطلان إعلان السند التنفيذى، فإن الإعلان يعتبر كأن لم يكن، ويبطل التنفيذ كله باعتباره إجراءً مترتباً على الإعلان[4].

لاثاره القانونية كلها أو بعضها، فأن هذه الواقعة وإن حالت دون نفاذ العمل إلا أنها لا تؤثر فى صحته. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول نظرية البطلان ص ٨٤٧ بند ٤٥٤. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٥٩ بند ٣٠٣. د. أحمد هندى التعليق ج١ ص ٥٢٥ مادة ٢٤. د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٧٣٨ مادة ٢٤.

(١) فالأعمال الإجرائية، إنما تكون ذات فائدة بالمشاركة فى إيصال الخصومة إلى نهايتها الطبيعية، بصدور حكم فى الموضوع ينهى النزاع. فإذا كان الحكم المنهى للخصومة مثلا باطلا، فأنه يترتب على هذا البطلان ألا تكون الأعمال السابقة – وإن تمت صحيحة – قد قامت بوظيفتها كاملة، فيكون من الخطأ القول بأن هذه الأعمال باطلة. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٨ بند ٢٧٥. د. إبراهيم نجيب سعد: ج١ ص ٧٥٩ بند ٣٠٣.
د. أحمد هندى: أصول: ص ٨٨٨ بند ٢٧٥. التعليق ص ٥٢٥ مادة ٢٤.
Morel: op. cit. P. 331 N 412 Solus et Perrot: op. cit. T. I. P. 290 N 412.
ويبنى على ذلك، أن بطلان إعلان صحيفة الدعوى، لا يبطل الصحيفة ذاتها، بدليل أنه يجوز إعادة إعلان نفس الصحيفة بشرط أن يتم الإعلان فى الميعاد. راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٩٤/١/١٧ طعون أرقام ت٦١١٤، ٦١٥٨، ٦٣٠٩ لسنة ٦٢ق السنة ٤٥ ص ١٨٠. نقض ١٩٩٣/٣/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٤٤ ص ٨٢٦.

(٢) فى معنى الارتباط القانونى، ومتى يكون العمل اللاحق مستقلاً عن العمل السابق، ومتى يكون مرتبطاً به، وتطبيقاته: انظر: د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق ص ٨٤٨ – ٨٥١ بند ٣٥٦ د. فتحى والى: الوسيط ص ٤١٩ بند ٢٥٥. د. أحمد السيد صاوى: الوسيط ص ٧١٤ بند ٣٩٩ د. أحمد هندى: أصول: الإشارة السابقة. د. إبراهيم نجيب سعد: الإشارة السابقة. د. أحمد مليجى: التعليق ج١ ص ٧٤٠ مادة ٢٤.
Morel. Préc. Solus et Perrot: Préc.

(٣) نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ١٧ ص ٩٢٩.

(٤) ولا يغير من ذلك القول بتحقق الغاية من الإعلان بعلم المنفذ ضده بالسند التنفيذى، لأن الغاية من الإجراء لا تحقق إلا بالطريق الذى رسمته المادة ١/٢٨١ مرافعات: انظر د. على هيكل: أصول التنفيذ الجبرى فى قانون الإجراءات المدنية والتجارية العمانى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة ص ٢٢٦ بند ١٢٢ والحكم المشار لديه نقض ١٩٩٥/٧/١٣ طعنان ٢٣٦ لسنة ٥٤ق، ٨٣٢ لسنة ٥٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٦ ص ٩٨١.

فوفقاً لهذا المثال، امتدت فعالية الجزاء الإجرائي من مقدمات التنفيذ إلى إجراءات الحجز، وإذا فرض وتم البيع أمكن إبطال هذا البيع حتى ولو كان صحيحاً فى ذاته، نظراً لابتنائه على إجراءات معيبة، هى مقدمات التنفيذ، جزاء إجرائى متعدى الأثر، يمتد إلى إجراءات تالية تمت فى ذاتها صحيحة، فيؤدى إلى زوال آثارها. وتعدى أثر الجزاء الإجرائى إلى إجراءات تالية مرجعه هو وحدة النظام الإجرائى الذى يعمل بداخله الإجراء المعيب، والإجراءات التالية، والتى أمتد إليها أثر الجزاء الذى تم توقيعه على إجراء سابق(١).

كما تمتد فعالية الجزاء الإجرائى، وبصورة تبلغ الكلفة منتهاها، بالنظر إلى تأثيره على المراكز الموضوعية ذاتها. فالحق الذى كانت قد انقطعت مدة تقادمه، يعتبر هذا التقادم وكأنه لم ينقطع(٢). فإذا كانت المدة المتبقية لاكتمال هذا التقادم تعادل أو تقل عن المدة التى استمرت فيها إجراءات التنفيذ قائمة، فأن بطلان إجراءات التنفيذ تؤدى إلى اعتبار التقادم وكأنه لم ينقطع، ومن ثم تكتمل مدته، ويسقط الحق الموضوعى بالتقادم، ففعالية الجزاء الإجرائى أمتدت إلى الحق الموضوعى وأدى إلى ضياعه.

والأمثلة على ذلك لا تقع تحت حصر، اشتراط بيانات متعددة فى صحف الدعاوى أو الطعون وترتيب الجزاء الإجرائى على مخالفة ذلك، يؤدى إلى إهدار العمل المخالف، وما بنى عليه من أعمال صحيحة، فتضيع الإجراءات، وقد يتأثر الحق الموضوعى(٣) نتيجة فوات ميعاد رفع الدعوى أو الطعن، وبالتالى يسقط الحق فيهما، ولا يجوز للمتقاضى اللجوء إلى أى منهما.

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ٩٧ وما بعدها بند ٧٨. الهدر الإجرائى ص ٣٩ بند ١٨. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ١٩٧٧/٥/١٧ طعن ٦٩٨ لسنة ٤٢ق السنة ٣٨ ج١ ص ٥١٧، نقض ١٩٧٦/١١/٢٢ طعن ٦٢٤ لسنة ٤٣ق أحمد هندى: التعليق ج١ ص ٥١٧.

(٢) نقض ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٦ ص ١٠١٧. نقض ١٩٥٥/٥/٢٨ مجموعة الأحكام السنة ٦ ص ١١٧٨.

(٣) د. نبيل عمر: الوسيط: ص ٢٠ بند ٨. عدم فعالية الجزاء ص ١٢٠ وما بعدها بند ٩٢. الهدر الإجرائى ص ٤٠ بند ١٨ سقوط وتصاعد وتحول المراكز ص ١٨ وما بعدها بند ١٢. د. أحمد مسلم: أصول ص ٤٦٢ بند ٤٢٦ د. إبراهيم نجيب سعد ص ٧٦٠ بند ٣٠٣. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول ص ٨٥١ بند ٤٥٧. د. أيمن رمضان: ص ١٦٨
Solus et Perrot: op. cit. P. 365 N 396 Vincent et Guinchard: op. cit. P. 486. N 713 Tomasin: Préc. P. 13 N 50.

فالجزاء الإجرائى ينعكس على الحق الموضوعى، وتسحب المراكز الإجرائية المتساقطة فى طريقها مراكز موضوعية جديرة بالرعاية. فصحف الدعاوى أو الطعون التى استمرت ردحاً طويلاً من الزمان أمام المحاكم، وتم التمسك قبل قفل باب المرافعة ببطلان صحيفة الدعوى أو الطعن لأى سبب كان. فإذا حُكم بالبطلان، وزال ما زال من الإجراءات والآثار الموضوعية، واعتبر التقادم السارى على أصل الحق وكأنه لم ينقطع، فإذا جمع إليه مدة قيام الخصومة وتم التقادم، فإن الحق ذاته يزول. والقاضى[1] يتولى تقدير كل ذلك وتكييفه.

وترتيباً على ذلك، يمكن القول، متى كانت السياسة التى يعتنقها المشرع الإجرائى فى إعمال الجزاء متشددة، على نحو يقع الجزاء على المخالفات الإجرائية مهما كان حجمها أو شكلها وآثارها، أدى الجزاء وفقاً لذلك إلى ضياع الحق الموضوعى، وعدم فعالية قواعده القانونية، وإهدار الإجراءات التى اتخذت لحمايته، والوقت والنفقات التى بذلت فى هذا السبيل[2].

٧٢- اثر الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب على الحقوق والمراكز الموضوعية: الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب، هو بقاء الإجراء المعيب دون إنتاج آثار العيب، بل ينتج الإجراء آثار الإجراء الصحيح ومن وقت اتخاذه، لا من وقت تحقق واقعة الإعفاء. فرغم كون العمل الإجرائى معيباً بعيب يؤدى إلى عدم مطابقته مع النموذج القانونى الخاص به. ومع ذلك يولد جميع الآثار المحددة فى القاعدة القانونية الإجرائية التى تحدد شروط مطابقة الإجراء المتخذ وفقاً لها.

هذا العيب – وكما قلنا فى موضع سابق – قد تصير بمقتضاه الخصومة معيبة بقوة القانون وغير مطابقة لنموذجها القانونى. وقد تكون معيبة ودون أن ينص القانون على تعيبها بقوة القانون. ومثال الأولى، أهمل السير فى الخصومة بفعل المدعى أو امتناعه، واستمر الإهمال لمدة ستة أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح فتسقط

---

(١) انظر فيما سبق بند ١٢.
(٢) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى: ص ٣٩ وما بعدها بند ١٨.

الخصومة. وكذلك حالة انقطاعها، أو انقضائها بمضى المدة. وبالتالى يجب متى توافرت مقومات أياً من السقوط أو الانقطاع أو التقادم، إلا تولد الخصومة برمتها الآثار التى كانت تولدها لو لم تكن معيبة، وهذا هو الجزاء الإجرائى.

ومثال حالة تعيب الإجراءات دون أن ينص القانون على تعيبها بقوة القانون، بطلان صحيفة الدعوى لرفعها على خصم وفقاً لأهليته الظاهرة، أو اتخذت الإجراءات فى مواجهة أو من ممثله الظاهر، أو لصفته الظاهرة أو لجنسيته الظاهرة،؛ أو لكونه وفى بالدين للدائن الظاهر، أو أحوال جواز اعتبار الخصومة كأن لم تكن ... الخ.

وفى الحالتين، سواء كانت الإجراءات معيبة بقوة القانون، أو معيبة دون أن ينص القانون على تعيبها بقوة القانون، النتيجة واحدة، وهى لا يولد العيب أثره السلبى، الجزاء إلا إذا صدر حكم تقريرى يقرره[1]. والمحكمة لا يمكنها بحال أن تقرر ذلك إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة فى إعمال الجزاء، فإذا لم يتمسك به صاحب المصلحة، أو نزل عنه، أو تحققت واقعة من الوقائع المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء بقوة القانون، بمعنى لم يثار العيب الإجرائى، ومن ثم لم يصدر حكم يقرر العيب لعدم إثارته، بقى الإجراء المعيب بعيبه دون تصحيح أو إضافة، ودون أن يقوى الجزاء على إزالته وفوق كل ذلك يترتب كافة آثار الإجراء الصحيح.

---

(١) وحتى فى الأحوال التى يتعلق العيب الإجرائى فيها بالنظام العام، فلا ينفى ذلك ضرورة صدور حكم يقرر تعيب الإجراء، وبالتالى عدم انتاجه لآثاره. كل ما فى الأمر فى مثل هذه الحالات التى يتعلق فيها العيب بالنظام العام، هو أن رخصة إثارة العيب تتسع دائرتها، فيجوز لكل ذى مصلحة، كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إثارة العيب، وإصدار الحكم التقريرى بمبادرة منها. وبالتالى يتقرر العيب ويتولد عنه أثره السلبى. انظر: د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٢٣ بند ٩٥. د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ٥٦٤ وما بعدها بند ٣٢٠ وما بعده.
وانظر فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى. وفى تطبيق ذلك انظر: نقض ٢٠٠٠/١١/٢٧ طعن ٥٧٥ لسنة ٦٦ق – أحوال شخصية. نقض ١٩٩٧/١١/٢٤ طعن ١٥٧٠ لسنة ٦٠ق مجموعة الأحكام السنة ٤٨ ج ٢ ص ١٣٠٤. نقض ١٩٩٦/٦/١٢ طعن ٣٥٥/ ٦٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ج٢ ص ٩٥٤. نقض ١٩٩٦/٥/١٦ طعن ٢١٩٥ لسنة ٦٥ق مجموعة الأحكام السنة ٤٧ ص ٨٢٣. نقض ١٩٩٦/٤/١١ طعن ١٦٤٨ لسنة ٥٦ق مجموعة الأحكام تالسنة ٤٧ ص ٦٤٧. نقض ١٩٨٢/٢/٢٢ طعن ٥٨٩ لسنة ٤٤ق. نقض ١٩٨٢/٢/٦ طعن ١٨٣٣ لسنة ٥٠ق.
Coss. Civ. 21 Juill. 1986. Bull. Civ. 1986. V. N 132. Com. 23 Janv 1990 Bull. Civ. 1986. V. N. 132. Com. 23 Janv. 1990 B ull. Civ. 1990 – N 22. Civ. 13 Janv. 1993. Som. 181. obs. Jullien. Bull. Civ. 1993. 11. N 15.

وبقاء الإجراء المعيب، وإنتاجه كافة آثار الإجراء الصحيح، سوف يؤثر تأثيراً إيجابياً على المراكز الموضوعية[١]. فيغض النظر عن العيب وتستمر الآثار الخاصة بالإجراء، وكان من لزوم ذلك بقاء المراكز الموضوعية، لأن الإجراءات لا تتخذ لذاتها، بل لحماية الحق الموضوعى حماية موضوعية أو وقتية، لأن الأخيرة[٢] تتخذ انتظاراً لصدور الحكم الحاسم لأصل الحق، مع الاحتفاظ بالحق الموضوعى حتى ينتج الحكم الذى سوف يصدر أثره بالنسبة إليه.

وفى حالة تعيب الإجراءات بقوة القانون نتيجة توافر مفترضات سقوط الخصومة أو انقطاعها أو تقادمها، ولم يتمسك الخصم صاحب المصلحة بهذا، أو ذاك أو تلك أو تنازل هذا الخصم صراحةً أو ضمنياً عن التمسك بالحق فى سقوط الخصومة[٣]. أو عن انقطاعها[٤] أو عن تقادمها[٥]. وعجلت الدعوى من السقوط من جانب أحد الخصوم قبل مضى ستة أشهر[٦] أو من قبل القاصر أو الغائب بعد زوال صفة من يمثلهم بقيام الدعوى المرفوعة من أو على مورثهم، أو قاموا بأى نشاط إجرائى يقصد به الاستمرار فى سير الخصومة[٧]. أو حضور الخصوم وعجلوا الخصومة التى توافرت بالنسبة لها مفترضات التقادم ووالوا إجراءات السير فيها مسقطين بذلك حقهم فى التمسك بالتقادم[٨]. فعلى الرغم من تعيب الخصومة تستمر فى توليد آثارها الإجرائية والموضوعية.

---

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء الإجرائى ص ١٢٣ بند ٩٥. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز ص ١٩ بند ١٢. الإرتباط الإجرائى ص ٢٠٢ وما بعدها بند ١٥٦.

(٢) د. وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى ص ٢٤٥ وما بعدها.

(٣) وصاحب المصلحة يملك التنازل عن سقوط الخصومة صراحةً أو ضمنياً، بأن يصدر عنه ما يستفاد على وجه القطع واليقين أنه يعتبر الخصومة قائمة منتجة لآثارها،= =ويدل قبوله ورضاه ورغبته فى متابعة السير فى الدعوى والتعرض لموضوع النزاع. نقض ١٩٧٩/٥/١٧ مجموعة الأحكام السنة ٣٠ ج٢ ص ٣٧٣.

(٤) نقض ١٩٥٥/٣/١٠ طعن ٢١٣ لسنة ٢١ ق الموسوعة الذهبية ج٢ ص ١٩٢ رقم ٤١١ د. وجدى راغب: مبادئ ص ٦٦٠.

(٥) د. نبيل عمر: الوسيط ص ٥٣٣ بند ٤١٥.

(٦) كأن يقوم أحد الخصوم بإعلان الخصم الآخر باستئناف الخصومة أو قيام ورثة أحد الخصوم بإعلان الخصم الآخر باستئناف السير فى الدعوى نقض ١٩٨١/١٢/١٤ مجموعة الأحكام السنة ٣٢ ص ٢٢٩٩. شريطة أن يكون الإجراء الذى تم به تعجيل الخصومة من السقوط إجراءً صحيحاً فإذا كان باطلاً، فأنه لا يحول دون سقوط الخصومة، حيث لا يقطع مدته. نقض ١٩٣٥/٦/٦ مجموعة عمر ١ ص ٨٥٢.

(٧) د. إبراهيم نجيب سعد ج٢ ص ١٢٩ بند ٣٤٨.

(٨) د. نبيل عمر: الوسيط ص ٥٣٤ بند ٤١٥.

وحيث تستمر الخصومة فى توليد كافة آثارها الإجرائية والموضوعية، وتسعى لبلوغ غايتها، فالحق الموضوعى لا يستأنف مدة تقادمه، ولا يسقط أى مركز قانونى موضوعى، وتستمر الفوائد سارية، وتورث الحقوق. ويستمر الاختصاص فينعقد للمحكمة، ويستمر التزام القاضى بالفصل فى الدعوى قائماً، وتستمر الإجراءات قائمة.

وفى حالة تعيب الإجراءات دون أن ينص القانون على تعيبها بقوة القانون – ولنفس المثال السابق – ولم يتمسك القاصر ببطلان التصرف الذى أخفى نقص أهليته على من تعامل معه الغير حسن النية، وكذلك لم يتمسك هو أو الخصم الآخر ببطلان الإجراءات الصادرة من الممثل القانونى أو فى مواجهته عند زوال صفته فى التقاضى لبلوغ القاصر سن الرشد دون تغير صفة النيابة. وأيضاً لم يتمسك الخصم ببطلان التصرفات الصادرة منه خارج حدود وكالته أو بعد انتهائها. كما لم يتمسك ببطلان التصرفات الصادرة منه وفقاً لجنسيته الظاهرة وليست الحقيقية.

وطالما لم يتمسك الخصم بالعيب، أو نزل عن الحق فى التمسك بالجزاء صراحةً أو ضمنياً، أو سقط حقه فى التمسك به، فلا يصدر حكم يقرر العيب الإجرائى، وعدم صدور ذلك، يبقى على العيب الإجرائى وتستمر الخصومة مرتبة لكافة أثارها الإجرائية والموضوعية، مما تؤثر تأثيراً إيجابياً فى المراكز الموضوعية، فتنتج آثارها فى مواجهة من صدرت منه وفقاً لوضعه الفعلى أو الظاهر، وكذلك فى مواجهة صاحب المركز القانونى أو الحقيقى. وتطبيقاً لذلك قضى[1] بإلزام ناقص الأهلية الذى استخدم طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته بتنفيذ التزاماته اتجاه الخصم حسن النية[2]. وقضى[1] بأن الممثل القانونى يحتفظ بصفته فى

---

(١) انظر فيما سبق الأحكام المشار إليها ص ٢٥٦ حاشية ١.

(٢) بأنه "مفاد نص المادة ١١٩ مدنى أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، فأنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص فى الأهلية إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذى صدر منه عملاً بقواعد المسئولية التقصيرية" نقض ١٩٧٠/٣/٣ مجموعة الأحكام السنة ٢١ ص ٣٩٦ رقم ٦٤. "أى أنه يقوم بتنفيذ التزاماته تنفيذاً جبرياً بعد أن رفض الوفاء بها اختياراً"

Pep. 15 Nov. 1898. D. 1899 – 1 – 439. Rep. 21 Mars. 1899. D. 1899.1. 192.

مشار لذلك لدى د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٩٥ وما بعدها.

التقاضى بناء على رضا الخصم الذى بلغ سن الرشد، ويصبح هذا الممثل نائباً اتفاقياً بعد أن كان نائباً قانونياً، وما صدر فى الدعوى بناء على ما اتخذه الممثل ينفذ فى مواجهة القاصر الذى بلغ سن الرشد. وقضى[٢] بإلزام الوكيل الذى تجاوز حدود وكالته أو انتهت بتنفيذ التزاماته تجاه الغير حسن النية. وقضى[٣] بصحة الأعمال والتصرفات ونفاذها التى تمت من الخصم صاحب الوضع غير الحقيقى وفقاً لجنسيته الظاهرة أو صفته الظاهرة[٤] وأيضاً نفاذ هذه الأعمال وتلك التصرفات فى مواجهة صاحب المركز الحقيقى[٥].

---

(١) "عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل، بحيث يكون اسم الموكل مستتراً، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من المتعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو المدين بها للغير، أما فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة تطبيقاً لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما" نقض ١٩٨٤/٤/٢٨ قضاء النقض ج٢ المجلد الثانى طبعة ٣ رقم ٣٨٩١ ص ١٥١٢ نقض ١٩٩١/٥/٢٢ قضاء النقض المرجع السابق رقم ٣٩٠٢ ص ١٥١٥ د. محمد سعيد عبد الرحمن ص ٢٠٤ وما بعدها. د. عدنان إبراهيم السرحان : المرجع السابق ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) فالشخص الذى يمارس التجارة باسمه، ويظهر أمام الناس، كما لو كان التاجر الحقيقى، ويتعامل معه الناس بحسن نية على هذا الوضع الذى ظهر به أمامهم، يعد هذا الشخص تاجر ويلتزم بتنفيذ العقود التى يبرمها مع الغير، بحيث إذا لم يقم بتنفيذها اختياراً أجبر على ذلك عن طريق شهر إفلاسه لتوقفه عن دفعه ديونه التجارية، وعدم تنفيذه لالتزاماته المترتبة على تعاملاته، وهو ما أعتمده المشرع المصرى وفقاً للمادة ١٨ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعاراً ومستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر" انظر فيما سبق بند ١٩ ومابعده.

(٣) اعتمد القضاء الفرنسي فى القضية المعروفة بقضية (مارتينللى) ضد السيدة بن خليفة، تتعلق وقائع هذه القضية بصحة تطليق وانحلال رابطة زوجية بين زوج إيطالى وسيدة تونسية اكتسبت الجنسية الإيطالية بموجب الزواج دون أن تفقد جنسيتها التونسية، فكان من الواجب على قضاء محكمة باريس الكلية أن يحدد القانون الشخصى الذى يخضع له إبرام الزواج وانحلاله وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية، وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك لما إذا اختلفت جنسيتهما، وقد انتهى قضاء الموضوع فى الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٣/١٨ إلى عدم صحة التطليق الذى وقع بين الزوجين واعتبار رابطة الزوجية ما زالت قائمة وفقاً للقانون الإيطالى، وهو قانون الجنسية الإيطالية، وأن الجنسية التونسية غير معتبرة فى هذا الخصوص، فقد جاء بالحكم "أن تحديد القاضى الفرنسى للجنسية الأجنبية التى يتنازعها قانونان أجنبيان هى مسألة واقع، ويجب بالتالى بحث الجنسية الواقعية للشخص المعني، أى هل يتصرف فى الواقع كوطنى لهذا أو ذلك من الدول التى تتنازعه، وحيث أنه فى تلك القضية يجدر ملاحظة أن "السيدة بن خليفة" التونسية تحوز جواز سفر إيطالى عليه العديد من التأشيرات التونسية، وأنه بظهران تونس تعاملها واقعياً كأجنبية بالإضافة إلى ذلك فأنها لا تسكن فى ذلك البلد – تونس – مكتفية بالقيام ببعض الإقامة المؤقتة أحياناً، وأنه تم قيد زواجها عام ١٩٤٠ فى سجلات الحالة المدنية الإيطالية، لذلك فأن الجنسية الفعلية للمدعى عليها هى الجنسية الإيطالية، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم من خلال حكمها فى ١٩٧٤/٥/١٥ عند الطعن بالنقض فى الحكم السابق، فأيدت ما ذهب إليه قضاء الموضوع من أعمال معيار الجنسية الظاهرة، وما يترتب عليها من التزامات مشار إليه لدى د. أحمد عبد الكريم سلامة: المبسوط فى شرح قانون الجنسية ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٢٥ – ٢٢٦.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة" نقض ١٩٧١/١١/٣٠ مجموعة الأحكام السنة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٩٥٩ نقض ١٩٨١/١٢/٢١ مجموعة الأحكام السنة ١٩ رقم ١٥ ص ٩٠ د. محمد سعيد عبد الرحمن: ص ١٩٧ وما بعدها بند ١٩٣ وما بعده.

(٥) د. نبيل عمر: عدم فاعلية الجزاء ص ١٢٥ وما بعدها بند ٩٨. الدفع بعدم قبول الدعوى ص ٢٣٩ وما بعدها بند ١٥٠. إعلان الأوراق القضائية ص ١٨٦ وما بعدها بند ١٠٩ وما بعده أصول قانون المرافعات ص ٩٦٣ وما بعدها بند ٨٧٠ وما بعدها. دراسة فى السياسة التشريعية ص ٧ وما بعدها بند ٤ وما بعده. سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز القانونية ص ١٨ وما بعدها بند ١٢ وما بعده. الهدر الإجرائى ص ٣٨ – ٤٥ بند ١٧ وما بعده، أصول المحاكمات المدنية ص ٣٤٠ وما بعدها بند ٢٠٦ والمراجع المشارة لديه. وتطبيقا لذلك قضى "براءة ذمة المدين حسن النية الموفى

وفى كل ذلك كان الإبقاء على الإجراءات المعيبة هو الذى حمى المراكز الموضوعية. هذا الإبقاء مقصود من جانب المشرع لأنه ما وضع القواعد الإجرائية إلا بقصد حماية الحقوق والمراكز الموضوعية، حتى ولو كانت هذه القواعد معيبة من حيث الشكل متى حققت الغايات المقصودة منها.

٧٣- **والأفكار التى يلجأ إليها المشرع للإبقاء على الإجراءات المعيبة**، وتوليدها لآثار الإجراء الصحيح، وكما يرى البعض[١] - وبحق - يعد نوع من الصياغة الغامضة لبعض الأفكار التى استخدمها المشرع، وهى فكرة معرفة فى فلسفة القانون[٢] ومقتضاها أن المشرع إزاء جمود أو غموض بعض الوقائع أو الأفكار أو النظم القانونية، وإزاء الرغبة فى تحقيق أهداف يراها المشرع جديرة بالحماية يستخدم صياغة لأفكاره بها قدر من الغموض بحيث تختلف حولها الآراء الفقهية تمهيداً لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الأفكار بشكل أكثر تحديداً.

٧٤- **ولقد ساهم الفقه الإجرائى فى دعم نظر المشرع إلى الجزاء الإجرائى وخطورته على القواعد الموضوعية** وتمشياً مع منطق السياسة التشريعية ابتدع الفقه أفكار ونظريات وسائل فنية للتقليل من هذه الخطورة، ومن هذه الأفكار الأصل[٣] فى الإجراءات أنها قد روعيت وعلى من يدعى خلاف ذلك - تعيب الإجراء - إقامة الدليل على ما يدعيه. وفكرة تكافؤ البيانات[٤] والتكامل الوظيفى للإجراءات[٥] والإجراءات الموازية[٦]. وفكرة الافتراض[٧] والوضع الظاهر[٨] والتوقى من الهدر الإجرائى[٩] والدور المساهم للإرادة الفردية لوضع بعض قواعد القانون الإجرائى

للدائن الظاهر عند جهله بشخص الدائن الحقيقى". طعن رقم ٣٩٠٤ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٠٠٦/٢/١٤ المحاماة ٢٠٠٧ ع ٥، ٦ ص ٣١٤.

(١) د. حامد زكى: التوفيق بين القانون والواقع المقال ص ٢٤٦ وما بعدها بند ٢٧ وما بعده.
(٢) انظر فيما سبق بند ١٤.
(٣) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان ص ١٨٦ وما بعدها بند ٩٩ وما بعده.
(٤) انظر فيما سبق ص ١٥٠.
(٥) انظر فيما سبق ص ٢١٨ ومابعدها.
(٦) انظر فيما سبق ص ٢١٩ حاشية ١.
(٧) انظر فيما سبق بند ١٦.
(٨) انظر فيما سبق بند ١٩
(٩) د. نبيل عمر: الهدر الإجرائى، مرجع مشار إليه سابقا.

موضع التطبيق[1] والوحدة الوظيفية للقانونين الإجرائى والموضوعى[2]. كل هذه الأفكار – وكما رأينا – ساهمت فى رسم السياسة الجزائية والتقليل من خطورتها على الحقوق والمراكز الموضوعية.

٧٥- وبصدد عيوب الإجراءات ربط المشرع الإجرائى هذه العيوب بمعايير معينة، وبوقائع قانونية مختلفة. ومن المعايير، معيار الضرر فى القانون الفرنسى[3] ومعيار الغاية من الشكل فى القانون المصرى[4]. ومن الوقائع واقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء واقعة الكلام فى الموضوع واقعة الحضور. وكلاً من المعايير والوقائع غامض وأناط بالغاية تقرير بطلان الإجراء أو على العكس عدم إبطاله، وبالتالى توليد لأثاره، أو عدم تولدها. وبواقعة النزول، التنازل الإرادى عن التمسك بالحق فى الجزاء، وبغيرها من الوقائع أناط بها عند تحققها سقوط الحق فى التمسك بالجزاء، ومن ثم توليد الإجراء المعيب كافة آثار الإجراء الصحيح.

والفقه ما زال يختلف فى تحديد المقصود بهذه المعايير وتلك الوقائع، وهذا الاختلاف لم يصل إلى التحديد الدقيق لكل من المعايير والوقائع وهو مقصود من جانب المشرع لإثراء الأفكار التى أوردها بهذه المعايير وتلك الوقائع والتى ربط بهما أعمال الجزاء.

٧٦- أما الأهداف[5] التى قصد المشرع حمايتها بهذه الصياغة الغامضة، سواء للأفكار أو المعايير أو الوقائع اللاتى استعان بها المشرع فى رسم سياسته الجزائية، هى كفالة الفعالية للقواعد الموضوعية التى تحمى المراكز الموضوعية التى اتخذت الأعمال الإجرائية تمهيداً لخلق الوسط الإجرائى الذى سوف تطبق فيه القواعد القانونية الموضوعية بواسطة القاضى لحسم النزاع المطروح أمامه عند التجهيل بهذه المراكز. هذه الفعالية يهدف المشرع لتحقيقها وعلى حساب فعالية القواعد القانونية

---

(١) انظر فيما سبق ص ١٧٢ ومابعدها.
(٢) د. فتحى والى، أحمد ماهر زغلول: ص ٣٨٣ – ٣٩٢ بند ٢٢٥ – ٢٣٠.
(٣) انظر فيما سبق ص ١٥٤ حاشية رقم٢.
(٤) انظر فيما سبق بند ٤٨ ومابعده.
(٥) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٢٦ وما بعدها بند ٩٨. سقوط وتصاعد وتحول المراكز: الإشارة السابقة. الهدر الإجرائى الإشارة السابقة د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٤ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد ج١ ص ٧٥٩ وما بعدها بند ٣٠٣ د. أحمد أبو الوفا: الدفوع ص ٣.

الإجرائية، بل والأكثر من ذلك ينسب للإجراء المعيب الذى لا يتطابق مع نموذجه القانونى، جميع الآثار التى لا يولدها إلا الإجراء الذى يتطابق مع نموذجه القانونى.

ويدلل على قصد المشرع وصحة مسعاه لهذه السياسة، تنظيمه لأحوال التمسك بالعيوب الإجرائية فى الغالبية العظمى مرهون بتمسك الخصم صاحب المصلحة بالعيب الذى شاب الإجراء[1]. فإذا لم يثير الخصم العيب الذى شاب الإجراء، فلا يمكن للمحكمة أن تقرر هذا العيب. ولا يقوى الجزاء على إزالته، ومن ثم فلا ينطلق الجزاء، وعليه يظل الإجراء المعيب قائماً منتجاً لكافة آثار الإجراء الصحيح.

ورهن المشرع التمسك بالعيب الإجرائى على إرادة الخصم، ليس مطلقاً، وإنما مقيد بألا تحدث واقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء أو تحدث واقعة من الوقائع القانونية المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء أياً كان أساس هذا النزول أو تلك السقوط، هذا الأساس يستجيب إلى فكرة الصياغة الغامضة التى يهدف المشرع بها إلى حماية مصالح جديرة بالحماية، وهى مصالح تتعلق بحماية الحقوق الموضوعية، وإعطاء الفعالية لهذه الحقوق، وعدم إهدار أصل الحق لسبب يرجع إلى تعيب الإجراءات.

٧٧- **كما أن هذه السياسة تكرس وتحمى إلى أبعد مدى**، مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة[2] Moilress du Litige ومقتضاه أن الخصومة المدنية إنما وجدت ويتم انعقادها لحماية الحقوق الفردية، وإعطاء الفعالية للقواعد القانونية المتعلقة بأصل الحق لأن الحق الخاص إذ يكون محمياً بقاعدة قانونية عامة مجردة تكفل حمايته من

---

(١) انظر فيما سبق بند ٤٠ ومابعده.

(٢) ويعبر القضاء عن مبدأ سيادة الخصوم على الخصومة، أن القاضى لا يستطيع تأسيس قراره إلا على الوقائع التى أثيرت بشكل قانونى صحيح ويجادل بشأنها الخصوم، وأن أساس الدعوى – سبب الدعوى – هو الواقعة أو الوقائع التى يستند إليها الإدعاء، وأنه لا يجوز للقاضى تغير هذا السبب. ويتحلل هذا المبدأ فى ميدان الوقائع إلى حرية الخصوم فى اختيار الوقائع التى يؤسسون بها إدعاءاتهم وإثبات هذه الوقائع، ويفرض هذا المبدأ على القاضى فلا يتدخل – كقاعدة – فى ميدان الواقع عن نظر النزاع بإدخال عناصر واقعة لم يثرها الخصوم. فى تفصيل ذلك انظر: د. عزمى عبد الفتاح: التمييز ببين الواقع والقانون المقال ص ٣٢ – ٤٦.

NORMAND: Thé P. 178 ets N 187 ets

MARTIN: réflexions sur L'instruction du Procés eivile R. T. D. Civ. 1971. P. 309.

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه "يتعين على القاضى – إعمالاً لمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع – أن يتقيد بنطاق الدعوى المطروحة عليه من حيث خصومها وسببها وموضوعها، وألا يجاوز حدها الشخصي بالحكم لشخص أو على شخص غير ممثل فيها تمثيلاً صحيحاً، أو حدها العينى بتغيير سببها أو بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه لأن فصله فيما يجاوز ذلك النطاق يعد فصلاً فيما لم ترفع به الدعوى، ويعتبر قضاؤه – عند المجاوزة قضاءً معدوماً لصدوره فى غير خصومه". نقض ٢٠٠٢/٥/١٢ طعن رقم ٢٤١١ لسنة ٧١ ق. نقض ٢٠٠١/١١/٢٧ طعن رقم ٣٤٧٨ لسنة ٦٩ق، المحاماة ٢٠٠٣ ع٣، ص ٩١ ومابعدها.

خطر الاعتداء عليه، هذه القاعدة توفر للحق حماية نظرية مضمونها واجب عـام بعـدم التعرض للحقوق الخاصة[1].

هذه الحقوق إذا لم تحترم تلقائياً، وأثيـر التجهيـل بمراكزهـا. تكـون القاعـدة القانونية التى تحمى هذه الحقوق قد تم مخالفتها، ووجد بها عـارض، ولا يكـون أمـام الشخص الذى جهلت بمراكزه إلا اللجوء إلى القضاء، الذى يقتصر دوره علـى إزالـة ما لحق القاعدة القانونية من عوارض بحكم يعيد التوازن القانونى مرة أخرى. وتنظـيم المشرع للإجراءات التى تزيل هذه العوارض، وتعيد التوازن القانونى، فـذلك لحمايـة المراكز الموضوعية ولو على حساب سلامة هذه الإجـراءات. فيكفـل حمايـة الحـق الموضوعى ولو عن طريق إجراءات معيبة. فالمشرع قـد يهـدر الـشكل الإجرائـى لحماية الحق الموضوعى، ويضحى بفعالية الجـزاء وقوتـه لكفالـة احتـرام وفعاليـة الحقوق الموضوعية.

(١) د. نبيل عمر: عدم فعالية الجزاء ص ١٢٨ بند ١٠٠، د. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٥٥ مبادئ ص ٣٨ وما بعدها. د. جميل الشرقاوى: نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المصرى مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٦ ص ١ وما بعدها. د. محمد حسين منصور: نظرية القانون ص ٧٧ وما بعدها.

خاتمة

هكذا وقد وصلت هذه الدراسة إلى نهايتها يمكننا إجمال أهم النتائج التى انتهت إليها:

– فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، يقصد بها بقاء الإجراء المعيب دون إنتاج آثار العيب الإجرائى، بل ويرتب هذا الإجراء كافة آثار العمل الصحيح من وقت اتخاذه، وليس من وقت تحقق واقعة الإعفاء متى توافرت مقوماتها.

- أما العيب الإجرائى هو الوصف الإجرائى المحدد للعمل الذى اتخذ بالمخالفة للنموذج الذى حدده القانون سلفاً. ويؤدى إلى جعل العمل المتخذ مختلفاً عن العمل الإجرائى القاعدى، أياً كان مصدره، تمثل هذا المصدر فى الإخلال بواجب إجرائى. أو فى الإخلال باستعمال مكنة الحق الإجرائى. أو بالمخالفة لمركز قانونى إجرائى. وغاية ما يشترط فى هذا العيب، أن يكون وقع بإرادة الخصم سواء بنفسه أو بواسطة من يمثله، ويستوى فى ذلك أن يكون العيب قد وقع عن قصد أو عن خطأ أو إهمال أو حسن نية، لأنه لا يعذر بجهله للقانون.
- والعيوب الإجرائية يصعب حصرها، لأنها تتسم بالتعدد والتنوع والتداخل. ومع ذلك يمكن رد هذا أو ذاك أو تلك إلى طوائف، ومنها طائفة العيوب الإجرائية مع بقاء العيب. هذه العيوب قد تتخذ بالمخالفة لمركز قانونى إجرائى، أو لعدم مباشرة العمل الإجرائى خلال المهلة المحددة له قانوناً. أو لاتخاذ هذا العمل فى غير الترتيب أو المناسبة المحددة له قانوناً أو بالمخالفة للمكان المحدد له، أو تم اتخاذ هذا على نحو يجهل به.
- هذه الطائفة من العيوب يتولى القاضى تقديرها وتكييفها دون تقريرها طالما لم يتمسك بها الخصم صاحب المصلحة – حتى ولو نزل عنها الخصم أو سقط حقه فى التمسك بها بقوة القانون، فتقدير القاضى للعيب الإجرائى بشأن هذه الطائفة يقف عند حد الكشف عنها دون تقريرها.

- وتقدير القاضى للعيب الإجرائى وتكييفه دون تقريره، طالما لم يتمسك صاحب الشأن به، يبقى على الإجراء المعيب، ويعد صحيحاً، لأن الأصل فى الإجراءات الصحة. وبقاء الإجراء المعيب قد يتم بقوة القانون حالة تحقق واقعة من الوقائع المسقطة للحق فى التمسك بالجزاء بقوة القانون، وقد يظل الإجراء المعيب قائماً دون أن يكون بقاؤه بقوة القانون، إذا لم يثيره الخصم صاحب المصلحة ورغب فى الاستمرار فى سير الخصومة. فسقوط الحق فى التمسك بالجزاء وعدم الدفع والنزول الإرادى عنه هى القاسم المشترك لكافة الوقائع القانونية التى رصدها المشرع وأضعف بمقتضاها الجزاء الإجرائى فى مستهل تكونه على نحو لم يعد يقوى على إزالة العيب.
- والإبقاء على الإجراء المعيب، واعتباره بحسب الأصل صحيحاً، طالما لم يصدر حكم بتقريره أمر مقصود من المشرع، وساعد على بقاؤه أو إعفاؤه من الجزاء، فضلاً عن الوقائع التى توجد فكرة الإعفاء من الجزاء بطريقة غير مباشرة، وجود آليات أو أدوات أو أفكار ساهمت فى الإبقاء على الإجراء المعيب بعيبه، وتفعيل فكرة الإعفاء. وأهم هذه الأفكار فكرتى الافتراض والوضع الظاهر. أفكار وضعها المشرع ليخالف بها المنطق القانونى ذاته، فهى تقلب الأمور رأساً على عقب، وبها يلو المشرع عن قصد الواقع الماثل أمامه حالة عدم آثارة للخصم للعيب، أو نزوله عنه أو سقوط حقه فيه، يبقى على الإجراء المعيب ويفترض صحته. كما أنه لا يقبل من الخصم ما يتنافى مع سبق سلوكه، أو ما تسبب فى تعيبه من إجراءات اتخاذها أو اتخذت ضده وفقاً لوضعه الظاهر.

تتعدد وسائل الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب: أولها: بالنزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء، ومناطه إرادة الخصم صراحة أو ضمنياً. وبغير الإرادة لا يمكن الكلام عن النزول، هذا النزول شأن السقوط كلاهما يرد على الحق فى التمسك بالجزاء. ولكن النزول لا يعد صورة للسقوط، لأن الأخير يقع بقوة

القانون، فى حين أن النزول لا يتحقق إلا بإرادة الخصم صاحب المصلحة، ومن ثم يعد النزول الإرادى وسيلة من وسائل فكرة الإعفاء من الجزاء، تبقى على الإجراء المعيب متى توافرت مقوماتها.

ثانيها: سقوط الحق فى التمسك بالجزاء، ويقصد به سحب مكنة القيام بعمل معين بسبب تجاوز الحدود التى قررها المشرع للقيام بهذا العمل، وذلك لعدم مراعاة المواعيد الإجرائية. أو الترتيب أو المناسبة أو المكان لاتخاذ الإجراء. والسقوط كجزاء لا تحكمه قاعدة شأن البطلان إذ يحكم بالسقوط بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية، وإنما السقوط يقع كلما ربط المشرع حقاً إجرائياً بميعاد أو مكان أو ترتيب أو مناسبة معينة. وفى النادر قد يحل القاضى محل المشرع فى تحديد الميعاد، وهو ما صادف اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع وفقاً للمادة ٢٣ مرافعات، والسقوط متى توافرت موجباته وقع فى ذاته بقوة القانون، تعلق بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة بعيب جوهرى أم غير جوهرى.

الثالث: لا يتمسك بالجزاء من تسبب فى العيب الإجرائى، سواء بنفسه أو بمن يعمل باسمه، حيث يوجد عيب إجرائى ويثيره الخصم، ومع ذلك لا تقضى به المحكمة، وعدم الحكم به يبقى على الإجراء المعيب بحاله. ولذا كانت القاعدة "ليس لمن كان سبباً فى العيب الإجرائى أن يتمسك بالجزاء، هذه القاعدة وإن صادفت اعتماداً ثابتاً من جانب المشرع بشأن البطلان وفقاً للمادة ٢/٢١ مرافعات، إلا أنها قاعدة عامة تطبق بشأن العيب الإجرائى متى كان الجزاء متعلقاً بالمصلحة الخاصة، ومبرر هذه القاعدة قاعدة "ليس للشخص أن يدعى ضد فعله هذا" أو "من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه".

الرابع: لا يتمسك بالجزاء إلا من له مصلحة فيه، تعلق الجزاء بالبطلان أو بأى صورة من صور سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء، أو كان الجزاء متعلقاً بالخصومة كوحدة، كسقوط الخصومة أو انقطاعها أو تقادمها أو اعتبارها كأن لم تكن أو بعدم الاختصاص المحلى، فمتى تعلق الجزاء بالمصلحة الخاصة، فلا يجوز لغير صاحب

المصلحة إثارته والتمسك به، ولو كان هناك تضامن أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، وحيث لم يثيره صاحب المصلحة أو يتمسك به لا يمكن للمحكمة بحال أن تقرر العيب الإجرائى ليبقى على الإجراء المعيب بعيبه.

- يتسع نطاق تطبيق فكرة الإعفاء من الجزاء الإجرائى رغم بقاء العيب، لتعدد الوقائع القانونية التى تضعف من قوة الجزاء وتحول دون مقدرته على إزالة العيب، تمت هذه الوقائع بإرادة الخصم كواقعة النزول الإرادى عن الحق فى التمسك بالجزاء. أم بقوة القانون، كواقعة تحقق الغاية من الشكل، واقعة الكلام فى الموضوع، واقعة الحضور الناتج عن الإعلان المعيب أو الحضور المجرد. هذه الوقائع يجمعها جامع مشترك متى تحققت الواقعة، حالت دون وقوع الجزاء، وتبقى على الإجراء المعيب بحاله، لينتج كافة آثار الإجراء الصحيح.

وأخيراً: تؤثر فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب على كلاً من القاعدة القانونية الإجرائية، والحقوق والمراكز الموضوعية. وتأثيرها على القاعدة القانونية الإجرائية، يتمثل فى عدم إنتاج الإجراء المعيب للأثر السلبى الذى كان يولده الإجراء متى كان غير مطابق لنموذجه القانونى. وفوق ذلك ينتج هذا الإجراء كافة آثار الإجراء الصحيح من وقت اتخاذه، لا من وقت تحقق واقعة الإعفاء. ذلك نتيجة للسياسة التشريعية التى يعتنقها المشرع، ليبقى ولاعتبارات معينة على الإجراء المعيب. وما ذلك إلا لأن المشرع اشترط لأعمال الجزاء، تمسك صاحب المصلحة بالعيب الإجرائى، وحيث أنه لم يتمسك بحقه فى آثارة هذا العيب، أو نزل عنه أو سقط حقه فى التمسك به، فلا يمكن للمحكمة بحال أن تقرر هذا العيب، ليبقى على الإجراء المعيب بعيبه.

ويدعم ذلك تحقق الغايات المحددة للنظم الإجرائية والتى يعمل الإجراء المعيب بداخلها، وبمعزل عن احترام القاعدة القانونية الإجرائية التى تحدد وترسم السبل إلى الوصول لهذه الغايات. فالغاية المحددة للنظم الإجرائية يتم تحقيقها رغم اتخاذ

الإجراءات بالمخالفة لنموذجها القانونى، ودون أن يقوى الجزاء على إزالة هذه المخالفة، فكان لا حاجة بنا فى هذه الحالات لهذا الجزاء، طالما لا أثر له متى تحققت غايات النظم القانونية.

أما تأثير فكرة الإعفاء من الجزاء رغم بقاء العيب على الحقوق والمراكز الموضوعية، فعدم تقرير القاضى للعيب الإجرائى، والإبقاء على الإجراء المعيب بحاله تستمر معه الخصومة فى السير مرتبة لكافة آثارها الإجرائية والموضوعية، مما يؤثر تأثيراً إيجابياً على المراكز الموضوعية. فالإبقاء على الإجراء المعيب هو الذى يحمى المراكز الموضوعية من الضياع. هذا الإبقاء مقصود من جانب المشرع الإجرائى، لأنه ما وضع القواعد الإجرائية إلا بقصد حماية الحقوق والمراكز الموضوعية، حتى ولو كانت هذه الإجراءات معيبة من حيث الشكل متى حققت الغايات المقصود منها.

وإذا كانت النتائج المتقدمة تشكل المحصلة الإجمالية لهذه الدراسة، فأنه يتبقى مع ذلك نتيجة لا تقل فى الأهمية تأخذ صورة توصية إلى المشرع بضرورة إجراء تعديل فى النص التالى:

النص الحالى: المادة ٢١ مرافعات "لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام".

النص المقترح: المادة ٢١ مرافعات "لا يجوز أن يتمسك بالجزاء إلا من شرع الجزاء لمصلحته ولا يجوز التمسك بالجزاء من الخصم الذى تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها الجزاء بالنظام العام".[1]

(١) انظر فيما سبق بند ٤٠ ومابعده.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

١- المراجع العامة:

- **إبراهيم نجيب سعد:** القانون القضائى الخاص.
  - الجزء الأول: العمل القضائى، الدعوى، التنظيم، الاختصاص، المطالبة القضائية، العمل الإجرائى. منشأة المعارف ١٩٧٤.
  - الجزء الثانى: الخصومة القضائية، الحكم القضائى ١٩٨١ منشأة المعارف.
- **أحمد أبو الوفا:** قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية.
- **أحمد السيد صاوى:** الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١ دار النهضة العربية.
- **أحمد عبد الكريم سلامة:** المبسوط فى شرح قانون الجنسية ١٩٩٣ دار النهضة العربية.
- **أحمد مسلم:** أصول المرافعات دار الفكر العربى طبعة ١٩٦٩.
- **أحمد هندى:** أصول المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٢.
  - قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة ٢٠١٥.
  - التعليق على قانون المرافعات الأجزاء ١، ٢، ٣ دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥.
- **أحمد مليجى:** الموسوعة الشاملة فى التعليق على قانون المرافعات ٢٠٠٥ الجزء الأول والثانى.
- **أحمد محمد عبد الصادق:** تقنين المرافعات ٢٠١٥ الجزء الأول دار القانون للإصدارات القانونية.
- **أمينة النمر:** الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف بدون سنة نشر.

- **جلال على العدوى، رمضان أبو السعود،** الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، ١٩٩٦، منشأة المعارف.
- **رمضان أبو السعود:** أحكام الالتزام ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- **طلعت دويدار:** الوسيط فى شرح قانون المرافعات الجزء الثانى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- **عدنان إبراهيم السرحان:** العقود المسماة – المقاولة، الوكالة ، الكفالة ٢٠٠٧ دار الثقافة للتوزيع والنشر.
- **عز الدين الدناصورى وحامد عكاز:** التعليق على قانون المرافعات الطبعة التاسعة الجزء الأول ١٩٩٨ بدون ناشر.
- **عزيز العكيلى:** الوسيط فى الشركات التجارية ٢٠٠٧ دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- **على أبو عطية هيكل:**
  - شرح قانون الإجراءات المدنية والتجارية العمانى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
  - أصول التنفيذ الجبرى ٢٠١٢ دار الجامعة الجديدة.
- **على بركات:** الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١٦ دار النهضة العربية.
- **فتحى والى:** الوسيط فى قانون القضاء المدنى ٢٠٠٩ دار النهضة العربية.
- **محمد حسين منصور:**
  - نظرية القانون ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة.
  - النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام ٢٠٠٦ دار الجامعة الجديدة.
- **محمد حسن قاسم:** القانون المدنى، الالتزامات، العقد، المجلد الأول، ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة.

- **محمد وعبد الوهاب العشماوى:** قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ج٢، ١٩٥٨.
- **محمد كمال عبد العزيز:** تقنين المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٩٥.
- **محمد فريد العرينى:** الشركات التجارية ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة.
- **د. محمود مصطفى يونس:** المرجع فى قانون إجراءات التقاضى المدنية والتجارية ٢٠١٥ دار النهضة العربية.
- **د. محمود هاشم:** قانون القضاء المدنى الجزء الأول الطبعة الثانية بدون ناشر ١٩٩١.
- **نبيل سعد:**
  - المدخل إلى القانون – نظرية القانون ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
  - النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ٢٠١٧، دار الجامعة الجديدة.
- **نبيل عمر:**
  - أصول المرافعات المدنية والتجارية ١٩٨٦ منشأة المعارف.:
  - الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة.
  - قانون أصول المحاكمات المدنية الطبعة الأولى ٢٠٠٨ منشورات الحلبى الحقوقية.
- **وجدى راغب:** مبادئ القضاء المدنى الطبعة الثالثة ٢٠٠١ دار النهضة العربية.

٢- المراجع الخاصة والرسائل:

- **إبراهيم نجيب سعد:** قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١ منشأة المعارف.

- **إبراهيم النفياوى:** مسئولية الخصم عن الإجراءات الطبعة الأولى ١٩٩١.
- **أحمد أبو الوفا:** نظرية الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثامنة منشأة المعارف بدون تاريخ نشر.
- **أحمد فتحى سرور:** نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية رسالة القاهرة ١٩٥٩.
- **أحمد ماهر زغلول:** أعمال القاضى التى تحوز الحجية دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- **أحمد محمود سعد:** مفهوم السلطة التقديرية للقاضى المدنى الطبعة الأولى ١٩٨٨ دار النهضة العربية.
- **أحمد هندى:**
  - التمسك بالبطلان فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة.
  - العلم القانونى بين الواقع والمنطق فى التنظيم القانونى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
  - شطب الدعوى ١٩٩٣ مكتبة ومطبعة الإشعاع.
- **أحمد عبد التواب:** النظرية العامة للحق الإجرائى الطبعة الأولى ٢٠٠٩ دار الجامعة الجديدة.
- **الأنصارى النيدانى:**
  - التنازل عن الحق فى الدعوى ٢٠٠٥ دار الجامعة الجديدة.
  - القاضى والجزاء الإجرائى ١٩٩٩ بدون ناشر.
  - العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك به، دار الجامعة الجديدة.
- **السيد عبد الحميد فوده:** تطور القانون ٢٠٠٣، دار النهضة العربية.

- **أيمن رمضان:** الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠٠٤.
- **حسن على حسين:** الجزاء الإجرائى فى قانون الإجراءات الجنائية ٢٠٠٨ منشأة المعارف.
- **سليمان عبد المنعم:** بطلان الإجراء الجنائى ٢٠٠٨ دار الجامعة الجديدة.
- **طلعت دويدار:**
  - سقوط الخصومة فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ١٩٩٢.
  - تأجيل الدعوى ٢٠٠٣ منشأة المعارف.
- **عبد الباسط جميعى:** نظرية الاختصاص فى قانون المرافعات الجديدة وتعديلاته ١٩٧٥ دار الفكر العربى.
- **على أبو عطية هيكل:** الدفع بإحالة الدعوى فى قانون المرافعات ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية.
- **على الشيخ:** الحكم الضمنى فى قانون المرافعات ١٩٩٧ دار النهضة العربية.
- **على تركى:** التزام القاضى بالفصل فى النزاع ٢٠١٣ دار النهضة العربية.
- **فتحى والى:**
  - نظرية البطلان فى قانون المرافعات قام بتحديثها أحمد ماهر زغلول ١٩٩٧.
  - كتابات فى القضاء المدنى والتحكيم ٢٠١٥ دار النهضة العربية.
- **محمد السيد رفاعى:** التنازل عن الحق الإجرائى رسالة الزقازيق ٢٠١٠.

- **محمد الصاوى مصطفى:**
  - الشكل فى الخصومة المدنية رسالة الزقازيق ١٩٩٢.
  - فكرة الافتراض فى قانون المرافعات ١٩٩٨ دار النهضة العربية.
- **محمد جمال عطية:** الشكلية القانونية رسالة الزقازيق ١٩٩٣.
- **محمد سعيد عبد الرحمن:** نظرية الوضع الظاهر فى قانون المرافعات ٢٠٠٥ دار النهضة العربية.
- **محمد فتحى عطية:** فكرة الافتراض فى قانون المرافعات رسالة الإسكندرية ٢٠١٥.
- **محمد محمود إبراهيم:** النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى ١٩٨٢ دار الفكر العربى.
- **محمود محمود هاشم:** اعتبار الخصومة كأن لم تكن ١٩٨٩.
- **نبيل عمر:**
  - إعلان الأوراق القضائية ٢٠٠٤ دار الجامعة الجديدة.
  - التجهيل الإجرائى ٢٠١٥ دار الجامعة الجديدة.
  - التكامل الوظيفى للأعمال الإجرائية ٢٠٠١ دار الجامعة الجديدة.
  - التقدير القضائى المستقبلى ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
  - الهدر الإجرائى واقتصاديات الإجراء ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
  - الإرتباط الإجرائى ٢٠١١ دار الجامعة الجديدة.
  - نبيل عمر: دراسة فى السياسة التشريعية والقضائية لأعمال الجزاء الإجرائى فى قانون المرافعات ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
  - سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية فى قانون المرافعات ١٩٩٩ دار الجامعة الجديدة.
  - سقوط الحق فى اتخاذ الإجراء ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
  - سلطة القاضى التقديرية ٢٠١٤ دار الجامعة الجديدة.

- عدم فعالية الجزاءات الإجرائية ٢٠١٦ دار الجامعة الجديدة.
- **نعمان جمعة:** أركان الظاهر المصدر للحق ١٩٧٧.
- **وجدى راغب:** النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات ١٩٧٤ منشأة المعارف.

٣- المقالات:

- **إبراهيم النفياوى:** انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنوفية العدد ١٢ السنة السادسة أكتوبر ١٩٩٧.
- **إبراهيم شحاتة:** اجتهاد القاضى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يولية ١٩٦٢ العدد الثانى السنة الرابعة.
- **أبو زيد مصطفى:** الافتراض ودوره فى تطور القانون ١٩٨٠ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة.
- **أحمد ماهر زغلول:** قواعد الإعلان القضائى واتجاهات تطويرها فى النظام القانونى السعودى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٩٣ العدد الأول السنة ٣٥.
- **أحمد مسلم:** التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثامنة العدد الأول يناير ١٩٦٠.
- **جلال العدوى:** النزول عن الحقوق وغيرها من المراكز القانونى الخاص مجلة الحقوق السنة ١٣ لعامى ١٩٦٣، ١٩٦٤ العددان الثالث والرابع.
- **حامد زكى:** التوفيق بين القانون والواقع. مجلة القانون والاقتصاد مارس ١٩٣٢ السنة الثالثة العدد الثانى.
- **عزمى عبد الفتاح:** التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية فى الخصومة المدنية مجلة المحامى الكويتية السنة التاسعة الأعداد: أكتوبر/ نوفمبر/ ديسمبر ١٩٨٦.

- **محمد حامد فهمى:** الاتجاهات الحديثة فى مشروع قانون المرافعات مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٦.
- **محمد عبد الخالق عمر:** الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة. مجلة مصر المعاصرة يناير ١٩٧٠ السنة ٦١ العدد ٣٣٩.
- **محمود هاشم:** استنفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة السنة ٦١ الأعداد ٣، ٤، ٥، ٦ السنة ١٩٨١.
- **وجدى راغب:** نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٥ العدد الأول يناير ١٩٧٣.

* دراسات فى مركز الخصم: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧٦ السنة ٢٨ العدد الأول.

٤- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- المحاماة: وتصدرها نقابة المحامين القاهرة.
- المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية لمحكمة النقض من أول يناير ٢٠٠٣ لغاية نهاية ديسمبر ٢٠١٢ إعداد محمد الخلاوى، عبد الجواد موسى.
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة المنصورة.
- مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس.
- مجلة القانون والاقتصاد تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- مجلة المحامى الكويتية.
- مجلة مصر المعاصرة.
- مجموعة أحكام النقض يصدرها المكتب الفنى لمحكمة النقض المصرية.
- مجموعة أحكام النقض التى تصدر عن المحكمة العليا العمانية.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

١- المراجع العامة:

- **CABRILLAC** (R.) introduction génerale au droit Dalloz 3de 1999.
- **CADIET** (L.) Droit judicaire privé Litec. 1992.
- **CORNU** (G.) et FOYER (J.): Procédure civile 3e de Paris. 1996.
- **GLASSON** (E.) TISSIER (A) et MOREL (R.): Traité Théarique et Pratique d'organisation judiciaire de Compétence et de Procedure Civile T. 3. 1929.
- **DABIN** (J.): le droit subjedctif 1952.
- **JAPIOT** (R.) Traité élémentaire de Procédure civile et Commerciale 1939.
- **MOREL** (R.) Traite élémentaire de Procedure Civile. Sirey 1949.
- **SOLUS** (H.) et PERROT (R.) droit judiciaire Privé. T. 1. introduction Nations foundome Natles organisation judiciaire. Éd. 1961. T. 3. Procédure de Premiére instance Sirey 1991.
- **VINCENT** (J.) et GUINCHARD (S.): Procédure civile 24e éd entierement refondure.
- Dalloz 1996. **Vizioz** (H.) Études de Procédure Editions. Biere 1948.

٢- المراجع الخاصة والرسائل:

- **FAYE** (E.) La Cour de Cassation. Dauchmon 1970.
- **MIGUET** (j.): immutabilite et évalution du Lilige Thé Taulouse 1977.
- **MOHAMED**, ABD, EL – KHALEK OMAR: La Natiion d'irrecevabilite en droit judiciaire Privé Thé Paris 1967.
- **NABIL. OMAR**: La Cause de La demande enjustiec Thé Bordeaux 1977.
- **GURIERRD**: L'acte juridique Solunn et Preface jasé éd. L,.G.D. j. 1975.
- **NORMAND** (j.) le juge et Liligé thé. L,.G.D.J. 1965.

٣- المقالات:

- **BOLARD**: (G.) L'affice du juge et le rôte des Porties entre orbitraire et Laxisme J. C. P. G. 2001 – 1 – 1 – 156.
- **BARRERE**: Tribunel d'instance. Jur. Class Pr. Civ. 1995. Fasc. 308.
- **BOYER**: des éfets des jugement à L'egard des Tiers. R.T.D. Civ. 1951.
- **DURUSQUEC**: Noture et régime des Nullites Pu. Civ. De forme G. P. 1979 – 1 – Dact. 136.
- **FABRT – MAGNAN**: Le mythe de L'abligation de domner. R.T.D. Civ. 1996.

- **GIVERDON** (G.) La Procédure de reglement des éxceptions d'inCompetence de Litispendeance et de Connexite d'aprés le deceret N 72 – 684. du 20 Juillet. 1972. Ency – Dalloz. Ch. XX. 111. P. 171.
- **Giverdon**, (G.) régime des éxceptions de Nulliete G. P. 1973. 2 – Dact. 621.
- **Giverdon** (G.) incompétence. Ency. Dalloz. Pr. Civ. 1979.
- MARTRIN: le fait et le droit ou les Parties et le juge. J. C. P. 1974 doctrn. 2656.
- **MARTIN**: reflexions sur L'instruction du Procés Civile R.T.D. Civ. 1971.
- **ROTONDI** (M.) Consideration "fait et droit" R.T.D. Civ. 1977,.
- **ROUBIER**: Le droit et action disinction entre L'action en Contrefaçon et L'acion en Concurrence de Laqa le. R.T.D. Civ. 1952.
- **STRICKLER**: Désistement encylopédia Dalloz réprtoire de Procédure civile 2003.
- **SALLEC** (De La MARNIERRE) La décheance Comme made d'extinction d'un droit (Essai de Terminologie juridique) R.T.D. Civ. 1933.
- Solus: Compétence d'attribution et Compétence lerritariale. J. C. P. 1947 doctr. N 663.
- **Tomosin** (D.) Nullite des actes de Procedure jur. Class,. Du Procedure Civile. T. 3. Fasc. 138 – 1990 – 1994.
- TERRE (F.) action en justice jur. Class. POr. Civ. 1987, Fasc. 125.
- **TRISSIER** (A.) Le contenu de Code Procedure civile et les Projets de réforem. R.T.D Civ. 1906. P. 652.
- **VASSEUR**: (M.) délais Prefixe de Prescription de Lais de Procedure. R.T.D. Civ. 1950.

٤- الدوريات ومجموعات الأحكام:

- **Bull. Civ.**; Bulletin des arrêts des chambers La Cour de Cassation française.
- **D.**. recueil Dalloz de doctrive de jurisiprudence el de Législation.
- **G. P:** Gazette du Palais.
- **J.C.P.** JURIS – Classeur Prériodique – Semaine juridique.
- **R.T.D.** Civ: Revue Trimestrielle de Droit Civil
- **S.** Recuil Sirey.