موسوعة مقومات التميز والكفاءة في

# أداء أعمال المحاماة

## «العلم والطريقة والخبرة»

وقواعد وآليات الممارسة العملية النموذجية لأعمال المهنة

«الكتاب رسالة اعتزاز إلى المحامين الشباب ممن هم في بداية الطريق»

الطبعة الاولى
2015

الدكتور

**كمال عبد الواحد الجوهري**

أستاذ القانون ومستشار قانوني بدولة الكويت
والمحامى لدى محكمة النقض

# موسوعة مقومات التميز والكفاءة في
# اداء اعمال المحاماة
## <<العلم والطريقة والخبرة>>
## وقواعد وآليات الممارسة العملية النموذجية لأعمال المهنة
## <<الكتاب رسالة اعتزاز الي المحامين الشباب ممن هم في بداية الطريق>>

يشتمل هذا المؤلف على الموضوعات التالية:

* مقومات المحاماة ومقومات كفاءة تميز المحامي في إجادة أعمال المحاماة.
* أصول وقواعد الحضور أمام المحاكم.
* أصول وقواعد المواجهة وإبداء الدفاع أمام المحاكم.
* أصول وقواعد تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية الأخرى.
* أصول وقواعد إعداد وصياغة بعض أعمال المحاماة.
* مذكرات الدفاع والاستشارات القانونية والعقود ومذكرات التفاهم.

الدكتور
**كمال عبد الواحد الجوهري**
أستاذ القانون ومستشار قانوني بدولة الكويت
والمحامى لدى محكمة النقض
**طبعة 2015**

عنـــوان الكتـــاب: مقومات التمييز والكفاءة في أداء اعمال المحاماه"العلم والطريقة والخبرة"

اســـم المؤلـــف: دكتور/ كمال الجوهرى

رقـــم الطبعـــة: الأولى

تـــاريخ الطبعـــة: 2014

رقـــم الإيـــداع: 2014/27046

الترقـيم الـدولي: 978-977-761-057-5

عـدد الصفحـــات: 785

المقـــــــــاس: 24 × 17

**بسم اللـه الرحمن الرحيم**

(لاَ يُكَلِّفُ اللـهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَـا كَسَـبَتْ وَعَلَيْهَـا مَـا اكْتَسَـبَتْ رَبَّنَـا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَـا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَآ أَنتَ مَوْلاَنَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ {286/2}) [1]

**صدق اللـه العظيم**

(1) سورة البقرة: الآية 286.


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

## إهداء

إلى شعب مصر البطل صاحب ثورة 25 يناير سنة 2011 البيضاء بكل المقاييس..

إلى شباب مصر المبدع طليعة شعب مصر العظيم وعقل الثورة المجيدة ووقودها الطاهر..

إلى جيش مصر الوفي الذي عانق الشعب واحتضنه وانحاز إليه منذ أول وهلة لاندلاع الثورة وأخلص في حراسته، فحسم الأمور في ساعات قلائل لصالح التغيير المرتقب، ففاق التوقعات وخيب الظنون.

وذلك هو سر الكياسة والفطنة وبرهان الأصالة والعظمة وجوهر الانتماء والعراقة، الشعب والجيش معاً.

إن أساس الفروق بين ثورة مصر في 25 يناير سنة 2011 وأية ثورة أخرى معاصرة في أية دولة عربية، هو أساس الفروق بين المعادن من حيث الجوهر والخصائص والقيمة، وهي فروق بين عناصر ثلاثة مجتمعة باعتبارها وحدة واحدة غير قابلة لأن تجزئ وهي: الشعب والشباب والجيش وهي في مصر تختلف عن بقية البلدان العربية أو غير العربية.

**د. كمال الجوهري**




دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل



## شكر وتقدير


- نتقدم بخالص الشكر والتقدير للمركز القومي للإصدارات القانونية ...
- على الجهد الذي بذلـه لإخـراج هذا العمل على هذه الصورة المتميزة..
- ونختص بالشكر السيد/وليد مصطفى

رئيس مجلس الإدارة

- راجين له التوفيق فيما ينشره المركز من إصدارات تسهم في نشر الثقافة والمعرفة القانونية.

**د. كمال الجوهري**


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل

**أعزائي السادة المحامون الشباب**

**تحية تقدير واحترام وثقة وبعد،،،**

لقد أضحى من الحقائق محل التسليم من الجميع أن شباب هذا الجيل في مصر قد حقق ما عجزت جميع الأجيال السابقة عن تحقيقه، وأن الأجيال القادمة سوف تتلقى هذا الإنجاز المعجز بامتنان وانبهار لم يسجله التاريخ من قبل.

إنه ولأول مرة في تاريخ البشر أن يكون الشباب هو القائد وهو المعلم للشعب في ثورة بيضاء، عاصفة، جثورة، صرعت عتاة الطغيان وكشفت عن الفساد المزمن الذي نخر عظام كل مؤسسات ومرافق الدولة، بغير تمييز أو استثناء.

إن طرد مبارك وإرغامه هو وولديه جمال وعلاء وزوجته سوزان على المغادرة كان أمراً يتعدى الخيال وهو لذلك معجز بكل المقاييس باعتبارهم رؤوس الفساد والمفسدين وهم كثيرون.

إن مصر عظيمة دائماً بشعبها، ومصر دائماً رائدة بشبابها، فمصر عظيمة في سكونها وحزم أمرها، وهي عظيمة في ثورتها وانتزاع إرادتها وسيطرتها على زمام أمورها، وهي عظيمة في التعامل مع من أساء إليها من أبنائها، أو من استهان بقدرها منهم، فمصر هي الأم.

والمحامون الشباب هم بحق طليعة شعب مصر العظيم صفوة هذا الجيل المحظوظ الذي سجل تاريخ العظماء والمبدعين له فضل تغيير وجه الحياة في مصر، شباب مصر طليعة هذا الجيل الذي ابتكر منهجاً لإعلاء صوت الشعب وتأكيد سيادته واحترام إرادته ليس في مصر وحدها، بل في المنطقة العربية جميعها ودول العالم الثالث على السواء.

إن شباب مصر المبدع قد وجه الأنظار إلى "ميدان التحرير" لأن يكون قبلة المحتجين ضد النظام ورموزه وأدواته – في أي وقت وكل عصر – عندما يخرجون على الشرعية أو يتجاهلون سيادة الشعب، فقد أصبح "ميدان التحرير" في القاهرة، وكل "ميادين التحرير" في أنحاء محافظات مصر المكان الذي يؤدي فيه الشعب "فريضة الاحتجاج ضد النظام".

إنه يستحيل ومهما طال الزمن أو مرت السنون، أن تغيب مشاهد وجموع الشعب في "ميدان التحرير" عن خاطر أي رئيس أو حاكم قادم، فتظل هذه المشاهد

حاضرة حية أمام رئيس الدولة والحكام عموماً، فهي تمثل ردعاً عاماً ودائماً ضد أي جنوح أو انحراف أيا كان قدره أو مصدره، وهي أداة تقويم سحرية للرؤساء والحكام ابتكرها الشعب المصري المبدع.

إن شباب مصر المبدع سن سنة طيبة بأن خص يوم "الجمعة" بتجمع مليونية الشعب للتعبير عن مطالبه أو احتجاجاته في شكل سلمي هادئ، وبذلك فقد أضحى يوم "الجمعة" هو يوم توجيه اللوم وطلب رفع المظالم وكشف سوءات الحكام الظالمين، وهي أسمى درجات العبادة في يوم أعلى الله من قدره في الأرض وفي السماء، فيوم "الجمعة" لم يعد يوم عطلة أو إجازة تغلق فيه دواوين المصالح والمؤسسات الحكومية والأهلية وتعطل فيه الأعمال، ولكنه أصبح يوم "تجمع الإرادة الشعبية" يوم "تعلو فيه وتعلن كلمة الحق عند السلطان الجائر"، وأعظم ما في الأمر، أن يوم "الجمعة" لم يُعد كذلك في مصر وحدها، بل أصبح هكذا في كل البلاد العربية الثائرة ضد الحكام الطغاة المستبدين كسوريا وليبيا واليمن وغيرها، وبحيث صارت أحداث "ميدان التحرير" في مصر سنة متبعة في كل الدول العربية المطالبة بالحرية وسيادة الإرادة الشعبية، فخصصت الشعوب في هذه الدول أماكن أطلقت عليها ميادين التحرير، وخصصت هذه الشعوب يوم "الجمعة" ليكون يوم الاحتجاج والتعبير عن الغضب ورفع المطالب، تماماً كما هو الحال في مصر.

لقد دون شباب وشعب مصر "ميدان التحرير" ويوم "الجمعة" في سجل تاريخ الثورات ليس في خصوص مصر وحدها ولكن على مستوى الثورات في العالم بأسره، فلم يُعد "ميدان التحرير" مجرد مكان مشهور في القاهرة، ولكنه أصبح اسماً ومكاناً مقدساً، تؤدي فيه طقوس الثورة وترفع منه مطالب الشعب.

والأمر ذاته بالنسبة ليوم "الجمعة" فلم يعد يوماً عادياً للراحة أو النوم أو اجتناب ممارسة الأعمال، كما كان، ولكنه أصبح يوم اجتماع وتوافق إرادة الشعب وإعلانها بقوة وثقة طلباً لتصحيح المسارات المعوجة وتنحية ومحاسبة القيادات المنحرفة التي خانت المسئولية عن تسيير أمور الشعب والتي نكلت أو تقاعست عن إنصاف المظلومين والمحتاجين من أبنائه.

وكان الشباب هو المعلم والأستاذ، وهو ما يقتضي أن تنحى أمامه كل فئات وطبقات الشعب إجلالاً له، واحتراماً لقدراته الخلاقة، وتقديراً لجثارته وإيثاره.

وإنني إذ أسجل هذا الحدث الجلل – الذي عاصر إعداد هذا المؤلف – وهو ثورة الشعب المصري العظيم بقيادة وريادة شباب مصر الأعظم، فإنني يسعدني أن أقدم هذا المؤلف – المتواضع سواء في فكرته أو في معالجة موضوعه – إلى المحامين الشباب، باعتبارهم طليعة شباب هذا الجيل صاحب هذا الفضل العظيم.

وما أقدمه في هذا الكتاب هو مجرد وجهة نظر متواضعة بلورتها سنوات العمل التي تزيد على الثلاثين، وليعلم أعزائي الشباب أنني في قيامي بأعمال المحاماة ومنذ أن بدأت في ممارسة المهنة، كنت أتبع الأصول والقواعد والخطوات التي أوردتها في هذا المؤلف، ومن ثم يمكنني القول بتواضع شديد أن هذا المؤلف يعتبر في حقيقة وواقع الأمر خلاصة تجربة ذاتية في ممارسة أعمال مهنة المحاماة، حاولت فيها دائماً تطبيق القواعد العلمية في الممارسة على النحو الذي أوردته تماماً ومازلت أتبع هذه القواعد والأصول حتى الآن.

إنه ليسعدني أن أضع هذه التجربة أمام هذا الجيل المعلم من المحامين الشباب إجلالاً لهم، واعتزازاً بهم، وثقة فيهم بأنهم قادرون على التطوير والابتكار وتقديم ما هو متميز وأميز من الأعمال في مجال الفكر أو العمل سواء في حاضرنا الذي نعيش فيه، أو في المستقبل القريب أو البعيد.

**مع تحياتي وتقديري**

**د. كمال الجوهري**

# مقدمـة

## "العلم" و "الطريقة" و"الخبرة"

"العلم" هو من أهم مقومات مهنة المحاماة وهو في الوقت ذاته أهم مقومات كفـاءة وتميز المحامي في إجادة أداء أعمال المحاماة، باعتبار أن هذه المهنة في الأصل غايتها حصـول كل ذي حق على حقه وتحقيق العدالة في معناها الأسمى، وهذه الغاية لـن تتحقـق بـدون سيادة القانون، وهـو مـا يعنـي أن القـانون هـو المجـال الـذي تعمـل فيـه مهنـة المحامـاة، والقانون في ذات الوقت هو الوسيلة التي تحقق بهـا مهنـة المحامـاة غاياتهـا السـامية عـلى وجه الأرض فيما بين كل البشر.

والقانون هو علم من أعظم وأجل العلوم الإنسانية، وهو علم لأن بناءه قوامه القواعد العامة المجردة وهي قواعد علمية بالمعنى الدقيق، فعلم القانون وعلى أية حال هو المجـال الذي تعمل فيه مهنة المحاماة.

إن العلم هو سلاح المحامي في أداء كل أعمال المحاماة الشفوية أو المكتوبة ولا ينحصر العلم في قواعد القانون ولكنه يشمل أيضاً المبادئ التي قررها القضـاء والتـي تعتـبر سـوابق وتطبيقات قضائية في موضوعات متعددة ومتنوعة وهي بالقطع لها قوة إلزام أدبيـة عاليـة محل احترام من كافة العاملين في مجال المحاماة والقضاء على السواء، ويشمل العلـم كـذلك آراء الفقه وشراح القانون في كل أفرعه وتخصصاته، فالقواعـد القانونيـة والمبـادئ القضـائية وآراء الفقه هي المصادر التي ينهل منها المحامي لكي ينجح ويسـتمر في أداء مـا يسـند إليـه من أعمال ولا غنى له عن أي مصدر منها.

و"الطريقة" والعلم صـنوان، والعلـم في أمـس الحاجـة إلى طريقـة أو مـنهج أو وسـيلة لعرضه وتبسيطه ليصل إلى مدارك المحكمة، والعلم بدون طريقة سهلة ومتقنة لا قيمـة لـه، إذ يظل حبيس وجدان وفكر المحامي وغير منتفع بـه، فالطريقـة هـي وسـيلة الاقنـاع وأداة الوصول إلى عقيدة القاضي بحيث توظف العلم بكل عناصره في خدمة القضايا التي يتعامـل معها المحامي توظيفاً نافعاً قادراً على تحقيق أهداف المحامي من الدفاع الـذي يبديـه بـأن توصل القاضي إلى قناعة بصحة وجدية وعدالة الدفاع الذي يبديه المحامي ويصمم عليه.

والطريقة قطعاً تختلف من محام إلى آخر، وهي أساس أية فروق فردية بين المحامين، لأن الطريقة من أهم مقوماتها القدرات الذاتية والمهارات الخاصة، فهي تمثل جانب "الفن" في عملية إبداء وعرض الدفاع شفاهة أو كتابة.

والطريقة بدون علم لا قيمة لها، لأن العلم هو الذي يمد الطريقة بمقومات نجاحها وصلاحيتها لتحقيق الغايات المنشودة والمحددة سلفاً، فالعلم بالنسبة للطريقة أشبه بالوقود بالنسبة للآلة أو السيارة، فبه تتحرك، وبه تسير في الطريق لتحقيق أهدافها وغاياته، والعلم بالنسبة للمحامي في إعداد وصياغة دفاعه الشفوي أو المكتوب كالمادة الخام بالنسبة للفنان الرسام أو النحات والتي منها يصنع لوحته أو ينحت ويشكل تمثاله، وعلى قدر مهارة الفنان أو الرسام تكون عظمة اللوحة التي يرسمها وسمو قيمتها، ويتوقف ذلك بالدرجة الأولى على الذكاء والملكات والقدرات والاستعدادات الخاصة، والتي بالطبع تختلف وتتباين من شخص لآخر، وبدرجات مختلفة قد تقل أو تكثر.

ومن هناك كان العلم والطريقة متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر ولا يفارقه، وهما عاملان مهمان وأساسيان في نجاح المحامي وتوفيقه في كل ما يقوم به من أعمال قولاً أو كتابة، ومن ثم فإنهما الأساس في شهرة المحامي.

و"الخبرة" تعني التراكم الكمي والكيفي سواء من الناحية العملية والتطبيقية أي في مجال الأداء الفعلي لأعمال المحاماة المختلفة، أو في المجال النظري الأكاديمي أي مجال الاطلاع على المؤلفات القانونية والعلمية ومجموعات الأحكام القضائية لتنمية الحصيلة العلمية وتطويرها وتحديثها، وكلما استمرت الممارسة وطالت مدتها كلما تراكمت الخبرة وتأصلت، وظهر أثرها في أداء المحامي.

والخبرة قد تعني الممارسة الذاتية أي ما يقوم به المحامي ويؤديه من أعمال وما يتحصل عليه من معلومات هو نفسه، وقد تعني ممارسة الآخرين عن طريق الاستفادة من ممارسات الغير، وهو ما يمكن أن نطلق عليه عملية نقل أو تبادل الخبرات بالأساليب المختلفة سواء عن طريق المؤتمرات أو الدورات التدريبية أو المعاهد وغيرها.

إن المحامي كالمعلم تماماً، أو يجب أن يكون كذلك، فيجب على المحامي أن يعد نفسه إعداداً جيداً لأي عمل يقوم به، وقبل أن يشرع في أدائه، فيجب عليه أن يقرأ ويفهم الموضوع المطلوب منه أن يؤديه مثل المعلم الذي يقرأ ويفهم جيداً الموضوع

الذي سيقوم بشرحه لطلبته، فيحيط بكل جوانبه وعناصره وتفاصيله، ويتوقع كل ما يمكن أن يثار من مناقشات حوله ويكون مستعداً للمواجهة تمام الاستعداد، وبغير ذلك لا يمكن للمعلم أن يؤدي واجبه أو ينجح في أداء رسالته في التربية والتعليم، وهكذا يجب أن يكون المحامي، فيطلع على القضية التي سوف يترافع فيها سواء أكانت المرافعة شفوية أو مكتوبة، ويلزم أن يحيط بكل الوقائع المنتجة في دعواه، وأن يُعد ويحضر دفاعه ودفوعه في كل جزئية منها ويؤيد ما يقول بأسانيد متعددة سواء من القانون أو من أحكام القضاء أو آراء الفقه وهذا هو ما نطلق عليه "مقوم العلم" أو "عنصر العلم" الذي تقوم وتعتمد عليه مهنة المحاماة وكل عمل يقوم به المحامي من أعمالها، حتى يكون دفاع المحامي مقنعاً ويحتل بصدق وارتياح عقيدة القاضي، فيطمئن ضميره إلى صدق ما يقول، وتستريح نفسه إلى الاستجابة إلى طلباته.

إن مهنة المحاماة هي مهنة المباغتة والمفاجأة، بمعنى أن المحامي يجب عليه أن يتوقع أن زميله المحامي أو حتى المحكمة من الممكن أن تفاجئه أو تباغته بسؤال أو استفسار، أو تطلب منه إيضاح مسألة قانونية معينة أو حتى مسألة واقعية، ومن ثم وجب عليه أن يكون على استعداد لمواجهة أية مفاجآت، وأن يؤهل نفسه للتصرف المعقول والمقبول فيما قد يتعرض له من مواقف، وذلك هو ما يحفظ للمحامي كيانه وحسن سمعته أمام المحكمة وبين زملائه وعامة الناس.

وأعمال المحاماة التي يؤديها المحامي متنوعة ومتعددة، ولعل أهم هذه الأعمال على الإطلاق هو الحضور أمام المحاكم ومنها كذلك إعداد وصياغة مذكرات الدفاع والاستشارات القانونية والشكاوى والتظلمات والعقود ومذكرات التفاهم، فتلك هي الأعمال المعتادة التي يقوم بها المحامي، فضلاً عن أعمال أخرى لا مجال ولا ضرورة لحصرها في هذه الدراسة.

إن مسئولية تزويد المحامين الشباب بالعلم والخبرة قطعاً تقع على عاتق المحامي الشاب نفسه أولاً، فهو صاحب المصلحة وهو المضطر، إلا أن هناك مسئولية أخرى تقع على عاتق آخرين عن تحقيق هذه المهمة العظيمة، وأول من يسأل خلاف المحامي ذاته، هي نقابة المحامين، سواء النقابة العامة أو النقابات الفرعية، ولسنا في حاجة هنا لبيان كيف تقوم النقابة بهذه المهمة العاجلة والحيوية، فذلك أمر لا خفاء فيه.

وبجانب مسئولية نقابة المحامين، هناك مسئولية عظيمة تقع على عاتق كبار المحامين باعتبارهم الآباء والأساتذة والرواد، فيجب أن تكون عملية تعلم المحامين الشباب وتزويدهم بالخبرة والعلم، يجب أن تكون عملية علمية مقصودة ومبرمجة وليست خاضعة للصدفة أو للصدقة، فهي عملية إنسانية وحق للمحامي الشاب يلزم أن تؤدي إليه من كل القادرين عليها باعتبارها فرض عين وليس فرض كفاية.

إن المسئولية عن تزويد المحامين الشباب بالعلم والخبرة هي في الأصل مسئولية أدبية أخلاقية ذات أبعاد قومية ومحلية وذاتية شخصية، ويجب أن يؤدي جميع الأطراف دوره فيها، ولا يغني قيام طرف بدوره عن قيام بقية الأطراف كل بدوره.

إنه مما يستحق توجيه الانتباه إليه في خصوص مسألة مسئولية تزويد المحامين الشباب بالعلم والخبرة، أن هؤلاء المحامين لم ينالوا أي حظ من التوجه إليهم بمؤلفات تخصهم بصفة خاصة، فعلى الرغم من السيل الجارف من المؤلفات القانونية وبعضها له قيمة عالية ونتعلم منه، إلا أن هذه المؤلفات لا تغني المحامي الشاب عن مؤلفات توجه في الأصل وتُعد له، خاصة المحامين تحت التمرين، فأنا – وأتمنى أن أكون مخطئاً – في اعتقادي أنهم لم يتلقوا العناية أو المساعدة التي تعينهم على عبور هذه المرحلة.

ولقد رأيت أن أتوجه بهذا المؤلف المتواضع – سواء في فكرته أو في معالجته – إلى المحامين الشباب، وهو عبارة عن وجهة نظر متواضعة رأيت أن أعرضها بصفة خاصة على المحامين الشباب، وهي وجهة نظر خاضعة للنقد والتصويب، وأتمنى وأنتظر اتجاه التأليف القانوني بشكل مقصود ومكثف والتوجه إلى السادة المحامين الشباب.

**ونقسم هذا الكتاب إلى ثلاثة أقسام وهي:**

- **القسم الأول:** مقومات المحاماة والكفاءة في إجادة أداء أعمال المحاماة.

الباب الأول : المحاماة والمحامي وأعمال المحاماة في القانون رقم (17) لسنة 1983 بشأن المحاماة.

الباب الثاني : مقومات مهنة المحاماة ( العلم والطريقة والخبرة ).

- **القسم الثاني:** حضور المحامي أمام المحاكم وضرورة العلم والطريقة والخبرة في التميز والكفاءة في الأداء.

الباب الأول : حضور المحامي أمام المحاكم المدنية وأصول وقواعد الحضور من الناحية الشكلية أو الإجرائية .

الباب الثاني : إبداء المحامي الدفاع والدفوع والطلبات أمام المحكمة في القضايا المدنية والتجارية .

الباب الثالث : إبداء المحامي الدفاع والدفوع والطلبات أمام المحكمة في القضايا الجنائية.

- **القسم الثالث:** توظيف العلم والطريقة والخبرة في إعداد وأداء بعض أعمال المحاماة.

الباب الأول : توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال إعداد مذكرات الدفاع في القضايا التجارية والمدنية والقضايا الجنائية.

الباب الثاني : توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال إعداد وصياغة الاستشارات القانونية.

الباب الثالث : توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال إعداد وصياغة العقود ومذكرات التفاهم.

الباب الرابع : توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية الأخرى.

وفي ختام هذه المقدمة لا يفوتني أن أوضح مدلول مصطلح "موسوعة" الوارد في عنوان هذا المؤلف حيث أطلقنا عليه اسم "موسوعة المحامين الشباب" ، فماذا نقصد بلفظ "موسوعة".

الموسوعة تعني، المؤلف الذي تعالج فيه موضوعات متعددة في مجالات متنوعة، ولذلك يقال مؤلف موسوعة أو "دائرة معارف" لأنه واسع جداً في مجالات عديدة علمية وفنية وعملية.

وهذا المؤلف موسوعي بالمفهوم السابق، لأنه تناول موضوعات متعددة ، وعرض قواعد ومعارف متنوعة، وفي مجال عملية وتطبيقية عديدة، كان من الممكن أن يخصص لكل منها مؤلفاً مستقلاً أو حتى عدة مؤلفات.

فمثلاً موضوع "مقومات مهنة المحاماة" يمكن أن يعالج في مؤلف مستقل، وموضوع "أصول وقواعد الحضور أمام المحاكم" يمكن أن يعالج في مؤلف مستقل أو عدة مؤلفات، وبالمثل موضوع "أصول وقواعد إعداد وإبداء المرافعة أمام المحكمة" يمكن أن يفرد له مؤلف مستقل أو عدة مؤلفات، والأمر ذاته بالنسبة لموضوع "أصول وقواعد إعداد بعض أعمال المحاماة" أو موضوع "أصول وقواعد تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية الأخرى" وهكذا.

ولقد رأيت أن أجمع بين هذه الموضوعات في هذا المؤلف "الموسوعي" على اعتبار أن كل موضوع منها يساهم بدرجة ما في بناء الفكرة الأساسية التي يدور حولها أو يعالجها المؤلف وهي تتكون من شقين أحدهما "العلم والطريقة والخبرة" باعتبارها مقومات المحاماة وفي الوقت ذاته مقومات تميز وكفاءة المحامي في أداء أعمال المحاماة، والثاني هو كيفية توظيف هذه المقومات في أداء أعمال المحاماة من الناحية العملية التطبيقية.

إذن ، موضوع هذا المؤلف يشمل عدة موضوعات فرعية، كل منها هو في حقيقة وواقع الأمر لبنة في البناء الفكري للموضوع الأصلي ذات الأركان الثلاثة (العلم والطريقة والخبرة) من الوجهتين النظرية أو العملية التطبيقية.

وأسأل الله أن يزدنا علماً وأن يعلمنا ما جهلنا وأن ينفعنا بما علمنا، إنه على ما يشاء قدير.

**د. كمال الجوهري**

**ت/6658887**


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل

## القسم الأول

## مقومات التميز والكفاءة

## في إجادة أداء أعمال المحاماة

**الباب الأول : المحاماة والمحامي وأعمال المحاماة في القانون رقم 17 لسنة 1983 بشأن المحاماة.**

**الباب الثاني: مقومات مهنة المحاماة العلم والطريقة والخبرة.**


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# الباب الأول

# المحاماة والمحامي وأعمال المحاماة في القانون رقم 17 لسنة 1983 بشأن المحاماة


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل

**النصوص القانونية:**

1 - المادة الأولى من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم 197 لسنة 2008 عرفت المحاماة بأنها "مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم، ويمارس مهنة المحاماة المحامون وحدهم في استقلال، ولا سلطان عليهم في ذلك إلا لضمائرهم وأحكام القانون".

2 - والمادة الثانية من القانون ذاته عرفت المحامي بقولها أنه "يعد محامياً كل من يقيد بجداول المحامين التي ينظمها هذا القانون، وفيما عدا المحامين بإدارة قضايا الحكومة، يحظر استخدام لقب المحامي على غيره".

3 - والمادة الثالثة من القانون ذاته واصلت التعريف بالمحامي وأعمال المحاماة التي يمارسها دون حق غيره في ممارستها، فنصت على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية وبأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، لا يجوز لغير المحامين مزاولة أعمال المحاماة..." ثم أوردت المادة نماذج من أعمال المحاماة التي يؤديها المحامي وذلك على سبيل المثال.

# القواعد الأساسية الواردة في المواد الأولى والثانية والثالثة من قانون المحاماة فيما يخص المحامي والمحاماة وأعمال مهنة المحاماة

**أولاً: قواعد قانونية أساسية تتعلق بالمحامي والمحاماة:**

**وهذه القواعد هي:**

**القاعدة [1]:**

أن المحاماة مهنة حرة ومن ثم فلا يجوز الجمع بينها وبين عمل أو وظيفة أخرى عامة أو خاصة، ويلزم أن يكون صاحب المهنة الحرة مؤهلاً في تخصص يتعلق بتقديم خدمات تتميز في الأساس بطابعها الذهني، مع تمتعه بحرية كاملة في تقديم خدمات استشارية لعملائه الذين يختارهم بحرية مع تحمله المسئولية المترتبة على ممارسة نشاطه المهني.

وإذا باشر صاحب المهنة الحرة نشاطاً يتضمن مضاربة على عمل الغير بغية الكسب، فإن نشاطه يعتبر تجارياً في هذه الحالة وليس مهنياً.

إن ممارسة مهنة المحاماة تعد نتيجة طبيعية للحرية الشخصية وباعتبار أن الحرية الشخصية تعد من الحقوق الطبيعية التي نشأت بنشوء الإنسان والتصقت بحياته وفكره قبل أن توجد المجتمعات وتقوم الدولة، فهي إذن حق طبيعي مقدس لا يجوز المساس به بالإلغاء ولا يجوز التنازل عنه ولا يزول عن الإنسان إلا بزوال الإنسان ذاته، وسلطة الدولة إزاء هذه الحريات ليست سلطة تقرير أو إعطاء، وإنما هي سلطة إعلان وتنظيم وحماية.

وفي هذا المقام قضت محكمة النقض بأن "حرية مزاولة مهنة المحاماة بوصفها نتيجة طبيعية للحرية الشخصية إن كانت مكفولة بمقتضى القوانين، إلا أن كفالة هذه الحرية لا يعني إطلاقها لمساس ذلك بالنظام العام مساساً مباشراً، فليس هناك ما يمنع المشرع من وضع قوانين لتنظيم ممارستها بما يكفل مصلحة الجماعة وتحقيق الأغراض السامية التي قدرها عن سن هذه القوانين والتي جعلها الشارع سياجاً لتلك الحرية وضماناً للصالح العام يدفع بها ما يمس المهنة بالأذى، وحتى لا يعرض لها

عوارض تتجافى مع ما يحب لها في اعتبار بوجه عام، ولا مع حقوق القائمين على ممارستها بوجه خاص"[1].

**القاعدة [2]:**

أن المادة الثانية من قانون المحاماة وكفالة لحرية مزاولة مهنة المحاماة قررت حماية من تحلى بلقب محامي، فحظرت استخدام لقب المحامي على غير هؤلاء المحامين، ومن يستخدم لقب المحامي من غير المحامين يعد مرتكباً جريمة يحاكم عنها قانوناً.

**القاعدة [3]:**

**أن المحاماة تشارك السلطة القضائية في تحقيق رسالتها، وعلى الأخص تشارك المحاماة السلطة القضائية فيما يأتي:**

أ - تحقيق العدالة.

ب - تأكيد سيادة القانون.

ج - كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم.

وقانون المحاماة بالنص على أن تشارك المحاماة السلطة القضائية في تحقيق رسالتها، إنما ذلك تأكيد على أن مهنة المحاماة ند للسلطة القضائية، ولأول مرة ينص المشرع في قانون المحاماة على أن المحامين شركاء للقضاة وليسوا أعواناً لهم، وهذه حقيقة قانونية وميزة مهمة اختص بها المشرع المحامين، فأصبحوا وجهاً من وجهي العدالة مثلهم مثل القضاة.

**وتقوم هذه الحقيقة وتستند إلى أدلة واقعية هي:**

أ - أن المحامي يعكف على القضية الموكل فيها ليقف على الوقائع المنتجة فيها ويبسط ذلك أمام القاضي مبرزاً ما تثيره القضية من مشاكل ومسائل قانونية عارضاً حججه وأسانيده، فيسهل المحامي على القاضي مهمته وينير له طريقه، وييسر له الوصول إلى الحقيقة.

(1) الطعون من 5 إلى 17 ومن 19 إلى 32 لسنة 29 القضائية جلسة 1959/6/9 س10 ص401 جنائي

ب – أن المحامين والقضاة تجمعهم ذات الغاية وهي تحقيق العدالة ونبل المقاصد متمثلة في تأكيد سيادة القانون، والمحامون يعينون القضاة بأن يقدموا لهم المادة التي ينسجون منها أحكامهم.

ج - إن كثيراً من القضايا لم تتضح خفاياها إلا بعد سماع مرافعة المحامي ومناقشته للخصوم أو الشهود أو لممثل الإدعاء أو الاتهام وما أكثر الأمور التي لا يكفي فيها مجرد الاطلاع على ملف القضية لكشف غموضها، فيتبدد هذا الغموض بإلقاء المحامي الضوء على ظروف القضية وكشف ملابساتها.

وكم من قضايا تعثرت أمام القضاء لصعوبة ترجيح حق على حق آخر، فأدى نقاش وجدل المحامين وتفنيد كل منهم لرأي الآخر وحججه إلى إظهار وجه الحقيقة فيها.

د – أن المادة الأولى من قانون المحاماة وفي فقرتها الثانية أكدت استقلال المحاماة، ويقصد باستقلال المحاماة مباشرة المحامي لعمله دون تأثير أو ضغط من أي شخص أو جهة أيا كانت، ولا يخضع المحامي في أدائه لعمله لسلطان موكليه، إذ ليس للموكل التدخل بتوجيه المحامي باتباع منهج أو خطة معينة في الدفاع.

ولا يخضع المحامي في ممارسة أعمال المهنة باستقلال سوى لا يمليه عليه ضميره وما توجيه أحكام القانون، واستقلالية المحامي ليست امتيازاً له يبرر خروجه على القانون أو التعدي على القضاء، أو تجاوز إطار خدمته لمصالح موكليه، بل إن الاستقلالية أداة حماية استوجبتها طبيعة الترابط العضوي بين مهمة القاضي والمحامي في إقامة العدل، وتنطلق الاستقلالية من واجب مقدس أوجبه حق الدفاع المقدس.

إذن، مفهوم وحدود الاستقلالية يجب أن يتم ضمن إطار القانون وآداب مهنة المحاماة وآداب الترافع وقواعد السلوك القويم في العلاقة مع الموكل والقضاء والغير، وإدراك الترابط العضوي بين القضاء والمحاماة في أداء العدل.

**ويلزم توجيه النظر إلى أمرين مهمين لتحقيق استقلال المحاماة وهما:**

الأول : إن أهم شرط لأداء مهنة المحاماة في استقلال، هو توفير الاستقلال لنقابة المحامين باعتبارها ملاذ المحامي الفرد والمنوطه بصون استقلال المحاماة وشرف وسلامة المهنة ومن ينتمون إليها، وأن النقابة كمنظمة إذ كانت درع المحامي وحصانته، فإنها يجب أن تمارس في الوقت ذاته المحاسبة الإجتماعية للمحامين وتنهض باختصاصها التأديبي على نحو كاف وفعال يحظى بقبول المجتمع في إطار الضمانات والإجراءات المنصفة والسليمة التي تتيح حق الطعن فيما يتقرر من جزاءات.

والثاني : إن مهنة المحاماة لا يمكن أن تكون مستقلة إذا كانت تعتمد بصورة رئيسية على الموكلين من الموسرين دون أن تمتد خدماتها إلى سواهم من القطاعات الواسعة في المجتمع، ويفرض ذلك على المحامين واجب مساعدة الفقراء والمحرومين اجتماعياً من امكانية الوصول المشروع إلى أبواب العدالة، حتى تتجنب المحاماة خطر ظهور المحامين كحماة للموسرين لا كمؤيدين للحق والعدل.

## بعض ضمانات الاستقلال في أداء المحامين لمهامهم

**أولاً: ضمانات عامة تقع على عاتق الدولة:**

**يجب أن تكفل الدولة للمحامين في أدائهم لواجبات مهنتهم ما يأتي:**

(1) القدرة على أداء جميع وظائفهم المهنية بحرية ونزاهة وفقاً لمصالح موكليهم وفي حدود القواعد والمقاييس والمبادئ الأخلاقية المتعارف عليها في المهنة، أو المنصوص عليها في مدونات السلوك المهنية، وذلك دون ضغوط أو تخويف أو إعاقة أو مضايقة أو تدخل غير لائق.

(2) القدرة على الانتقال إلى موكليهم والالتقاء بهم والتشاور معهم بحرية سواء داخل البلاد أو خارجها.

(3) عدم تعريض المحامين أو التهديد بتعريضهم للملاحقة القانونية، أو لجزاءات جنائية أو مدنية أو إدارية أو اقتصادية أو غيرها نتيجة قيامهم بعمل يتفق مع واجبات ومعايير وآداب المهنة المعترف بها.

(4) أن توفر الدولة ضمانات حماية كافية للمحامين وأسرهم، إذا تعرض أمنهم للخطر بسبب تأدية وظائفهم.

(5) لا يجوز أخذ المحامين بجريرة موكليهم أو بقضايا هؤلاء الموكلين، وذلك نتيجة قيام هؤلاء المحامين بمهام وظائفهم.

(6) لا يجوز لأية محكمة أو سلطة إدارية أن ترفض الاعتراف بحق المحامي في المثول أمامها نيابة عن موكله إلا إذا استبعد القانون حضور المحامي لديها، أو كان المحامي قد تم وقف ممارسته لمهنته أو تجريده من أهلية أو حقوق المهنة طبقاً للأنظمة والقوانين المقررة.

(7) أن يتمتع المحامون بالحصانة المدنية والجنائية بالنسبة إلى ما يبدونه بحسن نية في مرافعاتهم الشفوية أو المكتوبة أو لدى مثولهم أمام المحاكم أو غيرها من السلطات الإدارية أو التنفيذية.

(8) تكفل الدولة للمحامين سرية جميع الاتصالات والمشاورات التي تجري بينهم وبين موكليهم في إطار علاقاتهم المهنية.

(9) يتعين على السلطات المختصة أن تضمن للمحامين إمكانية الاطلاع على المعلومات والملفات والوثائق المناسبة التي في حوزتها أو تحت تصرفها، وينبغي تأمين هذا الاطلاع خلال أقصر مهلة ملائمة.

(10) وضع القواعد واللوائح التي تنظم أتعاب وأجور المحامين بشكل يضمن حصولهم على دخل منصف وملائم، مع إتاحة الخدمة القانونية للجمهور بشروط معقولة.

**ثانياً: ضمانات تتصل بالمسئولية التأديبية والجنائية للمحامين عن أعمال المهنة:**

1 - أن يتولى المحامون، من خلال نقاباتهم أو المنظمات الأخرى التي تمثلهم وضع مدونات لسلوكهم المهني توافق القانون والعرف الوطنيين والمعايير والقواعد الدولية المعترف بها، ويجوز سن هذه المدونات بقوانين تصدرها السلطة التشريعية بمشاركة فعالة من المحامين.

2 - أن ينظر في التهم والشكاوى الموجهة ضد المحامين بسبب أداء مهامهم على وجه السرعة وبصورة منصفة ووفقاً لإجراءات مناسبة توفر لهم ضمانات الدفاع كاملة، بما في ذلك سماع أقوالهم وحق حصولهم على مساعدة محامين يختارونهم بأنفسهم.

3 - أن تتخذ الإجراءات التأديبية ضد المحامين أمام لجنة محايدة يشكلها أهل مهنة المحاماة أو أمام سلطة قانونية مستقلة أو محكمة وعلى أن تخضع القرارات التأديبية لمراجعة من قبل جهة قضائية مستقلة.

4 - أن تتحدد جميع الإجراءات التأديبية وفقاً لمدونة قواعد السلوك وقواعد آداب المهنة الأخرى المعترف بها، كما تتقيد بكافة الضمانات الأساسية للتقاضي، وقواعد المحاكمة المنصفة العادلة.

5 - أن تبلغ نقابات المحامين أو منظماتهم المعترف بها بصورة فورية بأسباب القبض على أي محام أو احتجازه والأساس القانوني له، وكذلك تبلغ بأي تفتيش لشخصه أو مسكنه أو ممتلكاته أو ضبط أية وثائق في حوزته، وبأي قرار برفع دعوى تمس استقامته، ويحق لنقابات أو منظمات المحامين ان تمثل برئيسها أو بمن يحدده لمتابعة الدعوى، وذلك لكي تتمكن نقابات أو منظمات المحامين المعترف بها من النهوض برسالتهم في الحفاظ على استقلال المحاماة.

**القاعدة [5]:**

أن اكتساب صفة المحامي يكون من تاريخ القيد بجدول المحامين، فخريجو كليات الحقوق والشريعة والقانون وكذلك الفئات الأخرى التي ترغب في ممارسة مهنة المحاماة، لا يلقبون بلقب محامي إلا بعد قيدهم في جداول المحامين، أما غير ذلك، فلا حق لهم في العمل بالمحاماة أو الحصول على لقب محام، ونصت على ذلك المادة الثانية من قانون المحاماة السالف الذكر.

**وقضت محكمة النقض في خصوص هذا القيد بأن:**

"مناط القيد بالجداول هو الاشتغال بالمحاماة وممارستها فعلاً، تلازم الأمرين بحيث لا يتصور وجود أحدهما دون الآخر، فكرة الاشتغال بالمحاماة اشتغالاً فعلياً لمن يقيد لأول مرة في جدول المحامين هي دون غيرها التي كانت تتمثل في ذهن الشارع عند وضع القانون، فقد تكررت في نصوص المواد 7، 9، 10، 11، 16، 22، 30، 95 من القانون رقم 96 لسنة 1957 واضحة في مراحله المختلفة، وهذه النصوص على تعددها ووضوح عبارتها تدل على قصد واضعها في أن الاشتغال بالمحاماة هو الأصل في الباب الأول، ولا يصح الفصل بينه وبين القيد في جدول المحامين العاملين"[(1)].

وقضت محكمة النقض في حكم آخر بأن حق الاشتغال بالمحاماة لا يبدأ وجوده إلا من تاريخ القيد وحده، لا يغني عنه التحاق الطالب في مدة سابقة بمكتب أحد المحامين ومباشرته أعمال المحاماة، وفي تأكيد ذلك قالت محكمة النقض:

"متى كان الطالب لم يقيد بجدول المحامين إلا بتاريخ 22 من ديسمبر سنة 1955، فإن حقه في الاشتغال بالمحاماة لا يبدأ وجوده إلا من هذا التاريخ وحده، ولا يغني عن ذلك التحاق الطالب في مدة سابقة بمكتب أحد المحامين ومباشرته أعمال المحاماة"[(2)].

ونصت المادة الثانية على ضرورة القيد بجداول المحامين كشرط حتمي لاكتساب صفة المحامي وصف مباشرة أعمال المحاماة، وذلك مستفاد من عبارة "يعد محامياً كل من يقيد بجداول المحامين التي ينظمها هذا القانون".

(1) التظلم رقم 18 لسنة 29 ق جلسة 1959/6/9 س 10 ص 401 جنائي.

(2) الطعن رقم 3 لسنة 1957 جلسة 1957/11/19 س 8 ص 919 جنائي.

**ثانياً: قواعد قانونية أساسية تتعلق بأعمال المحاماة التي يجوز للمحامين مزاولتها:**

**القاعدة الأولى:**

**أورد المشرع في المادة الثالثة من قانون المحاماة نماذج على سبيل المثال من أعمال المحاماة التي يجوز أن يزاولها المحامون دون غيرهم، فقرر المشرع أنه يعد من أعمال المحاماة ما يأتي:**

1 – الحضور عن ذوي الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة، والدفاع عنهم في الدعاوى التي ترفع منهم أو عليهم، والقيام بأعمال المرافعات والإجراءات القضائية المتصلة بذلك.

2 – إبداء الرأي والمشورة القانونية فيما يطلب من المحامي.

3 – صياغة العقود واتخاذ الإجراءات اللازمة لشهرها أو توثيقها.

وتعد أيضاً من أعمال المحاماة بالنسبة لمحامي الإدارات القانونية في الجهات المنصوص عليها في هذا القانون، فحص الشكاوى وإجراءات التحقيق الإدارية وصياغة اللوائح والقرارات الداخلية لهذه الجهات.

**القاعدة الثانية:**

يجب أن يزاول المحامي أعمال المحاماة الجائز له مباشرتها، ولا يزاول الأعمال غير الجائز له مباشرتها وذلك حسب الجدول المقيد به المحامي.

**ونصت المادة (10) من قانون المحاماة جداول القيد بحسب درجة المحامي، وهذه الجداول هي:**

1 – جدول المحامين تحت التمرين.

2 – جدول المحامين أمام المحاكم الابتدائية، وتعتبر المحاكم الإدارية معادلة للمحاكم الابتدائية.

3 – جدول المحامين المقبولين أمام محاكم الاستئناف، وتعتبر محاكم القضاء الإداري معادلة لمحاكم الاستئناف.

4 – جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض وتعتبر المحاكم الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا معادة لمحكمة النقض.

5 – جدول المحامين غير المشتغلين. وجدول خاص بالمحامين بالقطاع العام والهيئات العامة والمؤسسات الصحفية.

ولقد بين المشرع في المواد من (25) إلى (38) من قانون المحاماة أعمال المحاماة الجائز أن يزاولها كل محام من المحامين المقيدين بكل جدول من الجداول حسب درجة قيده، وتلك الأعمال المحظور عليه مزاولتها، وهو ما يترتب عليه بطلان أي عمل من أعمال المحاماة قد يزاوله المحامي ويكون هذا العمل محظور عليه مزاولته، وذلك على التفصيل الوارد في المواد السابق الإشارة إليه.

## قواعد قانونية أساسية

## في حضور المحامي عن ذوي الشأن أمام المحاكم

نصت المادة (68) من الدستور على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهاز القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا".

ومن المقرر أنه متى أعلنت الدعوى إعلاناً صحيحاً فإنه يتعين على الخصوم الحضور أمام المحكمة المختصة في اليوم والساعة المحددين بصحيفة افتتاح الدعوى لإبداء ما لديهم من طلبات أو دفاع ودفوع، على أن الحضور أمام القضاء المدني وإن كان واجباً على الخصوم إلا أنهم لا يجبرون عليه، ما لم تأمر المحكمة بحضور الخصم لاستجوابه وذلك سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه، إذ يتعين في هذه الحالة على من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار، وهو ما نصت عليه المادة (106) من قانون الإثبات، وذلك ما لم يمنع الخصم عذر عن الحضور وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه (المادة 112 إثبات).

والأصل أن يكون حضور الخصوم بأنفسهم، إلا أن قانون المرافعات أجاز أن يحضر عن الخصوم من يوكلونه من المحامين، وقد أورد المشرع القواعد القانونية الخاصة بالحضور ووكالة المحامين عن الخصوم في المادة (72) وما بعدها من قانون المرافعات، ونبين أهم هذه القواعد فيما يلي:

**القاعدة الأولى:**

أنه يجب على المحامي الحاضر بموجب وكالة عن موكله. أن يقرر أمام المحكمة ويثبت حضوره عن الموكل سواء أكان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه، وإثبات الوكالة يكون بمقتضى توكيل رسمي أو مصدق على التوقيع عليه، فإذا حضر الخصم مع محاميه وأقر بوكالته وأثبت ذلك في محضر الجلسة، فإن ذلك يقوم مقام التصديق على التوقيع[1].

وإذا حضر المحامي عن الموكل ولم يكن بيده سند الوكالة، فإن للمحكمة أن ترخص أو تصرح له بتقديم الوكالة في جلسة قادمة على أن يتم ذلك في جلسة المرافعة على الأكثر وهو ما قررته المادة (73) من قانون المرافعات.

وترتيباً على ما تقدم، إذا حضر المحامي في الجلسة عن أحد الخصوم ولم يثبت وكالته عنه، ولم يقم الدليل فيما بعد على توافر الصفة للمحامي وقت حضوره، فإن حضور المحامي يعتبر غير قانوني، ويعتبر الخصم الذي جاء المحامي ليمثله غائباً، وينظر في الدعوى على هذا الاعتبار.

**القاعدة الثانية:**

**أنه يترتب على صدور التوكيل بالخصومة في قانون المرافعات الآثار التالية:**

1 - بمجرد صدور التوكيل عن أحد الخصوم يكون موطن وكيله معتبراً في إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى في درجة التقاضي الموكل هو فيها، وهو ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (74) من قانون المرافعات.

2 - يخول التوكيل بالخصومة الوكيل (المحامي) سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها، وإعلان الحكم وقبض الرسوم والمصاريف، وكل قيد يرد في سند الوكالة على ذلك لا يحتج به على الخصم الآخر، وهو ما نصت عليه المادة (75) من قانون المرافعات.

(1) نقض مدني 1959/4/2 أحكام النقض السنة 10 ص 312 ق 47.

**القاعدة الثالثة:**

لا يجوز للوكيل (المحامي) بغير تفويض خاص من الموكل الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه، ولا الصلح، ولا التحكيم فيه، ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم ولا التنازل عن طريق الطعن في ذلك الحكم، ولا رفع الحجز، ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين، ولا الإدعاء بالتزوير، ولا رد القاضي ولا مخاصمته، ولا رد الخبير، ولا العرض الفعلي ولا قبوله، ولا أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً، وهو ما أوردته على نحو مفصل المادة (76) من قانون المرافعات.

**القاعدة الرابعة:**

إذا تعدد الوكلاء (المحامين) جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص في التوكيل (المادة 77 مرافعات)، مع مراعاة أن هذا النص يعتبر خروجاً على القواعد العامة للوكالة في القانون المدني وفق ما جرى عليه نص الفقرة (2) من المادة (707) من القانون المدني.

**القاعدة الخامسة:**

يجوز للوكيل (المحامي) أن ينيب غيره من المحامين ما لم يكن ممنوعاً من ذلك صراحة بنص في التوكيل وهو ما نصت عليه المادة 78 من قانون المرافعات، وإن كان ذلك على خلاف القواعد العامة في القانون المدني وفق المستفاد من الفقرة (1) من المادة (708) مدني تمشياً مع ما جرى به العرف، فضلاً عن أن الوكالة بالخصومة تقتضيه.

**القاعدة السادسة:**

كل ما يقرره الوكيل بالخصومة (المحامي) يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه، إلا إذا نفاه الموكل أثناء نظر القضية في الجلسة وهو ما نصت عليه المادة (79) من قانون المرافعات.

**القاعدة السابعة:**

لا يجوز للوكيل (المحامي) أن يعتزل الوكالة في وقت غير لائق، ولا يحول اعتزاله أو عزله دون سير الإجراءات في مواجهته إلا إذا أعلن الموكل خصمه

بتعيين وكيل بدله أو بعزمه على مباشرة الدعوى بنفسه، وهو ما نصت عليه المادة (80) من قانون المرافعات.

**القاعدة الثامنة:**

تنتهي الوكالة بصدور الحكم في الدعوى أمام درجة التقاضي الموكل فيها، ما لم يثبت انصراف الوكالة إلى درجات التقاضي الأخرى.

كما تنتهي الوكالة باعتزال الوكيل (المحامي) أو عزله مع مراعاة ما تقدم.

وتنتهي الوكالة كذلك بموت الوكيل أو الموكل (المادة 714 مدني)، على أنه تجدر ملاحظة أن موت الوكيل (المحامي) لا يترتب عليه انقطاع الخصومة كما هو الشأن بالنسبة للموكل، وإنما أجاز القانون للمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للخصم الذي توفى وكيله، أو انقضت وكالته لعزله أو اعتزاله، إذا كان قد بادر فعين له وكيلاً جديداً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانقضاء الوكالة الأولى (المادة 2/130 مرافعات).

**بيان المقصود بكل من:**

التوكيل في التقاضي أو التوكيل بالخصومة "المخاصمة بوكيل" و "الوكالة في الحضور".

**ماهية التوكيل في التقاضي أو التوكيل بالخصومة**

هو توكيل في تصرف قانوني مما يخضع لنص المادة (702) من القانون المدني، والتوكيل المشار إليه في هذه المادة هو توكيل خاص، والتوكيل الخاص في حكم هذه المادة هو ذلك التوكيل الذي يتعين أن ينص فيه على نوع العمل القانوني الذي يوكل فيه الوكيل، وباعتبار أن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة دون تخصيص لنوع العمل القانوني الذي يخوله للوكيل لا تخول للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة عملاً بنص الفقرة (1) من المادة (701) من القانون المدني.

ولما كان التقاضي ليس من أعمال الإدارة، فقد استلزم المشرع في التوكيل بشأن التقاضي أن يكون توكيلاً خاصاً بمعنى أن يتضمن التوكيل النص على نوع العمل الموكل فيه، وهو التقاضي الذي عبر عنه النص بعبارة "المرافعة أمام القضاء".

ومن المقرر أن التوكيل في التقاضي يخضع لما يخضع له عقد الوكالة بصفة عامة، فيعتبر عقداً رضائياً يتم بمجرد الإيجاب والقبول دون أن يلزم إفراغه في شكل

خاص، بل ودون أن يلزم إفراغه في محرر مكتوب، مادام هو ليس محل منازعة في ثبوته بين الطرفين.

أما إذا كان التوكيل محل منازعة فيخضع للقواعد العامة في الإثبات، كما أنه لا يشترط في الوكيل في التقاضي أن يكون محامياً، ولا أن يكون قريباً أو صهراً للموكل أو تربطه به أية رابطة غير رابطة الوكالة، وقد يكون الوكيل بأجر أو بغير أجر.

وتخول الوكالة في التقاضي الوكيل في القيام بكافة ما يتصل بالتقاضي سواء أكانت أعمالاً سابقة على رفع الدعوى كتوجيه الإنذار أو الإعذار أو التنبيه، أو إجراءات رفع الدعوى كإيداع صحيفتها قلم الكتاب، أو تقديم طلبات استصدار طلبات الأوامر الوقتية أو أوامر الأداء أو إيداع صحف الطعون أو إعلاناتها أو سداد الرسوم أو استلام وتسليم الأوراق وصور الأحكام أو مباشرة إجراءات التنفيذ إلى غير ذلك من إجراءات التقاضي.

والأصل عملاً بالفقرة الثالثة من المادة (702) من القانون المدني أن التوكيل في التقاضي يخول الوكيل ما يقتضيه التقاضي من توابع ضرورية وفقاً لطبيعته بما كان يخول الوكيل في التقاضي القيام بكافة ما يتصل بالدعوى أو ما يثور فيها، وقد أشار إلى ذلك نص المادة (75) من قانون المرافعات حيث قرر أن التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف، وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً.

ومن قبيل الأمور المستثناة التي ورد بشأنها نص خاص والتي يستلزم المشرع فيها صدور تفويض أو توكيل خاص بها، ما نصت عليه المادة (702) من القانون المدني، وما نصت عليه المادة 76 من قانون المرافعات من أنه "لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به، ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه، ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه، ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين، ولا الإدعاء بالتزوير، ولا رد القاضي ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلي ولا قبوله، ولا أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً".

وتنتهي الوكالة في الخصومة أو التقاضي بالأسباب التي تنتهي بها الوكالة بصفة عامة وفقاً لحكم المادة (714) من القانون المدني.

ومن المقرر وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أنه لا يجوز أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله، لأن في ذلك تجاوزاً في الاستدلال ضاراً بحقوق الناس، فإذا باشر المحامي إجراء قبل أن يستصدر توكيلاً له من ذوي الشأن الذي كلفه بالعمل، فلا يعترض عليه بأن وكالته لم تكن ثابتة قبل اتخاذ الإجراء الصحيح ما لم ينص القانون على غير ذلك"[1].

## تطبيقات قضائية أخرى

نورد بعض أحكام محكمة النقض بشأن جواز مباشرة المحامي الأعمال القانونية – غير الحضور أمام القضاء – قبل أن يستصدر توكيلاً من الموكل الذي كلفه بمباشرة تلك الأعمال.

**قضت محكمة النقض بأن:**

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مباشرة المحامي للإجراءات نيابة عن موكله لا يستلزم حصوله على سند بالوكالة قبل مباشرته للإجراء ما لم ينص القانون على غير ذلك"[2].

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"التصرفات القانونية التي يجوز للشخص أن يقوم بها، قد يباشرها بنفسه أو بمن ينوب عنه قانوناً، سواء أكانت هذه النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية، والنيابة الاتفاقية لا يشترط لقيامها بحسب الأصل شكل معين، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية، ولئن كان إيداع ثمن العقار المشفوع فيه في خزينة المحكمة في الموعد الذي حدده القانون من الإجراءات اللازمة لقبول الدعوى، وإلا سقط الحق في طلبها، إلا أنه إجراء سابق على رفعها ولا يعتبر من إجراءات الدعوى ذاتها بإيداع

(1) نقض مدني 1987/2/26، الطعن رقم 225 سنة 52 قضائية، أحكام النقض السنة 38 ص335.

(2) نقض مدني 1985/4/9، الطعن رقم 1644 سنة 51 قضائية، أحكام النقض السنة 36 ص565، نقض 1988/2/24 الطعن رقم 829 سنة 35 قضائية، أحكام النقض، السنة 39 ص 295.

صحيفتها قلم كتاب المحكمة، ومن ثم يكون الوفاء بهذا الالتزام الذي فرضه القانون جائزاً من الوكيل ولو لم تكن وكالته رسمية[1].

## ماهية المخاصمة بوكيل

المخاصمة بوكيل يقصد بها الوجه الإجرائي للوكالة في التقاضي، فمن المقرر أنه "وإن كان يجوز مباشرة إجراءات التقاضي بالنيابة، أي النيابة عن الغير، إلا أنه يتعين الإفصاح في العمل نفسه عن صفة النيابة بذكر اسم الأصيل، فالمخاصمة بوكيل هي أن يرفع الدعوى من نائب عن صاحب الحق المطلوب حمايته، وهي صورة جائزة طالما أفصح الوكيل عن صفته واسم موكله[2].

**وقضت محكمة النقض في بيان أثر المخاصمة بوكيل بأن:**

"الإعلانات التي توجه من الوكيل أو إليه تعد موجهة من الموكل أو إليه، متى تمت في حدود الوكالة واقترن فيها اسم الوكيل باسم الموكل، وإذا رفعت الدعوى من شخص أو على شخص بصفته وكيلاً عن غيره، فإن الأصيل يكون هو الخصم فيها، كما أن الحكم الصادر في هذه الدعوى للوكيل أو عليه بصفته هذه يكون صادراً للأصيل أو عليه، وإذا كان ميعاد الطعن في هذا الحكم يبدأ من تاريخ إعلانه وفقاً لنص المادة 213 من قانون المرافعات، فإن إعلانه كما يصح لشخص الأصيل يصح أيضاً في شخص هذا الوكيل بصفته متى تم في حدود الوكالة وأعلن إليه بهذه الصفة التي صدر الحكم على أساسها، وتجري مواعيد الطعن عندئذ في حق الأصيل من وقت تم هذا الإعلان"[3].

**وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه:**

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الخصومة تنعقد صحيحة بين طرفيها إذا أقيمت من شخص بصفته وكيلاً، وإنه لا محل لإعمال قاعدة "لا يجوز لأحد أن يخاصم بوكيل عنه" متى أفصح الوكيل عن صفته وعن اسم موكله"[4].

(1) نقض مدني 1984/1/24، الطعن رقم 487 سنة 50 قضائية، أحكام النقض السنة 35 ص 284

(2) نقض 1963/3/28 أحكام النقض السنة 14 ص 417.

(3) نقض مدني 1988/11/29 الطعن رقم 322 سنة 55 قضائية، أحكام النقض السنة 39 ص1258.

(4) نقض مدني 1985/1/8، الطعن رقم 2084 سنة 54 قضائية.

## ماهية الوكالة في الحضور

الوكالة في الحضور يقصد بها توكيل أحد الخصوم لغيره في الحضور بمجلس القضاء نيابة عنه، إذ أن المقرر أن من حق الخصم دائماً أن لا يمثل أمام المحكمة وأن ينيب عنه غيره، ولا تملك المحكمة إلزامه بالحضور شخصياً إلا في الحالات التي ينص عليها القانون كالحالة التي تقرر فيها المحكمة استجوابه.

**وتقضي القواعد التي تحكم الوكالة في الحضور أمام القضاء ضرورة توافر ثلاثة شروط لصحة حضور الوكيل عن موكله، وهي:**

(1) أن يكون الوكيل من المحامين أو من الأزواج أو الأقارب أو الإصهار حتى الدرجة الثالثة، فإن كان محامياً وجب أن يكون من المقبول حضوره أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى وفقاً لما تقضي به أحكام قانون المحاماة، ويجب توجيه الانتباه في هذا الصدد إلى ما يأتي:

(أ) أنه ووفقاً للمادتين 3، 37 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983، يجوز أن يحضر أمام محاكم الاستئناف عن الخصوم محام غير مقبول أمام هذه المحاكم[1].

(ب) أنه متى كان المحامي موكلاً عن أحد الخصوم، فإنه يجوز له عملاً بالمادة (56) من قانون المحاماة السالف الذكر، أن ينيب عنه في الحضور أو المرافعة، أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسئوليته، دون أن يلزم أن يصدر له توكيلاً خاصاً، وذلك كله ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص خاص في التوكيل الصادر إليه من موكله[2].

(ج) أنه إذا لم يبد الخصم أو وكيله في الجلسة التالية لحضور محام عن هذا الأخير اعتراضاً على ما أثبت، فإن ذلك يعد إجازة ضمنية للإنابة[3].

---

(1) وفي هذا المعنى، نقض 1991/2/5، الطعن رقم 99 سنة 59 قضائية، السنة 29، نقض 1988/11/29، الطعن رقم 322 سنة 55 قضائية، أحكام النقض السنة 39 ص 1258.

(2) نقض مدني 1969/6/12، أحكام النقض السنة 20 ص 921.

(3) نقض مدني 1974/1/19، أحكام النقض السنة 25 ص 187.

(د) أنه يشترط للاحتجاج على الخصم بحضور المحامي المناب بما أنتجه هذا الحضور من آثار، أن يكون المحامي المنيب موكلاً عن الخصم، فإذا لم يثبت وكالته، فإنه لا يعتد بحضور محام آخر عنه[1].

إذا كان الوكيل الحاضر أمام المحكمة من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار، فإنه يرجع في تحديد درجة القرابة إلى نص المادتين 36، 37 من القانون المدني، فيكون قبول حضورهم عن الخصوم منوطاً بقبول المحكمة حسبما ترى من ظروف الدعوى وملابساتها، ويعتبر سكوت المحكمة عن إثبات حضورهم قبولاً منها لهذا الحضور.

(2) أن يكون بيد الوكيل عند حضوره في الجلسة توكيلاً موثق بالشهر العقاري، سواء أكان توكيلاً رسمياً عاماً أي يجيز للمحامي الحضور عن الخصم في كافة القضايا، أو كان توكيلاً مصدقاً على توقيع الموكل عليه، وذلك وفقاً لما نصت عليه أحكام قانون المحاماة.

**ونصت المادة (57) من قانون المحاماة على أنه"**

"لا يلتزم المحامي الذي يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام، أن يودع التوكيل بملف الدعوى، ويكتفي الإطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة".

**وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه:**

"يقع على الوكيل الحاضر عن الخصم واجبان أساسيان، أولهما، أن يثبت حضوره عنه في محضر الجلسة حتى تتحدد صفة الموكل الذي يمثله، وثانيهما، أن يثبت قبل المرافعة وكالته عمن قرر الحضور عنه، بإيداع التوكيل بملف الدعوى إذا كان خاصاً، والاقتصار على إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة إن كان عاماً "[2].

وقضت محكمة النقض بأن تمثيل المحامي للخصم في الجلسة يجب عملاً بنص المادة (26) من قانون المحاماة رقم 135 لسنة 1939 أن يكون بمقتضى

(1) نقض مدني 1980/2/19 أحكام النقض السنة 31 ص 544.

(2) نقض مدني 1980/2/9 أحكام النقض، الطعن رقم 1166 سنة 47 قضائية السنة 31 ص544.

توكيل رسمي أو مصدق على التوقيع عليه، فإذا لم يكن بيد المحامي توكيل من هذا القبيل، كانت المحكمة على حق إن هي اعتبرت الخصم الذي جاء المحامي ليمثله غائباً وقضت في الدعوى على هذا الاعتبار[1].

ومن المقرر أنه متى حضر محام عن الخصم وأرشد عن بيانات توكيله على ذلك النحو، ولم ينازع في ذلك الخصم الآخر، فإنه يمتنع عليه أن يثير هذه المنازعة أمام محكمة النقض[2].

وإذا تعددت صفات الموكل، فإن المحامي الحاضر لا يمثله إلا بالصفة التي صرح بقبول تمثيله بها، وقبل هو أن يمثله بها وأثبت هذه الوكالة أمام المحكمة، فإذا كان التوكيل صادراً إلى المحامي من الخصم عن نفسه وبصفته وكيلاً عن زوجته، ولكن المحامي إذ حضر بالجلسة لم يستعمل التوكيل إلا في خصوص نيابته عن شخص الموكل، فلا ينسحب أثر هذا الحضور إلى الزوجة التي كانت مختصمة في الدعوى ذاتها[3].

وإذا صدر التوكيل عن ممثل الشخص الاعتباري، فإنه لا يؤثر في صحته واستمراره زوال صفة هذا الممثل، ولا يلزم في هذه الحالة صدور توكيل جديد من الممثل الجديد، لأن التوكيل يعتبر صادراً من الشخص الاعتباري[4].

(3) أن يثبت الوكيل الحاضر في محضر الجلسة سند وكالته الموثق على النحو السالف بيانه، فإن كان محرراً رسمياً اكتفى بإثبات رقمه وتاريخه والجهة التي تحرر أمامها، وإن كان مصدقاً على التوقيع عليه أودعه ملف الدعوى وأثبت ذلك في محضر الجلسة، فإذا خلا محضر الجلسة من هذه البيانات، أو ثبت عدم صحتها اعتبر الخصم غائباً ومن ثم لا يحاج بما يكون قد صدر من المحامي الذي أثبت حضوره عنه، ولا بما يكون قد ترتب على هذا الحضور من آثار[5].

(1) نقض 1943/1/21، الطعن رقم 35 لسنة 12 قضائية، مجموعة الخمسين عاماً المجلد الثالث ص 3319 بند 697.

(2) نقض 1984/5/24، الطعن رقم 295 سنة 47 قضائية، نقض 1968/11/28، أحكام النقض س 19 ص 1433.

(3) نقض 1954/11/11، أحكام النقض، السنة 6 ص 1007.

(4) نقض 1963/5/23 أحكام النقض، السنة 14 ص 736، نقض 1962/1/4، أحكام النقض، السنة 13 ص 42.

(5) نقض 1954/11/11، أحكام النقض السنة 6 ص 1007.

## التمييز بين الوكالة في التقاضي والوكالة في الحضور

**قضت محكمة النقض في هذا المقام بأن:**

"الوكالة الخاصة شرط للمرافعة أمام القضاء إلا أنها ليست شرطاً لازماً لرفع الدعوى ابتداءً إيذاناً ببدء استعمال الحق في التقاضي، باعتبار أن هذا الحق رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء، بل تكون لمحكمة الموضوع في هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة في الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في الدعوى، فإذا كان دفع الطاعنين يقوم على انتفاء صفة والد المطعون ضده في رفع الدعوى نيابة عنه لبلوغه آنذاك سن الرشد دون أن يمتد إلى الوكالة في الخصومة أمام القضاء، وكان الحكم قد استخلص من سكوت المطعون ضده عن قيام والده برفع الدعوى نيابة عنه رغم بلوغه سن الرشد، ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفضها توصلاً إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها، موافقته ورضاءه عن إجراء رفع الدعوى الذي اتخذه والده نيابة عنه، مما يدل على استناد والده في رفعها إلى وكالة ضمنية بينهما بشأن ما خلص إليه الحكم يكون سائغاً ومؤدياً إلى النتيجة التي انتهى إليها[1].

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"حق التقاضي غير المرافعة أمام القضاء رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء، أما المرافعة أمام القضاء فتستلزم وكالة خاصة وقد اختص بها المشرع أشخاصاً معينين حسبما يقضي قانون المحاماة[2].

إذن، الوكالة في التقاضي لا يلزم إفراغها في محرر مكتوب أو في محرر موثق، بينما يتعين أن تكون الوكالة في الحضور ثابتة بمحرر موثق سواء أكان محرراً رسمياً أو محرراً مصدق على توقيعه، كما أنه لا يشترط في الوكالة في التقاضي أن يكون الوكيل من المحامين أو الأزواج أو الأقارب أو الأصهار، في حين أنه في الوكالة في الحضور يلزم أن يكون الوكيل من هؤلاء، وكذلك فإن الجزاء في

(1) الطعن رقم 593 في 1990/1/4 أحكام النقض السنة 55 قضائية.

(2) نقض 1965/5/27 أحكام النقض السنة 16 ص 633.

حالة تخلف الوكالة في التقاضي يتمثل في الجزاء المقرر لتخلف سبب النيابة أو مجاوزة نطاقها وهو عدم نفاذ التصرف في حق الأصيل، بينما الجزاء في حالة الوكالة في الحضور هو جزاء إجرائي يتمثل في اعتبار الخصم غائباً، وفي حين أنه بالنسبة للوكالة في التقاضي لا يجوز للقضاء أو لباقي الخصوم التصدي لعلاقة ذوي الشأن بوكلائهم ما لم ينكر الموكل الوكالة، أما بالنسبة للوكالة في الحضور فإنه يتعين على المحكمة قبل قبول حضور الوكيل عن الخصم التثبت من قيام الوكالة الموثقة التي تخوله الحضور، وإلا اعتبر غائباً، ويكون أيضاً لباقي الخصوم التثبت من سلامة الحضور وإعمال الأثر الإجرائي المترتب على ذلك.

إذن، عدم جواز أن تتصدى المحكمة أو باقي الخصوم بالتعرض لعلاقة الخصوم بوكلائهم، قاصر فقط على الوكالة في التقاضي دون الوكالة في الحضور.

# الباب الثاني
# مقومات مهنة المحاماة
# (العلم والطريقة والخبرة)


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

العلم والطريقة والخبرة من أهم مقومات مهنة المحاماة، وبالقطع فإنه توجد مقومات أخرى، إلا أن هذه المقومات الأخرى يمكن أن تدخل في نطاق "الطريقة" باعتبار أن الطريقة قوامها النشاط الذي يبذله المحامي والوسائل التي يستعين بها والمنهج الذي يتبعه في توظيف "العلم" لخدمة قضيته، وهو ما يعتمد بدرجة كبيرة على الذكاء كقدرة عقلية عامة، والقدرات العقلية الخاصة أو المهارات، ومما لا شك فيه أن أية مقومات للمحاماة خلاف الثلاثة التي ذكرناها، إنما يمكن أن تلحق بمقوم "الطريقة" أو تتصل به أو تتفرع عنه باعتباره أصلاً لمقومات كثيرة.

العلم والطريقة والخبرة من أهم مقومات أية مهنة أخرى خلاف مهنة المحاماة، إلا أن هذه المقومات لها مضمون ومدلول في خصوص مهنة المحاماة، يختلف عن المهن الأخرى، وخاصة بالنسبة لمقوم "الطريقة".

فمهنة الطب مثلاً لا شك أنها تقوم على العلم والطريقة والخبرة، فتقوم هذه المهنة على العلم لأن الطب له أصوله والقواعد العلمية المستقرة، وهي تقوم على الطريقة باعتبار أن ممارسة المهنة تعتمد على قدرات واستعداد الطبيب ومهاراته الخاصة والتي تختلف من طبيب لآخر، كما أنها تعتمد على الخبرة، لكون الخبرة تعني التراكم الكمي والكيفي من حيث الممارسة سواء التراكم من حيث كم العمليات التي يقوم بها الطبيب وما يعرض عليه من حالات مرضية متنوعة، أو من حيث التراكم العلمي بالاطلاع على الموسوعات العلمية والنظريات الطبية الحديثة في كل بلدان العالم.

ومهنة الهندسة كذلك تقوم على العلم والطريقة والخبرة بذات المفاهيم السابقة، وباعتبار أن الهندسة علم له أصوله وقواعده ومدارسه العلمية، كما أن الهندسة في ممارستها تعتمد على ذكاء المهندس وقدراته واستعداداته الخاصة، وتعتمد أيضاً على ما تراكم لديه من خبرة من خلال مدة الممارسة.

إلا أن ماهية ومضمون هذه المقومات يختلف باختلاف المهن، وعلى وجه الخصوص بالنسبة لمهنة المحاماة، ففضلاً عن اختلاف ماهية العلم من جهة إلى أخرى باعتبار أن العلم هو مجموعة القواعد والأصول التي تقوم عليها المهنة وهي تختلف من مهنة إلى أخرى، فالقواعد القانونية التي تقوم عليها مهنة المحاماة تختلف عن القواعد والأصول الطبية التي تقوم عليها مهنة الطب، والكل يختلف عن القواعد والأصول الهندسية التي تقوم عليها مهنة الهندسة.

فإن الاختلاف الأساسي بين مهنة المحاماة والمهن الأخرى يكمن في "الطريقة" باعتبار أن الطريقة تتعلق بالنشاط المبذول والأساليب المستعملة في أداء العمل والمنهج المتبع في تأدية المهام المطلوبة، وباعتبار أن المحاماة تتطلب مهارات وقدرات خاصة قد لا تتطلبها المهن الأخرى، والأساس في ذلك أن المحاماة هي "مهنة المواجهة أو المجابهة" وهي خاصية لا تتوافر لأية مهنة أخرى.

**فالمحامي يفرض عليه مستويان من المواجهة أو المجابهة.**

أحدهما: المواجهة مع الخصوم، وتلك مواجهة حقيقية لاختلاف المصالح، وهو ما يكون من شأنه أن يتسم النزاع بنوع من الصراع الفكري والثقافي، ويحاول كل طرف الانتصار على الطرف الآخر بأن يكسب القضية محل النزاع.

والثاني: المواجهة مع القاضي، وتلك ليست مواجهة صراع أو تحد، ولكنها مواجهة قوامها استظهار الحقيقة وخاصة كما يراها المحامي الذي يحاول بكل الأساليب المحترمة وذات القيمة في تأييد ما يطلبه موكله، ومن ثم فإن هذه المواجهة تقوم على الثقة المتبادلة وحسن الظن وباعتبار أن المحامي منوط به شرح قضيته وأسانيد دفاعه، والقاضي هو صاحب الكلمة الأخيرة في حسم النزاع.

إن خصيصة "المواجهة" لا تتوافر لأية مهنة من المهن الأخرى خلاف مهنة المحاماة، فالطبيب مثلاً يؤدي عمله محصناً ضد أية مواجهة، فهو والمريض ولا طرف ثالث أو رابع.. وكذلك المهندس لا يوجد أي نوع من المواجهة في عمله، والأمر نفسه بالنسبة لأية مهنة أخرى.

**المواجهة تفرض على المحامي أعباء تحتاج إلى قدرات خاصة:**

إن حالة المواجهة سواء بين المحامي وخصمه، أو بين المحامي والمحكمة وفي حدود المفهوم الذي سلف بيانه، تفرض على المحامي أن يكون مزوداً بقدرات خاصة من ناحية القدرة على الجدل والحوار والقدرة على الاقناع وتفنيد آراء الغير والرد عليها بأدلة مقنعة، والقدرة على اختيار البدائل بسرعة، فإذا كان يبدي دفاعاً واستظهر أن هذا الدفاع لن يسعفه في تحقيق طلباته، ينتقل إلى دفاع آخر، وهناك قدرات خاصة متعددة ومتنوعة يجب أن يتزود بها المحامي حتى تحسم المواجهة في صالحه، ولا مجال هنا للخوض في تفاصيل هذه القدرات الخاصة، لأن بعضها طبيعي أو فطري في الإنسان، وبعضها مكتسب من الممارسة والخبرة، وجميع

القدرات الخاصة يمكن تنميتها وتقويتها حتى تصبح مهارات خاصة تميز محام عن آخر.

ويلزم لـذلك، أن نبـين ماهيـة مقومـات مهنـة المحامـاة، فنبـدأ ببيـان تعريـف "العلـم" ثـم نسـتخلص بعـض الحقـائق التـي وردت بـالتعريف، والأمـر نفسـه، فنعـرف "الطريقـة" ثـم نستخلص الحقائق التي وردت بالتعريف الذي نورده، ثم أخيراً نعـرف "الخـبرة" ونسـتخلص عناصرها، وما يتصل بها من حقائق أو معطيات.

**ونقسم هذا الباب إلى فصلين:**

- الفصل الأول: مقومات مهنة المحاماة بوجه عام (العلم والطريقة والخبرة).
- الفصل الثاني:العلـم والطريقـة والخـبرة في خصـوص أعـمال المحامـاة في مجـال القضايا الجنائية.

# الفصل الأول

## مقومات مهنة المحاماة بوجه عام

## (العلم والطريقة والخبرة)

- المبحث الأول : المقوم الأول ( العلم ) وهو المقوم الأكاديمي.
- المبحث الثاني: المقوم الثاني ( الطريقة ) وهو المقوم الفني أو المنهجي.
- المبحث الثالث: المقوم الثالث ( الخبرة ) وهو المقوم العملي والتراكمي.
- المبحث الرابع : العلم والطريقة والخبرة هي مقومات ( الإنسان ) الذي كرمه الـلـه وشرفه بالخلافة في الأرض.

# المبحث الأول

## المقوم الأول

## العلم أهم مقومات مهنة المحاماة

## (المقوم الأكاديمي لمهنة المحاماة)

العلم هو الركن الأكاديمي الذي تقوم عليه مهنة المحاماة، ويقصد به "مجموعة القواعد والمعلومات أو المعارف القانونية بصفة خاصة أو غير القانونية بصفة عامة والتي يجب أن يتزود بها المحامي، ما اتصل منها بالشروط والمقومات الموضوعية للحقوق أو المصالح أو المراكز القانونية محل النزاع بين الخصوم، أو ما اتصل بالشروط والمقومات الإجرائية الخاصة بوسائل الحماية القضائية والحكم المنهي للنزاع. وباعتبار أن هذه القواعد والمعلومات أو المعارف هي ما تقوم وتعتمد عليه كل أعمال المحاماة في تطبيقاتها المتنوعة بلا حدود، سواء منها ما يطلب فيه مجرد الرأي القانوني من المحامي، أو ما يطلب فيه تمثيل الخصم أمام المحاكم أو أية جهة قضائية أو غير قضائية لعرض دفاع موكله وطلباته والرد على مزاعم ودفاع خصمه موثقاً ومؤيداً ما يقدمه أو يعرضه المحامي بأدلة وأسانيد قانونية وواقعية متنوعة، بقصد التأثير في قناعة المحكمة أو الجهة القضائية أو غير القضائية المعروض أمامها النزاع ووصولاً للحكم بطلبات الموكل وحسم النزاع لصالحه".

**الحقائق المستخلصة من التعريف:**

يمكن أن نستخلص من تعريف العلم كأحد مقومات مهنة المحاماة الحقائق التالية:

**الحقيقة الأولى:**

أن العلم هو الركن الأكاديمي أو القاعدي الذي تقوم عليه مهنة المحاماة وكل ما يؤديه المحامي من أعمال، فكل خطواته وما يقوم به من إجراءات محكومة بقواعد علمية مقننة، وهذه القواعد لا غنى عنها بل هي ضرورية ضرورة الماء والهواء للحياة.

**الحقيقة الثانية:**

أن العلم هو في حقيقة وواقع الأمر مجموعة من القواعد والمعلومات أو المعارف أيا كان مصدرها، فقد تكون هذه القواعد أو المعلومات والمعارف قانونية وهذا هو الأهم والأولى أن يتزود به المحامي، وقد تكون غير قانونية أي تابعة لعلوم أخرى سواء أكانت علوم طبيعية مثل الفيزياء أو علوم اجتماعية مثل التاريخ والاجتماع أو غيرها.

والعلوم القانونية متنوعة من حيث موضوعاتها أو من حيث طبيعتها، ومن أهم القوانين التي يتعامل معها المحامي، القانون المدني والقانون التجاري والقانون الجنائي وقانون الأحوال الشخصية والقوانين الاقتصادية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإثبات، وقانون الإجراءات الجنائية وغيرها.

ويلزم أن يكون المحامي على علم كافٍ بهذه القوانين، وبدون القدر الكافي من العلم بها فإنه لا يمكن أن يمارس أعمال المحاماة، فالقواعد القانونية هي التي تتضمن الحلول الصحيحة لكل المشاكل والنزاعات التي تعرض على المحامي، وبدون معرفة هذه القواعد فإن المحامي يضل الطريق تماماً، ويكون مثل غيره من عامة الناس الذين يلجأون إليه أملاً في إيجاد الحلول والحصول على الحقوق الضائعة، وسوف نزيد هذه الحقيقة وضوحاً وتفصيلاً في موضع قادم.

والمحامي في قيامه بعمله في حاجة إلى علوم أخرى خلاف العلوم القانونية، مثل علم النفس، وعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد والتاريخ وغيرها، فالقانون هو العلم الذي تخصص فيه المحامي، وفوق ذلك توجد علوم الثقافة التي يجب أن يتزود منها المحامي بالقدر الذي يعينه على أداء رسالته بدرجة عالية من الإتقان والجودة وذلك ليكون متميزاً عن غيره من أقرانه.

**الحقيقة الثالثة:**

إن مجموعة القواعد القانونية التي يجب أن يعلم ويتزود بها المحامي على نوعين، النوع الأول قواعد موضوعية والنوع الثاني قواعد إجرائية ولابد أن يكون المحامي على علم تام بنوعي القواعد.

فأما عن القواعد القانونية الموضوعية فإنها ترد في النصوص القانونية لتبين الشروط أو الموضوعات الموضوعية للحق أو المصلحة وبحيث إذا طالب شخص

بحق ما أو طلب حماية مصلحة ما، فإنه يلزم أن تتوافر لهذا الشخص الشروط التي تطلبها المشرع في الحق المطالب به أو المصلحة المراد حمايتها.

فعلى سبيل المثال لو أن شخصاً كان يحوز منزلاً، وحدث أن تعدى عليه شخص آخر وطرده من هذا المنزل واغتصب هو الحيازة، فلو أراد الشخص الذي اعتدى على حيازته الالتجاء إلى القضاء، ففي هذه الحالة يجب الرجوع إلى نصوص القانون التي تقرر الشروط الموضوعية للحقوق، وهي في هذه الحالة نص المادتين 958، 959 من القانون المدني، فضلاً عن نص المادة 949 من القانون ذاته، ولقد أوردت هذه النصوص الشروط الآتية:

(1) أن تكون حيازة الشخص المعتدى عليه للمنزل قبل الاعتداء على حيازته، حيازة قانونية هادئة ظاهرة.

(2) أن يطلب هذا الشخص رد الحيازة إليه قبل مرور سنة على فقدها.

فالمهم أن يكون المحامي على علم بالقواعد القانونية الخاصة بمسألة استرداد الحيازة كما هي واردة في القانون المدني، وذلك سواء أكان المحامي عن المدعي، فإنه لابد أن يعلم بهذه القواعد قبل رفع الدعوى، حتى يقوم بإعداد الصحيفة ويضمن هذه الصحيفة كل ما يؤيد أنه صاحب حق في الحيازة وأن المدعى عليه هو المعتدى الذي اغتصب حيازته.

والأمر ذاته، بالنسبة للمحامي الذي يمثل المدعى عليه فإنه يلزم كذلك وحتى يقدم دفاعه في الدعوى أن يكون على علم بالشروط التي وردت في نصوص القانون السابق بيانها ليعد دفاعه في ضوء ما يتبين له، فقد يكون قد مضى أكثر من سنة على فقد الحيازة، وهنا يمكن أن يدفع محامي المدعى عليه بسقوط الحق في رفع الدعوى.

ومثال القواعد الموضوعية أيضاً، حالة أن يريد شخص رفع دعوى على آخر بطلب عقار بالشفعة، فهنا يلزم أن تتوافر لطالب الشفعة الشروط التي استلزمها المشرع للأخذ بالشفعة، ومن ثم يلزم معرفة الشروط التي وردت في القانون وهي تلك الواردة في المادة 935 وما بعدها من القانون المدني، إذ يلزم أن يتوافر للمدعي كل الشروط التي تطلبها القانون بطلب الشفعة، فإذا تخلف أي من هذه الشروط فلا يصح الأخذ بالشفعة وسوف يقضي برفض أو عدم قبول الدعوى.

والأمر نفسه بالنسبة لمحامي المدعى عليه إذ يلزم أن يكون عالماً بشروط الأخذ بالشفعة، حتى يمكن الرد على الدعوى، فقد يتبين له عدم توافر هذه الشروط... وهكذا.

وأما عن القواعد القانونية الإجرائية فهي القواعد الخاصة بالوسائل التي عن طريقها يحصل الشخص على حقه عن طريق الالتجاء إلى القضاء والإجراءات التي تمر أو تخضع لها هذه الوسائل، وأهم هذه الوسائل الدعوى أو أمر الأداء أو الأمر على عريضة.. إلى غير ذلك.

وهذا النوع من القواعد ورد في قانون المرافعات المدينة المدنية والتجارية، حيث ورد القواعد القانونية التي تنظم إعداد صحيفة الدعوى وقيدها والحضور أمام المحكمة والمرافعة والحكم في الدعوى، والطعن في الأحكام، وقواعد وإجراءات التنفيذ، ويلزم أن يعلم المحامي بكل هذه القواعد، سواء أكان المحامي يمثل المدعي أو يمثل المدعى عليه، وسوف نورد تفاصيل أكثر لهذه المسألة في موضع قادم.

**الحقيقة الرابعة:**

أن كل أعمال المحاماة المتنوعة وغير المحدودة تقوم وتعتمد على القواعد القانونية سواء الموضوعية أو الإجرائية.

**فقد أشار التعريف إلى أن أعمال المحاماة متعددة تعدداً لا حصر له، وأن كل هذه الأعمال تقوم وتعتمد على نوعي القواعد القانونية، ولقد أشار التعريف إلى بعض أعمال المحاماة فذكر منها:**

1 – ما يطلب فيه مجرد الرأي من المحامي، وفي هذه إشارة إلى الاستشارات القانونية باعتبارها عملاً من أعمال المحاماة.

2 – ما يطلب فيه تمثيل الخصم أمام المحاكم وذلك إشارة على التقاضي أمام أية درجات من درجات التقاضي وأمام أية محكمة من المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها.

3 – تمثيل الخصم أمام أية جهة قضائية أو غير قضائية، وفي ذلك إشارة إلى أن أعمال المحاماة لا تقف فقط عند حد تمثيل الخصوم أمام المحاكم، ولكنها تمتد أيضاً لتشمل تمثيلهم أمام أية جهة قضائية أو غير قضائية مثل النيابة العامة أو خبراء وزارة العدل أو الشهر العقاري أو مراكز الشرطة أو التأمينات الاجتماعية

أو أية مصلحة حكومية أخرى، والمحامي وفي قيام بكل أعمال مهنة المحامي يلزم أن يكون ملماً بالقواعد القانونية التي تؤهله لما يقوم به من أعمال أو إجراءات.

**الحقيقة الخامسة:**

أن العلم بالقواعد القانونية الموضوعية والإجرائية ضروري لكل محام، سواء أكان ممثلاً للمدعي أو ممثلاً للمدعى عليه، فإذا كان يمثل المدعي فهو يقوم مثلاً بإعداد صحيفة الدعوى، أو إعداد مذكرة أو طلب يقدمه لأية جهة قضائية أو غير قضائية، وفي كل هذه الأحوال لابد أن يكون المحامي على علم بالقواعد القانونية – على الأقل – المتصلة بالعمل أو الإجراء الذي يؤديه، والأمر ذاته بالنسبة لمحامي المدعى عليه، فإنه يقوم بالرد على صحيفة الدعوى ويحاول الرد على ما قدمه المدعي من أدلة وأسانيد حتى لا يقضي له بما يطلبه، وكل ذلك يستوجب أن يكون المحامي على دراية كاملة وكافية بالقواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

**الحقيقة السادسة:**

أن ما يقوم به المحامي من أعمال سواء بالنسبة للاستشارات القانونية أو إعداد صحف الدعاوى والطعون أو مذكرات الدفاع يلزم أن يكون موثقاً ومؤيداً بأنواع ثلاثة من الأسانيد:

(1) الأسانيد القانونية، وهي عبارة عن القواعد القانونية التي يستند إليها المحامي في تأييد دفاعه أو دفاعه الذي يقدمه حتى يكون جديراً بثقة واحترام المحكمة.

(2) الأسانيد القضائية، وهي عبارة عن أحكام محكمة النقض التي صدرت في قضايا مماثلة أو مشابهة للقضية محل النزاع، ويقدم المحامي بعض الأحكام باعتبارها سوابق قضائية تؤيد دفاعه ووجهة نظره، وباعتبار أن أحكام النقض لها قوة إلزام أدبية لدى كافة درجات المحاكم الأخرى.

(3) الأسانيد الفقهية، ويقصد بها آراء الفقه في بعض المسائل التي يثيرها موضع الدعوى إن كان ذلك ضرورياً وفي بعض الحالات.

**الحقيقة السابعة:**

إن تأييد المحامي وتوثيق ما يقدمه من دفاع ودفوع بأدلة وأسانيد قانونية وقضائية وفقهية متعددة له بالغ الأثر على القوة الاقناعية لما يقدمه، وهو يدل بيقين

على جدية المحامي في دفاعه وإيمانه بالحق الذي يتولى الدفاع، وهو بدوره يكون له نتيجة شبه مؤكدة في التأثير على قناعة المحكمة واعتقادها بصحة الدفاع المقدم المحامي وبأن طلباته تقوم على سند من القانون والواقع، فتقضي له بطلباته، وبذلك يحقق الغاية المنشودة.

العلم إذن، هو المقوم الأساسي من مقومات مهنة المحاماة، ولا محاماة بدون علم، فالعلم يعني القانون، والمحاماة هي في حقيقة الأمر دفاع ودفوع وطلبات وهذه جميعها يحددها وينظمها ويحكمها القانون، ومن ثم فلا يتصور أن يمارس المحاماة من يجهل القانون أو حتى من لا يعلم بقواعده العلم الكافي.

ولابد بجانب العلم بالقانون أن يتوافر لدى المحامي الاستعداد والقدرات الخاصة التي تؤهله باقتدار لتوظيف العلم في خدمة قضية، وهو ما نطلق عليه "الطريقة" وهي المقوم الثاني المهم من مقومات مهنة المحاماة.

ولابد كذلك بجانب كل من "العلم" و "الطريقة" أن تتوافر الخبرة وتعني الممارسة العملية لمهنة المحاماة، فالخبرة لذلك هي المقوم الثالث من مقومات مهنة المحاماة، والخبرة تعني التراكم الكمي والكيفي للعلم وسائل توظيفه لصالح ما يقوم به المحامي من أعمال، بحيث يتوافر لدى المحامي كم وفير من المعارف القانونية والوسائل والأدوات المستخدمة في تأدية الأعمال المنوط بالمحامي القيام بها.

**لا يعيب المحامي أنه أكاديمي:**

يحاول بعض المحامين بسوء نية أن يطلق على أساتذة الجامعات أو المتعمقين في دراسة القانون أنه "أكاديمي" أي أنه رجل دارس وعلى علم ولكنه ليس محامياً بمعنى الكلمة.

وهذا القول فيه من الفساد والظلم بل والجهل بحقيقة المحاماة ما لا يخفى على كل محام منصف، فليس عيباً أن يكون المحامي أستاذ قانون يقوم بالتدريس في أية جامعة، وليس عيباً أن يكون المحامي حاصلاً على درجة الدكتوراه في القانون، فالتعمق في التخصص هو أصلاً ميزة ترجح جانب من تتوافر فيه، كالجهل فإنه نقيصه تشين من ينسب إليه.

فالأكاديمية أو العلم هو مقوم ضروري وحيوي من المقومات التي تعتمد عليها مهنة المحاماة، وبدون العلم بالقانون لا يمكن أن يمارس المحامي أعمال المحاماة، فكيف يتصور أن يمارس محام المهنة بدون علم!!

إلا أنه وفي الوقت ذاته ومع توافر العلم وغزارته يجب أن تتوافر بقية المقومات الأخرى ومنها الطريقة – كما سيأتي – ومنها كذلك الخبرة، فالمحامي الكامل هو من توافرت لديه المقومات الثلاثة. العلم والطريقة والخبرة، ومن لم تتوافر لديه أي من هذه المقومات، فهو محام غير كامل، ومن الممكن أن يكون من الأفضل إلا يطلق عليه "محام".

## المبحث الثاني

## المقوم الثاني

## الطريقة كأحد مقومات مهنة المحاماة

## (المقوم الفني والمنهجي)

الطريقة هي أحد أهم مقومات مهنة المحاماة، ويقصد بها "النشاط الذي يبذله المحامي ومجموعة الأساليب والمنهج الذي يتبعه في توظيف العلم وفق ما يهديه إليه ذكاؤه وما تسعفه به موهبته وقدراته الخاصة لاستخدام الأدوات القانونية والمنطقية المقررة أو المتاحة والتي ترشده إليها وقائع القضية التي يمثل فيها موكله وما يستخلصه من حقائق ومعطيات ثابتة بملف القضية، وذلك سواء في مرحلة إعداد وتحضير الدفاع، أو خلال الحضور أمام المحكمة للمرافعة وتقديم ما أعده من دفاع، بقصد التأثير في قناعة المحكمة بما يبديه من أدلة وأسانيد قانونية وقضائية وفقهية لتأكيد أنه هو صاحب الحق أو المصلحة محل النزاع، مفنداً دفاع خصمه بما يؤهل المحكمة لأن تقضي له بطلباته".

**الحقائق المستخلصة من التعريف:**

لقد انطوى تعريف "الطريقة" باعتبارها من أهم مقومات مهنة المحاماة على بعض الحقائق نذكر منها ما يأتي:

**الحقيقة الأولى:**

أن الطريقة هي نشاط ومجموعة أساليب ومنهج يتبعه المحامي باعتباره ممثلاً لأحد الخصوم.

**الحقيقة الثانية:**

أن الطريقة هي في الأصل وسيلة المحامي إلى توظيف العلم المتوافر لديه في خدمة القضية التي يمثل موكله فيها، وسواء أكان هذا العلم متصلاً بالقواعد القانونية الموضوعية أو بالقواعد القانونية الإجرائية أو بمعلومات ومعارف غير قانونية إلا أنها تخدم دفاعه في القضية.

**الحقيقة الثالثة:**

أن النشاط الذي يبذله المحامي والأساليب التي يتبعها لتوظيف العلم في خدمة القضية وما يقدمه من دفاع فيها، إنما يتوقف على ثلاثة عوامل مهمة:

الأول : الذكاء، والذكاء قدرة من القدرات العقلية العامة.

والثاني: القدرات الخاصة، التي يتمتع بها المحامي، فبجانب الذكاء كقدرة عامة يتمتع أي فرد ببعض القدرات الخاصة أو المهارات، ومن هذه القدرات ما يأتي:

أ – القدرة على التحصيل والتذكر والتخيل.

ب – القدرة على استرجاع المعلومات.

ج - القدرة على الحوار والجدل.

د – القدرة على الابتداع والابتكار.

وتوجد أنواع أخرى عديدة من القدرات الخاصة، والتي تختلف من شخص لآخر، فمن تتوافر لديه مثلاً القدرة على التحصيل والتذكر يكون أنجح من غيره ممن لا تتوافر له هذه القدرة وهكذا.

وكلما كان المحامي تتوافر لديه قدرات خاصة متعددة ومتنوعة مما هي لازمة وضرورية لإجادة أعمال المحاماة لا شك أنه يكون أفضل وأنجح من غيره ممن لا تتوافر فيه هذه القدرات، ولذلك، فإن قدرة المحامي على توظيف القواعد القانونية لخدمة قضيته، إنما تتوقف كثيراً على ما لدى المحامي من قدرات خاصة ومهارات، وهي بالطبع تختلف من محام لآخر، وبدرجات متفاوته.

إن ما نشاهده أو نسمع عنه من فروق فردية بين المحامين سببه الأساسي هو ما يتمتع به بعض المحامين من قدرات خاصة لا تتوافر لدى غيرهم، سواء أكان ذلك في مجال المرافعة الشفوية أو المكتوبة أو حتى بالنسبة للمقومات الشخصية بوجه عام.

والثالث: الموهبة، والموهبة هي عبارة عن مجموعة من القوى الفطرية الطبيعية الكامنة في روح وكيان الإنسان، فتشكل وتوجه نشاطه وترتقي بأدائه وممارساته وتطبعه على التميز والابتكار، ويصقلها العلم والمعرفة والخبرة، فتطبع صاحبها على التفرد وسمو المكانة وسعة وعمق ونقاء الشهرة.

**الحقيقة الرابعة:**

الطريقة تعني من بين ما تعني أن يستخدم المحامي الأدوات القانونية والمنطقية سواء التي حددها القانون أو تلك المتاحة أمامه وفق ما يستخلصه المحامي من حقائق ومعطيات مما هو مثبت بملف القضية، وهو ما يعني بل ويؤكد أن الوقائع المادية بما تشير إليه من حقائق ومعطيات هي التي ترشد وتوجه المحامي إلى ترشيح واختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على وقائع القضية، سواء أكان ذلك بالنسبة للقواعد القانونية الموضوعية أو القواعد القانونية الإجرائية.

إن ذلك يعني ضرورة أن يحدد المحامي الوقائع المهمة في القضية، ويفهمها جيداً لأن هذه الوقائع هي التي تحدد له القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وسوف نذكر أمثلة توضيحية عديدة لذلك.

**الحقيقة الخامسة:**

إن الطريقة كأحد أهم مقومات مهنة المحاماة تعاصر كل عمل من أعمال المحاماة في كل مراحله، سواء في مرحلة الإعداد والتحضير، أو مرحلة الحضور أمام المحكمة وتقديم الدفاع الشفوي أو المكتوب، في كل هذه المراحل لابد أن ينشط المحامي ويستخدم الأساليب والوسائل الكفيلة بأن يعلم بكل جوانب الموضوع الذي يمثل فيه موكله، وأن يحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على هذه الوقائع، وأن يعد ويحضر ردوداً على ما يقدمه خصمه من دفاع، ويظل نشاط المحامي واهتمامه مستمراً حتى صدور الحكم الفاصل في النزاع، وخلال كل درجات التقاضي المتاحة.

**الحقيقة السادسة:**

إن غاية النشاط الذي يبذله المحامي وكل ما يستعين به من وسائل هو خلق قناعة لدى المحكمة بأن ما يدافع عنه وما يطلبه هو الحق، وهو يؤكد ذلك بما يقدمه من أدلة وأسانيد قانونية وقضائية وفقهية متعددة لتثبيت هذه القناعة لدى المحكمة حتى تسايره فيما يطلبه.

إذن، الطريقة باعتبارها من أهم مقومات المحاماة قوامها القدرات الخاصة أو "الموهبة" باعتبار أن المحاماة فن، وهي ككل الفنون تستلزم "موهبة خاصة"، فليس كل إنسان يمكن أن يكون موسيقياً فناناً... فإن كل إنسان يمكنه أن يعزف، ولكن ليس كل عازف فنان، ومن ثم فقد أمكن أي شخص أن يكون محامياً، ولكن ليس كل محام فناناً.

**العلم والطريقة مقومان من مقومات المحاماة متلازمان ومتكاملان:**

مما تقدم، يتبين أن العلم هو المقوم الأساسي من مقومات مهنة المحاماة، ويصح القول بأن المحاماة لا تمارس ولا تستقيم بدون العلم، فالعلم هو الحقيقة وهو الجوهر، وأي عمل بدون جوهر هو عمل لا وجود له.

والطريقة موضوعها العلم وتنصب عليه لتوظفه وتحدد مكانه ودوره في خدمة العمل الذي يؤديه المحامي، والطريقة ليست مستقلة عن العلم، ولكنها تسير معه وبه جنباً إلى جنب، وإن كنا قد تكلمنا عن كل منهما على استقلال فإن هذا لمجرد الإيضاح فقط، لأنهما في حقيقة وواقع الأمر غير منفصلين بل إنهما متلازمان ومتكاملان، وسوف يتأكد ذلك ويتضح مما نورده في المواضع القادمة.

## المبحث الثالث

## المقوم الثالث

## الخبرة كأحد مقومات مهنة المحاماة

## (المقوم العملي التراكمي)

الخبرة كمقوم من مقومات مهنة المحاماة يقصد بها "تراكم كمي ونوعي من أعمال المحاماة التي مارسها المحامي خلال مدة معينة، وخبرة المحامي تكسب مهارات أوسع وأعمق وأشمل كلما طالت مدة الممارسة، وتشمل خبرة المحامي ما تراكم لديه من علم ومن أساليب توظيف العلم لخدمة الأعمال التي يقوم بها فضلاً عن تراكم الدراية والتدريب على نمط أو أنواع معينة من القضايا مما يسهل على المحامي التعامل مع هذه الأنواع بسهولة واتقان عن غيرها".

**الحقائق التي تضمنها التعريف:**

يمكن استخلاص بعض الحقائق التي وردت بالتعريف.

**الحقيقة الأولى:**

أن الخبرة موضوعها في الأصل هو التراكم سواء من حيث الأعمال أو نوعها.

**الحقيقة الثانية:**

أن الخبرة قوامها مدة الممارسة، فالمدة هي العنصر الرئيسي في الخبرة، ولذلك عندما نقول "الخبرة" فإننا نقصد ممارسة أعمال معينة خلال مدة معينة.

**الحقيقة الثالثة:**

أن الخبرة تعني اكتساب مهارات في العمل الذي يؤديه الشخص، وكلما زادت مدة ممارسة العمل وكم الأعمال التي يمارسها المحامي خلال مدة معينة، كلما زادت مهاراته في أداء الأعمال التي يقوم بها.

**الحقيقة الرابعة:**

إن ما يكتسبه المحامي من مهارات بسبب طول المدة التي يمارس فيها أعمال المحاماة يشمل ما يحصله من مبادئ ومعارف قانونية وكافة العلوم الأخرى، كما يشمل ما يتزود به من أساليب مناسبة يمكنه عن طريقها توظيف معلوماته في خدمة

ما يقوم به من أعمال، وهو ما يعني أن الخبرة التي يتزود بها المحامي تشمل عنصري العمل والطريقة معاً.

**الحقيقة الخامسة:**

أن الخبرة تتأثر بطبيعة الأعمال التي يؤديها المحامي، فإذا كان المحامي يمارس قضايا التعويضات بدرجة أكثر من غيرها من القضايا، أو يمارس قضايا تثبيت الملكية، أو قضايا الشفعة، أو القضايا العمالية، أو قضايا الشركات، فإن المحامي كلما زادت ممارسته لنوع معين من القضايا عن غيره كلما زادت خبرته في هذا النوع واكتسب مهارات عالية جعلته يقف على بعض خفايا هذا النوع من القضايا مما يخفى على غيره من المحامين الذين لم يمارسوا هذا النوع من القضايا بنفس الدرجة، ولذلك، فإن المحامي يسهل عليه ممارسة هذا النوع من القضايا ويحقق نتائج قد لا يحققها غيره من المحامين.

إذن، الخبرة تقوم على عنصرين:

الأول : هو مدة الممارسة في المهنة.

والثاني: هو كم ونوع أعمال المحاماة التي تمت ممارستها خلال مدة العمل.

والعنصر الثاني له أهمية ملحوظة في تراكم الخبرة، إذ قد يعوض هذا العنصر، عنصر المدة في كثير من الأحوال بالنسبة لبعض المحامين، فمن يزاول عدداً كبيراً من القضايا خلال مدة غير طويلة، قد يكون لديه خبرة أكبر من محام آخر لم يمارس هذا الكم من القضايا حتى من مدة أطول.

والعكس صحيح، فقد لا يمارس محام إلا عدداً ضئيلاً من القضايا في مدة طويلة، فتكون خبرة من مارس نفس عدد القضايا أو أكثر من مدة أقل، خبرة أطول وأعمق من الأول، وهكذا.

**الخلاصة إذن، أن المحاماة تعتمد على مقومات ثلاثة:**

(1) المحاماة تقوم على العلم.

(2) المحاماة تقوم على الطريقة.

(3) المحاماة تقوم على الخبرة.

والمحامي المرموق هو الذي تتوافر لديه المقومات الثلاثة، العلم والطريقة والخبرة، والمحامي الذي يفتقر إلى مقوم من المقومات الثلاثة هو محام غير مؤهل لممارسة أعمال المحاماة، وأما من لا يتوافر لديه "العلم" فلا يمكن أن يطلق عليه اسم "محام" حتى ولو كان مقيداً في جدول المحامي وأيا كانت درجة قيده، فغير العالم بالقانون يجب أن ينتسب إلى مهنة أخرى خلاف مهنة المحاماة.

## المبحث الرابع

## العلم والطريقة والخبرة هي مقومات ( الإنسان )

## الذي كرمه اللـه وشرفه بالخلافة في الأرض

خلصنا فيما تقدم إلى أن "العلم والطريقة والخبرة" هي مقومات التمييز والكفاءة في أداء أعمال مهنة المحاماة أو أية مهنة أخرى مع اعتبار الاختلافات الطبيعية بين قواعد وأصول كل مهنة من المهن.

ويمكننا الجزم كذلك بأن "العلم والطريقة والخبرة" هي مقومات "الإنسان" الذي كرمه اللـه بأن يكون خليفته في الأرض، ولا يمكن أن يكون الإنسان أهلاً للقيام بمقتضيات وتبعات هذه الخلافة إلا إذا كان مؤهلاً لإعمار الأرض وإصلاح كل ما فيها، والإنسان لذلك، هو وسيلة وأداة الإعمار والإصلاح، وهو في الوقت ذاته الغاية منه لكي يحي حياة طيبة هنيئة تسودها المحبة والتعاون والسلام.

والإشارة الواردة في القرآن الكريم إلى المقومات الثلاثة (العلم والطريقة والخبرة) تتميز بعدة خصائص هي:

**الخاصية الأولى:**

أن العلم والطريقة والخبرة هي مقومات الإنسان في مفهوم ومنطق القرآن الكريم، وهي أساس كمال "إنسانيته" وأسباب فاعليتها التي تعينه وتؤهله لحمل أعباء وتبعات الخلافة والقيام بها على الوجه الذي يرضى به عنها ربه، وحتى يكون جديراً بالتكريم الذي تلقاه من اللـه سبحانه وتعالى: (**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ**.....) [سورة الإسراء – الآية 70]. (**وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً** ..... )[سورة البقرة – الآية 30]

**الخاصية الثانية:**

أن الخطاب في القرآن الكريم عن العلم والطريقة والخبرة كمقومات للإنسان وأساس فاعليته في الحياة، خطاب عام ومطلق موجه إلى كافة "البشر"، فهو خطاب موجه للإنسان، أي إنسان وفي أي مكان أو زمان، وليس موجهاً إلى طائفة محددة أو فئة معينة أو قوم ما من الأقوام أو جنس من الأجناس، فهو توجيه لكل "الناس".

وفي ذلك يقول اللـه تعالى: (**وَلَقَدْ ضَرَبْنَا لِلنَّاسِ فِي هَـذَا الْقُـرْآنِ مِـن كُـلِّ مَثَـلٍ وَلَـئِن جِئْتَهُم بِآيَةٍ لَيَقُولَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ أَنتُمْ إِلَّا مُبْطِلُونَ**) (سورة الروم – الآية 58)، ويقول: (**يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ إِنَّ زَلْزَلَةَ السَّاعَةِ شَيْءٌ عَظِيمٌ**) (سورة الحج – الآية 1)، ويقول: (**هَـذَا بَصَائِرُ لِلنَّاسِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ**) (سورة الجاثية – الآية 20)، ويقول: (**لَقَدْ أَرْسَـلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّـاسُ بِالْقِسْـطِ وَأَنزَلْنَـا الْحَدِيـدَ فِيـهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللـهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُـلَهُ بِالْغَيْـبِ إِنَّ اللـهَ قَـوِيٌّ عَزِيـزٌ**) (سورة الحديد – الآية 25)، ويقول: (**لَوْ أَنزَلْنَا هَذَا الْقُرْآنَ عَلَى جَبَلٍ لَّرَأَيْتَهُ خَاشِـعًا مُّتَصَـدِّعًا مِّنْ خَشْيَةِ اللـهِ وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ**) (سـورة الحشر – الآيـة 21)، ويقول: (**نَذِيرًا لِّلْبَشَرِ**) (سورة المدثر – الآية 36)، ويقول: (**أَيَحْسَبُ الْإِنسَانُ أَن يُـتْرَكَ سُـدًى**) (سورة القيامة – الآية 36).

**الخاصية الثالثة:**

أن النص في القرآن الكريم على هذه المقومات الثلاثة قد جاء في أحوال كثيرة جامعاً بين أكثر مقوم، ولم يرد النص على كل مقوم على حدة إلا في بعض الأحوال، فمثلاً قد جمع القرآن في خطابه بين مقوم العلم ومقوم الخبرة في أحوال كثيرة، كما جمع بين مقوم العلم ومقوم الطريقة في أحوال أخرى.

وتتفق خطة القرآن الكريم في هذا الاتجاه مع طبيعة المقومات الثلاثة باعتبار أنها في واقع وحقيقة الأمر متصلة ومندمجة معاً ومتكاملة، وإن كنا قد تكلمنا عنها منفصلة فإن ذلك بغرض الإيضاح وتحديد ماهية ودور كل منها على حدة.

**أمثلة للحالات التي جمع فيها القرآن بين أكثر من مقوم في نفس الخطاب:**

(1) يقول اللـه تعالى في سورة القصص (**وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّـي لِسَـانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ**) (الآية 34) ، ففي هذه الآية إشارة إلى مقوم "الطريقة" بصفة أساسية باعتبار أن الطريقة تعني

المنهج في عرض ما يرغب الإنسان في توصيله للغير وقوة الحجة والبيان والمهارة في الحوار والجدل وما إلى ذلك.

وفي الوقت ذاته فإن عبارة "أفصح مني لساناً" فإنها فضلاً عن أنها تفيد قوة البيان والقدرة على الإقناع، فإنها تفيد أيضاً وفرة العلم والأدلة المقنعة التي يتزود بها المحاور، ومن ثم فإن الخطاب في هذه الآية قد جمع بين مقومي "الطريقة" و "العلم" معاً باعتبارهما مقومين متكاملين.

(2) يقول الله تعالى(**وَسَكَنتُمْ فِي مَسَاكِنِ الَّذِينَ ظَلَمُواْ أَنفُسَهُمْ وَتَبَيَّنَ لَكُمْ كَيْفَ فَعَلْنَا بِهِمْ وَضَرَبْنَا لَكُمُ الأَمْثَالَ**) (سورة إبراهيم – الآية 45).

ولقد جمع الخطاب في هذه الآية بين مقومي "الخبرة" و "العلم"، فالخبرة تتمثل في أحوال السابقين من الظلمة وآكلين حقوق الناس بالباطل، باعتبار أن تلك أمثلة حية ونماذج حقيقية يجب أن تكون عبرة لأولى الألباب، ومع ذلك ، فإن كثيراً من الناس لا يلقون بالاً لهذه النماذج الحقيقية ولا يقيسون مصائرهم على ما آل إليه معين هؤلاء.

وأما مقوم "العلم" الذي وردت الإشارة إليه في هذه الآية فيتمثل في هذه المعلومات والحقائق التي عرضتها الآية الكريمة عن أحوال هؤلاء الظالمين، وأهم هذه الحقائق ، أن الله تعالى قد نهى عن الظلم، وأن عاقبة الظلم وخيمة وأن عقابه أليم، وتلك حقائق قد أكدتها التجربة التي نقلت إلينا من أحوال الأمم السابقة.

(3) يقول سبحانه وتعالى: (**وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاء كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلاَئِكَةِ فَقَالَ أَنبِئُونِي بِأَسْمَاء هَؤُلاء إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ**) (سورة البقرة – الآية 31)، فالخطاب في هذه الآية تناول مقومي "العلم" و"الخبرة"، فمقوم "العلم" يتمثل في "المعلومات" و "البيانات" التي علمها الله سبحانه وتعالى لآدم عن "الأسماء" سواء أسماء البنات أو الطيور أو الحيوانات أو الجماد وكل ما في الكون من أشياء، فآدام هو أول من علم ونطق بهذه الأسماء، ويتمثل مقوم "الخبرة" في أن هذه المعرفة تساعد آدام وتفيده في حياته في التصرف على هذه الأشياء والتعبير عنها، وهو ما تم نقله إلى أجيال البشر وتناقلته تلك الأجيال منذ اللحظة التي تعلم فيها آدام وحتى هذه اللحظة وإلى أن يرث الله الأرض وما عليها.

(4) حيث الرسول عليه الصلاة والسلام الذي يحذرنا فيه من الدفاع عن الباطل ويؤكد فيه على حرمة قوة الحجة إذا كانت تهدف إلى أكل الحرام أو الحكم بغير الحق، فيقول صلى الله عليه وسلم "إنكم تختصمون إليَّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما اقتطع له قطعة من النار"[1].

ففي الحديث إشارة صريحة وأكيدة إلى أن قوة الحجة والقدرة على إقناع الآخرين، قد تصل إلى حد الإقناع بالباطل والحصول على حق هو للغير، وهو ما حذر منه الرسول عليه الصلاة والسلام.

والحديث الشريف يؤكد بيقين أهمية "الطريقة" أي المنهج والأسلوب الذي يستعين به الخصوم في الدفاع والتدليل على ثبوت دعواهم، أو دفع هذه الدعوى، وهو ما يوجب على الإنسان عموماً والمحامي بصفة خاصة أن يتحرى سبيل العدل ولا يحيد عنه قيد أنمله حتى لا يؤدي عمله إلى أكل أموال الناس بالباطل أو إفلات القتلة والمجرمين من إعمال حكم القانون والشرع، فيكون بعمله هذا معيناً على الفساد ومشجعاً للمفسرين والمجرمين.

**أمثلة لحالات ورد فيها الخطاب القرآني خاصاً بمقوم واحد سواء "العلم" أو "الخبرة" أو "الطريقة" كل على حدة.**

**أولاً : نصوص بشأن مقوم "العلم":**

ورد في القرآن الكريم كثير من الآيات بشأن مقوم "العلم" ونذكر منها ما يأتي:

(1) قوله تعالى في سورة الحج: (**وَمِنَ النَّاسِ مَن يُجَادِلُ فِي اللهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُّنِيرٍ**) (الآية 8) .

فالآية الكريمة تخص من يتصدى للجدل أن يكون عالماً بحدود وقواعد وأحكام الموضوع الذي يتجادل فيه، وباعتبار أن الجدل يعني المحاجة والمناقشة بين

(1) سبل السلام للصنعاني ، جـ4 ص 121.

أشخاص لهم آراء مختلفة لا يسلم أحدهم برأي الآخر، فالجدل من ثم هو فن الحوار في سبيل الوصول إلى الحقيقة.

إذن ، العلم المادة الأولية التي يقيم منها الشخص المجادل بنيان ما يبديه من آراء أو أحكام، فماذا يكون الحال إذا كان المجادل فارغ الفكر مظلم العقل أعمى البصيرة وهو يكون كذلك إذا كان لا يعلم ويجادل بغير علم، ومن ثم فإن المجادلة بغير علم أمر مستهجن لا يتفق مع طبيعة الجدل أو غايته.

(2) قوله تعالى في سورة لقمان: (**وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لِابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ**) (الآية 13) .

فوصايا لقمان لابنه التي بدأها في هذه الآية بأول وصية وهي "عدم الشرك بالله" وأن الشركة تظلم عظيم، ثم التوصية بالوالدين، وإقامة الصلاة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والصبر على المكاره إلى آخر ما جاء في الوصايا، وكلها عبارة عن معلومات وحقائق وآداب يجب أن يقف عليها كل إنسان في أي مكان أو عصر فهي لازمة للإقتداء بها والعمل بمقتضاها في أية جماعة من الجماعات.

(3) قوله تعالى : (....**إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاء إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ**) (سورة فاطر - الآية 28)، فالآية صريحة الدلالة على مكانة العلماء عند الله سبحانه وتعالى ، والعلم المقصود في هذا المعنى هو علم الدين وعلم الدين أي سواء العلوم الشرعية أو العلوم الطبيعية أو الوضعية، طالما أنها تفيد البشرية وأن من شأنها إصلاح الأرض وعمارة الكون وتسهيل حياة الناس وتيسيرها.

**ثانياً: نصوص بشأن مقوم "الخبرة":**

قوله تعالى : (**وَعَادًا وَثَمُودَ وَقَد تَّبَيَّنَ لَكُم مِّن مَّسَاكِنِهِمْ وَزَيَّنَ لَهُمُ الشَّيْطَانُ أَعْمَالَهُمْ فَصَدَّهُمْ عَنِ السَّبِيلِ وَكَانُوا مُسْتَبْصِرِينَ**) (سورة العنكبوت – الآية 38).

وقوله تعالى في السورة ذاتها: (**وَقَارُونَ وَفِرْعَوْنَ وَهَامَانَ وَلَقَدْ جَاءهُم مُّوسَى بِالْبَيِّنَاتِ فَاسْتَكْبَرُوا فِي الْأَرْضِ وَمَا كَانُوا سَابِقِينَ {39/29} فَكُلًّا أَخَذْنَا بِذَنبِهِ فَمِنْهُم مَّنْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِ حَاصِبًا وَمِنْهُم مَّنْ أَخَذَتْهُ الصَّيْحَةُ وَمِنْهُم مَّنْ خَسَفْنَا بِهِ الْأَرْضَ وَمِنْهُم مَّنْ أَغْرَقْنَا وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيَظْلِمَهُمْ وَلَكِن كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ**) (الآية 39 ، 40) .

فقد أطلعنا القرآن الكريم من خلال هذه الآيات على ما آلت إليه أحوال الأمم السابقة الذين تحدوا الرسل واتبعوا سبيل الشيطان الذي صدهم عن سبيل الحق والرشاد وبغوا واستكبروا في الأرض ، فكانت لهم أسوأ العواقب.

وتلك أخبار مؤكدة وموثقة لنا فيها العبرة والعظة فيجب أن نفتح لها قلوبنا ونستفيد منها، ولنكون عند حسن ظن ربنا بنا ونقوم بموجبات الخلافة كما أرادها الله سبحانه وتعالى.

**الخاصية الرابعة:**

إن عرض القرآن الكريم ما يتعلق بمقوم "الخبرة" هو من قبيل تجارب وخبرات الآخرين أو "أحوال الأمم السابقة" فمن المعلوم أن الخبرة تكتسب عن إحدى وسيلتين أو عن طريق الوسيلتين معاً:

الأولى : أن يمارس الشخص بذاته العمل الذي يكسبه الخبرة، أو يمر بموقف جديد يمثل خبرة جديدة تضاف إلى خبراته السابقة، وهذه الوسيلة قوامها الممارسة الفعليه الذاتية للإنسان.

والثانية: ألا يمارس الشخص العمل أو الأعمال التي يمكن أن تكسبه جبرة جديدة أو لا يمر بموقف من هذا القبيل، إلا أنه يطلع على ممارسات غيره من الناس وما مروا به من مواقف ، وبهذه الوسيلة كذلك يكتسب الخبرة بشرط أن يستوعب التجارب والمواقف التي يطلع عليها ويستخلص منها العظات والعبر الممكنة.

ومن الملاحظ أن الخبرات الواردة في القرآن الكريم هي من واقع ممارسات الأمم والجماعات السابقة الذين لم يستجيبوا لدعوات الرسل وعاثوا فساداً في الأرض، ومن ثم فقد أخذهم الله بذنوبهم، وهي خبرات عرضها القرآن الكريم

للعبرة والعلم وإنارة طريق الهداية والاستقامة، وذلك نوع من الإنذار المبكر والتحذير لمن له بصر وبصيرة.

ومن قبيل ذلك قوله تعالى في سورة يوسف: (**لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِّأُوْلِي الأَلْبَابِ مَا كَانَ حَدِيثًا يُفْتَرَى وَلَكِن تَصْدِيقَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلَّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ**) (الآية 111) .

ولقد أشارت الآية الكريمة إلى أن القصص القرآني إنما غايته "العبرة" والعظة، وهو ما يعني أنها تجارب سابقة عرض القرآن فيها أحوال الأمم السابقة وموقفهم من الرسل وعنادهم وتكبرهم ... وهي تجارب كاملة تتضمن خبرات حية يجب أن يستوعبها البشر حتى ينخرطوا في طريق الهداية والرشاد وطاعة أوامر الله ليفوزوا بالدنيا ويتجنبوا عذاب الآخرة.

ومن قبيل "الخبرة" المكتسبة من أحوال الأمم السابقة ما أشار إليه قوله تعالى في سورة "غافر": (**أَوَ لَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ كَانُوا مِن قَبْلِهِمْ كَانُوا هُمْ أَشَدَّ مِنْهُمْ قُوَّةً وَآثَارًا فِي الْأَرْضِ فَأَخَذَهُمُ اللهُ بِذُنُوبِهِمْ وَمَا كَانَ لَهُم مِّنَ اللهِ مِن وَاقٍ**) (الآية 21).

وقوله تعالى في السورة ذاتها : (**وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ مِنْهُم مَّن قَصَصْنَا عَلَيْكَ وَمِنْهُم مَّن لَّمْ نَقْصُصْ عَلَيْكَ وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللهِ فَإِذَا جَاء أَمْرُ اللهِ قُضِيَ بِالْحَقِّ وَخَسِرَ هُنَالِكَ الْمُبْطِلُونَ**) (سورة غافر – الآية 78).

ومن قبيل ذلك أيضاً قوله تعالى : (**أَوَلَمْ يَهْدِ لَهُمْ كَمْ أَهْلَكْنَا مِن قَبْلِهِم مِّنَ الْقُرُونِ يَمْشُونَ فِي مَسَاكِنِهِمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ أَفَلَا يَسْمَعُونَ**) (سورة السجدة – الآية 26).

فكل هذه الآيات تعرض "خبرات" وأحوال الأمم السابقة وموقفهم المتعنت من الدعوة إلى الحق وسبيل الرشاد، بل ومحاربهم الرسل وقتلهم الأنبياء، فكان الهلاك هو العاقبة الطبيعية والعقاب العادل.

ويعرض القرآن الكريم هذه القصص بما تحويه من تجارب وخبرات وذلك للاهتداء والعظة وتجنب ما كان عليه هؤلاء مما أدى بهم الهلاك وسوء العاقبة.

**ثالثاً : نصوص بشأن مقوم "الطريقة":**

(1) قوله تعالى: (**اذْهَبَا إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى {43/20} فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى**) (سورة طه – الآيتان 43 ، 44)، فالخطاب في الآيتين الكريمتين فيه دلالة واضحة على أهمية "الطريقة" أو منهج عرض الرأي أو طرح وجهة النظر والأسلوب المؤثر الذي من شأنه نجاح العمل، فمع أن فرعون قط طغى وتكبر، فقد أمر موسى وأخيه أو يتعاملا معه بمنطق "اللين" فقد يكون هذا المنطق التأثير في نفس فرعون فيتذكر أو يخشى.

وقد يقول قائل أن منطق "اللين" لا يجدي مع فرعون بما عرف عنه من تكبر وعنت وغرور ، فيكون الأسلوب المناسب للتعامل معه هو الشدة والغلظة، إلا أن منطق الرسل يختلف عن منطق سائر البشر، ومنهج الرسل يختلف عن غيرهم ، ومن هنا كان التوجيه الصادر إلى موسى وأخيه التعامل باللين مع فرعون "فقولا له قولاً لينا لعله يتذكر أو يخشى" وهذه الآية بهذا التوجيه تدل دلالة قاطعة على أهمية "الطريقة" أو المنهج الصحيح في عرض الأدلة والأسانيد المؤيدة لوجهة النظر أو للطلب الذي يبديه الشخص ، وبالقطع وكما سلف البيان فإن الطريقة أو المنهج تختلف من شخص لآخر باعتبارها تعتمد على القدرات الذاتية للشخص وما هو مطبوع عليه من مهارات أو مواهب.

(2) قوله تعالى : (**وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ**) (سورة القصص – الآية 34)

ففي قوله تعالى: (**هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا**) تدل بيقين على أهمية "الطريقة" أو "المنهج" في عرض الرأي أو الحجة وأثر ذلك في الوصول إلى الغاية المنشودة، وهو ما يختلف فيه الأشخاص وتظهر فيه الفروق الفردية بينهم

بحسب ما لدى كل منهم من قدرات أو ملكات خاصة ومواهب ، بعضها فطري، والآخر مكتسب .

الخلاصة إذن، أن "العلم والطريقة والخبرة" ليست مقومات التميز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة فحسب، ولكنها كذلك مقومات "الإنسان" الذي كرمه الله بالخلافة في الأرض، ولكي يكون هذا الإنسان أهلاً للقيام بتبعات الخلافة، وهي مقومات لازمة لأي إنسان يقضي النظر عن جنسه أو نوعه أو عقيدته وفي أي مكان وكل زمان.

# الفصل الثاني

# العلم والطريقة والخبرة في خصوص

# أعمال المحاماة في مجال القضايا الجنائية

لا أحد يمكن أن يجادل في أن المحاماة بطبيعتها تعتمد على العلم والطريقة والخبرة، والأمر نفسه بالنسبة لأي عمل من أعمالها التي يؤديها المحامي سواء أكان في مجال القضايا المدنية والتجارية كما سلف البيان، أو في مجال القضايا الجنائية، فالعلم هو جوهر المحاماة، وهو جوهر أي عمل من أعمالها يقوم به أو يؤديه المحامي.

وفي مجال القضايا الجنائية، سواء في خصوص المرافعة الشفوية أمام المحاكم الجنائية أو في خصوص إعداد وصياغة مذكرات الدفاع المكتوبة التي تقدم أمام هذه المحاكم، أو فيما يتعلق بالاستشارات القانونية الشفوية أو المكتوبة، فإن المقوم الأساسي في كل هذه الأعمال هو العلم متمثلاً في القواعد القانونية التي تحكم موضوع القضية وتنطبق على وقائعها، وكذلك بعض التطبيقات من أحكام محكمة النقض التي تؤيد دفاع ودفوع المحامي في هذه القضية وبعض آراء الفقهاء أو الشراح في خصوص بعض المسائل الخلافية والتي ينتفي منها المحامي ما يؤيد به وجهة نظره.

**المجالات التي تؤكد أن ما يقوم به المحامي من أعمال المحاماة إنما يقوم على العلم والطريقة والخبرة:**

يوجد مجالان أساسيان يؤيدان ويؤكدان في الوقت نفسه أن قوام أعمال المحاماة التي يؤديها المحامي في مجال القضايا الجنائية هو العلم والطريقة والخبرة تماماً كما هو الحال في مجال القضايا المدنية والتجارية، وهذان المجالان في خصوص أعمال المحاماة في مجال القضايا الجنائية هما:

أولاً: مجال المطابقة بين الواقعة المادية وهي الواقعة الثابتة في ملف القضية والمسندة إلى المتهم، والواقعة النموذجية، أو النموذج القانوني الوارد في النص القانون الذي ينطبق على هذه الواقعة المادية.

فمن أهم عوامل نجاح المحامي في إبداء دفاعه سواء الشفوي أو المكتوب، وتحقيق النتيجة التي يريدها هو فهم وقائع القضية فهماً جيداً، ثم تحديد موقف

القانون من هذه الوقائع، أو بمعنى آخر أن يقف المحامي بدقة على مدى التطابق بين الواقعة المسندة إلى المتهم من ناحية، ونصوص القانون الموصوف بها تلك الواقعة من قبل سلطة الاتهام، سواء القانون الموضوعي أو القانون الإجرائي، وتلك عملية قانونية بحتة ومن ثم فإنها عملية علمية، وسوف نقوم بشرح عملية المطابقة تلك في موضوع قادم.

إذن، عملية المطابقة هذه تعتمد على مدى استيعاب المحامي القواعد القانونية الواردة سواء في نصوص قانون العقوبات أو نصوص قانون الإجراءات الجنائية، كما أنها من ناحية أخرى تعتمد على القدرات الذاتية أو الشخصية للمحامي ومدى ذكائه وخبرته في هذا المجال، ومن ثم صح القول بأن عملية المطابقة بين الواقعة المادية المسندة إلى المتهم والواقعة النموذجية الواردة في النصوص القانونية الواجبة التطبيق على تلك الواقعة المادية هذه العملية من حيث طبيعتها عملية علمية تعتمد على قدرات ومهارات المحامي وخبرته، وهي مقومات مهنة المحاماة ذاتها، ومقومات أي عمل من أعمالها يؤديه أو يقوم به المحامي.

فمن ناحية وجوب العلم بقواعد قانون العقوبات، فإنه لما كان قانون العقوبات قد حدد القواعد العامة للجريمة والعقوبة وذلك في القسم العام من قانون العقوبات، كما حدد في القسم الخاص منه الأركان الخاصة بكل جريمة من الجرائم التي أوردها، ومن ثم فإن المحامي يجب أن يكون على علم كافٍ بكل القواعد القانونية سواء أكانت موضوعات القسم العام، أو قواعد القسم الخاص من قانون العقوبات التي تحدد أركان كل جريمة والعقوبة المقررة لها، وذلك حتى يمكن أن يقوم المحامي بإجراء عملية المطابقة بين الواقعة المادية (وقائع القضية) والواقعة النموذجية الواردة في نص القانون الواجب التطبيق على هذه الواقعة، وذلك على النحو الذي نوضحه في موضع قادم.

وأما عن وجوب العلم بقواعد قانون الإجراءات الجنائية، فإنه ولذات العلة يجب أن يكون المحامي على علم كافٍ بقواعد قانون الإجراءات الجنائية، حتى يمكنه الوقوف بدقة على مدى شرعية الإجراءات التي اتخذت قبل المتهم، ومدى شرعية الأدلة القائمة في الدعوى، ومسائل الاختصاص والبطلان وغيرها، وبدون علم المحامي بهذه القواعد، فإنه يعجز عن القيام بدوره وتأدية رسالته ويفشل في الدفاع عن موكله.

ثانياً: مجال إعداد وتحضير الدفاع والدفوع والطلبات تحقيقاً للغاية الوحيدة – في أغلب الأحوال – وهي القضاء ببراءة المتهم مما هو مسند إليه، أو في أسوأ الحالات معاملته بمنتهى الرأفة.

فالمحامي من واقع الفهم الصحيح لوقائع القضية والفهم الصحيح لنصوص القانون المحال بها المتهم إلى المحاكمة، قد يصل إلى فرض من الفروض الثلاثة التالية:

- الفرض الأول: هو ثبوت توافر أركان الجريمة كما حددها المشرع في حق المتهم.

- الفرض الثاني: هو عدم ثبوت توافر الجريمة كما حددها المشرع في حق المتهم.

وقد يكون ذلك بسبب تخلف بعض العناصر أو الشروط التي يستلزم المشرع توافرها، حيث لا يوجد في وقائع القضية المسندة إلى المتهم هذه الشروط أو العناصر أو بعضها، وهو ما يعني تخلف أو عدم توافر عنصر أو شرط لازم لقيام الجريمة قانوناً.

- الفرض الثالث: هو ثبوت توافر أركان الواقعة المسندة إلى المتهم، إلا أنه لا يوجد نص تجريم يجرم هذه الواقعة بهذا الوصف أو أنه يوجد سبب إباحة أو مانع مسئولية أو سبب إعفاء من العقاب، أو أنه صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا قضى بعدم دستورية نص التجريم الذي يعاقب بمقتضاه المتهم.

ولا يمكن أن يجادل أحد في أن الفروض الثلاثة السابقة إنما هي ثمرة عملية علمية منطقية يقوم بها المحامي، وإذا لم يكن المحامي على علم بالقواعد القانونية التي تحكم وقائع قضيته، فإنه لا يمكن أن ينجح في مهمته لأنه لا يتصور أن يفكر المحامي في وقائع القضية وموقف المتهم الذي يمثله دون أن يكون عالماً – على الأقل – بالقواعد القانونية المقدم المتهم للمحاكاة بمقتضاها أو التي تنطبق على هذه الوقائع، فهذا أمر غير متصور، وهو ما يؤكد في الوقت ذاته، أن ما يقوم به المحامي في هذا الشأن إنما هو عمل قوامه العلم والقدرات والمهارات الذاتية وسعة الثقافة والخبرة.

إن ما يقوم المحامي بإعداده في مجال الدفاع عن المتهم إنما قوامه العلم والطريقة والخبرة ولا شيء غير هذا.

فالمحامي عندما يصل إلى قناعة أولية أن أركان الجريمة المسندة إلى المتهم وكما هي ثابتة في ملف القضية تتوافر في حقه، وهنا وبعد هذه القناعة الأولية، وبعد دراسة وفحص وتمحيص الوقائع ومراجعة النصوص القانونية ذات الصلة بالواقعة، فإن المحامي يصل إلى قناعة نهائية، قد تكون أحد فرضين:

الفرض الأول: إمكان الحصول على حكم ببراءة المتهم، وقد يؤسس المحامي هذه القناعة على أحد الأسباب التالية:

1 – صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا قضى بعدم دستورية النص الذي يحاكم المتهم بمقتضاه، وفي هذه الحالة ينشيء هذا الحكم وضعاً أفضل للمتهم .

2 – وجود سبب لانقضاء الدعوى الجنائية، بمضي المدة مثلاً، أو بالتصالح وما إلى ذلك.

3 – وجود سبب من أسباب الإباحة أو مانع مسئولية أو سبب إعفاء من العقاب مثلاً.

4 – سبق الفصل في الدعوى، بحكم نهائي حاز قوة الأمر المقضي، وهنا يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

وسوف نعود إلى هذه الأسباب بشيء من التفصيل في موضوع قادم.

الفرض الثاني: أن أركان الواقعة تتوافر في حق المتهم وأدلة الثبوت قائمة ضده بما يستحيل معه الحصول على حكم بالبراءة.

وهنا لا مفر من أن يطلب المحامي من المحكمة معاملة المتهم بمنتهى الرأفة للأسباب التي يستخلصها من ملف القضية ويبديها للمحكمة[1].

إن بحث المحامي في أسباب البراءة أو في أسباب معاملة المتم بمنتهى الرأفة أو أية أسباب أخرى يؤسس عليها دفاعه، إنما هي عملية علمية منطقية، قوامها العلم والطريقة والخبرة:

إن دفاع المحامي سواء الذي يبديه شفاهة أو دفاعه المكتوب الذي يقدمه للمحكمة، وسواء كان الدفاع يتعلق بالنواحي الإجرائية في القضية أو كان الدفاع يتصل بالنواحي الموضوعية، فإن كل ذلك إنما يقوم ويعتمد على مدى علم المحامي بالقواعد القانونية التي يؤسس عليها دفاعه أو دفوعه، سواء أكانت هذه القواعد ترجع

(1) يراجع في تفاصيل الأسباب التي يستند إليها المحامي في معاملة المتهم بمنتهى الرأفة، مؤلفنا أصول إعداد وصياغة مذكرات الدفاع، ص 182 وما بعدها.

إلى قانون الإجراءات الجنائية، أو ترجع إلى قانون العقوبات، وهو ما يؤكد ويبرهن على أن الدفاع هو عملية علمية في الأصل يعتمد على القدرات والمهارات الشخصية للمحامي، ويبدو ذلك في المجالات التالية:

**أولاً: مجال القواعد القانونية الإجرائية (قواعد قانون الإجراءات الجنائية):**

قد لا يضطر المحامي إلى تقديم دفاعه في موضوع الدعوى الجنائية أي موضوع التهمة المسندة إلى المتهم، وإنما يقصر دفاعه على الشكل، وذلك في النواحي التالية:

**[1] كيفية تحريك الدعوى الجنائية والقيود التي ترد على حرية النيابة العامة في تحريكها:**

وقيود الادعاء المباشر، والجهات الأخرى التي تملك تحريك الدعوى الجنائية خلاف النيابة العامة.

فقد يجد المحامي في ملف القضية ما يرشده إلى الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية، لعدم تقديم شكوى مثلاً، أو عدم تقديم طلب أو الحصول على إذن من جهة معينة وذلك قبل تحريك الدعوى الجنائية، إذ لا يوجد بملف القضية ومن ضمن وقائعها ما يفيد تقديم شكوى أو طلب أو الحصول على إذن بحسب الأحوال، فهنا يكتفي المحامي بتقديم هذا الدفع دون أن يتعرض للموضوع.

**[2] الاختصاص بأنواعه:**

أ – الاختصاص المحلي أو المكاني.

ب – الاختصاص الشخصي.

ج - الاختصاص النوعي.

فقد تكون الدعوى الجنائية مقبولة، إلا أن المحكمة المقام أمامها الدعوى تكون غير مختصة محلياً أو شخصياً أو نوعياً بنظرها، وفي هذه الحالة يقتصر المحامي أيضاً على إبداء الدفع بعدم الاختصاص – بحسب نوع عدم الاختصاص – ولا يتعرض لموضوع الدعوى.

**[3] مدى شرعية الإجراءات الجنائية والأدلة المقدمة من النيابة العامة أو من سلطة التحقيق في الدعوى.**

فمن المقرر أن القاضي الجنائي يجب ألا يؤسس حكم الإدانة إلا على أدلة قطعية، وتكون هذه الأدلة قد تم الحصول عليها عن طريق إجراءات مشروعة، وهنا قد يجد المحامي إما أن الدليل القائم ضد المتهم غير قطعي أي أنه دليل ظني أو احتمالي، أو يجد أن هذا الدليل قد تم الحصول عليه بطريق غير مشروع مثل الإكراه على الاعتراف، أو التفتيش بدون إذن من النيابة العامة أو تجاوز السلطات الممنوحة للقائم بالتفتيش وما إلى ذلك.

وهنا يكون دور المحامي مقتصراً على إبداء الدفع بعدم قطعية الدليل أو بعدم مشروعيته بحسب الأحوال ودون أن يتطرق إلى أركان الجريمة ثبوتاً أو نفياً.

**ثانياً: في مجال القواعد القانونية الموضوعية (قواعد قانون العقوبات أو قواعد التجريم والعقاب عموماً):**

بعد أن يقرأ المحامي ملف القضية جيداً ويفحص ويمحص وقائع الدعوى، قد لا يجد محلاً لإبداء أي دفع من الدفوع الشكلية التي تتصل بقواعد قانون الإجراءات الجنائية السابق بيانها كعدم القبول أو عدم الاختصاص أو بطلان الدليل وما إلى ذلك، وفي هذه الحالة لا يكون أمامه إلا أن يفكر في توجيه دفاعه نحو موضوع الجريمة من حيث مدى توافر أركانها، أو وجود سبب إباحة أو مانع مسئولية وما إلى ذلك.

**ويكون المحامي وهو يفكر في توجيه دفاعه نحو موضوع القضية، أمام فرضين لا ثالث لهما:**

الفرض الأول: أن المحامي يجد في ملف القضية وفي الواقع الثابتة في ذلك الملف ما يجعله يعتقد في براءة المتهم، وأنه يمكن الحصول على حكم بالبراءة.

**وتوجد عدة أسباب تجعل المحامي يعتقد في براءة المتهم ويطلب من المحكمة الحكم بالبراءة، وهذه الأسباب هي:**

(1) أن تكون الواقعة المسندة إلى المتهم وكما هي ثابتة بالأوراق غير مجرمة.

(2) انتفاء ركن من أركان الجريمة أو عنصر أو شرط فيها.

(3) توافر سبب إباحة.

(4) توافر مانع مسئولية أو سبب إعفاء من العقاب.

(5) انقضاء الدعوى الجنائية سواء بمضي المدة أو بالتصالح وما إلى ذلك.

(6) عدم مشروعية دليلاً الإثبات أو بطلان الإجراءات التي أسفرت عن الدليل القائم ضد المتهم.

وسوف نعود إلى هذه الأسباب في موضع قادم.

الفرض الثاني: أن المحامي قد يتوصل بعد فحص ودراسة ملف القضية إلى أنه لا يوجد ثمة سبب يستند إليه في طلب براءة المتهم من التهمة المسندة إليه، ولا أي سبب من أسباب الإعفاء من العقاب أو عذر من الأعذار المعفية، ومن ثم فإنه لا يجد سوى مخاطبة وجد أن المحكمة باستعمال منتهى الرأفة مع المتهم، وللوصول إلى ذلك لابد أن يؤسس المحامي طلبه على وقائع ثابتة في ملف الدعوى، أو يحاول هو أن يثبتها بمستندات يقدمها إلى المحكمة، والمحامي في تحقيق غايته في ذلك يستعين بالمادتين 17، 55 من قانون العقوبات.

الخلاصة إذن أن عملية إعداد مذكرات الدفاع في القضايا أو حتى إبداء المرافعة الشفوية أمام المحكمة قوامها العلم باعتبارها عملاً من أعمال المحاماة، فإن هذه العملية تستدعي ترشيح وتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع الواردة ملف القضية، وسواء أكانت قواعد قانونية تتصل بقانون العقوبات، أو قواعد قانونية تتصل بقانون الإجراءات الجنائية، وهذه القواعد القانونية هي قواعد علمية بالمعنى الصحيح باعتبار أن القانون هو أحد العلوم الإنسانية.

كما أن المحامي عندما يُعد دفاعه في القضية فإنه يحدد بالقطع أركان الجريمة المسندة إلى المتهم، ويفحص نصوص القانون وأحكام القضاء باعتبارها أسانيد وأدلة يؤيد بها دفاعه، خاصة إذا كان الدفاع في مجال طلب البراءة لأي سبب من أسباب البراءة السابق بيانها، وهذه بالقطع عملية علمية يقوم بها المحامي، فكما أن قواعد القانون هي قواعد علمية، فإن المبادئ والقواعد التي قررها القضاء هي أيضاً قواعد علمية لأنها تطبيق لقواعد القانون التي هي قواعد علمية أصلاً.

وقيام المحامي بهذه العملية العلمية المنطقية إنما يعتمد على "طريقته" أي أساليبه والمنهج الذي يسلكه في البحث من ناحية، واقناع المحكمة بدفاعه من ناحية أخرى، وهو ما يتوقف على مدى قدرات وملكات المحامي الشخصية ومدى خبرته في الممارسة، وذلك على نحو ما سلف بيانه في مواضع سابقة.

## أسباب براءة المتهم من التهمة المسندة إليه التي يمكن أن تنطوي عليها وقائع القضية

يلزم أن يقوم المحامي وهو يقرأ ملف القضية ويفحص وقائعها أن يبحث في هذه الوقائع عما قد يوصله إلى براءة المتهم من التهمة المسندة إليه، فقد تشير وقائع القضية إلى سبب من أسباب البراءة يمكن استخلاصه من الملف الذي يفحصه ويمحصه المحامي.

والأسباب التي يؤسس عليها المحامي براءة المتهم من التهمة المسندة، والتي يمكن استخلاصها من ملف القضية، يمكن حصرها في ستة أسباب هي:

### السبب الأول

### طلب براءة المتهم تأسيساً على أن الواقعة المسندة إليه غير مجرمة

الأحوال التي يطلب فيها المحامي براءة المتهم من التهمة المسندة إليه تأسيساً على هذا السبب إما لأنه لا يوجد نص قانوني عقابي ينطبق على الواقعة الثابتة في ملف القضية، فتكون الواقعة في هذه الحالة غير خاضعة لنص تجريم على الإطلاق لا في قانون العقوبات ولا في أي قانون عقابي آخر.

وإما أن يكون طلب البراءة على سند من أن الواقعة الثابتة في ملف القضية والمسندة إلى المتهم، وعلى الرغم من أنها تخضع لنص تجريم حال ارتكابها، إلا أنه بعد ارتكابها وقبل صدور حكم نهائي فيها حدث أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً بعدم دستورية نص التجريم الذي كانت تخضع له الواقعة، ففي هذه الحالة يجب كذلك على المحكمة أن تحكم ببراءة المتهم من التهمة المسندة إليه، وذلك تأسيساً على نص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، وباعتبار أن نص المادة 49 السالف الذكر ينشئ وضعاً أصلح للمتهم، وذلك في حكم المادة الخامسة من قانون العقوبات (الفقرة الثانية) التي تنص على أنه: ".... ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره".

**وخلاصة ما تقدم، أن الواقعة تكون غير مجرمة، ويجب أن يقضي ببراءة المتهم في حالتين:**

الأولى : حالة عدم وجود نص عقابي ينطبق على الواقعة المسندة إلى المتهم والثابتة في ملف القضية والتي يحاكم من أجلها.

والثانية: حالة خضوع الواقعة المنوه عنها لنص عقابي، إلا انه بعد أن ارتكبها المتهم وقبل أني صدر ضده فيها حكم نهائي أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكم بعدم دستورية نص التجريم الذي يحاكم بمقتضاه المتهم[1].

## السبب الثاني

## طلب براءة المتهم تأسيساً على انتفاء ركن من أركان الجريمة المسندة إليه، أو انتفاء عنصر أو شرط في أحد أركان الجريمة

المحامي وهو يقرأ ملف القضية ويمحص الوقائع جيداً، قد يجد انتفاء ركن من أركان الجريمة المسندة إلى المتهم أو عنصر أو شرط في ركن من أركانها، ومن ثم فإنه توجد عدة فروض جميعها يطلب فيها المحامي براءة المتهم من التهمة المسندة إليه، وهذه الفروض جميعها يمكن حصرها في حالتين:

الحالة الأولى: انتفاء ركن من الأركان العامة للجريمة مثل:

(1) انتفاء الركن المادي للجريمة كلية.

(2) انتفاء الركن المعنوي، سواء أكان القصد الجنائي إذا كانت الجريمة عمدية، أو انتفاء الخطأ غير العمدي إذا كانت الجريمة غير عمدية أي من جرائم الخطأ أو الإهمال.

ويدخل في نطاق هذه الحالة انتفاء عنصر من عناصر أي ركن من أركان الجريمة، أو انتفاء شرط من شروطه يكون المشرع قد استلزم توافره في النموذج القانوني للجريمة.

الحالة الثانية: انتفاء ركن من الأركان الإضافية – خلاف الأركان العامة، أو انتفاء شرط من شروطها المفترضة التي استلزمها القانون في بعض الجرائم.

(1) يراجع مؤلفنا: اصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدة، حيث أوردنا تطبيقات عديدة من أحكام النقض على هذا السبب من أسباب البراءة.

**ومن قبيل هذه الأركان أو الشروط الإضافية في مجال بعض الجرائم بالنسبة للفعل أو السلوك المادي ما يأتي:**

1 – انتفاء مكان ارتكاب الفعل إذا كان المشرع يستلزم أن تقع الجريمة في مكان ما.

2 – انتفاء زمان ارتكاب الفعل إذا كان المشرع يستلزم أن تقع الجريمة في زمن ما، أو انتفاء الآلة المستعملة في ارتكاب الجريمة إذا كان القانون يستلزم أن ترتكب الجريمة بهذه الآلة دون غيرها.

3 – ما يتعلق بالمحل المادي للسلوك أو الفعل المادي فيما يتعلق بالإنسان أو فيما يتعلق بالأشياء.

وقد يشترط المشرع أيضاً شروطاً إضافية في مجال الركن المعنوي للجريمة أو في مجال الجاني أو الفاعل، وفي كل تلك الأحوال إذا لم تتوافر هذه الشروط الإضافية في الواقعة المسندة إلى المتهم، فإن ذلك يكون سبباً من أسباب البراءة[1].

الخلاصة إذن، أن المحامي يجب أن يكون على علم كافٍ بكل القواعد القانونية الواردة في قانون العقوبات بشأن كل جريمة من الجرائم التي وردت فيها نصوص، وبحيث أن يقف المحامي بكل دقة وعلى جميع التفاصيل الخاصة بما يأتي:

[1] الركن المادي للجريمة المسندة إلى المتهم من حيث:

أ- عناصر هذا الركن بحسب الجريمة المسندة إلى المتهم.

ب- الشروط التي قد يتطلبها المشرع في هذا الركن وذلك بحسب الوصف القانوني للركن المادي كما هو وارد في نص القانون الواجب التطبيق.

[2] الركن المعنوي للجريمة المسندة إلى المتهم وبحسب ما إذا كانت الجريمة:

أ- عمدية فيكون الركن المعنوي هو القصد الجنائي – وهل يكتفي المشرع بالقصد الجنائي العام، أم يستلزم توافر قصد جنائي خاص، وذلك بحسب النص القانوني المقدم به المتهم للمحاكمة.

ب- غير عمدية أي الخطأ غير العمدي، ومدى توافر عناصره.

(1) يراجع في تفاصيل ذلك وتطبيقات عديدة ومتنوعة له من أحكام محكمة النقض، مؤلفنا، أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

[3] الشرط المفترض، وذلك في حالة أن يستلزم المشرع في النص القانوني المقدم به المتهم ضرورة توافر شرط مفترض مثل شرط التسليم في خيانة الأمانة مثلاً.

[4] أية شروط أو ضوابط أخرى قد يستلزم المشرع توافرها سواء في الجاني أو المجني عليه أو محل الجريمة أو مكانها أو الوسائل التي ترتكب بها وما إلى ذلك، وكل هذا يمكن تحديده بالرجوع إلى النص القانوني المطبق على الواقعة وتفسيره تفسيراً صحيحاً واستخراج كل القواعد الواردة به في ذات الشأن.

إن ما يقوم به المحامي في هذا الشأن يؤكد أن العلم هو جوهر كل أعمال المحاماة وعلى وجه الخصوص إعداد الدفاع سواء الشفوي أو المكتوب، فالعلم بالقانون هو الذي:

أولاً: يجعل المحامي يعتقد ويتوصل إلى توافر كل أركان وعناصر وشروط الجريمة في حق المتهم.

ثانياً: أو يجعل المحامي يعتقد ويتوصل إلى انتفاء:

أ- ركن من أركان الجريمة المسندة إلى المتهم.

ب- أو انتفاء عنصر من ركن من هذه الأركان.

ج- أو انتفاء شرط من عنصر من أركان الجريمة.

وهو ما يجعل المحامي يجزم ببراءة المتهم ويطلب من المحكمة القضاء ببراءته مما هو مسند إليه.

ثالثاً: أو يجعل المحامي يقف على توافر أي مما يأتي:

أ - سبب إباحة.

ب- مانع مسئولية أو مانع من العقاب.

ج- سبب من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية.

وكل ذلك في حالة ثبوت الجريمة ضد المتهم وتوافر كل أركانها وعناصرها وشروطها، إلا أنه مع ذلك تتوافر له أي سبب من الأسباب السابقة، وهو ما يكون سبباً للقضاء ببراءته.

إن وقوف المحامي بيقين على القواعد القانونية التي تتصل بالمسائل السالف بيانها إنما يتوقف في الوقت ذاته على مدى ما يتوافر لدى المحامي من علم بالقواعد القانونية التي تحكم هذه المسائل، وكذلك المنهج الذي يتبعه في البحث والدراسة

والوسائل التي يعرض بها دفاعه ودفوعه، وتلك كلها عوامل تتوقف على قدراته وإمكانياته الشخصية وخبرته في الممارسة في هذا المجال، وهو ما يؤكد أن المحاماة بصفة عامة والأعمال التي يقوم بها المحامي بصفة خاصة إنما تعتمد على المقومات الثلاثة الأساسية وهي العلم والطريقة والخبرة.

## السبب الثالث

## طلب براءة المتهم تأسيساً على

## سند من توافر سبب ما أسباب الإباحة

من المقرر في الفقه والقضاء أن الفعل لا يعتبر مجرماً إلا إذا كان يخضع لنص تجريم، وفي الوقت ذاته لا يخضع لسبب إباحة، وعلى ذلك فإن أسباب الإباحة تنفي المسئولية الجنائية والمدنية، لأنها تخرج الفعل من نطاق نص التجريم وتخلع الصفة غير المشروعة عنه، وترده إلى أصله من المشروعية.

ولم يحدد المشرع مسبقاً أسباب الإباحة، بمعنى أنه لم يوردها أو ينص عليها على سبيل الحصر في نصوص قانونية، وهذا يعني أن للإباحة مصادر أخرى خلاف القانون.

**حصر مصادر الإباحة:**

**يمكن حصر مصادر الإباحة فيما يلي:**

[1] القانون: ومن أمثلة أسباب الإباحة التي نص عليها القانون، ما قرره نص المادة (60) من قانون العقوبات من أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة".

فقد قرر المشرع في هذا النص "المبدأ العام في الإباحة" ومثال ذلك أيضاً "استعمال السلطة" المنصوص عليه في المادة (63) من قانون العقوبات، ومثاله كذلك "الدفاع الشرعي" المنصوص عليه في المواد من (245) إلى (251) من قانون العقوبات.

[2] العرف: وقد يكون العرف مصدر إباحة، ومن تطبيقات هذا النوع من الإباحة ما يلي:

أ - رضاء المجني عليه.

ب - حق التأديب.

ج - رخصة مزاولة الطب أو الجراحة.

د - حرية ممارسة الألعاب الرياضية.

ولا يجادل أحد في أن أسباب الإباحة إنما هي أسباب علمية بمعنى أن القانون هو الذي حدد أولاً هذه الأسباب في كثير منها، وأن قواعد العرف المستقر قد حددت بعض هذه الأسباب الأمر الذي يجعلنا نقرر أنها قواعد قانونية مستقرة يجب أن يعلم بها المحامي حتى يتمكن من تقديم دفاعه ودفوعه بما يتفق مع حقيقة وواقع القضية التي يتولى الدفاع فيها، إذ قد يتوافر للمحامي من حيث الواقع سبب من تلك الأسباب، مما يكون مؤداه، أنه مع أن المتهم قد ارتكب الواقعة المادية المسندة إليه، إلا أنه مع ذلك لا يقضي بإدانته، بل يلزم أن يقضي له بالبراءة تأسيساً على سبب الإباحة القائم في ملف القضية ووفق ما تشيره إليه الوقائع.

وفضلاً عن وجوب أن يكون المحامي عالماً بالقواعد التي يخضع لها كل سبب من أسباب الإباحة، فإن توظيفه لهذا العلم إنما يتوقف على مهارات المحامي واستعداده الشخصي وقدراته في توظيف علمه لخدمة قضيته، ويتوقف ذلك أيضاً على خبرة المحامي وطول مدة ممارسته لأعمال المهنة، إذ كلما طالت مدة الممارسة وتزايد عدد القضايا التي باشرها كلما كان متمكناً وقادراً على خدمة قضايا، واستغلال كل نقاط الضعف فيها للحصول على حكم في صالح موكله.

## السبب الرابع

## طلب براءة المتهم تأسيساً على سند من توافر مانع من موانع المسئولية أو سبب للإعفاء من العقاب

**أولاً: البراءة تأسيساً على توافر مانع من موانع المسئولية الجنائية:**

**ماهية موانع المسئولية الجنائية:**

موانع المسئولية الجنائية هي الأسباب التي تؤدي إلى انتفاء الإدراك أو حرية الاختيار اللذان هما أساس الأهلية الجنائية، وهذه الموانع في القانون هي:

1- الجنون وعاهة العقل.

2- الغيبوبة الناشئة عن تعاطي المواد المخدرة والمسكرة.

3- صغر السن.

**أسباب امتناع المسئولية الجنائية:**

يوجد نوعان من أسباب امتناع أسباب المسئولية الجنائية، وهي أسباب تؤدي إلى انعدام الجريمة وامتناع المسئولية، وهما:

**النوع الأول: الأسباب المادية لانعدام المسئولية الجنائية:**

(1) الإكراه المادي.

(2) القوة القاهرة.

**النوع الثاني: الأسباب المعنوية لانعدام الجريمة وانعدام المسئولية الجنائية:**

(1) حالة الضرورة والإكراه المعنوي (المادة 62 من قانون العقوبات).

(2) الجنون أو العاهة العقلية (المادة 2/62 من قانون العقوبات).

(3) الغيبوبة الناشئة عن تناول عقاقير مسكرة أو مخدرة عن إضطرار أو غلط (المادة 3/62 من قانون العقوبات).

(4) صغر السن حتى السابعة (المادة 64 عقوبات)[1].

**ثانياً: البراءة تأسيساً على توافر مانع من موانع العقاب:**

**ماهية موانع العقاب:**

موانع العقاب هي "أعذار قانونية" يترتب عليها عدم العقوبة لغاية خاصة يرمي إليها المشرع في كل عذر على حدة.

**تصنيف موانع العقاب:**

لقد تضمن التشريع العقابي عدداً من الأعذار المعفية من العقاب، وقد اهتدى المشرع في تحديد وتقرير تلك الأسباب باعتبارات معينة، ويمكن تصنيف هذا الأعذار والتمثيل لها على الوجه الآتي:

(1) يراجع مؤلفنا أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، وذلك بالنسبة للتطبيقات المتعددة من أحكام النقض في مجال هذه الأسباب، ص 171 وما بعدها.

**[1] أعذار معفية من العقاب روعيت فيها الرغبة في تسهيل اكتشاف بعض الجرائم:**

ووجود مثل هذه الأعذار يحمل بعض المساهمين في ارتكاب الجرائم المقرر بشأنها العذر على الإبلاغ عنها أو عمن ساهم معهم فيها من المجرمين، كما قد يكون العلة من العذر هي الرغبة في حمل المجرم على عدم المضي في تنفيذ مشروعه الإجرامي حتى النهاية.

**ومن أمثلة هذا النوع من الأعذار ما يأتي:**

أ - إعفاء المبلغ في جريمة الاتفاق الجنائي (المادة 5/48 من قانون العقوبات).

ب - إعفاء المبلغين عن الجنايات المخلة بأمن الدولة الخارجي (المادة 84/أ عقوبات).

ج - إعفاء من ينفصل عن العصابة التي قامت بالفتنة المعاقب عليها بعد أن كان في زمرتها (المادة 100 عقوبات).

د - إعفاء الراشي أو الوسيط في جريمة الرشوة (المادة 107 مكرراً عقوبات).

هـ - إعفاء المبلغ عن جريمة تزييف المصكوكات (المادة 205 عقوبات).

**[2] أعذار معفية من العقاب روعيت فيها صلة القرابة:**

**ومن أمثلة هذا النوع من الأعذار ما يأتي:**

أ - إعفاء الزوج أو الزوجة والأصول والفروع من جرائم إخفاء الجانبين وإعانتهم على الفرار من وجه القضاء (المادة 144 عقوبات).

ب - إعفاء الخاطف الذي تزوج بمن خطفها زواجاً شرعياً (المادة 291 عقوبات).

فهل يمكن تصور أن يقوم محام بالدفاع عن متهم في قضية من القضايا الوارد فيها أعذار معفية من العقاب، مثل قضايا الاتفاق الجنائي، أو الجنايات المخلة بأمن الدولة الخارجي، أو جرائم الرشوة أو إخفاء الجانين وإعانتهم على الفرار من وجه القضاء، ودون أن يكون هذا المحامي عالماً بتلك الأعذار المعفية من العقاب وقواعدها القانونية، أنه لا يتصور ذلك، وهو ما يدل بيقين على أن الدفاع عن المحامي هو عملية علمية تقوم وتعتمد على قواعد قانونية ومبادئ قضائية يلزم العلم بها لمن يتصدى لمهمة الدفاع، كما أن هذه المهمة وفضلاً عن العلم بتلك القواعد إنما تعتمد على القدرات والمهارات الشخصية للمحامي وقدرته على الإقناع وعرض

أفكاره والتأثير في وجدان المحكمة، وهو ما يتوقف أخيراً على خبرة المحامي ومدى ما باشره من قضايا مماثلة[1].

## السبب الخامس

## طلب براءة المتهم على سند من انقضاء الدعوى الجنائية

**توجد أسباب عامة وأسباب خاصة لانقضاء الدعوى الجنائية:**

**أولاً: الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجنائية هي:**

[1] الوفاة: ونصت على هذا السبب المادة (14) من قانون الإجراءات الجنائية.

[2] التقادم: ونصت على هذا السبب المادة (15) من قانون الإجراءات الجنائية.

[3] الحكم البات: ونصت على هذا السبب المادتان 454، 455 من قانون الإجراءات الجنائية.

**ثانياً: الأسباب الخاصة لانقضاء الدعوى الجنائية، هي:**

[1] التنازل عن الشكوى أو الطلب: ونصت عليه المواد 3، 10، 8 من قانون الإجراءات الجنائية.

[2] الصلح في بعض الأحوال: ونصت على هذا السبب المادة (14) مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية المستبد له بموجب القانون رقم 74 لسنة 2007 [2].

## السبب السادس

## طلب براءة المتهم تأسيساً على سند من عدم مشروعية دليل الإثبات أو بطلان الإجراءات التي أسفرت عن الدليل

من المقرر أنه يشترط في الدليل الذي يعول عليه القاضي الجنائي في إدانة المتهم أن يكون هذا الدليل صحيحاً في القانون، أي أن يكون قد جاء وليد إجراءات

(1) يراجع مؤلفنا: أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته في التطبيقات على الأعذار المعفية من العقاب ص 167 وما بعدها.

(2) يراجع في دراسة تفصيلية لهذا الموضوع مؤلفنا: أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، المرجع السابق من ص 175 إلى ص 198.

غير معيبة، ويكون الدليل معيباً إذا كان ثمرة إجراءات مخالفة للقواعد التي رسمها القانون الإجرائي، وحتم إتباعها سواء في إجراء أعمال الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو النهائي، فإذا استدل الحكم بشيء من ذلك كان استدلاله فاسداً معيباً، ومثال ذلك أن يستدل الحكم بما أسفر عنه من دليل تفتيش باطل، أو قبض غير صحيح، أو استجواب مخالف للقانون، أو اعتراف مشوب بإكراه، أو محرر مسروق، أو بمعلومات وصلت إلى الشاهد عن طريق مخالف للنظام العام أو حسن الآداب كاستراق السمع أو التجسس من ثقوب الأبواب، أو بأدلة أخرى تتضمن إفشاء لسر المهنة مما تعاقب عليه المادة 310 من قانون العقوبات، مادام قد دفع المتهم ببطلان الدليل، أو دفع به صاحب الشأن في الوقت المناسب[1].

(1) يراجع مؤلفنا، المرجع السابق، في التطبيقات من أحكام النقض في هذا الموضوع ص 201 وما بعدها.

# القسم الثاني
# حضور المحامي أمام المحاكم
# وضرورة العلم والطريقة والخبرة
# في التميز وكفاءة الأداء


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# أصول وقواعد الحضور أمام المحاكم
# المدنية أو الجنائية وكافة أنواع ودرجات المحاكم

أهم الأعمال التي يقوم بها المحامي هو الحضور أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، باعتبار أن هذا هو العمل الأساسي، بل إنه هو الذي يتبادر إلى الذهن كقرين لمهنة المحاماة.

والحضور أمام المحاكم يمر بعدة مراحل أو خطوات، منها ما هو سابق على عملية الحضور، ومنها ما يتعلق بعملية الحضور ذاتها، ومنها أخيراً ما يتعلق بمرحلة ما بعد الحضور أمام المحكمة ولكل مرحلة أو خطوة منها قواعدها وإجراءاتها التي يتعين على المحامي أولاً الإلمام والعلم بها، ثم الالتزام بموجبها واحترامها باعتبارها قواعد ملزمة واجبة الإعمال من قبل جميع كل من له صلة بالعمل القضائي، وعلى وجه الخصوص المحامون.

وإزاء ما تقدم، فإننا نتلكم عن أصول وقواعد الحضور أمام المحاكم سواء المدنية أو التجارية أو الجنائية أو الإدارية أو غيرها من واقع تناول المراحل أو الخطوات التي تمر بها عملية الحضور، وهي كالتالي:

(1) مرحلة ما قبل الحضور أمام المحكمة.

(2) مرحلة الحضور أمام المحكمة وإبداء الدفاع والمرافعة، وهذه المرحلة تتكون من خطوتين:

الأولى: إثبات المحامي حضوره أمام المحكمة.

والثانية: إبداء المحامي دفاعه والرد على ما يثيره خصمه من دفوع أو دفاع.

(3) مرحلة ما بعد الحضور أمام المحكمة، وهي المرحلة الأخيرة من مراحل الحضور.

ولكل مرحلة من هذه المراحل وما تتضمنه من خطوات القواعد القانونية التي تحكمها وتخضع لها، والإجراءات التي يلزم أن تتم وفقاً لها، وهو ما نقوم ببيانه بالتفصيل فيما يلي:

دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل

# الباب الأول
# الحضور أمام المحاكم المدنية والتجارية
# وأصول وقواعد الحضور من
# الناحية الشكلية أو الإجرائية

# الفصل الأول

# الحضور أمام محاكم الدرجة الأولى

**أحوال ومراحل الحضور أمام المحكمة (خطوات الحضور):**

إجراءات وقواعد الحضور أمام المحكمة هي في معظمها من الأمور المكتسبة والمنطقية التي يتزود بها المحامي من واقع الممارسة العملية والتي تكسبه الخبرة اللازمة في هذا المجال، وإن كانت هذه الإجراءات والقواعد في الوقت ذاته تستند إلى أصول قانونية وردت في مواضع ومناسبات معينة ومتفرقة في بعض القوانين سواء الإجرائية أو الموضوعية بحسب طبيعة القاعدة أو الإجراء، وسوف نشير إلى هذه القوانين في مناسبات ومواضع قادمة.

وتتنوع الإجراءات والقواعد بحسب أحوال ومراحل الحضور والتي نقسمها كالتالي:

## الخطوة الأولى

**أولاً: إجراءات وقواعد ما قبل الحضور أمام المحكمة:**

قبل أن يحضر المحامي أمام المحكمة يلزم أن يُعد نفسه لعملية الحضور وذلك حتى يكون المحامي واثقاً من نفسه وعلى علم تام بدوره الذي يؤديه أمام المحكمة ومستعداً لما قد يثار في الجلسة سواء من خصمه في الدعوى، أو من قبل المحكمة.

ويمكن إجمال ما يجب أن يقوم به المحامي قبل حضور الجلسة في أمرين مهمين:

أولهما : قراءة وفحص ملف القضية.

وثانيهما: كتابة النوتة على ملف القضية.

## الأمر الأول

## قراءة وفحص ملف القضية (الإعداد والتحضير للحضور)

**أهمية إعداد وتحضير القضية قبل الحضور:**

إعداد وتحضير القضية أمر لازم لكل محام سواء أكان المحامي حديث العهد بمهنة المحاماة أو كان من شيوخ المحامين وأخبرهم بأصول وقواعد المهنة وأعلمهم

بأسرارها وغرائبها، فكل محام يجب أن يُعد نفسه ويحضر دفاعه أو دفوعه استعداداً للمواجهة التي تتم أمام المحكمة، وتتم هذه المواجهة على مستويين:

الأول : هو مستوى الخصوم معاً، وما قد يثيره الخصم من مسائل قانونية يفاجئ بها خصمه ويطلب منه الرد عليها أو إبداء الرأي فيها، وقد تكون هذه المسائل تتصل بقواعد قانونية إجرائية مثل قواعد قانون المرافعات التي تتعلق بالاختصاص أو بقبول الدعوى أو بالسقوط الإجرائي وما إلى ذلك، وقد تتصل هذه القواعد بمسائل قانونية موضوعية، كتلك التي تتعلق بشروط الحق المطالب به كالحق في الشفعة، أو التي تتعلق بسقوط الحق أو انقضائه أو بالصورية، أو غير ذلك.

والثاني : مستوى المحكمة مع الخصوم، فقد ترى المحكمة ضرورة استيضاح أو استجلاء بعض جوانب الموضوع سواء من ناحية الوقائع، أو من ناحية القانون الواجب التطبيق وأسانيد الدعوى، ويجب أن يكون المحامي جاهزاً للرد على ما قد تثيره المحكمة في هذا الشأن، وإن كان من حق المحامي أن يطلب التأجيل للرد وتقديم مذكرة شارحة لما قد أثير بالجلسة، إلا أنه في كل الأحوال يجب أن يكون المحامي مستعداً للمواجهة حتى لا يتعرض لمواقف قد تكون حرجة، وقد تهز ثقته بنفسه، أو تهتز ثقة زملائه أو موكليه به.

**كيف يقرأ ويفحص المحامي القضية وما يجب أن يتوقف عنده فيها:**

يلزم أن يقرأ المحامي ملف القضية قراءة جيدة ويقوم بتحديد الوقائع والمستندات والأوراق ذات الأهمية في الإثبات وذلك في ضوء نصوص القانون الواجبة التطبيق والتي يلزم أن يتأكد منها المحامي كذلك سواء أكان وكيلاً عن المدعي أو وكيلاً عن المدعى عليه في القضية.

وعلى أية حال، فإنه يلزم أن يتأكد المحامي من أن المحكمة أولاً تبحث مسألة الاختصاص، لتقف على ما إذا كانت مختصة بنظر الدعوى أو غير مختصة، وتبحث مسألة الاختصاص من حيث الاختصاص الولائي أو النوعي أو المكاني أو القيمي.

ثم بعد أن تبحث المحكمة مسألة الاختصاص، ويتبين لها أنها مختصة بنظر القضية تنتقل بعد ذلك إلى بحث مسألة الشكل، أو ما يسمى القبول أي قبول الدعوى من عدمه، فتتأكد من توافر شروط قبول الدعوى، مثل الصفة والمصلحة، وما إذا كان رفع الدعوى يجب أن يتم خلال ميعاد محدد، وما إذا كانت قد رفعت خلال هذا الميعاد أم بعد مروره، وما إلى ذلك.

وبعد أن تتأكد المحكمة من توافر شروط قبول الدعوى، تنتقل بعد ذلك وفي مرحلة أخيرة إلى الفصل في موضوع الدعوى وفق الطلبات المبداة فيها، سواء الطلبات الأصلية أو الطلبات العارضة، وفق القواعد والإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي سوف نعرض لها في مواضع قادمة.

إذن، يلزم أن يكون المحامي قبل حضور الجلسة التي تنظر فيها القضية الحاضر فيها، يلزم أن يكون على علم كافٍ بتفاصيل بعض المسائل القانونية، ويكون على استعداد تام ودائم لحدوث أي نقاش في المواجهة بالجلسة بشأن أية مسألة من هذه المسائل، ومن أهم هذه المسائل ما يأتي:

1 – قواعد الاختصاص، الولائي والنوعي والقيمي والمكاني.

2 – شروط قبول الدعوى وأحوال سقوط الحق في رفعها.

3 – شروط الحق الموضوعي المطالب به ومدى توافرها بالنسبة لحالة القضية الحاضر فيها المحامي.

4 – أدلة الإثبات أو النفي القائمة في ملف القضية وذلك بحسب ما إذا كان المحامي يمثل المدعي أو يمثل المدعى عليه، وطبيعة الإثبات، أي ما إذا كان يجوز الإثبات بالبينة أو لا يجوز، فإذا كان لا يجوز الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) فيجب أن يتمسك المحامي صاحب المصلحة بذلك قبل أن يتكلم في الموضوع ويناقش الخصم فيه، حتى لا يعتبر ذلك تنازلاً عن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة وسقوط الحق في التمسك به بعد ذلك.

## نماذج من القضايا واستخلاص ما تثيره من مسائل قانونية وما يجب أن يستخلصه المحامي من أفكار منتجة في الدفاع الذي يبديه أمام المحكمة:

### القضية الأولى

### الاختصاص الولائي - اختصاص المحاكم العادية - واختصاص محاكم مجلس الدولة

1 - تخلص وقائع القضية في أن المدعية أقامت الدعوى رقم 1988/10575مدني شبين الكوم الابتدائية على المدعى عليه بصفته الممثل القانوني للجامعة بطلب إلزامه بأن يؤدي إليها تعويضاً عما لحقها من أضرار نتيجة إصداره قرار الجزاء التأديبي رقم 123 بتاريخ 1988/3/28 بخصم ثلاثة أيام من أجرها وبإلزامه بتوريد مبلغ 271 جنيهاً إلى خزينة الجامعة التي يمثلها والذي تم سحبه بعد ذلك بموجب القرار رقم 396 بتاريخ 1988/8/7 واعتباره كأن لم يكن.

دفع المدعى عليه بصفته بعدم اختصاص القضاء العادي ولائياً بنظر الدعوى، ورفضت محكمة أول درجة هذا الدفع، وحكمت للمدعية بما قدرته من تعويض، فاستأنف المدعى عليه هذا الحكم بالاستئناف رقم 929 لسنة 23 ق طنطا "مأمورية شبين الكوم" بطلب إلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بعدم اختصاص القضاء العادي ولائياً بنظر الدعوى، كما استأنفته المدعية بالاستئناف رقم 940 لسنة 23 ق طنطا "مأمورية شبين الكوم" بطلب المزيد، ضمت المحكمة الاستئناف الثاني إلى الأول وحكمت فيهما برفضهما وتأييد الحكم المستأنف.

طعن المستأنف (الممثل القانوني للجامعة) في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم.

2 - كان حاصل أسباب الطعن بالنقض أن الحكم المطعون فيه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله برفضه الدفع بعدم اختصاص القضاء العادي ولائياً بنظر دعوى المطعون ضدها بالتعويض مستنداً إلى أن طلبها يقوم على أحكام المسئولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني، مع أنها تطالب بهذا

التعويض عن قرار إداري صادر من الجهة الإدارية بتوقيع جزاء تأديبي عليها فتختص محاكم مجلس الدولة بنظره، مما يعيب الحكم المطعون فيه بتصديه للفصل في موضوعه مما يستوجب نقضه.

3 – وقضت محكمة النقض في الطعن بقبوله شكلاً، وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه لمخالفته قواعد الاختصاص الولائي وبالغاء الحكم المطعون فيه وبعدم اختصاص القضاء العادي ولائياً بنظر الدعوى وباختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظرها[1].

**وفي تأسيس الحكم القاضي بنقض الحكم المطعون فيه، قضت محكمة النقض بأن:**

"وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن مؤدى النص في المادة (15) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم 46 لسنة 1972، والمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بالقانون رقم 47 لسنة 1972، - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة - دون غيرها بالفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية سواء رفعت هذه الطلبات بصفة أصلية أو تبعية وكان القرار الإداري – وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – هو ذلك القرار الذي تفصح به الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، وهو بذلك يختلف عن الأعمال المادية والأفعال الضارة التي تأتيها الجهة الإدارية – دون أن يكون تنفيذاً مباشراً لقرارات إدارية – والتي يكون الاختصاص بالفصل في المنازعة الناشئة عنها معقوداً لمحاكم القضاء العادي، لما كان ما تقدم، وكان قرار الطاعن بصفته بمجازاة المطعون ضدها العاملة بالجامعة التي يمثلها بالخصم من أجرها وإلزامها بتوريد مبلغ 271 جنيهاً لخزينة محكمة الجامعة لإخلالها بواجباتها الوظيفية، قد استهدف به إحداث أثر قانوني بمقتضى أحكام قانون نظام العاملين

(1) الطعن رقم 265 لسنة 63 القضائية، جلسة 1999/11/4، مجموعة أحكام النقض، المواد المدنية، السنة 50 جـ2 رقم 207 ص 1054.

المدنيين بالدولة، فإنه بذلك يكون قراراً إدارياً تـدخل الـدعوى بـالتعويض عنـه في اختصـاص محاكم مجلس الدولة، وهو وإن ترتب عليه فـيما تدعيـه المطعـون ضـدها في دعواهـا – أن لحقت بها أضراراً أدبية أو مادية تتمثل في الإساءة إلى سمعتها وما فاتها مـن كسـب بخصـم ثلاثة أيام من أجرها وحرمانها من الحوافز والبدلات ومكافآت الامتحانات فإن هـذه الأضرار المدعاة، سواء أكان مردها إلى عيب في القرار ذاته يمس مشروعيتـه وشروط صـحته، أو عـلى خطأ شاب تنفيذه، فهي أضرار ناشـئة عـن ذلـك القـرار الإداري ولا وجـه للقـول بـأن هـذه الأضرار لحقت بها من أعمال مادية، ذلك أنه متى كانت هذه الأعمال قد وقعت استناداً إلى القرار الإداري وتنفيذاً له، فلا يسوغ النظر إليها مستقلة عن ذلك القرار، إذ هـي تـرتبط بـه برابطة السببية، وتستمد كيانها منه، وليست مجرد أعمال منقطعة الصلة بـالقرار، وإذ سـار الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه على غـير هـذا النظـر، واعتـبر دعـوى المطعـون ضدها هي بطلب تعويض عن خطأ شخص تحكمه قواعـد المسـئولية التقصـيرية المنصـوص عليها في المادة 163 من القانون المدني، وانتهى إلى القضاء لها بـالتعويض بعـد رفـض الـدفع بعدم الاختصاص الولائي للقضاء العادي، فإنه يكون قد جاوز الولاية المحددة للمحـاكم فـيما ينشأ بين الأفراد وجهة الإدارة من منازعة وهي ولاية تتعلق بالنظام العام، بما يوجب نقضه، وإذ كان اختصاص المحكمة شرطاً لجواز الحكم في موضوع الحق المتنازع عليه فيها، فإن من شأن نقض الحكم لسبب يتعلق بهذا الاختصاص نقضه بالتبعية فيما تطرق إليه من قضاء في الموضوع بالتعويض"[1].

(1) الطعن رقم 265 لسنة 63 القضائية جلسة 1999/11/4 السالف الإشارة إليه.

## القضية الثانية

## مدة سقوط الحقوق بعدم استعمالاها - بدء مدة سقوط الدين عند تحقق الشرط أو حلول الأجل بانقضائه أو سقوطه أو النزول عنه

1 - تخلص وقائع هذه القضية في أن المدعية أقامت الدعوى رقم 6495 لسنة 1996 مدني جنوب القاهرة الابتدائية ضد المدعى عليهم بطلب الحكم بتمكينها من الشقة الكائنة بالعقار المبين بالأوراق وتسليمها إليها بما فيها من منقولات خالية من الأشخاص استناداً إلى أن هذه الشقة التي كانت تستأجرها من المدعى عليه الثالث بتاريخ 1968/2/26 وتنازلت عنها بتاريخ 1976/6/17 لزوجها والد القاصرة المشمولة بوصاية المدعى عليه الأول ليكون له حق السكنى فيها أو تأجيرها مفروشة بمعرفته طوال مدة حياته لتؤول إليها بعد ذلك، وإذ استقر لها - بعد وفاته - الحق في العودة إلى الانتفاع بها بما فيها من منقولات ثبتت أحقيتها فيها بموجب الحكم الصادر في الدعوى رقم 3093 سنة 1979 مدني جنوب القاهرة الابتدائية، فقد أقامت الدعوى.

كما أقام المدعى عليه الأول الدعوى رقم 659 لسنة 1997 مدني جنوب القاهرة الابتدائية على المدعية والمدعى عليهما الثالث والرابع بطلب الحكم بصورية عقد الإيجار الصادر عن المدعى عليه الثالث إلى المدعية والمؤرخ في 1968/2/26، ضمت المحكمة الدعويين أحدهما إلى الأخرى، وحكمت للمدعية في دعواها بطلباتها وفي دعوى المدعى عليه الأول برفضها، فاستأنف هذا الحكم بالاستئناف رقم 10083 لسنة 114 ق القاهرة، بطلب إلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى المدعية والقضاء في دعواه بطلباته، حكمت محكمة الاستئناف بتعديل الحكم المستأنف ورفضت طلب المدعية في دعواها رقم 6495 لسنة 1996 بتسلمها المنقولات وبتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك.

طعنت المدعية في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه.

2 – وكانت الطاعنة (المدعية) قد أسست الطعن بالنقض على سبب واحد نعت فيه على الحكم المطعون فيه الخطأ في فهم واقع الدعوى أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون حين استجاب لما تمسك به المطعون ضده الأول (المدعى عليه الأول) في صحيفة استئنافه من اكتمال مدة سقوط حقها في استرداد منقولاتها بالتقادم الطويل من تاريخ صدور الحكم بأحقيتها فيها في 1980/3/16 حتى تاريخ رفع دعواها الماثلة في 1996/6/13 ثم قضى برفض طلبها بهذا الاسترداد، في حين أنه يتعين احتساب تلك المدة ابتداء من 1993/9/6 تاريخ وفاة زوجها والذي بدأ عنده حقها في استرداد منقولاتها طبقاً للاتفاق المبرم بينهما بتاريخ 1976/6/17، وبالتالي يكون طلبها قد قدم قبل إنقضاء مدة السقوط مما يعيب الحكم – إذ سار على غير هذا النظر – ويستوجب نقضه.

3 – وقضت محكمة النقض بنقض الحكم لخطئه في فهم الواقع في الدعوى الذي أسلمه إلى الخطأ في تطبيق القانون.

**وفي تأسيس الحكم الذي أصدرته محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه قضت محكمة النقض بأن:**

"وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه عندما جرى نص الفقرة الأولى من المادة (381) من القانون المدني على أن (لا يبدأ سريان التقادم فيما لا يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء) جاء نص الفقرة الثانية منها مقرراً (وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط... وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل)، فإن ذلك إنما يدل على أن مدة سقوط الحقوق بعدم استعمالها لا يصح أن تبدأ إلا من اليوم الذي يكون فيه استعمال الحق ممكناً بأن يصير على المدين واجب أدائه، فإذا كان وجوبه مؤجلاً أو معلقاً على شرط، فسقوطه بالتقادم تبدأ مدته عند تحقق الشرط أو حلول الأجل، سواء بانقضائه أو سقوطه أو النزول عنه، وسواء كان الأجل صريحاً أو ضمنياً معيناً أو غير معين اتفاقياً أو قانونياً أو قضائياً.

لما كان ذلك، وكان الثابت من الاتفاق المؤرخ 1976/6/17 والمبرم بين الطاعنة (المدعية) وزوجها، أنها تنازلت له فيه عن الشقة التي تستأجرها وسمحت له

طوال حياته بسكناها أو تأجيرها مفروشة بمنقولاتها، ثبت ملكيتها لها بالحكم الصادر بتاريخ 1980/3/16 على أن تؤول إليها بعد وفاته، فإن الالتزام برد هذه المنقولات إليها يكون التزاماً مقترناً بأجل واقف غير معين وهو وفاة زوجها، لأن الموت وإن كان لا يدري أحد متى يأتي، إلا أنه محقق الوقوع، ومن ثم كان أجلاً غير معين، وهو ما عنته الفقرة الثانية من المادة (271) من القانون المدني بما جرى به نصها من أنه (ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه) وإذ كانت هذه الوفاة قد حدثت في 1993/9/6 وهو مالا خلاف عليه بين الخصوم، فمن هذا الوقت أصبح حق الطاعنة (المدعية) في استرداد المنقولات نافذاً، مما يحق لها معه المطالبة بها ووجب على المدين به القيام بتنفيذه وبدأ منه سريان التقادم المسقط لحقها في ذلك، وإذ كانت دعواها الماثلة بطلب تسليم المنقولات إليها قد رفعت بتاريخ 1996/6/13 قبل انقضاء مدة التقادم، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر على مقولة منه ببدء سريان هذا التقادم من يوم 1980/3/16 تاريخ صدور الحكم بأحقيتها في هذه المنقولات وصحة الحجز المتوقع عليها، ورتب على ذلك سقوط حقها في استردادها مع أن ذلك الحكم لم يعرض إلا لملكيتها لهذه المنقولات دون مساس منه للأجل الاتفاقي المشار إليه والمضروب لاسترادها لها، فإنه يكون قد أخطأ فهمه للواقع في الدعوى وأسلمه إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه"[1].

(1) الطعن رقم 1904 لسنة 68 القضائية جلسة 1999/5/27 مجموعة أحكام النقض المدني، السنة 50 جـ1 رقم 149 ص 759.

## القضية الثالثة

## عقد البيع العرفي ينقل للمشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته والدعاوى المرتبطة بها من تاريخ إبرام البيع

1 – تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي أقام الدعوى رقم..... لسنة..... مدني شبين الكوم الابتدائية ضد مورث المدعى عليهم الخمسة الأوائل والمدعى عليه السادس بطلب الحكم بإلزامهم متضامنين بأن يؤدوا إليه مبلغ 500 جنيه وتسليم الأطيان المبينة بالصحيفة على سند أنه اشتراها بعقد ابتدائي قضى بصحته ونفاذه، وإذ غصب المدعى عليهما حيازتها فقد حق له استئداء ريعها منهما عن الفترة من ستة 1966 حتى 1974 الزراعية وما يستجد بعدها مع التسليم.

ندب المحكمة خبيراً ثم حكمت برفض الدعوى بحالتها، استأنف المدعي هذا الحكم برقم..... لسنة..... طنطا "مأمورية شبين الكوم" فتأيد الحكم المستأنف، طعن المدعى على هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة رأت فيها رفض الطعن.

2 – وقررت الدائرة المدنية بمحكمة النقض إحالة هذا الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية للفصل فيه عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 إزاء اختلاف أحكام النقض في شأن الأثر المترتب على بيع العقار بعقد لم يسجل من حيث مدى أحقية مشترية في مطالبة غاصبة بريعه، إذ اشترطت بعض الأحكام لاستحقاق الريع أن يكون غصب العقار لاحقاً لاستلام مشتريه له نفاذاً للعقد، بينما ارتأت أحكام أخرى الاكتفاء بالعقد ولو لم يسجل دون اشتراط استلام المشتري للعقار ما لم يوجب الاتفاق أو العرف غير ذلك، وقدمت النيابة مذكرة عدلت فيه رأيها السابق وطلبت نقض الحكم المطعون فيه.

3 – وقضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه للخطأ في تطبيق القانون حيث أسس الحكم المطعون فيه رفض الدعوى على سند من أن عقد بيع أطيان النزاع لم يسجل وبالتالي فلا حق للمدعي (الطاعن) من المطالبة بريعها من الغاصب لها وطرده منها إلا أن يكون قد تسلمها.

**وقررت محكمة النقض في هذا الشأن أن:**

".... ذلك أنه يترتب على عقد البيع - ولو لم يكن مشهراً انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد سواء إلى المشتري - مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات - ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك، كما تنقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستئداء ريعها منه، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض طلب الطاعن (المدعي) إلزام المطعون ضدهم بريع أطيان اشتراها بعقد ابتدائي مع طلب طردهم منها وتسليمها إليه، لأن وضع يدهم عليها بغير سند قانوني استنداً إلى أن المطعون ضدهم يضعون يدهم على الأرض محل النزاع قبل شراء المستأنف لها وأنه لم يتسلم الأرض ورتب على ذلك قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الصادر برفض الدعوى، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه.." [1].

(1) الطعن رقم 680 لسنة 64 القضائية "هيئة عامة" جلسة 2003/10/12، مجموعة أحكام النقض المدني، السنة 50 جـ1 رقم جـ ص 20.

## القضية الرابعة

## الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى ذاتها – نزع الملكية للمنفعة العامة يوجب التعويض في مقابل عدم انتفاع المشروعة ملكيته

1 – تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعين الأربعة الأول أقاموا الدعوى رقم 7414 لسنة 1982 مدني الاسكندرية الابتدائية ضد المدعى عليهم بطلب الحكم بندب خبير لتقدير ما يستحقونه من تعويض عن عدم انتفاعهم بداري العرض المبينين بصحيفة دعواهم عن المدة من 1965/4/3 حتى 1979/11/12 وإلزامهم متضامنين أن يدفعوا إليهم قيمة هذا التعويض.

وقال المدعون في شرح الدعوى أنهم يملكون داري سينما "راديو وفريال" بالإسكندرية وقد نزعت ملكيتهم في عام 1965 لحساب الهيئة العامة للسينما والمسرح – التي حل المدعيان محلها فتسلمت الدارين في 1965/4/3 وصرف لهم التعويض المستحق عن نزع الملكية في عام 1976، ولما كانت الملكية لم تنتقل إلى الجهة المستفيدة من نزع الملكية إلا في 1979/11/12 أي أنهم ظلوا مالكين حتى هذا التاريخ الأخير، فإنهم يستحقون مقابل عدم انتفاعهم بالدارين عن الفترة من تاريخ الاستيلاء الفعلي حتى تاريخ انتقال الملكية.

2- وحكمت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعى عليهما الأول والثاني وبرفضها بالنسبة للمدعى عليهما الثالثة والرابع، فاستأنف المدعون الأربعة الأول بالاستئناف رقم 384 لسنة 43 ق الاسكندرية، وبعد أن ندبت المحكمة خبيراً أودع تقريره قضت محكمة الاستئناف بتاريخ 1998/2/5 بإلغاء الحكم المستأنف وبإلزام المطعون ضدهم متضامنين بأن يؤدوا للمستأنفين مبلغ 50369/232 جنيهاً.

فطعن المحكوم عليهما في هذا الحكم بالنقض.

3 – قضت محكمة النقض بنقض الحكم، وكان الطعن قد أقيم على سند من أن الحكم المطعون فيه قد شابه مخالفة القانون والقصور في التسبيب حيث أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالتضامن مع باقي المدعى عليهم بأداء مقابل عدم الانتفاع

بداري السينما على أنها شركة تابعة للطاعن الأول في حين أنها تمسكت أمام محكمة الموضوع بانعدام صفتها في النزاع إذ انشئت بالقرار رقم 111 لسنة 1980 لإدارة وتشغيل داري العرض السينمائي اللتين تم الاستيلاء عليهما وآلت ملكيتهما إلى الهيئة العامة للسينما والمسرح التي خلفها الطاعن الأول، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى ذاتها، وإنه وإن كان استخلاص توافر الصفة من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضي الموضوع، إلا أنه يتعين عليه أن يقيم قضاءه في هذا الشأن على أسباب سائغة تكفي لحمله.

لما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة الثانية دفعت أمام محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى بالنسبة لها لرفعها على غير ذي صفة، على سند من أنها لم تنشأ إلا بعد فترة المطالبة بمقابل عدم الانتفاع المدعى استحقاقه، وبأن ملكية داري السينما لم تؤول إليها وإنما إلى الهيئة العامة للسينما والمسرح، واقتصر دورها – الطاعنة الثانية – على مجرد إدارتهما وتشغيلهما، وقدمت المستندات المؤيدة لذلك الدفاع الجوهري، وإذا كان البين من الحكم المطعون فيه، إنه رغم ما ضمنه أسبابه من أن الطاعنة المذكورة شركة تابعة للمجلس الأعلى للثقافة وتدير داري العرض سالفي الذكر قضى بإلزامها بالتضامن مع هيئة المساحة والمجلس الأعلى للثقافة بأن تدفع على المطعون ضدهم الأربعة الأوائل مبلغ 50369.232 جنيهاً دون أن يبين سنده في ذلك، مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيقه للقانون، فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه في هذا الخصوص[1].

(1) الطعن رقم 1793 لسنة 67 القضائية جلسة 1999/6/15 أحكام النقض المدني، السنة 50 جـ2 رقم 166 ص 846.

## الأمر الثاني

## كتابة النوتة على ملف القضية

النوتة، تعبير أو اصطلاح عرفي استعمله المحامون على ما يدونه المحامي على ملف الدعوى من طلبات أو دفاع أو دفوع على نحو مختصر جداً، وسواء أكان المحامي سوف يحضر عن المدعي أو يحضر عن المدعى عليه، فالنوتة يقصد بها ما سوف يبديه المحامي في الجلسة من طلبات أو دفاع أو دفوع.

**أمثلة:**

1 - إذا كان المحامي سوف يحضر عن المدعي، فإن النوتة تكون تقريباً كالتالي:

(أ) "نحضر عن المدعي، ونقدم حافظة مستندات (أو نقدم مذكرة) ونصمم على الطلبات ونطلب حجز الدعوى للحكم"

(ب) وقد تكون النوتة كالتالي "نحضر عن المدعي ونطلب أجلاً لتقديم مستندات (أو لتقديم مذكرة بالدفاع)".

(ج) أو "نحضر عن المدعي ونطلب التصريح لنا بإعلان شهود الواقعة، مثلاً" أو "نطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات عناصر الدعوى" وما إلى ذلك.

2 - إذا كان المحامي سوف يحضر عن المدعى عليه، فإن النوتة تكون كالتالي:

(أ) "نحضر عن المدعى عليه ونطلب أجلاً للاطلاع على ما قدمه المدعي في جلسة اليوم".

(ب) أو "نحضر عن المدعى عليه، ونطلب أجلاً للرد على ما قدمه المدعي في جلسة اليوم من مذكرات ومستندات".

(ج) أو "نحضر عن المدعى عليه ونطلب ضم الدعوى رقم..... لسنة..... لاحتواء ملف هذه الدعوى على مستندات منتجة في الفصل في الدعوى الماثلة" وهكذا.

(د) أو "نحضر عن المدعى عليه، وندفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، (أو) لرفعها على غير ذي صفة، (أو) لانتفاء المصلحة القانونية للمدعي، (أو) ندفع بسقوط الحق المطالب به بالتقادم، (أو) نطلب رفض الدعوى لخلوها من المستندات (أو) لغير قيامها على سند من القانون أو الواقع، ونلتمس التأجيل لتقديم مذكرة شارحة بالدفاع.

والمهم في كتابة النوتة سواء من المدعي أو المدعى عليه، أنه لا توجد صيغة محددة، ولكن الصيغة تتوقف على ما ينوي المحامي أن يثيره أو يطلبه في الجلسة، أو ما يطلبه للجلسة القادمة.

**كيفية كتابة النوتة:**

يمكن أن تُعد النوتة باتباع وسيلتين:

الأولى : أن تكتب على ملف الدعوى ذاته في المكان المخصص لبيانات وقرارات الجلسة.

والثانية : أن تكتب في ورقة مستقلة عن الملف، وقد تكون هذه الورقة مطبوعة على هيئة "نوتة" معدة لتكون منفصلة عن الملف.

وقد تكون الورقة التي تكتب عليها النوتة مثبتة في الملف وفي وضع ظاهر.

والعلة من كتابة النوتة في الأصل هو أنها تكون نوع من التحوط والاحتياط إذ قد لا يتمكن المحامي الأصيل من الحضور في الجلسة، وقد يتم توزيع الملف على محام آخر يحضر نيابة عنه، وبالطبع لا يكون لديه أية فكرة عن موضوع الدعوى أو الطلبات فيها، ومن ثم فإن "النوتة" تحقق هذا الغرض.

ويلزم قبل الجلسة، سواء في اليوم السابق على الجلسة أو في يوم الجلسة ولكن قبل انعقادها، يلزم أن يطلع المحامي على "رول الجلسة" ليعرف رقم الدعوى التي سوف يحضر فيها، ثم يكتب هذا الرقم على ملف القضية، حتى يتابع المحامي المناداة على رول القضايا ليحضر في قضيته عندما ينادي عليها في ترتيبها المحدد بالرول.

## الحضور أمام المحكمة

إنه لمن المعلوم أن حضور المحامي أمام المحكمة سواء أكانت محكمة مدنية أو جنائية إنما يتم لتحقيق غايتين وهما:

**الغاية الأولى:**

هي إثبات حضوره سواء حضر مع موكله أو حضر نيابة عنه وفق القواعد التي تنظم مسألة الحضور، ومن المعلوم أن للحضور أمام المحكمة قواعده وإجراءاته سواء التي نص عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية، وذلك حسبما تكون القضية مدنية أو تجارية أو جنائية، هذا فضلاً عن القواعد العرفية التي استقرت في العمل.

**الغاية الثانية:**

هي إبداء المحامي دفاعه والرد على ما يبديه خصمه من دفاع أو طلبات.

وتبدأ المحكمة أولاً في إثبات حضور الخصوم سواء الحاضرون بأشخاصهم أو الحاضرون بوكلاء عنهم من المحامين أو من غير المحامين في الأحوال التي يجوز فيها ذلك.

وبعد أن تفرغ المحكمة من إثبات حضور الخصوم، تبدأ المحكمة في سماع المرافعة وفق القواعد المنظمة لذلك في القانون.

وفي هذا المبحث نقتصر على بيان قواعد وإجراءات إثبات الحضور أمام المحكمة، والقواعد الخاصة بإبداء المرافعة، ودون أن نتعرض لموضوع المرافعة وما يمكن أن يثار أمام المحكمة من دفاع أو دفوع مما يثير قواعد قانونية معينة، سواء قواعد إجرائية أو قواعد موضوعية، فذلك هو ما يكون موضوع المبحث التالي مباشرة، وذلك لأن موضوع المرافعة وما يمكن أن يطرح من مسائل قانونية أو واقعية هو موضوع على قدر كبير من السعة والتشعب وهو لذلك يحتاج إلى موضع خاص به، وإن كان في الأصل يشكل وحدة واحدة متكاملة لأنه يتم في جلسة واحدة مع إثبات الحضور، فإثبات الحضور يتم أولاً وبعد تبدأ مرافعة الخصوم، ولذلك فالموضوعان هما في حقيقة الأمر موضوع واحد، ولكننا لجأنا أو بمعنى أصح اضطررنا لجعلهما موضوعين وفي مبحثين لتسهيل عملية البحث فقط.

## الخطوة الثانية

## الحضور أمام المحكمة

قبل أن يأتي المحامي إلى المحكمة يوم انعقاد الجلسة وقبل دخوله قاعدة المحكمة يكون قد اطلع على ملف القضية وفحص ما به من مستندات وأوراق وراجع دفاع خصمه الذي قدمه في الجلسات السابقة حتى يكون مستعداً للمواجهة التي تحدث في الجلسة التي سيحضرها.

يجلس المحامي في قاعة المحكمة منتظراً بدء الجلسة، ويكون بالطبع على علم برقم قضيته "الرول" في الجلسة، فإذا بدأت الجلسة ينادي "الحاجب" على القضية الأولى في كشف الجلسة "الرول" وتسمى "رول 1" وبعدها "رول 2" و"رول 3" وهكذا، فإذا نادى الحاجب على القضية التي سوف يحضر فيها المحامي، فإنه يقوم ليذهب ويقف أمام هيئة المحكمة، وحينئذ يبدأ إثبات الحضور في محضر الجلسة.

**أولاً: كيفية إثبات حضور الخصوم أو المحامين في محضر الجلسة:**

ينادي "الحاجب" أولاً على "المدعي" ثم ينادي بعد ذلك على "المدعى عليه" ويقف الجميع أمام هيئة المحكمة، ومن يحضر معه محام منهم يقف محاميه معه، وقد لا يحضر المدعي أو المدعى عليه شخصياً ويحضر عنه محاميه، ويبدأ إثبات حضور من يحضر من هؤلاء، ويتم إثبات الحضور على الترتيب التالي:

(1) إثبات حضور المدعي، فإذا حضر المدعي بشخصه أثبت سكرتير الجلسة حضوره في محضر الجلسة، وإذا كان المحامي يحضر معه يثبت سكرتير الجلسة حضور المحامي معه.

(2) إثبات حضور المدعى عليه، سواء بشخصه أو إذا لم يحضر وحضر عنه المحامي، يثبت سكرتير الجلسة حضور المحامي، وإذا حضر المدعى عليه ومحاميه يثبت ذلك في محضر الجلسة كذلك.

ويلزم التنويه إلى أن المحامي هو الذي يتوجه إلى المحكمة ويطلب إثبات حضوره، سواء عن المدعي أو عن المدعى عليه، أو حضوره مع أي منهما، والمحكمة هي التي توجه سكرتير الجلسة إلى إثبات الحضور على النحو المتقدم، ويتم إثبات الحضور بطريقة آلية بسيطة خالية من أي غموض أو تعقيد.

فيقول محامي المدعي "فلان الفلاني المحامي" حاضر أو "يحضر" مع المدعي إذا كان المدعي حاضراً، أو يقول حاضر عن المدعي إذا لم يكن المدعي حاضراً.

ويقول بعد ذلك محامي المدعى عليه "فلان الفلاني المحامي" حاضر مع المدعى عليه، أو حاضر عنه إذا لم يكن المدعى عليه حاضراً.

**ثانياً: إبداء الطلبات والدفاع:**

بعد أن تفرغ المحكمة من إثبات الحضور، تبدأ بعد ذلك عملية إبداء الطلبات والدفاع، وهي من حيث ترتيب إجرائها تتم مثل عملية إثبات الحضور، فيبدأ أولاً محامي المدعي بإبداء طلباته ودفاعه، ثم بعد ذلك يبدأ محامي المدعى عليه بالرد على طلبات ودفاع المدعي.

وإنه مما يستحق الذكر أن الطلبات والدفاع التي يبديها محامي المدعي، أو الرد على تلك الطلبات والدفوع التي يبديها محامي المدعى عليه، هي مضمون "النوتة" التي سبق وأن أعدها المحامي قبل الجلسة، وهذا يعني أن المحامي سبق وأن فكر فيما سوف يبديه في الجلسة وذلك قبل الجلسة وأثناء قراءة وفحص ملف القضية على نحو ما بينا في المرحلة أو الخطوة الأولى، وسوف نعرض بقدر من التفصيل في موضع قادم أهم المسائل التي تتعلق بالطلبات والدفاع والدفوع التي يحتاجها المحامي حديث العهد بممارسة المهنة.

**ثالثاً: قرار المحكمة بعد سماع المرافعة في الجلسة:**

إبداء كل من محامي المدعي طلباته ودفاعه وما يقدمه في الجلسة، وكذلك رد محامي الخصم عليه، هو ما يطلق عليه "المرافعة"، فقد تكون المرافعة شفوية أو مكتوبة أي عن طريق المذكرات التي تقدم بالجلسة، وبعد أن تفرغ المحكمة من سماع مرافعة الطرفين، لابد أن تصدر قرارها في شأن ما سمعته، وتدور قرارات المحكمة بعد سماع المرافعة حول الأمور التالية:

(1) إما التأجيل لجلسة تالية تحددها المحكمة على الفور في مواجهة الخصوم في ذات الجلسة.

(2) إما أن تؤجل الجلسة وتطلب تقديم مستندات أو مذكرات سواء من محامي المدعي أو محامي المدعى عليه وتحدد جلسة تالية لذلك.

(3) وإما أن تقرر حجز القضية للحكم وتحدد جلسة النطق بالحكم.

(4) وإما لا تصدر المحكمة قرارها أثناء انعقاد الجلسة في مواجهة الخصوم، وتقرر صدور القرار آخر الجلسة، أي بعد انتهاء مرحلة المداولة، وبعد انتهاء المحكمة من المداولة تصدر قرارها، وقد يكون مضمون القرار هو أحد القرار السالف بيانها مثل التأجيل لأي سبب تذكره أو حجز الدعوى للحكم، أو أي قرار آخر بحسب ما تراه المحكمة.

## الخطوة الثالثة

## ما بعد الحضور أمام المحكمة

تشمل خطوة ما بعد الحضور أمام المحكمة ما يأتي:

1 – كتابة قرار المحكمة على ملف القضية.

2 – تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي.

3 – تسجيل قرار المحكمة في أجندة مكتب المحامي والحاسب الآلي.

4 – متابعة تنفيذ القرارات السابقة قبل حلول الجلسة القادمة.

ونقوم ببيان ذلك فيما يلي:

**أولاً: كتابة قرار المحكمة على ملف القضية:**

سواء أصدرت المحكمة قرارها أثناء انعقاد الجلسة وفي مواجهة الخصوم بعد انتهاء المرافعة في القضية، أو أصدرته في آخر الجلسة أي بعد انتهاء المداولة، يجب أن يدون المحامي قرار المحكمة على ملف القضية في المكان المخصص لذلك، وغالباً ما يكون القرار إما تأجيل القضية لجلسة قادمة تحددها المحكمة لتنفيذ طلبات قد تكون من المدعي أو من المدعى عليه مثل تقديم مستندات أو مذكرات أو إحضار شهود أو استجواب، وقد تكون هذه الطلبات مبداه سواء من المدعي أو المدعى عليه، وقد تكون المحكمة هي من تلقاء نفسها قد طلبت ذلك لاستجلاء بعض الأمور في القضية.

وقد يكون قرار المحكمة حجز القضية للحكم وتحديد جلسة للنطق به.

وفي كل الأحوال يجب أن يدون المحامي مضمون القرار وتاريخ الجلسة القادمة على ملف القضية، حتى يتابع تنفيذ هذا القرار من ناحية، ويستعد للحضور في الجلسة القادمة التي حددتها المحكمة وذلك من ناحية أخرى.

**ثانياً: تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي:**

عملية تسجيل قرارات المحكمة في غاية الأهمية، وهي عملية بالغة الأثر والخطورة في الوقت ذاته، وتبدأ بتسجيل قرار المحكمة على ملف القضية وهذا إجراء مهم، ثم تسجيلها القرار في أجندة المحامي، حتى يمكن أن يتابع المحامي تنفيذ قرار المحكمة للجلسة القادمة، سواء إذا كان القرار يقضي بتقديم مستندات أو مذكرات أو إحضار شهود أو حلف يمين أو أي قرار آخر، وعدم تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي قد يفوت عليه فرصة متابعة وتنفيذ ذلك القرار على نحو متكامل كما تطلبه المحكمة، وقد يعرض موكل المحامي لتوقيع جزاء من قبل المحكمة مثل وقف الدعوى وقفاً جزائياً أو تغريم الموكل، وما إلى ذلك.

**ثالثاً: تسجيل القرار في أجندة المكتب والحاسب الآلي:**

واستكمالاً لدائرة التسجيل، يلزم أن يسجل قرار الجلسة في سجل المكتب، وفي الحاسب الآلي وترحل القضية للجلسة القادمة وفق البرنامج الذي يستخدمه المكتب ولذات العلة التي تستدعي أن يسجل المحامي قرار المحكمة على ملف القضية أو في أجندته الخاصة به، فإنه يلزم تسجيل قرار المحكمة في أجندة المكتب والحاسب الآلي.

**رابعاً: متابعة تنفيذ القرارات السابقة قبل حلول الجلسة القادمة:**

يلزم أن يجتهد المحامي في تنفيذ قرار المحكمة في الجلسة السابقة والمحدد لتنفيذه الجلسة القادمة، وقد يكون هذا القرار بطلب:

1 – الاطلاع على ملف القضية.

2 – أو تقديم مستندات، يلزم أن يعدها ويحضرها المحامي ليقدمها في حافظة في الجلسة المحددة

3 – أو سداد رسوم دعوى فرعية أو طلب عارض، فيجب أن يقوم المحامي بذلك قبل ميعاد الجلسة، ليقدم فيها دليل السداد.

4 – أو إحضار شاهد، فيلزم أن يعلنه المحامي بجلسة الحضور وينبه عليه بضرورة حضوره، حتى يحضر ولا تؤجل الجلسة مرة أخرى لذات السبب.

5 – وقد تكون أية قرارات أخرى، وفي كافة الأحوال يجب أن يقوم المحامي بتنفيذها أو على الأقل يتابع تنفيذها.

# الفصل الثاني

## الحضور أمام محاكم ثاني درجة

كيفية وخطوات الحضور أمام محاكم ثاني درجة هي ذات الكيفية والخطوات المتبعة أمام محاكم أول درجة وذلك فيما يتعلق بمرحلة ما قبل الحضور وفيها يجب أن يطلع المحامي على ملف القضية ويفحصه جيداً ليقف على الوقائع والمستندات ذات القوة في الإثبات والمنتجة في القضية على نحو ما حددنا فيما تقدم.

ويضاف إلى ملف القضية أمام محكمة أول درجة ضرورة فحص الحكم الصادر من محكمة أول درجة ويختلف حال المحامي الذي صدر لصالحه الحكم عن المحامي الذي صدر ضده ذلك الحكم أي ما إذا كان المحامي هو المستأنف أو المستأنف ضده.

فإذا كان المحامي هو المستأنف يجب عليه إعادة فحص الحكم الصادر ضده من محكمة أول درجة، ومراجعة صحيفة الاستئناف للوقوف على ما إذا كان قد استوفى كل ما يمكن توجيهه من مطاعن إلى هذا الحكم وأسانيد وأدلة كل مطعن من هذه المطاعن، وقد يجد المحامي أن يُعد مذكرة يستكمل بها ما أورده في صحيفة الاستئناف ليقوى موقفه ويزيد من احتمال إلغاء الحكم المستأنف والقضاء له بطلباته.

أما إذا كان المحامي هو الذي صدر لصالحه الحكم المستأنف فإنه يجب عليه أن يفحص صحيفة استئناف خصمه وأن يرد على كل أسباب الاستئناف ردوداً قانونية مؤيدة بالأدلة والأسانيد المختلفة سواء نصوص القانون أو أحكام القضاء أو آراء الفقه إن لزم الأمر.

كل ذلك، هو ما يتم في مرحلة ما قبل الحضور أمام المحكمة، أما بقية المراحل أو الخطوات فهي ذاتها الخطوات التي كانت تتم أمام محكمة أول درجة، وذلك فيما يتعلق بما يأتي:

(1) إثبات الحضور في محضر الجلسة، فالمستأنف أولاً يثبت حضوره، ثم بعده يثبت المستأنف ضده حضوره على نحو ما سبق بيانه أمام محكمة أول درجة.

والمستأنف يبدي طلباته أولاً، ثم بعده يبدي المستأنف ضده طلباته ودفاعه، ودائماً يكون المستأنف ضده – مثل المدعى عليه – آخر من يتكلم ليرد على ما يبديه المستأنف من دفاع أو دفوع.

(2) قرار المحكمة.

(3) كتابة قرار المحكمة على ملف القضية.

(4) تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي.

(5) تسجيل قرار المحكمة في أجندة أو سجل المكتب والحاسب الآلي.

(6) متابعة تنفيذ قرار المحكمة للجلسة القادمة.

وتتم هذه الخطوات على ذات النسق الذي تمت به أمام محكمة أول درجة.

(7) الفصل في الاستئناف.

# الباب الثاني
# الحضور أمام المحاكم الجنائية
# أصول وقواعد الحضور أمام المحاكم الجنائية
# من الناحية الشكلية أو الإجرائية


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# الفصل الأول

## الحضور أمام محاكم الدرجة الأولى

## (محاكم الجنح ومحاكم الجنايات)

**أصول ومراحل الحضور أمام المحكمة (خطوات الحضور):**

إجراءات وقواعد الحضور أمام المحكمة المختصة تستند إلى أصول وقواعد قانونية وردت بصفة خاصة في قانون الإجراءات الجنائية وفي بعض القوانين الأخرى ذات الصلة، وتتنوع قواعد وإجراءات الحضور أمام المحاكم بحسب أحوال ومراحل الحضور، ولكن قبل أن نورد هذه القواعد يلزم أن نعطي فكرة عن اختصاص المحاكم الجنائية.

## اختصاص المحاكم الجنائية في المسائل الجنائية

## (محاكم الجنح ومحاكم الجنايات)

**أولاً: محكمة الجنح:**

وتوجد بكل محكمة جزئية، وهي محكمة جزئية وفقاً للمادة (215) من قانون الإجراءات الجنائية تحكم في كل فعل (جريمة) يُعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة، عدا الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد.

والجنح وفقاً للمادة (11) من قانون العقوبات هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

1 - الحبس.

2 - الغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه.

**ثانياً: محكمة الجنايات:**

وتحكم في كل فعل (جريمة) يعد بمقتضى القانون جناية، وفي الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الجنح المضرة بأفراد الناس وغيرها من الجرائم الأخرى التي ينص القانون على اختصاصها بها (المادة 216 إجراءات جنائية).

والجنايات وفقاً للمادة (10) من قانون العقوبات، هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

1 - الإعدام.

2 - السجن المؤبد.

3 - السجن المشدد.

4 - السجن.

## خطوات الحضور أمام المحكمة الجنائية

تمر عملية الحضور أمام المحاكم الجنائية أو غيرها، ومتابعة قرارات المحكمة بمراحل وخطوات ثلاث هي:

(1) مرحلة ما قبل الحضور أمام المحكمة.

(2) مرحلة الحضور أمام المحكمة.

(3) مرحلة ما بعد الحضور أمام المحكمة، وتشمل هذه المرحلة ما يأتي:

أ- كتابة قرار المحكمة على ملف القضية.

ب- تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي.

ج- تسجيل قرار المحكمة في أجندة مكتب المحامي والحاسب الآلي.

د - متابعة تنفيذ القرارات السابقة قبل حلول الجلسة القادمة.

ونقوم ببيان ذلك على الوجه التالي:

## الخطوة الأولى

## إجراءات وقواعد ما قبل الحضور أمام المحكمة

قبل أن يحضر المحامي أمام المحكمة في الجلسة المحددة لنظر القضية التي وكل فيها، يلزم أن يُعد المحامي نفسه لعملية الحضور وذلك حتى يكون على علم تام بالموضوع الذي يتكلم فيه وبالدور المطلوب منه القيام به أمام المحكمة، ويلزم أن يكون مستعداً لما قد يثار في الجلسة وما يحتمل أن يواجه به سواء من المحامي خصمه في القضية أو من قبل المحكمة، وهو ما يكون من شأنه ثقة المحامي بنفسه وبقدراته.

ويمكن إجمالي ما يجب أن يقوم به المحامي قبل حضور الجلسة في أمرين مهمين:

الأول : قراءة وفحص وملف القضية.

والثاني: كتابة النوتة على ملف القضية.

ونقوم ببيان هذين الأمرين بشيء من التفصيل.

## قراءة وفحص ملف القضية

## (الإعداد والتحضير للحضور)

**أهمية الإعداد والتحضير للحضور وقبل الوقوف أمام المحكمة:**

إعداد وتحضير القضية قبل الحضور أمام المحكمة هو أمر ضروري ولازم لكل محام، سواء أكان المحامي حديث العهد بمهنة المحاماة أو كان من شيوخها وأخبرهم بأصول وقواعد المهنة وأعلمهم بأسرارها وغرائبها، فأي محام يلزم أن يُعد نفسه ويحضر دفاعه ودفوعه استعداداً للمواجهة وتحسباً لما قد يتم فيها أمام المحكمة.

**وتتم المواجهة أمام المحكمة على مستويين:**

المستوى الأول: هو مستوى الخصوم معاً، وما قد يثيره الخصم من مسائل قانونية أو واقعية يفاجئ بها خصمه ويطلب منه الرد عليها أو إبداء الرأي فيها، وقد تكون هذه المسائل المثارة تتصل بقواعد قانونية موضوعية تتصل بقانون العقوبات أو أي قانون عقابي آخر، أو تتصل بقواعد قانونية إجرائية مثل قواعد قانون الإجراءات الجنائية، وقانون المرافعات المدنية والتجارية وغيرها.

والمستوى الثاني: مستوى المحكمة مع الخصوم، فالمحكمة ليست خصماً لأحد، إلا أنها قد ترى ضرورة استيضاح أو استجلاء بعض جوانب الموضوع، سواء من ناحية الوقائع أو من ناحية القانون الواجب التطبيق وأسانيد وأدلة الدعوى، وحينئذ يجب أن يكون المحامي جاهزاً للرد على ما يثار وتفنيده أمام المحكمة، وإن كان يحق للمحامي أن يطلب التأجيل لإعداد رده وتقديم مذكرة شارحة لما قد أثير بالجلسة.

وفي كل الأحوال، يجب أن يكون المحامي مستعداً للمواجهة على أي مستوى من مستوياتها، حتى لا يتعرض لمواقف قد تكون حرجة، وحتى لا تهتز ثقته بنفسه، أو تهتز ثقة زملائه أو موكليه به.

## كيف يقرأ ويفحص المحامي ملف القضية
## وما يجب أن يتوقف عنده فيها

يلزم أن يقرأ المحامي ملف القضية قراءة جيدة ومتأنية، فملف القضية هو الوعاء الذي يضم وقائع الدعوى كاملة سواء من حيث الفعل أو الأفعال المسندة إلى المتهم أو المتهمين المقام ضدهم الدعوى، ودور كل منهم في تحقيق أو تنفيذ الجريمة بحسب ما إذا كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً.

كما يتضمن ملف القضية الأدلة المقدمة من النيابة العامة والقائمة ضد المتهم، وما قدمه دفاع المتهم من أدلة لنفي التهمة أثناء تحقيق النيابة أو خلال سؤاله في الشرطة.. إلخ.

ووقائع القضية يقصد بها ما حدث بالفعل في العالم الخارجي من أفعال وسلوكيات وما تحقق من نتائج، فهي تعني أركان وعناصر وظروف الجريمة التي وقعت.

دور وقائع القضية في إرشاد وتوجيه المحامي إلى اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، سواء قواعد قانون العقوبات أو قواعد قانون الإجراءات الجنائية:

إن المحامي عندما يقرأ ملف القضية ويفحصه يمكن أن يقف على الوقائع المنتجة أي ذات الأهمية في إعداد دفاعه الذي يقدمه في هذه القضية، فالمحامي عندما يقرأ الوقائع ويفسرها لا شك أنها تثير في ذهنه الاسم القانوني لهذه الوقائع (التكييف)، كأن تكون الجريمة قتل عمد، وقد يكون لواقعة القتل العمد الثابتة بالأوراق وصف قانوني، كأن يكون قتل عمد بالسم أو مع سبق الإصرار والترصد، أو قتل عمد مقترن بجنحة أو قتل عمد مرتبط بجنحة، فكل هذه الأوصاف يتوصل إليها المحامي من خلال تفسيره وفهمه الصحيح للوقائع المادية الثابتة في ملف القضية.

إن معنى ذلك، وبكل تأكيد، أن وقائع القضية ترشد وتوجه المحامي إلى اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجالات متعددة، وليس في مجال تحديد الاسم أو الوصف القانوني للوقائع فقط، فالوقائع ترشد وتوجه المحامي كذلك إلى تحديد دور المتهم، هل هو شريك أم فاعل أصلي أو العكس وغير ذلك.

وعلى أية حال يمكننا القول أن وقائع القضية توجه المحامي وترشده إلى اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على القضية، سواء بالنسبة للقواعد القانونية الموضوعية (قواعد قانون العقوبات) أو بالنسبة للقواعد القانونية الإجرائية (قواعد قانون الإجراءات الجنائية)، وهو ما نقوم ببيانه على الوجه الآتي:

**أولاً: دلالة وقائع القضية على القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على القضية:**

توجه وقائع القضية الثابتة بملفها المحامي وترشده إلى تحديد القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق إلى بعض أو كل المجالات الآتية:

1- الوصف القانوني للفعل المسند إلى المتهم أي تحديد اسم الجريمة ووصفها في القانون، كما سلف البيان.

2- صور الركن المادي للجريمة، أي ما إذا كان قد اكتمل الركن المادي فتكون الجريمة تامة، أو لا يكون قد اكتمل ولم تتحقق النتيجة الإجرامية فتكون الجريمة قد وقفت عند حد الشروع.

3- صور الركن المعنوي، أي من حيث هل هو "الخطأ غير العمدي" أو هو "القصد الجنائي" وهو ما يشير إلى ما إذا كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية.

4- سلطان النص الجنائي من حيث الزمان، وهذا في حالة أن يصدر قانون يتعلق بالتجريم والعقاب بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها نهائياً، وهو ما يثير تطبيق القانون الأصلح للمتهم إذا ما توافرت شروط ذلك.

5- سلطان النص الجنائي من حيث المكان، وهو ما يثار في حالة تحديد مكان وقوع الجريمة طبقاً للمعايير الخاصة بذلك، وذلك لتحديد المحكمة المختصة محلياً بنظرها ويكون ذلك وفق ما تشير إليه وقائع القضية.

6- أسباب تخفيف العقاب.

7- أسباب تشديد العقاب.

8- أسباب امتناع العقاب.

9- أسباب الإباحة.

10- تحديد دور المتهم وهل هو شريك أو فاعل أصلي.

فواقع القضية الثابتة تشير وتدل على تطبيق قواعد قانونية في مجال أو أكثر من المجالات السابقة، والمحامي من خلال قراءة ملف القضية وفهم الوقائع وتفسيرها تفسيراً صحيحاً يمكنه تحديد القواعد القانونية الموضوعية في مجال من المجالات السابقة والتي يمكن تطبيقها على القضية.

**ثانياً: دلالة وقائع القضية على القواعد القانونية الإجرائية الواجبة التطبيق:**

والأمر ذاته، فإن المحامي يستطيع من خلال قراءة وفهم وتفسير وقائع القضية أن يرشح ويختار القواعد القانونية الإجرائية (قواعد قانون الإجراءات الجنائية) التي ترشده وتوجهه إليها وقائع القضية، كما تم له ذلك بالنسبة لاختيار القواعد القانونية الموضوعية تماماً.

وقد توجه وقائع القضية انتباه المحامي وترشد وتضع بصره على اختيار وتطبيق القواعد القانونية الإجرائية في أي مجال من المجالات الآتية:

1 – كيفية تحريك الدعوى الجنائية والقيود التي ترد على حرية النيابة العامة في تحريكها، وقيود الإدعاء المباشر، والجهات الأخرى التي تملك تحريك الدعوى الجنائية خلاف النيابة (العامة) فقد تثير وقائع القضية مسألة من هذه المسائل.

2 – الاختصاص بنظر القضية بكافة أنواعه وهي:

أ– الاختصاص المحلي أو المكاني.

ب– الاختصاص الشخصي أي بالنظر إلى شخص المتهم.

ج- الاختصاص النوعي.

3 – مدى شرعية الإجراءات الجنائية والأدلة المقدمة من النيابة العامة أو سلطة التحقيق في الدعوى.

وإنه لا يثور أدنى شك في أن وقائع القضية كما يستخلصها ويفهمها المحامي من واقع قراءة الملف الخاص بها، لا شك أن هذه الوقائع توجه نظر المحامي وترشد إلى القواعد القانونية الإجرائية الواجبة التطبيق في أي من المجالات السابقة.

ويتوقف اختيار المحامي للقاعدة التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية، يتوقف ذلك على فهمه وتفسيره الصحيح للوقائع التي يقرأها، والمحامي في ذلك مثله مثل القاضي إنما يكون عقيدته من خلال فهمه وتفسير لوقائع الدعوى على حقيقتها وذلك هو ما يمكنه من تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على تلك الوقائع[1].

(1) يراجع مؤلفنا، أصول مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكون عقيدته، ص 51 وما بعدها.

## كيفية قراءة ملف القضية واستخلاص
## ما تثيره من مسائل قانونية تفيد
## في إبداء الدفاع والدفوع والطلبات في القضية

**قواعد أساسية في قراءة ملف القضية والاستعداد لحضور الجلسة والمرافعة أو حتى إعداد دفاع مكتوب:**

1- قبل حضور المحامي جلسة المرافعة المحددة لنظر قضيته، قلنا أنه يجب أن يقرأ ويفحص ملف القضية جيداً، ليقف على مواطن الضعف في القضية ويحدد ما يجب أن يستغله في الدفاع والحصول على حكم ببراءة المتهم أو بمعاملته بمنتهى الرأفة وذلك بحسب طبيعة ما يتبينه المحامي من ملف القضية.

2- بعد أن يقرأ المحامي ملف القضية ويستوعب الوقائع جيداً، بالتأكيد أنه يصل إلى أحد الفروض الأربعة التالية:

**الفرض الأول:**

أن المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى الجنائية، سواء أكان عدم الاختصاص نوعياً وذلك بالنظر إلى نوع الواقعة، كأن تكون القضية منظورة أمام محكمة الجنح في حين أنها جناية من اختصاص محكمة الجنايات أو العكس، أو تكون الواقعة جنحة ولكن القانون قرر أن تختص محكمة الجنايات بنظرها، في حين أن الدعوى الجنائية كانت مقامة أمام محكمة الجنح.

ففي هذه الحالة وإذا صادف المحامي هذا الفرض، فإنه لا يتعرض في دفاعه للموضوع أو التهمة المقام بها الدعوى، ولكنه يقتصر على إبداء الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى.

كما أن المحامي في نطاق هذا الفرض قد يدرك أنه لا تتوافر شروط قبول الدعوى الجنائية المقررة قانوناً، مثل تحريك الدعوى الجنائية دون أن يتقدم المجني عليها فيها بشكوى إذا كانت الجريمة من جرائم الشكوى، أو عدم تقدم ذووا الشأن بطلب، أو الحصول على إذن في الأحوال المقررة قانوناً وفقاً للمواد 3، 8، 8 مكرراً، 9 من قانون الإجراءات الجنائية.

ففي تلك الأحوال أيضاً يقتصر دور المحامي في الدفاع على إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون، ودون أن يتعرض المحامي لموضوع الدعوى.

**الفرض الثاني:**

أن المحكمة قد تكون مختصة وأنه قد توافرت شروط قبول الدعوى، إلا أنه لا تتوافر أركان الجريمة المسندة إلى المتهم، فقد يكون الركن المادي أو عنصر فيه أو شرط من شروطه غير متوافر، وقد يكون الركن المادي متوافراً إلا أن الركن المعنوي يكون غير متوافر، سواء أكان القصد الجنائي إذا كانت الجريمة عمدية أو الخطأ إذا كانت الجريمة غير عمدية.

وقد يتبين للمحامي عدم توافر شرط مفترض من شروط الجريمة التي لا تقوم إلا بها، مثل شرط وضع اليد القانوني كشرط مفترض في جريمة انتهاك حرمة ملك الغير، وشرط تسليم المال إلى الجاني في جريمة خيانة الأمانة، ففي كل تلك الأحوال وغيرها يتبين المحامي أن نقطة الضعف في القضية هي عدم توافر ركن من أركان الجريمة أو عنصر أو شرط في ركن من هذه الأركان، وأنه لذلك يطلب القضاء ببراءة المتهم لانتفاء هذا الركن من أركان الجريمة.

إذن، دفاع المتهم وطلباته في نطاق هذا الفرض يتعلق بأركان الجريمة، والمحامي في نطاق هذا الفرض، وكما سلف البيان يقوم بإجراء المطابقة بين الواقعة النموذجية الواردة في نص التجريم من ناحية والواقعة المادية المسندة إلى المتهم من ناحية أخرى، حتى تتبين له حقيقة الأمر، وهي: هل الواقعة المادية التي ارتكبها المتهم والمسندة إليه تتطابق تماماً مع نص القانون المقدم به المتهم للمحاكمة؟ أو لا تتطابق معه؟ فإذا كان يوجد أي خلل، فإن ذلك معناه أن الواقعة المادية لا تتوافر فيها كل العناصر التي توجد في نموذج الجريمة الوارد في نص القانون، وفي هذه الحالة لا توجد جريمة، ويطلب المحامي القضاء ببراءة المتهم لانتفاء الجريمة، أو لعدم توافر أركانها.

**الفرض الثالث:**

قد يتبين للمحامي أن الجريمة كما هي واردة في نصوص القانون تتطابق مع الواقعة التي ارتكبها المتهم، وفي نطاق هذا الفرض تكون الجريمة كاملة الأركان، إلا أن المحامي قد يتبين له إما أنه لا يوجد دليل إثبات، أو أن الأدلة القائمة في

الـدعوى غـير قانونيـة أو غـير شرعيـة، أو أن الأدلـة لا تجـزم بإدانـة المـتهم، وذلـك بحسـب الأحوال.

وفي نطاق هذا الفرض، يكون دفاع المحامي عن المتهم قائماً على الأدلـة في الـدعوى، أو على الإثبات بوجه عام، فيطلب براءة المتهم إما لعدم وجود دليل إدانة مطلقاً، أو لأن أدلـة الإثبات غير قانونية وغير صحيحة في القانون، أو لأن الإدانة محل شك.

**الفرض الرابع:**

وهو أن تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى وتتوافر شروط قبول الدعوى وأن أركـان الجريمة تتوافر في حق المتهم وأدلة الثبوت قائمة ضده، وفي نطاق هذا الفرض لا يكون أمـام المحامي إلا أن يطلب معاملة المتهم بمنتهى الرأفة ويسوق الأدلة والمبررات التي تسـانده في الطلب.

ويواجه المحامي بهذا الفرض عندما تكون الجريمة المسندة إلى المـتهم ثابتـة ضـده إمـا باعترافه بارتكابها أو بشهادة الشهود ، ولا يجد المحامي أية ثغـرة أو مجـال لإبـداء دفـاع أو دفوع، فلا يكون أمامه سوى طلب الرأفة من المحكمة، وسوف نزيـد هـذا الأمـر تفصـيلاً في موضع قادم.

## كتابة النوتة على ملف القضية

النوتة هي تعبير أو اصطلاح عرفي استعمله المحامون للدلالة عـلى مـا يدونـه المحـامي على ملف الدعوى مما يتعلق بمضمون طلباته أو دفاعه أو دفوعه على نحـو مختـصر جـداً، وهو يعبر عما يريد أن يبديه المحامي في هذه الجلسة، سواء أكان المحامي حاضراً عن المتهم أو عن المدعي بالحقوق المدنية.

فالنوتة إذن، هي ما يدونه المحامي على ملف القضية مما يريد أن يبديه في جلسة مـا من طلبات أو دفاع أو دفوع على نحو مختصر.

**أمثلة للنوتة:**

(1) إذا كان المحامي حاضراً مع المـتهم أو عنـه بموجـب وكالـة في حالـة جـواز ذلـك، فـإن النوتة تكون تقريباً كالتالي:

أ – نحضر مع المتهم (أو عنه) ونطلب أجلاً للاطلاع على القضية.

ب - أو نحضر مع المتهم (أو عنه) ونقدم مذكرة بدفاعه وحافظة مستندات، ونطلب حجز الدعوى للحكم.

ج- أو نحضر مع المتهم (أو عنه) ونطلب من المحكمة أن تصرح للمتهم بإعلان شهود نفي، وذلك للحضور لسماع شهادتهم في جلسة قادمة.

د - أو نحضر مع المتهم (أو عنه) وندفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوى، ونقدم مذكرة شارحة للدفع، ونصمم على الدفع.

هـ- أو نحضر مع المتهم (أو عنه) وندفع بانقضاء الدعوى العمومية بمضي المدة استناداً إلى ما أثبته تقرير الخبير، ونطلب حجز الدعوى للحكم.

(2) إذا كان المحامي حاضراً مع المدعي بالحق المدني أو عنه فإن النوتة يمكن أن تكون كالتالي:

أ - نحضر مع المدعي بالحق المدني (أو عنه) وندعي مدنية قبل المتهم الحاضر بمبلغ 1000 جنيه على سبيل التعويض المدني المؤقت.

ب - نحضر مع المدعي بالحق المدني (أو عنه) ونطلب سماع شهود الإثبات الحاضرين بالقاعة.

ج- نحضر مع المدعي بالحق المدني (أو عنه) ونقدم مذكرة شارحة للدفاع والطلبات ونطلب حجز الدعوى للحكم.

إن المهم في خصوص كتابة "النوتة" أنه لا توجد صيغة محددة بالذات لها، ولكن الصيغة التي تكتب بها النوتة تتوقف على ما ينوي المحامي أن يثبته في محضر الجلسة سواء إذا كان ذلك يتعلق بدفاع معين أو طلب يريد أن تجيبه المحكمة إليه، أو دفع يدفع به الدعوى وما إلى ذلك، وعلى أن يكون ذلك بشكل مختصر ودون إسهاب.

**كيفية كتابة النوتة:**

غالباً ما تُعد النوتة باتباع إحدى وسيلتين:

الأولى : أن تكتب النوتة على ملف القضية ذاته وذلك في المكان أو الموضع المخصص لبيانات وقرارات الجلسة.

والثانية : أن تكتب النوتة في ورقة مستقلة عن الملف، وقد تكون هذه الورقة مطبوعة على هيئة "نوتة" ومعدة لهذا الغرض، وقد تكون هذه الورثة مستقلة بذاتها بدون أن تكون مثبتة أو متصلة بملف القضية.

وقد تكون هذه الورقة "النوتة" مثبتة في الملف وفي موضع ظاهر.

**العلة في كتابة النوتة:**

الأصل أن يحضر المحامي بنفسه عن موكله في الجلسة المحددة لنظر قضيته وتقديم دفاعه عنه، إلا أنه في بعض الأحوال قد لا يتمكن المحامي من الحضور بنفسه مع الموكل أو عنه في جلسة ما وذلك لأسباب قد يكون منها انشغال المحامي في محكمة أخرى أو حدوث أي مانع يمنعه من الذهاب إلى المحكمة وما إلى ذلك.

فالعلة من كتابة النوتة "سواء على ملف القضية أو في ورقة منفصلة عنه أنها نوع من الاحتياط والتحوط إذ قد لا يتمكن المحامي الأصيل من الحضور في الجلسة لأي سبب من الأسباب، وفي هذه الحالة يقوم وكيل المحامي أو أحد العاملين معه بتوزيع ملف القضية على محام آخر ممن يكونون حاضرين في الجلسة أمام المحكمة ليحضر نيابة عن المحامي الأصيل، وبالطبع بالمحامي المناب عن المحامي الأصيل لا تكون لديه أية فكرة عن القضية وموضوعها أو الطلبات فيها، ومن ثم فإن "النوتة" تحقق هذا الغرض ببساطة.

وإنه مما يستحق التنويه إليه، وجوب أن يطلع المحامي على "رول" الجلسة، وذلك سواء في اليوم السابق على تاريخ الجلسة أو في اليوم ذاته وقبل انعقاد الجلسة وذلك ليتعرف المحامي على رقم الدعوى في كشف الجلسة "الرول" ثم يكتب هذا الرقم "الرول" على ملف القضية في المكان المخصص له، حتى يتابع المحامي "الحاجب" وهو ينادي على القضايا، وليتمكن المحامي من الحضور في قضيته عندما ينادي عليها في ترتيبها المحدد بالرول.

## الخطوة الثانية

## الحضور أمام المحكمة

## (محاكم الجنح أو محاكم الجنايات)

يقرأ المحامي ملف القضية قبل يوم الجلسة المحددة لنظرها، ليكون مستعداً لإبداء دفاعه فيها، حيث يفحص ما بها من أوراق ويراجع ما يكون خصمه قد أبداه من دفاع أو دفوع، وبذلك يكون المحامي مستعداً للمواجهة في الجلسة.

يجلس المحامي في قاعة المحكمة المختصة منتظرا بدء الجلسة، ويكون بالطبع على علم برقم قضيته "الرول" فإذا بدأت الجلسة، ينادي "الحاجب" على القضية الأولى

في كشف الجلسة "الرول" وتسمى القضية الأولى "رول1" وبعدها "رول 2" و "رول 3" وهكذا إلى أن تنتهي كل القضايا المدونة في كشف هذه الجلسة.

فإذا نادى "الحاجب" على القضية التي استعد المحامي للحضور فيها، فإن المحامي يقوم ليذهب ويقف أمام هيئة المحكمة، وحينئذ يبدأ "إثبات" حضوره في محضر الجلسة.

**أولاً: كيفية إثبات حضور الخصوم أو المحامين في محضر الجلسة:**

ينادي "الحاجب" على "المتهم" فيقف المحامي، وإذا كان المتهم حاضراً يحضر معه، أما إذا كان غير حاضر وأصدر توكيلاً للمحامي – في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك – فإن المحامي يحضر عنه، وتبدأ عملية إثبات الحضور أمام المحكمة.

والقاعدة العامة في وجوب حضور المتهم شخصياً الجلسة أو إمكان أن يحضر عنه المحامي بموجب توكيل، حددتها المادة 237 من قانون الإجراءات الجنائية، ويمكن أن يستخرج من هذه المادة القواعد التالية:

(1) وجوب أن يحضر المتهم شخصياً في الأحوال الآتية:

أ- في قضايا الجنايات بصفة مطلقة.

ب- وجوب أن يحضر المتهم في الجنح المعاقب عليها وجوباً بالحبس.

ج- وجوب أن يحضر المتهم أمام محكمة الجنح المستأنفة في حالة أن يكون حكم أول درجة صادراً بالحبس.

(2) في غير الأحوال المتقدمة يجوز أن يحضر المحامي عن المتهم بموجب توكيل يصدر إليه.

(3) يجوز للمحكمة في كل الأحوال أن تأمر بحضور المتهم شخصياً.

فيثبت المحمي حضوره مع المتهم – أو عنه -، وإذا كانت القضية فيها دعوى مدنية (إدعاء بالحق المدني) فإذا كان يحضر محامي مع المدعي بالحق المدني أو عنه يثبت المحامي حضوره بالصفة التي يحضر بها.

وإثبات الحضور أمام المحكمة الجنائية من حيث قواعده العامة لا يختلف عن إثبات الحضور أمام المحاكم المدنية، ووفقاً للمادة (271) من قانون الإجراءات الجنائية تكون الإجراءات في الجلسة كالتالي:

1 – ينادي على المتهم، فيثبت المحامي حضوره معه أو عنه بموجب توكيل وذلك بحسب الأحوال.

2 – ينادي على المدعي بالحق المدني، فيثبت المحامي حضوره معه أو عنه بحسب الأحوال.

**ثانياً: إبداء الطلبات والدفاع:**

بعد أن تفرغ المحكمة من إثبات الحضور على النحو المتقدم تبدأ إجراءات الجلسة كالتالي:

1 - تسأل المحكمة المتهم عن اسمه ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته ومولده، وتوجه النيابة العامة التهمة المسندة إليه بأمر الإحالة أو بورقة التكليف بالحضور.

2 - توجه النيابة العامة طلباتها.

3 - يوجه المدعي بالحق المدني طلباته.

4 - تسأل المحكمة المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف اكتفت المحكمة باعترافه والحكم عليه بغير سماع شهود.

أما إذا أنكر المتهم فتسمع المحكمة الشهود كالتالي:

(أ) سماع شهود الإثبات.

(ب) سماع شهود النفي.

5 - تكون مناقشة شهود الإثبات كالتالي:

(أ) من النيابة العامة.

(ب) من المدعى بالحقوق المدنية.

(ج) من المتهم.

(د) من المسئول عن الحقوق المدنية، وقد نصت على هذه الإجراءات المادة (271) من قانون الإجراءات الجنائية.

6- تكون مناقشة شهود النفي كالتالي:

(أ) من المتهم.

(ب) من المسئول عن الحقوق المدنية.

(ج) من النيابة العامة.

(د) من المجني عليه.

(هـ) من المدعى بالحقوق المدنية.

وقد نصت على هذه الإجراءات المادة (272) من قانون الإجراءات الجنائية.

والمحامي يقوم بالدفاع عن المتهم بأن يقدم دفاعه ودفوعه ويبدى طلباته حسب الخطة التي أعداها في هذا الشأن ووفق النماذج التي بيناها فيما تقدم، وما سوف نذكره في مواضع قادمة.

**ثالثاً: قرار المحكمة بعد سماع المرافعة في الجلسة:**

**مبدأ شفوية المرافعة في القضايا الجنائية:**

من المقرر أن الأصل في الأحكام الجنائية أن تبنى على التحقيقات الشفوية التي تجريها المحكمة في مواجهة المتهم وتسمع فيها الشهود مادام سماعهم ممكناً، ولا تكون المحكمة في حل من شفوية المرافعة إلا برضاء المتهم أو المحامي المدافع عنه صراحة أو ضمناً.

وبعد إبداء المرافعة سواء الشفوية أو المكتوبة (المذكرات) تصدر المحكمة قرارها في شأن ما سمعته أو بشأن القضية عموماً، وتدور قرارات المحكمة بعد سماع المرافعة حول الأمور التالية:

(1) إصدار الحكم الفاصل في موضوع القضية سواء ببراءة المتهم أو بإدانته.

(2) حجز القضية للحكم وتحديد جلسة النطق بالحكم.

(3) التأجيل لجلسة تالية تحددها المحكمة في مواجهة الخصوم، وقد يكون التأجيل لتقديم مستندات أو مذكرات أو لحضور شهود وما إلى ذلك.

وهناك فروض كثيرة للقرار الذي تصدره المحكمة بعد سماع المرافعة، وذلك بحسب ما يثار في الجلسة وما يقدمه المتهم من دفاع وما يبديه من طلبات وهي لا تقع تحت حصر.

## الخطوة الثالثة

## ما بعد الحضور أمام المحكمة

تشمل خطوة ما بعد الحضور أمام المحكمة عدة واجبات تقع على عاتق المحامي يجب أن يقوم بها، وهي أربعة واجبات:

1 - كتابة قرار المحكمة على ملف القضية.

2 - تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي خاصة في حالة التأجيل لجلسة قادمة.

3 - تسجيل قرار المحكمة في أجندة مكتب المحامي والحاسب الآلي.

4 - متابعة تنفيذ القرارات السابقة قبل حلول الجلسة القادمة.

وبيان هذه الواجبات لا يختلف عما سبق أن أوردناه بشأن الحضور أمام المحكم المدنية والتجارية ومن ثم فإننا نحيل إلى ما سبق، ولا مبرر للتكرار.

## الفصل الثاني

## لحضور أمام محاكم ثاني درجة

## (محكمة الجنح المستأنفة)

لا تختلف قواعد وإجراءات الحضور أمام محكمة الجنح المستأنفة عن قواعد وإجراءات الحضور أمام محكمة الجنح، ولكن الأمر الأهم من هذا الشأن هو أن دور المحامي أمام محكمة الجنح المستأنفة أهم من دوره أمام محكمة الجنح، ففي مرحلة المحاكمة أمام محكمة أول درجة (محكمة الجنح) لم يكن أمام المحامي أو تحت يديه سوى ملف القضية وما يتضمنه من محاضر وأوراق، أما في مرحلة المحاكمة أمام محكمة الجنح المستأنفة، فإنه يضاف إلى ملف القضية أمام محكمة أول درجة، الحكم القضائي الصادر بإدانة المتهم، وهو الحكم الذي طعن فيه المتهم بالاستئناف طلباً لإلغائه والقضاء مجدداً ببراءته من التهمة المسندة إليه.

إذن، يلزم أن يطلع المحامي على الحكم الصادر من محكمة الجنح بإدانة المتهم، ويفحصه جيداً ويقف على مواطن القصور فيه، لتكون هذه المواطن هي موضوع دفاعه الذي يبديه أمام المحكمة.

إذن، المحامي وهو يحضر مع المتهم أمام محكمة الجنح المستأنفة يكون بين يديه:

أولاً : ملف القضية وما استخلصه منه من وقائع مهمة وما أبداه من دفاع لم تأخذ به المحكمة مع ثقة المحامي في هذا الدفاع.

ثانياً : الحكم الصادر بالإدانة، وما تضمنه من أسباب وما شابه من عيوب وأوجه طعن يجب أن يقف عليها المحامي جيداً حتى يستند إليها في دفاعه، فضلاً عما كان قد أثاره من دفاع ودفوع أمام محكمة أول درجة.

## قواعد أساسية تفيد المحامي من فحص الحكم الصادر بالإدانة وتحديد العيوب التي شابته وأسباب وأوجه الطعن فيه وإبداء دفاعه أمام محكمة الجنح المستأنفة

يجب على المحامي أن يقرأ الحكم الصادر بالإدانة جيداً وأن يدرسه حتى يقف على ما شابه من عيوبٍ، وليحدد أوجه الطعن فيه، والأسباب التي يستند إليها في طعنه، وعلى ذلك يجب أن يقف المحامي على أمور الآتية:

**[1] أن يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم المطعون فيه في إدانة المتهم له مأخذ صحيح من الأوراق:**

فيجب أن يعلم المحامي أنه من المقرر في الفقه والقضاء التزام القاضي أن يكون في استدلاله الوارد في الحكم الذي يُصدره مستنداً إلى أدلةٍ مأخوذة من أوراق الدعوى حقيقة وفعلاً، والمخالفات التي يقع فيها الحكم الجنائي في هذا الخصوص تعود إلى ما يسمى "الخطأ في الإسناد"، ويقع الحكم الجنائي في هذا الخطأ إذا أسند – مثلاً – أقوالاً إلى شاهد لم يقلها، أو اعترافاً إلى متهم لم يصدر منه، أو معاينة لم تسفر عما نسبه إليها أو نقله عنها، أو نسب الحكم عبارة هامة إلى تقرير طبي لم ترد به، وعلى أية حال يمكن القول بأن الحكم شابه الخطأ في الإسناد كلما استند إلى واقعة جوهرية اعتبرتها المحكمة صحيحة قائمة وهي لا وجود لها.

ويجب أن يعلم المحامي أن المعيار في تقرير وجود الخطأ في الإسناد من عدمه يكون بالرجوع إلى أوراق الدعوى والتحقيق الذي يجري بالجلسة لمعرفة ما إذا كانت العبارة التي أخطأ الحكم في إسنادها إلى مصدر معين واردة فيما ثبت على لسان هذا المصدر أم لا.

ويجب التنويه في هذا الخصوص أنه حتى يُوصف الحكم بالخطأ في الإسناد، لا بُدَّ أن يكون استدلال الحكم بالدليل الوهمي غير الموجود بالأوراق قد ورد على مسألة جوهرية.

**[2] أن تكون الأدلة التي عوَّل عليها الحكم وليدة إجراءات صحيحة:**

فيلزم أن يتأكد المحامي وهو يقرأ ملف القضية ويفحص وقائع الدعوى الثابت فيها أن الحكم الصادر فيها والمطلوب الطعن فيه قد استدلَّ على ثبوت الواقعة بدليل صحيح في القانون، ويكون الدليل كذلك. إذا كان وليد إجراءات صحيحة غير مخالفة للقواعد المقررة والتي رسمها القانون، وأوجَبَ اتباعها، سواء في جمع الاستدلالات، أو في التحقيق الابتدائي، أو النهائي، وإلا كان استدلاله فاسداً معيباً، ومن قبيل ذلك أن يستدل الحكم بما أسفر عنه من دليل تفتيش باطل، أو قبض غير صحيح، أو استجواب مخالف للقانون، أو اعتراف مشوبٌ بإكراه، أو محرر مسروق، أو بمعلوماتٍ وصلت إلى شاهد عن طريق مخالف للنظام العام أو حسن الآداب كاستراق السمع أو التجسس من ثقوب الأبواب، أو بأخرى تتضمن إفشاء لسر المهنة.

وفي كل هذه الأحوال وأمثالها، يجب أن يكون المحامي المدافع عن المتهم قد دفع ببطلان الدليل في الوقت المناسب، ومع ذلك عوَّلت عليه المحكمة في إدانة المتهم.

**[3] أن يكون الحكم المطعون فيه قد ذكر مؤدى الأدلة التي استند إليها في قضائه:**

من المقرر في الفقه والقضاء على السواء، أنه يجب على المحكمة أن تبين في حكمها مؤدى الأدلة التي عوَّلَ عليها في قضاءه بياناً كافياً، ولا تكفي مجرد الإشارة العابرة إليها، أو التنويه عنها تنويهاً مقتضباً مخلاً، ومعنى ذلك أنه يجب على القاضي أن يسرد في حكمه مضمون الدليل بطريقةٍ وافية يُبيِّن منها مدى تأييده للواقعة كما اقتنعت بها المحكمة، ومبلغ اتفاقه مع باقي الأدلة التي أقرها الحكم، أو بعبارةٍ أخرى : حتى يتضح وجه استدلاله بها، وإلا كان ذلك قصوراً في التسبيب يعيب الحكم بما يُبطله.

**[4] يلزم أن تكون الأدلة التي عوَّلَ عليها الحكم في قضائه تصلح لأن تكون عناصر إثبات أو نفي سائغة:**

من المقرر في الفقه والقضاء كذلك، أنه يلزم في استدلال الحكم بدليل من الأدلة – بالإضافة إلى كل ما تقدَّم – أن يكون هذا الدليل يصلح لأن تستخلص منه عناصر إثبات أو نفي حقيقية سائغة. أو بعبارةٍ أخرى أن يكون الدليل مؤدياً لما رتَّبه عليه

الحكم من نتائج في غير تعسُّف، ولا تنافر مع حكم العقل والمنطق، إذ لا يصلح استخلاص نتيجة خاطئة، ولو من دليل صحيح أو واقعة ثابتة، وإلا كان الحكم معيباً بالخطأ أو الفساد في الاستدلال مما يعيبه ويستوجب نقضه.

ومن قبيل ذلك، أن تسرد المحكمة في حكمها شهادة شاهد، أو تقرير خبير، أو معاينة، أو أقوال متهم على حقيقتها، ودون خطأ في الإسناد إليها، ثم تستخلص من هذا أو ذاك عناصر إدانة أو براءة لا محل لها.

ومن صور الفساد في الاستدلال، القصور فيه، ومظهره أن يستخلص الحكم دليل من الأدلة ناقصاً في مسوغاته أو مبهماً، بما يحول دون إمكان التحقق من صحته، وذلك بأن يجهل الحكم مثلاً بعض العناصر الضرورية ليدلل على مدى توفيقه في الاستدلال بما استدل عليه أو استند إليه، أو بأن يغفل الحكم التعرض لبعض نواحي الضعف أو انعدام التماسك في هذه العناصر التي قد تظهر لأول وهلة من الاطلاع عليها، بما يدفع مظنة الاستدلال الخاطئ بها فيما انتهى إليه من نتيجة.

**[5] ألا يشوبُ الأسباب التي يُوردها الحكم المطعون فيه إجمال أو إبهام وما إليهما:**

من المقرر في الفقه والقضاء أيضاً، أنه يجب ألا يشوب الأسباب – بوجهٍ عام – إجمال أو إبهام، ويكون ذلك، كلما جاءت الأسباب مجملة أو غامضة فيما أثبتته أو نفته من بعض الوقائع التي لا بُدَّ من الوقوف على حقيقتها للتحقق من تطبيق القانون على الوجه الصحيح، سواءً أكانت هذه الوقائع تتعلق ببيان توافر أركان الجريمة أو ظروفها، أو تتعلق بالردِّ على أوجه الدفاع أو الدفوع الجوهرين، أو ما تعلق بعناصر الإدانة بوجهٍ عام، الأمر الذي لا يمكن معه أن تتحقق محكمة النقض من صحة الحك أو من فساده.

ويعتبر من قبيل الإبهام أن تُورد المحكمة في الحكم المطعون فيه روايات غير متجانسة لشهود متعددين دون أن تُبيِّن بأيها أخذت، أو دون أن ترجح بعضها على البعض الآخر، أو دون أن تستخلص النتيجة منها.

ومن قبيل الغموض والإبهام أيضاً ما يعبر عنه باضطراب الحكم، وهو عبارة عن اختلال فكرته من حيث تركيزها في موضوع الدعوى وعناصر الواقعة بحيث لا يستطاع استخلاص مقومات الحكم، سواء ما تعلق منها بواقعة الدعوى، أو اتصل بتطبيق القانون.

وينطبق وصف القصور في التسبيب على حالة عدم إيراد الحكم مؤدى الدليل كلية، أو إيراده بطريقة غير كافية، ولا يعتبر ذلك من قبيل الإبهام.

ويجب التنويه، إلى أن الإبهام في بيان الواقعة إنما يعيب حكم الإدانة فحسب دون حكم البراءة، ذلك أن تصدي الحكم لبيان الواقعة بياناً كافياً واضحاً لا يكون حتمياً أو إلزامياً إلا في صورة أو حالة إدانة المتهم وتوقيع العقوبة عليه.

**[6] يجب ألا يقع الحكم في التناقض أو التخاذل وما إليهما:**

من المقرر وجوب ألا يقع في تسبيب الحكم - بوجه عام - تناقض أو تضارب بين الأسباب والمنطوق، أو بين بعض الأسباب وبعضها الآخر، وألا يصبح الحكم كما لو كان خالياً من الأسباب، فعلى سبيل المثال لا يصح أن يستفاد من الحكم عدم ثبوت الواقعة، ثم ينتهي إلى الإدانة أو العكس، كما لا يصح أن تذكر المحكمة واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين، أو تستند إلى أدلةٍ متناقضة بغير تفسير لهذا التناقض:

وقد يؤدي هذا التناقض إلى الإبهام، فيرد تعبير الإبهام أحياناً دلالة على التناقض، وإن كان الإبهام بحسب الأصل تدل عليه عبارات الحكم في ذاتها بحيث لا يمكن استخلاص النتيجة منها، في حين أن التناقض بين بعض الأدلة مثلاً وبعضها الآخر هو أن يتراءى لمحكمة الموضوع أن دليلاً من الأدلة التي عوَّلت عليها يساند دليلاً آخر مع أن الفهم الصحيح عند مقابلة كل دليل منهما بالآخر يقتضي القول بالتناقض، وكذلك الحال إذا تناقضت أسباب الحكم مع الثابت بمحضر الجلسة.

وتخاذل الحكم من صور التناقض الذي يعيب التسبيب، وإن كان أقل وضوحاً منه، فهو يشير إلى أن بعض الأسباب يخذل بعضها بعضاً في دلالته، بحيث تكون غير ملتئمة في العقل معها، فالتخاذل تناقض ضمني أو مستتر بين أجزاء الحكم وقد لا يكشفه القارئ إلا بعد إمعان النظر في مدلول عباراته، ومقارنة بعضها بالبعض الآخر، ومن ثم قد يختلف فيه الرأي في الحكم عليه على عكس التناقض الذي هو تعارض واضح، ويُعبر أحياناً عن التخاذل بأنه تهاتر فيما بين الأسباب، أو فيما بينها وبين المنطوق[1].

(1) يُراجع في تفاصيل هذا الموضوع: الدكتور رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، صفحة 279، وما بعدها.

الخلاصة إذن، فيما يتعلق بالعيوب التي قد تشوب الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، والتي تسوغ الطعن فيه سواء بالاستئناف أو التمييز بحسب الأحوال، فإن أوجه وأسباب الطعن يمكن حصرها فيما يأتي:

[1] بطلان إجراءات جمع الأدلة، سواءً أكانت من إجراءات الاستدلال أو التحقيق الابتدائي.

[2] بطلان إجراءات إقامة الدعوى الجنائية.

[3] بطلان إجراءات المحاكمة.

[4] انعدام التسبيب، أو القصور في التسبيب أو الفساد في الاستدلال، ويكون ذلك في الأحوال الآتية:

( أ ) أن يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم في إدانة المتهم ليس له مأخذ صحيح من الأوراق.

(ب) ألا يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم في إدانة المتهم وليد إجراءات صحيحة في القانون.

(ج) ألا يذكر الحكم مؤدى الأدلة التي استند إليها في قضائه.

( د) ألا تصلح الأدلة التي عول عليها الحكم في الإدانة أن تكون عناصر إثبات أو نفي سائغة.

(هـ) أن تكون الأسباب التي أوردها الحكم مشوبة بإجمال أو إبهام أو ما إليهما.

(و) أن يقع الحكم في التناقض أو التخاذل وما إليهما.

# الباب الثاني
# إبداء المحامي الدفاع والدفوع والطلبات أمام المحكمة في القضايا المدنية والتجارية


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

إنه مما لا يخفى على أي محام حضوره أمام المحكمة سواء أكانت محكمة مدنية أو محكمة جنائية إنما يتصور أو يتوقع أن يثار بعض المسائل القانونية أو الواقعية سواء من قبل أحد الخصوم أو من قبل المحكمة، وهو ما يستوجب أن يكون المحامي مستعداً للرد على ما قد يثار أمام المحكمة بقدر الإمكان، وإن كان بالطبع يجوز للمحامي أن يطلب التأجيل لتقديم رده سواء شفاهة أو بمذكرة في جلسة قادمة.

إن المواجهة التي تتم أمام المحكمة توجب أن يكون المحامي على قدر كبير من العلم بالقواعد القانونية ذات الصلة بموضوع قضيته، وهو يحتاج إلى نوعين من القواعد القانونية التي يتعين العلم بها.

النوع الأول: قواعد قانونية إجرائية، سواء في القضايا المدنية والتجارية أو في القضايا الجنائية، ففي القضايا المدنية يلزم أن يكون المحامي على علم كافٍ بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، مثل قواعد الاختصاص بأنواعه المختلفة، الولائي والقيمي أو النوعي والمكاني أو المحلي، وقواعد قبول الدعوى، مثل الصفة والمصلحة، وقواعد إبداء الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية وأنواعها إلى غير ذلك.

وفي القضايا الجنائية، القواعد التي يتعين أن يعلم المحامي بها هي قواعد قانون الإجراءات الجنائية، مثل قواعد الاختصاص، وقواعد تحريك الدعوى الجنائية وأسباب انقضائها وقواعد الإدعاء المباشر، وقواعد التحقيق الابتدائي وسلطات مأموري الضبط القضائي وغير ذلك.

النوع الثاني: قواعد قانونية موضوعية، وهي كذلك أيضاً سواء في القضايا المدنية أو القضايا الجنائية، وهذا النوع من القواعد يختص بالشروط الموضوعية للحقوق أو المصالح المطالب بها أو المراد بالحضور عليها، وفي القضايا المدنية والتجارية وردت هذه القواعد في القانون المدني أو قانون التجارة أو قانون العمل أو غيرها من القوانين بحسب موضوع القضية.

أما في القضايا الجنائية فقد وردت هذه القواعد في قانون العقوبات أو في القوانين الجنائية الخاصة بحسب موضوع القضية.

ونحن في هذا الموضع وفي هذا الخصوص نورد بعض القواعد القانونية، سواء القواعد القانونية الإجرائية أو القواعد القانونية الموضوعية، وفي المجالين المدني والجنائي

وهي من القواعد التي يلزم أن يعلم بها المحامي والتي تعينه بحق في عملية المواجهة التي تتم أمام المحكمة والرد سواء على دفاع وطلبات خصمه أو طلبات المحكمة، فهي الحد الأدنى من القواعد التي يلزم العلم بها، ونعتبرها مجرد نماذج لما يمكن أن يثار أمام المحكمة وما يمكن أن يرد به المحامي إذا ما كان مستوعباً هذه القواعد، في مجال القضايا المدنية والتجارية أو القضايا الجنائية.

إذن حضور المحامي أمام المحكمة وإبداء دفاعه الشفوي أو المكتوب يتوقف على مدى حصيلة علم المحامي من القواعد القانونية بنوعيها، لأن حضور المحامي أمام المحكمة لهذا الغرض يوجب عليه الاستعداد التام حتى يخرج المحامي من الجلسة وبعد أن يفرغ من إبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه. وقد شعر بأنه أدى واجبه المهني وأنه مرتاح الضمير لوضعه وموقفه أمام المحكمة وأمام خصومه، وأنه لم يشعر بثمة حرج أو قصور في معلوماته، بل إنه أدى الأداء النموذجي المطلوب، فتلك هي غاية يجب أن يتوصل إليها المحامي في تقييمه لنفسه ولأدائه، وهي ذاتها التي يتطلع إلى أن يكون عليها تقييم للغير له.

والمحامي في الحضور أمام المحكمة وإبداء دفاعه يحتاج أولاً إلى القواعد القانونية الإجرائية، باعتبار أن الدفاع المتعلق بالاختصاص والشكل يكون أولاً، ثم أنه بعد ذلك يحتاج إلى القواعد القانونية الموضوعية لإبداء دفاعه في الموضوع، وذلك في جميع أنواع القضايا على السواء مدنية أو جنائية.

ونورد أولاً بعض القواعد القانونية الإجرائية الأساسية، وبعد ذلك نورد بعض القواعد القانونية الموضوعية التي تفيد المحامي في إبداء دفاعه وإجراء المواجهة أمام المحكمة، وذلك فيما يلي:

# الفصل الأول

# القواعد القانونية الإجرائية

# (قواعد قانون المرافعات) التي تعين المحامي في إبداء الدفاع والطلبات والرد على ما قد يبديه الخصم من دفاع أو طلبات أمام المحكمة من ذات الجلسة

## القواعد القانونية الشكلية أو الإجرائية

القواعد القانونية الشكلية أو الإجرائية، هي قواعد تفترض وجود قواعد قانونية موضوعية كتلك السالفة البيان والتي تقرر نشوء حق أو التزام أو انقضاءه مثلاً، فترسم القواعد القانونية الإجرائية طريقة الوصول إلى فرض احترام تلك القواعد الموضوعية أي أنها تبين الإجراءات التي يجب على صاحب الحق اتخاذها لفرض احترام حقه أو للوصول إلى هذا الحق، ومن هذا القبيل أكثر قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ومن هذه القواعد الإجرائية، القواعد المتعلقة بالدعوى أو الخصومة، ابتداءً من إعداد صحيفة الدعوى والبيانات الخاصة بها وقيدها وإعلانها وقواعد الحضور أمام المحكمة، وعوارض الخصومة والأحكام، وطرق الطعن في الأحكام والدفوع، والتنفيذ وغير ذلك.

ولقد أردنا أن نورد في هذا الخصوص بعض القواعد الإجرائية المهمة من القواعد الكثيرة التي وردت في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقد تكلمنا عن القواعد التالية:

(1) قواعد الاختصاص الولائي.

(2) قواعد الاختصاص النوعي والقيمي.

(3) قواعد الاختصاص المحلي.

(4) قواعد إبداء الطلبات والدفاع والدفوع.

وذلك باعتبار هذه القواعد القانونية هي نوع من القواعد القانونية التي تمثل مقوم "العلم" الذي يجب أن يلم به المحامي كحد أدنى.

## المبحث الأول

## قواعد الاختصاص الولائي

من المعلوم قانوناً أن سلطة الفصل في الخصومات أو ما يطلق عليه "ولاية القضاء" مقررة أصلاً للدولة، ومن الدول من تركز هذه السلطة في جهة قضائية واحدة، ومن الدول من تنشئ جملة جهات قضائية توزع بينها هذه الولاية، وتخول لكل منها قدراً محدوداً، ولهذا كان هذا النوع من توزيع الاختصاص متعلقاً بولاية المحاكم، فهو اختصاص متعلق بولاية المحاكم.

والنظام القضائي في مصر في وضعه الراهن يعرف جهتين رئيسيتين تتوليان وظيفة القضاء هما:

(1) جهة القضاء المدني أو العادي أو المحاكم، وهي صاحبة الولاية العامة، ويستفاد ذلك من نص الفقرة (1) من المادة (15) من قانون السلطة القضائية التي تقرر أنه "فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص".

ومعنى ذلك، أن اختصاص جهة القضاء المدني أو العادي يتحدد ببيان ما أخرجه المشرع من اختصاصها، وما عدا ذلك من الدعاوى والمنازعات التي يخرجها المشرع من نطاق اختصاص جهة القضاء المدني بموجب نصوص خاصة فإنها تدخل في اختصاص هذه الجهة.

(2) جهة القضاء الإداري أو مجلس الدولة، ووفقاً للمادة (172) من الدستور والمادة (10) من قانون مجلس الدولة فقد صار لمجلس الدولة ولاية كاملة في المنازعات الإدارية، ومن ثم تظل جهة القضاء العادي أو المدني هي الجهة العامة بالنسبة لمجلس الدولة الذي يعتبر جهة ذات ولاية محدودة، ولكن كل منهما يُعد جهة عامة أو قضاء عادياً بالنسبة للمحاكم الاستثنائية أو الخاصة.

**التعريف بالاختصاص الولائي أو الوظيفي:**

هو ما يطلق على اختصاص كل جهة من جهتي القضاء في الدولة، جهة القضاء العادي أو المدني وجهة القضاء الإداري أو مجلس الدولة.

وأما الاختصاص النوعي، فإنه يطلق على توزيع العمل داخل الجهة القضائية الواحدة بين محاكمها المختلفة، إذا كان هذا التوزيع قائماً على أساس تصنيف القضايا بحسب نوعها، وأما الاختصاص المحلي فإنه يطلق على توزيع العمل داخل الجهة القضائية الواحدة كذلك ولكن إذا كان التوزيع قائماً على أساس مكاني أو جغرافي، أما الاختصاص القيمي فإنه يطلق على توزيع العمل داخل الجهة القضائية الواحدة إذا كان التوزيع قائماً على أساس قيمة القضية.

**تعريف الجهة القضائية:**

الجهة القضائية في ضوء ما تقدم هي مجموعة من المحاكم، لها نظام قانوني واحد، فجهة القضاء العادي أو المدني تخضع محاكمها المتعددة لقانون واحد من حيث تشكيلها وتنظيمها ومن حيث إجراءات التقاضي أمامها، والأمر ذاته بالنسبة لجهة القضاء الإداري أو محاكم مجلس الدولة، فإنها تخضع لنظام قانوني واحد ومحدد من حيث تشكيلها وتنظيمها ومن حيث إجراءات التقاضي أمامها.

طبقات المحاكم وينصرف هذا التعبير أو الاصطلاح إلى أن كل جهة قضائية من جهتي القضاء في مصر تتكون من عدة طبقات، وكل طبقة منها تشمل عدة محاكم، ومن ثم فإن طبقة المحاكم هي مجموعة من المحاكم تتشابه في تشكيلها وفي اختصاصاتها.

ويمكن تشبيه جهة القضاء العادي ببنيان هرمي مكون من أربع طبقات، تبدأ من أسفل بالمحاكم الجزئية ثم يليها المحاكم الكلية (الابتدائية) والتي تعلوها بعد ذلك محاكم الاستئناف (محاكم الاستئناف العالي) وفي قمة البناء الهرمي تكون محكمة النقض التي هي أسمى طبقات المحاكم.

ويلزم التنويه إلى أن المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية لم يخص الاختصاص الولائي بثمة نصوص باعتبار أن قانون السلطة القضائية هو الذي عنى بتنظيم هذا النوع من الاختصاص.

**قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) تتعلق بالنظام العام:**

تهدف قواعد الاختصاص الولائي إلى تحقيق مصلحة عامة تتمثل في حسن تنظيم القضاء ولذلك فإنها تتعلق بالنظام العام بكل ما يترتب على هذه الطبيعة من آثار.

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"مؤدى نص المادة 109 من قانون المرافعات أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها في النظام العام، تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ومن أجل ذلك تعتبر مسألة الاختصاص الولائي قائمة في الخصومة ومطروحة دائماً على محكمة الموضوع، وعليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها ولائيا، ومن ثم فإن الطعن بالنقض على الحكم الصادر منها يعتبر وارداً على القضاء الضمني في مسألة الاختصاص سواء أثارها الخصوم في الطعن أو لم يثيروها، أبدتها النيابة أو لم تبدها باعتبار أن هذه المسألة وفي جميع الحالات تعتبر داخله في نطاق الطعون المطروحة على هذه المحكمة"[1].

(1) الطعن رقم 363 لسنة 54 القضائية "هيئة عامة" نقض 1990/5/15

## المبحث الثاني

## الاختصاص النوعي للمحاكم

## (المواد من 42 إلى 47 من قانون المرافعات)

الاختصاص النوعي: يقصد به توزيع القضايا بين المحاكم المختلفة التابعة للجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى، وقد نصت المادة 42 من قانون المرافعات على أن:

"تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها أربعون ألف جنيه، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه.

وذلك مع الإخلال بما للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل في الإفلاس والصلح الواقي، وغير ذلك ما ينص عليه القانون"

## قواعد أساسية في الاختصاص النوعي

## القاعدة الأولى

تختص المحكمة الجزئية بالحكم ابتدائية في الدعاوى الآتية:

(1) الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها أربعون ألف جنيه.

(2) بعض دعاوى الأحوال الشخصية إعمالاً للقانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وهذه المسائل هي:

**أولاً: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:**

1 – الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.

2 – الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

3 – الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، متى كان القانون الواجب التطبيق يقضي بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق.

4 – دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها، ويكون الحكم نهائياً إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائي للقاضي الجزائي.

5 – تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية في وثائق الزواج والطلاق.

6 – توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة بما يجوز شرعاً.

7 – الإذن بزواج من لا ولي له.

8 – تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يثر بشأنها نزاع.

**ثانياً: المسائل المتعلقة بالولاية على المال متى كان مال المطلوب حمايته لا تتجاوز قيمته نصاب المحكمة الجزئية:**

1 – تثبيت الوصي المختار وتعيين الوصي والمشرف والمدعي ومراقبة أعمالهم والفصل في حساباتهم وعزلهم واستبدالهم.

2 – إثبات الغيبة وإنهاؤها، وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله واستبداله.

3 – تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائي واستبداله.

4 – استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين، والإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها وفقاً لأحكام القانون، والإذن له بمزاولة التجارة، وإجراء التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على إذن، وسلب أي من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها.

5 – تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

6 – تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس أو ولي التربية وبين الوصي فيما يتعلق بالانفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به.

7 – إعفاء الولي في الحالات التي يجوز إعفاؤه فيها وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال.

8 – طلب تنحي الولي عن ولايته واستردادها.

9 – الإذن بما يصرف لزواج القاصر في الأحوال التي يوجب القانون استئذان المحكمة فيها.

10– جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقاً لأحكام القانون واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال.

11– تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل في المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.

## القاعدة الثانية

تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى، وانتهائياً إذا لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه، وذلك بالدعاوى التالية (المادة 43 مرافعات):

1 – الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقي والمصارف.

2 – دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع.

3 – دعاوى قسمة المال الشائع.

4 – الدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالأجور والمرتبات وتحديدها.

5 – دعاوى صحة التوقيع أيا كانت قيمتها.

6 – دعاوى تسليم العقارات إذا رفعت بصفة أصلية.

## القاعدة الثالثة

تختص المحكمة الجزئية بالنظر في الدعاوى المستعجلة وهو المستفاد من نص المادة 45 مرافعات.

ولا يغير من طبيعة اختصاص المحكمة الجزئية بالنظر في هذه الدعاوى ما نص عليه المشرع في المادة 45 مرافعات بندب قاض من قضاة المحكمة الابتدائية ليفصل في هذه الدعاوى، إذ أن هذا القاضي لا يعدو أن يكون قاضياً جزئياً من حيث طبيعة عمله واختصاصه، فهو يشكل محكمة جزئية متخصصة بنظر المنازعات المستعجلة[1].

## القاعدة الرابعة

تختص المحكمة الجزئية بمقتضى نصوص متفرقة بما يأتي:

(1) بعض المنازعات المتعلقة بالأراضي الزراعية وما في حكمها، كمنازعات الإيجارات الزراعية وما يتصل بها من سلف زراعية أو عينية، وهو ما نصت عليه المادة (39) مكرراً المضافة إلى قانون الإصلاح الزراعي "المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952" وقد أضيفت هذه المادة بالقانون رقم 67 لسنة 1975، وينعقد الاختصاص للمحكمة الجزئية بهذه المنازعات أياً كانت قيمتها، وهذه المنازعات هي:

(1) الدكتور أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات طبعة 2007 جـ1 ص 1137

أ – المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية بين مستأجر الأراضي الزراعية ومالكها.

ب – المنازعات المتعلقة بالسلف الزراعية أو العينية في خدمة الأرض المؤجرة بواسطة أحد طرفي عقد المزارعة المثبتة ببيانات الحيازة باسمه.

واختصاص القاضي الجزئي بهذه المنازعات هو اختصاص شامل بمعنى أنه يمتد إلى الدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ.

**(2) منازعات التنفيذ والقرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ:**

وذلك باعتبار أن قاضي التنفيذ هو قاضي جزئي، ويختص هذا القاضي بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها وفقاً للفقرة (1) من المادة (275) من قانون المرافعات.

كما يختص قاضي التنفيذ بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وهو ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (275) مرافعات السالفة الذكر، وكل ذلك إعمالاً لنص المادة (274) من قانون المرافعات التي نصت على أن يجري التنفيذ تحت إشراف قاض للتنفيذ يندب في مقر كل محكمة جزئية من بين قضاة المحكمة الابتدائية.

## قواعد اختصاص المحكمة الابتدائية

### القاعدة الأولى

تختص المحكمة الابتدائية اختصاصاً شاملاً بالإفلاس والصلح الواقي، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (42) من قانون المرافعات.

### القاعدة الثانية

تختص المحكمة الابتدائية بجميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية، ويكون حكمها فيها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز أربعين ألف جنيه.

## القاعدة الثالثة

تختص المحكمة الابتدائية بالحكم في قضايا الاستئناف الذي يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من محكمة المواد الجزئية أو من قاض الأمور المستعجلة.

## القاعدة الرابعة

تختص المحكمة الابتدائية بالطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة والطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها.

وقد نصت على القواعد الثانية والثالثة والرابعة المادة (47) من قانون المرافعات.

## القاعدة الخامسة

تختص المحكمة الابتدائية بموجب نصوص خاصة ببعض الدعاوى ومنها:

(1) دعاوى الإعسار المدني، بالنسبة لغير التجار إذا ما زادت ديون الشخص على حقوقه، وقد نصت على اختصاص المحكمة الابتدائية بهذه الدعاوى المادة (250) من القانون المدني.

(2) بعض الدعاوى المتعلقة بحماية حق المؤلف، وقد نصت على هذا الاختصاص المادة (49) من قانون حماية المؤلف رقم 254 لسنة 1954.

(3) بعض دعاوى الإيجارات وبعض الدعاوى الخاصة بالجمعيات:

فتختص بالطعون التي ينص عليها القانون رقم 49 لسنة 1977 بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وهي الطعون من قرارات لجان تحديد الأجرة (مادة 18) والطعون في قرارات اللجنة المختصة بتقدير ترميم المنشآت وهدمها (المادة 59) وتختص المحكمة الابتدائية أيضاً ببعض الدعاوى الخاصة بالجمعيات وفقاً للقانون رقم 383 لسنة 1956 بشأن الجمعيات فتختص بنظر دعاوى إبطال قرارات هذه الجمعيات أو حل الجمعيات وتصفيتها، أيا كانت قيمة الدعوى.

(4) نظر التظلمات في الرسوم التكميلية الخاصة بقانون التوثيق والشهر، رقم 70 لسنة 1964 المعدل بالقانون رقم 94 لسنة 1980 والقانون رقم 6 لسنة 1991.

(5) دعوى نقل الحيازة الزراعية، ودعوى طلب بطاقة زراعية.

(6) نظر طعون الضرائب مهما كانت قيمة النزاع، وفقاً لما قضت به المادتان 159، 161 من القانون رقم 157 لسنة 1981.

(7) بعض دعاوى التعاون الزراعي، والتي نص عليها قانون التعاون الزراعي رقم 122 لسنة 1980.

(8) نظر منازعات المساكن.

(9) الطعن على القرار الذي يصدر في الاعتراض على نزع الملكية وفقاً لأحكام القانون رقم 10 لسنة 1990.

(10) بعض دعاوى الأحوال الشخصية وفقاً للمادة (10) من القانون رقم 1 لسنة 2000، وهي الدعاوى التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه، وغيرها.

## قواعد اختصاص محكمة الاستئناف العالي

### القاعدة الأولى

تختص محكمة الاستئناف وفقاً لما قضت به الفقرة الأولى من المادة (48) من قانون المرافعات، بالحكم في قضايا الاستئناف الذي يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية.

### القاعدة الثانية

تختص محكمة الاستئناف وفقاً لما قضت به الفقرة الثانية من المادة (48) مرافعات بالحكم في قضايا الاستئناف الذي يرفع طعناً على الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية في دعاوى تسلم العقارات إذا كانت قد رفعت بصفة أصلية.

### القاعدة الثالثة

الأصل أن محكمة الاستئناف تنظر الدعوى لثاني مرة بعد الفصل فيها من المحكمة الابتدائية، وهي لا تنظر أية دعوى مبتدأة ترفع إليها مباشرة.

واستثناء في حالات خاصة نص عليها القانون، هناك بعض الدعاوى ترفع مباشرة إلى محكمة الاستئناف لتحكم فيها لأول مرة، وأهم هذه الدعاوى هي:

(1) دعوى سقوط الخصومة أمام محكمة الاستئناف، وتكون الخصومة قد سقطت أمام محكمة الاستئناف في الأحوال التي يصدر فيها حكم ابتدائي في خصومة، ثم

يستأنف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف، ويحدث أن يوقف السير في الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه لمدة سنة، فيكون في مثل هذه الحالة للمدعى عليه أن يرفع دعوى مبتدأة أمام محكمة الاستئناف بطلب سقوط الخصومة المرفوعة أمامها، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة (1) من المادة 136 من قانون المرافعات.

(2) دعاوى تفسير الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا شابها غموض أو إبهام، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة (1) من المادة 192 من قانون المرافعات.

(3) دعاوى مخاصمة القضاة ورجال النيابة، إذ ترفع هذه الدعاوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة وذلك طبقاً للفقرة (1) من المادة (495) مرافعات.

(4) بعض الطلبات الجديدة التي أباح القانون للخصوم في الاستئناف أن يضيفوها إلى طلباتهم التي أبدوها أمام محكمة الدرجة الأولى مثلما نص عليه المشرع في الفقرة (2) من المادة 235 مرافعات والفقرة (4) من المادة ذاتها.

## قواعد الاختصاص النوعي لمحكمة النقض

### القاعدة الأولى

الأصل أن يقتصر اختصاص محكمة النقض على نظر الطعون التي ترفع إليها في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف، ويشترط أن تؤسس هذه الطعون على أسباب دون غيرها هي:

1 – مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله.

2 – إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

ونصت على هذه القاعدة المادة 248 من قانون المرافعات.

### القاعدة الثانية

تختص محكمة النقض بالطعون التي يرفعها إليها الخصوم في أي حكم انتهائي، أيا كانت المحكمة التي أصدرته، سواء كانت محكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة استئناف، وذلك إذا كان هذا الحكم قد فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي. ونصت على هذه القاعدة المادة 249 من قانون المرافعات.

## القاعدة الثالثة

تختص محكمة النقض بالنظر في الطعون التي يرفعها إليها النائب العام لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية، أيا كانت المحكمة التي أصدرت هذه الأحكام، إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، وذلك بالنسبة للأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها، وبالنسبة أيضاً للأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها، أو نزلوا فيها عن الطعن (المادة 250 مرافعات).

## القاعدة الرابعة

اختصاص محكمة النقض في حالات خاصة وبموجب نصوص خاصة بنظر بعض الدعاوى المتعلقة بالقضاة لاعتبارات تتعلق بهيئة واستقلال القضاء، وتنظر محكمة النقض هذه الدعاوى ليس باعتبارها محكمة قانون ولكن كمحكمة موضوع، ومن قبيل ذلك:

(1) اختصاص محكمة النقض بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وهو ما نصت عليه المادة (83) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972.

(2) اختصاص محكمة النقض بدعاوى رد القضاة وهو ما نصت عليه المادة 146 مرافعات.

(3) اختصاص محكمة النقض بدعاوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة (المادتان 496، 497 مرافعات.

## تعلق قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام

من المقرر أن قواعد توزيع القضايا بحسب نوعها على المحاكم المختلفة تتعلق بالنظام العام لأنها مقررة رعاية لمصلحة عامة هي حسن سير القضاء، وليس لرعاية مصلحة خاصة بالخصوم، ويترتب على ذلك ما يأتي:

(1) أنه في حالة مخالفة أية قاعدة من هذه القواعد يجوز للخصوم الدفع بعدم الاختصاص في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أحكام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض.

(2) يجب على النيابة العامة إذا تدخلت في الدعاوى كطرف منضم أن تطلب الحكم بعدم الاختصاص حتى ولو لم يدفع أحد الخصوم بذلك، إذا كان هناك مخالفة لأية قاعدة من تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام.

(3) يجب على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها في حالة وجود مخالفة لقاعدة من تلك القواعد، ولو أغفل الخصوم أو النيابة العامة الدفع بعدم الاختصاص.

(4) لا يجوز للخصوم أن يتفقوا على مخالفة أية قاعدة من قواعد الاختصاص النوعي السالفة البيان، إذ لا سلطان لإرادتهم في هذا الصدد.

## المبحث الثالث

## قواعد الاختصاص المكاني (المحلي)

من الضوابط الأساسية في توزيع ولاية القضاء على مختلف المحاكم في الدولة، الضابط المكاني أو الجغرافي، بحيث يكون لكل محكمة نصيب من ولاية القضاء، بحسب موقعها الجغرافي من إقليم الدولة، فتختص بالقضايا المتعلقة بدائرة إقليمية معينة.

## أهم قواعد الاختصاص المحلي أو المكاني

### القاعدة الأولى

وهي القاعدة العامة في الاختصاص المحلي والتي تقضي باختصاص محكمة المدعى عليه، ونصت على هذه القاعدة الفقرة الأولى من المادة (49) من قانون المرافعات.

### القاعدة الثانية

إذا لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته.

### القاعدة الثالثة

إذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم.

وتتصل القاعدتان الثانية والثالثة بالقاعدة العامة في الاختصاص المحلي لأنها تتناول حالتين تخصان المدعى عليه، وهما حالة ما إذا كان المدعى عليه ليس له موطناً في الجمهورية، وحالة تعدد المدعى عليهم.

والمقصود بالمدعى عليهم في الفقرة الأخيرة من المادة (49) مرافعات عندما نصت على أنه "وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم" هو المدعى عليهم المتعددين تعدداً حقيقياً، وهم الذين وجهت إليهم طلبات في الدعوى لا أولئك الذين اختصموا ليصدر الحكم في مواجهتهم أو لمجرد المثول فيها.

**وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه:**

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده استهداء بقصد المشرع منه لما في ذلك من استحداث لحكم مغاير لما يأت به النص عن طريق التأويل.

... ولما كان النص في الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المرافعات على أنه (وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم) وقد ورد في عبارة عامة مطلقة بحيث يتسع لكافة المدعى عليهم المتعددين في الخصومة تعدداً حقيقياً، والمقصود بهم هؤلاء الذين وجهت إليهم طلبات في الدعوى لا أولئك الذين اختصموا ليصدر الحكم في مواجهتهم، أو لمجرد المثول فيها، فمن ثم يجوز للمدعى طبقاً لهذا النص رفع الدعوى على المدعى عليهم المتعددين تعدداً حقيقياً على اختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التي يقع في دائرة موطن أحدهم، سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو ضامن دون قيد أو تخصيص، ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمه على فئة المدعى عليهم المتساويين في المراكز القانونية في الدعوى دون سواهم، أو تغليب موطن المسئول الأصلي على موطن الضامن له عند تحديد المحكمة المختصة محلياً، لما ينطوي عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص، وتخصيص لعمومه بغير مخصص، وهو ما لا يجوز"[1].

## القاعدة الرابعة

في الدعاوى العينية العقارية، ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر متعددة ونصت على هذه القاعدة الفقرة الأولى من المادة (50) من قانون المرافعات.

1 - فأما الدعاوى العينية العقارية هي الدعاوى التي تنصب فيها المنازعة على حق عيني على عقار، كدعوى ثبوت ملكية عقار أو حق ارتفاق أو حق مرور، وما إلى ذلك من الدعاوى، مثل دعوى حق من الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازة المنصب على عقار.

(1) نقض 1989/2/23، الطعون أرقام 1697، 1723، 1760، 1762، 1775 لسنة 55 قضائية، نقض 1983/3/9 سنة 34 قضائية ص 661

ويشترط لاختصاص محكمة محل العقار أن تتعلق الدعوى بحق عيني على عقار، فلا يكفي أن تتعلق الدعوى بعقار بل يجب أن تتعلق الدعوى بحق عيني على عقار، ولذلك لا ينعقد الاختصاص لمحكمة محل العقار في حالة دعوى المطالبة بأجرة عقار أو دعوى بطلان أو دعوى فسخ عقد ببيع عقار، أو دعوى المستأجر بإلزام المؤجر بتسليمه العقار المؤجر".

وإذا تعلقت الدعوى بعقار ومنقول، تبع الأصل الفرع، فالمطالبة بملكية العقار وريعه أو ما عليه من منقولات ترفع إلى محكمة موقع العقار.

2 – وأما دعاوى الحيازة فهي الدعاوى التي تحمي حيازة الحق العيني العقاري، وهي عينية لأن حيازة الحق قرينة على تملكه، فالدعوى التي تحمي حيازته هي عينية كالدعاوى التي تحمي الحق نفسه، وهي عقارية، لأن الحق العيني الذي تحمي حيازته يتعلق بالعقار.

## القاعدة الخامسة

في الدعاوى الشخصية العقارية، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه، ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (50) من قانون المرافعات.

الدعاوى الشخصية العقارية هي التي تستند إلى حق شخصي بحت، ويطلب بها تقرير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق، ومن أمثلة هذه الدعاوى، الدعوى التي يرفعها مشتري العقار بعقد غير مسجل، ويطلب فيها الحكم على البائع بصحة التعاقد واعتبار الحكم ناقلاً للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

## القاعدة السادسة

في الدعاوى المختلطة ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه.

والدعاوى المختلطة هي التي تستند إلى حقين، أحدهما شخصي، والآخر عيني وتوجه إلى المدعي باعتباره مديناً بالحق الشخصي وملزماً في الوقت نفسه باحترام الحق العيني باعتباره نتيجة لثبوت الحق الشخصي.

ومن أمثلة هذه الدعاوى دعوى المشتري على البائع بتسليم العقار المبيع تنفيذاً لعقد البيع، ودعوى البائع على المشتري بفسخ البيع ورد العقار إليه، ودعوى الواهب على الموهوب له بالرجوع عن الهبة ورد العقار إليه.

ولقد قاس الفقه على الدعاوى الشخصية الدعاوى المختلطة من حيث الاختصاص المحلي بنظر الدعوى، فجعل الاختصاص إما للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، كما سلف البيان.

## القاعدة السابعة

تختص المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها العقار دون غيرها بدعاوى تسليم العقارات، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (50) من قانون المرافعات.

## القاعدة الثامنة

في الدعاوى الجزئية التي ترفع على الشخص الاعتباري العام (الحكومة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة) يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مقر المحافظة مع مراعاة القواعد المتقدمة وذلك فيما يتعلق بتعدد المدعى عليهم وفيما يتعلق بالدعاوى العقارية.

ونصت على ذلك المادة (51) مرافعات.

**ويشترط لتطبيق هذه القاعدة ما يأتي:**

1 - أن تكون الدعوى المرفوعة على الشخص الاعتباري العام دعوى جزئية أي أنها مما يدخل في اختصاص المحكمة الجزئية قيمياً ونوعياً.

2 - أن يكون الشخص الاعتباري العام المدعى عليه في الدعوى وليس المدعي.

3 - أن يختصم الشخص الاعتباري العام في الدعوى بصفة أصلية، أي أن ترفع عليه الدعوى أصلاً، فإذا أدخل الشخص الاعتباري العام بطلب عارض في خصومة أصلية قائمة أمام محكمة أخرى فلا تطبق هذه القاعدة رغم اعتبار الحكومة مدعياً عليها.

## القاعدة التاسعة

في الدعاوى المتعلقة بالأشخاص الاعتبارية الخاصة (الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات الخاصة) يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها، وذلك في الأحوال التالية:

1 – إذا كانت الدعوى مرفوعة على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة.

2 – إذا كانت الدعوى مرفوعة من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء.

3 – إذا كانت الدعوى مرفوعة من شريك أو عضو على آخر.

**ونصت على هذه الحالات الفقرة الأولى من المادة (52) من قانون المرافعات.**

**ويشترط لتطبيق هذه القاعدة ستة شروط هي:**

(1) أن تكون الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ذات شخصية اعتبارية.

(2) أن يكون للشركة أو الجمعية أو المؤسسة مركز إدارة فإذا لم يكن لها مركز إدارة فلا محل لإعمال النص.

(3) أن تكون الدعوى متعلقة بإدارة الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو وجودها أو أعمالها.

(4) أن تكون الشركة أو الجمعية أو المؤسسة قائمة أو أن تكون في دور التصفية، فإذا كانت قد صفيت فلا محل لإعمال القاعدة.

(5) ألا تكون صفة الشريك متنازعاً فيها لإمكان اختصامه أمام محكمة مركز الشركة.

(6) ألا تكون الدعوى من الدعاوى العقارية أو الدعاوى الشخصية العقارية أو الدعاوى المختلطة، إذ في هذه الحالة يتعين مراعاة القواعد الواردة في المادة (50) مرافعات.

كما يشترط ألا تكون الدعوى مستعجلة أو متصلة بإشكال وقتي في التنفيذ، ففي تلك الحالات يتعين مراعاة حكم المادة (59) من قانون المرافعات، إذا لم تكن الدعوى ينظمها قانون آخر[1].

## القاعدة العاشرة

في الدعاوى التي موضوعها مسائل تتصل بفرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة يجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها هذا الفرع.

(1) يراجع: الدكتور أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، جـ2 طبعة 2007 ص 270.

**ويشترط لاختصاص محكمة الفرع ما يأتي:**

1 – أن يوجد بالفرع نائب يمثل الشركة أو الجمعية أو المؤسسة.

2 – ألا يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

3 – أن يكون موضوع الخصومة متعلقاً بالفرع أو ناشئاً عن أعماله أو عن حوادث وقعت في دائرته.

4 – أن يكون الفرع حقيقياً يمارس نوع أعمال المركز الرئيسي وينوب عنه.

## القاعدة الحادية عشرة

الدعاوى المتعلقة بالتركات التي ترفع من الدائن أو من الورثة على بعض، قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى (المادة 53 مرافعات).

شروط اختصاص محكمة آخر موطن للمتوفي بالدعاوى المتعلقة بالتركة، ثلاثة شروط هي:

1 – أن تكون هذه الدعاوى متعلقة فعلاً بالتركة، ومن لا ينعقد الاختصاص لمحكمة آخر موطن للمتوفى إذا كانت هذه الدعاوى غير متعلقة بالتركة، كأن تتعلق بالتزامات شخصية للمورث مما لا يتعلق بالميراث، كالالتزام بأداء عمل معين، أو أن تتعلق بدين خاص لوارث لدى وارث آخر، فمثل هذه الدعاوى غير المتعلقة بالتركة تطبق بشأنها القواعد العامة في الاختصاص.

2 – أن ترفع هذه الدعاوى قبل إجراء القسمة.

3 – أن ترفع هذه الدعاوى من دائن على الورثة أو من بعض الورثة على بعض.

## القاعدة الثانية عشرة

المسائل الخاصة بالإفلاس تختص بها المحكمة التي قضت بالإفلاس (المادة 54)، ومن المقرر في خصوص هذه القاعدة ما يأتي:

1 – أن المحكمة التي تقضي بشهر الإفلاس هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل التاجر، وهو ما نصت عليه المادة 197 من القانون التجاري.

2 – الدعاوى الخاصة بمسائل الإفلاس يقصد بها الدعاوى التي تنشأ عن شهر الإفلاس ذاته، أو التي تتعلق بإدارة التفليسة، أو التي تطبق عليها قاعدة من قواعد الإفلاس.

**ومن أمثلة هذه الدعاوى ما يأتي:**

أ - الدعاوى التي يرفعها الغير على وكيل الديانة "السنديك" للمطالبة بدين على المفلس.

ب - الدعوى التي يرفعها السنديك على الغير بشأن اعتبار تصرف غير نافذ في حق الدائنين لحدوثه في فترة الريبة.

3 - تطبق هذه القاعدة ولو تعلقت الدعوى بحق عيني عقاري متى توافرت شروط تطبيق القاعدة.

4 - أن هذا الاختصاص يعتبر من قبيل الاختصاص النوعي، ومن ثم فإنه لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

5 - إذا كانت الدعوى قد رفعت إلى محكمة أخرى قبل إشهار الإفلاس، فإن الإفلاس لا يسلب تلك المحكمة الحق في نظر الدعوى، مادام أنه كان لها الاختصاص وقت رفع الدعوى إليها.

6 - أن المقصود بمحكمة موطن التاجر هو محكمة موطنه التجاري دون محكمة موطنه العادي أو أية محكمة أخرى سبق الاتفاق على اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالدين المراد شهر الإفلاس اقتضاء له، وهذه القاعدة من النظام العام.

## القاعدة الثالثة عشرة

في المواد التجارية يكون الاختصاص وفقاً لخيار المدعي لمحاكم ثلاث:

**الأولى: محكمة المدعى عليه:**

أي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الاختصاص.

**الثانية: المحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها:**

ويشترط لاختصاص هذه المحكمة شرطان: أحدهما أن يكون الاتفاق قد تم في دائرة هذه المحكمة، وثانيهما: أن يكون قد نفذ كل بعض الاتفاق في دائرة هذه المحكمة.

أما إذا حصل الاتفاق في دائرة محكمة، بينما التنفيذ الكلي أو الجزئي في دائرة محكمة أخرى، فلا ينعقد الاختصاص لأي من المحكمتين لمخالفة ذلك لصريح نص المادة (55) مرافعات سند هذه القاعدة.

**الثالثة: المحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها:**

شروط تطبيق هذه القاعدة (المادة 55 مرافعات): ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول: أن يكون العمل تجارياً بالنسبة إلى من ترفع عليه الدعوى، ويستوي أن ترفع الدعوى إلى محكمة تجارية أو مدنية.

الشرط الثاني: أن يكون موضوع النزاع يتصل بعقد أو اتفاق أيا كان نوعه، كبيع أو إيجار أو فتح اعتماد لتاجر في أحد البنوك أو عقد وكالة بالعمولة أو عقد تأمين أو غير ذلك.

الشرط الثالث: أن يكون الاتفاق وتسليم البضاعة – أو تنفيذ العقد كله أو بعضه – قد تم في دائرة اختصاص محكمة واحدة، فإذا تم الاتفاق في دائرة محكمة معينة، والتسليم في دائرة محكمة أخرى، فلا اختصاص لكلف المحكمتين بنظر النزاع الثاني.

## القاعدة الرابعة عشرة

الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجور المساكن وأجور الصناع والعمال والإجراء ينعقد لإحدى محكمتين:

الأول : المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه.

والثانية: المحكمة التي تم أو نفذ الاتفاق في دائرتها متى كان فيها موطن المدعي.

وتكون المحكمة الأخيرة أي التي تم أو نفذ الاتفاق في دائرتها مختصة إذا توافر شرطان:

الأول : أن يكون قد تم أو نفذ في دائرة هذه المحكمة الاتفاق على توريد أو المقاولة أو الإيجار أو العمل.

والثاني: أن يكون موطن المدعي يقع في دائرة هذه المحكمة[1].

## القاعدة الخامسة عشرة

في الدعاوى المتعلقة بالنفقات يكون الاختصاص لإحدى محكمتين:

1 – إما المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه.

2 – وإما المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي (المادة 57 مرافعات)

(1) يراجع التعليق على المادة 56 من قانون المرافعات.

## القاعدة السادسة عشرة

الاختصاص بدعاوى المطالبة بقيمة التأمين يكون لإحدى محكمتين:

الأولى : المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستفيد.

والثانية: المحكمة التي يقع في دائرتها المال المؤمن عليه.

## القاعدة السابعة عشرة

في الدعاوى التي تتضمن اتخاذ إجراءً وقتياً يكون الاختصاص لإحدى محكمتين، المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها.

## القاعدة الثامنة عشرة

في الدعاوى المستعجلة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الاختصاص للمحكمة التي يجري التنفيذ في دائرتها.

ونصت المادة (59) مرافعات على القاعدتين السابعة عشر والثامنة عشر.

## القاعدة التاسعة عشرة

الاختصاص بالطلبات العارضة والمرتبطة يكون للمحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية، على أنه يجوز للمدعى عليه في طلب الضمان التمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية قد أقيمت خصيصاً بقصد جلبه أمام محكمة غير مختصة (المادة 60 مرافعات)

**ومن المقرر في تطبيق هذه القاعدة ما يأتي:**

1 - أن المقصود بالطلبات العارضة تلك الطلبات التي تبدى أثناء خصومة قائمة وتتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص أو بالإضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها، وذلك إعمالاً لمبدأ أن "قاضي الأصل هو قاضي الفرع".

2 - أنه ينبغي أن يكون الطلب العارض نازلاً حقيقة من الطلب الأصلي منزلة الفرع من الأصل، وإلا كان في الأمر تحايل على الاختصاص أو قلب للأوضاع.

3 - أنه يجب عدم الخلط بين الطلبات العارضة المقصودة في خصوص تطبيق هذه القاعدة، وبين المسائل التي تعرض للخصومة كالدفوع والمنازعات المتعلقة بإجراءات الإثبات وانقطاع الخصومة ووقفها وطلب الحكم بسقوطها.

4 - أنه إذا زالت الخصومة في الطلب الأصلي لأي سبب من الأسباب، سواء بسبب عدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، أو بسبب بطلان صحيفتها، وكان الطلب العارض له كيان مستقل بذاته، وكان قد قدم إلى المحكمة بالإجراءات العادية لرفع الدعوى، فهنا يشترط لكي يستمر الطلب العارض باقياً أمام المحكمة أن تكون مختصة به من جميع الوجوه - ومن ثم يتعين أن تكون المحكمة مختصة به محلياً فيما لو كان رفعت به دعوى مستقلة - فالطلب العارض في هذه الحالة تكون له صفة الطلب الأصلي بصورة احتياطية، وذلك إذا زالت عنه صفته كطلب عارض.

5 - أنه وعلى الرغم من أن نص المادة (60) من قانون المرافعات لم ينص صراحة على اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى بالفصل في الطلبات المرتبطة، فإن الفقه يطبق عليها نفس حكم الطلبات العارضة وذلك لتوافر نفس الحكمة وهي عدم الإخلال بحسن سير العدالة بتجزئة النزاع الواحد أمام محاكم متعددة.

6 - أن الطلب المرتبط يقصد به الطلب الذي يتصل بطلب آخر برابطة تجعل من مصلحة العدالة جمعهما والفصل فيهما أمام محكمة واحدة، إذ أن الارتباط بين طلبين شأنه شأن الطلبات العارضة يبرر مخالفة قواعد الاختصاص المحلي والاختصاص النوعي.

7 - أنه وترتيباً على ما تقدم، إذا كان من الجائز أحياناً إبداء طلب مرتبط أمام محكمة مختصة، فإنه يجوز من باب أولى إحالة دعوى مرفوعة أمام محكمة إلى محكمة أخرى مرفوعة إليها دعوى متصلة بها بصلة ارتباط، ولو أدى ذلك إلى مخالفة قواعد الاختصاص المحلي أو الاختصاص النوعي[1].

(1) الدكتور أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات طبعة 2007، جـ2 ص 299.

## القاعدة العشرون

إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب القواعد المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته، فإن لم يكن للمدعى موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (المادة 61 مرافعات).

## القاعدة الحادية والعشرون

إذا اتفق على اختصاص محكمة معينة، تكون هي المختصة أو تكون المختصة المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (62) مرافعات.

## القاعدة الثانية والعشرون

في الحالات التي ينص فيها القانون على تخويل الاختصاص لمحكمة على خلاف حكم المادة (49) مرافعات فإنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الاختصاص المنصوص عليه بنصوص خاصة استثناء على القاعدة العامة (الفقرة الثانية من المادة 62 مرافعات)

ومن المقرر في مجال تطبيق القاعدتين الواردتين في المادة 62 مرافعات، أنه مراعاة ما يأتي:

1 – أن الممنوع أو المحظور بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 62 مرافعات، هو الاتفاق مقدماً أثناء التعاقد، وذلك حماية للجانب الضعيف في العقد، وإلا يتعين على المدعى عليه حتى يستفيد من حكم هذا النص أن يتمسك بعدم الاختصاص المحلي قبل التكلم في الموضوع.

ويجوز هذا الاتفاق أثناء نظر الدعوى القائمة أمام القضاء لأنه في هذه الحالة لا يخشى منه أي تعسف.

2 – أن الفقرة الثانية من المادة 62 مرافعات إنما تعالج منع الاتفاق على موطن مختار عندما ينص القانون على اختصاص محكمة أو محاكم ليس من بينها محكمة موطن المدعى عليه، أما عندما يتفق الخصوم على اختصاص محكمة ما في حالة يكون فيها الاختصاص في الأصل لمحكمة موطن المدعى عليه

وحدها، أو لمحكمة موطن المدعى عليه مع محكمة أو محاكم أخرى، فهنا يعمل بالفقرة الأولى من المادة (62) السالفة الذكر.

3 - أن أساس جواز اتفاق الخصوم على جعل الاختصاص لمحكمة معينة ولو كانت غير مختصة أصلاً بنظر الدعوى وفقاً للفقرة الأولى من المادة (62) هو أن قواعد الاختصاص المحلي غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفتها.

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن قاعدة من قواعد الاختصاص المحلي تكون متعلقة بالنظام العام إذا كانت مقررة لتحقيق مصلحة عامة هي حسن سير القضاء وتحقيق الهدف منه، بينما تكون القاعدة غير متعلقة بالنظام العام إذا كانت مقررة لرعاية مصلحة خاصة لأحد الطرفين أو لمصلحتهما معاً.

4 - إن عدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي - غالباً أو من حيث الأصل - بالنظام العام، يعتبر من المبادئ المسلم بها فقهاً، والتي استقر عليها القضاء، وأخذ بها الشارع، إذ أن هذه القواعد وضعت لرعاية مصالح المتقاضين الخاصة لا لتحقيق أغراض عامة، وإن المشرع أحياناً في حالات خاصة يصر على تطبيق بعض قواعد الاختصاص المحلي ويعتبرها من النظام العام على سبيل الاستثناء من المبدأ العام، وتكون هذه الحالات الاستثنائية مقررة بموجب نصوص خاصة بها.

## المبحث الرابع

## الطلبات والدفوع والدفاع والدليل

الطلبات والدفوع والدفاع والدليل هي صميم نشاط الخصوم في الدعوى وذلك بحسب ما إذا كان الخصم هو المدعي أو المدعى عليه، ومن ثم فإنه يلزم بيان ماهية وطبيعة هذه الأدوات التي يستعملها الخصوم في حسم أمر الدعوى أمام المحكمة حتى تصدر الحكم فيها وفق الذي يثبت لديها مما يقدمه أو يطرحه الخصوم أمامها.

### الطلبات المقدمة أو التي تقدم في الدعوى

الطلب بوجه عام، هو ما يتوجه به الخصم إلى المحكمة ابتغاء أن تحكم له بما يريده، والدعوى هي وسيلة توجيه الطلب إلى المحكمة وذلك بالإجراءات المعتادة لإقامة الدعوى.

والطلب قد يكون طلباً أصلياً أو طلباً عارضاً وذلك وقت إبدائه، وهو ما نقوم ببيانه فيما يلي:

الطلب الأصلي، هو الذي يبديه المدعي في صحيفة دعواه ويطلب من المحكمة المختصة الحكم له به بصفة أصلية، فالطلب الأصلي هو أول ما يتخذ في الخصومة من إجراءات ولذلك فهو الطلب المفتتح للخصومة.

ويتميز الطلب الأصلي عن الطلب الاحتياطي من حيث أن الطلب الاحتياطي هو الذي يطلبه المدعي كذلك في صحيفة دعواه على ألا تقضي به المحكمة له إلا إذا رأت عدم أحقيته في الطلب الأصلي.

[1] الطلب العارض، هو كل طلب يقدم في خصومة قائمة، سواء من المدعي أو من المدعى عليه أو من الغير أو في مواجهة الغير، وهو ما أدى إلى أن يخلع عليه اصطلاح "الدعوى الفرعية" في مقابل "الدعوى الأصلية".

فللمدعى أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي الذي تضمنته صحيفة افتتاح الدعوى، أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى، مثال ذلك أن يرفع المدعى دعواه بإلزام وكيله بتقديم حساب عن أعمال الوكالة، وتنتدب المحكمة خبيراً لبحث هذه

الأعمال ينتهي إلى حصرها وإلى المبلغ المستحق للمدعي في ذمة المدعي عليه، فيقدم المدعي طلباً عارضاً بإلزامه بأن يدفع له هذا المبلغ.

وقد يكون الطلب العارض مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة، وقد يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله، كالمؤجر الذي يرفع دعوى إخلاء للتأخر في سداد الأجرة، ثم يتقدم بطلب عارض يغير بموجبه السبب بأن يستند إلى تكرار الامتناع عن سداد الأجرة.

ويجب أن يقتصر المدعي في طلبه العارض على تعديل الموضوع مع بقاء السبب على حاله، أو تعديل السبب مع بقاء الموضوع على حاله، أما إن تناول بالتعديل الموضوع والسبب معاً، خرج بذلك عن نطاق الطلب العارض، وتعين عدم قبول طلبه باعتباره ينطوي على دعوى جديدة مغايرة للدعوى القائمة، ولذلك فقد عرفت محكمة النقض الطلب العارض الذي يقدم من المدعي ويقبل منه بغير إذن المحكمة هو الطلب الذي يتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعة مع بقاء الموضوع كما هو، أما إذا اختلف الطلب عن الطلب الأصلي في موضوعه وفي سببه معاً فإنه لا يقبل إبداؤه من المدعي في صورة طلب عارض، ولا يستثنى من ذلك إلا ما تأذن المحكمة بتقديمه من الطلبات مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي.

[2] وللمدعى عليه كذلك، أن يقدم ما يشاء من الطلبات العارضة التي يترتب عليها ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم له بها مقيدة لمصلحة المدعى عليه، أو تكون هذه الطلبات العارضة متصلة بالدعوى الأصلية اتصالاً لا يقبل التجزئة، ويكون الطلب العارض في هذه الحالة دعوى فرعية يرد بها على طلبات المدعي.

وتقدر قيمة الطلب العارض المقدم من المدعى عليه على حدة، فإن تجاوزت نصاب القاضي الجزئي تعين إعمال المادة 46 من قانون المرافعات، وفي هذه الحالة يكون أمام المحكمة الجزئية إما أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة، أو أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط بها بحالتهما إلى المحكمة الابتدائية المختصة، ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن.

[3] وللغير أيضاً، أن يتدخل في الدعوى ويقدم طلباً عارضاً ليقضي له به، مثال ذلك أن ترفع دعوى بصحة ونفاذ عقد، فيتدخل فيها الغير مدعياً أنه المالك للعقار المبيع، ويطلب الحكم بتثبيت ملكيته له، حينئذ تتصدى المحكمة لهذا الطلب كمسألة أولية لازمة للفصل في الدعوى الأصلية.

وتقدر قيمة الطلب العارض المقدم من الغير على حدة، فإن تجاوزت قيمته نصاب القاضي الجزئي تعين إعمال المادة 46 مرافعات على النحو الذي سلف بيانه.

ويلزم الإشارة إلى أنه:

(1) إذا قدمت الطلبات العارضة من المدعي، فتسمى الطلبات الإضافية.

(2) وإذا قدمت الطلبات العارضة من المدعى عليه، تسمى دعاوى المدعى عليه أو الطلبات المقابلة.

(3) وإذا قدمت الطلبات العارضة من الغير، تسمى تدخلاً ويترتب عليها تغيير أطراف الخصومة.

(4) وإذا قدمت الطلبات العارضة في مواجهة الغير، تسمى اختصام الغير، وفي هذه الحالة أيضاً يترتب عليها تغيير أطراف الخصومة.

**ضوابط وقيود قبول الطلبات العارضة: أهمها:**

(1) أن يكون هناك ارتباط بين هذه الطلبات العارضة والطلب الأصلي، وقد يبلغ الارتباط مبلغ عدم التجزئة أي عدم إمكان تجزئة الطلب العارض عن الطلب الأصلي، كما لو كان الطلب الأصلي بتنفيذ عقد والطلب العارض بفسخه، فالتنفيذ والفسخ وجهان لنزاع واحد.

إلا أنه لا يشترط لقبول الطلب العارض أن يبلغ الارتباط مبلغ عدم التجزئة دائماً، بل يكفي لوجود الارتباط أن تكون هناك صلة أو علاقة بين الطلب الأصلي والطلب العارض من حيث محله أو سببه ولو لم يصل إلى حد عدم القابلية للتجزئة، ومن قبيل ذلك الطلبات الإضافية الخاصة التي وردت في الفقرات الأربع الأولى.

(2) ضرورة الحصول على إذن المحكمة بتقديم الطلبات العارضة، وذلك ما لم يكن الطلب العارض يتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعة مع بقاء السبب على حاله، أو تغيير السبب مع بقاء الموضوع على

حاله، أما إذا اختلف العارض عن الطلب الأصلي في موضوعه وسببه معاً، فإنه لا يقبل إبداؤه في صورة طلب عارض إلا إذا أذنت به المحكمة[1].

(3) يجب أن تبدى الطلبات العارضة قبل إقفال باب المرافعة وفقاً لما نصت عليه المادة (123) من قانون المرافعات.

ولكن إذا أعيدت الدعوى للمرافعة من جديد عاد إلى كل ذي شأن الحق في إبداء الطلبات العارضة، مع ملاحظة أن المرافعة لا تعتبر أنها أقفلت إلا بانتهاء الأجل المصرح بتقديم مذكرات فيه بعد حجز الدعوى للحكم[2].

**المقصود بالموضوع والسبب في نطاق الطلبات الأصلية والطلبات العارضة:**

(1) موضوع الطلب، هو الحق الذي يطالب به المدعى والذي يرمي إلى تقريره أو حمايته بطلبه الذي ضمنه صحيفة دعواه والذي تتصدى له المحكمة قبولاً أو رفضاً.

وموضوع الطلب هو موضوع أو محل الدعوى، باعتباره الحق الذي يطلبه المدعي أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها سواء أكان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بشيء مادي أو لا.

(2) سبب الطلب، هو السبب القانوني الذي يؤسس عليه الطلب أو الدعوى والذي يؤدي إلى نشوء التزام المدعى عليه، ومن ثم فقد يكون سبب الطلب (أو الدعوى) عقداً أو إرادة منفردة أو فعلاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً في القانون، وتلك هي مصادر التزام المدعى عليه، وبذلك يخرج عن نطاق السبب القانوني أدلة الإثبات التي يرتكن إليها المدعي في إثبات دعواه، كالمحررات المثبتة لهذا السبب، وكذلك وسائل الدفاع المقدمة في الدعوى.

وفي قضاء محكمة النقض ورد أن سبب الطلب أو الدعوى هو الواقعة أو الوقائع التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية.

(1) نقض مدني 1967/12/21 مجموعة أحكام النقض، السنة 18 ص 1891.

(2) نقض مدني 1966/2/24 أحكام النقض السنة 17 ص 467.

الطلب المرتبط، هو طلب يختلف عن الطلب الأصلي وقائم بذاته إلا أنه يرتبط بالطلب الأصلي، فالطلب المرتبط يختلف عن الطلب الأصلي في موضوعه ولو اتحد الخصوم في الطلبين أو اتحد السبب فيهما.

ويجب التصدي للطلب الأصلي والطلب المرتبط به معاً، ومثال ذلك، الطلب بصحة عقد وطلب فسخه، ومن ثم يتعين أن تتصدى المحكمة للطلبين معاً، بحيث إذا قضى بصحة العقد قضى في نفس الوقت برفض طلب فسخه أو العكس، وقد يرفع كل من المتعاقدين دعوى بفسخ العقد، وحينئذ يتعين على المحكمة التصدي للدعويين معاً حتى لا يقضي في أحدهما بالفسخ والأخرى بالرفض.

**أهمية التمييز بين الطلبات الأصلية والطلبات العارضة:**

تبدو هذه الأهمية في المجالات الآتية:

(1) من حيث كيفية طرح الطلب على المحكمة، يبدي الطلب الأصلي بالإجراءات العادية لرفع الدعوى، بصحيفة تودع قلم الكتاب، وأما الطلب العارض فيجوز إبدائه شفوياً في الجلسة في حضور الخصم الآخر وإثباته في محضر الجلسة طبقاً للمادة 123 من قانون المرافعات، فإن لم يكن الخصم حاضراً، فلا يجوز إبداء الطلب العارض شفوياً في الجلسة وإنما يجب تقديمه وفقاً للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى.

(2) من حيث الاختصاص بنظر الطلب، يجب أن تراعى في الطلب الأصلي قواعد الاختصاص بجميع أنواعه، وإلا كانت المحكمة غير مختصة وجاز للخصم الدفع بعدم اختصاصها، أما الطلب العارض، فيرفع إلى المحكمة المرفوع إليها الطلب الأصلي ولو لم تكن مختصة بالطلب العارض اختصاصاً محلياً لو أنه رفع إليها كطلب أصلي، كما أنه يجوز رفع الطلب العارض إلى محكمة غير مختصة به نوعياً إذا كان الطلب الأصلي مرفوعاً إلى المحكمة الابتدائية، فإبداء الطلب في صورة طلب عارض يجيز مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، وقواعد الاختصاص النوعي أحياناً.

(3) من حيث نطاق الخصومة وتعديله، الأصل أن يحدد الطلب الأصلي نطاق الخصومة من جهة موضوعها وسببها وأطرافها، وتقدر قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلي وملحقاته وتوابعه المقدرة المستحقة، ويفيد هذا التقدير في تعيين

المحكمة المختصة اختصاصاً نوعياً بنظر الدعوى ولمعرفة قابلية أو عدم قابلية الحكم الصادر فيها للاستئناف، ومع ذلك يجوز تعديل الطلبات الأصلية وتقدر قيمة الدعوى في ضوء هذا التعديل على أساس الطلبات المعدلة لأنها هي التي تعبر عن القيمة الحقيقية للدعوى.

ويجوز تعديل نطاق الخصومة بإبداء طلبات عارضة متى كانت متصلة ومرتبطة بالطلب الأصلي.

(4) من حيث الحكم في الطلبات، تفصل المحكمة في الطلب الأصلي والطلب العارض معاً، على أنه إذا كان الطلب العارض في حاجة إلى تحقيق والطلب الأصلي جاهزاً للحكم فيه، فإن المحكمة يجب ألا تعطل الفصل في الطلب الأصلي، وإنما تصدر حكمها فيه وتؤجل الفصل في الطلب العارض إلى حين استكمال تحقيقه طبقاً للمادة (127) من قانون المرافعات، ومن ناحية أخرى، إذا كان الطلب العارض جاهزاً للحكم فيه دون الطلب الأصلي، فإن المحكمة تفصل في الطلب العارض قبل الفصل في الطلب الأصلي، ويكون ذلك عادة بالنسبة للطلب العارض المتضمن دعوى وقتية، وهذا أمر ناتج من كون أن الدعوى الفرعية لها كيان ذاتي مستقل عن الدعوى الأصلية.

## تمييز الطلب العارض عن بعض الطلبات الأخرى

يستفاد مما تقدم أن الطلب العارض بصفة عامة هو تلك الدعوى الفرعية التي تطرح بصدد دعوى أصلية متميزة عنها ومرتبطة بها في آن واحد، من أطرافها، سواء أكان المدعي أو المدعى عليه أو من غيرهما، سواء بالتدخل أو الإدخال، أو من قاضي الدعوى، بشرط أن تتناول الدعوى الفرعية الموضوع أو السبب أو الخصوم في الدعوى الأصلية.

ويجب تمييز الطلب العارض عما قد يشتبه به من طلبات أخرى، ونقوم بذلك فيما يلي:

**أولاً: الطلب العارض والطلب الاحتياطي:**

يتقدم المدعي في صحيفة دعواه بطلب يتمسك بالحكم به في المرتبة الأولى وبصفة أصلية، ويتمسك بطلب آخر أو أكثر، بصورة احتياطية والمدعي لا يقصد الحكم له بها جميعاً، فعلى سبيل المثال يتمسك المدعي بملكية عقار أو تنفيذ عقد

بصورة أصلية، ويتمسك بطلب مبلغ لما يسفر عنه الحساب في نظره، وذلك بصورة احتياطية، ومثل من يطلب أصلياً بطلان عقد، واحتياطياً يطلب فسخه.

ففي كل هذه الأحوال وما شابهها يقصد المدعي أولاً وفي المرتبة الأولى الحكم له بطلبه الأصلي، وفي حالة رفض المحكمة الحكم له به تنتقل إلى الحكم له بطلبه الاحتياطي المرتبط.

إن مؤدى ذلك، أن المحكمة لا تملك نظر الطلب الاحتياطي إلا في حالة أن ترفض الطلب الأصلي، ولا يملك الخصم الطعن على الحكم الصادر بإجابته لطلبه الأصلي بحجة الرغبة في إجابة الطلب الاحتياطي، لأن القانون قد افترض أن مصلحة الخصم القانونية تتحقق كاملة بإجابته الطلب الأول، ولأن الحكم فيه من جانب المحكمة يحجب عنها طلبه الاحتياطي، والعكس غير صحيح، بمعنى أن إجابة الطلب الاحتياطي لا تحقق كامل المصلحة للمدعي الذي يملك دائماً الطعن عندئذ على الحكم الصادر برفض ذلك الطلب الاحتياطي.

إذن، الطلب الاحتياطي هو طلب يبديه المدعي، وهو يختلف عن دعاوى المدعى عليه الفرعية وذلك من حيث سواء أثر قيمة أيهما على اختصاص المحكمة النوعي أو القيمي، أو نصاب الاستئناف أو أثر استئناف الحكم الصادر في الدعوى على طرح الخصومة في أيهما على محكمة الدرجة الثانية.

ومن المقرر قانوناً، أن الطلب الاحتياطي لا يعد مطروحاً على المحكمة – رغم التقدم به إليها – إلا إذا رفضت الطلب الأصلي، باعتبار أن الطلب الأصلي يحجب عنها الطلب الاحتياطي ما لم ترفض الطلب الأصلي، وإذا قضت المحكمة في الطلب الاحتياطي قبل رفض الطلب الأصلي تكون قد أخطأت في تطبيق القانون.

**يتعين على المحكمة إن هي قضت برفض الطلب الأصلي أن تعرض للطلب الاحتياطي وتفصل فيه:**

وفي تقرير هذا المبدأ قضت محكمة التمييز في الكويت بأنه: "ولئن كان من المتعين على المحكمة إن هي قضت برفض الطلب الأصلي أن تعرض للطلب الاحتياطي وتفصل فيه مادام لم يصدر من صاحب هذا الطلب ما يفيد نزوله عنه، إلا أن المقصود بإغفال الفصل في الطلب الذي عناه المشرع في المادة 126 من قانون المرافعات، هو أن تكون المحكمة قد أغفلت سهواً أو خطأ الفصل في طلب موضوعي قدم إليها بصورة واضحة إغفالاً كلياً يجعل الطلب معلقاً أمامها لم يقضي

فيه الحكم، أما إذا كان المستفاد من أسباب الحكم ومنطوقه أنه قضى صراحة أو ضمناً برفض الطلب، فإنه لا يكون قد أغفل الفصل في الطلب المطروح"[1].

إذا قضت محكمة أول درجة برفض الطلب الأصلي، واستأنف هذا الحكم، ورأت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم المستأنف، فإنه يجب على محكمة الاستئناف أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة مرة أخرى لتفصل في الطلب الاحتياطي، ولا تملك محكمة الاستئناف أن تتجاوز مجرد إلغاء الحكم المستأنف فليس لها أن تفصل في الطلب الاحتياطي باعتبار أنها لو فصلت في هذا الطلب – الذي لم تفصل فيه محكمة أول درجة – فإنها تكون قد أخلت بمبدأ التقاضي على درجتين، فيكون حكمها باطلاً باعتبار أن نظام التقاضي على درجتين من النظام العام.

**ثانياً: الطلب الاحتياطي يغاير الدفاع الاحتياطي:**

نصت المادة 234 من قانون المرافعات على أنه "يجب على المحكمة إذا ألغت الحكم الصادر في الطلب الأصلي أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في الطلبات الاحتياطية".

والطلب المشار إليه في النص يقصد به المطالبة القضائية التي يتحدد بها نطاق الخصومة، وهو ما يطلب المدعي الحكم به سواء بصفة أصلية أو بصفة احتياطية إذا ما رفضت المحكمة طلبه الأصلي.

والطلبات بالمعنى السابق إنما يخرج عن نطاقها ما يبديه المدعى عليه في الدعوى من دفوع وأوجه دفاع يرمي بها إلى رفض طلب المدعي سواء أبدى المدعى عليه ذلك في صورة دفاع أصلي أو دفاع احتياطي، فإن تلك الأوجه جميعها تعتبر مطروحة على المحكمة الاستئنافية لتنظر الاستئناف على أساسها وما يقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة وفقاً لما تقضي به المادة 233 من قانون المرافعات.

إن معنى ما تقدم، هو أن المشرع قد فرق بين الطلبات الموضوعية التي يطرحها الخصوم على المحكمة ويطلبون الحكم لهم بها، وبين الأدلة والدفوع وأوجه الدفاع التي يركن إليها الخصوم في تأييد طلباتهم الموضوعية أو للرد بها على طلبات خصومهم.

(1) الطعن رقم 183 لسنة 1998 تمييز مدني جلسة 1999/4/5، والطعنان رقما 98، 103 لسنة 1999 تمييز مدني جلسة 1999/12/13.

**ثالثاً: الطلبات العارضة والمسائل العارضة:**

الطلبات العارضة تطرح أو تثار أثناء سير الدعوى وبمناسبتها، والطلب العارض كما تقدم، يتميز بأنه يتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعه أو سببه أو أطرافه، والطلبات العارضة بهذا الوصف هي قسم من المسائل العارضة التي تثار أثناء سير الدعوى.

وتتميز أو تختلف الطلبات العارضة عن بقية المسائل العارضة الأخرى التي تتعلق بإجراء الدعوى التي تنعقد بها الدعوى، أو إجراءات تحقيق الدعوى أو الحكم فيها دون أن تؤثر هذه الإجراءات في موضوع النزاع أو سببه أو أطرافه، كالدفوع والمنازعات المتعلقة بالإثبات وانقطاع الخصومة ووقفها وطلب الحكم بسقوطها وما شابه ذلك.

إذن، المسائل العارضة تشمل كل مسألة تبدى بمناسبة طلب أصلي وفي أثناء النظر فيه وترمي إلى وقف السير في الطلب الأصلي أو منع الحكم به، أو تغيير وجه الحكم فيه، أو يكون الغرض من إبدائها ضمها للطلب الأصلي والحكم فيهما معاً، فهي تشمل كل إجراء متعلق بالدعوى والسير فيها ولا يتسع بهذه المسائل العارضة نطاق الدعوى من الناحية الفنية.

فالمسائل العارضة على هذا النحو لا تضيف جديداً إلى موضوع الطلب الأصلي، وإنما تكون معه كلاً لا يمكن تجزئته دون المساس بحسن سير العدالة، وتختص بالمسائل العارضة المحكمة المرفوع إليها الطلب الذي أثيرت هذه المسائل أثناءه.

ويمكن حصر هذه المسائل العارضة في الآتي:

(1) المسائل المتعلقة بسير الإجراءات، مثل ضم دعويين إلى بعضهما أو الفصل بين دعويين، أو إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمامها، وذلك في حدود القواعد التي قررتها المادة (110) من قانون المرافعات في خصوص أن الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص تفرض على المحكمة المحال إليها الدعوى نظر هذه الدعوى، وما تقرره المادة (112) من القانون ذاته من أن الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى والإحالة للارتباط تفرض على المحكمة المحال إليها الدعوى نظر هذه الدعوى.

(2) المسائل المتعلقة بإثبات الدعوى، وذلك في ضوء القواعد المنظمة لعملية الإثبات، وخاصة ما قد يكون قد جرى في إثباته بالدعوى المستحقة لإثبات وقائع بقصد الاستناد إليها في إثبات نزاع مستقبلي كدعوى التزوير الأصلية،

ودعوى إثبات الحالة، وللمحكمة المرفوعة إليها الدعوى مطلق الحرية في الأخذ بنتيجة التحقيق أو عدم الأخذ به عملاً بالمادة (9) من قانون الإثبات.

**رابعاً: الطلب العارض والطلب المرتبط:**

الطلبات العارضة، وكما سلف البيان هي تلك الطلبات التي تضيف جديداً إلى الطلب الأصلي حيث يتسع بها نطاق سواء من حيث موضوعه أو من حيث سببه أو من حيث الخصوم فيه، وهذه الطلبات قد تكون من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه أو موجهة إلى الغير، أو يوجهها الغير إلى الخصوم الأصليين في الدعوى.

والطلبات العارضة بحسب طبيعتها لها كيان مستقل، ومن الممكن أن ترفع بها دعوى مستقلة وأن تختص بها محكمة أخرى غير المحكمة المرفوع إليها الطلب الأصلي.

والطلبات المرتبطة، هي طلبات قضائية مختلفة عن الدعوى الأصلية وقائمة بذاتها تتميز بتوافر الارتباط بينها وبين الدعوى الأصلية، فالطلب المرتبط يختلف عن الطلب الأصلي في موضوعه ولو اتحد الخصوم في الطلبين أو اتحد السبب فيهما.

والطلبات المرتبطة كذلك، هي طلبات قائمة بذاتها لها كيان مستقل عن الدعوى الأخرى، أما إذا كان الطلب تابعاً لدعوى أخرى، فإنه لا يكون طلباً مرتبطاً وإنما يكون طلباً عارضاً.

ويوجد ارتباط بين دعويين إذا كان القضاء في إحداهما من شأنه التأثير في القضاء في الدعوى الأخرى، مما يجعل من حسن إدارة القضاء تحقيقهما والحكم فيهما معاً.

ومن المقرر، وجود الارتباط بين الدعويين، إذا كان عنصر السبب أو عنصر المحل فيهما واحداً، أو إذا كان كلاً من العنصرين مشتركاً، ولهذا، فإنه إذا باع شخص شيئاً إلى شخصين، فإن دعواه بالثمن ضد أحدهما تعتبر مرتبطة بدعواه بالثمن ضد الآخر، إذ السبب واحد.

**خامساً: الطلب العارض والطلب الختامي:**

الطلب الختامي وفقاً للفقرة (3) من المادة 36 من قانون المرافعات هو آخر طلبات الخصوم في الدعوى، ومن ثم كان تقدير قيمة الدعوى وفقاً له، وللخصوم أن يعدلوا في طلباتهم إلى ما قبل قفل باب المرافعة في الدعوى.

ومن المقرر في قضاء النقض أن العبرة بالطلبات الختامية لا بالطلبات السابقة عليها التي تتضمنها صحيفة الدعوى، والمقرر أن تعديل الطلبات قد يكون بالعدول عن الطلب إلى غيره، كما لو طلب المدعي الأجرة ثم عدل إلى طلب الفسخ، أو طلب المشتري التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بعد أن طلب الحكم بتسليم المبيع.

وقد يكون التعديل بطلب الزيادة على الطلب الأصلي، وذلك بطلب أساسي جديد، كما لو أضاف المدعي إلى طلب الأقساط المتأخرة عن الدين القسط الذي حل ميعاد استحقاقه بعد رفع الدعوى، وقد يكون التعديل بطلب ملحق للدين، كما لو أضاف الدائن إلى الدين الفوائد التي كانت مستحقة وقت رفع الدعوى، وقد يكون التعديل في الطلبات بالإنقاص من الطلب الأصلي، كما لو اقتصر المشتري على طلب البضاعة منفصلاً عن طلب التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام.

وترتيباً على ما تقدم، فإن الطلب العارض بالمفهوم سالف البيان هو بالضرورة طلب ختامي فيما لو ثبت النزاع عند هذا الحد وكان الطلب العارض هو نهاية المطاف، سواء أكان مبدية أو طارحة هو المدعي أو المدعى عليه أو الغير، ففي هذه الحالة يكون الطلب العارض طلب ختامي بالمفهوم الفني لهذا الطلب، ومع ترتيب كافة الآثار الإجرائية عليه.

إلا أن ليس كل طلب ختامي طلب عارض إذ قد يعدل الخصم في طلباته الختامية من الطلب العارض إلى الطلب الأصلي أو يبدي طلباً مرتبطاً بالطلب الأصلي بما لا يكيف بأنه عارض.

**مدى تأثر الطلب العارض بزوال الخصومة في الطلب الأصلي بغير حكم في موضوعها:**

هل الطلب العارض يتبع الطلب الأصلي في كل الأحوال، أم أن هذه التبعية ليست دائمة، يلزم لبيان ذلك الاعتداد بطريقة تقديم الطلب العارض إلى المحكمة، ومن ثم فإنه يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى:إذا قدم المدعى عليه الطلب العارض شفاهة بالجلسة أو بمذكرة، في هذه الحالة يكون الطلب العارض تابعاً للطلب الأصلي (الدعوى)، ولذلك فإنه يبقى ببقائها ويزول بزوالها، إذ لا يكون له كيان مستقل عندما يقدم بأي من هذين الطريقين، ويترتب على ذلك، أن المدعي إذا تغيب ولم تكن الدعوى صالحة

للفصل فيها وقدم المدعى عليه طلباً عارضاً ثم أعلنه للمدعي الذي تغيب في الجلسة التالية، فقررت المحكمة شطب الدعوى وظلت مشطوبة ستين يوماً، وعندما جددها دفع المدعى عليه باعتبارها كأن لم تكن، فإن الحكم الذي يصدر بذلك يمتد إلى الدعوى برمتها بما في ذلك الطلب العارض، وكذلك الحال إذا قضى ببطلان الدعوى أو بعدم قبولها أو بقبول ترك المدعى لدعواه.

الحالة الثانية:إذا قدم الطلب العارض بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وقد كان من حق المدعى عليه أن يرفع دعوى مبتدأة بذات الطلب، وحينئذ يعتبر طلباً أصلياً إلا أنه سلك طريق الطلب العارض لمجابهة خصمه في إدعائه، لذلك يجب النظر إلى الطلب العارض الذي قدم بهذا الطريق على أنه قائم بذاته وبكيان مستقل عن الدعوى، فلا يعتبر تابعاً لها، بحيث إذا زالت الدعوى لأي سبب زالت وحدها ويبقى الطلب العارض قائماً ومطروحاً على المحكمة ويصبح طلباً أصلياً طالما كان مقبولاً وتختص به المحكمة.

**ومفاد ذلك، في هذه الحالة، أنه تترتب النتائج التالية بحسب الأحوال:**

(1) أن الدعوى الأصلية إذا قضى ببطلانها أو باعتبارها كأن لم تكن أو بعدم قبولها أو بقبول ترك المدعي لدعواه بعد إبداء الطلب العارض، اقتصر هذا القضاء على الدعوى الأصلية فقط، ولا يمتد إلى الدعوى الفرعية (الطلب العارض) الذي يبقى قائماً ومطروحاً على المحكمة وتلتزم بالفصل فيه. وذلك بأن تضمن حكمها الصادر في الدعوى الأصلية تحديد جلسة لنظر الطلب العارض القائم أمامها والذي أصبح طلباً اصلياً مع إعلان الخصوم بها، فإن أغفلت المحكمة ذلك، يقدم طلب إليها بتحديد هذه الجلسة وذلك على عريضة دون حاجة لطلبه بصحيفة، إذ لا تعتبر الدعوى مشطوبة أو موقوفة.

(2) عندما تحدد المحكمة جلسة لنظر الطلب العارض (الدعوى الفرعية)، وقد أصبح طلباً أصلياً جاز للمدعى عليه فيه – وهو المدعي في الدعوى التي زالت – أن يتقدم بطلب عارض، وقد يكون هو ذات الطلب في الدعوى الأصلية السابقة، إن لم يمنعه من ذلك حجية الأمر المقضي فيه[1].

(1) نقض مدني 1995/6/25، الطعن رقم 798 السنة 61 القضائية، ويراجع المستشار أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية طبعة 2001 جـ2 ص 356.

(3) إذا قضى بسقوط الخصومة بناء على طلب المدعى عليه لتعجيلها بعد انقضاء سنة على آخر إجراء صحيح فيها عملاً بالمادة 134 مرافعات، فإن هذا القضاء يمتد إلى الخصومة برمتها بما في ذلك الطلب العارض أيا كانت الطريقة التي قدم بها إلى المحكمة.

وإذا قضى بسقوط الاستئناف الأصلي تبعه الاستئناف الفرعي دون الاستئناف المقابل، لعدم تبعية الاستئناف المقابل للاستئناف الأصلي[1].

وترتيباً على ما تقدم، نرى أنه من الأوفق والأفضل للمدعى عليه أن يقدم طلباته العارضة عن طريق صحيفة دعوى أي بإتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى حتى لا تكون الدعوى الفرعية تابعة للدعوى الأصلية، ولا تتأثر بما قد يحدث لها من عوارض مثل الشطب أو اعتبارها كأن لم تكن أو بطلان الدعوى وما إلى ذلك على النحو السالف بيانه، ومن ثم يكون من الأنفع للمدعى عليه إلا يلجأ إلى إبداء طلباته العارضة عن طريق تقديمها شفاهة ي الجلسة أو تقديمها في مذكرة، بل يلزم أن يقدمها عن طريق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أي بصحيفة تحوطاً لما قد يشوب الدعوى الأصلية أو يوقع على المدعي من جزاءات إجرائية، بالضرورة تلحق المدعي عليه الذي يقدم طلباته العارضة بغير طريق الدعوى.

وأخيراً، فإنه من المقرر عدم قبول تقديم الطلبات العارضة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأن قبول هذه الطلبات وهي تعتبر دعوى فرعية أمام محكمة الاستئناف يخل بمبدأ التقاضي على درجتين، ومن ثم فقد أوجب المشرع عدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف وأوجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها وذلك إعمالاً لما جرى عليه نص المادة (235) من قانون المرافعات.

(1) نقض مدني 1966/3/10، المستشار أنور طلبة، المراجع السابق، ص 353.

## المبحث الخامس

## قواعد الدفوع في قانون

## المرافعات المدنية والتجارية

**نـص القـانـون :**

**تنص المادة (108) من قانون المرافعات على أن:**

" الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمةٍ أخـرى لقيـام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبـداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول. وإلاَّ سـقط الحـق فـيما لم يبد منها، ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن.

ويُحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضـوع وعندئـذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة.

ويجب إبداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معـاً، وإلاَّ سـقط الحق فيما لم يبد منها ".

**التعريف بالدفـوع وأنواعـها:**

الدفع هو ما يردُّ به الخصم على طلب خصمه في الدعوى، فقد قرر المشرع لكـل حـق دعوى تحميه، فالمدعي يقيم دعواه بطلب حماية الحق أو المصلحة محـل حمايـة القـانون، وفي الوقت ذاته قرر المشرِّع للمدعي سبل دفاعه التي يجيب بها على دعوى المدعي.

وتتنوع الدفوع التي يمكن أن يبديها المدعى عليه، وترجع هذه الدفوع إلى:

**[1] دفـوع متعلـقـة بإجـراءات التـقـاضـي:**

ومنها الدفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوى، والدفع بإحالـة الـدعوى إلى محكمةٍ أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط، والدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات.

والقاعدة في إبداء الدفوع، هي وجوب التمسك أولاً بالدفوع المتعلقة بإجراءات التقاضي، وهي الدفوع المتقدم ذكرها، فإذا ثبت للمدعى عليه الحق في أكثر من دفع منها، وجب عليه التمسك بها جميعاً في وقتٍ واحد وبيان وجه كل منها وذلك قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلاَّ سقط حقه فيما لم يُبد منها، باعتبارها دفوعاً شكلية متعلقة بالإجراءات.

**[2] الدفع بعدم القبول:**

فبعد أن يُبدي المدعى عليه الدفوع السابقة المتعلقة بإجراءات التقاضي، ينتقل إلى التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى، وذلك على النحو المقرر بالمادة (115) من قانون المرافعات.

**[3] الدفوع الموضوعية:**

بعد أن يُبدي المدعى عليه ما ثبت له الحق فيه من دفوع على النحو المتقدم، يكون له أخيراً إبداء الدفوع الموضوعية، وهذا النوع من الدفوع يتساوى مع الدفع بعدم قبول الدعوى من ناحية جواز التمسُّك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأن التمسك بأحدها لا يسقط الحق في التمسك بالآخر، فقد يدفع المدعى عليه بالتقادم، ثم بعد قبول الدعوى.

ومفاد كل ما تقدم، أن الدفوع نوعان:

(1) دفوع شكلية.

(2) دفوع موضوعية.

## قواعد الدفوع الشكلية

**التعريف بالدفوع الشكلية:**

يُقصد بالدفوع الشكلية الدفوع المتعلقة بالإجراءات التي اتخذها المدعي ضد المدعى عليه، مثل الإنذار السابق على رفع الدعوى، وتحرير صحيفة الدعوى وإيداعها قلم الكتاب وإعلانها لانعقاد الخصومة، وكل دفع يستند إلى وجه تحقق أثناء سير الدعوى ولو بعد إبداء المدعى عليه طلباته وأوجه دفاعه، والدفع الشكلي يرمي إلى منع المحكمة من التصدي لموضوع الدعوى.

**ومن الدفوع الشكلية:**

(1) الدفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوى.

(2) الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعي أو بالمدعى به، أو لخلوها من بيان جوهري.

(3) الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من متعددين لا رابطة بينهم .

(4) الدفع باعتبار المدعي تاركاً دعواه.

(5) الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة مباشرة عن دين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء.

(6) الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف لخلوها من الأسباب.

(7) الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم.

(8) الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

(9) الدفع بسقوط الخصومة أو بانقضائها.

(10) الدفع ببطلان أي إجراء أو ببطلان أوراق التكليف بالحضور وفقاً للمادة (114) من قانون المرافعات.

(11) الدفع بسقوط أمر الأداء لعدم إعلانه في الميعاد.

ومن المقرر أنه إذا تعلق الدفع ببطلان الإجراء، إلاَّ أن هذا الإجراء قد تحققت الغاية منه، فلا يجوز إبداؤه، فإذا لم تتحقق الغاية منه وجب التمسُّك بالدفع به قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلاَّ سقط الحق في إبدائه طالما أنه غير متعلق بالنظام العام، فالدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام لا يسقط الحق في إبدائه بالتكلم في الموضوع، كما أن للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها.

**التكلم في الموضوع الذي يسقط الحق في الدفع الشكلي:**

لا يُعتبر تكلماً في الموضوع وبالتالي لا يسقط الحق في الدفع الشكلي طلب المدعى عليه أجلاً للاطلاع والاستعداد أو لتقديم صورة الإعلان المسلمة له متضمنة وجه البطلان الذي يستند إليه في دفعه، أو تقديم طلب تقصير الجلسة وتعجيل نظرها بإعلان طلب التقصير، أو طلب التأجيل لاتخاذ إجراءات الرد باعتبار أن طلب الرد يجب أن يتخذ قبل تقديم أي دفع، وإذا تعدد محامون المدعى عليه فيكفي أن يتمسك أولهم بالدفع قبل التكلم في الموضوع ليحفظ حق الباقين من السقوط.

كما أن مجرد سرد الوقائع الذي لا يتضمن طلباً أو دفاعاً لا يُسقط الحق في إبداء الدفع الشكلي، وفي حالة أن يرد المدعى عليه على استفسار وجَّهته إليه المحكمة أيضاً لبعض نقاطها، لا يؤدي كذلك إلى سقوط الحق في إبداء الدفع، لأن مناط هذا السقوط أن يُبدي الخصم طلباً أو دفاعاً من تلقاء نفسه[1].

**قواعد إبداء الدفوع الشكلية:**

أولاً : يلزم أن يُتبع في إبداء الشكلية ما يأتي:

(أ) إبداء كافة الدفوع الشكلية معاً.

(ب) إبداء الدفوع الشكلية جميعها قبل التكلم في الموضوع.

(ج) إبداء وجه كل دفع من الدفوع، وإبداء كافة أوجه الدفوع الشكلية المدفوع بها.

ثانياً: إنه إذا قدمت جميع الدفوع الشكلية معاً سواءً مشافهة أي في المرافعة الشفوية أو في مذكرة أو في صحيفة فإنه يستوي بطبيعة الحال أن يتقدم بعضها على الآخر، وكل ما يتطلبه القانون أن يدلي بها الخصم معاً في مناسبةٍ واحدة.

ومعنى ذلك أنه لا يجوز لمن يُبدي الدفوع الشكلية أن يقتصر على إبداء دفع في مذكرة، ويُدلي بآخر في مذكرةٍ أخرى، أو أن يقتصر في مرافعته الشفوية على إبداء دفعٍ في جلسة، ثم في جلسةٍ أخرى يُبدى دفعاً آخر، وإنما له أن يُبدي دفعاً في أول مرافعته الشفوية، وأن يُبدي الدفع الآخر في نهاية المرافعة ذاتها.

والمقصود بأوجه الدفوع، هي الأسباب التي يُستند إليها في الدفع، مثل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى فقد يكون السبب في البطلان هو تجهيل الصحيفة بالمطلوب، أو تجهيلها بالمدعى عليه، فإذا كان يوجد أكثر من وجه (سبب) يجب إبداؤها جميعاً معاً وفي الوقت ذاته كما سلف البيان.

ثالثاً : إنه توجد بعض الدفوع الشكلية وعلى خلاف القاعدة العامة في الوقت الذي يُبدى فيه الدفع، فإن هذه الدفوع تبدى ولو بعد التكلم في الموضوع، ومنها:

(أ) الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، فتبدي في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ومن هذه الدفوع، الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو الوظيفي أو القيمي.

(1) نقض 1997/3/27م، الطعن رقم 4285 السنة 65 القضائية، ونقض 1995/6/22م، الطعن رقم 4900 السنة 62 القضائية، و نقض 1995/12/5م، الطعن رقم 555 السنة 59 القضائية.

(ب) الدفوع الشكلية التي ينشأ الحق في التمسك بها بعد التكلم في الموضوع، فإنها تبدي أثناء نظر الدعوى، وإنما قبل التكلم في الموضوع من جديد، ومثال ذلك، الدفع بسقوط الخصومة بسبب وقف السير فيها مدة سنة، أو الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن بسبب بقائها مشطوبة ستين يوماً.

(ج) الإجراء المنعدم، يجوز التمسك بانعدامه في أية حالة تكون عليها الإجراءات، لأن المعدوم لا تلحقه أية حصانة، ولا يرتب أي أثر قانوني، ومن أمثلة ذلك الدفع بانعدام الخصومة لإقامتها على متوفي، فمن الجائز التمسك بهذا الانعدام من أية حالة تكون عليها الإجراءات.

(د) عدم الصلاحية لنظر الدعوى، يجوز التمسك بعدم الصلاحية في أية حالة تكون عليها الإجراءات.

رابعاً : إن مجرد حضور الخصوم يسقط الحق في التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور، وإعلان صحيفة الدعوى في الأحوال المقررة في المادة 114 مرافعات.

خامسا: إذا تخلَّف الخصم عن الحضور في جميع الجلسات، وكان له أن يتمسَّك بدفوع شكلية لا تتعلق بالنظام العام، وجب عليه الإدلاء بها جميعاً في صحيفة الطعن وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبد منها.

**الدفوع المتعلقة بإجراءات الإثبات:**

إجراءات الإثبات تتمثل في التحقيق والاستجواب وإلزام خصم بتقديم ورقة تحت يده وضم الأوراق وإنكار التوقيع والدفع بالجهالة وتوجيه اليمين الحاسمة وإجراء المعاينة وأعمال الخبرة.

ومن المقرر قانونا ووفقا للمادة (7) من قانون الإثبات وجوب إبداء الدفع المتعلق بإجراءات التحقيق أمام القاضي المنتدب للتحقيق ولو بعد إجرائه، لأن سقوط الدفع المقصود به في تلك الأحوال هو السقوط لعدم إبداء الدفع أمام القاضي المنتدب للتحقيق، فإذا لم يدفع الخصم بالدفع أمام القاضي المنتدب للتحقيق يسقط حقه في إبداء الدفع، ومن ثمَّ لا يجوز له إبداءه أمام المحكمة بهيئتها الكاملة عند نظر الدعوى.

## قواعـد الدفـوع الـموضوعيـة

الدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق الذي يطالب به المدعي، أو يطلب تقريـره، وهنا من الممكن أن يوجد فرقان:

الأول : أن يدفع المدعي عليه بإنكار الحـق، ويكـون عـلى المـدعي في هـذا الفـرض يقـع عبء إثبات الحق بالطرق التي تتناسب مع طلباته والأدلة المقررة قانونا، ويكون للمدعي عليه في الوقت ذاتـه نفـي ذلـك بحيـث إذا عجـز المـدعي عـن الإثبـات قضت المحكمة برفض الدعوى.

والثاني : أن يقـر المـدعي عليـه بسـبق وجـود الحـق، إلاَّ أنـه يـدفع بانقضـائه بالوفـاء أو بالمقاصة القانونية أو بالتقادم، وهو في نطاق هذا الفـرض، الـذي يتحمـل عـبء إثبات الانقضاء بالطرق التي تتناسب مع الدفع.

والقانون الذي يحكم الدفوع الموضوعية هو القانون الذي ينظم الحق الذي يرد عليـه الدفع، ومن ثمَّ يجب الرجوع إليه لبيان أحكام الدفع الذي يدفع به المدعى عليه وشروطـه، فإن خلا القانون الذي ينظم الحق الذي يرد عليه الدفع من أحكام تتعلق بالدفع بالانقضـاء وشروطه تعيَّن الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني، باعتباره القانون العام في مثل هذه المسائل.

**قواعد التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية**

يخضع التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية للقواعد الآتية:

أولاَ : إن الدفوع الشكلية تبدي قبل التكلم في موضوع الدعوى، أي في بدء النـزاع وانعـدام المواجهة بين الخصوم، وإلاَّ سقط الحق في الإدلاء بها عـلى اعتبـار أن صـاحب الحـق فيها قد تنازل عنها.

ثانياً : وجُوب إبـداء الـدفوع الشـكلية معـاً، وإبـداء أسـبابها معهـا، وذلـك قبـل الـتكلم في الموضوع، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبد منها ولم يكن متصلاً بالنظام العـام، كـما أنـه يعتـبر تنـازلاً عـن الـدفع الشـكلي مجـرد تقـديم دفـع آخـر عليـه، أمـا في الـدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع آخر عليه.

ثالثاً : إن المحكمة، وكقاعدةٍ عامة، تفصل في الدفع الشكلي قبـل البحـث في الموضـوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يُغنيها عن التعـرَّض للموضـوع، إذ يترتـب عـلى قبولـه انقضاء الخصومة أمام المحكمة.

ومن المقرر أنه يجوز للمحكمة أن تضم الدفع إلى الموضوع، إلاَّ إذا رأت أن الفصل في الدفع يستلزم بحث الموضوع، وفي هذه الحالة تُصدر فيهما حكماً واحداً بشرط أن تُبيِّن في حكمها ما قضت به في كلٍّ منهما.

رابعاً : إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمسُّ أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، وذلك كما في حالة قبول الدفع بعدم الاختصاص أو ببُطلان ورقة التكليف بالحضور، ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة، إذا لم يكن الحق قد سقط بسببٍ من الأسباب.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، وهذا الحكم يحوز الحجية، ولا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى.

خامساً : إن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يطرح على محكمة الاستئناف إلاَّ الخصومة في الدفع، وهذا يعني أن ولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر على مجرد إعادة النظر في الدفع، ولا يجوز لها أن تقضي في موضوع الدعوى، إذ هي ألغت الحكم المستأنف، بل يتعيَّن عليها إعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل في موضوعها، وذلك لأن هذه المحكمة لم تستنفد ولايتها بالنسبة للموضوع، ولأن القاعدة هي " أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلاَّ ما رُفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة أول درجة ".

سادساً : إن الحكم الصادر في الدفع الشكلي يُعدُّ حكماً فرعياً أو جزئياً، أو يُعدُّ حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع، بينما الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يُعدُّ حكماً موضوعياً.

## قواعد الدفع بعدم القبول

**النص القانوني:**

**تنص المادة [115] من قانون المرافعات على أنه:**

" الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها وإن رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس،

أجَّلت الدعوى لإعلان ذي الصفة، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجاوز مائتي جنيه.

وإذا تعلَّق الأمر بإحدى الوزارات، أو الهيئات العامة، أو مصلحة من المصالح، أو بشخصٍ اعتباري عام، أو خاص، فيكفي في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعي عليها في صحيفة الدعوى ".

**ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:**

- المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم القبول.
- المبحث الثاني: قواعد الدفع بعدم القبول.
- المبحث الثالث: ماهية الدفع بعدم القبول في مذهب محكمة النقض.

## ماهية الدفع بعدم القبول

[1] تعريف الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، كما انه لا يوجه إلى ذات الحق المدعي به، ولكنه يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى.

إذن، الدفع بعدم القبول يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة.

[2] الدفع بعدم القبول له طبيعة خاصة، تختلف عن طبيعة الدفوع الشكلية، كما تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية، وهذه الطبيعة الخاصة تجعل الدفع بعدم القبول يحتل مركزاً وسطا بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وفي أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه عن الدفوع الموضوعية، وسوف نخصص له دراسة مستقلة وفقا لما قررته المادة 115 مرافعات.

## قواعـد الدفـع بـعـدم القبـول

فضلاً عن القواعد والأحكام السابقة التي أوردناها بشـأن الـدفع بعـدم القبـول عنـدما تناولنا الدفوع الشكلية والـدفوع الموضـوعية في ضـوء المـادة 108 مرافعـات، قـد اسـتخلص القضاء والفقه من نص المادة 115 مرافعات، القواعد والأحكـام الآتيـة فـيما يتعلـق بالـدفع بعدم القبول:

1- يُبدى الدفع بعدم قبول الدعوى، في أية حالة تكون عليها الـدعوى، ولـو لأول مـرة في الاستئناف، ولكن لا يُبدى في النقض لأول مرة إلاَّ إذا كان متعلقاً بالنظام العام.

2- إن الدفع بعدم قبول الدعوى لا يتعلق بالنظام العام إلاَّ إذا نـصَّ القـانون عـلى ذلـك، مثل الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه في غير ميعاده.

3- الدفع بإنكار صفة المدعي أو المدعى عليه من النظام العام، حتى لا تـزدحم المحـاكم وتشغل بقضايا غير جدية لا يفيد منها أحد.

4- الدفع بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها أصبح من النظـام العـام عمـلا بالمـادة 116 مرافعات المستحدثة.

5- في بعض الأحوال يترتب على قبول الدفع بعدم القبول إنهـاء النـزاع عـلى أصـل الحـق كما في حالة عدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، وفي بعض الأحوال يترتب على قبول الدفع إنهاء الخصومة وحدها كما في حالة عدم قبول الطعن لرفعه قبل الميعاد.

6- لا يترتب على استئناف الحكم بقبـول الـدفع بعـدم القبـول طـرح النـزاع برمتـه عـلى محكمة الاستئناف، وإنما ولايتها تقتصر على مجرد الفصل في الدفع بعدم القبول.

## ماهية الدفع بعدم القبول في مذهب محكمة النقض

**وفي ذلك قـضـت محكمة النقض بـما يلي:**

" الـدفع بعـدم القبـول والـذي نصَّـت عليـه المـادة (115) مـن قـانون المرافعـات وأجازت إبداءه في أية حالة كانـت عليهـا الـدعوى هـو الـدفع الـذي يرمـي إلي الطعـن

بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة، والمصلحة، والحق في رفع الدعوى باعتبارها حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي تُرفع به الدعوى بطلب تقريره، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحدَّدة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختص بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة، ولا الدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهةٍ أخرى، ويُبنى على ذلك أن المادة (115) المشار إليها لا تنطبق إلاَّ على الدفع بعدم القبول الموضوعي، وهو ما تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها عند الحكم بقبوله ويطرح الاستئناف المقام عنه الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف فإن ألغته وقبلت الدعوى فلا يجوز لها أن تُعيدها إلى محكمة أول درجة بل عليها أن تفصل في موضوعها دون أن يكون ذلك من جانبها تصدياً، ومن ثم لا تنطبق القاعدة الواردة في المادة (115) سالفة البيان على الدفع الشكلي الموجه إلى إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها والذي يتخذ اسم عدم القبول لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تُطلق عليه، وهو بهذه المثابة لا تستنفد محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى بالحكم بقبوله، مما يتعيَّن معه على المحكمة الاستئنافية إذا ما ألغت هذا الحكم - في حالة استئنافه - أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم "[1] .

إذن ، وفي ضوء حكم النقض السابق، يوجد نوعان للدفع بعدم القبول من حيث إذا ما قبلته محكمة أول درجة تكون بذلك قد استنفذت ولايتها، أو أنها لم تستنفذ هذه الولاية، والنوعان هما:

1- الدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع موضوعي.

2- الدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع شكلي.

(1) نقض 1984/6/28، طعن 578 لسنة 51 القضائية، ونقض 1989/2/8 طعن 180 السنة 5 القضائية «هيئة عامة» .

فالدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع موضوعي تستنفد به المحكمة ولايتها في الفصل في الدعوى، وهو ما عنته المادة 115 في الفقرة الأولى لأنه يتطلب من المحكمة عند الرد عليه التعرض لموضوع الحق المقامة به الدعوى التي دفع بعدم بقبولها، ومن ثم فإن الدفع بعدم القبول هو بمثابة دفع موضوعي يرد علي الحق في رفع الدعوى، ولا يمكن التصدي له إلاَّ ببحث الحق محل الطلب للوقوف على ما إذا كانت هناك صلة بينه وبين المدعي تُجيز له رفع الدعوى من عدمه، وذلك على النحو الذي تناولته المادة الثالثة من قانون المرافعات والتي تنص على عدم قبول أي طلب قضائي لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يُقرها القانون.

ومن المقرر أنه إذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول تكون قد استنفذت ولايتها في الفصل في الدعوى بحيث إذا ألغي قضاؤها استئنافياً، التزمت محكمة الاستئناف بالتصدي للموضوع، ولا يصح لها أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها.

وأما الدفع بعدم القبول الذي بمثابة دفع شكلي فإن المحكمة لا تستنفذ به ولايتها في الفصل في الدعوى، لأنه يواجه شروط قبول الدعوى التي حدَّدها المشرِّع، وينص على عدم قبول الدعوى في حالة توافر هذه الشروط أو أياً منها، فتلتزم المحكمة ومن تلقاء نفسها بالتحقق من توافر شروط القبول دون أن يتطلب ذلك التعرُّض لموضوع الدعوى.

ومثال ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة للمطالبة بحق مما نصَّ عليه قانون التأمينات الاجتماعية دون اللجوء في شأنه إلى اللجنة المختصة أو الدفع بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد البيع لعدم شهر صحيفة الدعوى طبقا للمادة 65 من قانون المرافعات والدفع بعدم قبول دعوى إخلاء لعين مفروشة لعدم قيد عقد الإيجار بالوحدة المحلية.

وفي تلك الأحوال، لو قبلت محكمة أول درجة الدفع، إلاَّ أن محكمة الاستئناف ألغت حكم محكمة أول درجة، فإن محكمة الاستئناف في تلك الحالة يجب أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في الموضوع.

## بعض قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الدفوع

**أولاً: الدفع بعدم القبول:**

**[1] الدفع بعدم قبول الدعوى تأسيساً على نصّ المادة 63 مرافعات، من النظام العام:**

**قضت محكمة النقض بأنه:**

" من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اتباع إجراءات رفعها طبقاً للمادة 63 من قانون المرافعات، يتعلق بإجراءات التقاضي، وهي من النظام العام، ومن ثم تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، طالما كانت عناصره مطروحة أمام محكمة الموضوع "[1] .

**[2] الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها علي غير ذي صفة – موضوعي:**

**قضت محكمة النقض بأنه:**

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، دفع موضوعي يُقصد به الرد على الدعوى ذاتها "[2] .

**[3] الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة باعتبارها شرط المصلحة، يتعلق بالنظام العام:**

**قضت محكمة النقض بأنه:**

" إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة - باعتبارها شرطاً في المصلحة - قد أصبح من النظام العام إعمالاً للمادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 81 لسنة 1996، إلاَّ إن أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض مشروطة بألاَّ يستلزم الفصل فيه بحث عناصر واقعية لم تكن تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى، وإذا كان الفصل في الدفع المثار يستلزم تحقيق

(1) الطعن رقم 2268 لسنة 58 القضائية جلسة 1999/3/9، مجموعة أحكام محكمة النقض الدوائر المدنية، السنة 50 رقم 66 ص 356

(2) الطعن رقم 1793 لسنة 67 القضائية، جلسة 1999/6/15، المرجع السابق، رقم 166 ص846.

عنصر واقعي، هو التحقيق في ملكية طرفي النزاع للعقارين المرتفق والمرتفق به، فإنه لا يُقبل من الطاعن التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض "[1] .

**ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص الولائي يتعلق بالنظام العام:**

قضت محكمة النقض بأنه:

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم الاختصاص الولائي يعتبر دائما مطروحاً على محكمة الموضوع لتعلقه بالنظام العام، ولو لم يدفع به أمامها، فلا يسقط الحق في إبدائه والتمسك به ولو تنازل عنه الخصوم، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، إذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع "[2].

**ثالثاً: الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام:**

قضت محكمة النقض بأنه:

" إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعنة لم تتمسَّك أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى بالتقادُم، فلا يصح لها أن تتمسَّك به أمام محكمة النقض، لأن الدفع بالتقادم لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام، ومن ثمَّ فإن إثارته لأول مرة في الطعن بالنقض يكون من قبيل السبب الجديد غير جائز القبول "[3].

**رابعاً: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها:**

[1] شروط الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها:

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي بالنسبة للدعوى اللاحقة إلاَّ إذا اتحدَّ الموضوع والسبب والخصوم في كلٍّ من الدعويين، بحيث إذا تخلف أحد هذه العناصر كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان ...

(1) الطعن رقم 4347 لسنة 68 القضائية، جلسة 1999/6/30، مجموعة الأحكام، المرجع السابق، رقم 233 ص 1190 .

(2) الطعن رقم 4214 لسنة 67 القضائية، جلسة 1999/3/2، مجموعة الأحكام، المرجع السابق، رقم 62 ص 339

(3) الطعن رقم 2895 لسنة 62 القضائية جلسة 1999/1/26، مجموعة الاحكام، المرجع السابق، رقم 20 ص 139

السبب في دعوى التطليق للضرر الذي تحكمه المادة السادسة من القانون رقم 52 لسنة 1929 يُخالف السبب في طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوى زواجها له للعودة إلى منزل الزوجية الذي تحكمه المادة (11 مكرر/ثانياً) من ذات القانون، إذ تقوم الدعوى الأولى على ثبوت تعمُّد الزوج إيذاء زوجته بالقول أو بالفعل على نحو لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، بينما يكفي في الدعوى الثانية مجرد ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين دون تحر لسببه أو تحديد أي من الزوجين يُسأل عنه، وذلك بعد محاولة المحكمة الإصلاح بينهما واتخاذ إجراءات التحكيم، لما كان ذلك، وكانت المطعون ضدها قد رفعت الدعوى رقم 18 لسنة 1989 كلي أحوال شخصية الجيزة، بطلب تطليقها من الطاعن للضرر، فإن القضاء برفضها في الاستئناف رقم 412 لسنة 107 ق القاهرة لا يمنع من نظر طلب التطليق في الدعوى الماثلة الذي أبدي من خلال الاعتراض على إنذار الطاعنة الموجه للمطعون ضدها من الطاعن، لاختلاف المناط بين الدعويين "[1].

[2] إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة القاضي بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، فإنه يجب أن تنظر محكمة الاستئناف موضوع الدعوى.

قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه:

" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، هو دفع للدعوى برمتها في موضوعها ذاته، ومتى قبلته محكمة أول درجة انحسمت الخصومة في هذا الموضوع أمامها، وأصبح من غير الممكن قانونا الرجوع إليها فيه، فإذا استأنف الخصم ذلك الحكم طالباً إلغاؤه والقضاء في موضوع الدعوى، فإن محكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم يكون عليها أن تنظر موضوع النزاع وتفصل فيه في حدود طلبات المستأنف، وليس في هذا إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين "[2].

(1) الطعن رقم 459 لسنة 64 القضائية جلسة 1999/5/24، مجموعة أحكام النقض، المرجع السابق، رقم 142 ص 706.

(2) الطعن رقم 2794 لسنة 68 القضائية جلسة 1999/6/9، مجموعة أحكام النقض، المرجع السابق، رقم 161 ص 818.

[3] الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، ماهية التكلم في الموضوع المسقط للدفع الشكلي بوجهٍ عام.

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الجزاء الوارد في نصِّ المادة (70) من قانون المرافعات، لا يتعلَّق بالنظام العام بل مقرر لمصلحة من لم يتم إعلانه خلال الميعاد إعلانا صحيحا، وكان التمسُّك باعتبار الدعوى كأن لم تكن وإيقاع الجزاء بمقتضاه من قبيل الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات بحيث يتعين إبداؤه قبل التكلم في الموضوع وإلاَّ سَقط الحق فيه وفق المادة (108) من قانون المرافعات، وكان التكلم في الموضوع المُسقط للدفع يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها "[1].

[4] بُطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان بُطلان ليس غير متعلق بالنظام العام والتكلم في الموضوع مسقط للحق في الدفع بالبطلان المنوَّه عنه وذلك وفقاً للمادة 108 مرافعات.

قضت محكمة النقض بأن:

" مؤدَّى نص المادة (108) من قانون المرافعات أن الإجراء يُعتبر صحيحاً رغم ما قد يعتوره من أوجه البُطلان غير المتعلقة بالنظام العام، طالما أن الدفع بهذا البُطلان لم يتمسَّك به صاحب المصلحة فيه في الوقت الذي حدَّده القانون، وأن بُطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو بُطلانٌ نسبي مقرر لمصلحة مَن شُرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام، وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب على الخصم الذي تُقرر هذا البطلان لمصلحته أن يتمسَّك به أمام محكمة الموضوع، والمقرر في قضاء محكمة النقض أن التكلم في الموضوع المسقط للدفع الواجب إبداؤه قبل التكلم في الموضوع، إنما يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها سواءً أبدي كتابة أو شفاهة، وإذ كان الدفع

(1) نقض 1984/1/19، الطعن رقم 428 لسنة 50 القضائية.

باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لا يُعتبر تكلماً في موضوع الدعوى، فإنه لا يسقط الحق من بعد إبدائه في التمسُّك بانقضاء الخصومة في الاستئناف لعدم تعجيل السير فيها خلال سنة من تاريخ انقطاعها "[1].

[5] الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد وفقاً للمادة (227) من قانون المرافعات من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وليس دفعاً بعدم القبول مما نصَّت عليه المادة (115) من قانون المرافعات.

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر في قضاءِ هذه المحكمة أن التكلم في الموضوع المُسقط للدفع الواجب إبداؤه قبل التكلم في الموضوع، إنما يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها، سواءً أبدي كتابة أو شفاهة، وأن الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد المنصوص عليه في المادة (227) من قانون المرافعات دفع يتعلق بعمل إجرائي، يرمي إلى سقوط الاستئناف كجزاءٍ على انقضاء الميعاد الذي يتعيَّن القيام به خلاله، وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وليس دفعاً بعدم القبول مما نصَّت عليه المادة (115) من قانون المرافعات، ولا يعتبر هذا الدفع تعرضاً لموضوع الاستئناف يُسقط الحق في التمسُّك من بعد باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم تجديده "[2].

[6] ما يُعد تعرضاً للموضوع المُسقط للدفوع الشكلية أو ما لا يُعد كذلك من سلطة قاضي الموضوع، حالات لا تعد من قبيل التعرض للموضوع.

قضت محكمة النقض بأن:

" لقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يُبديها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما إذا كانت تُعدُّ تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه يُسقط حقه في التمسُّك بهذه الدفوع، وهو في هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض، وإذا كان قضاء الحكم المطعون فيه بقبول الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف

(1) نقض 1993/2/25 الطعن رقم 763 لسنة 57 القضائية نقض 1982/4/26 الطعن رقم 714 لسنة 47 القضائية .

(2) نقض 1993/3/11 الطعن رقم 273 لسنة 59 القضائية .

دون التعرض لأسبابه لأثر طلبات المطعون عليه على إبداء هذا الدفع، يعد من الحكم قضاء ضمنيا بعدم سقوط حق المطعون عليه في الدفع السالف الذكر، تقديراً منه بأن هذه الطلبات لا تُعدُّ من المطعون عليه تعرضاً لموضوع الدعوى أو دفعاً بعدم قبول الاستئناف، وإنه لا أثر لها على الدفع الشكلي المثار أمامها بما يؤدي إلى سقوط الحق فيه وفقاً للمادة (132) من قانون المرافعات السابق - وكان مجرد طلب التأجيل للاطلاع ولتقديم مستندات دون بيان لمضمونها لا يُعدُّ تعرضاً لموضوع الدعوى، كما أن طلب التأجيل لتقديم شهادة بيان تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم المُحضرين للتحقيق مما إذا كان الاستئناف قد رُفع بعد الميعاد لا يُعتبر دفعاً بعدم القبول، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحاً فيما انتهى إليه في هذا الخصوص "[1].

[7] يجب إبداء الدفوع الشكلية وكذلك أوجه هذه الدفع معاً، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبدَ منها.

قضت محكمة النقض بأن:

" الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، وكذلك الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن كل منهما مختلف في جوهره عن الأخر، وكلاهما من الدفوع الشكلية التي يتعين إبداؤها قبل التعرض للموضوع، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبدَ منها، ولما كانت المطعون ضدها عندما أبدت الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن في أول جلسة حضرتها أمام محكمة الاستئناف، فقد أقامته على أن صحيفته أُعلنت لها بعد الميعاد القانوني، ثم عادت في جلسة أخرى وتمسَّكت بذات الدفع مؤسسة إياه على بُطلان إعلانها بصحيفة الاستئناف لأن المحضر لم يثبت غيابها عند مخاطبته لابنتها وقت إجراء الإعلان، ولم تكن قد أبدت هذا الوجه من البطلان عند إبداء الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن في الجلسة الأولي التي حضرتها، فإن حقها في إبدائه يكون قد سقط، ولا يكون هناك محل بعد ذلك للقضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيساً على بُطلان الإعلان، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون "[2].

(1) نقض 1971/4/27 لسنة 22 القضائية ص558 .

(2) نقض 9/197/4/25 الطعن رقم 392 لسنة 46 القضائية.

# الدفوع المقررة للرد على الطلبات المبداة في الدعوى

**ماهية وأنواع الدفوع:**

**يطلق اصطلاح "الدفع" على أحد معنيين:**

الأول : الدفع بمعناه العام ويطلق على وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لذلك الخصم بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها عليه.

والثاني: الدفع بمعناه الخاص في اصطلاح قانون المرافعات ويطلق على الوسائل التي يستعين الخصوم ويطعنوا بمقتضاها على صحة إجراءات الخصومة دون التعرض لأصل الحق الذي يزعمه الخصم، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه، كأن يجيب بأن الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو رفعت بإجراء باطل، وتعرف وسائل الدفاع هذه بالدفوع الشكلية.

أما وسائل الدفاع المتصلة بأصل الحق فهي تلك التي توجه إلى ذات الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده، أو يزعم انقضاؤه، ولذلك تعرف بالدفوع الموضوعية.

وأما وسائل الدفاع التي ينكر بها الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى كأن يزعم مثلاً انتفاء صفة الخصم أو سبق صدور حكم في الموضوع، فإنها تعرف بالدفع بعدم القبول.

وتكون الدفوع الموضوعية هي السبيل الأخير الذي يواجه المدعى عليه عن طريقها دعوى المدعي، وتتساوى الدفوع الموضوعية مع الدفع بعدم القبول من ناحية جواز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأن التمسك بأحدهما لا يسقط الحق في التمسك بالآخر، فقد يدفع المدعى عليه بالتقادم، ثم بعدم القبول.

**ونتكلم فيما يلي عن:**

1 – الدفوع الشكلية.

2 – الدفوع الموضوعية.

3 – الدفع بعدم القبول.

## (1) قواعد الدفوع الشكلية

**التعريف بالدفوع الشكلية:**

يُقصد بالدفوع الشكلية الدفوع المتعلقة بالإجراءات التي اتخذها المدعي ضد المدعى عليه، مثل الإنذار السابق على رفع الدعوى، وتحرير صحيفة الدعوى وإيداعها قلم الكتاب وإعلانها لانعقاد الخصومة، وكل دفع يستند إلى وجه تحقق أثناء سير الدعوى ولو بعد إبداء المدعى عليه طلباته وأوجه دفاعه، والدفع الشكلي يرمي إلى منع المحكمة من التصدي لموضوع الدعوى.

**ومن الدفوع الشكلية:**

(1) الدفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوى.

(2) الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعي أو بالمدعى به، أو لخلوها من بيان جوهري.

(3) الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من متعددين لا رابطة بينهم .

(4) الدفع باعتبار المدعي تاركاً دعواه.

(5) الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة مباشرة عن دين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء.

(6) الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف لخلوها من الأسباب.

(7) الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم.

(8) الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

(9) الدفع بسقوط الخصومة أو بانقضائها.

(10) الدفع ببطلان أي إجراء أو ببطلان أوراق التكليف بالحضور وفقاً للمادة (114) من قانون المرافعات.

(11) الدفع بسقوط أمر الأداء لعدم إعلانه في الميعاد.

ومن المقرر أنه إذا تعلق الدفع ببطلان الإجراء، إلاَّ أن هذا الإجراء قد تحققت الغاية منه، فلا يجوز إبداؤه، فإذا لم تتحقق الغاية منه وجب التمسُّك بالدفع به قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلاَّ سقط الحق في إبدائه طالما أنه غير متعلق بالنظام العام، فالدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام لا يسقط الحق في إبدائه بالتكلم في الموضوع، كما أن للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها.

**التكلم في الموضوع الذي يسقط الحق في الدفع الشكلي:**

لا يُعتبر تكلماً في الموضوع وبالتالي لا يسقط الحق في الدفع الشكلي طلب المدعى عليه أجلاً للاطلاع والاستعداد أو لتقديم صورة الإعلان المسلمة له متضمنة وجه البطلان الذي يستند إليه في دفعه، أو تقديم طلب تقصير الجلسة وتعجيل نظرها بإعلان طلب التقصير، أو طلب التأجيل لاتخاذ إجراءات الرد باعتبار أن طلب الرد يجب أن يتخذ قبل تقديم أي دفع، وإذا تعدد محامون المدعى عليه فيكفي أن يتمسك أولهم بالدفع قبل التكلم في الموضوع ليحفظ حق الباقين من السقوط.

كما أن مجرد سرد الوقائع الذي لا يتضمن طلباً أو دفاعاً لا يُسقط الحق في إبداء الدفع الشكلي، وفي حالة أن يرد المدعى عليه على استفسار وجَّهته إليه المحكمة أيضاً لبعض نقاطها، لا يؤدي كذلك إلى سقوط الحق في إبداء الدفع، لأن مناط هذا السقوط أن يُبدي الخصم طلباً أو دفاعاً من تلقاء نفسه [1] .

**قواعد إبداء الدفوع الشكلية:**

أولاً: يلزم أن يُتبع في إبداء الشكلية ما يأتي:

(أ) إبداء كافة الدفوع الشكلية معاً.

(ب) إبداء الدفوع الشكلية جميعها قبل التكلم في الموضوع.

(ج) إبداء وجه كل دفع من الدفوع، وإبداء كافة أوجه الدفوع الشكلية المدفوع بها.

ثانياً: إنه إذا قدمت جميع الدفوع الشكلية معاً سواءً مشافهة أي في المرافعة الشفوية أو في مذكرة أو في صحيفة فإنه يستوي بطبيعة الحال أن يتقدم بعضها على الآخر، وكل ما يتطلبه القانون أن يدلي بها الخصم معاً في مناسبةٍ واحدة.

(1) نقض 1997/3/27م، الطعن رقم 4285 السنة 65 القضائية، ونقض 1995/6/22م، الطعن رقم 4900 السنة 62 القضائية، و نقض 1995/12/5م، الطعن رقم 555 السنة 59 القضائية.

ومعنى ذلك أنه لا يجوز لمن يُبدي الدفوع الشكلية أن يقتصر على إبداء دفع في مذكرة، ويُدلي بآخر في مذكرةٍ أخرى، أو أن يقتصر في مرافعته الشفوية على إبداء دفعٍ في جلسة، ثم في جلسةٍ أخرى يُبدى دفعاً آخر، وإنما له أن يُبدي دفعاً في أول مرافعته الشفوية، وأن يُبدي الدفع الآخر في نهاية المرافعة ذاتها.

والمقصود بأوجه الدفوع، هي الأسباب التي يُستند إليها في الدفع، مثل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى فقد يكون السبب في البطلان هو تجهيل الصحيفة بالمطلوب، أو تجهيلها بالمدعى عليه، فإذا كان يوجد أكثر من وجه (سبب) يجب إبداؤها جميعاً معاً وفي الوقت ذاته كما سلف البيان.

ثالثاً: إنه توجد بعض الدفوع الشكلية وعلى خلاف القاعدة العامة في الوقت الذي يُبدى فيه الدفع، فإن هذه الدفوع تبدى ولو بعد التكلم في الموضوع، ومنها:

(أ) الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، فتبدي في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ومن هذه الدفوع، الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو الوظيفي أو القيمي.

(ب) الدفوع الشكلية التي ينشأ الحق في التمسك بها بعد التكلم في الموضوع، فإنها تبدي أثناء نظر الدعوى، وإنما قبل التكلم في الموضوع من جديد، ومثال ذلك، الدفع بسقوط الخصومة بسبب وقف السير فيها مدة سنة، أو الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن بسبب بقائها مشطوبة ستين يوماً.

(ج) الإجراء المنعدم، يجوز التمسك بانعدامه في أية حالة تكون عليها الإجراءات، لأن المعدوم لا تلحقه أية حصانة، ولا يرتب أي أثر قانوني، ومن أمثلة ذلك الدفع بانعدام الخصومة لإقامتها على متوفي، فمن الجائز التمسك بهذا الانعدام من أية حالة تكون عليها الإجراءات.

(د) عدم الصلاحية لنظر الدعوى، يجوز التمسك بعدم الصلاحية في أية حالة تكون عليها الإجراءات.

رابعاً: إن مجرد حضور الخصوم يسقط الحق في التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور، وإعلان صحيفة الدعوى في الأحوال المقررة في المادة 114 مرافعات.

خامسا: إذا تخلَّف الخصم عن الحضور في جميع الجلسات، وكان له أن يتمسَّك بدفوع شكلية لا تتعلق بالنظام العام، وجب عليه الإدلاء بها جميعاً في صحيفة الطعن وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبد منها.

**الدفوع المتعلقة بإجراءات الإثبات:**

إجراءات الإثبات تتمثل في التحقيق والاستجواب وإلزام خصم بتقديم ورقة تحت يده وضم الأوراق وإنكار التوقيع والدفع بالجهالة وتوجيه اليمين الحاسمة وإجراء المعاينة وأعمال الخبرة.

ومن المقرر قانونا ووفقا للمادة (7) من قانون الإثبات وجوب إبداء الدفع المتعلق بإجراءات التحقيق أمام القاضي المنتدب للتحقيق ولو بعد إجرائه، لأن سقوط الدفع المقصود به في تلك الأحوال هو السقوط لعدم إبداء الدفع أمام القاضي المنتدب للتحقيق، فإذا لم يدفع الخصم بالدفع أمام القاضي المنتدب للتحقيق يسقط حقه في إبداء الدفع، ومن ثمَّ لا يجوز له إبداءه أمام المحكمة بهيئتها الكاملة عند نظر الدعوى.

## (2) قواعد الدفوع الموضوعية

**الدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق الذي يطالب به المدعي، أو يطلب تقريره، وهنا من الممكن أن يوجد فرقان:**

الأول : أن يدفع المدعي عليه بإنكار الحق، ويكون على المدعي في هذا الفرض يقع عبء إثبات الحق بالطرق التي تتناسب مع طلباته والأدلة المقررة قانونا، ويكون للمدعي عليه في الوقت ذاته نفي ذلك بحيث إذا عجز المدعي عن الإثبات قضت المحكمة برفض الدعوى.

والثاني: أن يقر المدعي عليه بسبق وجود الحق، إلاَّ أنه يدفع بانقضائه بالوفاء أو بالمقاصة القانونية أو بالتقادم، وهو في نطاق هذا الفرض، الذي يتحمل عبء إثبات الانقضاء بالطرق التي تتناسب مع الدفع.

والقانون الذي يحكم الدفوع الموضوعية هو القانون الذي ينظم الحق الذي يرد عليه الدفع، ومن ثمَّ يجب الرجوع إليه لبيان أحكام الدفع الذي يدفع به المدعى عليه وشروطه، فإن خلا القانون الذي ينظم الحق الذي يرد عليه الدفع من أحكام تتعلق بالدفع بالانقضاء وشروطه تعيَّن الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني، باعتباره القانون العام في مثل هذه المسائل.

## قواعد التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية

**يخضع التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية للقواعد الآتية:**

أولاَ : إن الدفوع الشكلية تبدي قبل التكلم في موضوع الدعوى، أي في بدء النزاع وانعدام المواجهة بين الخصوم، وإلاَّ سقط الحق في الإدلاء بها على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها.

ثانياً : وجُوب إبداء الدفوع الشكلية معاً، وإبداء أسبابها معها، وذلك قبل التكلم في الموضوع، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبد منها ولم يكن متصلاً بالنظام العام، كما أنه يعتبر تنازلاً عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع آخر عليه، أما في الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع آخر عليه.

ثالثاً : إن المحكمة، وكقاعدةٍ عامة، تفصل في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يُغنيها عن التعرُّض للموضوع، إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمام المحكمة.

ومن المقرر أنه يجوز للمحكمة أن تضم الدفع إلى الموضوع، إلاَّ إذا رأت أن الفصل في الدفع يستلزم بحث الموضوع، وفي هذه الحالة تُصدر فيهما حكماً واحداً بشرط أن تُبيِّن في حكمها ما قضت به في كلٍّ منهما.

رابعا : إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمسُّ أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، وذلك كما في حالة قبول الدفع بعدم الاختصاص أو ببُطلان ورقة التكليف بالحضور، ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة، إذا لم يكن الحق قد سقط بسببٍ من الأسباب.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، وهذا الحكم يحوز الحجية، ولا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى.

خامساً: إن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يطرح على محكمة الاستئناف إلاَّ الخصومة في الدفع، وهذا يعني أن ولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر على مجرد إعادة النظر في الدفع، ولا يجوز لها أن تقضي في

موضوع الدعوى، إذ هي ألغت الحكم المستأنف، بل يتعيَّن عليها إعادة القضية إلى محكمة أول درجة لتفصل في موضوعها، وذلك لأن هذه المحكمة لم تستنفد ولايتها بالنسبة للموضوع، ولأن القاعدة هي " أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلاَّ ما رُفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة أول درجة".

سادسا: إن الحكم الصادر في الدفع الشكلي يُعدُّ حكماً فرعياً أو جزئياً، أو يُعدُّ حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع، بينما الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يُعدُّ حكماً موضوعياً.

## (3) قواعد الدفع بعدم القبول

**النص القانوني:**

**تنص المادة [115] من قانون المرافعات على أنه:**

" الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها وإن رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجَّلت الدعوى لإعلان ذي الصفة، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجاوز مائتي جنيه.

وإذا تعلَّق الأمر بإحدى الوزارات، أو الهيئات العامة، أو مصلحة من المصالح، أو بشخصٍ اعتباري عام، أو خاص، فيكفي في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعي عليها في صحيفة الدعوى ".

**ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:**

- المطلب الأول: ماهية الدفع بعدم القبول.
- المطلب الثاني: قواعد الدفع بعدم القبول.
- المطلب الثالث: ماهية الدفع بعدم القبول في مذهب محكمة النقض.

## المطلب الأول

## ماهـيـة الدفـع بـعـدم القـبـول

[1] تعريف الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، كما انـه لا يوجـه إلى ذات الحـق المدعي به، ولكنه يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى.

إذن، الدفع بعدم القبول يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحـق حقـه، ومـا إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جـائز لعـدم تـوافر شرط مـن الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم تـوافر شرط خـاص مـن الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة.

[2] الدفع بعـدم القبول له طبيعـة خاصـة، تختلـف عـن طبيعـة الـدفوع الشـكلية، كـما تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية، وهذه الطبيعة الخاصـة تجعـل الـدفع بعـدم القبول يحتل مركزاً وسطا بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وفي أحوال أخـرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه عن الدفوع الموضوعية، وسـوف نخصـص له دراسة مستقلة وفقا لما قررته المادة 115 مرافعات.

## المطلب الثاني

## قواعـد الدفـع بـعـدم القبـول

فضلاً عن القواعد والأحكام السابقة التي أوردناها بشـأن الـدفع بعـدم القبـول عنـدما تناولنا الدفوع الشكلية والـدفوع الموضـوعية في ضـوء المـادة 108 مرافعـات، قـد اسـتخلص القضاء والفقه من نص المادة 115 مرافعات، القواعد والأحكـام الآتيـة فـيما يتعلـق بالـدفع بعدم القبول:

1- يُبدى الدفع بعدم قبول الدعوى، في أية حالة تكون عليها الـدعوى، ولـو لأول مـرة في الاستئناف، ولكن لا يُبدى في النقض لأول مرة إلاَّ إذا كان متعلقاً بالنظام العام.

2- إن الدفع بعدم قبول الدعوى لا يتعلق بالنظام العام إلاَّ إذا نـصَّ القـانون عـلى ذلـك، مثل الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه في غير ميعاده.

3- الدفع بإنكار صفة المدعي أو المدعى عليه من النظام العام، حتى لا تـزدحم المحـاكم وتشغل بقضايا غير جدية لا يفيد منها أحد.

4- الدفع بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها أصبح من النظـام العـام عمـلا بالمـادة 116 مرافعات المستحدثة.

5- في بعض الأحوال يترتب على قبول الدفع بعدم القبول إنهـاء النـزاع عـلى أصـل الحـق كما في حالة عدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، وفي بعض الأحوال يترتب على قبول الدفع إنهاء الخصومة وحدها كما في حالة عدم قبول الطعن لرفعه قبل الميعاد.

6- لا يترتب على استئناف الحكم بقبـول الـدفع بعـدم القبـول طـرح النـزاع برمتـه عـلى محكمة الاستئناف، وإنما ولايتها تقتصر على مجرد الفصل في الدفع بعدم القبول.

## المطلب الثالث

## ماهية الدفع بعدم القبول في

## مذهب محكمة النقض

**وفي ذلك قضت محكمة النقض بما يلي:**

" الدفع بعدم القبول والذي نصَّت عليه المادة (115) من قانون المرافعات وأجازت إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى هو الدفع الذي يرمي إلي الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة، والمصلحة، والحق في رفع الدعوى باعتبارها حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي تُرفع به الدعوى بطلب تقريره، كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحدَّدة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختص بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة، ولا الدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهةٍ أخرى، ويُبنى على ذلك أن المادة (115) المشار إليها لا تنطبق إلاَّ على الدفع بعدم القبول الموضوعي، وهو ما تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها عند الحكم بقبوله ويطرح الاستئناف المقام عنه الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف فإن ألغته وقبلت الدعوى فلا يجوز لها أن تُعيدها إلى محكمة أول درجة بل عليها أن تفصل في موضوعها دون أن يكون ذلك من جانبها تصدياً، ومن ثم لا تنطبق القاعدة الواردة في المادة (115) سالفة البيان على الدفع الشكلي الموجه إلى إجراءات الخصومة وكيفية توجيهها والذي يتخذ اسم عدم القبول لأن العبرة هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تُطلق عليه، وهو بهذه المثابة لا تستنفد محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى بالحكم بقبوله، مما يتعيَّن معه على المحكمة الاستئنافية إذا ما ألغت هذا الحكم - في حالة استئنافه - أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي لهذا الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم "[1].

(1) نقض 1984/6/28، طعن 578 لسنة 51 القضائية، ونقض 1989/2/8 طعن 180 السنة 5 القضائية «هيئة عامة» .

إذن ، وفي ضوء حكم النقض السابق، يوجد نوعان للدفع بعدم القبول من حيث إذا ما قبلته محكمة أول درجة تكون بذلك قد استنفذت ولايتها، أو أنها لم تستنفذ هذه الولاية، والنوعان هما:

1- الدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع موضوعي.
2- الدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع شكلي.

فالدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع موضوعي تستنفد به المحكمة ولايتها في الفصل في الدعوى، وهو ما عنته المادة 115 في الفقرة الأولى لأنه يتطلب من المحكمة عند الرد عليه التعرض لموضوع الحق المقامة به الدعوى التي دفع بعدم بقبولها، ومن ثم فإن الدفع بعدم القبول هو بمثابة دفع موضوعي يرد على الحق في رفع الدعوى، ولا يمكن التصدي له إلاَّ ببحث الحق محل الطلب للوقوف على ما إذا كانت هناك صلة بينه وبين المدعي تُجيز له رفع الدعوى من عدمه، وذلك على النحو الذي تناولته المادة الثالثة من قانون المرافعات والتي تنص على عدم قبول أي طلب قضائي لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يُقرها القانون.

ومن المقرر أنه إذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول تكون قد استنفذت ولايتها في الفصل في الدعوى بحيث إذا ألغي قضاؤها استئنافياً، التزمت محكمة الاستئناف بالتصدي للموضوع، ولا يصح لها أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها.

وأما الدفع بعدم القبول الذي بمثابة دفع شكلي فإن المحكمة لا تستنفذ به ولايتها في الفصل في الدعوى، لأنه يواجه شروط قبول الدعوى التي حدَّدها المشرِّع، وينص على عدم قبول الدعوى في حالة توافر هذه الشروط أو أياً منها، فتلتزم المحكمة ومن تلقاء نفسها بالتحقق من توافر شروط القبول دون أن يتطلب ذلك التعرُّض لموضوع الدعوى.

ومثال ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها إلى المحكمة للمطالبة بحق مما نصَّ عليه قانون التأمينات الاجتماعية دون اللجوء في شأنه إلى اللجنة المختصة أو الدفع بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ عقد البيع لعدم شهر صحيفة الدعوى طبقا للمادة 65 من قانون المرافعات والدفع بعدم قبول دعوى إخلاء لعين مفروشة لعدم قيد عقد الإيجار بالوحدة المحلية.

وفي تلك الأحوال، لو قبلت محكمة أول درجة الدفع، إلاَّ أن محكمة الاستئناف ألغت حكم محكمة أول درجة، فإن محكمة الاستئناف في تلك الحالة يجب أن تُعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في الموضوع.

## بعض قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الدفوع

**أولاً: الدفع بعدم القبول:**

[1] الدفع بعدم قبول الدعوى تأسيساً على نصِّ المادة 63 مرافعات، من النظام العام:

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اتباع إجراءات رفعها طبقاً للمادة 63 من قانون المرافعات، يتعلق بإجراءات التقاضي، وهي من النظام العام، ومن ثم تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، طالما كانت عناصره مطروحة أمام محكمة الموضوع "[1].

[2] الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها علي غير ذي صفة – موضوعي:

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة، دفع موضوعي يُقصد به الرد على الدعوى ذاتها "[2].

[3] الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة باعتبارها شرط المصلحة، يتعلق بالنظام العام:

قضت محكمة النقض بأنه:

" إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة - باعتبارها شرطاً في المصلحة - قد أصبح من النظام العام إعمالاً للمادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 81 لسنة 1996، إلاَّ إن أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض مشروطة بألاَّ يستلزم الفصل فيه بحث عناصر واقعية لم تكن تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى، وإذا كان الفصل في الدفع المثار يستلزم تحقيق

(1) الطعن رقم 2268 لسنة 58 القضائية جلسة 1999/3/9، مجموعة أحكام محكمة النقض الدوائر المدنية، السنة 50 رقم 66 ص 356

(2) الطعن رقم 1793 لسنة 67 القضائية، جلسة 1999/6/15، المرجع السابق، رقم 166 ص846.

عنصر واقعي، هو التحقيق في ملكية طرفي النزاع للعقارين المرتفق والمرتفق به، فإنه لا يُقبل من الطاعن التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض "[1].

**ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص الولائي يتعلق بالنظام العام:**

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم الاختصاص الولائي يعتبر دائما مطروحاً على محكمة الموضوع لتعلقه بالنظام العام، ولو لم يدفع به أمامها، فلا يسقط الحق في إبدائه والتمسك به ولو تنازل عنه الخصوم، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، إذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع "[2] .

**ثالثاً: الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام:**

قضت محكمة النقض بأنه:

" إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعنة لم تتمسَّك أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى بالتقادُم، فلا يصح لها أن تتمسَّك به أمام محكمة النقض، لأن الدفع بالتقادم لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام، ومن ثمَّ فإن إثارته لأول مرة في الطعن بالنقض يكون من قبيل السبب الجديد غير جائز القبول "[3].

**رابعاً: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها:**

[1] شروط الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها:

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي بالنسبة للدعوى اللاحقة إلاَّ إذا اتحدَّ الموضوع والسبب والخصوم في كلٍّ من الدعويين، بحيث إذا تخلف أحد هذه العناصر كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها غير متوافر الأركان ... السبب في دعوى

(1) الطعن رقم 4347 لسنة 68 القضائية، جلسة 1999/6/30، مجموعة الأحكام، المرجع السابق، رقم 233 ص 1190 .

(2) الطعن رقم 4214 لسنة 67 القضائية، جلسة 1999/3/2، مجموعة الأحكام، المرجع السابق، رقم 62 ص 339.

(3) الطعن رقم 2895 لسنة 62 القضائية جلسة 1999/1/26، مجموعة الاحكام، المرجع السابق، رقم 20 ص 139.

التطليق للضرر الذي تحكمه المادة السادسة من القانون رقم 52 لسنة 1929 يُخالف السبب في طلب الزوجة التطليق من خلال اعتراضها على دعوى زواجها له للعودة إلى منزل الزوجية الذي تحكمه المادة (11 مكرر/ثانياً) من ذات القانون، إذ تقوم الدعوى الأولى على ثبوت تعمُّد الزوج إيذاء زوجته بالقول أو بالفعل على نحو لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، بينما يكفي في الدعوى الثانية مجرد ثبوت استحكام الخلاف بين الزوجين دون تحر لسببه أو تحديد أي من الزوجين يُسأل عنه، وذلك بعد محاولة المحكمة الإصلاح بينهما واتخاذ إجراءات التحكيم، لما كان ذلك، وكانت المطعون ضدها قد رفعت الدعوى رقم 18 لسنة 1989 كلي أحوال شخصية الجيزة، بطلب تطليقها من الطاعن للضرر، فإن القضاء برفضها في الاستئناف رقم 412 لسنة 107 ق القاهرة لا يمنع من نظر طلب التطليق في الدعوى الماثلة الذي أبدي من خلال الاعتراض على إنذار الطاعنة الموجه للمطعون ضدها من الطاعن، لاختلاف المناط بين الدعويين "[1].

[2] إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة القاضي بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، فإنه يجب أن تنظر محكمة الاستئناف موضوع الدعوى.

قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه:

" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، هو دفع للدعوى برمتها في موضوعها ذاته، ومتى قبلته محكمة أول درجة انحسمت الخصومة في هذا الموضوع أمامها، وأصبح من غير الممكن قانونا الرجوع إليها فيه، فإذا استأنف الخصم ذلك الحكم طالباً إلغاؤه والقضاء في موضوع الدعوى، فإن محكمة الاستئناف إذا ألغت الحكم يكون عليها أن تنظر موضوع النزاع وتفصل فيه في حدود طلبات المستأنف، وليس في هذا إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين "[2].

(1) الطعن رقم 459 لسنة 64 القضائية جلسة 1999/5/24، مجموعة أحكام النقض، المرجع السابق، رقم 142 ص 706.

(2) الطعن رقم 2794 لسنة 68 القضائية جلسة 1999/6/9، مجموعة أحكام النقض، المرجع السابق، رقم 161 ص 818.

[3] الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، ماهية التكلم في الموضوع المسقط للدفع الشكلي بوجهٍ عام.

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الجزاء الوارد في نصِّ المادة (70) من قانون المرافعات، لا يتعلَّق بالنظام العام بل مقرر لمصلحة من لم يتم إعلانه خلال الميعاد إعلانا صحيحا، وكان التمسُّك باعتبار الدعوى كأن لم تكن وإيقاع الجزاء بمقتضاه من قبيل الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات بحيث يتعين إبداؤه قبل التكلم في الموضوع وإلاَّ سَقط الحق فيه وفق المادة (108) من قانون المرافعات، وكان التكلم في الموضوع المُسقط للدفع يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها "[1] .

[4] بُطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان بُطلان ليس غير متعلق بالنظام العام والتكلم في الموضوع مسقط للحق في الدفع بالبطلان المنوَّه عنه وذلك وفقاً للمادة 108 مرافعات.

قضت محكمة النقض بأن:

" مؤدَّى نص المادة (108) من قانون المرافعات أن الإجراء يُعتبر صحيحاً رغم ما قد يعتوره من أوجه البُطلان غير المتعلقة بالنظام العام، طالما أن الدفع بهذا البُطلان لم يتمسَّك به صاحب المصلحة فيه في الوقت الذي حدَّده القانون، وأن بُطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو بُطلانٌ نسبي مقرر لمصلحة مَن شُرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام، وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب على الخصم الذي تُقرر هذا البطلان لمصلحته أن يتمسَّك به أمام محكمة الموضوع، والمقرر في قضاء محكمة النقض أن التكلم في الموضوع المسقط للدفع الواجب إبداؤه قبل التكلم في الموضوع، إنما يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها سواءً أبدي كتابة أو شفاهة، وإذ كان الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لا يُعتبر تكلماً في موضوع الدعوى، فإنه

(1) نقض 1984/1/19، الطعن رقم 428 لسنة 50 القضائية.

لا يسقط الحق من بعد إبدائه في التمسُّك بانقضاء الخصومة في الاستئناف لعدم تعجيل السير فيها خلال سنة من تاريخ انقطاعها "[1] .

[5] الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد وفقاً للمادة (227) من قانون المرافعات من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وليس دفعاً بعدم القبول مما نصَّت عليه المادة (115) من قانون المرافعات.

قضت محكمة النقض بأنه:

" من المقرر في قضاءِ هذه المحكمة أن التكلم في الموضوع المُسقط للدفع الواجب إبداؤه قبل التكلم في الموضوع، إنما يكون بإبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التسليم بصحتها، سواءً أبدي كتابة أو شفاهة، وأن الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد المنصوص عليه في المادة (227) من قانون المرافعات دفع يتعلق بعمل إجرائي، يرمي إلى سقوط الاستئناف كجزاءٍ على انقضاء الميعاد الذي يتعيَّن القيام به خلاله، وهو بهذه المثابة من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وليس دفعاً بعدم القبول مما نصَّت عليه المادة (115) من قانون المرافعات، ولا يعتبر هذا الدفع تعرضاً لموضوع الاستئناف يُسقط الحق في التمسُّك من بعد باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم تجديده "[2].

[6] ما يُعد تعرضاً للموضوع المُسقط للدفوع الشكلية أو ما لا يُعد كذلك من سلطة قاضي الموضوع، حالات لا تعد من قبيل التعرض للموضوع.

قضت محكمة النقض بأن:

" لقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يُبديها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما إذا كانت تُعدُّ تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه يُسقط حقه في التمسُّك بهذه الدفوع، وهو في هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض، وإذا كان قضاء الحكم المطعون فيه بقبول الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف دون التعرض لأسبابه لأثر طلبات المطعون عليه على إبداء هذا الدفع، يعد من

(1) نقض 1993/2/25 الطعن رقم 763 لسنة 57 القضائية نقض 1982/4/26 الطعن رقم 714 لسنة 47 القضائية .

(2) نقض 1993/3/11 الطعن رقم 273 لسنة 59 القضائية .

الحكم قضاء ضمنيا بعدم سقوط حق المطعون عليه في الدفع السالف الذكر، تقديراً منه بأن هذه الطلبات لا تُعدُّ من المطعون عليه تعرضاً لموضوع الدعوى أو دفعاً بعدم قبول الاستئناف، وإنه لا أثر لها على الدفع الشكلي المثار أمامها بما يؤدي إلى سقوط الحق فيه وفقاً للمادة (132) من قانون المرافعات السابق - وكان مجرد طلب التأجيل للاطلاع ولتقديم مستندات دون بيان لمضمونها لا يُعدُّ تعرضاً لموضوع الدعوى، كما أن طلب التأجيل لتقديم شهادة بيان تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم المُحضرين للتحقيق مما إذا كان الاستئناف قد رُفع بعد الميعاد لا يُعتبر دفعاً بعدم القبول، فإن الحكم المطعون فيه يكون صحيحاً فيما انتهى إليه في هذا الخصوص "[1].

[7] يجب إبداء الدفوع الشكلية وكذلك أوجه هذه الدفع معاً، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبدَ منها.

قضت محكمة النقض بأن:

" الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، وكذلك الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن كل منهما مختلف في جوهره عن الأخر، وكلاهما من الدفوع الشكلية التي يتعين إبداؤها قبل التعرض للموضوع، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبدَ منها، ولما كانت المطعون ضدها عندما أبدت الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن في أول جلسة حضرتها أمام محكمة الاستئناف، فقد أقامته على أن صحيفته أُعلنت لها بعد الميعاد القانوني، ثم عادت في جلسة أخرى وتمسَّكت بذات الدفع مؤسسة إياه على بُطلان إعلانها بصحيفة الاستئناف لأن المحضر لم يثبت غيابها عند مخاطبته لابنتها وقت إجراء الإعلان، ولم تكن قد أبدت هذا الوجه من البطلان عند إبداء الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن في الجلسة الأولي التي حضرتها، فإن حقها في إبدائه يكون قد سقط، ولا يكون هناك محل بعد ذلك للقضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيساً على بُطلان الإعلان، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون "[2].

(1) نقض 1971/4/27 لسنة 22 القضائية ص558 .

(2) نقض 9/197/4/25 الطعن رقم 392 لسنة 46 القضائية.

## المبحث السادس

## قواعد قانونية أساسية في مجال إثبات الدعوى

## الـمطـلـب الأول

**[1] تعريف الإثبات "ماهية الإثبات":**

الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حدَّدها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها، واثبات تلك الواقعة التي هي مصدر الحق المدعي به على عاتق من يتمسَّك بها، وموقف القاضي من الإثبات في المسائل المدنية والتجارية يكاد يكون سلبياً.

**[2] أهمية الإثبات:**

للإثبات أهمية عظمى في تقرير الحقوق بين الأفراد، ذلك أن الحق يتجرَّد من أية قيمة إذا لم يقم الدليل على وجوده وبيان مصدره، فالإثبات وفقا لذلك، هو الذي يحمي الحق ويجعله مفيداً، والحق الذي لا دليل عليه، هو في حقيقة وواقع الأمر حق معدوم.

**ماهية الدليل في مجال الإثبات:**

**(أ) الدليل في مجال الإثبات:**

الدليل هو أداة الإثبات، وهو لذلك سلاح الخصوم في معركة الخصومة القضائية، وهو حياة الحق ومعقد النفع منه، وبغيره يتجرد الحق من كل قيمة.

**(ب) والتشريع المصري يأخذ بمبدأ الإثبات القانوني:**

وهو يقابل مبدأ الإثبات الحر، الذي تأخذ به بعض التشريعات، ويقوم مبدأ الإثبات القانوني على تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات، وينص صراحة على الإجراءات الخاصة بكلٍّ دليل، وعلى قوته الثبوتية، ومن المواد الواردة في قانون الإثبات في هذا الخصوص:

(1) المادة 11 وما بعدها في حجية المحررات الرسمية.

(2) المادة 14 وما بعدها في حجية المحررات العرفية.

(3) المادة 101 بالنسبة لحجية الأمر المقضي، مع المادة 116 من قانون المرافعات.

(4) المادة 104 بالنسبة لحجية الإقرار.

(5) المادة 105 بالنسبة لحجية اليمين.

ومن المقرر أن تعيين طرق الإثبات، وبيان متى يجوز استعمال كل طريق منها، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق هذه جميعاً مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض.

إلاَّ أن تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل بعد ذلك يعتبر – ما لم يكن للدليل حجية معينة – من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون مُعقب عليه[1].

(1) 1970/2/26 السنة (21) القضائية ص 358 .

## المطلب الثاني

## القواعد العامة في الإثبات

### القاعدة الأولى

### محل الإثبات هو الواقعة القانونية

### التي أنشأت الالتزام المطالب به

**شرح وتفسير القاعدة:**

[1] إن الادعاء بحق أو أية رابطة قانونية يكون أمام القضاء، فإن على المدعي أن يُثبت مصدر الحق المدَّعي به أو الرابطة القانونية، محل النزاع، ومصدر الحق هو ما يطلق عليه بالمعنى الواسع "الواقعة القانونية"، وهي إما أن تكون تصرفاً قانونياً، أو تكون واقعة مادية. فمثلاً: من يدعي أن له دينا في ذمة آخر، فإن على هذا المدعي أن يُثبت مَصدَر الدين، سواءً أكان ذلك تصرفاً قانونياً كالعقد، أم واقعة مادية ترتب عليها قيام هذا الدين في ذمته كالعمل غير المشروع. فالإثبات بمعناه القانوني على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام.

[2] إن الواقعة القانونية كمحل للإثبات تخضع للإثبات من وجهين، أحدهما إثبات وجود الحق، والآخر، إثبات انقضائه، فيكون مؤدى ذلك، أن على الدائن أن يُثبت الدين في ذمته المدين. والمدين بدوره يُثبت الوفاء بالدين، أو إذا دفع بانقضائه بأي طريق من طرق الانقضاء فإن عليه إثبات ما دفع به. كما قد يكون محل الإثبات نقل الحق أو زواله.

[3] إن الواقعة القانونية، وكما سلف البيان لها صورتان، فإما أن تكون تصرفاً قانونياً، أو واقعة مادية، وللتمييز بين الصورتين أهمية عظمى في مجال الإثبات.

فالتصرفات أو الأعمال القانونية يتطلب القانون الكتابة في إثباتها، ولا يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن إلا استثناءً، ويكون ذلك بالنسبة للتصرفات التي تتجاوز. ويعود السبب في تطلب الكتابة بالنسبة لإثبات التصرفات القانونية،

هو أن هذه التصرفات يبرمها الأفراد فيما بينهم، وتتحكم فيها إرادتهم، فكان طبيعياً أن يستلزم القانون الكتابة في إثباتها كقاعدةٍ عامة.

أما الوقائع المادية، فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، وهو ما تقتضيه الضرورات العملية، إذ أن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة، وإلاَّ استحال إثباتها في أغلب الأحوال.

فيكون من غير المعقول أن نُطالب مرتكب الفعل الضار بدليل كتابي يُفيد إدانته عن جريمته، إلاَّ أن ذلك لا يتنافى مع إعطاء الحق للمضرور في إثبات هذه الواقعة المادية عن طريق الكتابة، كتحرير محضر شرطة في حالة التلبس بارتكاب جريمة معينة، وليس هذا في الواقع إلاَّ وسيلة للتيسير في الإثبات. كما أنها أكثر ضماناً من شهادة الشهود.

[4] يُشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون محددة وغير مستحيلة، فضلاً عن الشروط التي استلزم المشرِّع وجودها والتي نصَّ عليها في المادة الثالثة من قانون الإثبات، وهي:

(أ) أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى التي يجرى فيها الإثبات.

(ب) أن تكون الواقعة محل الإثبات منتجة في الدعوى التي يجرى فيها الإثبات.

(ج) أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً.

## القاعدة الثانية

## العبرة في الإثبات إنما تكون بالإثبات الذي ينصب مباشرة على الواقعة الأصلية وهي الواقعة المراد إثباتها

**شرح وتفسير القاعدة:**

[1] يتحقق الإثبات بهذا المعنى بطرق الإثبات المباشرة "الكتابة والبينة"، فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها بالذات، سواء أكانت تصرفاً قانونياً، كما هو الغالب، أم كانت واقعة قانونية، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة.

والكتابة فضلاً عن أنها طريق إثبات مباشر، فإن حجيتها ملزمة حيث حدَّد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضي، وحجية الكتابة غير قاطعة حيث تقبل إثبات العكس، إذ تقبل الإنكار، والطعن بالتزوير، وكذلك

الشهادة، فتكون بذلك طريق إثبات مباشر انصبَّ مباشرة على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات سواءً أكانت تصرفاً قانونياً، أم واقعة قانونية، والأمر ذاته بالنسبة للمعاينة والخبرة، فهما طريقان مباشران للإثبات كذلك، بل إنهما الطريقان المباشران اللذان يتصلان اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها، ولقد نظم المشرِّع أحكامهما في قانون المرافعات.

والشهادة مع أنها طريق مباشر للإثبات، إلاَّ أنها ذات حجية غير ملزمة للقاضي، وهو حر في تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود من واقع الدعوى وظروفها، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك.

[2] أما القرائن، والإقرار، واليمين، فهي طرق إثبات غير مباشرة، ذلك أنها لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، ولكن تُستخلص عن طريق الاستنباط.

وللقرائن والإقرار واليمين حُجية ملزمة للقاضي، والقرائن القاطعة واليمين ذات الحجية القاطعة لا تقبل إثبات العكس، أما الإقرار فحجيته غير قاطعة، إذ يجوز للمُقر أن يُثبت أن إقراره غير صحيح، وكذلك القرائن القانونية البسيطة إذ يجوز دحضها بإثبات ما يُخالفها.

[3] إن القرائن القانونية في واقع الأمر ليست طريقاً للإثبات ولكنها طريقاً للإعفاء من الإثبات، ذلك أن القرائن القانونية جميعها تُعفي من إثبات الواقعة الأصلية إثباتاً مباشراً، وهذا الإعفاء يكون على وجهٍ نهائي في حالة القرائن القانونية القاطعة بينما يكون الإعفاء على وجهٍ مؤقت في حالة القرائن القانونية البسيطة.

[4] وعن كيفية إجراء عملية الإثبات في حالة القرائن القانونية سواءً أكانت قرائن قانونية قاطعة، أم قرائن قانونية بسيطة، فإن القرينة القانونية تُوجب على الخصم إثبات واقعة متصلة بالواقعة محل النزاع، بمعنى أننا نكون بصدد واقعتين، واقعة أصلية، هي الواقعة محل النزاع، وواقعة بديلة، وهي الواقعة الواجب على الخصم إثباتها، وإذا اثبت الخصم الواقعة البديلة، فإنه بذلك يكون قد أثبت الواقعة الأصلية.

إن مؤدَّى ذلك، أنه فيما يتعلق بالواقعة البديلة، نكون بصدد إثبات مباشر لتلك الواقعة، أما فيما يتعلق بالواقعة الأصلية فإن القرينة القانونية تعفي من الإثبات المباشر، وتثبت الواقعة الأصلية ثبوتاً غير مباشراً عن طريق إثبات الواقعة البديلة.

ومن المقرر في هذا الصدد أنه لا فرق بين القرينة القانونية القاطعة والقرينة البسيطة، إلاَّ في أن الإعفاء من الإثبات المباشر للواقعة الأصلية في حالة القرينة القانونية البسيطة هو إعفاء مؤقت، أما في حالة الإعفاء من الإثبات المباشر للواقعة الأصلية في حالة القرينة القانونية القاطعة فإن الإعفاء يكون نهائياً.

فالقرينة البسيطة بنقلها عبء الإثبات إلى الخصم الآخر تفسح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أعفي من الإثبات، وذلك إذا ما اضطلع الخصم الآخر بعبئه وقام بالإثبات.

أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء في الاثنتين، حيث يتعين إثبات الواقعة البديلة إثباتا مباشراً.

## القاعدة الثالثة

## الخصم له أن يختار من طرق الإثبات ما يُجيزه القانون، وهو إذا اختار طريقاً منها، ولم يُوفَّق فيه أو عَدَلَ عنه، فله أن يلجأ إلى طريقٍ آخر، وذلك إلاَّ في حالة اليمين، فإن الالتجاء إلى هذا الطريق يعتبر نزولاً عمَّا عداهُ من الطرق )

**شرح وتفسير القاعدة:**

[1] قضت في هذا الخصوص محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للخصم الذي رخص له في إثبات حق متنازع فيه بطريق معين من طرق الإثبات، أن يلجأ إلى طرق إثبات أخرى لإثبات حقه، سواءً أكان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذي سبق الترخيص به، أم كان المدعي في دعوى الاستحقاق قد فقد حقه في السير في إجراءات التحقيق، فلا يترتب على ذلك أنه يفقد حقه في إثبات دعواه بطريق آخر[1].

وقضت كذلك بأنه إذا أقرَّ القاضي اتخاذ طريق من طرق الإثبات، فإن ذلك لا يمنع الخصم، وكذلك لا يمنع القاضي من الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفي ما يدَّعيه الخصوم، وينبني على ذلك، أنه إذا لم يباشر الخبير المحاسب عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقررة، فإن ذلك لا يمنع الخصم

(1) استئناف مختلط 1919/2/6م 31 ص156 مشار إليه في الدكتور عبدالرزاق النهوري، الوسيط، المجلد الثاني في طبعة 2000 بيروت، ص93 هامش رقم 1

المقصر من إيداع الأمانة أن يستبدل بهذا الطريق طرقاً أخرى للإثبات، ويتعيَّن على القاضي أن يبحث هذه الطرق، غاضاً النظر عن الإجراء الذي سبق اتخاذه ولم يتم[1].

[2] وأما عن اليمين الحاسمة، فإنها طريق للإثبات من وجوه أربعة، أو أنها تقوم بدورها في الإثبات من واقع أربعة فروض وهي:

(أ) أن يحلفها من وُجِّهت إليه فيثبت حقه بيمينه.

(ب) أن ينكل من وجهت إليه عن الحلف دون أن يرد اليمين إلى خصمه الذي وجهها، فيثبت حق الخصم بذلك النكول.

(ج) أن يردها من وُجِّهت إليه فيحلف، فيثبت حق الخصم بيمنه.

(د) أن يردها من وُجِّهت إليه إلى خصمه، فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه.

## القاعدة الرابعة

## حق الخصوم في الإثبات وفي إثبات العكس

**شرح وتفسير القاعدة:**

**أولاً: عناصر قاعدة حق الخصوم في الإثبات وإثبات العكس:**

[1] حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى وعدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه:

القاعدة أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى، يجب أن يُعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته، يُدلي كلٌ برأيه فيه، يفنده، أو يؤيده، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به، وكذلك الدليل الذي نوقش في قضية أخرى، لا يجوز للمحكمة أن تأخذ به ما لم يناقش في القضية القائمة.

وهذا من المبادئ الجوهرية في التقاضي، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة، ولكي تتكافأ الفرص أمام الخصوم في الدعوى، وتطبيقاً لذلك، فإن من حق الخصم طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها، وهو ما قضت به المادة (108) من قانون المرافعات.

(1) استئناف مختلط 1931/12/9 م44 ص56، المرجع السابق، في نفس الموضع

وتطبيقاً للمبدأ ذاته، لا يجوز للقاضي أن يأتي بأدلةٍ من عنده لم يقدمها الخصوم، إلاَّ إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها، كما أنه لا يجوز للقاضي أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم، ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة، ومن غير إصدار قرار بإجرائها، ولكن يكفي أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلاً، فقد نزلوا عن حقهم في ذلك وصحَّ الأخذ بالدليل.

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه، ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليل في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل، اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً، وهذا لا يجوز.

[2] حق الخصم في الإثبات:

إنه يقع على عاتق الخصم أن يُثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بيَّنها القانون، فموقفه في الإثبات موقف إيجابي، وليس هذا واجباً عليه فحسب، بل هو أيضاً حق له.

فللخصم وفقاً لذلك، أن يُقدم للقضاء جميع ما تحت يده، أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدَّعيه، فإن لم يُمكنه القاضي من ذلك، كان هذا إخلالاً بحقه، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض.

**ويتقيَّد حق الخصم في الإثبات بقيودٍ ثلاثة، هي:**

(أ) لا يجوز للخصم أن يُثبت ما يدَّعيه إلاَّ بالطرق التي حدَّدها القانون، فلا يجوز له أن يُثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ولا يجوز له أن يُجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ، ولا يجوز له أن يُوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها، ويجب أن يتبع الأوضاع والإجراءات التي رسمها له القانون في تقديم الأدلة.

(ب) لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى، منتجة في دلالتها وجائزة الإثبات قانوناً.

(ج) للقاضي بعد كل ذلك، حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدَّم بها الخصم.

وحق الخصم في الإثبات يقابله واجب على عاتق الخصم الآخر، بل على

عاتق الغير، في ألاَّ يُعطِّل هذا الحق بعنتٍ منه أو سوءُ نية، ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد، فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم مستندات في حوزته لتمكين المدعي من إثبات حقه.

(د) حق الخصم الآخر في إثبات العكس، يقابل حق الخصم في الإثبات كما قدمنا، حق خصمه في إثبات العكس، فكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه واثبات عكس ما يدعيه الخصم.

وتطبيقاً لتلك القاعدة نصَّت المادة 62 من قانون الإثبات على أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطرق.

وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة، فإن كانت ورقة عرفية كان للخصم الأخر أن ينكر خطه أو إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير.

وفي جميع الأحوال، فإنه يجوز للخصم الآخر، فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة، على أن يكون إثبات العكس بالكتابة مماثلة، وفقا للأحكام التي قررها القانون.

وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم هو قرينة قضائية، فللخصم الآخر أن يرفض هذه القرينة بقرينةٍ مثلها، أو بأي طريق آخر، والأمر ذاته في حالة القرينة القانونية، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس، وهي القرائن القانونية القاطعة، فهي نادرة، ولا بُدَّ من وجود نص في القانون في منع إثبات العكس فيها.

وحتى الإقرار واليمين، فمن المتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة، فإذا تمسَّك الخصم بالإقرار الصادر من الخصم الآخر، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسَّك ببطلان هذا الإقرار، لعدم الأهلية أو للغلط، أو لغير ذلك من العيوب، وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين.

إذن، خلاصة ما تقدَّم، أن الأصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه، وأن حق الخصم في إثبات ما يدعيه، يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس.

**ثانياً: مقتضيات تطبيق قاعدة حق الخصوم في الإثبات واثبات العكس:**

[1] لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، والأصل أن الدليل الذي يقوم ضد الخصم يكون صادراً منه، حتى يكون دليل عليه، فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطِّه أو بإمضائه، حتى في حالة ألاَّ تكون دليلاً كاملاً وإنما هي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يُراد الإثبات ضده.

إن مؤدَّى ذلك، أنه لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسَّك به الخصم صادراً منه هو، أو أن يكون من صنعه، فمن البداهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه، وفي الحديث الشريف: " ولو يعطى الناس بدعواهم، لادعى أناس دماء رجال وأموالهم "، الأمر الذي مقتضاه، أنه لا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم على صحة دعواه، مجرد أقواله وادعاءاته، أو أن يكون ورقة صادرة منه، أو مذكرات دونها بنفسه.

وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة إلاَّ أن القانون في أحوال معينة نصَّ على جواز أن يتمسَّك الشخص بدليل صدر منه هو، وذلك بالطبع لاعتباراتٍ قدَّرها الشارع، ومن قبيل ذلك: ما نصَّت عليه الفقرة الأولى من المادة (17) من قانون الإثبات من أن "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار" غير أن البيانات المثبتة فيها لما ورده التاجر تصلح أساسا يُجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة.

ومن قبيل ذلك أيضاً، ما نصَّت عليه المادة (24) من قانون الإثبات، في حالة امتناع الخصم عن تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها، من أنه إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حدَّدته المحكمة .. اعتبرت صورة الورقة التي قدَّمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قدم صورة من الورقة، جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها.

[2] لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلاَّ في حالات معينة.

يقابل مبدأ أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، مبدأ آخر، وهو أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.

فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه، فإنه من مقتضيات العدالة والمنطق ألاَّ يُضار بتقديم دليل ضد نفسه.

واستثناء من هذه القاعدة ألزم المشرع الخصم في أحوال معينة أن يقدم ما تحت يده من أوراق أو مستندات، حيث وردت في قانون المرافعات طائفة من النصوص تتعلق بتلك الاستثناءات.

(أ) فنصَّت المادة (20) من قانون الإثبات على أنه يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده:

1 - إذا كان القانون يُجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها.

2 - إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين، أو كانت مثبتة لالتزاماتهما، وحقوقهما المتبادلة.

3 - إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

(ب) وتُحدِّد المادة (21) من قانون الإثبات البيانات التي يلزم ذكرها في الطلب الذي يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها، فتقول:

" يجب أن يُبيَّن في هذا الطلب:

1 - أوصاف الورقة التي تعنيها.

2 - فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل.

3 - الواقعة التي يستشهد بها عليها.

4 - الدلائل والظروف التي تؤيد أنها تحت يد الخصم.

5 - وجه إلزام الخصم بتقديمها ".

ثم تُبين المادة (23) من قانون الإثبات النتيجة التي ينتهي إليها الطالب في حالة القدرة على إثبات صحة طلبه، وفي حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتي: " إذا أثبت الطالب طلبه أو أقرَّ الخصم بأن الورقة في حوزته أو سكت، أمرت المحكمة بتقديم الورقة في الحال، أو في أقرب موعد تحدده، وإذا أنكر الخصم، ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب، وجَبَ أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة لا وجود لها، أو أنه لا يعلم وجودها ولا مكانها، وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها ".

وتُقرر المادة (24) من القانون ذاته جزاء عدم تقديم الورقة، أو الامتناع عن حلف اليمين، فتقول: " إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حدَّدته المحكمة، أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة، اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة، جاز الأخذ بقوله فيما يتعلَّق بشكلها أو بموضوعها ".

## القاعدة الخامسة

## كل من يتمسك بالثابت حكماً (أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً) أو بالثابت فعلاً (حقيقة أو ضمناً) لا يقع عليه عبء الإثبات، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكماً أو فعلاً، لأنه يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت، فوجب أن يحمل عبء إثباته ما يدعيه

**شرح وتفسير القاعدة:**

هذه القاعدة تتعلق بعبء الإثبات، أي بمن يحمل عبء الإثبات، ولبيان هذه القاعدة يلزم بيان مسألتين:

1- عبء الإثبات من ناحية المبدأ.

2- عبء الإثبات في التطبيق العملي.

وهو ما سنقوم ببيانه بقدر من التفصيل فيما يلي:

**أولاً: عبء الإثبات من ناحية المبدأ:**

[1] " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "، وهي من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي، وأخذ بها القانون المصري، وسائر القوانين الحديثة، ولكن من المهم بمكان أن نُحدد من هو المدعي، فالمدعي هو من يرفع الدعوى على الغير يُطالبه بحق معين، فهو يكون مدع في دعواه تلك، ويقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، فلو أن شخصاً طالب آخر بمبلغ محدد، فإن عليه أن يثبت مديونيته للمدعى عليه بهذا المبلغ بأن يثبت مصدر الدين، سواءً أكان تصرفاً قانونياً كعقد قرض أو عقد بيع أو هبة، أو كان واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب.

ولو طالب شخص آخر بملكية عين في حيازة آخر، فإن على المدعي أن يُثبت سبب ملكيته لهذه العين سواءً أكان تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع، أو كان واقعة قانونية كميراث أو شُفعة.

وليس من الضروري في كل الأحوال أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى، فقد يحدث أن يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع ما، فيصبح مدعياً في هذا الدفع، وعليه يقع عبء إثباته، ففي الأمثلة السابقة قد يدفع المدين الدعوى بأنه وفى دينه، فيكون عليه إثبات هذا الوفاء، وقد يدفع الحائز للعين الدعوى بأنه تملكها بالتقادم، فيقع عليه إثبات ذلك.

إذن القاعدة فيمن يحمل عبء الإثبات: هي أن من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى، والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدَّعٍ في دعواه.

**ولذلك قضت محكمة النقض بأن:**

" المنكر المعفى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً، فلا يجب عليها بغير الإنكار، أما من أجاب على الدعوى بدفعها، فإنه يصير بذلك مدعياً، مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه، وعلى ذلك يكون الدفع بإعادة الشفيع ادعاء من المشتري وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه"[1].

**وقضت كذلك محكمة النقض بأنه:**

" صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه، كما أن المدعي هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه، فإذا دفع المدين بأنه من صغار الزراع، فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه، كان عليه عبء إثبات هذا الدفع "[2].

[2] البينة على من يدعي خلاف الأصل:

قد تبدو صعوبات في تطبيق القاعدة السابقة التي تلقي عبء الإثبات على المدعي على ما يحدث من وقائع في الحياة العملية، وذلك رغم بساطة ويسر هذه القاعدة، حيث لا يستقيم القول في جميع الفروض بأن المدعي هو الذي يحمل عبء الإثبات.

(1) نقض مدني 1946/1/31 مجموعة عمر، الجزء الخامس، رقم 33 ص 80.

(2) نقض مدني 1946/1/3 مجموعة عمر، المرجع السابق رم 20 ص39.

فمثلاً قد يحدث ألاَّ يُكلف المدعي بالإثبات في دعواه التي يرفعها، كمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل، فإنه وهو المدعي من الدعوى، لا يكلف بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق، ولكن الجار، وهو المدعى عليه، هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن له حق ارتفاق يُجيز فتح المطل.

ففي هذا المثال، يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعي، لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق، حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك.

إذن، يجب البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً، ولقد وضعت قاعدة في هذا الصدد تتألف من شقين، وذلك استجابة لطبائع الأشياء، فقيل لذلك أن من يتمسَّك بالثابت أصلاً لا يُكلف بإثباته، أما من يدعي خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعيه.

وأساس هذه القاعدة، أن من يتمسَّك بالثابت أصلاً، وإن كان من الجائز ألاَّ يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة، إلاَّ أنه من ناحية القانون ومن أجل استمرار التعامل يجب أن يكون محل حماية، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عناء أي إثبات، وهذا هو الشق الأول من القاعدة.

وأما من يدعي خلاف الأصل، فهو يستحدث جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله فيكون عليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون وهذا هو الشق الثاني من القاعدة[1].

[3] تطبيق القاعدة في نطاق كل من الحقوق الشخصية والحقوق العينية:

(أ) في نطاق الحقوق الشخصية " الأصل هو براءة الذمة "، ويحكم القاعدة في هذا النطاق القواعد التالية:

1 - من المقرر في نطاق الحقوق الشخصية أن الأصل هو براءة الذمة من كل التزام، فمن يتمسَّك بالأصل لا إثبات عليه، ومن يدعي خلاف

(1) يُراجع في تفاصيل هذه القاعدة المرحوم الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الإثبات وآثار الالتزام، طبعة 2000 بيروت، ص71 وما بعدها

الأصل بأن يدعي ديناً في ذمة الغير قبله، فيكون عليه أن يثبت مصدر هذا الدين، ومن ادعى أنه اقرض آخر مبلغاً من المال، كان عليه أن يثبت عقد القرض، ومن يطالب شريكه بنصيبه في الخسارة، عليه أن يثبت عقد الشركة، وأن يثبت مقدار الخسارة التي لحقتها وهكذا.

2 - وفي بعض الأحوال قد يختار القانون وضعا ويعتبره انه هو الأصل، وفي نطاق هذه الأحوال من يتمسك بذلك الأصل المقرر قانوناً لا يكلف بإثبات شيء، ومن يدعي خلافه، يكون عليه عبء الإثبات، ومثال ذلك، الأهلية، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، وهو ما نصت عليه المادة 109 من القانون المدني.

ومثال ذلك أيضا، عيوب العقد، فالأصل أن يكون العقد سليماً من العيوب، فيكون على من يدعي أن بالعقد عيباً أن يثبت هذا العيب الذي يدعيه، ومثاله أخيرا، إجازة العقد القابل للإبطال، فالأصل هو عدم إجازة العقد، فيكون على من يدعي أنه أجيز، أن يثبت هذه الإجازة.

(ب) في نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر:

في نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر، ويكون من تطبيقات القاعدة في هذا الخصوص: أن حائز العين لا يطالب بإثبات ملكيتها، لأن الظاهر هو أن الحائز مالك، والخارج الذي يدعي ملكية تلك العين هو الذي يدعي خلاف الأصل، فيقع عليه عبء الإثبات، ومن ثم كان الحائز هو المدعى عليه دائماً في دعوى الملكية، وذلك بالقطع، ما لم يتبين من مستندات المدعي أن الظاهر يؤيد دعواه وينفي دفاع المدعى عليه، ففي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة كذلك: ما يقضي بأن الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني، والمالك الذي يتمسَّك بهذا الظاهر وهو الأصل، لا يطالب بإثباته، ولكن من يدعي خلاف هذا الظاهر، بأن يدعي مثلاً بأن له حق ارتفاق، أو حق انتفاع، أو حق رهن على العين، كان عليه هو أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه، ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية، لأنه يدعي خلاف الظاهر.

[4] الثابت فرضاً كالثابت أصلاً، وكالثابت ظاهراً:

يُقصد بالثابت فرضاً، الوضع الذي يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة يقيمها، فيكون هذا الفرض هو أصل من الأصول في نطاق الحقوق الشخصية، والظاهر في نطاق الحقوق العينية، فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً في حكمه.

ومثال الثابت فرضاً: أن يرفع المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة القاصر، إذا ما صدر عن هذا القاصر عملاً غير مشروع أصاب المدعي بضرر، فالقياس على القاعدة العامة يقضي بأن يثبت المدعي تقصير المكلف بالرقابة في تأدية واجبه، ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده وفقاً للفقرة (3) من المادة 173 من القانون المدني، فلا يكلف المدعي إثبات التقصير، وينتقل عبء الإثبات على المدعى عليه، فيثبت أنه قام بواجب الرقابة وأن الضرر كان لا بُدَّ واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

والأمر نفسه، في مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، وكل هؤلاء فرض القانون في جانبهم التقصير، ومن ثم فإن المدعي في دعوى التعويض لا يُكلف هو بإثبات تقصيرهم، بل لا يسمح لهم القانون أن يثبتوا أنهم قاموا بواجب العناية، لأن قرينة التقصير هنا قرينة قاطعة، لا تقبل إثبات العكس. وفقاً لأحكام المواد (176، 1/177، 178) من القانون المدني، ومثال ذلك أيضاً أن المدعي بدين لا يكلف بإثبات السبب المشروع، لأن القانون فرض أن يكون لكلِّ دين سبب مشروع، وينتقل هنا عبء الإثبات إلى المدين، فعليه أن يثبت هو أن الدين سببه غير مشروع، وهو ما نصَّت عليه الفقرة (1) من المادة (137) من القانون المدني.

والأمر نفسه، في حالة التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، فإنه يكون قرينة على الوفاء، فينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن، الذي عليه إثبات أن المدين لم يقم بوفاء الدين، وهو ما نصَّت عليه المادة (399) من القانون المدني.

ومن واقع تطبيقات القاعدة في خصوص الوضع الذي يفرضه القانون عن طريق القرينة القانونية التي يوردها بشأنه، يجب ملاحظة نقل عبء الإثبات

من على كاهل من يتمسَّك بها ليقع على عاتق خصمه، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس، فإنه تعفي من يتمسَّك بها من الإثبات إعفاءًا نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات.

[5] البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً:

تكلمنا فيما تقدَّم عن تطبيقات القاعدة، فيما يتعلق بما هو ثابت أصلا، أو ظاهراً، أو فرضاً، ومن يتمسك بالقاعدة في تلك الأحوال، يمكن القول بأنه يتمسك بما هو ثابت حكماً، وهو لا يُكلَّف بالإثبات كما سلف البيان، والذي يقع عليه عبء الإثبات هو من يدعي خلاف ما هو ثابت حكماً (سواءً أصلاً، أم ظاهراً، أم فرضاً).

والأمر نفسه بالنسبة لمن يتمسك بما هو ثابت "فعلاً" فلا يكلف هو أيضا بالإثبات، وإنما يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً، والثابت فعلاً: هو ما أقام الخصم عليه الدليل بالطرق القانونية حقيقة أو ضمناً.

ومثال ذلك: الدائن الذي يرفع دعوى ضد مدينه، فيدعي خلاف الأصل، وهو براءة الذمة، فإنه يقع عليه عبء إثبات الدين، فإذا ما اثبت الدائن دينه حقيقة بموجب سند مكتوب مثلا، فلا يجوز للمدين أن يدعي الوفاء بالدين، أي خلاف ما هو ثابت حقيقة.

فإذا لم يُكلَّف المدين في المثال السابق المدعي بإثبات الدين حقيقة، ولكنه دفع الدعوى بالمقاصة، كان هذا الدفع بمثابة إقرار ضمني منه بالدين، فيكون الدين ثابتاً وعلى المدين في هذه الحالة عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعي خلاف ما هو ثابت ضمناً.

خلاصة هذه الحالة إذن: هي أن البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمناً.

**وخلاصة القاعدة التي نحن بصددها هي:**

إن كل من يتمسَّك بالثابت حكماً (أصلاً، أم ظاهراً، أم فرضاً)، أو بالثابت فعلاً (حقيقة أو ضمناً)، لا يقع عليه عبء الإثبات، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكماً أو فعلاً، لأنه يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت، فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه.

**ثانياً: عبء الإثبات من ناحية التطبيق:**

ونعني بذلك، كيفية قيام من يحمل عبء الإثبات به عملياً، فمن المقرر أن الخصم الذي عليه عبء الإثبات وفقاً للمبدأ العام السابق، يجب عليه إقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه، والسؤال هو: هل يكفي عملاً مجرد إثبات الدليل ؟ أم لا بُدَّ من إثبات خلو الدليل من أية مطاعن قد يقدمها الخصم الأخر للنيل من هذا الدليل ؟

مثال ذلك: أن يرفع شخص ضد آخر دعوى برد مبلغ من المال كان قد أقرضه له، فالدائن هنا، عليه أن يُثبت عقد القرض، فهل عليه أن يُثبت فقط عقد القرض، أم يجب عليه أن يثبت كذلك أن عقد القرض خالٍ من جميع أسباب البطلان، والتي قد ترجع إما إلى التراضي أو المحل أو السبب أو إلى الأهلية، أو إلى عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال، ثم يثبت كذلك أن الدين لم ينقضي بأي سبب من الأسباب كالوفاء والتجديد والمقاصة، واتحاد الذمة والإبراء ونحو ذلك، وأنه لم يلحقه أي تعديل.

إنه من المقرر استحالة أن يفسر عبء الإثبات على هذا النحو المفصل لأنه تنوء به قوى الخصم، ولذلك فإن الضرورة تقضي أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض، وبعد ذلك يستعان بالقرائن التي سبق بيانها.

فمثلاً، الثابت حكماً أو فعلاً لا يكلف الخصم بإثباته، فإذا ادعى خصمه خلاف ما هو ثابت حكماً أو فعلاً، حمل هو عبء الإثبات، وكان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان، فإذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب من أسباب البطلان، فعليه هو أن يثبت ذلك.

ومتى ثبت عقد القرض، أصبح ثابتاً فعلاً، فإذا ادعى المدين خلاف ذلك، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسببٍ من أسباب الانقضاء، أو أنه قد لحقه أي تعديل، فعليه هو عبء الإثبات، وقواعد توزيع عبء الإثبات باتباع ما تقدم، فإنه لا يثقل عبء الإثبات كاهل أحد الخصمين دون الآخر، بل إنه يوزع بين الخصمين على نحو ما تقدَّم، وقد يقع هذا التوزيع بحكم الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وقد يقع بحكم القانون، بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين.

إذن، هناك ثلاث حالات لتوزيع عبء الإثبات على الخصوم عن طريق القرائن القانونية، وهذه الحالات هي:

[1] توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع.

[2] توزيع عبء الإثبات بحكم القانون.

[3] توزيع عبء الإثبات بحكم الاتفاق (التعديل الاتفاقي لقواعد الإثبات).

ونتكلم عن هذه الحالات الثلاث:

**[1] توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع :**

يُمكن أن يوزع عبء الإثبات بحكم الواقع عن طريق قرائن قانونية، وذلك كما في الأحوال الآتية:

(أ) حالة أن يريد شخص أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده، فإنه يثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد وهو صغير السن فهو عديم الكسب، ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور في العقد أنه قد دُفِع.

فتقوم هنا قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية، فينقل القاضي عبء الإثبات إلى الأب ليثبت مصدراً معيناً دفع منه الولد الثمن، أو أن حقيقة العقد هبه في صورة بيع، وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع.

(ب) حالة شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له كان قد حصَّل براءته وسجلها، فإنه قد قام بتسجيلها وفقاً للأوضاع المقررة في القانون، وفي هذه الحالة ينقل القاضي عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت إذا استطاع أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة اختراع به، وتسجيلها، ليس بالجديد الذي يستحق الحماية.

(ج) حالة أن ينكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه، ففي هذه الحالة يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة في القانون.

فإذا أثبت الخصم الآخر ذلك، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الأول، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع، ويكون ذلك عن طريق دعوى التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني.

(د) حالة شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع، فيقدم مستندات تفيد أنه هو الذي يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريبته.

ففي هذه الحالة تقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل، وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه القرينة، بأن يثبت مثلا أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله، وهكذا ينقل القاضي عبء الإثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقي عبء الإثبات على خصمه.

(هـ) حالة الموظف الذي فُصل من وظيفته، ويرفع دعوى على الحكومة يقول فيها أن فصله كان تعسفياً، ولما كان هو الذي يحمل عبء إثبات التعسف، فإنه في هذه الحالة يستطيع طلب ضم ملف خدمته، ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته وخلقه، فإذا تم له ذلك، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هي بدورها لأي سبب بالذات قد فصلته، فإن ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله، نقل عبء الإثبات إلى المدعي ليثبت أن هذا السبب غير صحيح، أو أنه بفرض صحته لا يكفي لنفي التعسف، وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يُعجز أحدهما المحكوم عليه في الدعوى.

**[2] توزيع عبء الإثبات بحكم القانون:**

ومن قبيل توزيع عبء الإثبات بحكم القانون بقرائن قانونية ما يأتي:

(أ) حالة أن يريد الدائن إثبات إعسار المدين، فالقانون في هذه الحالة يتكفل بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية، فقد نصَّت المادة (239) من القانون المدني على أنه: " إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلاَّ أن يُثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ".

فالدائن إذن، يحمل عبء إثبات مقدار ما في ذمة المدين من ديون، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين. ويكون عليه أن يثبت أن له ما يفي بمجموع هذه الديون، وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن

إثباتها في ذمة المدين يثقل عبء المدين في إثبات أن ما له يفي بديونه، فإن عجز المدين عن هذا الإثبات اعتبر معسراً.

(ب) حالة أن يريد الحائز إثبات أنه كسب الملكية بالتقادم، أي أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتمام التقادم، وهنا كذلك تكلف القانون بتوزيع عناصر الإثبات بين الخصمين، فنصَّت المادة (971) من القانون المدني على أنه: " إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين سابق وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ".

ومؤدَّى ذلك، أن الحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين وأنها قائمة حالاً، وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين، وينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت في هذه المدة.

(ج) في حالة تأمين الشخص على حياته، ثم انتحر، برئت ذمة المؤمن (شركة التأمين) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد، ومع ذلك لا تبرأ ذمة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتحر، فإذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين انه مات منتحرا فبرئت ذمتها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد، فالقانون هنا كذلك، يوزع عبء الإثبات على كل من شركة التأمين والمستفيد، فقد نصَّت الفقرتان الأولى والثانية من المادة (756) من القانون المدني على أن: "1 - تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين اذا انتحر الشخص المؤمن على حياته، ومع ذلك يلتزم المؤمن ان يدفع لمن يؤول اليهم الحق مبلغ يساوي قيمة احتياطي التأمين. 2- فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته، بقي التزام المؤمن قائماً بأكمله، وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة".

فإن شركة التأمين تحمل عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر، وعندئذ يفرض القانون فرضا قابلاً لإثبات العكس وهو أن الانتحار كان

بإرادة المنتحر، وأنه لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره، فينتقل عبء الإثبات إلى المستفيد، وعليه أن يثبت أن المنتحر وقت انتحاره كان فاقد الإرادة وذلك حتى يستفيد من مبلغ التأمين بأكمله.

(د) حالة العقد الذي يبرم بطريقة المراسلة، ولكن الموجب يدعي أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد، فيكون في هذه الحالة على الخصم الآخر إثبات أن العقد تم إبرامه - أي أن الموجب قد علم بالقبول – قبل هذا العدول، ويوزع القانون عبء الواثبات بين الخصمين، فتنص المادة (91) من القانون المدني على أن: " يُنتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

فإنه يقع على الخصم الآخر الذي قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب في وقت سابق على الوقت الذي فيه علم بعدول الموجب عن إيجابه، وعندئذ يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه، فينتقل وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب إلا أنه لم يعلم به إلاَّ بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول.

(هـ) في حالة أن يبيع شخص مالا يملكه، وبعد مدة نازع ورثة البائع المشتري في أن الثمن المذكور في عقد البيع صوري، وأن البيع قد صدر في مرض الموت، فيكون وصية، ومن ثم فلا ينفذ إلاَّ في حدود ثلث التركة.

وهنا يُوزِّع القانون عبء الإثبات بين الورثة والمشتري، فنصَّت المادة 2/916و3 من القانون لمدني على أن: " 2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

3 - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يُثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه ".

فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت، ومتى اثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع، وان ثمنا لم يدفع، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري، وعليه أن يثبت أنه دفع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز ثلث التركة، وإلا فإن البيع فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة، لا يسري في حق الورثة، وهو ما قضت به المادة (477) من القانون المدني.

ومؤدى كل ما تقدَّم، أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس هي وسيلة لتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين كما تكفل به القانون.

**[3] تعيين من يقع عليه عبء الإثبات بحكم الاتفاق "التعديل الاتفاقي للقواعد عبء الإثبات":**

كثير من قواعد توزيع عبء الإثبات السابق بيانها غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثمَّ فإنه يجوز الاتفاق على إلغاء القرينة القانونية المقررة في هذا الشأن، ما لم يوجد نص يحظر ذلك.

## القاعدة السادسة

## (حدود سلطة القاضي المدني في الإثبات )

**شرح وتفسير القاعدة:**

من المقرر أن قاضي الموضوع له السلطة التامة في تقدير الدليل المقدم له، وأخذه به أو إطراحه يدخل في نطاق تقديره، وفي تكوين عقيدته واقتناعه، إلاَّ أن هذه القاعدة تُقيدها قيود مستمدة من قواعد قانونية، يجب أن يُراعيها القاضي وهو يفصل في الدعوى، وتراقبه محكمة النقض للوقوف على مدى التزامه بها في حكمه، وهذه القيود هي:

[1] أن يُثبت قاضي الموضوع مصادر الوقائع التي بنى عليها حكمه، ويجب ألاَّ تكون هذه المصادر موجودة، وألاَّ تكون مخالفة أو مناقضة لما أثبته في حكمه، أو يكون من الاستحالة العقلية استنباط الواقعة منها على الوجه الذي أثبته.

[2] لا يملك قاضي الموضوع أن يبني حكمه على خلاف قواعد الإثبات المقررة، بل يلتزم أن يتقيد بها، وأن يستنبطها من القانون استنباطاً سليماً، فإن خالف هذه القواعد أو أخطأ فيها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

[3] ليس قاضي الموضوع حراً في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم، بل يجب عليه التزام القاعدة القانونية المقررة في هذا الشأن.

[4] يجب على قاضي الموضوع أن يتبع الإجراءات التي فرضها القانون في تقديم الدليل وتحقيقه واستنباط الحكم منه.

[5] لا يجوز لقاضي الموضوع أن يحصر الوقائع من غير طريق الخصوم أنفسهم أو خارج دائرة الأدلة التي قدموها.

[6] لا يجوز لقاضي الموضوع أن يُخالف ما هو ثابت في الأوراق من وقائع وأدلة أو مستندات عند تحصيله لوقائع الدعوى، ثم الحكم استناداً إليها.

## العمليات التي يقوم بها القاضي في سبيل تحديد وتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع

إن العملية الأساسية التي يقوم بها القاضي وهو يؤدي وظيفته هي تحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على الواقعة محل النزاع، وهذه العملية تقتضي أن يتحرى القاضي مسائل ثلاث، هي:

(1) التثبُّت من وجود القاعدة القانونية.

(2) تحديد معنى القاعدة القانونية عندما يثبت من وجودها (تفسيرها).

(3) تطبيق هذه القاعدة على الواقعة التي يدعيها أطراف النزاع.

ومن المقرر أنه إذا ثبت لدى القاضي وجود القانون الواجب التطبيق، فإنه يراقبه من الناحيتين، الشكلية والموضوعية.

فالقاضي يجب أن يراقب القانون من الناحية الشكلية وهذا يفرض عليه أن يمتنع عن تطبيق القواعد التي لا يتوافر فيها الطابع الشكلي (الإقرار والتصديق والإصدار والنشر) إما لعدم توافر الشروط والإجراءات الدستورية التي يجب توافرها لنشوء القاعدة القانونية، وإما لعدم اختصاص السلطة التي أصدرتها، وإما لأن هذه القاعدة قد فقدت فاعليتها بإلغائها من جانب السلطة التي أصدرتها.

وتصدُق هذه الرقابة على كلِّ قاعدة قانونية، سواءً أكان مصدرها التشريع العادي أو التشريع الفرعي، ومن ثم يجب أن يمتنع القاضي عن تطبيق القواعد التي تُصدرها السلطة التنفيذية إذا جاوزت حدود التفويض المُخوَّل لها[1].

(1) نقض 1962/5/26 مجموعة المكتب الفني، س 13 ، قاعدة 2 ، 2 734 .

ومن المقرر أن رقابة القاضي وهو يطبق القانون تقتصر على مجرد التأكد من الوجود الخارجي لعناصر القانون، كإقرار السلطة التشريعية والتصديق والإصدار والنشر، ولكن ليس له التدخل للتحري عن مدى احترام الإجراءات التي تتبعها السلطة التشريعية أو أن يراقب ذلك، فهذه الأمور تخرج عن بحث القضاء وهو يطبق القواعد القانونية.

والقاضي كذلك يجب أن يراقب القواعد القانونية التي يطبقها من الناحية الموضوعية، بأن يتثبت من عدم مخالفة القاعدة التي يطبقها لقاعدةٍ قانونية أعلى منها، كأن تكون قاعدة لائحية مخالفة لقاعدةٍ تشريعية عادية أو قاعدة دستورية، أو تكون قاعدة تشريعية عادية مخالفة لقاعدةٍ دستورية.

وبعد أن يتثبت القاضي من وجود القاعدة القانونية ويراقب سلامتها من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ينتقل القاضي للقيام بالعملية الثانية وهي تحديد معنى القاعدة القانونية التي يقوم بتطبيقها على وقائع النزاع المعروض عليه، أي يقوم بتفسير هذه القاعدة.

**ومعنى النصوص التشريعية يستفاد من أمرين، هما:**

1 - عبارة النص أو لفظه.

2 - روح النص أو فحواه.

ونقومُ بتوضيح ذلك على الوجه الآتي:

**أولاً:المعنى المُستفاد من عبارة النص أو لفظه:**

ويُطلق على هذا النوع من التفسير، التفسير اللفظي، ذلك أن النص التشريعي هو الأساس الذي يجب أن يبدأ منه المُفسر عمله ويرتكز عليه، ذلك أن التشريع قد ورد في عبارات، ولذا يجب استخلاص المعنى اللفظي لهذه العبارات، مع مراعاة ما يأتي:

(1) الأصل أن الألفاظ يجب أن تفهم وفقاً لمعناها العادي الدارج، إلاَّ إذا كان لها معنى فني خاص أي في لغة القانون ولا يُطابق معناها الدارج، مثل عبارة: حسن النية، التأمين، القوة القاهرة، الغيبة، الزنى، وفي هذه الحالة يجب أن تفهم هذه العبارات وفقاً لمعناها الفني، إذ المفروض أن المشرِّع عندما يستعمل ألفاظاً معينة إنما يستعملها في معناها الخاص لا في معناها الدارج، فلفظ الزني يُفيد في لغة القانون: العلاقة المُحرَّمة التي تقع من شخص متزوج، في حين أنه يُفيد في اللغة الجارية وفي لغة الشرع أية علاقة محرَّمة، سواءً وقعت

من متزوج أم أعزب، فيتعين الأخذ بالمعنى القانوني وليس بالمعنى اللغوي، وذلك ما لم تظهر نية المشرِّع واضحة في الأخذ بالمعنى اللغوي.

(2) يلزم عدم التقيد بألفاظ النص لفظاً لفظاً، وإنما يجب أن يستخلص معنى النص من مجموع عباراته على هدي قصد المشرِّع منه، إذ العبرة كما تقول القاعدة الشرعية هي بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، ويترتَّب على ذلك، أنه إذا جاء في النص لفظ في غير موضعه، وَجَبَ على المُقرُّ ألاَّ يتقيَّد به، بل يتحتمُ عليه أن يفسر النص في مجموعه، على ضوءِ قصْد المشرِّع الذي أرادَ أن يُعبِّر عنه بواسطة ذلك النص.

ومثاله، أن القانون المدني القديم، عرَّف الشرط بقوله أنه أمرٌ مستقبل أو غير محقق الوقوع، فوقع في خطأ مادي باستعمال لفظ "أو" مكان "واو" العطف، إذ التعريف العلمي للشرط والذي قصده المُشرِّع أنه أمرٌ مستقبل وغير محقق الوقوع، فعلى المُفسِّر أن يُراعي هذا الخطأ المادي في تفسيره.

وفي حالات غموض العبارات أو كونها غير موجودة أو كون النتائج المستخلصة من عبارات النص متعارضة، لا يجدي التفسير اللفظي، ويجبُ الالتجاء إلى التفسير المنطقي.

**ثانياً: المعنى المُستفاد من روح النص وفحواه [التفسير المنطقي]:**

يُقصد به المعنى الذي لا يظهر من عبارة النص أو ألفاظه، لكن يستخلص منه على اعتبار أنه من لوازمه، من روحه أو فحواه، وذلك باستخدام طرق بحث أدق ليصل المفسر إلى روح النص مُستخلصاً إياها من العوامل الفعليه التي كانت وحيه، ومن الأصول التاريخية التي تصل بين النص وبين التشريعات السابقة، وكذلك من الرابطة التي تربط بسائر النصوص ومن العوامل الاجتماعية، وتسمى هذه وسائل أو طرق التفسير، وهي عديدة، وليست ملزمة للقاضي، فله أن يتبع منها ما يراه، وهو إذا اتبعها لا يلزم بالتسليم بنتيجتها، وكل مالها من أثر هو أن تكون عنصراً من العناصر التي يستأنس بها القاضي في تكوين عقيدته عن المعنى الحقيقي للنص.

ولا يخفى أن التفسير قبل كل شيء هو عملٌ فنيٌّ يُكتسب من الخبرة والذكاء والكياسة والعلم والتجربة.

## المصلحة في الطعن

"الأصل أن المصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساساً للطعن بالنقض، متى كان الطاعن لا يُحقق أي نفع من ورائها، فلا يُقبل الطعن على حكمٍ صدر وفق طلبات الطاعن بدعوى تعديل بعض الأسباب التي لم تصادف هوىً في نفسه، إلاَّ أنه شرط للقول بعدم توافر المصلحة المؤدية إلى عدم جواز الطعن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وجوب أن يكون الحكم مُحققاً لمقصود الطاعن ومتمشياً مع المركز القانوني الذي يدَّعيه بما يترتب عليه من آثار، بحيث لا يكون من شأنه إنشاء التزامات جديدة أو الإبقاء على التزاماتٍ يُريد التحلُّل منها أو حرمانه من حقٍّ يدعيه، سواءً وردت هذه القيود في منطوق الحكم أو أسبابه، طالما كانت هذه الأسباب هي جوهر القضاء ولُبَّهُ ولا يستقيمُ الحكم بغيرها، وتعتبر هذه المثابة مُكمِّلة للمنطوق، لما كان ذلك، فإنه وإن كان منطوق الحكم المطعون فيه قد جرى في ظاهره لصالح الطاعنة المستأجرة حين قضى برفض الدعوى إلاَّ أنه في أسبابه الأساسية المُكمِّلة للمنطوق قد أضرَّ بها حين قضى عليها بأن تدفع أجرة إضافية مقابل ميزة مدَّعاة، ولم يكن القضاء بالرفض وليد ما خلص إليه الحكم من أن الطاعنة رغم احتساب الأجرة الإضافية تعتبر دائنة للمؤجر بعد إجراء المقاصة بينهما، وبذلك فإن للطاعنة مصلحة في الطعن على الحكم"[1].

**الخصم الحقيقي في الدعوى، وخصم المواجهة:**

الخصم الحقيقي هو الذي يتأثر مركزه القانوني بالحكم الصادر في الدعوى، وتُصبحُ به له مصلحة في الطعن فيه لإزالة ما رتَّبه الحكم بالنسبة له، سواءً حَضَرَ وأبدَى دفوعه وأوجه دفاعه أو وقف من الخصومة موقفاً سلبياً أو تغيَّب في أثناء نظرها، كالمدعي والمدعى عليه والمتدخِّلُ للاختصام أو للانضمام والمُدخل.

أما خصم المواجهة فهو الخصم الذي لا يتأثر مركزه القانوني بالحكم فهو خصم غير حقيقي لا مصلحة له في الطعن في الحكم لاقتصار الطعن على من تكون له مصلحة فيه لإزالة الآثار التي رتَّبها أو التي يمكن أن يرتبها إن لم يكن مشمولاً

(1) الطعنان رقما 11، 32 لسنة 46 ق – جلسة 1979/1/17م س30، المرجع السابق، ص247 .

بالنفاذ المُعجَّل، كالخصم الـذي يختصـم لصـدور الحكـم في مواجهتـه دون أن يتـأثر مركـزه القانون به مما كان سبباً لوقوفه مـن الخصـومة موقفـاً سـلبياً إذ يسـتوي أن يصـدر الحكـم لصالح المدعي أو ضده.

وفي وجوب أن من يختصم في الطعن يلزم أن يكون خصماً حقيقيـاً في الخصـومة التـي صدر فيها الحكم المطعون فيـه، وأن الخصـم الحقيقـي هـو مـن وُجِّهـت إليـه طلبـاتٍ مـن خصمه، أو وجَّه هو طلبات إليه، قضت محكمة التمييز بأنه:

"من المُقرَّر في قضاء هذه المحكمة – أنه لا يكفي فـيمن يختصـم في الطعـن أن يكـون طرفاً في الخصومة أمام المحكمة التـي أصـدرت الحكـم المطعـون فيـه، بـل يجـبُ أن يكـون خصماً حقيقياً وُجِّهت إليه طلبات من خصمه أو وجّه هو طلبات إليه وبقـي عـلى منازعتـه معه ولم يتخلَّ عنها حتى صدور الحكم في الدعوى، وإذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الثاني في كلٍّ من الطعنين – مـدير إدارة التنفيـذ بصـفته – قـد اختصـم أمـام محكمـة الاستئناف ليصدر الحكم في مواجهته بوقف تنفيذ الحكم المستأنف لحين صـدور الحكـم في الاستئناف، وقد وقف من الخصومة موقفاً سلبياً، ولم تُوجَّه منه أو إليه طلبـات، ولم يُـقض عليه بشيءٍ، فإن اختصامه في الطعنين يكون غير مقبول، بما يتعيَّن معه عـدم قبـول الطعنـين بالنسبة له"[1].

(1) الطعنان رقما 195، 200 لسنة 2002 أحوال، جلسة 2002/12/22م، مجلـة القضـاء والقـانون، س30، ج2، رقم 121، ص542.

## واجـبُ القـاضـي وسلطـتـه
## في تطبيق وتفسير القانون على واقعة الدعوى

**قضت محكمة التمييز بأنه:**

"من المُقرَّر أن القاضي مُطالـبٌ أساسـاً بـالرجوع إلى نـصِّ القـانون ذاتـه وإعمالـه عـلى واقعة الدعوى في حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بمـا يُخالفهـا أو تقييدها، لما في ذلك من استحداث حكمٌ مغايرٌ لمراد الشارع عن طريق التأويل"[1].

**وقضت المحكمة ذاتها بأنه:**

"من المُقرَّر أن الأصل في قواعد التفسير أنه متى كانت نصوص القانون واضحة وجليَّـة، فالبحثُ عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل، إنما محلـه عنـد غمـوض الـنص مـما يكون معه القاضي مُضَّطراً في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصِّي الغرض الذي رَمَى إليه، والقصدُ الذي أملاه"[2].

**وقضت محكمة النقض الـمصرية بأنه:**

"من المُقرَّر أن الأصل في قواعد التفسير أن الشارع إذا ما أوردَ مُصـطلحاً معينـاً في نـصٍّ ما لمعنى مُعيَّن، وَجَبَ صرفه لهذا المعنى في كلِّ نصٍّ آخر يرد فيه"[3].

**دور القاضي في تفسير القانون:**

وردَ بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 81 لسنة 1969 بإصدار قانون المحكمـة العليـا في مصر:

"..... وقـد اقتضـت هـذه الصـورة في العلاقـات الاجتماعيـة والاقتصـادية ثـورةٌ تشريعية حتى يُمكن للقانون وهو صورة من صور الحرية أن يُسايرها في وثوبهـا إلى التقدُّم، وحتى لا تكون مـواده قيـوداً تصـد القـيم الجديـدة في المجتمـع، ولمـا كـان القضاء هو جهاز سلطة الدولة الذي يحملُ أمانة صيانة هذه القيم، فإن مِن أوجَب

(1) الطعن رقم 90 لسنة 1989 تمييز تجاري - جلسة 1989/11/6م.

(2) الطعن رقم 12 لسنة 1984 تمييز تجاري - جلسة 1984/6/13م

(3) الطعن رقم 7082 لسنة 66 القضائية، نقض جنائي جلسة 1998/6/3م، مجموعـة أحكـام المكتـب الفنـي، السنة 49، رقم 104، ص790.

الأمور حتى يُحقِّق التشريع أهدافه الاجتماعية، التمكين للقضاء من أن يؤدي دوره في تطبيق التشريع على نحو يكفل سلامته، وإذا كان القاضي لا يخضعُ في تقدير الوقائع التي تُطرح عليه إلاَّ لسلطان ضميره، إلاَّ أنه ملتزمٌ بمبادئ المجتمع الذي يعيشُ فيه من خلال التزامه بالقانون في نصوصه وروحه، أي في مبادئه العامة التي منها تتكوَّنُ قيم المجتمع الذي يعيش فيه ... غير أنه بدا في كثير من الحالات أن أحكام القضاة لم تستطع اللحاق بركب التطور الذي طرأ على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية نتيجة قصور التشريع، إلاَّ أن مهمة القاضي في التفسير والتطبيق هي التي تحرك النصوص الجامدة، وهي التي يتوقف عليها تحقيق إرادة المُشرِّع أو إعاقتها وذلك وفق ما يعطى من تفسير للنصوص، فضلاً عن أن المُشرِّع لا يستطيعُ دائماً ملاحقة التغييرات التي تطرأ على المجتمع بالسرعة اللازمة .... وإن استقلال القاضي ليس ميزة خلعها عليه المجتمع، بل إنه مُقرَّرٌ لصالح العدالة والشعب"[1].

**دور القاضي في تحقيق سيادة القانون:**

إن المُشرِّع مهما بلغت مهارته وقدرته على التخيُّل أو التوقع، فإنه لن يستطيع أن يتخيَّل ما قد يَتفتَّق عنه تفكير الأفراد، وما قد يبتكرونه من حيل ووسائل لتحقيق مآربهم وتجاهل القواعد القانونية، بل وتضليل العدالة في بعض الأحيان.

إن سيادة القانون وفرض سُلطانه لن يتحقَّق سوى بتعاون القاضي والمُشرِّع، فالناس جُبلوا على محاولة الإفلات من أحكام القانون عن طريق التسلل من ثغرات ما نسَجَهُ المُشرِّع من ضوابط وقيود، ومُحاولة استغلال قواعد القانون ذاتها في تحقيق مآربهم الشخصية بصرف النظر عما ترمي إليه هذه القواعد من أهداف.

إن نفاذ القاضي ببصيرته إلى روح القانون، وتشبُّع وجدانه بفلسفته لا شكَّ أنه يجعل إرادة القانون أقوى من نزوات الأفراد، فيفسد على الراغبين في مخالفة القانون محاولاتهم، ويُحقق أهداف التشريع التي يرمي إليها من العدل والإنصاف، وإن هذا لا يعني إعفاء المُشرِّع من قيامه بالملاحقات التشريعية من وقتٍ لآخر، فيضعُ من القواعد الجديدة أو يُدخِل من التعديلات على القواعد القائمة والنافذة ما يكبحُ جماح الخارجين على القانون.

(1) يُراجع: المستشار/ محمد وجدي عبدالصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون – طبعة ثالثة 1988 ص 778 في الهامش.

**سيادة القانون الوطني:**

**قضت محكمة التمييز بأنه:**

"...لما كان ذلك، وكانت سيادة القانون الوطني تُوجبُ على القاضي الامتناع عن تطبيق أي تشريع أجنبي، فإذا كان التشريع الأجنبي مصدراً لبعض الأحكام التي أخذ بها القانون الوطني، فكلُّ ما للقاضي إذا ما نصَّت عليه؛ أن يلجأ إلى تفسيرها بطرق التفسير القانونية، ومنها الرجوع إلى موضعها من التشريع الأجنبي الذي كان مصدراً لها، وليس للقاضي أن يتجاوز ذلك بحال إلى تطبيق حكم خاص آخر ورد بذلك التشريع الأجنبي ولم يشأ المُشرِّع الوطني أن يأخذ به ضمن أحكام قانونية، وإذا كان مفاد النص في المادة الأولى من القانون المدني أن: (1-.....،2- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم بمقتضى العُرف ...) أنه لا يجوز التحدي بالعُرف إلاَّ إذا لم يوجد نصٌّ تشريعي، وكان المُشرِّع – وفقاً لما سلف بيانه – قد أفصح في صراحةٍ ووضوح ..." [1].

تفسير النصوص القانونية على أنها وحدة واحدة متماسكة متآلفة في معانيها يُكمِّلُ بعضُها بعضاً:

**قضت محكمة التمييز بأنه:**

"...من المُسلَّم به أنه وإن كان لكلِّ نصٍّ مضمون مستقل، إلاَّ أن ذلك لا يعزله عن باقي النصوص القانونية الأخرى التي تنتظمها جميعاً وحدة الموضوع، بل يتعيَّن أن يكون تفسيره متساندا معها، وذلك بفهم مدلوله على نحوٍ يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض، وبالنظر إليها بوصفها وحدة واحدة متماسكة متآلفة في معانيها متضافرة في مراميها، يُكمل بعضها بعضاً بما لا ينفلت معها متطلبات تطبيقها أو يحيد بها عن الغاية المقصودة منها، فالنصوص لا تفهم معزولة بعضها عن بعض، إنما تتأتى دلالة أيٍّ منها في ضوء ما تفيده النصوص الأخرى من معانٍ شاملة..." [2].

(1) الطعن رقم 24 لسنة 1982 تمييز مدني، جلسة 1983/1/24م.

(2) الطعن رقم 68 لسنة 2006 تجاري، جلسة 2008/6/4م، هيئة عامة "الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية".

**مجال سريان كلٍّ من أحكام القانون الخاص والقانون العام:**

**قضت محكمة التمييز بأنه:**

"... من المقرَّر قانوناً أنه مع قيام قانون خاص لا يُرجع إلى أحكام القانون العام إلاَّ فيما فات القانون الخاص من الأحكام، إذ لا يجوز إهدار القانون الخاص لإعمال القانون العام، لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص، إلاَّ أن شرط ذلك أن يتطابق موضوع القانونين أو التشريعين وأن تتعارض أحكامهما، أما حيث يكون لكلٍّ منهما مجال لإعماله يختلف عن الآخر، فلا يكون هناك إهدار ولا نسخ، لأن القانون الخاص يُعتبر استثناءً من القانون العام يُحدُّ من عموم أحكامه فيقيدها وينسخها فيما جاء بتخصيصه فحسب، ومن ثَمَّ يسري كلٌّ منهما في نطاقه، القانون الخاص فيما خُصِّص له، والقانون العام فيما بقيَ له من اختصاص، وبالتالي فإذا صدر قانون خاص صيغت قواعده على نحو استبعد معه ما نص عليه في القانون الخاص السابق عليه، فإنه مؤدَّى ذلك أن المُشرِّع استهدف تركُ الأمر في ذلك إلى أحكام القانون العام لانتفاء التعارض بين أحكام القانونين"[1].

**لا محلَّ لتقييد أو تخصيص أو تأويل النص العام:**

**قضت محكمة التمييز بأنه:**

"...من المقرَّر – في قضاء هذه المحكمة – أنه متى كان النص عاماً صريحاً في الدلالة على المُراد منه، فإنه لا مَحلَّ لتقييده أو تخصيصه أو تأويله، إذ في ذلك استحداث لحكمٍ مُغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل، كما أنه لا يجوز تفسير النصوص إلاَّ في حالة غموض عباراتها عن بيان مقصود الشارع منها، أو وجود لبس فيها.." [2].

**وقضت أيضاً بأنه:**

"... من المقرَّر – في قضاء هذه المحكمة – أنه متى كان النص واضحاً جليُّ المعنى فلا يجوز الخروج عليه والأخذ بما يُخالفه، لما في ذلك من استحداث حكم

(1) الطعن رقم 962 لسنة 2006 تمييز تجاري، جلسة 2008/1/6م.

(2) الطعن رقم 334 لسنة 2005 تمييز تجاري، جلسة 2007/4/22م

مغاير لمراد الشارع عن طريق التأويل، كما أن التفسير مشروط بألاَّ يكون فيه خروج على ما تحتمله عبارة النص أو تشويه لحقيقة معناه.." [1].

فالقاضي ملزمٌ بتطبيق القانون، وإذا ما طرح عليه نزاعٌ فهو ملزمٌ بإنزال حكم القانون عليه، والقاعدة في هذا الشأن أن القاضي ينزل حكم القانون الذي يستجيبُ موضوعياً لمعطيات النزاع المطروح عليه حتى ولو لم يطلب الخصم ذلك شخصياً.

فإعمال القانون بالمعنى الواسع هو من اختصاص وسلطة القاضي وفقاً لطبيعة وظيفته، فهو يفترض فيه العلم بالقانون والالتزام بتطبيقه[2].

"ومن المُقرَّر أن القاضي مطالبٌ أساساً بالرجوع للنصِّ القانوني الذي ينطبق على واقعة النزاع في الدعوى وفي حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة، فلا يجوز الأخذ بما يُخالفها أو تقييدها أو يزيدُ عليها، لما في ذلك من استحداثٍ لحكم جديد مغاير لمراد الشارع، عن طريق التفسير والتأويل، بما لا تحتمله عباراته الصريحة الواضحة، وأنه لا مجال للاجتهاد مع وضوح تلك العبارة أو البحث في حكمته أو حكمة التشريع ودواعيه إلاَّ عند غموض النص أو وجود لبس في مفهوم عباراته، إذ العبرة بالدلالة في مقابل التصريح، كما أن التفسير مشروطٌ بألاَّ يكون فيه خروج عن عبارة النص أو تشويهٍ لحقيقة معناه"[3].

## سُلطة قاضي الموضوع في فهم الواقع في العقد وتفسير شروطه وفهم وتفسير المستندات والمُحرَّرات في الدعوى

**يَحكم هذه السُلطة ثلاث قواعد أساسية هي:**

القاعدة الأولى: سلطة قاضي الموضوع التامة في التثبُّت من نصوص العقود والاتفاقات وسائر المُحرَّرات وفي تفسيرها، بلا رقابةٍ من محكمة التمييز:

مفادُ قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، أن أحكامه وشروطه والتزاماته يخضع إثباتها وتقديرها لرقابة محكمة التمييز، باعتبارها تُراقب تطبيق القانون الصحيح

(1) الطعن رقم 1326 لسنة 2005 تمييز تجاري، جلسة 2008/3/13م

(2) الدكتور/ نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في الموارد المدنية والتجارية، ط1 1984، رقم 115 حتى 132.

(3) الطعنان رقما 272، 282 لسنة 2007 تمييز إداري، جلسة 2008/4/15م.

على هذه العقود والمُحرَّرات على أساس إعطاء هذا القانون الخاص (العقد) الذي التزم به المتعاقدون حكم القانون العام الذي فرضه المُشرِّع.

ومُؤدَّى ذلك، أنه إذا احتاج قاضي الموضوع في فهم الواقع في دعوى إلى التثبُّت من وجود نصٍّ في العقد أو في الاتفاق، أو إلى تفسيره، فإنه يُحصِّله باستدلالٍ عقليٍّ لا يدخلُ في تركيبه أية قاعدة قانونية، فعمله ينحصر في تفهم وجهة العقد ومقصود عاقديه من ألفاظه، ومقارنة الظاهر من شروطه بغامضها، وما لا خلاف في تفسيره منها بما وقع فيه الخلاف، وتغليبُ شرطاً على شرط، وترجيحُ معنىً على معنى آخر، إلى غير ذلك مما يهديه إليه ذكائه وذوقه ومنطقه.

وإذا لم يجدُ القاضي بالعقد حل المسألة المختلف عليها لعدم خطورها على بال المتعاقدين، ولم يعثر في العقد على أيَّة علاقة يمكن أن يهتدي بها إلى حلِّ هذه المسألة، فعلى القاضي أن يجتهدُ لحلها على الوجه الذي كان المتعاقدان يُحلانها به لو فطنا لها حين العقد، واجتهاده لا يعدو تعرُّف مقصود العاقدين أو ما يقتضيه هذا المقصود، وهذا بحثٌ موضوعي ونفسي يختلفُ باختلاف العقود، ويتغيَّر بتغيُّر العاقدين، وقد يُخالف القاضي في ذلك ما يقتضيه الذوق أو قواعد المنطق أو أصول العدل، ولا يعتبر بذلك هذه المخالفة مخالفة للقانون[1].

**القيود التي ترِدُ على سلطة قاضي الموضوع في هذا الخصوص:**

لقد قيد قضاء محكمة التمييز سلطة قاضي الموضوع في خصوص التثبُّت من نصوص العقود والمُحرَّرات وسائر الاتفاقات وتفسيرها، ومن ثمَّ فقد قضى بتمييز كل حكم يمسخ فيه قاضي الموضوع شروط أي عقد أو يغفل فيه احترام النصوص الصريحة القاطعة، فإذا عَدَل قاضي الموضوع عن الأخذ بهذه الأحكام الواضحة كان لمحكمة التمييز أن تُراقب ما إذا كان إطراحه لهذه الشروط صادراً عن اعتباراتٍ مقبولة تسوغه، فإذا ظهر لها أنه لا يوجد ما يُبرره ميَّزت الحكم استناداً إلى أن قاضي الموضوع قد حرَّف شروط العقد الظاهرة[2].

(1) يراجع: المستشار/ أحمد جلال الدين هلالي، المرجع السابق، رقم 226 ص221.

(2) في هذا المعنى: نقض مدني مصري رقم 15 لسنة 10 ق، جلسة 1940/6/6م، الطعن رقم 45 لسنة 20 ق، جلسة 1952/4/10م.

القاعدة الثانية: تفسير المعنى بالعدول عن المعنى الظاهر لصيغ العقود وعباراتها، وضوابط ذلك:

إنه مهما يُقال من أن لمحكمة الموضوع أن تعدلُ عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هي أنه مقصودُ العاقدين، فلا جدال في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تُبيِّن في حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر بأسبابٍ سائغة مستقاة من نصوص العقد ووقائع الدعوى.

القاعدة الثالثة: عدم جواز مناقضة نصوص المستندات الصريحة أو الانحراف عنها:

إن القانون إذا كان يجعل من حقِّ محكمة الموضوع تقدير قيمة المستندات، فإنه لا يسمحُ لها بمناقضة نصوصها الصريحة.

**التفرقة بين الخطأ في التفسير والخطأ في التكييف:**

لقد فرَّقت محكمة النقض المصرية بين الخطأ في التفسير فاعتبرته خطأً واقعياً لا شأنَ لها في رقابته بالقيود السالف بيانها، وبين الخطأ في التكييف، فاعتبرته خطأ في القانون وبسطت رقابتها عليه، وهي بذلك تبرز مرحلة التكييف وتراقب فيها قاضي الموضوع وتُصحح له خطأه ثم تُطبِّقُ حكم القانون على حاصل التكييف.

**وقضت محكمة النقض:**

"إنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود التي تُطرح أمامها واستخلاص قصد المتعاقدين منها، إلاَّ أن تكييفها لهذه العقود وتطبيق نصوص القانون عليها يكونا خاضعين لرقابة محكمة النقض"[1].

(1) الطعن رقم 8 لسنة ق - جلسة 1933/6/23م رقم 52 ص 84 "مجموعة القواعد في 25 سنة" ، مشار إليه في مؤلف المستشار/ أحمد جلال الدين هلالي - مرجع سابق – رقم 233 – ص 227 .

# قواعد تنظيم طرق الإثبات
# في القانون في قضاء محكمة النقض
## الفرع الأول
## قواعد تنظيم الكتابة باعتبارها
## من طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

[1] الكتابة من طرق الإثبات المطلقة لأنها تصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء أكانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، وأيا كان الحق المراد إثباته.

[2] والكتابة يُقصد بها الأوراق المكتوبة التي تُعدُّ لإثبات التصرف، سواءً أكانت هذه الأوراق رسمية أو عرفية، فالكتابة إذن، هي الدليل الكتابي الذي يثبت به التصرف، ولو لم يكن معد للإثبات.

**أنواع الأوراق وقوتها في الإثبات:**

الأوراق كأداة للإثبات، نوعان:

**(أ) أوراق رسمية:**

ويقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا لأوضاع مقررة، وهي كثيرة متنوعة، منها الأوراق الرسمية المدنية مثل الأوراق التي تثبت العقود والتصرفات المدنية، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية، والقوانين والمعاهدات، ومنها الأوراق القضائية لعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام.

**(ب) أوراق عرفية: وهي التي يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم، وهي نوعان أيضاً:**

الأول : أوراق معدة للإثبات، كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحوها، وتسمى أيضا «السندات».

والثاني : أوراق غير معدة للإثبات، مثل دفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات.

ومعظم الأوراق الرسمية والعرفية هي «سندات» أو أوراق معدة للإثبات، فهي دليل مهيأ، والأصل أن الورقة التي تعد لإثبات تصرف تكتب عقب إبرام هذا التصرف، فالمتبايعان مثلا يبرمان عقد البيع فيما بينهما ثم يعدان ورقة لإثباته، ولكن قد يحدث كثيراً أن المتعاقدين يبرمان العقد وقت كتابة الورقة والتوقيع عليها، ولا يتم العقد إلاَّ بالتوقيع على تلك الورقة، بل ليس هناك ما يمنع أن تكتب ورقة إعداد لإثبات تصرف لم يتم إبرامه، فلا يعتبر العقد في هذه الحالة قد أبرم بمجرد كتابة الورقة ولو وقعت.

وفي حكم هام يدل على أن التعاقد لا يعتبر تاما ملزما بمجرد تدوين نصوصه كتابة ولو حصل التوقيع عليها، بل لابد من قيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه، قضت محكمة استئناف أسيوط في هذا المعنى بأن:

"التعاقد لا يُعتبر تاماً ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابة، ولو حصل التوقيع عليها، بل إنه لا بُدَّ من قيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه، وهذا ما يقتضي تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه، بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقاً، لما صلح هذا الالتزام، كما أنه إذا تبيَّن أنه قد تحرَّر مكتوب بالتعاقد ولكنه سلم لأمين، فإنه يتعيَّن البحث في ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين"[1].

[3] والأوراق سواءً أكانت رسمية أم عرفية، لها حجية في الإثبات يحددها القانون، وهي تتفاوت قوة وضعفا، وأقوى الأوراق في الإثبات هي الأوراق الرسمية، ذلك أنها حجة على الناس كافة، أما الأوراق العرفية المعدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الأوراق الرسمية، إذ أنها لا تنهض حجة إذا أنكرها من صدرت منه، وفي هذه الحالة ينظم القانون إجراءات معينة لتحقيق صحة صدورها ممن أنكرهها.

[4] الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية:

توجد عدة فروق من حيث الشكل ومن حيث الحجية في الإثبات ومن حيث القوة في التنفيذ.

(1) استئناف أسيوط 1947/6/3 المحاماة 28 رقم 805 ص273 مشار إليه من الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني طبعة 2000 بيروت ص107 هامش1

**(أ) الفرق بين الورقة الرسمية والورقة العرفية من حيث الشكل:**

يُشترط في الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة، أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع من صدرت منه (المدين) هذا إذا كانت معدة للإثبات، أما إذا لم تكن معدة لذلك، فلا ضرورة حتى لهذا التوقيع.

**(ب) الفرق بين الورقة الرسمية والورقة العرفية من حيث الحجية في الإثبات:**

كلاً من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجة على الكافة من الوجوه الآتية:

1 - من حيث صدورها ممن موقعها، ولكن الورقة الرسمية لا تسقط حجيتها هنا، إلاَّ عن طريق الطعن بالتزوير، أما الورقة العرفية فيكفي فيها إنكار التوقيع.

2 - من حيث صحة ما ورد فيها، ولكن الورقة الرسمية حجة إلي حد الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أنه علمه بنفسه، أما صحة ما قرره رواية عن الغير فيجوز دحضها بإثبات العكس وفقاً للقواعد المقررة، وتاريخ الورقة الرسمية يعتبر صحيحاً إلى حد الطعن بالتزوير، أما الورقة العرفية فيجوز دحض صحة ما ورد فيها جميعه بإثبات العكس، لا فرق في ذلك بين ما قرر موقعها انه علمه بنفسه، وما قرره رواية عن غيره، وتاريخ الورقة العرفية يكون حجة على موقعيها ولكن لا يكون حجة على الغير إلاَّ إذا كان تاريخاً ثابتاً.

**(ج) الفرق بين الورقة الرسمية والورقة العرفية من حيث القوة في التنفيذ:**

الورقة الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم، ويكون ذلك بالصورة التنفيذية للورقة، فيستطيع البائع مثلاً أن ينفذ بالثمن بموجب الصورة التنفيذية للبيع الرسمي، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بحقه في تسلم المبيع، ولا يجوز الشروع في التنفيذ قبل إعلان الورقة الرسمية إلى الخصم، ويشتمل الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب منه، وهذا هو تنبيه الوفاء، لا مجرد إنذار.

وينبني على ذلك أن المدين له أن يُعارض في هذا التنبيه، وأن يتقدَّم بوجوه الطعن التي يتمسَّك بها إلى المحكمة المختصة، وإذا بدئ في تنفيذ الورقة الرسمية جاز للمدين رفع إشكال في التنفيذ لوقفه.

أما الورقة العرفية فليست لها، على خلاف الورقة الرسمية، قوة تنفيذية، فإذا كان سند الدين ورقة عرفية، ورفض المدين تنفيذ التزامه طوعاً، فإنه لا يمكن إجباره على التنفيذ، حتى لو كان معترفاً بالورقة، إلاَّ إذا حصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ، والحكم وليس الورقة هو الذي ينفذ.

# القواعد التي قررتها محكمة النقض
# في مجال طرق الإثبات[1].

**أولاً: قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات بالكتابة:**

**قضت محكمة النقض بأنه:**

[1] " إذا كان سبب الالتزام في العقد ثابتاً بالكتابة، فإنه لا يجوز للمتعاقدين إثبات صوريته إلاَّ بالكتابة، إلاَّ أن المشرِّع قد أجاز الإثبات بالبينة فيما يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الإثبات "[2].

[2] " ذكر سبب الالتزام في العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا ليس غير حقيقي، وان الالتزام في الواقع معدوم السبب، ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنياً، لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، إلا إن إثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا - على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض - من جواز ما اشتمل عليه دليل كتابي بغير الكتابة في المواد التجارية، ومن ثم فإن صح ما تمسك به الطاعن (المدين) من أن التزامه تجاري، فإن الحكم المعطون فيه، إذ أقام قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة، على أن سبب الدين قد ذكر صراحة في السند وان هذا يعتبر إقراراً من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته، يكون قد خالف القانون، لما ينطوي عليه من مصادرة لحق الطاعن في نقض ما هو مذكور في السند بطرق

(1) يجب ملاحظة أن نصوص القانون المدني من المادة (389) إلى (417) المشار إليها في أحكام النقض ما قبل عام 1968 وكذلك بعض نصوص قانون المرافعات القديم رقم 77 لسنة 1949 قد ألغيت بالقانون رقم 25 لسنة 1968 في شأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وحلت مكانها نصوص هذا القانون الأخير، فعندما يرد نص من نصوص القانون المدني أو نصوص قانون المرافعات في حكمٍ قديم يجب البحث عن النص المماثل له في قانون الإثبات، والذي حلَّ محله.

(2) الطعن رقم 338 لسنة 32 القضائية، جلسة 1966/5/5 السنة 17 ص 1035 .

الإثبات كافة كما أن إغفاله بحث دفاع الطاعن المتضمن أن الالتزام تجاري قد أعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيقه للقانون "[1].

[3] " للمتعاقد أن يُثبت بكلِّ الطرق - ومنها البينة والقرائن - أن العقد لم يكن بيعاً باتاً، وإنما هو على خلاف نصوصه - يخفي رهنا "[2].

[4] " الأصل في الأوراق الموقعة على بياض، أن تغيير الحقيقة فيها مما استؤمن عليها، هو نوع من خيانة الأمانة، ومن ثم فإنه يرجع في إثباته إلى القواعد العامة، ومن مقتضاها انه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت في الورقة الموقعة علي بياض بغير الكتابة، متى كان من وقعها قد سلمها اختياراً، إذ أن القانون يعتبر ملء الورقة في هذه الحالة بغير المتفق عليه بمثابة خيانة أمانة"[3].

[5] " قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفها، فإذا كانت الطاعنة لم تعب على الحكم المستأنف أمام محكمة الاستئناف بعدم جواز إثبات الوفاء بغير الكتابة، فإن ذلك منها يعد قبولاً للإثبات بغير الكتابة، ولا يجوز لها بالتالي أن تتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض، لسقوط حقها في التحدي بهذا الدفع "[4].

[6] " إن إجازة إثبات العقد المستمر فيما بين عاقديه بالبينة في حالة الاحتيال على القانون مقصورة على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته، وأنه متى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأحد ورثته ثابتاً بالكتابة، فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفي وصية، وانه قصد به الاحتيال على قواعد الميراث، وإنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتيال إضراراً بحقه في الميراث، وهو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن على العقد من مورثه، وإنما يستمده من القانون مباشرة، وإذ كان ذلك، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه، أن المطعون ضدها الأولي، أقامت دعواها بطلب إبطال عقد البيع الصادر منها لوالديها الطاعن والمطعون ضده الثاني استنادا إلى انه

(1) الطعن رقم 243 لسنة 32 القضائية، جلسة 1966/10/27 السنة 17 ص1593 .
(2) الطعن رقم 204 لسنة 322 القضائية جلسة 1966/12/6 السنة 17 ص1770
(3) الطعن رقم 227 لسنة 33 القضائية، جلسة 1967/3/16 لسنة 18 ص665
(4) الطعن رقم 310 لسنة 31 القضائية جلسة 1967/5/25 لسنة 18 ص1102

يخفي وصية، وانه قصد به تمييزها في الميراث احتيالا على قواعد الإرث، وكان الحكم المطعون فيه قد استند في إثبات الصورية به - النسبية إلى أقوال شاهدي المطعون ضدها الأولى (البائعة) التي لم تقدم دليل كتابي، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه"[1].

[7] "من المقرر في قضاء هذه المحكمة - انه متى ثبت صدور الورقة العرفية ممن نسب إليه التوقيع عليها، فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها إلى أن يثبت العكس وفقا للقواعد العامة في إثبات ما اشتمل عليه دليل كتابي، وأنه إن ادعى أحد طرفي المحرر، أن أحد البيانات المدونة به غير مطابقة للواقع، كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية بطريقة الكتابة "[2].

**ثانياً: قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الأوراق الرسمية:**

**قضت محكمة النقض بأن:**

[1] "حجية الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها محررها في حدود مهمته "[3].

[2] "ما تتضمنه محاضر جمع الاستدلالات، ومنها المحاضر التي يحررها معاون المالية من بيانات وإقرارات، لا يكون لها الحجة المطلقة التي أسبغها القانون على البيانات التي أعدت لها الورقة الرسمية، وإنما تكون خاضعة للمناقشة والتمحيص، وقابلة لإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، دون حاجة لسلوك طريق الطعن بالتزوير"[4].

[3] "إذا كان ما قدمه الطاعن لمحكمة الموضوع من أوراق لا يعدو أن يكون صورا شمسية وخطية غير رسمية يقول الطاعن أنها لمكاتبات متبادلة بين الحراسة العامة والحراسة الزراعية أصلها لم يقدم، وقد اعترض المطعون ضده في مذكرته المقدمة لمحكمة الاستئناف على صلاحيتها لإثبات محتواها، وكانت تلك الأوراق بحالتها هذه ليست لها أي حجية، لأن الأصل انه لا حجية

(1) الطعن رقم 697 لسنة 42 القضائية جلسة 1976/12/13 لسنة 27 ص 1738

(2) الطعن رقم 487 لسنة 49 القضائية جلسة 1980/3/1 لسنة 314 ص677 .

(3) الطعن رقم 130 لسنة 33 القضائية جلسة 1967/1/3 لسنة 18 ص 11 .

(4) الطعن رقم 202 لسنة 37 القضائية جلسة 1972/3/14 لسنة 23 ص 407 .

لصور الأوراق الرسمية، إلاَّ إذا كانت هذه الصورة بذاتها رسمية طبقا لنص المادتين 392 و 393 من القانون المدني الواجبتي التطبيق، فإن النص على الحكم المطعون فيه بالقصور في التسبيب لإغفاله التحدث عنها يكون غير منتج"[1].

[4] "المحررات الرسمية لا يمكن الطعن فيها إلاَّ بالتزوير، وتكون حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محرروها، إذا وقعت من ذي الشأن في حضوره - وإذا كان أصل تلك المحررات موجود فتظل لصورتها الرسمية حجيتها، سواءً أكانت تنفيذية أم غير تنفيذية أخذت فور تحرير الأصل بمعرفة محرره، أو أخذت بعد ذلك بمعرفة احد الموظفين غير محرر الأصل، وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، أما إذا كان المظهر الخارجي يبعث على الشك في أن يكون قد عبث بها، كما إذا وجد بها كشط أو محو أو تحشير، فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة "[2].

[5] "حجية الورقة الرسمية وفقا لصريح نص المادة 11 من قانون الإثبات تقتصر على ما ورد بها من بيانات قام بها محررها في حدود مهمته الرسمية المقدمة من الطاعن إثباتاً لحيازته عن النزاع منذ عام 1955 من بيان يفيد اتخاذه منها مقراً لأعماله، إنما تمَّ بناءً على ما أدلى به تحت مسؤوليته، وليس نتيجة قيام محرريها بتحدي صحة هذا البيان، ومن ثم لا تلحقها الحجية، وتخضع لما لقاضي الموضوع من سلطة في تقدير الدليل، فلا على الحكم إذ لم يعتد بالقرينة المستفادة من هذه الأوراق وأقام قضاءه على أدلة مناهضة استقاها من أقوال الشهود والتحقيقات الإدارية المقدمة من الدعوى"[3].

**ثالثاً: قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الأوراق العرفية وصورها:**

قضت محكمة النقض بأن:

[1] "المشرِّع أباح في المادة 394 من القانون المدني، للوارث الاكتفاء بنفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع لمورثه دون أن يطعن في

(1) الطعن رقم 578 لسنة 35 القضائية جلسة 1972/4/22 لسنة 23 ص474 .
(2) الطعن رقم 203 لسنة 44 قضائية جلسة 1979/1/24 لسنة 30 ص138 .
(3) الطعن رقم 229 لسنة 48 قضائية جلسة 1979/2/7 لسنة 3 ص496 .

هذه الأوراق بطريق الادعاء بالتزوير، أو حتى يقف موقف الإنكار صراحة، فإذا نفى الوارث علمه بأن الإمضاء الذي على الورقة العرفية المحتج بها عليه لمورثه وحلف اليمين المنصوص عليها في المادة 394 سالفة الذكر، زالت عن هذه الورقة مؤقتا قوتها في الإثبات، وتعيَّن على الخصم المتمسِّك بها أن يقيم الدليل على صحتها، وذلك باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 262 من قانون المرافعات ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه اذ تطلب لإسقاط حجية هذه الأوراق أن يسلك الطاعن (الوارث) طريق الادعاء بالتزوير فيها، قد خالف القانون "[1].

[2] "لا يشترط لصحة الورقة العرفية وإخفاء الحجية عليها في حكم المادة 390 من القانون المدني، إلاَّ توقيع من نُسبت إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع، وإذ يكتفي المشرع بإحدى هذه الطرق، ويسوي بينها في الحكم بصحة التوقيع على الورقة العرفية، باعتبار أن التوقيع ينصرف في مدلوله إلى الإمضاء أو بصمة الأصبع، فإنه إذا كان العقد الذي دفع المدعى عليه بجهالة توقيع مورثه عليه - يحمل توقيعاً ببصمة أصبع، وآخر ببصمة ختم، منسوبين إلى مورث المدعى عليه، وكان الحكم قد استخلص أن المورث قد وقع فعلا على العقد، فإنه يكون من غير المنتج تعييب الحكم بالنعي بالقصور لعدم تعيينه طريقة توقيع المورث"[2].

[3] "صورة الأوراق العرفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست لا حجية ولا قيمة لها في الإثبات، إلاَّ بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه، أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه، والتوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الأصبع، هي المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقا لما تقضي به المادة 390 من القانون المدني، وإذ كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد رتب على الصورة الفوتوغرافية لعقد البيع العرفي المنسوب صدوره من الطاعن إلى المعطون عليه الثاني، قضاءه

(1) الطعن رقم 156 لسنة 32 القضائية جلسة 1966/5/12 لسنة 17 ص 1100 .
(2) الطعن رقم 69 لسنة 32 لسنة القضائية جلسة 1966/10/25 لسنة 17 ص1583 .

بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول، دون أن يتحقق من قيام العقد الأول - الذي نفى الطاعن وجوده - وهو شرط لازم للقضاء بصحة ونفاذ عقد البيع الذي بني عليه، فإن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وأخطأ في الاستدلال بما يُوجب نقضه"[1].

[4] "مفاد النص في المادة 37 من القانون رقم 25 لسنة 1968 عدم جواز المضاهاة على ورقة عرفية ينكر الخصم صحتها ولم يعترف بها، ولا يكتفي في هذا الشأن بالسكوت أو باتخاذ موقف سلبي، بل يجب أن يكون هناك موقف ايجابي يستدل منه بوضوح على اعتراضه بصحة الورقة العرفية، ومناط رسمية الورقة في معنى المادتين 10 ، 11 من قانون الإثبات سالف الذكر، أن يكون محررها موظفا عموميا مكلفا بتحريرها بمقتضى وظيفته، وتعتبر حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره وشركات القطاع العام تعتبر من أشخاص القانون الخاص، والعاملين بها ليسوا من الموظفين العموميين لأن علاقتهم بها علاقة تعاقدية تخضع لأحكام نظام العاملين بتلك الشركات، ومن ثم لا تعتبر أوراقاً رسمية، وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه، أن الخبير المنتدب لصحة توقيع مورث الطاعنة والمطعون ضدهم الخمسة الأول، المرحوم على الإقرار المطعون عليه، قد استعان في تحقيق المضاهاة بتوقيعات له على إخطارات اشتراكه في صندوق المؤسسة والزمالة بشركة اسكو، وهي أوراق بحكم أنها أوراق عرفية، لم تعترف الطاعنة بصحتها وأنكرتها وتمسكت أمام المحكمة التي أصدرته بهذا الدفاع، إلاَّ أنها أغفلته مع أنه دفاع جوهري من شأن تحقيقه أن يتغير وجه الرأي في الدعوى، بما يعيب الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والقصور في التسبب"[2].

(1) الطعن رقم 478 لسنة 36 القضائية جلسة 1971/5/13 لسنة 22 ص630 .

(2) الطعن 2056 لسنة 56 القضائية جلسة 1990/7/15 لسنة 41 ص 642 .

## الفرع الثاني
## قواعد تنظيم البينة باعتبارها من
## طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

[1] البينة (أو الشهادة) أضعف من الكتابة في الإثبات، ذلك طريق الإثبات بالبينة ذات قوة محدودة أما طريق الإثبات بالكتابة فذات قوة مطلقة، والبينة لا تكون طريقاً أصلياً في الإثبات إلاَّ في نطاق محدود، وهي طريق تكميلي عند وجود مبدأ الثبوت بالكتابة.

[2] والبينة لها معنيان:

الأول : معنى عام، وهو الدليل أياً كان، كتابة أو شهادة، أو قرائن، ومن ثم فعندما نقول: البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنما نقصد هنا البيئة بمعناها العام.

والثاني: معنى خاص، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وعندما نقول «البينة» فإنه يقصد بها المعنى الخاص، أي الشهادة.

**أنواع البينة أو الشهادة:**

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية، والشاهد يحصل معرفته الشخصية إما لأنه رآها، كما إذا شاهد حادثاً من حوادث السيارات مثلاً، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى، وإما لأنه سمعها بأذنه، كما إذا كان الشاهد قد حضر مجلس العقد، وسمع البائع يتعاقد مع المشتري، فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع، إما لأنه رأى وسمع، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقترض ورآه يعطيه مبلغ القرض.

[3] وتكون الشهادة عادة شفوية، يُدلي بها الشاهد في مجلس القضاء مستمدا إياها من ذاكرته، ولقد أجاز قانون الإثبات لمن لا قدرة له على الكلام ليؤدي الشهادة إذا أمكن أن يُبيِّن مراده بالكتابة أو الإشارة، كما أجاز القانون وبإذن المحكمة أو القاضي المنتدب أن يستعين الشاهد بمفكرات مكتوبة.

[4] وعادة يدعي الشاهد إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، ومع ذلك فقد يكتفي في ظروف استثنائية، بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها.

[5] والشهادة المباشرة تكون هي الصورة الغالبة للشهادة، إلاَّ أنه يوجد إلى جانبها أنواع من الشهادة هي:

(أ) الشهادة السماعية

(ب) الشهادة بالتسامع.

(ج) الشهادة بالشهرة العامة.

فالشهادة السماعية هي ما يسمى الشهادة على الشهادة فالشاهد يروي ما سمعه عن غيره، وهي جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، ويقرر القاضي قيمتها كما يقدر قيمة الشهادة الأصلية. والغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث امتناع القاضي بها.

وأما الشهادة بالتسامع فهي شهادة بما يتسامعه الناس لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع من جماهير الناس عن هذه الواقعة، ومن ثم كانت هذه الشهادة غير مقبولة إلاَّ فيما نص عليه القانون.

وإذا قلبت الشهادة بالتسامع فهي كالشهادة الأصلية والشهادة السماعية تخضع في سماعها للقواعد العامة التي تخضع لها الشهادة بوجه عام.

أما الشهادة بالشهرة العامة، فليس شهادة بالمعنى الصحيح، بل هي ورقة مكتوبة، تحرر أمام جهة رسمية، تدون فيها وقائع معينة، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة، مثال ذلك إعلام الوراثة ومحضر جرد التركة، وتقرير غيبة المفقود. وللشهادة بالشهرة العامة قوة من الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة.

[6] والقوة المحدودة للبينة في الإثبات إنما تكون في مجال إثبات التصرفات القانونية المدنية، إما خارج نطاق هذا المجال فالبينة لها قوة إثبات مطلقة، وذلك في مجال إثبات الوقائع القانونية المادية وفي إثبات التصرفات القانونية التجارية.

**أولاً : قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات بالبينة:**

[1] في ماهية البينة والأحوال التي يصح فيها الإثبات بالبينة قضت محكمة النقض بأن:

"لشهادة في اصطلاح الفقهاء هي إخبار "صادق" في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، ولو بلا دعوى، وبالقيد الأول يخرج من نطاقها الأخبار الكاذبة، ولازم هذا أن يكون لقاضي الدعوى سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها وسبيله إلى ذلك أنه إذا قدَّم أحد الخصوم بينة لإثبات واقعة كان للخصم الآخر الحق دائما في إثبات عدم صحة هذه الواقع، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإجماع الفقهاء على أن القاضي لا يقف مع ظواهر البينات، ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر"[(1)].

[2] وفي الأحوال التي يصح فيها الإثبات بالبينة، حالة الوقائع المادية، قضت محكمة النقض بأن:

"الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذي حدده القانون في شأن إثبات التصرفات القانونية، وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المطعون ضده الأول وقع بالبصمة المطموسة الموجودة على العقد لإثبات التصرف القانوني ذاته، فإنه يكون منه طلباً لإثبات واقعة مادية أمر تحقيق صحتها متروك لقواعد الإثبات عامة، بحيث يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود"[(2)].

[3] وفي أحوال الغش والصورية والتدليس، وجواز إثبات ذلك بالبينة، قضت محكمة النقض بأن:

"تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء عته البائع هو تحايل على القانون، يجوز إثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن، وحكم الورثة في هذا الخصوص هو حكم مورثهم، وإذا كان يبين من الاطلاع على المذكرة التي

(1) الطعن رقم 43 لسنة 33 قضائية جلسة 1966/3/23م لسنة 17 ص 666 .

(2) الطعن رقم 210 لسنة 40 قضائية جلسة 1975/2/17 لسنة 26 ص406 .

قدمها الطاعنان أمام محكمة الاستئناف أنهما تمسَّكا بدفاع أصلي يقوم على أن عقد البيع موضوع النزاع لم يصدر في تاريخ لاحق بعد إصابته بالعته وإدخاله المستشفى، وأن المقصود بتقديم تاريخ العقد هو تفادي اثر الحجر على المورث، واستدلاً على ذلك بعدة قرائن، ثم انتهيا إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دفاعهما، إذا لم تكتف المحكمة بالقرائن المقدمة منهما، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان، ولم يشر إليه مع أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب"[1].

[4] وفي جواز الإثبات بالبينة بالنسبة للغير في حالة الصورية، قضت محكمة النقض بأن:

"الغير في الصورية هو كل ذي مصلحة، ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية، ولهذا الغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن، كما وأن تقرير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع"[2].

[5] في التمييز بين حالتي طعن الوارث علي تصرف مورثه بالصورية النسبية، وطعنه بالصورية المطلقة، وأن الوارث في الحالة الأولى يستمد حق الطعن من القانون مباشرة، بينما في الثانية يستمد حقه من مورثه لا من القانون، واثر ذلك قضت محكمة النقض بأن:

"الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلاَّ أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث، أو أنه صدر في مرض موت المورث، فيعتبر إذاً ذلك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد انه صوري صورية مطلقة، وان عله تلك الصورية ليست هي الاحتيال على

(1) الطعن رقم 465 لسنة 36 قضائية جلسة 1971/6/22 لسنة 22 ص 793 .

(2) الطعن رقم 191 لسنة 46 قضائية جلسة 1980/3/26 لسنة 31 ص904.

قواعد الإرث فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلاَّ بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات، ولما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على البيع الرسمي المسجل الصادر من المورث إلى المطعون عليها - ودللت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بين البائع والمشترية، ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره ولم تشر الطاعنة إلى أن هذا التصرف فيه مساس بحقها في الميراث، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه بالخطأ من تطبيق القانون يكون غير سديد"[1].

[6] وفي جواز إثبات الغش بكافة طرق الإثبات قضت محكمة النقض بأن:

"يجوز إثبات الغش - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بطرق الإثبات القانونية كافة شاملة البينة، وإذ أسست الطاعنة دفاعها أمام محكمة الموضوع على ما هو ثابت بالأوراق، من أن المطعون ضده - بعد أن تسلم منها المبلغ الثابت بسند المديونية قام بتمزيق ورقة أوهمها أنها السند المذكور، وكان هذا منه - فيما لو ثبت - يشكل احتيالا وغشا يجوز إثباته بطرق الإثبات القانونية كافة شاملة البينة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن ما تدعيه الطاعنة وفاء، وهو بهذه المثابة تصرف قانوني لا يجوز إثباته إلاَّ بالكتابة، لا يواجه دفاع الطاعنة آنف الذكر، ولا يصلح رداً عليه، رغم أنه دفاع جوهري، من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فيكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون، قد شابه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع"[2].

[7] وفي جواز إثبات الادعاء بالتزوير في الأوراق العرفية إضراراً بالغير بأي طريق من طرق الإثبات، قضت محكمة النقض بأن:

"التزوير في الأوراق العرفية هو تغيير الحقيقة في المحرر بقصد الغش وبإحدى الطرق التي عينها القانون تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً، وتغيير

(1) الطعن 729 لسنة 41 قضائية جلسة 1976/6/22 لسنة 27 ص1391.

(2) الطعن رقم 648 لسنة 52 قضائية جلسة 1985/12/26 لسنة 36 ص1209 .

المحـررات يُعـدُّ ضـمن طـرق التزويـر المنصـوص عليهـا في المـادة (211) مـن قـانون العقوبات، ويتسع هذا الطريق من طرق التزوير لكل تغيير له أثر مادي يظهـر عـلى المحرر بعد تحريره، بما في ذلك إزالة جزء من المحرر بالقطع أو التمزيق لإعدام بعض عباراته بنية الغش، فإذا كان مدعي التزوير قد أسس إدعاءه علي أن سـند المديونيـة كان محررا على ورقة أثبت في الجزء الأسـفل منهـا أنـه سـدد جـزءا مـن الـدين، وان المدعي عليه بالتزوير قام بقطـع هـذا الجـزء المثبـت للتخـالص، فـإن إدعـاء مـدعي التزوير علي هـذا النحـو يعـد طعنـا بـالتزوير عـلى محـرر واحـد مثبـت للمديونيـة والتخالص في جزء منها، فلا تتقيـد المحكمـة في التحقيـق بقواعـد الإثبـات المنصـوص عليها في الباب السادس من القانون المدني، الخاصة بإثبات الالتزام والتخالص منه، بل لها أن تحكم برد وبُطلان المحرر أو جزء منه متى استبان لها من ظروف الدعوى أنـه مزور، ومن ثم فلا غبار على المحكمة إن هي قضت بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبـات التزوير الذي يقطع بهذه الطريقة"[1].

**وقضت كذلك محكمة النقض بأن:**

"ما نصَّت عليه المادة (274) من قانون المرافعات السابق من أنـه لا تـُسمع شـهادة الشهود إلاَّ فيما يتعلَّق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الخـتم أو بصـمة الأصـبع على الورقة المقتضى تحقيقها ممن نسبت إليه، إنما هو خاص بإنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع، ولا مجال لتطبيقه عند الادعـاء بـالتزوير، والمقصـود منـه هو احترام القاعدة العامة في الإثبات، بعد تمكين من يتمسـك بورقـة أنكرهـا خصـمه من أن يثبت بشهادة الشهود في غير الأحوال التـي يجـوز فيهـا ذلـك قانونـاً، الالتـزام المدون بها، ولذلك جاء النص مقصـوراً عـلى أن الشـهود لا يسـمعون إلاَّ عنـد إثبـات واقعة الكتابـة، أو التوقيـع، دون الالتـزام ذاتـه، بخـلاف الحـال في الادعـاء بـالتزوير، فإن الأمر فيه إذا ما قبلت شواهد التزوير يكون متعلقا بجريمة أو غـش، مـما يجـوز قانونا إثباته بجميع الطرق، ومنها قـرائن الأحـوال، وذلـك يسـتتبع أن يكـون لخصـم مدعي التزوير الحق في أن يثبت بكافة طرق الإثبات أيضاً عدم صـحة ادعـاءه عمـلاً

(1) الطعن رقم 165 لسنة 32 قضائية جلسة 1967/1/17 لسنة18 ص101 .

بالمادة (192) من قانون المرافعات، ولما كان التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة قد تناول غير التوقيع وقائع أخرى واعتمدت عليها المحكمة، فلا تثريب عليها في ذلك"[1].

[8] لا يجوز الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها في الموضوع معاً حتى لا يُحرم الخصم من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلةٍ أخرى تؤيد دفاعه في موضوع الدعوى، فقضت محكمة النقض في ذلك بأن:

"نصُّ المادة (44) من قانون الإثبات يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه لا يجوز الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها، وفي الموضوع معاً، بل يجب أن يكون القضاء بذلك سابقاً على الحكم في الموضوع، حتى لا يُحرم الخصم من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة أخرى تؤيد دفاعه في موضوع الدعوى، لا فرق في ذلك بين حالة الدفع بالإنكار أو الدفع بالجهالة، أو الادعاء بتزوير المحرر، أو يكون ذلك حاصلاً أمام محكمة أول درجة، أو محكمة ثاني درجة، ولا أن يكون القضاء بصحته أو برده وبطلانه، وسواءً أكان الحكم من محكمة ثاني درجة بالتأييد أم بالإلغاء لاتحاد الحكمة التشريعية في جميع الأحوال السابقة، وهي عدم حرمان الخصم من تقديم ما قد يكون لديه من أدلةٍ قانونية أخرى لإثبات ما أراد إثباته بالمحرر الذي ثبت تزويره، أو التخلص من الالتزام الذي يثبته وفشل في الطعن عليه، ذلك أن المحرر المحكوم بصحته أو بُطلانه، لا يعدو أن يكون دليلاً في الدعوى، وقد تتعدَّد الأدلة على إثبات الالتزام أو نفيه"[2].

[9] يجوز إثبات الديون التجارية بكافة طرق الإثبات، وذلك إلاَّ ما قد استثناه منها المشرِّع بنصٍّ خاص، وقضت محكمة النقض من هذا المعنى بأن:

"إثبات وجود الديون التجارية وانقضائها في علاقة المدين بالدائن الأصلي طليق من القيود التي وضعها المشرِّع لما عداها من الديون في المواد (401، 403) من القانون المدني، فيجوز الإثبات في المواد التجارية - إلاَّ ما استثنى بنصٍّ خاص - بكافة طرق الإثبات القانونية، حتى لو انصرف الإثبات إلى

(1) الطعن رقم 101 لسنة 36 قضائية جلسة 1970/4/28 لسنة 21 ص714 .

(2) الطعن 1165 لسنة 53 قضائية جلسة 1989/11/22 لسنة 40 ص 142 .

ما يُخالف ما هو ثابت بالكتابة، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أجاز للمطعون ضدهم أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية أن السبب الحقيقي للسند الصادر منهم لدائنهم الطاعن ليس قرضا بل تبعاً لقيام معاملة تجارية بينهم وبين دائنهم كتجار، وأنهم أوفوا بقيمة المعادلة المذكورة فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون"[1].

**وقضت كذلك بأن:**

"استبعد المشرِّع المواد التجارية من الأحكام التي وضعها للإثبات في المواد من (60 – 63) من قانون الإثبات، وجاءت تلك المواد لتنظيم قواعد الإثبات في غير المواد التجارية، وأباح القانون في المواد التجارية الإثبات بالبينة كقاعدة عامة، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك في قانون التجارة أو القانون البحري، ولما كان قانون التجارة لم يوجد الكتابة للإثبات إلاَّ بالنسبة لعقود شركات التضامن والتوصية والمساهمة، إما شركات الواقع فإنه يجوز إثبات وجودها بالبينة.

وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص قيام شركة الواقع، أو عدم قيامها من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها دون رقابة عليها من ذلك من محكمة النقض، طالما قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة"[2].

**ثانياً: قواعد في خصوص تقدير المانع من الحصول على الكتابة:**

**قضت محكمة النقض بأنه:**

[1] "لئن كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي من الأحوال التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل، هو من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع. إلاَّ أنه يتعيَّن عليه في حالة رفضه هذا الطلب أن يُضمن حكمه الأسباب المسوغة لذلك، فإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه برفض طلب أحد العاقدين إثبات صورية العقد بالبيِّنة لقيام مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي على هذه الصورية على أنه لا يمكن القول بقيام المانع الأدبي طالما أن العقد بين الطرفين قد ثبت بالكتابة، فإن هذا من الحكم يكون خطأ في

(1) الطعن 70 لسنة 36 قضائية جلسة 1970/4/23 لسنة 21 ص 693 .

(2) الطعن 717 لسنة 47 قضائية جلسة 1980/5/12 لسنة 31 ص1336 .

القانون، ولا يسوغ رفض طلب الإثبات بالبيِّنة، ذلك بأن وجود عقد مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا توافرت شروطه، ومتى تحقق هذا المانع لدى العاقد الذي يطعن على العقد بالصورية فإنه يجوز له إثبات هذه الصورية بالبيِّنة والقرائن عملاً بالمادتين 403 و407 من القانون المدني"[1].

[2] " إنه وان كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلَّب فيها القانون هذا الدليل، هو من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلاَّ أنه يتعيَّن عليه في حالة رفض هذا الطلب أن يضمن حكمه الأسباب المسوغة لذلك، ولما كان ما قرَّره الحكم المطعون فيه من انتفاء المانع الأدبي في حالة وجود سند كتابي يتمثل في كشوف الحساب التي وقع عليها الطاعن باستلام نصيب زوجته في الريع، هو خطأ في القانون، لأن وجود مُحرَّر مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي أذا توافرت شروطه، وكان التوكيل الصادر إلى الطاعن من زوجته لتحصيل نصيبها في الريع وتوقعيه على كشوف الحساب التي تسلم بموجبها هذا النصيب ممن يتولى إدارة العقار، ليس من شأنه أن ينفي قيام المانع الأدبي في علاقة الطاعن مع زوجته، ومتى تحقق هذا المانع لدى الطاعن فإنه يجوز له إثبات الوفاء بالبينة والقرائن عملاً بالفقرة (أ) من المادة (63) من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، لما كان ذلك، وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا النظر الخاطئ من أعمال سلطتها في تقدير الظروف التي ساقها الطاعن بتبرير قيام المانع الأدبي الذي تمسَّك به، وعن الإدلاء برأيها فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة له من الحصول على الدليل الكتابي اللازم لإثبات الوفاء الذي ادعاه أو غير مانعة، فإن حكمها المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب "[2].

(1) الطعن 451 لسنة 34 قضائية جلسة 1968/12/12 لسنة 19 ص 1517 .

(2) الطعن 759 لسنة 42 فضائية جلسة 1976/3/2 حتى 532 .

**ثالثاً: قواعد قررتها محكمة النقض في خصوص مبدأ الثبوت بالكتابة وقيام مبدأ الثبوت بالكتابة مقام الكتابة في التعهدات المدنية:**

**قضت محكمة النقض بأن:**

[1] " مفاد الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الإثبات، أن كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، وإذ كان المطعون ضده قد جرى دفاعه على أن التاريخ الثابت بالعقد المؤرخ 1968/1/1م ليس التاريخ الحقيقي لإبرامه، وانه ابرم تهربا من تنفيذ حكم نفقة، فإنه إذا اتخذ الحكم مع ذلك من أقوال الطاعنين في محضر حُرِّر في تاريخ 1969/5/12م - بعدم سابقة صدور بيع لهما من المطعون ضده دليلاً يجعل الادعاء بصورية العقد الظاهر قريب الاحتمال، فإنه يكون قد شابه فسادٌ في الاستدلال، ومن ثم لا يصلح أساساً لمبدأ الثبوت بالكتابة يُجيز الإثبات بالبيِّنة "[1].

[2] " النص في المادة 62 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968 على أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة والكتابة من قوة في الإثبات، متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود، وان كل كتابة صادرة من الخصم أو من يمثله أو موقعه منه، تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أياً كان شكلها، وأياً كان الغرض منها، يستوي في ذلك أن تكون تلك الكتابة هي التي أعدت أصلاً لإثبات التصرف المدعي به، ولكن ينقصها شرط من الشروط المطلوبة فيها كدليل كامل في الإثبات، أو لم تكن قد أعدت أصلاً لإثبات هذا التصرف، إذ لا يتطلب القانون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، ويكفي أن تكون صادرة من الخصم، أو من يُمثله، أو يُحتجُّ عليه بها، وأن تجعل التصرف المدعي به قريب الاحتمال، وتقدير ما إذا كان الورقة التي يُراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من

(1) الطعن 45 لسنة 48 قضائية جلسة 1981/5/14 لسنة 32 ص 1470

شأنها أن تجعل التصرف المراد إثباته قريب الاحتمال، هو مما تستقل به محكمة الموضوع، طالما أقامت قضاءها على أسبابٍ سائغة"[1].

**رابعاً: قواعد قررتها محكمة النقض في خصوص وجوب تمسُّك الخصم بالمحرَّر الذي يُعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وطلب تكملته بالبيِّنة:**

**قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه:**

[1] " وان كان تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من حيث كونها تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال أو لا تجعله، هو مما تستقل به محكمة الموضوع، إلاَّ أنه يجب على هذه المحكمة متى تمسَّك الخصم أمامها بورقةٍ مكتوبة صادرة من خصمه على اعتبار أنها تكون مبدأ ثبوت بالكتابة وطلب الإحالة إلى التحقيق لتكملة هذا المبدأ بشهادة الشهود على المحكمة أن تقول كلمتها في هذه الورقة من جهة كونها تجعل الواقعة المدعي بها قريبة الاحتمال أو لا تجعلها، فإن هي أغفلت ذلك، وأطرحت الورقة بغير إبداء أسباب لهذا الإطراح، فإن حكمها يكون قاصر البيان، مستوجباً نقضه"[2].

[2] مبدأ الثبوت بالكتابة له ما للكتابة من قوة في الإثبات في التعهدات المدنية، متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن:

"النص في الفقرة الأولي من المادة (62) من قانون الإثبات على أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة يدل على أن المشرِّع قد جعل مبدأ الثبوت بالكتابة والكتابة من قوة في الإثبات حتى أكمله الخصوم بشهادة الشهود.

ويستوي في ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشترطاً بنص القانون أو باتفاق الطرفين، ولما كانت المادة (100) من القانون المشار إليه قد نصَّت على أن يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن ألاَّ في الأحوال التي يجوز

(1) الطعن 2515 لسنة 52 قضائية جلسة 1986/5/27 لسنة 37 هي 600

(2) الطعن 338 لسنة 32 قضائية جلسة 1966/5/5 لسنة 17 ص1036 .

فيها الإثبات بشهادة الشهود، فإن مفاد ذلك أن المشرِّع أجاز الإثبات بالقرائن القضائية في جميع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، وجعل تقدير تلك القرائن منوطا باطمئنان محكمة الموضوع، ومن ثم فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالقرائن القضائية حتى يكون له ما للكتابة من قوة الإثبات"[1].

[3] قضت محكمة النقض بأن الورقة لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلاَّ إذا كانت مُوقَّعة من أحد العاقدين، لأن الورقة العُرفية تَستمدُّ حُجِّيتها من التوقيع وحده، فقررت أن:

"المقرَّر في قضاء هذه المحكمة - أن الورقة العُرفية تستمدُّ حُجِّيَّتها في الإثبات من التوقيع وحده الذي يُوضع عادة في آخرها، فإن خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أيَّة حُجِّية قِبله، بل إنها لا تصلح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ضده، إلاَّ إذا كانت مكتوبة بخطه، فإذا كانت الورقة مُوقَّعة ولكن بها إضافات خالية من التوقيع، فإن قوة البيانات المُضافة في الإثبات تخضع لتقدير القاضي"[2].

(1) الطعن 24 لسنة 44 قضائية جلسة 1979/3/5 لسنة 30 ص713 .

(2) الطعن 1073 لسنة 522 قضائية جلسة 1990/11/8 لسنة 41 ص632 .

## الفرع الثالث

## قواعد تنظيم القرائن القضائية باعتبارها من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

[1] القرائن القضائية تعادل البينة من حيث قوة الإثبات، وما يمكن إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثباته بالطريق الأخر، وكلا الطريقين كما سلف البيان اضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة في الإثبات.

وقد نصَّت المادة [100] من قانون الإثبات على أن: "يُترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يُقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلاَّ في الأحوال التي يُجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

والقرينة بوجهٍ عام، هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة.

[2] والقرائن إما قرائن قانونية، وهي التي نص عليها القانون، وهي ليست طريقا للإثبات، كما سلف البيان، ولكنها هي طريق يعفي من الإثبات، وإما قرائن قضائية، وهي التي تترك لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها.

[3] وللقرينة القضائية عنصران، وهما:

(أ) العنصر الأول، واقعه ثابتة يختارها القاضي، فالقاضي قد يستخلص الدليل - في حالة عدم وجود إقرار أو يمين أو قرينة قانونية - لا من ورقة مكتوبة، ولا من بينة تسمع، ولكن من ظروف القضية وملابساتها، وسبيل القاضي إلى ذلك، أن يختار بعض الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم، أو كانت في ملف الدعوى، حتى ولو كانت من تحقيقات باطلة، بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى، كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية، ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ.

وقد تكون الواقعة تلك التي اختارها القاضي ثابتة بالبينة، أو بورقة مكتوبة، أو بيمين نكل الخصم عن حلفها، أو بإقرار من الخصم، أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة، أو يحمله من هذه الطرق مجتمعة.

فالقاضي إذن، يقف عند هذه الواقعة التي يختارها في ضوء الاعتبارات السابقة، ولتكن واقعة قرض ثبتت بورقة مكتوبة أو بينه أو بقرينة أو بغير ذلك، وهو حر في اختيار الواقعة التي يقف عندها.

(ب) العنصر الثاني، استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة التي سبق وان اختارها والتي تشكل العنصر الأول، حيث يبدأ بعد ذلك اشق مجهود يبذله في استخلاص الدليل، اذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة التي يراد إثباتها، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة.

ففي مثال القرض سالف الإشارة إليه، يمكن أن يستخلص القاضي أن المقترض كان في حاجة إلى المال عندما ابرم عقد القرض، فإذا المقترض انه اشترى بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن يفي بالقرض دارا من المقرض بثمن يزيد كثيراً عن مبلغ القرض ودفع له الثمن في الحال، كانت هذه الوقائع متعارضة مع الواقعة الثابتة، فإذا طعن شخص في عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقترض بأنه بيع صوري، أو دفع بصورية دفع الثمن، كان للقاضي أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقترض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعة ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ القرض، كان له أن يستخلص من كل ذلك قرينة على أن المقترض لم يدفع الثمن إلى المقرض، فتكون هذه القرينة القضائية دليلا على الصورية.

[4] والقوة المحدودة للقرائن في الإثبات تكون في مجال إثبات التصرفات القانونية المدنية، أما في مجال إثبات الوقائع القانونية المادية والتصرفات القانونية التجارية فلها قوة إثبات مطلقة.

# قواعد قررتها محكمة النقض
# في خصوص طريق الإثبات بالقرائن

**أولاً: قواعد في مجال القرائن القانونية القاطعة:**

**قضت محكمة النقض بأن:**

[1] " من القرائن ما نصَّ عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهاداتهم، ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهده، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة، وبالرجوع إلى اللائحة الشرعية قبل إلغاء ما ألغي من نصوصها القانون رقم 462 لسنة 1955 يبين انها كانت تنص في المادة 123 منها، على أن: "الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة"، والواقع في ذلك أن القضاء «فهم» من القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار، وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب"[(1)].

[2] " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن مفاد نص المادة 917 من القانون المدني، أن القرينة القانونية المنصوص عليها فيها، لا تقوم إلاَّ باجتماع شرطين، الأول هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها، وبالتالي احتفاظه بحقه في الانتفاع بهذه العين، على أن يكون الانتفاع بالأمرين مدي الحياة، ولا يكفي لقيام هذه القرينة أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته، دون أن يكون مستندا في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله حقا في هذا الانتفاع، فإن الحكم لا يكون فيما قرره قد خالف القانون، ذلك وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ان وضع يد المشتري على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على انجاز التصرف، فإنه ليس شرطا لازما فيه، اذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الأسباب التي لا تتنافى مع انجاز التصرف "[(2)].

(1) الطعن 43 لسنة 33 قضائية، جلسة 1966/2/23 لسنة 17 ص 666 .

(2) الطعن 277 لسنة 36 قضائية جلسة 1970/12/31 لسنة 21 ص1328

[3] " المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة 45 من لائحة المخازن والمشتريات أن القانون وضع قرينه قانونية مقتضاها إعفاء الجهة الإدارية من أثبات خطأ أمين المخزن عن وقوع عجز بعهدته التي تسلمها فعلا، وافتراض قيام هذا الخطأ من مجرد ثبوت وقوع هذا العجز، ولا ترفع هذه القرينة إلاَّ إذا ثبت أن العجز نشأ عن أسباب قهرية أو ظروف خارجة عن إبراءه الموظف لم يكن في إمكانه التحوط لها"[1].

**ثانياً: قواعد في مجال القرائن القانونية غير القاطعة:**

[1] قضت محكمة النقض بأن:

" الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعية وينحصر اثر هذه القرينة في تخويل الخصوم حق التمسك بها وللمحاكم حق إثارتها من تلقاء نفسها، كما يتوقف مداها من حيث كونها مطلقة أو نسبية على طبيعة نوع وموضوع المسألة التي قامت عليها تلك الحقيقة ومدى تعلقها بالنظام العام وبمصلحة المجتمع عامة، أو كان من شأنها تقرير مراكز قانونية في المجتمع، وإذا كانت سلطة المحكمة في شأنها غير مقيدة بإرادة الخصوم، ولا مرهونة بما يقدمونه من أدلة.. فإن حجيتها تكون مطلقة قبل الناس كافة، أما اذا كانت متعلقة بمصلحة الأفراد الخاصة أو حقوقهم الذاتية، ومرهونة بالتالي بإرادة الخصوم وما يقدمونه من أدلة فإن حجيتها تكون نسبية وقاصرة على أطرافها دون سواهم "[2].

[2] وفي تعريف القرينة القانونية، قضت محكمة النقض بأن:

" المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة، بحيث إذا كانت هذا الواقعة محكمة وغير ثابتة بيقين، فإنها لا تصلح مصدرا للاستنباط "[3].

(1) الطعن 181 لسنة 54 قضائية، جلسة 1988/8/23 لسنة 39 ص282

(2) الطعن 2051 لسنة 51 قضائية جلسة 1983/6/30 لسنة 344 ص 1527

(3) الطعنان رقما 190 ، 191 لسنة 55 قضائية ، جلسة 1990/3/14 لسنة 41 ص744.

**ثالثاً: قواعد تنظيم القرائن القضائية، ومدى جواز الإثبات بالقرائن:**

**قضت محكمة النقض بأن:**

[1] " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من القرائن ما نصَّ عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهاداتهم، ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهده، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع، كثيرة اعتبارا بأن القضاء «فهم» ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته، إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار، وهما خبران يتطرق إليهما الكذب والصدق، إلاَّ أنه لما كانت القرينة القاطعة هي ما يستخلصه المشرِّع أو القاضي، من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وهي أمارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو احتمالاً، وهي بهذه المثابة تغني عن المشاهدة "[1].

[2] في قرينة الحال الظاهرة، ليس هناك مبدأ عاماً يسري علي كافة التصرفات، ولكن وردت بشأنها نصوص استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت بشأنها، وقضت في ذلك محكمة النقض بأن:

" التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريقة التستر، يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تلقى على الطاعن، وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية، فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه "[2].

[3] وفي مفهوم نظرية الأحوال الظاهرة وحدود تطبيقها قضيت محكمة النقض بأنه:

" لئن كانت نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم على اعتبارات مردها مواجهة الضرورات العملية بقصد حماية الأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات، وذلك بالاعتداد بالتصرفات التي تصدر من صاحب المركز الحقيقي، إلا أنها وفي نطاق الدعوى الراهنة تفتقر إلى سندها القانوني، ذلك أن القانون المدني لم يتخذ فيها مبدأ عاماً يسرى على كافة التصرفات، وإنما أورد بشأنها نصوصا استثنائية يقتصر تطبيقها علي الحالات التي وردت بصددها،

(1) الطعن 12 لسنة 46 قضائية جلسة 1978/5/10 أحوال شخصية لسنة 29 ص1217

(2) الطعن 685 لسنة 45 قضائية جلسة 1980/5/28 لسنة 31 ص153

فلا يجوز التوسع في تطبيق هذه النظرية على غير هذه الحالات التي ارتآها المشرع لحماية الأوضاع الظاهرة، كما لا يجوز القياس عليها لما كان ذلك، وكان القواعد العامة في القانون تقضي بأن إيجار ملك الغير لا ينفذ في حق المالك، وان عقد الإيجار من الباطن ينقضي بانقضاء عقد الإيجار الأصلي - وهو واقع الحال في الدعوى، فإنه لا محل للتحدي، بنظرية الحائز الظاهر بدعوى استقرار المعاملات وحماية الأوضاع الظاهرة لإهدار قواعد قانونية واجبة الاحترام والتطبيق، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى ذات النتيجة، فإنه يكون قد صادف صحيح القانون "[1].

(1) الطعن 475 لسنة 51 قضائية، جلسة 1982/5/27 لسنة 33 ص 596

## الفرع الرابع
## قواعد قررتها محكمة النقض
## في مجال طريق الإثبات باليمين الحاسمة

**أولاً: فـي تعريف اليمين بشكل عام:**

**قضت محكمة النقض بأن:**

"اليمين هي استشهاد اللـه عز وجل على قول الحـق، وقـد تكـون قضـائية تـؤدي في مجلس القضاء، أو غير مجلس القضـاء باتفـاق الطـرفين، ومـن ثـم تعتـبر الأخـيرة نوعـاً مـن التعاقد يخضع في إثباته للقواعد العامة، أما حلفها، فهي واقعة مادية تثبت بالبينة والقرائن اذ هي تؤدي شفها أمام المتفق على الحلف إمامهم، ومتى تم حلفها مـن أهـل لهـا، ترتبـت عليها جميع آثار اليمين القضائية في حسم النزاع، ومنها حجيتها في مواجهـة مـن وجههـا إلى خصمه "[1].

**ثانياً: في تعريف اليمين الحاسمة وأحوال توجيهها:**

[1] قضت محكمة النقض بأن:

" اليمين الحاسمة هي تلك التي يوجهها الخصم إلي خصمه الآخـر محـتكماً إلى ذمتـه في أمر يعتبر مقطع النزاع فيما نشب الخلف بينهما حوله، وأعوذ موجههاً الدليل على ثبوته، ويترتب على حلفها أو النكول عنها ثبوته أو نفيه على نحو ينحسـم بـه النـزاع حوله، ويمتنع معه الجدل في حقيقته، اذ يضحي الدليل المستمد من حلفها أو النكول عنها وحده دعامة كافية لحمل قضاء الحكم في شأنه "[2].

[2] وفي أحوال توجيه اليمين الحاسمة، قضت محكمة النقض بأنه:

" لا توجه اليمين الحاسمة إلاَّ إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات، ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهليـة الـتصرف في الحـق الـذي توجـه إليـه اليمـين فيـه، وان يمتلـك الـتصرف في هـذا الحـق وقـت اليمـين، ذلـك ان كـل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادرا عـلى الخيـار بـين الحلـف والـرد

(1) الطعن 152 لسنة 54 قضائية جلسة 1990/4/9 لسنة 41 ص 971 .

(2) الطعن 1419 لسنة 58 قضائية جلسة 1989/3/27 لسنة 40 ص869

والنكول، ورد اليمين كتوجيهها، تشترط فيه أهلية التصرف والنكول، كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق"[1].

[3] في عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، قضت محكمة النقض بأن:

" مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة 115 من قانون الإثبات انه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام.. ان الشارع وعلى ما يؤخذ من مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني - قد أقر الفقه والقضاء في عدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية، تأسيسا على انه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلا على ارتكاب الجريمة، ولا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنياً على ما لا يجوز التحليف عليه جنائيا، ولما كان البين من الحكم المطعون فيه، أنه أقام قضاءه برفض الادعاء بتزوير عقد التخارج على دعامة واحدة، هي أن الطاعن وجه يمينا حاسمة في واقعة اختلاس توقيعه على بياض فحلفها المطعون ضدها، وكان اختلاس التوقيع على بياض جريمة مأخوذة بعقوبة التزوير في الأوراق العرفية، وهي عقوبة الحبس مع الشغل طبقا للمادتين 215 - 240 من قانون العقوبات لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيها، فإن الحكم يكون قد أقام قضاءه على سند من إجراء باطل وقع على خلاف القانون، بما يجيز الطعن عليه بالنقض ويوجب نقضه وإلغاء ما كان أساسا له من أحكام وأعمال لاحقه "[2].

[4] وفي سلطة المحكمة في توجيه اليمين الحاسمة أو عدم توجيهها، قضت محكمة النقض بأنه:

" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي، وان عليه أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها، إلاَّ إذا بان أن طالبها متعسف في هذا الطلب، فإذا ما صدر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة في غيبة المكلف بالحلف، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة في اليوم الذي حددته، فإن حضر وامتنع عن الحلف ولم يردها ولم ينازع في توجيهها، أو تغيب عن الحضور في اليوم

(1) الطعن 284 لسنة 34 قضائية جلسة 1967/12/7 لسنة 18 ص1851

(2) الطعن 731 لسنة 47 قضائية جلسة 1980/3/12 لسنة 31 ص790

المحدد للحلف بغير عذر اعتبر ناكلاً عن اليمين، وتقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور بالجلسة المحددة لحلف اليمين، هو مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على اعتبارات سائغة "[1].

[5] وفي حجية اليمين الحاسمة، قضت محكمة النقض بأنه:

"إذا كان مناط عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة، ان يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون، وكانت اليمين الحاسمة التي وجهها الطاعن إلى المطعون ضده أمام محكمة الاستئناف قد وجهت في واقعة غير مخالفة للنظام العام، ومنصبة على المبلغ المطالب به ومتعلقة بشخص من وجهت إليه، محلفها المطعون ضده طبقا للقانون، وأعمل الحكم المطعون فيه الأثر الذي يرتبه القانون على أدائها، بأن قضى بتعديل الحكم الابتدائي وحكم على مقتضاها، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون في ذلك كله قد خالف القانون، ومن ثم يكون الطعن فيه بالنقض غير جائز"[2].

[6] توجيه اليمين الحاسمة في حالة التقادم الصرفي، قضت محكمة النقض بأن:

" اليمين التي أجازت المادة 194 من قانون التجارة توجيهها من الدائن بدين صرفي للمدين المتمسك بالتقادم، هي يمين حاسمة، شرعت لمصلحة الدائن لتأييد القرينة القانونية التي يرتكز عليها التقادم الخمسي المنصوص عليها في هذه المادة، وهي حصول الوفاء المستمد من مضي مدة التقادم، حتى إذا حلفها المدين أوردها على الدائن فرفض، أنتج التقادم أثره، أما اذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة، لأنه لا يكون للنكول معنى في هذه الحالة سوى عدم القيام بالوفاء، فلا ينقضي الدين الصرفي بالتقادم، والمحكمة ملزمة بالأخذ بما يسفر عنه توجيه اليمين من حلف أو نكول أورد، باعتباره صلحا تعلق عليه نتيجة الفصل في الدعوى "[3].

" ولا بُدَّ أن يتمسك الدائن بطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى المدين الذي يتمسك بانقضاء الدين بالتقادم الصرفي وإلاَّ سقط حقه في ذلك "[4].

(1) الطعن 771 لسنة 52 قضائية جلسة 1989/4/12 لسنة 40 ص68

(2) الطعن 439 لسنة 38 قضائية جلسة 1974/3/5 لسنة 25 ص464

(3) الطعن 54 لسنة 36 قضائية جلسة 1970/4/7 لسنة 21 ص576

(4) الطعن رقم 70 لسنة 44 قضائية جلسة 1977/5/30 لسنة 280 ص 1323

## الفرع الخامس

## قواعد قررتها محكمة النقض في

## مجال طريق الإثبات باليمين المتممة

[1] قضت محكمة النقض بأن:

" توجيه اليمين المتممة وان كان إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه وقوفاً على الحقيقة، إلاَّ أن له السلطة التامة في تقدير نتيجته، اذ اليمين المتممة دليل تكميلي ذو قوة محدودة، ولأن العبرة أساساً هي بمدى اطمئنانه إلى صحة الواقعة مقطع النزاع في مجموعها، سواء حلف اليمين جميع الورثة - الموجهة إليهم - أو بعضهم"[1].

[2] وفي شروط توجيه اليمين المتممة قضت محكمة النقض بأنه:

" لا يُشترط في الدليل الناقص الذي يكمل باليمين المتممة أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة، بل يصح أن يكون بينة أو قرائن يرى فيها القاضي مجرد مبدأ ثبوت عادي، وان يجعل الادعاء قريب الاحتمال، إلاَّ انه غير كاف بمجرده لتكوين دليل كامل يقنعه، فيستكمله باليمين، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الاستئناف اذ هي عمدت إلى تكملة القرائن التي تجمعت لديها باليمين المتممة، واذ هي رأت بعد حلف هذه اليمين أن الدليل قد اكتمل لديها على انقضاء الدين "[2].

(1) الطعن 429 لسنة 37 قضائية جلسة 1977/3/22 لسنة 240 ص463 .
(2) الطعن 208 لسنة 31 قضائية جلسة 1966/1/6 لسنة 17 ص55

## الفرع السادس

## قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات بالإقرار

**في ماهية وشروط الإقرار كطريق إثبات قضت محكمة النقض بأن:**

" إنه وإن كان الأصل في الإقرار بوجه عام انه اعترف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثاراً قانونية، بحيث تصبح في غير حاجة إلى الإثبات وينحسم النزاع في شأنها، وان الإقرار القضائي قد يرد في صحيفة الدعوى التي يرفعها المقر، إلاَّ أنه يشترط فيه ما يشترط في الأعمال القانونية من وجود الإرادة، بمعنى انه يجب أن يدرك المقر مرمى إقراره، وان يقصد به إلزام نفسه بمقتضاه، وان يكون مبصرا انه سيتخذ حجه عليه، وان خصمه سوف يعفي بموجبه من تقديم أي دليل، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم، ما يرد على لسان الشخص تأييداً لادعائه من أقوال فيها مصلحة لخصمه، ما دام لم يقصد من إدلائه بهذه الأقوال أن يتخذها خصمه دليلاً عليه"[1].

**وقضت كذلك بأن:**

" الإقرار قضائياً كان أو غير قضائي يتضمن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدَّعيه، وهو بهذه المثابة ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد، فيشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية، فيجب أن يكون صادراً عن إرادة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة، فإذا شاب الإقرار غلط كان باطلا وحق للمقر الرجوع فيه "[2].

(1) الطعن 16 لسنة 45 قضائية، أموال شخصية جلسة 1977/3/32 لسنة 28 ص768 .

(2) الطعن 27 لسنة 33 قضائية جلسة 1967/1/19 لسنة 18 ص156 .

## الفـرع السابـع

## بعض قواعد عامة قررتها محكمة النقض في مجال الإثبات

[1] الـمدعـي مُـلـزمٌ بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء أكان مدعياً أصلياً أو مدعىً عليه فيها، وعلى الـمدين إثبات التخالص من الدين.

قضت محكمة النقض بأن:

"المدعي ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيـه، سـواء أكـان مـدعي أصـلا في الـدعوى أم مدعى عليه فيها، ولئن كانت الطاعنة مدعي عليها في الدعوى إلاَّ أنها تعتبر في منزلـة المدعي بالنسبة للدفع المبدي منها بعدم اختصـاص المحكمـة محليـا بنظـر الـدعوى، وتكون مكلفة قانونا بإثبات ما تدعيه، لأنها تدعي خلاف الظاهر، وهـو مـا لا يثبـت في صحيفة افتتاح الدعوى من أن إعلانها قد تم بمحل إقامتها المحدد في القاهرة"[1].

وقضت كذلك محكمة النقض بأن:

"مفاد النص في المادة الأولى مـن قـانون الإثبـات رقـم 25 لسـنة 1968 مـن أن (عـلى الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخالص منـه) إنـه إذا اثبـت أولهـما دينـه وجب على الآخر أن يثبـت بـراءة ذمتـه منـه، لأن الأصـل خلـوص الذمـة وانشـغالها عارض، ومن ثم كان الإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً أو عرضـاً، مـدعياً كان أو مدعي عليه، وبـذلك يتنـاوب الخصـمان في الـدعوى عـبء الإثبـات تبعـاً لمـا يدعيه كل منهما "[2].

[2] من أصول الإثبات أن سكوت المدعي عليه عن النفي لا يصلح بذاته للحكم للمـدعي بطلباته، ما لم يثبت هو ما يدعيه.

**قضت محكمة النقض بأنه:**

" من أصول الإثبات أن سكوت المدعي عليه عن النفـي لا يصـلح بذاتـه للحكـم للمدعي بطلباته، متى كان الأخير لم يثبت ما يدعيه، وكان الحكم المطعـون فيـه قد خالف هذا النظر – اذ اعتد في قضائه كـذلك عـلى سـكوت الشركـة الطاعنـة

(1) الطعن رقم 38 لسنة 45 القضائية جلسة 1977/1/12 السنة 28 ص 232 .

(2) الطعن رقم 577 لسنة 43 القضائية جلسة 1977/3/30 السنة 28 ص 859.

عن نفي مسؤوليتها المدعي بها دون أن يكون المدعون قد اثبتوا توافر عناصر هذه المسؤولية – فإنه يكون قد خالف القانون وشابه فساد في الاستدلال "[1].

وقضت أيضاً بأن:

" صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته، وكانت الطاعنة لم تقدم لمحكمة الاستئناف الدليل على ما أثارته بشأن تاريخ وفاة البائع أو أن له ورثة آخرين، فإن النعي يكون على غير أساس "[2].

[3] القرينة القانونية بافتراض السبب المشروع للعقد:

قضت محكمة النقض بأن:

" مؤدى ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 137 من القانون المدني أن المشرع وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا، ولو لم يذكر هذا السبب، فإذا " ادعى المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه "[3].

[4] عدم تعلُّق قواعد الإثبات بالنظام العام :

قضت محكمة النقض بأن:

"القواعد التي تُبيِّن على أيِّ خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام، ويجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بحمل عبء إثبات واقعة أن يتطوَّع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى للتحقيق من أجلها، فإذا أجابته المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفاً بالإثبات، وذلك على أساس أن تقدُّمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يُعدُّ بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه"[4].

(1) الطعن رقم 2029 لسنة 56 القضائية جلسة 1989/2/28 مجموعة أحكام النقض السنة 40 ص 673.

(2) الطعن رقم 391 لسنة 59 القضائية جلسة 1989/12/12 المرجع السابق السنة 40 ص300.

(3) الطعن رقم 267 لسنة 56 القضائية جلسة 1990/5/17 السنة 41 ص 148.

(4) الطعن رقم 187 لسنة 32 القضائية جلسة 1966/11/29 السنة 17 ص 1735.

[5] من يريد التمسك بقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة، يجب أن يطلب ذلك من المحكمة قبل البدء في سماع شهادة الشهود، وإلاَّ عُدَّ سكوته تنازلاً عن حقه في التمسُّك بذلك.

قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

"قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست من النظام العام، فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة، أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع شهادة الشهود، فإذا سكت عن ذلك عُدَّ سكوته تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون، ولا يجوز له التحدِّي بالدفع لأول مرة أمام محكمة النقض"[1].

[6] قاعدة انه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي وفقا للمادة 1/61 من قانون الإثبات شرط ألاَّ يكون القصد من الكتاب التحايل على أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام.

وقضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه:

" ولئن كان الأصل - وعلى ما جرى به نص المادة (1/61) من قانون الإثبات - أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يُخالف أو يُجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، إلاَّ أن ذلك مشروطٌ ألاَّ يكون القصد من الكتابة التحايُل على أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام، اذ يجوز لمن كان الاحتيال مُوجَّهاً ضد مصلحته – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يُثبت التحايل بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو خالف بذلك الثابت بالكتابة"[2].

[7] يتعيَّن على محكمة الموضوع تمكين الخصم الذي يطلب تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهري بوسيلةٍ من وسائل الإثبات الجائزة قانونا.

وقضت محكمة النقض من هذا الخصوص بأنه:

"إذا كان طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهري بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو

(1) الطعن رقم 222 لسنة 36 القضائية جلسة 1971/2/25 السنة 22 ص 218

(2) الطعنان رقما 635 ، 640 السنة 54 القضائية جلسة 1984/12/27 السنة 35 ص2281.

حق له يتعين على محكمة الموضوع أجابته إليه، متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع، ولم يكن في أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفي لتكوين عقيدتها فيها. اذ كان الثابت في الأوراق أن الطاعن دفع الدعوى أمام درجتي التقاضي – بعدم قبولها لرفعها على غير ذي صفة مستندا في ذلك إلى انه لا يعد متبوعا لمحدث الضرر لأنه أعار له سيارته، فارتكب بها الأخير الحادث بمفرده، وطلب من محكمة الاستئناف إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، حتى تنتفي مسؤوليته عن التعويض المحكوم به، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الطلب إيراداً له ورداً عليه، وجعل عمدته في قضائه مجرد ثبوت ملكية الطاعن للسيارة أداة الحادث، وأنه سلمها للسائق التابع وتحت رقابته، ورتب على ذلك تأييده ما قضت به ضده محكمة أول درجة، وكان هذا القول من الحكم لا يواجه دفاع الطاعن ولا يحسم القول في شأن ما طلبه من الإحالة على التحقيق، ليثبت انه أعار السيارة لمرتكب الحادث، لما كان ذلك، وكان يترتب على الإعارة انتقال حراسة الشيء المعار إلى المستعير، بما تنتفي معه علاقة التبعية بينهما عملا بمفهوم نص المادة 363 من القانون المدني وكان الحكم المطعون فيه لم يمكن الطاعن من طلبه المشار إليه رغم انه ينطوي على دفاع جوهري، قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع قدران عليه القصور المبطل"[(1)].

[8] عندما يكون طلب التحقيق جائزا قانونا بواسطة أهل الخبرة، وكان التحقيق هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات دعواه، فلا يجوز للمحكمة رفضه بلا سبب مقبول.

**قضت محكمة النقض بأنه:**

"إذا كان طلب التحقيق بواسطة أهل الخبرة جائزا قانونا وكان هذا التحقيق هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فلا يجوز للمحكمة رفضه بلا سبب

(1) الطعن رقم 4981 لسنة 67 القضائية جلسة 1999/11/28 السنة 50 رقم 229 ص1668.

مقبول، باعتبار أن إعراض الحكم عن تحقيق دفاع الخصم بندب خبير دون سبب مقبول، هو مصادرة لحقه في وسيلته الوحيدة في الإثبات، وهو دفاع جوهري، قد يتغير به – إن صحَّ – وجه الرأي في الدعوى، لما كان ذلك، وكان البيِّن من مدونات الحكم المطعون فيه أنها خلت مما يدل على بحث مدى توافر شروط إعمال المادة الأولى من القانون رقم 6 لسن ة1977 (عقد الإيجار المبرم لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي) وعلى مواجهة دفاع الطاعن بصحة توقيع المرحوم ..... المطعون ضده على عقد الإيجار المفروش المؤرخ ..... وبندب خبير لإجراء المُضاهاة، وذلك باعتباره الوسيلة الوحيدة لإثبات مُدَّعاه فإنه يكون معيباً"[1].

(1) الطعن رقم 5298 لسنة 64 القضائية جلسة 1999/11/21 رقم 220 ص 1114 .

# الفصل الثاني
# القواعد القانونية الموضوعية
# (قواعد القانون المدني) التي تعين المحامي على إبداء الدفاع والطلبات والرد على ما قد يبديه الخصم من دفاع أو طلبات أمام المحكمة في ذات الجلسة

# العلم بالقواعد القانونية
# في مجال القضايا المدنية والتجارية
# القواعد القانونية الموضوعية

القواعد القانونية الموضوعية هي التي تبين الحقوق والواجبات ومصادرها وآثارها وطرق انقضائها أو انتقالها من شخص لآخر، كالقواعد التي تنظم شروط التعاقد وتبين حقوق كل من البائع والمشتري وأحكام الحوالة والوفاء والتقادم، وأركان المسئولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية، وغير ذلك، مما سنورد أمثلة له في خصوص بعض طوائف من القضايا، والتي تثير كل طائفة منها تطبيق نصوص قانونية موضوعية معينة.

ونقتصر هنا على ذكر ثلاث طوائف من القضايا لبحث وتحديد ما تثيره من قواعد قانونية موضوعية وهي:

(1) قضايا الإثراء بلا سبب.

(2) قضايا انقضاء الحقوق الشخصية أو العينية بالتقادم المسقط.

(3) قضايا المسئولية عن العمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية)

وقصدنا من هذه النماذج من طوائف القضايا تحقيق غايتين:

الأولى: أنها من الموضوعات المهمة التي يكثر فيها النزاعات، ولقد أردنا أن نورد القواعد القانونية الخاصة بها، كنوع من التدريب والثقافة العملية.

الثانية: اعتبارها نماذج نوضح من خلالها ماهية عنصر "العلم" أي العلم بقواعد القانون الواجبة التطبيق على القضية، وباعتبار هذه القواعد الحد الأدنى الذي يجب أن يعلمه المحامي، باعتبار أن أقل ما يجب العلم به هو العلم بالقواعد القانونية التي تحكم وقائع القضية التي يمثل موكله فيها.

ومن خلال هذه النماذج نوضح ما يأتي:

(1) أن العلم باعتباره القواعد القانونية التي تحكم موضوع القضية التي يقدم فيها المحامي دفاعه، يشمل ما يأتي:

(أ) القواعد والمبادئ القانونية الواجبة التطبيق على القضية.

(ب) المبادئ القضائية كتطبيق للقواعد القانونية الواجبة التطبيق وتشمل أحكام محكمة النقض.

(ج) آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع.

# نموذج رقم (1)

## في قضايا الإثراء بلا سبب

ويتمثل مقوم "العلم" في القواعد والمعلومات التي تنطبق على هذا النوع من القضايا وتحكم النزاع بوجه عام، وهذه القواعد والمعلومات يجب البحث عنها فيما يأتي:

أولاً: القواعد القانونية التي تحكم موضوع هذا النوع من القضايا والواجبة التطبيق عليه.

ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية أي أحكام النقض باعتبارها سوابق وتطبيقات قضائية بالنسبة لهذا النوع من القضايا.

ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع.

وهو ما نقوم ببيانه بالتفصيل فيما يلي:

**أولاً: القواعد القانونية التي تحكم الموضوع والواجبة التطبيق:**

**(1) من حيث شروط الإثراء بلا سبب (المادة 179 مدني):**

الإثراء بلا سبب لا يتحقق إلا بتوافر شروط ثلاثة:

الأول : إثراء المدين أو اغتناؤه، ولا يكون ذلك إلا بدخول قيمة ما يثرى به في ذمته المالية.

والثاني: أن يقابل هذا الإثراء افتقار الدائن بسبب انتقال عين أو قيمة أداها.

والثالث: ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررهما.

ويلزم المثري برد أقل القيمتين: قيمة ما أثرى به، أو قيمة ما افتقر به الدائن.

**(2) سقوط دعوى الإثراء بلا سبب (المادة 180 مدني):**

دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بأقصر المدتين الآتيتين:

(أ) ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المفتقر بحقه في التعويض، بأن يعلم بما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير، ومعرفته لهذا الغير.

(ب) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام.

**(3) دفع غير المستحق (المادة 181 مدني):**

**حالتان لدفع غير المستحق:**

- الحالة الأولى: الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر، ولهذه الحالة ركنان:

الأول: دين غير مستحق وقت الوفاء به، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدين منعدم أصلاً كوارث يدفع ديناً ظن أنه على التركة، ثم يتضح له أن الدين لا وجود له، أو أنه مؤجل الاستحقاق كالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه يكون دفعه دفعاً لدين غير مستحق، أو أن الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به بوفاء سابق أو بمقاصة أو بإبراء.

والثاني: فيتمثل في عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال، فيجب على الدافع إثبات أن الدين غير مستحق، وأنه قام بعمل من أعمال الوفاء وهي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في الإثبات، وإذا ما ثبت ذلك فالمفروض أنه دفع عن غلط، وهو عيب يشوب الوفاء فيجعله قابلاً للإبطال، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فللمدفوع له إثبات أن الدافع كان يعلم أنه لم يكن ملزماً بالدفع فتقوم قرينة في صالح المدفوع له بأن الدافع إنما أراد تبرعاً أو وفاء دين طبيعي فلا يسترده مادام قد أداه باختياره، وهذه القرينة الأخيرة قابلة لإثبات العكس، ويستطيع الدافع نقضها بإثبات نقص أهليته أو أنه أكره على الوفاء.

- الحالة الثانية: الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق، ويشترط لهذه الحالة أن يكون هناك وفاء صحيح بدين مستحق الأداء، وأن يزول سبب الدين بعد أن تم الوفاء به بأن يزول السبب الذي كان مصدراً للدين، كما لو تحقق الشرط الفاسخ أو يفسخ العقد أو يبطل، فإذا تحقق حالة من الحالتين السابقتين نشأت دعوى استرداد غير المستحق، يكون المدعي فيها هو الدائن الذي يسترد ما دفع دون حق، سواء كان من دفع وكيلاً أو نائباً، فالأصيل دائماً هو الدائن، كما يجوز لدائني الدائن استرداد المدفوع بالدعوى غير المباشرة، كما ينتقل الحق إلى الورثة أما المدعى عليه، فهو المدفوع له بغير حق.

**حالات يصح فيها استرداد غير المستحق:**

(1) يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق (المادة 182 مدني).

(2) يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله، أو كان الموفى جاهلاً قيام الأجل.

ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل (المادة 183 مدني).

**حالات لا محل فيها لرد غير المستحق (المادة 184 مدني):**

أولاً: لا يكون رد غير المستحق له محل في حالة إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن هو حسن النية قد تجرد من أي من:

1 - سند الدين.

2 - أو مما حصل عليه من التأمينات.

3 - أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم.

وفي تلك الأحوال، يلتزم المدين الحقيقي بتعويض الغير الذي قام بالوفاء.

ثانياً: إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم، أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية.

وعلى أية حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى (المادة 185 مدني).

**(4) سقوط دعوى استرداد دفع بغير حق (المادة 187 مدني):**

تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بأقصر المدتين:

الأولى : انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد.

والثانية: أو خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

**ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية في الموضوع:**

(1) لا محل لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب عند وجود عقد يحكم علاقة الطرفين:

**قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه:**

"إذا كان الثابت أن علاقة الطاعن والمطعون عليه الأول يحكمها عقد إيجار مبرم بينهما، فلا محل في تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية، وتكون أحكام العقد هي المرجع في تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الآخر"[1].

إذن، لا يكون هناك محل لدعوى الإثراء بلا سبب في حالة وجود عقد يحكم علاقة المدعي بالمدعى عليه، إذ يكون هذا العقد هو سبب الإثراء وهو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين.

(2) إذا أبطل العقد ولم يوجد سبب يخول استرداد ما دفعه أحد طرفيه، فلا يكون رجوعه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب.

**قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه:**

"لما كان القانون التجاري خلواً من نص يجيز للمتعاقد مع المفلس بعقد من عقود المعاوضة – إذا ما قضى ببطلان هذا العقد طبقاً للمادة 228 من ذلك القانون – أن يسترد من التفليسة المقابل الذي قدمه للمفلس، فإن رجوع هذا المتعاقد على التفليسة بهذا المقابل لا يكون إلا على أساس ما تقضي به القواعد العامة، وإذ كان لا يحق للمشتري من المفلس أن يستند في استرداد الثمن من التفليسة على الالتزام بالضمان الناشئ عن عقد البيع لأنه مادام هذا العقد لا ينفذ في حق جماعة الدائنين فإنه لا يمكن مطالبتهم بالالتزامات المترتبة عليه، ومن ثم فلا يكون للمشتري في هذه الحالة من سند في الرجوع على التفليسة سوى دعوى الإثراء بلا سبب متى توافرت شروطها"[2].

إذن، إذا بطل العقد أو أبطل أو أنهى لأي سبب من الأسباب، فلا يكون أمام الطرفين سوى دعوى الإثراء بلا سبب إذ لا يصلح العقد لأي مطالبة قضائية.

---

(1) نقض مدني 1970/11/12، الطعن رقم 5 لسنة 41 قضائية، ونقض 1968/11/14 أحكام النقض، الطعن..... لسنة 19 قضائية ص 1371.

(2) نقض مدني 1968/3/30 أحكام النقض السنة 18 قضائية ص 725.

(3) يلتزم المثري بأقل القيمتين... الإثراء أو الافتقار، وتقدر قيمة الإثراء بوقت تحقق الإثراء، أما الافتقار فتقدر قيمته وقت صدور الحكم.

قضت محكمة النقض في تقرير ذلك بأن:

"الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبني عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول – الذي أخل بالتزامه – بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استناداً إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة، ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمادة 179 من القانون المدني أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى، أي أنه يلتزم برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار، وكان تقدير الزيادة في مال المثري بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أي وقت استحداث البناء، بينما الوقت الذي يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزام في تقدير قيمة مازاد في مال المطعون عليه – رب العمل – بسبب ما استحدثه الطاعن – المقاول – من أعمال البناء، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذي قضى بفسخه، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[1].

(4) شرط الافتقار شرط جوهري:

وقضت محكمة النقض بأن "شرط افتقار المدعي هو شرط جوهري لدعوى الرجوع استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب"[2].

(5) يجوز إثبات الإثراء والافتقار بكافة طرق الإثبات:

قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

"مؤدى نص المادة 179 من القانون المدني أنه إذا تولى شخص عملاً لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقار في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة للآخر، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني، فإن المثري يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين، الإثراء أو الافتقار، ولما كان الإثراء والافتقار من الوقائع المادية، فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات، ومنها البينة والقرائن، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من أنها تقوم

(1) نقض مدني 1970/3/17 أحكام النقض، السنة 21 قضائية ص 450، نقض 1977/2/23 أحكام النقض السنة 43 قضائية الطعن رقم 518.

(2) نقض مدني 1956/6/7 أحكام النقض، السنة 7 قضائية ص 672.

على عقد مقاولة تزيد قيمته على عشرة جنيهات دون أن يثبت بالكتابة ورفعت على هذا الأساس إجابة الطاعن – المقاول – إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات أنه هو الذي قام المباني – لصالح المطعون عليه – فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[1].

(6) لا محل للرد – في دفع غير المستحق – إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء، والمقصود بالإكراه الذي يعيب الرضا هو الإكراه وفقاً للمادة 117 مدني، ويتحقق الإكراه بالوفاء تحت تأثير الحجز.

قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن:

"تنص المادة 181 من القانون المدني على أن من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً وجب عليه رده، وأنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون قد أكره على الوفاء، فإذا استخلصت محكمة الموضوع أن وفاء الشركة للبلدية بالرسم لم يكن تبرعاً بل نتيجة إكراه لحصوله تحت تأثير الحجز الذي توقع على أموالها وتحديد يوم لبيع هذه الأموال وحضور مندوب البلدية في هذا اليوم لإجراء البيع فعلاً، فإن هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون، لأن الإكراه بالمعنى المقصود في المادة 181 يتحقق في هذه الصورة"[2].

(7) لا مجال لإعمال قاعدة استرداد ما دفع بغير حق حيث يوجد عقد بين الطرفين:

قضت محكمة النقض بأنه:

"من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية، فلا قيام لدى الإثراء بلا سبب، والذي من تطبيقاته رد غير المستحق، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق والتزامات كل منهما قبل الآخر، إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون الإثراء الحادث أو للافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبرره"[3].

(1) نقض مدني 1976/3/15 أحكام النقض السنة 27 قضائية ص 662.

(2) نقض مدني 1968/3/21 أحكام النقض، السنة 19 قضائية هي 557، نقض 1978/11/28، الطعن رقم 204 لسنة 47 قضائية.

(3) نقض مدني 1973/4/3 أحكام النقض السنة 24 قضائية ص 559.

(8) تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بالتقادم بانقضاء أقصر المدتين، وتسري مدة التقادم القصير من تاريخ العلم بالحق في الاسترداد، كما تسري مدة التقادم الطويل من اليوم الذي نشأ فيه الحق في الاسترداد، ومن ثم لا يعتبر الجهل بالحق في الاسترداد سبباً لوقف سريان مدة التقادم.

قضت محكمة النقض في هذا المقام بأن:

"النص في المادة 187 من القانون المدني على أن (تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد) يدل على أن العلم بالحق في الاسترداد والذي يبدأ به سريان التقادم الثلاثي يستلزم تحقق علم طالب الاسترداد بواقعة الدفع الحاصل من الغير، وقد اعتبرت المحكمة رفع الطاعن لدعوى عدم الاعتداد بالحجز أو شطبها لا يدل بذاته – على علم الطاعن بقيام البنك المحجوز لديه بدفع المبلغ المطلوب استرداده – إلى مصلحة الضرائب الحاجزة – فإن الحكم يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال"[1].

وقضت "بأن الجهل بالحق في استيفاء ما دفع بغير حق لا يمنع سريان التقادم، ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقاً للمادة 382 من القانون المدني"[2].

(9) لا يخضع لحكم نص المادة 187 من القانون المدني دعوى الفسخ أو الدعوى التي ترفع باسترداد ما دفع وفاء لعقد انفسخ، بل تخضع الدعويان للتقادم الطويل العادي.

قضت محكمة النقض بأن:

"دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 187 مدني، ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة، وطالما يكون للدائن – المشتري – أن يرفع هذه الدعوى، فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن، إذ لا يكون هذا مستحق الأداء وممكناً المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ"[3].

(1) نقض مدني 1977/12/13 أحكام النقض، الطعن رقم 708 لسنة 44 قضائية.

(2) نقض 1966/2/24 أحكام النقض السنة 17 قضائية ص 425.

(3) نقض 1977/1/11، أحكام النقض السنة 28 ص 211، نقض 1978/3/16 الطعن رقم 351 لسنة 44 قضائية.

**ثالثاً: آراء الفقه في الموضوع:**

(1) يلزم في الافتقار الذي يترتب عليه إثراء المدعى عليه، أن تكون بينه وبين الإثراء صلة تقابل، بمعنى أن يكون كلاهما نتيجة لفعل معين، أي أن تكون بينه وبين الفعل الذي أنتج الإثراء صلة سببية من نوع السببية التي يلزم توافرها في المسئولية المدنية بين الخطأ والضرر[1].

(2) السبب المشروع المسوغ للإثراء والافتقار قد يكون عقداً أو إرادة منفردة أو حكم قانوني يرتب على واقعة معينة حق في الإثراء أو الالتزام بالافتقار، أو يمنع من مطالبة شخص بما كانت تجوز مطالبته به، ففي تلك الأحوال يمتنع تطبيق قواعد الإثراء على حساب الغير.

ومن المقرر أنه متى توافرت أركان الإثراء دون سبب الثلاثة، ترتب على ذلك نشوء التزام في ذمة المثري برد ما أثرى به لأن ما حصله من إثراء ليس له سبب يبرر احتفاظه به، فيلزم برده للمفتقر الذي حدث الإثراء على حسابه، وفي حدود قيمة الافتقار[2].

(1) الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني – 2 – الالتزامات طبعة 1964 ص 456.
(2) الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 466 رقم 494.

# نموذج رقم (2)

# في قضايا انقضاء الحقوق الشخصية

# أو العينية بالتقادم المسقط

ويتمثل مقوم "العلم" في القواعد والمعلومات التي تنطبق على هذا النوع من القضايا، وتحكم النزاع بوجه عام، وهذه القواعد والمعلومات يجب البحث عنها فيما يأتي:

أولاً: القواعد القانونية التي تحكم موضوع هذا النوع من القضايا والواجبة التطبيق عليه.

ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية وتعني أحكام النقض باعتبارها سوابق قضائية وتطبيقات عملية بالنسبة لهذا النوع من القضايا.

ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع إن لزم الأمر وهو ما نقوم ببيانه بالتفصيل وذلك فيما يلي:

**أولاً: القواعد القانونية التي تحكم الموضوع والواجبة التطبيق:**

**(1) القاعدة العامة والاستثناءات (المادة 374 مدني وما بعدها):**

(أ) القاعدة العامة في مدة التقادم، أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية بالنسبة للحقوق ولا تتقادم الرخص كوضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة والمرور بأرض مجاورة لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام، والشرب والمجرى والسيل وقسمة المال الشائع، فكلها رخص تتعلق بحق الملكية ولا تقبل التقادم، وكذلك دعوى الصورية.

(ب) واستثناء قد نص المشرع على مدة خاصة للتقادم بالنسبة لبعض الحقوق، ويتعين تفسير هذه النصوص تفسيراً ضيقاً لا يخرج عن نطاق ألفاظها، باعتبار أن ما يخرج عن نطاق هذه النصوص الخاصة أو الاستثنائية يعود للقاعدة العامة، ومن قبيل ما يخرج عن نطاق القاعدة العامة، دعوى الموكل على الوكيل فإنها تسقط بخمس عشرة سنة ولو كان موضوع الوكالة الوفاء بدين يسقط بمدة أقل.

**(2) تتقادم بخمس سنوات الحقوق التالية:**

(أ) كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر والفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشرات (المادة 375 مدني)

ويسقط بانقضاء خمس عشرة سنة الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية – والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين (المادة 375 مدني).

(ب) حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات (المادة 376).

**(3) تتقادم بثلاث سنوات، الضرائب والرسوم المستحقة للدولة:**

ويبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها، ومن الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة (المادة 377 مدني).

**(4) تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية:**

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء.

وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام، وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

(ب) حقوق العمال والخدم والإجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثم ما قاموا به من توريدات (المادة 378 مدني).

**بداية سريان التقادم (المادة 381 مدني):**

1 – يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء.

2 – ويسري التقادم بالنسبة إلى الدين المعلق على شرط واقف من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط.

3 – ويسري التقادم بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق.

4 – ويسري التقادم بالنسبة إلى الدين المؤجل من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

5 – إذا كان تحديد ميعاد التقادم متوقفاً على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته.

**وقف التقادم وأسباب الوقف (المادة 382 مدني):**

1 – لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً.

2 – ولا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

3 – ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية.

4 – ولا يسري التقادم في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً.

**انقطاع التقادم وأسباب الانقطاع:**

أولاً: حدد القانون أسباب انقطاع التقادم على سبيل الحصر وهي:

(1) بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

(2) بالتنبيه على المدين بأداء الدين.

(3) بالحجز.

(4) بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع.

(5) بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى.

(6) إذ أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً، ويعتبر من قبيل الإقرار الضمني أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهوناً رهناً حيازياً تأمينياً لوفاء الدين (المادة 384 مدني)

ثانياً: إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول (المادة 385 مدني).

ثالثاً: وإذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم (المادة 385 مدني).

**آثار التقادم المسقط للحقوق (المادة 386 مدني)**

(1) يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي.

(2) وإذا سقط الحق بالتقادم سقط معه الفوائد وغيرها من الملحقات، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات.

**التقادم المسقط ليس من النظام العام (المادة 387)**

(1) لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه، ولو لم يتمسك به المدين.

(2) ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية.

(3) يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم (المادة 388 مدني).

(4) لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (المادة 388 مدني).

**ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية في موضوع التقادم المسقط للحقوق"**

(1) المدة الطويلة وهي خمس عشرة عاماً هي الأصل في التقادم المسقط، ولا يحول عنها إلى مدة أطول أو أقصر إلا بنص خاص يعتبر استثناء فيفسر تفسيراً ضيقاً بحيث لا يسري إلا على الحالات التي تضمنتها بالذات.

قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل في الالتزام مدنياً كان أو تجارياً أن يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة وفقاً لنص المادة (374) من القانون المدني، إلا أن المشرع التجاري خرج على هذا الأصل وقرر تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية، ويستند هذا التقادم الخمسي إلى قرينة الوفاء، إذ قدر المشرع بأن سكوت حامل الورثة التجارية عند المطالبة بحقه مدة خمس سنوات يفترض معه أنه استوفى حقه، وهذا التقادم أوردته المادة 194 من قانون التجارة"[1].

(1) نقض مدني 1978/3/23، الطعن رقم 535 لسنة 45 قضائية.

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"النص في المادة (970) من القانون المدني على أنه (في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاثة وثلاثين سنة" يدل وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة على حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أو لا يجوز سماع الدعوى به بمضي مدة ثلاث وثلاثين سنة، لأن التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة، فلا يكسب حق الإرث بالتقادم وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية قولها، أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة، والتقادم هنا مسقط لا مكسب، أما بالنسبة لأعيان التركة فليس في القانون ما يحرم الوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو في ذلك كأي شخص أجنبي عن التركة فيمتلك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون"[1].

(2) أن التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 172 من القانون المدني استثناء خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع، فلا يسري على الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وإنما يسري في شأن تقادم هذه الالتزامات التقادم العادي المنصوص عليه في المادة 374 من القانون المدني ما لم يوجد نص خاص يقضي بتقادم آخر"[2].

(3) ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية يعتبر مانعاً قاطعاً للتقادم:

قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان ممتنعاً قانون على الطاعنين رفع دعواهما – بطلب التعويض عن إتلاف السيارة بطريق الخطأ - أمام المحاكم الجنائية، وكان إذا رفعاها أمام المحكمة المدنية أثناء سير الدعوى الجنائية – المرفوعة عن جريمة القتل الناشئة عن ذات الخطأ – كان رفعها في هذا الوقت عقيماً، إذ لا يمكن الحكم فيها إلا بعد أن يفصل نهائياً في تلك الدعوى الجنائية، فإن رفع الدعوى الجنائية في هذه الحالة يكون مانعاً قانونياً يتعذر معه على الدائن المضرور المطالبة بحقه، مما ترتب عليه المادة 382 من القانون المدني وقف سريان

(1) الطعن رقم 3347 لسنة 60 قضائية جلسة 1995/6/21 السنة 46 ص 899.

(2) نقض 1970/4/20 السنة 22 ص 495، نقض 1969/6/12 السنة 20 ص 914.

التقادم مادام المانع قائماً، وبالتالي يقف سريان التقادم بالنسبة لدعوى التعويض الحالية طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية"[1].

(4) أسباب قطع التقادم وردت على سبيل الحصر في المادتين 383، 384، فلا يجوز الاستناد إلى غير هذه الأسباب في القول بانقطاع التقادم[2].

(5) المطالبة القضائية التي تقطع التقادم لا تكون إلا بإقامة الدائن دعوى بحقه أمام القضاء على النحو المبين بالمادة 63 من قانون المرافعات، أو بإحدى الإجراءات التي جعلها المشرع بديلاً عن ذلك الإجراء كالشأن في الطلب العارض وصحيفة استصدار أمر الأداء أو تقديم طلب إلى نقابة المحامين غير المتفق عليها[3].

(6) الحكم برفض الدعوى أو بترك الخصومة أو بسقوطها أو بانقضائها أو باعتبارها كأن لم تكن أو ببطلان صحيفتها يزيل أثر رفع الدعوى في قطع التقادم، ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي قد بدأ قبل رفعها مستمراً في سريانه[4].

**ثالثاً: آراء الفقه في بعض مسائل الموضوع:**

(1) في وجوب التمييز بين التقادم المسقط وبين مواعيد السقوط:

التقادم، سبب لانقضاء الحقوق الشخصية أو العينية التي مضت عليها مدة دون استيفائها احتراماً للأوضاع المستقرة كأصل عام، أو اعتداداً بقرينة الوفاء أو جزاء لإهمال الدائن في حالات خاصة.

أما مواعيد السقوط فهي المواعيد التي يستلزم المشرع القيام خلالها بعمل معين وعلى الأخص استعمال رخصة قررها القانون، وإلا كان العمل عديم الأثر، وعندما تدق التفرقة بين النوعين، ولا ينصرف النص لطبيعة الميعاد،

(1) نقض مدني 1975/1/23 أحكام النقض السنة 26 ص 233، نقض 1972/4/4، السنة 23 ص 635.

(2) نقض 1965/12/9 أحكام النقض، السنة 16 ص 1210.

(3) نقض 1977/5/2 أحكام النقض السنة 28 ص 1104.

(4) نقض 1962/4/26 أحكام النقض، السنة 13 ص 506، نقض 1962/12/13، السنة 13 ص 1834، نقض 1963/5/23 السنة 14 ص 736.

فإن المرجع في التمييز بينهما يكون بتبين الغرض من الميعاد، فإن كان من أغراض التقادم وهي احترام الأوضاع المستقرة أو الاعتداد بقرينة الوفاء أو جزاء الدائن المهمل كان الميعاد مدة تقادم.

وإن كان تحديد المدة لاستعمال حق أو رخصة خلالها كانت ميعاد سقوط.

وتختلف مواعيد السقوط عند مدة التقادم، في أن مواعيد السقوط لا يسري عليها ما يسري على مدة التقادم من أسباب الوقف أو الانقطاع، ولا يتخلف عن مواعيد السقوط التزام طبيعي كما هو الشأن بالنسبة لمدة التقادم، ويملك القاضي إعمال أثر مخالفة مواعيد السقوط من تلقاء نفسه لأنها عنصر داخل في تكوين الحق في حين أن الحق الذي ترد عليه مدة التقادم موجود وقائم قبل سريان المدة.

كما أن تحديد مدة التقادم دائماً يتعلق بالنظام العام بصريح نص المادة 338 من القانون المدني، في حين أن مواعيد السقوط قد لا يعتبر بعضها من النظام العام، فيجوز الاتفاق على إطالته أو تقصيره كنص المادة 455 من القانون المدني[1].

(2) في وجوب التمييز بين انقضاء الحق بالتقادم وبين انقضاء الدعوى بالتقادم:

فأما انقضاء الحق موضوع الدعوى بالتقادم فقد نظمه التقنين المدني في المواد 374 وما بعدها والقوانين الموضوعية المتعلقة بهذا الحق.

وأما انقضاء الدعوى التي ترفع بالحق فقد نظمه تقنين المرافعات في المادة 140 منه التي تنص على انقضاء الخصومة بمضي ثلاث سنوات من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها".

ويترتب على هذا التمييز أن رفع الدعوى بالحق يترتب عليه انقطاع تقادمه، ويظل هذا التقادم منقطعاً على النحو السابق بيانه، بغض النظر عن مدة تقادم الحق، وأن الدعوى تنقضي الخصومة فيها بمضي ثلاث سنوات من آخر إجراء صحيح فيها بغض النظر عن مدة تقادم الحق المرفوعة به الدعوى.

(1) المستشار محمد كمال عبدالعزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، طبعة 1985 جـ1 ص 1090.

ومما يستحق التنويه إليه، أن اثر الدعوى في قطع التقادم يزول بسقوط الخصومة أو بانقضائها، وأن هذا السقوط أو الانقضاء يتمان بقوة القانون، وأن كان يلـزم للقضـاء بالسقوط أن يتمسك بذلك صاحب الشأن، غير أنه لا يلزم لإعمال هذا الأثر أن يكون هذا التمسك في ذات الدعوى أو أن يصدر حكم بذلك، ومن ثم فإنه إذا رفـع الـدائن الدعوى بحقه، ثم أوقف السير فيها، وانقضى على آخر إجراء صحيح فيهـا مـدة سـنة أو مدة ثلاث سنوات، ولم يعجل الدائن دعواه، وإنما أقام دعوى جديدة بذات الحق، فلما دفع المدين بانقضاء الحق بالتقـادم تمسـك الـدائن بـأثر رفـع الـدعوى الأولى في قطع التقادم، فإن المدين يستطيع أن يتمسك في الدعوى الجديدة بسقوط الخصومة في الدعوى السابقة أو انقضائها، ومن ثم زوال أثرها في قطع التقادم[1].

(1) المستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق ص 1171.

## نموذج رقم (3)

## في قضايا المسئولية المدنية عن العمل

## غير المشروع (المسئولية التقصيرية)

ويتمثل مقوم "العلم" في القواعد والمعلومات التي تنطبق على هذا النوع من القضايا، وتحكم النزاع بوجه عام، وهذه القواعد والمعلومات يجب البحث عنها فيما يأتي:

**أولاً: القواعد القانونية التي تحكم موضوع هذا النوع من القضايا والواجبة التطبيق عليه.**

ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية، وتعني أحكام النقض باعتبارها سوابق قضائية وتطبيقات عملية بالنسبة لهذا النوع من القضايا.

ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضع إن لزم الأمر.

وهو ما نقوم ببيانه بالتفصيل فيما يلي:

**أولاً: القواعد القانونية التي تحكم الموضوع والوجبة التطبيق:**

(1) القاعدة وعلى ما جرى عليه نص المادة (163) من القانون المدني أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

والمتفق عليه أن المسئولية المدنية تقوم على أركان ثلاثة:

(أ) الخطأ.

(ب) الضرر.

(ج) علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

(2) الخطأ في مجال المسئولية التقصيرية، هو إخلال بالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي، ويقوم الخطأ على ركنين:

الأول: مادي، ويتمثل في التعدي ويقع عبء إثباته على المضرور.

الثاني: معنوي، وهو الإدراك، فلا مسئولية دون إدراك أو تمييز.

(3) الضرر في مجال المسئولية التقصيرية، هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، وسواء أكان ذلك

الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بحريته أو شرفه واعتباره وغير ذلك.

والضرر قد يكون مادياً أو أدبياً، ويشترط في الضرر المادي أن يحل بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون محققاً، بأن يكون وقع فعلاً، ويتحقق الضرر المادي أيضاً بتفويت الفرصة. كما إذا أهمل محضر في الإعلان، وينظر القاضي وهو يقدر التعويض في الحالة الأخيرة إلى مدى احتمال كسب الدعوى، أو تفويت فرصة النجاح في الامتحان أو الترقية.

أما الضرر الأدبي، فإنه يمس الشخص في مصلحة غير مالية فقد يصيب الجسم أو الشرف أو العاطفة أو مجرد الاعتداء على حق، ويجب أن يكون كذلك محققاً.

(4) علاقة السببين بين الخطأ والضرر، معناها أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور.

(5) أسباب امتناع المسئولية التقصيرية هي أن يثبت الشخص (المسئول) أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير. وفي هذه الحالات لا يكون الشخص ملزماً بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك (المادة 165 مدني).

(6) يقدر التعويض عن الضرر في ضوء ما يأتي:

(أ) يقدر القاضي التعويض، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وذلك في خالة أن يكون التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون (المادة 1/221 مدني)

(ب) يشمل التعويض الضرر الأدبي، ولا يجوز أن ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء (المادة 1/222 مدني.

(ج) لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

(د) يراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (المادة 170 مدني).

(7) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع إما:

(أ) بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه.

وفي كل الأحوال، تسقط هذه الدعوى بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع، ويكون ذلك في الأحوال التي لا يعلم فيها المضرور بالضرر والفاعل الذي أحدثه.

(ب) أو بانقضاء الدعوى الجنائية، وذلك في حالة إذا كانت الدعوى المدنية (دعوى التعويض) ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (المادة 172 مدني).

**ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية في الموضوع:**

(1) في بيان ماهية "الواجب العام" الملقى على عاتق الكافة بغير نص.

قضت محكمة النقض بأن:

"الخطأ الموجب للمسئولية طبقاً للمادة 163 من القانون المدني هو الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضرون بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الذي يتوقعه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على أساس من مراعاته، يكون قد أخطأ"[1].

(2) وفي بيان الخطأ العمد والخطأ بإهمال:

**قضت محكمة النقض بأن:**

"المسئولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء كان متعمداً أم مقصراً، وسواء كان حسن القصد أو سيئه"[2].

وقضت كذلك محكمة النقض بأن المشرع لا يميز في نطاق المسئولية التقصيرية بين الخطأ العمدي وغير العمدي، ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ

(1) نقض مدني 1978/5/31 أحكام النقض، الطعن رقم 336 لسنة 43 قضائية، نقض 1966/3/22، السنة 17 ص 636.

(2) نقض 1937/12/16 مجموعة القواعد القانونية جـ4 ص 966 والمستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق، ص 533.

اليسير فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه، وأنه يكفي لقيام المسئولية مجرد إهمال ما توجبه من الحيطة والحذر"[1].

(3) لا يشترط للحكم بالتعويض أن يكون فعل أو خطأ المسئول يكون جريمة معاقباً عليها جنائياً:

وقضت محكمة النقض في تأكيد ذلك أن "رتب المشرع في المادة 163 من القانون المدني الالتزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرراً للغير، وأورد عبارة النص في صيغة عامة بما يجعلها شاملة لكل فعل أو قول خاطئ سواء أكان مكوناً لجريمة معاقباً عليها أم كان لا يقع تحت طائلة العقاب، ويقتصر على الإخلال بأي واجب قانوني لم تكفله القوانين العقابية بنص خاص، ومؤدى ذلك أن المحكمة المدنية يجب عليها البحث فيما إذا كان الفعل أو القول المنسوب للمسئول – مع تجرده من صفة الجريمة – يعتبر خروجاً على الالتزام القانوني المفروض على الكافة، بعدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع، فلا يمنع انتفاء الخطأ الجنائي عن القول أو الفعل المؤسس عليه الدعوى من توافر الخطأ في هذا القول أو الفعل"[2].

(4) تقوم المسئولية التقصيرية على الخطأ الرئيسي المنتج بصرف النظر عن وقوع أخطاء أخرى غير منتجة أو عارضة:

وقضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام استخلاصها سائغاً، إلا أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، وأن ركن السببية في المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر، مهما كان قد أسهم مصادفة في إحداثه بأن كان مقترناً بالسبب المنتج"[3].

(1) نقض مدني 1986/2/17، الطعن رقم 1085 السنة 50 قضائية.
(2) نقض مدني 1985/12/19 الطعن رقم 1041 السنة 52 قضائية.
(3) نقض مدني 1992/12/17، الطعن رقم 4292 السنة 61 قضائية.

**وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة النقض بأنه:**

"إذا كان قانون التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات يستلزم التأمين على المقطورة على استقلال عن الجرار باعتبارها إحدى المركبات وفقاً لقانون المرور حتى تغطى شركة التأمين المؤمن عليها لديها الأضرار الناتجة عن الحوادث التي تقع بواسطتها إلا أن المعيار في تحديد المسئولية عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر – وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض – يكون بتحديد السبب الفعال المنتج في إحداثه دون السبب العارض، لما كان ذلك، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه ذهب إلى أن خطأ قائد الجرار أداة الحادث المؤمن عليه لدى الطاعنة والذي أدين عنه بحكم جنائي بات، هو الذي أدى إلى وفاة مورثة المطعون عليهما الأولى والثانية والتي كانت راكبة فوق المقطورة الملحقة به، ورتب على ذلك مسئولية الطاعنة عن تغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الحادث، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ومن ثم فإن ما تثيره الطاعنة في هذا النعي خاصاً باستعمال المقطورة في غير الغرض المخصص لها – أيا كان وجه الرأي فيه – يكون غير منتج"[1].

(5) أثر الحكم الجنائي القاضي بإدانة مرتكب الخطأ العارض:

من المقرر أنه في نطاق المسئولية المدنية، تنحصر المسئولية في مرتكب الخطأ المنتج دون مرتكب الخطأ العارض، باعتبار أن الخطأ المنتج هو الذي أدى إلى إحداث الضرر بصفة أصلية، فإن كونت الواقعة جريمة جنائية قضى فيها بإدانة مرتكب الخطأ العارض، فإن القاضي المدني يتقيد بهذا القضاء، ويتعين إلزامه بالتعويض، ولا يجوز له رفض الدعوى استناداً إلى أن الخطأ المنسوب للمدعى عليه هو خطأ عارض ولم يكن خطأ منتجاً"[2].

(1) نقض 1987/6/3 أحكام النقض، السنة 53 قضائية الطعن رقم 1671.

(2) نقض 1979/1/17 مشار إليه في مؤلف المستشار أنور طلبه، المسئولية المدنية طبعة 2005 الجزء الثالث، المسئولية التقصيرية ص 20.

(6) توزيع عبء المسئولية المدنية والحالة الوحيدة التي يصح فيها رفض طلب التعويض:

**قضت محكمة النقض بأن:**

"الأصل أن كل فعل خاطئ نشأ عنه ضرر الغير، يوجب مسئولية فاعله عن تعويض ذلك الضرر، فالمسئولية واجبة ابتداء، ولكنها قد تخف أو تتضاءل بنسبة خطأ المجني عليه، ومبلغ اشتراكه مع الجاني في إحداث الضرر، وذلك ما يعرف عند علماء القانون بنظرية الخطأ المشترك، وقد تجب مسئولية المجني عليه مسئولية الجاني، متى تبين من ظروف الحادثة أن خطأ المجني عليه كان فاحشاً إلى درجة يتلاشى بجانبها خطأ الجاني ولا يكاد يذكر كأن يكون المجني عليه تعمد الإضرار بنفسه، فانتهز فرصة خطأ الجاني واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الإضرار بنفسه، وتلك هي الحالة الوحيدة التي يصح أن يرفض فيها طلب التعويض"[(1)].

(7) في حالة انتفاء خطأ قائد السيارة يجوز للمضرور مطالبة شركة التأمين بالتعويض استناداً إلى مسئولية المؤمن له عن الحادث باعتباره حارساً للسيارة، وتكون بذلك قد طبقت أحكام المسئولية الشيئية المفترضة.

**قضت محكمة النقض بأن:**

"مسئولية حارس الشيء تقوم على خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومدونات الحكم المطعون فيه، أن الحكم الجنائي الصادر في القضية رقم..... قضى ببراءة قائد السيارة رقم 337 نقل سوهاج من تهمة قتل مورثة الطاعنين خطأ تأسيساً على عدم كفاية الأدلة، وأن الطاعنين أقاموا دعواهم الماثلة بمطالبة المطعون عليه بالتعويض على أساس مسئولية مالك السيارة المؤمن عليها لديها - باعتباره حارساً عليها - والتي أحدثت الضرر وفقاً لنص المادة 178 من القانون المدني، واستندوا في ذلك إلى ما تضمنته تحقيقات الجنحة سالفة الإشارة وأقوال شاهديهم في التحقيق الذي أجرته، فإن مؤدى ذلك، أن المحكمة الجنائية لم تفصل في الأساس المشترك بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية

(1) نقض 1932/11/28، الطعن رقم 2219 السنة 2 قضائية.

الحالية، لأن قوام الأولى خطأ جنائي واجب الإثبات ومنسوب إلى المتهم – قائد السيارة – في حين أن قوام الثانية خطأ مفترض في حقه باعتباره حارساً على هذه السيارة، فمسئوليته تتحقق ولا تدرأ عنه بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ لأنها مسئولية ناشئة عن حراسة الشيء ذاته وليست مسئولية ناشئة عن الجريمة، لما كان ما تقدم، فإن الحكم الجنائي الصادر في قضية الجنحة المشار إليها الذي قضى ببراءة المتهم من تهمة القتل الخطأ لعدم كفاية الأدلة لا يكون له حجية تحول دون المطالبة بالتعويض أمام المحكمة المدنية بالدعوى الماثلة"[1].

(8) مشروعية حق الدفاع أمام المحاكم، ماهية تجاوز هذا الحق أو الإنحراف في استعماله:

**قضت محكمة النقض بأن:**

"النص في المادة 102 من قانون المرافعات على أنه (يجب الاستماع إلى أقوال الخصم حال المرافعة، ولا تجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها...) وفي المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً ينشأ عن ذلك من ضرر.... وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، يدل على أن حق الدفاع حق مشروع للخصم، إلا أن استعماله له يقصد به أن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها، فإن هو انحرف في استعماله عما شرع له هذا الحق أو تجاوزه بنسبة أمور شائنة لغيره ماسه باعتباره وكرامته، كان ذلك منه خطأ يوجب مسئوليته عما ينشأ عنه من ضرر ولو كانت هذه الأمور صحيحة مادام الدفاع في الدعوى لا يقتضي نسبتها إليه، ومن ثم فإنه يتعين لمساءلة الخصم مدنياً عما يوجهه لخصمه من عبارات القذف والسب في الدفاع الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم هو أن تكون هذه العبارات مما لا يستلزمها حق الدفاع ولا يقتضيه المقام"[2].

(1) نقض 1995/3/26 أحكام النقض، الطعن 2379 لسنة 60 قضائية، نقض 1995/2/9، الطعن رقم 3156 لسنة 60 قضائية، نقض 1994/12/21 – الطعن رقم 8342 لسنة 63 قضائية، نقض 1988/2/18، الطعن رقم 1969 لسنة 53 قضائية.

(2) نقض 1989/1/15 أحكام النقض الطعن 132 لسنة 56 قضائية.

**ثالثاً: آراء الفقه في بعض مسائل الموضوع:**

**في حجية الحكم الجنائي الصادر بالبراءة أمام المحكمة المدنية التي تنظر دعوى التعويض عن الفعل المكون للجريمة**

من المتفق عليه في الفقه والقضاء أن هناك حالات ثلاث تقضي فيها المحكمة الجنائية ببراءة مرتكب الفعل الضار، وأنه يمتنع عليها أو على المحكمة المدنية بعد ذلك أن تقضي على المتهم بالتعويض، وهذه الحالات هي:

(1) أن تكون البراءة قد بنيت على عدم حصول الواقعة أصلاً.

(2) أن تكون البراءة قد بنيت على عدم صحة الواقعة.

(3) أن تكون البراءة قد بنيت على عدم ثبوت إسناد الواقعة إلى المتهم.

ففي الأحوال الثلاث المذكورة لا تملك المحكمة أن تقضي بالتعويض على المتهم اعتباراً بأن قوام المسئوليتين الجنائية والمدنية كلتيهما هو ثبوت حصول الواقعة وصحة نسبتها إلى مقارفها، وتأسيساً على ذلك، إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم وأسست قضاءها على عدم ثبوت نسبة الاتهام إلى المتهم فإن مصير الدعوى المدنية الحتمي هو رفضها.

وتسري المبادئ السابقة أمام المحكمة المدنية إذا قضت المحكمة الجنائية بالبراءة ورفضت الدعوى المدنية ثم رفع الدعوى بعد ذلك أمام القضاء المدني.

## تطبيقات قضائية

**1 - قضت محكمة النقض بأنه:**

"لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد برر قضاءه برفض الدعوى المدنية بقوله "وحيث إنه عن الدعوى المدنية فقد انتهت المحكمة إلى نفي الاتهام وعدم ثبوته في حق المتهمين، وهو ركن الخطأ في الدعوى المدنية والأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، ويترتب على ذلك بالتبيعة القضاء برفض الدعوى المدنية لانعدام أساسها، وكان من المقرر أن شرط الحكم بالتعويض المدني رغم القضاء بالبراءة ألا تكون البراءة قد بنيت على عدم حصول الواقعة أصلاً، أو على عدم صحتها، أو عدم ثبوت إسنادها إلى المتهم، لأنه في هذه الأحوال لا تملك المحكمة أن تقضي بالتعويض على المتهم اعتباراً بأن قوام المسئوليتين الجنائية والمدنية كليتهما

هو ثبوت حصول الواقعة وصحة نسبتها إلى مقارفها، فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى عدم ثبوت نسبة الاتهام إلى المطعون ضدهما لم يكن في وسعه إلا القضاء برفض الدعوى المدنية، مهما كانت جسامة الضرر الذي تدعيه الطاعنة، ويكون قضاؤها في هذا الخصوص قد طابق صحيح القانون"[1].

**2 – وقضت محكمة النقض بأن:**

"قضاء المحكمة الجنائية ببراءة قائد السيارة من تهمة القتل..... لانتفاء الخطأ في جانبه، لا يحول دون مطالبة المضرور شركة..... بالتعويض استناداً إلى المؤمن له عن الحادث باعتباره حائز للأشياء"[2].

(1) نقض جنائي 1986/1/22 أحكام النقض سنة 37 ص 131.

(2) نقض 1995/3/26 أحكام النقض، الطعن رقم 3370 لسنة 60 ق والمستشار الدناصوري، المرجع السابق رقم 2 ص 969.

# نموذج رقم (4)

## قضايا عدم نفاذ التصرفات

**أولاً: القواعد القانونية الواجبة التطبيق التي تحكم الموضوع:**

من المقرر أن دعوى عدم نفاذ التصرف هي ما تسمى "الدعوى البوليصية وأن شروط هذه الدعوى ترد جميعاً إلى فكرة أن المدين بتصرفه قد أضر بدائنيه، وبعض هذه الشروط ترجع للدائن وبعضها ترجع للتصرف المطلوب عدم نفاذه، وبعضها يرجع إلى المدين.

فأما شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات التي ترجع إلى الدائن، فقد نصت على هذه الشروط صراحة المادة (237) من القانون المدني، وهذه الشروط هي:

(1) أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، بأن يكون الدين خالياً من النزاع، لأن استحقاق الأداء مرتبة في الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النزاع، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى، فإن المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشترطة.

ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند قابل للتنفيذ الجبري، ويجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء.

(2) أن يصدر من المدين تصرف ضار بالدائن:

وأما شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات التي ترجع إلى المدين، فإنها تجمل في شرطين رئيسيين هما:

أ – الإعسار، أي أن يؤدي تصرف المدين إلى إعساره أو يزيد من إعساره (المادة 237 مدني)

ب – الغش والتواطؤ، إذ يلزم غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش، إذا كان التصرف معاوضة، ولا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين إذا كان التصرف تبرعاً (المادة 238 من القانون المدني).

ومن المقرر أن المدين يكون معسراً إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه، ويجب أن يبقى المدين معسراً حتى وقت رفع الدعوى البوليصية.

وإذا قام المتصرف إليه بالتصرف لآخر تبرعاً، فلا يشترط سوء نية الخلف الثاني، أما إذا كان التصرف معاوضة، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف.

سووفقاً لما تقضي به المادة 239 من القانون المدني فإنه إذا اثبت الدائن ما في ذمة مدينه من ديون فإن ذلك يعد قرينة قانونية على إعسار المدين، وهي قرينة بسيطة حيث يجوز للمدين أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها، فإن لم يستطع المدين إثبات ذلك اعتبر معسراً ويجب أن تكون الأموال التي يدعيها المدين ظاهرة ولا يتعذر التنفيذ عليها.

**آثار الحكم بعدم نفاذ التصرف:**

يستفيد من هذا الحكم جميع الدائنين الذي صدر هذا التصرف إضراراً بهم (المادة 240 مدني)، فيعود الحق الذي تصرف فيه المدين إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه ولهم حق التدخل في إجراءات التنفيذ إذا انفرد بها الدائن الذي رفع الدعوى وشاركوه فيها، بل قد يتقدم أحدهم على الدائن رافع الدعوى إذا كان له حق عيني يخوله هذا التقدم.

وإذا صدر الحكم ضد الدائن فلغيره من الدائنين رفع دعوى باسمه، فإذا نجح استفاد سائر الدائنين الذين استوفوا شروطهم.

**سقوط دعوى عدم نفاذ التصرف:**

تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وفي جميع الأحوال تسقط بمضي خمس عشر سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (المادة 243 مدني).

**ثانياً: المبادئ القضائية وتطبيقات من أحكام محكمة النقض:**

(1) لخصت محكمة النقض أهم شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات على الوجه الآتي:

"إذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف، وسوء نيته هو والمتصرف إليه، وتواطئهما على الإضرار بالدائن، ثم طابقت ما استخلصته من ذلك وبين المعاني القانونية

لأركان الدعوى البوليصية، وهي كون دين رافع الدعوى سابق على التصرف المطلوب إبطاله، وكون هذا التصرف أعسر المدين، وكون المدين والمتصرف له سيء النية متواطئين على الإضرار بالدائن، ثم قضت بعد ذلك بإبطال التصرف، فذلك حسبها ليكون حكماً سديداً مستوفي الأركان"[1].

(2) إن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لعدم نفاذ تصرفه، بل يلزم أن يعلم المتصرف إليه أن التصرف يؤدي إلى إعسار المدين.

قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن:

"مفاد نص المادتين 237، 1/238 من القانون المدني أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن، بل يجب على الدائن إثبات التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه، وإذا كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه، أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التي أوردها، وأن المتصرف إليه – مشتري العقار – لم يكن يعلم أن التصرف يؤدي إلى إعسار البائع ورتب على ذلك عدم توافر الغش في جانب المتصرف إليه، بما ينتفي معه أحد أركان دعوى عدم نفاذ التصرف، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً"[2].

(3) بقاء التصرف – المقضي بعدم نفاذه – قائماً صحيحاً بين طرفيه:

قضت محكمة النقض بأنه:

"الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما"[3].

(1) نقض مدني 1936/4/16 مجموعة عمر جـ 1 رقم 348 ص 1095، الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط جـ 2 ص 1005.

(2) نقض 1973/12/4، أحكام النقض، السنة 24 ص 1213، نقض 1971/4/27 السنة 22 ص 565.

(3) نقض 1972/6/13 أحكام النقض، السنة 23 قضائية ص 1105.

(4) الحكم بعدم نفاذ التصرف يعيد العين إلى الضمان العام للدائنين دون أن ترجع الملكية للمدين:

قضت محكمة النقض بأنه:

"ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني، ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو إلى مدينه، بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين، وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين"[(1)].

(5) وبخصوص مدة تقادم دعوى عدم نفاذ التصرف:

قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 243 من القانون المدني أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين، الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه، لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف، ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يثبت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم"[(2)].

**ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع:**

(1) دعوى عدم نفاذ التصرفات وإن كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة، إلا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية أو إثارتها مسألة أولية، ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلاً، فإن تسجيل التصرف لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البوليصية، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها[(3)].

(1) نقض 1972/6/13 أحكام النقض، السنة 23/ ص 1105.

(2) نقض 1979/12/6 أحكام النقض، الطعن رقم 413 لسنة 46 قضائية.

(3) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 999، نقض مدني 1952/2/14 أحكام النقض، السنة 3 ص 496.

(2) الدعوى البوليصية هي طريق يسلكه الدائن ليحصل على حكم من القضاء بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراراً بحقوقه، ذلك لأن الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من المدين، إذا كان المدين حسن النية في هذا التصرف، أما إذا كان سيء النية، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الدائن[1].

(3) التكييف القانوني للدعوى البوليصية من حيث الطبيعة أنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن، ويترتب على هذا التكييف النتائج الآتية:

أ – أن الدعوى البوليصية ليست بدعوى بطلان، ولا بدعوى تعويض، فمن ناحية لا يكون البطلان إلا فيما بين المتعاقدين، أما الغير فليس له إلا أن يطلب عدم نفاذ العقد في حقه.

ومن ناحية أخرى، فإن الدعوى ليست دعوى تعويض، لأن تصرف المدين لا ينفذ في حقه الدائن، ومن ثم فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد منع وقوعه، وإن صح أن يكون ذلك تعويضاً، فإنه تعويض عيني، بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن[2].

ب– أن خصم الدائن في هذه الدعوى هو كل شخص اشترك في التصرف المطلوب عدم نفاذه، فيرفع الدائن من ثم الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين، وإذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف ثان، وجب إدخال هذا الخلف أيضاً في الدعوى، وهكذا، فالدائن يطلب في هذه الدعوى، عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين.

ج- أن تصرف المدين لا يبطل، لأن طلبات الدائن هي عدم نفاذ هذا التصرف، ومن ثم يبقى تصرف المدين قائماً بالنسبة إلى المدين ومن تصرف إليه، ويبقى الدائن نفسه متحملاً أثر تصرف مدينه إلى أن يتقرر اعتباره من الغير بالتقاضي أو بالتراضي.

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 1052.
(2) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1054.

(4) أثر دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى كل من الدائن والمدين ومن تصرف إليه:

(أ) أثر دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى الدائن:

1 – المبدأ هو عدم مضي الدائن في دعوى عدم نفاذ التصرف إذا استوفى حقه، فالدائن يرفع الدعوى بصفته دائناً، ويجب أن تستمر هذه الصفة أثناء سير الدعوى وبعد صدور الحكم فيها، فإذا فقد الدائن صفة الدائنية بأن استوفى حقه مثلاً، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ بحسب الأحوال.

2 – حالات التخلص من دعوى عدم نفاذ التصرف:

إن الوفاء بدين الدائن رافع الدعوى ضد المدين هو وسيلة التخلص من هذه الدعوى، ويكون ذلك من قبل صاحب المصلحة في الوفاء بهذا الدين وفي التخلص من الدعوى.

وتوجد بعض فروض أو أحوال للوفاء بدين الدائن رافع دعوى عدم نفاذ التصرف، وهذه الفروض أو الحالات هي:

أ – قد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين، فينتهي بذلك مبرر قيام الدعوى أو استمرار التنفيذ، والمدين بذلك له مصلحة في الوفاء بالدين لأنه يتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو في التنفيذ.

ب – وقد يقوم بوفاء الدين من تصرف له المدين، إذ في غالب الأحوال يكون المدين معسراً، وبعد أن يوفى من تصرف له المدين بدين الدائن، يرجع بما وفاه على المدين وفقاً للمبدأ العام في شأن كل شخص وفي دين غيره.

3 – عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، إذا لم يستوف الدائن حقه، فإنه يستمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضي بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه، فلا يسري في حقه هذا التصرف، إذ يعتبر فيه من الغير.

ويترتب على ذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن، فيقوم الدائن بالتنفيذ عليه[1].

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 1061.

4 - استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم.

5 - للدائن الذي أصابه ضرر من تصرف المدين أن يرجع بالتعويض على هذا المدين إلى جانب طلب عدم نفاذ التصرف في حقه.

(ب) أثر دعوى عدم نفاذ التصرفات بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين:

1 - حكم التصرف المطعون فيه، يكون هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين، أما في حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين، ففي حالة هذا التعارض تطبق القواعد العامة لمعالجة التعارض.

2 - بقاء التصرف المطعون فيه قائماً أي نافذاً منتجاً لآثاره بين طرفيه، وهما المدين ومن تصرف له.


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل

# الباب الثالث
# إبداء المحامي الدفاع والدفوع والطلبات
# أمام المحكمة في القضايا الجنائية


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# الفصل الأول

## القواعد القانونية الإجرائية

## (قواعد قانون الإجراءات الجنائية)

## التي تعين المحامي على إبداء الدفاع والدفوع

## والطلبات والرد على ما قد يبديه الخصم

## أمام المحكمة في ذات الجلسة

# المبحث الأول
# قواعد قانونية في مجال الإجراءات الجنائية
# (أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة
# ونظام الأحكام القضائية وطرق الطعن)

الإجراءات الجنائية العملية تخضع للقواعد القانونية التي وردت في نصوص قانون الإجراءات الجنائية، وباعتبار أن القانون قد حدد الإجراء الجنائي النموذجي الذي يلزم أن يتطابق معه الإجراء الجنائي العملي الذي يتخذ حيال المتهم، وإلا كان الإجراء باطلاً إذا خالف القواعد المقررة في هذا الشأن.

وإنه مما يستحق الإشارة إليه أننا لن نتكلم عن كل الإجراءات الجنائية، فذلك مما لا يمكن القيام به في خصوص موضوع هذا المؤلف، ولكننا فقط نقتصر على تناول بعض الإجراءات التي تحقق من وجهة نظرنا غايتين:

الأولى : أنها إجراءات مهمة من ناحية الممارسة العملية، ومن ثم من ناحية وجوب العلم بها وتوجيه الانتباه إليها.

والثانية: أنها من قبيل الأمثلة أو النماذج للتدليل على أن قواعد الإجراءات الجنائية هي قواعد قانونية أي أنها قواعد علمية، وباعتبار أن العلم هو مقوم أساسي من مقومات مهنة المحاماة والأعمال التي يقوم بها المحامي.

ونتناول بعض الإجراءات الجنائية من الناحية العملية في مراحل مختلفة والتدليل على مواطن القصور التي يتصور أن تشوب هذه الإجراءات والجزاءات المترتبة على ذلك.

**ماهية الإجراءات الجنائية:**

الإجراءات الجنائية هي "الأعمال أو التصرفات التي يلزم القيام بها من قبل ممثلي الدولة أو غيرهم لمتابعة مرتكبي الجرائم عن طريق الدعوى الجنائية التي تتعاقب مكوناتها وفق نظام يحدده القانون، وتتطور من مرحلة إلى أخرى حتى تنتهي بالحكم البات الفاصل في موضوع هذه الدعوى"[1].

(1) يراجع: مؤلفنا: القصور في أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة والبطلان في الإجراءات الجنائية ص 9 وما بعدها.

ويبدو من تتبع نصوص قانون الإجراءات الجنائية أن هذه الإجراءات تشمل عدة مراحل متعاقبة هي:

1 - مرحلة جمع الاستدلالات.

2 - مرحلة التحقيق الابتدائي.

3 - مرحلة المحاكمة بما في ذلك ما يتعلق بالطعن في الأحكام.

4 - مرحلة تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي.

والأصل أن الإجراءات الجنائية تدخل ضمن أعمال السلطة القضائية، ولذلك فإن الهيئات التي تباشرها تتمتع بصفة قضائية، حتى إذا ساهمت فيها أجهزة إدارية مثل الشرطة، أو أفراد عاديون، فإن ذلك لا يغير من طبيعة تلك الأعمال، لأن هؤلاء يقومون بها بصفتهم مساعدين للسلطة القضائية، وإن كان ذلك تطوعاً أو أداءً لواجب.

ومن المقرر أن يكون أي إجراء من الإجراءات الجنائية قد تم وفق ما هو مقرر في القانون، سواء أكان قانون الإجراءات الجنائية أو أي قانون آخر يكون قد وردت به أحكام الإجراء.

**نوعا الوقائع الإجرائية :**

[1] الوقائع الإجرائية النموذجية أو القانونية :

الواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية هي عبارة عن تصرف أو حدث يرتب عليه القانون الإجرائي آثاراً قانونية وتكون هذه الواقعة جنائية إذا انصرفت هذه الآثار إلى مراكز جنائية، مثال ذلك "مرور الزمن" فهو واقعة جنائية إجرائية لأنه يرتب عليه أثر جنائي هو سقوط الحق في مباشرة إجراءات الطعن في الحكم الصادر من المحكمة.

ومثال ذلك أيضاً، تقديم الشكوى، وهو إجراء يتوقف عليه تحريك الدعاوى الجنائية في بعض الجرائم وفقاً لما هو مقرر في المادة 3 من قانون الإجراءات الجنائية، وكذلك الحال بالنسبة للوقائع الإجرائية التي تتصل بنشاط الأشخاص الإجرائيين الداخلة في الخصومة الجنائية، مثل القاضي وأعوانه، والنيابة العامة والمتهم، وذلك فيما يتعلق بأهلية التقاضي، وتشكيل المحكمة واختصاصها، وحقوق وسلطات طرفي الدعوى، والأعباء التي تقع على عاتقهم.

وتُحدِّد القاعدة القانونية الإجرائية (النموذجية) الوقائع النموذجية، فمثلاً تحدد المادة 34 من قانون الإجراءات الجنائية واقعة جنائية إجرائية نموذجية وهي "واقعة الأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد أدلة كافية على اتهامه" وذلك من قِبَل مأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح المُعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر.

ومثال ذلك أيضاً، المادة 234 من قانون الإجراءات الجنائية التي حددت الواقعة الإجرائية النموذجية الخاصة بإعلان ورقة التكليف بالحضور فقررت أن يكون الإعلان إما لشخص المعلن إليه، أو في محل إقامته، وذلك بالطرق المقررة في قانون المرافعات.

ومفاد ما تقدم أننا نقصد بتعبير الإجراءات الجنائية النموذجية (( الأعمال أو التصرفات التي عيَّنتها أو حددتها القواعد القانونية المنظمة لكافة مراحل الدعوى الجنائية، وذلك اعتباراً من لحظة وقوع الجريمة ومروراً بعملية البحث والاستدلال عن مرتكبيها، وحتى صدور حكم بات فيها، سواء بالإدانة أو بالبراءة، وكيف لو أن القائمين بتلك الأعمال أو التصرفات قد التزموا بكافة القواعد المقررة لمضمون العمل أو التصرف والمبينة للشكل الذي يصدر فيه، بما يجعله متطابقاً تمام التطابق مع الإجراء النموذجي الوارد بالقاعدة أو القواعد القانونية، بما يجعل هذا الإجراء أو العمل مشروعاً )).

ومعنى ذلك أن الإجراءات الجنائية النموذجية هي المقياس الذي به نقيس مدى كمال وشرعية الأعمال أو التصرفات المادية (العملية) التي تحدث في الواقع العملي، لتطبيق قانون الإجراءات الجنائية، لأن القائمين بهذه الأعمال أو التصرفات المادية الإجرائية متعددون بتعدد مراحل الإجراءات الجنائية وتباين حلقاتها، فإن هؤلاء جميعاً مخاطبون بالقواعد القانونية الإجرائية، ولا بُـدَّ أن يلتزموا جميعاً بكافة الشروط الشكلية والموضوعية للإجراء العملي الذي يقومون به، كما هو محدد تماماً في الإجراء النموذجي الوارد بقاعدة قانونية أو بعدة قواعد.

[2] الوقائع الإجرائية المادية أو العملية :

الواقعة الإجرائية المادية هي عبارة عما يقع بالفعل من الأشخاص المكلفين أو المخاطبين بقواعد قانون الإجراءات الجنائية أو أي قانون إجرائي آخر، وقد

تكون الواقعة الإجرائية العملية مطابقة للواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية، ويكون ذلك في حالة أن يلتزم القائم بالعمل الإجرائي العملي بأحكام قانون الإجراءات الجنائية التي حددت النموذج القانوني لهذا الإجراء.

وقد يحدث ألا تتطابق الواقعة الإجرائية العملية (المادية) مع الواقعة الإجرائية النموذجية ويكون ذلك في حالة عدم التزام القائم بالإجراء أو التصرف العملي بأحكام القواعد التي حددت النموذج القانوني له.

ومفاد كل ما تقدم، أن المشرع سواء في قانون الإجراءات الجنائية أو في أي قانون إجرائي آخر يحدد في نصوص هذا القانون الشروط الشكلية والشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في الإجراءات الجنائية العملية، بحيث إذا التزم القائمون بهذه الإجراءات بكل هذه الشروط (مجتمعة) فإن ما يقومون به من إجراءاتٍ عملية، يصدر صحيحاً ومنتجاً لكافة الآثار القانونية.

أما إذا خالف القائمون بالإجراءات الجنائية العملية أياً من الشروط الشكلية أو الموضوعية التي نصَّ عليها القانون، فإن الإجراء العملي الذي قام به أو صدر عنه يكون غير متطابق مع الإجراء النموذجي كما نصَّ عليه القانون، ومن ثم يكون الإجراء العملي في هذه الحالة غير صحيح وغير منتج لآثاره القانونية.

أوجه عدم التطابق المتوقعة بين الواقعة الإجرائية العملية والواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية، والدفوع التي يمكن أن يبديها المحامي بالنسبة لكل وجه من تلك الأوجه والأثر القانوني للدفع في كل حالة:

بعد أن يفرغ المحامي من إجراء عملية المطابقة بين الواقعة الإجرائية العملية كما هي مثبتة في ملف القضية من ناحية والواقعة الإجرائية النموذجية كما هي محددة في قواعد قانون الإجراءات الجنائية، قد يتوصل المحامي إلى وجود عدم تطابق بين الواقعتين، فيكون معنى ذلك أن القائمين على تنفيذ قانون الإجراءات الجنائية لم يلتزموا بأحكام هذا القانون، وعدم الالتزام هذا، ينشئ للمحامي دفوعاً قانونية تختلف باختلاف كل وجه من أوجه المخالفة القائمة بين ما حدث بالفعل وما يقرره قانون الإجراءات الجنائية.

ويمكننا حصر أوجه مخالفة القانون التي قد تحدث في مجال الإجراءات الجنائية العملية في خمسة أوجه، نبينها ونحدد الدفع القانوني الذي يواجه به المحامي كل حالة على حدة، وذلك فيما يأتي:

الوجه الأول: عدم المطابقة بسبب عدم مراعاة قواعد الإجراءات الجنائية المتصلة بالإجراء الجوهري، وهذا الوجه يمنح المحامي الحق في الدفع ببطلان الإجراء القاصر أو المخالف للقانون، ويحق لكل ذي مصلحة أن يدفع بهذا الدفع، وجزاء هذا الوجه هو البطلان.

الوجه الثاني: عدم المطابقة بسبب عدم القيام بالإجراء الجنائي العملية أو المادي في الميعاد المحدد قانوناً، ويترتب على هذا الوجه نشوء لمحامي المتهم ولكلِّ ذي مصلحة في الدفع بسقوط الإجراء، والجزاء المقرر له هو "السقوط".

الوجه الثالث: عدم التطابق بسبب عدم مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية المؤهلة لاتصال المحكمة بموضوع الدعوى أو الطلب أو الفصل فيه، وينشأ عن هذا الوجه حق للمحامي بأن يدفع "بعدم القبول" والجزاء الذي قرره المشرِّع هو عدم قبول الإجراء.

الوجه الرابع : عدم التطابق بسبب عدم مراعاة شروط انعقاد الولاية للمحكمة، وهذا الوجه ينشئ حق للمحامي بأن يدفع "بعدم الاختصاص" ولكل ذي مصلحة أن يدفع بهذا الدفع.

الوجه الخامس : عدم التطابق بسبب الإتيان بسلوك يتعارض مع الحق في مباشرة الإجراء الذي تمَّ اتخاذه وجزاء ذلك الحرمان[1].

وفيما يلي نورد مجموعات من القواعد القانونية الأساسية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية من الناحية العملية والتي يحتاج غالباً ما يحتاج إليها المحامي.

## المجموعة الأولى

## قواعد قانونية أساسية في البطلان

### الأحكام العامة للبطلان في مجال الإجراءات الجنائية العملية:

نتكلم عن نظرية البطلان في مجال الإجراءات الجنائية من حيث:

[1] الأساس التشريعي لنظرية البطلان في الإجراءات الجنائية.

(1) يُراجع في تفاصيل هذه الأوجه، مؤلفنا، القصور في إعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة، مرجع سابق، صفحة 15 وما بعدها.

[2] استخلاص أحكام البطلان في الإجراءات الجنائية :

وندرس في هذا الفصل الموضوعات التالية:

[1] الأساس التشريعي للبطلان في الإجراءات الجنائية.

[2] أحكام البطلان في الإجراءات الجنائية (معيار وحالات البطلان).

[3] القواعد الخاصة ببطلان ورقة التكليف بالحضور وآثار البطلان.

ونخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً.

**الأساس التشريعي لنظرية البطلان في الإجراءات الجنائية**

**قُلنا فيما تقدَّم أن الإجراءات الجنائية تشمل أربع مراحل هي:**

(أ) مرحلة الاستدلال .

(ب) مرحلة التحقيق الابتدائي .

(ج) مرحلة المحاكمة وتشمل مرحلة الطعن في الأحكام .

(د) وأخيراً مرحلة تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي .

وكل مرحلة من هذه المراحل تستوجب عدة إجراءات، وكل إجراء من هذه الإجراءات له أحكامه من حيث اختصاص الجهة التي تقوم به، وشروط إجرائه، والأصل أن هذه الأحكام تُستمد من نصوص صريحة في القانون بجانب القواعد الأساسية التي تستمد مباشرة من المبادئ العامة العليا في الشريعة الإسلامية أو الدستور وخاصة ما يتعلق بحقوق الأفراد[1].ومتى توافرت كل أحكام الإجراء، كان الإجراء نموذجياً.

ولا يخفى أن مخالفة أي حكم من الأحكام المنظمة للإجراءات الجنائية يجعل الإجراء غير قانوني أو غير دستوري أو غير شرعي.

وجدير بالذكر أن أكثر أسباب عدم المشروعية في الإجراءات الجنائية يرجع إلى مخالفة النصوص المكتوبة ومن قبيل ذلك: إجراء تفتيش أحد المساكن بمعرفة رجال الشرطة بدون الحصول على إذن من النيابة العامة وذلك في غير حالة التلبس أو اتخاذ أي إجراء من الإجراءات الجنائية ضد أحد القضاة قبل الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى. أو التحقيق في جريمة زنا الزوج أو الزوجة أو رفع الدعوى فيها دون شكوى من الزوج الآخر للمجني عليه.

(1) الدكتور توفيق الشاوي ، مرجع سابق ، صفحة 11 .

وفي كل الأحوال المتقدمة يكون المرجع في تحديد تعريف المسكن، أو الزوجة، أو القاضي بالرجوع إلى القوانين المنظمة للقضاء أو قوانين الزواج أو القوانين الموضوعية الأخرى[1].

ولقد خصص قانون الإجراءات الجنائية الفصل الثالث عشر منه لوضع قواعد عامة لنظرية البطلان في الإجراءات الجنائية، فبدأ بالمادة 331 محدداً حالات البطلان ثم عرض في المادتين 332 ، 333 الإجراءات التي يجب إتباعها في حالة الرغبة في التمسك بالبطلان، وقرر في المادتين 334 ، 335 إمكانية تصحيح الإجراء الخاطئ ، وأخيراً عينت المادة 336 مدى البطلان إذا حكم به.

وعلى هدى ما تقدَّم يمكننا القول أن المشرِّع المصري قد غلَّب نظرية البطلان الذاتي على نظريتي البطلان القانوني والبطلان بغير نص[2].

حيث حدد فقط المعيار العام للبطلان وحصره فقط في عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة "بأي إجراء جوهري" (المادة 331 إجراءات جنائية).

**أحكام البطلان في الإجراءات الجنائية ( معيار البطلان وحالاته)**

يقوم معيار البطلان في الإجراءات الجنائية على التمييز بين أمرين:

الأول: التمييز بين القواعد الإجرائية الجوهرية والقواعد الإجرائية غير الجوهرية أو الإرشادية.

الثاني: التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي.

ويستدعى المقام أن نتناول الأمرين بشيء يسير من التفصيل في مطلبين على التوالي.

(1) المرجع السابق ، صفحة 32 .

(2) الدكتور محمود حسني ، مرجع سابق - صفحة 340 ، الدكتور عبدالفتاح الصيفي، مرجع سابق – صفحة 145 .

## الـمطلب الأول

## ( التمييز بين القواعد الإجرائية الجوهرية والقواعد الإجرائية الإرشادية )

لقد صرَّح المشرِّع بهـذا التمييـز في نـص المـادة 331 إجـراءات جنائيـة عنـدما قـرر أن ((يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري)).

ويستحق الذكر أن "الصفة الجوهرية" إنما تنسب إلى القاعدة التـي خولفـت، ويترتـب البطلان جزاء لمخالفتها، ولا تنسب إلى الإجراء الذي يرد عليـه الـبطلان[1]. ويُسـتفاد بمفهـوم المخالفة من هذا النص أنه لا يترتب البطلان إذا كان الإجراء قد خالف قاعدة غير جوهرية.

ولم يضع المشرِّع معياراً للتمييز بـين القاعـدة الجوهريـة والقاعـدة غـير الجوهريـة أو الإرشادية وإنما ترك ذلك التحديد للقاضي ويستعين في ذلـك بعلـة التشريـع فقالـت المـذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية (( أنه لتعرف الأحكام الجوهرية يجـب دائمـاً الرجـوع إلى علة التشريع، فإذا كان الغرض منه المحافظة على مصـلحة عامـة، أو مصـلحة للمـتهم أو غيره من الخصوم فإنه يكون جوهرياً ويترتب على عدم مراعاته البطلان، وانـه لا يعتـبر مـن الإجراءات الجوهرية ما وضع من الإجراءات لمجرد الإرشاد والتوجيه )).

وتطبيقاً لهذا المعيار قضت محكمة النقض بان الـنص في المـادة 331 مـن قـانون الإجراءات الجنائية على أن: ((يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقـة بأي إجراء جوهري)). يدلُّ في صريح لفظه وواضـح معنـاه أن الشـارع يُرتـب الـبطلان على عدم مراعاة أي إجراء من الإجراءات الجوهرية التي يقررها دون سواها، وإذ كان ذلك وكان الشارع لم يـورد معيـاراً ضـابطاً يميـز بـه الإجـراء الجـوهري عـن غـيره مـن الإجراءات التي لم يُقصـد بهـا سـوى الإرشـاد والتوجيـه للقـائم بـالإجراء، فإنـه يتعـين لتحديد ذلك الرجوع إلى علة التشريع، فإذا كـان الغـرض مـن الإجـراء المحافظـة عـلى مصلحة عامة أو مصلحة المتهم أو غيره من الخصوم، فإن الإجراء يكون جوهرياً يترتب

(1) الدكتور محمود حسني ، مرجع سابق - صفحة 345 .

البطلان على عدم مراعاته، أما إذا كان الغرض منه مجرد التوجيه والإرشاد للقائم به، فلا يعد جوهرياً ولا يترتب البطلان على عدم مراعاته[1].

وقضت كذلك بأنه: (( لم يُوجب القانون أن تتخذ إجراءات تحريز المضبوطات في مكان الضبط ما دامت مقتضياتها قد استوجبت متابعة الإجراءات خارج ذلك المكان، ذلك أن إجراءات التحريز إن هي إلا إجراءات تنظيمية لم يرتب القانون على مخالفتها بطلاناً وإنما قصد بها المحافظة على الدليل فحسب ))[2].

وقضت أيضاً بأنه: (( لما كانت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية إذ نصت على أنه: "....." فإن مفاد هذا النص في واضح عبارته وصريح دلالته .... أنه لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية أو مباشرة أي إجراء من إجراءات بدأ تسييرها أمام جهات التحقيق أو الحكم قبل تقديم الشكوى أو الحصول على الإذن أو الطلب من الجهة التي ناطها القانون به، فإذا ما حركت الدعوى الجنائية سواء بتحقيق أجرته النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق أو برفع الدعوى الجنائية أمام جهات الحكم قبل تمام الإجراء الذي تطلبه القانون في هذا الشأن، وقع الإجراء باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام لاتصاله بشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى الجنائية ولصحة اتصال المحكمة بالواقعة، ويتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وتبطل إجراءات التحقيق كافة ))[3].

(1) مجموعة أحكام النقض الجنائي، المكتب الفني، السنة 40 طعن ، رقم 842 لسنة 59 ق رقم 105 جلسة 1989/6/8م، صفحة 626 .

(2) المرجع السابق، السنة 45 طعن، رقم 3784 لسنة 62 ق رقم 32 جلسة 1994/2/6م

(3) المرجع السابق، السنة 44 طعن رقم 17104 لسنة 59 ق رقم 91 جلسة 1993/6/15م صفحة 602 .

## المطلب الثاني

## ( التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي )

**أولاً: البُطلان المُطلق:**

نصَّت على البطلان المطلق المادة 332 إجراءات جنائية مقررة أنه: (( إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام. جاز التمسك به في أية حالة عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب )).

ومفاد هذا النص أن البطلان المطلق هو البطلان المتعلق بالنظام العام، وهو ما قررته المادة 332 إجراءات جنائية كما حدَّدت البطلان المطلق:

حدَّد الشارع حالات البطلات على سبيل المثال، وترك للقاضي استنباط حالات أخرى إذا توافر لها شروط التعلق بالنظام العام. وقد أضافت المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية حالات أخرى كأمثلة للبطلان المطلق منها (( مخالفة الأحكام المتعلقة بعلانية الجلسات، وتسبيب الأحكام، وحضور مدافع عن المتهم بجناية، وأخذ رأي المفتي عند الحكم بالإعدام، وإجراءات الطعن في الأحكام )).

**ولكن ما هو معيار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ؟**

يرى بعض الفقهاء أن المعيار هو نوع المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية، وما إذا كانت مصلحة عامة أو مصلحة أحد الخصوم، فالبطلان في حالة مخالفة القاعدة الإجرائية المقررة لحماية المصلحة العامة يكون بطلاناً مطلقاً، أما البطلان في حالة القاعدة الإجرائية المقررة لحماية مصلحة أحد الخصوم فيكون بطلاناً نسبياً.

ويرى رأي آخر أن الضابط في التمييز بين نوعي البطلان هو أهمية المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية وليس نوعها، والأمر متروك لقاضي الموضوع فيما يتعلق بتحديد أهمية المصلحة، وعلى ذلك فإن القاعدة الإجرائية التي تحمي مصلحة قدر قاضي الموضوع أهميتها يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، سواءً أكانت مصلحة عامة أو خاصة بأحد الخصوم[1].

(1) يُراجع الدكتور محمود نجيب حسني ، مرجع سابق، صفحة 349 .

**حصر القواعد الإجرائية المتصلة بحماية مصالح مهمة :**

يمكن حصر هذه القواعد بصفةٍ عامة في القواعد المتعلقة بتشكيل القضاء، وولايته واختصاصه النوعي والمكاني والصفة في تحريك الدعوى، وقيود تحريكها، وحالات عدم صلاحية القاضي للحكم في الدعوى، وحقوق الدفاع الأساسية وقرينة البراءة، وكفالة الدعوى، وكفالة الكرامة البشرية للمتهم، كل هذه القواعد المنظمة لتلك المسائل إنما هي قواعد عامة ويترتب على مخالفة أي منها البطلان المطلق[1].

**أحكام البطلان المطلق :**

يترتب على البطلان المطلق في ضوء نص المادة 332 إجراءات جنائية والقواعد العامة، أربعة أحكام، هي :

1 – جواز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض.

2 - للمحكمة السلطة في أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو بغير طلب من أطراف الخصومة.

3 – يجوز أن يحتج به كل ذي مصلحة في تقريره.

4 – عدم جواز التنازل عن الاحتجاج به، أي أنه لا يصححه التنازل من جانب صاحب المصلحة التي يستهدف العمل الإجرائي حمايتها.

**كيفية التمسك بالبطلان المطلق :**

1 – قد يقرر المشرِّع دعوى خاصة ومستقلة ترفع للمطالبة القضائية بإصدار حكم ببطلان عمل إجرائي معين[2].

2 – وقد يكون التمسك بالبطلان المطلق في صورة دفع يطرح أمام المحكمة في أثناء انعقاد الخصومة التي يدخل الإجراء الباطل ضمن إجراءاتها.

ويكون مؤدى ما تقدَّم، أن صدور حكم نهائي في الخصومة دون أن يتمسك صاحب المصلحة المحمية بالبطلان المطلق في أثناء انعقاد الخصومة، فإن الحكم النهائي يطهر جميع إجراءات الخصومة من البطلان، وتلحقها حصانة

(1) المرجع السابق ، صفحة 349 .

(2) الدكتور عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، صفحة 151 .

الشيء المحكوم به وذلك تغليباً لأصل اكتساب الحكم قوة الشيء المحكوم فيه، على أصل جواز التمسك بالأسباب الجديدة الماسة بالنظام العام[1].

**ثانياً: البطلان النسبي :**

لقد أشار الشارع إلى البطلان النسبي وذلك بذكر حكم من أحكامه في نص المادة 333 من قانون الإجراءات الجنائية، وهي جواز عدم التمسك به ضمناً ويُستفاد النزول عنه بعدم الاحتجاج به في بعض مراحل الدعوى، فنصَّت المادة 333 على أنه: (( في غير الأحوال المُشار إليها في المادة السابقة يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام بالجلسة، وكذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه )).

وقد اعتبر الشارع أن البطلان النسبي يكون في حالة مخالفة قاعدة إجرائية تتعلق بمصلحة المتهم، وعلى ذلك فقد وردَ بالمذكرة الإيضاحية للمشروع الأصلي عن المادة 333 أن البطلان يكون نسبياً: (( إذا كان الإجراء الجوهري متعلقاً بمصلحة المتهم أو باقي الخصوم، فلا يقضي بالبطلان إلا بناءً على طلب صاحب الشأن )).

**أحكام البطلان النسبي :**

نخلص إلى أنه توجد ثلاثة أحكام تتعلق بالبطلان النسبي وهي:

1- أنه إذا رضي صاحب المصلحة المحمية إجرائياً بالعمل أو التصرف الإجرائي الباطل نسبياً سقط البطلان وتحصن الإجراء.

2- أن من تقرر البطلان النسبي لمصلحته له أن يتنازل عن الدفع به صراحة أو ضمناً.

3 - لا يجوز لغير من تقرر البطلان النسبي لمصلحته، ولا يجوز أيضاً للمحكمة ذاتها.

**القواعد الخاصة ببطلان ورقة التكليف بالحضور وآثار البطلان**

وردت هذه القواعد في المادة 334 إجراءات جنائية، ونصت على أنه: (( إذا حضر المتهم في الجلسة بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، فليس له أن يتمسك ببطلان

(1) مجموعة أحكام النقض الجنائي، السنة 11 – رقم 77 – صفحة 380 ، جلسة 1960/4/26م.

ورقة التكليف بالحضور، وإنما له أن يطلب تصحيح التكليف أو استيفاء أي نقص فيه، وإعطائه ميعاداً لتحضير دفاعه قبل البدء في سماع الدعوى، وعلى المحكمة إجابته إلى طلبه)).

ويُلاحظ أن القواعد الخاصة ببطلان ورقة التكليف بالحضور قد فرقت بين حالتين في الحكم:

الحالة الأولى : تتعلق بحضور المتهم في الجلسة سواءً أكان بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، فإن مجرد الحضور يفقده حقه في الاحتجاج ببطلان ورقة التكليف بالحضور، وكل ما للمتهم في هذه الحالة أن يطلب تصحيح التكليف أو استيفاء أي نقص فيه، وعلى المحكمة أن تمنحه ميعاداً لتحضير دفاعه قبل البدء في سماع الدعوى.

والحالة الثانية: تتصل بعدم حضور المتهم، ففي هذه الحالة على القاضي من تلقاء نفسه أن يتحقق من صحة التكليف بالحضور فإن تبين له عدم صحته قضى ببطلانه، ولا يجوز له أن يحكم على المتهم غيابياً، لأن الحكم الغيابي يفترض تكليفاً صحيحاً بالحضور وهو ما لم يتحقق في هذه الحالة.

ويستحق الذكر أن المشرِّع وإن كان قد نصَّ على أن تحقق الغرض من الإجراء الباطل يصحح البطلان بالنسبة لورقة التكليف بالحضور فليس معنى ذلك قصر تصحيح البطلان على هذه الحالة فقط وإنما كقاعدة عامة يعتبر تحقيق الغرض من الإجراء الباطل طريقاً لتصحيح البطلان أياً كان نوعه وأياً كان موضوعه، ولقد نصَّ المشرِّع على بطلان ورقة التكليف بالحضور كتطبيق لهذا المبدأ، فتحقيق الغرض من الإجراء ينفي شرط المصلحة اللازم توافره للتمسك بالبطلان[1].

**آثار البطلان:**

يُمكن إجمال الآثار العملية للبطلان في أثرين أساسيين ، هما:

أولاً: أن الإجراء الباطل يعتبر كأن لم يكن، وكذلك ما ترتب عليه من إجراءاتٍ وما أسفر عنه من أدلةٍ، حتى ولو كان اعتراف المتهم، فكل ما بُنيَ على

(1) الدكتور مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، جـ 2 – طبعة 1986 – صفحة 350 .

باطل فهو باطل، ومن ثم فلا يجوز التعويل على دليل باطل وحده في الإدانة حتى ولو كان اعتراف المتهم، بل لا بُـدَّ من دليل آخر يمكن تأسيس الإدانة عليـه خـلاف الدليل الباطل الناتج عن إجراء باطل.

ثانياً: أن الإجراء الباطل يمكن التعويل عليه في القضاء ببراءة المتهم، بـل أنـه قـد يكـون هو الأساس الذي تستند إليه المحكمة في الحكم ببراءة المتهم.

وفي مواضع متعددة ومتفرقة من هذا المؤلـف ؛ سوف نـُوردُ أحكاماً كثـيرة كتطبيقـات على البطلان في مجال الإجراءات الجنائيـة أو بطـلان الأدلـة التـي أسـفرت عنهـا الإجـراءات الباطلة، وعدم صلاحية هذه الأدلة للقضاء بالإدانة، وإن كانت تصلح سنداً للقضاء بالبراءة.

## المجموعة الثانية

## قواعد قانونية أساسية في مجال الدعوى الجنائية

## تحريكها ومباشرتها وحالات القصور المتصور حدوثه

**قواعد قانونية خاصة بتحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر:**

نصت المادة (232) من قانون الإجراءات الجنائية على أن "تحال الدعوى إلى محكمة الجنح والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أعضاء النيابة العامة أو من المدعي بالحقوق المدنية.

ويجوز الاستغناء عن تكليف المتهم بالحضور إذا حضر الجلسة أو وجهت التهمة إليه من النيابة العامة قبل المحاكمة.

ومع ذلك فلا يجوز للمدعي بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة بتكليف خصمه مباشرة بالحضور أمامها في الحالتين الآتيتين:

أولاً: إذا صدر أمر من قاضي التحقيق أو من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ولم يستأنف المدعي بالحقوق المدنية هذا الأمر في الميعاد أو استأنفه فأيدته محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة.

ثانياً: إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف عام أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة (123) من قانون العقوبات".

**شروط الإدعاء المباشر:**

في هدي نص المادة (232) من قانون الإجراءات الجنائية يمكننا استخلاص شروط الادعاء المباشر في الآتي:

**أولاً:أن ترفع الدعوى المباشرة من المضرور من الجريمة:**

فلا بد أن يتم الادعاء المباشر بمعرفة المضرور من الجريمة وهو من لحقه ضرر مادي أو أدبي مباشرة عن الجريمة سواء أكان هو المجني عليه أو غيره،

وحق الادعاء المباشر حق شخصي، فلا يجوز لمن أحيل إليه التعويض أن يحل محل المضرور في استعمال الحق في الإدعاء المباشر.

**ثانياً: أن تكون الجريمة جنحة أو مخالفة:**

فالادعاء المباشر لا يجوز في الجنايات، بل يجوز فقط في الجنح والمخالفات، ويجوز الادعاء المباشر في الجنح ولو كانت من اختصاص محكمة الجنايات مثل تلك التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد، أو تلك المرتبطة بجناية.

ويجب في هذا الصدد التأكيد على أنه لا يجوز الادعاء المباشر في الأحوال الآتية:

1 - الجنح التي تختص بنظرها محاكم أمن الدولة ومحاكم الأحداث.

2 - الجنح التي تقع خارج القطر أو تلك التي تقع من موظف عام أو أحد رجال الضبط أثناء تأدية وظيفته أو بسببها عدا جرائم تعطيل تنفيذ الأحكام أو الأوامر أو الامتناع عند تنفيذها حيث يجوز فيها الادعاء المباشر.

**ثالثاً: ألا تكون الجنحة أو المخالفة محل تحقيق لا يزال مفتوحاً:**

فإذا كانت سلطة التحقيق قد تحركت من تلقاء نفسها أو بناء على بلاغ من المجني عليه وأجرت تحقيقاً لا يزال مفتوحاً لم ينته، فلا يجوز الإدعاء المباشر ضد الأشخاص الذين شملهم التحقيق.

أما من لم يشملهم التحقيق كمتهمين فيجوز الإدعاء المباشر ضدهم.

**رابعاً:ألا يكون قد صدر أمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية في الجنحة أو المخالفة:**

لأن الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية تنقضي به الدعوى الجنائية فلا يجوز تحريكها بالإدعاء المباشر، فإن لجأ المدعي بالحقوق المدني إلى الادعاء المباشر بعد صيرورة هذا الأمر نهائياً بعدم الطعن عليه، أو رفض ذلك الطعن، كان الادعاء المباشر غير مقبول، وعلى العكس إذا صدر أمر بحفظ الأوراق قبل إجراء أي تحقيق أمكن الالتجاء إلى الإدعاء المباشر وكان مقبولاً.

**خامساً: أن تكون الدعوى الجنائية جائزة القبول:**

يشترط أن تكون الدعوى الجنائية مقبولة أمام القضاء الجنائي فإذا لم يتوافر هذا الشرط فلا يجوز الإدعاء المباشر، ذلك أن المضرور في هذه الحالة يرفع الدعوى بنفس الشروط التي ترفعها بها النيابة العامة، ويترتب على ذلك أنه إذا كانت النيابة العامة لا تملك رفع الدعوى بسبب من الأسباب فلا يجوز للمدعي بالحقوق المدنية (المضرور) أن يرفعها.

ولا تكون الدعوى الجنائية مقبولة في الأحوال التالية:

1 - إذا كان هناك قيد على رفعها يتمثل في شكوى أو طلب أو إذن، فهنا لا يجوز للمضرور أن يرفع دعواه بالطريق المباشر إلا بعد الطلب أو الإذن أو بعد التقدم بالشكوى.

غير أنه يلاحظ بالنسبة للشكوى إذا كان المضرور قد توافرت في حقه صفة المجني عليه، فإن رفع الدعوى مباشرة إلى القضاء الجنائي يعتبر بمثابة شكوى، ويترتب عليه قبول الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي.

2 - إذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت بوفاة المتهم أو بسقوط الجريمة، كما هو الحال في أحوال التنازل عن الشكوى أو الطلب أو بأي سبب آخر من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية، كإذا فوت المجني عليه ميعاد الثلاثة أشهر دون شكوى أو صدور حكم نهائي فيها.

3 - إذا كان قد صدر أمر من النيابة العامة أو من قاضي التحقيق بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية وصار الأمر نهائياً، ولذلك قضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية أو بعدم جواز نظرها بعد صدور أمر حفظ فيها من النيابة العامة إنما هو من قبيل الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه، ولذلك فلكي يكون هذا الدفع محل، يجب أن تكون الواقعة المطلوب محاكمته من أجلها هي بعينها الصادر فيها أمر الحفظ[1].

4 - إذا كانت الواقعة في حد ذاتها لا تكون جريمة لأن المشرع يتطلب ركن الاعتياد، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز الادعاء المباشر إلا إذا كان المضرور

(1) نقض 1967/1/9 أحكام النقض س 18 رقم 7 ص 46، نقض 1967/3/13 س 18 رقم 70 ص 384.

في جميع أفعال الاعتياد واحداً، نظراً لأن الفعل الواحد لا يكون جريمة، وإنما تتكون الجريمة من مجموعة أفعال، فإن الادعاء المباشر عن فعل واحد غير جائز لعدم توافر أركان الجريمة.

5 - إذا كانت الجريمة من الجرائم التي نظم الشارع للمحاكمة فيها إجراءات خاصة، كما هو الشأن بالنسبة لجرائم القضاة المتعلقة بوظائفهم، فهنا لا تقبل الدعوى الجنائية إلا عن طريق المخاصمة التي نظمها القانون.

وفي كل الأحوال السابقة لا يكون أمام المضرور إلا الالتجاء إلى القضاء المدني، نظراً لأنه لا يجوز الادعاء المباشر في تلك الحالات لكون الدعوى الجنائية لا تتوافر فيها شروط القبول أمام القضاء الجنائي كما سلف البيان.

**سادساً: أن تكون الدعوى المدنية جائزة القبول أمام القضاء الجنائي:**

يلزم في الالتجاء إلى طريق الادعاء المباشر أن تكون الشروط الخاصة بالدعوى المدنية متوافرة لكي يحكم بالتعويضات المدنية الناشئة عن الجريمة أمام القضاء الجنائي.

ويترتب على ذلك، أنه لا يجوز الادعاء المباشر أمام القضاء الجنائي لعدم قبول الدعوى المدنية أمام هذا القضاء، وذلك في الأحوال الآتية:

1 - إذا كان الحق المطالب به قد انقضى أو سقط لأي سبب من الأسباب، كالتنازل أو الاستيفاء أو التصالح أو مضى المدة، وغير ذلك من أسباب انقضاء الحق.

2 - إذا كانت الدعوى المدنية قد رفعت من غير ذي صفة، ومثال ذلك أن يرفعها وكيل المضرور دون أن يكون توكيله منصوصاً فيه بتوكيله في رفعها، ذلك أن الحق في الادعاء المباشر هو حق شخصي لابد لمباشرته من توكيل خاص، وكذلك لا تكون الدعوى المدنية مقبولة إذا رفعها ناقص الأهلية أو معدومها لأن رفع الدعوى المدنية يتطلب توافر الأهلية، ولذلك فإنه يباشرها القيم أو الوصي.

3 - إذا تخلف شرط المصلحة في الدعوى المدنية فإنه يحول دون الادعاء المباشر.

4 - إذا كان المدعي المدني قد رفع دعواه أمام المحاكم المدنية لا يجوز الادعاء المباشر لسقوط حقه في الخيار بين الطريقين المدني والجنائي، ولذلك فإن رفع

الدعوى المدنية من قبل المضرور ابتداء أمام المحاكم المدنية يجعل دعواه المدنية غير مقبولة أمام المحاكم الجنائية، إلا إذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت فعلاً إلى المحاكم الجنائية عن طريق النيابة العامة، فهنا يحق له أن يرفع دعواه المدنية أمام المحاكم الجنائية مع الدعوى الجنائية.

5 – إذا كانت الدعوى المدنية قد رفعت بإجراءات غير صحيحة، أو شاب إجراءاتها بطلان، فلا يكون لها أدنى أثر في تحريك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي، ويتعين في هذه الأحوال على القاضي الحكم بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية[1].

(1) يراجع في هذا الموضوع مؤلفنا: القصور في أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة والبطلان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق من ص 33 إلى ص 37.

# المجموعة الثالثة

# قواعد قانونية في مجال أعمال

# وإجراءات جمع الاستدلالات

**ماهية أعمال الاستدلال:**

الاستدلال هو مجموعة من الإجراءات التمهيدية السابقة على تحريك الدعوى الجنائية بقصد جمع المعلومات في شأن جريمة ارتكبت ولكي تقوم سلطات التحقيق بناء على هذه المعلومات باتخاذ القرار الجائز أو الملائم بخصوص تحريك الدعوى الجنائية.

**الطبيعة القانونية لأعمال الاستدلال:**

يمكننا تحديد خصائص أعمال جمع الاستدلالات فيما يلي:

1 – أن الاستدلال في حقيقته ليس مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية ولكنه مرحلة سابقة على تحريكها، ويباشر هذه الإجراءات المكونة لمرحلة الاستدلال موظفون عموميون خصهم القانون بتلك المهمة وذلك باعتبارهم من معاوني سلطات التحقيق، وهؤلاء هم مأمورو الضبط القضائي الذين ورد ذكرهم في المادة (23) من قانون الإجراءات الجنائية.

ولقد حدد المشرع أعمال الاستدلال التي يجب أن يقوم بها مأمورو الضبط القضائي وذلك في المادتين 24، 29 من قانون الإجراءات الجنائية.

2 – أن أعمال الاستدلال لا تتولد عنها أدلة في المدلول القانوني ولا يجوز أن يكون محضر الاستدلال هو المعول عليه الوحيد في الحكم الصادر بالإدانة، لأن الاستدلال لا تتوافر فيه ضمانات الدفاع المتطلبة للحصول على الدليل الجنائي.

3 – أن أعمال الاستدلال لا تقطع تقادم الدعوى الجنائية إلا إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو أخطر بها بوجه رسمي، (المادة 17 إجراءات جنائية) أما إجراءات التحقيق فإنها تقطع تقادم الدعوى الجنائية في كل الأحوال.

4 - أنه يجوز لمأمور الضبط القضائي "التخفي وانتحال الصفات والاختلاط بالمجرمين للتعرف على أسرارهم" والقيد الوحيد الذي يحد مأمور الضبط القضائي في عمله هو "الشرعية" بمعنى أن يكون عمله مطابقاً للقانون.

5 - لم يشترط القانون حضور مدافع إلى جانب المتهم في مرحلة الاستدلال، ويترتب على ذلك أنه لا قصور أو بطلان إذا منع مأمور الضبط القضائي محامي المتهم من الحضور معه أثناء الإدلاء بأقواله.

ويلزم توجيه الانتباه إلى أن نص الفقرة الأخيرة من المادة (77) من قانون الإجراءات الجنائية على أن "للخصوم الحق دائماً في استصحاب وكلائهم في التحقيق" أن يقتصر نطاق تطبيقها على التحقيق الابتدائي فقط، ويخرج من هذا النطاق أعمال الاستدلال".

6 - وجوب تحرير محضر تثبت فيه أعمال الاستدلال (المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية، إلا أنه لا بطلان إذا لم يحرر محضر على الإطلاق لأن النص ورد لغرض تنظيم العمل وحسن سيره[1].

7 - لا يشترط استصحاب كاتب لتحرير محضر الاستدلال، باعتبار أن القاعدة المقررة في المادة (73) من قانون الإجراءات الجنائية والتي توجب حضور كاتب لتحرير المحضر إنما تتعلق هذه القاعدة بالتحقيق الابتدائي ولا تسري على محضر الاستدلال.

(1) نقض 18 أبريل سنة 1949 مجموعة القواعد القانونية جـ 4 رقم 874 ص 838، نقض 3 نوفمبر سنة 1958 أحكام النقض س9 رقم 213 ص 866.

## المجموعة الرابعة

## قواعد قانونية في خصوص اختصاصات

## مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس

## وفي غير حالة التلبس

**حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس:**

نصت المادة (34) من قانون الإجراءات الجنائية على أن:

"لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهمه"

ولقد عرف المشرع في المادة (30) من قانون الإجراءات الجنائية التلبس وأورد حالاته على سبيل الحصر.

ولقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية ماهية التلبس وحالاته، حيث جاء بها أنه:

"يقصد بالجريمة المشهودة، الجريمة التي ترى حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة بصرف النظر عن الجاني، فقد تكون الجريمة مشهودة دون أن يشاهد الجاني، وقد استبدل هذا النص بالنص الحالي وهو مشاهدة الجاني متلبساً بالجريمة، إذ يوهم بأن الجريمة لا تكون مشهودة إلا إذا كان الجاني قد ضبط متلبساً، وهو معنى يخالف المقصود من النص.

وقد زيدت على الحالات الأربع التي تعتبر فيها الجريمة مشهودة حالة خاصة وهي وجود آثار أو علامات لمرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها كأن يوجد به خدوش حديثة، أو آثار مقذوف ناري حديث أو دماء ظاهرة بملابسه، وذلك لأن وجود هذه الآثار والعلامات لا يقل عن حالة حمل الأسلحة والآلات أو الأقنعة الدالة على ارتكاب الجريمة..".

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"ولكي يمكن القول بتوافر حالة التلبس يجب أن يكون مأمور الضبط القضائي قد شاهد بنفسه الجاني وهو في إحدى حالات التلبس التي عددتها المادة 8 من قانون تحقيق الجنايات (حالياً المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية) وليس يكفي لاعتبار حالة التلبس قائمة أن يكون ذلك المأمور قد تلقى نبأ التلبس عن طريق الرواية عمن شاهد التلبس، على حين أن لا يكون قد شاهد هو بنفسه صورة من صوره المنصوص عليها.... وإلا استحال الأمر إلى إمكان إثبات التلبس بشهادة الشهود، وهو ما لا يجيزه أحد من رجال القانون، إلا في باب الزنا إذ اتفقوا على أنه ليس من الضروري أن يشاهد الشريك متلبساً بالجريمة أحد مأموري الضبط القضائي، بل يكفى أن يشهد الشهود برؤيتهم إياه في حالة تلبس بجريمة الزنا، وذلك لتعذر اشتراط المشاهدة في هذه الحالة بواسطة مأموري الضبط القضائي"[1].

**وقضت محكمة النقض بأن:**

"وإذ كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أنه وصل إلى علم المحققين من رجال المباحث أن المتهم يتجر بالمخدرات، فذهب ومعه من أخبره بهذا إلى دكان المتهم الذي اعتاد الجلوس أمامه، فلما رأى المحقق ومن معه قام وجرى يريد الاختفاء أو الهرب، فتبعوه وأمسكوه وفتشه الضابط وضبط معه المخدر، فهذه الواقعة لا تدل على قيام حالة التلبس، إلا إذا كان انتقال ضابط البوليس إلى دكان المتهم حصل بناء على أن أحداً شاهد المتهم يبيع المخدرات، أما إذا كان الانتقال قد حصل بناء على مجرد شبهات وظنون لدى رجال المباحث، فإن رؤية المتهم يجري لا تكفي لإثبات قيام حالة التلبس قانونا.

ولذلك يجب أن يعني الحكم ببيان المعلومات التي حصل الانتقال على أساسها ليمكن التثبت من قيام حالة التلبس أو عدم قيامها"[2].

(1) نقض 1935/5/27 المجموعة الرسمية س 36 رقم 227 ص 565، نقض 1943/11/15 المحاماة س 46 رقم 131 ص 360 ومؤلفنا القصور في أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة، المرجع السابق ص 117.

(2) نقض 1938/5/23 المحاماة س 19 رقم 91 ص 198.

## تطبيقات قضائية على حالات التلبس بالجريمة

**(أ) تطبيقات على حالة التلبس بالجريمة حال ارتكابها وأحوال البطلان:**

(1) إن الحالة الأولى التي تشير إليها المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية، هي التي يفاجأ فيها الجاني حال ارتكابه الجريمة فيؤخذ في إبان الفعل، وهو يقارف إثمه ونار الجريمة مستعرة، في هذه الحالة يعتبر الشارع مفاجأة الجاني وهو يرتكب جريمته دليلاً قوياً على إجرامه، ولذلك يبيح لمأمور الضبط القضائي القبض عليه وتفتيشه بدون حاجة إلى إذن من النيابة، بل يجيز لأي فرد من الأفراد أن يقبض عليه ويحضره أمام أحد أعضاء النيابة العمومية أو يسلمه إلى أحد رجال الضبط القضائي، وفي الغالب تكون المفاجأة عن طريق الرؤية، ولكن الرؤية ليست شرطاً في كشف حالة الجريمة وإدراك وقوعها بأية حاسة من حواسه، سواء أكان ذلك عن طريق السمع أو النظر أو الشم.

على أنه يجدر بالمحاكم أن تتحرز في كل الحالات فلا تقر القبض أو التفتيش الذي يحصل على اعتبار أن المتهم في حالة تلبس إلا إذا تحققت من أن الذي أجراه قد شهد الجريمة أو أحس بوقوعها بطريقة لا تحتمل الشك".

(2) ويكفي لاعتبار الجريمة متلبساً بها أن تكون هناك مظاهر خارجية تنبئ عن وقوع الجريمة، وعلى ذلك فإن إمساك المتهم بالشيشة في يده وانبعاث رائحة الحشيش منها يعتبر مظهراً من تلك المظاهر، فإذا ثبت من فحص العينة أن بها حشيشاً فإن جريمة إحراز المخدر يكون متلبساً بها".

(3) وإذا كان الثابت في الحكم المطعون فيه أن غسيل معدة الطاعن والحصول منه على أثر المخدر لم يحصل إلا بعد أن شم الضابط المخدر يتصاعد من فمه على إثر رؤيته يبتلع مادة لم يتبينها، وكان شم المخدر على هذه الصورة يعتبر تلبساً بجريمة الإحراز، فإن غسيل المعدة بعد ذلك يكون إجراء صحيحاً على أساس التلبس بالجريمة، ولا يؤثر في ذلك القبض على الطاعن قبل شم فيه، مادام الدليل المستمد من شم الفم مستقلاً عن القبض، ومادام إجراء الشم في حد ذاته لا مساس فيه بحرية الطاعن".

(4) ومتى كانت الواقعة كما أثبتها الحكم المطعون فيه تتحصل في أن ضابط البوليس استصدر إذناً من النيابة بتفتيش المتهم الثاني، ووقف ينتظره في ردهة المحطة فشاهده قبل قيام القطار بعشر دقائق مقبلاً ومعه غلام صغير فاستوقفه وفتشه ولاحظ أن ذلك أن الغلام (المتهم الأول) في حالة ارتباك شديد، وأنه وضع يده في صدره وأخرجها بلفافة صغيرة من الورق يريد إلقاءها، فأمسك به ووجد بهذه اللفافة قطعاً من الحشيش. ولما كان ما أثبته الحكم من ذلك لا يفيد قيام حالة التلبس التي يجيز القبض والتفتيش قانوناً، ذلك أن الضابط قد ألقى القبض على المتهم وفتشه بمجرد أن نظره وهو في حالة ارتباك يخرج يده من صدره بلفافة الورق ويهم بإلقائها، ومن قبل أن يتبين محتويات هذه اللفافة، ودون أن توجد مظاهر خارجية تدل على وجود المخدر فيها، كأن يرى الضابط بعينه المخدر ظاهراً من الورقة أو تنبعث رائحته منها بحيث يستطيع تعرفها بحاسة الشم: أما مجرد إضطراب المتهم وارتباكه وإخراجه اللفافة من صدره محاولاً بإلقائها والتخلص منها عندما رأى الضابط يلقي القبض على أخيه الذي كان يسير في صحبته، فلا ينبئ بذاته عن إحراز المخدر، ولا يجعله في حالة من حالات التلبس التي تجيز القبض عليه وتفتيشه.

**التخلص من الحيازة وأحوال البطلان:**

(5) ومتى كان الثابت من الحكم أن الضابط المأذون بالتفتيش كلف المخبر بالتحفظ على الغرفة التي يسكنها المتهم، فشاهد المخبر إمرأة تخرج من باب الغرفة وهي تحمل درج منضدة تحاول الهرب به، وعندما وقع نظرها عليه ألقت الدرج على الأرض فتبعثرت محتوياته التي كانت بينها قطعة من الحشيش فقام المخبر بالقبض عليها وبجمع هذه المحتويات وإعادة وضعها في الدرج، فإن هذا الذي أثبته الحكم تتحقق به حالة التلبس بالجريمة التي تجيز القبض لغير رجال الضبطية القضائية[1].

(6) وإنه مادامت الواقعة هي أن الطاعن عندما وقع بصره على رجال البوليس يقطعون عليه الطريق ألقى طواعية واختيار المخدر الذي كان معه وألقاه، فإن

(1) نقض 1956/5/22 مجموعة أحكام النقض س7 رقم 215 ص 769.

ظهور المخدر على النحو المتقدم يعد تلبساً بجريمة إحراز المخدر يبرر ما أجرى بعد ذلك من قبض وتفتيش."[1].

(7) ويشترط في التخلي الذي ينبني عليه قيام حالة التلبس بالجريمة أن يكون قد وقع عن إرادة وطواعية واختيار فإذا كان وليد إجراء غير مشروع فإن الدليل المستمد منه يكون باطلاً لا أثر له، وإذن فمتى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المتهم لم يتخل عما معه من القماش المسروق إلا عندما هم الضابط بتفتيشه دون أن يكون مأموراً من سلطة التحقيق بهذا الإجراء، فإنه لا يصح الاعتداد بالتخلي ويكون الدليل المستمد منه باطلاً[2].

(8) وإذا كان إذن التفتيش الصادر من النيابة مقصوراً على تفتيش منازل الطاعنين وكان الثابت من الحكم أن الطاعنين لم يشاهدوا في حالة من حالات التلبس وقت ضبطهما، ولم يصدر إذن بتفتيش شخصيهما، وأن إلقاءهما للمخدر لم يكن إلا عن محاولة رجال البوليس القبض عليهما وتفتيشهما بغير مسوغ قانوني، وذلك كي لا يضبط معهما بحيث لو كان هذا القبض لم يحصل لما وجد المخدر المضبوط.

إذ تقرر ذلك، فلا يجوز الاستشهاد على الطاعنين بأنهما كانا يحملان المخدر المضبوط، لأن العثور عليه على هذه الصورة المتقدمة لم يكن نتيجة عمل مشروع، إذ أنهما اضطرا إلى إلقائه اضطرارا من محاولة القبض عليهما بغير حق"[3].

**(ب)تطبيقات على حالة التلبس بالجريمة عقب ارتكابها ببرهة يسيرة وأحوال البطلان:**

(1) إذا أبلغ العمدة بحادثة عقب حصولها، فبادر بالحضور للمحل الذي به جثة القتيل، وتحقق من حصول الجريمة، فأسرع في تفتيش منزل المتهم، اعتبر هذا التفتيش واقعاً في حالة تلبس، ولا يزيل عن الجريمة صفة التلبس عدم انتقال

(1) نقض 1947/5/19 مجموعة المحاماة س28 رقم 229 ص 723 والدكتور أحمد محمد إبراهيم ص 55.
(2) نقض 1956/2/21 مجموعة أحكام النقض س7 رقم 70 ص 234.
(3) نقض 1943/1/13 المجموعة الرسمية س42 رقم 155 ص 345.

العمدة إلى محل الحادثة إلا بعد وقوعها بساعة أو ساعتين مادام الثابت أن العمدة بادر بالحضور لمحل الواقعة عقب إخطاره مباشرة وشاهد آثار الجريمة وهي لا تزال بادية"[1].

(2) وإذا كانت واقعة الدعوى تتحصل في أن المجني عليه كان يركب الترام وكان يضع في جيبه قلماً، ولما تفقده لم يجده، واشتبه في شخص كان يجلس بجواره وفتشه وعثر على القلم معه، فإن ثبوت فعل السرقة وقد ارتكب منذ برهة يسيرة قبل تفتيش المتهم، يجعل الجريمة متلبساً بها، ويجوز في هذه الحالة لكل فرد من الأفراد أن يقبض على من قارفها، وبالتالي أن يفتشه على أساس أن التفتيش هو من توابع القبض"[2].

(3) وإن سماع العبارات من الجهة التي شوهد المتهم قادماً يجري منها عقب ذلك مباشرة يعتبر من حالات التلبس بالجناية والتي تخول أي إنسان أن يقبض عليه ثم يفتشه"[3].

(4) وإن تقدير الظروف المحيطة بالجريمة والمدة التي مضت من وقت وقوعها إلى وقت اكتشافها للفصل فيما إذا كانت الجريمة متلبساً بها أو غير متلبس بها، موكول إلى محكمة الموضوع، ولا معقب عليها في خصوصه مادامت الأسباب التي استندت إليها لها أصولها في الأوراق وتؤدي عقلاً وقانوناً إلى النتيجة التي رتبت عليها، ولا ينفي قيام حالة التلبس كون رجل البوليس قد انتقل إلى محل الحادثة بعد وقوعها بزمن مادام بادر أنه إلى الانتقال عقب علمه مباشرة ومادام أنه قد شاهد آثار الجريمة بادية"[4].

**(ج) تطبيقات على حالة التلبس بالجريمة "الصياح خلف الجاني" وأحوال البطلان:**

(1) ليس في القانون ما يمنع المحكمة – في حدود سلطتها في تقدير أدلة الدعوى – من الاستدلال بحالة التلبس على المتهم مادامت قد بينت أنه شوهد وهو يجري

(1) نقض 1936/3/16 المجموعة الرسمية س 37 رقم 122 ص 366.
(2) نقض 1948/6/14 المحاماة س 29 رقم 285 ص 576.
(3) نقض 1942/12/14 المحاماة س 24 رقم 73 ص 188.
(4) نقض 1955/5/17 مجموعة أحكام النقض س6 رقم 300 ص 1003.

من محل الحادثة بعد حصولها مباشرة والأهالي يصيحون خلفه أنه القاتل، وهو يعدو أمامهم حتى ضبط على مسافة 150 متراً من مكان الحادث"[1].

(2) وإذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن جندي المرور أثناء قيامه بعمله شاهد الطاعن يجري في الطريق، ويتبعه نفر من العامة مع الصياح طالبين القبض عليه لارتكابه سرقة، فتقدم الجندي إليه وأمسك به، وعندئذ ألقى بورقة على الأرض فالتقطها الجندي ووجد بها مادة تبين فيما بعد أنها حشيش فأجرى ضبطه واقتاده إلى مركز البوليس، فقام الضابط بتفتيش مسكنه فعثر على أوراق مما يستعمل في لف المخدرات، ولم يعثر على مخدر، فالواقعة على هذا النحو تجعل رجل البوليس أمام جريمة سرقة متلبس بها بغض النظر عما يتبين بعدئذ من حقيقة الأمر عنها، ولذا فقد كان له أن يقبض على المتهم، وإذا ما ألقى هذا ما بيده بعد ذلك ودانته المحكمة على هذا الأساس فإن الحكم يكون صحيحاً لا مخالفة فيه للقانون"[2].

**(د) تطبيقات على حالة التلبس "حمل شيء يدل على الجريمة":**

"من أحوال التلبس... ضبط الجناة عقب وقوع الجريمة بزمن يسير حاملين أسلحة أو أمتعة يستدل منها على ارتكابهم للجريمة، فإذا ضبط إثنان عقب ارتكاب جريمة السرقة بزمن قريب وكان أحدهما يحمل سلاحاً والآخر يحمل كيساً به قطن من المسروق، اعتبرا مضبوطين في حالة تلبس، وفي ضبطهما على هذا الوجه ما يسوغ للمحكمة أن تعتقد أن حمل السلاح كان مقارناً لارتكاب السرقة"[3].

**واجبات مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس:**

(1) يجوز لمأمور الضبط القضائي – عند مشاهدة متهماً بحالة تلبس بجريمة في دائرة اختصاصه – أن يجري كل ما خوله القانون إياه من أعمال التحقيق، سواء في حق المتهم أو في حق غيره ممن اشتركوا في مقارفتها، فاعلين كانوا أو شركاء، وإن كانت الجهات التي يقيمون فيها خارجة عن اختصاصه"[4].

(1) نقض 1951/1/22 مجموعة أحكام النقض س2 رقم 202 ص 532.

(2) نقض 1952/3/4 مجموعة أحكام النقض س3 رقم 202 ص 538.

(3) نقض 1930/11/13 المجموعة الرسمية س32 رقم 103 ص 229 والدكتور أحمد محمد إبراهيم، المرجع السابق ص 57.

(4) نقض 1946/4/15 المجموعة الرسمية س 47 رقم 144 ص 260.

(2) من المقرر أن حالة التلبس بالجناية تبيح لمأمور الضبط القضائي – طبقاً للمادتين 34، 46 من قانون الإجراءات الجنائية – أن يقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه، وأنه يفتشه"[1].

(3) وكان البين من الصورة التي اعتنقها الحكم المطعون فيه وأورد عليها أدلة سائغة لم يجحد الطاعن أن لها أصلها في الأوراق، أنه عند إلقاء القبض عليه كانت الجريمة التي ارتكبها في حالة تلبس وكان المستفاد من نص المادة 1/99 من الدستور أنه يجوز في حالة التلبس بالجريمة اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد عضو مجلس الشعب دون إذن سابق من المجلس"[2].

**حدود سلطات مأمور الضبط في القبض على المتهم في غير حالة التلبس:**

(1) إن المادة 34 من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه في حالات عددها الشارع حصراً بهذه المادة ومنها الجنايات ومؤدى هذا أن القبض جائز لمأمور الضبط القضائي، سواء كانت الجناية متلبساً بها أو في غير حالة التلبس متى كانت ثمت دلائل كافية على اتهامه"[3].

(2) وتقدير تلك الدلائل ومبلغ كفايتها يكون بداءة لرجل الضبط القضائي على أن يكون تقديره هذا خاضعاً لرقابة سلطات التحقيق ومحكمة الموضوع"[4].

(3) لما كانت المادتان 34، 35 من قانون الإجراءات الجنائية المعدلتين بالقانون رقم 37 لسنة 1972 قد أجازتا لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر أن يقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه بالجريمة، فإن لم يكن حاضراً جاز لمأمور الضبط القضائي أن يصدر أمراً بضبطه

(1) الطعن رقم 4366 لسنة 59 ق جلسة 1989/10/11 س 40 رقم 127 ص 763.

(2) الطعن رقم 6095 لسنة 52 ق جلسة 1983/2/8 س 34 رقم 40 القاعدة رقم 6 ص 217.

(3) نقض 1955/6/6 مجموعة أحكام النقض س6 رقم 315 ص 171.

(4) نقض 1953/3/30 مجموعة أحكام النقض س4 رقم 243 ص 672، الطعن رقم 1622 لسنة 53 ق جلسة 1983/11/9 س 34 رقم 186 ص 934.

وإحضاره، وكانت المادة 46 من القانون ذاته تجيز تفتيش المتهم في الحالات التي يجوز فيها القبض عليه قانوناً، فإذا أجاز القبض على الشخص جاز تفتيشه، وإن لم يجز القبض عليه لم يجز تفتيشه وبطل ما أسفر عنه القبض، والتفتيش الباطلين، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حالة التلبس تستوجب أن يتحقق مأمور الضبط القضائي من قيام الجريمة بمشادتها بنفسه أو إدراكها بحاسة من حواسه، ولا يغنيه عن ذلك تلقي نبأها عن طريق الرواية أو النقل من الغير شاهداً كان أو متهماً يقر على نفسه، مادام هو لم يشهدها بنفسه أو يشهد أثراً من آثارها ينبئ بذاته عن وقوعها"[1].

**حدود سلطات رجال السلطة العامة في حالة التلبس:**

(1) "كل ما خوله القانون لرجال السلطة العامة ولو من غير رجال الضبط القضائي في الجنح المتلبس بها التي يجوز فيها الحكم بالحبس أن يحضروا المتهم ويسلموه إلى أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي، وقيامهم بذلك لا يعد قبضا بالمعنى القانوني بل هو مجرد تعرض مادي فحسب".

(2) ومتى كان الحكم قد أثبت على الطاعن أنه كان في حالة تلبس بجريمة إحراز المخدر إذ شوهد حال ارتكابها، فإن ذلك يخول لرجال السلطة العامة ولو لم يكونوا من مأموري الضبط القضائي ولغيرهم ممن عاينها أن يحضروا المتهم إلى أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي، أو لأحد رجال الضبط بدون احتياج لأمر بضبطه، ولا يكون هناك محل لما يثيره الطاعن من أن من قاموا بضبط الواقعة وطلبوا الإذن من النيابة بالتفتيش هم من رجال مكتب المخدرات الذين لم يكونوا وقت مباشرة هذه الإجراءات في الدعوى من رجال الضبط القضائي.

(1) الطعن رقم 1662 لسنة 53 ق جلسة 1983/11/9 س 34 رقم 186 القاعدة رقم 2 ص 935.

## المجموعة الخامسة

## قواعد قانونية في خصوص اختصاص

## مأموري الضبط القضائي ببعض إجراءات

## التحقيق الابتدائي في أحوال خاصة

أجاز قانون الإجراءات الجنائية لمأموري الضبط القضائي القيام ببعض إجراءات التحقيق الابتدائي في أحوال خاصة حددها وهي:

أولاً: القبض على المتهمين في حدود معينة بينتها المادة (34) من قانون الإجراءات الجنائية، وذلك محصور في حالة التلبس بالجنايات أو الجنح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر.

والقبض على المتهمين وفقاً لما جرى عليه نص المادة (35) من قانون الإجراءات الجنائية، إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف، ففي هذه الأحوال يجوز لمأمور الضبط القضائي اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض على المتهم.

ثانياً: تفتيش أشخاص المتهمين في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً عليهم، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (46) من قانون الإجراءات الجنائية.

ثالثاً: القبض على الأشخاص وتفتيشهم وتفتيش المنازل وضبط الأشياء عن طريق التفتيش وذلك في أحوال التلبس، وقد نصت على ذلك المواد 47، 50، 53، 55 من قانون الإجراءات الجنائية.

رابعاً: مباشرة أي من الإجراءات السابقة وذلك في حالة ندبهم من قبل إحدى سلطات التحقيق، وبما في ذلك سماع الشهود والخبراء بعد تحليف اليمين.

## المجموعة السادسة

## قواعد قانونية في خصوص

## تنفيذ الإذن الصادر بالتفتيش

**في أثر تحقق الغاية من التفتيش وماهية التلبس العرضي:**

نصت المادة (50) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها.

ومع ذلك إذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يضبطها".

**تطبيقات من أحكام النقض على نص المادة (50) من قانون الإجراءات الجنائية:**

1 - "ومتى كان لمأمور الضبط القضائي الحق في تفتيش منزل المتهم للبحث عن أسلحة أو ممنوعات بمقتضى أمر صادر له من السلطة المختصة، فهذا يبيح له أن يجري التفتيش في كل مكان يرى هو احتمال وجود هذه الأسلحة وما يتبعها فيه، وبأية طريقة يراها موصلة لذلك، فإذا هو تبين أثناء هذا التفتيش وجود مخبأ في أرض الغرفة ووجد به بعض الأكياس المعدة لوضع المخدرات كان حيال جريمة متلبس بها، ويكون من واجبه ضبط ما كشف عنه هذا التفتيش وتقديمه لجهة الاختصاص"[1].

وقد جاء بتقرير لجنة الشيوع عن نص المادة (51) إجراءات: "زيدت الفقرة الأولى لتقرير مبدأ أساسياً وهو أنه لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الاستدلالات أو التحقيق بشأنها، وأضيفت عبارة "عرضاً" بعد عبارة "إذا ظهر" في أول المادة تأكيداً للمبدأ المقرر في المادة 4 (من مشروع الحكومة) من أنه إذا دخل مأمور الضبط في منزل

(1) نقض 1952/3/13 مجموعة أحكام النقض س3 رقم 215 ص 582 .

المتهم للتفتيش عن أشياء في جريمة معينة فلا يجوز لـه التفتـيش عـن أشـياء تتعلـق بجرائم أخرى، ولكن ذلك لا يمنعه من ضبطها إذا وجدها عرضاً"[1].

2 – "وإذا كان لرجل الضبطية القضائية أن يفتش عن سلاح، فإن له أن يضبط كل جريمـة تظهر له عرضاً في أثناء تفتيش عن السلاح دون سعي مـن جانبـه في إجـراء التفتـيش بحثاً عن هذه الجريمة التـي لم يـؤذن بـالتفتيش مـن أجلهـا، فـإذا هـو تجـاوز هـذه الحدود وفتش لغير الغاية التي أبيح له التفتيش من أجلها كان عمله باطلاً.

فإذا كان الثابت بالحكم أن الضابط الذي كان يفـتش عـن سـلاح، قـرر أنـه بمجـر أن أمسك بمحفظـة المـتهم شـم رائحـة الأفيـون تنبعـث منهـا ففتشـها، فهـذا معنـاه أن تفتيشه الحافظة لم يكن مبنياً على أنه اشتبه في وجـود شيء مـما يبحـث عنـه، وإنمـا فتشها لأنه اكتشف الأفيون بها.

وإذن فإذا كانت محكمة الموضوع قد اعتمدت في إجازة التفتيش على حـق الضـابط في البحث عن السلاح الذي كان يبحث عنه، فإنه كـان عليهـا أن تقـول كلمتهـا فـيما دفع به المتهم من أن التفتيش كان بقصد ضبط المخدر لا بقصد البحث عن السـلاح، لا أن تكتفي في القول بصحته على حق الضابط في التفتيش عن السـلاح، وهـذا منهـا قصور يستوجب نقض حكمها"[2].

**تعريف حالة التلبس العرضية:**

في ضوء ما تقدم نعرف حالة التلبس العرضية بأنها "هي التي تظهر عرضاً (بالصـدفة البحتة) أمام مأمور الضبط القضائي، بلا سعي منه ودون أن يبذل أي جهد ملموس في سـبيل الكشف عنها وضبطها.

**شروط صحة حالة التلبس العرضية:**

هناك شرطان لصحة حالة التلبس العرضية هما:

الأول: أن تكون قد ظهرت عرضاً وبمحض الصدفة دون تدخل إيجابي مقصود من جانب مأمور الضبط القضائي بهدف الكشف عنها[3].

(1) نقض 581 لسنة 41 قضائية جلسة 1971/11/15 مجموعة القواعد جـ1 ص 656 .

(2) نقض 1950/11/27 أحكام النقض س2 رقم 84 ص 217 .

(3) نقض رقم 581 سنة 42 ق جلسة 1971/1/15 جـ3 ص 656.

الثاني: أن تأتي ثمرة لإجراء مشروع قام به مأمور الضبط القضائي، كالقيام بتفتيش قانوني صحيح، أو استيقاف سبقته حالة ريبة وشك، أو أثناء مباشرة مأمور الضبط القضائي لأعمال الاستدلال، أو مراقبة تنفيذ القوانين واللوائح، فإذا تخلف أي من هذين الشرطين كانت حالة التلبس العرضية باطلة والدليل المستمد منها لا يعول عليه.

# المجموعة السابعة

# قواعد قانونية في خصوص

# أسباب وأوجه الطعن في الأحكام الجنائية المعيبة

حدد المشرِّع أسباب الطعن بالنقض حيث أوردها على سبيل الحصر في المادة 30 من القانون رقم 57 لسنة 1959 بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض، وقد حصر المشرِّع هذه الأسباب في ثلاثة مع العلم بأن هذه الأسباب تصلح للطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن وليس الطعن بالنقض فقط، فهي تصلح للطعن في الحكم بالمعارضة أو بالاستئناف وهذه الأسباب هي:

(1) إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو تأويله.

(2) إذا وقع بطلان في الحكم.

(3) إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم.

ونتناول كل سبب من هذه الأسباب الثلاثة بكلمةٍ موجزة، مع بيان الأهمية النظرية لتقسيم هذه الأسباب في الواقع إلى سببين أساسيين الأول هو الخطأ في تطبيق القانون الموضوعي، والثاني هو الخطأ في تطبيق القانون الإجرائي، وعلى أية حال فإن أسباب الطعن في الحكم ثلاثة، وهي:

**السبب الأول: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله:**

(1) يقصد المشرِّع بمخالفة القانون الخطأ في القانون الموضوعي، أي قواعد القانوني التي تحدد أركان الجرائم وعناصر كل ركن، وعقوبات الجرائم، وما يعرض من أسباب تزيل أحد أركان الجريمة أو تمنع عقوبتها أو تشددها أو تخففها وجوباً[1].

(2) يشمل القانون الموضوعي الذي قد يخالفه الحكم المطعون فيه أو يخطئ في تطبيقه وتأويله مجموعات أربع من القواعد القانونية، وهي:

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة 1995، صفحة 1319.

[أ] قانون العقوبات، باعتباره القانون العام في التجريم والعقاب.

[ب] القوانين المكملة لقانون العقوبات، مثل قانون المرور، وقانون الجمارك، وقانون الغش التجاري، وقانون المخدرات، وقانون الأسلحة والذخائر، وأية قوانين أخرى يرد بها نصوص تتعلق بالجريمة والعقوبة في مجال من المجالات.

[ج] القوانين غير العقابية التي أحال إليها الشارع في تحديد أركان بعض الجرائم، كقواعد القانون المدني التي تحدد الملكية في جريمة السرقة أو التي تحدد عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، أو قواعد قانون الأحوال الشخصية التي تحدد الزواج في جريمة الزنا.

[د] القواعد القانونية غير المكتوبة، كالعرف ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي إذا كان لها دور في تحديد أسباب الإباحة في بعض الجرائم.

[هـ] مبادئ الشريعة الإسلامية، في حالة أن يرد بها أسباب إباحة في بعض الجرائم.

(3) إن الشارع قد استعمل تعبيرات ثلاثة للدلالة على مخالفة القانون كسببٍ من أسباب الطعن بالنقض، وهي: مخالفة القانون، والخطأ في تطبيق القانون، والخطأ في تأويله، ونود التنويه إلى أن تعبير "مخالفة القانون" يغني عنها جميعاً[1].

(4) إذا استند الطعن بالنقض إلى مخالفة القانون، فإن محكمة النقض تصحح الخطأ بنفسها وتحكم في الموضوع بمقتضى القانون، ولا تحيل الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

(5) من الحالات التي تندرج تحت هذا السبب، وتعتبر أوجهاً للطعن في الحكم بالنقض، نذكر ما يأتي:

[أ] أن يعتبر الحكم الفعل الذي لم يجرمه الشارع جريمة، كما لو اعتبر الحكم الاستيلاء على المال بالكذب المجرد نصباً، أو اعتبر تبديد مال لم يسلم بناءً على عقد من عقود الأمانة خيانة أمانة، أو اعتبر إعطاء كمبيالة بغير مقابل وفاء جريمة.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 1321.

[ب] إنكار الحكم سبب إباحة أو مانع مسئولية أو مانع عقاب يعترف به القانون، كقواعد العرف أو الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي، إذ جعل لها الشارع دوراً في تحديد أسباب الإباحة وموانع المسئولية والعقاب، ومثال ذلك الحكم الذي ينكر أن للزوج حق تأديب زوجته في نطاق الحدود التي قدرتها الشريعة الإسلامية، والحكم الذي يرفض اعتبار زواج الخاطف بمن خطفها مانع عقاب في جريمة الخطف.

[ج] خطأ الحكم في الوصف القانوني للجريمة، كأن يُثبت أن تسليم المال ناقل لحيازته الناقصة بناءً على عقد من عقود الأمانة ثم يصف الواقعة بأنها سرقة، أو يصف محرراً عرفياً بأنه محرر رسمي، ويدين المتهم بجريمة التزوير في محرر رسمي.

[د] توقيع الحكم عقوبة لم ينص عليها القانون، كما لو قضي بعقوبة بدنية يجهلها القانون.

[هـ] توقيع الحكم عقوبة لم يقررها القانون من أجل الجريمة التي قضي فيها، كما لو قضي بالحبس في جريمة يقرر لها القانون عقوبة الغرامة.

[و] توقيع الحكم العقوبة التي قررها القانون، ولكن مجاوزاً الحد الأقصى أو الأدنى الذي وضعه القانون لها.

[ز] توقيع الحكم عقوبتين من أجل جريمتين ارتكبتا لغرضٍ واحد وارتبطتا ارتباطاً غير قابل للتجزئة، أو توقيعه عقوبة واحدة ليست أشد عقوبتيهما.

(6) القاعدة العامة في اعتبار أن الحكم قد خالف القانون هي: "إخلال الحكم بقاعدةٍ قانونيةٍ موضوعية أياً كان موضع النص عليها، سواءً أكانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وكان متعيناً تطبيقها للفصل في موضوع الدعوى الجنائية أو الدعوى المدنية التي ينظر فيها القضاء الجنائي".

**السبب الثاني: بطلان الحكم:**

(1) ويعني هذا السبب من أسباب الطعن بالنقض أن الحكم المطعون فيه قد شابه عيب من حيث إجراءات نشوئه، أو إجراءات تحريره وتوقيعه، أو من حيث البيانات التي يتعين أن يشتمل عليها، وفي تلك الأحوال يكون أساس العيب الذي شاب الحكم مخالفة أية قاعدة قانونية يقتضيها وجود الحكم وصحته، وهذا

يستدعي الرجوع إلى القواعد القانونية التي تحدد أركان الحكم وشروط صحته[1].

(2) من الأوجه التي يمكن الاستناد إليها تأسيساً على هذا السبب من أسباب الطعن بالنقض في الحكم الجنائي المعيب ما يأتي:

[أ] إذا صدر الحكم، دون أن تسبقه مداولة قانونية، كأن يكون قد صدر دون أن تسبقه مداولة قط، أو سبقته مداولة ولكن لم تتوافر لها شروط صحتها، إذ لم تكن سرية، أو اشترك فيها قضاة لم يسمعوا المرافعة، أو خولفت قواعد التصويت، فلم يصدر الحكم بأغلبية الآراء، أو لم يصدر بالإجماع، أو لم يتضمن النص على صدوره بالإجماع في الحالات التي أوجبها القانون فيها.

[ب] إذا لم يُنطق بالحكم علناً.

[ج] إذا لم يحرر الحكم ويوقع على نسخته الأصلية طبقاً للقانون في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ النطق به، أو إذا لم يحرر الحكم ويوقع أصلاً، أو تراخى ذلك إلى ما بعد مضي ثلاثين يوماً على تاريخ النطق به، على أنه لا تتوافر هذه الحالة إذا كان الحكم صادراً بالبراءة.

[د] إذا لم يتضمن الحكم أجزاءه التي تطلبها القانون، وهي: ديباجته، وأسبابه، ومنطوقه، أو لم تتضمن ديباجته البيانات التي تطلبها القانون وهي تاريخ صدوره، وأسماء القضاة، وأسماء أطراف الدعوى، وتاريخ ارتكاب الجريمة ومحلها، وبيان الواقعة المستوجبة للعقوبة، والإشارة إلى نص القانون الذي طبقه، فإذا لم يتضمن الحكم أي من هذه البيانات كان باطلاً.

وكذلك يجب أن يتضمن الحكم الأسباب التي استند إليها في قضائه، بشروطها المقررة، وهو ما نتناوله بشكل خاص فيما يلي:

**انعدام التسبيب أو قصوره:**

[1] نصت المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:

((يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بنيَ عليها، وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها، وأن يُشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه)).

(1) يُراجع: الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 1324.

**ونصَّت المادة 311 من القانون ذاته على أنه:**

((يجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم، وتُبيِّنُ الأسباب التي تستند إليها)).

ومن المقرر فقهاً وقضاء في ضوء نص المادتين 310، 311 من قانون الإجراءات الجنائية أن الحكم يبطل إذا لم يتضمن أسباباً قط، أو إذا لم يتضمن أسباباً توافرت لها شروطها، إذ يجب أن تكون الأسباب مفصلة ومتسقة فيما بينها، وفيما بينها وبين المنطوق.

وتطبيقاً لما تقدَّم، فيكون الحكم باطلاً الذي يتضمن أسباباً مجملة أو مبهمة، أو يتضمن أسباباً متناقضة، بحيث لا تصلح لأداء دورها القانوني في تدعيمه.

وفي حالات كثيرةٍ قد يكون إجمال الأسباب وغموضها ستاراً يخفي سوء فهم محكمة الموضوع للقانون، وتجاوزها في تأويله وتطبيقه على واقعة الدعوى[1].

[2] في نطاق هذا السبب من أسباب الطعن بالنقض، إذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، فإنها تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد مشكلة من قضاة آخرين، وفقاً لما جرى عليه نص الفقرة الثانية من المادة 39 من قانون النقض.

**السبب الثالث: بطلان الإجراءات الذي أثر في الحكم:**

أولاً: يفترض هذا السبب من أسباب الطعن بالنقض على الحكم المطعون فيه، أن إجراء من إجراءات الدعوى قد شابه البطلان من ناحية، وأن ذلك الإجراء الباطل قد أثر في الحكم من ناحيةٍ أخرى.

ويكون مؤدى ذلك، أنه إذا شابَ البطلان إجراء إلا أن هذا لم يؤثر في الحكم المطعون فيه، فإن بطلان الإجراء في هذه الحالة لا يصح اتخاذه سبباً للطعن بالنقض في الحكم.

ثانياً: ولا يكون الإجراء باطلاً إلا إذا كان بسبب مخالفة قاعدة جوهرية، إذ لا يصلح سبباً للطعن بالنقض مخالفة الإجراء لقاعدة إرشادية.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 1327.

ثالثاً: ويجب مراعاة الفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي وما يترتب على كلٍّ منهما من أحكامٍ من حيث جواز إثارة سببه لأول مرة أمام محكمة النقض، أو من حيث وقت التمسك به وحق الدفع به[1].

رابعاً: أوجه وحالات البطلان المتصلة بهذا السبب من أسباب الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية المعيبة، نذكر منها[2]:

**[أ] في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي:**

يترتَب البطلان في الأحوال الآتية:

1 - عدم اختصاص مأمور الضبط القضائي أو المحقق.

2 - مباشرة مأمور الضبط القضائي إجراء تحقيق دون أن تتوافر حالة التلبس، أو دون أن يستند إلى انتداب صحيح من سلطة التحقيق.

3 - اتخاذ المحقق إجراء تحقيق لم تتوافر مفترضاته التي نصَّ عليها القانون، كما لو أمر بتفتيش المسكن أو القبض أو الحبس الاحتياطي دون أن تتوافر شروطه.

4 - مباشرة المحقق إجراء توافرت مفترضاته، ولكن ليس على النحو الذي اشترطه القانون، كما لو فتش أنثى دون أن ينـدب لذلك أنثى، أو لم يدع محامي المتهم في جناية لحضور استجوابه، ولم يضع الملف تحت تصرفه في اليوم السابق على الاستجواب.

5 - مخالفة المحقق للقواعد الجوهرية الخاصة بنشوء دليل يعتد به القانون، كما لو استمع إلى شاهد دون حلف يمين، أو حصل على اعتراف المتهم عن طريق إكراهه.

6 - مخالفة قواعد الإحالة إلى القضاء، كما لو صدر أمر الإحالة على الرغم من سبق صدور أمر بألاَّ وجه لإقامة الدعوى ما زالت له قوته.

(1) يُراجع مؤلفنا: القصور في أعمال الجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة وبطلان الإجراءات الجنائية، ص 17 وما بعدها.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 1328 وما بعدها.

**[ب] في مرحلة المحاكمة:**

يترتَّب البطلان في الأحوال الآتية:

1 - الخلل في تشكيل المحكمة، كما لو جلس فيها عدد أقل مما يتطلبه القانون، أو توافرت حالة لعدم الصلاحية بالنسبة لأحد أعضائها، أو لو لم تكن النيابة العامة ممثلة.

2 - عدم اختصاص المحكمة بالدعوى، أياً كان وجه عدم الاختصاص.

3 - عدم قبول الدعوى، أياً كان سبب عدم القبول، كما لو رفعت من غير ذي صفة، أو كانت قد انقضت بسبب من أسباب الانقضاء، كالتقادم أو سبق صدور حكم فيها.

4 - الإخلال بالقواعد الجوهرية في إجراءات المحاكمة، كما لو نظرت المحكمة الدعوى في غير علانية، أو لم يكن للمتهم بالجناية مدافع، أو حوكم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور، أو تولي محام واحد الدفاع عن عدد من المتهمين تعارضت مصالحهم، أو استجواب المتهم دون قبوله، أو لم يطرح الدليل في الجلسة على وجه يحقق مبدأ الشفوية والمواجهة، أو لم يكن المتهم آخر من تكلم، أو اعتبرت المحكمة الاستئنافية نفسها – وهي تنظر في الدعوى المدنية – مقيدة بالحكم الصادر في الدعوى الجنائية.

خامساً: يجب أن يكون البطلان قد أثر في الحكم المطعون فيه، فلا يكفي أن يكون قد لحق أحد الإجراءات بطلان، بل يلزم أن يكون هذا البطلان قد أثر في الحكم.

والمعيار الذي بمقتضاه يمكن الجزم بأن الإجراء الباطل قد أثر في الحكم من عدمه، هو أن يكون الحكم قد استند إلى هذا الإجراء الباطل، بحيث يمكن القول بأن عيب الإجراء قد امتدَّ إلى الحكم فصار بدوره معيباً[1].

سادساً: وفي نطاق هذا السبب أيضاً من أسباب الطعن بالنقض في الأحكام الجنائية المعيبة، إذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، فإنها تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد مشكلة من قضاة آخرين. وفقاً للمادة 39 فقرة ثانية من قانون النقض.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 1329.

## المجموعة الثامنة

## قواعد قانونية في خصوص

## أدلة وإجراءات الإثبات من حيث قانونيتها وشرعيتها

يجب على المحامي وهو يفحص ملف القضية أن يتبين بوضوح من أن المحكمة المحال إليها الدعوى مختصة بنظرها، وذلك على نحو ما بينا في موضعٍ سابق، ثم إذا تبيَّن له أن المحكمة مختصة نوعياً وشخصياً بنظر الدعوى، أن يتبيَّن أيضاً من توافر كافة شروط قبول الدعوى الجزائية، فإذا تبيَّن له توافر تلك الشروط، يتطرق بعد ذلك إلى فحص وتمحيص موضوع الدعوى من حيث مدى شرعية الإجراءات التي اتخذت حيال المتهم ووضع أدلة الثبوت فيها، وذلك لكي يعد دفاعه على هدي ما قد يتبيَّن له، سواء كان ذلك أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف أو قبل إعداد الطعون التي يقيمها سواءً أكانت طعناً بالاستئناف أو طعن بالتمييز أو غيرها.

وعلى أية حال فإن المحامي يفحص ملف القضية أو الحكم الذي يريد أن يقيم طعناً فيه، من حيث ما يأتي:

**[1] إجراءات جمع الأدلة، سواءً أكانت من إجراءات الاستدلال أو التحقيق الابتدائي:**

وفي نطاق هذا المجال يفترض أن يكون الإجراء قد أسفر عن دليل من أدلة الدعوى المؤثرة على نتيجة الفصل فيها.

ومن الإجراءات التي يجب أن يقف المحامي على مدى شرعيتها أو مطابقتها للقانون، القبض أو التفتيش أو الاستجواب أو المواجهة، أو الاعتراف، أو المعاينة، أو انتداب الخبراء... إلخ.

فيجب أن يتبيَّن المحامي أن هذه الإجراءات أو ما تمَّ منها بخصوص القضية التي يحاكم فيها المتهم، قد وقع صحيحاً موافقاً لأحكام القانون، وأن الدليل الذي أسفر عنه ذلك الإجراء صحيحاً، أما إذا كان الإجراء باطلاً، فإن الدليل الذي ترتب عليه يكون باطلاً كذلك، فالقاعدة أن ما بني على باطل فهو باطل، ويكون هذا البطلان سبباً لبراءة المتهم.

ويجب أن يعلم المحامي المدافع عن المتهم أن البطلان المترتب على مخالفة قواعد الاستدلال والتحقيق الابتدائي في جملته نسبياً ولقد جاءت المادة 333 من قانون الإجراءات الجنائية، صريحة في هذا الشأن، إذ نصت على أنه:

((في غير الأحوال المشار إليها في المادة السابقة يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه. أما في مواد المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحاً إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام في الجلسة. وكذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه)).

**[2] إجراءات إقامة الدعوى الجنائية وإجراءات ورقة التكليف بالحضور أمام المحكمة:**

يجب أن يعلم المحامي أن مخالفة النصوص القانونية المتعلقة أو المنظمة لإجراءات إقامة الدعوى الجنائية يترتب عليها البطلان المطلق، وقد سبق بيان ذلك في موضع سابق.

أما بطلان إجراءات التكليف بالحضور فهو بطلان نسبي، ويخضع لقواعد معينة خاصة به.

**[3] إجراءات المحاكمة:**

ومثال ذلك قواعد تشكيل المحكمة، أو قواعد الاختصاص المتعلق بالولاية، أو الاختصاص النوعي، وفي هذه الأحوال يلزم أن يعلم المحامي أن بطلان الإجراءات المتعلق بتلك النواحي من البطلان المطلق.

أما قواعد الاختصاص بسبب المكان (المكاني) فهي من نوع البطلان النسبي، وكذلك الأمر بالنسبة لإجراءات التحقيق في الجلسة، فإن مخالفة القواعد المتعلقة بها يترتب عليها البطلان النسبي، أما مخالفة القواعد الخاصة بإجراءات قيام مانع لدى القاضي مما يجعله غير صالح لنظر الدعوى، فهو بطلان مطلق من النظام العام،

وكذلك الأمر بالنسبة لأحوال التعارض مع وظيفة القضاء المنصوص عليها في المادة 313 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ويترتب البطلان المطلق كذلك على مخالفة القواعد التي تقرر وجوب حضور محام مع المتهم بجناية، فإذا لم يحضر محام مع المتهم في هذه الحالة تكون المحاكمة باطلة[1].

(1) يُراجع صفحة وما بعدها من هذا المؤلف.

## المجموعة التاسعة

## قواعد قانونية في خصوص

## العيوب التي قد تشوبُ الحكم الجنائي الصادر بالإدانة واستخلاص أوجه الطعن فيه، وتحضير أسباب الطعن سواء بالاستئناف أو بالنقض

يلزم التنويه في هذا الصدد إلى أنه يجب على المحامي أن يقرأ الحكم الصادر بالإدانة والذي يطلب منه إعداد صحيفة الطعن فيه، سواءً أكان الطعن بالاستئناف أو بالنقض بحسب الأحوال.

وفضلاً عما تقدَّم، بشأن أدلة وإجراءات الإثبات من حيث قانونيتها أو مشروعيتها، فإن المحامي يجب أن أيضاً أن يدرس الحكم الذي يريد الطعن فيه ويفحصه جيداً، حتى يقف على ما شابه من عيوبٍ، وليحدد أوجه الطعن فيه، والأسباب التي يستند إليها في طعنه، وعلى ذلك يجب أن يقف المحامي على أمور الآتية:

[1] أن يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم المطعون فيه في إدانة المتهم له مأخذ صحيح من الأوراق:

فيجب أن يعلم المحامي أنه من المقرر في الفقه والقضاء التزام القاضي أن يكون في استدلاله الوارد في الحكم الذي يُصدره مستنداً إلى أدلةٍ مأخوذة من أوراق الدعوى حقيقة وفعلاً، والمخالفات التي يقع فيها الحكم الجنائي في هذا الخصوص تعود إلى ما يسمى "الخطأ في الإسناد"، ويقع الحكم الجنائي في هذا الخطأ إذا أسند – مثلاً – أقوالاً إلى شاهد لم يقلها، أو اعترافاً إلى متهم لم يصدر منه، أو معاينة لم تسفر عما نسبه إليها أو نقله عنها، أو نسب الحكم عبارة هامة إلى تقرير طبي لم ترد به، وعلى أية حال يمكن القول بأن الحكم شابه الخطأ في الإسناد كلما استند إلى واقعة جوهرية اعتبرتها المحكمة صحيحة قائمة وهي لا وجود لها.

ويجب أن يعلم المحامي أن المعيار في تقرير وجود الخطأ في الإسناد من عدمه يكون بالرجوع إلى أوراق الدعوى والتحقيق الذي يجري بالجلسة

لمعرفة ما إذا كانت العبارة التي أخطأ الحكم في إسنادها إلى مصدر معين واردة فيما ثبت على لسان هذا المصدر أم لا.

ويجب التنويه في هذا الخصوص أنه حتى يُوصف الحكم بالخطأ في الإسناد، لا بُدَّ أن يكون استدلال الحكم بالدليل الوهمي غير الموجود بالأوراق قد ورد على مسألة جوهرية.

[2] أن تكون الأدلة التي عوَّل عليها الحكم وليدة إجراءات صحيحة:

فيلزم أن يتأكد المحامي وهو يقرأ ملف القضية ويفحص وقائع الدعوى الثابت فيها أن الحكم الصادر فيها والمطلوب الطعن فيه قد استدلَّ على ثبوت الواقعة بدليل صحيح في القانون، ويكون الدليل كذلك. إذا كان وليد إجراءات صحيحة غير مخالفة للقواعد المقررة والتي رسمها القانون، وأوجَبَ اتباعها، سواء في جمع الاستدلالات، أو في التحقيق الابتدائي، أو النهائي، وإلا كان استدلاله فاسداً معيباً، ومن قبيل ذلك أن يستدل الحكم بما أسفر عنه من دليل تفتيش باطل، أو قبض غير صحيح، أو استجواب مخالف للقانون، أو اعتراف مشوبٌ بإكراه، أو محرر مسروق، أو بمعلوماتٍ وصلت إلى شاهد عن طريق مخالف للنظام العام أو حسن الآداب كاستراق السمع أو التجسس من ثقوب الأبواب، أو بأخرى تتضمن إفشاء لسر المهنة.

وفي كل هذه الأحوال وأمثالها، يجب أن يكون المحامي المدافع عن المتهم قد دفع ببطلان الدليل في الوقت المناسب، ومع ذلك عوَّلت عليه المحكمة في إدانة المتهم.

[3] أن يكون الحكم المطعون فيه قد ذكر مؤدى الأدلة التي استند إليها في قضائه:

من المقرر في الفقه والقضاء على السواء، أنه يجب على المحكمة أن تبين في حكمها مؤدى الأدلة التي عوَّلَ عليها في قضائه بياناً كافياً، ولا تكفي مجرد الإشارة العابرة إليها، أو التنويه عنها تنويهاً مقتضباً مخلاً، ومعنى ذلك أنه يجب على القاضي أن يسرد في حكمه مضمون الدليل بطريقةٍ وافية يُبيِّن منها مدى تأييده للواقعة كما اقتنعت بها المحكمة، ومبلغ اتفاقه مع باقي الأدلة التي أقرها الحكم، أو بعبارةٍ أخرى: حتى يتضح وجه استدلاله بها، وإلا كان ذلك قصوراً في التسبيب يعيب الحكم بما يُبطله.

[4] يلزم أن تكون الأدلة التي عوَّلَ عليها الحكم في قضائه تصلح لأن تكون عناصر إثبات أو نفي سائغة:

من المقرر في الفقه والقضاء كذلك، أنه يلزم في استدلال الحكم بدليل من الأدلة – بالإضافة إلى كل ما تقدَّم – أن يكون هذا الدليل يصلح لأن تستخلص منه عناصر إثبات أو نفي حقيقية سائغة. أو بعبارةٍ أخرى أن يكون الدليل مؤدياً لما رتَّبه عليه الحكم من نتائج في غير تعسُّف، ولا تنافر مع حكم العقل والمنطق، إذ لا يصح استخلاص نتيجة خاطئة، ولو من دليل صحيح أو واقعة ثابتة، وإلا كان الحكم معيباً بالخطأ أو الفساد في الاستدلال مما يعيبه ويستوجب نقضه.

ومن قبيل ذلك، أن تسرد المحكمة في حكمها شهادة شاهد، أو تقرير خبير، أو معاينة، أو أقوال متهم على حقيقتها، ودون خطأ في الإسناد إليها، ثم تستخلص من هذا أو ذاك عناصر إدانة أو براءة لا محل لها.

ومن صور الفساد في الاستدلال، القصور فيه، ومظهره أن يستخلص الحكم دليل من الأدلة ناقصاً في مسوغاته أو مبهماً، بما يحول دون إمكان التحقق من صحته، وذلك بأن يجهل الحكم مثلاً بعض العناصر الضرورية ليدلل على مدى توفيقه في الاستدلال بما استدل عليه أو استند إليه، أو بأن يغفل الحكم التعرض لبعض نواحي الضعف أو انعدام التماسك في هذه العناصر التي قد تظهر لأول وهلة من الاطلاع عليها، بما يدفع مظنة الاستدلال الخاطئ بها فيما انتهى إليه من نتيجة.

[5] ألا يشوبُ الأسباب التي يُوردها الحكم المطعون فيه إجمال أو إبهام وما إليهما:

من المقرر في الفقه والقضاء أيضاً، أنه يجب ألا يشوب الأسباب – بوجهٍ عام – إجمال أو إبهام، ويكون ذلك، كلما جاءت الأسباب مجملة أو غامضة فيما أثبتته أو نفته من بعض الوقائع التي لا بُدَّ من الوقوف على حقيقتها للتحقق من تطبيق القانون على الوجه الصحيح، سواءً أكانت هذه الوقائع تتعلق ببيان توافر أركان الجريمة أو ظروفها، أو تتعلق بالردِّ على أوجه الدفاع أو الدفوع الجوهرية، أو ما تعلق بعناصر الإدانة بوجهٍ عام، الأمر الذي لا يمكن معه أن تتحقق محكمة النقض من صحة الحكم أو من فساده.

ويعتبر من قبيل الإبهام أن تُورد المحكمة في الحكم المطعون فيه روايات غير متجانسة لشهود متعددين دون أن تُبيِّن بأيها أخذت، أو دون أن ترجح بعضها على البعض الآخر، أو دون أن تستخلص النتيجة منها.

ومن قبيل الغموض والإبهام أيضاً ما يعبر عنه باضطراب الحكم، وهو عبارة عن اختلال فكرته من حيث تركيزها في موضوع الدعوى وعناصر الواقعة بحيث لا يستطاع استخلاص مقومات الحكم، سواء ما تعلق منها بواقعة الدعوى، أو اتصل بتطبيق القانون.

وينطبق وصف القصور في التسبيب على حالة عدم إيراد الحكم مؤدى الدليل كلية، أو إيراده بطريقة غير كافية، ولا يعتبر ذلك من قبيل الإبهام.

ويجب التنويه، إلى أن الإبهام في بيان الواقعة إنما يعيب حكم الإدانة فحسب دون حكم البراءة، ذلك أن تصدي الحكم لبيان الواقعة بياناً كافياً واضحاً لا يكون حتمياً أو إلزامياً إلا في صورة أو حالة إدانة المتهم وتوقيع العقوبة عليه.

[6] يجب ألا يقع الحكم في التناقض أو التخاذل وما إليهما:

من المقرر وجوب ألا يقع في تسبيب الحكم - بوجه عام - تناقض أو تضارب بين الأسباب والمنطوق، أو بين بعض الأسباب وبعضها الآخر، وألا يصبح الحكم كما لو كان خالياً من الأسباب، فعلى سبيل المثال لا يصح أن يستفاد من الحكم عدم ثبوت الواقعة، ثم ينتهي إلى الإدانة أو العكس، كما لا يصح أن تذكر المحكمة واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين، أو تستند إلى أدلةٍ متناقضة بغير تفسير لهذا التناقض.

وقد يؤدي هذا التناقض إلى الإبهام، فيرد تعبير الإبهام أحياناً دلالة على التناقض، وإن كان الإبهام بحسب الأصل تدل عليه عبارات الحكم في ذاتها بحيث لا يمكن استخلاص النتيجة منها، في حين أن التناقض بين بعض الأدلة مثلاً وبعضها الآخر هو أن يتراءى لمحكمة الموضوع أن دليلاً من الأدلة التي عوَّلت عليها يساند دليلاً آخر مع أن الفهم الصحيح عند مقابلة كل دليل منهما بالآخر يقتضي القول بالتناقض، وكذلك الحال إذا تناقضت أسباب الحكم مع الثابت بمحضر الجلسة.

وتخاذل الحكم من صور التناقض الذي يعيب التسبيب، وإن كان أقل وضوحاً منه، فهو يشير إلى أن بعض الأسباب يخذل بعضها بعضاً في دلالته،

بحيث تكون غير ملتئمة في العقل معاً، فالتخاذل تناقض ضمني أو مستتر بين أجزاء الحكم وقد لا يكشفه القارئ إلا بعد إمعان النظر في مدلول عباراته، ومقارنة بعضها بالبعض الآخر، ومن ثم قد يختلف فيه الرأي في الحكم عليه على عكس التناقض الذي هو تعارض واضح، ويُعبر أحياناً عن التخاذل بأنه تهاتر فيما بين الأسباب، أو فيما بينها وبين المنطوق[1].

الخلاصة إذن، فيما يتعلق بالعيوب التي قد تشوب الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، والتي تسوغ الطعن فيه سواء بالاستئناف أو بالنقض بحسب الأحوال، فإن أوجه وأسباب الطعن يمكن حصرها فيما يأتي:

[1] بطلان إجراءات جمع الأدلة، سواءً أكانت من إجراءات الاستدلال أو التحقيق الابتدائي.

[2] بطلان إجراءات إقامة الدعوى الجنائية.

[3] بطلان إجراءات المحاكمة.

[4] انعدام التسبيب، أو القصور في التسبيب أو الفساد في الاستدلال، ويكون ذلك في الأحوال الآتية:

(أ) أن يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم في إدانة المتهم ليس له مأخذ صحيح من الأوراق.

(ب) ألا يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم في إدانة المتهم وليد إجراءات صحيحة في القانون.

(ج) ألا يذكر الحكم مؤدى الأدلة التي استند إليها في قضائه.

(د) ألا تصلح الأدلة التي عول عليها الحكم في الإدانة أن تكون عناصر إثبات أو نفي سائغة.

(هـ) أن تكون الأسباب التي أوردها الحكم مشوبة بإجمال أو إبهام أو ما إليهما.

(و) أن يقع الحكم في التناقض أو التخاذل وما إليهما.

(1) يُراجع في تفاصيل هذا الموضوع: الدكتور رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، صفحة 279، وما بعدها.

**الخلاصة أن قواعد قانون الإجراءات الجنائية هي قواعد علمية بالمعنى الدقيق:**

أوردنا فيما تقدم بعض قواعد قانون الإجراءات الجنائية التي وردت في بيان أحكام بعض الإجراءات، وكان لا يمكن أن نورد كل قواعد الإجراءات الجنائية، وقد اكتفينا بذكر بعض القواعد للتدليل على أن قيام المحامي بأعمال المحاماة في خصوص "القضايا الجنائية" إنما يعتمد على العلم بالقانون وعلى الأقل أن علمه بالقانون في حدود القواعد القانونية الواجبة التطبيق على قضيته التي يحضر ويترافع فيها أو يقدم مذكرة مكتوبة بدفاعه.

وتوافر علم المحامي بالقواعد القانونية الإجرائية يجعل المحامي قادراً على القيام بما يأتي:

أولاً: التأكد من أن سلطات جمع الاستدلالات والتحقيق في قيامها بواجباتها وما قامت به من إجراءات في خصوص الدعوى الجنائية إنما تم وفق ما تقضي به قواعد الإجراءات الجنائية.

ثانياً: الوقوف على أوجه القصور أو البطلان فيما قامت به سلطة جمع الاستدلالات أو سلطة التحقيق، وجعل هذه الأوجه هي أساس الدفاع الشفوي أو المكتوب.

ثالثاً: مراقبة المحكمة فيما صدر عنها باعتبارها سلطة الحكم، وذلك في مرحلة الطعن على الحكم الصادر بإدانة المتهم وذلك من حيث:

1 – هل المحكمة التزمت بقواعد الإجراءات الجنائية سواء من حيث التقيد بقواعد مبدأ شفوية المرافعة أو القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع أو تلك المنظمة لتسبيب الأحكام وغيرها.

2 – هل المحكمة طبقت قواعد القانون تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى وهل فهمت المحكمة القواعد الواجبة التطبيق على وجهها الصحيح وما مدى سلامة الاستدلال الذي أجرته المحكمة للوصول إلى القرار الذي ضمنته منطوق الحكم.

رابعاً: تحديد أسباب وأوجه الطعن في الحكم الصادر بإدانة المتهم في ضوء العمليات السابقة التي أجراها المحامي، ولا يخفى أن كل العمليات التي يجريها المحامي إنما هي تقوم وتعتمد أولاً وأخيراً على ما يتوافر لدى المحامي من علم بالقانون وفهم صحيح لأحكامه، وهو ما يجعلنا دائماً نجزم بأن المحاماة تقوم على العلم، وأن كل أعمال المحاماة لا يمكن أن تؤدي بدون العلم بالقانون.

# الفصل الثاني

## القواعد القانونية الموضوعية

## (قواعد قانون العقوبات) التي تعين المحامي على إبداء الدفاع والطلبات والرد على ما قد تطلبه المحكمة في ذات الجلسة

## العلم بالقواعد القانونية

## في مجال القضايا الجنائية

1- قواعد قانونية في مجال التجريم والعقاب والمسئولية الجنائية.

2- قواعد قانونية في مجال إجراءات أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة ونظام الأحكام القضائية وطرق الطعن.

3- قواعد قانونية في مجال التنفيذ العقابي.

## المبحث الأول

## القواعد القانونية التي وردت في

## القسم العام من قانون العقوبات

إن ما نذكره من قواعد قانونية مما وردت في القسم العام من قانون العقوبات، ليست هي كل القواعد القانونية التي وردت بهذا القسم من قسمي قانون العقوبات، لأن ذلك ليس هو مقصودنا من هذه الدراسة، ولكننا فقط نورد نماذج من القواعد القانونية باعتبارها "قواعد علمية" وباعتبار أن القانون الجنائي هو "علم" لكونه أحد أفرع القانون، ومن ثم فإن كل القواعد القانونية هي قواعد علمية بالمعنى الدقيق، ويجب أن يحيط المحامي بكل هذه القواعد باعتبار أن العلم هو المقوم الأساسي من مقومات مهنة المحاماة.

## المطلب الأول

## قواعد قانونية في مجال التجريم

## والعقاب والمسئولية الجنائية

قواعد التجريم والعقاب والمسئولية الجنائية أوردها المشرع في قانون العقوبات والقوانين الجنائية الخاصة، وهي قواعد علمية بالمعنى الدقيق يتعين أن يكون المحامي ملماً بها ليتمكن من فحص ملف القضية التي يوكل للدفاع فيها وإعداد دفاعه في ضوء ما يستخلصه من وقائع ذات أهمية في القضية ترشده إلى النصوص القانونية الواجبة التطبيق.

والقواعد القانونية التي وردت سواء في قانون العقوبات في كل من قسميه العام والخاص أو تلك التي وردت في التشريعات الجنائية الخاصة هي التي تمثل عنصر "العلم" في أي عمل يقوم به المحامي وعلى وجه الخصوص في إعداد وتقديم دفاعه أمام المحكمة سواء الدفاع الشفوي أو الدفاع المكتوب "المذكرات" ولا يتصور بحال من الأحوال أن ينجح المحامي في أداء رسالته بغير العلم بكل القواعد القانونية التي تحكم موضوع القضية الموكل للدفاع فيها.

## الفرع الأول

## أهم القواعد القانونية في مجال التجريم والعقاب والمسئولية الجنائية التي يتعين على المحامي العلم بها علماً جيداً وكافياً

### مجموعة قواعد قانونية تتعلق بشرعية الجرائم والعقوبات

أولاً: القاعدة القانونية التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهي ما يطلق عليه في الفقه والقضاء "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" بل أنه يطلق على هذه القاعدة "دستور التشريع العقابي".

هذه القاعدة تعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، بمعنى أن نصوص القانون وحدها هي مصدر التجريم والعقاب، فالنص القانوني وحده هو الذي يحدد الأفعال التي تعد جرائم، وهو الذي يبين أركانها ويحدد العقوبات المقررة لها من حيث نوعها أو مقدارها.

والقاضي وإعمالاً لهذه القاعدة لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معيناً جريمة إلا إذا وجد نص قانوني يقرر أن الفعل جريمة، حتى ولو اقتنع القاضي بأن ذلك الفعل مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر.

إذن، هذه قاعدة علمية بالمعنى الدقيق، وهي توجب على المحامي أولاً عندما يقرأ ملف القضية، أن يفكر قبل كل شيء ويجيب على هذا السؤال: هل هذه الواقعة في ملف القضية تُعد جريمة من الجرائم الواردة في قانون العقوبات أو في تشريع من التشريعات الجنائية الخاصة؟ وهذا يستوجب أن يراجع المحامي النصوص القانونية التي يشتبه أن تنطبق على هذه الواقعة، ويجري عملية المطابقة بين الواقعة المادية بكل عناصرها (واقعة القضية) والواقعة النموذجية للجريمة كما هي واردة في نص التجريم، ليقف على مدى المطابقة بين الواقعتين، فإذا تطابقت الواقعتان تمام التطابق، كانت الواقعة المادية (واقعة الجريمة) تعد جريمة في نظر القانون وتكون هذه الجريمة هي التي وردت في النص الذي تطابق مع الواقعة المادية.

حظر القياس في تفسير نصوص التجريم، إن أهم ما يجب توجيه النظر إليه، أن من مقتضيات وأصول تطبيق قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات الحذر في تفسير النصوص الجنائية، ومن ثم فإنه من المحظور قياس فعل لم يرد بشأنه نص تجريمي على فعل ورد نص بتجريمه بمقولة التشابه بين الفعلين، أو الاعتماد على أن العقاب على الفعل الثاني يحقق ذات المصلحة التي يحققها العقاب على الفعل الأول، الأمر الذي من شأنه أن القاضي لا يستطيع أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل "الاختلاس" ويعتبر من يحصل دون حق على منفعة شيء مملوك لغيره سارقاً، كما أن القاضي لا يستطيع أن يقيس على إحدى وسائل التدليس التي نص عليها القانون في المادة 336 من قانون العقوبات وسيلة لم يرد النص عليها في المادة، ويعتبر من يستولى على مال الغير عن طريق هذه الوسيلة مرتكباً جريمة النصب.

إذن، هذه أول قاعدة علمية "قانونية" يجب أن يوليها المحامي كل اهتمام ويعمل مقتضاها، لأنها بحق دستور التشريع العقابي.

ثانياً: القاعدة القانونية التي تقضي بأن سبب الإباحة يخرج الفعل من نطاق نص التجريم ويخلع عنه الصفة غير المشروعة ويرده إلى اصله من المشروعية:

فمن المقرر أن الفعل يعتبر جريمة إذا توافر له شرطان:

الأول : خضوع الفعل لنص تجريم.

والثاني : عدم خضوع الفعل لسبب إباحة، وباعتبار أن انتفاء أسباب الإباحة عنصر يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة، ذلك أن نصوص التجريم ليست مطلقة حيث توجد عدة قيود تحد من نطاقها فتخرج منها أفعالاً كانت داخله فيها، وهذه القيود هي أسباب الإباحة.

**أسباب الإباحة هي:**

1 - استعمال الحق، ووردت قواعده في المادة (60) من قانون العقوبات.

ومن تطبيقات استعمال الحق:

أ - حق التأديب، كحق تأديب الزوجة، وحق تأديب الصغار.

ب - حق مباشرة الأعمال الطبية.

جـ - حق ممارسة الألعاب الرياضية.

2 – الدفاع الشرعي: ووردت قواعده في المادة (245) من قانون العقوبات وما بعدها.

3 – استعمال السلطة: وقد ورد قواعد هذا الحق في المادة (63) من قانون العقوبات.

4 – رضاء المجني عليه[1].

ثالثاً: القاعدة القانونية التي تقضي بأنه لا مسئولية على مرتكب الجريمة إذا كانت إرادته غير معتبرة قانوناً، بأن تجردت من التمييز أو من حرية الاختيار.

إذن، جوهر هذه القاعدة أنه توجد حالات تتجرد فيها إرادة الجاني (المتهم) من القيمة القانونية، فلا يعتد بها القانون، ولا توصف الإرادة بأنها إجرامية وينعدم بها الركن المعنوي للجريمة.

خطة الشارع في بيان موانع المسئولية:

لقد حدد الشارع موانع المسئولية في نصوص صريحة، فخصص المادة (61) من قانون العقوبات للإكراه وحالة الضرورة، وتناول في المادة (62) الجنون أو عاهة العقل والغيبوبة الناشئة عن سكر غير اختياري.

وإنه مما يستحق الذكر أن الشارع لم ينص على موانع المسئولية في القانون على سبيل الحصر، ولذلك فإذا توافر حالة عدم التمييز أو حالة انعدام حرية الاختيار فإنه تقوم حالة امتناع المسئولية ولو لم يوجد نص في القانون يستند إليه هذا المانع بالذات[2].

رابعاً: القاعدة القانونية التي تقضي بامتناع عقاب الجاني لاعتبارات المنفعة الاجتماعية، وتقضي هذه القاعدة بأنه على الرغم من توافر أركان الجريمة فإن المصلحة التي يحققها توقيع العقاب تقل من حيث القيمة الاجتماعية عن المصلحة التي تتحقق إذا لم يوقع العقاب.

(1) يراجع الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام طبعة 1989 من ص 163 إلى ص 257.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 523 إلى ص 576.

**حالات امتناع العقاب:**

لقد نص الشارع على حالتين لامتناع العقاب وذلك في الفقرة الأخيرة من المادة (48) من قانون العقوبات الواردة في شأن "الاتفاق الجنائي".

ومن قبيل موانع العقاب كذلك، الإعفاء الذي تقرره المادة (291) من قانون العقوبات للخاطف إذا تزوج بمن خطفها زواجاً شرعياً.

**إذن، خلاصة القواعد القانونية المتعلقة بشرعية الجرائم والعقوبات هي:**

(1) إنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

(2) أن سبب الإباحة يخرج الفعل من نطاق التجريم ويرده إلى أصله من المشروعية.

(3) أنه لا مسئولية جنائية على من تجردت إرادته من التمييز أو حرية الاختيار.

(4) أنه لا عقاب إذا وجد مانع عقاب قانوني وتوافرت شروط ومقتضيات إعماله.

في الأحوال المتقدمة يلزم ألا توقع على الجاني ثمة عقوبة، سواء بسبب توافر سبب الإباحة، أو لتوافر مانع مسئولية أو توافر مانع من موانع العقاب، وتوقيع أية عقوبة في حالة من تلك الأحوال يكون بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

**شروط ملاحقة المتهم بالمحاكمة الجنائية (شروط حق الدولة في العقاب):**

توجد خمسة شروط لازمة لكي يمكن أن تلاحق سلطات الدولة الشخص وتقديمه للمحاكمة الجنائية ومعاقبته، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: وجود نص قانوني يحدد النموذج التشريعي للجريمة والعقوبة.

الشرط الثاني: ثبوت أن الشخص قد ارتكب هذه الجريمة المحددة الأركان والعناصر والشروط بالنموذج التشريعي السالف البيان.

الشرط الثالث: مشروعية إجراءات البحث عن الجريمة أو الكشف عنها، وكذا إجراءات التحقيق والمحاكمة التي يخضع لها هذا الشخص.

الشرط الرابع: عدم وجود مانع مسئولية أو مانع عقاب أو سبب إباحة يخضع له هذا الشخص الذي قامت الجريمة في حقه.

الشرط الخامس: ألا يكون حق الدولة في العقاب أو متابعة الجاني قد انقضى أو سقط لأي سبب من الأسباب مثل مضي المدة أو وفاة المتهم أو التنازل أو الصلح في الحالات التي يجوز فيها ذلك.

## الفرع الثاني
## قواعد قانونية أخرى وردت في
## القسم العام من قانون العقوبات خلاف
## قواعد شرعية الجرائم والعقوبات

في القسم العام من قانون العقوبات أورد المشرع القواعد العامة التي تخضع لها الجرائم والعقوبات على اختلاف أنواعها، وهي القواعد الأساسية التي يقوم عليها التشريع الجنائي الحديث، وهذه قواعد علمية بالمعنى الدقيق يلزم أن يكون المحامي على علم كاف بها وبكل تفاصيلها، ولقد وردت القواعد القانونية في القسم العام من قانون العقوبات لبيان ما يأتي:

**[1] الركن المادي للجريمة من حيث:**

أ – عناصر الركن المادي.

ب– تقسيم الجرائم المستند إلى اعتبارات تتصل بالركن المادي.

ج - صور الركن المادي.

**[2] الركن المعنوي للجريمة من حيث:**

أ – أساس المسئولية الجنائية.

ب – فيمن يسأل جنائياً.

جـ - موانع المسئولية.

د – صور الركن المعنوي.

**[3] العقوبة والتدبير الاحترازي:**

هذه مجرد عرض للمجالات التي وردت بشأنها قواعد قانونية، ويوجد في كل مجال من هذه المجالات موضوعات دقيقة وردت فيها قواعد قانونية تفصيلية، وهذه الموضوعات تعتبر من موضوعات القسم العام التي يلزم أن يكون المحامي على علم بها، ومن أهم هذه الموضوعات ما يأتي:

1 – موضوع "علاقة السببية".

2 – موضوع "المساهمة الجنائية".

3 – موضوع "القصد الجنائي".
4 – موضوع "الخطأ غير العمدي"
5 – موضوع "أسباب تخفيف العقاب"
أ – الأعذار المعفية والأعذار المخففة.
ب – الظروف المخففة.
6 – موضوع "انقضاء العقوبة.

هذه هي أهم موضوعات القسم العام من قانون العقوبات، والتي يجب أن يراجعها المحامي مراجعة جيدة ويستوعب جيداً القواعد القانونية التي ورد في كل موضوع منها، ونحن من جانبنا نرشح مؤلف الدكتور محمود نجيب حسني (رحمه الله تعالى) شرح قانون العقوبات القسم العام فهو من المؤلفات الممتازة المفيدة كثيراً في فهم هذه الموضوعات والاستفادة بما ورد في هذا المؤلف في إعداد مذكرات الدفاع وخاصة في موضوعات القصد الجنائي وعلاقة السببية والخطأ غير العمدي والمساهمة الجنائية وغيرها، فهذا المؤلف في حقيقة الأمر لا يستغنى عنه المحامي.

وفي موضوع قادم، سوف نورد دراسة لبعض هذه الموضوعات وأهم القواعد القانونية التي تفيد المحامي في خصوصها، ذلك أنه من غير المستطاع أن نورد بحوثاً في كل موضوعات القسم العام ذات الأهمية، وإذا فعلنا ذلك فلن نضيف أي جديد لما هو متوفر ومتاح من مؤلفات القسم العام من قانون العقوبات كما سلف البيان، ولكلننا هنا فقط نورد نماذج أو أمثلة للقواعد القانونية ذات الأهمية:

(1) قواعد قانونية تتصل بالقصد الجنائي باعتباره الركن المعنوي في الجرائم العمدية.
(2) قواعد قانونية تتصل بالخطأ غير العمدي باعتباره الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية.
(3) قواعد قانونية في مجال المساهمة الجنائية (الاشتراك في الجرائم).

ونذكر هذه القواعد باعتبار أن هذه الموضوعات من أهم موضوعات القسم العام، ونذكرها فقط كنماذج، وكل موضوعات القسم العام الأخرى لها ذات الأهمية ومن ثم يجب مراجعتها جيداً.

(4) قواعد قانونية في مجال الحدود الشرعية لتفسير النصوص الجنائية.

# المجموعة الأولى
# مجموعة قواعد قانونية في القصد الجنائي باعتباره الركن المعنوي في الجرائم العمدية

[1] ماهية القصد الجنائي:

القصد الجنائي هو اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة، وإلى إحداث النتيجة التي يعاقب عليها القانون في هذه الجريمة.

إذن، القصد الجنائي ووفقاً لما هو مستقر عليه في الفقه والقضاء يعني اتجاه إرادة الجاني إلى النشاط الإجرامي الذي باشره، وإلى النتيجة الإجرامية المترتبة عليه مع علمه بها وبكافة العناصر التي يشترطها القانون لقيام الجريمة.

والقصد الجنائي وفق ما تقدم يكون جوهره العلم، ومعنى ذلك أن انتفاء العلم الصحيح يعني الجهل أو الغلط، وبذلك تكون القواعد التي تقرر انتفاء الجهل أو الغلط هي بعينها القواعد التي تؤكد توافر القصد الجنائي[1].

[2] الوقائع التي يجب العلم بها حتى يتحقق توافر القصد الجنائي لدى التهم:

من المقرر طبقاً للقواعد العامة أن الأصل هو وجوب العلم بكل الوقائع التي تقوم عليها الجريمة، سواءً أكانت أركانها الأساسية أو أية عناصر أو شروط قد يشترط المشرِّع توافرها في أي ركن من أركانها، لأن القصد الجنائي يجب أن يشملها جميعاً، ومن ثم فإنه إذا لم يعلم شخص عند إتيانه الفعل المُعاقب عليه بتوافر العناصر الواقعية التي يقوم عليها التحديد القانوني للجريمة. أو التي تؤدي إلى تشديد العقاب، فإنه يعد غير مسئول عن هذه العناصر[2].

وتطبيقاً للقواعد العامة في القصد الجنائي وعلى نحو ما استقرَّ عليه الفقه والقضاء الجنائي أنه لا بُدَّ أن يشمل علم الجاني ما يأتي : موضوع الحق المعتدى عليه ويعلم بخطورة الفعل أو السلوك الذي يصدر عنه، وأن يتوقع النتيجة الإجرامية التي تترتب على فعله أو سلوكه.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي للجريمة في الجرائم العمدية، طبعة 1978، صفحة 58.

(2) المرجع السابق نفسه، صفحة 58.

[3] الغلط أو الجهل بقانون خلاف قانون العقوبات يأخذ حكم الغلط الجوهري في الوقائع وينفي القصد الجنائي لأنه ينفي عنصر العلم[1].

ولقد ذهبت محكمة النقض إلى أن الغلط في أحكام قانون خلاف قانون العقوبات أو الجهل بهذه الأحكام إنما هو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات، مما يجب قانوناً – في صدد المساءلة الجنائية – اعتباره في جملته جهلاً بالواقع ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض ببراءة متهمين بجريمة التزوير كانوا قد قرروا بسلامة نية أمام المأذون عدم وجود مانع من موانع الزواج، في حين كان المانع قائماً، لأن الزوجة هي خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج، وقد ثبت جهل المتهمين بقانون الأحوال الشخصية الذي يحرم الجمع بين المرأة وخالتها، وقد جاء في حكم المحكمة أن جهلهم هذا لم يكن عن عدم علم بقانون العقوبات، بل بواقعة حال هي من أركان جريمة التزوير المرفوعة بها الدعوى، يرجع إلى عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات، هو قانون الأحوال الشخصية، فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات، مما يجب قانوناً – في حدود المساءلة الجنائية – اعتباره في جملته جهلاً بالواقع، ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار[2].

إن مؤدى ما تقدَّم، هو أنه إذا تذرع الجاني بالجهل بأحكام قانون آخر غير قانون العقوبات أو الغلط فيه، كالقانون المدني أو الأحوال الشخصية أو التجاري أو الإداري، قبل منه ذلك وعد القصد الجنائي منتفياً لديه، ويفسر الفقه أساس التفرقة بين قانون العقوبات وغيره من القوانين في هذا الخصوص، بأن عدداً من الجرائم

(1) المرجع السابق نفسه، صفحة 65 وما بعدها، الدكتور محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام طبعة 1999 صفحة 637 وما بعدها.

(2) نقض 10 مايو 1943م، مجموعة القواعد القانونية، الجزء السادس، رقم 181، صفحة 247، والدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 1996، صفحة 369.

لا تكتمل أركانها إلا إذا اكتسبت بعض الوقائع التي تقوم عليها تكييفاً معيناً، وهذا التكييف ثمرة تطبيق قواعد قانونية غير قانون العقوبات، فإذا جهل الجاني هذه القواعد فقد جهل هذا التكييف وكانت الواقعة في حدود علمه مجردة من الدلالة القانونية التي تجعلها صالحة لتقوم عليها الجريمة، وفي هذه الظروف يعتقد الجاني أنه يأتي فعلاً مشروعاً ويعد القصد الجنائي لديه منتفياً[1].

فالسرقة أو النصب أو خيانة الأمانة تتطلب كون الشيء موضوع الجريمة مملوكاً لغير الجاني، فإن كان ملكاً له، أو كان شيئاً مباحاً فلا جريمة، والفصل في الملكية رهن بتطبيق قواعد القانون المدني، فإذا جهلها الجاني أو أساء تفسيرها، فقد اعتقد أنه يأتي عملاً أو فعلاً مشروعاً[2].

(1) المرحوم المستشار / محمد وجدي عبدالصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، طبعة 1988، صفحة 980.
(2) الاعتذار بالجهل، المرجع السابق، صفحة 980.

## المجوعة الثانية

## مجموعة قواعد قانونية في الخطأ غير العمدي

## باعتباره الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية

## أو جرائم الإهمال بوجهٍ عام

[1] ماهيـة الخطـأ:

إن جوهر الخطأ غير العمدي هو الإخلال بـالتزام عـام يفرضـه الشـارع، وهـو الالتـزام بمراعاة الحيطة والحذر والحرص على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون، وهـذا الالتـزام ذو شقين:

الأول : موضوعه اجتناب التصرفات الخطرة أو مباشرتها وفق أسلوب معين يكفـل تجريـدها من خطرها أو حصر ذلك الخطأ في النطاق الذي يرخص به القانون.

والثاني: موضوعه التبصر بآثار هذه التصرفات، فإن كان منها ما يمس الحقوق والمصالح التـي يحميها القانون، تعين بذل الجهد للحيلولة دون هذا المساس.

ويُفترض هذا الالتزام في شقيه استطاعة الوفاء به، فلا التزام إلا بمستطاع، فالقانون لا يفرض من أساليب الاحتياط والحذر إلا ما كان مسـتطاعاً، ولا يفـرض مـن التـبصر بآثار الفعل والحيلولة دونها إلا إذا كان ذلك في وسع الفاعل.

ومن ثم، يوجد الخطأ كلما ترتب على فعـل أو تـرك إرادي. نتـائج لم يردهـا الفاعـل مباشرة، ولا بطريق غير مباشر، ولكنه كان في وسـعه تجنبهـا، فـإذا لم يكـن لـلإرادة دخل في حدوث الفعل، فلا يمكن نسبة الفعـل إلى أحـد، ويكـون الحـادث عارضـاً، ومن ثم فلا يمكن معاقبة محدث الفعل[1].

(1) المستشار مصطفى مجدي هرجة، التعليق عـلى قـانون العقوبـات، المجلـد الثـاني، الطبعـة الثالثـة 1999، صفحة 137.

[2]تأصيل صور الخطأ المتعددة:

يمكننا أن نرد كل صور الخطأ التي قد تحدث في الحياة عملاً، إلى صورتين:

الأولى : وتكون في الأحوال التي يُنسب فيها إلى الجاني نشاط إيجابي، ويتصور ذلك عندما يُقدم الجاني على فعل غير متوقع نتائجه الخطرة أو أن يقدم الجاني عليه وهو يتوقع هذه النتائج ولكنه لا يتخذ من جانبه الاحتياطات التي تحولُ دون تحقق تلك النتائج، وتشمل هذه الصورة الأحوال التي يتصف بها سلوك الجاني بالرعونة وعدم الاحتياط أو التحرز.

والثانية : ويتكون في الأحوال التي يُنسب فيها إلى الجاني موقف سلبي ويتصور ذلك عندما لا يتخذ الجاني احتياطات يدعو إليها الحذر، ويكون ذلك متصوراً في الأحوال التي يتصف فيها سلوك المتهم بالإهمال وعدم الانتباه.

[3] أثر خطأ المجني عليه في مسئولية الجاني:

الأصل أن خطأ المجني عليه لا ينفي لذاته خطأ المتهم، ولكن إذا كان خطأ المجني عليه فاحشاً إلى درجةٍ يتلاشى معها خطأ الجاني، ولا يكاد يذكر فإنه يجبُّ خطأه بما يستوجب انتفاء المسئوليتين الجنائية والمدنية.

وقضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه:

((متى كان الحكم قد انتهى في منطق سليم إلى أن المتهم لم يرتكب خطأ ما، وأن الخطأ من جانب المجني عليه وحده، فإن ذلك لا يكفي بذاته للقضاء ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية قبله، وقبل المسئول عن الحقوق المدنية، ذلك لأن مناط المسئولية المدنية قبل الأخير هو ألا يكون الضرر راجعاً لسبب أجنبي لا يد للحارس فيه))[1].

[4] الخطأ لا يفترض ولكن يجب إثبات توافره في حق الجاني:

من المقرر أن المسئولية الجنائية في جرائم القتل والإصابة الخطأ لا تقوم على افتراض الخطأ، بل يجب أن يقوم الدليل على ثبوت الخطأ الشخصي في جانب المتهم، كما أنه يجب أن يتحقق إحدى صور الخطأ الواردة حصراً بالقانون.

(1) الطعن رقم 2032 لسنة 27 ق، جلسة 1985/3/10م، السنة 8، صفحة 267.

والمصاب يعتبر مخطئاً إذا كان قد قصر فيما يجب عليه من الحيطة والحذر والتبصر، إذ لم يبذل كل ما في وسعه لتلافي حصول الضرر أو عرض نفسه للخطر[1].

[5] خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة سواءً أكانت القتل أو الإصابة الخطأ، متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة:

من المقرر أن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة، ولما كان الحكم المطعون فيه وإن أثبت توافر الخطأ في حق الطاعن إلا أنه أغفل كلية التصدي إلى موقف المجني عليه وكيفية سلوكه وإلى دفاع الطاعن الذي بناه على أن المجني عليه اندفع فجأة تجاه السيارة فاصطدم بها، ليتسنى من بعد بيان مدى قدرة الطاعن في الظروف التي وقع فيها الحادث على تلافي إصابة المجني عليه وأثر ذلك كله على قيام رابطة السببية أو انتفائها، فإن الحكم المطعون فيه إذ سكت عن بحث كل ما تقدم يكون مشوباً بالقصور مما يعيبه بما يستوجب نقضه[2].

[6] السرعة وحدها لا تصلح أساساً للمسائلة الجنائية في جريمتي القتل والإصابة الخطأ:

قضت محكمة النقض بأنه متى تبين أن سيارة المتهم كانت تسير بسرعةٍ تتجاوز المقرر .. ولكن الحادث (قتل خطأ) كان واقعاً لا محالة، ما دام الثابت أن المجني عليه هو الذي اندفع أمام السيارة بغير انتباه لآلة تنبيه السيارة، فإن علاقة السببية بين خطأ المتهم وقتل المجني عليه تنقطع وتفقد الجريمة أحد العناصر المكونة لها، وذلك لأن خطأ المجني عليه يقطع رباطة السببية متى استغرقت خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة[3].

(1) نقض 1969/11/7م، الطعن رقم 911 لسنة 39 ق، مجموعة أحكام النقض، السنة 20، صفحة 1270 رقم 257.

(2) طعن رقم 1148 لسنة 40 ق، جلسة 1970/11/8م، السنة 21، صفحة 1069.

(3) نقض 1966/4/25م - أحكام النقض - السنة 17 - رقم 90، صفحة 475، نقض 1956/4/30م - السنة 7 رقم 187 صفحة 670، نقض 1957/1/7م السنة 8 - صفحة 15، نقض 1957/12/16م السنة 8 رقم 270 صفحة 1988، ويراجع المستشار معوض عبدالتواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ – طبعة 1986 – صفحة 120.

والخلاصة في هذا الشأن أن البحث في توافر الخطأ في جانب المتهم أو في عدم توافره – وفق الاتجاه المتواتر لمحكمة النقض – يجب أن يتم أولاً في ضوء مسلك المجني عليه ومدى تسببه في وقوع الحادث، وثانياً يكون البحث في ضوء ملابسات الحال وظروف الحادث وزمانه ومكانه، وعلى سبيل الفرض الجدلي قد يكون هناك ثمة تقصير من المتهم، إلا أن الحادث مع ذلك كان لا محالة سوف يقع حتى بدون هذا التقصير، وذلك بسبب عدم احتياط وتحرز المجني عليه.

[7] مبدأ الثقة في التزام الغير للعناية الواجبة:

إن القانون لا شكَّ أنه يلزم الكافة باتخاذ سبل العناية الواجبة والالتزام بالحيطة والحذر، إلا أن الالتزام بالعناية ليس التزاماً نظرياً مجرداً، ولكنه التزام يتحدد نطاقه بالظروف الواقعية التي يمارس النشاط في إطارها، وبالمبادئ العامة السائدة وبضرورة الاستعانة أحياناً بالغير في تحقيق النشاط.

ويعني مبدأ الثقة في التزام الغير بواجب الحيطة والحذر أن الشخص عندما يقوم بسلوك معين، فإنه يفترض أو ينتظر من غيره من الناس سلوكاً ملتزماً حدود العناية المفروضة على جميع الناس.

وتطبيقاً لذلك فإنه في نطاق المرور، يحق لمستعمل الطريق أن يتصرف في ضوء الاعتقاد بأن باقي مستعملي الطريق يسلكون بطريقة صحيحة، اللهم إذا كانت الظروف التي يستعمله فيها من طبيعتها أن تسمح له بالاعتقاد بغير ذلك.

## المجموعة الثالثة

## مجموعة قواعد قانونية في المساهمة الجنائية

## (الاشتراك)

[1] نصت المادة (40) من قانون العقوبات على أن:

"يعد شريكاً في الجريمة:

أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناءً على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها، أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها".

[2] إن الاتفاق أو المساعدة كوسيلتين من وسائل المساهمة الجنائية لا يتحقق مفهومها القانوني في سلوك المتهم إلا إذا ثبت ذلك بدليل قطعي، ولا يجوز أن يقوم الاشتراك في أي صورة من صورة على مجرد الافتراض، وهذا هو المستقر لدى الفقه والقضاء، وفي بيان ذلك نورد ما يأتي:

(أ) فأما عن "الاتفاق" فإن المشرع لم يحدد المقصود بالاتفاق، لكن الفقه يكاد يتفق على أن الاتفاق هو "انعقاد أو اتحاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة" وهذا هو المستقر في أحكام القضاء كذلك[1].

وقضت محكمة النقض بأن:

"الاتفاق يتطلب تقابل الإرادات تقابلاً صريحاً على أركان الواقعة الجنائية التي تكون محلاً له"[2].

(1) نقض 4 مارس سنة 1968 أحكام النقض س 19 رقم 58 ص 311، نقض 22 مايو سنة 1973 أحكام النقض س 24 رقم 141 ص 687 وأنظر الدكتور محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 1999 ص 816

(2) نقض 1995/10/19 أحكام النقض س 16 ق 136 ص 718، الدكتور معوض عبدالتواب، قانون العقوبات معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض طبعة 1988 جـ1 ص142.

كما قضت محكمة النقض بأن:

"الاتفاق على ارتكاب الجريمة لا يقتضي في الواقع أكثر من تقابل إرادة المشتركين، ولا يشترط لتوافره مضي وقت معين، ومن الجائز عقلاً وقانوناً أن تقع الجريمة بعد الاتفاق عليها مباشرة أو حتى لحظة تنفيذها تحقيقاً لقصد مشترك بينهم هو الغاية النهائية من الجريمة، أي أن يكون لكل منهم قد قصد الآخر في إيقاع الجريمة المعينة وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت أو تكونت لديهم فجأة"[1].

(ب) وأما عن "المساعد" ففي مجال المساهمة الجنائية تعني تقديم العون للفاعل تمكيناً له من ارتكاب الجريمة، أو تسهيل ذلك له، أو إزالة ما قد يعترضه من عقبات.

وقضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

"الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق إلا إذا ثبت أن الشريك قد قصد الاشتراك في الجريمة وهو عالم بها بأن تكون لديه نية التدخل مع الفاعل تدخلاً يتجاوب صداه مع فعله، وأن يساعده في الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها، مساعدة تتحقق بها وحدة الجريمة"[2].

وقضت كذلك المحكمة بأن:

"يتحقق الاشتراك بالمساعدة بتدخل الشريك مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صداه مع فعله ويتحقق فيه معنى تسهيل ارتكاب الجريمة الذي جعله المشرع مناطاً لعقاب الشريك"[3].

[3] إنه من المستقر عليه في الفقه والقضاء عدم جواز افتراض تحقق "الاتفاق" أو "المساعدة" بل لابد من قيام الدليل على ذلك، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه:

"من المقرر أن الشخص لا يسأل جنائياً بوصفه فاعلاً أو شريكاً إلا عما يكون لنشاطه المؤثم من دخل في وقوعه، سواء أكان ارتكاباً أو تركاً، إيجاباً أو سلباً، وذلك طبقاً لأوامر الشارع ومناهيه، ولا مجال للمسئولية المفترضة

(1) نقض 1969/4/21 أحكام النقض س 20 ق 111 ص 531.

(2) نقض 1966/6/14 أحكام النقض س 17 ق 154 ص 818.

(3) نقض 1969/1/13 أحكام النقض س20 ق 24 ص 108.

أو المسئولية التضامنية في العقاب إلا استثناء بنص القانون وفي حدود ما استنه وأوجبه.."[1].

[4] إذن، وفي ضوء المستقر عليه في الفقه وأحكام القضاء، تتألف جريمة الاشتراك (المساهمة الجنائية) من ركنين أساسيين هما:

(أ) الركن المادي وهو فعل الاشتراك أو وسيلته.

(ب) الركن المعنوي، وهو قصد الاشتراك، أي القصد الجنائي لدى الشريك للمساهمة مع الفاعل الأصلي في جريمته.

**فأما عن الركن المادي للاشتراك أو المساهمة الجنائية:**

فإنه لا يثير توافره مشكلة ما، فيكفي أن يثبت أن المتهم شارك أو ساهم مع الفاعل الأصلي بوسيلة من وسائل الاشتراك وهي "الاتفاق" أو "المساعدة" أو "التحريض" وبشرط ثبوت ذلك بدليل قانوني معتبر.

وأما عن الركن المعنوي للاشتراك (المساهمة الجنائية) فهو: "قصد الاشتراك": ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء أنه يشترط لتحقق جريمة الاشتراك أن يتوافر لدى الشريك القصد الجنائي.

والقصد الجنائي في الاشتراك المعاقب عليه يتألف أو يتكون من عنصرين هما:

1 – العلم 2 – الإرادة.

فأما عن عنصر العلم، فإنه يلزم في عقاب الشريك في الجريمة أن يكون الجاني (الشريك) على علم بالجريمة التي ترتكب، باعتبار أن من ساعد الفاعل أو الفاعلين بأشياء قد لا يكون عالماً بغاية الجناة الحقيقية من الحصول عليها، فلا يسأل عنها، ذلك أن الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق إلا إذا ثبت أن الشريك قصد الاشتراك في الجريمة وهو عالم بها، بأن تكون لديه نية التداخل مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صداه مع فعله، وأن يساعد ويساهم بالأعمال المجهزة لارتكابها مساهمة تتحقق بها وحدة الجريمة.

ولذلك يجب أن يبين حكم الإدانة أن الشريك قد ارتكب الجريمة مع علمه بها، فإذا خلا الحكم من شرط العلم بالجريمة التي دين الجاني بها، كان به قصور يعيبه مما يستوجب نقضه[2].

(1) نقض 1969/12/29 أحكام النقض س 20 ق 302 ص 1461.

(2) نقض 1955/11/27 أحكام النقض س 8 رقم 79 ص 264.

وأما عن الإرادة (إرادة ارتكاب الجريمة أو إرادة الاشتراك)

فإنه من المقرر أنه لا يكفي لاعتبار الشخص شريكاً في جريمة أن يكون عالماً بماهية فعله وما ينشأ عنه، وإنما يشترط أيضاً أن تتجه إرادته إلى المعاونة على ارتكاب الفعل، وتحقيق الجريمة وموضوعها على وجه التحديد[1].

ومعنى ذلك، أنه يشترط أن يكون الجاني حال قيامه بفعل الاشتراك المادي، قد تمثل الجريمة أمراً واقعاً بحسبانه غاية له ومطلباً[2].

ومن المقرر كذلك، إذا كان المشرع يتطلب في الفاعل الأصلي قصداً جنائياً خاصاً، فيجب أن يتوافر نفس القصد لدى الشريك.

## سـؤال

## هل يتصور الاشتراك في كل الجرائم، سواء العمدية أو غير العمدية؟

1- المساهمة الجنائية أو الاشتراك قطعاً متصور في الجرائم العمدية، وصياغة المادتين 39 ، 40 من قانون العقوبات تدل بيقين على هذه الحقيقة.

أما عن المساهمة الجنائية في الجرائم غير العمدية فإنه أمر غير متصور، وذلك لأمر بديهي وهو أنه في جريمة الاشتراك لابد من توافر القصد، أي قصد الشريك من المساهمة مع الفاعل الأصلي في جريمته، وهذا غير متصور، إذ لا يمكن في الجرائم غير العمدية أن نبحث عن "القصد" لدى الشريك أو المساهم في هذه الجرائم.

إذن، الاشتراك غير متصور في الجرائم غير العمدية، وذلك لأن "القصد الجنائي" هو ركن في المساهمة الجنائية (الاشتراك)، وهو ركن يستحيل توافره بالنسبة للجرائم غير العمدية باعتبار أن ركنها المعنوي هو "الخطأ" وليس "القصد الجنائي" الذي هو الركن المعنوي في الجرائم العمدية[3].

(1) الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي طبعة 1995 ص 648.

(2) الدكتور علي أحمد راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، طبعة 1977 ص 509.

(3) يراجع الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 468، ومؤلفنا: مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية، ص 236.

## المبحث الثاني
## القواعد القانونية التي وردت في
## القسم الخاص من قانون العقوبات

[1] القواعد القانونية التي وردت في القسم الخاص من قانون العقوبات هي نتيجة حتمية لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات.

فالشرعية في معناها المباشر تفرض أن يحدد الشارع في نصوص تفصيلية – وعلى وجه من الحصر والتحديد – الأفعال التي تعد جرائم والعقوبات التي توقع على الجاني فيها، وبحيث لا يجوز أن يُعد فعل جريمة، أو توقع عقوبة ما لم يكن ذلك تطبيقاً مباشراً لأحد هذه النصوص.

والقسم الخاص من قانون العقوبات يتكون من مجموع النصوص التي حدد فيها الشارع كل جريمة والعقوبة المقررة لها، بما يمكن معه القول أن كل نص وأحياناً مجموعة من النصوص منها يكون ما نسميه "النموذج القانون للجريمة"، مثل النموذج القانوني لجريمة السرقة، والنموذج القانوني لجريمة النصب، والنموذج القانوني لجريمة خيانة الأمانة، والنموذج القانوني لجريمة القتل العمد، أو القتل الخطأ، والنموذج القانوني لجريمة التزوير.. وهكذا. وسوف نعود لبيان ماهية النموذج القانوني للجريمة في موضع قادم.

[2] الجرائم الواردة في القسم الخاص من قانون العقوبات:

لقد حرص المشرع في عملية تحديد الجرائم وعقوباتها أن يقسم الجرائم إلى مجموعات يربط بينها جميعاً اتحاد في الخصائص والأحكام الأساسية، والأساس الذي أقام عليه المشرع هذا التقسيم هو "المصلحة أو الحق الذي وقع عليه الاعتداء بالجريمة" والذي يستهدف المشرع حمايته بالجزاء الجنائي.

ولقد اعتبر المشرع الجرائم التي تقع اعتداء على حق واحد أو حقوق تجمع بينها رابطة مشتركة فئة واحدة وتخضع لأحكام مشتركة، وفئات الجرائم في القسم الخاص من قانون العقوبات – بهذا المعنى – هي:

(أ) الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، وخصص المشرع لهذه الجرائم المواد من 77 إلى 229 من قانون العقوبات، وهذه الفئة تنقسم فيما بينها إلى فئات

متنوعة من الجرائم إلا أنها جميعاً تشترك في أنها مضرة بالمصلحة العامة، ومن هذه الفئات ما يلي:

1 – الجنايات والجنح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج وورد بشأنها المواد من 77 إلى 85 (أ).

2 – الجنايات والجنح المضرة بأمن الحكومة من الداخل وورد بشأنها المواد من 87-101.

3 – الجرائم المتعلقة بالمفرقعات المواد 102 – 102 (و).

4 – جرائم الرشوة وورد بشأنها المواد من 103-111.

5 – جرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر وورد بشأنها المواد 112-119 مكرراً.

6 – جرائم تجاوز الموظفين حدود وظائفهم وتقصيرهم في أداء الواجبات المتعلقة بها وورد بشأنها المواد 120-125.

7 – جرائم الإكراه وسوء المعاملة من الموظفين لآحاد الناس، وورد بشأنها المواد 126-132.

8 – جرائم مقاومة الحكام وعدم الامتثال لأوامرهم والتعدي عليه بالسب وغيره، وورد بشأنها المواد 133-137 مكرراً.

9 – جرائم هرب المحبوسين وإخفاء الجانين وورد بشأنها المواد من 138-146.

10 – جرائم فك الاختام وسرقة المستندات والأوراق الرسمية المودعة وورد بشأنها المواد من 147-154.

11 – جرائم اختلاس الألقاب والوظائف والاتصاف بها دون حق وورد بشأنها المواد من 155-159.

12 – الجنح المتعلقة بالأديان، وورد بشأنها المادتان 160، 161.

13 – جرائم إتلاف المباني وغيرها من الأشياء العمومية ووردت بشأنها المادة 162.

14 – جرائم تعطيل المواصلات وورد بشأنها المواد من 163-170 مكرراً.

15 – الجنح التي تقع بواسطة الصحف وغيرها وورد بشأنها المواد من 171-201.

16 – الجرائم التي تنصب على المسكوكات الزيوف والمزورة وورد بشأنها المواد 202-205.

17 – جرائم التزوير وورد بشأنها المواد من 206-227.

18 – جرائم الاتجار في الأشياء الممنوعة وتقليد علاقات البوستة والتلغراف وورد بشأنها المادتان 228، 229.

(ب) جرائم الاعتداء على الأشخاص:

وهي الجرائم التي تنال بالاعتداء أو تهدد بالحظر الحقوق ذات الطابع الشخص البحت، أي الحقوق اللصيقة بشخص المجني عليه، وأهم أمثلة لهذه الحقوق، الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم والحق في الحرية والحق في صيانة العرض والحق في الشرق والاعتبار.

**أهم المشكلات التي تثيرها هذه الجرائم:**

تثير هذه الجرائم مشاكل أهمها تتصل بعلاقة السببية والقصد الجنائي بأنواعه وخاصة القصد الاحتمال وسبق الإصرار ولذلك يلزم وبالضرورة مراجعة القسم العام من قانون العقوبات في كل هذه الموضوعات.

ولقد أورد المشرع عدة فئات من الجرائم داخل هذه الفئة، وهي:

1 – جرائم الاعتداء على الحياة (جرائم القتل)، وخصص لها المشرع المواد من 230-239 من قانون العقوبات.

2 – جرائم الاعتداء على سلامة الجسم (جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة) وخصصها لها المشرع المواد من 240-244 من قانون العقوبات.

3 – جرائم الإجهاض، وخصص لها المشرع المواد من 260-264 من قانون العقوبات.

4 – جرائم الاعتداء على العرض أي جرائم الاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح والزنا، وأورد المشرع قواعدها في المواد من 267-279 من قانون العقوبات.

5 – جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار أي جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار (المواد من 302-310 من قانون العقوبات).

(جـ) جرائم الاعتداء على الأموال:

هي الجرائم التي تنال بالاعتداء أو تهدد بالخطر الحقوق ذات القيمة المالية، أي الحقوق ذات القيمة الاقتصادية الداخلة في دائرة التعامل.

**القواعد المشتركة بين جرائم الاعتداء على الأموال:**

إن الأصل العام في جرائم الاعتداء على الأموال أنها اعتداء على حقوق للغير (مال)، الأمر الذي يعني أن أهم عناصر هذه الجرائم كون المال المعتدى عليه مملوكاً لغير المتهم.

وتتفرع عن هذا الأصل العام أحكام مشتركة بين جرائم الاعتداء على الأموال، وترد هذه الأحكام المشتركة إلى أمرين:

الأول : هو تطلب شروط في المال بأن يكون غير مملوك لغير المتهم.

والثاني: هو اعتبار رضاء صاحب الحق بوقوع الفعل نافياً قيام الجريمة، إذ يزيل الرضاء معنى الاعتداء عن الفعل ويجعله صورة لاستعمال صاحب الحق حقه عن طريق غيره، وإن كان هذا الأصل غير مطلق في حدود معينة[1].

**سياسة التجريم من جرائم الاعتداء على الأموال:**

لقد فرق الشارع من حيث نطاق الحماية الجنائية بين كل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية، بل إنه ميز بعض الحقوق العينية بحظ أوفر من الحماية، ومثال ذلك حق الملكية الذي ينال نصيباً أوفر من الحماية عن سائر الحقوق، بل أن حق الملكية تتفاوت موضوعاته من حيث الحماية، فالمنقول حظه من الحماية أوفر من العقار.

**التفسير الصحيح لسياسة المشرع في تفاوت نطاق الحماية الجنائية:**

إن التفسير الصحيح لتوسيع نطاق الحماية للعقار أو للحقوق العينية عن الحقوق الشخصية، هو حرص الشارع على التنسيق بين الحماية التي يكفلها قانون العقوبات والحماية التي تكفلها القوانين الأخرى التي قررت هذه الحقوق وحددت أحكامها

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص804.

والذي يعول عليه المشرع في هذا الشأن ما إذا كانت في رأيه الحماية التي تكفلها القوانين لهذه الحقوق كافية أو غير كافية، فإذا كانت الحماية التي تقررها القوانين الأخرى لهذه الحقوق كافية فإنه يحصر الحماية الجنائية لها في أضيق الحدود، وأما إذا رأى أن هذه الحماية غير كافية فإنه يجتهد في تعضيدها عن طريق الجزاء الجنائي.

وترتيباً على ما تقدم، فإن ملكية المنقولات تحظى بنصيب من الحماية الجنائية يزيد عما تحظى به ملكية العقارات، ذلك أن مالك العقار يستفيد من الحماية التي تقررها له دعاوى الحيازة العقارية، ومن ثم فلا يتهدده أن يحتج قبله حائز عقاره بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية"، ثم أن ثبات المال (العقار) يجعله غير معرض لأنواع الاعتداء التي قد يتعرض لها مالك المنقول[1].

**جرائم الإثراء وجرائم الأضرار:**

تنقسم جرائم الاعتداء على الأموال إلى قسمين:

- القسم الأول: جرائم الإثراء.
- والقسم الثاني: جرائم الإضرار.

وضابط التقسيم الذي انتهجه المشرع يقوم على أمرين.

- الأمر الأول : مادي، ويتعلق بتأثير الفعل الإجرامي على ذمة كل من الجاني والمجني عليه، فإذا كان الفعل ينطوي على إثراء ذمة الجاني أم اقتصرت على الإضرار بذمة المجني عليه.
- والأمر الثاني: معنوي، وهو يتعلق بنية الجاني، وما إذا كانت قد اتجهت إلى إثرائه أي إلى تملك مال يملكه غيره أم اتجهت فحسب إلى الإضرار بالمجني عليه بحرمانه من ماله أو إنقاص قيمته.

ووفقاً لهذا الضابط فإن جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة تندرج في جرائم الإثراء، أما جرائم الحريق والتخريب والتعييب والإتلاف فإنها تدخل في نطاق جرائم الإضرار.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 805.

وإنه مما يلزم توجيه النظر إليه، أن جرائم الإثراء تنطوي في الوقت ذاته على إفقار المجني عليه، إذ إثراء الجاني يكون بالضرورة على حسابه، ومن ثم فإن مناط التفرقة بين نوعي الجرائم هو أن جرائم الإثراء هي جرائم إفقار وإثراء معاً في حين أن الثانية جرائم إفقار فحسب.

**أهمية التمييز بين جرائم الإثراء وجرائم الإضرار:**

تبدو أهمية التمييز بين نوعي الجرائم في أن كلاً منهما له أحكام خاصة به تختلف عن الأحكام التي يخضع لها النوع الآخر، وذلك من حيث:

(1) موضوع الاعتداء: إن موضوع الاعتداء في جرائم الإثراء هو المنقول أساساً، أما في جرائم الإضرار فموضوع الاعتداء قد يكون عقاراً أو منقولاً، بل إن العقار في بعض النصوص قد يبدو أنه المقصود أصلاً بالحماية.

(2) الفعل الإجرامي: الفعل الإجرامي في حالة جرائم الإثراء يتميز بخصائص معينة مرجعها حرص الجاني على المحافظة على كيان الشيء وقيمته حتى يتحقق له الإثراء الذي يريده، فهو يحرص على عدم الإضرار بالشيء فضلاً عن أنه يضم الشيء لحيازته.

أما الفعل الإجرامي في جرائم الإضرار فإنه بطبيعته إتلاف أو تشويه للشيء أو إنقاص من قيمته.

(3) نية التملك: في جرائم الإثراء يلزم توافر نية التملك، باعتبار أن النية عنصر في الجريمة، أما في جرائم الإضرار فالنية ليس عنصراً من عناصر الجريمة ومن ثم فلا يشترط توافرها.

**القواعد المشتركة بين جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة:**

(1) أنها اعتداء على حق الملكية: فالجرائم الثلاث اعتداء على حق الملكية وذلك سواء من حيث ماديات الجريمة التي تنطوي على حرمان مالك الشيء محل الجريمة من المزايا التي يخولها له حق الملكية، ومن حيث معنويات الجريمة كذلك باعتبارها تنطوي على نية الجاني في تملك الشيء محل الجريمة.

(2) التقارب بين هذه الجرائم من حيث الشروط المتطلبة في موضوع الاعتداء، ومن حيث تحديد عناصر "القصد" المتطلب فيها:

أ – فمن حيث الشروط المتطلبة في موضوع الاعتداء: فكل هذه الشروط

تنطلق من فكرة واحدة هي ضرورة أن يكون الشيء موضوع الفعل الإجرامي محلاً لحق ملكية يناله الاعتداء بالفعل الإجرامي، ولذلك يشترط في محل الجريمة:

1 - مالاً حتى يتصور أن يكون صالحاً لأن يكون محلاً للحق.

2 - أن يكون مملوكاً لغير مرتكب الفعل الإجرامي حتى يتصور إعتداء المتهم على ملكية غيره.

3 - أن يكون منقولاً باعتبار أن المشرع يتجه في الأساس إلى حماية ملكية المنقولات.

ب - ومن حيث تحديد عناصر القصد: فإن هذه الجرائم جميعها عمدية، ولا تقوم أي منها بالخطأ فحسب، وأن القصد الجنائي العام غير كافٍ لقيام أي منها، بل يلزم توافر نية خاصة وهي "نية التملك" والتي يقوم بها القصد الجنائي الخاص[1].

**موضع الفروق بين السرقة والنصب وخيانة الأمانة:**

إن موضع الفروق بين الجرائم الثلاث هو الركن المادي، وعلى وجه الدقة "الفعل" الذي تقوم به الجريمة في كل، وهو ما كان من شأنه اختلاف وسائل الاعتداء على الملكية باختلاف وتنوع الحقوق أو المصالح أو السلطات التي تهدرها كل جريمة بجانب الاعتداء بالطبع على الملكية.

وتفسير هذه الفروق، أن السرقة تفترض فعل "اختلاس" يتحقق به إهدار الحيازة بإخراج المال محل السرقة من حيازة المجني عليه وإدخاله في حيازة ثانية والتسليم ينفي هذا الفعل لأنه ينفي الاعتداء على الحيازة.

والنصب يفترض، أساليب تدليس تعيب إرادة المجني عليه وتوقعه في الغلط وتحمله على تسليم المال موضوع النصب إلى الجاني، والتسليم لا يتنافى مع هذا الفعل، بل إنه نتيجته الإجرامية.

وخيانة الأمانة تفترض، فعلاً يخون به الجاني الثقة التي وضعها فيه المجني عليه حينما سلمه ماله، فبدلاً من أن يقر بحق ملكيته عليه، فإنه يجحد هذا الحق ويتصرف في المال تصرف المالك له.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 807.

والتسليم لا يتنافى مع هذا الفعل، بل إنه يفترضه وليس التسليم نتيجته الإجرامية، بل إنه عمل سابق عليه، ومن ثم لم يكن جزءاً منه، وهو تسليم صادر عن إرادة صحيحة، وبناء على عقد يعترف به القانون.

**المعالجة التشريعية للجرائم الثلاث:**

(1) جريمة السرقة والاغتصاب، وردت قواعدها في المواد من 311-327.

(2) جريمة النصب وردت قواعدها في المواد من 336-339.

(3) جريمة خيانة الأمانة وردت قواعد في المادة 340 من قانون العقوبات.

فضلاً عن المادة (340) التي أوردت قواعد جريمة خيانة الائتمان.

**بعض جرائم الأموال الأخرى:**

1 - جرائم التخريب والتعقيب والإتلاف ووردت قواعد هذه الجرائم في المواد من 354-368 من قانون العقوبات.

2 - جرائم انتهاك حرمة ملك الغير ووردت قواعدها في المواد من 369-373 من قانون العقوبات.

# النموذج القانوني للجريمة

**[1] فكرة النموذج القانوني للجريمة:**

عندما يريد المشرع الجنائي تجريم فعل ما سواء أكان الفعل إيجابياً أو سلبياً، فإنه يضع أو يصيغ نصاً قانونياً يحدد فيه الفعل المجرم تحديداً مجرداً على هيئة "قالب" أو "نموذج" يصف فيه الفعل المعاقب عليه ويبين عناصره، ويحدد أية أركان أو عناصر أو شروط أخرى يستلزم توافرها بجانب هذا الفعل حتى تقوم أو تتكون الجريمة بصفتها نظاماً قانونياً.

وعلى ذلك، فإن كل النصوص القانونية التي وردت في القسم الخاص من قانون العقوبات، هي عبارة عن "قوالب" أو "نماذج" للجرائم التي سماها المشرع، ومعنى ذلك، فإن النصوص القانونية الواردة في شأن جريمة السرقة هي عبارة عن "قوالب" أو "نماذج قانونية" لجريمة السرقة، وأيضاً النصوص الواردة في شأن جريمة الرشوة أو التزوير أو النصب أو القتل أو غيرها من الجرائم، إنما هي نصوص حددت "القوالب" أو "النماذج القانونية" لكل جريمة من هذه الجرائم كما أرادها المشرع وليقاس عليها ما يحدث في الواقع وما يسند إلى الأشخاص من أفعال للوقوف على مدى التطابق بين ما يسند إلى الشخص في الواقع، وبين النموذج القانوني للجريمة المسندة إليه. فإذا ثبت التطابق بين الواقعتين، كان ذلك يعني أن الشخص ارتكب هذه الجريمة كما هي واردة في نصوص القانون، وإن لم يحدث التطابق بين الواقعتين كان ذلك مؤشراً على عدم ارتكاب هذا الشخص الفعل المسند إليه.

**[2] تعريف النموذج القانوني للجريمة:**

وفي ضوء ما تقدم، فإن النموذج القانوني للجريمة هو عبارة عن ماديات الفعل المجرم والمقومات المعنوية وغير المعنوية التي يحددها النص لقيام الجريمة. أو بمعنى آخر، هو القالب المجرد الذي حددته النصوص التجريمية والذي يتضمن كل العناصر أو المقومات اللازمة لقيام الجريمة[1].

**[3] عناصر النموذج القانوني للجريمة:**

يمكن الجزم بأن عناصر النموذج القانوني للجريمة هي عبارة عن التصور الذي

(1) يراجع مؤلفنا: حكم البراءة في القضايا الجنائية ص 14 وما بعدها.

وضعه النص لأركان وعناصر وشروط الجريمة على وجه التحديد، وبحيث تصلح لأن تكون المقياس الذي تقاس به الواقعة التي يرتكبها المتهم في الواقع للوقوف على توافر هذه الجريمة في حقه أو عدم توافرها عن طريق إجراء عملية المطابقة السالف الإشارة إليها.

وعناصر النموذج القانوني بهذا المعنى تكون واردة في النص أو النصوص القانونية التي تقدم بها النيابة العامة المتهم للمحاكمة والتي ترد بأمر الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور بحسب الأحوال.

وعلى أية حال، فإن عناصر النموذج القانوني للجريمة قد تشمل ما يأتي:

(1) الأركان العامة للجريمة، وهي الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي.

(2) ظروف الجريمة، مثل:

(أ) الظروف التي تغير من وصف الجريمة:

الظروف التي تغير من وصف الجريمة هي عناصر تدخل في تكوينها كي تحدد وصفها القانوني بين مجموعة الجرائم التي تحمل اسماً واحداً، فالجرائم عموماً تقسم إلى مجموعات، يشترك كل أفرادها أي كل جريمة منها في الاسم القانوني الذي تحمله، وعلى ذلك توجد:

1 - مجموعة من الجرائم تحمل اسم السرقة ورد نصوصها في المواد من 311-318 من قانون العقوبات.

2 - مجموعة من الجرائم تحمل اسم القتل العمد وردت نصوصها في المواد من 230-334، 237 من قانون العقوبات.

3 - مجموعة من الجرائم تحمل اسم هتك العرض بالقوة أو التهديد نصت عليها المادة 68 من قانون العقوبات.

وتوجد مجموعات أخرى من الجرائم، ولكننا ذكرنا هذه المجموعات على سبيل المثال لمجرد الإيضاح.

ويلاحظ على مجموعات الجرائم عموماً سواء التي ذكرناها أو اية مجموعات أخرى، ما يأتي:

أولاً: إن مجموعة الجرائم التي تحمل اسماً واحداً تشترك في أركانها الخاصة، أي أن لها أركاناً واحدة تتكون منها كل جريمة من جرائم هذه المجموعة.

فالسرقة مثلاً لها في كل حالتها أي بالنسبة لكل جريمة سرقة ذات الأركان الخاصة، وكذلك الأمر بالنسبة للقتل العمد وهتك العرض بالقوة أو التهديد.

ثانياً: أنه إذا انتفى أحد الأركان الخاصة للجريمة من الجرائم التي تنتمي لأية مجموعة، فإن الجريمة تفقد اسمها القانوني بالضرورة، وقد يكون من نتيجة ذلك أن تتحول إلى فعل مباح، ومثال ذلك، لو انتفى القصد الجنائي في جريمة السرقة، وقد يكون من نتيجة انتفاء أحد الأركان الخاصة للجريمة أن تتحول إلى جريمة أخرى، ومثال ذلك، إذا انتفى الاختلاس في السرقة، ولكن حل التدليس محله، فتتحول الجريمة إلى نصب، وهكذا.

ثالثاً: أن أية جريمة لها صورة بسيطة وصورة مشددة، فالصورة البسيطة دائماً تتكون في حالة توافر الأركان الخاصة للجريمة دون أي ظروف أخرى، فإذا توافر للجريمة ظرف فإنه يؤثر في وصفها القانوني بين مجموعة الجرائم التي تحمل نفس الاسم:

فالسرقة مثلاً لها صورة بسيطة تقوم بمجرد توافر الأركان الخاصة (المادة 318 عقوبات)، إلا أنه إذا توافر للسرقة عنصر إضافي (ظرف) كأن أن يكون السارق خادم ارتكب السرقة إضراراً بمخدومه (الماجة 7/317 عقوبات) أو أن السرقة ارتكبت ليلاً (المادة 317 فقرة 4)، ففي هذين المثالين تكون "صفة" الخادم أو الليل ظرفين للسرقة يغيران من وصفها.

والأمر ذاته بالنسبة للقتل العمد، فله صورة بسيطة تقوم بمجرد توافر أركانه الخاصة (المادة 234 عقوبات فقرة أولى) ولكن قد يتوافر له عنصر إضافي كسبق الإضرار أو الترصد (المادة 230 عقوبات) أو أن يكون الجاني زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بالزنا فقتلها في الحال هي ومن يزني بها (المادة 237 من قانون العقوبات)، فعندئذ تكون هذه العناصر ظروفاً للقتل تغير من وصف الجريمة.

رابعاً: إذا غير الظرف من وصف الجريمة فإن الجريمة مقترنة بالظروف المتوافر لها تخضع لنص قانوني مختلف عن النص القانوني الذي كانت تخضع له فيما لو كانت متجردة من هذا الظروف.

(ب) الظروف التي تغير من العقوبة:

إن هذا النوع من الظرف يقتصر تأثيره على العقوبة وتبقى الجريمة على وصفها التي هي عليه لأنها تبقى خاضعة لذات النص القانوني، وذلك لأن هذا النوع من الظروف لا شأن له بعناصر الجريمة وإنما تتصل فقط بمقدار جدارة الجاني بالعقاب.

وقد تكون هذه الظروف متعلقة بالماضي الإجرامي للجاني مثل العود، أو بمقدار أهليته الجنائية مثل صغر السن أو أنها تقوم على صفة تجعل مصلحة المجتمع – خلافاً للأصل العام – تتحقق بعدم توقيع العقاب لا بتوقيعه، ومثال ذلك صلة الزوجية أو البنوه في إخفاء الفارين من وجه القضاء (المادة 144 من قانون العقوبات).

(3) أسباب الإباحة ومانع المسئولية: وقد سبق بيانها في موضع سابق.

الخلاصة إذن، أن عناصر النموذج القانوني للجريمة هي الأركان العامة للجريمة، وظروف الجريمة، واسباب الإباحة أو موانع المسئولية.

وإنه مما يستحق الذكر أن كافة عناصر النموذج القانوني للجريمة قد تتضمها قاعدة جنائية واحدة، وقد تتوزع بين أكثر من قاعدة جنائية أو غير جنائية، وتفسير ذلك، أن النص الجاني قد يشتمل على شقي القاعدة الجنائية وهما التكليف والجزاء، إلا أنه في بعض الأحيان قد يشتمل على أحدهما فقط، كما في حالة القواعد على بياض التي تحيل دائماً إلى قواعد غير جنائية أو إلى قرارات أو أوامر إدارية فتصبح هذه النصوص المحال إليها جزءاً لا يتجزأ أو عنصراً من عناصر النموذج القانوني للجريمة، إما لدخولها في السلوك المعاقب عليه، أو لاعتبارها شرطاً مفترضاً لقيام الجريمة.

**موقف أو دور المحامي إزاء النموذج القانوني للجريمة:**

يلزم توجيه الانتباه إلى أن قيد ووصف النيابة العامة للجريمة المسندة إلى المتهم على النحو الوارد في أمر الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور بحسب الأحوال

هو الذي يحدد على الأقل بصفة مبدئية النموذج القانوني للجريمة المسندة إلى المتهم، ومن أمثلة ذلك:

(1) أن يرد في أمر الإحالة ما يفيد أن تفيد الواقعة جناية قتل بالمادتين 230، 231 من قانون العقوبات لأن المتهم قتل عمداً المجني عليه مع سبق الإصرار.

(2) أو أن المتهم قتل عمداً من غير سبق إصرار ولا ترصد فتقيد الواقعة بالمادة 234 من قانون العقوبات.

(3) أن تقيد الواقعة جناية سرقة بالمادتين 311، 313 فقرة ثالثة لأن السرقة ارتكبت وكان أحد الجناة أسلحة مخبأة.

(4) أن يرد بورقة التكليف بالحضور ما يفيد قيد الواقعة خيانة أمانة بالمادة (341) من قانون العقوبات لأن المتهم اختلس المبالغ المسلمة إليه من المجني عليه وذلك إضراراً به..

هذه مجرد نماذج للقيود والأوصاف التي تحال بها الجريمة إلى المحكمة لمحاكمة المتهم، ففي المثال الأول يكون النموذج القانوني للجريمة هو الوارد في نص المادتين 230، 231 من قانون العقوبات.

وفي المثال الثاني يكون النموذج القانوني للجريمة المسندة إلى المتهم هو الوارد في نص المادة 234 من قانون العقوبات، أما في المثال الثالث، فإن النموذج القانوني للجريمة يكون قد أورده نص المادة 341 من قانون العقوبات، وهكذا.

**ويتحدد دور المحامي إزاء النموذج القانوني للجريمة في القيام بخطوتين مهمتين:**

الخطوة الأولى: مراجعة وفحص النصوص القانونية التي وصفت بها الواقعة، ففي المثال الأول يراجع المحامي نص المادتين 230، 231 من قانون العقوبات ويفحصهما جيداً ليحدد عناصر النموذج القانوني كما هي واردة في النصين سالفي البيان، والأمر ذاته في حالة المثال الثاني بالنسبة للمادة 234 من قانون العقوبات وفي المثال الثالث، بالنسبة للمادة 341 من القانون ذاته، إذ يلزم أن يفحص المحامي النص القانوني جيداً ويحدد بدقة كل عناصر النموذج القانوني للجريمة كما أوردها المشرع في النص.

الخطوة الثانية: أن يحاول المحامي إجراء "المطابقة" بين واقعة الجريمة المسندة إلى المتهم كما هي واردة ملف القضية، ومدى التطابق بينها وبين الواقعة النموذجية (النموذج القانوني للجريمة) بالنسبة لكل العناصر والمقومات.

وقد يصل المحامي إلى وجود تطابق تام بين الواقعة المادية (الجريمة المسندة إلى المتهم) كما هي واردة في ملف القضية والنموذج القانوني للجريمة كما هو وارد في النص القانوني المقدم المتهم إلى المحاكمة بمقتضاه، وفي هذه الحالة تكون الجريمة ثابتة في حق المتهم، فيعد المحامي دفاعه على هذا الأساس.

وقد يتوصل المحامي إلى عدم وجود التطابق بين عناصر الواقعة المسندة إلى المتهم وبين عناصر النموذج القانوني للجريمة، وفي هذه الحالة تكون الجريمة غير قائمة في حق المتهم ويلزم القضاء ببراءته مما هو مسند إليه ويؤسس المحامي طلب البراءة على الأسانيد التي توصل إليها من واقع عملية المطابقة سالفة الذكر.

**النموذج القانوني للجريمة في واقع الأمر هو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على القضية ومن ثم فإن جوهره العلم:**

النصوص القانونية التي تحدد أركان وعناصر وشروط الجريمة كما تخيلها ووصفها المشرع هي التي تحدد كيان وعناصر النموذج القانوني للجريمة، بما مؤداه أن النموذج القانوني للجريمة هو عبارة عن القواعد القانونية التي وردت في تلك النصوص فيما يتعلق بتحديد أركان الجريمة وكل ما يتصل بظروفها كما أراد المشرع، ولما كان الأمر كذلك فإن قوام النموذج القانوني للجريمة هو العلم، فضلاً عن أن العملية التي يقوم بها المحامي سواء في الوقوف ابتداءً على عناصر ومقومات النموذج القانوني للجريمة أو بعد ذلك في إجراء عملية المطابقة بين وقائع القضية وبين هذا النموذج لتحديد الموقف القانوني للمتهم في ضوء نتيجة عملية المطابقة، فإن هذه العملية التي يجريها المحامي هي عملية علمية ذهنية تقوم وتعتمد على علم المحامي بالقواعد القانونية الواردة والكامنة من النصوص القانونية الواجبة التطبيق على القضية.

## المبحث الثالث

## فحص النماذج القانونية لبعض الجرائم

## واستخلاص قواعد قانونية أساسية في إعداد

## وصيانة الدفاع الشفوي أو المكتوب

### المطلب الأول

### القواعد الخاصة بفحص بعض الجرائم لبيان أركانها وعناصرها وشروطها وبعض المسائل القانونية المفيدة في إعداد وتحضير الدفاع والدفوع القانونية

**أولاً:القواعد الخاصة بفحص بعض الجرائم لبيان أركانها وعناصرها وشروطها القانونية:**

قلنا في موضع سابق إن هذه المرحلة هي من أهم مراحل إعداد مذكرة الدفاع، حيث يقوم المحامي بتحديد وحصر ما يتعلق بالتدليل على براءة المتهم، سواءً أكان ذلك يتصل بأركان الجريمة المسندة إليه، أو بأدلة النفي فيها.

وهنا، سوف نُبين ما يجب أن يقوم به المحامي فيما يتعلق بالوقوف على أركان الجريمة وعناصرها وشروطها، ومدى تطابقها مع الأركان والعناصر والشروط الواردة في نص التجريم الذي يحاكم بمقتضاه المتهم، حتى يتوصل المحامي إلى الأسباب والأسانيد التي يُؤسِّسُ عليها دفاعه ودفوعه وطلب براءة المتهم مما هو منسوبٌ إليه، وسوف نذكر أمثلة لبعض الجرائم، منها:

**[1]جريمة القتل العمد:**

يجب أن يتأكد المحامي من توافر مقومات التجريم حتى يتبين له ما إذا كان ينتفي بعض الأركان، أو بعض العناصر أو الشروط في ركن من أركان الجريمة، وذلك حتى يدفع في مذكرته بانتفاء ذلك الركن من أركان الجريمة أو العنصر

أو الشرط ويطلب البراءة تأسيساً على انتفاء الركن أو العنصر أو الشرط، بحسب الأحوال ويكون ذلك بالنسبة للأركان أو العناصر الآتية:

(أ) حقيقة الفعل المادي الذي وقع من المتهم لإزهاق روح المجني عليه، وكذلك أدلة ثبوت ذلك الفعل، وإن كانت الواقعة شروعاً في القتل يجب أن يتأكد المحامي من أن سلوك المتهم قد وصل إلى مرحلة البدء في التنفيذ، وأنه تتوافر عناصر البدء في التنفيذ كما حددها القانون، وهل خاب أثر الفعل لأسباب لا دخلَ لإرادة المتهم فيها، أم لأسبابٍ إرادية منه.

(ب) توافر أو قيام رابطة السببية بين فعل المتهم والنتيجة التي حدثت، وهي إزهاق الروح إذا كانت جريمة القتل تامة وليست شروعاً.

(جـ) توافر القصد الجنائي العام والأدلة المؤكدة لثبوته، فقد لا يكون القصد الجنائي متوافراً، فتكون الواقعة مجرد قتل خطأ.

(د) توافر القصد الجنائي الخاص وهو نية إزهاق الروح، وأدلة ثبوته، فقد لا يتوافر القصد الجنائي الخاص، فتكون الواقعة مجرد ضرب أو إيذاء أفضى إلى الموت، وليست قتل عمد.

(هـ) وإذا كان المتهم يحاكم في قتل عمد مع "سبق الإصرار والترصد" لا بُدَّ أن يقف المحامي على ثبوت سبق الإصرار والترصد بأدلةٍ قائمة في الدعوى، فقد يتوصل المحامي إلى عدم توافر هذا الظرف ويُوردُ في دفاعه الأدلة التي تنفي وجوده.

وكذلك الحال بالنسبة لأي ظرف مشدد آخر، يلزم التأكد من ثبوته بأدلةٍ في أوراق الدعوى.

(و) البحث والتنقيب في ملف القضية عن توافر سبب إباحة مثل الدفاع الشرعي أو مانع مسئولية أو مانع عقاب.

(ز) البحث والتنقيب في ملف القضية عن عذر قانوني مخفف أو عذر قضائي مخفف.

فإذا لم يتيسر كل ذلك، وكانت أوراق القضية لا ترشح لتوافر أي سبب من تلك الأسباب، فليس أمام المحامي إلا طلب معاملة المتهم بمنتهى الرأفة ويُوردُ من الأدلة والمبررات المقنعة للمحكمة لكي تستجيب لطلبه.

**[2]جريمة تزوير المحررات واستعمالها:**

يجب كذلك أن يقف المحامي على توافر كل أركان وعناصر وشروط جريمة التزوير كما نصَّ عليها القانون، وذلك على الوجه السالف بيانه بالنسبة لجريمة القتل العمد، ومن ثم فإنه يجب على المحامي أن يتثبت من توافر العناصر الآتية:

(أ) توافر فعل التزوير في محرر.

(ب) أن يقف بالتحديد على طبيعة المحرر الذي وقع فيه التزوير، فإذا كان مثلاً عقد عقار وجب أن يتبين من تاريخ العقد، وتاريخ ورقم تسجيله، أو تاريخه الثابت إذا كان ثابت التاريخ، ومقدار أو مساحة العقار والجهة الواقع فيها، وإن كان المحرر المزور عبارة عن مخالصة، وجب أن يتبين المحامي من وجود تاريخ لها، والمبلغ والدين الذي أعطيت عنه، والدائن والمدين.

إن كل ما تقدم يفيد المحامي في إعداد دفاعه ودفوعه، في ضوء ما يقف عليه أو يتبينه من ملف الدعوى.

(ج) يجب أن يتبين المحامي كذلك أو يقف على الطريقة التي وقع بها التزوير، ذلك أن طريقة التزوير تعد من أركان الجريمة.

ويجب أن يُدرك المحامي في هذا الخصوص أن إثبات واقعة التزوير في حق المتهم لا يجوز أن يكون الدليل عليه الحكم الصادر من المحكمة المدنية برد وبطلان ذلك المحرر المسند إلى المتهم أنه قام بتزويره أو استعماله، لأنه من المقرر وجوب بحث هذا الموضوع من وجهة جنائية لبيان ما إذا كانت أركان جريمة التزوير متوافرة من عدمه.

(د) يجب التأكد من الصفة الرسمية للمحرر إذا كانت الجريمة المسندة إلى المتهم التزوير في محرر رسمي، فيجب أن يتأكد المحامي من أوصاف المحرر وكيفية تحريره، وذلك لكي يحدد ما إذا كان محرراً رسمياً أو عرفياً.

(هـ) يجب أن يتبين المحامي عنصر الضرر في جريمة التزوير في محرر عرفي.

(و) كما يلزم أن يقف المحامي بدقةٍ على مدى توافر الركن المعنوي، وهو القصد الجنائي باعتبار أن جريمة التزوير من الجرائم العمدية، ويتبين ما إذا كانت الوقائع الثابتة تؤكد وجوده أو أنها تنفي وجوده.

(ز) ويلزم بالنسبة لجريمة استعمال المحرر المزور أن يتبين المحامي كذلك توافر فعل الاستعمال، وما إذا كانت الوقائع المسندة إلى المتهم تكفي للتدليل على

وجود فعل الاستعمال من عدمه، وأن يثبت المحامي كذلك أن المحرر المستعمل هو محرر مزور وطريقة تزويره، وعلم المتهم بأن هذا المحرر الذي يستعمله محرر مزور.

**[3] جريمة الضرب الذي يفضي إلى المـــوت:**

النموذج القانوني للجريمة:

يُستخلص من نص المادة 236 من قانون العقوبات، أن النموذج القانوني لهذه الجريمة يتكون من الأركان والعناصر والشروط الآتية:

**(1) الركن المـــادي:**

وهو فعل من الأفعال التي وردت في النص وهي:

(أ) الجرح. (ب) الضرب. (ج) إعطاء المواد الضارة.

**ويُثـــار في هذا الخصوص السؤال الآتي:**

هل إذا كان الفعل الذي أتاه الجاني ماساً بسلامة جسم المجني عليه في غير صورة الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة لا يُعدُّ مجرماً في نظر الشارع؟

ومثال ذلك أن يترك شخص شخصاً آخر في مكان بارد وهو عاري الجسم، وكان ذلك بقصد إيذائه دون قتله، إلا أنه مات من شدة البرودة، أو أن يُسلـَّط أشعة أو تياراً كهربياً على آخر بقصد إيذائه دون أن يريد قتله إلا أنه يموت.

أو من يترك شخصاً مع بعض المرضي بمرضٍ معدٍ، فيُصاب بالمرض ويموت..

في كل هذه الصور نعتقد أنه يتوافر الفعل الإجرامي وتقوم الجريمة في حق الجاني، وبهذه المناسبة نوجه الانتباه إلى أنه عند تفسير نص جنائي يجب أن يتم التفسير في ضوء حقيقتين هامتين:

الأولى: أن المشرِّع عند صياغته للنص الجنائي إنما يقصد حماية الحق في كافة صوره وحالاته سواءً المعروفة والموجودة وقت صياغة النص أو تلك التي تفرزها تغيرات الظروف وتقدم الحياة فيما بعد صياغة وصدور النص وفي أي وقت.

والثانية: أن المشرِّع عند صياغة النص أيضاً يقصد حماية ذلك الحق ضد كافة أساليب الاعتداء وصوره وأشكاله، سواء تلك السائدة والمعروفة وقت صياغة وإصدار النص أو تلك التي قد تظهر في المستقبل ولم تكن معروفة من قبل في وقت صياغة وإصدار التشريع، ذلك أن الغاية التي وُضعَ التشريع من أجلها، والضرورات الاجتماعية التي دعت إلى إصداره، هي ذاتها التي تستدعي أن تشمل الحماية القانونية الحق في كل صورة وضد الصور والأساليب والأشكال المستحدثة للاعتداء، فالمشرِّع إنما قصد حماية الحق أو المصلحة أياً كانت الوسيلة التي استخدمت في الاعتداء عليه.

(ب) النتيجة الإجرامية، وهي إزهاق الروح.

(ج) علاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية التي تحققت.

**(2) الركن المعنوي:**

وهو قصد المساس بجسم المجني عليه، دون قصد إزهاق روحه، إلا أن إزهاق الروح يقع بالرغم من ذلك.

**[4]جريمة خيانة الأمانة:**

**العلة من التجريم:**

حماية الأموال المنقولة من الاعتداء عليها من الحائز غير المالك الذي يستغل وجود أموال غيره بين يديه فيستولي أو يستحوذ عليها للحصول على نفع غير مشروع لنفسه أو لغيره.

**النموذج القانوني للجريمة:**

أوردَ المشرِّع في نص المادة 341 من قانون العقوبات أركان وعناصر وشروط النموذج القانوني لجريمة خيانة الأمانة، وهو كالتالي:

(1) الركن المفترض: وهو وجود المال في حيازة الجاني، وهذا الركن يفترض أن المجني عليه قد سلم المال إلى الجاني على سبيل الحيازة الناقصة، إلا أنه استولى أو استحوذ عليه وامتنع عن رده إلى المجني عليه.

**وجه الخلاف بين السرقة وخيانة الأمانة:**

في السرقة الجاني لا يحوز المال محل الجريمة قبل السرقة، بمعنى أن المجني عليه لم يسلم الجاني المال، بينما الجاني أخذه خلسة منه وبدون رضاه، أي بدون علمه أو رضاه.

أما في خيانة الأمانة فالمفترض أن الجاني كان يحوز المال محل الجريمة، لكونه قد تسلمه من المجني عليه على سبيل الحيازة الناقصة، وهذا هو العنصر المميز بين جريمتي السرقة وخيانة الأمانة.

**وجه الخلاف بين جريمة النصب وجريمة خيانة الأمانة:**

تشترك الجريمتان في أن المجني عليه قد قام بتسليم المال إلى الجاني.

إلا أنهما يختلفان في أن التسليم في حالة خيانة الأمانة يكون بإرادة الجاني إرادة صحيحة، أما التسليم في حالة جريمة النصب فيكون بإرادة غير صحيحة، ذلك أن التسليم كان نتيجة استعمال الجاني الغش والطرق الاحتيالية.

(2) المحل المادي للجريمة: مال منقول مملوك للغير، أي ليس مملوكاً للجاني، ولكن مملوكاً لغيره سواء أكان هذا الغير هو المجني عليه أو غيره.

ويستوي في المال المنقول محل الجريمة أن يكون منقولاً بطبيعته، أو عقاراً بالتخصيص، أو أجزاء العقار التي تم فصلها بفعل الجاني مثل الأشجار المغروسة التي ينزعها الجاني، والطاقة بكافة أنواعها، سواءً أكان لهذا المال قيمة مادية أو معنوية.

(3) الاستيلاء أو الاستحواذ على المال محل الجريمة: ويُقصد به أن ينقله الجاني إلى ملكه واستعماله للحصول على نفع غير مشروع لنفسه أو لغيره.

(4) الركن المعنوي (القصد الجنائي): وهو قصد الاستيلاء على المال بنية حرمان صاحبة أو مالكه منه.

**ثانياً: بعض الـمسائل القانونية المفيدة في إعداد وتحضير الدفاع والدفوع القانونية:**

## المسألة الأولى

## القواعد التي يخضع لها فعل الاختلاس

## باعتباره السلوك أو الفعل المادي في كثيرٍ من الجرائم

**وذلـــك مثــل:**

[1] جناية اختلاس المال العام.

[2] جناية السرقة سواء المشددة أو البسيطة أو المخففة.

[3] جناية النصب.

[4] جريمة خيانة الأمانة.

[5] تبديد الأموال المحجوز عليها.

**ونتكلم عن "الاختلاس" كسلوك إجرامي من ناحيتين:**

الأولى: الاختلاس كعنصر في الركن الـمادي لبعض الجرائم وكيفية التمييز بين هذه الجرائم.

الثانية: القواعد العامة في الاختلاس كسلوك إجرامي.

ونقوم بذلك على الوجه الآتي:

**أولاً:الاختلاس كعنصر في الركن المادي لبعض الجرائم ومعيار التمييز بين هذه الجرائم:**

**[1] تعريــف الاختـــلاس:**

الاختلاس يعني الاستيلاء على حيازة المال المنقول المملوك للغير بغـير رضـاء حـائز هـذا المال أو مالكه.

وسوف نوضح بالتفصيل عناصر فعل الاختلاس وأحكامه عندما نتكلم عن القواعد التي تحكمه كسلوك إجرامي.

**[2] كيفية التمييز بين الجرائم المختلفة التي يشكل الاختلاس ركناً من أركانها أو عنصراً أو شرطاً في ذلك الركن:**

كيف نميز بين جريمة اختلاس المال العام، وجريمة خيانة الأمانة، أو جريمة النصب وجريمة السرقة، أو جريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها، وغيرها مما يُعدُّ الاختلاس جوهر الركن المادي فيها، ونوضح ذلك باختصار شديد، وذلك فيما يلي:

**(أ) جريمة اختلاس الأموال العامة:**

تتميز أو تختلف جناية الاختلاس عن جنحة أو جريمة خيانة الأمانة في أن جناية الاختلاس جريمة لا يرتكبها غير الموظف العام أو مَنْ في حكمه، فهي جريمة خاصة بالموظفين العموميين أو من في حكمهم فقط، ولا يرتكبها أيٍّ من آحاد الناس من غير هؤلاء، فالمشرِّع إذن في جناية الاختلاس استوجب وجود صفة خاصة في الجاني، وهي كونه موظفاً عاماً أو مَنْ في حكمه، وهذه الصفة لم يشترط وجودها في الجاني في جريمة خيانة الأمانة، ولذلك فإن جناية الاختلاس هي جريمة خيانة الأمانة التي لا يرتكبها إلا الموظف العام أو من في حكمه.

**(ب) التمييز بين جريمة خيانة الأمانة وجريمة النصب:**

في الجريمتين يقوم المجني عليه بتسليم المال المنقول محل الجريمة إلى الجاني، إلا أن التسليم في جريمة خيانة الأمانة يختلف عن التسليم في جريمة النصب.

ففي جريمة خيانة الأمانة تكون إرادة المجني عليه صحيحة ولا يقع في غلط فيقوم بتسليم المال إلى الجاني بإرادته، ويكون التسليم على سبيل الحيازة الناقصة أما في حالة جريمة النصب، فتكون إرادة المجني عليه غير صحيحة ويقع في غلط وذلك بسبب الغش الذي أوقعه فيه الجاني والطرق الاحتيالية التي استخدمها كي يقوم بتسليمه المال.

الخلاصة إذن، أن العنصر المميز بين جريمة خيانة الأمانة وجريمة النصب هو أن التسليم في جريمة النصب كان نتيجة غش واستعمال طرق احتيالية من قبل الجاني، بينما كان التسليم في جريمة خيانة الأمانة بإرادة المجني عليه، وعلى سبيل الحيازة الناقصة.

**(ج) التمييز بين جريمة السرقة وكل من جريمتي النصب وخيانة الأمانة:**

في جريمة السرقة يكون الاختلاس بدون علم المجني عليه وبدون رضاه، فالجاني يستولي على المال محل الجريمة خلسة في غفلة من المجني عليه.

أما في كل من جريمة خيانة الأمانة وجريمة النصب، فإن المجني عليه يقوم بتسليم المال محل الجريمة إلى الجاني، وإن كانت طبيعة التسليم تختلف في حالة جريمة خيانة الأمانة عن حالة جريمة النصب، إذ أن التسليم وكما سلف البيان في حالة جريمة خيانة الأمانة يكون طواعية وعن إرادة حرة من المجني عليه إلا أن التسليم يكون بقصد أن يحوز الجاني المال حيازة ناقصة، وإن كان يقوم باختلاسه أو الاستيلاء عليه ولا يرده إلى المجني عليه عند طلبه له.

أما في حالة النصب فإن إرادة المجني عليه تكون معيبة عندما يسلم المال محل الجريمة للجاني، وذلك بسبب الغش والطرق الاحتيالية التي استعملها الجاني بغرض أن يسلمه المجني عليه المال فيقوم باختلاسه.

**(د) الاختلاس في حالة جريمة الأشياء المحجوز عليها:**

بادئ ذي بدء، نودُّ التنويه على أن التجريم في خصوص هذه الجريمة بالنسبة للجاني إذا كان هو مالك الشيء فإنه يعد مختلساً أو مُبدِّداً، وهذا استثناء من القواعد العامة التي مؤداها أن الشخص لا يختلس ماله المملوك له، إلا أن هذا الاستثناء مقرر بمقتضى نص خاص.

فالاختلاس في جريمة تبديد أو اختلاس الأموال المحجوز عليها، يقع من مالك الشيء المحجوز عليه والمعين حارساً عليه، فإذا استولى أو اختلس الحارس (مالك الشيء) هذا المال اعتبر مرتكباً لتلك الجريمة.

**ثانياً: القواعد العامة في الاختلاس:**

الاختلاس باعتباره الركن المادي في جرائم السرقة وخيانة الأمانة وجناية اختلاس المال العام والنصب وتبديد الأموال المحجوز عليها.

**[1] ماهيـــة الاختـــلاس فـي السرقـة:**

الاختلاس هو السلوك الإجرامي في السرقة، ويعني الاستيلاء عـلى حيـازة المـال المنقـول المملوك للغير بغير رضاء حائزه أو مالكه.

**[2] عناصــر الاختـــلاس:**

يتكون الاختلاس من عنصرين:

الأول : فعل الاختلاس.

والثاني: عدم رضاء حائز الشيء أو مالكه.

**ونتكلم عن كل عنصر منهما:**

**أولاً:فعــل الاختـــلاس:**

الاختلاس. كما تقدم، هو السلوك الإجرامي في السرقة، وهو عبارة عن إخراج الشيء من حيازة المجني عليه، وإدخاله في حيازة الجاني، أو هو "تبديل الحيازة".

**ماهية الحيازة في نطاق جرائم الأموال:**

الحيازة هي سيطرة إرادية لشخص على شيء، وتقوم الحيازة على عنصرين:

أحدهما : عنصر مادي، وهو السيطرة على الشيء، وما يتفرع عنها من سلطات تتسع أو تضيق تبعاً لنوع الحيازة (كاملة أو ناقصة).

وثانيهما : عنصر معنوي: وهو إرادة السيطرة على الشيء أي بنية الاحتفاظ به.

**أنـــــواع الحيـــــازة: نوعـان:**

الأول : حيازة كاملة، ولا تكون إلا للمالك، أي الحائز لحساب نفسه وليس حساب غـيره، وللمالك سلطات واسعة على الشيء وهي التصرف والاستعمال والاستغلال.

الثاني: حيازة ناقصة، وتكون للحائز غير المالك، حيث يتوافر للحـائز الجانـب أو العـنصر المادي فقط دون الجانب أو العنصر المعنوي.

اليد العارضة: وتعني مجرد "وضع اليد المادي" على الشيء ولا تعتبر نوعاً من الحيازة، لأنها تعني حالة وجود الشيء عرضاً بين يدي شخص دون أن تكون له عليه سلطات مادية، بل أن عليه أن يرده بعد وقتٍ يسير، وواضع اليد العارضة دائماً خاضع لرقابة من له الحق على الشيء، ولذلك فإن من له اليد العارضة ليس له حق أو صفة قانونية على الشيء.

**مثال صاحب اليد العارضة:**

من يتناول أو يأخذ شيئاً كي يعاينه ويتفحصه ليرى ما إذا كان يشتريه، أو ليقدر ثمنه بناءً على طلبه ذلك من مالكه، أو يستعمله عرضاً في أي أمر.

**أهمية الحيازة بنوعيها واليد العارضة في تحديد الوصف القانوني للجريمة الواقعة على المال المسلم إلى الجاني:**

**تبدو هذه الأهمية في أمرين:**

الأول : أن الحيازة الكاملة الثابتة للمتهم تنفي عنه ارتكاب السرقة، وتطبيقاً لذلك، إن من كان يحوز الشيء حيازة كاملة مثل من يشتري شيئاً وتسلمه قبل أن يدفع الثمن، إذا كان الثمن مؤجلاً، لا يُعد سارقاً للشيء ولو تضمن العقد شرطاً بإرجاء الملكية لحين أداء الثمن، إذ أنه يحوز الشيء حيازة كاملة.

وكذلك الأمر، لمن كان يحوز الشيء حيازة ناقصة، لا يمكن أن يسرقه، ذلك أن السرقة اعتداء على الحيازة، ومثال ذلك مستعير الشيء أو مستأجره أو المودع لديه إذا امتنع عن رده وتصرف فيه، ذلك أنه يحوزه حيازة ناقصة، إلا أنه يرتكب جريمة خيانة أمانة، أو جريمة (جناية) اختلاس المال العام إذا كان الجاني الذي تسلم المال موظفاً عاماً وتسلم المال بسبب أو بمناسبة اختصاصه الوظيفي.

الثاني: أن الشيء في يد المتهم على سبيل اليد العارضة لا ينفي عنه ارتكاب جريمة السرقة، مثال ذلك من تناول سلعة في متجر ليفحصها ويرى ما إذا كان يشتريها، فهو يعتبر سارقاً إن تسلل هارباً بها، ذلك أنه ليست له حيازتها، وإنما هي في يده العارضة فحسب، فهو إذ يفر بها يعتبر معتدياً على حيازة غيره.

## الصلة بين الاختلاس والحيازة في مجال بيان الوصف القانوني للجريمة التي تقع من الجاني الحائز

صلة وثيقة، بل أن هذه الصلة هي التي تفسر ماهية الاختلاس، فهو اعتداء على الحيازة (أي حيازة الغير)، وتترتب على هذه الصلة نتيجتان:

الأولى : أن من كانت له حيازة الشيء حيازة كاملة لا يتصور أن يصدر عنه فعل الاختلاس لذلك الشيء.

والثانية: أن من لم تكن له حيازة الشيء يتصور أن يصدر عنه فعل اختلاس لهذا الشيء.

## العلاقة بين كل من التسليم والحيازة وجرائم السرقة وخيانة الأمانة وجناية الاختلاس والنصب

**نوضح هذه العلاقة فيما يأتي:**

أولاً: حالة التسليم الصحيح للشيء، قد ينقل الحيازة الكاملة أو الحيازة الناقصة أو مجرد اليد العارضة، وهذا على النحو الآتي:

(1) في حالة نقل الحيازة الكاملة فإن الشيء يكون في حيازة مالكه وهنا لا يمكن أن تنسب أية جريمة للمستلم، لا سرقة، ولا خيانة أمانة، ولا نصب، لأنه مالك الشيء.

(2) وفي حالة نقل الحيازة الناقصة إذا استولى المستلم على الشيء المسلم إليه، تكون الجريمة خيانة أمانة، أو جناية اختلاس مال عام إذا كان الجاني موظفاً عاماً كما سلف البيان.

(3) وفي حالة مجرد اليد العارضة، إذا استولى المستلم على الشيء المسلم إليه يرتكب جريمة سرقة.

ثانياً: في حالة التسليم بناءً على غش أو استعمال طرقٍ احتيالية، فإذا استولى المستلم على الشيء المسلم له، فإنه يرتكب جريمة نصب.

عناصر فعل الاختلاس، عنصران:

الأول : مادي، وهو عبارة عن النشاط الإجرامي وقوامه الاستيلاء على حيازة الشيء.

والثاني: شخصي، وهو عدم رضاء صاحب الشيء أو حائزه.

**أهمية الحيازة في القانون الجنائي:**

الحيازة أصلاً من موضوعات القانون المدني، إلا أن الفقه الجنائي قد استعان بها في التمييز بين جريمة السرقة، وجريمة خيانة الأمانة، وجناية اختلاس المال العام، وجريمة السرقة، وجريمة النصب.

**التسليم الذي ينفي وقوع الاختلاس:**

يُشترط لكي ينفي التسليم وقوع الاختلاس ثلاثة شروط هي:

[1] أن يصدر التسليم من الحائز للشيء حيازة كاملة أو ناقصة، ولذلك فالتسليم الصادر من شخص له مجرد اليد العارضة على الشيء لا ينفي الاختلاس.

[2] أن يكون التسليم إرادياً، وعلى ذلك لا يعتد بتسليم المُصاب بعاهة عقلية، ولا الصغير غير المميز، وكذلك من فقد حرية الاختيار مثل المكره والمضطر.

والتسليم الإرادي الصادر عن إدراك واختيار من شأنه أن ينفي الاختلاس حتى ولو كانت الإرادة معيبة بسبب غلط أو غش أو تدليس.

[3] أن يكون التسليم بقصد نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة إلى المستلم، ومعنى ذلك، أن التسليم الصادر لمجرد تمكين اليد العارضة لا ينفي الاختلاس، لأن المستلم في هذه الحالة يتسلم الشيء في حضور حائزه وتحت إشرافه ورقابته، دون أن يتضمن هذا التسليم تخلياً من الحائز عن الحيازة.

ويلزم العلم بأن التسليم الذي يكون على سبيل اليد العارضة الذي لا ينفي الاختلاس مشروط بألا يكون مسلم الشيء قد مكن المستلم من حيازة الشيء حيازة مستقلة بعيدة عن إشرافه ورقابته، لأن المستلم في هذه الحالة يكون بعيداً عن رقابة وإشراف الحائز (المُسلِّم) فيعتبر الحائز قد تنازل برضائه عن كل رقابة على الشيء المسلم منه، ويجعل يد المسلم إليه الشيء بعد أن كانت عارضة أن أصبحت يد حيازة قانونية لا تقوم بها جريمة السرقة.

## المطلب الثاني

## جريمة إعطاء شيك بدون رصيد

**ماهية الشيك في مفهوم المادة (337) من قانون العقوبات:**

الشيك الذي تقوم به الجريمة الواردة في نص المادة (337) من قانون العقوبات، هو الشيك بمعناه الصحيح، أي باعتباره أداة توفي بها الديون في المعاملات كما توفي بالنقود تماماً، مما مقتضاه أن يكون مستحق الوفاء لدى الاطلاع دائماً.

ومقتضى ذلك لا يُعد الشيك معاقباً على إصداره في الأحوال التالية:

1 – أن تكون الورقة – الشيك – قد صدرت في تاريخ معين على أن تكون مستحقة الدفع في تاريخ آخر، وكانت تحمل هذين التاريخين، فلا يصح أن تعد شيكاً معاقباً على إصداره، وذلك لأنها ليست أداة وفاء وإنما هي أداة إئتمان فيها ذاتها ما يحول دون التعامل بها بغير صفتها هذه[1].

2 – أية حالة أخرى تحمل فيها الورقة – الشيك – تاريخين على نحو يستدل منه أنها قد تجردت من جوهر الشيك كأداة وفاء وتحولت إلى أداة إئتمان، كما لو كان الشيك بعد التأشير عليه باستنزال ما دفع من قيمته الأصلية قد حمل تاريخين[2].

**الشيك في مفهوم المادة (337) من قانون العقوبات عمل قانوني مجرد منفصل تماماً عن العلاقة القانونية السابقة عليه ولا يتأثر بما يصيب هذه العلاقة من بطلان:**

محل الشيك دائماً وكقاعدة مطلقة مبلغ محدد من النقود وليس لهذه القاعدة استثناء باعتبار أن العلة في الحماية الجنائية له أنه "يحل في التعامل محل النقود"[3].

---

(1) نقض 1978/4/24 مجموعة أحكام النقض س29 رقم 84 ص 442، نقض 1976/5/17 س 27 رقم 110، ص 494، نقض 1975/6/9 س 26، رقم 118 ص 505.

(2) نقض 1962/6/9 أحكام النقض س14 رقم 64 ص 317، نقض 1978/5/24 س29 رقم 84 ص 442، ويراجع الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 1062.

(3) نقض 1995/12/12 أحكام النقض س6 رقم 426 ص 1442، نقض 1968/4/29 س19 رقم 95 ص 497.

ومن المقرر أن سبب الشيك كامن فيه، وأنه لا يجوز للساحب أن يدفع الدعوى الجنائية التي تقام ضده – في جريمة إصدار شيك بدون رصيد – بأسباب ترجع إلى صحته، باعتبار أن صحة الشيك مفترضة طالما أن مظهره ولدى الاطلاع عليه لا يكشف عن عيب يشوبه، ومما يلزم توجيه النظر إليه أن البحث في ركني المحل والسبب بالنسبة للشيك لا يثير أية صعوبات وذلك لأن:

(1) محل الالتزام المثبت في الشيك هو دائماً مبلغ نقدي، ويعني ذلك أنه تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في محل الالتزام.

(2) سبب الشيك كامن فيه ذاته باعتباره عملاً قانونياً مجرداً، وأن الشيك يتضمن في ذاته سببه، ومن ثم فلا يجوز التنقيب عنه أو إثبات انتفاء أحد شروط صحته، أو البحث عن سببه في علاقة قانونية سابقة على إصداره.

وإزاء ما تقدم، فأيا كانت العيوب التي تشوب العلاقة القانونية بين الساحب والمستفيد والسابقة على إصدار الشيك، فإن هذه العيوب لا تنعكس على الشيك الذي يبقى مع ذلك صحيحاً، فيعاقب على إصداره بدون رصيد وأياً كانت الأسباب أو البواعث التي يبديها الساحب كمبررات أو دوافع لإصدار الشيك.

وقضت محكمة النقض بياناً لذلك في قضاء مستقر لها أن:

"المسئولية الجنائية في تطبيق المادة (337) من قانون العقوبات لا تتأثر بالسبب أو الباعث الذي من أجله أعطى الشيك، ومن ثم فلا عبرة بما يقوله الطاعن عن حقيقة سبب تحرير الشيك أو الغرض من تحريره، مادام مظهره وصيغته يدلان على أنه مستحق الأداء بمجرد الاطلاع وأنه أداة وفاء"[(1)].

وقضت محكمة النقض في ذات الاتجاه بأنه:

"من المقرر أن الشيك في حكم المادة 337 من قانون العقوبات هو الشيك المعروف عنه في القانون التجاري بأنه أداة دفع ووفاء، ويستحق الأداء لدى الاطلاع عليه، ويغني عن استعمال النقود في المعاملات، ومادام أنه قد استوفى المقومات التي تجعل منه أداة وفاء في نظر القانون، فلا عبرة بما يقوله الطاعن من أن الشيك تأميناً لعقد قرض من البنك المدعي بالحقوق المدنية، إذ أن الطاعن لا يستطيع أن يغير من طبيعة هذه الورقة ويخرجها عما خصها به القانون من مميزات"[(2)].

(1) نقض 1966/10/24 أحكام النقض س 17 رقم 188 ص 1005.

(2) نقض 1989/12/26 الطعن رقم 4661 سنة 58 س 40 رقم 215 ص 1353.

**وأكدت محكمة النقض أن الشيك يعاقب على إعطائه بدون رصيد ولو كانت العلاقة التي أنشئ لتسويتها ذات سبب غير مشروع، فقالت:**

"الشيك المسحوب وفاء لدين قمار لا يعفى ساحبه من العقاب إذا لم يكن له رصيد مقابل، فإن المادة (337) من قانون العقوبات تعاقب كل من سحب شيكاً ليس له مقابل وفاء مهما كانت حقيقة المبلغ المحرر به، أما الدفع بأن الشيك قد سحب لدين قمار فلا يعتد به إلا عند المطالبة بقيمته"[(1)].

إذن، الشيك من الناحية الجنائية وفي خصوص جريمة إصدار شيك بدون رصيد "سببه" دائماً كامن فيه وهو "الوفاء" بدين مستحق على الساحب لدى الاطلاع على الشيك، وهذه قرينة مطلقة لا يجوز إثبات عكسها، وهو ما يعني أن ركن السبب في الشيك لا يجوز مناقشته أو إثبات بطلانه أو أن سببه أمر آخر خلاف الوفاء بدين في ذمة الساحب، وما إلى ذلك، أن كل ما يقال في شأن دحض هذه القرينة أو النيل منها، إنما هو يدخل في نطاق "البواعث" على إصدار الشيك، والبواعث لا أثر لها في قيام الجريمة، باعتبار أنها ليست عنصراً من عناصرها، وهو ما استقرت عليه أحكام النقض، والتي نذكر نماذج منها فيما يلي:

**1 - قضت محكمة النقض بأن:**

"القانون إذ نص في الشطر الأول من المادة 337 من قانون العقوبات على عقاب كل من أعطى بسوء نية شيكاً لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب،.. قد نهى في عبارة صريحة لا لبس فيها ولا غموض، عن إصدار كل شيك لا يوجد له قبل إصداره مقابل وفاء كافٍ لا يمكن التصرف فيه، ولم يشترط لإنزال العقاب فيما يخالف نهيه هذا إلا مجرد علمه بأن الشيك الذي أصدره لم يكن وقت إعطائه لمن أصدره مقابل وفاء مستكمل لتلك الصفات، هذا هو مفهوم عبارة نص القانون، وهو الذي استقر عليه القضاء وفقه القانون الفرنسي الذي نقل عنه هذا النص، وهو كذلك الذي يتفق مع طبيعة الشيك والغرض الذي أعد له، مما كان له اعتبار في القانون رقم 44 لسنة 1939 الذي فرض رسم دفعه على الشيك أقل من سائر الأوراق

(1) نقض 1985/2/28 أحكام النقض س26 رقم 52 ص 311، فقضى 1985/6/5 س 26 رقم 132 ص 752.

التجارية، ولم يكن ذلك إلا لأنه أداء دفع ووفاء تغني عن استعمال النقود وتستحق الأداء لدى الاطلاع دائماً، وليس أداة إئتمان تمكن المطالبة بقيمتها في غير التاريخ الذي أصدرت وأعطيت فيه بالفعل"[1].

**2 - وقضت محكمة النقض بأنه:**

"من المقرر أن الشيك في حكم المادة 337 من قانون العقوبات، هو الشيك المعروف عنه في القانون التجاري بأنه أداه دفع ووفاء، ويستحق الأداء لدى الاطلاع عليه، ويغني عن استعمال النقود في المعاملات، ومادام أنه قد استوفى المقومات التي تجعل منه أداة وفاء في نظر القانون، فلا عبرة بما يقوله الطاعن من أنه أراد من تحرير هذه الشيكات أن تكون تأميناً لدينه الناشئ عن عمليات تجارية جرت بينه والشركة المدعية بالحقوق المدنية، أو أنه أوفى قيمة الدين الذي حررت الشيكات تأميناً له، إذ أن الطاعن لا يستطيع أن يغير من طبيعة هذه الورقة ويخرجها عما خصها به القانون من ميزات، كما أنه لا عبرة في قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب بسبب تحرير الشيك والغرض من تحريره، ولا بعلم المستفيد وقت استلام الشيك بعدم وجود رصيد للساحب في البنك المسحوب عليه"[2].

**3 - وقضت محكمة النقض في حكم انطوى على مزيد من الإيضاح فقررت أنه:**

"من المقرر أن سوء النية في جريمة إصدار شيك بدون رصيد يتوافر بمجرد علم مصدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق - لما كان ذلك - فإن الأسباب التي ساقها الطاعن للتدليل على حسن نيته من توقيعه على الشيكين بسبب المعاملات التي كانت قائمة بينه وبين المدعي وما اقتضته من إصدارهما ضماناً لوفائه بالتزاماته، ومن أنه وقت إصدارهما كان دائناً للمدعي بصفته لا مدنياً، لا تنفي توافر القصد الجنائي لديه، ولا تؤثر في مسئوليته الجنائية، ولا على المحكمة إن هي التفتت عن الرد على مناحي دفاعه في هذا الشأن، كما أنها هي صاحبة الحق في تقدير ما يقدم إليها من أوراق"[3].

(1) نقض 1940/2/19 مجموعة القواعد القانونية جـ5 ق 63 ص 101.

(2) نقض 1974/2/11 أحكام النقض س25 ق28 ص 119، نقض 1973/3/19، أحكام النقض س24 ق 76 ص 355، نقض 1962/2/1 أحكام النقض س 13 ق 33 ص 124.

(3) نقض 1974/3/10، أحكام النقض س 25 ق 55 ص 242.

**4 - وقضت محكمة النقض بأنه:**

"يقوم سوء النية - في جريمة المادة 337 من قانون العقوبات - بمجرد علم الساحب بعدم وجود مقابل وفاء للشيك في تاريخ السحب، ومن ثم فإنه لا يجدي المتهم ما دفع به من أنه رد البضاعة التي اشتراها من المجني عليه وأعطاه مقابل ثمنها قبل تاريخ استحقاق الشيك، وحصل على سند بهذا المعنى، مادام أنه - وبفرض صحة هذا الدفاع لم يسترد الشيك من المجني عليه"[1].

**5 - وقضت كذلك محكمة النقض بأنه:**

"لا عبرة في قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب، بسبب تحرير الشيك والغرض من تحريره، ولا بعلم المستفيد وقت استلام الشيك بعدم وجود رصيد للساحب في البنك المسحوب عليه"[2].

(1) نقض 1962/1/23 مجموعة أحكام النقض س 13 ق 20 ص 77.
(2) نقض 1960/10/10 أحكام النقض س 11 ق 147 ص 670.

## الفرع الثاني
## أسباب الإباحة في جريمة
## إصدار شيك بدون رصيد

إنه وفي ضوء أحكام محكمة النقض وبخصوص أسباب الإباحة في حالة إصدار شيك لا يقابله رصيد يمكن استخلاص أمرين مهمين:

الأول : أن الحالات التي لا تقوم فيها جريمة إصدار شيك بدون رصيد على الرغم من توافر الأركان القانونية للجريمة، وهي:

1 – حالة ضياع الشيك، وهي الحالة الأصلية التي وردت أحكامها في المادة (148) من قانون التجارة والتي قيست عليها الحالات الأخرى للإباحة.

2 – أحوال التحصل على الشيك من جريمة، ومثال ذلك:

أ – التحصل على الشيك من جريمة سرقة بسيطة.

ب – التحصل على الشيك من جريمة سرقة مقترفة بظروف.

جـ - التحصل على الشيك بطريق جريمة نصب.

د – التحصل على الشيك بالتهديد.

هـ - التحصل على الشيك بجريمة خيانة أمانة.

والثاني: أن القياس في أسباب الإباحة أمر يقره القانون، ولذلك فقد قيست على حالة ضياع الشيك كسبب للإباحة، الأحوال الأخرى التي تشكل جريمة من جرائم الأموال، والتي يتحصل على الشيك فيها عن طريق جريمة من هذه الجرائم.

وفي هذا المقام، قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان من المسلم أنه يدخل في حكم الضياع، السرقة البسيطة، والسرقة بظروف، والحصول على الورقة بالتهديد، كما أنه من المقرر أن القياس في أسباب الإباحة أمر يقره القانون بغير خلاف، فإنه يمكن إلحاق حالتي تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب بتلك الحالات من حيث إباحة حق المعارضة في الوفاء بقيمته، فهي به أشبه، على تقدير أنها جميعاً من جرائم سلب المال، وأن الورقة متحصلة من جريمة، ولا يغير من الأمر ما يمكن أن يترتب على مباشرة الساحب هذا الحق من الإخلال بما يجب أن يتوفر للشيك من ضمانات في التعامل، ذلك بأن الشارع رأى أن

مصلحة الساحب في الحالات المنصوص عليها في المادة (148) من قانون التجارة – التي هي الأصل – هي الأولى بالرعاية"[1].

وفي حكم آخر أكثر وضوحاً وتفصيلاً في بيان أسباب الإباحة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل أن سحب الشيك وتسليمه للمسحوب له يعتبر وفاء كالوفاء الحاصل بالنقود، بحيث لا يجوز للساحب أن يسترد قيمته أو يعمل على تأخير الوفاء به لصاحبه، إلا أن ثمة قيداً يرد على هذا الأصل هو المستفاد من الجمع بين حكمي المادتين (60) من قانون العقوبات و (148) من قانون التجارة، فقد نصت المادة (60) عقوبات على أن أحكام قانون العقوبات لا تسري على كل فعل ارتكبه بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة، بما مؤداه أن استعمال الحق المقرر بالقانون أينما كان موضع هذا الحق من القوانين المعمول بها – باعتبارها كلاً متسقاً مترابط القواعد – يعتبر سبباً من أسباب الإباحة إذا ما ارتكب بنية سليمة.

فالقانون يفترض قيام مصلحة يعترف بها ويحميها بحيث يسمح باتخاذ ما يلزم لتحقيقها واستخلاص ما تنطوي عليه من مزايا، وهو في ذلك إنما يوازن بين حقين يهدر أحدهما صيانة للآخر، وعلى هذا الأساس وضع نص المادة (148) من قانون التجارة – الذي يسري حكمه على الشيك – وقد جرى بأنه "لا تقبل المعارضة في دفع قيمة الكمبيالة إلا في حالتي ضياعها أو تفليس حاملها" فأباح بذلك للساحب أن يتخذ من جانبه إجراء يصون به ماله بغير توقف على حكم من القضاء، لما قدره المشرع من أن حق الساحب في حالتي الضياع وإفلاس الحامل يعلو على حق المستفيد.

وإذ جعل هذا الحق للساحب يباشره بنفسه بغير حاجة إلى دعوى، وعلى غير ما توجه المادة 337 عقوبات، فقد أضحى الأمر بعدم الدفع في هذا النطاق قيداً على نص من نصوص التجريم، وتوافرت له بذلك مقومات أسباب الإباحة لاستناده – إذا ما صدر بنية سليمة – إلى حق مقرر بمقتضى الشريعة، والأمر في ذلك يختلف عن سائر الحقوق التي لابد لحمايتها من دعوى، فهذه لا تصلح مجردة سبباً للإباحة، لما كان ما تقدم وكان من المسلم أنه يدخل في حكم الضياع السرقة البسيطة والسرقة

(1) الطعن رقم 6050 لسنة 58 ق س40، القاعدة رقم 1 ص 73.

بظروف والحصول على الورقة بالتهديد، كما أنه من المقرر أن القياس في أسباب الإباحة أمر يقره القانون بغير خلاف، فإنه يمكن إلحاق حالتي تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب بتلك الحالات من حيث إباحة حق المعارضة في الوفاء بقيمته، فهي به أشبه على تقدير أنها جميعاً من جرائم سلب المال، وأن الورقة قيمتها متحصلة من جريمة، ولا يغير من الأمر ما يمكن أن يترتب على مباشرة الساحب لهذا الحق من الإخلال بما يجب أن يتوافر للشيك من ضمانات في التعامل، ذلك بأن المشرع رأى أن مصلحة الساحب في الحالات المنصوص عليها في المادة (148) من قانون التجارة – التي هي الأصل – هي الأولى بالرعاية، لما كان ذلك، وكان هذا النظر لا يمس الأصل الذي جرى عليه قضاء هذه المحكمة في تطبيق أحكام المادة 337 عقوبات، وإنما يخضع له استثناء يقوم على سبب من أسباب الإباحة، وكان الحكم المطعون فيه لم يفطن إليه، فإنه يتعين نقضه والإحالة"[1].

طبيعة ما يطلق عليه "شيك الضمان" وعلاقته بأركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد:

أوردنا فيما تقدم أن "الشيك" في مفهوم الشارع الجنائي ووفق أحكام المادة (337) من قانون العقوبات، هو الشيك بمعناه الصحيح في القانون التجاري باعتباره أداة وفاء للديون لدى الاطلاع عليه.

والشيك في مفهوم المسئولية الجنائية إنما هو عمل قانوني مجرد، ومعنى ذلك أن الشيك يتضمن في ذاته سببه الأمر الذي يقتضي أن يحظر البحث عن سبب الشيك في علاقة قانونية سابقة على إصداره، وذلك تطبيقاً لمبدأ "الكفاية الذاتية للشيك" والذي مؤداه اعتبار بيانات الشيك كافية بذاتها لتعيين الالتزام الثابت به.

وإنه يلزم العلم بأن القانون الجنائي ينظر إلى الشيك الذي لا يقابله رصيد على أنه أداة تدليس ووسيلة إلى الاعتداء على ثقة وأموال من يتداول بينهم الشيك، ولذلك فإن الشيك لا يفقد صفته في القانون الجنائي في حالات كثيرة قد تلحقه فيها عيوب موضوعية أو نقص في بياناته وفق أحكام القانون التجاري، وفي هذه الأحوال يظل الشيك يتمتع بالحماية الجنائية المقررة.

(1) الطعن رقم 1084 لسنة 32 القضائية "هيئة عامة" جلسة أول يناير سنة 1963.

**العيوب التي تنفي عن الورقة صفة الشيك في القانون الجنائي:**

توجد عدة حالات تنتفي فيها عن الورقة صفة الشيك، وبذلك لا تصلح لأن تقوم بها جريمة إصدار شيك بدون رصيد، ويجمع بين هذه الحالات أن العيب يظهر في الورقة بحيث يتبينها كل متعامل فيها بمجرد الاطلاع عليها فلا يمنحها ثقته التي يستهدف القانون الجنائي حمايتها.

ومن هذه العيوب ما يأتي:

1 – إذا لم يحرر الشيك كتابة فلا وجود له على الإطلاق.

2 – إذا لم تحمل الورقة توقيع الساحب.

3 – إذا لم تتضمن الورقة اسم المسحوب عليه (البنك).

4 – إذا كانت الورقة موضوعها شيئاً غير النقود أو لم يعين مبلغها.

5 – إذا كان الأمر بالدفع معلقاً على شرط أو مضافاً لأجل.

6 – إذا حملت الورقة تاريخين.

7 – إذا كانت الورقة تتضمن فراغاً ليذكر فيه اسم المستفيد فلم يملأ هذا الفراغ.

وإنه مما يستحق الذكر أنه في جميع الأحوال السابقة تتجرد الورقة من صفة "الشيك" فإذا كان لا يقابلها وقت إصدارها رصيد، فلا تقوم الجريمة بذلك.

ويستوي في الحالات السابقة أن يكون من شأن العيب أن تتجرد الورقة من كل قيمة قانونية، أو أن تتحول إلى ورقة تجارية أخرى أو سند مدني، إذ يجمع بين كل هذه الحالات أن الورقة تجردت من صفة الشيك[1].

**ما يطلق عليه "شيك الضمان" لا أثر له في قيام المسئولية الجنائية في خصوص جريمة الشيك بدون رصيد:**

نود الإشارة إلى أن ما دفعنا لتناول هذه المسألة هو ما تلاحظ لنا من أن بعض الدوائر في المحاكم الجنائية تساير دفاع بعض المتهمين الذين يدفعون أمامها بأن الشيك الذي يحاكم من أجله المتهم في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، إنما كانت الغاية منه "الضمان" سواء لضمان تنفيذ عقد، أو تنفيذ القيام بعمل أو ضمان سداد دين وما إلى ذلك.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق ص 1070.

وفي حقيقة وواقع الأمر فإن هذا الدفع أو الدفاع في غير محله ولا ينال من قيمة أو طبيعة الشيك كأداة وفاء لدى الاطلاع عليه، طالما أن الشيك في ذاته قد استوفى مقوماته التي تمنحه هذه الطبيعة.

إذن، لا يوجد مبرر أو محل لإثارة ما يطلق عليه "شيك الضمان" في خصوص دفع جريمة إصدار شيك بدون رصيد، فالأمر لا يخلو عن فرضين، أولهما: أن الشيك توافرت له مقوماته كأداة وفاء لدى الاطلاع عليه من واقع البيانات الثابتة به، وفي هذا الفرض لا يجوز بحال من الأحوال البحث عن "سبب" إصدار الشيك، لأن سبب الشيك دائماً كامن فيه، باعتباره عملاً قانونياً مجرداً، وسببه دائماً أنه وفاء لدين، ومن ثم فلا يجوز البحث عن سبب آخر، أو بمعنى أصح لا يجوز إثبات وجود سبب آخر يخالف هذا السبب المفترض.

وثاني الفرضين أن الشيك محل الجريمة لا تتوافر له مقوماته كأداة وفاء لدى الإطلاع عليه، وفي هذا الفرض لا تقوم بهذا الشيك جريمة إصدار شيك بدون رصيد، في حالة عدم وجود رصيد للساحب.

وتوجد حالات كثيرة يتصور فيها ألا تتوافر في الشيك مقوماته كأداة وفاء لدى الإطلاع عليه، ومن هذه الحالات أن تحمل ورقة الشيك تاريخين، أو إذا لم تحمل ورقة الشيك توقيع الساحب، أو اسم المسحوب عليه وحالات أخرى سبق لنا بيانها.

وكل الحالات التي فيها لا تتوافر للورقة مقومات الشيك كأداة وفاء، ولا تقوم بها جريمة إصدار شيك بدون رصيد، هذه الحالات يمكن تقسيمها في طائفتين:

الطائفة الأولى: حالات تتجرد الورقة من كل قيمة قانونية فلا تكون الورقة شيكاً بالمفهوم القانوني في القانون الجنائي ولا في القانون التجاري، ولا تكون للورقة أية قيمة قانونية.

الطائفة الثانية: حالات لا تكون فيها الورقة شيكاً في مفهوم القانون الجنائي كأداة وفاء، إلا أنها تتحول إلى ورقة تجارية أخرى أو سند مدني، فتكون للورقة قيمتها القانونية في حدود هذه الصفة ووفق قواعد وأحكام القانون الواجب التطبيق عليها.

## الفرع الثالث

## ركن السبب في الشيك في نطاق

## المعاملات المدنية والتجارية

القاعدة في أصول المعاملات المدنية والتجارية أن الشيك بحسب الأصل أداة وفاء، والوفاء اتفاق سببه دين قائم، وهو ما يعني أن ركن السبب في الشيك – في خصوص هذا النوع من المعاملات – هو الدين القائم في ذمة الساحب للمستفيد.

ومن المقرر في هذا الشأن أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما قابلة لإثبات العكس، فيجوز للساحب إذا ادعى أن الشيك لم يصدر بسبب دين في ذمته للمستفيد وإنما صدر لسبب آخر، فإن الساحب عليه أن يثبت وجود هذا السبب الآخر الذي يدعيه على خلاف الأصل العام.

ومقتضى ما تقدم، أن القرينة المستفادة من إصدار الشيك بأن سببه هو دين في ذمة الساحب للمستفيد، هذه القرينة ليست مطلقة، ولكن يجوز إثبات عكسها، أي إثبات وجود سبب آخر لإصدار الشيك خلاف السبب المفترض فيه وهو وجود الدين الواجب الوفاء به.

وفحوى ما تقدم، أن ركن "السبب" في الشيك في نطاق المعاملات المدنية والتجارية يمكن مناقشته والبحث عن أسباب أخرى دعت إلى إصدار الشيك وأن هذه هي الأسباب الحقيقية لإصدار وليس سببه وجود دين في ذمة الساحب مستحق الأداء للمستفيد من الشيك.

**المقارنة بين طبيعة "السبب" في إصدار الشيك في كل من المجالين الجنائي والمدني:**

إن خلاصة ما عرضناه في خصوص ماهية الشيك في القانون الجنائي، وما توصلنا إليه من أن "سبب" الشيك كامن فيه باعتبار الشيك تصرف قانوني مجرد، فدائماً يفترض أن سببه هو "الوفاء بدين ثابت في ذمة الساحب" وهذا السبب مفترض ولا يجوز إثبات عكسه.

أما في مجال المعاملات المدنية والتجارية، فإنه يجوز للساحب أن يثبت وجود سبب لإصدار الشيك خلاف السبب المفترض له، فيثبت أن السبب ليس هو وجود دين في ذمته، وإنما أمر آخر، يقوم بإثباته.

الخلاصة إذن، أن مجال مناقشة سبب إصدار الشيك إنما يكون في مجاله المطالبة بقيمة الشيك أمام القضاء المدني، وفي هذا المجال فإن الأصل هو أن الشيك سببه الدين الذي في ذمة الساحب للمستفيد، وأن الشيك وفاء لهذا الدين، فالغرض من إصدار الشيك هو "الوفاء بدين في ذمة الساحب للمستفيد" وباعتبار الشيك أداء وفاء تجري مجرى النقود.

وإما إذا ادعى الساحب سبباً خلاف الأصل العام، فإن عليه إثبات ما يدعيه، وبالقطع في حالات إدعاء أسباب أخرى خلاف السبب المفترض في إصدار الشيك، فإن كل هذه الأسباب تدور حول براءة ذمة الساحب من أي دين للمستفيد، سواء أنه لم يكن مديناً ولكن الشيك أصدر لضمان عمل أو تصرف ما، أو كان مديناً وسدد الدين، إلى غير ذلك.

وأما في المجال الجنائي، فإنه لا يقبل على الإطلاق مناقشة "السبب" أو "الدافع" أو "الباعث" في إصدار الشيك، طالما أنه تتوافر للشيك المقومات القانونية باعتباره أداه وفاء تجري مجرى النقود، فالجريمة تقوم بمجرد الإصدار بمعناه القانوني، دون التوقف على أي عنصر أو شرط آخر، لأن إثارة خلاف ذلك يدخل في نطاق البواعث أو النية أو الأسباب، وهي ليست ركناً في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، إذ اكتفى المشرع في هذه الجريمة بتوافر القصد الجنائي العام، والذي يتوافر بمجرد علم الساحب بعدم وجود رصيد، ومع ذلك يصدر الشيك.

**الفرق بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية في مجال الشيك في خصوص القرينة المستفادة من سببه:**

يمكن أن نستخلص هذا الفرق من واقع بيان أمرين مهمين:

الأول: أن الأصل العام واحد في مجال كل من المسئولية الجنائية عن إصدار الشيك والمسئولية المدنية، وهذا الأصل هو "أن الشيك أداة وفاء دين في ذمة الساحب للمستفيد" سواء ذكر هذا السبب في الشيك أو لم يذكر فهو مفترض.

وفي هذا النطاق تتفق المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، فالشيك تصاحبه قرينة فحواها أنه أداة وفاء دين في ذمة الساحب.

والثاني: إنه في مجال المسئولية الجنائية تكون "القرينة" التي تقضي بأن الشيك أداة وفاء، قرينة مطلقة أو قاطعة لا يجوز دحضها أو إثبات ما يخالفها، وتختلف المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية في خصوص هذه "القرينة" إذ في مجال المسئولية المدنية، فإن قرينة "أن الشيك أداة وفاء" ليست مطلقة أو قاطعة، ولكن يجوز للساحب (المدعى عليه) أن يدعي عكسها، وفي هذه الحالة عليه أن يثبت ما يدعيه.

وفي التمييز بين ركن "السبب" في الشيك في حالتي المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، وحظر مناقشة هذا الركن في مجال المسئولية المدنية، وجوازه في مجال المسئولية المدنية، قضت محكمة النقض بأن:

"حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية مقصور على منطوق الحكم بالبراءة أو بالإدانة، وعلى الأسباب المؤدية إليه بالنسبة لمن كان موضوع المحاكمة، ولا حجة للأسباب غير الضرورية، جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تحققها بمجرد إعطاء الشيك إلى المستفيد مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء قابل للسحب، وأن سبب الشيك أو الباعث عليه لا أثر له في قيام المسئولية المدنية، وإن كان يعتد به عند المطالبة بقيمة الشيك، إقامة المستفيد الدعوى بمطالبة الطاعن بقيمة الشيك، تمسك الأخير بأن نفذ التزامه الذي كان سبباً لإصداره هذا الشيك فلا محل لمطالبته بقيمته، دفاع جوهري، يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى التفات الحكم عن تحقيق هذا الدفاع وقضاؤه بإلزام الطاعن بقيمة الشيك بدعوى حجية الحكم الجنائي الصادر بإدانته عن جريمة الشيك بما مفاده تقيد المحكمة المدنية بها بشأن سبب إصدار الشيك، خطأ وقصور"[1].

**أساس الخلاف بين المسئوليتين الجنائية والمدنية في خصوص قرينة أن "الشيك أداة وفاء":**

1 – إن هذا الخلاف يرجع في الأصل إلى طبيعة الحماية الجنائية التي قررها الشارع للشيك كأداة وفاء تجري مجرى النقود، فطبيعة الحماية الجنائية

(1) نقض 1993/1/21، الطعنان رقما 4328، 4332 لسنة 61 قضائية، مشار إليه في مؤلف الدكتور أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات جـ3 طبعة 2007 ص 983.

ورغبة الشارع في جعل هذه الحماية ناجزة وحقيقية وسريعة هو ما جعله يُعلى القيمة القانونية لقرينة أن "الشيك أده وفاء" وكانت وسيلة المشرع إلى إعلان قيمة هذه القرينة وسموها، أن جعلها مطلقة وقاطعة لا يجوز إثبات عكسها في مجال المسئولية الجنائية، وإن كان يجوز ذلك في مجال المسئولية المدنية.

2 - إن الأساس الأبعد لاختلاف نطاق وقواعد الحماية الجنائية المقررة للشيك في القانون الجنائي عن تلك المقررة له يرجع إلى "ذاتية القانون الجنائي أي اختصاصه بقواعد حاكمة تميزه عن غيره من أفرع القانون الأخرى، وهذه "الذاتية" مبدأ من أهم المبادئ التي تفيد في حل العديد من المشاكل التي تعرض في العمل، وبالذات عندما يوجد تعارض بين قواعد القانون الجنائي والقواعد المقررة في فروع القانون الأخرى، فعند وجود مثل هذا التعارض يجب إعمال ما تقضي به أحكام القواعد الجنائية دون غيرها.

فالقانون الجنائي قد وضع العقوبة لمصلحة المجتمع وحمايته ضد الأضرار التي تحيق به من جراء الاعتداء على النظام العام، والعقوبة بهذا المفهوم تعد أمراً غريباً عن العلاقات الخاصة التي تحميها قوانين أخرى خلاف القانون الجنائي، مثل القانون المدني أو القانون التجاري، ومن هنا كان الفرق بين طبيعة وخصائص الحماية الجنائية للمصالح والحقوق عن الحماية المقررة لها في قوانين أخرى[1].

(1) يراجع مؤلفنا: مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية، ص 92.

# القسم الثالث
# توظيف العلم والطريقة والخبرة
# في إعداد وأداء بعض أعمال المحاماة


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

## إعداد وصياغة بعض أعمال المحاماة

[1] تتنوع أعمال المحاماة التي يقوم بها المحامي سواء داخل مكتبه أو أمام المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها، أو لدى الجهات القضائية وغير القضائية وكافة وحدات ومؤسسات الدولة.

ومن أهم أعمال المحاماة مذكرات الدفاع والاستشارات القانونية سواء في القضايا المدنية والتجارية وقضايا الأحوال الشخصية، أو في القضايا الإدارية والقضايا الجنائية وغيرها.

ومن أعمال المحاماة أيضاً كتابة الشكاوى سواء التي تقدم إلى النيابة العامة أو إلى مراكز ودوائر الشرطة أو حتى تلك الشكاوى التي تقدم إلى جهات إدارية في بعض الأحوال، ومن أعمال المحاماة كذلك إعداد وصياغة التظلمات أياً كانت الجهة التي تقدم إليها.

ومن أعمال المحاماة كذلك صياغة العقود ومذكرات التفاهم وإعداد الدراسات القانونية في بعض المسائل، ومنها صياغة مشروعات بعض اللوائح أو القوانين في بعض الأحوال، إلى غير ذلك من الأعمال التي يصعب حصرها.

[2] والمحاماة تقوم وتعتمد على مقومات ثلاثة، كما سلف البيانات، باعتبار أن "المحاماة علم" وأن "المحاماة طريقة" وأن "المحاماة خبرة"، فالعلم والطريقة والخبرة أركان أساسية لا تقوم بدونها مهنة المحاماة.

والأمر نفسه بالنسبة لأي عمل من أعمال المحاماة إذ يجب أن تتوافر له الأركان الثلاثة معاً، ولا يكون العمل جيداً وصحيحاً ومحترماً ومنتجاً إلا إذا توافرت له المقومات الثلاثة التي تقوم عليها مهنة المحاماة بوجه عام، وهي العلم والطريقة والخبرة.

[3] إن أعمال المحاماة في الأصل هي أعمال قانونية ينظمها القانون بقواعده المتعددة والمتنوعة من الألف إلى الياء بقواعده الموضوعية والإجرائية، وكذلك أية قواعد أخرى تتصل بعلوم أخرى خلاف علم القانون وهذا حسب طبيعة ونوع العمل الذي يؤديه المحامي، ومن ثم فإن أي عمل من أعمال المحاماة يقوم أصلاً على العلم.

وإن أي عمل من أعمال المحاماة السالفة الذكر سواء أكان إعداد مذكرات الدفاع أو إعداد الاستشارات القانونية أو صياغة العقود، كل هذه الأعمال تتأثر

تأثراً جذرياً بقدرة المحامي على توظيف القواعد والمعلومات القانونية وغير القانونية لخدمة العمل الذي يؤديه، وقدرة المحامي على توظيف العلم أو استخدام قواعد القانون لخدمة العمل الذي يقوم به أن تتأثر بعاملين، العامل الأول هو ذكاء المحامي وباعتبار الذكاء قدرة عقلية عامة، والعامل الثاني هو القدرات أو الملكات الذهنية الخاصة والتي تختلف من محام لآخر، باعتبار أن البشر غير متساوين لا في الذكاء ولا في الاستعداد أو ما يسمى بالقدرات الخاصة.

وأخيراً، فإن أي عمل من أعمال المحاماة التي يؤديها المحامي يقوم على مدى ما تراكم لدى المحامي من خبرة، سواء الخبرة في مجال العمل ذاته أو الخبرة في مجال التعامل مع القانون علماً وعملاً، وكل ذلك لا يتوافر إلا بمرور الوقت وطول مدة الممارسة باعتبار أن "الخبرة" تقوم وتعتمد على عنصرين الأول هو مدة الممارسة في المهنة، والثاني هو كم ونوع الأعمال التي مارسها المحامي خلال مدة العمل.

إذن، أي عمل من أعمال المحاماة التي يقوم بها المحامي له ثلاثة مقومات أساسية، هي ذاتها مقومات مهنة المحاماة، وهي:

1 – العلم.

2 – الطريقة.

3 – الخبرة.

وسوف نحاول أن نوضح كيفية قيام المحامي بإعداد وصياغة بعض أعمال المحاماة، وهي بالطبع الأعمال التي تؤدي عن طريق الكتابة، مثل مذكرات الدفاع والاستشارات القانونية والعقود وما إلى ذلك.

وسوف يجد المحامي فيما نذكره عن كيفية الأداء، أن خطوات إعداد وصياغة العمل – المذكرة أو الاستشارة مثلاً – جميعها يندمج أو يختلط فيها العلم بالطريقة بالخبرة دون تفرقة أو عزل بينها، لأنها هي مجتمعة مقومات أي عمل ناجح ومحترم.

# الباب الأول
# توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال
# إعداد مذكرات الدفاع في القضايا المدنية
# والتجارية والقضايا الجنائية

# الفصل الأول
# أصول وقواعد إعداد وصياغة مذكرات الدفاع
# في القضايا المدنية والتجارية

## المبحث الأول

## كيفية إعداد وصياغة مذكرات الدفاع

يلزم توجيه الانتباه إلى أن قواعد وخطوات إعداد مذكرات الدفاع التي تقدم أمام محكمة أول درجة هي ذات القواعد والخطوات بالنسبة لإعداد مذكرات الدفاع التي تقدم أمام محكمة ثاني درجة (محكمة الاستئناف) بالإضافة إلى قواعد أخرى تتصل بالحكم المستأنف سواء أكان مقدم المذكرة هو المستأنف أو المستأنف ضده، حيث يلزم الاطلاع على ذلك الحكم وفحصه جيداً للوقوف على مواطن وأوجه العوار فيه، وذلك لإعداد وتحضير أسانيد الدفاع اللازمة.

ولإعداد وتحضير المعلومات لصياغة مذكرات الدفاع في شكلها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة توجد عدة قواعد وأصول، وتوجد ثلاث مراحل تمر بها عملية إعداد وتحضير وكتابة المذكرة وهي:

أولاً : قراءة وفحص ملف القضية وتحديد الوقائع المنتجة في الدفاع والدفوع والطلبات وترشيح القواعد القانونية الواجبة التطبيق.

ثانياً: إعداد وتحضير المادة العلمية القانونية والقضائية والفقهية التي تصاغ منها وتتضمنها مذكرة الدفاع.

ثالثاً: صياغة مذكرة الدفاع وكتابتها في شكلها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة.

ويلزم توجيه الانتباه إلى ملاحظة في غاية الأهمية سواء بالنسبة للمدعي قبل إعداد صحيفة افتتاح الدعوى، أو بالنسبة للمدعى عليه الذي يقوم بإعداد مذكرة للرد على الدعوى، فسواء محامي المدعي وهو يشرع في إعداد صحيفة الدعوى، أو محامي المدعى عليه وهو يرد على الدعوى يجب التأكد أولاً وقبل أي شيء من أمرين مهمين وبالترتيب التالي:

**الأمر الأول: المحكمة المختصة بنظر الدعوى، وذلك من حيث أنواع الاختصاص المختلفة:**

1 – الاختصاص الولائي.

2 – الاختصاص النوعي والقيمي.

3 – الاختصاص المكاني أو الحلي.

فبالنسبة لمحامي المدعي يجب أن يحدد ذلك أولاً وهو يعد صحيفة دعواه، حتى يقيد الدعوى أمام المحكمة المختصة، ولا يخطئ في ذلك، أما النسبة لمحامي المدعى عليه، فيجب عليه أولاً أن يقف على ما إذا كانت المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى مختصة بنظرها، أم غير مختصة، لأن البحث في مسألة الاختصاص يكون قبل أي مسألة أخرى فقد لا تكون المحكمة مختصة ولائياً أو نوعياً أو قيمياً بنظر الدعوى، وهنا يدفع محامي المدعى عليه بالدفع، ويكون على المحكمة أن تحكم بمقتضاه، ويمتنع عليها الاستمرار في نظر الدعوى.

**الأمر الثاني: شروط قبول الدعوى:**

بعد البحث في مسألة الاختصاص يجب البحث في مسألة قبول الدعوى، ومدى توافر الشروط المقررة للقبول، من حيث الصفة بالنسبة للمدعي أو المدعى عليه ومن حيث المصلحة، ومن حيث المواعيد إن كانت الدعوى مقيدة بميعاد ما ترفع خلاله، وكذلك من حيث أية شروط أخرى.

فمحامي المدعي قبل إعداد صحيفة الدعوى يجب أن يتأكد من توافر شروط قبول الدعوى، حتى لا يفاجأ بدفع دعواه بعدم القبول لأي سبب يتصل بذلك.

ومحامي المدعى عليه يجب أن يفحص الدعوى من حيث مدى توافر شروط قبولها، حتى إذا تبين له تخلف شرط منها، فإنه يبدي الدفع المناسب بعدم قبول الدعوى وتستجيب له المحكمة وتقضي بعدم قبول الدعوى.

وسواء في حالة عدم القبول أو عدم الاختصاص يمتنع على المحكمة النظر في موضوع الدعوى باعتبار أن النظر في موضوع الدعوى يكون في مرحلة أخيرة بعد التأكد أولاً من مسألة الاختصاص ثم بعد ذلك مسألة قبول الدعوى، وأخيراً الفصل في موضوعها.

ملاحظة مهمة، ولن نكرر ما قلناه في هذا الصدد ونحن بصدد بيان وشرح مراحل وخطوات إعداد مذكرة الدفاع، وباعتبار أن عملية البحث في مسألتي الاختصاص وشروط القبول هي عملية أولية ضرورية، قبل البحث في أية مسألة أخرى أو دفاع، ومن ثم فتلك عملية ضرورية بديهية في كل قضية وهي سابقة على

أية عملية أو خطوة أخرى، ومن ثم فلا داعي لتكرار ما ذكرناه بعد ذلك، فيكفي التنبيـه إلى ضرورة مراعاة البحث في المسألتين السابقتين قبل إعداد صحيفة أية دعوى، أو إعداد مـذكرة بدفاع في أية قضية كانت، فيلزم حسم مسألة الاختصاص أولاً ثم شروط قبول الدعوى ثانيـاً، وتقديم أي دفاع بعد ذلك، ولسنا في حاجة لتكرار ذلك بعد الآن.

## المبحث الثاني
## بيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع
## قضايا كنموذج لبيان وشرح
## خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع
## [ القضية الأولى ]

توجز وقائع القضية في الآتي:

أولاً: باع شخص عقار إلى آخر، والعقار عبارة عن قطعة أرض زراعية مساحتها ثلاثة أفدنة، بثمن إجمالي قدره 600000 جنيه (ستمائة ألف جنيه)، دفع المشتري منها مبلغ 300000 جنيه (ثلاثمائة ألف جنيه) في مجلس العقد، والتزم بسداد الباقي على خمسة أقساط خلال عشرة أشهر وأصدر للبائع بها عدد خمسة شيكات، كل شيك منها بمبلغ 60000 جنيه (ستون ألف جنيه) وتسلم المشتري العقار ووضع يده عليه، واتفق الطرفان على أنه إذا تخلف المشتري عن دفع أي قسط من الأقساط يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وأن البائع يستحق مبلغ 30000 جنيه (ثلاثون ألف جنيه) تعويضاً عن الفسخ.

ثانياً: وقد حدث أن المشتري وبعد أن تسلم العقار، قام بسداد ثلاثة أقساط من الخمسة، ولم يسدد القسطين الآخرين، رغم مطالبة البائع له، وهو ما حدا بالبائع إلى إنذار المشتري بضرورة سداد القسطين المستحقين له من ثمن العقار خلال موعد حدده له في الإنذار، وأنه إذا لم يقم بالسداد خلال هذه المدة، فإن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى استصدرا حكم قضائي بالفسخ، وأنه يلزم رد العقار إلى البائع وإعمال مقتضى العقد بإعادة الحال إلى ما كان عليه عند التعاقد واحتفاظه بمبلغ ثلاثين ألف جنيه كتعويض له عن الفسخ.

ثالثاً: لم يمتثل المشتري لما أنذره به البائع، وهو ما حدا بالبائع إلى إقامة دعوى ضده بطلب تسليمه العقار المبيع وإلزام المشتري بأن يؤدي إليه مبلغ ثلاثين ألف جنيه تعويضاً له عن الفسخ ووفق أحكام عقد البيع، وبصفة مستعجلة طلب البائع فرض الحراسة القضائية على العقار.

# خطوات إعداد وصياغة
# مذكرة الدفاع أو صحيفة الدعوى

**محامي المدعي ومحامي المدعى عليه:**

[1] فأما إذا كان المحامي موكلاً عن المدعي (البائع)، فإن موكله يقوم بشرح وقائع الموضوع ويقدم له المستندات المؤيدة للوقائع مثل عقد البيع والشيكات المحررة بالأقساط والإنذار الذي تم توجيهه إلى المشتري (المدعى عليه)، وكل ما يتصل بموضوع القضية، وبالطبع يستوعب المحامي وقائع القضية جيداً ويطلع على المستندات المقدمة له من الموكل، ليقوم في ضوء ذلك أولاً بتكييف الدعوى التي يزمع إقامتها ويحدد اسم هذه الدعوى وما هي طلباته فيها، ثم يقوم بعد ذلك بإعداد وصياغة صحيفة الدعوى في ضوء المعلومات القانونية التي سوف نذكرها ومتبعاً ذات الخطوات.

[2] وأما إذا كان المحامي موكلاً عن المدعى عليه (المشتري)، فإن موكله يقدم له صحيفة الدعوى المعلنة إليه من خصمه البائع، وبالقطع يطلع المحامي على الصحيفة، وما قد يحضره له موكله من مستندات تتصل بالموضوع، ويبدأ المحامي في إعداد دفاعه الذي يقدمه إلى المحكمة.

[3] إنه سواء محامي المدعي عند إعداد وصياغة صحيفة افتتاح الدعوى، أو محامي المدعى عليه عند إعداد مذكرة بدفاعه للرد على ما ورد في صحيفة هذه الدعوى. يجب على أن أي منهما اتباع الخطوات التالية:

**الخطوة الأولى: قراءة وفحص ملف القضية، وذلك للقيام بأمرين مهمين:**

الأول : تحديد الوقائع المنتجة في القضية والتي تكون لها قيمة وأهمية في إعداد الدفاع أو الدفوع أو الطلبات التي يقدمها المحامي.

والثاني : ترشيح القواعد القانونية التي تنطبق على وقائع القضية والاستقرار بصفة نهائية على القواعد الواجبة التطبيق.

**الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية القانونية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو الصحيفة، والمادة العلمية تتألف من عناصر ثلاثة أو عنصرين على الأقل من هذه العناصر:**

(1) القواعد المستخرجة من النصوص القانونية الواجبة التطبيق على وقائع القضية.

(2) المبادئ التي تتضمنها أحكام القضاء والتي تتعلق بموضوع القضية وعلى الأخص أحكام محكمة النقض أو أحكام المحكمة الإدارية العليا أو المحكمة الدستورية العليا وذلك بحسب الأحوال، باعتبارها سوابق قضائية أو تطبيقات مماثلة أو مشابهة لواقعة الدعوى.

(3) آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع، وذلك إذا لزم الأمر وفي بعض الأحوال التي قد يجد المحامي ضرورة لها تأييداً لدفاعه وتعضيداً لوجهة نظره التي أبداها.

ويلزم أن نقوم ببيان وشرح هذه الخطوات الثلاثة بالتفصيل بالتطبيق على هذه القضية، وهو ما نقوم به فيما يلي:

## الخطوة الأولى

قراءة وفحص ملف القضية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في إعداد الدفاع أو الدفوع أو الطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح القواعد القانونية التي تنطبق على وقائع القضية، والاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية الواجبة التطبيق:

## كيفية فحص وقائع القضية

## وتحديد ما تثيره من مسائل ومبادئ قانونية

هذه الخطوة يجب أن تتم لتحقيق أمرين وعلى مرحلتين كالتالي:

**أولاً: تحديد الوقائع المنتجة في القضية وذات الأهمية في إعداد الدفاع والدفوع والطلبات فيها:**

يتبين من قراءة القضية أن الوقائع المنتجة فيها هي:

[1] وجود عقد بيع وأن المشتري تسلم الأرض المبيعة والتزام بسداد باقي الثمن على أقساط وفي مواعيد محددة.

[2] التزام المشتري بالسداد في مواعيد الأقساط، وأنه إذا لم يسدد أي قسط في موعده، يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ويستحق البائع مبلغ ثلاثون ألف جنيه تعويضاً له عن الفسخ.

[3] أن المشتري لم يسدد قسطين من الخمسة أقساط المتبقية، وأن البائع أنذره بالفسخ وإعمال بنود العقد.

[4] أن البائع ولما كان المشتري لم يمتثل لطلبه، أقام دعوى ضده، وكانت طلباته هي:

(أ) بصفة مستعجلة فرق الحراسة القضائية على الأرض محل النزاع.

(ب) وفي الموضوع فسخ العقد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه والحكم له بمبلغ ثلاثون ألف جنيه تعويضاً عن الفسخ وفق ما نص عليه العقد.

**ثانياً: القواعد والمبادئ القانونية التي تثيرها وقائع القضية:**

تثير وقائع هذه القضية القواعد القانونية التي وردت في النصوص التالية:

[1] المادة (456) من القانون المدني التي وردت بها قواعد التزام المشتري بالوفاء بثمن المبيع، وكذلك المادة (457) من القانون ذاته.

[2] المادة (430) من القانون المدني التي ورد بها قواعد البيع مؤجل الثمن.

[3] المادة (147) من القانون المدني التي ورد بها مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ عام، وكذلك المادة (148) من القانون ذاته التي وردت بها قواعد تنفيذ العقد.

[4] المادة (729) من القانون المدني التي وردت بها شروط فرض الحراسة بوجه عام.

[5] المادة (730) من القانون ذاته بشأنه قواعد فرض الحراسة القضائية.

تلك هي خلاصة مضمون المرحلة الأولى من مراحل إعداد وصياغة مذكرة الدفاع، وما يجب أن يقوم به المحامي خلال هذه المرحلة، سواء أكان محامي المدعي أو محامي المدعى عليه، فيلزم أولاً أن يفحص المحامي ملف القضية جيداً، ويكون في تقديره أنه يحدد الوقائع المنتجة أي ذات الأهمية في القضية، ثم بعد ذلك، يبحث المحامي عن النصوص القانونية التي يمكن أن تنطبق على وقائع القضية، ليحدد بصفة نهائية النصوص التي تنطبق بالتحديد على الوقائع، فالمحامي يرشح بعض النصوص التي يعتقد أنها تنطبق على القضية، ثم يراجع هذه النصوص التي رشحها، وينتخب من بينها النصوص التي تنطبق بالفعل على الوقائع.

فالقضية محل البحث، تتعلق بعقد البيع، فأول ما يفعل المحامي، يراجع نصوص عقد البيع الواردة في القانون المدني، وبالقطع فإن القضية لا تثير تطبيق كل النصوص الواردة في عقد البيع، ولذلك وحسب موضوع القضية، عندما يبدأ المحامي في مراجعة النصوص الواردة في شأن عقد البيع، فإنه بكل تأكيد سوف يصل إلى تحديد النصوص التي تتعلق بالقضية من بين كل النصوص التي وردت في القانون، فتكون النصوص التي حددها المحامي ورأى أنها تنطبق على القضية هي الأسانيد القانونية لدفاعه ودفوعه وطلباته.

وبمجرد أن يحدد المحامي النصوص القانونية التي تنطبق تماماً على القضية، يكون بذلك قد انتهى من الخطوة الأولى من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع، ليبدأ بعدها الخطوة الثانية، ثم الثالثة التي يكتب فيها المذكرة، وهو ما نوضحه في الصفحات التالية.

## الخطوة الثانية

**إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي:**

[1] القواعد المستخرجة من النصوص القانونية التي رأى المحامي أنها تنطبق على وقائع القضية.

[2] المبادئ التي وردت بأحكام القضاء، وخاصة أحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا بحسب الأحوال وبحسب طبيعة ونوع القضية، وباعتبار هذه الأحكام سوابق قضائية أو تطبيقات مشابهة للقضية التي يعد المحامي فيها مذكرته أو صحيفته.

[3] آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع وذلك إن لزم وحسبما يرى المحامي، وحسب حاجته إلى تأييد وجهة نظره ومذهبه في الدفاع.

ويسير المحامي في سبيله إلى تحقيق هذه الخطوة وذلك باتباع ووفق الترتيب التالي:

أولاً: الاطلاع على النصوص القانونية المنطبقة على القضية كما حددها المحامي، وأن يفحص المحامي هذه النصوص فحصاً جيداً دقيقاً لاستخراج القواعد التي

وردت بها مما قد يفيد المحامي في دفاعه وتأييد وجهة نظره في الرد على ما تثيره القضية وما يثيره الخصم من دفاع، ويكون قيام المحامي بذلك عن طريق الرجوع إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني للمستشار محمد كمال عبدالعزيز أو غيره، وكذلك مؤلف الدكتور عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، أو حتى المؤلفات الجامعية.

وفي خصوص هذه القضية يطلع المحامي على تفسير أو شرح وكل ما يتصل بالمواد التالية:

[1] المادة (1/457) من القانون المدني، تنص الفقرة الأولى من المادة (457) على أن:

"يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرض يقضي بغير ذلك".

وبالرجوع إلى مؤلفات التعليق على هذا النص، يمكن التوصل إلى المعلومات التالية:

(أ) القاعدة أن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، فإذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت، يكون المبيع واجب التسليم فوراً بمجرد التعاقد، ويكون الثمن كذلك.

(ب) أنه يمكن الاتفاق بين المتعاقدين على دفع الثمن في وقت آخر خلاف وقت تسليم المبيع، وقد يكون دفع الثمن مرة واحدة أو على أقساط يحدد المتعاقدان عددها ومواعيد سدادها، وفي هذه الحالة يجب التزام المشتري بهذا الميعاد أو بتلك المواعيد.

(جـ) أنه متى أصبح الثمن مستحق الدفع كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً عنه.

[2] المادة (430) من القانون المدني، فيجب أن يطلع المحامي على تفسير هذه المادة ويقف على القواعد الواردة بها مما يمكن أن يستفيد به في دفاعه في القضية، وبالاطلاع على مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني، يمكن استخلاص القواعد التالية:

(أ) إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع.

(ب) إذا كان الثمن يدفع على أقساط، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً من الثمن تعويضاً له عن فسخ العقد إذا لم توف جميع الأقساط. وأنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه.

(جـ) أنه إذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

(د) أن انتقال الملكية معلق على شرط واقف إلى المشتري، ويستبقى البائع الملكية معلقة على شرط فاسخ، والشرطين حادث واحد هو الوفاء بالثمن، فإن تم الوفاء انتقلت الملكية بأثر رجعي إلى المشتري.

وإذا تخلف الشرط تعود الملكية للبائع دون حاجة لحكم بزوال البيع اكتفاء بتخلف الشرط، ويرجع البائع على المشتري بالتعويض، وقد يكون التعويض الاحتفاظ بكل أو بعض الأقساط إذا وجد اتفاق، ويعتبر ذلك شرطاً جزائياً، فيجوز للقاضي تخفيضه[1].

(هـ) أنه يمكن إخفاء البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الإيجار، بأن يسمى البيع إيجاراً، وتوصف أقساط الثمن بأنها الأجرة، وأن المشتري إذا وفى أقساطاً بعدد معين يصبح مالكاً إذا دفع علاوة عليها مبلغاً غالباً ما يكون يسيراً لستر البيع، ولقد نصت الفقرة الرابعة من المادة (430) باعتبار ذلك في حقيقة وواقع الأمر بيعاً، فإذا تأخر المشتري في الوفاء بأحد الأقساط جاز للبائع استرداد المبيع بحكم من قاضي الأمور المستعجلة، إن ظل المبيع في حيازة المشتري[2].

[3] المادة (1/147) من القانون المدني، والمادة (1/148) من القانون ذاته، وبالرجوع إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني أو المؤلفات الدراسية أو أية أبحاث قانونية فيما يتعلق بالنصين سالفي البيان، يمكن التوصل إلى القواعد التالية:

(أ) القاعدة الشهيرة التي تحكم الاتفاقات عموماً وهي أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون (المادة 1/147).

(1) المستشار أنور طلبه، التعليق على نصوص القانون المدني جـ1 ص 578

(2) المستشار أنور طلبة، المرجع السابق، ص 579.

(ب) أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية (المادة 1/148).

(جـ) أنه يلزم التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه، فأما تفسير العقد فيقصد به البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وأما تحديد نطاق العقد فيقصد به فضلاً عن تحديد النية المشتركة للمتعاقدين إضافة ما لم تتناوله في الواقع هذه النية ولكنه من مستلزماتها.

أما تنفيذ العقد فيعني أن تكون النية المشتركة للمتعاقدين وبعد أن يضاف إليها مستلزماتها هي شريعة المتعاقدين.

ومن أهم العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد مستلزمات النية المشتركة للمتعاقدين وتحديد نطاق العقد بالتالي ما يأتي:

1 – طبيعة الالتزام، فيضاف إليه ملحقاته.

2 – القوانين التكميلية والمفسرة.

3 – العرف والشروط المألوفة.

4 – العدالة[1].

[4] المادة (1/157) من القانون المدني، والمادتان 158، 159 من القانون ذاته، وبالرجوع إلى مؤلفات التعليق على النصوص أو غيرها فإنه يمكن استخلاص القواعد التالية فيما يتعلق بوقائع القضية:

(أ) يكون الفسخ بحكم القضاء أو باتفاق الطرفين، أو بحكم القانون وفقا لما قررته المواد 157، 158، 159 من القانون المدني، وذلك على التفصيل التالي:

**أولاً: الفسخ بحكم القضاء: يلزم توافر شروط ثلاثة حتى يتقرر لطالب الفسخ القضاء له بما يطلبه، وهذه الشروط هي:**

(1) أن يكون العقد ملزماً للجانبين، وهذا شرط عام في جميع أنواع الفسخ، القضائي والاتفاقي والقانوني.

(1) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط جـ1 ص 689، المستشار أنور طلبة، المرجع السابق، ص 152.

(2) عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فيكون للمتعاقد الآخر الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية أو فسخ العقد.

وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً، فيظل للدائن حق المطالبة بالفسخ، ويقدر القاضي ما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الفسخ أو يكفي إعطاء مهلة لتكملة التنفيذ، ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان الالتزام لا يحتمل التجزئة، أو كان الجزء الباقي ولم ينفذ هو أساس الالتزام.

(3) أن يكون الدائن مستعداً للقيام بالتزامه، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها.

ومن المقرر أنه متى تحققت هذه الشروط الثلاثة يجب على الدائن أن يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ، وفي هذا الخصوص يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب الفسخ إعذاراً للمدين به.

ومتى صدر حكم بالفسخ فإنه يكون منشئاً له، وإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي.

وإذا رفع الدائن دعوى الفسخ فله أن يعد لها إلى طلب تنفيذ العقد والعكس صحيح، لكن لا يجوز للدائن أن يجمع بين الطلبين في دعوى واحدة.

وللمدين قبل النطق بالحكم النهائي أن ينفذ التزامه، فيتجنب الفسخ، ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك موجب للتعويض، ويتوفر ذلك إذا كان الدائن قد أعذر المدين.

وللقاضي أن يمهل المدين للتنفيذ مهلة واحدة، ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بانقضائها حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك.

وتتقادم دعوى الفسخ وبخمسة عشرة سنة من تاريخ الإعذار به.

**ثانياً: الفسخ الاتفاقي (المادة 158):**

فيجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وقد يكون الاتفاق على الفسخ أثناء نظر الدعوى بأن يعلن المدين الدائن بقبول الفسخ، فيحل هذا الاتفاق محل الحكم، ويكون له أثره ما لم يكن هناك تواطؤ بينهما إضراراً بالغير.

والغالب أن يتفق المتعاقدان على الفسخ وقت صدور العقد، وتوجد صيغ أربع للاتفاق على الفسخ:

**(1) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً:**

ويتوقف حكم هذا الشرط على نية المتعاقدين، ويغلب أن يكون قصدهما قد انصرف إلى إعمال القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ، ومن ثم فالشرط بهذه الصيغة لا يغني عن الاعذار، ولا عن الالتجاء إلى القضاء، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطي المدين مهلة للتنفيذ، ولا يسلب المدين حقه في توقي الفسخ.

**(2) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه:**

والشرط بهذه الصيغة يسلب القاضي سلطته التقديرية في الغالب، فلا يملك إلا الحكم بالفسخ، ويجب الإعذار ورفع الدعوى، ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا مقرراً له، كما هو الأمر بالنسبة للقاعدة العامة للفسخ.

**(3) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم:**

والشرط بهذه الصيغة من شأنه أنه لا حاجة لرفع دعوى بالفسخ، ولا الحكم ينشئ فسخ العقد، وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في إعمال الشرط، كما لو ادعى أنه نفذ التزامه، ويقتصر دور القاضي عند وجود الشرط بهذه الصيغة على التحقق مما يدعيه المدين، وإذا ما قضى بالفسخ كان حكمه مقرراً للفسخ لا منشئاً له، ويجب الإعذار، وللدائن أن يطلب التنفيذ بدلاً من الفسخ.

**(4) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار:**

وشرط الفسخ بهذه الصيغة من شأنه أن يعتبر العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعذاره، ويكون الحكم مقرراً للفسخ لا منشأ له، ويرجع الفسخ إلى يوم تحقيق الشرط، ويجوز للدائن أن يطلب التنفيذ دون الفسخ.

ويترتب على الفسخ الاتفاقي أو القضائي أو القانوني أن يعود كل من المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض وينحل العقد بأثر رجعي (المادة 160 مدني)[1].

(1) يراجع المستشار أنور طلبة، المرجع السابق، جـ1 ص 167.

**ثالثاً: الفسخ بحكم القانون (المادة 159 مدني):**

(1) يكون الفسخ بحكم القانون إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وفي هذه الحالة وإعمالاً لما تقضي به المادة (215) من القانون المدني يحكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه لتحقق مسئوليته العقدية على أساس قيام العقد، وإن كان ذلك لا يمنع من قيام الفسخ القضائي وتطبيق قواعده، فيكون للدائن أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه، ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا مقرراً له.

(2) وإذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي طبقاً للمادة (373) من القانون المدني وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولا محل للإعذار لعدم تصوره إلا إذا كان التنفيذ ممكناً، كما أنه لا حاجة للحكم بالفسخ لأن الفسخ يقع بقوة القانون، ولكن إذا صدر حكم كان مقرراً للفسخ.

(3) وقد يتم التفاسخ برضاء المتعاقدين بعد إبرام العقد، وهو ما يطلق عليه "التقايل" ويكون بالإيجاب والقبول الصريحين أو الضمنيين[1].

**[5] المادة (729) من القانون المدني والمادة(430) من القانون ذاته:**

بالرجوع إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدنين وكتب الشروح الدراسية والأبحاث المتخصصة فيما يتعلق بالنصين السالفي الذكر فإنه يمكن استخلاص القواعد التالية:

أ – أن الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين أو بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يوكل إليه حفظ المال المتنازع عليه، وأنها كما تكون في العقار تكون في المنقول أو فيهما معاً، وأن الحارس كالوديع يقوم بحفظ المال ورده عند انتهاء الحراسة، لكنه يختلف عنه في أنه يقوم بإدارة المال، وفي أنه يرده إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين (المادة 729).

ب – أن الحراسة إما أن تكون اتفاقية وإما أن تكون قضائية، وتخضع الحراستين لأحكام واحدة.

جـ- الحراسة إجراء تحفظي مؤقت لا يمس الموضوع، بمعنى أنها تحفظ المال فتحول دون تصرف المدين فيه أو إخفائه، ومؤقتة فلا تبقى إلا ببقاء الظروف

(1) المستشار أنور طلبه، المرجع السابق ص 170.

التي استدعتها، فتدور حجية الحكم بالحراسة مع هذه الظروف وجوداً وعدماً. ولا أثر للحكم بالحراسة على الموضوع.

د – الحراسة القضائية وإن كانت تشابه الوكالة العامة والوديعة في بعض أحكامها، إلا أنها في الحقيقة نيابة قانونية وقضائية، فالقانون يحدد نطاقها والقضاء يسبغ على الحارس صفته.

هـ - أنه لا يجوز القضاء بالحراسة إلا إذا توافر شرط الخطر العاجل، وهذا الشرط هو ذاته شرط الاستعجال، ولذلك ينعقد الاختصاص للقضاء العادي أو المستعجل أيهما يفضله المدعي[1].

ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض، أو أية مجموعة أخرى خلاف مجموعات المكتب الفني، وذلك لاختيار بعض الأحكام أو المبادئ التي تنطبق على وقائع القضية التي يُعد المحامي مذكرة الدفاع التي تقدم فيها، أو صحيفة افتتاح الدعوى بالنسبة للمدعي، ويختار المحامي بعض الأحكام كتطبيقات يؤيد ويوثق بها دفاعه وأسانيده حتى تكون موضع ثقة واعتبار من القاضي.

ونورد هنا بعض أحكام النقض التي صدرت من وقائع مماثلة أو على الأقل مشابهة للقضية محل البحث، سواء في كل وقائعها أو في بعض هذه الوقائع، ومن هذه الأحكام نذكر الآتي:

**أولاً: أحكام نقض في خصوص الطلب الموضوعي في الدعوى والخاص بفسخ عقد البيع والتعويض الاتفاق الذي يطالب به المدعي:**

**[1] قضت محكمة النقض بأن:**

"مؤدى نص المادة 1/430، 3 من القانون المدني أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات، وأن تراخي تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى حين سداد كامل الثمن، فهو ليس بيعاً موقوفاً على شرط سداد الثمن، وإنما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط، ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيع، فإذا تم سداد كامل الثمن

(1) المستشار أنور طلبه، المردجع السابق، ص 160، وتراجع المادة 730.

تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، ومن ثم انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي من وقت البيع[1].

**[2] وبخصوص مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:**

قضت محكمة النقض بأن "العقد قانون المتعاقدين، فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون العام يخضع لرقابة محكمة النقض"[2].

**[3] وفي خصوص الفسخ والإعذار والشرط الفاسخ:**

أ – قضت محكمة النقض بأن "الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه، لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإن كان من حق المشتري قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً"[3].

ب – وقضت محكمة النقض بأن "إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، والأصل في هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إعذاراً إعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام"[4].

جـ - وقضت محكمة النقض بأن "الشرط الفاسخ مفترض دائماً في كل عقد تبادلي، فالإفصاح عنه في العقد لا يعد خروجاً على أحكام القانون، بل هو توكيد لها، وعلى ذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى انفساخ العقد مادام أن من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يطلبه"[5].

(1) نقض مدني، الطعن رقم 4609 سنة 61 قضائية جلسة 1999/7/5.
(2) نقض مدني1937/12/16 مجموعة القواعد رقم 158 ص 857 والمستشار محمد كمال عبدالعزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 414.
(3) نقض مدني 1967/1/19 أحكام النقض السنة 18 ص 143.
(4) نقض 1979/1/25 أحكام النقض، الطعن رقم 544 سنة 48 قضائية.
(5) نقض 1956/12/13 أحكام النقض السنة 7 قضائية ص 975.

د - وقضت محكمة النقض بأنه:

"إذا لم ينص في عقد البيع على أن اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم في حالة تأخر المشتري عن سداد الثمن، فإن الفسخ لا يقع في هذه الحالة إلا إذا صدر به حكم من القضاء"[1].

هـ - وفي اختلاف الفسخ الاتفاقي عن الفسخ القضائي قضت محكمة النقض بأن:

"الفسخ الاتفاقي هو اتفاق طرفي العقد على أن يكون لأحد الطرفين فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر، ويتضح من ذلك أن الفسخ الاتفاقي على خلاف الفسخ القضائي يقع بحكم الاتفاق بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به، وإذا اقتضت الضرورات العملية لجوء الدائن إلى القضاء لاستصدار حكم بالفسخ، فإنه يكون حكماً مقرراً للفسخ الذي يكون قد وقع من قبل بإرادة الدائن بمجرد إعلان رغبته بذلك إلى المدين... وأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً، فالشرط الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً، إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي المادة 334 من القانون المدني يوجب الفسخ حتماً، فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه، متى كان سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بغير حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحقق بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار"[2].

و - وقضت محكمة النقض بأن:

"ينفسخ عقد البيع حتماً من تلقاء نفسه طبقاً للمادة (159) من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ إلتزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ

(1) نقض 1962/2/8 أحكام النقض السنة 13 ص 196.

(2) نقض 1946/5/2 مجموعة القواعد رقم 113 ص 850، نقض 1936/4/2 مجموعة القواعد رقم 118 ص 851 والمستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق ص 472.

ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين"[1].

**ثانياً: أحكام نقض في خصوص الطلب المستعجل بفرض الحراسة القضائية:**

[1] قضت محكمة النقض بأن "تقدير المحكمة للخطر المبرر للحراسة من ظاهر مستندات الدعوى هو تقدير موضوعي لا معقب عليه، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استعرض وقائع النزاع ومستندات الطرفين، وتبين منها جدية إدعاء المطعون عليه بأنه تجمع لديها من الأسباب ما تخشى منه خطراً عاجلاً من بقاء الأطيان موضوع النزاع تحت يد الطاعن، فإنه إذ قضى بوضع هذه الأطيان تحت الحراسة لا يكون قد خالف القانون"[2].

[2] وقضت محكمة النقض بأنه:

"متى كانت العلاقة التي تربط المطعون عليه الأول بمورث الطاعنين والمطعون عليه الثاني هي علاقة تعاقدية أساسها عقد الشركة المبرم بينهم، والذي لم تكن الإدارة طرفاً فيه، فإنه يكون للقضاء العادي ولاية الفصل فيما ينشأ عن هذا العقد من نزاع بشأن ما اشتمل عليه من حقوق والتزامات وما يتفرع عن هذا النزاع من طلب فرض الحراسة القضائية موضوع العقد، إلا إذا كان من شأن هذه الحراسة وقف تنفيذ أمر إداري صدر من جهة إدارية مختصة بإصداره، فإن هذه الولاية تنعدم ويصبح القضاء الإداري هو وحده الذي له ولاية الفصل فيها"[3].

[3] وقضت محكمة النقض بأنه:

"متى كان الحكم المطعون فيه – وهو بسبيل تحقيق عناصر الحراسة المطلوبة، كالنزاع والخطر الموجبة لفرضها وتقدير سند الحائز للأعيان المراد وضعها تحت الحراسة – قد رأى للأسباب السائغة التي أوردها انتفاء ركن الخطر المبرر لقيام

(1) نقض 1968/2/16 أحكام النقض السنة 19 ص 1567.
(2) نقض 1954/2/25 مجموعة القواعد في 25 سنة جـ 1 ص 516.
(3) نقض 1973/2/1 أحكام النقض س 24 ص 137.

الحراسة، وانتهى في قضائه إلى رفض الطلب، فإن ذلك يعتبر تقديراً موضوعياً مما يستقل به قاضي الدعوى، ولا شأن لمحكمة النقض به"[1].

**ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع:**

**شروط اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر دعوى الحراسة:**

يلزم أن يتوافر شرطا اختصاص القضاء المستعجل وهما: الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ومن ثم فإنه في مجال اختصاص القضاء المستعجل بدعوى الحراسة يلزم توافر الشروط التالية:

[1] أن يوجد نزاع جدي على أساس من الصحة يؤكده ظاهر المستندات وظروف الحال، ولا يكفي لوجود النزاع رفع دعوى موضوعية، فإن تبين للقاضي المستعجل انتفاء النزاع حكم بعدم اختصاصه.

[2] أن يتوافر الخطر العاجل الجدي الذي لا يكفي لدرئه التقاضي العادي، وأن يكون هذا الخطر قد اتخذ صورة حادة لا يكفي في درئها التقاضي العادي، إذ أن الخطر العاجل لو كانت تكفي الإجراءات القضائية العادية في دفعه لانعقد الاختصاص للقضاء العادي، ومن ثم فإن هذا الشرط هو ما يمثل حالة الاستعجال.

فإذا عجز القاضي المستعجل عن الوقوف على درجة الخطر مما يتطلب بحثاً موضوعياً، كتوجيه اليمين أو ندب خبير، فإنه يقضي بعدم اختصاصه.

[3] أن يتوافر الاستعجال وهو الخطر الحقيقي المحدق المراد المحافظة على المال منه، والذي يلزم درؤه بسرعة لا تتوافر عادة في التقاضي العادي، ولا يكفي توافر الخطر العاجل فهذا شرط لاختصاص محكمة الموضوع بدعوى الحراسة، وهو أدنى درجة من الاستعجال[2].

[4] عدم المساس بأصل الحق، فالقضاء المستعجل محظور عليه ذلك، وإنما يتناول الموضوع من ظاهر المستندات، فيقضي القضاء المستعجل إذا تعلقت دعوى الحراسة بطلب موضوعي، وباعتبار أن أعمال الحراسة تقتصر في الأصل على أعمال الصيانة والحفظ والإدارة، ومن ثم يمتنع على القاضي المستعجل تخويل الحارس اتخاذ إجراء يمس أصل الحق أو مباشرة أعمال التصرف.

(1) نقض 1955/7/7 مجموعة 25 سنة جـ 1 ص 517.

(2) المستشار أنور طلبه، المرجع السابق، جـ2 ص 161.

[5] أن يكون محل الحراسة قابلاً لأن يتولى الغير إدارته وقابلاً للتعامل فيه، فلا يجوز فرض الحراسة على الأموال العامة، فهي غير قابلة للتعامل فيها.

## ما يفعله المحامي لتحقيق هذه الخطوة

قلنا فيما تقدم أن هذه هي الخطوة الثانية من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع – أو حتى صحيفة الدعوى – وفي هذه الخطوة يقوم المحامي بإعداد وتحضير وتجميع المادة العلمية القانونية والقضائية والفقهية التي يقتضيها الدفاع الذي يقدمه في الدعوى والذي يضمنه المذكرة المزمع إعدادها، ويمكن أن يتبع المحامي في تجميع المادة العلمية ما يأتي:

[1] مراجعة نصوص القانون المنطبقة على واقعة القضية سواء أكانت النصوص المتصلة بالموضوع المتنازع عليه وهذه النصوص الموضوعية تكون في القانون المدني أو غيره من القوانين.

فيجب أن تكون لدى المحامي كل مجموعات القوانين "الأكواد" فعلى سبيل المثال في القضية التي اعتبرناها نموذجاً لبيان خطوات إعداد المذكرة، وهي قضية محلها عقد بيع وأثارت مسائل مثل الفسخ والحراسة القضائية لذلك يجب على المحامي في هذه القضية:

أ – أن يطلع على نصوص المواد التي تنطبق على الوقائع وهي المواد 430، 457، 458 من القانون المدني الواردة من عقد البيع.

ب – المواد 147، 148 من القانون المدني الواردة في آثار العقد والقوة الملزمة له.

جـ - المواد 157، 158، 159 بشأن مسألة الفسخ وما يتعلق بها من قواعد وأحكام.

د – المادتان 729، 730 بشأن الحراسة.

[2] بعد أن يطلع المحامي على النصوص السابقة مجرد اطلاع يجب عليه أن يفسر هذه النصوص ويقف على القواعد والأحكام التي أوردها المشرع في كل نص منها وذلك فيما يتعلق بواقعة القضية التي يعد مذكرة بالدفاع فيها، ويلزم لكي يلم المحامي بالمعلومات والقواعد القانونية الواردة في النصوص أن يطلع

على المؤلفات الخاصة بذلك، وهي كثيرة في التعليق على نصوص القانون المدني، أو التعليق على نصوص قانون المرافعات، ويكفي أن يطلع المحامي على مؤلف واحد من هذه المؤلفات.

[3] أن المحامي وهو يطلع على التعليق على مادة من مواد القانون في مؤلف من المؤلفات السالف ذكرها، يجب أن يكون معه ورقة يكتب فيها ما يجد أنه يعتبر سنداً يؤيد به دفاعه أو دفوعه أو طلباته، ويفعل ذلك عندما يطلع على أي نص من النصوص، بحيث يجد المحامي أنه قد دون في الورق الذي معه كل ما يمكن أن يحتاج إليه من أدلة وأسانيد تؤيد دفاعه في طلب الفسخ مثلاً بالنسبة للمدعي، أو في الرد على طلب الفسخ بالنسبة للمدعى عليه، وفي طلب فرض الحراسة القضائية وتوافر شروطها بالنسبة للمدعي، أو الرد على هذا الطلب بالنسبة للمدعى عليه وهكذا.

[4] الاطلاع على أحكام محكمة النقض، سواء في المجموعات التي يصدرها المكتب الفني، أو أية مجموعات أخرى، فيجب على المحامي أن يبحث عن أحكام تخدم موضوع قضية وليؤيد بها دفاعه باعتبار هذه الأحكام سوابق قضائية وتطبيقات سابقة على واقعة النزاع، ففي حالة القضية محل البحث يجب على المحامي أن يختار أحكام نقض في مسألة الفسخ أو في الحراسة القضائية، وفي قواعد البيع بالتقسيط والإخلال بالالتزام بأداء الثمن إلى غير ذلك.

ويجب على المحامي أن يكتب في ورقة تكون معه الأحكام التي يرى أنها تخدم موضوع القضية وتؤيد دفاعه في كل جزئية يتعرض لها، فتكون أحكام محكمة النقض التي يختارها ويدونها المحامي من أقوى الأدلة وأعظم البراهين على صحة ما يبديه من دفاع، ويكون من شأنه اقتناع المحكمة بجدية وواقعية هذا الدفاع.

والأمر ذاته يفعله المحامي بالنسبة لآراء الفقه في بعض جوانب الموضوع، وخاصة في المسائل الخلافية التي قد يرى المحامي أن مذهباً من المذاهب المتعددة في المسألة، هو الذي يحقق دفاعه، ففي هذه الحالة لابد أن يطلع المحامي على الآراء الفقهية ليأخذ بالرأي الذي يخدم دفعه وينقل عن هذا الرأي الحجج والأسانيد التي يرتكن إليها والتي يدحض أو ينقض بها المذاهب الأخرى.

إذن، أساس هذه الخطوة هو الاطلاع على المؤلفات القانونية ومجموعات أحكام محكمة النقض أولاً، وتدوين ما يراه المحامي يؤيد دفاعه ويعضده ويبرهن على صحة طلباته مما ورد في هذه المؤلفات أو المجموعات، الأمر الذي من شأنه أن المحامي بعد أن يفرغ وينتهي من هذه المرحلة يجد معه وبين يديه مجموعة من الأوراق المتعددة التي دون فيها ما حصل عليه أو نقله من قواعد قانونية أو أحكام قضائية أو آراء فقهية، وبحيث أن تكون هذه الأوراق التي دونها والمعلومات التي حصل عليها هي ذاتها التي يقوم بترتيبها والربط بينها وصياغتها بطريقة منطقية تتفق مع خطة دفاعه التي يعرضها في المذكرة، وحيث يقوم في المرحلة الأخيرة بدمج ما دونه وتحصل عليه ليكون هو المادة التي يصوغ أو يكتب منها المذكرة في شكلها وبمضمونها النهائي.

## الخطوة الثالثة

## صياغة المذكرة في شكلها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة

في هذه المرحلة، وهي المرحلة الأخيرة، يجد المحامي بين يديه وأمامه الأوراق المتعددة التي كتبها وجمعها في كل جزئية من جزئيات الموضوع، سواء أكانت قواعد قانونية أو أحكام قضائية أو كانت آراء فقه في بعض الأحوال.

يبدأ المحامي في هذه المرحلة في الصياغة النهائية للمذكرة لتكون في الشكل الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق التي سبق له أن أعدها في المرحلة السابقة، ثم يعيد صياغتها مع الربط بينها وعرضها بشكل متكامل ومتناسق يعرض فيه المحامي الدفوع أو الدفاع والطلبات التي استقر عليه ورأى أنها تحقق له النتيجة التي يريدها، سواء أكان المدعي أو المدعى عليه.

ولا شك أن قيام المحامي بإعداد دفاعه مؤدياً بأدلة وأسانيد متعددة، قانونية وقضائية وفقهية، أنه مما يبعث على الثقة فيما يورده المحامي من دفاع ودفوع، وما يبديه أو يطلبه من طلبات، وهو ما يؤثر في قناعة المحكمة ويوصلها إلى اليقين بصحة ما أبداه المحامي وهو ما يشفع له لأن تقضي له المحكمة بطلباته.

## [ القضية الثانية ]

# قضية أخرى كنموذج لبيان وشرح

# خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع

**توجز وقائع القضية في الآتي:**

1 – في تاريخ 1995/1/10 اتهم سائق سيارة بأن قتل آخر خطأ، وحركت النيابة العامة الدعوى الجزائية، وفي تاريخ 1995/12/3 حكمت محكمة الجنح غيابياً بحبس المتهم شهراً مع الشغل.

2 – في تاريخ 1999/2/10 أقام ورثة المجني عليه دعوى بطلب التعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابتهم من جراء قتل المورث خطأ، وأقاموا الدعوى ضد شركة التأمين المؤمن لديها على السيارة مرتكبة الحادث والمتهم في جنحة القتل الخطأ بطلب إلزامهما بالتضامن بأن يؤديا إليهم مبلغ التعويض المطالب به.

3 – والمفترض أننا نحضر عن شركة التأمين، ويلزم إعداد مذكرة بدفاعها لتقديمها أمام المحكمة، فما هي المعلومات والقواعد التي يمكن أن تتضمنها المذكرة.

## خطوات إعداد مذكرة الدفاع

خطوات إعداد المذكرة هي ذات الخطوات التي أوضحناها في القضية السابقة ، وهي:

## الخطوة الأولى

قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في إعداد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح القواعد (النصوص) القانونية التي تنطبق على الوقائع، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية.

## كيفية فحص وقائع القضية

## وتحديد ما تثيره من مسائل ومبادئ قانونية

أولاً: هذه الخطوة يجب أن تتم لتحقيق أمرين مهمين على التوالي:

الأول : تحديد الوقائع المنتجة في القضية، وهذه الوقائع هي ما ذكرناه بإيجاز فيما تقدم.

والثاني: تحديد القواعد والمبادئ القانونية التي تثيرها وقائع القضية، ومن الملاحظ أن وقائع هذه القضية تثير بصفة مبدئية تطبيق النصوص القانونية التالية:

(1) المادة (163) من القانون المدني والتي أوردت أركان المسئولية المدنية الثلاث وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر.

(2) المادة (172) من القانون المدني والتي أوردت قواعد تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع.

(3) المادة (752) من القانون المدني.

(4) المادتان (15)، (17) من قانون الإجراءات الجنائية، فالمادة (15) أوردت قواعد انقضاء الدعوى الجنائية في مواد الجنح، والمادة (17) أوردت القواعد الخاصة بانقطاع التقادم.

ويكتفي في المرحلة الأولى هذه أن يرشح المحامي هذه المواد باعتبارها التي يمكن أن تطبق على وقائع القضية، والتي يمكن استخراج القواعد الواردة فيها لكي يؤسس ويشيد منها دفاعه الذي يضمنه المذكرة التي يقوم بإعدادها.

ثانياً: في هذه الخطوة يلزم أن يراجع المحامي نصوص المواد القانونية التي رشحها للانطباق على وقائع القضية، وهذه النصوص كما سلف البيان هي المادتان 163، 172 من القانون المدني والمادة (752) من القانون ذاته، والمادتان 15، 17 من قانون الإجراءات الجنائية، ويكتفي في هذه الخطوة أن يقرأ فقط نصوص هذه المواد بإتقان وتمعن ليؤهل المحامي نفسه للانتقال للمرحلة الثانية وهي الأهم لأنها تعتبر المرحلة التي يتم فيها تجميع القواعد والمعلومات التي تشملها المذكرة في النهاية.

وعندما يطلع المحامي على النصوص القانونية السالفة الذكر يتوصل بصفة مبدئية إلى ما يأتي:

[1] أن دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بمضي ثلاث سنوات، وفي حالة الحكم الجنائي النهائي تبدأ الثلاث سنوات من تاريخ صدور هذا الحكم.

[2] أنه في حالة الحكم الجنائي الغيابي، وباعتباره آخر إجراء من إجراءات التحقيق، فإن الدعوى الجنائية تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدور هذا الحكم باعتباره صادراً في جنحة.

وتسقط الدعوى المدنية (دعوى التعويض) بمرور ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الغيابي.

في الخطوة القادمة يقوم المحامي بتجميع كل القواعد القانونية وبعض الأحكام القضائية التي تتصل بشرح وتفاصيل ما توصل إليه المحامي بصفة مبدئية، حتى يكون المادة القانونية اللازمة لأن تكون المذكرة مستوفية ومتكاملة وتحقق الغرض المرجو منها.

## الخطوة الثانية

**إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة، وتتألف هذه المادة من ثلاثة عناصر أو مكونات هي:**

[1] القواعد المستخرجة من النصوص القانونية التي رأى المحامي أنها تنطبق على وقائع القضية، وذلك من بين النصوص التي رشحها للانطباق في الخطوة الأولى.

[2] المبادئ التي وردت في أحكام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا بحسب الأحوال، وبحسب طبيعة ونوع القضية، وباعتبار هذه الأحكام تمثل سوابق قضائية أو تطبيقات في وقائع مماثلة أو على الأقل مشابهة للقضية التي يُعد المحامي مذكرته لتقديمها بدفاعه فيها.

[3] آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع، وذلك إن لزم وحسبما يرى المحامي، وحسب حاجته إلى تأييد وجهة نظره ومذهبه في الدفاع.

ويسير المحامي في سبيله إلى تحقيق هذه الخطوة وذلك باتباع ما يأتي:

أولاً: الاطلاع على النصوص القانونية المنطبقة على وقائع القضية كما حددها المحامي، وأن يفحص ويمحص المحامي هذه النصوص جيداً وبدقة لاستخراج القواعد التي وردت بها مما قد يفيد المحامي في دفاعه وتأييد وجهة نظره في الرد على ما تثيره القضية وما يثيره الخصم من دفاع.

ويكون قيام المحامي بذلك عن طريق الرجوع إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني للمستشار محمد كمال عبدالعزيز أو غيره، وكذلك مؤلف الدكتور عبدالرازاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، أو الرجوع إلى المؤلفات الجامعية.

وفي خصوص هذه القضية يطلع المحامي على تفسير أو شرح وكل ما يتعلق بالمواد التالية:

[1] المادة 163 من القانون المدني "كلي خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، ولقد سبق أن تناولنا هذا النص بالتعليق في موضع سابق، فلا داعي للتكرار.

[2] المادة 172 من القانون المدني، في شأن قواعد سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع.

[3] المادة (752) بشأن تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين.

فإذا اطلع المحامي على مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني – أي مؤلف منها – سوف يمكنه التوصل إلى ما يأتي:

(أ) إن دعوى التعويض عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع تسقط بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يجتمع فيه أمران هما:

1 – علم المضرور بالضرر الذي حدث له.

2 – علم المضرور بالفاعل الذي أحدث هذا الضرر.

فإن لم يجتمع معاً الأمران، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار أو غير المشروع.

(ب) إذا كون الفعل الضار جريمة جنائية، ورفعت بها الدعوى، فإن دعوى التعويض لا تسقط طالما أن الدعوى الجنائية لم تسقط، أما إذا سقطت الدعوى الجنائية، استتبع ذلك سقوط دعوى التعويض.

وإن استمرت الدعوى الجنائية وصدر حكم فيها، فإن ميعاد سقوط دعوى التعويض يبدأ من الوقت الذي يصبح فيه هذا الحكم نهائياً، استناداً إلى أن إجراءات الدعوى الجنائية توقف سريان التقادم بالنسبة للدعوى المدنية، وينتهي أثر هذا الوقف بانتهاء تلك الإجراءات بصيرورة الحكم نهائياً.

(جـ) أنه إذا أقيمت الدعوى الجنائية، وادعى المضرور مدنياً أمام المحكمة الجنائية التي تنظر هذه الدعوى طالباً تعويضاً مؤقتاً ضد المتهم وضد المسئول عن الحقوق المدنية، وصدر حكم له بطلباته، فإن الحق في التعويض يكون قد تقرر بهذا الحكم متى أصبح نهائياً، ومن ثم فإن رجوع المضرور بالتعويض النهائي لا يسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة من وقت صيرورة حكم التعويض المؤقت نهائياً.

ولكن يجب العلم بأنه إذا صدر الحكم بالتعويض المؤقت ضد المتهم وحده، فإن دعوى التعويض تسقط قبل المسئول عن الحقوق المدنية إن لم ترفع خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي يصبح فيه الحكم الجنائي نهائياً، وتسري هذه الأحكام بالنسبة للرجوع على شركة التأمين[1].

(1) نقض 1972/4/4 و 1972/5/25، أحكام النقض، السنة 23 قضائية ص 624 وص1016.

(د) أن الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين تتقادم بمرور ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة وهو ما نصت عليه المادة (752) من القانون المدني.

وتسري هذه المدة أياً كان المؤمن، شركة أو جمعية وبالنسبة لدعاوى المؤمن للمطالبة بالأقساط أو ببطلان أو إبطال أو فسخ العقد، وبالنسبة لدعاوى المؤمن له بالمطالبة بمبلغ التأمين أو ببطلان أو إبطال أو فسخ العقد.

ولا تخضع لهذا التقادم، الدعاوى التي لم تنشأ عن عقد التأمين كدعوى المسئولية التي يرفعها المضرور على المسئول إذا كان الأخير أمن من هذه المسئولية، ولا الدعوى المباشرة التي يرفعها المضرور على المؤمن في حالة التأمين من المسئولية فيما عدا المسئولية عن حوادث السيارات[1].

(هـ) أن الدعوى الجنائية ووفقاً للمادة (15) من قانون الإجراءات الجنائية تنقضي في مواد الجنح بمضي ثلاث سنين من يوم وقوع الجريمة، وأنه ووفقاً للمادة (17) من القانون ذاته تنقطع هذه المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة وبالأمر الجنائي وبإجراءات الاستدلال إذا اتخذت في مواجهة المتهم أو إذا أخطر بها بوجه رسمي.

وتسري مدة التقادم من جديد ابتداء من يوم الانقطاع.

ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض سواء التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض أو أية مجموعات أخرى غيرها، وذلك لاختيار بعض الأحكام أو المبادئ التي تنطبق على وقائع القضية، باعتبار أن هذه الأحكام سوابق قضائية يوثق بها المحامي دفاعه وأسانيده حتى تكون مذكرته محل وموضع ثقة واعتبار من القاضي.

ونورد هنا بعض أحكام النقض التي صدرت في وقائع مشابهة أو مماثلة للوقائع محل البحث، ومن قبيل ذلك ما يأتي:

(1) يراجع المستشار أنور طلبة، المرجع السابق جـ2 ص 210.

**أولاً: أحكام نقض في مجال تقادم دعوى التعويض:**

(1) قضت محكمة النقض بأن:

"لا تسقط دعوى التعويض الناشئة عن جريمة إلا بسقوط الدعوى الجنائية بالتقادم، ولا يغير من ذلك صدور قرار النيابة بصرف النظر عن اتهام المدعى عليه، بدء حساب مدة السقوط من تاريخ انتهاء التحقيق الذي تجريه النيابة"[(1)].

(2) وقضت محكمة النقض بأن:

"التقادم المقرر لدعوى المضرور قبل المؤمن – في التأمين الإجباري في حوادث السيارات – تسري في شأنه القواعد العامة الخاصة بوقف التقادم وانقطاعه طبقاً لما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 652 لسنة 1955"[(2)].

**ثانياً: أحكام نقض في مجال تقادم الدعوى الجنائية في حالة الحكم الغيابي:**

(1) قضت محكمة النقض بأن:

"الحكم الغيابي لا يعتبر أكثر من إجراء من إجراءات التحقيق، فإذا مضى عليه من حين صدوره أكثر من ثلاث سنوات بغير أن ينفذ أو يصبح حكماً نهائياً، فقد سقط بذلك الحق في إقامة الدعوى العمومية على المتهم، ولا يبقى بعد ذلك محل لمتابعة السير في الإجراءات من نظر معارضته أو استئناف أو غيرها"[(3)].

(2) وقضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية أن كل إجراء من إجراءات المحاكمة متصل بسير الدعوى أمام قضاء الحكم يقطع المدة المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية – حتى في غيبة المتهم – وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع، لأن المشرع لم يستلزم مواجهة المتهم بالإجراءات إلا بالنسبة لإجراءات الاستدلال دون غيرها، وأنه تطبيقاً لذلك فإن الحكم الابتدائي الغيابي

(1) نقض 1975/11/14 أحكام النقض، السنة 41 قضائية، الطعن رقم 78.

(2) نقض 1972/5/25 أحكام النقض، السنة 23 قضائية ص 1016.

(3) نقض جنائي رقم 844 لسنة 3 ق جلسة 1932/12/26.

الذي يصدر قبل مضي ثلاث سنوات على تاريخ ارتكاب المتهم لجريمة الجنحة يقطع المدة المقررة لسقوط الحق في إقامة الدعوى الجنائية"[1].

**ما يجب أن يفعله المحامي لتحقيق هذه الخطوة:**

قلنا أن هذه هي الخطوة الثانية من خطوات إعداد وصياغة مذكرات الدفاع – أو حتى صحيفة الدعوى – وفي هذه الخطوة يقوم المحامي بإعداد وتحضير وتجميع المادة العلمية القانونية والقضائية والفقهية التي تلزم للدفاع الذي يرغب المحامي أن يقدمه في الدعوى والذي يريد أن يضمنه المذكرة التي يعدها، ويمكن أن يحصل المحامي على المادة والمعلومات السالفة البيان باتباع ما يأتي:

[1] مراجعة نصوص القانون المنطبقة على وقائع القضية وقد بينا أن هذه النصوص تنحصر في المواد 163، 172، 752 من القانون المدني، والمادتان 15، 17 من قانون الإجراءات الجنائية.

ويجب أن يطلع المحامي على نصوص هذه المواد في مجموعات القوانين "الأكواد" ثم يجب عليه بعد ذلك أن يقوم بتفسير هذه النصوص بقصد استخراج القواعد القانونية الواردة بها وذلك فيما يتعلق بواقعة الدعوى التي يُعد المذكرة بشأنها.

ويلزم للقيام بذلك أن يطلع المحامي على مؤلفات التعليق على نصوص القانون – أي مؤلف منها – وهي كثيرة.

[2] أن المحامي وهو يطلع على مؤلف من مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني مثلاً يجب أن يكون معه ورقة أو عدة أوراق يدون فيها ما قد يجد أنه يفيده في الدفاع كسند قانوني يؤيد به دفاعه أو دفوعه أو طلباته، ويفعل المحامي ذلك وهو بصدد الإطلاع على التعليق على أي نص من النصوص التي حددها ورأى أنها تطبق على وقائع القضية، وهو ما فعلناه بالفعل كما تقدم البيان.

[3] يلزم في هذه الخطوة أيضاً الاطلاع على أحكام محكمة النقض، سواء في المجموعات التي يصدرها المكتب أو أية مجموعات أخرى، وسواء أكانت مطبوعة في ورق أو الكترونية أو غيرها.

(1) نقض 1979/2/15 أحكام النقض السنة 30 قضائية ص 268.

إذ يجب على المحامي أن يبحث عن بعض الأحكام التي تخدم موضوع قضيته ويؤيد بها دفاعه باعتبارها سوابق وتطبيقات قضائية كما سلف البيان.

والأمر نفسه، فكما دون المحامي بعض القواعد والمعلومات القانونية عندما اطلع على المؤلفات القانونية فإنه يلزم أن يدون بعض الأحكام القضائية التي صدرت في وقائع مشابهة لقضيته.

ونفس الأمر يفعله المحامي بالنسبة لآراء الفقه إذا وجد أن في ذلك إضافة لأسانيد وأدلة دفاعه.

**خلاصة الدفع الذي تقدمه شركة التأمين في هذه القضية:**

يمكن أن يقوم الدفاع على العناصر الآتية:

[1] أنه لما كان الحكم الجنائي قد صدر غيابياً في 1995/12/3 فإن دعوى التعويض لا تسقط طالما أن الدعوى الجنائية لم تسقط، ومن ثم فلا تسقط دعوى التعويض إلا بسقوط الدعوى الجزائية، بمعنى أن المحاكمة الجزائية تعتبر مانعاً قانونياً من رفع دعوى التعويض، ولا ترفع هذه الدعوى إلا بعد زوال هذا المانع.

[2] أن دعوى التعويض قد رفعت في تاريخ 1999/2/10 في حين أن الحكم الجنائي قد صدر في 1995/12/3 ومن ثم فإن دعوى التعويض تكون قد رفعت بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات على تاريخ صدور الحكم الغيابي باعتباره آخر إجراء من إجراءات التحقيق قاطع لتقادم الدعوى الجنائية، فكان يجب أن تقام الدعوى المدنية (دعوى التعويض) قبل مرور ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الجنائي الغيابي.

الأمر الذي من شأنه أن شركة التأمين يمكن أن تدفع الدعوى بسقوط دعوى التعويض بمضي المدة استناداً إلى نص المادة 172 من القانون المدني، وإعمالاً لمقتضى المادتين 15، 17 من قانون الإجراءات الجنائية وذلك على النحو الذي بيناه.

وعلى أية حال فإن خطوات إعداد مذكرة الدفاع هي ذاتها الخطوات التي حددناها بالتفصيل وشرحناها ونحن بصدد القضية السابقة ، فالخطوات واحدة والخطة واحدة دائماً.

## الخطوة الثالثة

## صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة

هذه هي الخطوة الثالثة والأخيرة من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع – أو حتى صحيفة الدعوى – حيث يجد المحامي لديه وأمامه الأوراق المتعددة التي كتبها وجمع فيها القواعد والمعلومات القانونية سواء المتصلة بنصوص القانون المنطبق على واقعة القضية أو المتصلة بأحكام القضاء كتطبيقات وسوابق قضائية في الموضوع، وذلك في كل جزئية من جزئيات القضية.

وفي هذه الخطوة الختامية يبدأ المحامي في كتابة وصياغته المذكرة لتكون في الشكل النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق من حيث ما تضمنته من أفكار وقواعد بحسب ترتيب الدفاع الذي يريد طرحه على المحكمة، ومع إعادة صياغة بعض الأفكار أو العبارات إن لزم الأمر مع الربط بين ما يكتبه المحامي حتى تكون المذكرة في نسق واحد متكامل ومتسلسل يعرض فيه المحامي دفاعه ودفوعه وطلباته مؤيداً ما يبديه بأدلة قانونية وقضائية متعددة ومتنوعة حسبما يقتضيه المقام أو يسمح به المجال.

ولا يخفى أن قيام المحامي بإعداد دفاعه على هذا النحو العلمي المنسق المتكامل المؤيد بأسانيد وأدلة متنوعة ومتعددة، لا شك أن ذلك يحمل الثقة في كل ما يكتب أو يقول، وهو ما يرسخ في قناعة المحكمة صدق المحامي وإيمان بقضيته، ويوصل الحكمة إلى يقين مؤداه أن ما أبداه المحامي هو عين الحقيقة وأنه يشفع لأن تقضي المحكمة له بطلباته.

## [ القضية الثالثة ]

## قضية ثالثة كنموذج لبيان وشرح

## خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع

توجز وقائع هذه القضية فيما يأتي:

1 - وهب "شخص" منزلاً مساحته خمسمائة متراً مربعاً لشخص آخر وزوجته مناصفة بينهما على الشيوع، وكان ذلك في تاريخ 1995/10/20 ولقد اشترط الواهب في عقد الهبة أنه لا يجوز الحجز على هذا المنزل من دائني الموهوب لهما.

2 - كان الشخص الموهوب له مديناً لآخر بمبلغ خمسمائة ألف جنيه، وكان هذا المبلغ متبقياً من ثمن أرض زراعية كان قد اشتراها الموهوب له من الآخر بتاريخ 1995/5/3 فلما لم يقم الموهوب له بسداد الدين طواعية، استصدر الدائن ضده حكماً نهائياً بإلزامه بأداء المبلغ الذي قضى به الحكم، وشرع المحكوم له في إجراءات التنفيذ الجبري على المنزل بالنسبة للنصف المملوك للمدين (الموهوب له) وتحددت جلسة للبيع بالمزاد العلني.

3 - وقبل أن يستصدر الدائن حكماً بإلزام المدين بأن يؤدي إليه المبلغ قيمة الدين، كان المدين قد تصرف بالبيع لزوجته في نصف المنزل الذي يملكه بالمشاع، وأصبحت الزوجة تملك كل المنزل.

فأقام الدائن دعوى طلب فيها عدم نفاذ البيع في حقه باعتبار أن هذا التصرف من شأنه إعسار المدين ومن ثم ضياع فرصة حصوله على دينه منه، وأن البيع تم عن طريق الغش والتواطؤ ما بين المدين وزوجته.

والمطلوب في هذه القضية إعداد مذكرة بدفاع المدين الموهوب له نصف المنزل تقدم في دعوى عدم نفاذ البيع، ومذكرة أخرى تقدم في دعوى البيوع.

# خطوات إعداد مذكرة الدفاع

## الخطوة الأولى

قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في إعداد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، والتي تعين المحامي في ترشيح النصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تحكم وقائع هذه القضية والتي تنطبق عليها بالفعل.

**كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل ومبادئ قانونية**

أولاً: يلزم أن يدرك المحامي أن هذه الخطوة إنما هي لتحقيق أمرين مهمين:

الأول : تحديد الوقائع المنتجة أي ذات الأهمية في القضية، وهذه الوقائع هي ذاتها التي ذكرناه باختصار ولا مزيد عليها.

والثاني: تحديد القواعد والمبادئ القانونية التي تثيرها بصفة مبدئية وقائع هذه القضية.

ومن الملاحظ أن هذه الوقائع ترشد وتدل على النصوص القانونية التالية:

[1] نص المادة (308) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي جرى على أن: "الأموال الموهوبة أو الموصي بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية، إلا لدين نفقة مقررة....".

[2] نص المادة (3) من قانون المرافعات على أنه "لا تقبل أي دعوى، كما لا يقبل أي طلب أو دفع... لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة يقرها القانون...".

[3] المادة (275) من قانون المرافعات على أن "يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها...".

ونص الفقرة الأخيرة من تلك المادة على أن "ويفصل قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة".

ويلزم التنويه إلى أن المطلوب مذكرة دفاع في دعوى الحجز على المنزل، ومذكرة في دعوى عدم نفاذ البيع الصادر من المدين إلى زوجته ببيع نصف المنزل الموهوب لهما بالمشاع.

[4] وإنه يكفي وكما سلف البيان في المرحلة الأولى هذه أن يرشح المحامي النصوص القانونية التي يرى أنها تنطبق على الوقائع الثابتة لديه، والتي يمكنه أن يستخرج منها القواعد القانونية التي يقيم منها دفاعه الذي يضمنه المذكرة.

ثانياً: في هذه الخطوة يلزم أن يراجع المحامي نصوص المواد التي رشحها للانطباق على الوقائع، وهذه النصوص وكما بيناها هي المواد 308، 275، 3 من قانون المرافعات، والفقرة (2) من المادة (1035) من القانون المدني.

ويكفي في هذه الخطوة أن يقرأ المحامي نصوص هذه المواد باتقان وتفحص، ليؤهل نفسه للانتقال إلى الخطوة الثانية وهي الأهم لأنها تعتبر المرحلة التي يتم فيها تجميع القواعد والمعلومات التي تشملها المذكرة في النهاية.

وبمجرد اطلاع المحامي على النصوص القانونية السالف بيانها تتكون لديه معلومات مبدئية منها:

[1] أن الأموال الموهوبة والتي اشترط الواهب عدم جواز الحجز عليها من دائني الموهوب له، لا يجوز الحجز عليها إعمالاً لشرط الواهب، إذا توافرت باقي الشروط.

[2] أن قاضي التنفيذ هو المختص بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية.

[3] أنه لا تقبل أية دعوى ولا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.

ويحاول المحامي البحث عن التفاصيل الخاصة بتلك المعلومات وذلك في الخطوة التالية ، وبذات المنهج الذي سبق بيانه في خصوص القضايا السابقة .

## الخطوة الثانية

**إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة، وتتألف هذه المادة العلمية من ثلاثة عناصر أو مكونات هي:**

[1] القواعد المستخرجة من النصوص القانونية التي رأى المحامي أنها تنطبق على وقائع القضية، وذلك من بين النصوص التي رشحها للانطباق في الخطوة الأولى، وهي نصوص المواد 308، 275، 3 من قانون المرافعات.

[2] المبادئ التي وردت في أحكام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا بحسب الأحوال وبحسب طبيعة موضوع القضية وباعتبار أن هذه الأحكام تمثل سوابق قضائية أو تطبيقات في وقائع مماثلة أو مشابهة للقضية التي يعد المحامي مذكرته لتقديمها بدفاعه فيها.

[3] آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع إن لزم ذلك.

ويسير المحامي في سبيله إلى تحقيق هذه الخطوة وذلك باتباع ما يلي:

أولاً: الاطلاع على النصوص القانونية المنطبقة على وقائع القضية، وأن يفحص المحامي ويمحص هذه النصوص جيداً وبدقة لاستخراج القواعد التي وردت بها بما يؤيد به المحامي دفاعه والرد على ما تثيره القضية ودفاع الخصم من مسائل قانونية أو واقعية.

ويكون قيام المحامي بهذه الخطوة عن طريق الرجوع إلى مؤلفات التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية لأي مؤلف، أو مؤلفات الشروح الجامعية.

وفي خصوص هذه القضية يطلع المحامي على شرح وتفسير المواد التالية:

[1] المادة 308 من قانون المرافعات المدنية والتجارية:

وفي خصوص واقعة الدعوى يتبين للمحامي أن هذا العقار لا يجوز الحجز عليه، وذلك لتوافر السببين الذين قررهما المشرع في النص وهما:

(أ) أن الواهب أي الذي وهب المنزل للشخص وزوجته اشترط في عقد الهبة عدم جواز الحجز على هذا المنزل من دائني الموهوب له.

(ب) أن الدين الذي يحظر الحجز لاستيفائه قد نشأ في ذمة الموهوب له قبل الهبة، وأن هذا الدين ليس دين نفقة مقررة.

ومن ثم فإن المحامي يتوصل وإعمالاً لهذا النص إلى أن الدائن للموهوب له بدين هو عبارة عن متبقي ثمن أرض زراعية في ذمة الموهوب له، لا يجوز له الحجز على هذا المنزل لكون الواهب قد اشترط عدم جواز الحجز عليه.

[2] نص الماجة (3) من قانون المرافعات:

وباطلاع المحامي على هذا النص وتمحيصه والاطلاع على التعليق عليه بأي مؤلف من مؤلفات التعليق على النصوص فإنه يتبين للمحامي الآتي:

(أ) أن المصلحة في الدعوى هي الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته.

(ب) ويشترط في المصلحة توافر ثلاث خصائص أساسية هي أن تكون مصلحة قانونية، أن تكون مصلحة شخصية مباشرة، أن تكون مصلحة قائمة[1].

(ج) أن المحامي في إعداد دفاعه في الدعوى التي أقامها الدائن الذي وقع الحجز على المنزل ضد المدين الموهوب له وزوجته بطلب عدم نفاذ البيع الصادر من الزوج لزوجته بنصف العقار الموهوب لهما، يمكن المحامي أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة.

وأساس هذا الدفع يعود إلى أنه طالما لا يجوز الحجز على هذا المنزل، فإنه من ثم لا يجوز بيعه بالمزاد العلني، وأنه بذلك يخرج من نطاق الضمان المقرر للدائنين، وطالما أنه يخرج من الضمان العام، فإن الدائن لا تكون له مصلحة عملية في الحصول على حكم بعدم نفاذ البيع في مواجهته، لأنه في النهاية وفي كل الأحوال لا يجوز له التنفيذ على هذا المنزل لاستيفاء دينه، طالما أن المنزل وكما سلف لا يجوز الحجز عليه.

ولما كان ذلك، فإن الدعوى تكون غير مقبولة لانتفاء شرط المصلحة كما سلف البيان.

(1) المستشار محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه طبعة ثالثة 1995 ص 88.

[3] نص المادة (275) من قانون المرافعات:

وبالاطلاع على هذا النص والتعليق عليه يتبين للمحامي أن قاضي التفنيذ هـو المختص وحده بنظر جميع منازعات التنفيذ سواء الموضوعية أو الوقتية.

ويستفيد المحامي من ذلك، أن المدين المحجوز عليه يمكن أن يرفع منازعة تنفيذ موضوعية يطلب فيها الحكم ببطلان الحجز الذي وقعه الدائن على المنزل، ويستند في ذلك إلى نص المادة 308 من قانون المرافعات، وباعتبار أن العقار الموقع عليه الحجز هبة ولقد اشترط الواهب عدم جواز الحجز عليه بسبب دين على الموهوب له يكون سابقاً على تاريخ الهبة.

كما يمكن أن يرفع المدين المحجوز عليه دعوى مستعجلة أمام قاضي التنفيذ كذلك بطلب وقف البيع لحين الفصل في منازعة التنفيذ الموضوعية السالفة البيان.

ويمكن أن يبدي طلب وقف البيع بالتبع إلى طلب البطلان في الدعوى الموضوعية، ويمكن رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بالحجز لكونه ظاهر البطلان إعمالاً لنص المادة 308 مرافعات.

ثانياً: أحكام نقض تتصل بالموضوع:

[1] قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد النص في المادة (275) من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يتعين لكي تكون المنازعة متعلقة بالتنفيذ أن يكون التنفيذ جبرياً وأن تكون المنازعة منصبة على إجراء من إجراءات التنفيذ أو مؤثرة في سير التنفيذ وإجراءاته بأن يكون الحكم الذي يصدر في المنازعة متعلقاً بصحة أو بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ أو منصباً عليه، أما المنازعات التي لا تمس إجراء من إجراءات التنفيذ فلا تعتبر منازعة في التنفيذ في حكم هذه المادة"[1].

[2] وقضت محكمة النقض بأنه:

"من المقرر أن المنازعة الموضوعية في التنفيذ هي تلك التي يطلب فيها الحكم في موضوع النزاع بما يحسمه"[2].

(1) نقض 1985/5/7 الطعن رقم 229 لسنة 52 قضائية، نقض 1981/6/10 الطعن رقم 90 لسنة 46 قضائية.

(2) نقض 1984/11/22 الطعن رقم 681 لسنة 50 قضائية.

[3] وقضت محكمة النقض بأنه:

"من المقرر عملاً بالمادة 275 من قانون المرافعات أن قاضي التنفيذ يفصل في منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضياً للأمور المستعجل، ومن ثم فإن اختصاصه بنظر هذه المنازعات قاصر على الإجراءات الوقتية التي يخشى عليها من فوات الوقت لدرء خطر محقق أو للمحافظة على حالة فعليه مشروعة أو صيانة مركز قانوني قائم وذلك دون المساس بأصل الحق، وليس له أن يعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو أن يؤسس قضاءه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق أو أن يتعرض إلى المستندات المقدمة من أحد الطرفين ليقضي فيها بالصحة أو البطلان"[(1)].

## الخطوة الثالثة

صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة.

هذه هي الخطوة الثالثة والأخيرة من خطوات إعداد وصياغة المذكرة، وقد سبق أن أوضحنا كيفية القيام بهذه الخطوة، ولا داعي للتكرار غير المبرر، فنحيل إلى ما سبق في النماذج السابقة.

(1) نقض 1987/12/31 السنة 38 قضائية جـ2 ص 1225.

## [ القضية الرابعة ]

# كنموذج لبيان وشرح خطوات

# إعداد وصياغة مذكرة الدفاع

[1] تخلص وقائع هذه القضية في أن المدعيين أقاما الدعوى رقم 1005 لسنة 1997 مدني الإسماعيلية الابتدائية ضد شركة التأمين بطلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي إليهما تعويضاً عما لحقهما ولحق مورثتهما من أضرار بسبب قتلها خطأ في حادث سيارة ثبت خطأ قائدها بحكم جنائي قضى بإدانته ومؤمن على مخاطرها لدى شركة التأمين المدعى عليها.

[2] دفعت شركة التأمين الدعوى بسقوطها بالتقادم الثلاث عملاً بالمادة (752) من القانون المدني، فرفضت محكمة أول درجة الدفع بالسقوط وقضت للمدعيين ببعض التعويض المطالب به، فاستأنفت شركة التأمين هذا الحكم كما استأنفه المدعيان للقضاء لهما بكامل التعويض المطالب به، ضمت المحكمة الاستئنافين وحكمت برفضهما وتأييد الحكم المستأنف، فطعنت عليه شركة التأمين بالنقض، وقدمت النيابة مذكرة برأيها في الطعن حيث رأت نقضه.

# خطوات إعداد مذكرة الدفاع

## الخطوة الأولى

**قراءة وفحص ملف القضية وتحديد الوقائع المنتجة في الدفاع والدفوع والطلبات وترشيح القواعد القانونية الواجبة التطبيق:**

وفي هذه المرحلة يكون من واجب المحامي أن يحقق غايتين مهمتين:

الأولى: ضرورة قراءة وقائع القضية قراءة جيدة، والوقوف على الوقائع المنتجة وذات الأهمية في التوصل لحكم في صالح الموكل.

والثانية: تحديد المسائل القانونية التي تحكم موضوع القضية، وذلك سواء فيما يتعلق بالمسائل القانونية الإجرائية أو المسائل القانونية الموضوعية.

ونوضح هذه الخطوة من خلال ذكر بعض أمثلة للقضايا وذلك فيما يلي:

**كيفية فحص وقائع القضية وتحدي ما تثيره من مسائل قانونية:**

أولاً: الوقائع المنتجة في القضية:

هذه قضية بطلب التعويض تأسيساً على حكم جنائي نهائي صادر بالإدانة ضد المتهم (المدعى عليه) والسيارة مرتكبة الحادث مؤمن عليها لدى شركة التأمين المدعى عليها في هذه الدعوى، والثابت بملف القضية أن الدعوى الجنائية قد أقيمت ضد المتهم وصدر ضده حكم بالإدانة واستأنف المتهم هذا الحكم، وفي جلسة 1990/4/14 لم يحضر المتهم الجلسة فقضت محكمة الجنح المستأنفة غيابياً بتأييد إدانته، وأن هذا الحكم الغيابي لم يعلن للمتهم ولم يتخذ من بعده ثمة إجراء قاطع للتقادم.

وقد أقيمت دعوى التعويض ضد شركة التأمين تاريخ 1997/9/30.

هذه هي الوقائع المنتجة في القضية والتي ترشد المحامي إلى ترشيح واختيار القواعد القانونية التي تنطبق على الواقعة، والمفترض أن المحامي هنا هو محامي شركة التأمين.

ثانياً: القواعد القانونية التي تثيرها وقائع القضية:

باعتبار أن هذه قضية تعويض مؤسسة على حكم جنائي نهائي، وأن هذه القضية قد ذكر بها عدة تواريخ منها تاريخ الحادث وتاريخ الحكم الجنائي الغيابي وتاريخ رفع الدعوى، وهو ما يجعل محامي شركة التأمين يفكر في الدفع بالسقوط.

وعلى ذلك فإنه يجب مراجعة النصوص القانونية التي تتصل بهذه الوقائع، وهي:

(1) نص المادة (102) من قانون الإثبات على أن "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً.

(2) نص المادة (163) من القانون المدني على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(3) نص المادة (170) من القانون المدني الذي جرى على أن "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221، 222 مراعياً في ذلك الظروف الملابسة...".

(4) نص المادة (752) من القانون المدني على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى...".

(5) نص المادة (15) من قانون الإجراءات الجنائية الذي جرى على أن: "تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين ...".

(6) نص المادة (17) من قانون الإجراءات الجنائية الذي جرى على أن "تنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة...".

تلك هي النصوص القانونية التي تثيرها وقائع القضية، وهذه النصوص مهمة سواء بالنسبة لمدعي قبل أن يرفع الدعوى، أو بالنسبة للمدعى عليه التي ترفع ضده الدعوى.

فهذه النصوص مهمة بالنسبة للمدعي حتى يدرس مدى إمكانية كسب للدعوى قبل رفعها، فقبل أن يُعد صحيفة دعواه يجب أن يراجع هذه النصوص، لأن كيان الدعوى وأسانيد الطلبات فيها يعتمد أولاً وأخيراً على ما تقضي به هذه النصوص.

وهذه النصوص مهمة بالنسبة للمدعى عليه بنفس الدرجة لأنه يعد دفاعه على سند من هذه النصوص كذلك، وخاصة إذا كانت الدعوى قد سقطت بالتقادم على نحو ما سوى نبينه في موضوع قادم.

هذا هو ما يجب أن يقف عليه ويتبينه المحامي في المرحلة الأولى من المراحل الثلاث التي يمر بها إعداد وصياغة وكتابة مذكرة الدفاع، فالمحامي فقط يحدد الوقائع المهمة أو المنتجة في الدعوى، ثم بعد ذلك يبحث عن النصوص القانونية التي تثيرها هذه الوقائع والتي يرشحها بصفة مبدئية للتطبيق عليها، وتكون هي أسانيد دفاعه ودفوعه.

ثم بعد ذلك سوف نبين الخطوة الثانية وبعدها الخطوة الثالثة على التوالي بعد أن نفرغ من ذكر بقية أمثلة للقضايا في نطاق الخطوة الأولى أيضاً.

## الخطوة الثانية

إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو حتى صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي:

(1) القواعد المستخرجة من النصوص القانونية التي رأى المحامي أنها تنطبق على وقائع القضية.

(2) المبادئ التي وردت بأحكام القضاء، وخاصة محكمة النقض وباعتبار أن هذه الأحكام سوابق قضائية أو تطبيقات مشابهة للقضية التي يُعد المحامي فيها مذكرته.

(3) آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع إن لزم الأمر وحسبما يرى المحامي أن ذلك ضرورياً .

ويسير المحامي في سبيله إلى تحقيق هذه الخطوة وذلك باتباع ووفق الترتيب التالي:

أولاً: الاطلاع على نصوص هذه المواد المنطبقة على القضية، وفحصها فحصاً جيداً لاستخراج القواعد التي وردت بها مما قد يكون يفيد المحامي من دفاعه وتأييد وجهة نظره، والرد على ما يثيره خصمه من دفوع أو دفاع، ويكون القيام بذلك على النحو التالي:

[1] القواعد الأساسية التي تثيرها هذه القضية من أهمها ما ورد في المادة (101) من قانون الإثبات التي نصت على أن:
"لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً"، وهو ما يؤكد على حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني في خصوص دعوى التعويض، وبأن القاضي المدني مقيد بما قضى به الحكم الجنائي من حيث ثبوت الخطأ أو عدم ثبوته في حق المتهم (المدعى عليه).

[2] إن أهم القواعد القانونية التي تثيرها القضية ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (752) من القانون المدني بشأن التقادم الثلاثي لدعوى التعويض حيث نصت على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى".

[3] إنه ولما كان هذا التقادم تسري في شأنه القواعد العامة لوقف مدة التقادم وانقطاعها، ولما كان الفعل غير المشروع الذي يستند إليه المضرور في دعواه ضد شركة التأمين يكون جريمة ورفعت، به الدعوى الجنائية على مرتكبها، فإن رفع الدعوى الجنائية يعتبر مانعاً قانونياً يتعذر معه على المضرور مطالبة المؤمن (الشركة) بحقه فيقف سريان التقادم، وهذا هو ما نصت عليه الفقرة (1) من المادة (382) من القانون المدني بقولها:
"لا يسري التقادم، كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه.." ويقف سريان التقادم مادام المانع قائماً.
ويترتب على ذلك أن تقادم دعوى المضرور قبل المؤمن (شركة التأمين) يقف سريانه طوال المدة التي تظل فيها الدعوى الجنائية قائمة ولا يزول إلا بانقضائها بعد رفعها لسبب آخر من أسباب الانقضاء.

[4] إن الحكم الغيابي القاضي بإدانة المتهم مقترف جريمة الجنحة لا تنقضي به الدعوى الجنائية، إذ هو لا يعدو ان يكون من الإجراءات القاطعة لمدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم الدعوى الجنائية وفقاً للمادتين 15، 17 من قانون الإجراءات الجنائية.
فقد نصت المادة (15) من قانون الإجراءات الجنائية على أن تنقضي الدعوى الجنائية في مواد الجنح بمضي ثلاث سنين، ونصت المادة (17) من القانون ذاته على أن تنقطع المدة بإجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة.

[5] أن المتهم إذا لم يعلن بالحكم الغيابي ولم يتخذ إجراء تال له قاطع لتقادم الدعوى الجنائية فإن هذه الدعوى تنقض بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الغيابي، ومن هذا الانقضاء يزول المانع القانوني الذي كان سبباً في وقف سريان دعوى المضرور المدنية قبل المؤمن.

[6] إنه وبتطبيق ما تقدم على واقعة الدعوى، فإنه لما كان الثابت من الأوراق أن محكمة الجنح المستأنفة حكمت غيابياً بتاريخ 1990/4/14 بتأييد إدانة المتهم، وأن هذا الحكم الغيابي لم يعلن وفق الثابت من الشهادة المقدمة بذلك والصادرة من النيابة العامة، ولم يتخذ من بعد هذا الحكم الغيابي ثمة إجراء قاطع للتقادم حتى انقضت الدعوى الجنائية بتاريخ 1993/4/13 بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الحكم الغيابي باعتباره آخر إجراء قاطع للتقادم، ولذلك يعود سريان تقادم الدعوى المدنية بالتعويض قبل شركة التأمين منذ تاريخ انقضاء الدعوى الجنائية الحاصل في 1993/4/13.

ولما كانت دعوى التعويض لم ترفع إلا في 1997/9/3 فإنه تكون قد أقيمت بعد سقوط الحق في رفعها، ويكون الدفع المبدى من الشركة المدعى عليها بالسقوط في محله.

هذه هي النصوص القانونية التي يثيرها موضوع القضية ولقد استعنا ببعض المؤلفات الخاصة بالتعليق على النصوص في استخراج القواعد والأحكام التي تنطبق على القضية والتي وردت في تلك النصوص، ومن هذه المؤلفات التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه للمستشار كمال عبدالعزيز والتعليق على نصوص قانون المرافعات للمستشار أنور طلبة ومؤلف المستشار عز الدين الدناصوري، وغيرها.

ثانياً: الإطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني وذلك لاختيار بعض الأحكام التي يؤيد بها المحامي دفاعه ويوثقه باعتبار أن هذه الأحكام الصادرة في قضايا مماثلة أو مشابهة تعتبر سوابق قضائية واجبة الاتباع من قبل المحاكم الدنيا الأقل درجة من محكمة النقض.

[1] أحكام في خصوص انقضاء الدعوى الجنائية في الجنح في حالة الحكم الغيابي:

قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

1 - "صدور الحكم الغيابي في جنحة من محكمة الجنح والمخالفات لا يكون له من أثر سوى قطع المدة اللازمة لسقوط الحق في إقامة الدعوى العمومية"[1].

2 - "مفاد نص المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية أن كل إجراء من إجراءات المحاكمة متصل بسير الدعوى أمام قضاء الحكم يقطع المدة المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية - حتى في غيبة المتهم - وتسري المدة من جديد ابتداء من يوم الانقطاع لأن المشرع لم يستلزم مواجهة المتهم بالإجراء إلا بالنسبة لإجراءات الاستدلال دون غيرها وأنه تطبيقاً لذلك فإن الحكم الابتدائي الغيابي الذي يصدر قبل مضي ثلاث سنوات على تاريخ ارتكاب المتهم لجريمة الجنحة يقطع المدة المقررة لسقوط الحق في إقامة الدعوى الجنائية"[2].

3 - "الحكم الغيابي الصادر بعقوبة في جنحة يجب إعلانه لشخص المحكوم عليه في ميعاد ثلاث سنوات من تاريخه، فإذا لم يعلن المتهم شخصياً في هذه المدة يعتبر الحكم كأنه آخر عمل متعلق بالتحقيق، وبناء على ذلك يسقط الحق في إقامة الدعوى المدنية طبقاً للمادة 270 ت. ج"[3].

4 - "المدعي بالحقوق المدنية لا يملك استعمال حقوق الدعوى الجنائية، إنما يدخل فيها بصفته مضروراً من الجريمة التي وقعت طالباً التعويض عن الضرر الذي لحقه، ذلك أن دعواه مدنية بحتة لا علاقة لها بالدعوى الجنائية، إلا في تبعيتها لها، لما كان ذلك، فإنه لا يقطع التقادم كل إجراء

(1) نقض 1932/5/23 مجموعة القواعد القانونية جـ2 ق 352 ص 557، 1932/12/26 جـ3 ق 68 ص 101، والدكتور حسني صادق المرصفاوي، في قانون الإجراءات الجنائية في مائة عام طبعة 1990 ص 123 رقم 346.

(2) نقض 1979/2/15 أحكام النقض س 30 ق 53 ص 268.

(3) نقض 1908/9/29 المجموعة الرسمية س 10 ق 37، الدكتور المرصفاوي، المرجع السابق رقم 349 ص 124.

يتصل بالدعوى المدنية وحدها سواء أكانت مقامة أمام القضاء المدني أم الجنائي، فإن تصرفات المدعي بالحقوق المدنية أو المسئول عنها لا يقطع التقادم بالنسبة للدعوى الجنائية"[1].

5 – انقضاء الدعوى العمومية في مواد الجنح بمضي ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الغيابي:

"إن الحكم الغيابي لا يعتبر أكثر من إجراء من إجراءات التحقيق، فإذا مضى عليه من حين صدوره أكثر من ثلاث سنوات بغير أن ينفذ أو يصبح حكماً نهائياً فقد سقط بذلك الحق في إقامة الدعوى العمومية على المتهم، ولا يبقى بعد ذلك محل لمتابعة السير في الإجراءات من نظر معارضته أو استئناف أو غيرهما"[2].

[2] أحكام في خصوص تقادم دعوى التعويض بالتطبيق للمادة (752) من القانون المدني:

أ – قضت محكمة النقض بأن:

"أنشأ المشرع بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجباري من المسئولية الناشئة عن حوادث السيارات للمضرور في هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن ونص على أن تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة 752 من القانون المدني، وهو التقادم الثلاثي المقرر للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين، ولولا هذا النص لسرى على تلك الدعوى التقادم العادي لأنها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين المنصوص عليها في المادة 752 من القانون المدني السالفة"[3].

(1) نقض 1978/6/4 أحكام النقض س 29 ق 104 ص 552، المرجع السابق رقم 353 ص 124.

(2) طعن جنائي رقم 844 لسنة 3 ق جلسة 1932/12/26.

(3) نقض مدني 1972/4/4 أحكام النقض السنة 23 قضائية ص 627، نقض 1972/5/25 السنة 23 ص 1016.

ب – وقضت محكمة النقض بأن:

"التقادم المقرر لدعوى المضرور قبل المؤمن – في التأمين الإجباري في حوادث السيارات – تسري في شأنه القواعد العامة، الخاصة بوقف التقادم وانقطاعه طبقاً لما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 652 لسنة 1955"[1].

جـ - وقضت كذلك محكمة النقض بأنه:

"متى كان ممتنعاً قانوناً على المضرور أن يرفع دعواه على المؤمن أمام المحكمة الجنائية بعد رفع الدعوى العمومية على الجاني محدث الضرر، وكان إذا رفع دعواه أمام المحاكم المدنية أثناء السير في الدعوى الجنائية، كان رفعها في هذا الوقت عقيماً، إذ لا يمكن النظر فيها إلا بعد أن يفصل نهائياً في تلك الدعوى الجنائية، فيتحتم لذلك على المحكمة المدنية أن توقف دعوى المضرور حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية، وأن رفع الدعوى الجنائية في هذه الحالة يكون مانعاً قانونياً يتعذر معه على الدائن المضرور مطالبة المؤمن بحقه، مما ترتب عليه المادة 382 من القانون المدني وقف سريان التقادم مادام المانع قائماً، وبالتالي يقف سريان التقادم بالنسبة لدعوى المضرور قبل المؤمن طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية، ولا يعود التقادم إلى السريان إلا منذ صدور الحكم النهائي أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر"[2].

**كيفية القيام بهذه المرحلة:**

في هذه المرحلة يقوم المحامي بتجميع المادة القانونية التي يرى أن تتضمنها المذكرة، وهذه المادة تكون عبارة عن أفكار وقواعد مستخلصة من النصوص القانونية المنطبقة على وقائع القضية وكذلك أحكام النقض المنطبقة على تلك الوقائع، وبعض الآراء الفقهية إن لزم الأمر، ولقد سبق لنا بيان ذلك بالتفصيل فيما تقدم.

(1) نقض 1972/5/25 أحكام النقض السنة 23 قضائية ص 1016.

(2) نقض 1972/4/4 أحكام النقض السنة 23 ص 637، نقض 1972/5/25، السنة 23 ص 1016.

**ويمكن القيام بذلك باتباع ما يأتي:**

(1) يجب أولاً قراءة وتمحيص نصوص القانون المنطبقة على الواقعة، سواء النصوص الموضوعية التي ترد في القانون المدني أو القانون التجاري لأنها هي التي تحكم الحق الموضوعي المرفوع به الدعوى، أو النصوص الإجرائية الواردة في قانون المرافعات بشأن الاختصاص وقبول الدعوى والدفوع وما إلى ذلك.

(2) أن يدون المحامي في ورقة تكون معه حينما يقرأ النص القانوني ويتفحصه، يدون كل ما يرى أنه يفيده في الدفاع وتأييد ما يبديه من طلبات ودفوع، باعتبار أن ما يدونه المحامي في هذه الورقة هو عبارة عن الأسانيد القانونية لدفاعه، والتي سوف يقوم بإعادة كتابتها وصياغتها عندما ينتقل إلى المرحلة الأخيرة بأن يكتب المذكرة في شكلها وبمضمونها النهائي الذي يقدم إلى المحكمة.

(3) أن يدون المحامي في ورقة كذلك حينما يطلع على أحكام محكمة النقض أو أحكام المحكمة الإدارية العليا مثلاً كل ما يرى أنه يتصل بموضوع القضية ويخدمه في دفاعه الذي سوف يُعده ويقدمه فيها، وهو بالنسبة للأحكام القضائية يفعل مثل ما فعل بالنسبة لنصوص القانون، وحتى يقوم في النهاية بدمج كل ما قام بتجميعه وصياغته في المذكرة فيما بعد هذه المرحلة.

(4) وأنه يلزم التنويه إلى أن المحامي قد يقوم بتجميع وتدوين معلومات أكثر مما هو مطلوب، أو تزيد عما هو في حاجة إليه في دفاعه في القضية التي يقدم دفاعه فيها، وفي هذه الحالة يجب على المحامي أن يحتفظ بكل الأوراق التي دونها، لأنه وبدون شك سوف يحتاج إليها في قضية أخرى قد تكون متصلة بتلك المعلومات.

(5) إننا نوجه انتباه الإخوة والزملاء المحامين إلى أنه كلما اتسع نطاق البحث والقراءة كلما كان ذلك مؤشراً على جودة العمل وكمال الأداء وهو ما يكون من شأنه تحقيق مصلحة الموكل.

## الخطوة الثالثة

## صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة

هذه هي الخطوة الثالثة والأخيرة من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع – أو حتى صحيفة الدعوى – حيث يجد المحامي لديه وأمامه الأوراق المتعددة التي كتبها وجمع فيها القواعد والمعلومات القانونية سواء المتصلة بنصوص القانون المنطبق على واقعة القضية أو المتصلة بأحكام القضاء كتطبيقات وسوابق قضائية في الموضوع، وذلك في كل جزئية من جزئيات القضية.

وفي هذه الخطوة الختامية يبدأ المحامي في كتابة وصياغته المذكرة لتكون في الشكل النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق من حيث ما تضمنته من أفكار وقواعد بحسب ترتيب الدفاع الذي يريد طرحه على المحكمة، ومع إعادة صياغة بعض الأفكار أو العبارات إن لزم الأمر مع الربط بين ما يكتبه المحامي حتى تكون المذكرة في نسق واحد متكامل ومتسلسل يعرض فيه المحامي دفاعه ودفوعه وطلباته مؤيداً ما يبديه بأدلة قانونية وقضائية متعددة ومتنوعة حسبما يقتضيه المقام أو يسمح به المجال.

ولا يخفى أن قيام المحامي بإعداد دفاعه على هذا النحو العلمي المنسق المتكامل المؤيد بأسانيد وأدلة متنوعة ومتعددة، لا شك أن ذلك يحمل الثقة في كل ما يكتب أو يقول، وهو ما يرسخ في قناعة المحكمة صدق المحامي وإيمان بقضيته، ويوصل الحكمة إلى يقين مؤداه أن ما أبداه المحامي هو عين الحقيقة وأنه يشفع لأن تقضي المحكمة له بطلباته.

## [ القضية الخامسة ]

## كنموذج لبيان وشرح خطوات

## إعداد وصياغة مذكرة الدفاع

[1] تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي أقام الدعوى رقم 4758 لسنة 1995 أمام محكمة الاسكندرية الابتدائية ضد المدعى عليها طالباً الحكم بإلزامها بأن تؤدي إليه مبلغ خمسين ألف جنيه وقال في بيان دعواه، أن المدعى عليها كانت تعمل محامية بشركة سنتاريتا للأمن الغذائي التي يعمل بها هو مديراً للشئون القانونية، وقد أبلغت المدعى عليها الشرطة بانقطاعها عن العمل في 1994/8/14 وأن الشركة رفضت قبول استقالتها وإخلاء طرفها، وأنه لدى توجهها إلى الشركة تعدي عليها صاحبها والمدعي بالسب والقذف والتهديد أمام عدد من الموظفين، وقد ضمنت هذه الإدعاءات محاضر إدارية ثلاثة، وأن المدعى عليها قد ابتغت بإبلاغها السلطات في هذه الوقائع المكذوبة مجرد التشهير بالمدعي والإساءة لمركزه الاجتماعي والوظيفي على النحو الذي أضر به لذلك أقام دعواه بما سلف من الطلبات.

[2] أحالت المحكمة الدعوى للتحقيق وبعد سماع شاهدي المدعي أبدت المدعى عليها طلباً عارضاً بإلزام المدعي بأن يؤدي مبلغ ثلاثمائة ألف جنيه تعويضاً عما نالها من ضرر من جراء ألفاظ السب والقذف التي احتوتها المحاضر المشار إليها آنفاً.

أحالت المحكمة الدعوى الفرعية للتحقيق، وبعد سماعها شهود الطرفين قضت بإلزام المدعى عليها بأن تؤدي للمدعي مبلغ خمسمائة جنيه، وبرفض الدعوى الفرعية.

فاستأنف المدعي، كما استأنفته المدعى عليها (المدنية في الدعوى الفرعية) وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافية حكمت في 1997/11/26 برفض الاستئناف الأول، وفي الاستئناف الثاني بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بإلزام المدعي بأن يؤدي للمدعى عليها (المدعية في الدعوى الفرعية) ألف جنيه تعويضاً عن الضرر الأدبي.

طعن المدعى عليه في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة برأيها حيث رأت نقض الحكم.

# خطوات إعداد مذكرة الدفاع

## الخطوة الأولى

قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في تحديد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح النصوص القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع ، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية .

**كيفية فحص وقائع هذه القضية وتحديد ما تثيره من مسائل قانونية:**

هذه دعوى تعويض تأسيساً على براءة المدعي في دعوى البلاغ الكاذب الذي قدم ضده من المدعى عليها وحيث قضت المحكمة الجنائية ببراءة المتهمة ورفض الدعوى المدنية لانتفاء القصد الجنائي لديها.

وفي خصوص الدعوى الفرعية المقامة من المحامية ضد مدير الشئون القانونية يقول المدعى عليه أن المحامية أقامت دعواها أمحام محكمة أول درجة على أساس ما نسبته إليه من وقائع وقذف وسب احتوتها المحاضر الإدارية المنوه عنها وقضت محكمة أول درجة برفضها.

وقد أسست المدعية استئنافها على هذا الحكم مستندة إلى ما نسبته إلى الطاعن من سب وقذف احتواه محضر آخر خلاف المحاضر التي كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة، وهو ما يعد طلباً جديداً، وإذ عول الحكم المطعون فيه في قضائه على هذا الطلب ملتفتاً عن دفاعه في هذا الشأن فإنه يكون معيباً متعيناً نقضه.

**القواعد القانونية التي تثيرها وقائع القضية:**

تلك هي قضية مدنية بطلب التعويض تأسيساً على حكم جنائي صادر في واقعة بلاغ كاذب، وهي تثير تطبيق النصوص القانونية التالية:

[1] نص المادة (102) من قانون الإثبات والتي أوردت القواعد المحددة لحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني.

[2] الأحوال التي يجب فيها القضاء برفض الدعوى المدنية في حالة قضاء الحكم الجنائي بالبراءة – وتلك الأحوال التي يمكن القضاء فيها بالتعويض المدني على الرغم من صدور الحكم الجنائي بالبراءة.

[3] نص المادة (235) من قانون المرافعات، وتحديد ماهية الطلبات الجديدة التي لا يجوز قبولها في الاستئناف.

ذلك هو ما يجب أن يفعله المحامي في المرحلة الأولى من مراحل إعداد مذكرة الدفاع، حيث يجب أن يحدد أمرين الأول هو الوقائع المنتجة في القضية والثاني هو المسائل القانونية المرشحة للانطباق على واقعة الدعوى، ثم ينتقل بعد ذلك إلى المرحلة الثانية وأخيراً إلى المرحلة الثالثة، وسوف نبين ذلك بالأمثلة في موضع قادم.

## الخطوة الثانية

إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو حتى صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي:

(1) القواعد المستخرجة من النصوص القانونية التي رأى المحامي أنها تنطبق على وقائع القضية.

(2) المبادئ التي وردت بأحكام القضاء، وخاصة محكمة النقض وباعتبار أن هذه الأحكام سوابق قضائية أو تطبيقات مشابهة للقضية التي يُعد المحامي فيها مذكرته.

(3) آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع إن لزم الأمر وحسبما يرى المحامي أن ذلك ضرورياً .

ويسير المحامي في سبيله إلى تحقيق هذه الخطوة وذلك باتباع ووفق الترتيب التالي:

أولاً: الاطلاع على نصوص القانون المرشحة للانطباق على واقعة القضية، وفحص هذه المواد فحصاً دقيقاً لاستخراج القواعد التي وردت بها والتي تفيد في تعضيد وتأييد الدفاع الذي يبديه المحامي والقضية المعروضة تثير تطبيق نص المادة 235 مرافعات كما سلف البيان.

فيلزم أولاً أن يطلع المحامي على نص المادة 235 مرافعات، وهو كالتالي:

"لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، وتحكم المحكمة في تلقاء نفسها بعدم قبولها..".

وبالبحث في تفسير هذا النص تبين أن:

[1] الطلب في الأصل يقصد به الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته في نطاق ما يطلب الحكم به دون نظر لما يبديه الطالب من أسس تبرر طلبه، فهي لا تعدو أن تكون أوجه دفاع في الدعوى.

ولقد عرفته الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض بقولها "الطلب في الدعوى هو القرار الذي يطلبه المدعي من القاضي حماية للحق أو المركز القانوني الذي يستهدفه بدعواه"[(1)].

[2] والطلب الجديد يقصد به، الطلب الذي يزيد أو يختلف عنه الطلب السابق إبداؤه أمام محكمة أول درجة في الموضوع أو الخصوم، وكان يجاوزه في مقداره، ما لم تكن الزيادة مما نص عيه في الفقرة الثانية من المادة 235 مرافعات[(2)].

ولما كان ذلك، وكان الركن المادي لجريمة السب هو عبارات السب ذاتها، ومن ثم تصلح كل منها لأن تكون محلاً للعقوبة والتعويض متى تبين من ظروف حصولها والملابسات التي اكتنفتها توافر ذاتية متميزة لها تغاير الفعل المادي لغيرها، بما يجعل من كل عبارة جريمة مستقلة بأركانها التي تميزها عن الأخرى.

ولما كان الثابت في واقعة الدعوى أن محكمة الاستئناف في قضائها بالتعويض عن واقعة السب، وقد عولت على واقعة احتواها محضر آخر، خلاف الواقعة التي احتواها المحضر الذي كان أمام محكمة أول درجة، وأن المدعية لم تستند إلى المحضر الآخر إلا أمام محكمة أول درجة ولم تستند إليه أمام محكمة أول درجة التي عولت على المحضر الأول.

إذن، محكمة أول درجة استندت في قضائها في طلب التعويض إلى وقائع تختلف في ظروف حصولها وكنهها عما هو معروض أمام محكمة الاستئناف وتمسكت به المدعية الأمر الذي تكون معه المحكمة الاستئنافية

(1) يراجع المستشار محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، طبعة 1995 ص 1560.

(2) المستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق ص 1561.

قد قبلت طلباً جديداً أبدى أمامها لأول مرة بالمخالفة لمبدأ التقاضي على درجتين ما يعيب الحكم حكمها في الدعوى الفرعية بالتعويض بالخطأ في تطبيق القانون بما يتعين نقضه[1].

ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني: لاختيار بعض الأحكام التي صدرت في نفس موضوع القضية أو في موضوع مشابه، باعتباره سوابق قضائية وتطبيقات على واقعة الدعوى، تفيد في توثيق وتأييد ما يبديه المحامي من دفاع ودفوع.

ومن هذه الأحكام نذكر ما يأتي:

[1] قضت محكمة النقض بأنه:

"لما كان موضوع الطلب الاحتياطي يختلف عن موضوع الطلب الأصلي الذي نظرته محكمة أول درجة ولا يندرج في مضمونه، فإنه بذلك يعتبر طلباً جديداً لا يجوز إبداؤه في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبوله عملاً بالمادة 1/235 مرافعات"[2].

[2] وقضت محكمة النقض بأن:

"فإذا قضت محكمة أول درجة برفض طلب المدعي الحكم بصحة ونفاذ عقد بيع والتسليم، فلا يجوز له أن يضيف أمام المحكمة الاستئنافية طلباً احتياطياً بفسخ العقد ورد ما دفع من عربون"[3].

[3] وقضت محكمة النقض بأن:

"الطلب الجديد الذي لا يجوز إبداؤه أمام محكمة الاستئناف هو ما يتغير به موضوع الدعوى، أما وسيلة الدفاع الجديدة فيجوز التمسك بها لأول مرة أمام تلك المحكمة التي تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم إليها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة فضلاً عما كان قد قدم من ذلك أمام محكمة أول درجة"[4].

(1) نقض 1999/2/17 الطعن رقم 5153 لسنة 67 قضائية السنة 50 جـ1 ص 256.

(2) نقض 1988/12/7، الطعن رقم 2479 سنة 54 قضائية، أحكام النقض السنة 39 ص1274.

(3) نقض 1979/3/19، الطعن رقم 958 سنة 47 قضائية، أحكام النقض السنة 30 ص765.

(4) نقض 1983/6/21 الطعن 2571 سنة 52 ق.

[4] وقضت محكمة النقض بأن:

"الطلب الجديد العارض الذي يقدم لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يعتبر طلباً جديداً وبالتالي يكون غير مقبول ويتعين على تلك المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبوله"[1].

[5] وقضت محكمة النقض بأنه لا يعد طلباً جديداً ما يأتي:

أ - لا يعد طلباً جديداً ما سبق طرحه أمام محكمة أول درجة[2].

ب - لا يعد طلباً جديد ما يرد بعبارات مختلفة مع وحدة التكييف القانوني الصحيح[3].

جـ - لا يعتبر طلباً جديداً أمام محكمة الاستئناف ما يقصد به بيان الطلب الأصلي أو بما يعتبر متداخلاً فيه[4].

د - لا يعتبر طلباً جديداً ما يعتبر داخلاً في الطلب الأصلي أو متدرجاً فيه[5].

هـ - ولا يعتبر طلباً جديداً طلب المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت[6].

**ما يمكن أن يفعله المحامي في هذه المرحلة:**

نردد ما سبق أن قلنا ونحن بصدد القضية الأولى، فنقول أن المحامي في هذه المرحلة يقوم بتجميع المادة العلمية القانونية التي يرى أنها لازمة في الرد أو الدفاع الذي يجب أن تشمله المذكرة المزمع تقديمها للمحكمة، وكما قلنا فإن هذه المادة العلمية هي في حقيقة واقع الأمر عبارة عن أفكار ومعلومات قانونية مستخلصة من النصوص وأحكام القضاء وآراء الفقه في الموضوع.

(1) نقض 1977/12/14 الطعن 72 سنة 32 قضائية، السنة 18 ص 1871.

(2) نقض 1974/4/29 الطعن رقم 275 سنة 39 قضائية أحكام النقض السنة 25 ص 773.

(3) نقض 1977/11/10 الطعن رقم 120 سنة 39 قضائية السنة 28 ص 1659.

(4) نقض 1982/3/31 الطعن رقم 172 سنة 48 ق السنة 33 ص 371.

(5) نقض 1994/1/27 الطعن رقم 4497 سنة 62 قضائية.

(6) نقض 1983/5/15 الطعن رقم 764 سنة 48 قضائية والمستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق، ص 1573.

## الخطوة الثالثة

صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة هـــذه هي الخطوة الثالثة والأخيرة من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الـدفاع – أو حتـى صـحيفة الدعوى – حيث يجد المحامي لديه وأمامه الأوراق المتعددة التي كتبها وجمع فيها القواعـد والمعلومات القانونية سواء المتصلة بنصوص القانون المنطبق على واقعة القضـية أو المتصـلة بأحكام القضاء كتطبيقات وسوابق قضائية في الموضوع، وذلـك في كـل جزئيـة مـن جزئيـات القضية.

وفي هذه الخطوة الختامية يبدأ المحامي في كتابة وصـياغته المـذكرة لتكـون في الشـكل النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق من حيث ما تضمنته مـن أفكار وقواعد بحسب ترتيب الدفاع الذي يريد طرحـه عـلى المحكمـة، ومـع إعـادة صـياغة بعض الأفكار أو العبارات إن لزم الأمر مع الربط بين ما يكتبه المحامي حتـى تكـون المـذكرة في نسق واحد متكامل ومتسلسل يعرض فيه المحـامي دفاعـه ودفوعـه وطلباتـه مؤيـداً مـا يبديه بأدلة قانونية وقضائية متعددة ومتنوعة حسبما يقتضيه المقام أو يسمح به المجال.

ولا يخفى أن قيام المحامي بإعداد دفاعه عـلى هـذا النحـو العلمـي المنسـق المتكامـل المؤيد بأسانيد وأدلة متنوعة ومتعددة، لا شـك أن ذلـك يحمـل الثقـة في كـل مـا يكتـب أو يقول، وهو ما يرسخ في قناعة المحكمة صدق المحامي وإيمان بقضيته، ويوصـل الحكمـة إلى يقين مؤداه أن ما أبداه المحامي هو عين الحقيقة وأنه يشفع لأن تقضي المحكمة له بطلباته.

## [ القضية السادسة ]

# كنموذج لبيان وشرح خطوات

# إعداد وصياغة مذكرة الدفاع

تخلص وقائع هذه القضية في أن المدعية أقاموا الدعوى رقم 3543 لسنة 1995 مدني جنوب القاهرة الابتدائية ضد المدعى عليها وآخر، بطلب الحكم بإلزامهما بتسليم خاتم مورثتهما الموجود تحت يديهما، وكذلك تسليمهم أية مستندات أو أوراق تفيد تصرفها في أي عقار أو منقول، وبطرد المدعى عليها من الشقة المبينة بالصحيفة للغصب، مع عدم الاعتداد بأي تصرف تزعم أنه صادر من المورثة لها.

وبعد أن ندبت محكمة أول درجة خبيراً قدم تقريره، حكمت بطرد المدعى عليها من الشقة السالف الذكر، فاستأنفت المدعى عليها هذا الحكم كما استأنفه المدعي الثاني.

وفي جلسة 1998/11/10 قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف فطعنت عليه المدعى عليها بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة بالرأي بنقض الحكم.

# خطوات إعداد مذكرة الدفاع

## الخطوة الأولى

قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في تحديد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح النصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية .

**كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل قانونية:**

أولاً: الوقائع المنتجة في القضية:

كان المدعون قد أقاموا دعواهم بالطلبات سالفة البيان ومنها طلب إلزام المدعى عليها بتسليم الشقة السالف بيانها، وقد صدر الحكم بطرد المدعى عليها من الشقة بمقولة أنها لم تقدم أصل عقد البيع الذي قالت أنه صدر لها من المورثة وقدمت فقط صورته، مع أن الخبير المنتدب قال في تقريره أنها قدمت صورة طبق الأصل من العقد، كما أن المدعى عليها وفي فترة حجز الاستئناف للحكم تقدمت بطلب لفتح باب المرافعة أرفقت به حافظة مستندات طويت على أصل العقد، إلا أن المحكمة رفضت هذا الطلب وهو ما يعيب حكمها.

ثانياً: القواعد القانونية التي تثيرها وقائع القضية:

(1) نص المادة (168) من قانون المرافعات وعلى عدم جواز سماع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، وعدم قبول أوراق أو مذكرات دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً.

(2) واجب المحكمة في حالة أن قدم الخصم مذكرات أو مستندات بعد قفل باب المرافعة في الدعوى أو أثناء المدة المصرح فيها بتقديم مذكرات.

تلك هي خلاصة ما يجب أن يفعله المحامي ويتوصل إليه في المرحلة الأولى من مراحل إعداد وكتابة مذكرة الدفاع، ثم يبدأ بعد ذلك في المرحلتين الثانية والثالثة على الوجه الذي سوف نوضحه فيما بعد والذي سبق لنا بيانه بالتفصيل فيما تقدم.

## الخطوة الثانية

إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو حتى صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي:

(1) القواعد المستخرجة من النصوص القانونية التي رأى المحامي أنها تنطبق على وقائع القضية.

(2) المبادئ التي وردت بأحكام القضاء، وخاصة محكمة النقض وباعتبار أن هذه الأحكام سوابق قضائية أو تطبيقات مشابهة للقضية التي يُعد المحامي فيها مذكرته.

(3) آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع إن لزم الأمر وحسبما يرى المحامي أن ذلك ضرورياً .

ويسير المحامي في سبيله إلى تحقيق هذه الخطوة وذلك باتباع ووفق الترتيب التالي:

أولاً: الاطلاع على نصوص القانون التي رشحها للانطباق على واقعة الدعوى وفحص وتمحيص هذه النصوص لاستخراج القواعد الواجبة التطبيق منها:

ولما كانت هذه القضية تثير تطبيق المادة 168 من قانون المرافعات، فلابد أن يطلع المحامي على هذا النص ويفحصه جيداً لاستخراج أحكامه، ولقد جرى هذا النص على أن:

"لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر، وإلا كان العمل باطلاً".

وبتمحيص هذا النص يمكن أن تستخلص منه – فيما يتعلق بواقعة الدعوى – الأحكام التالية:

[1] أن المحكمة يجوز لها أثناء المداولة وبالتالي أثناء الفترة المصرح فيها بتقديم مذكرات بعد إقفال باب المرافعة أن تقبل من الخصم أوراق أو مذكرات.

[2] أنه إذا رأت المحكمة جدية طلب إعادة الدعوى للمرافعة لطلب الخصم مقدم الطلب تقديم مستندات منتجة في النزاع تحت يده، أو كان قد قدمها بالفعل مرفقه بطلب إعادة الدعوى للمرافعة، فإنه يجب في هذه الحالة

إجابة الخصم لطلبه بإعادة فتح باب المرافعة، وليتمكن الخصم الآخر من الاطلاع على ما قدمه خصمه والرد عليه.

وإذا لم تستجب المحكمة لطلب إعادة فتح باب المرافعة مع قناعتها بجديته، تكون قد أخلت بحق الدفاع، وهو ما يعيب حكمها ويوجب نقضه.

**وفي القضية المطروحة للبحث:**

حكمت المحكمة بطرد المدعى عليها من شقة النزاع وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم، واستند الحكم في قضائه بطرد المدعى عليها إلى أنها لم تقدم عقد الشقة وقدمت صورة ضوئية منه وجحد الخصوم صورة العقد.

وكانت المدعى عليها في فترة حجز الاستئناف للحكم قد تقدمت بطلب لفتح باب المرافعة وأرفقت بالطلب حافظة مستندات طويت على أصل العقد، إلا أن محكمة الاستئناف التفتت عن ذلك الطلب، واكتفت بمجرد القول بأن المستأنفة مكلفة بتقديم أصل عقد البيع سند أحقيتها في الشقة موضوع النزاع بعد أن جحد المستأنف عليهم الصورة الضوئية المقدمة بالأوراق وأن المستأنفة لم تقم بتقديم أصل العقد، ومن لا تحوز الصورة ثمة حجية في الإثبات".

ولقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم وقالت في حكمها أن محكمة الاستئناف قد تخلت عن واجبها في التحقق من مدى جدية طلب إعادة الدعوى للمرافعة، وبذلك فإنها تكون قد أخلت بحق الطاعنة (المستأنفة) في الدفاع وأضرت بحسن سير العدالة مما يعيب حكمها بمخالفة القانون والقصور في التسبيب الذي يبطله[1].

ثانياً: المبادئ القضائية من أحكام محكمة النقض بالتطبيق على المادة 168 مرافعات وواقعة القضية محل البحث:

[1] قضت محكمة النقض بأن:

"قاعدة عدم جواز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم في غير الجلسات المحددة لنظر الدعوى دون اطلاع الخصم الآخر عليها، إلا أن تودع رفق

(1) تراجع وقائع الطعن رقم 4883 لسنة 68 قضائية في 1999/11/30 أحكام النقض السنة 50 ص 1201 والحكم الصادر في هذا الطعن.

صحيفة الدعوى، أصل من أصول المرافعات لا يسوغ الخروج عليها ولو أذنت المحكمة به"[1].

[2] وقضت محكمة النقض بأن:

"ويتحقق مبدأ المواجهة متى قدمت المذكرات أو المستندات بإحدى جلسات المرافعة في الدعوى ولو كان الخصم متغيباً عنها، ولا يلزم في هذه الحالة إعلانها إليه، إذ أن المادة 168 مرافعات لم تستلزم ذلك إلا في حالة تقديم الأوراق أثناء المداولة التي تنقطع بها صلة الخصوم بالدعوى، وتعتبر في حوزة المحكمة لبحثها والمداولة فيها"[2].

"ولأن المفروض على كل خصم متابعة الدعوى والاطلاع على ما أبدى بمحاضر جلساتها أو قدم فيها من أوراق"[3].

[3] وقضت محكمة النقض بأن:

"المناط في التعويل على المستند المقدم خلال الأجل المصرح به هو باطلاع الخصم عليه، بحيث إذا لم يثبت هذا الاطلاع امتنع الاعتداد بالمستند ولو كان مقدماً خلال الأجل المصرح به عند حجز الدعوى للحكم، ولا يكفي في هذا الصدد إعلان الخصم بفحوى المستند، أو أن تكون المذكرة المعلن بها قد أشارت إلى هذه الفحوى، مادام لم يثبت اطلاعه عليه بذاته"[4].

ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع:

[1] لا يكفي لجواز الاعتداد بالمستند أو الدفاع الجديد الوارد في المذكرة المصرح بهما أن يكونا قد قدما في الميعاد المصرح به عند حجز الدعوى للحكم، وإنما يتعين فوق ذلك أن تكون الفرصة متاحة للخصم للرد عليهما[5].

(1) نقض 1988/1/19 الطعن رقم 2001 سنة 53 قضائية السنة 17، نقض 1973/5/17 سنة 24 قضائية ص 772.

(2) نقض 1979/3/19 الطعن رقم 2 سنة 46 قضائية السنة 30 ص 859.

(3) نقض 1984/10/31 الطعن رقم 264 سنة 49 قضائية.

(4) نقض 1984/5/27 أحكام النقض الطعن رقم 2073 سنة 50 قضائية السنة 35 ص 1440، نقض 1985/12/26، الطعن رقم 563 السنة 52 قضائية ص 563، ص 176.

(5) المستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق ص 959.

[2] واجب القاضي أن يلزم نفسه بمبدأ المواجهة وهو ما يقتضي عدم مباغتة الخصوم بواقع أو تكييف قانوني لم يتح لهم فرصة مناقشته[1].

## الخطوة الثالثة

صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة هذه هي الخطوة الثالثة والأخيرة من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع – أو حتى صحيفة الدعوى – حيث يجد المحامي لديه وأمامه الأوراق المتعددة التي كتبها وجمع فيها القواعد والمعلومات القانونية سواء المتصلة بنصوص القانون المنطبق على واقعة القضية أو المتصلة بأحكام القضاء كتطبيقات وسوابق قضائية في الموضوع، وذلك في كل جزئية من جزئيات القضية.

وفي هذه الخطوة الختامية يبدأ المحامي في كتابة وصياغته المذكرة لتكون في الشكل النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق من حيث ما تضمنته من أفكار وقواعد بحسب ترتيب الدفاع الذي يريد طرحه على المحكمة، ومع إعادة صياغة بعض الأفكار أو العبارات إن لزم الأمر مع الربط بين ما يكتبه المحامي حتى تكون المذكرة في نسق واحد متكامل ومتسلسل يعرض فيه المحامي دفاعه ودفوعه وطلباته مؤيداً ما يبديه بأدلة قانونية وقضائية متعددة ومتنوعة حسبما يقتضيه المقام أو يسمح به المجال.

ولا يخفى أن قيام المحامي بإعداد دفاعه على هذا النحو العلمي المنسق المتكامل المؤيد بأسانيد وأدلة متنوعة ومتعددة، لا شك أن ذلك يحمل الثقة في كل ما يكتب أو يقول، وهو ما يرسخ في قناعة المحكمة صدق المحامي وإيمان بقضيته، ويوصل الحكمة إلى يقين مؤداه أن ما أبداه المحامي هو عين الحقيقة وأنه يشفع لأن تقضي المحكمة له بطلباته.

(1) الدكتور نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للنقض طبعة، 1980 ص 359.

## [ القضية السابعة ]

## كنموذج لبيان وشرح خطوات

## إعداد وصياغة مذكرة الدفاع

[1] تخلص وقائع هـذه القضـية في أن المـدعي أقـام الـدعوى رقـم..... لسـنة..... تجـاري جنوب القاهرة الابتدائية ضد المدعى عليه بطلـب الحكـم بصـفة مسـتعجلة بفـرض الحراسة القضائية على الشركة الفنية لصناعة الألوان المدرسية وتعيين حارس لهـا، وفي الموضوع بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي له تعويضاً عما فاته من كسب وما لحقه مـن خسارة، وبحل وتصفية الشركة وتعيين مصنف لها.

وقال المدعي في شرح وتأسيس طلباته أنـه بموجـب عقـد مـؤرخ 1968/8/1 تكونـت هذه الشركة بينهما واتفق فيها على تفويض المدعى عليـه في إدارتهـا، وإزاء اسـتئثاره بأرباحها لنفسه وامتناعـه عـن تمكينـه مـن الاطـلاع عـلى دفاترهـا أو تقـديم كشـف حساب بأعمالها وأرباحها رغم مطالبته بذلك رسمياً فقد أقام هذه الدعوى.

[2] حكمت محكمة أول درجة برفض الشق المستعجل، وبحـل وتصـفية الشركـة وتعيـين مصفي لها، وأبقـت الفصـل في التعـويض إلى حـين تقـديم المصـفي تقريـره وشـملت الحكم بالنفاذ المعجل بشرط تقديم الكفالة.

استأنف المدعى عليه هذا الحكم، فقضت المحكمة بعـدم جـواز الاسـتئناف، فطعـن عليه بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم.

# خطوات إعداد مذكرة الدفاع

## الخطوة الأولى

قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في تحديد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح النصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع ، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على القضية .

**كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل قانونية:**

أولاً: الوقائع المنتجة في القضية:

[1] إن الطلبات في الدعوى قد انحصرت في طلب الحكم بصفة مستعجلة بفرض الحراسة القضائية على الشركة التي يمثلها المدعى عليه، وقد رفضت المحكمة هذا الشق.

أما الطلبات الموضوعية فكانت بطلب حل وتصفية الشركة وتعيين مصفي لها للقيام بأعمال التصفية وحلها مع الحكم للمطعون ضده بالتعويض.

وقضت المحكمة في جزء من الشق الموضوعي بتصفية الشركة وتعيين مصفي لها لاستلام موجودات الشركة وجردها واستيفاء مالها من حقوق وما عليها من التزامات وإجراء البيع بالمزاد العلني أو الممارسة إن كان هذا البيع ضرورياً للتصفية.

وقررت المحكمة إرجاء الفصل في طلب التعويض إلى حين تقديم المصفي تقريره.

[2] إن الحكم وإن كان قد صدر في شق من موضوع الدعوى بتعيين مصفي للشركة وتصفيتها مع تسليم كل من الشركاء نصيبه، فإن هذا الحكم وإن كان من قبيل الأحكام الصادرة أثناء السير في الدعوى وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، إلا أنه وقد صدر مشمولاً بالنفاذ المعجل بشرط تقديم الكفالة، فإنه بهذه المثابة يكون قابلاً للتنفيذ الجبري.

ثانياً: القواعد القانونية الواجبة التطبيق:

[1] تثير هذه القضية مسألة الأحكام الجائز استئنافها والأحكام التي لا يجوز استئنافها أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، والاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

ولذلك، فإنها تثير تطبيق المادة 212 من قانون المرافعات.

[2] ولقد أجازت المادة 212 من قانون المرافعات استئناف بعض الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى وغير المنتهية للخصومة ومن هذه الأحكام "الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري".

[3] أن الحكم الصادر في القضية محل البحث وإن كان غير منه للخصومة، إلا أنه قابل للتنفيذ الجبري باعتبار أن الحكم مشمول بالنفاذ المعجل، ومن ثم فإنه يجوز الطعن عليه استقلالاً بالاستئناف دون انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة.

## الخطوة الثانية

## في إعداد مذكرة الدفاع

**إعداد وتحضير المادة العلمية القانونية والقضائية والفقهية التي تصاغ منها وتتضمنها مذكرة الدفاع:**

بعد قيام المحامي في المرحلة الأولى بقراءة ملف القضية قراءة متأنية ويفهم الوقائع فهماً جيداً صحيحاً، ويحدد الوقائع المهمة التي تفيد في إبداء دفاعه ودفوعه، ثم تحديد القواعد القانونية التي تثيرها الوقائع، باعتبار أن وقائع القضية هي التي توجه المحامي وترشده إلى ترشيح واختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على القضية، وقد تبين لنا في المرحلة الأولى أن القواعد القانونية الواجبة التطبيق إما أن تكون:

[1] قواعد قانونية موضوعية، وهي القواعد التي تورد شروط الحقوق المطالب بها سوءا أكان مصدرها القانوني المدني أو القانون التجاري أو قانون العقوبات أو غير ذلك من القوانين.

[2] قواعد قانونية إجرائية أو شكلية وهي القواعد التي تبين شروط الدعوى وإجراءات الخصومة حتى صدور حكم فيها وطرق الطعن في الأحكام

وتنفيذها وما إلى ذلك، وقد يكون مصدر هذه القواعد، قانون المرافعات المدنية والتجارية أو أي قانون آخر قد ترد به قواعد إجرائية مثل قانون الإثبات مثلاً.

بعد الانتهاء من المرحلة الأولى، والتي تنتهي بأن يحدد المحامي القواعد القانونية الواجبة التطبيق على وقائع القضية، يبدأ المحامي المرحلة الثانية من مراحل إعداد وصياغة مذكرة الدفاع.

وفي المرحلة الثانية تلك، يقوم المحامي بإعداد وتحضير المادة العلمية التي يجب أن تتضمنها المذكرة عندما تصاغ في شكلها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة، وهذه المادة العلمية تشمل ما يأتي:

[1] نصوص القانون المنطبقة على الواقعة، وتفسير هذه النصوص إن لزم الأمر لاستخراج الشروط التي قد يتضمنها النص إذا كان ذلك يؤيد ما يبديه المحامي من دفاع أو دفوع.

[2] أحكام القضاء في الموضوع، خاصة أحكام محكمة النقض باعتبارها نماذج تطبيقية أو سوابق قضائية في الموضوع الذي تثيره القضية.

[3] آراء الفقه إن لزم الأمر في المسائل وخاصة فيما يتعلق بشرح نصوص القانون واستخلاص القواعد التي تثيرها وقائع القضية.

وفي هذه الخطوة وكما سلف البيان يلزم أن يقوم المحامي بما يأتي:

أولاً: الاطلاع على النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة وهو نص المادة 212 مرافعات، ويلزم أن يفحص المحامي هذا النص فحصاً جيداً ليستخرج منه القواعد التي تفيده في الدفاع وتؤيد وجهة نظره.

وقد ورد بالنص القواعد والأحكام التالية:

(1) القاعدة العامة هي عدم جواز الطعن – على استقلال – في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها.

(2) إنه استثناء من القاعدة العامة السابقة، فإنه يجوز الطعن على استقلال في بعض الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى والتي لا تنتهي بها الخصومة وذلك في أربعة أحوال هي:

أ – الأحكام الوقتية والمستعجلة.

ب – الأحكام الصادرة بوقف الدعوى.

جـ - الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري.

د - الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة.

(3) أن الحكم المنهي للخصومة كلها هو الحكم القطعي الذي ينهي النزاع برمته وبكل أوجهه، فلا يقتصر على وجه منه إذا تعددت الأوجه فيه، وبالنسبة إلى جميع أطراف الخصومة المطروحة، فلا يقتصر على خصم على حده إذا تعددت هذه الأطراف[1].

ثانياً: المبادئ القضائية كتطبيقات على واقعة النزاع:

يمكن اختيار بعض أحكام محكمة النقض التي تتعلق بالنزاع، ومن هذه الأحكام:

(1) قضت محكمة النقض بأن: الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة كلها ولا تندرج ضمن الأنواع الخمسة التي عددها النص لا تقبل الطعن المباشر على استقلال إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، سواء تعلقت بالإجراءات كالحكم برفض أحد الدفوع الشكلية كالحكم برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى، والحكم برفض الدفع بالتقادم، والحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص، أو برفض الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو برفض الدفع بسقوط الخصومة، أو برفض الدفع بسقوط الاستئناف[2].

(2) وقضت محكمة النقض بأنه:

"إذا تعددت الطلبات في الدعوى، فإن كان كل منها يختلف عن الآخر موضوعاً وسبباً وخصوماً، كانت في حقيقتها عدة دعاوى مستقلة مختلفة لم تندمج أو تفقد ذاتيتها ويكون الحكم في إحداها بالقبول أو الرفض قابلاً للطعن على استقلال ولو لم يفصل في باقي الطلبات"[3].

(1) نقض 1981/12/15 أحكام النقض الطعن رقم 305 لسنة 42 قضائية.

(2) تراجع الأحكام العديدة في مؤلف المستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق ص 1283، 1284، 1285.

(3) نقض 1986/4/17 الطعن 1341 سنة 51 ق، نقض 1979/1/15 ص 209، نقضه 1976/6/285 سنة 27 ق ص 1435.

(3) وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة النقض بأن:

"وإذا تضمنت الدعوى طلب الحكم ببطلان البيع بالنسبة إلى أحد البائعين لصدوره منه وهو قاصر، مع طلب الحكم بصحة ونفاذ البيع نفسه بالنسبة إلى باقي البائعين، اعتبر كل من الطلبين دعوى مستقلة فيكون الحكم الصادر فيه وحده قابلاً للطعن المباشر على استقلال[1].

(4) وقضت محكمة النقض بأنه:

"إذا تعدد الخصوم في الدعوى، فإن الحكم الصادر ضد أحدهم لا يقبل الطعن على استقلال إلا إذا أنهى الخصومة كلها بالنسبة إلى جميع الخصومة"[2].

(5) في بيان ميعاد الطعن في الحكم الذي يقبل الطعن على استقلال، قضت محكمة النقض بأن:

"يبدأ من تاريخ صدوره أو من تاريخ إعلانه بحسب الأحوال فإن استغلق سبيل الطعن فيه، صار نهائياً، إذ هو لا يعتبر مطعوناً فيه مع الحكم المنهي للخصومة كلها، ومن ثم يمتنع معاودة النظر فيما قضى به أو إثارة الجدل بشأنه"[3].

(6) قضت محكمة النقض بأن: الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري يقصد بها "الأحكام التي تصدر في طلب موضوعي وتكون قابلة للتنفيذ الجبري، سواء بحكم القواعد العامة أو بمقتضى قواعد النفاذ المعجل، فيخرج منها الأحكام التي تقتصر على مجرد تقرير حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية دون إلزام المحكوم عليه بأداء عمل معين يقبل التنفيذ الجبري بحيث إذا نكل عن أدائه اختيارياً تدخلت الدولة لإضفاء الحماية القانونية عليه بطريق التنفيذ بوسائل التنفيذ الجبرية"[4].

---

(1) نقض 1976/6/28 سنة 27 ق ص 1436.

(2) نقض 1979/4/9 الطعن رقم 770 سنة 48 ق.

(3) نقض 1982/3/21 الطعن 22 سنة 49 ق، نقض 1981/11/24 الطعن رقم 100 سنة 48 ق.

(4) نقض 1987/4/23 الطعن رقم 1204 سنة 54 قضائية، نقض 1983/3/6 الطعن رقم 669 سنة 48 ق، نقض 1983/2/22 الطعن رقم 1823 سنة 54 قضائية، وتراجع المادة 166 مرافعات.

ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع:

إذا لم تكن الطلبات المتعددة مستقلة، فإن الحكم الذي يصدر في أحدها لا يقبل الطعن المباشر على استقلال إلا بعد صدور الحكم في باقي الطلبات، مادام هو لا يندرج ضمن الأنواع الأربعة التي يجوز استثناء الطعن فيها على استقلال وذلك دون نظر لما كان كل منها تقدر قيمته على استقلال أو يحدد نصاب استئنافه على استقلال[1].

## الخطوة الثالثة

صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة هذه هي الخطوة الثالثة والأخيرة من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع – أو حتى صحيفة الدعوى – حيث يجد المحامي لديه وأمامه الأوراق المتعددة التي كتبها وجمع فيها القواعد والمعلومات القانونية سواء المتصلة بنصوص القانون المنطبق على واقعة القضية أو المتصلة بأحكام القضاء كتطبيقات وسوابق قضائية في الموضوع، وذلك في كل جزئية من جزئيات القضية.

وفي هذه الخطوة الختامية يبدأ المحامي في كتابة وصياغته المذكرة لتكون في الشكل النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق من حيث ما تضمنته من أفكار وقواعد بحسب ترتيب الدفاع الذي يريد طرحه على المحكمة، ومع إعادة صياغة بعض الأفكار أو العبارات إن لزم الأمر مع الربط بين ما يكتبه المحامي حتى تكون المذكرة في نسق واحد متكامل ومتسلسل يعرض فيه المحامي دفاعه ودفوعه وطلباته مؤيداً ما يبديه بأدلة قانونية وقضائية متعددة ومتنوعة حسبما يقتضيه المقام أو يسمح به المجال.

ولا يخفى أن قيام المحامي بإعداد دفاعه على هذا النحو العلمي المنسق المتكامل المؤيد بأسانيد وأدلة متنوعة ومتعددة، لا شك أن ذلك يحمل الثقة في كل ما يكتب أو يقول، وهو ما يرسخ في قناعة المحكمة صدق المحامي وإيمان بقضيته، ويوصل الحكمة إلى يقين مؤداه أن ما أبداه المحامي هو عين الحقيقة وأنه يشفع لأن تقضي المحكمة له بطلباته.

(1) المستشار محمد كمال عبدالعزيز، المرجع السابق ص 1287.

# الفصل الثاني
# أصول وقواعد إعداد وصياغة
# مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية

# إعداد وصياغة مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية (قضايا الجنح والجنايات)

تمر عملية إعداد وصياغة مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية بوجه عام بمرحلتين أساسيتين، وكل مرحلة منهما تتم باتباع عدة خطوات تنتهي بصياغة وكتابة المذكرة في ثوبها وبمضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة التي تنظر القضية.

والمرحلتان اللتان تمر بهما عملية إعداد وكتابة مذكرة الدفاع في القضايا الجنائية هما:

المرحلة الأولى: إجراء المطابقة بين الواقعة المادية موضوع القضية والواقعة النموذجية الواردة في نصوص القانون سواء النصوص الموضوعية أو النصوص الإجرائية.

المرحلة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها مذكرة الدفاع، وهي مرحلة البحث في مؤلفات التعليق على النصوص ومجموعات أحكام محكمة النقض لتجميع القواعد القانونية والقضائية التي تصاغ منها المذكرة في الخطوة الأخيرة من هذه المرحلة.

ونقوم بتوضيح المرحلتين على التوالي.

## المرحلة الأولى من مرحلتي إعداد وصياغة مذكرة الدفاع في القضايا الجنائية

### مضمون هذه المرحلة

إجراء المطابقة بين الواقعة المادية موضوع القضية والواقعة النموذجية الواردة في النصوص القانونية الواجبة التطبيق سواء النصوص الموضوعية أو النصوص الإجرائية.

وللقيام بذلك يلزم ما يأتي:

[1] التمييز بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية.

[2] المطابقة بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية الموضوعية.

[3] المطابقة بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية الإجرائية.

وهو ما نقوم به على التوالي:

## المبحث الأول

## التمييز بين الواقعة المادية (واقعة القضية) والواقعة النموذجية (نصوص القانون)، وبيان أنواعهما

**يوجد نوعان من الوقائع هما:**

[1] الوقائع المادية:

وهي عبارة عن الوقائع التي حدثت بالفعل ويتكون منها كيان وعناصر القضية المسندة إلى المتهم، فهي إذن القضية كما حدثت في الواقع وكما هي مسطرة في الأوراق التي يتألف منها ملف الدعوى.

[2] الوقائع النموذجية أو القانونية:

وتسمى كذلك "النموذج القانوني للجريمة" أي أنها تشمل كل الوقائع والعناصر التي حددها القانون بحيث إذا توافرت تكون الواقعة جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات.

وعلى ذلك فإنه يوجد نموذج قانوني لجريمة السرقة حددته النصوص الواردة في السرقة، ونموذج لقانون جريمة القتل حددته النصوص الواردة في شأن القتل، ونموذج قانوني لجريمة الاختلاس حددته النصوص الواردة في هذا الشأن، وهكذا.

والنصوص القانونية التي تتصل بتحديد أركان وعناصر الجريمة تسمى بالنموذج القانوني الموضوعي أو "الواقعة النموذجية الموضوعية"، وقد تتصل النصوص القانونية بالإجراءات الجنائية، وفي هذه الحالة تسمى "الواقعة النموذجية الإجرائية".

وعلى ذلك فالواقعة النموذجية القانونية تنقسم إلى نوعين هما:

(أ) الواقعة النموذجية الموضوعية، وهي التي يحدد فيها المشرِّع أركان وعناصر جريمة من الجرائم، وهذه الواقعة تتصل بنصوص قانون العقوبات، ذلك أن نصوص هذا القانون هي التي تحدد نماذج الجرائم والعقوبات المقررة لكل جريمة.

(ب) الواقعة النموذجية الإجرائية، وهي عبارة عن النماذج التي أوردها المشرِّع في قانون الإجراءات الجنائية والتي تحدد عناصر الإجراء أو التصرف الذي

يرتب الأثر القانوني، بحيث إذا تطابقت الإجراءات التي تقوم بها الجهات المخاطبة بأحكام قانون الإجراءات الجنائية مع ذلك الإجراء أو التصرف كما حدده القانون، فإن الإجراء الذي قامت به تلك الجهة يكون مشروعاً، أما إذا تخالف ما تقوم به جهة من تلك الجهات مع ما حدده القانون من عناصر للإجراء، فإن الإجراء الذي قامت به تلك الجهة يكون غير مشروع.

ومفاد ما تقدَّم جميعه، أننا فيما يتعلق بأنواع الوقائع وتقسيمها إلى وقائع مادية ووقائع نموذجية أو قانونية، قد نكون أمام نوع من الأنواع الآتية:

[1] وقائع مادية: وهي وقائع القضية التي يتضمنها الملف الخاص بالدعوى، وتنطوي هذه الوقائع على نوعين هما:

(أ) وقائع مادية موضوعية، وهي التي تتصل بأركان وعناصر الجريمة وأدلة الإثبات فيها.

(ب) وقائع مادية إجرائية، وهي التي تتصل بما قامت به سلطات الاستدلال والتحقيق من إجراءاتٍ أو تصرفاتٍ بشأن الواقعة المسندة إلى المتهم، مثل القبض أو التفتيش أو الاستجواب... وما إلى ذلك.

[2] وقائع نموذجية أو قانونية: وهي تشمل ما أورده المشرِّع بخصوص تحديد أركان وعناصر جريمة من الجرائم وضمنه النصوص القانونية الخاصة بتلك الجريمة، وكذلك تشمل كل ما أورده المشرع في شأن الإجراءات التي تتخذ ضد المتهم مثل الاستيقاف أو القبض أو التفتيش أو الحبس الاحتياطي وما إلى ذلك.

ولذلك فإن الوقائع القانونية أو النموذجية بدورها تنطوي على نوعين هما:

(أ) الوقائع النموذجية (القانونية) الموضوعية، وهي ما يتصل بأركان وعناصر الجريمة وقد وردت تلك القواعد في قانون العقوبات.

(ب) الوقائع النموذجية (الإجرائية)، وهي ما يتصل بالإجراءات الجنائية كما حددها المشرِّع، وقد وردت تلك القواعد في قانون الإجراءات الجنائية.

## المـبحث الثانــي

## المطابقة بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية الموضوعية (نصوص قانون العقوبات)

قد تكون الواقعة المادية أي الواقعة المسطرة في أوراق القضية والمسـند إلى المـتهم أنـه ارتكبها، هي سرقة أو نصب أو قتل أو أي فعل مجرم يشكل جريمة أخرى، وفي هـذه الحالـة يقدم المتهم للمحاكمة وتطلب سلطة الاتهام معاقبته بمقتضى مواد الاتهـام التـي تـذكرها في أمر الإحالة.

إن المحامي وهو يطلع على ملف القضية ويفرغ مـن الإحاطـة بكـل جوانـب الواقعـة المنسوب إلى المتهم أنه ارتكبها، يكون في أمس الحاجة إلى حسم مسألة أولية هامة، ألا وهي هل نصوص قانون العقوبات التي قُـدِّمَ المـتهم للمحاكمـة بمقتضـاها تنطبـق بالفعـل عـلى الواقعة الواردة في ملف القضية المنسوب إليه ارتكابها، وحتى يصل المحامي إلى يقـين بشـأن ذلك لا بُـدَّ له أن يُجري المطابقة بين عناصر الواقعة كما هي ثابتة في أوراق ملـف الـدعوى، والعناصر القانونية التي حدَّدها المشرِّع للجريمة محل البحث.

إن المشرِّع الجنائي عندما يريد تجريم فعل ما سواء أكان إيجابياً أو سلبياً، فإنـه يحـدد ذلك الفعل تحديداً مجرداً على هيئة "قالب" أو "نمـوذج" يُضمِّنـهُ في نـصٍّ أو عـدة نصـوص قانونية، ويصفُ المشرِّع في هذا القالب أو النموذج، الفعل المُعاقَـب عليـه، ويُبـيِّن عنـاصره، كما يحدد الأركان الأخرى التي يلزم وجودها بجانب الفعل حتى تقوم أو تتكون الجريمة.

ومعنـى ذلـك أن النمـوذج القـانوني للجريمـة هـو عبـارة عـن ماديـات الفعـل المجـرم والمقومات المعنوية وغير المعنوية التي يحددها النص لقيام الجريمة، ومن المقـرر أن عنـاصر النموذج القانوني للجريمـة – أي جريمـة – تشـمل كـل العنـاصر التـي تجعـل للفعـل قيمـة قانونية وجنائية، وهذه العناصر هي:

1 - الأركان العامة للجريمة (الركن المـادي، والـركن المعنـوي، وأيـة أركـان أخـرى يـذكرها المشرِّع).

2 - ظـروف الجريمة.

(أ) الظروف التي تغير من وصف الجريمة.

(ب) الظروف التي تغير من العقوبة.

3 - أسباب الإباحة وموانع المسئولية والعقاب.

ولا يخفى أن كافة عناصر النموذج القانوني للجريمة سالفة الذكر قد يتضمنها نص جنائي واحد، وقد تتوزع بين أكثر من نص قانوني جنائي أو غير جنائي، وتفسير ذلك أن النص الجنائي قد يشتمل على شِقي القاعدة الجنائية، وهما التكليف والجزاء، إلا أنه في بعض الأحيان قد يشتمل على أحدهما فقط كما في حالة القواعد على بياض التي تُحيل دائماً إلى قواعد غير جنائية أو إلى قرارات أو أوامر إدارية، فتصبح هذه النصوص المحال إليها جزءاً أو عنصراً من عناصر "النموذج القانوني للجريمة" إما لدخولها في السلوك المعاقب عليه، أو لاعتبارها شرطاً مفترضاً لقيام الجريمة[1].

**كيف يُجري المحامي عملية المطابقة:**

لكي يُجري المحامي عملية المطابقة بين النموذج القانوني للجريمة والفعل المادي (أو الواقعة المادية) المرتكبة، فإنه يلزم أن يقوم بذلك على مرحلتين:

الأولى: أن يحدد النموذج القانوني للجريمة من بين النماذج القانونية التي قد يشتبه في أنها تنطبق على الواقعة المادية، بما في ذلك النموذج القانوني للجريمة المحددة في نصوص الاتهام.

وفي هذه المرحلة يجب على المحامي أن يقف على وجه اليقين على كافة الأركان والعناصر والشروط التي يتكون منها النموذج القانوني للجريمة كما حددتها نصوص القانون، سواء نصوص قانون العقوبات أو النصوص الأخرى التي قد تُحيل إليها.

والثانية: وفيها يقف المحامي على ما توافر للواقعة المادية المعروضة عليه (وقائع القضية) من مقومات وعناصر مما ورد في النموذج القانوني لتلك الجريمة.

(1) الدكتور عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، ص 343 وما بعدها، ومؤلفنا: تأسيس طلب وحكم البراءة والطعن بالنقض في القضايا الجنائية ص 15.

**وقد يتوصل المحامي إلى أحد ثلاثة فروض:**

الفرض الأول : هو ثبوت التطابق بين الواقعة المادية (واقعة القضية) من ناحية، والواقعة النموذجية أي النموذج القانوني للجريمة كما حدده المشرِّع من ناحية أخرى، وفي هذا الفرض تقوم الجريمة في حق المتهم.

الفرض الثاني: وهو عدم ثبوت التطابق التام بين وقائع القضية والنموذج القانوني الذي حدده المشرع للجريمة، وذلك بسبب تخلف بعض العناصر أو الشروط التي يعتبرها المشرِّع داخلة في كيان النموذج القانوني للجريمة، إذ لا يوجد في وقائع القضية بعض هذه العناصر أو الشروط، ومن ثم يتخلف عنصر أو شرط من تلك اللازمة لقيام الجريمة قانوناً وفق ما حدَّده المشرِّع، وعلى ذلك فلا تقوم الجريمة، ولا يشكل الفعل المسند إلى المتهم الجريمة التي يُحاكم من أجلها المتهم.

الفرض الثالث: عدم ثبوت التطابق بين الواقعتين المادية والنموذجية، وذلك بسبب أنه لا يوجد نص يُجرِّم الواقعة أو أنه يوجد سبب إباحة أو مانع مسئولية أو من العقاب أو صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص التجريم الذي يحاكم أو حوكم المتهم بمقتضاه.

وعلى ذلك فقد يتوصل المحامي في هذا الفرض إلى وجود سبب من الأسباب الموجبة لبراءة المتهم من التهمة المسندة إليه، وهذه الأسباب هي:

[1] أن تكون الواقعة التي يُحاكم من أجلها المتهم غير مجرمة، وتكون الواقعة غير مجرمة في حالتين:

الأولى : ألا يوجد نص عقابي ينطبق على الواقعة التي يُحاكم من أجلها المتهم، وفي هذه الحالة لا يوجد في الأصل نموذج قانوني للجريمة المسندة إلى المتهم.

والثانية: أن تكون الواقعة التي يحاكم من أجلها المتهم خاضعة لنص تجريم حال ارتكابها، إلا أنه بعد ارتكابها وقبل صدور حكم نهائي فيها حدث أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً

بعدم دستورية نص التجريم الذي كانت تخضع له هذه الواقعة، ففي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تحكم ببراءة المتهم من التهمة المسندة إليه، حيث إنه في هذه الحالة قد مُحيَ أو أزيل النموذج القانوني للجريمة المسندة إلى المتهم.

[2] أن تكون الواقعة التي يحاكم من أجلها المتهم مجرمة، إلا أنه يتوافر للمتهم سبب من الأسباب المسقطة للجريمة أو المعفية من المسئولية الجنائية أو العقوبة.

هذه هي الأسباب الموضوعية، بالإضافة إلى الأسباب الإجرائية التي تُوجبُ القضاء ببراءة المتهم من التهمة المسندة إليه، والتي سوف تكون موضوع البحث في المبحث الثاني على وجهٍ مفصل.

## المبحث الثالث

## المطابقة بين الواقعة المادية (واقعة القضية)

## والواقعة النموذجية الإجرائية

## (نصوص قانون الإجراءات الجنائية)

يقوم المحامي في هذا الصدد بإجراء المطابقة بين ما قام به بالفعل الأشخاص المكلفين أو المخاطبين بقواعد قانون الإجراءات الجنائية من تصرفات وأفعال مثبتة في القضية محل الدعوى، حيث يتثبت المحامي من خلال المطابقة مدى التزام القائم بالإجراء أو التصرف العملي بأحكام القواعد التي حددت النموذج القانوني لذلك الإجراء أو التصرف من عدمه.

**ويستلزم البحث في هذه المسألة أن نتكلم في الآتي:**

[1] ماهية الإجراءات الجنائية.

[2] نوعا الوقائع الإجرائية (الوقائع الإجرائية المادية، والوقائع الإجرائية النموذجية).

[3] أوجه عدم التطابق (المخالفة) بين الواقعة الإجرائية المادية والوقائع الإجرائية النموذجية، وما ينشئه كل وجه من دفوع، وما يترتب عليه من جزاء.

**ونقوم ببحث هذه الأمور على التوالي:**

أولاً : ماهيـــة الإجـــراءات الجنائيـــة:

يمكننا تعريف الإجراءات بأنها: ((الأعمال أو التصرفات التي يلزم القيام بها من قبل ممثلي الدولة أو غيرهم لمتابعة مرتكبي الجرائم عن طريق الدعوى الجنائية التي تتعاقب مكوناتها وفق نظام يحدده القانون وتتطور من مرحلة إلى أخرى حتى تنتهي بالحكم البات الفاصل في موضوع الدعوى))[1].

(1) مؤلفنا: القصور في أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة والبطلان في الإجراءات الجنائية، صفحة 9 وما بعدها.

ويبدو من تتبع نصوص قانون الإجراءات الجنائية أن هذه الإجراءات تشمل عدة مراحل متعاقبة هي:

1 - مرحلة الاستدلال.

2 - مرحلة التحقيق الابتدائي.

3 - مرحلة المحاكمة بما في ذلك ما يتعلق بالطعن في الأحكام.

4 - مرحلة تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي.

إن مؤدى ما تقدَّم، هو أن الإجراءات الجنائية تحدد الأشكال والأساليب التي ينبغي على أطراف الرابطة العقابية التي تنشئها الجريمة أن يراعوها في أثناء الخصومة الجنائية أو قبلها بهدف التيقن من أن الجريمة قد وقعت، والتثبت من معرفة مرتكبها، وكذلك بعد الخصومة بهدف تقرير الضمانات القضائية التي تستهدف تنفيذ العقوبة أو التدبير الاحترازي على النحو الذي حدده الحكم الجنائي كماً وكيفاً[1].

والأصل، أن الإجراءات الجنائية تدخل ضمن أعمال السلطة القضائية، ولذلك فإن الهيئات التي تباشرها تتمتع بصفة قضائية، وإذا ساهمت فيها جهات إدارية (كالشرطة) أو أفراد عاديون فإن ذلك لا يغير من طبيعة تلك الأعمال، لأن هؤلاء يقومون بها بصفتهم مساعدين للسلطة القضائية، وإن كان ذلك تطوعاً أو أداءً للواجب[2].

ثانياً : نوعا الوقائع الإجرائية (الوقائع الإجرائية المادية والوقائع الإجرائية النموذجية أو القانونية :

[1]الوقائع الإجرائية النموذجية أو القانونية:

الواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية هي عبارة عن تصرف أو حدث يرتب عليه القانون الإجرائي آثاراً قانونية وتكون هذه الواقعة جنائية إذا انصرفت هذه الآثار إلى مراكز جنائية، مثال ذلك "مرور الزمن" فهو واقعة جنائية إجرائية لأنه يرتب عليه أثر

(1) الدكتور عبد الفتاح الصيفي: النظرية العامة للقاعدة الجنائية، صفحة 44.

(2) المرجع السابق صفحة 44، ومؤلفنا: القصور في أعمال الاستدلال والمحاكمة، مرجع سابق صفحة 9.

جنائي هو سقوط الحق في مباشرة إجراءات الطعن في الحكم الصادر من المحكمة.

ومثال ذلك أيضاً، تقديم الشكوى، وهو إجراء يتوقف عليه تحريك الدعاوى الجنائية في بعض الجرائم وفقاً لما هو مقرر في المادة 3 من قانون الإجراءات الجنائية، وكذلك الحال بالنسبة للوقائع الإجرائية التي تتصل بنشاط الأشخاص الإجرائيين الداخلة في الخصومة الجنائية، مثل القاضي وأعوانه، والنيابة العامة والمتهم، وذلك فيما يتعلق بأهلية التقاضي، وتشكيل المحكمة واختصاصها، وحقوق وسلطات طرفي الدعوى، والأعباء التي تقع على عاتقهم.

وتُحدِّد القاعدة القانونية الإجرائية (النموذجية) الوقائع النموذجية، فمثلاً تحدد المادة 34 من قانون الإجراءات الجنائية واقعة جنائية إجرائية نموذجية وهي "واقعة الأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد أدلة كافية على اتهامه" وذلك من قِبَل مأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح المُعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر.

ومثال ذلك أيضاً، المادة 234 من قانون الإجراءات الجنائية التي حددت الواقعة الإجرائية النموذجية الخاصة بإعلان ورقة التكليف بالحضور فقررت أن يكون الإعلان إما لشخص المعلن إليه، أو في محل إقامته، وذلك بالطرق المقررة في قانون المرافعات.

ومفاد ما تقدم أننا نقصد بتعبير الإجراءات الجنائية النموذجية ((الأعمال أو التصرفات التي عيَّنتها أو حددتها القواعد القانونية المنظمة لكافة مراحل الدعوى الجنائية، وذلك اعتباراً من لحظة وقوع الجريمة ومروراً بعملية البحث والاستدلال عن مرتكبيها، وحتى صدور حكم بات فيها، سواء بالإدانة أو بالبراءة، وكيف لو أن القائمين بتلك الأعمال أو التصرفات قد التزموا بكافة القواعد المقررة لمضمون العمل أو التصرف والمبينة للشكل الذي يصدر فيه، بما يجعله متطابقاً تمام التطابق مع الإجراء النموذجي الوارد بالقاعدة أو القواعد القانونية، بما يجعل هذا الإجراء أو العمل مشروعاً)).

ومعنى ذلك أن الإجراءات الجنائية النموذجية هي المقياس الذي به نقيس مدى كمال وشرعية الأعمال أو التصرفات المادية (العملية) التي تحدث في الواقع العملي، لتطبيق قانون الإجراءات الجنائية، لأن القائمين بهذه الأعمال أو التصرفات المادية الإجرائية متعددون بتعدد مراحل الإجراءات الجنائية وتباين حلقاتها، فإن هؤلاء

جميعاً مخاطبون بالقواعد القانونية الإجرائية، ولا بُـدَّ أن يلتزموا جميعاً بكافة الشروط الشكلية والموضوعية للإجراء العملي الذي يقومون به، كما هو محدد تماماً في الإجراء النموذجي الوارد بقاعدة قانونية أو بعدة قواعد.

[2]الوقائع الإجرائية المادية أو العملية:

الواقعة الإجرائية المادية هي عبارة عما يقع بالفعل من الأشخاص المكلفين أو المخاطبين بقواعد قانون الإجراءات الجنائية أو أي قانون إجرائي آخر، وقد تكون الواقعة الإجرائية العملية مطابقة للواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية، ويكون ذلك في حالة أن يلتزم القائم بالعمل الإجرائي العملي بأحكام قانون الإجراءات الجنائية التي حددت النموذج القانوني لهذا الإجراء.

وقد يحدث ألا تتطابق الواقعة الإجرائية العملية (المادية) مع الواقعة الإجرائية النموذجية ويكون ذلك في حالة عدم التزام القائم بالإجراء أو التصرف العملي بأحكام القواعد التي حددت النموذج القانوني له.

ومفاد كل ما تقدم، أن المشرع سواء في قانون الإجراءات الجنائية أو في أي قانون إجرائي آخر يحدد في نصوص هذا القانون الشروط الشكلية والشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في الإجراءات الجنائية العملية، بحيث إذا التزم القائمون بهذه الإجراءات بكل هذه الشروط (مجتمعة) فإن ما يقومون به من إجراءاتٍ عملية، يصدر صحيحاً ومنتجاً لكافة الآثار القانونية.

أما إذا خالف القائمون بالإجراءات الجنائية العملية أياً من الشروط الشكلية أو الموضوعية التي نصَّ عليها القانون، فإن الإجراء العملي الذي قام به أو صدر عنه يكون غير متطابق مع الإجراء النموذجي كما نصَّ عليه القانون، ومن ثم يكون الإجراء العملي في هذه الحالة غير صحيح وغير منتج لآثاره القانونية.

- أوجه عدم التطابق المتوقعة بين الواقعة الإجرائية العملية والواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية، والدفوع التي يمكن أن يبديها المحامي بالنسبة لكل وجه من تلك الأوجه والأثر القانوني للدفع في كل حالة:

بعد أن يفرغ المحامي من إجراء عملية المطابقة بين الواقعة الإجرائية العملية كما هي مثبتة في ملف القضية من ناحية والواقعة الإجرائية النموذجية كما هي محددة في قواعد قانون الإجراءات الجنائية، قد يتوصل المحامي إلى وجود عدم

تطابق بين الواقعتين، فيكون معنى ذلك أن القائمين على تنفيذ قانون الإجراءات الجنائية لم يلتزموا بأحكام هذا القانون، وعدم الالتزام هذا، ينشئ للمحامي دفوعاً قانونية تختلف باختلاف كل وجه من أوجه المخالفة القائمة بين ما حدث بالفعل وما يقرره قانون الإجراءات الجنائية.

- ويمكننا حصر أوجه مخالفة القانون التي قد تحدث في مجال الإجراءات الجنائية العملية في خمسة أوجه، نبينها ونحدد الدفع القانوني الذي يواجه به المحامي كل حالة على حدة، وذلك فيما يأتي:

الوجه الأول : عدم المطابقة بسبب عدم مراعاة قواعد الإجراءات الجنائية المتصلة بالإجراء الجوهري، وهذا الوجه يمنح المحامي الحق في الدفع ببطلان الإجراء القاصر أو المخالف للقانون، ويحق لكل ذي مصلحة أن يدفع بهذا الدفع، وجزاء هذا الوجه هو البطلان.

الوجه الثاني: عدم المطابقة بسبب عدم القيام بالإجراء الجنائي العملية أو المادي في الميعاد المحدد قانوناً، ويترتب على هذا الوجه نشوء حق لمحامي المتهم ولكلِّ ذي مصلحة في الدفع بسقوط الإجراء، والجزاء المقرر له هو "السقوط".

الوجه الثالث: عدم التطابق بسبب عدم مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية المؤهلة لاتصال المحكمة بموضوع الدعوى أو الطلب أو الفصل فيه، وينشأ عن هذا الوجه حق للمحامي بأن يدفع "بعدم القبول" والجزاء الذي قرره المشرِّع هو عدم قبول الإجراء.

الوجه الرابع: عدم التطابق بسبب عدم مراعاة شروط انعقاد الولاية للمحكمة، وهذا الوجه ينشئ حق للمحامي بأن يدفع "بعدم الاختصاص" ولكل ذي مصلحة أن يدفع بهذا الدفع.

الوجه الخامس: عدم التطابق بسبب الإتيان بسلوك يتعارض مع الحق في مباشرة الإجراء الذي تمَّ اتخاذه وجزاء ذلك الحرمان[1].

(1) يُراجع في تفاصيل هذه الأوجه، مؤلفنا، القصور في إعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة، مرجع سابق، صفحة 15 وما بعدها.

**خلاصة ما يتم خلال هذه المرحلة:**

في نهاية هذه المرحلة، وهي مرحلة حاسمة ومؤثرة في نجاح المحامي في إبداء دفاعه سواء الشفوي أو المكتوب وتحقيق النتيجة التي يريدها، يكون قد تحقق الآتي:

[1] أن المحامي قد فهم وقائع القضية فهماً جيداً، ووقف بدقة على مدى التطابق بين الواقعة المسندة إلى المتهم من ناحية، ونصوص القانون الموصوف والمقيد بها تلك الواقعة من قبل سلطة الاتهام سواء نصوص القانون الموضوعي (قانون العقوبات) أو نصوص القانون الإجرائي (قانون الإجراءات الجنائية) وذلك من ناحية أخرى.

[2] أن المحامي وبناء على فهمه وقائع القضية فإنه يكون قد حدد الوقائع المنتجة أو ذات الأهمية في إبداء دفاعه ودفوعه وطلباته، وكذلك تحديد نصوص القانون الواجبة التطبيق على القضية، سواء من ناحية أركان الجريمة ومدى ثبوتها أو أدلة الإثبات ومدى مشروعيتها، فالمحامي في نهاية المرحلة الأولى يكون قد وقف على نقاط الضعف في القضية وتوصل إلى ما يجب أن يستغله في دفاعه، ثم يبدأ المرحلة الثانية.

## المرحلة الثانية في مرحلتي إعداد
## وصياغة مذكرة الدفاع في القضايا الجنائية
## مضمون هذه المرحلة

فحص ودراسة نصوص القانون المنطبقة على الواقعة (القضية) سواء أكانت نصوص قانون العقوبات فيما يتعلق بأركان وعناصر وشروط الجريمة، أو نصوص قانون الإجراءات الجنائية فيما يتعلق بالإجراءات التي اتخذت ضد المتهم وأدلة الإثبات أو النفي في القضية.

ويقوم المحامي في هذه المرحلة بتجميع الأسانيد والأدلة المتعددة التي يؤسس عليها دفاعه، وهي ثلاثة أنواع:

[1] الأسانيد القانونية: وهي عبارة عن نصوص القانون التي تتصل بالموضوع، وتكون تلك الأسانيد في كل جزئية من جزئيات الموضوع الذي يقدم الدفاع فيه.

[2] الأسانيد القضائية: وهي عبارة عن أحكام القضاء التي تؤيد وتعضد دفاع المحامي وأهم هذه الأحكام هي أحكام محكمة النقض.

ففي هذه المرحلة يبحث المحامي المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية، ويقوم بتجميع القواعد المعلومات القانونية بشأنها وفي كل جزئية من القضية، ويقوم بذلك عن طريق الإطلاع على مؤلفات التعليق على نصوص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية فضلاً عن المؤلفات الفقهية المتعددة أو الأبحاث المتخصصة في بعض الأحوال، وتكون هذه القواعد والمعلومات القانونية هي المادة التي تتضمنها المذكرة في ثوبها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة.

**إذن هذه المرحلة في حقيقة وواقع الأمر تمر بخطوتين:**

الخطوة الأولى: الاطلاع على المؤلفات القانونية ومجموعات الأحكام القضائية وآراء الفقه، وتجميع وتدوين القواعد والمعلومات اللازمة لتأسيس الدفاع والدفوع والطلبات.

الخطوة الثانية: صياغة وكتابة المذكرة في ثوبها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة.

ففي نهاية المرحلة الثانية يجد المحامي أن بين يديه وأمامه أوراق متفرقة كتبها وجمعها في كل جزئية من جزئيات القضية، سواء أكانت قواعد قانونية أو أحكام قضائية أو آراء فقهية.

فيبدأ المحامي أخيراً في الصياغة النهائية للمذكرة لتكون في الشكل الذي تقدم به إلى المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق التي سبق له وأن دونها في الخطوة السابقة ثم يضعها في الثوب النهائي ويعرضها بشكل متكامل ومتناسق، يعرض فيه الدفاع أو الدفوع والطلبات التي استقر عليها ورأى أنها تحقق له النتيجة التي يريدها.

ويكون كل ما يقدمه المحامي في مذكرته مؤيداً بأدلة وأسانيد متعددة قانونية وقضائية وفقهية وهو ما يبعث الثقة فيما يورده المحامي من دفاع ودفوع وما يبديه من طلبات، وهو ما يكون من شأنه ترسيخ قناعة ووجدان المحكمة وتوصليها إلى اليقين بصحة ما أبداه المحامي فتقضي له بطلباته.

ويمكن إجراء هذه المرحلة على ثلاث خطوات بدلاً من خطوتين، وسوف نقوم ببيان ذلك بالتفصيل من خلال النماذج العملية من القضايا التي نشرح من خلالها هذه الخطوات بشكل عملي.

وسوف نورد عدة قضايا كنماذج نشرح من خلالها مراحل وخطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع، ونبين كيف يتعامل المحامي مع المؤلفات القانونية وكيف يستخلص بعض القواعد ويقوم بتدوينها في ورقة أو أوراق تكون معه، لتكون هذه الأوراق في النهاية هي مجمل المادة العلمية التي تتضمنها مذكرة الدفاع.

## نماذج من القضايا

## لشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرات الدفاع

ويلزم توجيه الانتباه في هذا الصدد إلى أن إعداد مذكرة الدفاع مع أنه يمر بمرحلتين، هما:

[1] مرحلة إجراء المطابقة بين الواقعة المادية (القضية) والواقعة النموذجية (نصوص القانون).

[2] مرحلة إعداد وتجميع المعلومات ثم صياغتها وكتابتها في شكلها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة.

إلا أننا عندما نقوم بشرح كيفية إعداد وصياغة مذكرات الدفاع من خلال هذه القضايا التي نوردها كنماذج لن نتناول إلا المرحلة الثانية فقط، باعتبار أن المرحلة الأولى وهي الخاصة بعملية المطابقة، إنما هي عملية نمطية وواحدة في خصوص كل القضايا من حيث إجرائها، ومن ثم فإننا لن نتكلم عن هذه المرحلة، ونكتفي بشرح المرحلة الثانية والخطوات التي تمر بها، والمحامي تلقائياً ومن ذاته، عندما يشرع في كتابة مذكرة في أية قضايا لابد أولاً من إجراء عملية المطابقة بين واقعة هذه القضية من ناحية، ونصوص القانون المحال بها المتهم للمحاكمة من ناحية أخرى وذلك للوصول إلى حقيقة الأمر، سواء بوجود تطابق أو عدم وجوده، وذلك على النحو الذي بيناه.

ونورد بعض نماذج من القضايا لشرح خطوات إعداد وصياغة المذكرة -بخصوص المرحلة الثانية - وهو ما نقوم به حالاً.

# نموذج رقم (1)

## قضية تزوير في محرر رسمي (بمقدار إيجار موثق)

أولاً: وقائع القضية:

تخلص وقائع هذه القضية فيما يأتي:

[1] اتهمت النيابة العامة شخصين بأنهما في يوم 19992/2/17 وهما ليسا من أرباب الوظائف العمومية اشتركا بطريق الاتفاق بينهما وبطريق المساعدة مع موظف حسن النية من موظفي الشهر العقاري في ارتكاب تزوير في محرر رسمي هو عقد إيجار الشقة المبينة المعالم بالأوراق وذلك بجعلهما واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع علمهما بتزويرها، بأن اتفقا على إثبات بيانات بالعقد آنف البيان، بأن المتهمة الأولى مقيمة لدى المتهم الثاني بالطابق الثالث من العقار الخاص به خلافاً للحقيقة، فوقعت الجريمة بناء على هذا الاتفاق وتلك المساعدة.

[2] المتهمة الأولى استعملت المحرر المزور سالف الذكر مع علمها بتزويره، بأن قدمته إلى محكمة الأحوال الشخصية "نفس" في الدعوى رقم..... لسنة 1992 جزئي للحصول على حكم لصالحها على النحو المبين بالتحقيقات.

[3] تمت إحالة المتهمين إلى محكمة الجنايات لمعاقبتهما بالمواد 40 ثانياً وثالثاً، 41، 42، 211، 213، 214 مع إعمال المادتين 32، 17 من قانون العقوبات.

[4] حكمت محكمة الجنايات بمعاقبة كل من المتهمين بالحبس مع الشغل لمدة ستة أشهر عما أسند إليهما ومصادرة المحرر المزور.

وبإحالة الدعوى المدنية إلى المحكمة المختصة.

[5] طعن المحكوم عليها بالنقض في هذا الحكم[1].

(1) الطعن رقم 12572 لسنة 64 ق جلسة 1995/3/15، ويراجع في تفاصيل هذا الطعن مؤلفنا، مذكرات نموذجية – المرجع السابق ص 105 وما بعدها.

ثانياً: كيفية إعداد وصياغة المذكرة التي تقدم في هذه القضية أو حتى في الدفاع الشفوي

يمر إعداد وصياغة المذكرة، وكما سلف البيان بمرحلتين أساسيتين، وكل مرحلة منهما تمر بعدة خطوات، والمرحلتان هما:

- المرحلة الأولى: إجراء المطابقة بين الواقعة المادية (وقائع القضية والواقعة النموذجية الواردة في النصوص القانونية الواجبة التطبيق، سواء نصوص قانون العقوبات أو نصوص قانون الإجراءات الجنائية.

ولن نكرر هنا ما سبق أن قلنا بصدد شرح وتفصيل هذه المرحلة، باعتبارها عملية نمطية يجريها المحامي على النحو الذي بيناه، ولا داعي للتكرار، المهم أن يجري المحامي عملية المطابقة ويقف على النتائج التي تسفر عنها والتي سلف بيانها، وذلك فيما يتعلق بالقضية التي يُعد مذكرة بالدفاع فيها.

- المرحلة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه هي مرحلة البحث والإعداد الحقيقي لمضمون مذكرة الدفاع من خلال الإطلاع على المؤلفات القانونية ومجموعات الأحكام القضائية والمؤلفات الفقهية والأبحاث المتخصصة في بعض الأحوال.

وتمر هذه المرحلة بثلاث خطوات، تنتهي الخطوة الأخيرة منها، بكتابة المذكرة في ثوبها النهائي، وهذه الخطوات هي:

## الخطوة الأولى

قراءة وقائع القضية قراءة جيدة متأنية، وتحديد الوقائع المنتجة فيها، سواء أكانت الوقائع المتعلقة بأركان الجريمة وعناصرها وشروطها، أو كانت متعلقة بإجراءات وأدلة الإثبات فيها، وضرورة الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وتحديد ما يجب أن يستغله المحامي في دفاعه، والوصول إلى تحديد النصوص أو المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية، وفي هذه الخطوة يلزم يتوصل المحامي إلى ما يأتي:

1 - تحديد الوقائع المنتجة في القضية، وهي الوقائع ذات الأهمية في تحديد الدفاع سواء في مجال أركان وعناصر وشروط الجريمة أو في مجال أدلة وإجراءات الإثبات.

2 – الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وفي هذه القضية كنا نقوم بالدفاع عن المتهمين فيها، كانت نقطة الضعف التي وقفنا عليها وكانت محور الدفاع الذي قدمناه هي أن المحرر المقول بتزويره، هو عبارة عن عقد صوري، وأن الصورية تخرج من نطاق التجريم ولا عقاب عليها، وطلبنا البراءة تأسيساً على أنه لا عقاب على الصورية، إلا أن محكمة الجنايات لم تأخذ بهذا الدفاع وقضت بإدانة المتهمين، ولقد أخذت محكمة النقض بهذا الدفاع، ونقضت الحكم وأعادت القضية إلى المحكمة لإعادة محاكمة المتهمين أمام دائرة أخرى...

3 – ترشيح ثم تحديد النصوص القانونية التي تنطبق على وقائع القضية كما تشير إليها الوقائع.

وبإجراء هذه الخطوة وتنفيذها، يتم التوصل إلى أن الوقائع المنتجة في القضية هي كالتالي:

1 – أن المتهم الثاني وهو مالك منزل، أجر للمتهمة الأولى شقة بالدور الثاني، وأبرم معها عقد إيجار.

2 – أنه في حقيقة الأمر لا يوجد دور ثان في منزل المتهم الثاني من الأصل، وأنه لم يؤجر شقة إلى المتهمة الأولى، وأن عقد الإيجار صوري صورية مطلقة، وكان الهدف منه أن تقدمه المتهمة الأولى للمحكمة لكي تدلل على انعقاد الاختصاص المكاني بنظر دعواها.

3 – قدمت المتهمة الأولى عقد الإيجار إلى مكتب الشهر العقاري لإثبات تاريخه.

4 – أن المتهمة استعملت هذا العقد وقدمته إلى محكمة الأحوال الشخصية لإثبات أنها تختص محلياً بنظر دعواها.

5 – زوج المتهمة الأولى قدم شكوى ضدها وضد المؤجر متهماً كلاهما بالتزوير بمقولة أنهما غيرا الحقيقة حيث إنه لا يوجد شقة ولا دور ثاني من الأصل في حين أنهما حررا عقد إيجار وأنه لا توجد شقة للإيجار، وقد قامت النيابة بمعاينة العقار وثبت عدم وجود دور ثاني.

**القواعد أو المسائل القانونية التي تثيرها القضية:**

في ختام الخطوة الأولى يتبين للمحامي أن هذه القضية تثير القواعد والمبادئ القانونية التالية:

(1) الصورية كنظام وضع المشرع قواعده وأحكامه في المادتين 244، 245 من القانون المدني.

(2) الصورية باعتبارها مشروعة في القانون المدني لا يمكن أن يجرمها القانون الجنائي، فتكون مستثناه من تجريم التزوير.

(3) ماهية المحرر الرسمي وفق أحكام قانون التوثيق، ووفق هذا المفهوم فإن عقد الإيجار محل الجريمة هو محرر عرفي وليس محرراً رسمياً، ولا ينال من ذلك إثبات التاريخ لدى الشهر العقاري.

## الخطوة الثانية

إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه المادة العلمية عبارة عن الأسانيد والأدلة المتعددة القانونية والقضائية والفقهية التي يؤسس عليها المحامي دفاعه ودفوعه، وهي ثلاثة أنواع من الأسانيد:

1 – الأسانيد القانونية: وهي عبارة عن نصوص القانون التي تحكم الموضوع في كل جزئية من جزئيات الموضوع، وهي في هذه القضية كثيرة ومنها المادتان 244، 245 من القانون المدني، والمادة (60) من قانون العقوبات.

وسوف نورد كل ما يتعلق بهذه النصوص القانونية وذلك في المذكرة التي أعددناها في هذه القضية والتي قدمناها بالفعل بدفاعنا فيها، ونورد هذه المذكرة في موضع قادم، بعد عرض هذه الخطوات.

2 – الأسانيد القضائية: وهي عبارة عن أحكام القضاء في موضوع القضية، وخاصة أحكام محكمة النقض باعتبارها سوابق قضائية تطبيقية في واقعة مماثلة أو على الأقل مشابهة لواقعة القضية محل البحث.

3 – الأسانيد الفقهية: وهي عبارة عن آراء فقهاء وشراح القانون في بعض جوانب الموضوع إن لزم الأمر.

وفي هذه الخطوة من خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع يبحث المحامي في المسائل القانونية التي تثيرها القضية، ويجمع القواعد والمعلومات القانونية التي يرى أنها تؤيد وتعضد دفاعه، ويقوم بذلك من خلال الاطلاع على مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني، والتعليق على نصوص قانون العقوبات فضلاً عن مؤلفات شرح القانون المدني وقانون العقوبات وهي المؤلفات الجامعية.

والأمر ذاته بالنسبة لأحكام محكمة النقض إذ يجب أن يرجع المحامي إلى مجموعات هذه الأحكام.

**ومن أهم المسائل القانونية التي يلزم أن يبحثها المحامي ما يأتي:**

(1) ماهية "الرسمية" في مفهوم قانون الإثبات:

نصت المادة العاشرة من قانون الإثبات على أن "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقوعها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابهم..".

إن دور الموظف العام بالنسبة إلى عقد الإيجار محل القضية قد اقتصر على مجرد إثبات تاريخ تقديمه له، فإن صفة الرسمية تنحصر في تاريخ هذا المحرر الذي أثبته الموظف فحسب، أما باقي المحرر فيبقى ورقة عرفية[1].

(2) مناط التزوير في المحرر العرفي:

إن مناط التزوير في المحرر العرفي – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو أن يثبت في هذا المحرر ما يخالف ما تلاقت عليه إرادة أطرافه.

ولما كان عقد الإيجار مثار النزاع ومحل الجريمة، وفي تكييفه الحق هو عقد عرفي اقتصر على إثبات ما تلاقت عليه إرادتا طرفيه، فإن الواقعة على هذا النحو ينحسر عنها وصف التزوير، وهو ما أطلقنا عليه أنه "عقد صوري" وأن الصورية غير معاقب عليها جنائياً.

(3) مفهوم المادة (60) من قانون العقوبات:

إن جمهور شراح القانون على أن الصورية لا تعتبر تزويراً على الرغم مما تحويه من تغيير في الحقيقة قد يترتب عليها أو يحتمل أن يترتب عليها من الضرر، والعلة في ذلك أن المتعاقدين قد تصرفا في خالص حقهما ومركزهما الشخصي، ولم يتصرفا في مال الغير أو حقوقه أو صفاته، وإذا ما ترتب على فعلهما ضرراً بالغير فإنما يكون ذلك عن طريق غير مباشر لأن تصرفهما لم يتناول حقوق الغير، وإنما كان مقصوراً على حقوقهما[2].

(1) الطعن رقم 12572 لسنة 64 في جلسة 1995/3/15، وهو الطعن على الحكم الصادر في القضية محل البحث.

(2) يراجع مؤلفنا، مذكرات نموذجية، المرجع السابق ص 117.

(4) مشروعية الصورية في القانون المدني كتصرف قانوني تعتبر سبب إباحة وارد في القانون المدني وهو قيد على نصوص التجريم الخاص بالتزوير[1].

**خلاصة ومضمون الخطوة الثانية وكيفية القيام بها:**

في هذه الخطوة يلزم أن يقوم المحامي بما يأتي:

أولاً: الاطلاع على مؤلفات التعليق على نصوص قانون العقوبات:

فيما يتعلق بمسألة التزوير، والرأي في تغيير الحقيقة في محرر هو وكما أراد المتعاقدان محرر صوري، ومن ثم يلزم أن يطلع المحامي على التعليق على نصوص المواد 211، 212، 213، 214 من قانون العقوبات.

كما يلزم أن يطلع المحامي على التعليق على نصوص القانون المدني، وخاصة ما يتعلق بالمادتين 244، 245 التي أوردتا أحكام الصورية كتصرف مدني.

كما يلزم أن يطلع المحامي على المادة (60) من قانون العقوبات الخاصة باستعمال الحق كسبب إباحة، وهو سبب عام للإباحة.

وفي هذه الخطوة، يدون المحامي في ورقة أو أوراق تكون معه وهو يطلع على التعليق على النصوص القانونية السابقة، ما يرى أنه يؤيد أو يعضد دفاعه الخاص بعدم العقاب على الصورية، وأن العقد محل الجريمة هو عقد عرفي وليس عقداً رسمياً، وأن إثبات التاريخ لا يجعل العقد كله رسمياً، ولكن نقتصر الرسمية فقط على التاريخ دون باقي العقد الذي يظل عرفياً.. وهكذا.

ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض أو أية مجموعات أخرى:

من بين الأحكام القضائية التي تتصل بالموضوع الذي تحت بصدده أحكام النقض التالية:

1 – قضت محكمة النقض بأن:

"مناط رسمية الورقة هو أن يكون محررها موظفاً عاماً مختصاً بمقتضى وظيفته بتحريرها وإعطائها الصيغة الرسمية، أو يتداخل في تحريرها وفقاً لما تقضي

(1) مؤلفنا، مذكرات نموذجية، المرجع السابق، ص 117.

به القوانين واللوائح أو التعليمات التي تصدر إليه من جهته الرسمية، ولا يشترط أن ينشأ المحرر رسمياً ابتداءً، بل يصح أن ينشأ المحرر في الأصل عرفياً ثم ينقلب إلى محرر رسمي إذا ما تداخل فيه الموظف العام في حدود وظيفته، ومن ثم فإن صفة الرسمية في محرر تكون مقصورة على ما تم على يدي الموظف العام، أو تلقاه من ذوي الشأن، أما باقي المحرر فيبقى عرفياً متى كان موقعاً من ذوي الشأن"[1].

2 – وقضت محكمة النقض في الطعن نفسه بأنه:

"لما كان ذلك، وكان دور الموظف العام بالنسبة إلى عقد الإيجار موضع الطعن الماثل قد اقتصر على مجرد إثبات تاريخ تقديمه له، فإن صفة الرسمية تنحصر في تاريخ هذا المحرر (العقد) الذي أثبته الموظف العام فحسب، أما باقي المحرر فيبقى ورقة عرفية"[2].

3 – وقضت محكمة النقض في الحكم ذاته بأنه:

"لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر المحرر بأكمله محرراً رسمياً لمجرد إثبات تاريخه، فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون"[3].

4 – وأهم ما قضت به محكمة النقض في هذا الشأن:

هو ما قررته من أنه لا عقاب على ما قرره المتهمان في عقد الإيجار باعتبار أنه هو ما تلاقت عليه إرادتيهما، أي أن المحكمة أقرت بعدم تجريم الصورية وأن الصورية في المجال الجنائي لا تعتبر من قبيل التزوير المعاقب عليه، تقول المحكمة في هذا الصدد أنه:

"لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط العقاب على التزوير في المحرر العرفي هو أن يثبت فيه ما يخالف ما تلاقت عليه إرادات أطرافه، وكان عقد الإيجار موضوع الطعن الماثل – في تكييفه الحق – هو عقد

(1) الطعن رقم 12572 لسنة 64 ق جلسة 1995/3/15، وهو الطعن الخاص بموضوع القضية محل البحث في حكم محكمة النقض التي أصدرته في الطعن الذي أقمناه من المتهم (الطاعن).

(2) الطعن رقم 12572 لسنة 64 ق جلسة 1995/3/15 السابق.

(3) الطعن رقم 12572 لسنة 64 ق جلسة 1995/3/15 السابق.

عرفي اقتصر على إثبات ما تلاقت عليه إرادتا طرفيه، فإن الواقعة على هذا النحو ينحسر عنها وصف التزوير، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف النظر المتقدم، فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون وتطبيقه.

لما كان ما تقدم، وكانت الواقعة – حسبما حصلها الحكم – غير معاقب عليها تحت أي وصف آخر، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والحكم ببراءة الطاعنين مما أسند إليهما"[1].

بعد أن يقوم المحامي بكتابة هذه الأحكام أو غيرها في ورقة أو أوراق تكون معه وهو يطلع على مجموعات أحكام محكمة النقض، وكان قبلها قد دون بعض القواعد والمعلومات القانونية من مؤلف التعليق على نصوص قانون العقوبات وغيرها، تكون لديه المادة العلمية التي تكون جوهر مذكرة الدفاع التي يعدها ليقدمها أمام المحكمة في هذه الموضوع، ثم يبدأ بعدها الخطوة الثالثة والأخيرة وهي كتابة المذكرة.

## الخطوة الثالثة

## صياغة وكتابة المذكرة في شكلها وبمضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة

في نهاية المرحلة السابقة يجد المحامي بين يديه وأمامه الأوراق المتعددة التي دونها وما قام بتجميعه من قواعد قانونية ومبادئ قضائية، حول كل جزئية من جزئيات الموضوع كما سلف البيان، فإنه يبدأ بعد ذلك الخطوة الأخيرة وهي الصياغة النهائية وكتابة المذكرة لتكون في الشكل وبالمضمون الذي تقدم به إلى المحكمة.

يقوم المحامي بترتيب الأوراق التي دونها وإعادة صياغتها إن لزم الأمر ليضعها في إطارها النهائي، ويعرضها بشكل متناسق ومتكامل، يعرض فيه دفاعه ودفوعه وطلباته، مؤيداً بالأسانيد القانونية والقضائية والفقهية كما سلف البيان.

(1) الطعن رقم 12572 لسنة 64 ق جلسة 1995/3/15 السابق، ويراجع هذا الحكم في مؤلفنا، مذكرات نموذجية، المرجع السابق ص 107 وما بعدها.

**ملاحظة مهمة:**

سوف أكتب المذكرة التي قمت بإعدادها بالفعل وقدمتها إلى محكمة الجنايات (الفيوم) في جلسة 1994/5/10 في الجناية رقم 22912 لسنة 1993، وبعد المرافعة الشفوية، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفاع، كما سلف البيان، ولكن محكمة النقض، قبلت الطعن وانتهت إلى أن الواقعة غير مجرمة وقضت ببراءة المتهمين.

ونذكر المذكرة بحالتها، ولقد اتبعت بالفعل في كيفية إعدادها وصياغتها نفس الطريقة التي ذكرتها هنا وبشكل محدد، وهي الطريقة التي أتبعها دائماً وأبداً.

## [ الـمذكـرة العاشـــرة ]

أولاً:موضوع الـمذكـــــرة:

جناية تزوير عقد إيجار عرفي ثُـم تمَّ توثيقه ، وهي تثير موضـوع التكييـف الجنـائي للصورية أو بمعنى أصح هل تغيير الحقيقة في العقود بتراضي الطـرفين تعتـبر تزويـراً معاقبـاً عليه جنائياً إذا كان بقصد الإضرار بالغير.

ثانياً:الأفكار والمبادئ القانونية التي تضمنتها المذكرة:

(1) المبدأ العام الذي يحكم التجريم والعقاب "الأصل في الأشياء الإباحة".

(2) مبدأ الاتساق وعدم التناقض بين شتى أفرع ومجالات النظام القانوني في الدولة.

(3) التحديد القانوني لكل من: الجاني، المجنـي عليـه، والمضرور مـن الجريمـة، ومقومـات الفعل المادي الذي يعتبر جريمة.

(4) مقومات (تغيير الحقيقة) باعتباره الركن المادي في جريمة التزوير.

(5) الصورية في التصرفات وتغيير الحقيقة المعاقب عليها جنائياً.

(6) جوهر الصورية في القانون المدني (المادتين 244، 245 من القانون المدني).

(7) من المبادئ الأصولية في (علم التفسير) أن (الخاص يقيد العام).

ونرى أن نصوص وأحكام الصورية في القانون المدني نصوص وأحكام خاصـة في مجـال (تغيير الحقيقة المعاقب عليه)، وهي خاصة في مجالين:

المجال الأول: مجال تطبيق قواعد التجريم في التزوير.

المجال الثاني: مجـال تطبيـق قواعـد الإباحـة في قـانون العقوبـات خاصـة مـا يتعلـق باستعمال الحق (المادة 60 من قانون العقوبات).

ونظراً لأهمية موضوع هذه المذكرة وما يثيره من مبادئ قانونية فسـوف نبـدأ بكتابـة (أمر الإحالة) في هذه القضـية ثـم (قائمـة أدلـة الثبـوت) فيهـا، ثـم ننتهـي إلى إيـراد الأدلـة القانونية والفقهية والقضائية على أن هذه الواقعة على فرض صحتها غير مجرمة.

# ( مذكـرة )

## [ مقدمة في جلسة ..... ]

## بدفـــاع

## الـمتهمين في الجناية رقم 22912

## لسنة 1993 قسم الفيوم

## ضـــد

## النيابة العامة ..... سلطة الاتهام

## الوقـــائـع

نسبت النيابة العامة إلى المتهمين أنهم في تاريخ سابق على يـوم 1992/12/17م بـدائرة قسم الفيوم محافظة الفيوم.

أولاً: وهما ليسا من أرباب الوظائف العموميـة اشـتركا بطريـق الاتفـاق بيـنهما وبطريـق المساعدة من موظف عام حسن النية (موظف بالشـهر العقـاري – مكتـب التوثيـق بالفيوم) في ارتكاب تزوير في محرر رسمي هو عقد إيجار شقة وذلك بجعلهما واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع علمهما بتزويرها، بـأن اتفقـا عـلى إثبـات بيانـاتٍ بالعقد آنف البيان، بأن المتهمة الأولى مقيمة لدى المتهم الثاني بالعقار الخاص بـه في الطابق الثالث على خلاف الحقيقة، فوقعت الجريمـة بنـاءً عـلى هـذا الاتفـاق وتلـك المساعدة على النحو المبيَّن بالتحقيقات.

ثانياً: المتهمة الأولى استعملت المحرر الرسـمي المـزوَّر آنـف الـذكر مـع علمهـا بتزويـره بـأن قدمته إلى هيئة محكمة بندر الفيوم للأحوال الشخصية نفس في الدعوى رقـم 92/101 جزئي للحصول على حكمٍ لصالحها في غياب المدعي على النحو المبيَّن بالتحقيقات .

## الطـلـبـات

**يلتمس الدفـاع من عدالة هيئة المحكمة الموقرة القضاء :**

ببراءة المتهمين ، ذلك أن الوقائع المنسوبة إليهم على فرض صحتها – على النحو الثابت بالأوراق – لا تشكل جريمة، بمعنى أنها واقعـة غـير مجرمـة، وإنمـا هـي عبـارة عـن "تصرف قانوني" قنـَّـنهُ، ونظـَّمهُ، وبيـَّن أحكامه المشرِّع المدني.

## الأسانيد القانونية والفـقـهـية والقـضـائـــية للدفـاع

ندلل على أن هذه الواقعة – على فرض صحتها على النحو الثابت بالأوراق – لا تشـكل ثمة جريمة، ومن باب أولى فهي لا تشكل جريمة المقدم بها المتهمين.

وسبيلنا في إثبات ذلك من خلال تناول أمرين أساسيين وبعـض الأمـور الفرعيـة، وذلـك على النحو التالي:

[1] المبادئ العامة التي تحكم مبدأ التجريم والعقاب، ويهمنا هنا تناول بعض الأمـور في ثلاثة مجالات، هي:

أولاً: في مجال الفعل المادي.

ثانياً: في مجال الجاني أو مرتكب الجريمة.

ثالثاً: في مجال المجني عليه، والمضرور من الجريمة.

[2] المبادئ القانونية التي تحكم موضوع هذه القضـية، وهنـا أيضـاً نتنـاول ثلاثـة أمـور رئيسية، هي:

أولاً: في مجال مقومات (تغيير الحقيقة) باعتباره الركن المادي في جريمة التزوير.

ثانياً: التكييف الجنائي للصورية في العقود.

ثالثاً: موقف المتهمين في ضوء العرض السابق.

وفيما يلي؛ نـُوضِّحُ للهيئةِ الموقـَّرة تـفاصيل ما سبق أن أجملناه.

[1] المبادئ العامة التي تحكم مبدأ التجريم والعقاب، ويهمنا هنا تناول بعض الأمور في ثلاثة مجالات، هي:

أولاً: في مجال الفعل المادي :

1 - من المقرر وجود قاعدة قانونية وشرعية في ذات الوقت تحكم المبدأ العام في التجريم والعقاب، ألا وهي قاعدة أو مبدأ (الأصل في الأشياء الإباحة) ومؤدى هذه القاعدة أن نصوص التجريم إنما هي وردت على خلاف هذا المبدأ أي أنها استثناء ورد على المبدأ العام أو المبدأ الأصلي.

2 - وعلى ذلك فمن المقرر كذلك أن الفعل لا يوصف بأنه غير مشروع إلا إذا خضع لنص تجريم من ناحيةٍ، ثم إنه لا يخضع لسبب إباحةٍ من ناحيةٍ أخرى، ذلك أن الفعل إذا كان يخضع لنص تجريم فإنه بذلك يكتسب الصفة غير المشروعة إلا أن خضوعه لسبب إباحةٍ يُخرجُهُ من نطاق نص التجريم ويخلع عنه الصفة غير المشروعة ويرده إلى أصله من المشروعية.

3 - ومؤدى ما سلف، أن نصوص التجريم ليست مطلقة، ذلك أنه توجد عدة قيود تحدُّ من نطاقها فتُخرِجُ منها أفعالاً كانت داخلة فيها، وهذه القيود هي (أسباب الإباحة) [1] .

4 - وأما عن مصادر الإباحة :

(أ) فقد ينص قانون العقوبات على سبب الإباحة ويحدد شروطه، وأهم مثالين لذلك: استعمال السلطة (المادة 63 عقوبات)، والدفاع الشرعي (المادتين 245-251 من قانون العقوبات).

إلا أن القانون لم ينص على كل أسباب الإباحة، بمعنى أنها غير محددة على سبيل الحصر، فقد يكون العرف مصدراً لها، بل إن سبب الإباحة لا يُشترط أن يستند إلى مصدر قانوني، فقد يُستخلص من مجموع النصوص، وقد يرجع إلى المبادئ العامة للنظام القانوني وروحه[2].

(1) يُراجع في تفاصيل ذلك: الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 1977 صفحة 160 والدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 1990 صفحة 171 وما بعدها، والدكتور علي أحمد راشد، القانون الجنائي، المدخل والنظرية العامة، طبعة 1970، صفحة 533 .

(2) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 163 .

(ب) وكما أن موضع أسباب الإباحة قد يكوم قانون العقوبات، فقد يكون أيضاً أي فرع من أفرع القانون سواه موضعاً لها، لأن الأساس الأول لأسباب الإباحة يرجع إلى كون النظام القانوني العام كلاً متسقاً لا تتناقض قواعده، فإذا كان المشرِّع يرخص بفعلٍ أو يُلزم به، فلا مفر من القول بأنه مشروع، فإذا كان في القانون نص يُجرِّمه تعيَّن تحقيق الاتساق بين القاعدتين والقول بأن قاعدة الإلزام أو الترخيص قيدٌ على قاعدة التجريم[1] .

(ج) وعلى ذلك فإننا نقرر أن مجرد إجازة المُشرِّع (الصورية) كتصرف قانوني ونظم أحكامه في المادتين 244، 245 من القانون المدني، فإن مؤدى ذلك أن (تغيير الحقيقة) كفعل مادي في إبرام التصرف الصوري المُعترف به قانوناً يخرج من نطاق التجريم الوارد بالنصوص القانونية التي تحدد النموذج القانوني لجرائم التزوير، وسوف نزيد الأمر تفصيلاً في مكانه المناسب من هذه المذكرة فيما يتعلق بالتكييف الجنائي للصورية، ومقومات الركن المادي (تغيير الحقيقة) في جريمة التزوير.

(د) ولا يفوتنا هنا التنويه إلى أن قواعد الإلزام أو الترخيص إنما توجد متناثرة في نصوص القانون، كما أن المُشرِّع لا يعتبر نفسه ملزماً بأن ينص عليها صراحة، ولكن استخلاصها قد يكون ضرورة منطقية يحتمها التفسير الحقيقي، وقد اعترف قانون العقوبات بهذه الحقيقة التي نقررها ذلك أنه حينما اعتبر استعمال الحق المقرر بمقتضى الشريعة سبباً للإباحة (المادة 60 من قانون العقوبات) لم يحدد هذه الحقوق، وإنما أحال إلى أفرعٍ أخرى من القانون بكلِّ ما تتضمنه هذه الأفرع من قواعد وما تعترف به من مصادر.

- كما أن بعض الحقوق التي يعد استعمالها سبباً للإباحة لم يرد في شأنها نص وإنما هي ثمرة المبادئ العامة للقانون وأثر لازم لما ينبغي أن تتسم به قواعد القانون من اتساق[2].

(1) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 162 .

(2) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، صفحة 162 وما بعدها، الدكتور السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة 1962 ص 173 ، الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 1974 ، صفحة 165، الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، طبعة 1971 ، ص 344 .

- وهذا ما قصده المشرِّع في المادة 60 من قانون العقوبات من استعمال لفظ "الشريعة" في التعبير عن القانون، والمجمع عليه لدى كافة الفقه والمحاكم أن المراد بلفظ "الشريعة" هو مطلق القواعد القانونية سواءً أكانت مفرغة في نصوص تشريعية، أم لم تكن كذلك، كأن يكون مصدرها العرف أو المبادئ العامة للقانون[1].

ثانياً:المبادئ العامة التي تحكم مبدأ التجريم والعقاب في مجال الجاني أو مرتكب الجريمة :

الجاني هو الذي يحقق بسلوكه الجريمة، ومعنى ذلك أن المتهمين قد حققا بسلوكهما الجريمة، ومن ثم فهما جانيان، وعلى ذلك فلا يتصور أن يكون أحدهما وهو المتهم مجني عليه في الوقت ذاته، ذلك أن الشخص لا يمكن أن يكتسب صفة الجاني والمجني عليه في الوقت ذاته، ولو كان موضوع السلوك يتعلق به[2].

ثالثاً:المبادئ العامة التي تحكم مبدأ التجريم والعقاب في مجال الجاني والمضرور من الجريمة :

المجني عليه هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي لحقه الأذى من الجريمة.

- إلا أن الجريمة قد تضرُّ بآخرين خلاف المجني عليه، وليس كل متضرر من الجريمة مجنياً عليه، ومن هنا تبرز التفرقة بين المجني عليه والمضرور من الجريمة.
- والمعيار الذي يُهتدىَ به إلى تقرير صفة المجني عليه هو المصلحة المحمية جنائياً، فمن المنطقي والطبيعي أن يتحدد المجني عليه في الجريمة باعتباره صاحب الحق أو المصلحة محل تلك الحماية. ولما كان الفعل الإجرامي يمكن أن يُحدث ضرراً بأكثر من حق أو مصلحة قانونية فإن العبرة في تحديد المجني عليه هي بالمصلحة المأخوذة في الاعتبار من النص التجريمي، وتثبت لغيره من أصحاب المصالح الأخرى التي أضيرت من الجريمة صفة المضرور[3].

(1) المرجع السابق في البند السابق وفي الإشارة ذاتها.
(2) الدكتور مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، صفحة 99 .
(3) الدكتور مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، صفحة 99 .

- والمقصود في مجال جرائم تزوير المحررات أن الجاني أو المتهم هو المزوِّر، أما المجني عليه فهو المُزوَّر عليه المحرر، ولا يخفى أنه دائماً يكون المزوِّر والمُزوَّر عليه المحرر وجهاً لوجه، أي أنهما طرفا واقعة التزوير.
- أما في حالتنا هذه:
  - من هو المزوِّر ؟
  - ومن هو المُزوَّر عليه ؟
  - ومن هو المضرور من الجريمة ؟

  هذه أسئلة ثلاثة تحدد أطراف الواقعة.
- لا شكَّ أنه حسب تصوُّر النيابة العامة وطالما أنها قدمت المتهمين للمحاكمة أنها تعتبر أن المزوِّر هما المتهمين.

**فيبقى بعد ذلك سؤالان :**

أحدهما فحواه من هو المُزوَّر عليه ؟ وكما سلف البيان لا بُدَّ أن يكون المُزوَّر عليه طرفاً في الواقعة باعتباره مجنياً عليه حسب الغالب الأعم من الأحوال، فإذا اعتبرنا أن السيد/ ..... زوج المتهمة/ ..... مضروراً من الجريمة لكن لا يمكن أن يُعتبر مجنياً عليه فيها، ذلك أن الواقعة لم تتناول بطريقةٍ مباشرة حق من حقوقه أو مركزاً قانونياً متعلقٌ به ، وسوف نزيد ذلك إيضاحاً في مكانه المناسب من هذه المذكرة.

- ومفاد ذلك أنه من قبيل النشاذ القانوني والفقهي والمنطقي كذلك القول بأن الواقعة التي نحن بصددها تدخل في نطاق جرائم التزوير أننا لو حاولنا تعقل الأمور وتحديد أطراف الجريمة كما يحددها النموذج القانوني وهم الجاني، والمجني عليه، والمضرور من الجريمة لاستحال علينا ذلك مما يعني أنها تخرج من نطاق التجريم خاصة أنها مجرد تصرف مدني بحت صدر من طرفيه وفقاً لأحكام القانون.
- ويمكننا الجزم أن هذه الواقعة إنما هي أشبه بشخصٍ يُتلف ماله المملوك له – هو شخصياً - ملكية خاصة، أو شخصٌ أصاب بدنه بنفسه، أو قتل نفسه، فكل هذه وقائع ليست مجرمة، ذلك أن القاعدة العامة التي تحكم هذه المشكلة:

[ هي أنه طالما كانت الأضرار المباشرة التي لحقت الحق تقف عند الأضرار الشخصية فإن الواقعة لا تعدو أن تكون استعمالاً للحق في صورة من صوره ][1].

وعلى ذلك فلم يُجرِّم مُشرِّعُنا واقعة الانتحار.

[2] المبادئ القانونية التي تحكم موضوع هذه القضية بالإضافة إلى المبادئ العامة السابقة :

أولاً:في مجال مقومات الفعل ( تغيير الحقيقة ) باعتباره الركن المادي في جريمة التزوير:

- يُجرِّم المشرِّع التزوير لأنه عدوان على الثقة العامة في المحررات وللأهمية الاجتماعية للمحررات في أنها وسيلة للكشف عن مراكز قانونية واستظهار عناصرها وحدودها.
- وهذه الأهمية ذات طابع اجتماعي أي أنها تفترض بالضرورة علاقة بين شخصين أو أكثر وتنظيماً للحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة، وإهدار الثقة في المحرر يعني أن من غيَّر الحقيقة فيه قد اعتدى على المركز القانوني الذي يحتله غيره فيه وتتحدَّد به علاقته بمن عداه، وترتبط به حقوقه والتزاماته وصفاته، وذلك دون رضائه. فأثبت فيه بياناتٍ مخالفة للحقيقة تمُسُّ هذا المركز وتتناول على نحوٍ مباشر عناصره فتجعل لها وجوداً أو نطاقاً لا يطابقان الحقيقة[2].
- وعلى ذلك فإذا كانت البيانات التي أثبتها المتهم لا تتعلق مباشرة بمركز الغير وإنما تمس مركزه هو نفسه، وتتناول عناصره بالتعديل المخالف للحقيقة، فلا محلَّ للتزوير لأنه لا يتضمن تغييراً للحقيقة في مدلوله القانوني.
- الصُّوريَّة لا تُعَدُّ تزويراً :

حيث تترتب عدة نتائج مهمة على هذا التحديد لنطاق (تغيير الحقيقة)، ومن

(1) الدكتور مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، صفحة 258 .

(2) يُراجع في ذلك: الأستاذ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي، ص 326 ، والدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 220، الدكتور محمود محمود مصطفى، القسم الخاص، طبعة 1975 ، ص 136 وما بعدها.

هذه النتائج ما يهمنا في مجال الواقعة التي نحن بصددها، أن الصُّورِيَّة لا تُعَدُّ تزويراً ، وكقاعدةٍ عامة لا يُعَدُّ تغيير الحقيقة في الإقرارات الفردية تزويراً[1].

- فجمهور شُرَّاح القانون يجمعون على أن الصُّورِيَّة لا تُعَدُّ تزويراً على الرغم مما تحتويه من تغيير في الحقيقة قد يترتب عليها أو يحتمل أن يترتب عليها من الضرر، والعلة في ذلك أن المتعاقدين قد تصرفا في خالص حقهما ومركزهما الشخصي، ولم يتصرفا في مال الغير أو حقوقه أو صفاته، وإذا ترتب على فعلهما ضرراً بالغير فإنما ذلك يكون من طريقٍ غير مباشر لأن تصرفهما لم يتناول حقوق الغير وإنما كان مقصوراً على حقوقهما[2].
- وقد رأى بعض شُرَّاح القانون أن العلة في عدم اعتبار الصُّورِيَّة تزويراً أنها لا تدخل في عداد طرق التزوير التي نصَّ عليها القانون، فهي لا تعتبر تزويراً مادياً لأنه لم يحصل تغيير مادي في المحرر، وهي لا تعتبر تزويراً معنوياً لأن ما ثبت بالمحرر هو ما أراد المتعاقدان إثباته[3].
- القانون الجنائي لا يُعاقِب على الصُّورِيَّة:

والذي يهمنا في هذا الصدد أنه بغض النظر عن تحديد العلة التي من أجلها لا تُعَدُّ الصُّورِيَّة تزويراً؛ أن الإجماع منعقد على أن الصُّورِيَّة غير مُجرَّمَة، وقد أجمع الفقه على ذلك، فذهبوا إلى أن صُورِيَّة العقود غير مُجرَّمَة ولا تعتبر تزويراً حتى لو تضمنت هذه العقود أوراقاً رسمية، فإن هذه الصُّورِيَّة لا تخضع للعقاب رغم الإخلال بالثقة الموضوعة بالمُحَرَّر لأن هذا المُحَرَّر مُعَدٌّ لإثبات مجرد حصول العقود على الوارد به، لا لإثبات جِدِّيَّة التعاقد، أو صِحَّتُهُ، أو مشروعيته، أو دوافعه الحقيقية[4].

(1) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، جرائم التزوير في القانون المصري، الطبعة الثانية 1364 – 1945 ، ص 82 وما بعدها.

(2) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 82 ، والدكتور محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 138، الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم التزوير، ص 123.

(3) يُراجع في ذلك: الدكتور السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 83، هامش رقم1.

(4) يُراجع في ذلك: الدكتور رؤوف عبيد ، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 123 .

- وفحوى ما سبق أن الصُّوريَّة جوهرها تعارض بين ما اجتمعت عليه إرادة المتعاقدين وما أظهراه للغير.
- وعلى ذلك يبدو للوهلة الأولى أن الصُّوريَّة – حسب جوهرها – تغيير للحقيقة يقوم به التزوير، ذلك أن العقد الظاهر يُغاير الحقيقة التي يُثبتها العقد الباطن، وأن هذا التغيير تمَّ بإحدى الطرق التي حددها القانون "جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة" واعتماد الغير على العقد الظاهر – الذي لا وجود له في الحقيقة – من شأنه أن يُحدثُ ضرراً وقد اقترن ذلك بالقصد.
- إلا أنه يُنقضُ ذلك الاعتقاد أن المشرِّع المدني قد اعترف بالصُّوريَّة، ورتَّبَ على العقد الظاهر (الذي هو في ذاته عقد صوري) آثار قانونية، فقد نصَّت المادة 244 من القانون المدني على أن:

(( إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضرَّ بهم، وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسَّك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسَّك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين )).

معنى ذلك أن هذا النص يقرر مشروعية الصورية كتصرف قانوني ويرتب عليها آثاراً، فلا يتصور في المنطق القانوني أن يقوم بها جريمة، إذ النظام القانوني كلٌّ متسق، لا يجوز أن تتناقض أجزاؤه على نحو ما سلف بيانه[1].

- وفي هدي ما تقدَّم نرى أن المشرِّع المدني بإباحته (الصورية) كتصرف قانوني، وتنظيم هذا التصرف من قبله فإن ذلك يعني أحد أمرين أو يعني الأمرين معاً، وهما:

الأول: أن مشروعية (الصورية) كتصرف قانوني يعتبر سبب إباحة وارد في القانون المدني، وهو قيدٌ على نصوص التجريم الخاصة (بالتزوير) بمعنى أنه يخرج من نطاق الفعل المادي المتمثل في (تغيير الحقيقة) الأفعال التي تدخل في نطاق (الصورية) كتصرف قانوني تنظمه المادتين 244، 245 من القانون المدني.

(1) يُراجع صـ من هذه المذكرة .

- وقد سبق القول أن (أسباب الإباحة) لم ينص عليها قانون العقوبات على سبيل الحصر، بل إنه لا يشترط أن يستند سبب الإباحة إلى نص قانوني فقد يكون العرف مصدرها أو المبادئ العامة للقانون، وقد تستخلص من مجموع نصوص النظام القانوني، وهذا يرجع في أساسه – كما بيَّنا – إلى أن النظام القانوني في الدولة كل مستق ومتناسق وغير متناقض[1].

الثاني: أن نصوص القانون المدني المتعلقة بـ (الصورية) إنما هي نصوص خاصة في مواجهة نصوص التجريم المتعلقة بـ(التزوير) ، ومن المعلوم لدى الأصوليين في فقه التفسير أن (النص الخاص) يقيد (النص العام) ويكون هو الواجب التطبيق عند التعارض أو التنازع[2].

ثانياً:المبادئ القانونية التي تحكم موضوع هذه القضية [ في مجال أحكام الصورية أو التكييف الجنائي للصورية ]:

- القاعدة العامة في هذا الشأن – كما بيَّنا – أن الصورية لا تعتبر تغييراً للحقيقة في المدلول القانوني الذي يعنيه المشرع في جريمة التزوير والعلة في ذلك[3].
- إن ما أثبته المتعاقدان قد تعلَّق بخالص حقوقهما وكان منصرفاً إلى مركزهما، ولم يكن منصباً على حقوق غيرهما أو مركزه ولهما أن يتصرفا في حقوقهما وفق ما يريدان، فلهما إذن ومن باب أولى أن يُعلنا تصرفهما أو يستراه كله أو بعضه، وإن فعلا ذلك في العقد الظاهر فهما ما زالا في نطاق حقهما، ولا تزوير فيما يفعلان.

(1) يُراجع صـ من هذه المذكرة .

(2) يُراجع في تفاصيل ذلك: مؤلفنا في القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، رسالة دكتوراه طبعة 1992 ص 518 وما بعدها.

(3) الأستاذ أحمد أمين، المرجع السابق، ص 325، الدكتور حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات طبعة 1975 ص 107، الدكتور السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 87، الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة 1979، ص 463، الدكتورة فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة 1983، ص 253.

ثالثاً: موقف المتهمين في ضوء ما سبق:

- توصلنا في ثنايا العرض السابق أنه على فرض صحة الواقعة على النحو الثابت بالأوراق – وهذا مجرد فرض جدلي – فإن هذه الواقعة لا تشكل جريمة التزوير محل هذه القضية ذلك أنها مجرد تصرف مدني بحت أقرَّهُ المشرِّع وأفردَ له أحكاماً خاصة تكون هي وحدها المعيار القانوني للحكم على صحة أو فساد ذلك التصرف.
- فإذا كان المتهم الثاني قد حرَّر عقد إيجار للمتهمة الأولى، وإذا كان هذا العقد الظاهر مجرَّد مظهر لا ظل له في الحقيقة والواقع ففي هذه الحالة يكون العقد الظاهر (عقد الإيجار) صوري بحت، والصورية هنا صورية مطلقة ذلك أنها انصبَّت على وجود التصرف ذاته.
- وفي حالة الصورية المطلقة لا يوجد التصرف أصلاً لانعدام الإرادة الجدية[1]، وهذا تصرف أو وضع إباحة القانون ونظمه.
- ومؤدى ذلك أن نصوص القانوني المدني التي أقرت الصورية كتصرف قانوني تعتبر نصوصاً خاصة بالنسبة لنصوص قانون العقوبات التي تجرم التزوير باعتباره تغييراً متعمداً للحقيقة، وهي تعتبر نصوصاً خاصة فيما يتعلق بأمرين:

الأمر الأول: خاص بالتجريم وهو ما يتعلق بتغيير الحقيقة باعتباره جوهر الركن المادي في جريمة التزوير، ومعنى ذلك أن نصوص قانون العقوبات في مجال تجريم (تغيير الحقيقة) نصوص عامة، أما نصوص القانون المدني في هذا الصدد أي في مجال (تغيير الحقيقة) بالنسبة للتصرف القانوني بين طرفي (الصورية) فهي نصوص خاصة.

ومن المُسلَم به في فقه التفسير، سواءً لدى فقهاء القانون الوضعي، أو لدى فقهاء المسلمين أن القانون، أو النص (الخاص) يقيد القانون أو النص (العام) وفي حالة التنازع – على فرض وجوده – يكون القانون أو النص الخاص هو الواجب التطبيق.

(1) الدكتور عبدالمنعم البدرواي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الثاني أحكام الالتزام، ص 173 ، ص 176 .

أما الأمر الثاني: فهو خاص (بالإباحة) وبصفةٍ خاصة فيما يتعلق باستعمال الحق كسبب إباحة مقرر بمقتضى نص المادة 60 من قانون العقوبات.

ومؤدَّى هذا الأمر أن نص المادة 60 من قانون العقوبات في مجال (استعمال الحق) كسببٍ للإباحة إنما هو نص (عام) في هذا المجال. وهذا النص يستوجب توافر حسن النية كشرطٍ لازمٍ لاستعمال الحق.

أما نصوص القانون المدني التي تنظم (الصورية) كتصرفٍ قانوني فجوهرها تغيير الحقيقة المتعمد، وهو تصرُّفٌ مباح بمقتضى هذه النصوص.

وفحوى ذلك الأمر أن نصوص القانوني المدني نصوصٌ (خاصة) بالنسبة لنص المادة 60 من قانون العقوبات التي تعتبر نصٌّ عام، والنص الخاص يقيد النص العام ويكون هو الواجب التطبيق.

- نخلُصُ مما تقدَّم إلى حقيقتين هامتين:

الأولى : أن تغيير الحقيقة ليس مجرماً في مجال العقود المدنية الصورية.

والثانية : أنه بالإضافة إلى أن (تغيير الحقيقة) ليس مجرماً في هذا المجال فإن (إباحته) ترجع إلى أساس تشريعي نؤسسه على نص المادة 60 من قانون العقوبات باعتباره النص العام في الإباحة، ونصوص القانون المدني في الصورية خاصة نص المادة 244 الذي يعتبر نصاً خاصاً في هذا المجال.

وهذا يجعل (استعمال الحق) وهو هنا حق مقرر بمقتضى نصوص القانون المدني، سبباً للإباحة في مجال (تغيير الحقيقة) حتى ولو كان بسوء قصد، لأن الصورية جوهرها تغيير الحقيقة المتعمَّد، وطالما أن المشرِّع أباحها على هذا النحو فإنه لا يتسق مع المنطق أو العقل القول بأنه يجرمها أيضاً.

وبطريقةٍ أخرى يمكننا القول أن نصوص القانون المدني في شأن (الصورية) تعتبر من قبيل (الضوابط القانونية) للركن المادي في جريمة التزوير أي لفعل (تغيير الحقيقة) باعتباره جوهر الركن المادي لجريمة التزوير.

فالقاضي الجنائي حينما يقوم بإجراء عملية المطابقة بين الواقعتين المادية والنموذجية يجب عليه أن يحدد الضوابط القانونية للواقعة النموذجية الواردة بالنص الجنائي، وذلك في ضوء معطيات الواقعة المادية المعروضة عليه.

والضوابط القانونية للواقعة النموذجية ليس بالضرورة أن تستخلص من النص الجنائي الذي حدد الواقعة، ولكن يمكن استخلاص هذه الضوابط من بعض النصوص الأخرى سواءً أكانت نصوصاً جنائية أم أي نصوص قانونية أخرى كتلك التي تقرر أسباب للإباحة أو موانعاً للمسئولية والعقاب إلى غير ذلك[1].

وعلى ذلك فإن (تغيير الحقيقة) الذي وقع من المتهم الثاني باعتباره ثمرة أو محل تصرف قانوني حواه العقد المدني (عقد الإيجار) يجب أن يكون عنصراً أو ضابطاً قانونياً لواقعة (تغيير الحقيقة) كركنٍ مادي لجريمة التزوير.

- ومعنى ما تقدَّم أنه لا يمكن إغفال واقع هذا التصرف القانوني (الصورية) بل لا بُدَّ من اعتباره عنصراً من عناصر الركن المادي للجريمة، فهذا التصرف المدني هو الذي يشكل ويكون الحالة المادية أو الواقعية التي نحن بصددها والمعروضة على المحكمة ومن ثم فإن هذه الحالة أو العناصر الواقعية تعتبر جزءاً أصلياً من النص التشريعي الذي يحدد أركان وعناصر وشروط الجريمة ويترتب على تجاهله أو الخطأ في تفسيره خطأ في الحكم الذي يُصدره القاضي في النزاع المعروض عليه، وهو خطأ في تطبيق القانون[2].

ومؤدَّى ما سلف أن الواقعة المعروضة على المحكمة حالياً ليست مجرد (تغيير الحقيقة) فقط، ولكنها تتسم بصفةٍ أو مُضافاً إليها عناصر أخرى وهي كون (تغيير الحقيقة) قد تمَّ بمناسبة (تصرف مدني) وهو (عقد صوري) وهذا التصرف مُباحٌ قانوناً بدليل أن القانون المدني أفردَ له أحكاماً خاصة ورتَّبَ عليه آثاراً معينة، ومعنى ذلك أن الواقعة كلها عبارة عن تصرُّفٍ مشروع.

هذا ، وقد سبق القول أنه من المستحيل أن يُقرِّر المشرِّع حقاً ثم يُعاقب في ذات الوقت على ممارسة هذا الحق، فالقول بغير ذلك يصطدم مع العقل ويتعارض مع مقتضيات العدالة وخاصية (الاتساق) المفروض بين عناصر ومفردات النظام القانوني.

(1) مؤلفنا ، المرجع السابق، ص 364 .

(2) المرجع السابق، ص 373 .

وطالما أننا قد خلصنا إلى أن (الواقعة المادية) التي نحن بصددها تتمثل في تحرير عقد إيجار بين المتهم الثاني (المؤجِّر) والمتهمة الأولى (المستأجرة) وهذه الواقعة إنما هي (واقعة) أو بمعنى أصح (تصرُّف مدني) نظَّمه المشرِّع وقنن أحكامه وقد أقرَّ (تغيير الحقيقة) باعتباره جوهر (الصورية) على نحو ما سلف بيانه، وهذا يكفي للتدليل على أن سلوك المتهمين المتمثل في (تغيير الحقيقة) قد شرَّعه ونظمه القانون، وبذلك يكون خارج نطاق التجريم في هذا المجال.

وطالما أننا قد خلصنا إلى مشروعية تغيير الحقيقة في هذه الحالة، فإننا لا نحتاج إلى أدنى جهد في تقرير أن استعمال هذا المُحرَّر المُباح لا يُعَدُّ جريمة، لأنه استعمالٌ لمُحرَّرٍ قانوني.

## [ بنـــــاءً عليـــــــه ]

نُصمِّمُ على طلب البراءة.

**وكيـــل المتـــهمين**

**د. كمـــال الجوهـــــري**

**المحـامـــــي**

**ملاحظة مهمة:**

- كنت قد حضرت للدفاع عن المتهمين في هذه القضية ودفعت بأن الواقعة المنسوبة إليهما على فرض صحتها لا تشكل جريمة التزوير، ذلك أن العقد صوري، والصورية مُعترفٌ بها في القانون المدني، وقدَّمت مذكرة بهذا الدفاع، انظر هذه المذكرة في مؤلفنا: الأسانيد القانونية والفقهية والقضائية في مرافعة الدفاع، مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية ص 331 وما بعده، المذكرة 36 .
- وقضت محكمة الجنايات بمعاقبة المتهمين، وقمنا بالطعن بالنقض على هذا الحكم، وقد أخذت محكمة النقض بوجهة نظرنا كاملة، ونقضت الحكم، وقضت ببراءة المتهمين، وقد أوردت هذا الحكم الصادر في الطعن بالنقض في نهاية هذه المذكرة الماثلة.

## [ حكم محكمة النقض ]

## في الطعن رقم 12572 لسنة 64 ق جلسة 1995/3/15م

(( ومن حيث أن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه أنه إذ دانهما بجريمة الاشتراك مع موظف عام حسن النية في ارتكاب تزوير في محرر رسمي هو عقد إيجار مسكن، ودان الأولى بجريمة استعمال هذا المحرر .... قد أخطأ في تطبيق القانون، ذلك بأنهما تمسَّكا بأن العقد هو من قبيل الصورية وأن مجرد تقديمه للشهر العقاري لإثبات تاريخه لا يُضفي عليه الرسمية، مما ينحسر معه عن الواقعة وصف التزوير، وهو ما يعيب الحكم ويستوجب نقضه. وبعد أن أوردَ الحكم المطعون فيه الأدلة على ثبوت الواقعة على هذه الصورة في حق الطاعنين، عرض للدفع بصورية عقد الإيجار محل جريمة التزوير، وللدفع بانتفاء صفة الرسمية عنه وإطراحها في قوله: "وحيث إنه عن الدفع بصورية الإجازة المتضمنة الورقة المزورة بحسبان أنه من تغيير الحقيقة الذي أباحه القانون، فإنه لما كانت الصورية كما هي مُعرَّفة في القانون أنها تغيير للحقيقة يقره طرفاها، ومن ثم فإنه مع التسليم الجدلي بأن التعاقد الذي تمَّ بين المتهمين إنما يندرج ضمن الصورية وأن تغيير الحقيقة في المحرر المثبت لها – عقد الإيجار المزور – قد وقع في ظاهره في حدود حق طرفي الخصومة، باعتبار أن لهما حرية تغيير الحقيقة حسبما تتجه إليه إرادتهما،

إلا أنه لما كان الأمر بتغيير الحقيقة في ذلك العقد قد وصل إلى حد المساس المُباشر بحقوق الغير (المجني عليه)، وذلك بالزعم بأن للمتهمة الأولى محل إقامة بعقار ملك المتهم الثاني بدائرة بندر الفيوم توصلاً للمساس بحقه في القضاء له بقبول الدفع بعدم اختصاص محكمة بندر الفيوم للأحوال الشخصية محلياً بنظر دعوى النفقة المُقامة عليه من المتهمة الأولى، فإن الواقعة على هذا النحو تعدُّ تزويراً، ومن ثم يكون الدفع المشار إليه قد جانبه الصواب متعيناً إطراحه والالتفات عنه".

وحيث إنه عمَّا يحاول به الدفاع بانتفاء صفة الرسمية عن الورقة المزورة لعدم تعلق تدخل الموظف العام فيها ببيان جوهري، ولانتفاء حجيتها في الإثبات فإن المحكمة تشير بادئ ذي بدء إلى أن المحرر المزور المضبوط، وإن كان قد بدأ عرفياً أول الأمر إلا أنه انقلب رسمياً بعد ذلك بتدخل موظف هو (الموثق المختص بالشهر العقاري بالفيوم) فيه في حدود وظيفته بإثبات مضمون التعاقد وتاريخه في الدفتر الرسمي المعد لإثبات تواريخ التصرفات القانونية بالمأمورية ..... فاكتسب المحرر بذلك صفة الرسمية وذلك فقط منذ تاريخ إثباته في الشهر العقاري.

لما كان ذلك[1] وكان الشارع لم يضع في قانون العقوبات تعريفاً محدداً للورقة الرسمية، وكانت المادة العاشرة من قانون الإثبات قد عرفت المحررات الرسمية بما نصَّت عليه من أن: "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمةٍ عامة ما تمَّ على يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقَّعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم، وهو وما يتعيَّن الأخذ به ما دام قانون العقوبات على ما سلف قد خلا من تعريف المحرر الرسمي"[2].

(1) ما زلنا نعرض لوقائع الحكم المطعون فيه كما عرضتها محكمة النقض في حكمها، وقد تعمدنا سردها بالتفصيل نظراً لأهمية هذا الحكم لأنني كما قلت اعتبر أن محكمة الجنايات أخطأت خطأ قانونياً جسيماً في هذا الحكم، وبراءتهما لأن المتهمين بالفعل نفذا العقوبة المقضي بها قبل صدور حكم محكمة النقض بإلغاء هذا الحكم وبراءتهما.

(2) إلى هنا انتهت محكمة النقض من سرد وقائع الحكم المطعون فيه ورد محكمة الجنايات على دفوع ودفاع المتهمين، وما سيأتي هو ما قررته محكمة النقض ذاتها.

لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة (محكمة النقض) قد جرى - بما يتفق ونص المادة العاشرة من قانون الإثبات سالف البيان.

لما كان ذلك، وكان دور الموظف العام بالنسبة إلى عقد الإيجار موضوع الطعن الماثل قد اقتصر على مجرد إثبات تاريخ تقديمه له، فإن صفة الرسمية تنحصر في تاريخ هذا المحرر الذي أثبته الموظف العام فحسب، أما باقي المحرر فيبقى ورقة عرفية.

لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر المحرر بأكمله محرراً رسمياً لمجرد إثبات تاريخه. فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون.

لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط العقاب على التزوير في المحرر العرفي هو أن يثبت فيه ما يخالف ما تلاقت عليه إرادة أطرافه. وكان عقد الإيجار موضوع الطعن الماثل - في تكييفه الحق - هو عقد عرفي اقتصر على إثبات ما تلاقت عليه إرادة طرفيه، فإن الواقعة على هذا النحو ينحسر عنها وصف التزوير، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف النظر المتقدم ، فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون وتطبيقه.

لما كان ما تقدَّم، وكانت الواقعة - حسبما حصلها الحكم - غيرُ معاقبٍ عليها تحت أيِّ وصفٍ آخر - فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه، وبراءة الطاعنين مما أسند إليهما، وذلك دون حاجةٍ إلى بحث باقي أوجه الطعن.

## نموذج رقم (2)

## قضية إحراز بقصد الاتجار جواهر مخدرة (حشيش) وعقار السيكونال المخدر في غير الأحوال المصرح بها قانوناً

أولاً: وقائع القضية:

تخلص وقائع القضية فيما يأتي:

[1] أن الضابط بقسم المخدرات كان قد استصدر إذن النيابة العامة بضبط وتفتيش شخص ما ومسكنه، وأثناء تفتيش المنزل تم ضبط زوجة الشخص المأذون بتفتيشه وتفتيش منزله، محرزة مواد مخدرة عبارة عن حشيش وعقار السيكونال وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

إذ لدى دخول الضابط صالة المنزل شاهد زوجة الشخص المأذون بتفتيشه وتفتيش منزله تجلس على حجر في مواجهة الداخل لتلك الصالة وبجوارها طفل، وبمجرد أن شاهدت الضابط وخلفه أفراد القوة يقترب منها حتى هبت واقفة فسقط من حجر ملابسها كيسان من النيلون بهما لفافات حمراء وصفراء التقطها فتبين له أن أولهما حوى على عشرين لفافة سلوفانية حمراء بداخل كل منهما قطعة من مخدر الحشيش وتبين له أن الكيس الثاني حوى على تسعة عشر لفافظة قطعة من مخدر الحشيش وبمواجهته لها أقرت له بإحرازها بقصد الإتجار.

وباستفساره منها عما إذا كانت تخفى شيئاً معها، أخرجت كيس نقود حريمي جلد بداخله كيس نايلون به كمية من السيكونال المخدر ومبلغ 113 جنيه.

[2] أحالت النيابة العامة المتهمة إلى محكمة الجنايات لمعاقبتها وفقاً للمواد 1/1، 2، 1/37، 38، 42 من القانون رقم 82 لسنة 1960 المعدل والبندين 57، 66 من الجدول (1) الملحق.

ثانياً: كيفية إعداد وصياغة المذكرة التي تقدم في هذه القضية أو حتى في الدفاع الشفوي:

يمر إعداد وصياغة المذكرة، وكما سلف البيان بمرحلتين أساسيتين، وكل مرحلة منهما تمر بعدة خطوات، والمرحلتان هما:

المرحلة الأولى:

إجراء المطابقة بين الواقعة المادية (وقائع القضية) والواقعة النموذجية الواردة في النصوص القانونية الواجبة التطبيق، سواء نصوص قانون العقوبات أو نصوص قانون الإجراءات الجنائية.

ولن نكرر هنا ما سبق أن قلنا بصدد شرح وتفصيل هذه المرحلة، باعتبارها عملية نمطية يجريها المحامي على النحو الذي بيناه، ولا داعي للتكرار، المهم أن يجري المحامي عملية المطابقة ويقف على النتائج التي تسفر عنها والتي سلف بيانها وذلك في خصوص القضية التي يعد المذكرة بشأنها.

المرحلة الثانية:

إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه هي مرحلة البحث والإعداد الحقيقي لمضمون مذكرة الدفاع من خلال الاطلاع على المؤلفات القانونية ومجموعات الأحكام القضائية والمؤلفات الفقهية والأبحاث المتخصصة في بعض الأحوال.

وتمر هذه المرحلة بثلاث خطوات، تنتهي الخطوة الأخيرة منها، بكتابة المذكرة في ثوبها النهائي، وهذه الخطوات هي:

## الخطوة الأولى

قراءة وقائع القضية قراءة جيدة متأنية، وتحديد الوقائع المنتجة فيها، سواء أكانت الوقائع المتعلقة بأركان الجريمة وعناصرها وشروطها، أو كانت متعلقة بإجراءات وأدلة الإثبات فيها، وضرورة الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وتحديد ما يجب أن يستغله المحامي في دفاعه، والوصول إلى تحديد النصوص أو المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية.

وبإجراء هذه الخطوة، يتبين للمحامي أن الوقائع المنتجة في هذه القضية هي:

(1) أحكام تفتيش من يتواجد بمنزل الشخص الصادر إذن النيابة العامة بتفتيشه وتفتيش مسكنه.

(2) أحكام حالة التلبس.

(3) أحكام الدليل الذي يعول عليه في الإدانة.

وهذه الوقائع هي التي ترشد المحامي وتوجهه إلى ترشيح وتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع ثم البحث في المؤلفات القانونية للوقوف على القواعد التي يمكن أن تتضمنها المذكرة.

**القواعد القانونية التي تثيرها وترشد إليها وقائع القضية:**

في نهاية الخطوة الأولى وبعد تحديد الوقائع المنتجة في القضية والوقوف على مواطن الضعف فيها، يجد المحامي أن هذه القضية تثير المسائل القانونية التالية، وهي مسائل إجرائية في عمومها، وهي:

(1) أحوال التلبس بوجه عام (المادة 30 إجراءات جنائية).

(2) ماهية حالة التلبس العرضي (المادة 50 إجراءات جنائية).

(3) عدم مشروعية الدليل الناتج عن إجراء باطل (المادتان 331، 336 إجراءات جنائية)

وبعد توصل المحامي إلى المسائل القانونية السابقة، يكون قد فرغ من الخطوة الأولى من خطوات إعداد مذكرة الدفاع، وينتقل بعد ذلك إلى الخطوة الثانية، وهي التالية.

**الخطوة الثانية**

إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها مذكرة الدفاع، وهذه المادة العلمية هي عبارة عن الأسانيد والأدلة المتعددة التي يؤسس المحامي عليها دفاعه ودفوعه، وهي ثلاثة أنواع من الأسانيد:

1 - الأسانيد القانونية: وهي عبارة عن نصوص القانون التي تتصل بالموضوع، وتكون تلك الأسانيد في كل جزئيات المذكرة.

2 - الأسانيد القضائية: وهي عبارة عن أحكام القضاء التي تؤيد وتعضد دفاع المحامي، وأهم هذه الأحكام هي أحكام محكمة النقض.

3 - الأسانيد الفقهية: وهي آراء الفقه وشراح القانون، وذلك في بعض الأحوال التي قد يرى المحامي منها ضرورة في تأييد ما يكتبه.

وفي هذه المرحلة يبحث المحامي المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية، ويجمع القواعد والمعلومات القانونية بشأنها، وذلك بالاطلاع على مؤلفات التعليق على نصوص قانون الإجراءات الجنائية والتعليق على نصوص قانون العقوبات فضلاً عن مؤلفات شرح القانون ومجموعات أحكام محكمة النقض.

**ومن أهم المسائل القانونية الحاسمة في هذه القضية ما يأتي:**

أولاً : التلبس العرضي بالجريمة:

تنص المادة (50) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه:

"لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها، ومع ذلك إذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى جاز لمأمور الضبط القضائي أن يضبطها".

**ماهية حالة التلبس العرضية:**

تعرف حالة التلبس العرضية بأنها "هي التي تظهر عرضاً (بالصدفة البحتة) أمام مأمور الضبط القضائي، بلا سعي منه ودون أن يبذل أي جهد ملموس في سبيل الكشف عنها وضبطها".

**شروط حالة التلبس العرضية:**

هناك شرطان لصحة حالة التلبس العرضية، هما:

(1) أن تكون قد ظهرت عرضاً وبمحض الصدفة دون تدخل إيجابي مقصود من جانب مأمور الضبط القضائي بهدف الكشف عنها[1].

(2) أن تأتي ثمرة لإجراء مشروع قام به مأمور الضبط القضائي، كالقيام بتفتيش قانوني صحيح، أو استيقاف سبقه حالة ريبه وشك، أو أثناء مباشرة مأمور الضبط القضائي لأعمال الاستدلال، أو مراقبة تنفيذ القوانين واللوائح.

(1) نقض 1950/11/27 أحكام النقض س2 رقم 84 ص 217، ويراجع الدكتور كمال عبدالواحد الجوهري، القصور في أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة والبطلان في الإجراءات الجنائية ص 161.

فإذا تخلف أي من هذين الشرطين، كانت حالة التلبس العرضية باطلة، والدليل المستمد منها لا يعول عليه[1].

ثانياً: إن بطلان التفتيش مقتضاه قانوناً عدم التعويل في الحكم بالإدانة على أي دليل يكون مستمداً منه، وبالتالي فلا يعتد بشهادة من قام بهذا الإجراء الباطل:

نصت المادة (331) من قانون الإجراءات الجنائية على أن: "يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري".

كما نصت المادة (336) من القانون ذاته على أنه: "إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة...".

وقضت محكمة النقض في ذات القضية التي نعرضها بأنه: "لما كان سقوط الكيسين عرضاً من الطاعنة عند وقوفها عندما أدركت الضابط ومرافقيه يتجهون إليها، لا يعتبر تخلياً منها عن حيازتها، بل تظل رغم ذلك في حيازتها القانونية، وإذا كان الضابط على ما حصله الحكم لم يتبين محتوى الكيسين قبل فض ما بداخلهما من لفافات – فإن الواقعة على هذا النحو لا تعتبر من حالات التلبس المبينة بطريق الحصر في المادة (30) من قانون الإجراءات الجنائية، ولا تعد في صورة الدعوى من المظاهر الخارجية التي تنبئ بذاتها عن توافر جريمة متلبس بها تجيز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهمة وتفتيشها... لما كان بطلان التفتيش مقتضاه قانوناً عدم التعويل في الحكم بالإدانة على أي دليل يكون مستمداً منه، وبالتالي فلا يعتد بشهادة من قام بهذا الإجراء الباطل، ولما كانت الدعوى حسبما حصلها الحكم المطعون فيه، لا يوجد فيها من دليل سواه، فإنه يتعين الحكم ببراءة الطاعنة..."[2].

(1) الدكتور كمال عبدالواحد الجوهري، القصور في أعمال جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة والبطلان في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص 161.

(2) الطعن رقم 179 لسنة 60 قضائية جلسة 1991/2/19 س 42 ص 372 القواعد أرقام 1، 2، 3 ويراجع الدكتور كمال عبدالواحد الجوهري مذكرات نموذجية بأسباب الطعن في الأحكام الجنائية المعيبة، ص 35 وما بعدها.

إنه مما يستحق الذكر بخصوص هذه القضية، أن محكمة الجنايات كانت قد حكمت فيها حضورياً بمعاقبة المتهمة بالسجن لمدة ثلاثة سنوات وبتغريمها ألف جنيه وبمصادرة المخدر المضبوط.

فطعنت عليه المتهمة بالنقض، وقبلت محكمة النقض، ونقضت هذا الحكم وقضت ببراءة المتهمة من التهمة المسندة إليها، وهو الحكم الذي أشرنا إليه في الطعن رقم 179 لسنة 60 ق جلسة 1991/2/19[1].

**خلاصة الخطوة الثانية:**

في هذه الخطوة يقوم المحامي بما يأتي:

أولاً: بالاطلاع على مؤلفات التعليق على النصوص، سواء التعليق على نصوص قانون الإجراءات الجنائية، أو التعليق على نصوص قانون العقوبات لتجميع المادة العلمية وهي عبارة عن القواعد والمعلومات التي وردت في شأن النصوص القانونية التالية:

1 – المادة 331 و 336 إجراءات جنائية.

2 – المادة 30 إجراءات جنائية بشأن أحوال التلبس بالجريمة.

3 – المادة 50 إجراءات جنائية بشأن التفتيش بوجه عام، والتلبس العرضي بوجه خاص.

ويدون المحامي في ورقة أو أوراق تكون معه، القواعد والمعلومات التي تروق له والتي يرى أنها تؤيد دفاعه في خصوص بطلان التفتيش وبطلان حالة التلبس لانتفاء شروط التلبس العرضي، ومن ثم بطلان الدليل الذي ترتب على ذلك التفتيش الباطل.

ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض أو أية مجموعات أخرى، وذلك لاختيار بعض أحكام النقض التي تؤيد دفاع ودفوع المحامي في القضية في مجال بطلان التفتيش وبطلان حالة التلبس.. إلخ.

(1) ويراجع هذا الحكم كاملا في مؤلفنا، مذكرات نموذجية بأسباب الطعن في الأحكام الجنائية المعيبة ص 35 وما بعدها.

ويدون المحامي في الورقة أو الأوراق التي معه بعض الأحكام حتى ينقلها بعد ذلك في المذكرة التي يقوم بصياغتها وكتابتها في المرحلة الأخيرة وهي المرحلة التالية.

## الخطوة الثالثة

صياغة وكتابة المذكرة في شكلها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة ففي هذه المرحلة يجد المحامي أن بين يديه وأمامه الأوراق المتعددة والمتفرقة التي دونها وجمعها أثناء إطلاعه على مؤلفات التعليق على نصوص قانون الإجراءات الجنائية، والتعليق على نصوص قانون العقوبات، وكذلك اطلاعه على مجموعات أحكام محكمة النقض في كل جزئيات القضية وما تثيره من مسائل قانونية، وخاصة في المسائل الآتية:

1 – أحوال التلبس بالجريمة وفقاً لما نصت عليه المادة (30) من قانون الإجراءات الجنائية.

2 – حالة التلبس العرضية في مفهوم المادة (50) من قانون الإجراءات الجنائية وشروطها، للتوصل إلى عدم توافر هذه الشروط في حالة القضية محل البحث.

3 – بطلان التفتيش لانتفاء حالة التلبس العرضية، ومن ثم بطلان الدليل المترتب عليه، وهو شهادة الضابط وذلك إعمالاً للمادتين 331، 336 من قانون الإجراءات الجنائية.

4 – انعدام دليل الإدانة اليقيني في القضية، وهو ما يؤهل للقضاء بالبراءة.

يبدأ المحامي في هذه الخطوة الأخيرة في الصياغة النهائية للمذكرة لتكون في الشكل الذي تقدم به على المحكمة، فيقوم المحامي بترتيب الأوراق التي سبق له وأن دونها في الخطوة السابقة، وإعادة صياغتها إن لزم الأمر ليضعها في ثوبها النهائي ويعرضها بشكل متكامل متناسق، يعرض فيه دفوعه وطلباته التي استقر عليها ورأى أنها تحقق له النتيجة التي يريدها، وهي البراءة.

وكما سلف البيان، يجب أن يكون دفاع المحامي ودفوعه وطلباته مؤيدة بأدلة وأسانيد مختلفة، قانونية وقضائية وفقهية، وذلك هو ما يبعث على الثقة فيما يورده المحامي من دفاع أو دفوع وما يبديه من طلبات، وهو ما يرسخ قناعة المحكمة ويوصلها إلى اليقين بصحة ما انتهى إليه المحامي والقضاء بطلباته.

# نموذج رقم (3)

## قضية إصابة خطأ في مجال الطب

## أدى إلى تخلف عاهة مستديمة

أولاً: وقائع القضية:

تخلص وقائع هذه القضية في الآتي:

1 - اتهمت النيابة العامة طبيب بأنه تسبب خطأ في إصابة المجني عليه، وكان ذلك ناشئاً عن إهماله ورعونته وإخلاله الجسيم بما تفرضه عليه أصول مهنته، بأن أجرى جراحة له لاستئصال المرارة فأخطأ بأن ربط القنوات المرارية مما ترتب عليه فتقين جراحيين بجوار البطن مما تخلف عنه عاهة مستديمة تقدر بنحو 20%، وطلبت النيابة بمعاقبة المتهم بالمادة 1/244 من قانون العقوبات.

2 - وكان المجني عليه قد أقام جنحة مباشرة عن الموضوع ذاته وذلك قبل أن تقوم النيابة العامة بتحريك الدعوى الجزائية وقضت محكمة الجنح في الجنحة المباشرة ببراءة المتهم لخلو ملف القضية من أية مستندات، وقد أصبح هذا الحكم نهائياً.

3 - وبعد أن أصبح الحكم نهائياً في الجنحة المباشرة، حركت النيابة العامة الدعوى ضد المتهم بالوصف الذي سبق بيانه.

4 - دفع المتهم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في قضية الجنحة المباشرة والتي كانت عن الموضوع ذاته وضد نفس المتهم، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع وقضت بحبس المتهم سنة مع الشغل، فاستأنف المتهم الحكم، فقضت محكمة الجنح المستأنفة بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ورفضت الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

طعن المتهم على هذه الحكم بالنقض فقبل الطعن ونقضت محكمة النقض الحكم، وإعادة القضية إلى محكمة الجنح المستأنفة لإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى.

ملاحظة مهمة، هذه قضية من أغرب القضايا من حيث الحكم الذي صدر فيها، وهو يمثل خطأ في غاية الجسامة وقعت فيه محكمة الجنح، ومن بعدها محكمة الجنح المستأنفة برفضها قبول الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وهو ما أشارت إليه محكمة النقض في حكمها الصادر في الطعن الذي قدمه المتهم[1].

ولقد قدمنا مذكرة أمام محكمة الجنح المستأنفة بشرح الدفع بعدم جواز نظر الدعوى والتدليل على توافر مقتضيات قبوله، إلا أن المحكمة رفضت الدفع، وسوف نورد هذه المذكرة كاملة فيما بعد.

ثانياً: كيفية إعداد وصياغة المذكرة التي تقدم في هذه القضية أو حتى في الدفاع الشفوي:

يمر إعداد وصياغة المذكرة، وكما سلف البيان بمرحلتين أساسيتين، وكل مرحلة منهما تمر بعدة خطوات، والمرحلتان هما:

المرحلة الأولى:

إجراء المطابقة بين الواقعة المادية (وقائع القضية والواقعة النموذجية الواردة في النصوص القانونية الواجبة التطبيق، سواء نصوص قانون العقوبات أو نصوص قانون الإجراءات الجنائية.

ولن نكرر هنا ما سبق أن قلنا بصدد شرح وتفصيل هذه المرحلة، باعتبارها عملية نمطية يجريها المحامي على النحو الذي بيناه، ولا داعي للتكرار، المهم أن يجري المحامي عملية المطابقة ويقف على النتائج التي تسفر عنها والتي سلف بيانها.

المرحلة الثانية:

إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه هي مرحلة البحث والإعداد الحقيقي لمضمون مذكرة الدفاع من خلال الإطلاع على المؤلفات القانونية ومجموعات الأحكام القضائية والمؤلفات الفقهية والأبحاث المتخصصة في بعض الأحوال.

وتمر هذه المرحلة بثلاث خطوات، تنتهي الخطوة الأخيرة منها، بكتابة المذكرة في ثوبها النهائي، وهذه الخطوات هي:

(1) يراجع الطعن رقم 25439 لسنة 1994 جلسة 1995/3/21 سنة 64 ق.

## الخطوة الأولى

قراءة وقائع القضية قراءة جيدة متأنية، وتحديد الوقائع المنتجة فيها، سواء أكانت الوقائع المتعلقة بأركان الجريمة وعناصرها وشروطها، أو كانت متعلقة بإجراءات وأدلة الإثبات فيها، وضرورة الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وتحديد ما يجب أن يستغله المحامي في دفاعه، والوصول إلى تحديد النصوص أو المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية.

وبإجراء هذه الخطوة يتبين للمحامي أن الوقائع المنتجة في هذه القضية هي:

1 – أن المجني عليه قد أقام دعوى بالطريق المباشر (جنحة مباشرة) عن ذات الموضوع وبنفس الطلبات وضد نفس المتهم، وصدر حكم فيها بالبراءة لخلو الملف من المستندات.

2 – حركت النيابة العامة الدعوى الجنائية عن ذات الواقعة وضد نفس المتهم، وحضر المجني عليه وادعى مدنياً بطلب تعويض مؤقت.

دفع المتهم هذه الدعوى، بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها في الجنحة المباشرة، ورفض الدفع سواء من قبل محكمة الجنح ومن قبل محكمة الجنح المستأنفة.

وبعد أن يحدد المحامي الوقائع ذات الأهمية في إبداء الدفاع، وهي الوقائع التي حددناه فيما تقدم، يجد المحامي أن هذه الوقائع تثير تطبيق النصوص القانونية التالية:

1 – نص المادة (454) من قانون الإجراءات الجنائية الذي جرى على أن "تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة فيها إليه، بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو بالإدانة، وإذا صدر حكم في الدعوى الجنائية، فلا يجوز إعادة نظرها إلا بالطعن في هذا الحكم بالطرق المقررة في القانون".

2 – نص المادة (455) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائياً بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانوني للجريمة"

كما يثير موضوع القضية والحكم الصادر فيها بعض المسائل والمفاهيم والمصطلحات القانونية ومنها:

1 – ماهية الحكم الفاصل في الموضوع، أو ما هو تعريف الحكم الفاصل في الموضوع، أو متى يكون الحكم فاصلاً في الموضوع، وما هو الموضوع الذي يفصل الحكم فيه؟

2 – التمييز بين ما يقضي به الحكم كما هو مستفاد من منطوقه سواء "بالبراءة" أو "بالإدانة" وبين ما يستند إليه القاضي في تأسيس هذا القضاء، بمعنى أن منطوق الحكم شيء، وما يستند إليه هذا المنطوق هو شيء آخر مختلف، ويجب عدم الخلط بين الأمرين.

3 – هل من المتصور وجود حكم قضائي نهائي صادر بالبراءة ويكون غير فاصل في الموضوع أيا كان السبب الذي أسست عليه المحكمة قضاءها بالبراءة.

هذه هي خلاصة ما يتوصل إليه المحامي في نهاية هذه الخطوة، ليبدأ بعد ذلك وفي الخطوة الثانية بالبحث في المؤلفات القانونية لتجميع القواعد والمعلومات التي تجيب على كل التساؤلات، وتغطي كل جزئيات هذا الموضوع.

## الخطوة الثانية

إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه المادة العلمية هي عبارة عن الأسانيد والأدلة المتعددة القانونية والقضائية والفقهية التي يؤسس عليها المحامي دفاعه، وهي ذاتها ما سبق بيانها في النموذجين السابقين.

ومن أهم ما يمكن التوصل إليه من واقع الإطلاع على المؤلفات القانونية ومجموعات أحكام محكمة النقض ما يأتي:

1 – إن قوة الأمر المقضي للحكم الجنائي أثرها اعتباره عنواناً للحقيقة وحجة على الكافة بما لا يقبل الجدل والمناقشة، ومن حق المحكمة إعمال قوة الأمر المقضي للحكم من تلقاء نفسها لتعلق الحجية بالنظام العام[1].

2 – محظور محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين إعمالاً لحكم المادة 454 من قانون الإجراءات الجنائية[2].

3 – لتسويغ الدفع بقوة الشيء المحكوم به، يلزم أن يكون موضوع الدعوى الثانية

(1) نقض 1986/4/30 أحكام النقض رقم 6733 لسنة 54 ق.

(2) نقض 1982/12/2 أحكام النقض س 33 ق 196 ص 947.

هو نفس موضوع الدعوى السابق الفصل فيها، فإذا أقيمت دعوى وحكم فيها نهائياً، فلا يمكن رفعها من جديد بنفس وصف الجريمة التي فصل فيها.

4 - قوة الأمر المقضي للحكم الجنائي سواء أمام المحكمة الجنائية أو أمام المحكمة المدنية لا تكون إلا للأحكام النهائية بعد صيرورتها باتة.

5 - الأصل في الأحكام ألا ترد الحجية إلا على منطوقها ولا يمتد أثرها إلى الأسباب إلا ما كان منها مكملاً للمنطوق ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً غير متجزئ.

6 - وقضت محكمة النقض بأنه:

"إذا رفع الدعوى عن واقعة معينة بوصف معين وحكم فيها بالبراءة، فلا يجوز بعد ذلك إعادة الدعوى عن تلك الواقعة ذاتها ولو بوصف جديد"[1].

7 - أن الحكم الجنائي الصادر بالبراءة أو بالإدانة في كافة الأحوال تنقضي به الدعوى الجنائية، ولو كان باطلاً[2].

8 - إن محل قوة الأمر المقضي هو "منطوق الحكم" وليس أسبابه، فالمنطوق هو الذي يحدد التنظيم القانوني للعلاقة بين أطراف الدعوى، وهذا التنظيم القانوني للعلاقة بين أطراف الدعوى، وهذا التنظيم يلتزم به الأطراف، ويتعين عليهم أن ينظروا إليه على أنه القانون الواقعي الخاص بعلاقاتهم، أما الأسباب فهي مجموعة الحجج التي تدعم وتفسر المنطوق من حيث الواقع والقانون[3].

9 - إن الحكم الجنائي يعتبر فاصلاً في الموضوع بغض النظر عن الأسباب التي استند إليها أو تأسس عليها، فالأسانيد أو الأسباب لا علاقة لها بكون الحكم قد فصل في الموضوع أو لم يفصل فيه، ذلك أن تسبيب الأحكام إنما يرجع إلى عقيدة المحكمة والأساس الذي كونت اقتناعها عليه، وهذا أمر مختلف عن مضمون الاقتناع ذاته[4].

(1) نقض 1953/10/19 أحكام النقض س 5 ق 11 ص 33.

(2) حكم نقض مشار إليه في الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه طبعة 1980 ص 1203.

(3) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة 1987 ص 224.

(4) يراجع مؤلفنا مذكرات نموذجية، المرجع السابق ص 284.

**وخلاصة ما تقدم، في خصوص القضية محل البحث هي:**

إن الحكم السابق صدوره في قضية الجنحة المباشرة، هو حكم صادر في موضوع الدعوى الجنائية لأنه قضى في منطوقه ببراءة المتهم، ولا يقدح في ذلك أن هذا الحكم قد أسس أو أقام قضاءه بالبراءة على خلو الدعوى من المستندات، فذلك يُعد من قبيل الأسباب أو الأسانيد التي بنى عليها القاضي اقتناعه بالبراءة، ومجال الطعن في ذلك إنما يكون في المواعيد المحددة وبالإجراءات والطرق المقررة قانوناً، أما وقد انتهت المواعيد ولم يطعن على هذا الحكم وبات نهائياً وباتاً، فلا مجال بعد ذلك للطعن عليه بأي مطعن، ومن ثم فقد صح الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

هذه هي خلاصة ما يمكن أن يتوصل إليه المحامي في الخطوة الثانية وهي خطوة تجميع وتدوين القواعد والمعلومات القانونية والمبادئ القضائية التي يصوغ منها المحامي مذكرته في شكلها النهائي، في الخطوة الأخيرة.

## الخطوة الثالثة

صياغة وكتابة المذكرة في شكلها ومضمونها النهائي التي تقدم به إلى المحكمة

ويقوم المحامي بهذه الخطوة على ذات النمط السابق بيانه في المذكرات السابقة، وبنفس الطريقة التي اتبعناها.

**ملحوظة مهمة:**

نورد المذكرة التي قدمناها في هذه القضية إلى محكمة الجنح المستأنفة والتي فصلنا فيها شروط ومقومات الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، ومع ذلك لم تأخذ المحكمة بالدفع ورفضته وقضت بتأييد الحكم المستأنف.

وإنه مما يستحق الذكر أن محكمة النقض قبلت الطعن المقام من المتهم، وقضت بنقض الحكم وإعادة المحاكمة من جديد.

## [ الـمذكـرة التاسعـــة ]

أولاً:موضوع الـمذكـــرة:

خطأ مهني جسيم ( إصابة خطأ ) .

ثانياً:الأفكار والمبادئ القانونية التي تضمنتها المذكرة:

[1]أحكام الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها (المادتان 454، 455 إجـراءات جنائية):

- شروط الحكم البات التي يجب توافرها في حالة الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.
- محل قوة الأمر المقضي في الحكم .

[2] أنواع الأحكام بصفةٍ عامة:

- التمييز بين الحكم الفاصل في موضوع الدعوى والأحكام السـابقة عـلى الفصـل فيه.
- معيار الحكم الفاصل في موضوع الدعوى الجنائية.
- أمثلة للأحكام السابقة على الفصل في الموضوع.

[3]في مجال تحديد نوع الحكم الـذي يحـوز (قـوة الأمـر المـقضي فيـه) يجـب التمييـز بـين أمرين:

الأول : نوع الحكم المستفاد من (منطوقه) والمنطوق هو الذي يحوز الحجية.

الثاني: كيفية تكوين (عقيدة) القاضي أو الأساس الذي بنى عليه (اقتناعـه) وهـذا لا علاقة له بموضوع الحجية.

[4]مناقشة بعض الأفكار التي شابت الحكم المستأنف:

- الخطأ في تحصيل الواقع.
- الخطأ في فهم وتطبيق القانون.
- الفساد في الاستنباط والتعسف في الاستدلال.

**( مذكـرة )**

**[ مقدمة في جلسة .....]**

**بدفـــــاع**

**..... متــهــم / مستأنف**

**ضـــــد**

**النيابة العامة ..... سلطة الاتهام**

**في القضية رقـم / جنح سنورس**

**( رقـم / س الفيوم )**

**الوقـــائـع**

اتهمت النيابة العامة ..... أنه في / / م قام بإجراء عملية جراحية للمجني عليه لاستئصال المرارة وقد أصيب نتيجة ذلك بحالة انسداد شديد .....

**[ الطـلبـــــــات ]**

يلتمس الدفـاع من عدالة هيئة المحكمة الموقرة القضاء:

بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الحكـم المسـتأنف وبـراءة المـتهم لانقضـاء الدعوى الجنائية لسبق صدور حكم جنائي نهائي فيها في الـدعوى رقـم ..... لسـنة ..... جنح سنورس.

**أو**

قبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعوى رقم ..... لسنة ..... جنح سنورس.

## [ الأسانيد القانونية والفقهية والقضائية للدفاع ]

نقسم خطة دفاعنا في هذه الدعوى إلى مرحلتين:

الأولى : نخصصها لبيان أحكام الدفع بعدم جواز نظر الدعوى.

والثانية: نقصرها على كشف العوار الجسيم الذي شاب الحكم المستأنف سواء في مجال فهم وقائع الدعوى أو في مجال سلامة الاستدلال والاستنباط أو في مجال فهم القانون وسلامة تطبيقه.

وفي تفاصيل ذلك نقول:

أولاً: في مجال أحكام الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها (في الدعوى رقم 6991 لسنة 91 جنح سنورس):

سبق أن أقام المدعي بالحق المدني عن طرق الادعاء المباشر الدعوى رقم 6991 لسنة 1991 جنح سنورس وقد قضي فيها بالبراءة في جلسة 1991/12/25م ولم يستأنف هذا الحكم من قبل المدعي بالحق المدني ولا من قبل النيابة العامة، ومن ثم فقد أصبح نهائياً وباتاً.

وقد أكد المدعي بالحقوق المدنية في عريضة الدعوى المباشرة أن الواقعة هي ذاتها المحددة في الدعوى الحالية وذلك عندما قرر أنها حدثت في يوم 1985/11/7م وتحرر عنها المحضر رقم 1987/3856 جنح سنورس وهو رقم الجنحة الحالية.

وعلى ذلك يكون الدفع بعدم جواز نظر الدعوى قائماً على سندٍ قويم من القانون والواقع، وندلل على ذلك بما يأتي:

نص المادتين 454، 455 من قانون الإجراءات الجنائية على قوة الحكم الجنائي البات كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية، وذلك على التفصيل التالي:

[1] المادة 454 نصت على أنه: (( تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة إليه فيها بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو بالإدانة، وإذا صدر حكم في الدعوى الجنائية فلا يجوز إعادة نظرها إلا بالطعن في هذا الحكم بالطرق المقررة في القانون)).

[2] كما نصت المادة 455 على أنه: (( لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائياً بناءً على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناءً على تغيير الوصف القانوني للجريمة)).

- وعلى ذلك لا يخفى أن نصوص القانون صريحة الدلالة على أنه إذا صدر حكم جنائي في الدعوى بالبراءة أو بالإدانة وأصبح هذا الحكم نهائياً وباتاً امتنع الرجوع إلى الدعوى الجنائية مرة أخرى، وهذا ما قد اصطلح الفقه والقضاء على تسميته "بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها".

[3] ومؤدى نص المادتين 454، 455 من قانون الإجراءات الجنائية أنه لا يجوز نظر الواقعة المحكوم فيها من جديد ولو تحت وصف قانوني آخر مختلف عن الوصف الأول، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المانع لقوة الأمر المقضي به، فما بالنا إذا كانت الدعوى الحالية مقامة بذات الوصف الذي سبق وأن أقيمت به الدعوى التي سبق الفصل فيها بالبراءة ورفض الدعوى المدنية.

وقد اشترط الفقه الجنائي شروطاً محددة يجب توافرها في الحكم البات لإمكان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى وهذه الشروط هي: ما يمكن إجمالها في شرطٍ واحد[1] هو (وحدة الدعوى) ويعني وجوب التحقق من أن الدعوى التي يثور فيها الدفع أنها هي بعينها هي التي فصل فيها ذلك الحكم، وللدعوى عناصر متعددة، وهي ثلاثة أطرافها، وموضوعها، وسببها.

(1) يُراجع في تفاصيل بيان هذه الشروط: الدكتور محمود نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية ، طبعة 1977، ص 295 وما بعدها، الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه ، طبعة 1980 ، ص 1210 .

وفي حالتنا فإن الشروط الثلاثة للدفع متوافرة وهي:

1 - وحدة أطراف الدعوى (وحدة الادعاء ووحدة المتهم).

2 - وحدة الموضوع، وهو وحدة ما يطالب به المدعي وموضوع الدعوى الجنائية دائماً هو (( حق الدولة في توقيع العقوبة أو التدبير الاحترازي على من يدعى ممثل المجتمع أنه مسئول عن الجريمة)).

3 - وحدة السبب، وسبب الدعوى الجنائية هو الواقعة التي يستند إليها المدعي في الحق الذي يطالب به، فهي مصدر ذلك الحق، وفي حالتنا فإن السبب واحد في الدعويين الحالية والتي سبق الفصل فيها بحكم بات، وهو ما يُنسب إلى المتهم من ((خطأ طبي)) فهو ذاته في الدعويين.

ومفاد ما تقدَّم أن عناصر أو شروط الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أو بمعنى أصح الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية لسبق صدور حكم بات فيها، كلها متوافرة في حالتنا.

ويمكن القول أن المادة 454 إجراءات جنائية تدل على أن تعييب الأحكام لا يكون إلا عن طريق الطعن فيها بالطرق المقررة في القانون، وإذا توافر سبب الطعن وضيعه صاحب الشأن فلا يلومن إلا نفسه ويعتبر الحكم عنواناً للحقيقة وحجة على الكافة . وقد قصد المشرِّع أن يجعل طرق الطعن المذكورة في القانون على سبيل الحصر حداً يجب أن تقف عنده ضماناً لحسن سير العدالة واستقراراً للأوضاع التي انتهت إليها كلمة القضاء[1].

كما أن مفاد نص المادة 454 إجراءات – على ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض – أنه يشترط لصحة الدفع بقوة الأمر المقضي فيه في المسائل الجنائية بما يتعين معه الامتناع عن نظر الدعوى ما يأتي:

أولاً : أن يكون هناك حكم جنائي نهائي سبق صدوره في محاكمة جنائية معينة وأن يكون بين هذه المحاكمة والمحاكمة التالية التي يُراد التمسك فيها بهذا الدفع اتحاد في الموضوع والسبب وأشخاص المتهمين.

(1) نقض 1972/3/6م، س 23 طعن رقم 1049 لسنة 41 ق مشار إليه في الدكتور مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 1198 .

ثانياً: أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى سواء قضى "بالإدانة" وتوقيع العقوبة، أو "البراءة" ورفض توقيعها[1].

وتنقضي الدعوى الجنائية بالحكم النهائي البات ولو كان باطلاً[2].

محل قوة الأمر المقضي في الحكم:

ومحل القوة هو "منطوق الحكم" وليس أسبابه، فهذا الجزء من الحكم "المنطوق" هو الذي يحدد التنظيم القانوني للعلاقة بين أطراف الدعوى، وهذا التنظيم يلتزم به الأطراف ويتعين عليهم أن ينظروا إليه على أنه القانون الواقعي الخاص بعلاقاتهم، أما الأسباب فهي مجموعة الحجج التي تدعم وتفسر – من حيث الواقع والقانون المنطوق[3].

ومقتضى (قوة الأمر المقضي فيه) أن تهدر المحكمة الحكم المستأنف ذلك أنها في هذه الحالة تطبق نص المادتين 454، 455 من قانون الإجراءات الجنائية تطبيقاً مباشراً، والهدف من ذلك من حيث الواقع رفع (التعارض بين الأحكام) في ذات الخصومة، وتفسير ذلك أن هناك حالياً حكمين أمام المحكمة:

الحكم الأول:

وهو السابق صدوره في الدعوى رقم 1991/6991 جنح سنورس، والذي قضى ببراءة المتهم مستنداً إلى أن التهمة غير ثابتة في حقه وأن الدعوى لا تقوم على أساس من القانون أو الواقع. ولم يستأنف المدعي بالحق المدني ولا النيابة العامة هذا الحكم، وعلى ذلك فقد أصبح نهائياً وباتاً.

أما الحكم الثاني:

فهو الحكم المستأنف والذي قضى (بحبس) المتهم سنة مع الشغل مستنداً إلى ثبوت التهمة في حق المتهم، إلا أن المتهم استأنف هذا الحكم،ودفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في الدعوى سالفة البيان.

(1) حكم نقض مشار إليه في الدكتور مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 1198 .

(2) حكم نقض مشار في المرجع السابق، ص 1202 .

(3) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية طبعة 1987 ص 224 ؛ الأستاذ علي زكي العرابي، المبادئ السياسية في الإجراءات الجنائية طبعة 1951، ص 768 ، الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية طبعة 1976 ص 146 .

وعلى ذلك يكون أمام المحكمة أمرين متناقضين، ويجب عليها أن تزيل هذا التناقض بما يتفق مع القانون والمبادئ العامة من ناحية، والعقل والمنطق من ناحيةٍ أخرى، والأمران هما:

الأول : حكم مؤسَّس على عدم ثبوت التهمة، وهو حكم نهائي وبات.

والثاني: حكم مؤسَّس على ثبوت التهمة لكنه لم يصبح نهائياً بعد، بالإضافة إلى أنه صدر في دعوى سبق أن فصل فيها الحكم السابق.

ونرى أن المحكمة ليس أمامها إلا احترام (الحجية) التي اكتسبها الحكم الأول، وذلك يستوجب إهدار الحكم الثاني، ولا يتأتى ذلك إلا إذا قضت (بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ....).

ثانياً: في مجال العوار الجسيم الذي شاب الحكم المستأنف وأوجه القصور التي لحقته:

ولبيان أوجه القصور التي علقت بالحكم المستأنف، والعوار أو الأخطاء الجسيمة التي شابته، يلزم تناول أمرين هامين:

الأول: أنواع الأحكام بصفةٍ عامة، والأحكام الفاصلة في الموضوع والسابقة على الفصل فيه بصفةٍ خاصة.

أما الثاني: فهو تعداد أوجه العوار ومظاهر القصور التي كست وجه الحكم.

وذلك على التفصيل التالي:

[1] أنـــواع الأحكـــام:

الفقه الجنائي يُجمع على أن هناك ثلاثة أنواع من الأحكام هي[1]:

1 – الأحكام الحضورية والغيابية، والحضورية الاعتبارية.

2 - الأحكام الابتدائية والأحكام النهائية والباتة.

3 - الأحكام الفاصلة في الموضوع والسابقة على الفصل فيه.

(1) يُراجع في بيان وتفاصيل ذلك كافة المؤلفات العامة في الإجراءات الجنائية، خاصة: الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط، طبعة 1981، صفحة 1073 وما بعدها، والدكتور مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بأحكام النقض وآراء الفقه صفحة 1211 وما بعدها، ولسيادته قانون الإجراءات الجنائية، صفحة 243 وما بعدها.

والذي يهمنا في هذا الصدد هو تناول موضوع (الأحكام الفاصلة في الموضوع والسابقة على الفصل فيه) على اعتبار أنه يُشترط في الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيه أن يكون الحكم السابق صدوره حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى وأصبح نهائياً.

وفي هذا الصدد يلزم بيان متى يقال أن حكماً ما فاصلاً في الموضوع أو سابق على الفصل فيع، وللإجابة على ذلك نقرر أن المعيار في كون الحكم الجنائي قد فصل في (موضوع الدعوى) أو لم يفصل في هذا الموضوع، هو الوقوف على ما إذا كان هذا الحكم قد فصل في (حق الدولة في العقاب)، أو لم يفصل في هذا الحق، ذلك أن موضوع الدعوى الجنائية هو النزاع حول حق الدولة في العقاب.

ومؤدى ما تقدَّم تقسيم الأحكام الجنائية إلى أحكامٍ فاصلة في موضوع "الدعوى الجنائية" وأحكام سابقة على الفصل فيه يكون بالنظر إلى مدى فصل هذه الأحكام في (موضوع الدعوى الجنائية)، ومن ثم فإن الحكم الذي يفصل في (النزاع حول حق الدولة في العقاب) يكون فاصلاً في الموضوع، أما إذا لم يفصل الحكم في هذا النوع فيعتبر غير فاصل في الموضوع أو سابق على الفصل فيه[1].

وعلى ذلك يمكننا تعريف الحكم الصادر في الموضوع بأنه: (( الحكم الذي يفصل في موضوع النزاع المتعلق بحق الدولة في العقاب إما بإقرار هذا الحق (بالإدانة) أو بعدم إقراره (بالبراءة) )).

ومعنى ما تقدم أن هناك نوعين أو حالتين للحكم الصادر في موضوع (الدعوى الجنائية) أو بمعنى أصح الحكم الصادر في (موضوع حق الدولة في العقاب)، وهما:

النوع الأول : الحكم الصادر بإقرار (حق الدولة في العقاب) وهذا الحكم يقضي (منطوقه) بإدانة المتهم.

والنوع الثاني: هو الحكم الصادر بعدم إقرار (حق الدولة في العقاب)، وهذا النوع يقضي (منطوقه) ببراءة المتهم.

(1) الدكتور احمد فتحي سرور ، الوسيط، المرجع السابق، صفحة 1082، الدكتور مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، طبعة 1986، جزء 2 – صفحة 256 .

ومعنى ما تقدَّم جميعه يتلخص في أمرين:

الأول : أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى الجنائية هو ذلك الحكم الذي يفصل في موضوع حق الدولة في معاقبة الجاني.

والثاني: أن الحكم الصادر أو الفاصل في موضوع الدعوى الجنائية يقضي منطوقه بالإدانة أو بالبراءة وليس بأي أمر آخر خلافهما.

ومؤدى ذلك جميعه؛ أن الحكم الذي يقرر منطوقه براءة المتهم، أو إدانته يكون بالضرورة حكماً فاصلاً في الموضوع أما الحكم الذي يقرر منطوقه خلاف ذلك لا يكون حكماً فاصلاً في الموضوع، ومن قبيل الأحكام السابقة على الفصل في الموضوع الأحكام الآتية[1]:

1 - الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى.

2 - الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص.

3 - الأحكام التمهيدية التحضيرية، أو الوقتية.

4 - الأحكام الصادرة في الدفوع الفرعية.

وخلاصة ما سبق : أن الحكم الفاصل في الموضوع في مفهوم المادتين 454، 455 من قانون الإجراءات الجنائية، وهما المتعلقتين بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، هو الحكم الذي يفصل في موضوع حق الدولة في العقاب، وقد يكون نتيجة هذا الفصل أحد أمرين:

الأول : إما أن يقضي منطوق الحكم ببراءة المتهم.

والثاني: وإما أن يقضي منطوق الحكم بإدانة المتهم، وهذا ما عناه المشرع في صياغة نص المادة 454 من قانون الإجراءات الجنائية عندما قرر أن تنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة إليه فيها بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو بالإدانة .

(1) يُراجع في استخلاص ذلك: الدكتور مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه، صفحة 1211، والدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط، صفحة 1083 .

وعلى أساس أهمية التمييز بين الأحكام الفاصلة في الموضوع، والأحكام السابقة على الفصل فيه قرر المشرِّع أنه لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية في الأحكام الفاصلة في الموضوع من قبل المحكمة التي أصدرتها[1].

وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل في ثنايا تناولنا للأحكام العامة للدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

ونودُّ في هذا المجال التنبيه إلى أمر في غاية الأهمية، وهو أن الحكم يعتبر فاصلاً في الموضوع بغض النظر عن الأسباب التي استند إليها أو تأسس عليها، فالأسانيد أو الأسباب لا علاقة لها بكون الحكم قد فصل في الموضوع أو لم يفصل فيه، ذلك أن تسبيب الأحكام إنما يرجع إلى عقيدة المحكمة من ناحية والأساس الذي كونت اقتناعها عليه من ناحيةٍ أخرى.

وهذا ما يجعلنا ندعو إلى وجوب التمييز بين أمرين مختلفين غاية الاختلاف، وهذان الأمران هما:

1 - نوع أو طبيعة الحكم الجنائي وما إذا كان فاصلاً في الموضوع أو غير فاصل فيه. فالحكم يكون فاصلاً في الموضوع إذا قضى منطوقه (بالبراءة) أو (بالإدانة)، وغير فاصل في الموضوع إذا لم يقض منطوقه بأيٍ من ذلك وإنما قضى بأمر آخر خلافهما.

2 - الأساس الذي كون القاضي الجنائي عليه (عقيدته) والأدلة أو الأسانيد أو الأسباب التي بني عليها (اقتناعه) بالبراءة أو بالإدانة أو بأي أمر آخر.

والقاعدة في مجال هذا الأمر أن القاضي الجنائي حر في تكوين عقيدته واقتناعه، ذلك أنه أمر ( ذاتي ) ولا تأثير له في مجال (قوة) أو (حجية) الحكم الجنائي، فالحجية تثبت للحكم بناءً على طبيعته أو نوعه وبصرف النظر عن كيفية تكوين (العقيدة) أو (بناء) الاقتناع، ذلك أن الحجية إنما تثبت لنوع الحكم حسب منطوقه إذا كان فاصلاً في موضوع الدعوى ولا تثبت لعقيدة أو اقتناع المحكمة.

وكيفية تكوين القاضي (عقيدته) والأساس الذي بنى عليه (اقتناعه) مجاله أسباب الحكم، وتكون مراقبة الأسباب أو بمعنى أصح ضوابط تسبيب الحكم الجنائي عن

(1) يُراجع الدكتور مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، صفحة 258 ، وكافة المؤلفات العامة في الإجراءات الجنائية.

طريق الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً وباتباع الإجراءات وفي المواعيد المحددة لـذلك، أما إذا انتهت تلك المواعيد فإن الحكم يتحصن حتى ولو لم يُبن عـلى أي أسـباب مطلقـاً أو ولـو كان باطلاً وهذا أمر متفق عليه ومستقر فقهاً وقضاءً.

وخلاصة ما تقدَّم أن الحكم السابق صدوره ببراءة المتهم في القضـية رقـم 6991 لسـنة 1991 جنح سنورس إنما هو حكم فصـل في موضـوع الـدعوى لأنـه قضى في منطوقـه بـبراءة المتهم ، ولا يقدح في ذلك أنه قد (أسـس) أو (أقـام) قضـاء الـبراءة عـلى خلـو الـدعوى مـن المستندات، فذلك يعد من قبيل (الأسباب) أو (الأسـانيد) التـي بنـي عليهـا القـاضي اقتناعـه بالبراءة، ومجال الطعن في ذلك إنما يكون في المواعيد المحددة وبالإجراءات والطـرق المقـررة قانوناً، أما وقد انتهت تلك المواعيد ولم يطعن على هذا الحكم وبات نهائيـاً باتـاً فـلا مجـال اليوم للطعن فيه بثمة مطعن.

[2]أوجــه العوار والقصور التي شابت الحكم الـمستأنف:

يمكننا القول ونحن في غاية الأسـف والخجـل أن الحكـم المسـتأنف قـد تعـددت صـور الخطأ الجسيم في ثنايا سـطوره وكلماتـه، سـواءً مـا تعلـق بالخطـأ في تحصـيل وفهـم وقـائع الدعوى، أو ما تعلق بفهم وتحصيل قواعد القانون الواضحة وضـوح الشـمس. ويمكـن حصر أوجه العوار الجسيم التي شابت ذلك الحكم في ثلاثة أوجه، هي :

1 – الخطـأ في تحصيل الواقع.

2 - الخطـأ في فهم وتطبيق القانون.

3 - الفساد في الاستنباط والتعسف في الاستدلال.

وبمطالعة ذلك الحكم، يمكننا الوقوف على بعض مواطن العوار والخلل فيه وذلك عـلى سبيل المثال لا الحصر، لأن أماكن أو مواطن (العوار) كثيرة ومتعددة فيه، نذكر منها:

أولاً: جاء في أسباب الحكم فيما يتعلـق بـرفض الـدفع بعـدم جـواز نظـر الـدعوى لسـابقة الفصل فيها. أن هذا الدفع في غـير محلـه بمقولـة أن الحكـم قـد صـدر بـبراءة المـتهم تأسيساً على خلو القضية من المستندات وهـذا يجعـل الحكـم لا يحـوز حجيـة الأمـر المقضي فيه ولا يمنع من إعادة نظر الدعوى مرة أخرى.

ولا يخفى أن ما قررته المحكمة في هذا الشأن ظاهر الفساد، وبَـيِّـنُ الخطأ

ومخالفٌ للقانون، ويتصادم مع العقل والمنطق، وقد سبق أن بيَّنـَّا أن هذا الحكم الصاد في موضوع الدعوى – أو بمعنى أصح الفاصل في موضوع الدعوى – إنما يصدر إما (بالبراءة) أو (بالإدانة)، وبصرف النظر عن الأسباب والأسانيد التي تأسس عليها، ذلك أن الحجية تثبت لمنطوق الحكم، والطعن في الحكم إنما يكون في المواعيد المحددة وبالإجراءات والطرق المقررة قانوناً فإذا كان الحكم لم يصادف صحيح القانون كان يجب الطعن عليه في الميعاد المقرر وبالطرق المحددة، أما وقد فات الميعاد المحدد للطعن فقد أصبح نهائياً وباتاً ولا يجوز إثارة أوجه العوار أو أسباب القصور التي شابته بعد ذلك الميعاد.

وقد سبق أن ميزنا بين أمرين مختلفين من ناحية الأهمية القانونية في مجال قوة الحكم أو حجيته، والأمران هما:

1 - منطوق الحكم الجنائي وما إذا كان فاصلاً في الموضوع أو غير فاصل فيه. فإذا كان فاصلاً في الموضوع يعلن منطوقه (ببراءة) المتهم أو (إدانته)، أما إذا كان غير فاصل في الموضوع فإن المنطوق يعلن خلاف البراءة أو الإدانة.

2 - عقيدة أو اقتناع القاضي الذي أوصلته أو جعله يقرر ما سطره في (منطوق) الحكم، والأسباب والأسانيد القانونية والواقعية التي شكلت أو كونت هذه العقيدة، وذلك الاقتناع لا علاقة له بموضوع (قوة) أو (حجية) الحكم الجنائي، ولا تأثير له على الإطلاق في مجال القوة أو الحجية التي تلحق (منطوق) الحكم.

ومعنى ذلك أن منطوق الحكم الجنائي الفاصل في موضوع الدعوى سواءً أكان بالبراءة أو بالإدانة يكتسب قوة أو حجية الأمر المقضي فيه بصرف النظر مطلقاً عن الأسباب التي تأسست عليها البراءة أو الإدانة لأن التسبيب من حيث كفايته أو عدم كفايته لا دخل له في منطوق الحكم، وبالتالي لا دخل له في الحجية، ومراقبة ضوابط التسبيب تكون عن طريق اتخاذ طريق الطعن المناسب وبشرط أن يكون ذلك في المواعيد المحددة والإجراءات المقررة قانوناً، أما إذا انتهت المواعيد المحددة للطعن في الحكم دون أن يطعن على ذلك الحكم أصبح نهائياً ومحصناً حتى ولو كان باطلاً، وقد سلف بيان ذلك بالتفصيل.

ثانياً: ومن مواطن القصور في الحكم المستأنف أيضاً أنه وصم الحكم السابق صدوره في القضية المنضمة بأنه لم يقض في منطوقه بشيءٍ فقال: "... ولم ينته إلى قضاء معين في منطوقه بذلك لا يكون له حجة..".

فالمحكمة (الموقرة) تعتبر أن الحكم السابق صدوره (ببراءة) المتهم، لم ينته إلى قضاء معين في منطوقه، وهذا أمر في غاية الغرابة والاستفزاز، فكيف اعتبرت أن حكماً صادراً بالبراءة لم يقض أو لم ينته إلى قضاءٍ معين، فما هو هذا القضاء المعين الذي تقصده ؟! وهل لا تعتبر (البراءة) قضاءً معيناً انتهت إليه المحكمة ؟

معنى ذلك أن المحكمة تجاهلت الحكم السابق صدوره ببراءة المتهم من التهمة ذاتها، ورأت أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها في غير محله، لأن ذلك الحكم السابق، الذي قضى في منطوقه ببراءة المتهم – في فقه هذه المحكمة – لم ينته في (منطوقه) إلى قضاءٍ معين وبذلك لا يكون حجة !

ثالثاً: ومن مواطن وأوجه القصور التي شابت الحكم المستأنف وكست وجهه وطمست معالمه أن المحكمة رغم أنها بصدد جريمة (غير عمدية) أو جريمة (إهمال) إلا أنها في ثنايا الحكم، وبصدد تسبيبه، وفي مجال تقريرها أن أركان الجريمة متوافرة في حق المتهم قررت ما نصه: ( وحيث إن الواقعة ثابتة وتوافر لديه القصد الجنائي ....).

فالمحكمة في وادٍ، ونحن في وادٍ آخر ومعنا المتهم والقانون والدعوى.

فنحن بصدد جريمة غير عمدية، والقانون يقرر أن الركن المعنوي في الجريمة غير العمدية هو (الخطأ غير العمدي)، أما (القصد الجنائي) الذي تتحدث عنه المحكمة الموقرة فإنما هو الركن المعنوي في (الجرائم العمدية)، وهذا لا مجال له هنا، وأتوقع أن المحكمة قد نقلت جزءاً أو مقطعاً من حكمٍ آخر خلاف هذا الحكم، فجاء هذا المقطع في غير محله ولم يصادف موضعه الحقيقي .

فماذا ننتظر من محكمةٍ (تقضي) أو (تنظر) أو (تحكم) في قضية (إهمال) أو قضية (غير عمدية) وتتكلم في حكمها عن (القصد الجنائي) وهي في مجال حديثها عن ثبوت التهمة في حق المتهم، وخاصة أنها في الحديث ذاته وصمت حكماً قضى في منطوقه بالبراءة بأنه هذا الحكم لم ينته إلى قضاءٍ معين، ماذا ننتظر بعد ذلك، وماذا نناقش حالياً، ومن نناقش ..!!

**وخلاصة كل ما سبق:**

[1] أن المدعي بالحق المدني سبق أن أقام الدعوى رقم 1991/6991 بطريق الادعاء المباشر عن الواقعة ذاتها وضد المتهم نفسه، ويؤكد ذلك ما سطره بتلك العريضة، وقد صدر حكم في موضوع هذه الدعوى (ببراءة) المتهم، ولم يستأنف هذا الحكم، لا من قِبل المدعي بالحق المدني، ولا من قِبل النيابة العامة، وقد أصبح بذلك نهائياً وباتاً.

[2] أن الحكم السابق صدوره في مفهوم نص المادتين 454، 455 من قانون الإجراءات الجنائية إنما هو حكم صدر أو فصل في موضوع الدعوى الجنائية بغض النظر عن الأسباب سواء من حيث كفايتها أو عدم كفايتها أو حتى انعدامها مطلقاً وسواءً كان صحيحاً أو باطلاً طالما أنه لم يطعن عليه بالطرق المقررة قانوناً وأصبح نهائياً وباتاً.

[3] أن الحكم المستأنف قد شابه الكثير من العوار وأوجه القصور التي خلعت عنه ثوب الاحترام والثقة ويكفي أن أخطاء جسيمة قد علقت به سواء في تسجيل وقائع الدعوى أو في فهم القانون وتطبيقه التطبيق الصحيح على تلك الوقائع.

**[ بنـــــاءً عليـــــه ]**

**نُصمـــم على الطلبـــــات.**

**وكيـــل المتهـــم**

**د. كمال الجوهـــري**

**المحامـــي**

# الباب الثاني
# توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال
# إعداد وصياغة الاستشارات القانونية


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# إعداد وصياغة الاستشارات القانونية

أولاً: ماهية الاستشارة القانونية:

الاستشارات القانونية من أدق أعمال المحاماة التي يؤديها المحامي، والاستشارة هي طلب إبداء الرأي القانوني في موضوع يثير مشكلات أو مسائل عملية تستوجب تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق لإيجاد الحلول الصحيحة بتلك المشكلات، وقد تكون هذه المشكلات متعلقة بمواد مدنية أو تجارية أو جزائية أو مواد أحوال شخصية أو أية مواد أخرى.

ثانياً: وسائل إبداء الرأي القانوني المكون لجوهر الاستشارة القانونية:

إن طالب الاستشارة القانونية قد يختار أو يلجأ إلى وسيلة من وسائل ثلاث للحصول على الاستشارة القانونية التي يطلبها، وهذه الوسائل هي:

1 – الاتصال الهاتفي (التليفوني).

2 – الاتصال الشخصي أي الحضور إلى مكتب المحامي ومقابلته والجلوس معه.

3 – إرسال مكاتبة تتضمن جوانب الموضوع والمشكلات التي يرغب طالب الاستشارة في إبداء الرأي القانوني فيها.

فأما عن الاتصال الهاتفي أو الشخصي، فإن طالب الاستشارة قد يتصل بالمحامي هاتفياً أو يحضر إليه شخصياً في مقابلة معه، ثم يطرح عليه الموضوع، ويطلب منه إبداء الرأي القانوني، وقد يكون الرأي القانوني المطلوب شفوياً أو مكتوباً، إذ قد يكتفي طالب الاستشارة بالحصول فقط على الرأي القانوني المطلوب شفوياً، دون أن يطلب من المحامي كتابة هذا الرأي على أوراق أو مطبوعات مكتبه.

ونود بإخلاص توجيه انتباه الإخوة والزملاء المحامين الذين يتصدون لإبداء الرأي القانوني بوجه عام، إلى خطورة الاستشارة القانونية الشفوية، ومن ثم فإننا نوصي بعدم التسرع في إبداء الرأي القانوني الشفوي الذي يراه المحامي، وذلك سواء عن طريق الاستشارة بالهاتف أو عن طريق الاتصال الشخصي المباشر.

وأما عن الاستشارات القانونية المكتوبة، فإنه من المفترض أن هذه هي الوسيلة المثالية لإبداء الرأي القانوني، حيث يكون للمحامي في مجال هذه الوسيلة فرصة البحث والتقصي لإعداد الاستشارة بدقة وثقة بعد الرجوع إلى المصادر والمراجع

المختلفة ليتحصل منها المحامي على الحقائق والمعلومات القانونية التي يصيغها في الاستشارة عندما يقوم بكتابتها، وليكون أمام المحامي الوقت الكافي لإعداد وصياغة رأيه القانوني بطريقة دقيقة ومقنعة ومحترمة.

ثالثاً: الاستشارة القانونية أخطر من الفتوى الشرعية وأعظم منها أثراً:

لا يخفى على أحد أن الاستشارة القانونية قد يترتب عليها آثار في غاية الخطورة، ويقصد بذلك حالة أن يكون الرأي القانوني الذي أبداه المحامي غير صحيح قانوناً أيا كان المجال الذي أبدى فيه هذا الرأي، ذلك أنه يترتب عليه تحمل طالب الاستشارة أعباء وتبعات قد تكون جسيمة، على خلاف الحال والوضع فيما لو كانت تلك الاستشارة صحيحة وموافقة لأحكام القانون.

أما في حالة الفتوى الشرعية، فإن طالب الفتوى لو كان قد حصل على فتوى شرعية خاطئة أو غير متفقة مع الرأي الشرعي الصحيح، فإن طالب الفتوى يُعذر من قبل الله سبحانه وتعالى، لأنه قد عمل برأي عالم أو مفت، وإن كان هذا الرأي قد تبين عدم صحته، إذ في هذه الحالة يتحمل العالم أو المفتي وحده تبعه رأيه الذي أفتى به، وتلك هي علاقة بينه وبين الله سبحانه وتعالى، ويكفي العالم الشرعي أنه قد اجتهد، سواء أصاب أو أخطأ، فإذا أصاب فإنه يثاب على صواب رأيه بالإضافة على إثابته على مجرد الاجتهاد، وإن أخطأ في الرأي الذي توصل إليه، فإنه يثاب على مجرد اجتهاد.

الخلاصة إذن، أن الرأي القانوني الخاطئ أخطر من الفتوى الشرعية لأنه قد يثقل طالب هذا الرأي بتبعات لا مبرر لها وقد يكون غير مؤهل لتحملها، وهذا على خلاف الحال بالنسبة للفتوى الشرعية غير الصحيحة التي يعمل بها طالب الفتوى، والتي لا يتحمل وزرها ولا يترتب على العمل بها أية تبعات طالما أنه قد تحري الدقة في طلب هذه الفتوى.

رابعاً: طريقة إعداد وصياغة الرأي القانوني الذي تتضمنه الاستشارة القانونية:

يلزم لإعداد الرأي القانوني أو الاستشارة القانونية بوجه عام اتباع القواعد والخطوات التالية:

القاعدة والخطوة الأولى:

حصر واستيعاب الوقائع التي عرضها طالب الاستشارة والمطلوب إبداء الرأي فيها، فهي تكون صلب وجوهر الاستشارة.

القاعدة والخطوة الثانية:

ترشيح ثم حصر المسائل أو القواعد القانونية التي تثيرها وقائع الاستشارة والتي تم حصرها مسبقاً.

الاستشارة القانونية تتألف من عنصرين:

الاستشارة القانونية في هدي ما تقدم، تتألف من عنصرين هما:

العنصر الأول: هو عبارة عن الوقائع أو المعطيات أو الحقائق التي يحصل عليها المحامي من طالب الاستشارة، أيا كانت وسيلة طلب الاستشارة، أي سواء أكانت عن طريق الهاتف أو بطريق المقابلة الشخصية المباشرة أو عن طريق طلب أو مذكرة مكتوبة من قبل طالب الاستشارة.

ويلزم توجيه الانتباه إلى أن هذا العنصر له أهمية بالغة في تحديد الرأي القانوني وصياغته بدقة، ذلك أن الوقائع التي يتحصل عليها المحامي هي التي ترشده وتوجهه إلى ترشيح ثم اختيار النصوص القانونية التي تستجيب لحل هذا النزاع، ومن ثم فإن الوقائع تعين المحامي على إبداء الرأي القانوني الصحيح طالما أن المحامي قد استوعب الحقائق أو المعطيات التي تضمنتها وقائع الاستشارة بطريقة صحيحة ومتكاملة.

العنصر الثاني: هو عبارة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع، وقد تكون القواعد القانونية التي يثيرها موضوع الاستشارة متعلقة بقانون واحد أو بعدة قوانين، وذلك حسبما يشير ويرشد إليه موضوع ووقائع الاستشارة.

القاعدة والخطوة الثالثة:

مراجعة النصوص القانونية التي تم ترشيحها للانطباق على وقائع الاستشارة إذ يلزم أن يرجع المحامي إلى هذه النصوص، سواء أكان الأمر يتعلق بقانون واحد أو بعدة قوانين.

ونوجه الانتباه في هذا الخصوص إلى ضرورة التحوط والتحرز في تفسير وتأويل النصوص القانونية التي يرى المحامي أنها قد تنطبق على موضوع ووقائع الاستشارة، إذ يلزم التأكد تماماً من أن هذه النصوص تنطبق على الوقائع التي طرحها طالب الاستشارة والتي تطلب الاستشارة بشأنها، فكثيراً ما يحدث خطأ في تفسير النصوص القانونية مما يجعل المحامي يعتقد أن هذه النصوص تنطبق على الوقائع المعروضة عليه، وتكون حقيقة وواقع الأمر أن هذه النصوص لا تنطبق على تلك الوقائع.

لذلك، فإننا نوصي بضرورة الرجوع إلى المؤلفات التي تشرح هذه النصوص حتى يكون المحامي على ثقة فيما يتوصل إليه، وسواء أكانت هذه المؤلفات هي مؤلفات التعليق على النصوص أو المؤلفات الدراسية الجامعية.

## مثال أو نموذج توضيحي

جاء طالب الاستشارة إلى مكتب المحامي وقابله وجلس معه وعرض عليه ما يأتي:

1 – أنه يملك قطعة أرض زراعية (حدائق) مساحتها عشرة أفدنة، وتوجد بجواره قطعة أرض زراعية ملاصقة له مساحتها ثلاثة أفدنة، وهذه القطعة تلاصق أرضه من جهتين.

2 – كانت الأرض المجاورة لطالب الاستشارة مرهونة رهناً حيازياً تأميناً لدين على مالك هذه الأرض، ولم يقم المدين بسداد هذا الدين.

3 – اتخذ الدائن إجراءات نزع الملكية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتم بيع الأرض المرهونة بالمزاد العلني.

ولقد رسا المزاد على ابن المدين الراهن.

4 – عرض طالب الاستشارة على المحامي أنه يرغب في أخذ قطعة الأرض المجاورة له عن طريق الشفعة وطلب منه الرأي في ذلك.

طريقة التفكير في هذا الموضوع:

أولاً: ما عرضه طالب الاستشارة هو الوقائع والحقائق أو المعطيات التي تتضمنها هذه الوقائع، وهذا هو العنصر الأول من عنصري الاستشارة القانونية، حيث يجب أن يفهم هذه الوقائع جيداً بما ورد بها من معطيات وحقائق.

ثانياً: يبحث المحامي بعد ذلك في نصوص القانون التي تثيرها هذه الوقائع وما تضمنته من معطيات وحقائق، ويلزم التنويه أن موضوع الاستشارة بصفة مجملة يتعلق "بالشفعة"، ومن ثم يلزم أن يرجع المحامي إلى نصوص الشفعة، ثم يحدد من بين هذه النصوص النص أو النصوص التي تنطبق على هذه الوقائع بشكل قاطع.

وبالرجوع إلى نصوص الشفعة سوف يتبين للمحامي، أن النصوص التي تنطبق على واقعة النزاع هي النصوص التالية:

1 - الفقرة (هـ) من المادة 936 من القانون المدني.

2 - الفقرتان (أ) و (ب) من المادة 939 من القانون ذاته.

ويجب أن يرجع المحامي ليراجع هذه النصوص، ثم يراجع مؤلفات التعليق على النصوص ليستخرج منها القواعد الواردة في هذه النصوص وتدوينها لديه في ورقة أو أوراق تكون معه، لأن هذه القواعد هي التي ستكون في النهاية الرأي القانوني الذي يبديه لطالب الاستشارة.

وسوف يجد المحامي عندما يرجع إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني، بشأن النصوص التي حددناها، ما يأتي:

(1) أن حق الشفعة يثبت في عدة أحوال حددتها المادة (936) من القانون المدني، ومن هذه الأحوال، ما عرضه المشرع في الفقرة (هـ) من المادة والتي منحت حق الشفعة "للجار المالك في ثلاثة أحوال، ويشتبه أن تنطبق الحالة الثالثة منها على الوقائع المطلوب الاستشارة بشأنها، وباعتبار أن الحالتين الأولى والثانية لا تنطبقان بيقين على هذه الوقائع.

ووفقاً لنص الفقرة (هـ/3) يكون للجار المالك حق الشفعة "إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل" ويكون ذلك بالنسبة للأراضي غير المبنية وغير المعدة للبناء مثل الأراضي الزراعية، وباعتبار أن الفقرة (هـ/1) تخص العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء[1].

(1) يراجع: المستشار أنور طلبة، التعليق على نصوص القانون المدني جـ2 ص 503.

(2) أنه ووفقاً للمادة (939) من القانون المدني لا يجوز الأخذ بالشفعة في ثلاثة أحوال، منها:

"أ – إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

ب – إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

جـ - ....."

(3) أنه بتطبيق القواعد القانونية السالفة البيان على الوقائع المطلوب إبداء الرأي القانوني وإعداد الاستشارة بشأنها يتبين الآتي:

(أ) أن أرض الشفيع (طالب الشفعة) والأرض المجاورة له والتي يريد أخذها بالشفعة هي أرض زراعية، ومتلاصقة من جهتين، وهو ما يشترطه المشرع في رقم (3) من الفقرة (هـ) من المادة (936) من القانون المدني.

(ب) أنه يتوافر سببان يحولان دون الأخذ بالشفعة في حالة طالب الاستشارة:

السبب الأول : أن البيع تم بالمزاد العلني ووفقاً لإجراءات رسمها القانون باعتبار أن الأرض كانت مرهونة ضماناً لدين على مالك هذه الأرض، وأنه لم يقم بسداد الدين، فقام الدائن المرتهن بالتنفيذ الجبري وبيع العقار بالمزاد العلني لاستيفاء دينه، وهو ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (939) من القانون المدني.

والسبب الثاني: أن البيع وقع بين الأصول والفروع، وباعتبار أن المزاد العلني قد رسا على ابن المدين الراهن، ووفقاً لنص الفقرة (ب) من المادة (939) من القانون المدني.

فيكون الرأي القانوني أنه لا يحق لطالب الاستشارة أخذ هذا العقار المبيع بالشفعة لكونه قد تم بيعه بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون، فضلاً عن أن البيع قد بين أب وولده أي بين الأصول والفروع.

القاعدة أو الخطوة الرابعة:

مراجعة بعض مجموعات أحكام محكمة النقض لاختيار بعض الأحكام التي صدرت في موضوعات مماثلة أو مشابهة للوقائع المطلوب بشأنها الاستشارة القانونية وذلك لكي يوثق المحامي رأيه الذي ينتهي إليه ويعضده بأحكام محكمة النقض باعتبار هذه الأحكام سوابق قضائية مهمة.

القاعدة أو الخطوة الخامسة:

أن المحامي عندما يرجع إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون أو المؤلفات الجامعية أو إلى مجموعات الأحكام القضائية أو المؤلفات والأبحاث الفقهية، فإنه يجب أن يدون في أوراق متفرقة كل ما يتحصل عليه ويراه متصلاً بموضوع الاستشارة، وبحيث تكون هذه الأوراق المتفرقة التي يدونها المحامي ومع أنها غير مترابطة، إلا أنها تعتبر "مسودة" في كل جزئية من جزئيات الموضع.

القاعدة أو الخطوة السادسة:

بعد كتابة "المسودة" المنوه عنها في الخطوة السابقة، والتي كانت عبارة عن أوراق متفرقة وعبارات غير مترابطة، فإن المحامي يجد نفسه أن لديه وتحت يده مادة كاملة تشمل كل جوانب الموضوع المطلوب إبداء الرأي فيه وإعداد الاستشارة بشأنه.

فيبدأ المحامي في هذه الحالة الصياغة النهائية للاستشارة المطلوبة، بأن يرتب هذه الأوراق التي سبق له أن أعدها، سواء عندما قرأ التعليق على نصوص القانون، أو عندما اطلع على أحكام محكمة النقض أو آراء الفقه، ثم يضع ما دونه في الثوب النهائي المتكامل بأن يعرض الرأي الذي استقر عليه، مزوداً بالأدلة والأسانيد المختلفة، القانونية والقضائية والفقهية، مما يبعث على الثقة في الاستشارة واليقين في صحة ما انتهت إليه، وبالتالي اطمئنان طالب الاستشارة القانونية إلى ما انتهى إليه رأي المحامي، كما أن المحامي يطمئن إلى صحة ودقة العمل الذي أداه.

# نموذجان آخران
# لاستشارات قانونية وخطوات إعدادها
# [ النموذج الأول ]

أولاً: وقائع الاستشارة:

جاء طالب الاستشارة إلى مكتب المحامي، وعرض عليه موضوعه وطلب منه إعداد الرأي القانوني فيه، وكان طالب الاستشارة قد عرض على المحامي ما يأتي:

(1) أنه قد أصدر توكيلاً رسمياً عاماً إلى شخص، وقد وكله في بعض التصرفات الواردة في التوكيل ومنها البيع والشراء والرهن والاقتراض من البنوك وغيرها.

(2) أن الموكل كان يملك عقاراً عبارة عن بناء على مساحة خمسمائة متر مربع مكون من ثلاثة طوابق، وتصرف الوكيل في هذا العقار بالبيع لنفسه، ولما علم الموكل بهذا البيع وأن الوكيل هو الذي باع لنفسه فكر في طريقة تجعل هذا البيع غير نافذ في حقه لسببين عرضهما طالب الاستشارة، الأول أن الثمن غير مناسب، والثاني أنه لا يرغب في أن يشتري الوكيل العقار لأسباب شخصية لم يفصح عنها.

(3) أن المحامي وقد اطلع على صورة التوكيل الصادر من طالب الاستشارة لوكيله، فقد تبين له أنه لم يُذكر في التوكيل أن الوكيل له الحق في البيع لنفسه.

ثانياً: كيفية التفكير في الموضوع وإعداد الاستشارات المطلوبة:

(1) بعد أن سمع المحامي الوقائع المطلوب إبداء الاستشارة بشأنها من الطالب نفسه، أو إطلع على ما أرسله له من ملاحظات ومعلومات بشأنها، فإن المحامي بلا شك يكون قد وقف على حقيقة الوقائع وأسبغ عليها التكييف القانوني الصحيح، وهو ما يصل به إلى الخطوة التالية.

(2) إن الخطوة التالية لما تقدم هي ترشيح وتحديد النصوص القانونية التي يرى المحامي ومنذ الوهلة الأولى لاطلاعه على الوقائع، أن هذه النصوص هي المرشحة للانطباق على الوقائع وفي مرحلة تالية وبعد الاطلاع على هذه النصوص يحدد المحامي بطريقة قاطعة النصوص القانونية التي تحكم الوقائع..

إن من أهم النصوص التي تنطبق على تلك الوقائع نص المادتين 108، 703 من القانون المدني.

(3) يقوم المحامي بالاطلاع على نص المادتين 108، 703 من القانون المدني، ثم يحاول الاطلاع على مؤلف من مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني، أو أية مؤلفات أخرى في شرح القانون مما تتعلق بالموضوع، ومن أهم ما يجب أن يقف عليه المحامي وهو يطلع على هذين النصين ما يأتي:

(أ) أن المادة 108 من القانون المدني تنص على أنه: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل..."

وأما المادة 703 فقد نصت على أن:

"1 – الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة...".

(ب) أنه بتطبيق النصين سالفي البيان على واقعة الاستشارة المطلوبة يتبين ما يلي:

1 – أن التوكيل الصادر من الموكل طالب الاستشارة إلى وكيله مع أنه تضمن التصرف بالبيع إلا أنه لم ينص فيه على أن من حق الوكيل أن يبيع لنفسه، وهو ما كان يوجب على الوكيل الالتزام بحدود وكالته

2 – أن الوكيل وإذ تصرف لنفسه بالبيع دون أن تكون وكالته تبيح له هذا التصرف، فإنه بذلك يكون قد تجاوز حدود الوكالة، ويكون تصرفه غير نافذ في حق الموكل.

(4) إن ما قررناه فيما تقدم، هو ما يمكن أن يجده المحامي عندما يراجع مؤلفات التعليق على النصوص أو مؤلفات شرح القانون المدني، وهو وكما سلف البيان يجب أن يدون في ورقة أو أوراق تكون معه هذه القواعد والمعلومات لأنها هي التي تكون صلب وجوهر الاستشارة القانونية عندما يقوم بكتابها وصياغتها في ثوبها وبمضمونها النهائي، في المرحلة الأخيرة.

(5) كتابة وصياغة الاستشارة في شكلها النهائي الذي تقدم به إلى الموكل الذي طلبها، وفي هذه المرحلة يستفيد المحامي من كل ما دونه من معلومات وقواعد وأحكام قضاء، فيقوم بعرض موضوع الاستشارة والرأي الذي انتهى إليه مع أسانيده القانونية والقضائية التي يؤسس ويعضد بها رأيه، كما سلف البيان.

## [ النموذج الثاني ]

أولاً: وقائع الاستشارة

تتلخص وقائع الاستشارة فيما يلي:

(1) كان أحد البنوك يشرع في إعداد نموذج عقد تسهيلات مصرفية، ويريد أن يضمن هذا النموذج نصاً يجيز للبنك حق مطالبة العميل بسداد المديونية الناشئة عن تلك التسهيلات قبل حلول الأجل المبين بالعقد، كما يجيز النص المقترح للبنك الحق أيضاً في إلغاء ما لم يستخدمه العميل من التسهيلات الممنوحة له، وذلك أيضاً قبل حلول الأجل.

(2) ولقد حصل البنك على رأي قانوني لا يجيز له أن يضمن نموذج عقد التسهيلات النص المقترح، لأنه هذا النص من شأنه أن يجعل العقد من عقود الإذعان.

فطلب البنك منا الرأي الفصل في هذا الموضوع.

ثانياً: كيفية التفكير في الموضوع وإعداد الاستشارة المطلوبة:

(1) يلزم أن يحيط المحامي بالوقائع ويفهم مدلولاتها جيداً، وذلك للوقوف على كل الحقائق والمعطيات التي وردت بها وتشير إليها، وهي واضحة على النحو الذي عرضناه به.

(2) إن هذه الوقائع بالضرورة تستثير في ذهن المحامي بعض النصوص القانونية التي تكون مرشحة لأن تطبق على هذه الوقائع، ثم يرجع المحامي إلى النصوص القانونية التي رشحها للانطباق على الوقائع، ليستقر بصفة نهائية على النصوص التي تنطبق بالفعل على الوقائع، لتكون هي محل بحثه.

إن من النصوص التي تنطبق على واقعة الاستشارة محل البحث نص المادة 149، من القانون المدني، ونص المادة 136 من القانون ذاته، هذا فضلاً عن نص المادة 1/147 التي تقرر القاعدة العامة في إلزام بنود العقد.

(3) يلزم أن يرجع المحامي إلى مؤلفات التعليق على نصوص القانون المدني، أو المؤلفات الجامعية وذلك للوقوف على القواعد القانونية التي وردت في كل من المواد 149، 1/147، 136، وبالرجوع إلى هذه المؤلفات يجد ما يأتي:

(أ) أن نص المادة 149 من القانون المدني في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي به المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه

شركات الاحتكار، والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ولا تعقيب على تقديره من محكمة النقض مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه، ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف ذلك، ويبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام[1].

وفي بيان خصائص عقود الإذعان، قضت محكمة النقض بأن "من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هي السلع التي لا غنى عنها للناس، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، وبحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها ولو كانت جائزة"[2].

إن عقود الإذعان إذن، يجب أن تتوافر لها شروط ثلاثة:

1 - أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمساهمين أو المنتفعين.

2 - احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.

3 - توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها.

(1) المستشار أنور طلبه، المرجع السابق جـ1 ص 153.

(2) نقض 1991/4/22 أحكام النقض، الطعن 1320 سنة 55 قضائية.

(ب) الأصل العام في العقود هو حرية المتعاقدين في أن يضمنا العقد ما تتفق عليه إرادتيهما وذلك وفقاً لما جرى عليه نص الفقرة (1) من المادة 147 من القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين" وذلك ما لم يتضمن ما اتفق عليه المتعاقدان أية مخالفة للقانون أو النظام العام.

(4) أن ما ذكرناه فيما سلف هو ما يمكن أن يجده المحامي عندما يراجع المؤلفات القانونية ومجموعات الأحكام القضائية، وهو ما يلزم أن يدونه في أوراق تكون معه وهو يتصفح هذه المؤلفات، حتى يدون ما يراه يتفق مع الرأي الذي يبديه في الاستشارة، لأن ما يدونه المحامي في هذه الخطوة هو الذي يتألف منه جوهر الرأي الذي ينتهي إليه وأسانيده القانونية.

وبتطبيق القواعد القانونية التي وردت في المواد 149، 1/147 و 136 من القانون المدني والسالف بيانها، على وقائع الاستشارة محل البحث يتبين أن النص المقترح إضافته إلى نموذج عقد التسهيلات المصرفية لا يجعل هذا العقد من عقود الإذعان، لأنه لا تتوافر لهذا العقد الشروط الثلاثة التي يخضع لها عقد الإذعان.

فلا يكفي لاعتبار العقد من عقود الإذعان، كون هذا العقد معد مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين، وأن المتعاقد الآخر لا يملك مناقشة صيغة هذا العقد بما تضمنته من شروط حتى ولو كانت تعسفية بالنسبة له، بل لابد أن يكون هذا العقد تتوافر له الخصائص الثلاثة السابقة، بالإضافة إلى كونه معداً مسبقاً، وذلك حتى يمكن اعتباره من عقود الاذعان.

ويكفي للتدليل على أن عقد التسهيلات المصرفية، بعد إضافة النص المنوه عنه إليه، لا يكون عقد إذعان، أن البنك الذي يقدم هذه التسهيلات المصرفية لا يحتكر عمليات التسهيلات المصرفية احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وأنه لا يسيطر على هذه العمليات بما يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وهو ما ينتهي بنا إلى الجزم بأن النص في عقد التسهيلات المصرفية الذي يجيز للبنك حق مطالبة العميل بسداد المديونية الناشئة عن تلك التسهيلات قبل حلول الأجل المبين في العقد والذي يجيز له كذلك إلغاء ما لم يستخدمه من تسهيلات ممنوحة له أيضاً قبل حلول الأجل، أن هذا النص في العقد صحيح ولا يجعل عقد التسهيلات ضمن عقود الإذعان.

(5) وفي الخطوة الأخيرة، يقوم المحامي بكتابة الاستشارة وصياغتها في شكلها النهائي مستخدماً القواعد التي دونها في المراحل السابقة، كما سلف البيان.

وتلزم الإشارة أخيراً أن كيفية وخطوات إعداد وصياغة الاستشارة القانونية، هي ذات كيفية وخطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع، ولكن بشكل مبسط يتناسب مع طبيعة وحجم الاستشارة، وباعتبار أن مذكرة الدفاع قد تكون وقائعها كثيرة ومتشعبة وهو ما ينعكس على المسائل القانونية التي تثير تطبيقها وهذا بعكس الاستشارة القانونية فإنها غالباً تكون محدودة الوقائع، ومن ثم لا تثير تطبيق مسائل قانونية كثيرة أو معقدة.


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# الباب الثالث
# توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال
# إعداد وصياغة العقود ومذكرات التفاهم


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

## إعداد وصياغة العقود أو مذكرات التفاهم

إعداد وصياغة العقود ومذكرات التفاهم هي من أهم أعمال المحاماة التي يقوم بها المحامي، وهنا يمكننا وضع بعض القواعد العامة المفيدة في كيفية إعداد عقد متكامل الأركان والشروط وصياغته في عبارات وألفاظ معبرة تحقق إرادة الطرفين، والأمر ذاته بالنسبة لمذكرة التفاهم.

والقواعد التي نعرضها في هذا الشأن قد روعى فيها العناصر الثابتة التي توجد في أي عقد أو أية مذكرة تفاهم، فضلاً عن العناصر التي قد تتغير من حالة إلى حالة أخرى بحسب موضوع العقد وظروف وملابسات التعاقد والأمر ذاته بالنسبة لمذكرة التفاهم.

وفي هذا الخصوص يجب مراعاة ما يأتي:

أولاً: طرفا العقد: لكل عقد طرفان أو أكثر، ويكتب هذا البيان بعد كتابة تاريخ تحرير العقد، ولابد من كتابة هذا البيان بطريقة شاملة متكاملة، فإذا كان طرف من طرفي العقد، أو كان كلا الطرفين يمثل بنائب عنه أو وكيل فلابد من ذكر ذلك، ويذكر السند القانوني للنيابة أو الصفة.

ثانياً: التمهيد: يفضل دائماً أن يخصص بنداً للتمهيد، وفيه تذكر الفكرة الدافعة إلى التعاقد، وموجزاً عن موضوع العقد، وما حدا بطرفي العقد إلى إبرامه.

ثالثاً: "يعتبر التمهيد السابق جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد، مفسراً ومتمماً لأحكام" يفضل دائماً أن يرد هذا النص في كل عقد، ويكون في أول بند أو مادة بعد التمهيد مباشرة.

رابعاً: يذكر موضوع العقد، ويختلف الموضوع من عقد إلى آخر، بحسب ما إذا كان العقد بيعاً أو إيجاراً، أو عقد عمل، أو عقد استشارات قانونية.. إلخ.

خامساً: تحديد التزامات طرفي العقد: ويجب البدء بتحديد التزامات الطرف الأول، ثم التزامات الطرف الثاني، ونوجه النظر إلى أن هذه الالتزامات يلزم أن يتم الحصول عليها من الموكل الذي طلب من المحامي إعداد العقد، إذ يجب أن يسأله المحامي ويحصل منه على كل الأفكار والعناصر والحقائق التي يريد أن يكتبها في نصوص العقد.

سادساً: أية بنود خاصة إضافية: يلـزم أن يرجـع المحـامي إلى طـرفي العقـد وخاصـة الموكـل، للوقوف من خلاله على أية معلومات أو قواعد يريد أن يضمنها في العقـد، وبعـد أن يحصل المحامي من الموكل على هذه المعلومات أو الحقائق سـواء مـن موكلـه أو من الطرف الآخر يقوم المحامي بصياغتها في هيئة نصـوص أو بنـود في العقـد، طالما أن الطرفين قد تراضيا عليها.

سابعاً: القانون الواجب التطبيق: لابد أن يذكر المحامي في نصـوص العقـد القـانون الواجـب التطبيق في حالة حدوث نزاع بشأن تطبيق أو تنفيـذ أو تفسـير العقـد، هـل هـو القانون المصري أو أي قانون آخر.

ثامناً: طريقة حل أو إزالة أو الفصل في أي نزاع قد ينشأ عن تنفيذ أوتفسـير العقـد، فيجـب تحديد هل يلجـأ الطرفـان إلى التحكـيم لحـل أي نـزاع في هـذا الخصـوص أم إلى القضاء العادي في الدولة للفصل في ذلك النزاع.

تاسعاً: نسخ العقد، يخصص بند لكتابة عدد نسخ العقد، ويكون ذلك بعدد الأطراف، وينص في هذا البند على أن كل طرف قد تسلم نسخة طبق الأصل من نسخ العقد.

**ملاحظات عامة:**

نود إبداء بعض الملاحظات في خصوص طريقة إعداد وصياغة العقد، وهذه الملاحظات هي:

الملاحظة الأولى:

يجب كتابة بنود العقد في هيئة مواد، فيخصص لكل بند "مـادة" وذلـك عـلى النحـو الذي سوف يجده القارئ في النماذج التي سوف نوردها في موضع قادم.

فالعقد هو قانون المتعاقدين، ومن ثم يجب أن تعنون نصوص العقـد بلفـظ "مـادة 1" و "مادة 2" و "مادة 3" وهكذا.

الملاحظة الثانية:

العناصر السابقة التي أوردناها هي العناصر الثابتة في معظم العقود، إلا أنه قد توجد عقود تستلزم كتابة عناصر أخرى، مثل عقود العمل مثلاً، إذ لابد من كتابة الأجر والمدة وكيفية إنهاء أو فسخ العقد.

الملاحظة الثالثة:

عند صياغة العقد يجب مراعاة ما تقضي به القواعد القانونية الآمرة، إذ لا يجوز أن يتضمن العقد نصوصاً تخالف بأي قدر ما تنص عليه قاعدة قانونية من القواعد الآمرة.

فالمبدأ العام أن المتعاقدين لهما الحق في أن يضمنا العقد ما تتفق عليه إرادتيهما، ما لم يخالف ذلك القانون أو النظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلاً، وذلك مستفاد من نص المادتين 136، 137 من القانون المدني.

أما ما لم ينص عليه المشرع في قاعدة آمرة، وهو ما يسمى بالقواعد المفسرة أو المكملة، فالمتعاقدان لهما كامل الحرية في أن يضمنا العقد نصوصاً قد تتعارض مع هذه القواعد، طالما أنهما قد اتفقا على هذه النصوص.

**كيف يميز المحامي بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة أو المفسرة:**

قلنا أن القواعد الآمرة لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا على ما يخالفها، أما القواعد المقررة أو المفسرة أو المكملة فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا على اتباع حكم آخر يخالفها.

والسؤال كيف يمكن معرفة أن قاعدة ما آمرة أو مكملة، يوجد معياران لذلك، أحدهما "لفظي" والآخر "معنوي"، ويمكن اتباع أحدهما أو كلاهما في التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

أولاً: المعيار اللفظي في التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

في استعمال هذه المعيار يمكن الاستعانة بإحدى طرق ثلاث:

(1) أن تتضمن القاعدة القانونية نصاً صريحاً على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على عدم جوازه.

(2) أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية آمرة، ما لم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها، فتكون مقررة أو مكملة.

(3) أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية مقررة، ما لم يتضمن النص على بطلان كل اتفاق يخالفها.

ثانياً: المعيار المعنوي:

فيكون الضابط المميز بين نوعي القواعد في مضمون الخطاب الذي تضمنته القاعدة وطبيعة العلاقة التي ينظمها، كأن تتعلق العلاقة أو المضمون بمصلحة المجتمع أو بالنظام العام[1].

**الطريقة التي اتبعها القانون المصري:**

لقد اشتمل القانون المصري على قواعد كثيرة تضمنت نصوصاً صريحة في بطلان الاتفاق على ما يخالفها، أو في جواز مثل هذا الاتفاق، ومن ثم تكون القاعدة القانونية في الحالة الأولى قاعدة آمرة، أما في الحالة الثانية فتكون مقررة، ونذكر أمثلة لنوعي القواعد:

أولاً: أمثلة للقواعد الآمرة التي تضمنت نصوصاً صريحة في بطلان الاتفاق على ما يخاطبها أو حرمان الاتفاق على ذلك:

1 – نص المادة (227) من القانون المدني الذي يحرم الاتفاق على فوائد تزيد على 7% سنوياً، ويقضي بأنه إذا اتفق المتعاقدان على فوائد تزيد على هذا السعر، وجب خفضها إلى 7%، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر.

2 – نص الفقرة الثانية عن المادة (131) من القانون المدني على أن "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه..." وكذلك نص الفقرة الثانية من المادة (1033) الذي يقضي بأن يقع باطلاً رهن المال المستقبل، ونص المادة 492 الذي يقضي بأن تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة.

3 – نص المادة (465) من القانون المدني القاضي بتحريم ببيع الوفاء واعتبار الاتفاق على احتفاظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة باطلاً.

(1) يراجع الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ1 المدخل للعلوم القانونية طبعة 1987 ص 128 وما بعدها.

4 – نص المادة (471) من القانون المدني الذي يحرم على القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين أن يشتروا الحق المتنازع فيه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم من دائرتها، فضلاً عن المادة (472) من القانون ذاته.

5 – نص المادة (515) فقرة أولى من القانون المدني الذي يقضي بأنه إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو خسائرها، كان عقد الشركة باطلاً.

6 – نص المادة (544) من القانون المدني الذي يخول المقترض إذا كان القرض بفائدة ومضت عليه ستة أشهر، الحق في أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه قبل حلول الأجل المعين لانتهاء القرض، ويحرم الاتفاق على إسقاط حق المقترض في الرد أو على الحد منه.

7 – نص المادة (546) من القانون المدني الذي يشترط في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء المدين، ويقرر أن كل اتفاق يقضي بغير ذلك يقع باطلاً.

ومن قبيل النصوص التي وردت بها قواعد قانونية آمرة في القانون المدني، فضلاً عما تقدم، النصوص التالية:

المواد 133، 135، 136، 147 فقرة ثانية، 149، 217 فقرة ثالثة، 224، 310، 311، 445 فقرة ثالثة، 446 فقرة أولى، 453، 519، 578.

ثانياً: أمثلة للقواعد القانونية المقررة (المكملة) التي نص فيها على جواز الاتفاق على ما يخالفها:

1 – نص المادة (226) من القانون المدني على إلزام المدين بأن يدفع للدائن فوائد تأخير قدرها 4% في المسائل المدنية أو 5% في المسائل التجارية وعلى سريان هذه الفوائد من وقت المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها.

2 – نص المادتين 456، 457 من القانون المدني على أن يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان وفي الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف تجاري يقضي بغير ذلك.

3 – نص المادة 461 من القانون المدني على أنه في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار ما لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره.

4 – نص المادتين 462، 463 من القانون المدني على أن تكون نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

5 – نص المادة (514) من القانون المدني على أنه إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال.

6 – نص المادة (567) من القانون المدني التي تفرض على المؤجر التزام صيانة العين المؤجرة وإجراء الترميمات الضرورية فيها أثناء الإجارة، ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك.

ولقد وردت نصوص قانونية كثيرة تضمنت قواعد مقررة نص فيها على جواز الاتفاق على ما يخالفها، ومن هذه النصوص: المواد 436، 458، 473، 475، 476، 499، 508، 518، 524، 557، 576، 593، 617، 827، 846.

ويلزم توجيه النظر إلى أن القانون المصري لم يلتزم هذه الخطة بالنسبة للأغلبية الكبرى من القواعد القانونية، فقد وردت نصوص تعتبر آمرة مع عدم تصريحها ببطلان كل اتفاق يخالفها، ومن هذه النصوص المواد 230، 232، 311، 433 فقرة أولى، 434، 454، 480، 509، 834 من القانون المدني.

كما وردت نصوص أخرى تعتبر مقررة ولو أنها لم تصرح بجواز الاتفاق على ما يخالفها، ومن قبيل ذلك المواد 431، 437، 439، 442، 510 من القانون المدني.

الملاحظة الرابعة:

يلاحظ أنه توجد عناصر ثابتة يمكن أن تكتب في أي عقد، وهذه العناصر هي:

1 – طرفا أو أطراف العقد.

2 – التمهيد.

3 – النص في العقد على أن التمهيد جزءاً لا يتجزأ من العقد مفسراً ومتمماً لأحكامه.

4 – موضوع العقد.

5 – القانون الواجب التطبيق على العقد.

6 – طريقة الفصل في النزاع الذي قد ينشأ بسبب أو بمناسبة تنفيذ أو تفسير العقد، هل هو التحكيم أو القضاء العادي.

7 – نسخ العقد.

الملاحظة الخامسة:

أنه توجد عناصر خاصة أخرى يختص بها عقد من العقود، وهذه العناصر تتوقف على إرادة واتفق ذوي الشأن حسبما تمليه ظروف وملابسات التعاقد وما تفرضه على المتعاقدين أن يضمنا العقد بعض الشروط أو التفاصيل الخاصة التي تكون محل اتفاق بينهما.


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل

# الباب الرابع
# توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية الأخرى


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن و عمل

# الفصل الأول

## طبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي

- المبحث الأول : أنواع الحجز وطبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي.
- المبحث الثاني: أوجه الاختلاف بين الحجز التحفظي والحجز التنفيذي.

## الـمبحـث الأول

## ( أنوع الحجز وطبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي)

أولاً: أنـــواع الحـجـــز:

الحجز نوعان:

(1) حجز تحفظي.

(2) حجز تنفيذي.

ثانياً : طبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي:

(1) الحجز التحفظي هو:

(أ) وضع المال تحت يد القضاء سواءً أكان هذا المال منقولاً أم عقاراً، وذلك بقصد منع صاحبه من التصرف فيه تصرفاً يضر بحقوق من أوقع الحجز عليه من الدائنين.

ومعنى ذلك أن الحجز هو عبارة وصف إجرائي يلحق بالمال المحجوز فيجعله محلاً للتنفيذ، ذلك أن إجراء الحجز يحقق دورين، أحدهما مادي، وهو تعيين المال محل التنفيذ، والثاني قانوني، وهو ترتيب مركز قانوني جدير بالنسبة لهذا المال، إذ يجعل منه محلاً للتنفيذ.

(ب) وهو لا يُقصد به إلاَّ منع المدين من التصرف في المال المحجوز إضراراً بحقوق الدائنين، ذلك أنه لا يهدف مباشرة إلى بيع أموال المدين واقضاء الدائن حقه من ثمنها، وإنما المقصود به في الأساس اتخاذ إجراءات تحفظية تحمي حق الدائن وتحافظ على أموال المدين عن طريق وضعها تحت يد القضاء، إذ قد يخشى الدائن تهريب المدين لأمواله بالتصرف فيها أو بإخفائها، ولذلك، فإن الحجز التحفظي يتيح للدائن مباغتة المدين والحجز على مال أو أكثر من أمواله قبل أن يشرع في تهريبها، فهو إجراء تحفظي بحث، ولذلك فإن المشرِّع لا يتشدَّد في الشروط اللازمة لتوقيعه، ولا في إجراءاته.

(2) الحجز التنفيذي، وهو:

(أ) كالحجز التحفظي تماماً من حيث كونه إجراءً تحفظياً بوضع المال المحجوز عليه تحت يد القضاء، لكي يستوفى الدائن حقه منها أو من ثمنها بعد بيعها بالمزاد العلني.

(ب) فهو إذن يهدف مباشرة إلى بيع أموال المدين واقتضاء الدائن حقه من ثمنها.

## المبحث الثاني

## أوجه الاختلاف بين الحجز التحفظي والحجز التنفيذي

بسبب اختلاف قصد الدائن من توقيع الحجز التحفظي عن قصده من توقيع الحجز النهائي، ودور وغاية كل من الحجزين، فإنه توجد بينهما الفروق الآتية:

(1) إنه لا يشترط لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون بيد الدائن طالب الحجز سند تنفيذي، لأن الغاية من هذا الحجز هي مجرد التحفظ على المال فقط.

أما بالنسبة للحجز التنفيذي، فإنه يشترط أن يكون بيد الدائن طالب التنفيذ سند تنفيذي قد استوفى ما يتطلبه القانون من شروط.

(2) إن الحجز التحفظي لا تسبقه مقدمات التنفيذ، لأن الغاية منه مفاجأة المدين المزمع توقيعه الحجز عليه ومباغتته بالإجراءات، ومن ثم فالقانون لا يستلزم بالنسبة له أن يقوم الدائن طالب الحجز بتكليف المدين بالوفاء وإعلانه بالسند التنفيذي، وذلك لحكمه، وهي ألاَّ يلجأ المدين إلى تهريب أمواله قبل توقيع الحجز عليها.

(3) أن الحجز التحفظي يرد فقط على المنقولات، ولا يرد على العقارات، أما الحجز التنفيذي، فإنه يرد على المنقولات وعلى العقارات سواء بسواء.

(4) لا يُشترط في الحجز التحفظي أن يكون حق الدائن ابتداء معين المقدار، بل يكفي لتوقيع الحجز، أن حقه محقق الوجود، وحال الأداء، أما في حالة الحجز التنفيذي، فيجب أن يكون حق الدائن معين المقدار وحال الأداء ومحقق الوجود.

(5) مسؤولية الحائز في الحجز التحفظي إذا حكم ببطلان الحجز أو بإلغائه لانعدام أساسه هي جواز الحكم عليه بغرامة لا تجاوز أربعمائة جنيه، فضلاً عن التعويضات التي يؤديها للمحجوز عليه، وهو ما نصَّت عليه المادة (324) من قانون المرافعات.

ويتحمل الدائن الحاجز دائماً التعويضات في حالة إلغاء الحجز، حتى ولو لم يكن سيء النية، ذلك أن الحجز التحفظي هو إجراء وقتي يتخذه الحاجز تحت مسؤوليته، وقد توخى المشرع من هذه الغرامة منع توقيع الحجوز الكيدية.

أما مسؤولية الحاجز في الحجز التنفيذي إذا حكم ببطلان الحجـز أو إلغائـه فتخضـع للقواعد العامة في المسئولية المدنية، ومن ثم فلا يسأل عـن تعويضـات إلاَّ إذا أثبـت المدين المحجوز عليه خطأ الدائن الحاجز وسوء نيته، وتـوافر بـاقي أركـان المسـئولية التقصيرية.

## الفصل الثاني

## طرق كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي

- المبحث الأول : طريق حجز المنقول لدى المدين.
- المبحث الثاني: طريق حجز المنقول لدى الغير.

## المبحث الأول

## ( طريق حجز المنقول لدى المدين )

أولاً: الأموال التي يحجز عليها بطريق حجز المنقول لدى المدين:

يُجرى الحجز على المنقول لدى المدين على كل منقول مادي لا يوجد في حيازة الغير أي غير المدين، ولذلك فإنه يُشترط في المال الذي يتم الحجز عليه بهذا الطريق ثلاثة شروط، هي:

(1) أن يتعلق الأمر بمنقول، ومن ثم فلا يحجز على العقارات بهذا الطريق، وفي تحديد طبيعة المال محل الحجز هل هو منقول أو عقار يجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني.

ويُستثنى من هذه القاعدة الحجز على الثمار المتصلة أو المزروعات القائمة المملوكة للمدين فإنه يتم الحجز عليها بطريق حجز المنقول لدى المدين، وتشترط المادة (354) من قانون المرافعات لإمكان الحجز على هذه الثمار والمزروعات بطريق حجز المنقول ألاَّ يتم الحجز عليها قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً، حتى لا يتم الحجز قبل النضج بمدة طويلة تؤدي إلى إرهاق المدين بمصاريف الحراسة على الشيء المحجوز.

ولا يترتَّب على الحجز على الثمن والمزروعات قبل هذا الميعاد بطلان الحجز، ولكن فقط يتحمل الدائن مصاريف الحراسة عن المدة الزائدة.

ويجب لإيقاع الحجز أن تكون الثمار قد ظهرت، وإلاَّ كان الحجز باطلاً، كما يجب ألاَّ يكون الثمار والمزروعات محجوزاً عليها إذا كان قد سبق الحجز على العقار الذي ينتج هذه الثمار، فإن الحجز على العقار يلحقها كتابع له ومن ثم فلا يجوز الحجز عليها بطريق حجز المنقول.

(2) أن يكون مادياً، وعلى ذلك إذا تعلق الأمر بحق للمدين في ذمة شخص آخر، فإنه يتم الحجز عليه بطريق حجز ما للمدين لدى الغير، حتى ولو كان يوجد لدى المدين سند يثبت دائنيته قبل الغير، فإن هذا السند لا تكون له قيمة ذاتية كمنقول مادي، ولا يقبل من ثم الحجز عليه، وذلك باستثناء بعض السندات التي يتجسد فيها الحق، مثل أوراق البنكنوت، والسندات لحاملها.

(3) ألاَّ يكون المنقول في حيازة شخص غير المدين، ويكتفي ألا يكون في حيازة الغير، ولو لم يكن في حيازة المدين نفسه، ولهذه فإنه من المقرر جواز الحجز على بضاعة المدين التي يضعها في الطريق العام بطريق حجز المنقول لدى المدين.

ثانياً: حالات الحجز التحفظي على منقولات لدى المدين:

ونتكلم عن حالات الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين من حيث التنظيم العام والتنظيم الخاص لبعض الحالات، وذلك على الوجه الآتي:

(1) التنظيم العام لحالات وشروط حجز المنقول لدى المدين:

قرَّرت المادة (2/316) مرافعات التنظيم العام لحالات وشروط الحجز التحفظي، فنصت على أن: (( للدائن أن يُوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في كل حالة يُخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه)).

ويمكن أن نستخرج من النص القواعد والأحكام الآتية:

(أ) إن المقصود بالضمان في مفهوم النص، هو الضمان العام الذي للدائن على جميع أموال مدينه، أما الخشية فهي الخوف من فقد الدائن لهذا الضمان بسبب ظروف محددة يقع عبء إثباتها على الدائن طالب الحجز.

(ب) إنه لا يشترط حتى تتوافر حالة الخشية من فقد الضمان العام، أن يكون المدين قد وصل إلى حالة الإعسار، فالقانون لم يشترط فقد الضمان فعلاً، بل اشترط فقد خشية فقده.

(ج) إن تقدير خشية ضياع الضمان العام مسألة موضوعية يقدرها القاضي ولا يخضع في تقديره لها لرقابة محكمة النقض.

(د) ووفق التنظيم العام الذي وضعه المشرع في الفقرة (2) من المادة (316) مرافعات السالفة البيان يكون الحق في الحجز التحفظي لكل دائن مهما كان نوع دينه مديناً كان أو تجارياً طالما أن محله مبلغاً من النقود.

(2) التنظيم الخاص لبعض حالات الحجز وشروطه:

لقد نظم المشرِّع حالات خاصة لتوقيع حجز المنقول لدى المدين فضلاً عن الحالات المحكومة بالتنظيم العام الذي أشرنا إليه، ومن هذه الحالات:

(أ) إذا كان الدائن حاملاً لكمبيالة أو سند تحت الإذن، وكان المدين تاجراً ملتزماً بموجب هذه الورقة، وقد وردت هذه الحالة في الفقرة (1) من المادة 316 مرافعات.

(ب) حق مؤجر العقار في توقيع الحجز التحفظي على ما قد يكون موجداً بالعين المؤجرة من منقول أو محصول زراعي وذلك ضماناً لحقوقه، وهذا الحق مقرر بمقتضى المادتين (1143) من القانون المدني، و(317) من قانون المرافعات.

## المبحث الثاني

## الحجز على منقول المدين لدى الغير

أولاً: الطبيعة القانونية لحجز ما للمدين لدى الغير:

وهذا الطريق للحجز جائز اتباعه دون تحديد حالات معينة، وهو يعتبر حجزاً تحفظياً في كافة الأحوال، وذلك سواءً أكان مع الدائن سند تنفيذي وله الحق في التنفيذ الجبري، أم ليس معه سند تنفيذي.

ومن المقرر في خصوص اتباع طريق حجز ما للمدين لدى الغير إذا كان الدائن يُجري الحجز بموجب سند تنفيذي، فإنه لا يلزم أن يقوم بإعلان المدين بهذا السند ولا تكليفه بالوفاء قبل توقيع الحجز.

ومن المقرر كذلك، أن هذا الحجز بعد توقيعه ينقلب إلى حجز تنفيذي في مرحلةٍ لاحقة شأنه شأن أي حجز تحفظي.

ويلزم التنويه إلى أن الحق في حجز ما للمدين لدى الغير، هو حق مستقل للدائن الحاجز، فالدائن وهو يقوم بالحجز على ما لمدينه لدى الغير يستعمل حقاً خاصاً به، ولا يستعمل حقاً لمدينه في مواجهة دائنه.

ثانياً: ما يُحجز عليه "حجز ما للمدين لدى الغير":

يُحجز بطريق "حجز ما للمدين لدى الغير" على نوعين من الأموال، هما:

(1) حقوق الدائنية.

(2) المنقولات المادية التي في حيازة الغير.

وهو ما نتكلم عنه بشيءٍ من التفصيل فيما يلي:

[1] حقـــوق الدائنـيـــن:

يُحجز بطريق حجز ما للمدين لدى الغير على كل حق محله مبلغ من النقود للمدين في ذمة شخص ثالث، ولا يشترط في هذا الحق أن يكون معين المقدار أو حال الأداء، فيجوز للدائن الحجز على دين مدينه لدى الغير ولو كان الدين غير معين المقدار، أو كان احتمالياً، أو مضافاً إلى أجل، أو معلقاً على شرط، ومثال ذلك: أنه يمكن للمدين الحجز على الإيجار الذي يستحقه المؤجر في ذمة المستأجر، ولو قبل حلول أجله، أو المرتب، أو الأجر الذي يستحقه الموظف أو العامل – في الحدود

الذي يجوز الحجز فيها - ولو قبل استحقاقه، وكما يجوز الحجز على التعويض الذي يستحقه المستأمن من شركة التأمين، وذلك قبل تحقق الخطر المؤمن منه.

ومن المقرر أن الحجز يكون صحيحاً ولو كان في استطاعة المدين أن ينهي بإرادته وجود الحق، كأن ينهي عقد الإيجار فلا يكون له حق في الأجرة، أو أن يستقيل الموظف فلا يكون له مرتب يرد عليه الحجز.

ويقصد المشرِّع من كون دين الحاجز محقق وحال الأداء، ألاَّ يكون الدين احتمالياً بحتاً، أو معلقاً على شرط موقف، فإن كان متنازعاً في وجوده، فلا مانع من اعتباره محقق الوجود ومن توقيع الحجز بموجبه متى كان ثابتاً بسبب ظاهر، وانتفى النزاع الجدي.

وفي حالة أن يكون دين الحاجز غير معين المقدار يجب استصدار أمر القاضي بتقديره مؤقتاً لتوقيع الحجز بموجبه ثم تصفيته نهائياً بحكم قطعي في دعوى ثبوت الحق وصحة الحجز.

وقد يرد حجز ما للمدين لدى الغير على حق معين، كما أنه قد يرد على كل ما للمدين لدى الغير من حقوق، ونوضح ذلك فيما يلي:

(1) حالة ورود الحجز على حق معين للمدين لدى الغير، ويُشترط لصحة الحجز في هذه الحالة أن يكون الحق الذي يُوقَّع الحجز عليه قد نشأ بسببه على الأقل قبل توقيع الحجز، ومعنى السبب في هذا الخصوص هو الواقعة المنشئة للحق، فلا يكفي في هذا الصدد لتوقيع الحجز مجرد الأمل في وجود واقعة قانونية تنشئ حقاً للمدين في ذمة الغير، ومن ثم فإنه لا يجوز الحجز على حق المؤجر في الأجرة لدى المستأجر، إذا كان عقد الإيجار لم يبرم بعد، كما أنه لا يجوز توقيع الحجز على حق لم يترتب بعد للموظف أو العامل أملاً فيما قد يعطيه رب العمل له من هبات أو خيرات في الأعياد مثلاً، ولو كانت عادة رب العمل قد جرت على إعطاء العمال مثل هذه الهبات أو العطاءات ما دام ليس ملزماً بذلك.

وفضلاً عن اشتراط نشوء الحق الذي بموجبه يوقع الحجز قبل توقيعه، فإنه يشترط كذلك في هذه الحالة أن يكون للمدين سلطة التصرف في المال محل الحجز، وإلاَّ بطل الحجز الموقع على ذلك المال.

(2) حالة ورود الحجز على جميع حقوق المدين لدى الغير، وذلك بأن يُوقِّع الدائن حجزاً عاماً على جميع ما لمدينه من حقوق لدى شخص معين، فيشمل الحجز

في هذه الحالة كل حقوق المدين لدى هذا الغير، ولو لم تنشأ هذه الحقوق أو بعضها – بسببها – إلاَّ بعد الحجز، ما دام السبب قد وجد قبل تقرير الغير بما في ذمته، وهو ما جرى عليه نص الفقرة (2) من المادة (325) من قانون المرافعات.

أما ما ينشأ في ذمة الغير من حقوق بعد التقرير بما في الذمة فلا يشمله الحجز، مهما طالت الإجراءات.

[2] منقول مادي في حيازة الغير:

وهو النوع الثاني من الأموال التي يجوز الحجز عليها بطريق حجز المنقول لدى الغير، ويشترط لاتباع طريق حجز ما للمدين لدى الغير بالنسبة للمنقول المادي شرطان:

الأول: أن يكون المنقول مملوكاً للمدين وقت الحجز.

والثاني: أن يوجد المنقول المادي في حيازة الغير.

ومن المقرر في خصوص هذا الشرط أنه يعتبر من الغير تطبيقاً له، المودع لديه، والوكيل، والحارس القضائي، والسنديك بالنسبة لما يحوزه من أموال التفليسة، والمحضر بالنسبة لما تحت يده من مبالغ لأحد الخصوم، وعلى العكس، لا يعتبر من الغير في هذا الخصوص، خادم المدين، أو البواب، أو صراف خزينة محل المدين.

ويجب ملاحظة، أن اتباع طريق حجز ما للمدين لدى الغير بالنسبة للمنقول المادي، يتوقف على قبول المدين بدخول المحضر عنده والقيام بالحجز، فالأمر متوقف على إرادة المدين وحده، وبذلك يمكن ألا يقبل المدين هذا الحجز، ويمنع المحضر من القيام به.

دراسة وتحليل نص المادة (325) من قانون المرافعات:

تنص المادة 325 من قانون المرافعات على أنه: "يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود، حال الأداء، أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط.

ويتناول الحجز كل دين ينشأ للمدين في ذمة المحجوز لديه إلى وقت التقرير بما في ذمته، ما لم يكن موقعاً على دينٍ بذاته ".

ولقد استخلص الفقه والقضاء من نص هذه المادة القواعد والأحكام الآتية:

(1) إن الغير في معنى المادة (325) مرافعات، هو كل من تنشأ بينه وبين المدين علاقة دائنيه يلتزم بموجبها بالوفاء بما في حيازته للمدين، فيعتبر من الغير: الولي، والوصي، والقيم بالنسبة لناقصي الأهلية، إذ يلتزم هؤلاء بالوفاء له بما في حيازتهم، وأيضاً يعتبر من الغير: الوكيل، والحارس، والناقل، والمودع لديه، والمستأجر، ورب العمل، والبنك بالنسبة للودائع والحساب الجاري، إذ يلتزم هؤلاء بالوفاء لدائنهم بما في حيازتهم، ويخضع الحجز لدى هؤلاء لإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.

فإذا انتفى هذا المعيار، وجب اتباع إجراءات حجز المنقول لدى المدين.

(2) ويلزم التنويه في هذا الصدد إلى أن إجراءات الحجز تختلف باختلاف طريق الحجز الذي يسلكه الدائن، كما سلف البيان، ولذلك يجب أن يتخذ الدائن طريق الحجز الذي أوجبه القانون، وإلاَّ كان الحجز باطلاً، وهو ما يُوجب الالتزام بمعنى (الغير) في مفهوم نص المادة (325) مرافعات حتى يتخذ الدائن الإجراءات التي يتطلبها القانون في حجز ما للمدين لدى الغير، حتى لا يقع الحجز باطلاً إذا ما اتخذ إجراءات حجز المنقول لدى الدين أو العكس.

(3) يتناول حجز ما للمدين لدى الغير، كل دين يتوافر سببه وقت توقيع الحجز يستوي أن يكون ديناراً حالاً أو مؤجلاً أو متنازعاً فيه أو معلقاً على شرط واقف، ولو لم يحل الأجل أو يتحقق الشرط وقت التقرير بما في الذمة.

ومثال ذلك، دين الأجرة عندما يحجز عليه تحت يد المستأجر، يكون سببه وهو عقد الإيجار قد نشأ وقت توقيع الحجز، ومن ثم فيرد الحجز على كل أجره تستحق سواء قبل التقرير بما في الذمة أو بعد ذلك، فيمتنع على المستأجر الوفاء للمؤجر إلاَّ إذا قضى بعدم الاعتداد بالحجز أو برفضه.

ومثال ذلك أيضاً، كل دين متجدد يلتزم به المحجوز لديه للمدين مثل أرباح الأسهم والسندات والأرباح المستحقة للشريك والعوائد على القروض، والأجور والمرتبات.

(4) إن سبب الدين، هو مصدر التزام المدين، سواءً أكان عقداً، أم عمل غير مشروع، أم إثراء بلا سبب، أم إرادة منفردة، أم نص في القانون، فكل دين ينشأ سببه في ذمة المحجوز لديه إلى وقف التقرير بما في الذمة، يجب أن

يتضمنه هذا التقرير، أما إذا نشأ بعد ذلك فلا يلتزم المحجوز لديه بالتقرير به، ولا يمتد إليه الحجز.

(5) إن الدين الذي يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير لاقتضائه يجب أن يكون محقق الوجود حال الأداء، وهي نفس شروط الحق الذي يوقع الحجز التحفظي من أجله، وقد سلف بيانها.

ولم تشترط المادة (325) مرافعات أن يكون الدين معين المقدار، إذ في هذه الحالة، أي عندما لا يكون الدين الذي يُجرى الحجز من أجله غير معين المقدار، وَجَبَ على الدائن استصدار أمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويُقدِّر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً عملاً بالمادة (327) من قانون المرافعات.

(6) ويجب على الدائن كذلك الحصول على أمر من قاضي التنفيذ بتقدير الدين قبل توقيع الحجز إذا كان الدين المحجوز من أجله غير محقق الوجود بأن كان ديناً احتمالياً، قد يتحقق أو لا يتحقق، كما لو كان معلقاً على شرط واقع لم يتحقق عند توقيع الحجز، أو كان الدين غير حال الأداء بأن كان أجل الوفاء به لم يحل بعد، أو كان الدين غير معين المقدار، ففي كل هذه الأحوال لا بُدَّ أن يستصدر الدائن أمراً من قاضي التنفيذ أولاً إذناً بتقدير الدين مؤقتاً، وثانياً بتوقيع الحجز، وإلاَّ كان الحجز باطلاً، ويجوز للمدين المنازعة فيه.

(7) وتكون منازعة المدين في الحجز الذي وقعه الدائن في الأحوال السابقة، إما بدعوى تنفيذ مستعجلة يطلب فيها عدم الاعتداد بالحجز، ويكون ذلك متى توافر الاستعجال، وعدم المساس بأصل الحق المتمثل في بطلان الحجز، ويتوافر الاستعجال بالخشية من فوات الوقت وعدم انتفاع المحجوز عليه بأمواله المحجوزة، كما يتوافر شرط عدم المساس بأصل الحق عندما يبين البطلان من ظاهر المستندات وبمجرد الاطلاع عليها ودون حاجة إلى تحقيق موضوعي، كما لو تبين أن الدين معلق على شرط واقف لم يتحقق عند توقيع الحجز، أو أن الدين مضاف إلى أجل لم يحل عند توقيع الحجز، أو أن الدين غير معين المقدار وأمر قاضي التنفيذ بتوقيع الحجز دون أن يأمر بتقدير الدين، ويكون الذي يصدر في المنازعة المستعجلة حكماً وقتياً.

كما يجوز للمدين رفع دعوى تنفيذ موضوعية ببطلان الحجز، وفي هذه الحالة

يكون الحكم الصادر في المنازعة حكماً موضوعياً، وليس وقتياً، ويترتب على هذا الحكم حسم المنازعة متى أصبح نهائياً.

(8) ويُشترط في الدين المحجوز عليه، أن يكون منقولاً أو ديوناً ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط.

ويجب لصحة حجز ما للمدين لدى الغير أن يكون المنقول المحجوز عليه مملوكاً للمدين وقت الحجز، وإلاَّ كان الحجز باطلاً.

وإذا ورد الحجز على دين للمدين في ذمة الغير، تعين أن يكون هذا الدين موجوداً ويحق للمدين المطالبة به، فإذا كان قد انقضى بأي سببٍ من أسباب الانقضاء قبل توقيع الحجز كان الحجز باطلاً.

(9) بعد أن يُوقّع الحجز، إذا نازع المحجوز عليه أو الغير، وتمسَّك ببطلان الحجز لسبب يرجع إلى الدين أو المنقول المحجوز عليه، فإن قاضي التنفيذ يتصدى للمنازعة من ظاهر المستندات، فقد تتمثل المنازعة في دعوى تنفيذ مستعجلة، وقد تتمثل في دعوى تنفيذ موضوعية:

(أ) فإن تمثلت المنازعة في دوى تنفيذ مستعجلة بعدم الاعتداد بالحجز، وله في ذلك أن يستند في قضائه الوقتي لعناصر موضوعية كبطلان الحجز لانقضاء الدين المحجوز عليه لدى الغير لأي سبب من أسباب الإنقضاء أو لحوالته ، كما يجوز لقاضي التنفيذ التصدي لأوجه الدفاع الموضوعية التي يثيرها الحاجز مثل صورية الحوالة أو عدم نفاذها، إذ من المقرر أن قاضي التنفيذ غير محظور عليه في قضائه الوقتي أن يستند على عناصر موضوعية، طالما أنه يتحسسها من ظاهر المستندات ليقطع فيها برأي أو يصدر قضاء موضوعياً فيها.

والإجراء الوقتي الذي يتخذه قاضي التنفيذ متى توافرت حالة الاستعجال والعناصر السابق بيانها هو القضاء بعدم الاعتداد بالحجز.

(ب) أما إن تمثلت المنازعة في دعوى تنفيذ موضوعية: بطلب بطلان الحجز أو كانت مرفوعة من المحجوز لديه بطلب بطلان الحجز وبراءة ذمته من الدين في حالة انقضائه بالتقادم، فإن قاضي التنفيذ ينظرها كدعوى موضوعية وله كافة صلاحيات قاضي الموضوع فيما يتعلق باتخاذ كافة إجراءات الإثبات، من تحقيق، واستجواب، وتوجيه اليمين، وانتداب الخبراء، ويصدر قضاءً موضوعياً تُحسم به المنازعة.

# الفصل الثالث

## شــروط الحـــق في الحجــز التحفظي

- المبحث الأول : [ الشرط الأول ]: توافر حالة من حالات الحجز التحفظي.
- المبحث الثاني : [ الشرط الثـاني ]: أن يكـون حــق الـدائن محقـق الوجـود وحـال الأداء.
- المبحث الثالث : [ الشرط الثالث]: الحصول على إذن بتوقيع الحجز.

## الفـصـل الثالث

## ( شـروط الـحــق فـي الحـجـز التحفظي )

من المقرر أنه يوجد طريقان للحجز على المنقول سواءً أكان الحجز تحفظياً أو تنفيذياً، والطريقان هما:

الطريق الأول : الحجز على المنقول لدى المدين.

والطريق الثاني: الحجز على المنقول لدى الغير.

وقد سبق أن تكلمنا عن الطريقين في الفصل السابق.

ومن المقرر أن الحق في الحجز التحفظي ينشأ للدائن، ولو لم يكن له الحـق في التنفيـذ الجبري، إلاَّ أنه ونظراً لأن الحجز التحفظي يُرتب الآثار ذاتها التـي يُرتبهـا الحجـز التنفيـذي، فإن المشرِّع قد حدَّد الأحوال والشروط التي ينشأ فيها للدائن حق توقيع الحجـز التحفظـي على أموال مدينه، وهذه الشروط تنحصر في ثلاثة أحوال، وهي:

(1) أن تتوافر حالة من حالات الحجز التحفظي التي نصَّ عليها القانون.

(2) أن يكون حق الدائن مُحقَّق الوجود وحال الأداء.

(3) أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بإجراء الحجز.

ونتكلَّم عن الشروط الثلاثة في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

## المبحث الأول

### الشرط الأول : توافـر حـالـة من حـالات الحجز التحفـظـي

نظراً لأن الحجز التحفظي يجوز توقيعه من الدائن على مدينه ولو لم يكن لـه الحـق في التنفيذ الجبري كما سلف البيان، فإن المشرع اعتبره إجراءًا استثنائياً لا يجوز اتخاذه إلاَّ في الأحوال التي نصَّ عليها القانون على سبيل الحصر.

والمشرِّع لم يُنظم الحجز التحفظي على العقارات، إذ لم يحدد هـذا الطريـق بالنسـبة للحجز على العقارات، ولكنه فقط أجازه بالنسبة للمنقول.

## المبحث الثاني

## الشرط الثاني : أن يكون حق الدائن محقق الوجود وحال الأداء

● النص القانوني:

تنص الفقرة الأولى من المادة (319) من قانون المرافعات على أنه: " لا يُوقَّع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلاَّ اقتضاءً لحقٍّ مُحقَّق الوجود وحال الأداء".

**ويُستفاد من النص السابق القواعد والأحكام الآتية:**

(1) إن المقصود من الحجز التحفظي في نظر القانون هو حماية الدائن من تصرف المدين في أمواله، ومن ثم فالقانون لا يجيز هذا الحجز إلا في الأحوال التي يقوم فيها احتمال تهريب أموال المدين من ناحية، وبشروط معينة في الدين الذي يجري الحجز بمناسبته.

(2) لا يتطلب القانون لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون حق الدائن الذي يوقع الحجز مستحق الأداء معين المقدار، ذلك أن الحجز التحفظي هو صورة عاجلة من صور الحماية القضائية.

(3) ومن المقرر في الفقه والقضاء الفرنسي أن الاستعجال أو الخطر الذي يبرر توقيع الحجز التحفظي، هو ذات الاستعجال أو الخطر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء المستعجل، وأن القضاء في كلتا الحالتين إنما يقرر الحماية القضائية للدائن بإجراء مؤقت بعد أن يتحسس هذا الخطر أو ذاك الاستعجال، وبعد أن يطمئن إلى ظاهر حقه في تقرير الحماية.

(4) وأما بالنسبة للحق الذي يبرر توقيع الحجز التحفظي ، فإن الفقه والقضاء يذهب إلى الاكتفاء بأن يكون ظاهر الحال يدل على وجود ذلك الحق، ويجب الاعتداد بمعيار عام واسع في تحديد ما يدل على وجود الحق الذي يبرر الحجز التحفظي، طالما أن القانون لا يشترط في توقيع هذا الحجز أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي، وسواء كان مصدر الحق هو عقد أو إرادة منفردة، أو فعل ضار أو القانون.

وتوجد عدة معايير في هذا الخصوص، منها معيار يكتفي بكون الحق قائماً بأساسه دون أن يكون ثابتاً بصورةٍ يقينية، ومنها معيار يكتفي بكون الحق

محقق الوجود من حيث أساسه أي من حيث مصدره، الأمر الذي يعني في كل الأحوال جواز توقيع الحجز التحفظي ولو كان حق الدائن محل نزاع.

(5) وتطبيقاً لما تقدَّم، قضت محكمة النقض بأن المنازعة غير الجدية في الدين لا أثر لها في اعتباره محقق الوجود متى كان ثابتاً بسبب ظاهر، وعلى الدائن طالب الحجز التحفظي أن يُثبت هو فقدان ضمان حقه[1].

(6) إن ما أورده المشرِّع في نصِّ المادة (320) من قانون المرافعات من وجوب رفع دعوى ثبوت الحق في ثمانية الأيام التالية لتوقيع الحجز، يقطع في الدلالة على أن الحق المحقق الوجود الحال الأداء – الذي تشير إليه المادة 319 من القانون ذاته – والذي لا يوقع الحجز التحفظي إلاَّ اقتضاءً له، هذا الحق يكفي أن يكون كذلك من حيث ظاهرة، أي أن يكون الحق الذي يوقع الحجز من أجله قائماً بأساسه ودون أن يكون ثابتاً بصورة يقينية قاطعة، وإلاَّ ما كان هناك حاجة إلى دعوى بثبوت المديونية المشار إليها في المادة (320) مرافعات السالف الإشارة إليها.

وأخيراً ، فإنه إذا كان المقصود من كون الحق الذي يجري الحجز التحفظي بسببه أو بمناسبته محقق الوجود أن يكون ثبوته يقينياً ما أمكن توقيع الحجز التحفظي إلاَّ بسند تنفيذي، وهو ما يتعارض مع رغبة المشرَّع، والتنظيم التشريعي لحالات هذا النوع من الحجز.

(1) نقض 1978/4/6 السنة 45 القضائية رقم 806 .

## المبحث الثالث

## الشرط الثالث: الحصول على إذن بتوقيع الحجز

● من حيث اشتراط الحصول على إذن من القاضي بتوقيع الحجز التحفظي من عدمه، يلـزم التفرقة بين فرضين:

[1] الفــرض الأول:

أن يكون مع الدائن سند تنفيذي أو حكم قضائي غير نافذ معجلاً، وهو حكم غير نهائي، وفي نطاق هذا الفرض يمكن للدائن توقيع الحجز التحفظي عـلى أمـوال مدينـه دون حاجـة لإذن به من القضاء، وهو ما نصَّت عليه الفقرة (2) من المادة (319) والفقرة (1) من المـادة (327) من قانون المرافعات.

[2] الـفـرض الثاني:

ألاَّ يكون مع الدائن سند تنفيذي أو حكم غير نافذ، وهنا يلزم قبل الحجز أن يستصدر الدائن الإذن من قاضي التنفيذ بالحجز، فإذا أوقع الحجز دون الحصول على هـذا الإذن كـان حجزه باطلاً، وإذا كان الحق الذي ينفـذ مـن أجلـه غـير معـين المقـدار، يجـب أن يستصـدر الدائن أمر من قاضي التنفيذ بتعيين مقدار الـدين مؤقتـاً، والإذن بـالحجز وذلـك بـإجراءات واحدة.

وقاضي التنفيذ المختص بالإشراف على إجـراء الحجـز هـو الـذي يخـتص بإصـدار الإذن بالحجز، فإذا كان يراد الإذن بالحجز التحفظي على منقولات لدى المدين، يطلـب الإذن مـن قاضي التنفيذ بمحكمة التنفيذ التي يقع المنقول في دائرتهـا، وإذا كـان يطلـب الإذن بـالحجز على ما للمدين لدى الغير، يطلـب الإذن مـن قـاضي التنفيـذ بمحكمـة التنفيـذ التـي يتبعهـا موطن المحجوز لديه، على أنـه إذا كانـت الـدعوى مرفوعـة بـالحق فيجـوز استصـدار الإذن بالحجز من رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى.

وتنص المادة (210) من قانون المرافعـات عـلى اسـتثناء مـن اختصـاص قـاضي التنفيـذ بالإذن بالحجز، وذلك في حالة إذا كان حق الدائن مما يجب استصدار أمر بأدائـه ، فيخـتص بإعطاء الإذن بالحجز القـاضي المخـتص بإصـدار أمـر الأداء، وهـذا القـاضي لـيس هـو قـاضي التنفيذ، بل هو القاضي الجزئي أو القاضي الابتدائي وذلك بحسب قيمة الدين المطلوب الأمـر بأدائه.

ويطلب إذن القاضي ويصدر ويتظلم منه وفقاً للقواعد العامة في الأوامر على العرائض، وللقاضي بناءً على التظلم، أن يرجع في إذنه بالحجز أو أن يُعدِّله، وله أن يفعل ذلك ولو بعد رفع الدعوى الموضوعية بصحة الحجز وهو ما نصَّت عليه المادة (299) من قانون المرافعات.

وإذا تظلم المدين من أمر الحجز، وكان الحجز قد تَوقَّع بموجب الأمر، فله أن يطلب من القاضي الذي أصدره – فضلاً عن إلغائه – إلغاء الحجز المُوقَّع بمقتضاه.

ويستصدر الإذن بالحجز في مواجهة المحجوز عليه وحده، ولو تعلَّق الأمر بحجز ما للمدين لدى الغير، إلاَّ إنه في حالة توقيع الحجز التحفظي من المؤجِّر على منقولات المستأجر من الباطن فيجب استصدار أمر الحجز في مواجهة كل من المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن.

# الفصل الرابع

# منازعات التنفيذ الجبري

- المبحث الأول : ماهية منازعات التنفيذ وأنواعها وأقسامها وأسبابها.
- المبحث الثاني: منازعات ما قبل التنفيذ.
- المبحث الثالث: منازعات ما بعد التنفيذ.

## المبحث الأول

## ماهية منازعات التنفيذ وأنواعها وأقسامها وأسبابها

- المطلب الأول : ماهية منازعات التنفيذ وأنواعها وأقسامها.
- المطلب الثاني : تقسيم منازعات التنفيذ إلى منازعات ترفع قبل التنفيذ ومنازعات ترفع بعد التنفيذ.

## المطلب الأول

## تعريف منازعات التنفيذ

## وبيان أنواعها وأسبابها وأقسامها

- الفرع الأول : ماهية منازعات التنفيذ.
- الفرع الثاني: أنواع منازعات التنفيذ.
- الفرع الثالث : أسباب منازعات التنفيذ.

## الفرع الأول
## ماهية منازعة التنفيذ

[1] منازعة التنفيذ هي الإجراء الذي من شأنه مجابهة إجراءات التنفيذ المزمع اتخاذها، أو إهدار ما تم اتخاذه منها أو الحد من آثار التنفيذ، أو هي تلك المنازعة التي تدور حول الشروط الواجب توافرها لاتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، فيصدر فيها الحكم بجواز التنفيذ أو بعدم جوازه أو بصحته أو ببطلانه، أو بوقفه أو باستمراره، بعدم الاعتداد به أو بالحد من نطاقه.

وقد تكون المنازعة في التنفيذ متعلقة بعارض يتصل بالتنفيذ أي بأمر يتفرع عن إجراءاته، فيكون سبب المنازعة هو ذات هذا الإجراء، مثل المنازعة في أجر الحارس أو في طلب استبداله في حالة الحجز على المنقول، وكالمنازعة في صحة التقرير بما في الذمة في حجز ما للمدين لدى الغير.

[2] إنه وفي ضوء ما تقدم، فإنه يكفي لاعتبار المنازعة من منازعات التنفيذ، أن يكون سبب المنازعة هو إجراءات التنفيذ، ذلك أن هذا النوع من المنازعات إنما ينشأ بمناسبة التنفيذ الجبري، بحيث يكون هذا التنفيذ هو سبب المنازعة، وتكون هي عارض من عوارضه.

إذن، التنفيذ الجبري وما يقتضيه أو يستلزمه إجرائه أو القيام به هو سبب منازعة التنفيذ، والمنازعة من وجه آخر هي عارض يرد على التنفيذ، وبحيث لا يتصور استقلال هذا العارض عنه.

[3] إنه وفي ضوء ما تقدم، فإن منازعة التنفيذ قد تنصرف إلى كل ما يؤثر في إجراءات التنفيذ سلباً أو إيجاباً، وسواء تعلقت المنازعة بإجراءات التنفيذ مباشرة، كطلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، أو بطلب عدم الاعتداد بالحجز أو بطلانه، وهي منازعات تنصب مباشرة على إجراء من إجراءات التنفيذ.

وقد تتعلق منازعات التنفيذ مباشرة بإجراءات التنفيذ ثم تمتد حتماً إلى طلب آخر كأثر له، ومثال ذلك، أن يتوقع حجز اقتضاء للدين الذي تضمنه السند التنفيذي، فيرفع الملتزم في هذا السند دعوى تنفيذ موضوعية، بطلب بطلان الحجز، وبراءة ذمته من هذا الدين استناداً للوفاء اللاحق لصدور الحكم، وفي تلك الحالة، يختص قاضي التنفيذ بالدعوى باعتبارها منازعة تنفيذ يمتد أثرها

إلى القضاء ببراءة الذمة، أما إذا اقتصرت طلبات المدعي على القضاء لـه بـبراءة ذمتـه فقط، دون طلب بطلان الحجز، فلا تعتبر الدعوى منازعة تنفيذ، ولا يختص بها قاضي التنفيذ.

[4] ومفاد ما تقدم جميعه، أن المنازعة إن لم تمس إجراءات التنفيذ سـلباً أو إيجابـاً، فـلا تعد منازعة تنفيذ، ومن ثم فلا يختص بنظرها قاضي التنفيـذ، إلا إذا تضـمن القـانون نصاً خاصاً يعقد له الاختصاص بها، ومثال ذلك، ما نصت عليه المـادة 367 مرافعـات، التي جعلت تقدير أجر الحارس من اختصاص قاضي التنفيذ، ونص الفقرة الأولى مـن المادة 368 من القانون ذاته التي جعلت الاختصاص لقاضي التنفيـذ بـدعوى حرمـان الحارس من أجره وإلزامه بالتعويض عن استعماله واستغلاله للمحجوزات وغير ذلك.

[5] تختلف منازعات التنفيذ عن العقبات المادية التي قد يقابلهـا المـحضر أثنـاء التنفيـذ ويزيلها، سواء بنفسه أو بالاستعانة بالسلطة العامة إعمالاً للصيغة التنفيذيـة المـذيل بها السند التنفيذي، وهي عقبات لا تحتاج إلى أن يفصل فيهـا قـاضي التنفيـذ، ومـن قبيل ذلك، أن يجد المحضر مكان التنفيذ مغلقاً، أو أن يتعرض له المدين عند التنفيـذ ويمنعه بالقوة من إتمام التنفيذ، وغير ذلك.

[6] إنه يجوز لكل ذي شأن أن ينازع في التنفيذ، سواء أكان أحد أطراف التنفيـذ، أو كـان من الغير، فالمنفـذ ضـده لـه أن ينـازع في التنفيـذ، فلـه أن يطلـب بطـلان إجـراءات التنفيذ، أو وقف التنفيذ مؤقتاً، أو الحد من التنفيذ فيرفع دعوى الإيداع والتخصيص، أو دعوى قصر الحجز، أو طلب تأجيل أو وقف البيع.

كما أن لطالب التنفيذ أن ينازع فيه كذلك، فله أن يطلب الاسـتمرار في التنفيـذ عنـد وقفه مؤقتاً بناء على منازعة المنفذ ضده.

وقد ترفع أيضاً منازعة التنفيذ من الغير، كأن يطلب الغير الاستمرار في البيع إذا كـف المحضر عنه تلقائياً ظناً منه أن ثمن الأشياء المباعة كاف لوفاء الـدين والمصـاريف، أو أن في صحة تقرير المحجوز لديه بما في الذمة، وله كذلك المنازعة، إذا أدى التنفيذ إلى المساس بحق من حقوقه.

ويكون ذلك إذ توقع الحجز على مال مملوك له، فيرفع دعوى ويطلب تقرير ملكيته للـمال المحجـوز وتقريـر بطـلان الحجـز عليـه تبعـاً لـذلك، أو يرفـع دعـوى اسـترداد المنقولات المحجوزة، أو دعوى استحقاق فرعية إذا كان المال المحجوز عقاراً.

[7] إن تعبير (منازعات التنفيذ الموضوعية) أدق وأصح من تعبير (إشكالات التنفيذ الموضوعية) وذلك في الدلالة على حقيقة وطبيعة منازعات التنفيذ بالمعنى الدقيق الذي يتفق مع صياغة النصوص الواردة في هذا الخصوص، وهناك فرق بين التعبيرين، مما يستوجب عدم استعمالها بمعنى واحد، أو في ذات المعنى، ومن هذه الفروق:

( أ ) إن إشكالات التنفيذ الموضوعية هي منازعات تتصل بالتنفيذ قبل أن يتم، هذا بينما منازعات التنفيذ الموضوعية قد تثور بعد تمام التنفيذ.

(ب) إن إشكالات التنفيذ تتعلق بالشروط التي يلزم توافرها لإجراء التنفيذ الجبري، أو تتعلق بسير التنفيذ، بينما منازعات التنفيذ الموضوعية، قد تثور دون أن تتصل بشروط التنفيذ أو بسيره، إذ يكفي أن يكون التنفيذ هو سببها، كالمنازعة في أجر الحارس أو استبداله في الحجز على المنقول، أو المنازعة في صحة تقرير المحجوز لديه بما في ذمته، أو المنازعة في صدد توزيع حصيلة التنفيذ على الحاجزين.

## الفرع الثاني

## أنواع منازعات التنفيذ

تنقسم منازعات التنفيذ إلى نوعين:

النوع الأول: منازعات التنفيذ الوقتية: وهي المنازعة التي يطلب فيها المدعي استصدرا حكم وقتي لا يمس أصل الموضوع المتنازع فيه، فالمدعي يطلب الحكم بإجراء وقتي إلى حين الفصل في موضوع المنازعة.

ويكون للخصم أن يطلب إجراءاً وقتياً في كل حالة يكون لديه منازعة موضوعية سواء رفعها أمام القضاء أو لم يرفعها بعد، وله هذا الحق أياً كان سبب المنازعة، أي سواء كانت تتوجه إلى الحق الموضوعي أو إلى الحق في التنفيذ الجبري أو إلى إمكانية التنفيذ على مال معين أو إلى صحة إجراءات التنفيذ، كما أن له أن يرفع المنازعة الوقتية سواء قبل البدء في التنفيذ أو بعد بدئه.

النوع الثاني: منازعات التنفيذ الموضوعية: وهي المنازعة التي يرفعها المدعي ويطلب فيها الحكم في موضوع المنازعة بما يحسمها، ومثال ذلك، دعوى بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ، ومثال ذلك أيضاً الدعوى التي يطلب فيها الحكم بصحة التنفيذ، ودعوى استرداد المنقولات المحجوزة، ودعوى الاستحقاق الفرعية، ودعوى رفع الحجز إذا كان واقعاً على مال المدين لدى الغير، أو التظلم من أمر الحجز.

## قواعد قررتها محكمة النقض في خصوص تحديد ماهية كل من منازعة التنفيذ الوقتية والمنازعة الموضوعية، وجواز استناد المنازعة الوقتية إلى عناصر موضوعية

[1] متى تكون الدعوى أو المنازعة من منازعات التنفيذ التي يختص بنظرها قاضي التنفيذ سواء أكانت وقتية أو موضوعية، قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

(( مفاد نص المادة 275 من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه يتعين لكي تكون المنازعة متعلقة بالتنفيذ أن يكون التنفيذ جبرياً، وأن تكون المنازعة منصبه على إجراء من إجراءات التنفيذ أو مؤثره في سير التنفيذ وإجراءاته، بأن يكون الحكم الذي يصدر في المنازعة متعلقاً بصحة أو بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ أو منصباً عليه، أما المنازعات التي لا تمس إجراء من إجراءات التنفيذ، فلا تعتبر منازعة في التنفيذ في حكم هذه المادة، لما كان ذلك، وكانت دعوى الطاعن بطلب وقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه، قد أقيمت على سند من أن تنفيذه يتعارض مع حقه في العدول عن البيع الوارد بنص العقدين المقضي بصحتهما ونفاذهما، فإنها لا تعتبر بهذه المثابة من إشكالات التنفيذ )) [1].

[2] وفي تحديد ماهية منازعة التنفيذ الوقتية ومنازعة التنفيذ الموضوعية، قضت محكمة النقض بأن:

( أ ) (( من المقرر في قضاء محكمة النقض أن المقصود بالمنازعة الموضوعية في التنفيذ هي تلك التي يطلب فيها الخصم الحكم بما يحسم النزاع في أصل الحق، في حين أن المنازعة الوقتية هي التي يطلب فيها اتخاذ إجراء وقتي بوقف التنفيذ بما لا يمس أصل الحق الذي يتناضل الخصوم بشأنه)) [2].

(1) نقض 1985/5/7 طعن 229 سنة 52 قضائية.

(2) نقض 1989/12/3م طعن 1391 سنة 53. قضائية.

(ب) وأن (( المقصود من المنازعة الموضوعية في التنفيذ، هي تلك التي يطلب فيها الحكم بإجراء يحسم النزاع في أصل الحق (المتنازع فيه) في حين أن المنازعة الوقتية هي التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي لا يمس أصل الحق، والعبرة في ذلك بآخر طلبات للخصوم أمام محكمة أول درجة، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطلبات الختامية للطاعن أمام قاضي التنفيذ، كانت بالاستمرار في تنفيذ الحكم رقم..... فإن الحكم المطعون فيه إذ كيف المنازعة بأنها منازعة وقتية استناداً إلى أنها تدور حول إجراء وقتي لا يمس أصل الحق، ورتب على ذلك اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر استئناف الحكم الصادر فيها وفقاً لنص المادة 2/227 مرافعات، يكون قد أصاب صحيح القانون)) [1].

[3] رفع المنازعة الموضوعية في التنفيذ يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز إبداؤها بإشكال أمام المحضر:

فقضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه:

(( لما كانت الطلبات الختامية للطاعن أمام محكمة أول درجة هي عدم الاعتداد بمحضر التسليم المؤرخ في 1985/4/6 الذي تم تنفيذاً للحكم الصادر لصالح المطعون ضدها – وهي على ما جرى به قضاء هذه المحكمة منازعة موضوعية في التنفيذ يقصد بها أن تفصل المحكمة بقضاء بحسم النزاع في أصل الحق المتعلق بالتسليم فإن رفع الدعوى بشأنها أمام قاضي التنفيذ يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وليس عن طريق إبداء إشكال أمام المحضر عند التنفيذ إذ يقتصر ذلك على الإشكال في التنفيذ المطلوب فيه اتخاذ إجراء وقتي، والذي استثناه المشرع من الأصل العام في إجراءات رفع الدعوى طبقاً للمادة 312 من قانون المرافعات)) [2].

[4] يجوز أن تستند منازعة التنفيذ الوقتية إلى عناصر موضوعية، ولا يغير من ذلك من طبيعتها كمنازعة وقتية والحكم فيها على هذا الأساس.

(1) نقض 1978/4/13م طعن 81 سنة 45 قضائية.

(2) نقض 1995/5/23 طعن 3107 سنة 60 قضائية.

قضت محكمة النقض بأنه من:

(( المقرر في قضاء محكمة النقض أن المنازعة الموضوعية في التنفيذ هي تلك التي يطلب فيها الحكم في موضوع النزاع بما يحسمه، وإذا كانت الدعوى – بعدم الاعتداد بالحجز – مؤسسة على منازعة طرفيها في قيام الدين المحجوز من أجله، فإن الحكم المطعون فيه، إذ أيد الحكم الابتدائي الذي لم يتصد لهذا النزاع، وأجاب المطعون ضده إلى طلباته لمجرد قيام نزاع حول ذلك الدين، يكون قد خالف القانون)) [1].

وقضت كذلك بأن:

(( دعوى عدم الاعتداد بالحجز، هي دعوى تنفيذ مستعجلة، يجوز الاستناد فيها إلى عناصر موضوعية كانقضاء الدين بسبب لاحق على صدور الحكم، ويفصل قاضي التنفيذ في تلك الدعوى، على هدى ظاهر المستندات معتداً بتلك العناصر، لا ليقضي بانقضاء الدين، ولكن ليصدر حكماً مؤقتاً بعدم الاعتداد بالحجز، فإذا أغفل التصدي لتلك العناصر الموضوعية، كان قضاؤه مخالفاً للقانون، والمقرر أن الاستناد في الدعوى المستعجلة إلى عناصر موضوعية لا يؤدي إلى المساس بالموضوع، فالاستناد إلى أسباب موضوعية في دعوى عدم الاعتداد بالحجز، كبراءة الذمة من الدين المحجوز من أجله، أو الادعاء بعدم قيام هذه المديونية لا يكون له أثر على وصف المنازعة طالما أن المطلوب فيها إجراء وقتي، ليحكم فيها بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق)) [2].

[5] للقاضي وهو ينظر الإشكال في التنفيذ إذا ما أثير أمامه نزاع على الحق المقصود حمايته، أن ينظر في مدى جدية هذا النزاع ليفصل في الإشكال وليس للفصل في النزاع بحكم حاسم.

قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

(( قيام النزاع أثناء نظر الإشكال في التنفيذ على الحق المقصود حمايته غير مانع من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالفصل في الإجراءات الوقتية، ذلك أن له أن يتناول بصفة وقتية وفي نطاق الإشكال المعروض عليه تقدير

(1) نقض 1984/1/22من طعن 681 سنة 50 قضائية.

(2) نقض 1983/2/6 طعن 212 سنة 40 قضائية.

جدية هذا النزاع، لا ليفصل فيه بحكم حاسم للخصومة، ولكن ليتحسس منه وجه الصواب في الإجراء الوقتي المطلوب منه، فيقضي على هداه لا بعدم الاختصاص بل بوقف التنفيذ المستشكل فيه أو باستمراره، وتقديره هذا وقتي بطبيعته لا يؤثر على الحق المتنازع عليه، إذ يبقى محفوظاً سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن أمام الجهة المختصة، فإذا كان الحكم الصادر من القضاء المستعجل قد قضى بوقف تنفيذ الحكم المنفذ به، وأقام قضاءه على أساس ما استخلصه من المستندات المقدمة في الدعوى من وقوع مقاصة قانونية وقدر أن النزاع في حصول المقاصة غير جدي، فإن ما أورده الحكم من ثبوت المقاصة إنما هو تقرير وقتي، ليس من شأنه أن يمس أصل الحق، ومن ثم فلا شبه في أن الحكم الصادر من القضاء المستعجل بوقف التنفيذ لا يكون قد جاوز اختصاصه))[1].

(1) نقض 1958/3/12 طعن 418 سنة 24 قضائية.

## الفرع الثالث

## أسباب منازعات التنفيذ

تنقسم المنازعات من حيث المحل الذي ترد عليه أو من حيث سببها إلى:

( أ ) منازعة في الحق الموضوعي:

[1] وتكون المنازعة في الحق الموضوعي إذا انصبت على وجود الحق الموضوعي في الواقع بصرف النظر عن التأكيد الوارد في السند التنفيذي، وقد يكون سبب المنازعة هو عدم صحة التصرف القانوني مصدر الحق، أو انقضاء الحق بعد نشأته بأي سبب من أسباب الانقضاء.

[2] أن المنازعة في الحق الموضوعي بالمعنى السابق، لا يعتبر منازعة في التنفيذ، إلا بعد نشأة السند التنفيذي، أما قبل ذلك، فإنها تكون دعوى عادية غير متعلقة بالتنفيذ، ولا يختص بها قاضي التنفيذ.

(ب) منازعة في الحق في التنفيذ:

وتكون المنازعة متعلقة بالحق في التنفيذ عندما يؤسس المدعي منازعته على حق الدائن في إجراء التنفيذ الجبري، فيكون سبب المنازعة الذي يستند إليه المدعي هو إما عدم وجود سند تنفيذي، أو عدم تأكيد السند التنفيذي الذي ينفذ به الطالب لحق موضوعي حال الأداء ومعين المقدار، أو عدم حصول الدائن على صورة تنفيذية من السند التنفيذي، أو انقضاء الحق في التنفيذ.

(جـ) منازعة في جواز التنفيذ على مال معين:

ويكون ذلك عندما ينازع المدعي في التنفيذ على مال من الأموال التي توقع الحجز ويجري التنفيذ عليها، فيكون سبب المنازعة الذي يستند إليه المدعي هو، إما أن الحجز قد توقع على مال غير مملوك للمدين، أو أن المال الذي توقع الحجز عليه غير ممكن التصرف فيه، أو من الأموال غير الجائز الحجز عليها.

( د) منازعات في إجراءات التنفيذ:

ويكون ذلك عندما تكون طلبات المدعي تتعلق بصحة الأعمال الإجرائية المكونة لخصومة التنفيذ، وهي تكون كذلك، إذا أسس المدعي دعواه على سبب يتعلق بالأهلية أو بالشكل، ومن قبيل ذلك، الادعاء ببطلان التكليف بالوفاء ن أو بطلان إعلان السند التنفيذي، وبطلان الإجراءات التالية لإعلان السند التنفيذي، ترتيباً على بطلان إعلان السند ذاته، أو الادعاء ببطلان أي إجراء من إجراءات التنفيذ.

## المطلب الثاني

## تقسيم منازعات التنفيذ تبعاً لما إذا كانت ترفع قبل تمام التنفيذ أو بعد تمامه

◈الفرع الأول : منازعات ما قبل التنفيذ ومنازعات ما بعد التنفيذ.

◈الفرع الثاني: معيار بدء التنفيذ وانتهاؤه ( التنفيذ الذي يتم على مرحلة واحدة والتنفيذ الذي يتم على مرحلتين ).

## الفرع الأول

## منازعات ما قبل التنفيذ ومنازعات ما بعد التنفيذ

[1] قد ترفع المنازعة في التنفيذ، قبل تمام التنفيذ، وقد ترفع المنازعة بعد التنفيذ، وفي حالة أن ترفع المنازعة قبل التنفيذ، إذا كان المطلوب هو اتخاذ إجراء وقتي كوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، كانت المنازعة إشكالاً وقتياً في التنفيذ.

أما إن كان المدعي يطلب الفصل في موضوع المنازعة، كانت المنازعة في هذه الحالة دعوى موضوعية في التنفيذ.

[2] وقد ترفع المنازعة بعد التنفيذ، وتكون طلبات المدعي فيها إزالة الآثار التي رتبها التنفيذ مؤقتاً، كانت المنازعة في تلك الحالة دعوى تنفيذ مستعجلة.

[3] إنه ووفق ما تقدم، فإن منازعة التنفيذ قد تكون وقتية أو موضوعية، وتكون كذلك بحسب وقت رفع المنازعة وطلبات المدعي فيها، وسواء كانت قبل التنفيذ أو بعده، وإن اختلفت طبيعة المنازعة الوقتية وتسميتها إذا كانت قبل التنفيذ عنها لو كانت بعده.

فإذا رفعت المنازعة قبل تمام التنفيذ، كانت المنازعة إشكالاً وقتياً في التنفيذ كما سلف البيان، وتكون المنازعة كذلك، إذا رفعت قبل أن ينتهي المحضر من تحرير محضر التنفيذ (محضر الحجز) إن كان قد بدأ فيه، أيا كان نوع الحجز الذي يوقعه، وسواء كان في مرحلة الحجز، أو كان في مرحلة البيع، فيطلب المدين في هذه الأحوال وقف التنفيذ مستنداً لأسباب لا تتصل بالموضوع أو بأصل الحق المتنازع فيه، فتكون المنازعة إشكالاً وقتياً في التنفيذ، سواء تعلقت بالحجز المراد توقيعه أو تعلقت بالبيع المراد إتمامه.

فمن المقرر في إجراءات التنفيذ الجبري، أن عملية وإجراءات التنفيذ تتم على مرحلتين منفصلتين، هما:

( أ ) مرحلة توقيع الحجز سواء أكان تحفظياً أو تنفيذياً.

(ب) مرحلة بيع المحجوزات بالمزاد العلني في اليوم المحدد لذلك.

أما إذا رفعت المنازعة بعد تمام التنفيذ، وكان المطلوب فيها إجراء وقتياً كما سلف البيان فإنها تكون دعوى تنفيذ مستعجلة وتكون دعوى تنفيذ موضوعية إذا طلب المدعي الفصل في أصل الحق، وتكون

المنازعة موضوعية بهذا المفهوم سواء رفعت قبل التنفيذ أو بعده وتخضع لأحكام المادة 275 مرافعات.

**الخلاصة إذن، أن منازعات التنفيذ تنقسم أربعة أنواع:**

( أ ) إشكال وقتي.

(ب) دعوى تنفيذ مستعجلة.

(جـ) دعوى تنفيذ موضوعية سابقة على تمام التنفيذ (إشكال موضوعي).

( د) دعوى تنفيذ موضوعية لاحقة لتمام التنفيذ.

[4] أن التمييز بين (الإشكال الوقتي في التنفيذ) و (دعوى التنفيذ المستعجلة) و باعتبار أن الإشكال الوقتي والدعوى المستعجلة هما من منازعات التنفيذ الوقتية، إلا أن الذي يميز بينهما هو الوقت الذي تقام فيه المنازعة، فإذا:

( أ ) أقيمت المنازعة الوقتية قبل تمام التنفيذ سميت المنازعة (إشكالاً في التنفيذ).

(ب) أما إذا أقيمت المنازعة الوقتية بعد تمام التنفيذ سميت المنازعة (دعوى مستعجلة).

## الفرع الثاني

## معيار بدء التنفيذ وانتهاؤه ( التنفيذ الذي يتم على مرحلة واحدة والتنفيذ الذي يتم على مرحلتين )

أولاً : الأهمية القانونية لتحديد بداية وانتهاء التنفيذ:

[1] تبدو أهمية تحديد بداية التنفيذ الجبري وانتهائه، في تحديد طبيعة المنازعة الوقتية بالذات، وما إذا كانت قد أقيمت قبل التنفيذ فيطلق عليها تعبير (إشكال وقتي في التنفيذ) أو إنهاء أقيمت بعد تمام التنفيذ، فيطلق عليها (دعوى مستعجلة في التنفيذ) وللتمييز بين الإشكال الوقتي في التنفيذ، والدعوى المستعجلة في التنفيذ أهمية من ناحية أن الإشكال الوقتي الأول في التنفيذ هو فقط الذي يوقف التنفيذ بمجرد رفع الإشكال دون أن يتوقف وقف التنفيذ على صدور حكم من المحكمة به.

أما دعوى التنفيذ المستعجلة، فإن مجرد رفعها لا يترتب عليه وقف التنفيذ.

[2] كما تبدو أهمية تحديد ما إذا كانت المنازعة الوقتية قد أقيمت قبل التنفيذ (الإشكال الوقتي في التنفيذ) أو كانت قد أقيمت بعد تمام التنفيذ (دعوى مستعجلة في التنفيذ) أن إشكالات التنفيذ تعتبر مستعجلة بطبيعتها وبنص القانون، ومن ثم فإن المدعي (المستشكل) لا يكلف بإثبات وجه الاستعجال بصددها.

أما المدعي الذي يقيم الدعوى المستعجلة في التنفيذ بعد تمام ذلك التنفيذ، فيقع عليه عبء إثبات وجه الاستعجال في خصوص دعواه.

و مقتضى ما تقدم، أنه إذا أقيم إشكال وقتي في التنفيذ، إلا انه قد تم التنفيذ قبل نظر هذا الإشكال، فإنه يجب على المدعي رافع الإشكال أن يثبت وجه الاستعجال، وذلك إذا رأى أن يعدل طلباته أو يحورها بما يتناسب مع حقيقة وضعه القانوني والفعلي بسبب تمام التنفيذ، وحتى يستفيد من الحماية المطلوبة من قاضي التنفيذ، بصفته قاضيا مستعجلاً في هذه الحالة.

[3] وتبدوا أهمية التمييز بين ما إذا كانت المنازعة قد أقيمت قبل التنفيذ (الإشكال في التنفيذ) أو إذا كانت قد أقيمت بعد تمام التنفيذ (الدعوى المستعجلة في التنفيذ)،

فإنه وفقاً للمادة 312 مرافعات، ويجوز إقامة الإشكال الوقتي في التنفيذ أمام المحضر، أو أثناء التنفيذ بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، هذا بينما الدعوى المستعجلة في التنفيذ، بعد تمام التنفيذ، فلا تقام إلا بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى المستعجلة، ولا ترفع أمام المحضر الذي يجري التنفيذ.

ومن المقرر أن المدعي له أن يعدل أو يحور طلبه فإذا كان قد رفع الإشكال الوقتي في التنفيذ، وكان بعد أن أقام الإشكال، قد تم التنفيذ بالفعل قبل أن تنظر المحكمة إشكاله، فإن للمستشكل أن يعدل طلباته بما يتناسب مع حقيقة الحماية الممكنة والمطلوبة من قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، هذا ولو كان المدعي قد أقامه إشكاله وفقاً للمادة 312 مرافعات.

[4] وتبدو أخيراً أهمية التمييز بين ما إذا كان المدعي قد أقام إشكالاً في التنفيذ، أي أنه أقام الدعوى قبل تمام التنفيذ، أو أنها اقامها بعد التنفيذ (دعوى مستعجلة) في أن المدعي (المستشكل) إذا خسر إشكاله، أي أن المحكمة قد قضت برفض الإشكال، فإنه يجوز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرين جنيها دون الإخلال بالتعويضات إن كان لها وجه، وذلك عملاً بأحكام المادة 315 مرافعات.

أما الحكم برفض المنازعة المستعجلة في التنفيذ بعد تمامه أو الحكم بعد قبولها لا تنطبق بصددها هذه الغرامة.

ثانياً: كيفية بداية وانتهاء التنفيذ في مفهوم المادة 275 مرافعات، في خصوص تحديد إقامة المنازعة الوقتية قبل تمام التنفيذ أو بعد انتهائه:

[1] لتحديد تمام التنفيذ أو عدم تمامه يلزم النظر إلى الأعمال التي يتألف أو يتكون منها التنفيذ، كل عمل منها على حدة، فإذا كان قد تم القيام بعمل من أعمال التنفيذ، فإنه لا يقبل طلب وقف هذا العمل، باعتبار أنه قد تم وانتهى أمره، وإنما يمكن طلب وقف العمل أو الإجراء الذي يليه.

[2] ومن المقرر بالنسبة للأعمال أو الإجراءات أو المراحل التي يتم فيها التنفيذ، أن التنفيذ قد يتم على مرحلة واحدة، وقد يتم على أكثر من مرحلة.

فالتنفيذ الذي يتم على مرحلة واحدة، مثال له التنفيذ المباشر، كما في حالة أن يكون موضوع التنفيذ هو تسليم عين النزاع، أو سد مطل يتضرر منه طالب التنفيذ، ففي هذه الأحوال، فإن التنفيذ يتم بواقعة التسليم أو سد المطل، وحتى

تعتبر المنازعة في التنفيذ قد أقيمت قبله في مثل هذه الحالات يجب أن ترفع المنازعة قبل التسليم، أو قبل سد المطل، أما إذا رفعت المنازعة بعد ذلك، فإنها تكون مرفوعة بعد التنفيذ.

أما التنفيذ الذي يتم على أكثر من مرة، فمثاله التنفيذ عن طريق الحجز، ففي هذا النوع من التنفيذ، وكما سلف البيان يتم التنفيذ على مرحلتين:

الأولى: مرحلة الحجز، وبما تشمله من إجراءات.

والثانية: مرحلة البيع الجبري لتحصيل ثمن المحجوزات.

ومن المقرر في خصوص التنفيذ الذي يجري على أكثر من مرحلة، أن كل مرحلة من مراحل التنفيذ تعتبر مستقلة عن المرحلة أو المراحل الأخرى فيما يتعلق بكون المنازعة قد رفعت قبل التنفيذ أو بعده.

ففي حالة التنفيذ عن طريق الحجز والبيع، تكون مرحلة الحجز مرحلة مستقلة تماماً عن مرحلة البيع في خصوص ما تقدم ومعنى ذلك، أن المنازعة التي ترفع بشأن الحجز فإنها رفعت قبل الحجز تعتبر أنها قد رفعت قبل التنفيذ بالنسبة للحجز، وأما إن رفعت المنازعة بعد الحجز، فإنها تكون مرفوعة بعد التنفيذ بالنسبة لذلك الحجز، وكذلك الأمر، فإن المنازعة التي ترفع بشأن البيع، فإنها إذا رفعت قبل البيع تعتبر أنها رفعت قبل التنفيذ، أما إذا رفعت بعد البيع، فإنها تكون قد رفعت بعد التنفيذ، وهكذا.

[3] إذا بدأ التنفيذ في مرحلة من مراحله، إلا أنه لم يكن قد تم عند رفع المنازعة الوقتية (الإشكال في التنفيذ) فإنه في هذه الحالة تكون المنازعة قد رفعت قبل التنفيذ بالنسبة لما لم يتم من أعمال التنفيذ، ومن ثم يتعين في مثل هذه الحالة وقف التنفيذ، وعدم الاستمرار فيه.

[4] وسواء كان التنفيذ يتم على مرحلة واحدة، أو يتم على أكثر من مرحلة، فلا يعتبر التنفيذ قد تم لمجرد إتمام جزء منه، وإنما يلزم لذلك، أن التنفيذ يكون قد تم على نحو تنقضي به المرحلة كلها، مثال ذلك، أن يبدأ المحضر في التنفيذ ببيع المنقولات المحجوز عليها، فإن كان قد باع بعضها بأن رسا مزادها وقبض ثمنها، ثم رفع إشكال وقتي قبل بيع باقي المحجوزات، فإنه يتعين عليه وقف البيع رغم تسليم ما تم بيعه حتى يحكم في الإشكال، وعلة ذلك، أن البيع

الذي أجراه المحضر قد تم تنفيذاً لحكم، وهو ذاته الحكم الذي أوقف تنفيذه، ومن ثم فإن وقف الحكم المنفذ به، يمتد أثره إلى البيع.

وكذلك الأمر، إذا بدء في هدم حائط أو سد مطل، فإن الإشكال الذي يرفع قبل تمام الهدم أو السد، ولو كان قد بدأ فيه، يؤدي إلى عدم الاستمرار في ذلك، حتى يحكم في الإشكال.

ونفس الأمر، في حالة الحجز، فإذا رفع الإشكال قبل إتمام الحجز، إنه يمتنع على المحضر إتمامه بقوة القانون، ويعتبر إشكالاً أول في هذه الحالة.

## المبحث الثاني

## منازعات ما قبل التنفيذ

- المطلب الأول : الإشكال الوقتي في التنفيذ.
- المطلب الثاني: دعوى التنفيذ الموضوعية (الإشكال الموضوعي).

## المبحث الثاني

## منازعات ما قبل التنفيذ

قلنا فيما تقدم، أن المنازعات التي تقام قبل التنفيذ، إما أن تكون منازعة وقتية، وهي ما يطلق على تعبير (إشكال وقتي في التنفيذ) وإما أن تكون موضوعية، فيطلق عليها (دعوى موضوعية في التنفيذ)، وعلى ذلك، فإننا سوف نتناول أولاً، الإشكال الوقتي في التنفيذ، ثم بعده نتكلم عن دعوى التنفيذ الموضوعية أو ما يسمى أحياناً الإشكال الموضوعي في التنفيذ.

## المطلب الأول

## الإشكال الوقتي في التنفيذ

- الفرع الأول : شروط ومقومات الإشكال الوقتي في التنفيذ.
- الفرع الثاني : كيفية رفع الإشكال في التنفيذ وأثره.
- الفرع الثالث : صور خاصة من الإشكالات في التنفيذ.

## الفرع الأول

## شروط ومقومات الإشكال الوقتي في التنفيذ

يشترط لاعتبار المنازعة في التنفيذ إشكالاً وقتياً أن يتوافر أربعة شروط هي:

الأول : أن تطرح المنازعة قبل تمام التنفيذ.

والثاني: أن يكون المطلوب استصدار حكم بإجراء مؤقت لا يمس أصل الحق المتنازع فيه.

والثالث: ألا يكون الإشكال مؤسساً على وقائع سابقة للحكم المستشكل فيه.

والرابع: ألا يتضمن الإشكال طعناً على الحكم المستشكل فيه.

وهو ما نتناوله بالتفصيل فيما يلي:

أولاً : طرح المنازعة على القضاء قبل تمام التنفيذ:

[1] إذا كان المدعي الذي رفع الإشكال في التنفيذ هو المدين الذي يجري ضده التنفيذ فإنه يطلب في الإشكال وقف التنفيذ مؤقتاً، وهو ما يسمى (الإشكال السلبي) في التنفيذ، أما إذا كان المدعي الذي أقام الإشكال في التنفيذ هو الدائن الذي يجري التنفيذ لمصلحته، فإنه يطلب في الإشكال الاستمرار في التنفيذ، وهو ما يسمى (الإشكال الإيجابي) في التنفيذ.

فإذا كان التنفيذ قد تم فإنه لا يكون هناك ثمة مبرر لطلب وقفه أو الاستمرار فيه، ويكون الجائز والممكن في هذه الحالة هو طلب إبطال ما تم من إجراءات، وهذا الطلب يعتبر منازعة موضوعية في التنفيذ وليست إشكالاً فيه.

[2] وللوقوف على ما إذا كان التنفيذ قد تم أو لم يتم يجب النظر إلى أعمال التنفيذ كل على حدة، كما سلف البيان، فإذا كان التنفيذ بعمل واحد أو على مرحلة واحدة، فإنه يعتبر قد تم بتمام هذا العمل أو تلك المرحلة، وذلك مثل التنفيذ المباشر، كما بينا فيما تقدم، مثل تسليم عين النزاع، أو هدم جدار، أو سد مطل، ففي كل هذه الحالات يتم التنفيذ بمجرد تمام التسليم، أو الهدم، أو سد المطل، فإذا رفع الإشكال الوقتي في التنفيذ قبل التنفيذ بهذا المعنى كان مقبولاً، أما إذا رفع بعد التنفيذ كان غير مقبول.

أما التنفيذ الذي يتم بعدة أعمال أو مراحل، فإن كل منها تعتبر وحدة مستقلة عن الأخرى، والعمل أو الإجراء الذي يتم تنفيذه منها لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف الأعمال أو الإجراءات التي لم تتم من أعمال التنفيذ.

فكما قلنا، أنه إذا تم توقيع الحجز، إلا انه لم يتم البيع، فإنه يمكن طلب وقف البيع لأنه لم يتم، وكذلك إذا اشتمل السند التنفيذي على أكثر من إلزام، وتم تنفيذ أحد هذه الالتزامات، فإنه يجوز طلب وقف تنفيذ السند التنفيذي بالنسبة للالتزام الذي لم ينفذ بعد، فإذا قضى الحكم الذي يجري التنفيذ بمقتضاه، بتسليم أرض زراعية، ومبان، وبعد أن تم تسليم الأرض الزراعية، أقام المدين إشكالاً في التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون الإشكال مقبولاً ويوقف تنفيذ الجزء الذي لم يتم تنفيذه، أي يوقف تنفيذ الحكم بالنسبة للمباني.

[3] والأثر الموقف للإشكال في التنفيذ يكون بقوة القانون بالنسبة للإشكال الأول دون غيره من الإشكالات التي تقام بعد ذلك، فمن المقرر أن مجرد قيد الإشكال الأول في التنفيذ من المنفذ ضده، فإن الإشكال يوقف التنفيذ بقوة القانون حتى يفصل في الإشكال، إما بوقف التنفيذ مؤقتاً، أو برفض الإشكال والاستمرار في التنفيذ.

ثانياً : أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا يمس أصل الحق:

[1] يلزم أن يكون طلب المدعي في الإشكال في التنفيذ المقام منه مجرد إجراء وقتي أو تحفظي لا يمس موضوع الحقوق محل النزاع، ويكون الإجراء المطلوب وقتياً إذا كان بطلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه مؤقتاً بحسب الأحوال، دون مساس بأصل الحق، والطلب التقليدي في إشكالات التنفيذ غالباً ما يكون هو وقف التنفيذ مؤقتاً إما على أساس أن الحكم المنفذ به غير جائز تنفيذه ويكون هذا الطلب من قبل المستشكل وهو المنفذ ضده، وإذا كان الإشكال مقاماً من طالب التنفيذ قد يطلب الاستمرار مؤقتاً في التنفيذ إذا كان المحضر قد رأى عدم الاستمرار نظراً لخلو الحكم المنفذ به من الإشارة إلى النفاذ المعجل رغم أن الحكم مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

[2] ومقتضى أن تكون طلبات المستشكل هي الحصول على الحكم بإجراء وقتي، فإنه لا يقبل الإشكال في التنفيذ الذي يرفع ويكون المطلوب فيه طلباً موضوعياً، ومثال ذلك أن يطلب المستشكل بطلان إجراءات التنفيذ، أو سقوط حق الدائن في التنفيذ أو براءة ذمته أو غير ذلك من الطلبات الموضوعية.

[3] يجب ألا يكون في إجابة المستشكل إلى طلبه الوقتي المساس بأصل الحق الموضوعي الذي يجري التنفيذ لاقتضائه أو الحق في التنفيذ ذاته، ويكون الحكم في الطلب الوقتي ماساً بأصل الحق أو فاصلاً فيه، إذا كان طلب المستشكل هو مثلاً وقف التنفيذ لبراءة ذمته من الدين، فالقضاء ببراءة الذمة هو قضاء موضوعي أي فاصل في موضوع الحق المتنازع عليه، وهذا لا يجوز عند الفصل في الإشكال الوقتي، ذلك أن قاضي التنفيذ وهو ينظر الإشكال في التنفيذ ينظره بصفة قاضياً للأمور المستعجلة بكل ما يترتب على ذلك من نتائج وآثار.

ومن قبيل الطلبات الموضوعية التي يعتبر الفصل فيها ماساً بأصل الحق، أن يطلب الدائن المستشكل وقف التنفيذ لتوقيع الحجز على مال لا يجوز الحجز عليه، فالإشكال في هذه الحالة يكون غير مقبول لأنه يمس حق الدائن في التنفيذ.

[4] إن قاضي التنفيذ يختص بكافة منازعات التنفيذ سواء المستعجلة أو الموضوعية، ولذلك، إذا كان المستشكل قد رفع الإشكال الوقتي بطلب موضوعي، أو كان بحث الإشكال والحكم فيه يقتضي أو يؤدي إلى المساس بأصل الحق، وكان هذا الطلب الموضوعي متعلقاً بالتنفيذ أو بالحق في التنفيذ، كطلب بطلان التنفيذ أو بعدم أحقية الدائن في التنفيذ، أو أن المال الذي يجري عليه التنفيذ من الأموال التي لا يجوز الحجز عليها، فإن القاضي في هذه الحالات لا ينظر في هذا الإشكال – وما شابهه – بصفته قاضياً للأمور المستعجلة، بل ينظره بصفته قاضي الموضوع، فيما يتعلق بمنازعات التنفيذ.

الخلاصة إذن، إنه فيما يتصل بالشرط الخاص بألا يمس الحكم الذي يصدره قاضي التنفيذ في الطلب الوقتي (الإشكال في التنفيذ) أصل الحق المتنازع عليه، أنه إذا رفع إليه طلب موضوعي على أنه إشكال، وقتي فإنه يجب على قاضي التنفيذ ألا يحكم بعدم اختصاصه، بل يحدد جلسة للنظر في الدعوى باعتبارها دعوى تنفيذ موضوعية متعلقة بالتنفيذ، أما إذا كان الطلب الموضوعي في الحالة السابقة، غير متعلق بالتنفيذ، أو بالحق في التنفيذ، ولكنه يتعلق بالحق الموضوعي الذي يجري التنفيذ لاقتضائه، كما في حالة أن يدعي المستشكل أن الدين المطلوب منه قد انقضى بالتقادم، أو بالمقاصة أو بالوفاء، فإن هذا الطلب على الوجه المتقدم، يخرج من

اختصاص قاضي التنفيذ، وتختص به محكمة الموضوع وهي المحكمة المدنية والتجارية، ذلك أن اختصاص قاضي التنفيذ بالمسائل أو المنازعات الموضوعية يقتصر على المنازعات المتعلقة بالتنفيذ فقط، ومن ثم فإن قاضي التنفيذ في مثل هذه الحالة يحكم بعدم اختصاصه، والإحالة إلى المحكمة المختصة.

ثالثاً: ألا يكون الإشكال مؤسساً على وقائع سابقة على الحكم المستشكل فيه:

[1] يتعلق هذا الشرط بالحكم كسند تنفيذي، إذ لا يجوز أن يؤسس الإشكال في التنفيذ على وقائع سابقة على الحكم المستشكل فيه، وهذا شرط بديهي، لأن الوقائع السابقة على الحكم، كان من الواجب إبداؤها أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه.

[2] ويستثنى من هذا الشرط حالات الإشكال في تنفيذ أوامر الأداء، باعتبار أن أمر الأداء يصدر في غيبة المدين، ومن ثم فلا يتصور أنه لم يبد دفاعه أو تقاعس عن إبدائه عند صدور الأمر، ولذلك يجوز له أن يؤسس الإشكال في التنفيذ على أسباب سابقة على صدور أمر الأداء.

رابعاً: ألاَّ يتضمن الإشكال طعناً على الحكم المستشكل في تنفيذه:

[1] من المقرر أنه يجب ألا يؤسس الإشكال الوقتي في التنفيذ على تعييب أو تخطئه الحكم المستشكل فيه، فلا يجوز مثلاً أن يطلب المستشكل وقف تنفيذ بمقولة أن المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون، أو أنها غير مختصة بنظر الدعوى، فإن مثل هذه الإشكالات لا تقبل، ذلك أن الإشكال في التنفيذ ليس طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، ولا يعتبر قاضي التنفيذ جهة طعن في الحكم المستشكل فيه، ولقد حدد المشرع طرقاً وإجراءات للطعن في الأحكام يجب إتباعها وفي المواعيد المقررة لذلك.

[2] يجوز إقامة الإشكال الوقتي في التنفيذ على سند من بطلان السند التنفيذي بسبب تزويره، أو انعدام الحكم المنفذ به، كأن يكون الحكم مثلاً قد صدر بناء على إجراءات باطلة بطلاناً جوهرياً (منعدماً) ويكون ذلك، إذا كان قد صدر من غير قاض أو من قاض انتهت ولايته، أو صدر ضد شخص متوفي أو على خصم لم يعلن أصلاً بالدعوى.

وجواز تأسيس الإشكال في الأحوال السابقة على بطلان السند التنفيذي هو استثناء من قاعدة عدم جواز تأسيس الإشكال على بطلان الحكم، وأساس هذا

الاستثناء أن النعي على الحكم بانعدام وجوده قانوناً لا يعتبر طعناً على الحكم لأن الطعن يرد على عمل موجود وقائم ولا يرد على معدوم.

كما أنه يجوز تأسيس الإشكال بطلب وقف التنفيذ على سند من تزوير السند التنفيذي، لأن التزوير يستوي مع انعدام الوجود القانوني للحكم، وهو صورة من الانعدام القانوني أو سبباً من أسبابه، ومن ثم فإن التزوير يكون من شأنه تعطيل قوة السند التنفيذية إلى أن يفصل في موضوع الأداء بالتزوير.

جواز رفع الإشكال من الغير:

[1] إن للغير الذي يدعي حقاً على المنقول المحجوز أن يرفع دعوى استرداد لتقرير حقه على المنقول، ويكون لمجرد رفع الدعوى وقف البيع.

[2] وللغير كذلك أن يرفع الإشكال الوقتي في التنفيذ، ذلك أن صيغة المادة 312 مرافعات عامة ومطلقة، فتشتمل الغير بجانب شمولها طالب التنفيذ والمنفذ ضده وهما طرفا خصومة التنفيذ.

## الفرع الثاني

## كيفيــة رفــع الإشكال وأثـــره

أولاً : طرق رفع الإشكال الوقتي في التنفيذ:

يوجد طريقتان لرفع الإشكال الوقتي في التنفيذ:

1 – الطريقة الأولى: وهي رفع الإشكال بالطريقة العادية لرفع الدعوى المستعجلة، بأن تودع صحيفة الإشكال قلم كتاب المحكمة. وتتبع في شأنها الإجراءات الخاصة بالقضاء المستعجل.

2 – الطريقة الثانية: وتتمثل في إبداء الإشكال في التنفيذ أمام المحضر عند جرائه التنفيذ، وهي الطريقة الأكثر يسراً وشيوعاً في العمل.

ويجوز إبداء الإشكال أمام المحضر أياً كان نوع التنفيذ، سواء كان مباشراً أو بطريق الحجز، وأيا كان محل التنفيذ منقولاً أو عقاراً، ويجوز إبداء الإشكال أمام المحضر كتابة أو شفاهة.

ويجب على المحضر إذا أبدى الإشكال أمامه مصحوباً بدفع الرسم المقرر، أن يثبت هذا الإشكال في محضر التنفيذ، ويحدد جلسة لنظره أمام قاضي التنفيذ.

ووفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 312 مرافعات، فإن المحضر في هذه الحالة، له أن يوقف التنفيذ أو يمضي فيه على سبيل الاحتياط، مع العلم بأن الإشكال الأول يوقف التنفيذ، ومن ثم فإنه في هذا الصدد يجب التمييز بين فرضين:

الأول : إذا كان التنفيذ يتم على مرحلة واحدة فقط، كما في حالة التسليم أو الإزالة أو الطرد، فإنه في نطاق هذا الفرض يجب على المحضر أن يوقف التنفيذ.

والثاني: إذا كان التنفيذ يتم على أكثر من مرحلة واحدة، فإنه ينبغي على المحضر في نطاق هذا الفرض أن يمضي في التنفيذ حتى نهاية المرحلة الأولى فقط، ثم يتوقف عن التنفيذ.

فإذا كان الحجز يجري على منقولات المدين، وقدم الإشكال للمحضر أثناء توقيع الحجز، فإن للمحضر أن يتوقف أو يمضي في حجز باقي المنقولات، ولكن لا يجوز له أن يمضي في إجراءات البيع، وهي المرحلة التالية للحجز، وذلك إلا بعد الفصل في الإشكال بمعرفة قاضي التنفيذ.

ثانياً : أثر رفع الإشكال على التنفيذ:

[1] الإشكال الأول بوقف التنفيذ بمجرد رفعه.

[2] الإشكال الثاني لا يوقف التنفيذ بمجرد رفعه، وإنما بالحكم فيه إذا قضت المحكمة بوقف التنفيذ.

عدم جواز وقف تنفيذ حكم بأمر على عريضة:

قد يلجأ البعض إما إلى قاضي التنفيذ، أو قاضي الأمور المستعجلة أو قاضي الأمور الوقتية، سواء بناء على عرض المحضر أو بعريضة تقدم إلى القاضي لاستصدار أوامر بوقف تنفيذ الأحكام الواجبة التنفيذ، رغم سبق رفض الإشكال المرفوع عنها، وهذا المسلك لا سند له من القانون، وهو اتجاه غير صحيح، وذلك للأسباب الآتية:

[1] إن نص الفقرة الرابعة من المادة 312 مرافعات، صريح الدلالة، ولا يدع أي مجال للاجتهاد في أنه إذا ما رفض الإشكال الأول، فإنه لا يترتب على رفع أي إشكال آخر وقف التنفيذ، ما لم يحكم قاضي التنفيذ بالوقف.

فالنص قاطع الدلالة في أن الأداة القانونية التي حددها المشرع لوقف التنفيذ هي صدور حكم من قاضي التنفيذ، ومن ثم فإنه ومع صراحة النص يمتنع أن يوقف التنفيذ بموجب أمر يصدره القاضي.

[2] أن قرار وقف تنفيذ الحكم هو عمل قضائي يجب أن يصدر في شكل حكم، وليس عملاً ولائياً من أعمال إدارة القضاء.

[3] أن الأمر على عريضة أقل درجة من الحكم، وبالتالي لا يجوز أن يسلط على الحكم ويوقف النيل من القوة التنفيذية للحكم إلا بحكم يصدر من جهة الاختصاص.

[4] إن القضاء لا يتدخل في تنفيذ السندات التنفيذية إلا عند قيام منازعة فيها، وتعرض المنازعة على القضاء في شكل الدعوى، وذلك برفعها بالطريق الذي رسمه المشرع، سواء بإيداع صحيفتها قلم الكتاب، أو رفع الإشكال الوقتي أمام المحضر.

[5] أنه لا يجوز الاستناد إلى نص المادة 275 مرافعات التي تخول قاضي التنفيذ الفصل في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية، وإصدار الأوامر والقرارات المتعلقة بالتنفيذ، ذلك أن المقصود بالأوامر والقرارات المتعلقة بالتنفيذ هو الأوامر على العرائض والقرارات المتعلقة بأعمال إدارة القضاء، فقاضي التنفيذ كسائر القضاة لا يملك أن يصدر أمراً على عريضة أو قراراً ولائياً في الوقت الذي يوجب فيه القانون عليه أن يصدر قراره في صورة حكم، كما لا يملك قاضي التنفيذ أن يفصل في الخصومة متحللاً من الضوابط والقيود التي تقضي بأن يصدر الحكم في الخصومة بعد أن تنعقد بالطريق الذي رسمه القانون، وأن يلتزم الحكم بالضوابط التي بينها المشرع لصحته وأخصها تحرير أسباب له.

[6] أنه لا يجوز التعلل بأن صدور الأمر على عريضة في بعض الحالات المستعجلة تقتضيه السرعة، ذلك أن قاضي التنفيذ يجوز له أن يقصر مواعيد نظر الدعوى من ساعة إلى ساعة، كما يجوز له أن يعقد الجلسة في منزله عند الضرورة، بما يواجه هذه الحالات المنوه عنها.

## الفرع الثالث

## صور خاصة من الإشكالات الوقتية في التنفيذ

أولاً : الإشكال الوقتي في الحجز التحفظي

[1] يجب على المحجوز عليه أن يرفع الإشكال في التنفيذ قبل توقيع الحجز التحفظي وقبل تمامه، ومن المقرر أن توقيع وتمام الحجز التحفظي يكون في الوقت الذي ينتهي فيه المحضر من إثبات جميع المحجوزات بمحضر الحجز ثم يوقع المحضر على هذا المحضر، فلحظة توقيع المحضر على محضر الحجز هي لحظة تمام الحجز التحفظي، ومن ثم فإذا رفعت المنازعة (الإشكال) بعد أن وقع المحضر على المحضر، فإنها بذلك تكون قد رفعت بعد تمام التنفيذ.

[2] فإذا رفع المدعي الحاجز منازعته بعد توقيع المحضر على محضر الحجز، أي بعد تمام الحجز، فإنه يتعين عليه تعديل طلباته إلى عدم الاعتداد بالحجز الذي توقع، وفي هذه الحالة ينظر قاضي التنفيذ تلك الدعوى باعتبارها دعوى مستعجلة، وتكون مقبولة أمامه رغم رفعها في الأصل باعتبارها إشكالاً وقتياً بالإجراءات المعتادة، فتظل مقبولة بعد تعديل الطلبات.

[3] إن المادة 316 مرافعات وما بعدها قد أوضحت قواعد الحجز التحفظي، وأشارت المادة 320 مرافعات إلى إخضاع الحجز التحفظي للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في المواد من 353 إلى 397 المتعلقة بالحجز التنفيذي، كما أن أمر الحجز التحفظي يصدر من قاضي التنفيذ أو من القاضي المختص بأمر الأداء كما سلف البيان، إذا كان الدين المحجوز من أجله ثابتاً بالكتابة.

والأسباب التي يستند إليها المستشكل في طلب وقف التنفيذ تستوجب الرجوع إلى القواعد القانونية السالفة البيان والتي تحدد شروط وإجراءات التنفيذ، وللوقوف على مدى الالتزام بهذه القواعد.

[4] وينظر قاضي التنفيذ في الإشكال بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، إلا أنه لا يبحث شرط الاستعجال لافتراض توافره، ولكنه يجب ألا يمس أصل الحق.

ويقضي القاضي في الإشكال بوقف التنفيذ إذا أسس المستشكل الإشكال على السبب المؤدى إلى ذلك، وقد يكون السبب موضوعياً، كالوفاء بالدين المحجوز

من أجله أو انقضائه بالمقاصة أو التقادم، باعتبار أن الاستناد إلى سبب موضوعي لا يمس أصل الحق جائز طالما كان المطلوب اتخاذ إجراء وقتي، كوقف التنفيذ، ولأن قاضي التنفيذ لا يقضي ببراءة ذمة المستشكل، وإنما بإجراء وقتي بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه.

وقد يكون السبب الذي يؤسس عليه الإشكال يتصل بالنعي على إجراءات الحجز لعدم توافر شرط من الشروط اللازمة لصحته، أو لصدور أمر الحجز من قاضي التنفيذ، في حين أنه كان يجب أن يصدر من قاضي الأداء أو العكس، وهو ما يترتب عليه البطلان.

كما أنه يجب على المحضر أن يحرر محضر الحجز ثم يقوم بإعلانه إلى المحجوز عليه مقترناً بأمر الحجز خلال أجل معين، ثم رفع دعوى بصحة الحجز خلال الأجل الذي حددها القانون.

كما أن الحجز يجب على أموال يجوز الحجز عليها، وإلا كان باطلاً، كما تطلب المشرع شروطاً معينة في كل حجز تحفظي وإلا كان باطلاً، كالحجز التحفظي على المستأجر، والحجز التحفظي التجاري، والحجز التحفظي الاستحقاقي.

فكل تلك أسباب يمكن أن يؤسس عليها الإشكال في التنفيذ، إذا ما وقعت أية مخالفة لأي منها.

[5] إذا رفعت دعوى تنفيذ مستعجلة بعدم الاعتداد بالحجز التحفظي، وكانت الدعوى الموضوعية المرفوعة بأصل الحق وبصحة الحجز التحفظي مرفوعة أيضاً أمام محكمة الموضوع المختصة، فإن دعوى عدم الاعتداد بالحجز تظل قائمة أمام قاضي التنفيذ إلى جانب الدعوى الموضوعية السالفة البيان.

فإذا قضى أولاً في الدعوى المستعجلة، فإن الحكم الصادر فيها لا تكون له حجية أمام المحكمة التي تنظر الموضوع وصحة الحجز (دعوى ثبوت الحق وصحة الحجز)، ويكون لمحكمة الموضوع تلك، القضاء بإلزام المدين بالدين وبصحة الحجز ولو كان الحكم المستعجل قد قضى بعدم الاعتداد بالحجز.

إلا أنه إذا قضى في الدعوى الموضوعية أولاً، حاز الحكم الصادر فيها فور صدوره حجية الأمر المقضي، والتزام قاضي التنفيذ الذي ينظر دعوى عدم الاعتداد بالحجز، بتلك الحجية عند إصدار حكمه فيها كمنازعة مستعجلة،

ويتعين في هذه الحالة الحكم برفضها إذا كان قد قضى في الدعوى الموضوعية بالإلزام بالدين وصحة الحجز.

ثانياً : الإشكال الوقتي في الحجز التنفيذي:

[1] استلزم المشرِّع شروطاً لصحة الحجز التنفيذي، ومن هذه الشروط ما يتعلق بالسند التنفيذي، أو بمقدمات التنفيذ أو بأطرافه، أو بالمال المحجوز عليه أو بالحق المراد اقتضائه، أو بقواعد طريق الحجز الذي يجب أن يسلكه الدائن، سواء تمثل هذا الطريق في الحجز لدى المدين أو حجز ما للمدين لدى الغير، أو التنفيذ العقاري، وفي خصوص كل من هذه الشروط توجد أسباب تؤدي إلى بطلان التنفيذ.

[2] ويتعين وكما سلف البيان أن يرفع الإشكال في التنفيذ قبل تمام المرحلة التي يوجه إليه الإشكال ويرمي إلى وقفها، ذلك أن الإشكال ينحصر في إجراءات التنفيذ التي لم تتم بعد، أما المرحلة التي تمت فلا يرد عليها الإشكال، لأن ما تم لا يجوز وقفه.

ومثال ذلك، أن يكون الدائن قد أوقع حجزاً تنفيذياً على منقولات المدين، وتحدد يوم البيع، فإن إجراءات التنفيذ تكون قد تمت بالنسبة للحجز، إلا أنها لم تتم بالنسبة للبيع، ومن ثم فإنه يجوز للمحجوز عليه رفع إشكال في التنفيذ بالنسبة للبيع بقصد وقفه.

أما إن أراد المحجوز عليه في المثال السابق إلغاء الحجز فإنه يلجأ إلى دعوى التنفيذ المستعجلة يرفعها أمام قاضي التنفيذ بطلب عدم الاعتداد بالحجز، وله أن يرفع دعوى التنفيذ الموضوعية، ببراءة ذمته من الدين المحجوز من أجله وبطلان الحجز.

[3] يستند الإشكال في الحجز التنفيذي إلى أي سبب من الأسباب التي تتصل بتخلف أحد الشروط اللازمة لتوقيع ذلك الحجز، سواء تعلق السبب بالموضوع أو بالشكل، فعلى سبيل المثال، قد لا يكون الدائن قد اتخذ إجراءات إعلان السند التنفيذي الذي يباشر التنفيذ بموجبه، أو أن يكون الإعلان الذي أجراه مشوباً بالبطلان، أو أن تكون الصيغة التنفيذية لم توضع على السند التنفيذي، أو أن يكون من وجهت إليه إجراءات الحجز ليس هو الذي شمله السند التنفيذي، أو أن يكون الدين المنفذ به غير حال الأداء أو غير معين المقدار

أو غير محقق الوجود، ولم يقم الدائن باستصدار أمر من قاضي التنفيذ بتقدير الدين مؤقتاً قبل إجراء الحجز.

ومن الأسباب التي يؤسس عليها الإشكال في التنفيذ كذلك، أن المنقول المراد الحجز عليه قد يكون مما لا يجوز حجزه، أو يكون الإجراءات التي بوشرت غير متعلقة بالحجز المراد توقيعه، كما لو كان الدائن قد اتخذ إجراءات طريق الحجز لدى المدين، بينما كان يجب عليه اتخاذ إجراءات طريق حجز ما للمدين لدى الغير.

وقد يستند الإشكال في التنفيذ على قيام الدائن بالوفاء بالدين، أو المقاصة أو تقادم الدين المنفذ به، لسبب لاحق على صدور السند التنفيذي، وفي هذه الحالة فإن قاضي التنفيذ يتصدى لذلك السبب الموضوعي، ليصدر حكماً وقتياً بوقف تنفيذ الحجز المراد توقيعه، وليس ليصدر حكماً في الموضوع ببراءة ذمة المستشكل.

[4] يجب ألا يؤسس الإشكال في التنفيذ على سبب سابق على صدور الحكم المنفذ به، لما في ذلك من مساس بأصل الحق، وهو ما يمتنع على قاضي التنفيذ لمساسه بحجية الحكم، ويفترض أن أي سبب سابق على صدور الحكم المنفذ به، أن ذلك الحكم قد تصدى له حتى ولو لم يثبت إثارته أمام المحكمة التي أصدرته.

**وتطبيقاً لذلك فإنه لا يجوز أن يؤسس الإشكال في التنفيذ على ما يأتي:**

( أ ) الوفاء السابق على صدور الحكم، ولو قدمت مخالصة تدل على الوفاء، وكانت سابقة على صدور الحكم.

(ب) تقادم الدين في تاريخ سابق على صدور الحكم، إذ يتضمن مثل هذا السبب نعياً على الحكم وهو ما لا يجوز طرحه على المحكمة الاستئنافية عند الطعن في الحكم لما يترتب على هذا الطعن من وقف حجية الحكم المستأنف مؤقتاً بالنسبة لمحكمة الاستئناف تمكيناً لها من التصدي لأوجه النعي الموجهة للحكم، ومن ثم تظل تلك الحجية قائمة بالنسبة لقاضي التنفيذ ويمتنع عليه المساس بها، إلا إذا كان الحكم معدوماً فإنه يمكن وقف تنفيذه، لأن الحكم المعدوم لا تلحقه الحجية أصلاً، ومن ثم فإن وقف تنفيذه لا يكون فيه مساس بأية حجية لأنه عدم والعدم لا وجود له.

ثالثاً : الإشكال الوقتي في حجز ما للمدين لدى الغير

النصوص القانونية:

[1] تنص المادة 328 من قانون المرافعات على أن حجز ما للمدين لدى الغير يحصل بدون حاجة إلى إعلان سابق، ويتم بموجب ورقة من أوراق المحضرين تعلن إلى المحجوز لديه.

[2] كما تنص المادة 332 من القانون ذاته على أن يكون إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه، الأمر الذي مفاده، أن الدائن لا يعلن المدين بالسند التنفيذي، ولا يكلفه بالوفاء عند توقيعه الحجز على لمدينه لدى الغير، كما أنه لا يستصدر أمراً بالحجز طالما كان الدين المنفذ من أجله معين المقدار كما أنه في هذه الحالة لا يلزم أن يكون السند المنفذ به قد استوفى مقومات السند التنفيذي، فيكفي أن يكون حكماً ولو كان غير واجب النفاذ، ذلك أن القانون لا يستلزم استصدار الأمر من القاضي بالحجز إلا عندما يكون الدين غير معين المقدار وذلك عملاً بنص المادة 327 مرافعات.

[3] ومن المقرر أنه يجوز للمحكوم عليه أن يرفع إشكالاً في تنفيذ الحكم الذي يهدده بحجز ما له لدى الغير إذا كان هذا الحكم غير واجب النفاذ، ويكون للمحكوم عليه ذلك قبل شروع الصادر لصالحه الحكم في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضده.

ويجب أن يرفع هذا الإشكال قبل تمام التنفيذ ولما كان التنفيذ بحجز ما للمدين لدى الغير يتم بإعلان المحجوز لديه بورقة الحجز، وهي ورقة من أوراق المحضرين مشتملة على البيانات التي تضمنتها المادة 328 مرافعات، فإنه من ثم يجب رفع الإشكال في التنفيذ قبل إجراء هذا الإعلان، ولا يحول دون ذلك بطلان الإعلان، إذ يتعلق البطلان بالحجز الذي توقع وتم.

[4] إذا رفع المحجوز عليه إشكالاً أمام محكمة التنفيذ بصحيفة أودعت قلم الكتاب، وكان ذلك قبل إعلان المحجوز لديه، ترتب على ذلك وقف التنفيذ بقوة القانون.

فإذا أعلن المحجوز لديه بعد رفع الإشكال على النحو السابق، فلا يترتب على هذا الإعلان أثره، وبالتالي لا تعتبر الأموال التي تحت يده محجوزة، ولا يلتزم

بالتقرير بما في ذمته، لأن مناط هذا التقرير أن تكون تلك الأموال قد تم التنفيذ عليها بالحجز.

[5] أما إذا لم يرفع المحجوز عليه إشكالاً في التنفيذ على النحو السابق، وتم إعلان المحجوز لديه، فإن الحجز يكون قد توقع، ولا يجوز للمحجوز عليه إلا أن يرفع دعوى تنفيذ مستعجلة بعدم الاعتداد بالحجز وذلك إذا توافرت شروط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

[6] ومن المقرر أنه لا يجوز للمحجوز عليه أن يقدم الإشكال في التنفيذ للمحضر، ذلك أن مهمة المحضر في حجز ما للمدين لدى الغير تقتصر على إعلان المحجوز لديه بورقة الحجز، ولا تمتد مهمته إلى توقيع الحجز، ومن ثم فلا يجوز عرض الإشكال عليه عند إجراء الإعلان، والطريق الوحيد للإشكال في هذا النوع من الحجز هو رفع الإشكال بالإجراءات المعتادة وذلك بإيداع صحيفته قلم كتاب محكمة التنفيذ التي يقع بها موطن الحاجز وهو المدعى عليه في الإشكال.

[7] ونفس الأمر إذا استند الدائن إلى حكم غير واجب النفاذ إلا أن الدين غير معين المقدار، فإن الدائن في هذه الحالة يجب عليه أن يستصدر أمراً على عريضة من قاضي التنفيذ بتقدير الدين وتوقيع الحجز، ثم يتم توقيع حجز ما للمدين لدى الغير بموجب إعلان المحجوز لديه بأمر الحجز الذي يعتبر هو السند التنفيذي المنفذ به.

يجوز للمدين في هذه الحالة رفع إشكال في تنفيذ أمر الحجز السالف البيان، وذلك فور صدور ذلك الأمر وحتى إلى ما قبل إعلانه للمحجوز لديه.

ويترتب على رفع الإشكال وقف التنفيذ بقوة القانون حتى يفصل فيه قاضي التنفيذ، فإذا تم إعلان أمر الحجز إلى المحجوز لديه بعد رفع الإشكال وقبل أن يقضي برفض الإشكال، كان إعلان الأمر إلى المحجوز لديه حابط الأثر لا يترتب عليه حجز ما للمدين لدى الغير، ولا يلزم من ثم المعلن إليه (المحجوز لديه) بالتقرير بما في ذمته، ويتعين عليه تسليم ما في ذمته إلى المدين المحجوز عليه.

أما إذا لم يرفع المحجوز عليه إشكالاً في تنفيذ أمر الحجز، وتم إعلان هذا الأمر للمحجوز لديه، ترتب على ذلك اعتبار ما في ذمته للمدين محجوزاً عليه

وتعين عليه التقرير بما في ذمته، ويكون للمدين في هذه الحالة رفع دعوى تنفيذ مستعجلة بعدم الاعتداد بحجز ما للمدين لدى الغير متى توافر شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

وإذا لم يتوافر للدعوى شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق اختص قاضي التنفيذ بنظرها كذلك، ولكن باعتبارها دعوى تنفيذ موضوعية إذا توافرت في العناصر المطروحة عناصر تلك الدعوى.

[8] ومن المقرر أن حجز ما للمدين لدى الغير يتم فور إجراء إعلان المحجوز لديه بالحجز ولو كان الإعلان باطلاً وتنحصر المنازعة في هذه الحالة إما في دعوى التنفيذ المستعجلة أو دعوى التنفيذ الموضوعية، إذ لا يجوز رفع إشكال في التنفيذ استناداً إلى بطلان الإعلان، ذلك أن الحجز قد تم بالإعلان الذي حصل وتمنع المنازعة فيه بطريق الإشكال.

رابعاً : الإشكال الوقتي في الحجز الإداري:

[1] الحجوز الإدارية تخضع لنظام خاص وضعه المشرع بحيث يسهل على الحكومة أو بعض الهيئات العامة بمقتضى تشريع خاص بوصفها دائنة أن تحصل ما يتأخر لدى الأفراد من الأموال الأميرية أو الضرائب أو الرسوم أو الديون.

وتختص المحاكم بنظر المنازعة المتعلقة بإجراءات الحجوز الإدارية، وتبدأ هذه الحجوز بأمر الحجز وتنتهي بتوقيع الحجز، وللمحاكم أن تقضي بإلغاء هذه الحجوز أو رفعها أو وقف تنفيذها أو عدم الاعتداد بها أو وقف إجراءات البيع الناشئة عنها أسوة بالحجوز القضائية.

[2] وتنص المادة 75 من قانون الحجز الإداري رقم 308 لسنة 1955 على أنه فيما عدا ما نص عليه في هذا القانون، تسري جميع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية التي لا تتعارض مع أحكام هذا القانون.

كما تنص المادة 27 من قانون الحجز الإداري المشار إليه، على أنه يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات الحجز أو باسترداد الأشياء المحجوزة وقف إجراءات الحجز والبيع الإدراين وذلك إلى أن يفصل نهائياً في النزاع.

وكذلك أشارت المادة (20) من القانون ذاته إلى أن التنفيذ الإداري بالبيع يوقف إذا وجد نزاع قضائي أو إذا قضى بذلك أو لإشكال أثاره المدين

أو الغير، الأمر الذي مفاده أن المشرع قد اعتد للأثر الواقف للإشكال الذي يثيره المدين عند التنفيذ عليه إدارياً.

[3] ولما كان قانون الحجز الإداري لم يتضمن القواعد التي تحكم الإشكال الوقتي في التنفيذ، فإنه من ثم يخضع للقواعد العامة في قانون المرافعات والتي مؤداها أن الإشكال الأول الذي يرفع قبل تمام التنفيذ يترتب عليه وقف التنفيذ.

وإذا تعددت مراحل التنفيذ، فإن الإشكال الذي يوقف كل مرحلة يجب رفعه قبل تمام تلك المرحلة، إما إذا رفع الإشكال بعد تمام المرحلة فلا يوقف التنفيذ، وفي هذه الحالة يمكن رفع دعوى تنفيذ مستعجلة على النحو السالف البيان.

[4] ويرفع الإشكال في التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز رفعه أمام المحضر الذي يجري التنفيذ، لأن هذا الطريق الاستثنائي في إقامة الإشكال في التنفيذ قاصر على الحجز القضائي دون الحجز الإداري.

[5] وتبدأ إجراءات الحجز الإداري بأن تقوم الجهة الإدارية بالتنبيه على المدين بالوفاء بدينه، وذلك يكون بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول، فإن لم يمتثل المدين لذلك لجأت إلى إجراءات التنفيذ الإداري بإصدار أمر الحجز، ولا يلزم إعلان أمر الحجز إلى المدين اكتفاء بسبق إنذاره بالوفاء، بعد ذلك يتوجه مندوب الجهة الإدارية الدائنة إلى المدين لتوقيع الحجز عليه، فينبه عليه بالأداء، وينذره بالحجز، فإن لم يقم بالأداء أو وقع عليه الحجز فوراً.

ويعتبر التنبيه والإنذار إعلاناً للمدين بالحجز وذلك وفقاً للمادة الرابعة من قانون الحجز الإداري التي اعتبرت أن التنبيه والإنذار ومحاضر الحجز تتضمنها ورقة واحدة.

[6] ومتى أوقع مندوب الجهة الحاجزة الحجز، فإن التنفيذ يكون قد تم في هذه المرحلة، فإن كان هناك إشكال قد رفع ولم يصدر فيه حكم بعد تعين القضاء بعدم قبوله لانتفاء المصلحة فيه، ويجوز للمحجوز عليه رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بالحجز في هذه الحالة، كما يجوز للمدين أن يعدل طلباته في الإشكال في التنفيذ الذي لم يحكم فيه بعد إلى طلب عدم الاعتداد بالحجز الإداري الذي توقع.

[7] ويحدد المندوب الذي قام بالحجز يوماً للبيع، وفي هذه الحالة يجوز للمحجوز عليه رفع إشكال في إتمام البيع، ويظل له هذا الحق إلى ما قبل إجراء البيع، إذ يرد الإشكال على المرحلة التي لم تتم بعد.

خامساً : الإشكال الوقتي في تنفيذ حكم النقض:

[1] من المقرر أنه لا يجوز رفع إشكال وقتي في تنفيذ حكم محكمة النقض لأن مؤدى الإشكال كقاعدة عامة هو وقف تنفيذ الحكم مؤقتاً حتى يتم الفصل في موضوع المنازعة من المحكمة المختصة، ولما كانت الأحكام الصادرة من محكمة النقض في الموضوع باته قاطعة، فإنها من ثم تكون قد حسمت الموضوع مما لا يجوز رفع إشكال وقتي في وقف تنفيذها.

[2] إلا أنه من المقرر كذلك إمكان إقامة دعوى تنفيذ موضوعية قبل تمام تنفيذ حكم محكمة النقض، إذا كان المدعي يستند إلى سبب موضوعي لاحق على صدور حكم محكمة النقض باعتباره السند التنفيذي في هذه الحالة ضد المدعي في دعوى التنفيذ الموضوعية.

[3] وينعقد الاختصاص بدعوى التنفيذ الموضوعية تلك لقاضي التنفيذ، فإذا تبين له أن المحكوم عليه (المدعي) قد قام بالوفاء بالتزامه بعد صدور حكم النقض، فإنه يقضي تبعاً لذلك ببراءة ذمته وبزوال القوة التنفيذية لحكم النقض.

[4] ومثال الوفاء في تأسيس دعوى التنفيذ الموضوعية كل من الإبراء والمقاصة القانونية أو القضائية والتجديد والتقادم إن كان الحكم لم ينفذ مدة خمسة عشر عاماً.

[5] ويشترط لتكون المنازعة منازعة تنفيذ موضوعية أن يقترن طلب براءة الذمة بطلب زوال القوة التنفيذية لحكم النقض باعتبار أن براءة الذمة هي وجه المنازعة في التنفيذ.

والمنازعة في التنفيذ في الحالات السابقة تفترض أن حكم النقض المقامة ضده منازعة التنفيذ الموضوعية قد قضى برفض الطعن بما يعني تأييد حكم الاستئناف المطعون فيه.

أما إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه، فإن هذا النقض يقتصر فقط على إلغاء الحكم الأخير فقط، ويتعين في هذه الحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور ذلك الحكم (الحكم المستأنف)، بمعنى أن الخصوم

يعودوا إلى الحكم الصادر من محكمة أول درجة، أي أنهم يعودوا إلى مراكزهم القانونية التي كانوا عليها وقت صدور حكم محكمة أول درجة، ويكون حكم النقض ذاته هو السند التنفيذي الذي يعيد تلك المراكز إلى ما كانت عليه.

ومثال ذلك، أن يكون حكم محكمة أول درجة قد قضى بالإخلاء من عين النزاع بحكم غير مشمول بالنفاذ المعجل، وهو ما يحول دون تنفيذه بتسليم العين إلا بعد صيرورته نهائياً، ولما طعن فيه بالاستئناف قضى بتأييده، فحاز قوة الأمر المقضي وأصبح سنداً تنفيذياً.

وتم تنفيذ هذا الحكم بإخلاء العين وتسليمها للمؤجر فطعن المنفذ ضده بالنقض في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الأخير الصادر من محكمة الاستئناف، وإعادة الدعوى إلى محكمة الاستئناف للقضاء مجدداً فيها، أدى ذلك إلى زوال الحكم المنقوض وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور، ومن ثم تعين إعادة العين إلى من كانت في حيازته وتسليمها له خالية مما يشغلها، ولو كانت قد أجرت لمستأجر آخر حسن النية، ويكون حكم النقض هو السند التنفيذي في ذلك.

فإذا استشكل المؤجر أو الغير في تنفيذه طالباً وقف تنفيذ حكم النقض، اختص قاضي التنفيذ بنظر الإشكال الوقتي، وتعين عليه القضاء برفضه والاستمرار في تنفيذ حكم النقض، بعد أن زال الحكم المنقوض وتبعته قوته التنفيذية، فيصبح التنفيذ الذي كان قد تم بموجبه كأن لم يكن، مما مؤداه أن يعود الخصوم إلى مراكزهم القانونية التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المنقوض، وقد كان المستأجر حائزاً لعين النزاع فيعود إلى هذا المركز، ويكون الإشكال قد رفع على غير سند من الواقع والقانون، ويخضع تنفيذ حكم النقض لقواعد السند التنفيذي.

**اعتبار الحكم المُوقـَفْ تنفيذه واجب التنفيذ:**

[1] الفرض في هذه الحالة أنه صدر حكم نهائي من محكمة الموضوع، ثم رفع المحكوم ضده إشكالاً بطلب وقف التنفيذ مؤقتاً، وقضى في الإشكال بوقف تنفيذ هذا الحكم لحين البت في مسألة موضوعية قد تؤثر في التنفيذ.

في هذه الحالة يجوز للصادر لصالحه الحكم النهائي الذي قضى بوقف تنفيذه مؤقتاً أن يرفع دعوى موضوعية أمام قاضي التنفيذ ويطلب القضاء باعتبار الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ حتى لو لم يتم البت في المسألة الموضوعية لأسباب ترجع إلى المحكوم عليه أو لتعذر البت فيها.

[2] وفي هذه الحالة لا يكون الحكم الموضوعي الذي يصدر في المنازعة الموضوعية والقاضي باعتبار الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ مخالفاً للحكم الصادر في الإشكال بوقف التنفيذ، ذلك أنه لا حجية للحكم الوقتي الصادر في الإشكال أمام محكمة الموضوع، ذلك أنه من المقرر أن تغير الظروف والمراكز عما كانت عليه وقت صدور الحكم في الإشكال يجيز رفع إشكال أمام قاضي التنفيذ بالاستمرار في تنفيذ الحكم الموقف تنفيذه.

## المطلب الثاني

## دعوى التنفيذ الموضوعية ( الإشكال الموضوعي )

- الفرع الأول : خطة المشرع في تحديد طبيعة منازعات التنفيذ.
- الفرع الثاني : رفع دعوى التنفيذ الموضوعية قبل الشروع في التنفيذ أو بعده.

## الفرع الأول

## خطة قانون المرافعات في تحديد طبيعة منازعات التنفيذ

[1] اعتبر المشرع أن كل ما يعرض في التنفيذ وفقاً للمادة 275 من قانون المرافعات (منازعات في التنفيذ) ثم أطلقت على إحداها عبارة (إشكالات التنفيذ) عندما يكون المطلوب اتخاذ إجراء وقتي، ولم ينص على الإشكالات الموضوعية مخالفاً بذلك منهج قانون المرافعات السابق.

[2] إذن، نظم المشرع قواعد إشكالات التنفيذ وحدها، وترك باقي منازعات التنفيذ للقواعد العامة، والتي تقضي بأن لكل حق دعوى تحميه، ويكون من ينازع في التنفيذ لمساسه بحقوقه، أن يلجأ إلى الدعوى المناسبة التي من شأنها حماية تلك الحقوق.

فإن كان يخشى على حقوقه من فوات الوقت لجأ إلى الدعوى المستعجلة متى توافر لديه شرط الاستعجال، وكان ما يطلبه هو مجرد إجراء وقتي لا يمس أصل الحق، أما إن أراد حسم موضوع النزاع لجأ إلى دعوى التنفيذ الموضوعية، سواء رفعت قبل التنفيذ أو بعده.

[3] إن العبرة في تحديد طبيعة المنازعة هي بالطلب الذي يطرح فيها وبالوقت الذي يطرح فيه، فالطلب الذي يرمي إلى عدم إتمام التنفيذ وحسم المنازعة المتعلقة به، ينصرف إلى دعوى التنفيذ السابقة على تمام التنفيذ، فإن كان التنفيذ قد تم ورفعت الدعوى لاتخاذ إجراء وقتي بعدم الاعتداد بالتنفيذ وتوافر شرط الاستعجال، انصرف ذلك إلى دعوى التنفيذ المستعجلة.

أما إن أراد المدعي حسم المنازعة التي يتمسك بها بعدم تمام التنفيذ، فإن ذلك ينصرف إلى دعوى التنفيذ الموضوعية اللاحقة لتمام التنفيذ.

[4] ومن المقرر أن الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ يشمل جميع منازعات التنفيذ، سواء كانت وقتية أو موضوعية، فقاضي التنفيذ جمع اختصاصين معاً، فهو قاضي الأمور المستعجلة عندما ينظر الإشكال الوقتي أو دعوى التنفيذ المستعجلة، وهو كذلك قاضي الموضوع عندما ينظر دعوى التنفيذ الموضوعية.

## الفرع الثاني
## رفع دعوى التنفيذ الموضوعية قبل
## الشروع في التنفيذ أو بعده

[1] دعوى التنفيذ الموضوعية، هي دعوى موضوعية شأنها في ذلك شأن أي دعوى موضوعية، ولا يميزها فقط سوى أنها تتعلق بالتنفيذ، مما يجعل الاختصاص بنظرها ينعقد لقاضي التنفيذ دون غيره.

[2] وترفع دعوى التنفيذ الموضوعية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وذلك بإيداع صحيفتها قلم كتاب محكمة التنفيذ، ولا يجوز رفعها أمام المحضر عند الشروع في التنفيذ إذ ينحصر هذا الطريق الاستثنائي في الإشكال الوقتي في التنفيذ.

ومؤدى ذلك، أن قاضي التنفيذ لا يتصل بدعوى التنفيذ الموضوعية إلا إذا رفعت إليه بالطريق الذي رسمه القانون بإيداع صحيفتها قلم الكتاب التزاماً بإجراءات التقاضي ذات الاتصال بالنظام العام.

[3] وتنعقد الخصومة في دعوى التنفيذ الموضوعية بإعلان المدعى عليه أو بحضوره أي من الجلسات ولو لم يكن قد أعلن، أو كان إعلانه باطلاً دون حاجة لتسلمه صورة من صحيفة الدعوى، أو إقراره بتسلمها، إذ يكفي الحضور المجرد لانعقاد الخصومة.

[4] وتخضع دعوى التنفيذ الموضوعية لسائر القواعد المتعلقة بسير الخصومة، فيرد عليها الوقف والانقطاع والدفع باعتبارها كأن لم تكن إن لم تعلن صحيفتها خلال ثلاثة أشهر عملاً بالمادة 70 من قانون المرافعات، أو لعدم تجديدها من الشطب خلال ستين يوماً عملاً بالمادة 82 مرافعات، كما يرد عليها الوقف الجزائي خلافاً للاشكال الوقتي الذي يرفعه المنفذ ضده أو الغير إذ يترتب عليه وقف التنفيذ، بحيث إذا أوقف السير فيه جزائياً ظل الأثر الموقف له قائماً، وهو ما يسعى إليه المستشكل، ولأن وقف التنفيذ لا يزول إلا إذا حكم قاضي التنفيذ بذلك.

[5] ومن حيث الوقت الذي يمكن أن ترفع فيه دعوى التنفيذ الموضوعية، فإنه يجوز أن ترفع فور استيفاء الحكم قوته التنفيذية والتي بمقتضاها يجوز تنفيذه

جبراً، ويكون الحكم كذلك إذا كان صادراً بصفة انتهائية، أو انه صار نهائياً أو بشموله بالنفاذ المعجل بأمر المحكمة أو بقوة القانون، هذا، ولو لم تكن الصيغة التنفيذية قد وضعت عليه بعد، لأنه يستمد قوته التنفيذية من إمكان تنفيذه جبراً عند استيفائه مقوماته على نحو ما تقدم، وإن وضع الصيغة التنفيذية ما هو إلا مجرد شرط لقيام قلم المحضرين باتخاذ إجراءات التنفيذ.

ومؤدى ما تقدَّم، أن دعوى التنفيذ الموضوعية تكون مقبولة، ولو لم يكن الدائن قد شرع في التنفيذ، ولا يشترط لقبول الدعوى أن يكون السند التنفيذي قد أعلن، أو يكون التنبيه بالوفاء قد تم لأن هذين الإجرائين مقررين لمصلحة المنفذ ضده، ومن ثم يجوز له التنازل عنهما صراحة أو ضمناً برفع منازعته في التنفيذ دون إجرائهما.

[6] إن الأسباب أو الأوجه أو الأسانيد التي تؤسس عليها دعوى التنفيذ الموضوعية، إما أن تكون أوجه تحول دون إجراء التنفيذ، أو أوجه تتصل بإجراءات التنفيذ التي تمت.

( أ ) فأما عن الأوجه التي تحول دون إجراء التنفيذ، كانقضاء الدين الذي تضمنه السند التنفيذي بأي سبب من أسباب الانقضاء التي تحققت بعد صدور الحكم، كالوفاء أو الإبراء أو المقاصة القانونية أو القضائية أو التجديد أو التقادم إن كان الحكم لم ينفذ مدة خمسة عشر عاماً.

ويتعين في هذه الحالات أن يتضمن طلب المدعي براءة ذمته فضلاً عن طلب زوال القوة التنفيذية للسند حتى يكون المنازعة منازعة تنفيذ يختص بها قاضي التنفيذ، لأن طلب زوال القوة التنفيذية للسند هو الذي يجعل المنازعة منازعة تنفيذ موضوعية يختص بها قاضي التنفيذ، أما طلب براءة الذمة وحده، فلا يكون له هذا الأثر.

(ب) وأما عن الأوجه التي تتصل بإجراءات التنفيذ التي تمت فمنها أن يكون السند التنفيذي لم يعلن للمدين، أو كان إعلانه باطلاً، فترفع الدعوى بطلب موضوعي يتمثل في بطلان مقدمات التنفيذ لعدم إعلان السند التنفيذي، أو بطلان هذا الإعلان.

ومن المقرر أنه في مثل هذه الحالات يكون من الضروري كذلك، رفع إشكال وقتي بطلب اتخاذ إجراء وقتي هو وقف التنفيذ استناداً لذات

الأسباب التي أقيمت عليها الدعوى الموضوعية في التنفيذ، وذلك لكي يقضي بوقف التنفيذ، وفي حالة رفع الإشكال الوقتي لوقف التنفيذ، تقضي محكمة التنفيذ بالإجراء الوقتي وليس ببطلان الإعلان، ويستند القاضي إلى أن ظاهر الأوراق يشير إلى عدم توافر الشروط اللازمة في مقدمات التنفيذ، وتلك أسباب لا تمس الموضوع، ولا تتصل بأصل الحق، إذ لا يتحقق ذلك لمجرد الاستناد إلى عناصر موضوعية أو تقريرات قانونية.

[7] وعندما يفصل قاضي التنفيذ في دعوى التنفيذ الموضوعية لا يتقيد بما قضى به في الإشكال في التنفيذ، وإذا كان قد قضى في الإشكال بوقف التنفيذ، فيظل هذا الأثر في وقف التنفيذ، حتى يصير الحكم الصادر في دعوى التنفيذ الموضوعية نهائياً، حيث تكون لهذا الحكم الأخير قوة الأمر المقضي في حسم النزاع كلية.

## المبحث الثالث

## منازعات ما بعد التنفيذ

- المطلب الأول : دعوى التنفيذ المستعجلة.
- المطلب الثاني : التمييز بين الأحكام الوقتية والأحكام المستعجلة.
- المطلب الثالث : دعاوى التنفيذ المستعجلة بنص خاص والدعاوى المستعجلة بدون نص خاص.
- المطلب الرابع : دعوى التنفيذ الموضوعية.

## المبحث الثالث

## منازعات ما بعد التنفيذ

قلنا فيما تقدم، أن المنازعة الوقتية المستعجلة إذا رفعت قبل التنفيذ، كانت إشكالاً في التنفيذ، يترتب عليه وقف التنفيذ، أما إذا رفعت بعد التنفيذ، كانت دعوى مستعجلة، أما المنازعة الموضوعية في التنفيذ سواء رفعت قبل التنفيذ أو رفعت بعده، كانت دعوى تنفيذ موضوعية، ويقصد بها عند رفعها قبل التنفيذ منع إجرائه، أما رفعها بعد إجراء التنفيذ فيكون بقصد إهدار التنفيذ الذي تم وإلغاء آثاره.

## المطلب الأول

## دعوى التنفيذ المستعجلة

شروط دعوى التنفيذ المستعجلة أربعة، وهي:

(1) رفع دعوى بعد تمام التنفيذ.

(2) يجب أن تتعلق الدعوى بالتنفيذ.

(3) يجب أن يتوافر شرط الاستعجال.

(4) يجب أن يتوافر شرط عدم المساس بأصل الحق.

وقبل أن نتناول بالتفصيل هذه الشروط ننوه إلى أن الدعاوى المستعجلة بحسب الأصل ينعقد الاختصاص بنظرها لقاضي الأمور المستعجلة عملاً بالمادة 45 من قانون المرافعات، إلا أن مناط هذا الاختصاص ألا تكون الدعوى المستعجلة متعلقة بالتنفيذ، أما إذا تعلقت بالتنفيذ، فتكون منازعة تنفيذ ويختص بها قاضي التنفيذ وفقاً لاختصاصه العام المقرر بمقتضى المادة 275 مرافعات، ونتناول الشروط الأربع لدعوى التنفيذ المستعجلة.

الشرط الأول: رفع الدعوى بعد تمام التنفيذ:

[1] لاعتبار منازعة التنفيذ دعوى تنفيذ مستعجلة، يجب أن ترفع بعد أن يتم التنفيذ، وكما سلف البيان، قد يتم التنفيذ على مرحلة واحدة، كتسليم العين أو إخلائها أو هدم حائط أو سد مطل، وقد يتم التنفيذ على مراحل متتالية، كالحجز ثم البيع، حيث يتم التنفيذ من الانتهاء من البيع وتحرير محضر به ويوقع عليه المحضر.

ومؤدى ما تقدم، أنه في التنفيذ بالحجز تبدأ مرحلة الحجز بأن يفتح المحضر محضر الحجز ويثبت فيه المحجوزات ثم يوقع على المحضر، وبتوقيع المحضر على محضر الحجز، تتم مرحلة الحجز، أي يتم التنفيذ بالحجز، فإذا نازع المحجوز عليه في هذه المرحلة فإنه يلجأ إلى دعوى التنفيذ المستعجلة إذا انحصر طلبه في إجراء وقتي مستعجل لإزالة الأثر الذي رتبه هذا الحجز بصفة مؤقتة، وذلك باستصدار حكم بعدم الاعتداد بالحجز الذي توقع.

أما المرحلة التي لم تكن قد تمت كمرحلة البيع التي تعقب مرحلة الحجز، فإن التنفيذ بالنسبة لها لا يكون قد تم، وحينئذ لا تكون محلاً لدعوى تنفيذ مستعجلة، وإنما لإشكال وقتي في التنفيذ بطلب وقف البيع.

[2] وإذا بدأ التنفيذ في مرحلة ولكنه لم يكن قد تم عند رفع الإشكال، فإنه يتعين وقف التنفيذ وعدم الاستمرار فيه إلا إذا حكم بذلك، ومن المقرر أن التنفيذ لا يعتبر قد تم لمجرد تمام جزء منه، وإنما يلزم لذلك أن يتم على نحو تنقضي به المرحلة كلها.

فإذا بدأ المحضر في التنفيذ ببيع المنقولات المحجوز عليها، فإن كان قد باع بعضها بإرساء مزادها، وقبض الثمن، ثم رفع إشكال وقتي قبل بيع باقي المحجوزات تعين على المحضر وقف البيع وعدم تسليم ما تم بيعه حتى يحكم في الإشكال، وأيضاً إذا كان قد بدأ في هدم حائط أو سد مطل، ثم رفع إشكال أمامه في التنفيذ يجب أن يتوقف عن إتمام التنفيذ حتى يفصل في الإشكال بحكم.

[3] وفي تنفيذ مرحلة البيع، فإنه متى تم بيع آخر منقول من المنقولات المحجوزة، يكون التنفيذ قد تم حتى ولو كان محضر البيع لم يوقعه المحضر بعد، فقد تم التنفيذ بإرساء المزاد، ولا يتوقف تمامه على توقيع المحضر على محضر البيع.

الشرط الثاني: يجب أن تتعلق الدعوى بالتنفيذ:

[1] من المقرر أن لكل حق دعوى تحميه، والالتجاء إلى القضاء لحماية الحق قد يكون بدعوى مستعجلة عندما يخشى صاحب الحق من فوات الوقت، فإن لم تتوافر هذه الخشية، كان اللجوء إلى القضاء بالدعوى الموضوعية.

والأصل أن جميع المسائل المستعجلة ترفع إلى قاضي الأمور المستعجلة عملاً بالمادة 45 من قانون المرافعات، إلا المسائل التي تتصل بالتنفيذ الجبري، فإنها ترفع إلى قاضي التنفيذ عملاً بالمادة 275 مرافعات، فهو وحده الذي يختص بنظرها اختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام.

[2] والتنفيذ المعني في هذا الصدد هو التنفيذ الجبري، فدعوى التنفيذ المستعجلة توجد وتقوم مقوماتها إذا كان هناك مساس بالتنفيذ إيجاباً أو سلباً، فتستهدف إصدار حكم وقتي بالإبقاء عليه أو بعدم الاعتداد به، وخلاف ذلك في حالة أن

تكون المنازعة لا تنصب على ما يمس التنفيذ فلا تكون منازعة وقتية في التنفيذ، ولا يختص قاضي التنفيذ بنظرها، إلا إذا وجد نص خاص في القانون يعقد له الاختصاص بها.

والتنفيذ الجبري الذي تتعلق به دعوى التنفيذ المستعجلة، هو ذلك التنفيذ الذي يجري بمقتضى سند تنفيذي، ويقتضي تنفيذه جبرياً تدخل السلطة العامة، فأي منازعة مستعجلة تتصل بذلك تكون من اختصاص قاضي التنفيذ على الوجه السالف البيان.

[3] إذا رفعت دعوى إلى قاضي التنفيذ باعتبارها دعوى تنفيذ مستعجلة وتبين للقاضي أنها لا تتعلق بالتنفيذ الذي تم تعين عليه أن يقضي به اختصاصه بنظرها وإحالتها إلى قاضي الأمور المستعجلة.

أما إذا تبين لقاضي التنفيذ أن هذه الدعوى تتصل بأصل الحق – غير مستعجلة - وأن حقيقة المطلوب فيها حسم النزاع بحكم موضوعي، فإنه في مثل هذه الحالة لا يقضي بعدم اختصاصه بنظرها، ولكنه يفصل فيها باعتبارها منازعة موضوعية في التنفيذ (دعوى موضوعية في التنفيذ).

[4] وإذا طرح على قاضي التنفيذ دعوى، على أنها دعوى تنفيذ مستعجلة، إلا أنه تبين له أن المطلوب فيها سواء بحسب الطلبات الأصلية أو المعدلة هو فصل في أصل الحق، وأنها كذلك لا تتعلق بتنفيذ السند التنفيذي، أي أنها لا تتعلق بالتنفيذ، فإنه يتعين عليه أن يحكم بعدم اختصاصه بنظرها وحالتها إلى محكمة الموضوع المختصة طبقاً للقواعد العامة عملاً بالمادتين 109، 110 مرافعات.

الشرط الثالث: يجب أن يتوافر شرط الاستعجال:

[1] أساس اختصاص قاضي التنفيذ بنظر دعوى التنفيذ المستعجلة بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة عملاً بالمادة 275 مرافعات هو شرط الاستعجال في هذه الدعوى حتى تعتبر منازعة تنفيذ وقتية ويختص بها قاضي التنفيذ.

أما إذا انتفى شرط الاستعجال، واستوفت الدعوى مقومات الدعوى الموضوعية، فإن قاضي التنفيذ يتصدى لها باعتبارها دعوى تنفيذ موضوعية، ولا يقضي بعدم اختصاصه بها بالوصف الذي رفعت به كدعوى تنفيذ مستعجلة.

ومثال ذلك، أن ترفع دعوى تنفيذ مستعجلة بطلب عدم الاعتداد بالحجز الذي توقع في حجز ما للمدين لدى الغير، ثم يتبين لقاضي التنفيذ عدم استيفاء هذه الدعوى لشرط الاستعجال، وأن حقيقة المطلوب فيها هو استصدار حكم برفع الحجز، وهو طلب يتعلق بأصل الحق ويمس موضوع المنازعة، الأمر الذي من شأنه أن هذا الطلب تتوافر له مقومات الطلب الموضوعي، وهو يختص به كذلك، ومن ثم ففي مثل هذه الحالات لا يقضي قاضي التنفيذ بعدم اختصاصه لكونه يختص بالطلب الموضوعي أيضاً، طالما أنه تعلق بالتنفيذ، ويتصدى للدعوى باعتبارها دعوى تنفيذ موضوعية لاحقة لتمام التنفيذ.

[2] ويلزم الإشارة إلى أن دعوى التنفيذ المستعجلة تختلف عن الإشكال الوقتي في التنفيذ وذلك فيما يتعلق بشرط الاستعجال فيجب على قاضي التنفيذ أن يتحقق من توافر شرط الاستعجال في دعوى التنفيذ المستعجلة التي ينظرها بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة عملاً بالمادة 275 مرافعات، ذلك أن المشرع لم يفترض توافر شرط الاستعجال بالنسبة لها.

أما الإشكال الوقتي في التنفيذ، فقد افترض المشرع فيه شرط الاستعجال، ومن ثم فهو مستعجل بطبيعته وذلك عملاً بالمادة 312 مرافعات، حيث لا يكلف المستشكل بإثبات شرط الاستعجال لافتراض توافره بقوة القانون.

[3] ومعيار (الاستعجال) الذي وضعته المادة 45 مرافعات، هو الخشية من فوات الوقت، بحيث إذا انتفت هذه الخشية من فوات الوقت انتفى تبعاً لذلك الخطر المحدث مما ينتفي معه بالتبعية شرط الاستعجال.

الشرط الرابع: يجب أن يتوافر شرط عدم المساس بأصل الحق:

[1] أصل الحق المعني في هذا الصدد، هو الوضع القانوني الذي يتنازع الخصوم في شأنه إيجاباً أو سلباً، فبينما يدعيه أحد الخصوم لنفسه فإن الآخر ينكره عليه.

ففي منازعات التنفيذ يدعي المحكوم عليه والذي يجري ضده التنفيذ بطلان إجراءات التنفيذ لعدم إعلانه بالسند التنفيذي إعلاناً صحيحاً مثلاً، هذا بينما ينكر ذلك المحكوم له الذي يتخذ إجراءات التنفيذ، ويتمسك بصحة الإعلان، فأصل الحق في هذه الحالة يتمثل في المسألة التي يتنازع فيها الخصوم وهي البطلان.

وإذا تمسك المحكوم عليه ببراءة ذمته من الدين المنفذ به لتوافر سبب من أسباب انقضائه بعد صدور الحكم، كالوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو التجديد أو التقادم، في حين ينكر المحكوم له هذا الادعاء، فإن أصل الحق في هذه الحالة يتمثل في المسألة التي تنازع فيها الخصوم وهي تحقق سبب انقضاء الدين المنفذ به.

[2] ففي الحالات السابقة لو فرض أن المدعي أقام دعوى تنفيذ مستعجلة، وكانت طلباته اتخاذ إجراء وقتي بعدم الاعتداد بالتنفيذ الذي تم، استناداً إلى هذا البطلان، أو إلى تحقق سبب لانقضاء الدين، فإن المدعي في هذه الحالة لا يكون قد استند في دعواه إلى أصل الحق، وإنما استند إلى عناصر موضوعية، وهو ما يجوز إقامة الدعوى المستعجلة على أساسها دون أن تكون بذلك قد مست الموضوع أو تعلقت بأصل الحق.

[3] وفي مثل هذه الحالات، فإن قاضي التنفيذ يتصدى لتلك الدعوى باعتباره قاضياً للأمور المستعجلة لإصدار قضاء وقتي فيها حسبما يستظهره من المستندات المقدمة في الدعوى.

وللقاضي في مثل هذه الحالات أن يقيم قضاءه على ما يستخلصه من مستندات الدعوى مما يتعلق بالعناصر الموضوعية التي تأسست عليها الدعوى، وذلك بقصد الوقوف على ما إذا كان التنفيذ الذي تم، قد توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون من عدمه.

ويجب التأكيد على أن قاضي التنفيذ عندما يقوم بهذا الفحص وتلك الأبحاث لا يقوم بها بقصد الفصل في أصل الحق، سواء بالبطلان أو بانقضاء الدين، ولكن ليتخذ إجراء وقتياً مستعجلاً متعلقاً بالتنفيذ الذي تم، فيقضي بعدم الاعتداد به، إذا ما خلص إلى عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون لإجرائه مستخلصاً ذلك من ظاهر المستندات.

الخلاصة إذن، أن دعوى التنفيذ المستعجلة، دعوى وقتية ترفع بعد تمام التنفيذ، وبالتالي لا يترتب عليها وقف التنفيذ، ولم يكن هذا هو المقصود منها، ويختص بها قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، ويتعين عليه التحقق من شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ويجوز في دعوى التنفيذ الموضوعية الاستناد إلى عناصر موضوعية، وفي هذه الحالة يجب أن

تكون هذه العناصر مندمجة في الشروط الواجب توافرها في إجراءات التنفيذ، ولا يعتبر التصدي لها مساس بأصل الحق.

[4] لم ترد دعاوى التنفيذ المستعجلة في القانون على سبيل الحصر، لأن من هذه الدعاوى ما يدخل في اختصاص قاضي التنفيذ بنص خاص، ومنها ما يدخل في اختصاصه بموجب ولايته العامة بنظر منازعات التنفيذ بموجب نص المادة 275 مرافعات.

## المطلب الثاني

## التمييز بين الأحكام الوقتية والأحكام المستعجلة

[1] إنه يتعين التمييز بين الطلب والحكم الوقتي من جهة، والطلب والحكم المستعجل من جهة أخرى، ذلك أنهما وإن كانا يتفقان في بعض السمات إلا أنهما يختلفان في سمات أخرى، ونوضح ذلك فيما يلي:

إن المقصود بالطلب الوقتي هو اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي أو تحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً، في حين أن الطلب المستعجل يزيد عليه توافر عنصر الاستعجال، وهكذا فإن كل طلب مستعجل هو طلب وقتي ولكن ليس كل طلب وقتي هو طلب مستعجل.

فطلب الحراسة القضائية هو طلب وقتي بتقدير أن فرض الحراسة هو إجراء تحفظي دائماً، ألا أنها متى توافر فيها الاستعجال كانت طلباً مستعجلاً.

[2] إن السمة الأساسية التي يشترك فيها الطلب الوقتي مع الطلب المستعجل هي عدم المساس بأصل الحق، ومن ثم فإن الحكم الوقتي أو الحكم المستعجل لا يحوز حجية أمام قضاء الموضوع، وأن حجيته حجية موقوته مرهونة ببقاء الظروف الواقعية والمراكز القانونية التي صدر في ظلها، أما بعد ذلك، فإن الطلب والحكم الوقتي يختلف عن الطلب والحكم المستعجل.

أوجه الاختلاف بين الطلب والحكم الوقتي من جهة والطلب والحكم المستعجل من جهة أخرى:

[1] من حيث الاختصاص، لا يختص القضاء المستعجل إلا بنظر الطلب المستعجل دون الطلب الوقتي، وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون المرافعات.

[2] أن الطلب المستعجل يوجب على طالبه أن يودع مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل، ولا يجب ذلك على مقدم الطلب الوقتي، وقد نصت على ذلك بالنسبة للطلب المستعجل المادة 65 مرافعات.

[3] إن الطلب المستعجل ميعاد الحضور فيه أربعة وعشرون ساعة، ويمكن نقصه من ساعة لأخرى، وهو ما نصت عليه المادة 66 مرافعات، وهذا لا يكون بالنسبة للطلب الوقتي.

[4] إنه في الطلب المستعجل يعفي المدعي من إعادة إعلان خصمه الغائب الذي لم يعلن لشخصه أو لم يحضر في الجلسة الأولى وذلك وفقاً للمادة 84 مرافعات، وهذا لا يتوافر للمدعي في الطلب الوقتي.

[5] في الطلب المستعجل لا يجب على النيابة التدخل فيه في الأحوال المنصوص عليها في المادة 88 مرافعات، وذلك بعكس الطلب الوقتي.

[6] الحكم المستعجل يجب تحرير نسخته الأصلية خلال أربعة وعشرين ساعة وفقا للمادة 179 مرافعات، وذلك لا يشترط بالنسبة للحكم الوقتي.

[7] الحكم المستعجل يجوز استئنافه أيا كانت المحكمة التي أصدرته وفقاً للمادة 220 مرافعات، وذلك على خلاف الحكم الوقتي.

[8] الحكم المستعجل ميعاد استئنافه خمسة عشر يوماً وفقاً للمادة 227 مرافعات.

[9] الحكم المستعجل نافذ نفاذاً معجلاً بقوة القانون بغير كفالة، وذلك وفقاً للمادة 288 مرافعات، بعكس الحال بالنسبة للحكم الوقتي.

[10] إن المشرع قد فرق بين الطلب الوقتي والطلب المستعجل فنص في المادة 124 مرافعات، على أنه يجوز للمدعي أن يتقدم بطلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي في صورة طلب عارض، ويكون المشرع بذلك قد عقد الاختصاص بالطلب الوقتي لمحكمة الموضوع وحدها.

في حين أن المشرع نص في المادة 45 مرافعات على أن يختص بالطلب المستعجل قاضي الأمور المستعجلة، وأن أجاز المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة نفسها رفعه بطريق التبع لدعوى الموضوع أمام محكمة الموضوع.

[11] إنه يمكن القول بصفة عامة أن الطلب الوقتي والحكم الصادر فيه يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر الطلبات الموضوعية والأحكام الصادرة فيها، ما لم يرد نص خاص بحكم خاص أو بحكم يلحقه بالطلب المستعجل والحكم الصادر فيه.

ولا يجوز القول في هـذا الصـدد أن المشرع يخلـط في التعبـير بيـنهما فيـذكر الطلـب الوقتي حيث يريد المستعجل أو العكـس، وذلـك تنزيهـاً للـمشرع، والتزامـاً للمعنـى الاصطلاحي وضبطاً للحكم.

وفي هدي ما تقدَّم، فإن الأمـر عـلى عريضـة باعتبـار أنـه يصـدر بـإجراء وقتـي وفقـاً للمادتين 27 و 194 مرافعات، فـإن الـتظلم منـه سـواء رفـع إلى القـاضي الآمـر أو إلى المحكمة التي يتبعها، فإنه يعتبر دعوى وقتية لا يمس الحكم الصادر فيها أصل الحق، ولا يحوز حجية أمام قضاء الموضوع، ولكنه في طريقة رفعه وإعلان صحيفته وإعـادة الإعلان وإجراءات نظره والحكم فيه ومدى شموله بالنفاذ المعجل ومواعيد اسـتئنافه يخضع لما تخضع له سائر الأحكام في الطلبات الموضوعية.

## المطلب الثالث

## دعاوى التنفيذ المستعجلة بنص خاص

## والدعاوى المستعجلة بدون نص خاص

- الفرع الأول : دعاوى التنفيذ المستعجلة بنص خاص.
- الفرع الثاني: دعاوى التنفيذ المستعجلة بدون نص خص.

## الفرع الأول

## دعاوى التنفيذ المستعجلة بنص خاص

أولاً : دعوى إيداع مبلغ مع تخصيصه للحاجز:

النص القانوني:

تنص المادة 303 مرافعات على أنه يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضي التنفيذ في أية حالة تكون عليها الإجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز، ويترتب على هذا الإيداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار له به أو الحكم له بثبوته.

ويستفاد من هذا النص القواعد والأحكام التالية:

( أ ) أنه إذا توقع حجز على أموال المحجوز عليه، سواء كان الحجز تحفظياً أو تنفيذياً أو إدارياً، يجوز له رفع دعوى تنفيذ مستعجلة أمام قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، بطلب وقتي هو تقدير مبلغ من النقود يودعه خزانة محكمة التنفيذ على ذمة الوفاء للحاجز.

ويكون للمحجوز عليه حق رفع هذه الدعوى في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ولو كان المحجوز عليه قد رفع دعوى التنفيذ الموضوعية المتعلقة ببطلان الحجز أمام قاضي التنفيذ، أو كان في حالة الحجز التحفظي الدائن قد رفع دعوى ثبوت الحق وصحة الحجز أمام محكمة الموضوع.

(ب) يكون لقاضي التنفيذ كامل السلطة في تقدير المبلغ الذي يقوم بإيداعه المحجوز عليه خزانة محكمة التنفيذ، فقد يكون مساوياً للمبلغ المحجوز من أجله أو أقل منه، وقد يكون تقديراً رمزياً في حالة أن يستظهر قاضي التنفيذ توافر الأسباب المؤدية إلى بطلان إجراءات الحجز، إذا ما رفعت بشأنه دعوى تنفيذ موضوعية، أو رفعت الدعوى بأصل الحق مع تثبيت الحجز، أو يستظهر القاضي عدم مديونية المحجوز عليه للحاجز.

(جـ) لا يجوز لقاضي التنفيذ القضاء برفض الدعوى، وإنما يجب عليه أن يقدر الدين بالمبلغ الذي يراه مناسباً على نحو ما بينا، لأنه يترتب على رفض

الدعوى بقاء الحجز وعدم زواله، وبدلاً من القضاء بالرفض فإنه يقدر المبلغ بما يساوي الدين المحجوز من أجله.

( د) فور صدور حكم قاضي التنفيذ بتقدير المبلغ، وهو حكم اجب النفاذ فور صدوره بقوة القانون، جاز للمحجوز عليه إيداعه على الفور خزانة محكمة التنفيذ.

(هـ) يترتب على إيداع المبلغ خزانة المحكمة زوال الحجز عن الأموال المحجوزة، وانتقال الحجز إلى المبلغ المودع.

ثانياً : دعوى قصر الحجز:

النص القانوني:

تنص المادة 304 مرافعات على أنه: ((إذا كانت قيمة الحق المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوز عليها، جاز للمدين أن يطلب من قاضي التنفيذ الحكم بصفة مستعجلة بقصر الحجز على بعض هذه الأموال، ويكون ذلك بدعوى ترفع وفقاً للإجراءات المعتادة، ويختصم فيها الدائنون الحاجزون، ولا يكون الحكم الصادر فيها قابلاً للطعن بأي طريق، ويكون للدائنين الحاجزين قبل قصر الحجز أولوية في استيفاء حقوقهم من الأموال التي يقصر الحجز عليها)).

ويستفاد من النص القواعد والأحكام التالية:

( أ ) أن المدين المحجوز عليه، إذا وجد أن أمواله المحجوز عليها تجاوز قيمتها قيمة الحق المحجوز من أجله تجاوزاً كبيراً، له أن يطلب قصر الحجز على بعض أمواله بما يكفي لسداد هذا الحق، ويستند المدين في تقدير قيمة الأموال المحجوز عليها إلى ما قد يتضمنه محضر الحجز وفقاً للمادة 353 وما بعدها من قانون المرافعات.

(ب) إذا طلب المدين المحجوز عليه قصر الحجز على بعض المنقولات التي حددها في صحيفة دعواه، جاز لقاضي التنفيذ، إما قصر الحجز على تلك المنقولات، وإما إضافة بعض الأموال المحجوزة إليها، أو قصر الحجز على غيرها، ذلك أن طلب القصر يتسع لأي من المحجوزات بما يكفي لسداد الدين.

وإذا قصر القاضي في حكمه الحجز على أموال غير تلك الأموال التي حددها المدعي في صحيفة دعوى وطلب قصر الحجز عليها لا يلتزم القاضي في هذه

الحالة ببيان الأسباب التي أدت إلى قصر الحجز على أموال غير الأموال التي تضمنتها صحيفة الدعوى، لأن الحكم بقصر الحجز يرعى مصلحة الدائن الحاجز كما يرعى في الوقت ذاته مصلحة المدين المحجوز عليه، فقد يرى القاضي أن الأموال التي طلب المدين قصر الحجز عليها يتعذر بيعها بسهولة رغم أن قيمتها تجاوز الحق المحجوز من أجله، وطالما أن الحجز أدى إلى وضع جميع الأموال المحجوز عليها تحت يد القضاء، فإنه يتعين أن يبقى تحت يده الأموال التي يسهل بيعها لسداد الدين، إذ أنه لو حدث العكس، وتعذر البيع، زالت جدوى الحجز، خاصة إذا بادر المدين بالتصرف في أمواله التي زال الحجز عنها.

(جـ) إذا لم يتضمن محضر الحجز قيمة كل من الأموال المحجوز عليها، ولم يتفق الخصوم على تقديرها، تولى القاضي تقديرها من ظاهر الأوراق تمهيداً لقصر الحاجز على بعضها، فإن تعذر على القاضي التقدير، قضى برفض الدعوى.

( د) يرد قصر الحجز على الحجز التحفظي والتنفيذي، كما يرد كذلك على الحجز الإداري لخلو قانونه من نص يماثل نص المادة 304 مرافعات.

(هـ) إذا تدخل الدائنون أصحاب الحقوق الممتازة في الدعوى، وكانوا حاجزين كبائع المنقول والمؤجر الذي ينحصر امتيازه في أجرة سنتين، فإنه يتعين على قاضي التنفيذ أن يقصر الحجز على منقولات تكفي للوفاء بالحقوق الممتازة، وبحقوق باقي الدائنين الحاجزين، فإن تعذر ذلك، قضى برفض الدعوى، وهو ما يترتب عليه ببيع جميع المحجوزات، وتوزيع حصيلة التنفيذ وفقاً لمرتبة كل امتياز، ثم قسمة الباقي قسمة غرماء، فإذا لم يتدخل الدائنون أصحاب الحقوق الممتازة قضى في الدعوى كما بينا.

فإذا كان الدائنون أصحاب الحقوق الممتازة غير حاجزين وتدخلوا في الدعوى تعين الاعتداد بحقوقهم عند قصر الحجز، بحيث لا يشتمل القصر على المنقول محل امتياز البائع حتى يتمكن من توقيع الحجز عليه، ولا يشتمل القصر كذلك على المنقولات التي تكفي للوفاء بأجرة سنتين، إذا كان الامتياز للمؤجر، ولكن إذا لم يتدخل أحد من هؤلاء، فلا قيد على قاضي التنفيذ عند قصر الحجز.

( و) إذا رفعت الدعوى بطلب قصر حجز تنفيذي، ثم توقع قبل الحكم فيها حجز تحفظي على ذات الأموال، فإنه يتعين على المدين إدخال الدائن الذي أوقع

الحجز خصماً في الدعوى، وفي هذه الحالة ينظر القاضي إلى قيمة الحقين معاً عند قصر الحجز، ويتم البيع بما يكفي للوفاء بحق من أوقع الحجز التنفيذي، أما باقي الأموال التي شملها القصر فتظل محجوزة تحفظياً، ويتعين على قاضي التنفيذ أن يضمن حكمه ما يفيد ذلك، أما إن أغفل الإشارة إليه في حكمه، جاز له أن يؤشر به على أوراق التنفيذ، إذا عرضها عليه المحضر المنوط به التنفيذ أو بناء على طلب المدين، ذلك أن قاضي التنفيذ هو الذي يجري التنفيذ تحت إشرافه ويختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة به.

( ز) يصدر قاضي التنفيذ الحكم بصفة مستعجلة بقصر الحجز على بعض الأموال المحجوز عليها، ويترتب على هذا الحكم فور صدوره زوال الحجز عن باقي الأموال المحجوز عليها والتي لم يشملها قصر الحجز وبدون حاجة إلى تعيينها أو تحديدها.

ومتى صدر الحكم بقصر الحجز، فلا يكون قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.

ثالثاً : دعوى طلب الحارس إعفاءه من الحراسة:

النص القانوني:

تنص المادة 369 من قانون المرافعات على أنه: ((لا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع، إلا لأسباب توجب ذلك، ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز للحضور أمام قاضي التنفيذ بميعاد يوم واحد ولا يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر، ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الجديد مهمته ويثبت هذا الجرد في محضر يوقع عليه هذا الحارس ويسلم صورة منه)).

ويستفاد من هذا النص القواعد والأحكام التالية:

[1] أن المشرع قد أضفى على طلب الحارس إعفاءه من الحراسة وصف الاستعجال، ومن ثم يكون الاستعجال عند نظر دعوى الاعفاء من الحراسة مفترضاً، فلا يتحراه قاضي التنفيذ، وبالقطع فإنه يلتزم بعدم المساس بأصل الحق.

[2] ترفع الدعوى من الحارس ضد المحجوز عليه والحاجز وذلك بتكليفهما بالحضور أمام قاضي التنفيذ للحكم بصفة مستعجلة بإعفاء الحراس من

الحراسة، وتعتبر الدعوى مرفوعة بإعلان المحجوز عليه والحاجز بعريضة الدعوى، خلافاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى والتي بموجبها تعتبر الدعوى مرفوعة بمجرد إيداع صحيفتها قلم الكتاب.

ومؤدى ذلك، أن المشرع قد حدد طريقاً خاصاً لرفع دعوى طلب إعفاء الحارس من الحراسة مغايراً للطريق المعتاد لرفع الدعاوى بصفة عامة.

[3] وإذا قضت محكمة التنفيذ في الدعوى بإعفاء الحارس من الحراسة وجب عليه في نفس الحكم تعيين حارس آخر، وقد يكون هو المحجوز عليه، والذي يضفي هذا الحكم عليه صفة الحارس.

[4] إذا كانت المحجوزات في حيازة الحارس الجديد وهو المحجوز عليه فلا يتطلب حكم الحراسة تنفيذاً جبرياً، أما إن كانت في حيازة غيره، فينفذ الحكم بتمكينه منها.

ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في هذه الدعوى بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.

[5] ويتعين على المحضر القائم بجرد الأشياء المحجوزة أن يحرر محضراً بالجرد والتسليم للحارس الجديد، يوقع عليه هذا الحارس ويتسلم صورة منه.

ولا تنتهي مسئولية الحارس الأول إلا بصدور الحكم بإعفائه من الحراسة، وتسليمه المحجوزات التي كانت في حراسته كاملة وبحالتها وفقاً لما تضمنه محضر الحجز الذي تعين بموجبها حارساً.

رابعاً :

[1] دعوى طلب عزل حارس واستبداله: نصت عليها المادة 368 مرافعات.

[2] دعوى طلب استبدال حارس المواشي والآلات: نصت عليها وأوردت أحكامها المادة 368 مرافعات.

[3] دعوى طلب عزل المدين الحارس في التنفيذ العقاري: نصت عليها وأوردت أحكامها المادة 407 مرافعات.

[4] دعوى طلب نفقة وقتية للمدين المحجوز عليه: نصت عليها وأوردت أحكامها المادة 259 من القانون المدني.

(1) دعوى عزل الحارس واستبداله:

[1] السند القانوني لهذه الدعوى هو نص المادة 368 من قانون المرافعات حيث أجاز المشرع لكل من الحاجز والمحجوز عليه إقامة دعوى بطلب عزل الحارس واستبدال غيره به، وذلك إذا قصر في القيام بأعمال الحراسة على نحو يحفظ الأشياء المحجوزة حتى تظل بحالتها التي كانت عليها وقت الحجز، بأن يقوم بأعمال الصيانة والحفظ اللازمة.

فإذا قصر الحارس في أداء عمله وترتب ضرراً بالحاجز أو المحجوز عليه كان لأي منهما إقامة هذه الدعوى.

[2] ودعوى عزل الحارس واستبداله يختص بنظرها قاضي التنفيذ باعتباره قاضياً للأمور المستعجلة إذ أنه يخشى من فوات الوقت على بقاء المحجوزات في حراسة الحارس عليها الذي أهمل حفظها وصيانتها، الأمر الذي يتوافر به شرط الاستعجال، فضلاً عن عدم المساس بأصل الحق.

ويتوافر شرط الاستعجال كذلك، إذا قام الحارس بتبديد أي من الأشياء المحجوزة، وفي تلك الحالة يحرم من أجر الحراسة فضلاً عن التزامه بالتعويضات.

[3] وترفع دعوى عزل الحارس واستبداله بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

(2) دعوى استبدال حارس المواشي والأدوات والآلات:

[1] السند القانوني الذي تستند إليه هذه الدعوى هو نص المادة 268 من قانون المرافعات، حيث دل هذا النص على أن مهمة الحارس لا تتجاوز المحافظة على المحجوزات، ولو تطلب ذلك تشغيلها من وقت لآخر.

كما دل النص على أنه لا يجوز للحارس استعمال الأشياء التي في حراسته أو استغلالها لمصلحته الشخصية، كما لا يجوز له استبدال غيرها بها حتى لو كان ذلك في مصلحة المحجوز عليه، إذ يعتبر ذلك منه من قبيل أعمال التصرف المحظورة عليه.

[2] إذا خالف الحارس القواعد المقررة السالف بيانها جاز عدم دفع الأجر المستحق له، ورفع دعوى ضده بطلب حرمانه من الأجر واستبداله

وإلزامه بالتعويض، وهي دعوى موضوعية تتعلق بالتنفيذ، ويختص بنظرها قاضي التنفيذ.

[3] إذا كانت المحجوزات عبارة عن ماشية أو منقولات أو أدوات أو آلات، وكانت لا تعتبر عقارات بالتخصيص وإنما ظلت منقولات بطبيعتها لأنها غير مخصصة لخدمة العقارات، مثل الخيل المعدة للسباق، والماشية المعدة للحلب، والآلات التي تستغل في محل للتصوير أو الطباعة أو لصنع الملابس وغيرها، فإنه يجوز رفع دعوى تنفيذ مستعجلة سواء رفعها الحاجز أو المحجوز عليه أو دائن أي منهما بطلب تكليف الحارس بإدارة هذه الأشياء في المكان الذي توجد به وذلك إن كانت له الدراية الكافية في هذا الصدد.

ويقضي قاضي التنفيذ في الدعوى بإلزام الحارس بالإدارة والاستغلال للمحجوزات وفقاً للغرض الذي أعدت له أما إذا تبين للقاضي عدم دراية الحراس بذلك، فإنه يقضي باستبدال الحارس بغيره ممن تتوافر لديه الدراية في الإدارة والاستغلال.

[4] وإذا رفعت هذه الدعوى بإلزام الحارس بالإدارة والاستغلال فقط، أو رفعت بالاستبدال فقط، فإن القاضي له أن يحكم في الطلبين رغم أن الدعوى مقامة بطلب واحد منهما فقط، ذلك أن الدعوى تتسع لأي منهما، ومن ثم فلا يجوز النعي على الحكم بأنه قضى بما لم يطلبه الخصوم.

(3) طلب عزل المدين الحارس في التنفيذ العقاري:

[1] السند القانوني لهذه الدعوى هو نص الفقرة الأولى من المادة 407 من قانون المرافعات، ومقتضاها، أن المدين في الحجز العقاري يعين حارساً بقوة القانون على عقاره المحجوز عليه.

ومن المقرر أن العقار يعتبر محجوزاً عليه بتسجيل تنبيه نزع الملكية.

[2] يلتزم المدين الحارس في هذه الحالة بإدارة العقار واستغلاله، وإيداع حصيلة الإدارة خزانة محكمة التنفيذ.

فإذا أهمل المدين الحارس أو ارتكب غشاً أو تواطأ مع مشتري الحاصلات بإخفاء الثمن الحقيقي وإظهار ثمناً صورياً يقل بكثير عن سعر السوق، فإنه يجوز للدائن الحاجز أو غيره من الدائنين الذين بيدهم

سندات تنفيذية تجيز لهم التنفيذ على العقار، رفع دعوى تنفيذ مستعجلة أمام قاضي التنفيذ بعزل المدين من الحراسة أو بتحديد سلطته في الإدارة والاستغلال، وبأن يكون البيع بالمزاد العلني بعد الإعلان عنه بصحيفة يومية.

[3] ودعوى عزل الحارس واستبدال غير به في هذه الحالة هي دعوى تنفيذ مستعجلة ويتعين على قاضي التنفيذ التحقق من توافر شرط الاستعجال فضلاً عن شرط عدم المساس بأصل الحق.

(4) طلب نفقة وقتية للمدين المحجوز عليه:

[1] السند القانوني لهذه الدعوى هو نص المادة 259 من القانون المدني، ومؤداها أنه إذا أوقع الدائنون الحاجزون الحجز على أموال المدين التي تستغل وينتج عن استغلالها إيراداً، أو على إيرادات المدين، فإن للمدين أن يتقدم بطلب على عريضة إلى رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية المختصة بشهر إعساره يطلب منه تقرير نفقة وقتية له ولمن يعول من إيرادته المحجوزة.

[2] ويصدر رئيس المحكمة الأمر على ذات العريضة بتقدير المبلغ المناسب كنفقة وصرفه للمدين غير مقيد في ذلك بالمبلغ الذي قدره المدين في الطلب المقدم منه، ولرئيس المحكمة رفض الطلب دون تسبيب، ويكون للمدين وللدائنين التظلم من أمر التقدير للمحكمة التي يتبعها القاضي الآمر، وهي المحكمة الابتدائية، أو لذات القاضي الآمر.

[3] ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى، ويكون الحكم الصادر في التظلم قابلاً للطعن وفقاً للقواعد العامة، وتبقى النفقة المحكوم بها حتى تصفي أموال المدين.

[4] إذا كانت أموال المدين المحجوزة لا تنتج إيرادات فلا يجوز بيع بعضها للانفاق من ثمنها على المدين.

وفي هذه الحالة يجوز للمدين الالتجاء إلى قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة بدعوى يطلب فيها تقدير نفقة له، وهنا يشترط توافر شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

## الفرع الثاني
## دعاوى التنفيذ المستعجلة دون نص خاص

أولاً : دعوى عدم الاعتداد بالحجز التنفيذي:

[1] دعوى عدم الاعتداد بالحجز التنفيذي، هي دعوى مستعجلة يرفعها المحجوز عليه بعد توقيع الحجز وتمام تنفيذه، ويطلب المدعي إزالة آثار الحجز الذي توقع وذلك بالحكم بعدم الاعتداد به استناداً إلى أنه توقع بالمخالفة للشروط التي يتطلبها القانون.

ويكون الحجز التنفيذي مخالفاً للشروط التي استلزمها القانون في حالات منها أن يتم توقيعه على منقولات لا يجوز الحجز عليها، أو توقع على عقارات بالتخصيص واعتبرها المحضر منقولات بطبيعتها، مثل آلة الري المخصصة لري الأرض الزراعية، أو يكون الحجز قد توقع بموجب حكم غير مشمول بالنفاذ المعجل رغم قابليته للطعن فيه، وكان ميعاد الطعن مازال مفتوحاً، أو كان قد توقع بدون حكم، أو بحكم لم يعلن للمنفذ ضده أو لم يذيل بالصيغة التنفيذية، أو كان إعلان الحكم مشوباً بالبطلان.

وفي كل تلك الحالات يحكم قاضي التنفيذ بعدم الاعتداد بالحجز الذي تم توقيعه واعتباره كأن لم يكن، ويصبح بموجبه المحجوز عليه حراً ي التصرف في أمواله التي زال الحجز عنها.

[2] ويمكن الاستناد في دعوى عدم الاعتداد بالحجز كذلك، إلى كل وجه من شأنه أن ينال من التنفيذ، سواء تعلق هذا الوجه بالسند التنفيذي أو بأطراف التنفيذ أو بالدين المراد اقتضاؤه، أو بطبيعة الإجراء الذي تم التنفيذ بمقتضاه، أو بالمقدمات التي يتطلب القانون اتخاذها قبل البدء في تنفيذ هذا السند.

فكل تلك الأوجه من شأنها أن يكون الحجز الذي يتم توقيعه مشوباً ببطلان جوهري، يخشى معه من فوات الوقت، وهو ما يتوافر معه شرط الاستعجال، إذ يترتب على هذا النوع من البطلان، ألا يمتد بحث قاضي التنفيذ إلى أصل الحق، حيث يحظر عليه التعرض للموضوع.

[3] إذا كان البطلان المشوب به الحجز غير جوهري، بأن كان الحجز يحتمل الصحة كما يحتمل البطلان، كما لو كان محل خلاف في الفقه أو القضاء، فإن

الحكم في هذه الحالة يمس الموضوع، ومن ثم يتصدى القاضي للدعوى باعتبارها منازعة تنفيذ موضوعية إذا توافرت عناصرها.

إذن، مناط دعوى عدم الاعتداد بالحجز هو أن يكون الحجز ظاهر البطلان، من ظاهر الأوراق ودون اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، أو ترجيح رأي على آخر، لما في ذلك من مساس بالموضوع بحسم صحة أو بطلان الحجز.

[4] وينظر قاضي التنفيذ دعوى عدم الاعتداد بالحجز بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، الأمر الذي يفترض عليه التحقق من توافر الاستعجال وعدم المساس بالحق.

ولا يحول تعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه دون صدور الحكم في هذه الدعوى، فذلك لا ينال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

[5] ويكون للمحجوز عليه رفع دعوى عدم الاعتداد بالحجز أياً كان طريق الحجز، أي سواء توقع الحجز لدى المدين، أو توقع على أمواله لدى الغير، إلا أنه في حالة أن يكون الحجز قد توقع على أموال المدين لدى يغير، فإنه يلزم اختصام المحجوز لديه (الغير) حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، فيستند إليه في تسليم المحجوزات للمحجوز عليه.

كما يجوز للغير كذلك رفع هذه الدعوى إذا كان الحجز قد توقع على أمواله، ويكون للغير أيضاً في هذه الحالة رفعه دعوى الاسترداد.

ويجوز للمحجوز لديه رفع دعوى عدم الاعتداد بالحجز إذا كان قد ثبت حقه على المحجوزات قبل توقيع الحجز كأن يكون قد اشتراها ففي هذه الحالة يصبح من طبقة الغير.

ثانياً : دعوى عدم الاعتداد بالحجز التحفظي:

[1] الحجز التحفظي وكما سلف البيان لا يحتاج توقيعه وجود سند تنفيذي ويكفي وجود حق غير معين المقدار، وهذا على خلاف الحال بالنسبة للحجز التنفيذي.

ولقد أجازت المادة 316 مرافعات توقيع الحجز التحفظي في كل حالة يخشى فيها فقدان الدائن ضمان حقه، وهو أتاح للقاضي سلطة واسعة وفقاً للظروف أن يأذن للدائن بتوقيع الحجز التحفظي على أموال مدينه، إذا كان هناك ما يبرر خشيته من إضعاف المدين للضمان العام، فيفقد الدائن ضمان حقه.

[2] وتثار منازعات التنفيذ المستعجلة في خصوص الحجز التحفظي استناداً إلى ذات الأوجه التي تستند إليها في خصوص الحجز التنفيذي، والتي تناولناها فيما سلف، إلا بالنسبة للأوجه المتعلقة بالسند الذي يتوقع الحجز بموجبه والحق الذي تضمنه فيما يتعلق بتعيين مقدار، وهذا الاختلاف مرتبط بطبيعة الحجز التحفظي.

ففي الحجز التنفيذي يلزم وجود سند تنفيذي يتضمن حق معين المقدار، أما في الحجز التحفظي وكما هو معلوم، فيكفي مجرد الدليل العرفي الموقع عليه من المدين، حتى ولو لم يكن الحق الوارد به معين المقدار، طالما كان الدين حال الأداء، ومحقق الوجود، ففي تلك الحالة يتولى القاضي تقدير الدين مؤقتاً، ثم يأذن بتوقيع الحجز عملاً بالمادة 319 مرافعات.

[3] ولا يخفى وكما سلف البيان أنه عند توقيع الحجز التحفظي، إذا عرضت منازعة وقتية قبل إتمام الحجز، كانت المنازعة إشكالاً في التنفيذ يوجب على المحضر أن يوقف التنفيذ فلا يستمر في توقيع الحجز التحفظي، وله أن يمضي في الحجز على سبيل الاحتياط على أن يكلف الخصوم في الحالتين الحضور أمام قاضي التنفيذ، وقد سبق بيان ذلك.

أما إذا كان قد تم توقيع الحجز التحفظي، فإن المنازعة التي تثار في شأنه تكون دعوى تنفيذ مستعجلة إذا كان المحجوز عليه يطلب فيها اتخاذ إجراء وقتياً، كما لو طلب عدم الاعتداد بالحز استناداً لبطلانه بطلاناً جوهرياً يكشف عنه ظاهر المستندات ومجرد الاطلاع عليها.

[4] ومن الأوجه التي يمكن أن يستند إليها المحجوز عليه في رفع دعوى عدم الاعتداد بالحجز، أن يكون المستند الذي تم توقيع الحجز بموجبه غير موقع عليه منه، أو أن الحق الوارد بهذا المستند غير حال الأداء وقت توقيع الحجز، حتى ولو أصبح حال الأداء بعد ذلك.

[5] والأمر نفسه، كما هو الحال بالنسبة للحجز التنفيذي، إذا كان بطلان الحجز التحفظي غير جوهري، ويكون كذلك إذا لم يكن البطلان واضحاً جلياً يدل عليه مجرد الاطلاع على المستندات، مما يحتاج إلى تحقيق أو استجواب، أو كان محل خلاف في الفقه أو القضاء. فإن التصدي له في هذه الحالات يمس أصل الموضوع، الأمر الذي من شأنه أن يتصدى قاضي التنفيذ للدعوى

باعتبارها دعوى تنفيذ موضوعية إذا توافرت عناصرها، وإلا قضى برفض الدعوى، ولا يقضي بعدم اختصاصه بنظرها، لأنه مختص بها، سواء اعتبرها منازعة مستعجلة أو منازعة موضوعية في التنفيذ.

[6] أنه لا تتوافر مقومات دعوى التنفيذ الموضوعية إذا رفعها المدعي باعتبارها دعوى عدم اعتداد بالحجز، وكان من شأن الفصل فيها كدعوى تنفيذ موضوعية المساس بحجية الحكم أو الأمر الذي تم توقيع الحجز التحفظي بموجبه، ويكون ذلك في حالة أن يستند المدعي في دعواه إلى انقضاء الدين المنفذ به قبل صدور الحكم أو الأمر بالمقاصة القانونية، وهو ما يحتاج إلى عمليات حسابية تتطلب ندب خبير، أو تتحول الدعوى بذلك إلى دعوى تنفيذ موضوعية، ولكن يترتب على الفصل فيها المساس بحجية الحكم أو الأمر، وهو ما لا يجوز، ويلزم في هذه الحالة القضاء برفض الدعوى.

[7] ويجب على قاضي التنفيذ كذلك، عند نظر دعوى عدم الاعتداد بالحجز التحفظي كمنازعة تنفيذ مستعجلة، أن يتحقق من تواتر شرط الاستعجال وعدم المساس بالموضوع، وذلك على الوجه السالف بيانه.

ثالثاً : دعوى عدم الاعتداد بحجز ما للمدين لدى الغير:

[1] أورد المشرع في المواد من 325 إلى 350 مرافعات القواعد المتعلقة بطريق حجز ما للمدين لدى الغير، والشروط التي يجب توافرها لصحة هذا الحجز، والذي يعتبر أنه قد توقع وتم بمجرد إعلانه إلى المحجوز لديه.

ويترتب البطلان على عدم الالتزام بتلك القواعد أو الإخلال بها وهو ما يمنح المحجوز عليه الحق في رفع دعوى تنفيذ مستعجلة بعدم الاعتداد بالحجز الذي توقع مشوباً بالبطلان.

ويجوز الاستناد في دعوى عدم الاعتداد في هذه الحالة إلى كافة الأوجه السالف بيانها بمناسبة الكلام في الدعاوى السابقة.

[2] ويلزم أيضاً أن يتحقق قاضي التنفيذ من توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بالموضوع عندما ينظر دعوى عدم الاعتداد بالحجز كمنازعة تنفيذ مستعجلة، وهو يقضي بعدم الاعتداد بالحجز والاذن للمحجوز عليه بتسلم أمواله من المحجوز لديه أياً كان نوعها.

رابعاً : دعوى عدم الاعتداد بالحجز الإداري:

[1] دعوى عدم الاعتداد بالحجز الإداري، دائما تكون دعوى تنفيذ مستعجلة، ويكون من ثم الاختصاص بنظرها لقاضي التنفيذ، وهو يجب عليه التحقق من شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق بالمفهوم السابق تحديده، ولا يتصدى للدعوى باعتبارها منازعة تنفيذ موضوعية.

[2] ومن حيث الأوجه التي تؤسس عليها دعوى عدم الاعتداد بالحجز الإداري فقد تستند الدعوى إلى اسباب موضوعية كالوفاء أو المقاصة أو التقادم، أو لأسباب تتعلق بالنعي على إجراءات الحجز كما لو كان أمر الحجز قد صدر شفاهة وعدم صدور أمر مكتوب، أو يكون أمر الحجز قد صدر من شخص غير مختص بإصداره، أو صدر من نائب بدون تفويض مكتوب بذلك، أو صدر بمناسبة دين لم تنص عليه المادة الأولى من قانون الحجز الإداري، أو أن الحجز توقع على مال لا يجوز الحجز عليه، وغير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الحجز الإداري، والتي تناولناها بمناسبة الإشكال في تنفيذ الحجز الإداري.

[3] ومن المقرر وفقاً لنص المادة 27 المستبدلة بموجب القانون رقم 30 لسنة 1972 والخاصة بالحجز الإداري، أنه يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات الحجز، أو باسترداد الأشياء المحجوزة وقف إجراءات الحجز والبيع الإداريين، وذلك إلى أن يفصل نهائياً في النزاع، ويحكم في دعوى المنازعة على وجه السرعة.

[4] وينسحب على دعوى عدم الاعتداد بالحجز الإداري كمنازعة تنفيذ مستعجلة كل ما سبق أن قلنا في خصوص منازعات التنفيذ المستعجلة السابقة من حيث نظرها والفصل فيها وسلطة قاضي التنفيذ في ذلك، سواء باعتبارها منازعة تنفيذ مستعجلة أو منازعة تنفيذ موضوعية.

**أوجه أو أسباب عدم الاعتداد بالحجز :**

وفي تأسيس دعوى عدم الاعتداد بالحجز أياً كان نوعه فإنه يمكن أن تستند الدعوى إلى أي من الأوجه المؤدية إلى بطلان الحجز لمخالفة الشروط التي يتطلبها

القانون لصحته سواء أكانت شروطاً شكلية متعلقة بالبيانات اللازم توافرها في إعلان الحجز أو بأطراف التنفيذ أو بملكية المحجوز عليه للمال المحجوز وقت توقيع الحجز، أو بالطريق الذي أوقع الحاجز بمقتضاه الحجز، أو كانت شروطاً موضوعية تتعلق بالدين المحجوز من أجله، بأن يكون معين المقدار، محقق الوجود حال الأداء، فإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط كان الحجز باطلاً، وجاز للمحجوز عليه رفع دعوى بعدم الاعتداد به.

ومن المقرر في الفقه والقضاء أنه يجوز للمدعي في دعوى عدم الاعتداد بالحجز أن يستند في تأسيس الدعوى إلى أوجه موضوعية كبطلان الحجز، ولا يحول ذلك دون قاضي التنفيذ بصفته قاضي الأمور المستعجلة وإصدار حكم وقتي بعدم الاعتداد بالحجز، إذ المقرر أن الاستناد إلى أسباب موضوعية ليس من شأنه المساس بأصل الحق عند الفصل في منازعة التنفيذ الوقتية[1].

(1) المستشار أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدينة والتجارية، طبعة 2001، الجزء السادس، ص 458.

## المطلب الرابع

## دعــوى التنفيـــذ الـموضوعيــة

◈الفرع الأول : ماهية دعوى التنفيذ الموضوعية.

◈الفرع الثاني : رفع دعوى التنفيذ الموضوعية وأوجه منازعات التنفيذ.

◈الفرع الثالث : تقدير قيمة منازعة التنفيذ الموضوعية والاختصاص بنظرهـا والمحكمـة المختصة بنظر الاستئناف المقام على الطعن الحكم الصادر فيها.

## الفرع الأول

## ماهية دعوى التنفيذ الموضوعية

[1] تنصرف دعوى التنفيذ الموضوعية إلى المنازعة التي يرفعها المدين أو الغير، وتكون ماسة بالموضوع الذي تقوم عليه والمتعلق بالتنفيذ، وترمي إلى استصدار حكم حاسم فيها وفي الآثار التي ترتبت عليها ولو لم تكن تلك الآثار خاضعة لاختصاص قاضي التنفيذ.

ومثال ذلك، أن يستصدر الدائن حكماً ضد مدينه بإلزامه بأداء مبلغ معين له، وبعد أن يوفي المدين به للدائن، يقوم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ ضده، ويوقع حجزاً تنفيذياً على أمواله استناداً إلى أن ذمته مازالت مشغولة بهذا المبلغ المحكوم به، الأمر الذي يضطر المدين إلى رفع دعوى تنفيذ موضوعية يطلب فيها الحكم ببطلان الحجز لفقد الحكم المنفذ به قوته التنفيذية بعد الوفاء الاختياري الذي تم.

فينصرف طلب المدعي في تلك الدعوى إلى موضوع التنفيذ المتمثل في الحجز للقضاء ببطلانه، وقد يمتد الطلب إلى الآثار التي رتبها هذا الحجز والتي أدت إلى اعتبار ذمة المدين مشغولة بهذا المبلغ الذي توقع الحجز لاقتضائه، فيضيف المدعي إلى طلب بطلان الحجز طلب براءة ذمته من المبلغ المنفذ به.

ومن المقرر أن الاختصاص بنظر طلب براءة الذمة ينعقد لقاضي التنفيذ لارتباطه ارتباطاً مباشراً بالتنفيذ سلباً أو إيجاباً، فإذا حكم القاضي ببطلان التنفيذ استناداً إلى هذا الوفاء الذي قام به المدين، فإنه يحكم كذلك ببراءة ذمة المدعي من المبلغ المنفذ به، أما إذا قضى برفض الدعوى، فإن ذلك يدل على صحة التنفيذ، وعدم براءة ذمة المدين، ومن ثم فإن براءة الذمة أو عدمه أثر مباشر للفصل في منازعة التنفيذ.

[2] إنه متى قضى ببطلان إجراءات التنفيذ، ترتب على ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، بحيث إذا ما كانت المنقولات التي بيعت بالمزاد مازالت في حيازة الراسي عليه المزاد، وجب القضاء بردها إلى المنفذ ضده، ولا يجوز للراسي عليه المزاد الاحتجاج بتملكه لها بموجب قاعدة الحيازة في

المنقول سند الحائز لانحصار تلك القاعدة في الحالة التي يتلقى فيها الحائز المنقول من غير مالكه، وطالما كان الراسي عليه المزاد في حكم المشتري والمنفذ ضده في حكم البائع، إن العلاقة بينهما يحكمها التصرف الجبري، وإذ قضى ببطلانه فإنه يجب وإعمالاً للأثر الرجعي للبطلان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل البيع، بإعادة المنقول إلى المنفذ ضده، وحينئذ لا يعتبر الراسي عليه المزاد مالكاً في أي وقت، ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف في المنقول إلى أي مشتر آخر بعد رسو المزاد، وكان الأخير حسن النية فإنه يتملك المنقول بالحيازة ويمتنع إلزامه بالرد، ولا يبقى للمنفذ ضده إلا طلب التعويض بعد أن استحال التنفيذ العيني.

[3] إنه طالما انتقلت الملكية إلى المشتري من الراسي عليه المزاد بموجب الحيازة، فيصبح المشتري من طبقة الغير، فلا تتعدى إليه حجية الحكم ببطلان المزاد، ويستوي في ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت قبل الحكم ببطلان المزاد أو بعده، إذ في الحالتين لا يعتبر المشتري خلفاً خاصاً للراسي عليه المزاد بعد أن استقرت له الملكية بالحيازة، ولعدم خضوع دعوى التنفيذ الموضوعية المتعلقة بالمنقول لقواعد الشهر للاحتجاج على الغير بالحكم الذي يصدر فيها بالبطلان.

[4] ومن المقرر أنه تتوافر مقومات منازعة التنفيذ الموضوعية ولم لم يطلب المحجوز عليه صراحة رفع الحجز أو بطلانه، طالما كان هذا الطلب يندرج في عموم طلباته، وكان يتعذر على المحكمة التصدي لها إلا بعد التصدي للحجز المتوقع الذي يعتبر الطلب المتعلق به مطروحاً عليها تبعاً لطلبات المحجوز عليه.

ومثال ذلك، إذا توقع حجز على أموال المدين لدى الغير، فإنه لا يجوز له تسليم هذه الأموال للمدين إلا بعد رفع الحجز أو القضاء ببطلانه، ومن ثم فإذا انحصر طلب المحجوز عليه في الدعوى التي رفعها في أحقيته للأموال المحجوزة وتمكينه من تسلمها من المحجوز لديه، فإن هذا الطلب يندرج فيه طلب رفع الحجز، وبالتالي تعتبر المنازعة منازعة تنفيذ موضوعية.

ومن المقرر أن الحالة السابقة تختلف عن الحالة التي يطلب فيها المدين براءة ذمته من الدين المحجوز من أجله عندما ينحصر طلبه في براءة الذمة دون

طلب بطلان الحجز، إذ لا يتطلب القضاء بـبراءة الذمـة المسـاس بـالحجز المتوقـع أو بالمحجوزات، وبذلك لا تتوافر مقومات منازعة التنفيذ الموضوعية بالنسبة له باعتبـار أن المحكمة لن تتصدى للحجز عندما تفصـل في بـراءة الذمـة، إذ لا تـلازم بيـنهما إلا عندما يطلب بطلان الحجز صراحة أو ضمناً بالتمكن من المحجوزات.

[5] إذن تنحصر دعوى التنفيذ الموضـوعية في طلـب بطـلان التنفيـذ، ومتـى قضى بـذلك أصبح التنفيذ الذي تم كأن لم يكن، ويعتبر الحكم الصادر بذلك سنداً تنفيذياً لإعـادة الحال إلى ما كان عليه بإزالة كل الآثار التي ترتبت على التنفيـذ، فـإذا اسـتحال ذلـك تعين الرجوع على المسئول بالتعويض.

## الفرع الثاني
## رفع دعوى التنفيذ الموضوعية وأوجه منازعات التنفيذ

أولاً : رفع دعوى التنفيذ الموضوعية:

[1] ترفع دعوى التنفيذ الموضوعية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وذلك بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة، ويختصم فيها من قام بالتنفيذ إذ تقوم خصومة التنفيذ بينه وبين المنفذ ضده وهو المدعي.

[2] تخضع دعوى التنفيذ الموضوعية لكافة القواعد والإجراءات العامة من حيث الخصوم فيها والبيانات التي يجب أن تتضمنها صحيفة الدعوى، وما يعترض سير الخصومة فيها، وما يترتب من بطلان على مخالفة ذلك.

ومن المقرر أنه لا ينقطع السير في إجراءات التنفيذ في حالة وفاة المدين قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ وفقاً للمادة 284 مرافعات، إذ يجب توجيه تلك الإجراءات إلى تركته في حالة الوفاة أو إلى نائب المدين في حالة فقد الأهلية أو إلى المدين نفسه إذا زالت صفة من يمثله قانوناً.

[3] يكون لقاضي التنفيذ كافة الصلاحيات المقررة لمحكمة الموضوع عندما يتصدى لدعوى التنفيذ الموضوعية سواء اقتصرت الطلبات فيها على بطلان التنفيذ أو امتدت إلى طلبات موضوعية أخرى مرتبطة بالتنفيذ ومترتبة عليه كطلب براءة ذمة المدين من الدين المنفذ به، ويكون لقاضي التنفيذ إحالة الدعوى للتحقيق أو ندب الخبراء أو استجواب الخصوم، أو توجيه اليمين الحاسمة، واتخاذ كافة الإجراءات التي يراها لازمة للوصول إلى وجه الحق في الدعوى.

ثانياً : أوجه منازعات التنفيذ:

[1] أوجه منازعات التنفيذ هي الأسباب التي تصلح قانوناً لإقامة المنازعة وتأسيسها على سند منها، وكان من شأن هذه الأسباب ألا يتم التنفيذ إن لم يكن قد تم، أو أنها تنال منه إن كان قد تم.

ومن قبيل ذلك، أن يكون إعلان السند التنفيذي مشوباً بالبطلان، فيتوافر بذلك وجه يصلح لإقامة المنازعة في التنفيذ ويحول دون إتمام التنفيذ أو ينال منه،

فإن لم يكن التنفيذ قد تم جاز التمسك بهذا الوجه لاتخاذ إجراء وقتي برفع إشكال في التنفيذ لوقف التنفيذ، كما يجوز في الوقت ذاته التمسك بهذا الوجه لاستصدار حكم موضوعي يحسم النزاع الذي تضمنه هذا الوجه.

[2] فإن كان التنفيذ قد تم بتوقيع الحجز أو بإجراء البيع، أو بتسليم العين أو بإخلائها، فإنه يجوز الاستناد إلى الوجه السابق ذاته لاتخاذ إجراء بعدم الاعتداد بالتنفيذ الذي تم، كما يجوز التمسك به لاستصدار حكم موضوعي يحسم النزاع الذي تضمنه هذا الوجه ذاته.

الخلاصة إذن، أن كل وجه يصلح لإقامة منازعة في التنفيذ، يصلح للتمسك به في أية منازعة سواء كانت وقتية أو موضوعية، فالمنازعة الوقتية هي الإشكال الوقتي في التنفيذ الذي يرفع قبل تمام التنفيذ أو دعوى التنفيذ المستعجلة التي ترفع بعد تمام التنفيذ، أما دعوى التنفيذ الموضوعية فتتمثل في دعوى التنفيذ الموضوعية السابقة على تمام التنفيذ، والتي يطلق عليها عبارة (الإشكال الموضوعي) كما تتمثل في دعوى التنفيذ الموضوعية التي ترفع بعد تمام التنفيذ، وقد سلف بيان ذلك.

[3] وكما سلف البيان، قد يتعلق الوجه الذي تقام عليه المنازعة في التنفيذ، سواء كانت منازعة وقتية أو منازعة موضوعية، أما بالسند التنفيذي، أو بأطراف هذا السند، أو بالدين المراد اقتضاؤه بموجبه، أو بطبيعة الإجراء الذي اتخذ بمقتضاه، أو بالمقدمات التي يتطلب القانون اتخاذها قبل البدء في تنفيذ السند.

[4] ومن المقرر، وكما سلف البيان في موضوع سابق، أنه إذا تعلق الوجه بمنازعة تنفيذ وقتية، فإن قاضي التنفيذ يتناول ذلك الوجه بالبحث للوقوف على مدى اتفاقه أو مخالفته لما يتطلبه القانون من قواعد وشروط، وذلك بما يكفي للفصل في المنازعة الوقتية المستعجلة، فالقاضي في هذه الحالة غير ممنوع من هذا البحث وإلا ما استطاع الفصل في المنازعة المستعجلة والرد على الدفاع الذي تضمنه هذا الوجه.

وقاضي التنفيذ يقوم بذلك البحث على النحو والوضع الذي يقوم به قاضي الموضوع تماماً، والفرق بين القاضيين، أن قاضي التنفيذ عندما يتصدى لمنازعة التنفيذ الوقتية يتناول الرد حسبما يستشفه من ظاهر الأوراق والمستندات، وما يبدو منها للوهلة الأولى دون تمحيص لدلالتها حتى لا يقطع

في أمرها بقضاء يحسم ما انطوت عليه تلك المستندات تاركاً ذلك لحين التصدي للموضوع عندما يطرح عليه كمحكمة موضوع.

ويخلص قاضي التنفيذ من بحثه على النحو السابق - والذي يجب أن يوضحه في حكمه عندما يفصل في المنازعة الوقتية - إلى القضاء بالإجراء الوقتي المطلوب كوقف التنفيذ دون أن يضمن منطوق حكمه قضاء يتناول موضوع وجه المنازعة.

أما إذا تعلق الوجه ذاته بمنازعة تنفيذ موضوعية، فإن قاضي التنفيذ يتصدى له ببحث موضوعي يمحص بموجبه المستندات ويقارن بعضها ببعض إذا احتاج البحث إلى ذلك ليستخلص منها الأدلة القاطعة في النزاع ويحسمه بما يخلص إليه، ثم يطبق هذا الواقع على الشروط التي يتطلبها القانون لصحة إعلان السند التنفيذي - عندما يكون ذلك هو موضوع المنازعة - فإن تبين له توافرها قضى برفض الدعوى. وإلا قضى ببطلان إعلان السند التنفيذي، وبطلان كافة إجراءات التنفيذ التي اتخذت بمقتضاه، وهو بذلك يصدر حكماً موضوعياً يحسم به النزاع، مثله في ذلك مثل حكم محكمة الموضوع عندما تفصل في موضوع الدعوى المطروحة عليها.

ويكون الأمر نفسه، بالنسبة لكافة الأوجه الأخرى التي تصلح قانوناً لإقامة منازعة في التنفيذ، فيسلك القاضي تجاهها نفس المسلك بالنسبة لمسلكه بالنسبة للوجه المتعلق ببطلان إعلان السند التنفيذي، ومن تلك الأوجه خلو السند التنفيذ من الصيغة التنفيذية، أو انعدام هذا السند وكونه غير حجة لمن يقوم بالتنفيذ، أو بسبب انقضاء الالتزام الذي تضمنه السند بسبب لاحق على صدوره، أو بطلان التنفيذ لإجرائه بالمخالفة لما يتطلبه القانون، وغير ذلك من الأوجه.

فكل وجه، من تلك الأوجه يصلح لإقامة منازعة تنفيذ وقتية في التنفيذ، كما يصلح في الوقت ذاته لإقامة منازعة تنفيذ موضوعية في التنفيذ.

## الفرع الثالث

## تقدير قيمة منازعة التنفيذ الموضوعية والاختصاص بنظرها والمحكمة المختصة بنظر الاستئناف المقام ضد المحكم الصادر فيها

أولاً : تقدير قيمة منازعة التنفيذ:

1 – محكمة التنفيذ هي في كل الأحوال المختصة بمنازعات التنفيذ أيا ما كانت قيمة المنازعة وذلك وفقاً للمادة 275 مرافعات.

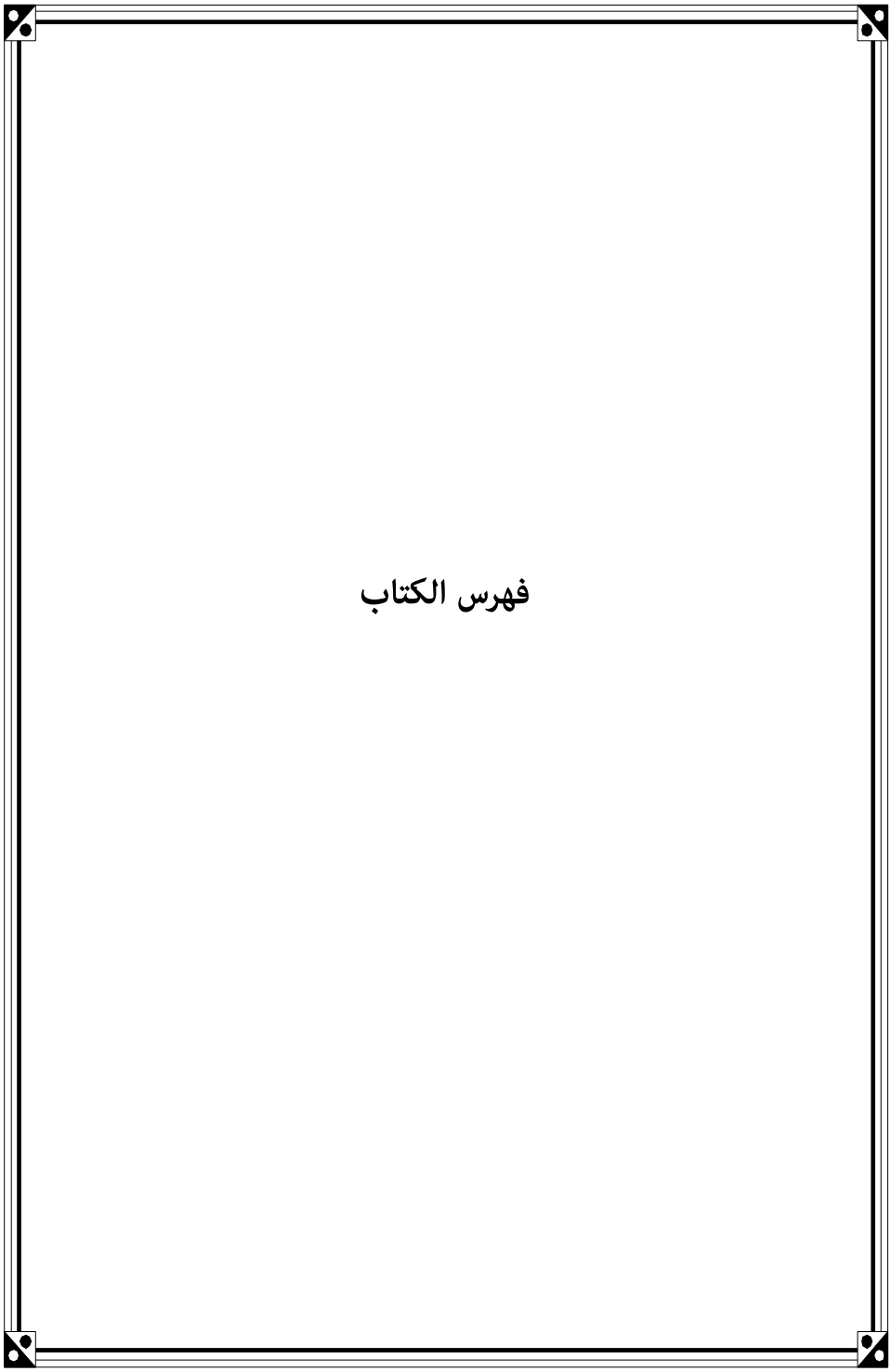
2- ولتحديد قيمة المنازعة يتعين الرجوع إلى نص البند (9) من المادة 37 مرافعات، الذي ينص على أنه إذا كانت الدعوى بين الدائن الحاجز والمدين بشأن صحة حجز منقول أو بطلانه، تقدر بقيمة الدين المحجوز من أجله.... فإذا كانت مقامة من الغير باستحقاقه للأموال المحجوزة كان التقدير باعتبار قيمة هذه الأموال، ووفقاً للبند رقم (2) من المادة 37 سالفة البيان، تقدر القيمة بقيمة العقار، وذلك بالنسبة للمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار.

وإن كان لم يعد لقيمة المنازعة أي أثر بالنسبة لتحديد المحكمة التي يطعن أمامها في الحكم الصادر من محكمة التنفيذ، وذلك بعد تعديل المادة 277 من قانون المرافعات بالقانون رقم 76 لسنة 2007 حيث أصبح الاختصاص منعقداً للمحكمة الابتدائية لنظر الاستئناف المقام في المنازعات الوقتية أو الموضوعية أياً كان قيمتها.

ثانياً: المحكمة المختصة بنظر الاستئناف الذي يرفع طعناً في الحكم الصادر في منازعة التنفيذ الموضوعية:

وفقاً للمادة 277 مرافعات المعدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007، فإن أحكام قاضي التنفيذ في المنازعات الموضوعية تستأنف إلى المحكمة الابتدائية أياً كانت قيمتها، حيث نصت المادة 277 بعد تعديلها على أن: ((تستأنف أحكام قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية أياً كانت قيمتها أمام المحكمة الابتدائية)).


دار المحامي للإصدارات القانونية
تأسست في ٢٠١٨
المحاماة علم وفن وعمل



# فهرس الكتاب

| الموضـــــــــــوع | | | الصفحة |
|---|---|---|---|
| الآيـــــــــة | : | | 3 |
| الإهـــــــداء | : | | 5 |
| مقدمـــــــة | : | "العلم" و "الطريقة" و "الخبرة" | 12 |
| القسم الأول | : | مقومات التميز والكفاءة في إجادة أداء أعمال المحاماة | 19 |
| البـــاب الأول | : | المحاماة والمحامي وأعمال المحامـاة في القـانون رقـم 17 لسنة 1983 بشأن المحاماة | 21 |
| | - | النصوص القانونية: | 23 |
| | - | القواعـد الأساسـية الـواردة في المـواد الأولى والثانيـة والثالثـة مـن قـانون المحامـاة فـيما يخـص المحـامي والمحاماة وأعمال مهنة المحاماة | 24 |
| | - | أولاً: قواعد قانونية أساسية تتعلق بالمحامي والمحاماة: | 24 |
| | - | القاعدة [1]: | 24 |
| | - | القاعدة [2]: | 25 |
| | - | القاعدة [3]: | 25 |
| | - | بعض ضمانات الاستقلال في أداء المحامين لمهامهم | 28 |
| | - | أولاً: ضمانات عامة تقع على عاتق الدولة: | 28 |
| | - | ثانياً: ضمانات تتصل بالمسـئولية التأديبيـة والجنائيـة للمحامين عن أعمال المهنة: | 29 |
| | - | القاعدة [5]: | 30 |
| | - | ثانياً: قواعد قانونية أساسية تتعلق بـأعمال المحامـاة التي يجوز للمحامين مزاولتها: | 31 |
| | | القاعدة الأولى: | 31 |
| | - | القاعدة الثانية: | 31 |
| | - | قواعد قانونية أساسية في حضور المحامي عن ذوي الشأن أمام المحاكم | 32 |
| | - | القاعدة الأولى: | 33 |
| | - | القاعدة الثانية: | 33 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | القاعدة الثالثة: | 34 |
| | - | القاعدة الرابعة: | 34 |
| | - | القاعدة الخامسة: | 34 |
| | - | القاعدة السادسة: | 34 |
| | - | القاعدة السابعة: | 34 |
| | - | القاعدة الثامنة: | 35 |
| | - | التوكيل في التقاضي أو التوكيل بالخصومة "المخاصـمة بوكيل" و "الوكالة في الحضور" | 35 |
| | - | ماهية التوكيل في التقاضي أو التوكيل بالخصومة | 35 |
| | - | تطبيقات قضائية أخرى | 37 |
| | - | ماهية المخاصمة بوكيل | 38 |
| | - | ماهية الوكالة في الحضور | 39 |
| | - | التمييز بين الوكالة في التقاضي والوكالة في الحضور | 42 |
| الباب الثاني | : | مقومات مهنة المحاماة (العلم والطريقة والخبرة) | 45 |
| | - | المواجهة تفرض على المحامي أعباء تحتاج إلى قدرات خاصة: | 48 |
| الفصـل الأول | : | مقومات مهنة المحاماة بوجه عام (العلـم والطريقـة والخبرة) | 50 |
| المبحث الأول | : | المقـوم الأول: العلـم أهـم مقومـات مهنـة المحامـاة (المقوم الأكاديمي لمهنة المحاماة) | 51 |
| | - | الحقائق المستخلصة من التعريف | 51 |
| | - | الحقيقة الأولى | 51 |
| | - | الحقيقة الثانية | 52 |
| | - | الحقيقة الثالثة | 52 |
| | - | الحقيقة الرابعة | 54 |
| | - | الحقيقة الخامسة | 55 |
| | - | الحقيقة السادسة | 55 |
| | - | الحقيقة السابعة | 55 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | لا يعيب المحامي أنه أكاديمي | 56 |
| المبحث الثاني | : | المقوم الثاني: الطريقة كأحد مقومات مهنة المحاماة (المقوم الفني والمنهجي) | 58 |
| | - | الحقائق المستخلصة من التعريف | 58 |
| | - | الحقيقة الأولى | 58 |
| | - | الحقيقة الثانية | 58 |
| | - | الحقيقة الثالثة | 59 |
| | - | الحقيقة الرابعة | 60 |
| | - | الحقيقة الخامسة | 60 |
| | - | الحقيقة السادسة | 60 |
| | - | العلم والطريقة مقومان من مقومات المحاماة متلازمان ومتكاملان: | 61 |
| المبحث الثالث | : | المقوم الثالث - الخبرة كأحد مقومات مهنة المحاماة(المقوم العملي التراكمي) | 62 |
| | - | الحقائق التي تضمنها التعريف | 62 |
| | - | الحقيقة الأولى | 62 |
| | - | الحقيقة الثانية | 62 |
| | - | الحقيقة الثالثة | 62 |
| | - | الحقيقة الرابعة | 62 |
| | - | الحقيقة الخامسة | 63 |
| | - | الخلاصة إذن، أن المحاماة تعتمد على مقومات ثلاثة | 63 |
| المبحث الرابع | : | العلم والطريقة والخبرة هي مقومات (الإنسان) الذي كرمه الله وشرفه بالخلافة في الأرض | 65 |
| | - | الخاصية الأولى | 65 |
| | - | الخاصية الثانية | 65 |
| | - | الخاصية الثالثة | 66 |
| | - | أمثلة للحالات التي جمع فيها القرآن بين أكثر من مقوم في نفس الخطاب | 66 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | أمثلة لحالات ورد فيها الخطاب القرآني خاصاً بمقوم واحد سواء "العلم" أو "الخبرة" أو "الطريقة" كل على حدة | 68 |
| | - | أولاً : نصوص بشأن مقوم "العلم" | 68 |
| | - | ثانياً: نصوص بشأن مقوم "الخبرة" | 69 |
| | - | الخاصية الرابعة | 70 |
| | - | ثالثاً : نصوص بشأن مقوم "الطريقة" | 72 |
| الفصل الثاني | : | العلم والطريقة والخبرة في خصوص أعمال المحاماة في مجال القضايا الجنائية | 74 |
| | - | المجالات التي تؤكد أن ما يقوم به المحامي من أعمال المحاماة إنما يقوم على العلم والطريقة والخبرة | 74 |
| | - | أولاً: مجال القواعد القانونية الإجرائية (قواعد قانون الإجراءات الجنائية) | 78 |
| | - | ثانياً: في مجال القواعد القانونية الموضوعية (قواعد قانون العقوبات أو قواعد التجريم والعقاب عموماً) | 79 |
| | - | أسباب براءة المتهم من التهمة المسندة إليه التي يمكن أن تنطوي عليها وقائع القضية | 81 |
| | - | السبب الأول: طلب براءة المتهم تأسيساً على أن الواقعة المسندة إليه غير مجرمة | 81 |
| | - | السبب الثاني: طلب براءة المتهم تأسيساً على انتفاء ركن من أركان الجريمة المسندة إليه، أو انتفاء عنصر أو شرط في أحد أركان الجريمة | 82 |
| | - | [1] الركن المادي للجريمة المسندة إلى المتهم من حيث. | 83 |
| | - | [2] الركن المعنوي للجريمة المسندة إلى المتهم وبحسب ما إذا كانت الجريمة | 83 |
| | - | [3] الشرط المفترض | 84 |
| | - | [4] أية شروط أو ضوابط أخرى قد يستلزم المشرع توافرها سواء في الجاني أو المجني عليه أو محل الجريمة أو مكانها أو الوسائل التي ترتكب بها وما إلى ذلك | 84 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | السـبب الثالـث: طلـب بـراءة المـتهم تأسيسـاً عـلى سند من توافر سبب ما أسباب الإباحة | 85 |
| | - | حصر مصادر الإباحة | 85 |
| | - | السبب الرابع: طلب براءة المتهم تأسيساً على سند من توافر مانع من موانع المسئولية أو سبب للإعفاء من العقاب | 86 |
| | - | أولاً: البراءة تأسيساً على توافر مانع من موانع المسئولية الجنائية | 86 |
| | - | ماهية موانع المسئولية الجنائية | 86 |
| | - | أسباب امتناع المسئولية الجنائية | 87 |
| | - | النوع الأول: الأسباب المادية لانعدام المسئولية الجنائية | 87 |
| | - | النوع الثاني: الأسباب المعنوية لانعدام الجريمة وانعدام المسئولية الجنائية | 87 |
| | - | ثانياً: البراءة تأسيساً على توافر مانع من موانع العقاب | 87 |
| | - | ماهية موانع العقاب | 87 |
| | - | تصنيف موانع العقاب | 87 |
| | - | [1] أعذار معفية من العقاب روعيت فيها الرغبة في تسهيل اكتشاف بعض الجرائم | 88 |
| | - | [2] أعذار معفية من العقاب روعيت فيها صلة القرابة | 88 |
| | - | السبب الخامس: طلب براءة المتهم على سند من انقضاء الدعوى الجنائية | 89 |
| | - | أولاً: الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجنائية هي | 89 |
| | - | ثانياً: الأسباب الخاصة لانقضاء الدعوى الجنائية، هي | 89 |
| | - | السبب السادس: طلب براءة المتهم تأسيساً على سند من عدم مشروعية دليل الإثبات أو بطلان الإجراءات التي أسفرت عن الدليل | 89 |
| القسم الثاني | : | حضور المحامي أمام المحاكم وضرورة العلم والطريقة والخبرة في التميز وكفاءة الأداء | 91 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | أصـول وقواعـد الحضـور أمـام المحـاكم المدنيـة أو الجنائية وكافة أنواع ودرجات المحاكم | 93 |
| البـــاب الأول | : | الحضـور أمـام المحـاكم المدنيـة والتجاريـة وأصـول وقواعد الحضور من الناحية الشكلية أو الإجرائية | 95 |
| الفصل الأول | : | الحضور أمام محاكم الدرجة الأولى | 97 |
| | | أحوال ومراحل الحضور أمام المحكمة (خطوات الحضور) | 97 |
| | - | الخطوة الأولى | 97 |
| | - | أولاً: إجراءات وقواعد ما قبل الحضور أمام المحكمة | 97 |
| | - | الأمر الأول : قـراءة وفحـص ملـف القضـية (الإعـداد والتحضير للحضور) | 97 |
| | - | أهمية إعداد وتحضير القضية قبل الحضور | 97 |
| | - | كيف يقرأ ويفحـص المحـامي القضـية ومـا يجـب أن يتوقف عنده فيها | 98 |
| | - | نماذج من القضايا واسـتخلاص مـا تثـيره مـن مسـائل قانونية وما يجب أن يستخلصه المحـامي مـن أفكـار منتجة في الدفاع الذي يبديه أمام المحكمة | 100 |
| | - | القضية الأولى: الاختصاص الولائي – اختصاص المحاكم العادية – واختصاص محاكم مجلس الدولة | 100 |
| | - | القضية الثانية: مدة سقوط الحقوق بعدم اسـتعمالاها – بدء مدة سقوط الدين عند تحقـق الشرط أو حلـول الأجل بانقضائه أو سقوطه أو النزول عنه | 103 |
| | - | القضية الثالثـة: عقـد البيـع العـرفي ينقـل للمشـتري جميع الحقوق المتعلقة بـالمبيع ومنفعتـه والـدعاوى المرتبطة بها من تاريخ إبرام البيع. | 106 |
| | - | القضية الرابعة : الدفع بعدم قبـول الـدعوى لرفعهـا على غير ذي صفة دفع موضوعي يقصد به الرد عـلى الدعوى ذاتها – نزع الملكية للمنفعة العامـة يوجـب التعويض في مقابل عدم انتفاع المشروعة ملكيته | 108 |
| | - | الأمر الثاني: كتابة النوتة على ملف القضية | 110 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | أمثلـة. | 110 |
| | - | 1 – إذا كان المحامي سوف يحضر عن المـدعي، فـإن النوتة تكون تقريباً كالتالي | 110 |
| | - | 2 – إذا كان المحامي سوف يحضر عن المدعى عليـه، فإن النوتة تكون كالتالي | 110 |
| | - | كيفية كتابة النوتة | 111 |
| | - | الحضور أمام المحكمة | 112 |
| | - | الغاية الأولى | 112 |
| | - | الغاية الثانية | 112 |
| | - | الخطوة الثانية: الحضور أمام المحكمة | 113 |
| | - | أولاً: كيفيـة إثبـات حضـور الخصـوم أو المحـامين في محضر الجلسة | 113 |
| | - | ثانياً: إبداء الطلبات والدفاع | 114 |
| | - | ثالثاً: قرار المحكمة بعد سماع المرافعة في الجلسة | 114 |
| | - | الخطوة الثالثة: ما بعد الحضور أمام المحكمة | 115 |
| | - | أولاً: كتابة قرار المحكمة على ملف القضية | 115 |
| | - | ثانياً: تسجيل قرار المحكمة في أجندة المحامي | 116 |
| | - | ثالثاً: تسجيل القرار في أجندة المكتب والحاسب الآلي | 166 |
| | - | رابعاً: متابعـة تنفيـذ القـرارات السـابقة قبـل حلـول الجلسة القادمة | 116 |
| الفصل الثاني | : | الحضور أمام محاكم ثاني درجة | 117 |
| البـاب الثـاني | : | الحضور أمام المحاكم الجنائية<br>أصول وقواعد الحضـور أمـام المحـاكم الجنائيـة مـن الناحية الشكلية أو الإجرائية | 119 |
| الفصـل الأول | : | الحضور أمام محاكم الدرجـة الأولى (محـاكم الجـنح ومحاكم الجنايات) | 121 |
| | - | أصـول ومراحـل الحضـور أمـام المحكمـة (خطـوات الحضور) | 121 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | اختصاص المحاكم الجنائية في المسائل الجنائية (محاكم الجنح ومحاكم الجنايات) | 121 |
| | - | أولاً: محكمة الجنح: | 121 |
| | - | ثانياً: محكمة الجنايات: | 121 |
| | - | خطوات الحضور أمام المحكمة الجنائية | 122 |
| | - | الخطوة الأولى: إجراءات وقواعد ما قبل الحضور أمام المحكمة | 122 |
| | - | قراءة وفحص ملف القضية (الإعداد والتحضير للحضور) | 123 |
| | - | أهمية الإعداد والتحضير للحضور وقبل الوقوف أمام المحكمة | 123 |
| | - | كيف يقرأ ويفحص المحامي ملف القضية وما يجب أن يتوقف عنده فيها | 124 |
| | - | دور وقائع القضية في إرشاد وتوجيه المحامي إلى اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، سواء قواعد قانون العقوبات أو قواعد قانون الإجراءات الجنائية | 124 |
| | - | أولاً: دلالة وقائع القضية على القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على القضية | 125 |
| | - | ثانياً: دلالة وقائع القضية على القواعد القانونية الإجرائية الواجبة التطبيق | 126 |
| | - | كيفية قراءة ملف القضية واستخلاص ما تثيره من مسائل قانونية تفيد في إبداء الدفاع والدفوع والطلبات في القضية | 127 |
| | - | قواعد أساسية في قراءة ملف القضية والاستعداد لحضور الجلسة والمرافعة أو حتى إعداد دفاع مكتوب | 127 |
| | - | الفرض الأول | 127 |
| | - | الفرض الثاني | 128 |
| | - | الفرض الثالث | 128 |
| | - | الفرض الرابع | 129 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | كتابة النوتة على ملف القضية | 129 |
| | - | أمثلة للنوتة | 129 |
| | - | كيفية كتابة النوتة | 130 |
| | - | العلة في كتابة النوتة | 131 |
| | - | الخطـوة الثانيـة: الحضـور أمـام المحكمـة (محـاكم الجنح أو محاكم الجنايات) | 131 |
| | - | أولاً: كيفيـة إثبـات حضـور الخصـوم أو المحـامين في محضر الجلسة | 132 |
| | - | ثانياً: إبداء الطلبات والدفاع | 133 |
| | - | ثالثاً: قرار المحكمة بعد سماع المرافعة في الجلسة | 134 |
| | - | مبدأ شفوية المرافعة في القضايا الجنائية | 134 |
| | - | الخطوة الثالثة: ما بعد الحضور أمام المحكمة | 134 |
| الفصل الثـاني | : | لحضور أمام محاكم ثاني درجة (محكمة الجنح المستأنفة) | 135 |
| | - | قواعـد أساسـية تفيـد المحـامي مـن فحـص الحكـم الصادر بالإدانة وتحديد العيوب التي شابته وأسـباب وأوجه الطعن فيه وإبداء دفاعه أمام محكمة الجـنح المستأنفة | 136 |
| | - | [1] أن يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم المطعون فيه في إدانة المتهم له مأخذ صحيح من الأوراق | 136 |
| | - | [2] أن تكون الأدلة التي عوَّل عليها الحكـم وليـــدة إجراءات صحيحة | 137 |
| | - | [3] أن يكون الحكم المطعـون فيـه قـد ذكـر مـؤدى الأدلة التي استند إليها في قضائه | 137 |
| | - | [4] يلزم أن تكون الأدلة التي عـوَّلَ عليهـا الحكـم في قضائه تصلح لأن تكون عناصر إثبات أو نفي سائغة | 137 |
| | - | [5] ألا يشوبُ الأسباب التي يُـوردها الحكم المطعون فيه إجمال أو إبهام وما إليهما | 138 |
| | - | [6] يجب ألا يقع الحكم في التناقض أو التخاذل ومـا إليهما | 139 |

| الموضـــــــــــوع | | | الصفحة |
|---|---|---|---|
| الباب الثاني | : | إبداء المحامي الدفاع والدفوع والطلبات أمام المحكمة في القضايا المدنية والتجارية | 141 |
| | - | النوع الأول: قواعد قانونية إجرائية | 143 |
| | - | النوع الثاني: قواعد قانونية موضوعية | 143 |
| الفصل الأول | : | القواعد القانونية الإجرائية (قواعد قانون المرافعات) التي تعين المحامي في إبداء الدفاع والطلبات والرد على ما قد يبديه الخصم من دفاع أو طلبات أمام المحكمة من ذات الجلسة | 145 |
| | - | القواعد القانونية الشكلية أو الإجرائية | 145 |
| المبحث الأول | : | قواعد الاختصاص الولائي | 146 |
| | - | (1) جهة القضاء المدني أو العادي أو المحاكم | 146 |
| | - | (2) جهة القضاء الإداري أو مجلس الدولة | 146 |
| | - | التعريف بالاختصاص الولائي أو الوظيفي | 146 |
| | - | تعريف الجهة القضائية | 147 |
| | - | طبقات المحاكم | 147 |
| | - | قواعد الاختصاص الولائي (الوظيفي) تتعلق بالنظام العام | 147 |
| المبحث الثاني | : | الاختصاص النوعي للمحاكم (المواد من 42 إلى 47 من قانون المرافعات) | 149 |
| | - | الاختصاص النوعي | 149 |
| | - | قواعد أساسية في الاختصاص النوعي | 149 |
| | - | القاعدة الأولى | 149 |
| | - | أولاً: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس | 149 |
| | - | ثانياً: المسائل المتعلقة بالولاية على المال متى كان مال المطلوب حمايته لا تتجاوز قيمته نصاب المحكمة الجزئية | 150 |
| | - | القاعدة الثانية | 151 |
| | - | القاعدة الثالثة | 151 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | القاعدة الرابعة | 151 |
| | - | (1) بعض المنازعات المتعلقة بـالأراضي الزراعيـة ومـا في حكمها | 151 |
| | - | (2) منازعـات التنفيـذ والقـرارات والأوامـر المتعلقـة بالتنفيذ | 151 |
| | - | قواعد اختصاص المحكمة الابتدائية | 152 |
| | - | القاعدة الأولى | 152 |
| | - | القاعدة الثانية | 152 |
| | - | القاعدة الثالثة | 153 |
| | - | القاعدة الرابعة | 153 |
| | - | القاعدة الخامسة | 153 |
| | - | قواعد اختصاص محكمة الاستئناف العالي | 154 |
| | - | القاعدة الأولى | 154 |
| | - | القاعدة الثانية | 154 |
| | - | القاعدة الثالثة | 154 |
| | - | قواعد الاختصاص النوعي لمحكمة النقض | 155 |
| | - | القاعدة الأولى | 155 |
| | - | القاعدة الثانية | 155 |
| | - | القاعدة الثالثة | 156 |
| | - | القاعدة الرابعة | 156 |
| | - | تعلق قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام | 156 |
| المبحث الثالث | : | قواعد الاختصاص المكاني (المحلي) | 158 |
| | - | أهم قواعد الاختصاص المحلي أو المكاني | 158 |
| | - | القاعدة الأولى | 158 |
| | - | القاعدة الثانية | 158 |
| | - | القاعدة الثالثة | 158 |
| | - | القاعدة الرابعة | 159 |
| | - | القاعدة الخامسة | 160 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | القاعدة السادسة | 160 |
| | - | القاعدة السابعة | 161 |
| | - | القاعدة الثامنة | 161 |
| | - | القاعدة التاسعة | 161 |
| | - | القاعدة العاشرة | 162 |
| | - | القاعدة الحادية عشرة | 163 |
| | - | شروط اختصـاص محكمـة آخـر مـوطن للمتـوفي بالدعاوى المتعلقة بالتركة، ثلاثة شروط هي | 163 |
| | - | القاعدة الثانية عشرة | 163 |
| | - | القاعدة الثالثة عشرة | 164 |
| | - | الأولى: محكمة المدعى عليه | 164 |
| | - | الثانية: المحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها | 164 |
| | - | الثالثة: المحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها | 165 |
| | - | القاعدة الرابعة عشرة | 165 |
| | - | القاعدة الخامسة عشرة | 165 |
| | - | القاعدة السادسة عشرة | 166 |
| | - | القاعدة السابعة عشرة | 166 |
| | - | القاعدة الثامنة عشرة | 166 |
| | - | القاعدة التاسعة عشرة | 166 |
| | - | القاعدة العشرون | 168 |
| | - | القاعدة الحادية والعشرون | 168 |
| | - | القاعدة الثانية والعشرون | 168 |
| المبحث الرابع | : | الطلبات والدفوع والدفاع والدليل | 170 |
| | - | الطلبات المقدمة أو التي تقدم في الدعوى | 170 |
| | - | الطلب الأصلي | 170 |
| | - | [1] الطلب العارض | 170 |
| | - | [2] وللمدعى عليه كذلك | 171 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [3] وللغير أيضاً | 172 |
| | - | ضوابط وقيود قبول الطلبات العارضة: أهمها | 172 |
| | - | المقصـود بالموضـوع والسـبب في نطـاق الطلبـات الأصلية والطلبات العارضة | 173 |
| | - | (1) موضوع الطلب | 173 |
| | - | (2) سبب الطلب | 173 |
| | - | أهميـة التمييـز بـين الطلبـات الأصـلية والطلبـات العارضة | 174 |
| | - | (1) من حيث كيفية طرح الطلب على المحكمة | 174 |
| | - | (2) من حيث الاختصاص بنظر الطلب | 174 |
| | - | (3) من حيث نطاق الخصومة وتعديله | 174 |
| | - | (4) من حيث الحكم في الطلبات | 175 |
| | - | تمييز الطلب العارض عن بعض الطلبات الأخرى | 175 |
| | - | أولاً: الطلب العارض والطلب الاحتياطي | 175 |
| | - | يتعين عـلى المحكمـة إن هـي قضـت بـرفض الطلـب الأصلي أن تعرض للطلب الاحتياطي وتفصل فيه | 176 |
| | - | ثانياً: الطلب الاحتياطي يغاير الدفاع الاحتياطي | 177 |
| | - | ثالثاً: الطلبات العارضة والمسائل العارضة | 178 |
| | - | (1) المسائل المتعلقة بسير الإجراءات | 178 |
| | - | (2) المسائل المتعلقة بإثبات الدعوى | 178 |
| | - | رابعاً: الطلب العارض والطلب المرتبط | 179 |
| | - | الطلبات العارضة | 179 |
| | - | والطلبات المرتبطة | 179 |
| | - | خامساً: الطلب العارض والطلب الختامي | 179 |
| | - | مدى تأثر الطلب العارض بزوال الخصومة في الطلـب الأصلي بغير حكم في موضوعها | 180 |
| المبحث الخامس | : | قواعد الدفوع في قانون المرافعات المدنية والتجارية. | 183 |
| | - | نـص القـانـون | 183 |
| | - | التعريف بالدفـوع وأنواعها | 183 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [1] دفـوع متعلـقـة بإجـراءات التـقـاضـي | 183 |
| | - | [2] الدفـع بـعـدم القـبـول | 184 |
| | - | [3] الدفـوع الـموضـوعيـة | 184 |
| | - | قـواعـد الدفـوع الـشـكـلـية | 184 |
| | - | التعريف بالدفـوع الشكلية | 184 |
| | - | ومن الدفوع الشكـلـية | 185 |
| | - | الـتكلم في الموضـوع الـذي يسـقط الحـق في الـدفع الشكلي | 185 |
| | - | قواعد إبـداء الدفـوع الشكليـة | 186 |
| | - | الدفـوع المتعلقة بإجراءات الإثبات | 186 |
| | - | قواعد الدفـوع الـموضوعية | 188 |
| | - | قواعد التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية | 188 |
| | - | قواعد الدفع بـعـدم القـبـول | 189 |
| | - | النص القـانـوني | 189 |
| | - | ماهـيـة الدفع بـعـدم القـبول | 190 |
| | - | [1] تعريف الدفع بعدم القبول | 190 |
| | - | [2] الدفـع بعـدم القبول له طبيعـة خاصـة | 190 |
| | - | قواعد الدفع بـعـدم القبول | 191 |
| | - | ماهية الدفع بعدم القبول في مذهب محكمة النقض | 191 |
| | - | فالدفع بعدم القبول الذي هو بمثابة دفع موضوعي | 193 |
| | - | وأما الدفع بعدم القبول الذي بمثابة دفع شكلي | 193 |
| | - | بعض قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الدفوع | 194 |
| | - | أولاً: الدفـع بـعـدم القـبـول | 194 |
| | - | [1] الـدفع بعـدم قبـول الـدعوى تأسيسـاً عـلى نـصِّ الـمادة 63 مرافعات، من النظام العام | 194 |
| | - | [2] الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها عـلي غـير ذي صفة – موضوعي | 194 |
| | - | [3] الـدفع بعـدم قبـول الـدعوى لانتفـاء الصـفة باعتبارها شرط المصلحة، يتعلق بالنظام العام | 194 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص الولائي يتعلق بالنظام العام | 195 |
| | - | ثالثاً: الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام | 195 |
| | - | رابعاً: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها | 195 |
| | - | [1] شروط الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها | 195 |
| | - | [2] إذا ألغت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة القاضي بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، فإنه يجب أن تنظر محكمة الاستئناف موضوع الدعوى | 196 |
| | - | [3] الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، ماهية التكلم في الموضوع المسقط للدفع الشكلي بوجهٍ عام | 197 |
| | - | [4] بُطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان بُطلان ليس غير متعلق بالنظام العام والتكلم في الموضوع مسقط للحق في الدفع بالبطلان المنوَّه عنه وذلك وفقاً للمادة 108 مرافعات | 197 |
| | - | [5] الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد وفقاً للمادة (227) من قانون المرافعات من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، وليس دفعاً بعدم القبول مما نصَّت عليه المادة (115) من قانون المرافعات | 198 |
| | - | [6] ما يُعد تعرضاً للموضوع المُسقط للدفوع الشكلية أو ما لا يُعد كذلك من سلطة قاضي الموضوع، حالات لا تعد من قبيل التعرض للموضوع | 198 |
| | - | [7] يجب إبداء الدفوع الشكلية وكذلك أوجه هذه الدفع معاً، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبدَ منها | 199 |
| | - | الدفوع المقررة للرد على الطلبات المبداة في الدعوى | 200 |
| | - | ماهية وأنواع الدفوع | 200 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | (1) قـواعـد الدفـوع الـشـكلية | 201 |
| | - | التعريف بالدفــوع الشكلية | 201 |
| | - | ومن الدفـوع الشكـلـية | 201 |
| | - | الـتكلم في الموضـوع الـذي يسـقط الحـق في الـدفع الشكلي | 202 |
| | - | قواعد إبداء الدفــوع الشكليــة | 202 |
| | - | الدفـوع المتعلقة بإجراءات الإثبات | 204 |
| | - | (2) قواعد الدفوع الـموضوعية | 204 |
| | - | الدفع الموضـوعي هـو الـذي يوجـه إلى الحـق الـذي يطالـب بـه المـدعي، أو يطلـب تقريـره، وهنـا مـن الممكن أن يوجد فرقان | 204 |
| | - | قواعــد التمييــز بــين الــدفوع الشــكلية والــدفوع الموضوعية | 205 |
| | - | يخضــع التمييــز بــين الــدفوع الشــكلية والــدفوع الموضوعية للقواعد الآتية | 205 |
| | - | (3) قواعـد الدفـع بـعـدم القـبـول | 206 |
| | - | النــص القـانـونــي | 206 |
| المطلب الأول | : | ماهـيـة الدفع بـعدم القـبول | 207 |
| | - | [1] تعريف الدفع بعدم القبول | 207 |
| | - | [2] الدفــع بعـدم القبول له طبيعـة خاصـة | 207 |
| المطلب الثاني | : | قواعد الدفع بـعدم القبـول | 208 |
| المطلب الثالث | : | ماهية الدفع بعدم القبول في مذهب محكمة النقض | 209 |
| | - | وفي ذلك قـضـت محكمة النقض بــما يلي | 209 |
| | - | بعض قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الدفوع | 211 |
| | - | أولاً: الدفع بـعدم القـبول | 211 |
| | - | [1] الـدفع بعـدم قبـول الـدعوى تأسيسـاً عـلى نـصِّ الـمادة 63 مرافعات، من النظام العام | 211 |
| | - | [2] الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعهـا عـلي غـير ذي صفة – موضوعي | 211 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [3] الـدفع بعـدم قبـول الـدعوى لانتفـاء الصـفة باعتبارها شرط المصلحة، يتعلق بالنظام العام | 211 |
| | - | ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص الـولائي يتعلـق بالنظـام العام | 212 |
| | - | ثالثاً: الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام | 212 |
| | - | رابعاً: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصـل فيها | 212 |
| | - | [1] شروط الدفع بعدم جواز نظـر الـدعوى لسـابقة الفصل فيها | 212 |
| | - | [2] إذا ألغت محكمة الاستئناف حكـم محكمـة أول درجـة القـاضي بعـدم جـواز نظـر الـدعوى لسـابقة الفصل فيها، فإنه يجب أن تنظر محكمـة الاسـتئناف موضوع الدعوى | 213 |
| | - | [3] الدفع باعتبار الدعوى كـأن لم تكن مـن الـدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، ماهية التكلم في الـموضوع الـمسقط للدفع الشكلي بوجهٍ عام | 214 |
| | - | [4] بُطـلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعـلان بُطـلان لـيس غـير متعلـق بالنظـام العـام والـتكلم في الـموضـوع مسقط للحق في الـدفع بـالبطلان الـمنوَّه عنه وذلك وفقاً للمادة 108 مرافعات | 214 |
| | - | [5] الدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعـد الميعـاد وفقاً للمادة (227) من قانون المرافعات من الـدفوع الشكلية الـمتعلقة بالنظام العام، وليس دفعـاً بعـدم القبول مما نصَّـت عليـه الـمادة (115) مـن قـانون المرافعات | 215 |
| | - | [6] مـا يُعـد تعرضـاً للموضـوع الـمُسقط للـدفوع الشـكلية أو مـا لا يُعـد كـذلك مـن سـلطة قـاضي الموضوع، حالات لا تعد من قبيل التعرض للموضوع | 215 |
| | - | [7] يجب إبداء الدفوع الشكلية وكذلك أوجـه هـذه الدفع معاً، وإلاَّ سقط الحق فيما لم يُبدَ منها | 216 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| المبحـث الســادس | : | قواعد قانونية أساسية في مجال إثبات الدعوى | 217 |
| المطلـــــب الأول | : | | 217 |
| | - | [1] تعريف الإثبات "ماهية الإثبات" | 217 |
| | - | [2] أهـمـية الإثـبات | 217 |
| | - | ماهية الدليل في مجال الإثبات | 217 |
| | - | (أ) الدليل في مجال الإثبات | 217 |
| | - | (ب) والتشريع المصري يأخذ بمبدأ الإثبات القانوني | 217 |
| المطلـــب الثـــاني | : | القواعد العـامة فـي الإثبات | 219 |
| | - | القاعدة الأولى: محل الإثبات هـو الواقعـة القانونيـة التي أنشأت الالتزام الـمطـالـب به | 219 |
| | - | شـرح وتفسير القـاعـدة | 219 |
| | - | القاعدة الثانية: العبرة في الإثبات إنما تكون بالإثبـات الـذي ينصـب مبـاشرة عـلى الواقعـة الأصـلية وهـي الواقعة المراد إثباتها | 220 |
| | - | شرح وتفسيـر القـاعـدة | 220 |
| | - | القاعـدة الثالثـة: الخصـم لـه أن يختـار مـن طـرق الإثبات ما يُجيزه القانون، وهو إذا اختار طريقاً منها، ولم يُوفَّق فيه أو عَدَلَ عنه، فلـه أن يلجأ إلى طريـق آخر، وذلك إلاَّ في حالة اليمين، فإن الالتجـاء إلى هـذا الطريق يعتبر نزولاً عمَّـا عداهُ من الطرق) | 222 |
| | - | شـرح وتفسيـر القـاعـدة | 222 |
| | - | القاعـدة الرابعـة: حـــق الخصـوم في الإثبـات وفـي إثبات العكس | 223 |
| | - | شرح وتفسير القـاعـدة | 223 |
| | - | أولاً: عناصر قاعدة حق الخصـوم في الإثبـات وإثبـات العكس | 223 |
| | - | [1] حـق الخصـوم في مناقشـة الأدلـة التـي تقـدم في الدعوى وعدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه | 223 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [2] حق الخصم فـي الإثبـات | 224 |
| | - | ويتقيَّد حق الخصم في الإثبات بقيودٍ ثلاثة، هي | 224 |
| | - | ثانيـاً: مقتضـيات تطبيـق قاعـدة حـق الخصـوم في الإثبات واثبات العكس | 226 |
| | - | [1] لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه | 226 |
| | - | [2] لا يجوز إجبـار الخصـم عـلى تقـديم دليـل ضـد نفسه إلاَّ في حالات معينة | 226 |
| | - | القـاعدة الخامسـة: كل من يتمسـك بالثابـت حكـماً (أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً) أو بالثابت فعلاً (حقيقة أو ضمناً) لا يقع عليه عبء الإثبـات، وإنمـا يقـع عـبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكماً أو فعـلاً، لأنه يدعي خـلاف الأصـل أو الظـاهر أو المفـروض أو الثابت، فوجب أن يحمل عبء إثباته ما يدعيه | 228 |
| | - | شـرح وتفسيـر القـاعـدة | 228 |
| | - | أولاً: عــبء الإثبـات من ناحيـة الـمبـدأ | 228 |
| | - | [1] "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" | 228 |
| | - | [2] البينة على من يدعي خلاف الأصل | 229 |
| | - | [3] تطبيـق القاعـدة في نطـاق كـل مـن الحقـوق الشخصية والحقوق العينية | 230 |
| | - | (أ) في نطـاق الحقـوق الشخصـية "الأصـل هـو بـراءة الذمة"، ويحكم القاعدة في هذا النطاق القواعد التالية | 230 |
| | - | (ب) في نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر | 231 |
| | - | [4] الثابت فرضاً كالثابت أصلاً، وكالثابت ظاهراً | 232 |
| | - | [5] البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً | 233 |
| | - | خلاصة هذه الحالة إذن | 233 |
| | - | وخلاصة القاعدة التي نحن بصددها هي | 233 |
| | - | ثانياً: عبء الإثبات من ناحية التطبيق | 234 |
| | - | [1] توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع | 235 |
| | - | [2] تـوزيـع عـبء الإثبـات بحكـم القانـون | 236 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [3] تعيين من يقع عليه عبء الإثبات بحكم الاتفاق "التعديل الاتفاقي للقواعد عبء الإثبات" | 239 |
| | - | القاعدة السادسة: (حدود سلطة القاضي المدني في الإثبات) | 239 |
| | - | شرح وتفسير القاعدة | 239 |
| | - | العمليات التي يقوم بها القاضي في سبيل تحديد وتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع | 240 |
| | - | ومعنى النصوص التشريعية يستفاد من أمرين، هما: | 241 |
| | - | أولاً: المعنى المُستفاد من عبارة النص أو لفظه | 241 |
| | - | ثانياً: المعنى المُستفاد من روح النص وفحواه [التفسير المنطقي] | 242 |
| | - | المصلحة في الطعن | 243 |
| | - | الخصم الحقيقي في الدعوى، وخصم المواجهة | 243 |
| | - | وفي وجوب أن من يختصم في الطعن يلزم أن يكون خصماً حقيقياً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، وأن الخصم الحقيقي هو من وُجِّهت إليه طلباتٍ من خصمه، أو وجَّه هو طلبات إليه، قضت محكمة التمييز بأنه | 244 |
| | - | واجبُ القاضي وسلطته في تطبيق وتفسير القانون على واقعة الدعوى | 245 |
| | - | دور القاضي في تفسير القانون | 245 |
| | - | دور القاضي في تحقيق سيادة القانون | 246 |
| | - | سيادة القانون الوطني | 247 |
| | - | تفسير النصوص القانونية على أنها وحدة واحدة متماسكة متآلفة في معانيها يُكمِّلُ بعضُها بعضاً | 247 |
| | - | مجال سريان كلٍّ من أحكام القانون الخاص والقانون العام | 248 |
| | - | لا محلَّ لتقييد أو تخصيص أو تأويل النص العام | 248 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | سُـلطة قـاضي الـموضـوع في فهـم الواقـع في العقـد وتفسـير شروطـه وفـهم وتفسـير الـمستنـدات والـمُحرَّرات في الدعـوى | 249 |
| | - | يَحكم هذه السُلطة ثلاث قواعد أساسية هي: | 249 |
| | - | القاعدة الأولى: سـلطة قـاضي الموضـوع التامـة في التثـبُّت مـن نصـوص العقـود والاتفاقـات وسـائر الـمُحرَّرات وفي تفسـيرها، بـلا رقابـةٍ مـن محكمـة التمييز | 249 |
| | - | القيود التي تردُ على سـلطة قـاضي الموضـوع في هـذا الخصوص | 250 |
| | - | القاعدة الثانية:تفسـير المعنـى بالعـدول عـن المعنـى الظاهر لصيغ العقود وعباراتها، وضوابط ذلك | 251 |
| | - | القاعدة الثالثة:عـــدم جـــواز مناقضـــة نصـــوص المستندات الصريحة أو الانحراف عنها | 251 |
| | - | التفرقة بين الخطأ في التفسير والخطأ في التكييف | 251 |
| | - | قواعـد تنظـيم طـرق الإثبـات في القـانون في قضـاء محكمة النقض | 252 |
| الفــرع الأول | : | قواعد تنظـيم الكتابـة باعتبارهـا مـن طـرق الإثبـات ذات القوة المطلقة | 252 |
| | - | أنواع الأوراق وقوتها في الإثبات | 252 |
| | - | (أ) أوراق رسميـة | 252 |
| | - | (ب) أوراق عرفـــية: وهـــي التـــي يقـــوم الأفـــراد بتحريرها فيما بينهم، وهي نوعان أيضاً | 252 |
| | - | [3] والأوراق سواءً أكانت رسمية أم عرفية، | 253 |
| | - | [4] الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية | 253 |
| | - | توجـد عـدة فـروق مـن حيـث الشـكل ومـن حيـث الحجية في الإثبات ومن حيث القوة في التنفيذ | 254 |
| | - | (أ) الفرق بين الورقة الرسـمية والورقـة العرفيـة مـن حيث الشكل | 254 |
| | - | (ب) الفرق بين الورقة الرسمية والورقة العرفيـة مـن | 254 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | حيث الحجية في الإثبات | |
| | - | (ج) الفرق بين الورقة الرسمية والورقة العرفية من حيث القوة في التنفيذ | 254 |
| | - | القواعد التي قررتها محكمة النقض في مجال طرق الإثبات | 256 |
| | - | أولاً: قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات بالكتابة | 256 |
| | - | ثانياً: قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الأوراق الرسمية | 258 |
| | - | ثالثاً: قواعد قررتها محكمة النقض في مجال الأوراق العرفية وصورها | 259 |
| الفرع الثاني | : | قواعد تنظيم البينة باعتبارها من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة | 262 |
| | - | أنواع البينة أو الشهادة | 262 |
| | - | أولاً : قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات بالبينة | 264 |
| | - | [1] في ماهية البينة والأحوال التي يصح فيها الإثبات بالبينة قضت محكمة النقض بأن | 264 |
| | - | [2] وفي الأحوال التي يصح فيها الإثبات بالبينة، حالة الوقائع المادية، قضت محكمة النقض بأن | 264 |
| | - | [3] وفي أحوال الغش والصورية والتدليس، وجواز إثبات ذلك بالبينة، قضت محكمة النقض بأن | 264 |
| | - | [4] وفي جواز الإثبات بالبينة بالنسبة للغير في حالة الصورية، قضت محكمة النقض بأن | 265 |
| | - | [5] في التمييز بين حالتي طعن الوارث علي تصرف مورثه بالصورية النسبية، وطعنه بالصورية المطلقة، وأن الوارث في الحالة الأولى يستمد حق الطعن من القانون مباشرة، بينما في الثانية يستمد حقه من مورثه لا من القانون، واثر ذلك قضت محكمة النقض بأن | 265 |
| | - | [6] وفي جواز إثبات الغش بكافة طرق الإثبات قضت | 266 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | محكمة النقض بأن | |
| | - | [7] وفي جـواز إثبـات الادعـاء بـالتزوير في الأوراق العرفية إضراراً بالغير بأي طريق من طرق الإثبات، - قضت محكمة النقض بأن | 266 |
| | - | [8] لا يجـوز الحكـم بصـحة الورقـة أو بتزويرهـا في الموضوع معاً حتى لا يُحرم الخصم مـن أن يقـدم مـا عسى أن يكون لديه من أدلةٍ أخـرى تؤيـد دفاعـه في موضوع الدعوى، فقضت محكمة النقض في ذلك بأن | 268 |
| | - | [9] يجـوز إثبـات الـديون التجاريـة بكافـة طـرق الإثبات، وذلك إلاَّ ما قـد اسـتثناه منهـا المشرِّع بـنصٍّ خاص، وقضت محكمة النقض من هذا الـمعنى بأن | 268 |
| | - | ثانياً: قواعد في خصوص تقدير الـمانـع من الحصـول على الكتابة | 269 |
| | - | ثالثـاً: قواعد قررتها محكمة النقض في خصوص مبـدأ الثبوت بالكتابة وقيـام مبـدأ الثبـوت بالكتابـة مقـام الكتابة في التعهدات المدنية | 271 |
| | - | رابعـاً: قواعـد قررتهـا محكمـة الـنقض في خصـوص وجوب تمسُّك الخصم بالـمحـرَّر الـذي يُعتـــبر مبـدأ ثبوت بالكتابة وطـلب تكملته بالبـيِّنـة | 272 |
| الفرع الثالث | : | قواعـــد تنظـــيم القـــرائن القضـــائية باعتبارهـــا من طرق الإثبات ذات القوة الـمحدودة | 274 |
| | - | قواعـد قررتهـا محكمـة الـنقض في خصـوص طريـق الإثبات بالقرائن | 276 |
| | - | أولاً: قواعد في مجال القرائن القانونية القاطعة | 276 |
| | - | ثانياً: قواعد في مجال القرائن القانونية غير القاطعة | 277 |
| | - | ثالثاً: قواعد تنظيم القـرائن القضـائية، ومـدى جـواز الإثبات بالقرائن | 278 |
| الفرع الرابـع | : | قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات باليمين الحاسمة | 280 |
| | - | أولاً: فـي تعريف اليمين بشكل عام | 280 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | ثانياً: في تعريف اليمين الحاسمة وأحوال توجيهها | 280 |
| | - | [1] قضت محكمة النقض بأن | 280 |
| | - | [2] وفي أحـوال توجيـه اليمـين الحاسـمة، قضـت محكمة النقض بأنه | 280 |
| | - | [3] في عدم جواز توجيه اليمـين الحاسـمة في واقعـة مخالفة للنظام العام، قضت محكمة النقض بأن | 281 |
| | - | [4] وفي سلطة المحكمة في توجيه اليمين الحاسمة أو عدم توجيهها، قضت محكمة النقض بأنه | 281 |
| | - | [5] وفي حجيـة اليمـين الحاسـمة، قضـت محكمـة النقض بأنه | 282 |
| | - | [6] توجيه اليمين الحاسمة في حالـة التقـادم الصرفي، قضت محكمة النقض بأن | 282 |
| الفـــــــرع الخـــــامس | : | قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات باليمين المتممة | 283 |
| | - | [1] قـضت محكمة النـقـض بأن | 283 |
| | - | [2] وفي شروط توجيه اليمين المتممة قضت محكمـة النقض بأنه | 283 |
| الفرع السادس | : | قواعد قررتها محكمة النقض في مجال طريق الإثبات بالإقرار | 284 |
| | - | في ماهيـة وشروط الإقـرار كطريـق إثبـات قضـت محكمة النقض بأن | 284 |
| الفرع السابع | : | بعض قواعد عامة قررتهـا محكمـة الـنقض في مجـال الإثبات | 285 |
| | - | [1] الـمدعـي مُـلـزمٌ بإقامة الـدليل عـلى مـا يدعيـه سواء أكان مدعياً أصلياً أو مـدعىً عليـه فيهـا، وعـلى الـمدين إثبات التخالص من الدين | 285 |
| | - | [2] من أصول الإثبات أن سكوت المـدعي عليـه عـن النفي لا يصلح بذاته للحكم للمدعي بطلباتـه، مـا لم يثبت هو ما يدعيه | 285 |
| | - | [3] القرينة القانونية بافتراض السبب المشروع للعقد | 286 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [4] عدم تعـلُّق قـواعد الإثـبات بالنـظام العام. | 286 |
| | - | [5] من يريد التمسك بقاعـدة عـدم جـواز الإثبـات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة، يجـب أن يطلـب ذلـك مـن المحكمـة قبـل البـدء في سماع شـهادة الشـهود، وإلاَّ عُـدَّ سـكوته تنـازلاً عـن حقه في التمسُّك بذلك. | 287 |
| | - | [6] قاعدة انه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فـيما يخالف أو يجاوز ما اشـتمل عليـه دليـل كتـابي وفقـا للـمادة 1/61 مـن قـانون الإثبـات شرط ألاَّ يكـون القصـد مـن الكتـاب التحايـل عـلى أحكـام القـانون المتعلقة بالنظام العام. | 287 |
| | - | [7] يتعيَّن على محكمة الموضوع تمكين الخصم الـذي يطلـب تمكينـه مـن إثبـات أو نفـي دفـاع جـوهري بوسيلةٍ من وسائل الإثبات الجائزة قانونا. | 287 |
| | - | [8] عندما يكون طلب التحقيق جائزا قانونا بواسطة أهل الخـبرة، وكـان التحقيـق هـو الوسـيلة الوحيـدة للخصم في إثبات دعواه، فلا يجـوز للمحكمـة رفضـه بلا سبب مقبول. | 288 |
| الفصل الثـاني | : | القواعد القانونية الموضوعية (قواعد القانون المـدني) التي تعين المحامي على إبداء الدفاع والطلبات والـرد على ما قد يبديه الخصم مـن دفـاع أو طلبـات أمـام المحكمة في ذات الجلسة. | 290 |
| | - | العلم بالقواعـد القانونيـة في مجـال القضـايا المدنيـة والتجارية. | 291 |
| | - | القواعد القانونية الموضوعية. | 291 |
| | - | نموذج رقم (1): في قضايا الإثراء بلا سبب | 292 |
| | - | أولاً: القواعد القانونية التي تحكم الموضوع والواجبة التطبيق. | 292 |
| | - | (1) من حيث شروط الإثراء بلا سبب (المادة 179 مدني). | 292 |
| | - | (2) سقوط دعوى الإثراء بلا سبب (المادة 180 مدني). | 292 |
| | - | (3) دفع غير المستحق (المادة 181 مدني). | 293 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | حالات يصح فيها استرداد غير المستحق | 294 |
| | - | حالات لا محل فيها لـرد غـير المسـتحق (المـادة 184 مدني) | 294 |
| | - | (4) سقوط دعوى استرداد دفع بغير حق (المادة 187 مدني) | 294 |
| | - | ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية في الموضوع | 295 |
| | - | (1) لا محل لتطبيـق قاعـدة الإثـراء بـلا سـبب عنـد وجود عقد يحكم علاقة الطرفين | 295 |
| | - | (2) إذا أبطل العقد ولم يوجد سبب يخول استرداد ما دفعـه أحـد طرفيـه، فـلا يكـون رجوعـه إلا بـدعوى الإثراء بلا سبب | 295 |
| | - | (3) يلتزم المثري بأقل القيمتـين... الإثـراء أو الافتقـار، وتقدر قيمة الإثراء بوقت تحقق الإثراء، أمـا الافتقـار فتقدر قيمته وقت صدور الحكم | 296 |
| | - | (4) شرط الافتقار شرط جوهري: | 296 |
| | - | (5) يجوز إثبات الإثراء والافتقار بكافة طرق الإثبات | 296 |
| | - | (6) لا محل للرد – في دفع غـير المسـتحق – إذا كـان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملـزم بمـا دفعـه، إلا أن يكون نـاقص الأهليـة أو يكـون قـد أكـره عـلى هـذا الوفـاء، والمقصـود بـالإكراه الـذي يعيـب الرضـا هـو الإكـراه وفقـاً للـمادة 117 مـدني، ويتحقـق الإكـراه بالوفاء تحت تأثير الحجز | 297 |
| | - | (7) لا مجال لإعمال قاعدة استرداد ما دفع بغير حق حيث يوجد عقد بين الطرفين | 297 |
| | - | (8) تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بالتقـادم بانقضاء أقصر المـدتين، وتسري مـدة التقـادم القصـير من تاريخ العلم بالحق في الاسترداد، كـما تسري مـدة التقادم الطويل مـن اليـوم الـذي نشـأ فيـه الحـق في الاسترداد، ومن ثم لا يعتبر الجهل بالحق في الاسترداد سبباً لوقف سريان مدة التقادم | 298 |
| | - | (9) لا يخضع لحكم نص المادة 187 من القانون | 298 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | المدني دعوى الفسخ أو الدعوى التي ترفع باسترداد ما دفع وفاء لعقد انفسخ، بل تخضع الدعويان للتقادم الطويل العادي | |
| | - | ثالثاً: آراء الفقه في الموضوع | 299 |
| | - | نموذج رقم (2): في قضايا انقضاء الحقوق الشخصية أو العينية بالتقادم المسقط | 300 |
| | - | أولاً: القواعد القانونية التي تحكم الموضوع والواجبة التطبيق | 300 |
| | - | (1) القاعدة العامة والاستثناءات (المادة 374 مدني وما بعدها) | 300 |
| | - | (2) تتقادم بخمس سنوات الحقوق التالية | 301 |
| | - | (3) تتقادم بثلاث سنوات، الضرائب والرسوم المستحقة للدولة | 301 |
| | - | (4) تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية | 301 |
| | - | بداية سريان التقادم (المادة 381 مدني) | 301 |
| | - | وقف التقادم وأسباب الوقف (المادة 382) مدني) | 302 |
| | - | انقطاع التقادم وأسباب الانقطاع | 302 |
| | - | آثار التقادم المسقط للحقوق (المادة 386 مدني) | 303 |
| | - | التقادم المسقط ليس من النظام العام (المادة 387) | 303 |
| | - | ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية في موضوع التقادم المسقط للحقوق | 303 |
| | - | (1) المدة الطويلة وهي خمس عشرة عاماً هي الأصل في التقادم المسقط، ولا يحول عنها إلى مدة أطول أو أقصر إلا بنص خاص يعتبر استثناء فيفسر تفسيراً ضيقاً بحيث لا يسري إلا على الحالات التي تضمنتها بالذات | 303 |
| | - | (2) أن التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 172 من القانون المدني استثناء خاص بدعوى التعويض | 304 |
| | - | (3) ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية يعتبر | 304 |

| الموضـــــــــــوع | | | الصفحة |
|---|---|---|---|
| مانعاً قاطعاً للتقادم | | | |
| (4) أسباب قطع التقادم وردت على سبيل الحصر في المادتين 383، 384، فلا يجوز الاستناد إلى غير هذه الأسباب في القول بانقطاع التقادم | - | | 305 |
| (5) المطالبة القضائية التي تقطع التقادم لا تكون إلا بإقامة الدائن دعوى بحقه أمام القضاء على النحو المبين بالمادة 63 من قانون المرافعات، أو بإحدى الإجراءات التي جعلها المشرع بديلاً عن ذلك الإجراء كالشأن في الطلب العارض وصحيفة استصدار أمر الأداء أو تقديم طلب إلى نقابة المحامين غير المتفق عليها | - | | 305 |
| (6) الحكم برفض الدعوى أو بترك الخصومة أو بسقوطها أو بانقضائها أو باعتبارها كأن لم تكن أو ببطلان صحيفتها يزيل أثر رفع الدعوى في قطع التقادم، ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذي قد بدأ قبل رفعها مستمراً في سريانه | - | | 305 |
| ثالثاً: آراء الفقه في بعض مسائل الموضوع | - | | 305 |
| (1) في وجوب التمييز بين التقادم المسقط وبين مواعيد السقوط | - | | 305 |
| (2) في وجوب التمييز بين انقضاء الحق بالتقادم وبين انقضاء الدعوى بالتقادم | - | | 306 |
| نموذج رقم (3): في قضايا المسئولية المدنية عن العمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية) | - | | 308 |
| أولاً: القواعد القانونية التي تحكم الموضوع والوجبة التطبيق | - | | 308 |
| (1) القاعدة وعلى ما جرى عليه نص المادة (163) من القانون المدني | - | | 308 |
| (2) الخطأ في مجال المسئولية التقصيرية | - | | 308 |
| (3) الضرر في مجال المسئولية التقصيرية | - | | 308 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | (4) علاقة السببين بين الخطأ والضرر | 309 |
| | - | (5) أسباب امتناع المسئولية التقصيرية | 309 |
| | - | (6) يقدر التعويض عن الضرر في ضوء ما يأتي | 309 |
| | - | (7) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع إما | 310 |
| | - | ثانياً: المبادئ والتطبيقات القضائية في الموضوع | 310 |
| | - | (1) في بيان ماهية "الواجب العام" الملقى على عاتق الكافة بغير نص | 310 |
| | - | (2) وفي بيان الخطأ العمد والخطأ بإهمال | 310 |
| | - | (3) لا يشترط للحكم بالتعويض أن يكون فعل أو خطأ المسئول يكون جريمة معاقباً عليها جنائياً | 311 |
| | - | (4) تقوم المسئولية التقصيرية على الخطأ الرئيسي المنتج بصرف النظر عن وقوع أخطاء أخرى غير منتجة أو عارضة | 311 |
| | - | (5) أثر الحكم الجنائي القاضي بإدانة مرتكب الخطأ العارض | 312 |
| | - | (6) توزيع عبء المسئولية المدنية والحالة الوحيدة التي يصح فيها رفض طلب التعويض | 313 |
| | - | (7) في حالة انتفاء خطأ قائد السيارة يجوز للمضرور مطالبة شركة التأمين بالتعويض استناداً إلى مسئولية المؤمن له عن الحادث باعتباره حارساً للسيارة، وتكون بذلك قد طبقت أحكام المسئولية الشيئية المفترضة | 313 |
| | - | (8) مشروعية حق الدفاع أمام المحاكم، ماهية تجاوز هذا الحق أو الإنحراف في استعماله | 314 |
| | - | ثالثاً: آراء الفقه في بعض مسائل الموضوع. | 315 |
| | - | في حجية الحكم الجنائي الصادر بالبراءة أمام المحكمة المدنية التي تنظر دعوى التعويض عن الفعل المكون للجريمة | 315 |
| | - | تطبيقات قضائية | 315 |
| | - | نموذج رقم (4): قضايا عدم نفاذ التصرفات | 317 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | أولاً: القواعد القانونية الواجبة التطبيق التي تحكم الموضوع | 317 |
| | - | (1) أن يكون حق الدائن مستحق الأداء | 317 |
| | - | (2) أن يصدر من المدين تصرف ضار بالدائن | 317 |
| | - | آثار الحكم بعدم نفاذ التصرف | 318 |
| | - | سقوط دعوى عدم نفاذ التصرف | 318 |
| | - | ثانياً: المبادئ القضائية وتطبيقات من أحكام محكمة النقض | 318 |
| | - | (1) لخصت محكمة النقض أهم شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات على الوجه الآتي | 318 |
| | - | (2) إن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لعدم نفاذ تصرفه، بل يلزم أن يعلم المتصرف إليه أن التصرف يؤدي إلى إعسار المدين | 319 |
| | - | (3) بقاء التصرف – المقضي بعدم نفاذه – قائماً صحيحاً بين طرفيه | 319 |
| | - | (4) الحكم بعدم نفاذ التصرف يعيد العين إلى الضمان العام للدائنين دون أن ترجع الملكية للمدين | 320 |
| | - | (5) وبخصوص مدة تقادم دعوى عدم نفاذ التصرف: | 320 |
| | - | ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع | 320 |
| | - | (1) دعوى عدم نفاذ التصرفات وإن كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة | 320 |
| | - | (2) الدعوى البوليصية هي طريق يسلكه الدائن ليحصل على حكم من القضاء بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراراً بحقوقه | 321 |
| | - | (3) التكييف القانوني للدعوى البوليصية من حيث الطبيعة أنها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن | 321 |
| | | (4) أثر دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى كل من الدائن والمدين ومن تصرف إليه: | 322 |
| | | (أ) أثر دعوى عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى الدائن | 322 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | (ب) أثـر دعـوى عـدم نفـاذ التصرفـات بالنسـبة إلى المدين ومن تصرف له المدين | 323 |
| الباب الثالث | : | إبـداء المحـامي الـدفاع والـدفوع والطلبـات أمـام المحكمة في القضايا الجنائية | 325 |
| الفصـل الأول | : | القواعد القانونية الإجرائية (قواعد قانون الإجـراءات الجنائيـة) التـي تعـين المحـامي عـلى إبـداء الـدفاع والدفوع والطلبات والرد على مـا قـد يبديـه الخصـم أمام المحكمة في ذات الجلسة | 327 |
| المبحث الأول | : | قواعد قانونية في مجال الإجـراءات الجنائيـة (أعـمال جمـع الاسـتدلالات والتحقيـق والمحاكمـة ونظـام الأحكام القضائية وطرق الطعن) | 328 |
| | - | ماهية الإجراءات الجنائية | 328 |
| | - | نوعا الوقائع الإجرائية | 329 |
| | - | [1] الوقائع الإجرائية النموذجية أو القانونية | 329 |
| | - | [2] الوقائع الإجرائية الـمادية أو العملية | 330 |
| | - | أوجه عـدم التطـابق المتوقعـة بـين الواقعـة الإجرائيـة العملية والواقعـة الإجرائيـة النموذجيـة أو القانونيـة، والدفوع التي يمكن أن يبديها الـمحامي بالنسبة لكـل وجه من تلك الأوجه والأثر القانوني للدفع في كل حالة | 331 |
| | - | وفـيما يـلي نـورد مجموعـات مـن القواعـد القانونيـة الأساسية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية من الناحية العملية والتي يحتاج غالباً ما يحتاج إليها المحامي | 332 |
| | - | المجموعة الأولى: قواعد قانونية أساسية في البطلان | 332 |
| | - | الأحكام العامة للبطلان في مجال الإجراءات الجنائيـة العملية | 332 |
| | - | الأساس التشريعي لنظرية الـبطلان فـي الإجـراءات الجنائيـة | 333 |
| | - | أحكـام البطـلان فـي الإجـراءات الجنائيـة (معيـار | 334 |

| الموضـــــــــــوع | | | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | البطلان وحالاته) | |
| المطلب الأول | : | (التمييز بين القواعد الإجرائية الجوهرية والقواعد الإجرائية الإرشادية) | 335 |
| المطلب الثاني | : | (التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي) | 337 |
| | - | أولاً: البُطلان المُطلق | 337 |
| | - | حصر القواعد الإجرائية المتصلة بحماية مصالح مهمة | 338 |
| | - | أحكام البطلان المطلق | 338 |
| | - | كيفية التمسك بالبطلان المطلق | 338 |
| | - | ثانياً: البطلان النسبي | 339 |
| | - | أحكام البطلان النسبي | 339 |
| | - | القواعد الخاصة ببطلان ورقة التكليف بالحضور وآثار البطلان | 339 |
| | - | آثار البطلان | 340 |
| | - | المجموعة الثانية: قواعد قانونية أساسية في مجال الدعوى الجنائية تحريكها ومباشرتها وحالات القصور المتصور حدوثه | 342 |
| | - | قواعد قانونية خاصة بتحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر | 342 |
| | - | شروط الإدعاء المباشر | 342 |
| | - | أولاً: أن ترفع الدعوى المباشرة من المضرور من الجريمة | 342 |
| | - | ثانياً: أن تكون الجريمة جنحة أو مخالفة | 343 |
| | - | ثالثاً: ألا تكون الجنحة أو المخالفة محل تحقيق لا يزال مفتوحاً | 343 |
| | - | رابعاً: ألا يكون قد صدر أمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية في الجنحة أو المخالفة | 343 |
| | - | خامساً: أن تكون الدعوى الجنائية جائزة القبول | 344 |
| | - | سادساً: أن تكون الدعوى المدنية جائزة القبول أمام | 345 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | القضاء الجنائي | |
| | - | المجموعة الثالثة: قواعد قانونية في مجال أعمال وإجراءات جمع الاستدلالات | 347 |
| | - | ماهية أعمال الاستدلال | 347 |
| | - | الطبيعة القانونية لأعمال الاستدلال | 347 |
| | - | المجموعة الرابعة: قواعد قانونية في خصوص اختصاصات مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس وفي غير حالة التلبس | 349 |
| | - | حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس | 349 |
| | - | تطبيقات قضائية على حالات التلبس بالجريمة | 351 |
| | - | (أ) تطبيقات على حالة التلبس بالجريمة حال ارتكابها وأحوال البطلان | 351 |
| | - | (ب) تطبيقات على حالة التلبس بالجريمة عقب ارتكابها ببرهة يسيرة وأحوال البطلان | 353 |
| | - | (جـ) تطبيقات على حالة التلبس بالجريمة "الصياح خلف الجاني" وأحوال البطلان | 354 |
| | - | (د) تطبيقات على حالة التلبس "حمل شيء يدل على الجريمة | 355 |
| | - | واجبات مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس | 355 |
| | - | حدود سلطات مأمور الضبط في القبض على المتهم في غير حالة التلبس | 356 |
| | - | حدود سلطات رجال السلطة العامة في حالة التلبس | 357 |
| | - | المجموعة الخامسة: قواعد قانونية في خصوص اختصاص مأموري الضبط القضائي ببعض إجراءات التحقيق الابتدائي في أحوال خاصة | 358 |
| | - | المجموعة السادسة: قواعد قانونية في خصوص تنفيذ الإذن الصادر بالتفتيش | 359 |
| | - | في أثر تحقق الغاية من التفتيش وماهية التلبس العرضي | 359 |
| | - | تطبيقات من أحكام النقض على نص المادة (50) من | 359 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | قانون الإجراءات الجنائية | |
| | - | تعريف حالة التلبس العرضية | 360 |
| | - | شروط صحة حالة التلبس العرضية | 360 |
| | - | المجموعة السابعة: قواعد قانونية في خصوص أسباب وأوجه الطعن في الأحكام الجنائية المعيبة | 362 |
| | - | السبب الأول: مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله | 362 |
| | - | السبب الثاني: بطلان الحكم | 364 |
| | - | وكذلك يجب أن يتضمن الحكم الأسباب التي استند إليها في قضائه، بشروطها المقررة، وهو ما نتناوله بشكل خاص فيما يلي | 365 |
| | - | انعدام التسبيب أو قصوره | 365 |
| | - | [1] نصت المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه | 365 |
| | - | [2] في نطاق هذا السبب من أسباب الطعن بالنقض | 366 |
| | - | السبب الثالث: بطلان الإجراءات الذي أثر في الحكم | 366 |
| | - | [أ] في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي | 367 |
| | - | [ب] في مرحلة المحاكمة | 368 |
| | - | المجموعة الثامنة: قواعد قانونية في خصوص أدلة وإجراءات الإثبات من حيث قانونيتها وشرعيتها | 369 |
| | - | [1] إجراءات جمع الأدلة، سواءً أكانت من إجراءات الاستدلال أو التحقيق الابتدائي | 369 |
| | - | [2] إجراءات إقامة الدعوى الجنائية وإجراءات ورقة التكليف بالحضور أمام المحكمة | 370 |
| | - | [3] إجراءات المحاكمة | 370 |
| | - | المجموعة التاسعة: قواعد قانونية في خصوص | 372 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | العيـوب التـي قـد تشـوبُ الحكـم الجنـائي الصـادر بالإدانـة واسـتخلاص أوجـه الطعـن فيـه، وتحضـير أسباب الطعن سواء بالاستئناف أو بالنقض | |
| | - | [1] أن يكون الدليل الذي عوَّل عليه الحكم المطعون فيه في إدانة المتهم له مأخذ صحيح من الأوراق | 372 |
| | - | [2] أن تكون الأدلة التي عوَّل عليها الحكـم وليـــدة إجراءات صحيحة | 373 |
| | - | [3] أن يكون الحكم المطعـون فيـه قـد ذكـر مـؤدى الأدلة التي استند إليها في قضائه | 373 |
| | - | [4] يلزم أن تكون الأدلة التي عـوَّلَ عليهـا الحكـم في قضائه تصلح لأن تكون عناصر إثبات أو نفي سائغة | 374 |
| | - | [5] ألا يشوبُ الأسباب التي يُـوردها الحكم المطعون فيه إجمال أو إبهام وما إليهما | 374 |
| | - | [6] يجـب ألا يـقـع الحكم في التناقض أو التخاذل وما إليهما | 375 |
| | - | الخلاصة إذن، فيما يتعلق بالعيوب التي قـد تشـوب الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، والتي تسـوغ الطعـن فيه سـواء بالاسـتئناف أو بـالنقض بحسـب الأحـوال، فإن أوجه وأسباب الطعن يمكن حصرها فيما يأتي: | 376 |
| | - | الخلاصة أن قواعـد قـانون الإجـراءات الجنائيـة هـي قواعد علمية بالمعنى الدقيق | 377 |
| الفصل الثـاني | : | القواعد القانونية الموضوعية (قواعد قانون العقوبات) التي تعين المحامي على إبداء الـدفاع والطلبـات والـرد على ما قد تطلبه المحكمة في ذات الجلسة | 378 |
| | - | العلم بالقواعد القانونية في مجال القضايا الجنائية | 379 |
| المبحث الأول | : | القواعد القانونيـة التـي وردت في القسـم العـام مـن قانون العقوبات | 380 |
| المطلب الأول | : | قواعد قانونية في مجال التجريم والعقاب والمسئولية الجنائية | 381 |
| الفــرع الأول | : | أهم القواعد القانونيـة في مجـال التجـريم والعقـاب | 382 |

| الموضـــــــــــوع | | | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | والمسئولية الجنائية التي يتعين على المحامي العلم بها علماً جيداً وكافياً | |
| | - | مجموعة قواعد قانونية تتعلق بشرعية الجرائم والعقوبات | 382 |
| | - | أولاً: القاعدة القانونية التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهي ما يطلق عليه في الفقه والقضاء "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" بل أنه يطلق على هذه القاعدة "دستور التشريع العقابي" | 382 |
| | - | ثانياً: القاعدة القانونية التي تقضي بأن سبب الإباحة يخرج الفعل من نطاق نص التجريم ويخلع عنه الصفة غير المشروعة ويرده إلى أصله من المشروعية | 383 |
| | - | ثالثاً: القاعدة القانونية التي تقضي بأنه لا مسئولية على مرتكب الجريمة إذا كانت إرادته غير معتبرة قانوناً، بأن تجردت من التمييز أو من حرية الاختيار | 384 |
| | - | خطة الشارع في بيان موانع المسئولية | 384 |
| | - | رابعاً: القاعدة القانونية التي تقضي بامتناع عقاب الجاني لاعتبارات المنفعة الاجتماعية، وتقضي هذه القاعدة بأنه على الرغم من توافر أركان الجريمة فإن المصلحة التي يحققها توقيع العقاب تقل من حيث القيمة الاجتماعية عن المصلحة التي تتحقق إذا لم يوقع العقاب | 384 |
| | - | حالات امتناع العقاب | 385 |
| | - | شروط ملاحقة المتهم بالمحاكمة الجنائية (شروط حق الدولة في العقاب) | 385 |
| الفرع الثاني | : | قواعد قانونية أخرى وردت في القسم العام من قانون العقوبات خلاف قواعد شرعية الجرائم والعقوبات | 386 |
| | - | [1] الركن المادي للجريمة من حيث | 386 |
| | - | [2] الركن المعنوي للجريمة من حيث | 386 |
| | - | [3] العقوبة والتدبير الاحترازي | 386 |
| | - | المجموعة الأولى : مجموعة قواعد قانونية في القصد الجنائي باعتباره الركن المعنوي في الجرائم العمدية. | 388 |
| | - | [1] ماهية القصد الجنائي. | 388 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [2] الوقائع التي يجب العلم بها حتى يتحقق تـوافر القصد الجنائي لدى الـتهم | 388 |
| | - | [3] الغلط أو الجهل بقانون خلاف قانون العقوبـات يأخذ حكم الغلط الجوهري في الوقائع وينفي القصد الجنائي لأنه ينفي عنصر العلم | 389 |
| | - | المجوعة الثانية : مجموعة قواعـد قانونيـة في الخطـأ غير العمدي باعتباره الركن المعنـوي في الجـرائم غـير العمدية أو جرائم الإهمال بوجهٍ عام | 391 |
| | - | [1] ماهية الخطأ | 391 |
| | - | [2] تأصيـل صـور الخطـأ الـمتـعددة | 392 |
| | - | [3] أثر خطـأ الـمجني عليه في مسئولية الجاني | 392 |
| | - | [4] الخطـأ لا يفتـرض ولكن يجـب إثبـات تـوافره في حق الجاني | 392 |
| | - | [5] خطـأ المجنـي عليـه يقطـع رابطـة السـببية بـين سلوك الجاني والنتيجة سواءً أكانت القتـل أو الإصـابة الخطأ، متى استغرق خطأ الجـاني وكـان كافيـاً بذاتـه لإحداث النتيجة | 393 |
| | - | [6] السرعــة وحــدها لا تصــلح أساســاً للمســائلة الجنائية في جريمتي القتل والإصابة الخطأ | 393 |
| | - | [7] مبدأ الثـقـة في التزام الغيـر للعنايــة الواجبــة | 394 |
| | - | المجموعــة الثالثــة : مجموعــة قواعــد قانونيــة في المساهمة الجنائية (الاشتراك) | 395 |
| | - | سـؤال: هل يتصـور الاشـتراك في كـل الجـرائم، سـواء العمدية أو غير العمدية؟ | 398 |
| المبحث الثاني | : | القواعد القانونية التي وردت في القسم الخـاص مـن قانون العقوبات | 399 |
| | - | [1] القواعد القانونية التي وردت في القسم الخاص من | 399 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | قانون العقوبات هي نتيجة حتمية لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات | |
| | - | [2] الجرائم الواردة في القسم الخاص من قانون العقوبات | 399 |
| | | (أ) الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية | 399 |
| | - | (ب) جرائم الاعتداء على الأشخاص | 401 |
| | - | أهم المشكلات التي تثيرها هذه الجرائم | 401 |
| | - | (جـ) جرائم الاعتداء على الأموال | 402 |
| | - | القواعد المشتركة بين جرائم الاعتداء على الأموال | 402 |
| | - | سياسة التجريم من جرائم الاعتداء على الأموال | 402 |
| | - | التفسير الصحيح لسياسة المشرع في تفاوت نطاق الحماية الجنائية | 402 |
| | - | جرائم الإثراء وجرائم الأضرار | 403 |
| | - | الأمر الأول: مادي | 403 |
| | - | والأمر الثاني: معنوي | 403 |
| | - | أهمية التمييز بين جرائم الإثراء وجرائم الإضرار: | 404 |
| | - | (1) موضوع الاعتداء | 404 |
| | - | (2) الفعل الإجرامي | 404 |
| | - | (3) نية التملك | 404 |
| | - | القواعد المشتركة بين جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة | 404 |
| | - | (1) أنها اعتداء على حق الملكية | 404 |
| | - | (2) التقارب بين هذه الجرائم من حيث الشروط المتطلبة في موضوع الاعتداء، ومن حيث تحديد عناصر "القصد" المتطلب فيها | 404 |
| | - | موضع الفروق بين السرقة والنصب وخيانة الأمانة | 405 |
| | - | المعالجة التشريعية للجرائم الثلاث | 406 |
| | - | بعض جرائم الأموال الأخرى | 406 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | النموذج القانوني للجريمة | 407 |
| | - | [1] فكرة النموذج القانوني للجريمة | 407 |
| | - | [2] تعريف النموذج القانوني للجريمة | 407 |
| | - | [3] عناصر النموذج القانوني للجريمة | 407 |
| | - | (1) الأركان العامة للجريمة | 408 |
| | - | (2) ظروف الجريمة | 408 |
| | - | (أ) الظروف التي تغير من وصف الجريمة | 408 |
| | - | (ب) الظروف التي تغير من العقوبة | 410 |
| | - | (3) أسباب الإباحة ومانع المسئولية: وقد سبق بيانها في موضع سابق | 410 |
| | - | موقـف أو دور المحـامي إزاء النمـوذج القـانوني للجريمة | 410 |
| | - | ويتحدد دور المحامي إزاء النموذج القانوني للجريمة في القيام بخطوتين مهمتين: | 411 |
| | - | النموذج القانوني للجريمة في واقع الأمر هو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على القضية ومن ثم فإن جوهره العلم | 412 |
| المبحـــــث الثالـــــث | : | فحـص الـنماذج القانونيـة لـبعض الجـرائم واسـتخلاص قواعـد قانونيـة أساسـية في إعـداد وصيانة الدفاع الشفوي أو المكتوب | 413 |
| المطلب الأول | : | القواعد الخاصة بفحص بعض الجرائم لبيان أركانها وعناصرها وشروطها وبعض المسائل القانونية المفيدة في إعداد وتحضير الدفاع والدفوع القانونية | 413 |
| | - | أولاً: القواعد الخاصة بفحص بعض الجرائم لبيان أركانها وعناصرها وشروطها القانونية | 413 |
| | - | [1] جريمة القتل العمد | 413 |
| | - | [2] جريمة تزوير المحررات واستعمالها | 415 |
| | - | [3] جريمة الضرب الذي يفضي إلى الموت | 416 |
| | - | (1) الركن المادي | 416 |
| | - | (2) الركن المعنوي | 417 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [4] جريمة خيانة الأمانة | 417 |
| | - | العلة من التجريم | 417 |
| | - | النموذج القانوني للجريمة | 417 |
| | - | (1) الركن المفترض | 417 |
| | - | (2) المحل المادي للجريمة: | 418 |
| | - | (3) الاستيلاء أو الاستحواذ على المال محل الجريمة: | 418 |
| | | (4) الركن المعنوي (القصد الجنائي): | 418 |
| | - | ثانياً: بعض المسائل القانونية المفيدة في إعداد وتحضير الدفاع والدفوع القانونية | 419 |
| | - | المسألة الأولى: القواعد التي يخضع لها فعل الاختلاس باعتباره السلوك أو الفعل المادي في كثيرٍ من الجرائم | 419 |
| | - | أولاً: الاختلاس كعنصر في الركن المادي لبعض الجرائم ومعيار التمييز بين هذه الجرائم | 419 |
| | - | [1] تعريف الاختلاس | 419 |
| | - | [2] كيفية التمييز بين الجرائم المختلفة التي يشكل الاختلاس ركناً من أركانها أو عنصراً أو شرطاً في ذلك الركن | 420 |
| | - | (أ) جريمة اختلاس الأموال العامة | 420 |
| | - | (ب) التمييز بين جريمة خيانة الأمانة وجريمة النصب | 420 |
| | - | (ج) التمييز بين جريمة السرقة وكل من جريمتي النصب وخيانة الأمانة | 421 |
| | - | (د) الاختلاس في حالة جريمة الأشياء المحجوز عليها | 421 |
| | - | ثانياً: القواعد العامة في الاختلاس | 421 |
| | - | [1] ماهية الاختلاس في السرقة | 422 |
| | - | [2] عناصر الاختلاس | 422 |
| | - | أولاً: فعل الاختلاس | 422 |
| | - | ماهية الحيازة في نطاق جرائم الأموال | 422 |
| | - | أنواع الحيازة: نوعان: | 422 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | اليـد الـعـارضة | 423 |
| | - | مثال صاحب اليد العارضة | 423 |
| | - | أهميـة الحيـازة بنوعيهـا واليـد العارضـة في تحديـد الوصـف القـانوني للجريمـة الواقعـة عـلى الـمـــال الـمسـلـم إلى الـجـاني | 423 |
| | - | الصــلة بــين الاخــتلاس والحيــازة في مجــال بيــان الوصف القانوني للجريمة التي تقع من الجاني الحائز | 424 |
| | - | العلاقـة بـين كـل مـن التسـليم والحيـازة وجـرائم السرقة وخيانة الأمانة وجناية الاختلاس والنصب | 424 |
| | - | أولاً: حالة التسليم الصحيح للشيء | 424 |
| | - | ثانياً: في حالـة التسـليم بنـاءً عـلى غـش أو اسـتعمال طرق احتيالية | 424 |
| | - | أهمية الحيازة في القانون الجنائي | 425 |
| | - | التسليم الذي ينفي وقوع الاختلاس | 425 |
| المطلب الثاني | : | جريمة إعطاء شيك بدون رصيد | 426 |
| | - | ماهيـة الشـيك في مفهـوم المـادة (337) مـن قـانون العقوبات | 426 |
| | - | الشيك في مفهوم المادة (337) من قـانون العقوبـات عمل قانوني مجرد منفصل تماماً عن العلاقة القانونية السابقة عليه ولا يتأثر بما يصـيب هـذه العلاقـة مـن بطلان | 426 |
| | - | وأكـدت محكمـة الـنقض أن الشـيك يعاقـب عـلى إعطائه بدون رصيد ولو كانـت العلاقـة التـي أنشـئ لتسويتها ذات سبب غير مشروع، فقالت | 428 |
| الفرع الثاني | : | أسباب الإباحة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد | 431 |
| | - | الأول: أن الحالات التي لا تقـوم فيهـا جريمـة إصـدار شـيك بـدون رصـيد عـلى الـرغم مـن تـوافر الأركـان القانونية للجريمة، وهي: | 431 |
| | - | 1 – حالة ضياع الشيك | 431 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | 2 – أحوال التحصل على الشيك من جريمة | 431 |
| | - | والثـاني: أن القيـاس في أسـباب الإباحـة أمـر يقـره القانون | 431 |
| | - | وفي حكم آخر أكثر وضوحاً وتفصيلاً في بيـان أسـباب الإباحة في جريمة إصدار شـيك بـدون رصـيد، قضـت محكمة النقض بأن | 432 |
| | - | طبيعة ما يطلق عليه "شيك الضمان" وعلاقته بأركان جريمة إصدار شيك بدون رصيد | 433 |
| | - | العيـوب التـي تنفـي عـن الورقـة صـفة الشـيك في القانون الجنائي | 434 |
| | - | مـا يطلـق عليـه "شـيك الضـمان" لا أثـر لـه في قيـام المسئولية الجنائية في خصوص جريمـة الشـيك بـدون رصيد | 434 |
| الفرع الثالـث | : | ركن السـبب في الشـيك في نطـاق المعـاملات المدنيـة والتجارية | 436 |
| | - | المقارنة بين طبيعة "السبب" في إصدار الشيك في كـل من المجالين الجنائي والمدني | 436 |
| | - | الفرق بين المسئولية الجنائيـة والمسـئولية المدنيـة في مجال الشيك في خصوص القرينة المستفادة من سببه | 437 |
| | - | وفي التمييز بين ركـن "السـبب" في الشـيك في حـالتي المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، وحظر مناقشة هـذا الـركن في مجـال المسـئولية المدنيـة، وجـوازه في مجال المسئولية المدنية، قضت محكمة النقض بأن | 438 |
| | - | أساس الخلاف بـين المسـئوليتين الجنائيـة والمدنيـة في خصوص قرينة أن "الشيك أداة وفاء" | 438 |
| القسم الثالث | : | توظيـف العلـم والطريقـة والخـبرة في إعـداد وأداء بعض أعمال المحاماة | 441 |
| | - | إعداد وصياغة بعض أعمال المحاماة | 443 |
| البـــاب الأول | : | توظيـــف العلـــم والطريقـــة والخـــبرة في مجـــال | 445 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | إعداد مذكرات الدفاع في القضايا المدنية والتجارية والقضايا الجنائية | |
| الفصـــل الأول | : | أصـول وقواعـد إعـداد وصـياغة مـذكرات الـدفاع في القضايا المدنية والتجارية | 447 |
| المبحث الأول | : | كيفية إعداد وصياغة مذكرات الدفاع | 448 |
| | - | الأمر الأول: المحكمة المختصة بنظـر الـدعوى، وذلـك من حيث أنواع الاختصاص المختلفة | 448 |
| | - | الأمر الثاني: شروط قبول الدعوى | 449 |
| المبحث الثاني | : | بيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 451 |
| | - | قضايا كنموذج لبيان وشرح خطوات إعـداد وصـياغة مذكرة الدفاع | 451 |
| | - | [ القضية الأولى ] | 451 |
| | - | خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع أو صحيفة الدعوى | 452 |
| | - | محامي المدعي ومحامي المدعى عليه | 452 |
| | - | [1] فأما إذا كان المحامي موكلاً عن المدعي (البائع) | 452 |
| | - | [2] وأما إذا كان المحـامي مـوكلاً عـن المـدعى عليـه (المشتري) | 452 |
| | - | [3] إنه سواء محـامي المـدعي عنـد إعـداد وصـياغة صحيفة افتتاح الدعوى | 452 |
| | - | الخطـوة الأولى: قـراءة وفحـص ملـف القضـية لتحديـد الوقائع المنتجـة فيهـا وذات الأهميـة في إعـداد الـدفاع أو الدفوع أو الطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح القواعد القانونية التي تنطبق على وقائع القضية، والاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية الواجبة التطبيق | 453 |
| | - | كيفية فحص وقـائع القضـية وتحديـد مـا تثـيره مـن مسائل ومبادئ قانونية | 453 |
| | - | أولاً: تحديد الوقائع المنتجة في القضية وذات الأهمية في إعداد الدفاع والدفوع والطلبات فيها: | 453 |
| | - | ثانياً: القواعد والمبادئ القانونيـة التـي تثيرهـا وقـائع | 454 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | القضية. | |
| | - | الخطـوة الثانيـة: إعـداد وتحضـير المـادة العلميـة، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المـادة مـن ثلاثة مكونات أو عناصر هي: | 455 |
| | - | أولاً: الاطـلاع عـلى النصـوص القانونيـة المنطبقـة عـلى القضية كما حددها المحامي، وأن يفحص المحامي هذه النصوص فحصاً جيـداً دقيقـاً لاسـتخراج القواعـد التـي وردت بها مما قد يفيد المحامي في دفاعه وتأييد وجهة نظره في الرد على ما تثيره القضية وما يثيره الخصم من دفاع، ويكون قيام المحامي بذلك عـن طريـق الرجـوع إلى مؤلفـات التعليـق عـلى نصـوص القـانون المـدني للمستشار محمـد كـمال عبـدالعزيز أو غـيره، وكـذلك مؤلـف الـدكتور عبـدالرزاق السـنهوري – الوسـيط في شرح القانون المدني، أو حتى المؤلفات الجامعية | 455 |
| | - | أولاً: الفسخ بحكم القضاء: يلـزم تـوافر شروط ثلاثـة حتى يتقـرر لطالـب الفسـخ القضـاء لـه بمـا يطلبـه، وهذه الشروط هي | 458 |
| | - | ثانياً: الفسخ الاتفاقي (المادة 158) | 459 |
| | - | ثالثاً: الفسخ بحكم القانون (المادة 159 مدني) | 461 |
| | - | ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التـي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض، أو أيـة مجموعـة أخرى خلاف مجموعـات المكتـب الفنـي، وذلـك لاختيـار بعض الأحكام أو المبادئ التي تنطبق على وقائع القضـية التي يُعـد المحـامي مـذكرة الـدفاع التـي تقـدم فيهـا، أو صحيفة افتتاح الدعوى بالنسبة للمدعي، ويختار المحامي بعـض الأحكـام كتطبيقـات يؤيـد ويوثـق بهـا دفاعـه وأسانيده حتى تكون موضع ثقة واعتبار من القاضي | 462 |
| | - | أولاً: أحكام نقض في خصـوص الطلـب الموضـوعي في | 462 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | الدعوى والخاص بفسخ عقد البيع والتعويض الاتفاق الذي يطالب به المدعي | |
| | - | ثانياً: أحكام نقض في خصوص الطلب المستعجل بفرض الحراسة القضائية | 465 |
| | - | ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع | 466 |
| | - | ما يفعله المحامي لتحقيق هذه الخطوة | 467 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في شكلها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة | 469 |
| | - | [ القضية الثانية ]: قضية أخرى كنموذج لبيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 470 |
| | - | خطوات إعداد مذكرة الدفاع | 471 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في إعداد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح القواعد (النصوص) القانونية التي تنطبق على الوقائع، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية. | 471 |
| | - | كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل ومبادئ قانونية | |
| | - | أولاً: هذه الخطوة يجب أن تتم لتحقيق أمرين مهمين على التوالي | 471 |
| | - | ثانياً: في هذه الخطوة يلزم أن يراجع المحامي نصوص المواد القانونية التي رشحها للانطباق على وقائع القضية | 472 |
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة، وتتألف هذه المادة من ثلاثة عناصر أو مكونات هي: | 473 |
| | - | أولاً: الاطلاع على النصوص القانونية المنطبقة على | 473 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | وقائع القضية كما حددها المحامي | |
| | - | ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض سواء التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض أو أية مجموعات أخرى غيرها | 475 |
| | - | أولاً: أحكام نقض في مجال تقادم دعوى التعويض | 476 |
| | - | ثانياً: أحكام نقض في مجال تقادم الدعوى الجنائية في حالة الحكم الغيابي | 476 |
| | - | ما يجب أن يفعله المحامي لتحقيق هذه الخطوة | 477 |
| | - | خلاصة الدفع الذي تقدمه شركة التأمين في هذه القضية | 478 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة | 479 |
| | - | [ القضية الثالثة ]: قضية ثالثة كنموذج لبيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 480 |
| | - | خطوات إعداد مذكرة الدفاع | 481 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في إعداد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، والتي تعين المحامي في ترشيح النصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تحكم وقائع هذه القضية والتي تنطبق عليها بالفعل | 481 |
| | - | كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل ومبادئ قانونية | 481 |
| | - | أولاً: يلزم أن يدرك المحامي أن هذه الخطوة إنما هي لتحقيق أمرين مهمين | 481 |
| | - | ثانياً: في هذه الخطوة يلزم أن يراجع المحامي نصوص المواد التي رشحها للانطباق على الوقائع | 482 |
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية | 483 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة، وتتألف هذه المادة العلمية من ثلاثة عناصر أو مكونات هي: | |
| | - | أولاً: الاطلاع على النصوص القانونية المنطبقة على وقائع القضية | 483 |
| | - | ثانياً: أحكام نقض تتصل بالموضوع | 485 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة | 486 |
| | - | [ القضية الرابعة ]: كنموذج لبيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 487 |
| | - | خطوات إعداد مذكرة الدفاع | 488 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة وفحص ملف القضية وتحديد الوقائع المنتجة في الدفاع والدفوع والطلبات وترشيح القواعد القانونية الواجبة التطبيق | 488 |
| | - | كيفية فحص وقائع القضية وتحدي ما تثيره من مسائل قانونية | 488 |
| | - | أولاً: الوقائع المنتجة في القضية | 488 |
| | - | ثانياً: القواعد القانونية التي تثيرها وقائع القضية | 489 |
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو حتى صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي: | 490 |
| | - | أولاً: الاطلاع على نصوص هذه المواد المنطبقة على القضية | 490 |
| | - | ثانياً: الإطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني وذلك لاختيار بعض الأحكام التي يؤيد بها المحامي دفاعه ويوثقه باعتبار أن هذه الأحكام الصادرة في قضايا مماثلة أو مشابهة تعتبر سوابق قضائية واجبة الاتباع من قبل المحاكم الدنيا الأقل درجة من محكمة النقض | 492 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [1] أحكام في خصوص انقضاء الدعوى الجنائية في الجنح في حالة الحكم الغيابي | 493 |
| | - | [2] أحكام في خصوص تقادم دعوى التعويض بالتطبيق للمادة (752) من القانون المدني | 494 |
| | - | كيفية القيام بهذه المرحلة | 495 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة | 497 |
| | - | [ القضية الخامسة ]: كنموذج لبيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 498 |
| | - | خطوات إعداد مذكرة الدفاع | 499 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في تحديد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح النصوص القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع ، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية | 499 |
| | - | كيفية فحص وقائع هذه القضية وتحديد ما تثيره من مسائل قانونية | 499 |
| | - | القواعد القانونية التي تثيرها وقائع القضية | 499 |
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو حتى صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي: | 500 |
| | - | أولاً: الاطلاع على نصوص القانون المرشحة للانطباق على واقعة القضية | 500 |
| | - | ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني | 502 |
| | - | ما يمكن أن يفعله المحامي في هذه المرحلة | 503 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة | 504 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [ القضية السادسة ] : كنموذج لبيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 505 |
| | - | خطوات إعداد مذكرة الدفاع | 506 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في تحديد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح النصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع ، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على وقائع القضية | 506 |
| | - | كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل قانونية | 506 |
| | - | أولاً: الوقائع المنتجة في القضية | 506 |
| | - | ثانياً: القواعد القانونية التي تثيرها وقائع القضية | 506 |
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية، القانونية والقضائية والفقهية التي يجب أن تتضمنها المذكرة أو حتى صحيفة الدعوى، وتتألف هذه المادة من ثلاثة مكونات أو عناصر هي: | 507 |
| | - | أولاً: الاطلاع على نصوص القانون التي رشحها للانطباق على واقعة الدعوى وفحص وتمحيص هذه النصوص لاستخراج القواعد الواجبة التطبيق منها | 507 |
| | - | وفي القضية المطروحة للبحث | 508 |
| | - | ثانياً: المبادئ القضائية من أحكام محكمة النقض بالتطبيق على المادة 168 مرافعات وواقعة القضية محل البحث | 508 |
| | - | ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع | 509 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة | 510 |
| | - | [ القضية السابعة ]: كنموذج لبيان وشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرة الدفاع | 511 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | خطوات إعداد مذكرة الدفاع | 512 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة ملف القضية قراءة متأنية لتحديد الوقائع المنتجة فيها وذات الأهمية في تحديد الدفاع والدفوع والطلبات التي يقدمها المحامي، وترشيح النصوص القانونية التي تنطبق على الوقائع ، ثم الاستقرار بصفة نهائية على القواعد القانونية التي تنطبق بالفعل على القضية | 512 |
| | - | كيفية فحص وقائع القضية وتحديد ما تثيره من مسائل قانونية | 512 |
| | - | أولاً: الوقائع المنتجة في القضية | 512 |
| | - | ثانياً: القواعد القانونية الواجبة التطبيق | 513 |
| | - | الخطوة الثانية في إعداد مذكرة الدفاع | 513 |
| | - | إعداد وتحضير المادة العلمية القانونية والقضائية والفقهية التي تصاغ منها وتتضمنها مذكرة الدفاع | 513 |
| | - | [1] نصوص القانون المنطبقة على الواقعة | 514 |
| | | [2] أحكام القضاء في الموضوع | 514 |
| | | [3] آراء الفقه إن لزم الأمر في المسائل وخاصة فيما يتعلق بشرح نصوص القانون واستخلاص القواعد التي تثيرها وقائع القضية | 514 |
| | - | أولاً: الاطلاع على النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة وهو نص المادة 212 مرافعات | 514 |
| | - | ثانياً: المبادئ القضائية كتطبيقات على واقعة النزاع | 515 |
| | - | ثالثاً: آراء الفقه في بعض جوانب الموضوع | 517 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة المذكرة في ثوبها وشكلها النهائي وفي المضمون الذي تقدم به إلى المحكمة | 517 |
| الفصل الثاني | : | أصول وقواعد إعداد وصياغة مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية | 518 |
| | - | إعداد وصياغة مذكرات الدفاع في القضايا الجنائية (قضايا الجنح والجنايات) | 519 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | المرحلـــة الأولى مـــن مرحلتـــي إعـــداد وصـــياغة مذكرة الدفاع في القضايا الجنائية | 519 |
| | - | مضمون هذه المرحلة | 519 |
| المبحث الأول | : | التمييز بين الواقعة المادية (واقعة القضية) والواقعة النموذجية (نصوص القانون)، وبيان أنواعهما | 520 |
| | - | [1] الوقائع الـمادية | 520 |
| | - | [2] الوقائع النموذجية أو القانونية | 520 |
| | - | ومفـاد مـا تقـدَّم جميعـه، أننـا فـيما يتعلـق بـأنواع الوقائع وتقسيمها إلى وقائع مادية ووقـائع نموذجيـة أو قانونية، قد نكون أمام نوع من الأنواع الآتية: | 521 |
| | - | [1] وقائع مادية | 521 |
| | | [2] وقائع نموذجية أو قانونية | 521 |
| | - | ولذلك فإن الوقائع القانونيـة أو النموذجيـة بـدورها تنطوي على نوعين هما | 521 |
| المبحث الثاني | : | المطابقـة بـين الواقعـة الماديـة والواقعـة النموذجيـة الموضوعية (نصوص قانون العقوبات) | 522 |
| | - | كيف يُجري الـمحامي عملية الـمطابقة | 523 |
| | - | وقد يتوصل المحامي إلى أحد ثلاثة فروض: | 524 |
| | - | الفرض الأول | 524 |
| | - | الفرض الثاني | 524 |
| | - | الفرض الثالث | 524 |
| المبحـــــث الثالـــــث | : | المطابقـة بـين الواقـعة الـمادية (واقعـة القضـية) والواقعة النموذجية الإجرائية | 526 |
| | - | ويستلزم البحث في هذه المسألة أن نتكلم في الآتي: | 526 |
| | - | أولاً: ماهية الإجراءات الجنائـية | 526 |
| | - | ثانياً: نوعا الوقائع الإجرائية (الوقائع الإجرائية المادية والوقائع الإجرائية النموذجيـة أو القانونية | 527 |
| | - | [1] الوقائع الإجرائية النموذجية أو القانونية | 527 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [2] الوقائع الإجرائية المادية أو العملية | 529 |
| | - | أوجه عدم التطابق المتوقعة بين الواقعة الإجرائية العملية والواقعة الإجرائية النموذجية أو القانونية، والدفوع التي يمكن أن يبديها المحامي بالنسبة لكل وجه من تلك الأوجه والأثر القانوني للدفع في كل حالة | 529 |
| | - | خلاصة ما يتم خلال هذه المرحلة | 531 |
| | - | المرحلة الثانية في مرحلتي إعداد وصياغة مذكرة الدفاع في القضايا الجنائية | 532 |
| | - | مضمون هذه المرحلة | 532 |
| | - | [1] الأسانيد القانونية | 532 |
| | - | [2] الأسانيد القضائية | 532 |
| | - | إذن هذه المرحلة في حقيقة وواقع الأمر تمر بخطوتين | 532 |
| | - | نماذج من القضايا لشرح خطوات إعداد وصياغة مذكرات الدفاع | 534 |
| | - | نموذج رقم (1): قضية تزوير في محرر رسمي (بمقدار إيجار موثق) | 535 |
| | - | أولاً: وقائع القضية | 535 |
| | - | ثانياً: كيفية إعداد وصياغة المذكرة التي تقدم في هذه القضية أو حتى في الدفاع الشفوي | 536 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة وقائع القضية قراءة جيدة متأنية، وتحديد الوقائع المنتجة فيها، سواء أكانت الوقائع المتعلقة بأركان الجريمة وعناصرها وشروطها، أو كانت متعلقة بإجراءات وأدلة الإثبات فيها، وضرورة الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وتحديد ما يجب أن يستغله المحامي في دفاعه، والوصول إلى تحديد النصوص أو المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية، وفي هذه الخطوة يلزم يتوصل المحامي إلى ما يأتي | 536 |
| | - | القواعد أو المسائل القانونية التي تثيرها القضية: | 537 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه المادة العلمية عبارة عن الأسانيد والأدلة المتعددة القانونية والقضائية والفقهية التي يؤسس عليها المحامي دفاعه ودفوعه، وهي ثلاثة أنواع من الأسانيد: | 538 |
| | - | 1 – الأسانيد القانونية | 538 |
| | - | 2 – الأسانيد القضائية | 538 |
| | - | 3 – الأسانيد الفقهية | 538 |
| | - | (1) ماهية "الرسمية" في مفهوم قانون الإثبات | 539 |
| | - | (2) مناط التزوير في المحرر العرفي | 539 |
| | - | (3) مفهوم المادة (60) من قانون العقوبات | 539 |
| | - | (4) مشروعية الصورية في القانون المدني كتصرف قانوني تعتبر سبب إباحة وارد في القانون المدني وهو قيد على نصوص التجريم الخاص بالتزوير | 540 |
| | - | خلاصة ومضمون الخطوة الثانية وكيفية القيام بها: | 540 |
| | - | أولاً: الاطلاع على مؤلفات التعليق على نصوص قانون العقوبات | 540 |
| | - | ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض أو أية مجموعات أخرى | 540 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة وكتابة المذكرة في شكلها وبمضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة | 542 |
| | - | ملاحظة مهمة | 543 |
| | - | [ المذكرة العاشرة ] | 544 |
| | - | أولاً: موضوع المذكرة | 544 |
| | - | ثانياً: الأفكار والمبادئ القانونية التي تضمنتها المذكرة | 544 |
| | - | الوقائع | 545 |
| | - | الطلبات | 546 |
| | - | الأسانيد القانونية والفقهية والقضائية للدفاع | 546 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | [1] المبادئ العامة التي تحكم مبدأ التجريم والعقاب، ويهمنا هنا تناول بعض الأمور في ثلاثة مجالات، هي | 546 |
| | - | [2] المبادئ القانونية التي تحكم موضوع هذه القضية، وهنا أيضاً نتناول ثلاثة أمور رئيسية، هي | 546 |
| | - | ملاحظة مهمة | 559 |
| | - | [ حكم محكمة النقض ] | 559 |
| | - | نموذج رقم (2): قضية إحراز بقصد الاتجار جواهر مخدرة (حشيش) وعقار السيكونال المخدر في غير الأحوال المصرح بها قانوناً | 562 |
| | - | أولاً: وقائع القضية | 562 |
| | - | ثانياً: كيفية إعداد وصياغة المذكرة التي تقدم في هذه القضية أو حتى في الدفاع الشفوي | 563 |
| | - | المرحلة الأولى | 563 |
| | - | المرحلة الثانية | 563 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة وقائع القضية قراءة جيدة متأنية، وتحديد الوقائع المنتجة فيها، سواء أكانت الوقائع المتعلقة بأركان الجريمة وعناصرها وشروطها، أو كانت متعلقة بإجراءات وأدلة الإثبات فيها، وضرورة الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وتحديد ما يجب أن يستغله المحامي في دفاعه، والوصول إلى تحديد النصوص أو المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية | 563 |
| | - | القواعد القانونية التي تثيرها وترشد إليها وقائع القضية | 564 |
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها مذكرة الدفاع، وهذه المادة العلمية هي عبارة عن الأسانيد والأدلة المتعددة التي يؤسس المحامي عليها دفاعه ودفوعه، وهي ثلاثة أنواع من الأسانيد | 564 |
| | - | 1 – الأسانيد القانونية | 564 |
| | - | 2 – الأسانيد القضائية | 564 |
| | - | 3 – الأسانيد الفقهية. | 564 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | ومن أهم المسائل القانونية الحاسمة في هذه القضية ما يأتي: | 565 |
| | - | أولاً : التلبس العرضي بالجريمة | 565 |
| | - | ماهية حالة التلبس العرضية | 565 |
| | - | شروط حالة التلبس العرضية | 565 |
| | - | ثانياً: إن بطلان التفتيش مقتضاه قانوناً عدم التعويل في الحكم بالإدانة على أي دليل يكون مستمداً منه، وبالتالي فلا يعتد بشهادة من قام بهذا الإجراء الباطل | 566 |
| | - | خلاصة الخطوة الثانية | 567 |
| | - | أولاً: بالاطلاع على مؤلفات التعليق على النصوص | 567 |
| | - | ثانياً: الاطلاع على مجموعات أحكام محكمة النقض التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض أو أية مجموعات أخرى | 567 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة وكتابة المذكرة في شكلها ومضمونها النهائي الذي تقدم به إلى المحكمة | 568 |
| | - | نموذج رقم (3): قضية إصابة خطأ في مجال الطب أدى إلى تخلف عاهة مستديمة | 569 |
| | - | أولاً: وقائع القضية | 569 |
| | - | ملاحظة مهمة | 570 |
| | - | ثانياً: كيفية إعداد وصياغة المذكرة التي تقدم في هذه القضية أو حتى في الدفاع الشفوي | 570 |
| | - | المرحلة الأولى | 570 |
| | - | المرحلة الثانية | 570 |
| | - | الخطوة الأولى: قراءة وقائع القضية قراءة جيدة متأنية، وتحديد الوقائع المنتجة فيها، سواء أكانت الوقائع المتعلقة بأركان الجريمة وعناصرها وشروطها، أو كانت متعلقة بإجراءات وأدلة الإثبات فيها، وضرورة الوقوف على مواطن الضعف في القضية، وتحديد ما يجب أن يستغله المحامي في دفاعه، والوصول إلى تحديد النصوص أو المسائل القانونية التي تثيرها وقائع القضية | 571 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | الخطوة الثانية: إعداد وتحضير المادة العلمية التي تصاغ منها وتتضمنها المذكرة، وهذه المادة العلمية هي عبارة عن الأسانيد والأدلة المتعددة القانونية والقضائية والفقهية التي يؤسس عليها المحامي دفاعه، وهي ذاتها ما سبق بيانها في النموذجين السابقين | 572 |
| | - | الخطوة الثالثة: صياغة وكتابة المذكرة في شكلها وبمضمونها النهائي التي تقدم به إلى المحكمة | 574 |
| | - | ملحوظة مهمة | 574 |
| | - | [ المذكرة التاسعة ] | 575 |
| | - | أولاً: موضوع المذكرة | 575 |
| | - | ثانياً: الأفكار والمبادئ القانونية التي تضمنتها المذكرة | 575 |
| | - | [1] أحكام الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها (المادتان 454، 455 إجراءات جنائية) | 575 |
| | - | [2] أنواع الأحكام بصفةٍ عامة | 575 |
| | - | [3] في مجال تحديد نوع الحكم الذي يحوز (قوة الأمر المقضي فيه) يجب التمييز بين أمرين | 575 |
| | - | [4] مناقشة بعض الأفكار التي شابت الحكم المستأنف | 575 |
| | - | الوقائع | 576 |
| | - | [ الطلبات ] | 576 |
| | - | الأسانيد القانونية والفقية والقضائية للدفاع | 577 |
| الباب الثاني | : | توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال إعداد وصياغة الاستشارات القانونية | 589 |
| | - | إعداد وصياغة الاستشارات القانونية | 591 |
| | - | أولاً: ماهية الاستشارة القانونية | 591 |
| | - | ثانياً: وسائل إبداء الرأي القانوني المكون لجوهر الاستشارة القانونية | 591 |
| | - | ثالثاً: الاستشارة القانونية أخطر من الفتوى الشرعية وأعظم منها أثراً | 592 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | رابعاً: طريقة إعداد وصياغة الرأي القانوني الذي تتضمنه الاستشارة القانونية | 592 |
| | - | القاعدة والخطوة الأولى | 593 |
| | - | القاعدة والخطوة الثانية | 593 |
| | - | الاستشارة القانونية تتألف من عنصرين: | 593 |
| | - | القاعدة والخطوة الثالثة | 593 |
| | - | مثال أو نموذج توضيحي | 594 |
| | - | طريقة التفكير في هذا الموضوع | 594 |
| | - | القاعدة أو الخطوة الرابعة | 596 |
| | - | القاعدة أو الخطوة الخامسة | 597 |
| | - | القاعدة أو الخطوة السادسة | 597 |
| | - | نموذجان آخران لاستشارات قانونية وخطوات إعدادها | 598 |
| | - | [ النموذج الأول ] | 598 |
| | - | أولاً: وقائع الاستشارة | 598 |
| | - | ثانياً: كيفية التفكير في الموضوع وإعداد الاستشارات المطلوبة | 598 |
| | - | [ النموذج الثاني ] | 600 |
| | - | أولاً: وقائع الاستشارة | 600 |
| | - | ثانياً: كيفية التفكير في الموضوع وإعداد الاستشارة المطلوبة | 600 |
| الباب الثالث | : | توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال إعداد وصياغة العقود ومذكرات التفاهم | 605 |
| | - | إعداد وصياغة العقود أو مذكرات التفاهم | 607 |
| | - | أولاً: طرفا العقد | 607 |
| | - | ثانياً: التمهيد | 607 |
| | | ثالثاً: | 607 |
| | - | رابعاً: يذكر موضوع العقد | 607 |
| | - | خامساً: تحديد التزامات طرفي العقد | 607 |

| | | الموضـــــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | سادساً: أية بنود خاصة إضافية | 608 |
| | - | سابعاً: القانون الواجب التطبيق | 608 |
| | - | ثامناً: طريقة حل أو إزالة أو الفصل في أي نزاع قد ينشأ عن تنفيذ أو تفسير العقد | 608 |
| | - | تاسعاً: نسخ العقد | 608 |
| | - | ملاحظات عامة | 608 |
| | - | الملاحظة الأولى | 608 |
| | - | الملاحظة الثانية | 609 |
| | - | الملاحظة الثالثة | 609 |
| | - | كيف يميز المحامي بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة أو المفسرة | 609 |
| | - | أولاً: المعيار اللفظي في التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة | 609 |
| | - | ثانياً: المعيار المعنوي | 610 |
| | - | الطريقة التي اتبعها القانون المصري | 610 |
| | - | أولاً: أمثلة للقواعد الآمرة التي تضمنت نصوصاً صريحة في بطلان الاتفاق على ما يخاطبها أو حرمان الاتفاق على ذلك | 610 |
| | - | ثانياً: أمثلة للقواعد القانونية المقررة (المكملة) التي نص فيها على جواز الاتفاق على ما يخالفها | 611 |
| | - | الملاحظة الرابعة: | 612 |
| | - | الملاحظة الخامسة | 613 |
| الباب الرابع | : | توظيف العلم والطريقة والخبرة في مجال تنفيذ الأحكام القضائية والسندات التنفيذية الأخرى | 615 |
| الفصل الأول | : | طبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي | 617 |
| المبحث الأول | : | أنوع الحجز وطبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي ) | 618 |
| | - | أولاً: أنواع الحجز: | 618 |

| | | الموضـــــــــــوع | الصفحة |
|---|---|---|---|
| | - | ثانياً : طبيعة كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي: | 618 |
| | - | (1) الحجز التحفظي هو: | 618 |
| | - | (2) الحجز التنفيذي، وهو: | 619 |
| المبحث الثاني | : | أوجه الاختلاف بين الحجز التحفظي والحجز التنفيذي | 620 |
| الفصل الثـاني | : | طرق كل من الحجز التحفظي والحجز التنفيذي | 622 |
| المبحث الأول | : | ( طريق حجز الـمنقول لدى الـمدين ) | 623 |
| | - | أولاً: الأموال التي يحجز عليها بطريق حجـز المنقـول لدى المدين: | 623 |
| | - | (1) أن يتعلق الأمر بمنقول، | 623 |
| | - | (2) أن يكون مادياً، | 623 |
| | - | (3) ألاَّ يكون المنقول في حيازة شخص غير المدين، | 624 |
| | - | ثانياً: حالات الحجـز التحفظـي عـلى منقـولات لـدى المدين: | 624 |
| | - | (1) التنظيم العام لحالات وشروط حجز المنقول لدى المدين: | 624 |
| | - | (2) التنظيم الخاص لبعض حالات الحجز وشروطه: | 625 |
| المبحث الثاني | : | الحجز على منقول المدين لدى الغير | 626 |
| | - | أولاً: الطبيعة القانونية لحجز ما للمدين لدى الغير: | 626 |
| | - | ثانياً: ما يُحجز عليه "حجز ما للمدين لدى الغير": | 626 |
| | - | [1] حقوق الدائـنيــن: | 626 |
| | - | [2] منقول مادي في حيازة الغير: | 628 |
| | - | دراســة وتحليــل نــص المــادة (325) مــن قــانون المرافعات: | 628 |
| الفصـــــــل الثالـــــــث | : | شــروط الحق في الحجز التحفظي | 633 |
| المبحث الأول | : | الشرط الأول : توافر حـالة من حالات الحجز التحفظي | 634 |
| المبحث الثاني | : | الشرط الثاني : أن يكون حق الـدائن محقـق الوجـود وحال الأداء | 635 |