

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

# سلطة القاضي في تكيف الدعوى

اعداد

مهند نظمي عبد الله اسماعيل

اشراف

د. غسان خالد

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2018

## سلطة القاضي في تكيف الدعوى

إعداد

مهند نظمي عبد الله اسماعيل

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 17/10/2018 واجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

- د. غسان خالد / مشرفاً ورئيساً

.....

- د. بشار دراغمة / ممتحناً خارجياً

.....

- د. مؤيد حطاب / ممتحناً داخلياً

.....

## الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد المبعوث رحمة للعالمين  
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قال الله تعالى في كتابه العزيز "

﴿بَلْ هُوَ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ فِي صُدُورِ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ وَمَا يَجْحَدُ بِآيَاتِنَا إِلَّا الظَّالِمُونَ﴾

﴿هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ  
وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُبِينٍ﴾

نشكر الله جزيل الشكر على اتمام وانجاز هذا العمل واتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى  
اساتذتي الافاضل فجزاهم الله خير الجزاء.

كما اتقدم بجزيل الشكر الى كل ساعدني وساندني في اتمام هذا العمل

فجزاكم الله خير الجزاء.

## الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم (وقل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون) صدق الله العظيم.  
إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك .. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ..

ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برويتك... الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من علمني النجاح والصبر إلى من افتقدهم في مواجهة الصعاب ولم تمهلهم الدنيا لأرتوي

من رضاهم... أبي وامي.

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها، من وعانت الصعاب لأصل إلى ما أنا

فيه، إلى ينبوع الصبر والتفائل والأمل... زوجتي.

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي وقلذات كبدي ابنائي... رؤى

وسيف الدين ويارا.

إلى سندي وقوتي وملادي بعد الله... إخوتي وأخواتي.

إلى من علمني حرفا من ذهب وكلمات من درر إلى من صاغوا لي علمهم حروفا ومن افكارهم

منارة تنير لي مسير العلم إلى اساتذتي الافاضل.

إلى من سرنا سويا نحو النجاح زملائي واصدقائي.

## الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

### سلطة القاضي في تكييف الدعوى

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيث ورد وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لأي درجة أو بحث علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

### Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

**Student Name**

اسم الطالب: مهند نظمي عبد الله اسماعيل

**Signature**

التوقيع:

**Data**

التاريخ

## فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان	الرقم
ج	الشكر والتقدير	.1
د	الإهداء	.2
و	الإقرار	.3
ز	فهرس المحتويات	.4
ط	الملخص	.5
1	المقدمة	.6
4	أهمية الدراسة	.7
6	منهجية الدراسة	.8
6	أهداف الدراسة	.9
7	بيانات الدراسة	.10
10	الفصل الأول: ماهية التكييف القانوني	.11
11	مبحث أول: مدخل إلى التكييف وأهمية	.12
11	مطلب أول: تعريف التكييف	.13
18	مطلب ثاني: دور القاضي في التكييف	.14
19	مبحث ثاني: ماهية الدعوى وطبيعتها ونطاقها والآثار المترتبة عليها	.15
20	مطلب أول: ماهية وتعريف الدعوى	.16
29	مطلب ثاني: الآثار المترتبة على تقديم الدعوى القضائية	.17
44	الفصل الثاني: سلطة القاضي في تقدير وقائع وأسباب الدعوى والمصلحة	.18
45	مبحث أول: الإطار الذي يعمل فيه التكييف	.19
46	مطلب أول: تحديد الوقائع	.20
51	مطلب ثاني: سلطة المحكمة في فهم الوقائع	.21
60	مبحث ثاني: سبب الدعوى وعلاقته في تكييف الدعوى	.22
60	مطلب أول: سبب الدعوى من وقائع الدعوى وسلطة المحكمة والخصوم	.23
63	مطلب ثاني: علاقته في تكييف الدعوى وتفاعل التكييف مع	.24

الصفحة	العنوان	الرقم
	السبب.	
69	مبحث ثالث: السلطة التقديرية المحكمة الموضوع في تقدير المصلحة القائمة والمحتملة وصفة الخصوم الاجرائية والموضوعية	.25
69	مطلب أول: المصلحة القانونية شرط لوجود الحق في الدعوى ووجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة لقبول الدعوى	.26
77	مبحث ثالث: المصلحة شرط لقبول الدعوى ومدى سلطة القاضي في تقدير قانونية المصلحة وفي تقدير المصلحة الشخصية والمباشرة وكون المصلحة قائمة اوحالة احتمالية، وسلطة القاضي في تقدير الصفة الإجرائية والموضوعية	.27
77	مطلب أول: المصلحة القانونية شرط لوجود الحق في الدعوى ووجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة لقبول الدعوى	.28
83	المطلب الثاني: قد تكون صفة متعلقة بالإجراءات دون تعلقها بالمركز الموضوعي	.29
87	فصل ثالث: اصول التكييف القانوني وقواعده	.30
88	مبحث أول: ماهية سلطة التقدير والتكييف	.31
88	مطلب أول: سلطة التقدير والتكييف	.32
114	مبحث ثاني: التكييف من النظام العام	.33
114	مطلب أول: التكييف والنظام العام ودورة التكييف	.34
137	مطلب ثاني: مراحل التكييف وتحليل القاعدة القانونية	.35
157	مطلب ثالث: اصول التكييف	.36
171	مطلب رابع : رقابة محكمة التمييز على مدى صحة التكييف على مسائل الوقائع وعلى الفصل في القانون الرقابة المطلقة والمقيدة.	.37
179	الخاتمة	.38
180	النتائج	.39
181	التوصيات	.40
182	المصادر والمراجع	.41
b	Abstract	.42

## سلطة القاضي في تكييف الدعوى

إعداد

مهند نظمي عبد الله اسماعيل

إشراف

د. غسان خالد

### الملخص

تعالج هذه الرسالة موضوعاً له أهمية كبيرة على صعيد إدارة الدعوى والفصل في النزاعات، وهوتكييف الدعوى والتي تناولت الموضوع من خلال القوانين الفلسطينية والعربية والقانون الفرنسي. تكييف الدعوى هو أعمال القاعدة القانونية وإرساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى أو هو وصف لهذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وكثيراً ما ينعكس أثر التكييف على الاختصاص النوعي لمحكمة الموضوع التي تنظر الدعوى بل وقد ينعكس على اختصاص المحكمة المختصة بالطعن. والتكييف القانوني عملية معقدة كونها لا تتم بمعزل عن الخصوم ولذلك قد يكون للخصوم دور في التكييف بسبب عدم الدقة في تعيين وقائع الدعوى وبيان موضوعها أو بسبب عدم مراعاة قواعد الإثبات في الوقائع في الدعوى، وكل هذا يحتم على المحكمة أن لا تعتد بتسميات الخصوم وأوصافهم للوقائع وأن تستجلي ما هو غامض في موضوع الدعوى وقد يكون الخطأ في التكييف من جانب محكمة الموضوع بسبب عدم مراعاة سلطتها تجاه مسائل الواقع ولا سيما في تقدير الوقائع وإجراءات إثباتها وقد يكون تكييفها غير صحيح بسبب عدم مراعاة مسائل القانون سواء كان في جانب النصوص التشريعية أو قواعده الأخرى التي تنطبق على الواقعة، ولا بد أن يكون لمحكمة النقض دوراً في الرقابة على مدى صحة التكييف حيث تمتد رقابتها على مسائل الوقائع التي تم الفصل فيها رغم أن هذه المحكمة ليس درجة من درجات التقاضي ودون أن يعني ذلك إعادة بحث تلك الوقائع إذ يتم التسليم بها مثلما تضمنها ملف الدعوى ولكنها تبسط رقابتها على مدى كفاية ومنطقية الأسباب الواقعية وحالة تحريف الوقائع، وكذلك تمتد رقابة محكمة النقض إلى مسائل القانون، وهكذا فإن تداخل الأدوار بين

الخصوم والمحاكم يستدعي من المشرع وضع المعالجة التشريعية اللازمة في بعض جوانب عملية التكييف.

وتهدف هذه الرسالة الى بيان القيمة والاهمية القانونية لتكييف الدعوى المدنية، فمن الضروري التعرف على مفهوم تكييف الدعوى وسلطة القاضي في تكييف الدعوى ودور الخصوم مراحل التكييف واصول التكييف وذلك بالاستعانة بالفقه والقضاء، للوصول الى رؤيا واضحة للآثار القانونية التي تترتب على تكييف الدعوى المدنية وبالتالي تحديد طبيعة القانونية للدعوى وبالتالي التطبيق القانوني السليم لحل النزاع والفصل به بين الخصوم، وتكمن اهمية تكييف الدعوى في انهاء النزاع بالفصل به بين جميع اطرافه وبالتالي يسهم في الحد من تدفق القضايا على ذات النزاع بمسميات مختلفة جديدة.

ويمثل تكييف الدعوى خطوة هامة في مسألة حجية الأحكام، ومن ناحية أخرى قد يستخدم التكييف للتحايل على قواعد الحجية ذاتها.

ومن ثم يلاحظ ان هناك إرتباط وثيق بين تكييف الدعوى وتسبب الحكم الفاصل فيها، إذ يسبق التكييف التسبب، وتكون مادة التسبب في تكييف الدعوى، ولذا فإن الغموض في اسباب الدعوى سيعني غالباً الغموض في تكييفها.

بالمقابل فإننا لن نستطيع أن نصل الى صحة أوخطأ تكييف الدعوى الا من خلال التسبب، فإذا لم يسبب القاضي حكمه تسبباً كافياً وفقاً للمنهجية واجبة الاتباع فإن ذلك سيؤدي حتماً الى تعجز محكمة القانون.

وعليه فإن القاضي حتى يتمكن من استظهار السبب الحقيقي يلتزم بالقيام ببحث الاسانيد التي تقوم عليها الدعوى لكي يعطي التكييف القانوني الصحيح.

تم معالجة هذه الرسالة من خلال ثلاث فصول على النحو الاتي :

وقد عالجه الباحث هذا الفصل من خلال مبحثين على النحوالتالي:المبحث الاول: ماهية ومفهوم التكييف القانوني وعالج في المبحث الثاني: نطاق الدعوى وطبيعتها والآثار المترتبة عليها وفي

الفصل الثاني وقد عالجه الباحث هذا الفصل من خلال ثلاث مباحث المبحث الاول: تعيين الواقع واثباته من خلال السلطة التقديرية لها في قبول البيئات, وفي المبحث الثاني: سبب الدعوى من وقائع الدعوى وسلطة المحكمة والخصوم في تعديل سبب الدعوى، علاقة السبب في تكييف الدعوى باعتبار السبب هو الاساس في تكييف الدعوى وتفاعل التكييف مع السبب اصطدام السبب بالتكييف. المبحث الثالث: المصلحة القانونية شرط لقبول الدعوى ومدى سلطة القاضي في تقدير قانونية المصلحة وفي تقدير المصلحة الشخصية والمباشرة وفي تقدير كون المصلحة قائمة وحالة والاحتمالية وسلطة القاضي في تقدير الصفة الاجرائية والموضوعية. عالج في الفصل الثالث عالجه الباحث من خلال مبحثين: المبحث الاول: ماهية سلطة التقدير والتكييف والعلاقة بين سلطتي التقدير والتكييف والارتباط بينهما المبحث الثاني: لتكييف والنظام العام ودورة التكييف المبكر وتمييز تكييف الدعوى عن التكييفات الأخرى وتمييز التكييف القانوني و"التكييف التوضيحي ورقابة محكمة النقض على مدى صحة التكييف على مسائل الوقائع وعلى الفصل في القانون الرقابة المطلقة والمقيدة.

## مقدمة:-

يعتبر اللجوء الى القضاء من الحقوق الدستورية التي نص عليها الدستور والتشريعات على اختلافها من خلال الدعوى، واذا ما طرحت الدعوى على القاضي طرحا صحيحا واستقامت امامه تعين على القاضي ان يفصل فيها بحكم يرسي فيه رأيه القانوني على مثار الخلاف فيها فيما بين الخصوم وهذه هي غاية المتقاضي الذي يسعى الى المحكمة لتحقيقها، فدائما عندما يلتجئ الى القضاء نكون امام قاضي ونزاع وناتج هو حكم استوعب النزاع وسيطر عليه وسطر في قرار قضائي<sup>1</sup>.

ان تحقيق القانون والعبور من الواقع الى القانون يجري عن طريق عملية التكييف، ومن الناحية العملية فان المطابقة بين الواقع والقانون يجري عن طريق اعمال اللغة، والتكييف يقصد به ايضا العملية الذهنية المتمثلة في انزال حكم القانون على الواقع، اودراج الواقعة في طائفة محددة، اوحى بيان القاعدة القانونية الواجب اعمالها على الواقعة المطروحة، والتكييف يستلزم على وجه الخصوص تفسير مسبق للقاعدة القانونية واجبة التطبيق<sup>2</sup>.

كما أن التكييف الا من خلال اعمال النشاط الذهني والتقديري، ليستطيع تقييم ادعاءات الخصوم مراعي للقانون الموضوعي والادلة المقدمة لدية كمييار لهذا التقييم، والهدف من اعمال النشاط الذهني هو تطبيق القانون تطبيقا صحيحا على المنازعات القائمة بين المتداعيين ولن يتأتى ذلك للقاضي إلا من خلال اعمال اصول التكييف عن علم وبدون اعمال وظيفة التكييف على الدعوى فان القاضي لا يستطيع الحكم فيها حكما عادلا<sup>3</sup>.

حيث نجد انه يقصد بالتكييف القانوني بوجه عام اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفا قانونيا يسمح باعمال قاعدة قانونية معينة عليه ويتم ذلك عن طريق مقارنة الواقع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه، فإذا ما تأكد القاضي من

<sup>1</sup> ابراهيم، محمد محمود: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي . ص3.

<sup>2</sup> شحاتة، محمد نور عبد الهادي: فكرة سلطة التكييف في القانون الاجرائي، دراسة، دراسة مقارنة في القوانين الاجرائية المدنية والجنائية والادارية، دار النهضة العربية، ص3.

<sup>3</sup> الطعاني، محمد علي خليل: سلطة القاضي في توجيه سير اجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الاولى. ص66.

وجود وقيام التطابق التام بين الوقائع المادية وفرض القاعدة القانونية فان الاثر القانوني لهذه القاعدة تنطلق بقوة القانون لكي يشبع المصالح المختلفة التي تواجهها القاعدة القانونية<sup>1</sup>.

اما بالنسبة لتعريف التكييف القانوني للدعوى الذي ساقه فقهاء القانون الخاص على انها "همزة الوصل ما بين الوقائع المطروحة والقانون المطبق عليها، فهو مفتاح يمسه القاضي يفتح به الطريق الى القانون الصحيح، وبدون التكييف يتخبط القاضي في الحل القانوني للنزاع ويعتمد العشوائية والارتجالية لذلك تتسم حلوله بالغموض والتناقض وتبتعد تدريجيا عن العدل"<sup>2</sup>.

لذلك اصبح التكييف داعمة من الدعامات في فن القضاء، فهو العمود الفقري في الحكم القضائي، واصبح التكييف القانوني ضرورة حتمية وخصيصة جوهرية لكلا الدعوى والحكم فيها، لذلك يتعين على القاضي ان يعمل اصول وقواعد التكييف على النزاع"<sup>3</sup>.

وفيما يتعلق برؤية محكمة النقض لمفهوم التكييف تقرر ان تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة، ولا يجب ان يمنعها عن فهم الدعوى على حقيقتها واعطائها التكييف الصحيح وان محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها، وانما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي ثبت به من وقائع الدعوى وترى انه ينطبق عليها لتعتدل حكم القانون على ما ثبت لديها انه هو التكييف الصحيح، وبهذا فان محكمة النقض لم تخلط بين مرحلة طرح الواقع ومرحلة تصفية الواقع الغير منتج.

وحيث ان الباحث تناول دراسة مفهوم التكييف القانوني للدعوى باعتبار القضاء مناط به من قبل المجتمع سلطة حماية وصون النظام العام وادارة الدعوى والحكم فيها، فانه يبدومن خلال التعاريف السابقة التي ساقها فقهاء القانون الخاص ان القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والاجراءات لإدارة الدعوى والسيطرة عليها تهدف الى تحقيق المصالح الخاصة للخصوم والمصالح العامة في المجتمع باعتبارها السلطة المناط بها فض الخصومة والنزاعات بين المتخاصمين أمامها وتطبيق لهذا المبدأ العام لا يعتد بالوصف الذي يلحقه المدعي بالدعوى ليتحايل على قواعد

<sup>1</sup> عمر، نبيل اسماعيل: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية). دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية . ص193.

<sup>2</sup> ابراهيم، محمد محمود: مرجع سابق. ص4.

<sup>3</sup> ابراهيم، محمد محمود: مرجع سابق. ص5.

الاختصاص النوعي لأنها من النظام العام، بل لا يعتد بالوصف ولو في حالة الاتفاق الخصوم عليه اذا كان هذا الاتفاق مخالفا لأسس التي وضعها المشرع لتقدير قيمة الدعوى<sup>1</sup>.

كمان ان التكييف القانوني بالمعنى السابق يقوم بدور حماية مقتضيات استعمال حق التقاضي الذي كفله القانون نظرا للأهداف الاجتماعية والاقتصادية المبتغاة منه، وعليه فإذا ما استخدم هذا الحق بطريقة تتأى به عن هذا الهدف سواء تم ذلك بسوء نية او اهمال جسيم اعتبر صاحبه متعسفا في استعماله، وتحمل كل ما يترتب على هذا التعسف من آثار قانونية، الذي يخفق في دعواه عند ثبوت سوء نيته وقصد الاضرار بالخصم او على الاقل عند ارتكابه خطأ جسيما يبلغ حد الغش، أي من واجب الخصم الالتزام بحسن النية في مباشرة اجراءات التقاضي كافة سواء اكان ذلك في اتخاذ اجراء ام الامتناع عن اتخاذ اجراء لان واجب حسن النية احد مكونات المركز القانوني للخصم<sup>2</sup>.

كما ان للقاضي السلطة في البحث عن المعيار الذي استند اليه المشرع في خصوص النزاع المطروح عليه ثم البحث مرة ثانية في وقائع النزاع للتأكد من توافر المعيار القانوني الذي نص القانون ثم القيام بعد ذلك بإعمال التكييف القانوني لواقع النزاع، هذا التكييف يتم بإدراج هذه الوقائع في معرض القاعدة القانونية التي تستجيب موضوعيا لحكم النزاع، وبانتهاء هذا التكييف القانوني يقوم القاضي بإعمال الاثر القانوني او ما يسمى بحكم القاعدة القانونية على وقائع النزاع وفي كل هذه الحالات يعمل القاضي سلطته التقديرية ويعمل سلطة في التكييف القانوني في كل المراحل الخصومة المدنية، كل ذلك حتى يصل الى انزال حكم القانون على الواقع، ووصولاً لهذه الغاية فان تقييد سلطة المحكمة بحدود عناصر الدعوى من شأنها ان تؤثر على سلطة القاضي في ادارة الدعوى، كما انه يتعارض مع مبدأ الاقتصاد في الاجراءات القضائية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابوالوفا، احمد: النظرية نظرية الاحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ص355  
<sup>2</sup> الندوي، ادم وهيب، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. الاردن. ص21.

<sup>3</sup> السمامة، خالد: سلطة محكمة الموضوع في تعديل نطاق الدعوى في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، اثره للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الشارقة. ص12.

## اهمية الدراسة:

يقوم التكييف في نطاق الخصومة بثلاث وظائف فهو اولاً اساس ادعاءات الاطراف، ثم انه بعد ذلك يعد اساس القرار القضائي المنهي لها، واخيراً يمكن ان يكون ايضا التكييف المنازع في القرار القضائي موضوع الخصومة<sup>1</sup>.

نظراً للاهمية الخاصة التي تحظى بها الخصومة المدنية ولما لها من اثر فاعل استقرار مناحي الحياة السياسية منها والاجتماعية والاقتصادية فقد اولت قوانين المرافعات الحديثة عناية فائقة للخصومة المدنية، تتميز دراسة سلطة القاضي لتقدير نطاق الادعاء المطروح امامه باهمية بالغة ومظاهر تلك الاهمية تتضح من خلال تحديد النطاق الذي يكون للقاضي الحق في الفصل فيه، وبالتالي تحديد ما لا يجوز له الفصل فيه ومتى يستنفذ ولايته كما تظهر اهميته من تحديد نطاق الادعاء في تحديد صفات الخصوم،<sup>2</sup> فبدون اعمال وظيفة التكييف على الدعوى لا يستطيع القاضي ان يحكم فيها، وستكون الدعوى في هذه الحالة عبارة عن اطار قانوني تجمع فيه طلبات متعددة ودفع ودفاع منتج وغير منتج واتسعت وانكشفت الدعوى بلا ضابط كسفيئة تتلاطمها الامواج بلا مرشد وهكذا اذا اهمل القاضي اعمال اصول التكييف عن علم او بغير علم لما هو مطروح عليه لخرجت الدعوى بمنتها عن مسارها السليم الى اتجاه واتجاهات غير واردة في الحسابان ولادت بهذه الصورة الى تطبيق خاطيء للقانون ولإنحرفت بها القاضي عن العدالة واقترب بها الى اللاعدالة،<sup>3</sup> يتضح مما تقدم انه يترتب على التكييف الدعوى في نطاق قانون اصول اهمية بالغة.

تتحصل من قدرة قاضي الدعوى على تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع اذ بدون التكييف فلن يستطيع القاضي في امد قصير الوصول الى حلول<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> شحاتة، محمد نور عبد الهادي: المرجع السابق، ص15.

<sup>2</sup> الطعاني، محمد علي خليل، المرجع السابق، ص32.

<sup>3</sup> ابراهيم، محمد محمود: مرجع سابق. ص12.

<sup>4</sup> عمر، نبيل اسماعيل: المرجع السابق. ص8.

بناء على ذلك تكون وظيفة النظام العام، هي اكراه الافراد والحد من حريتهم في حال اجراء التصرفات القانونية لاقامة التوازن بين مايمتعون به من حرية اجراء هذه التصرفات وبين ملائمتها لفكرة النظام العام.

لهذه الاسباب شرع الباحث بهذه الدراسة للوقوف على مفهوم فكرة النظام العام، وتطبيقاتها في النظام القانوني، والوقوف على الوظيفة التي تطلع بها، وآثارها على تصرفات الافراد القانونية فيما بينهم، واخيرا مدى سلطة القاضي في آتارة هذه الفكرة من خلال ما يعرض عليه من منازعات.

### صعوبة الدراسة:

مما لا شك فيه ان مشكلة تكييف الدعوى طبقا لقانون المرافعات ووضع حلول والقواعد لحلها يسهم اسهاماً مباشراً في التطبيق الصحيح للقانون على المنازعات المتقاضين ومن هنا فان دراسة موضوع سلطة القاضي في تكييف الدعوى يجعل الباحث يواجه في طريقه عدة صعوبات، الاولى: حداثة طرق هذا الموضوع بشكل منفصل وموسع والوقوف على كافة حيثياته، وهذه الصعوبة تؤدي الى الصعوبة الثانية: قلة الدراسات والمراجع التي تناولت هذا الموضوع بشكل مفصل حتى يستطيع الباحث الاستعانة بها للوصول الى الفهم الوافي والصحيح لمفهوم هذه الفكرة والوقوف على حيثياتها ضمن اطار القانون، حيث ان جميع المراجع والدراسات التي تناولت هذا الموضوع، تناولته بشكل مقتضب غير وافي يثري قريحة الباحث في اتمام دراسته.

### اشكالية الدراسة:

تدور اشكالية هذه الدراسة حول التعرف على سلطة القاضي المدني في تكييف الدعوى، والنصوص التشريعية وتطبيقاتها على حدود سلطات القاضي في تكييف الدعوى، واستحقاقات سلطة القاضي في التكييف والاثر المباشر على الدعوى والحكم فيها.

## منهجية الدراسة:

سيتناول الباحث موضوع سلطة القاضي في تكييف الدعوى باتباع المنهج الوصفي التحليلي، حيث سيقوم بشرح هذا الموضوع عن طريق الوقوف على القواعد القانونية المتعلقة بسلطة القاضي في تكييف الدعوى من خلال دوره بالحفاظ على النظام العام ودارة الدعوى والسيطرة عليها في معظم فروع القانون الخاص، كل هذا بعد الاطلاع على ما تيسر من الادبيات التي تناولت موضوع سلطة القضاء المدني في تكييف الدعوى، وذلك بالرجوع الى المراجع والدراسات والابحاث القانونية التي تناولت الموضوع، كما سيتم الاستعانة بأحكام المحاكم وبعض المواقع الالكترونية التي اشارت الى موضوع التكييف.

## اهداف الدراسة:

يهدف الباحث من دراسته هذه الى الاتي:

بيان ماهية التكييف القانوني ومضمونها من خلال الاطلاع على التشريعات والسوابق القضائية التي تناولت هذا الموضوع.

بيان الحاجة الى التكييف القانوني للدعوى وعناصرها ومراحلها وتنوعها.

بيان تطبيقات التكييف في النصوص التشريعية في المنظومة القانونية الفلسطينية.

بيان استحقاقات التكييف القانوني المبكر في الدعوى بالنسبة للمشرع الفلسطيني والقاضي واطراف الدعوى.

## نطاق الدراسة:

يتحدد نطاق هذه الدراسة بالاطلاع على مفهوم سلطة القاضي المدني في التكييف القانوني وتطبيقاتها في التشريعات الفلسطينية في فروع القانون الخاص، ومراحل ودرجات التكييف القانوني، كالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام في وقانون اصول المحكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 وقانون البنات في المواد المدنية والتجارية رقم لسنة وقانون التامين الفلسطيني رقم(20) لسنة 2005، وقانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000، ومجلة

الاحكام العدلية لسنة 1886، هذا بالاضافة الى مجمل اراء الشراح والفقهاء في خضم هذا الموضوع.

### بيانات الدراسة:

البيانات التي سيستخدمها الباحث لتغطية هذه الدراسة هي من صنف البيانات الثانوية، من خلال دراسة مجموعة من المصادر والمراجع، ومن ضمن المصادر اللازمة لاتمام هذه الدراسة، وقانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، وقانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 وقانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005، وقانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000، ومجلة الاحكام العدلية، اما بالنسبة للمراجع وهي الدراسات الفقهية التي عالجت الموضوع، ومنها كتاب النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات الدكتور محمد محمود ابراهيم، وكتاب بعنوان مدى سلطة المحكمة الموضوع في تعديل نطاق الدعوى للدكتور خالد السامعة، ومن هذه المؤلفات على سبيل المثال لا للحصر:

(النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات)، الدكتور محمد محمود ابراهيم، وهودراسة مقارنة بين القوانين الوضعية، وقد تحدث المؤلف فيه عن سلطة القاضي في تكييف الدعوى وتطبيقاتها في مجال القانون الخاص، حيث تناول ماهية التكييف القانوني ومقدمات التكييف القانوني ونطاق التكييف القانوني وتمييزه ومجال التكييف واصوال التكييف القانوني وقواعده وتعييد التكييف.

(مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى)، ادم وهيب الندوي، وقد تناول المؤلف من خلال صفحاته الفكرة الجنائية للنظام العام في مجال التعاقد، وتناول ايضا مجال النظام العام التعاقد في قانون العقوبات، وتناول كذلك اثار النظام العام التعاقد على تطور القانون المدني، هذا من خلال صفحات القسم الاول للكتاب، اما في القسم الثاني فقد تناول المؤلف الفكرة الجنائية لحسن الاداب، واثار الفكرة الجنائية لحسن الاداب في مجال العقود المدنية، اما في القسم الثالث فقد تناول الحماية الجنائية للنظام العام.

(سلطة التكييف في القانون الاجرائي، دراسة، دراسة مقارنة في القوانين الاجرائية المدنية والجنائية والادارية)، محمد نور عبد الهادي شحاتة، حيث تناول هذا الفقيه من ضمن صفحات هذا المؤلف بعدد قليل من الصفحات التكييف لحماية مصلحة عامة وحماية المصلحة الخاصة وجواز تغيير التكييف والتكييف الغامض وغموض القاعدة القانونية.

(سلطة محكمة الموضوع في تعديل نطاق الدعوى في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني)، خالد السمامعة، حيث تناول هذا الفقيه من ضمن صفحات هذا المؤلف بعدد سلطة محكمة الموضوع في تعديل نطاق الدعوى من حيث الطلبات ومن حيث الموضوع والسبب وسلطة محكمة الموضوع في تعديل نطاق الدعوى من حيث الخصوم في التدخل الاختياري والاختصاصي والانضمامي.

(سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية)، نبيل اسماعيل عمر، حيث تناول هذا الفقيه من ضمن صفحات هذا المؤلف بعدد قليل من الصفحات ماهية السلطة التقديرية في العمل القضائي بوجه عام دراسة تطبيقية لاعمال القاضي لسلطته التقديرية.

(سلطة القاضي في توجيه سيراجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة)، محمد علي خليل الطعاني، حيث تناول هذا الفقيه من ضمن صفحات هذا المؤلف بعدد قليل من الصفحات سلطة القاضي في الطلبات الاصلية والطلبات المقدمة اثناء سير الدعوى وفي تقدير الدفع في الخصومة المدنية وسلطة القاضي في مجال الاثبات.

### خطة الدراسة:

سيتناول الباحث هذه الدراسة في ثلاثة فصول على النحوالتالي:  
الفصل الاول يدور حول ماهية التكييف القانوني وذلك من خلال ثلاثة مباحث، المبحث الاول مدخل الى التكييف واهميته، وفي المبحث الثاني مقدمات التكييف القانوني وتطبيقاته وعناصر ومقومات التكييف ومنهج التكييف، وفي المبحث الثالث تحديد نطاق التكييف وتمييزه عن تكييف الدعوى والحكم والتميز بين التكييف الفقهي والتشريعي والتشابه.

اما الفصل الثاني سيتناول الباحث من خلاله مجال التكيف من خلال ثلاثة مباحث، في المبحث الاول سيتناول الباحث التحديد الفني للوقائع وفي المبحث الثاني سيتناول تحليل القاعدة القانونية وعلاقته بالتكيف القانوني، اما المبحث الثالث فقد خصصه الباحث عناصر القاعدة القانونية والتطابق بين الواقع والقانون.

اما الفصل الثالث سيتناول الباحث من خلاله اصول التكيف القانوني وقواعده من خلال ثلاثة مباحث، في المبحث الاول سيتناول الباحث محل التكيف القانوني ومرونته وفي المبحث الثاني سيتناول تفصيل التكيف من خلال تطبيق قواعد محددة وملزمة، اما المبحث الثالث فقد خصصه الباحث لدراسة التكيف المبكر والتكيف الصحيح والتطبيق القانوني الصحيح.

## الفصل الاول

### ماهية التكييف القانوني

الفصل الأول: ماهية التكييف القانوني

مبحث أول: مدخل إلى التكييف وأهمية

مطلب أول: تعريف التكييف

مطلب ثاني: دور القاضي في التكييف

مبحث ثاني: ماهية الدعوى وطبيعتها ونطاقها والآثار المترتبة عليها

مطلب أول: ماهية وتعريف الدعوى

مطلب ثاني: الآثار المترتبة على تقديم الدعوى القضائية

مبحث ثالث: تحديد نطاق التكييف وتمييزه عن تكييف الدعوى والحكم والتمييز

الفقهي والتشريعي والتشابه

## الفصل الاول

### ماهية التكييف القانوني

المبحث الاول: مفهوم التكييف القانوني

المطلب الاول: مدخل إلى التكييف وأهميته

بما ان قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني اشار الى تكييف الاحكام في مرحلة الطعن دون بحث احكام وضوابط التكييف كما شار في فيه) وجاء في المادة 14 من مشروع القانون المدني بان تكييف العلاقات الدولية الخاصة يتم وفقاً لقانون القاضي دون وضع الكيفية لذلك وبالتالي فان التكييف في ضوء ذلك شكل نظرية عامة في قانون اصول المحاكمات ومشروع القانون المدني، وفي ضوء ذلك فلا يوجد تعريف قانوني لماهية التكييف، وسأتناول في هذا البحث القاء الضوء على مسألة التعريف من خلال الفقه والقضاء لنبين مفهوم التكييف. المقصود بالتكييف فقد عرفه البعض انه تكييف الاساس الذي تقوم عليه الدعوى بإعطاء هذا الاساس اللون القانوني الملائم وينزل عليه حكم القانون السليم فالتكييف هو عقد النزاع ويجب ان يخضع لتقدير القاضي<sup>1</sup>.

الفرع الاول: تعريف التكييف

اولاً: في القانون:

والتكيف وفق قوانين الاصول المدنية فقد خلى قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني من النص عن احكام واصول التكييف وخلى كذلك قانون المرافعات المصري. بينما ورد في قانون اصول المحاكمات المدنية التجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001 في المادة 6/191 ("لا يعتبر بادعاء الخصوم في تكييف الحكم للطعن فيه) وجاء في المادة 14 من مشروع القانون المدني الفلسطيني(ان تكييف العلاقات الدولية الخاصة يتم وفقاً لقانون القاضي اي القاضي

<sup>1</sup> نبيل اسماعيل عمر سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الاسكندرية، 2002، ص 190.

الفلسطيني وجاء)<sup>1</sup> وفي القانون المدني الاردني بها المادة عشرة، (القانون الاوروبي) هوالمرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق والمادة العاشرة من القانون المدعي ان القانون المصري هوالمرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في ذات العنر الاجنبي عندما تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب النطق<sup>2</sup>.

اولاً: اتجاه الفقه في تعريف التكييف: وذهب راي في الفقه في تعريف التكييف الى القول (ان القاضي يقوم بفحص وقائع الدعوى من الناحية المادية، ثم بعد ذلك يجري التكييف القانوني لهذه الوقائع. اي ان يتبين القاضي المقصود من القانون بعد فهم الواقع وبالتالي رد الوقائع الى حكم القانون<sup>3</sup>.

ويؤخذ على هذا التعريف انه يخلط ما بين التكييف وما بين القانون وذلك برد الواقع على القانون دون بيان كيفية ذلك وهذا جوهر التكييف<sup>4</sup>.

كما ذهب راي ثاني<sup>5</sup> في تعريف التكييف الى القول بان التكييف القانوني يطلب شرطين الاولى ان ينص المشرع على انه اذا توافرت واقعة مجردة لها خصائص معينة، فانها تندرج تحت احد الاوصاف التي يعرفها القانون، ويرتب عليها اثر قانوني معين. والثانية ان يعلن القاضي ان الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقعة المجردة التي اضفى عليها القانون وصفا قانونيا معيناً.

والواقع ان هذا التعريف يصلح معيار في تكييف الدعوى الجزائية ولا يصلح في تكييف الدعوى المدنية للاعتبارات التالية:

التكييف القانوني للدعوى ينصب على وقائع الدعوى وليس على القانون. ونشاطه بالنسبة للقانون يتمثل في تطبيق النص، اي ان تطبيق النص تلي عملية التكييف.

<sup>1</sup> د. حداد. حمزة واخرين، دراسات حول مشروع القانون المدني. نشر وتوزيع معهد الحقوق، جامعة بير زيت 2003 ص 18.

<sup>2</sup> د. سرور. احمد فتحي، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية الجزء الثالث، 1980 ص 247.

<sup>3</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات. دار الفكر العربي. ص 59.

<sup>4</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات. دار الفكر العربي. ص 60.

<sup>5</sup> د. سرور. احمد فتحي، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية الجزء الثالث، 1980 ص 247.

التكليف عمل من اعمال القاضي وليس عمل من اعمال المشرع وبالتالي فليس صحيحا ان المشرع يقتضي تكليف معين على واقعة معينة ونشاط المشرع الوظيفي متمثل في امداد القاضي بالنصوص.

ان تكليف القاضي للدعوى لا يعد كاشفا لإرادة المشرع وانما كاشفا لإرادة القاضي ذاته بإلزام الخصوم بالتكليف القانوني الذي توصل اليه.

تكليف الدعوى المدنية لا يرتبط دوما بنص على غرار التكليف الدعوى الجزائية الذي يوجب تطابق الواقعة مع النص القانوني التجريم والعقابي تطبيقا للمبدأ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص قانوني، اما في الدعوى المدنية فان القاضي يحكم في الدعوى المدنية مع عدم وجود نص قانوني وانما يحكم على هدي مصادر الالتزام ومصادر التشريع مثلا لشريعة الاسلامية والعرف والعادة وقواعد العدالة<sup>1</sup>. ويعرفه الدكتور احمد ابوالوفا التكليف بانه (اعمال القاعدة القانونية وإرساؤها على ما يثبت من وقائع الدعوى، أوهو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أوقيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق) ويؤخذ على هذا التعريف نقطة البداية في التكليف، فالقول بان التكليف هو اعمال القاعدة القانونية وتطبيقها على الوقائع الثابتة يعني ان بداية التكليف هو القاعدة القانونية واجبة التطبيق على ما هو ثابت من الوقائع بينما انه قبل تكليف الواقعة الثابتة لا نستطيع تطبيق القانون، اما ابراز الوقائع كعناصر اوقيود للقاعدة القانونية بما يؤدي الى تطبيق التكليف من الواقعة وتطبيق القانون عليه<sup>2</sup>.

وقد عرف الدكتور فتحي والي التكليف بان مهمة القاضي تطبيق القاعدة العامة المحددة في القانون على حالة محددة وفي سبيل ذلك عليه ان يتأكد من الحالة المحددة من انها تصلح لقاعدة قانونية معينة<sup>3</sup>.

وفي ظل القانون الفرنسي فقد ذهب الاستاذ (جان لا رجييه) بانه مقابل الدور الجوهري للخصوم في الادلة والاثبات مقابل ذلك للقاضي الدور الايجابي من خلال مراقبة الخصوم في ذلك، وذلك من

<sup>1</sup> د. سرور. احمد فتحي. الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية. الجزء الثالث بدون رقم طباعة ودار نشر - 1980 ص 247،248.

<sup>2</sup> د. احمد ابوالوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مصر، الاسكندرية، ط 1990، ص 15، 194-196.

<sup>3</sup> د. والي. فتحي - نظرية البطلان في قانون المرافعات - رسالة الطبعة الاولى، ص 109.

خلال تحديد الوقائع المنتجة والمتعلقة بالدعوى وللقاضي ان يطلب من الخصوم اعطاء وتقديم تفسير وشرح للوقائع وهو بعد ذلك يقرر الحل الضروري للنزاع، ويمكنه ان يأخذ في الاعتبار الوقائع التي لم يثرها الخصوم من تلقاء نفسه وله تأسيس الحكم على الوقائع التي لا تكون داخل المرافعة<sup>1</sup>.  
ثانياً: اتجاه القضاء في تعريف التكييف: الواقع ان احكام محكمة النقض قامت بوضع ضوابط قانونية ازاء قصور التشريع تبين للقاضي اصول التكييف وفي ضوء رؤية محكمة النقض للتكييف تقرر ان تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يصح ان يمنعها عن فهم الدعوى على حقيقتها واعطائها التكييف الصحيح. وان محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها، وانما تلتزم بالتكييف الصحيح<sup>2</sup>.

وبينت محكمة النقض ان محكمة الموضوع ملزمة في كل حال بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. والتكييف القانوني يعمل أثره في نطاق الوقائع المطروحة محددة لطلبات الخصوم بعد فهم صحيح للوقائع منتهيا بوصف صحيح لذلك الواقع وهو في ذلك يمارس عملة السلطة القانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض والخطأ في التكييف يعتبر خطأ في القانون.  
واخيرا فان محكمة النقض انتهجت منطلقا قانونيا بان العبرة في التكييف حقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها لا بالألفاظ التي صيغت فيها وبذلك فان محكمة النقض تكون قد سلكت الطابع العملي القضائي البحت ودون ان تتردد في ذلك، وبهذه الفلسفة القانونية تغلبت على مشكلة طبيعة التكييف التي مازالت قائمة في الفقه الفرنسي وان التشريع الاجرائي الجديد قد اتجه الى معيار محكمة النقض المصرية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 75.

<sup>2</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 78 نقض مدني 1972/1/20، مجموعة الكتب الفني، السنة 23 ع 1، الطعن رقم 139 س 37 ج، ص 101.

<sup>3</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 77 نقض مدني 1976/12/15، مجموعة الكتب الفني، السنة 27 المجلد الثاني، الطعن رقم 20 س 45 ق 1749.

## الفرع الثاني: أهمية التكييف

يتضح مما تقدم أنه يترتب على "تكييف الدعوى" في نطاق قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني<sup>1</sup> أهمية بالغة تتحصل في قدرة قاضي الدعوى على تطبيق "القاعدة القانونية" الواجبة التطبيق على النزاع، اذ بدون التكييف فلن يستطيع القاضي في أمد قصير الوصول الى حلول قانونية سليمة وانما سيطبق القانون بطريقة عشوائية مما يجعله عاجزا عن حسم النزاع. ومؤدى هذه النتيجة فإن أهمية التكييف تدوفي "منطقة قانونية" يتجانس ويألف فيها عنصرا الواقع والقانون، وبذلك التحليل فإن "سلطة التكييف" تتركب من عنصرين:

عصر الواقع وعصر القانون، فلا يعتبر التكييف كله قانون وليس كله واقع، وانما هو خليط من واقع وقانون ولأن القول بأن التكييف عنصر قانوني بحت يؤدي إلى اصطدام القاعدة القانونية المنطبقة على النزاع لكونها "مجردة" فكيف نطبق قاعدة قانونية مجردة على نزاع أواقع غير مجرد؟ وسيلة ذلك هوالتكييف الذي يصل بالوقائع غير المجردة الى واقع مجرد فيتأهل ويتكيف مع التجريد في النص القانوني.

ومن اجل ذلك ابتدع الفكر القانوني مفتاح قانوني يتجلى فيما يسمى "بالتكييف" فالتكييف هوهمزة الوصل ما بين الوقائع المطروحة والقانون المطبق عليها، فهو مفتاح ممسكه القاضي في الحل القانوني للنزاع وبدون التكييف يعتمد القاضي في حل النزاع على الارتجالية وبالتالي فان الحل يتسم بالغموض والتناقض ويخلو من الفن والمنطق وينحدر الى "الظلم" ويبتعد تدريجياً عن العدل.

فكما ان القاضي لكي يصل الى التشريع لا بد له ان يسلك درب التكييف الحتمي، فبدون اعمال وظيفه التكييف على الدعوى لا يستطيع القاضي ان يحكم فيها وسنكون الدعوى في هذه الحالة عبارة عن إطار قانوني تجمع فيه طياتها طلبات متعددة ودفع و دفاع منتجة وغير منتجة وتتسع وتتكمش الدعوى بلا ضابط. ان التكييف بالنسبة للقاضي هو كالمريض بالنسبة للطبيب، والتشخيص علم اساسي يعتمد على تحديد الداء لينتهي في مرحله استظهار الدواء، والقاضي الى تحديد دقيق للدعوى فكيفية وإنزال عليه حكم القانون كدواء يعالج به.

<sup>1</sup> قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 منشور في الوقائع الفلسطينية. صدر بمدينة غزة بتاريخ 2001/5/12 ميلادية.

وان كانت العدالة يرمز لها بالميزان فان التكييف الإطار الممسك لكلا الكفتين احدهما تحمل الواقع والثانية تحم القانون.

وفي هذا الصدد ذهب العلامة تورمان.

عندما يتنازع الخصوم في تكييف موضوع الادعاء فعلى القاضي ان يتخذ الوجهة الصحيحة بالنسبة لأي من وجهتي النظر الخصوم حيث يجب الا يقف القاضي مكتوف الايدي تاركاً الامر للتكيفات التي اسبغها الخصوم على العمل القانوني وهي تخالف الحقيقة، وانما يجب عليه ان يعطي التكييف القانوني الصحيح والسليم<sup>1</sup>.

بينما اتجاه القضاء المصري جاء من خلال ما قرره محكمة النقض المصرية حيث عرفت تكييف الدعوى بانه يدور في فلك الحقيقة المقصود من طلبات الخصوم، حيث قضت في معرفتها تكييف الدعوى انها دعوى بأصل الحق ومناطها حقيقة المطلوب فيها، ولا عين بالعبارات التي صنعت بها الطلبات<sup>2</sup>.

وقضت بان تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بانه خطأ أونفي هذا الوصف عنه هومن المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض<sup>3</sup>.

واقضت بان قاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يبديها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما اذا كانت قد تعرضت لموضوع الدعوى من شأنه ان يسقط حقه في التمسك تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه ان يسقط حقه في التمسك بهذه الدفوع وهوفي هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>4</sup>.

قضت بان المدعي الحق في ان تكييف دعواه، سواء من جهة الشكل، او من جهة الموضوع بحسب ما يرى، وحقه في ذلك يقابله حق المدعى عليه في كشف خطأ هذا التكييف على الواقع، وعدم انظامه ثم يطبق القانون على ما يثبت لديه، فيجب على القاضي الا يتقيد بتكييف المدعي للحق

<sup>1</sup> مرجع سابق عويضة، محمد. ص.225.

<sup>2</sup> مرجع سابق عويضة، محمد. ص 227 نقض طعن 4076-س62 ق- في 1999/3/11.

<sup>3</sup> مرجع سابق عويضة، محمد. ص 227. نقض طعن 42/262-27 ق- في 76/6/29 ص1454.

<sup>4</sup> مرجع سابق عويضة، محمد، ص228.

الذي يطالب به بل عليه ان يبحث في طبيعة هذا الحق ليرى ما إذا كان تكييف المدعى صحيحاً قانوناً أو غير صحيح.

ان دور القاضي لا يقتصر على البحث والتفسير للقاعدة القانونية وانما التكييف القانوني الصحيح على الادعاء وذلك يكون اما بتكييفه بدايتاً واما بإعادة التكييف للوقائع المتنازع عليها وذلك بتعديل التكييف المقترح من الخصوم، لذلك فالقاضي ملتزم بأصباح الوصف القانوني الصحيح على ادعاءات الخصوم دون التقيد بتكييف الخصوم، وتكييف الوقائع محل الادعاء يرجع الى مبرر قانوني هام يتمثل في ان رفض منح القاضي هذه السلطة سيكون إنكاراً للقاعدة القانونية في حد ذاتها، ويترتب على عدم تمكين القاضي بالقيام بهذا الدور ان يقصر القضاء المدني صفته<sup>1</sup>.

ويقصد بالتكييف القانوني بوجه عام اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفاً قانونياً بأعمال قاعدة قانونية معينة عليه ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع كمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه فاذا ما تأكد القاضي محتملة النطق على النزاع المطروح عليه فاذا ما تأكد القاضي من وجود وقيام التطابق التام بين الوقائع المادية وفرضت القاعدة القانونية فان الاثر القانوني لهذه القاعدة ينطلق بقوه القانون لكي يشبع المصالح المختلفة التي تواجهها هذه القاعدة القانونية والواقع ان التكييف والتعبير هما عمليتان مكملتان بعضهما لبعض فالقاص يحق لا يستطيع ان يباشر التكييف القانوني مثل ان يتم عملية التقدير لعناصر النزاع المطروح عليه.

بمعنى ان سلطة القاضي التقدمية حينما تمارس فإنها ترمي الى التمهيد لإعمال التكييف القانوني الى جانب هذا النشاط الذهني يقوم القاضي بنشاط ذهني معاصر للنشاط الاول في مجال الواقع، وهو إذا كان يعمل سلطته في تقدير الموضوع، فانه يحرر الوقائع من كافة العناصر اللصيقة لشخص الخصم ولا يحتفظ إلا بالعناصر اللصيقة بذات المركز المتنازع عليه كقاعدة عامة. مع ذلك فالفارق ينصب فقط على ان عملية التقدير إذا توجد في كل عمل قضائي، فإنها ترمي الى تهيئة النزاع للفصل وفقاً للقانون، فهيه تسبق التكييف وهذا الاخير يتلوها زمنياً.

<sup>1</sup> د. محمد علي عويضة، سلطة القاضي التقديري في تكييف دعوى. منشأة المعارف الاسكندرية ابداع 2015/25865.

على هذا فان السلطة التقديرية للقاضي تمارس في مسائل الواقع على قدم المساواة مع مسائل القانون. اما القول بانه ليس هناك تقدير في عملية تفسير القانون، فهو ايضاً محل نظر، لأنه لو انعدمت الحلول القضائية المغلقة بأعمال القانون كان يجب ان تكون موحده، اي ان التفسير كان يجب ان يكون واحداً لذات القاعدة بالنسبة لكافة المحاكم.

### المطلب الثاني: دور القاضي في التكييف:

ويذهب جانب من الفقه<sup>1</sup> في هذا المقام الى ابراز دون القاضي في التكييف للأساس الذي تقوم عليه الدعوى الجديدة، اذ على القاضي أن يعطي لهذا الأساس اللون القانوني الملائم، وينزل عليه حكم القانون السليم، والقاضي في مهمته هذه لا يتقيد بالتكييف الذي يعطي الخصوم لأساس دعواهم، اذ أن التكييف هو عقدة النزاع ومحور المناقشة ويجب أن يخضع لتقدير القاضي<sup>2</sup>. وبناء عليه فانه إذا كان على القاضي حتى يمكنه استظهار السبب الحقيقي أن يقوم ببحث الأسانيد التي تقوم عليها الدعوى، لكي يعطها التكييف القانوني الصحيح، وإذا كان هذا التكييف يختلف من قاضي لآخر بشأن الواقعة الواحدة، فمعنى ذلك أن عملية التكييف ستفتح بنفسها الباب على مصراعيه أمام اعادة النظر في مسألة سبق الفصل فيها.

ومن ناحية ثانية فان الخصم نفسه قد يغير عن طريق التكييف سبب الدعوى، فالزوج الذي يرفع دعوى طلاق في القانون الفرنسي مؤسسا دعواه على الزنا ويقدم اثباتا لذلك خطابات متبادلة بين زوجته وشريكها ثم تحكم المحكمة برفض الدعوى لعدم كفاية الادلة يمكنه دون خشية الدفع بالحجية ان يرفع دعوى طلاق جديدة معتمدا على نفس الخطابات باعتبارها تشكل له اساءة بالغة، وبذلك تمكن المدعي من ان يثير نفس الوقائع السابقة، دون ان يتعرض للدفع بسبق الفصل في الدعوى وذلك باضفائه على هذه الوقائع لونا قانونيا مختلفا ترتب عليه تغيير سبب الدعوى.

وهكذا فالتكييف يعلب دورا خطيرا في مسألة حجية الأحكام اذ هو الذي يكشف لنا ذلك وهو من ناحية أخرى قد يستخدم للتحايل على قواعد الحجية ذاتها. وهناك ارتباط وثيق فيما بين التكييف القانوني

<sup>1</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 41 نقلا عن د. الصاوي. احمد السيد، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه 1971 رسالة ص 241 بند 164.

<sup>2</sup> نقض مدني جلسة 1974/4/29 - مجموعة المكتب الفني - السنة 25 - الطعن رقم 85 س 39 ق- ص 752، 753.

والتسبب القضائي للحكم، فالتكليف والتسبب كلاهما عمل يقوم به القاضي المطروحة عليه الطلبات، والتكليف بلا أدنى شبهة سابق على التسبب ومادة التسبب هي في التكليف، ووضوح أو غموض الأسباب هي ترجمة لوضوح أو غموض التكليف القانوني للدعوى<sup>1</sup>. ولا نستطيع أن نصل إلى صحة أو خطأ، التكليف للدعوى إلا من خلال التسبب فإذا لم يسبب للقاضي حكمه تسبباً كافياً مبيناً فيه منهجه القضائي للتكليف القانوني فإن ذلك يؤدي إلى تعجيز محكمة النقض<sup>2</sup>، ويجب ألا نفهم من هذا السياق أن سلامة تسبب الحكم تعني سلامة وصحة التكليف القانوني، فقد تبنى الأسباب بناء قانونياً متقفاً مع الأصول الواجبة للتسبب ومع ذلك تتضمن وتتطوي على كيوف قانونية خاطئة، فهنا الخطأ الذي وقع فيه الحكم خطأً في القانون مرده خطأً في التكليف قصور في الأسباب تكون أمام وجهين من أوجه النعي على الحكم. ولذلك فالقاضي عن طريق قيامه بتسبب حكمه يجب أن يوضح وبدقة كيفية استخلاصه للوقائع التي بنى عليها قراره الذي تم به أعمال وتطبيق القانون<sup>3</sup>.

### المبحث الثاني: ماهية الدعوى وطبيعتها ونطاقها والآثار المترتبة عليها

من أهم المواضيع التي خاض فيها العديد من رجال القانون والفقهاء ولم يتمكن أحد من وضع تعريف دقيق وشامل للدعوى وهذا ناتج أساساً من اقتراب مفهومها من عدة مفاهيم قانونية متشابهة، ولعدم وضع التشريعات لتعريف خاص بها، وكذا لارتباطها بالوسائل والإجراءات المتبعة أمام مرفق القضاء أو بتعبير آخر نظراً لتأرجحها بين المفهوم المجرد للحق في الدعوى وبين حق ممارستها أمام القضاء وبالتالي فإنه يتعين دراستها في عنصرين: الأول يتعلق بتعريفها الفقهي والثاني يتعلق بخصائصها.

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1976/4/21 - مجموعة المكتب الفني - السنة 27 - المجلد الأول - الطعن رقم 311 س 42 ق - ص 988.

<sup>2</sup> نقض مدني جلسة 1970/2/24 - مجموعة المكتب الفني - السنة 21 - ع1 - الطعن رقم 589 س - 35 ق - ص 319.

<sup>3</sup> دكتور وجدي راغب - النظرية العامة - المرجع السابق - ص 534.

## المطلب الاول: ماهية وتعريف الدعوى

الدعوى هي سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى حماية قاعدة مقررة في النظام. فالدعوى مجرد رخصة لصاحبها وليست واجباً عليه، فله استخدامها وله تركها فلا يجبر على مباشرتها، وله أيضاً مطلق الحرية في تحديد الوقت أو الظرف الذي يراه مناسباً للالتجاء إلى القضاء، وله كذلك الحق في النزول عن خصومته التي أقامها إذا لم يتعلق بها حق المدعى عليه. وقد عرفت المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعي عليه. وعرفت المادة 2 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969<sup>1</sup> الدعوى هي طلب شخص حقه من آخر امام القضاء. بينما لم يرد تعريف في القانون المدني الاردني والمصري والسوري.

ويتضح من هذا التعريف أهم السمات أو الخصائص التي تتميز بها الدعوى وهي إن الدعوى حق وليست واجب. وهي وسيلة نظامية لحماية الحق، يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية، أي إلى المحاكم لحماية حقه، وهي بهذا تتميز عن وسائل نظامية أخرى.

إن الدعوى هي السلطة التي حولها النظام للأشخاص للدود عن حقوقهم بعد أن حرّمهم من اقتضاها بأنفسهم، وتعبير آخر الدعوى هي الوسيلة التي استعيض بها عن الانتقام الفردي. والأصل في العصر الحديث أنه لا يجوز لأي شخص حماية حقه بنفسه. إن الدعوى كوسيلة لحماية الحق أو كعنصر من عناصره لا يجوز النزول عنها مقدماً. وإذا حدث لا يعتد بهذا النزول لأنه مخالف للنظام العام. وإن كان يجوز النزول عن الخصومة بعد أن تنشأ. كما إن بعض الدعاوى تنقضي بالتقادم، أي بمضي المدة المحددة بموجب القانون، فهي كأي حق لا بد من مباشرتها خلال فترة زمنية معينة، فإذا رفعها صاحبها بعد انقضاء هذه الفترة، فإنها تكون قد انقضت، وجاز للخصم الآخر أن يدفعها بعدم القبول لرفعها بعد فوات الأوان، أي انقضاؤها بالتقادم.

<sup>1</sup> المادة 2 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

## الفرع الاول: طبيعة الدعوى:

"طبيعة الدعوى" فهي اصطلاح الغرض منه البحث في "الماهيات" و"الكليات" وأصول القانون الفلسفية، كجذور ثابتة كلية يرد إليها الجزئيات لترابطها. وهوبحث في الفكر القانوني المتعمق، الغرض منه بيان حقيقة الأمر محل البحث على ضوء ركائز القانون. كفكرة "الدولة" وفكرة "الإرادة" والعدالة، والوضعية القانونية، الحق، فهوإدأ بحث فلسفي متعمق لرد الفكرة إلا أصل قانوني مجرد ولكي يتضح لنا نطاق كلا الفكرتين نستعرض بعض الاتجاهات للفقه في طبيعة الدعوى.

### اولا: الدعوى حق من الحقوق العامة:

يذهب جانب من الفقه<sup>1</sup>، في بيان طبيعة الدعوى إلى القول بأنها سلطة عامة ومجردة وموضوعية يلجأ بمقتضاها الشخص إلى القضاء. فهي حق دائم من الحقوق العامة، التي لا يجوز أن يتنازل عنها الفرد على وجه مطلق، ولا تتأثر بطبيعة الحق المدعى أمام القضاء. ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن اعتبار الدعوى حقاً شخصياً أو مركزاً قانونياً، فهي حالة والشخص عندما يباشر هذه الرخصة إنما يباشر حرية من الحريات العامة التي ينظمها القانون، والتي ينظمها القانون والتي تعبر عن أهلية الشخص. ويقرر أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفاء، أن الدعوى هي "سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أولحماية"<sup>2</sup>.

### ثانيا: الدعوى حق شخصي:

ويذهب مؤسس المدرسة الحديثة<sup>3</sup>، إلى أن طبيعة الدعوى هي حق شخص في مواجهة شخص آخر مضمونه الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة ومنح المدعى حماية قضائية معينة. وهذه الفكرة وحدها هي التي تتفق مع مركز الدعوى باعتبارها وسيلة الحماية القضائية. فالقانون عندما ينظم القضاء لتطبيق القانون وحماية الحقوق لا يكفي أن يضمن للفرد التجاه إلى القضاء أو سماع أدائه، وإنما لا يكفي أن يضمن للفرد التجاه إلى القضاء أو سماع ادعاءه، وإنما يجب أن يمنحه الحق في الحماية إذا كان يستحقها.

<sup>1</sup> عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 230.

<sup>2</sup> د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية، ط12، المرجع السابق، ص98 بند 91.

<sup>3</sup> د. والي، فتحي، الوسيط، المرجع السابق، ص58، 59، بند 27.

وقد أخذ على هذه الفكرة أنها تعلق وجود الدعوى على نجاحها، إذ هي لا تعترف بالدعوى إلا لصاحب الحق، وهو ما لا يمكن معرفته بعد مباشرة الدعوى<sup>1</sup>، ولكن هذا ما تمليه طبيعة الدعوى باعتبارها وسيلة لتحقيق غاية معينة. فالدعوى وسيلة لحماية الحق الموضوعي. ولا يتصور الاعتراف بهذه الوسيلة إلا لمن لديه الحق. وإلا أصبحت وسيلة لحماية صاحب الحق ومن ليس صاحبه<sup>2</sup>.

### ثالثاً: الدعوى ادعاء وليست حق:

يذهب جانب من الفقه<sup>3</sup> إلى أن الدعوى ادعاء لدى القضاء، ولقي هذا التحديد لطبيعة الدعوى قبولاً لدى البعض<sup>4</sup> بأن هذا التحديد هو المعنى المقصود في القانون الإجرائي، فالمقتضيات التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى كالمصلحة والصفة ليست في حقيقتها سوى أوصاف في الادعاء، وتصوير الدعوى كادعاء يبرزها في حالة حركة لا في حالة سكون<sup>5</sup>.

### أساس الخلاف:

والحقيقة أن أساس الخلاف في تعريف الدعوى، هو عدم الاتفاق على الاصطلاح من ذاته. وكذلك ذهب رأي<sup>6</sup> إلى أن الدعوى تشمل على ادعاء معين يطلب من القاضي الحكم فيه، فهي سلطة قانونية ممنوحة للشخص في أن يلجأ إلى القضاء ليقرر له حقاً يدعيه أو ليحصل على حماية هذا الحق الذي اعتدى عليه، وأن الدعوى حق يثبت في مواجهة الشخص الذي رفعت عليه الدعوى. وهذا الخصم وهو الطرف السلبي إذ أنه لا يلزم بأداء شيء إزاء هذا الحق، وإنما فقط في حالة خضوعه للآثار القانونية التي يربتها هذا الحق. فحق الدعوى كما أظهره العلامة "كيوفندا" من الحقوق المنشئة أو الحقوق الإدارية التي تخول صاحبها سلطة إحداث آثار قانونية بمحض إرادته ما دام هذا يوافق إرادة القانون<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> د. سعد. إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج1، 1974، ص128، بند 44.

<sup>2</sup> د. إبراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 147.

<sup>3</sup> د. مسلم، أحمد، أصول المرافعات، 1971، ص375، بند 244. وفي الطبعة الأخيرة 1979، قرر أن الدعوى هي وسيلة تحريك القضاء.

<sup>4</sup> د. وجدي راغب، ص453.

<sup>5</sup> د. إبراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 148.

<sup>6</sup> د. سعد. إبراهيم نجيب، المرجع السابق، ص128، 129.

<sup>7</sup> د. إبراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 148.

## الفرع الاول: طبيعة الدعوى وتكييف الدعوى

هناك خطأ شائع في "لغة القانون" باستخدام اصطلاح "التكييف" مقام اصطلاح "الطبيعة". ويراد بالتكييف على هذا النحو<sup>1</sup> البحث في طبيعته. فيقال طبيعة المسألة أو تكييف المسألة، وهذا ليس يجب إزالته<sup>2</sup>، إذ أن اصطلاح "التكييف" يجب أن ينصرف إلى الدعوة المطروحة على القاضي للحكم فيها، فهولازم من لوازم الدعوى، بدونه لا يستطيع القاضي مباشرة وظيفته القضائية، ولا يجوز أن ينصرف أو يسحب هذا الاصطلاح على ما سوى الدعوى، وإلا وقعنا فنياً في خطأ قانوني، ثم أننا بذلك نحافظ على اصطلاح متميز لإثراء لغة القانون.

وترتيباً على ما تقدم، فهناك تحديد نطاقي لكل من تكييف الدعوى وطبيعتها، ينحصر في الآتي:

### أولاً: من حيث شخص القائم بالعمل

بحث طبيعة الدعوى يقوم به الفقه نظراً لصفته النظرية البحتة، أما التكييف فتقوم به محكمة الموضوع نظراً لطبيعتها العملية. فهوليس مجرد عمل نظري من أعمال المعرفة يعكس حقائق في الماضي، كما هو الأمر بالنسبة للطبيعة، إذ لا يجوز للقاضي أن يبحث في طبيعة الدعوى، وإلا خرج عن نطاق وظيفته. فالمحاكم تباشر وظيفة القضاء وليست معاهد وكليات للبحث والمعرفة. كما أنه لا يجوز للفقيه مباشرة التكييف مهما كان مركزه العلمي، فهوليس بقاضي، وهومفترض أساس للعمل القضائي<sup>3</sup>.

ومع ذلك نجد أن القاضي تحت ستار التكييف يقوم ببحث في طبيعة المسألة المعروضة عليه، ونظراً لعلمه أنه دخل منطقة محظورة عليه، ولكنه ارتأى ضرورة قيامه بذلك البحث ليصل منه إلى نتائج قانونية، فأسبغ عليه "وصف التكييف" وهوفي جوهره ليس إلا ببحث محرم عليه، وكما قضت بذلك محكمة القاهرة للأمور المستعجلة (مستأنف) أن الوصف الصحيح والتكييف القانوني السليم لجهاز المدعى العام الاشتراكي أنه هيئة قضائية، وليست سلطة إدارية تنفيذية. ومن ثم تكون

<sup>1</sup> أنظر: د. أمينة النمر، أوامر الأداء، 1975، ص39، 55، بندي 9، 19.

<sup>2</sup> وقد وقع في هذا اللبس أستاذنا المرحوم السنهوري. أنظر الوجيز، 1966، ص425، 805، 1069، 1135، 1116.

<sup>3</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 149.

قرارات هذا الجهاز وأوامره هي قرارات قضائية يمارسها المدعي العام ومعاونيه بوصف أنه يمارس وظيفة قضائية، كوظيفة النيابة العامة...<sup>1</sup>.

ونظرية تكييف الدعوى تبدو فائدتها وأهميتها في هذا المقام. وتكشف بما لا يدع مجالاً للشك في أن الحكم المتقدم قد اغتصب عملاً للفقهاء أو للمشرع وتجاوز نطاقه في التكييف، إذ أن التكييف القانوني الصحيح هو ما يرد على دعوى فقط، وما عدا ذلك فهو تكييف غير قانوني<sup>2</sup>.

وإذا كانت القاعدة أن القائم بالتكييف هي محكمة الموضوع، إلا أنه يوجد استثناء ورد على ذلك في حالة "التكييف التشريعي"، وهناك استثناء آخر مؤداه أن محكمة القانون "محكمة النقض" تقوم بالتكييف القانوني السليم في حالات معينة.

### ثانياً: من حيث طبيعة العمل

البحث في "الطبيعة" هو عمل فني معتمق وفلسفي في إطار القانون، ولذلك فهو يدخل في "علم فلسفة القانون"، ولذلك، كان البحث يتصف بالعموميات والتجريد وهو سابق بحث التكييف، أما بالنسبة للتكييف فهو عمل قانوني قضائي جزئي ولاحق.

### ثالثاً: من حيث الالتزام

ما يصل إليه الفقيه من نتائج حول بحثه في "طبيعة المسألة" يكون عبارة من رأي شخص أو اجتهاد فقهي يفتقد فيه عنصر "الالتزام". أما ما يصل إليه القاضي عن طريق "التكييف" فهو حكم قضائي ملزم لطرفي الدعوى، والالتزام خصيصه جوهرية ما بين العملية، ولكن فرض "طبيعة المسألة" إلا بالالتزام التشريعي خاص، وأما الالتزام بالنسبة للقاضي فهو يستمد من القانون مباشرة وبصفة دائمة وعامة<sup>3</sup>.

### رابعاً: من حيث الاتفاق

الإجماع منعقد على عمل "التكييف" والاختلاف على أشده على عمل الطبيعة، وذلك لاختلاف مناهج الفكر القانوني للباحثين عن "الطبيعة"، وذلك لاختلاف مناهج الفكر القانوني للباحثين عن

<sup>1</sup> حكم مستأنف مستعجل القاهرة جلسة 1979/4/28، المحاماة، ع5، 6 مايو ويونيو 1979، ص49.

<sup>2</sup> أنظر مؤلفنا "الوجيز في المرافعات"، 1981، ص225.

<sup>3</sup> أنظر مؤلفنا في الوجيز في المرافعات سالف الإشارة إليه، ص199.

"الطبيعة". أما عن التكييف فمهما كان الخلاف حول موضوعها فلا بدّ من إعمال التكييف وفق ضوابط محددة.

## الفرع الثاني: تأثير نوع وطبيعة الدعوى على تكييفها:

### تأثير الدعوى على "تكييفها":

ويترتب على ما تقدم، أن هناك نطاق مستقل ومجال محدد "للتكييف" ولطبيعة الدعوى، ومع هذا التمييز وأنه مهما كان الخلاف المحتدم والمستعر حول تحديد طبيعة الدعوى سواء في الفقه المصري أو الفرنسي فهو خارج عن "دائرة التكييف المغلقة" على القاضي "في محراب العدالة"، إلا أن هناك في واقع العمل تأثير وتأثر مباشر على عملية التكييف، فما يعد دعوى هوبحث داخل في طبيعة الدعوى أساساً، يتسع ويضيق، تبعاً لمفهوم الفقه حولها، والنتيجة الخطيرة بالنسبة للتكييف طالما أنه مرتبط "بالدعوى" فلا يمكن مباشرته على غير الدعوى، بحيث إذا كيف القاضي غير الدعوى لم يكن هذا تكييفاً قانونياً ولن تترتب عليه النتائج القانونية المترتبة على "تكييف الدعوى".

### امر التنفيذ (أمر الاداء) دعوى خاصة ذات "تكييف قانوني خاص":

نصت المادة 201 قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1986 المعدل<sup>1</sup> على امر الاداء. فيما نصت المادة 8 ان التنفيذ الجبري يكون بسندات هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية والنظامية والشرعية ومحاضر التسوية القضائية والصلح التي تصدق عليها المحاكم النظامية والشرعية وأحكام المحكمين القابلة للتنفيذ والسندات الرسمية والعرفية وغيرها من الأسناد التي يعطيها القانون هذه الصفة<sup>2</sup> ونصت لمادة 27 على ايداع السند الاصيلي ونصت المادة 28 اداء

<sup>1</sup> مادة 201 قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1986 المعدل - استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداء، تتبع الأحكام الواردة في المواد التالية، إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء، وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار، أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه أو مقداره وتتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الإحتياطي لأحدهم أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة في رفع الدعوى.

<sup>2</sup> مادة ( 8 ) . 1- لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحقوق مؤكدة في وجودها ومحددة في أطرافها ومعينة في مقدارها وحالة الأداء. 2- الأسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية والنظامية والشرعية ومحاضر التسوية القضائية والصلح التي تصدق عليها المحاكم النظامية والشرعية وأحكام المحكمين القابلة للتنفيذ والسندات الرسمية والعرفية وغيرها من الأسناد التي يعطيها القانون هذه الصفة.

الدين من المظهرين والكفيل بعد الاحتجاج ونصت المادة و32 اثر اعتراض المدين على التنفيذ<sup>1</sup> من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 وقد اختلف الفقه حول طبيعة أوامر الأداء من حيث هل تعتبر دعوى قضائية أم لا. وهكذا اختلف الفقه حول طبيعة أمر الأداء. ونذهب مع جانب من الفقه، إلى القول بأن أمر الأمر عمل قضائي له كل مقومات العمل القضائي، ويترتب نفس آثاره، فهو يجوز حجية الأمر المقضي، ويحوزا القوة التنفيذية تماماً كالحكم القضائي الذي يصدر في دعوى إلزام. ولكنه يختلف عن الحكم في أنه يفصل في دعوى إلزام، ولكنه يختلف عن الحكم في أنه يفصل في دعوى ذات طبيعة خاصة إذا الدعوى العادية ترمي إلى قرار يصدر بعد تحقيق كامل. أما دعوى أمر الأداء فهي ترمي إلى قرار بعد تحقيق غير كامل، ونتيجة لهذا، فإن إجراءات خصومة الأداء هي إجراءات خاصة تختلف عن الخصومة العادية. هذه الإجراءات الخاصة لخصومه الأداء تعطي لها هيكلًا خاصاً يختلف عن هيكل إجراءات خصومة الإلزام تعطي التي تنتهي بحكم إلزام، كما أنها تختلف عن هيكل إجراءات الأوامر على العرائض، ولهذا فأمر الأداء، ليس في إجراءاته وشكله حكماً، كما أنه ليس أمراً على عريضة، فهو عمل قضائي يصدر نتيجة خصومة قضائية خاصة في شكل خاص.

### الأمر على عريضة خارج نطاق التكليف لأنه ليس "دعوى":

وإذا ما كان الفقه الغالب في تحديده لطبيعة أمر الأداء اعتبره دعوى قضائية بالمفهوم الفني للدعوى حسب قانون المرافعات، واستند في ذلك إلى حجج سائغة، فإن الإجماع انعقد على أن الأوامر على العرائض من حيث طبيعتها ليست دعاوى، وإنما طلب ايقاع الحجز التحفظي وفق ما جاء في

<sup>1</sup> مادة 27 للدائن بدين من النقود (إذا كان دينه حال الأداء ومعين المقدار وثابتاً بالكتابة بسند عرفي أو بسند مصدق لدى كاتب عدل أو بورقة من الأوراق التجارية القابلة للتظهير) أن يراجع دائرة التنفيذ لتقوم بتحصيل الدين بعد تقديمه طلباً إليها بذلك مقروناً بإيداع سند الدين الأصلي. مادة 28 يجوز للدائن أن يطلب من دائرة التنفيذ تحصيل دينه من المظهرين والكفلاء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاحتجاج إذا كان هذا الاحتجاج يتطلبه القانون. مادة 32-1 إذا اعترض المدين في الميعاد المحدد وأنكر الدين أو بعضه أو أنكر استمرار قيامه في ذمته، كلف الدائن بمراجعة المحكمة المختصة لإثبات ما وقع الإنكار عليه، وتقام الدعوى بالإجراءات المختصرة وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية -2. إذا كان الدين محل الاعتراض ثابتاً بسند عرفي يكون للاعتراض أثر مانع من التنفيذ إلى أن يتم الفصل في دعوى الدائن ما لم يصدر من المحكمة التي تنظر الدعوى قرار بالاستمرار فيه -3. إذا كان الدين محل الاعتراض ثابتاً بسند مصدق لدى كاتب العدل أو بورقة من الأوراق التجارية القابلة للتظهير، لا يؤثر الاعتراض في التنفيذ الذي يجب أن تبادر إليه الدائرة ما لم يصدر قرار من المحكمة المرفوع إليها الدعوى بوقفه.

المادة 266 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001<sup>1</sup>، والقاضي يباشرها ليس بموجب سلطة قضائية، وإنما بموجب سلطة الولائية. وأن العمل الولائي ليس قضاءً، ويوجد اختلاف بين أوامر الأداء والأوامر على العرائض في عدة نواحي وهي:.

**أولاً: من حيث الطبيعة والجوهر:** يوجد خلاف أساسي بين أوامر الأداء والأوامر على العرائض، فإن القاضي في الأوامر على العرائض تصدر عن سلطته الولائية، أما أوامر الأداء فإنها تستند إلى سلطته القضائية، لأنها تقرر إجراء وقتياً وإنما تتضمن إثبات الحق لأحد الخصمين، وإلزام الآخر بأدائه. فهي إذن تحسم الخصومة وتتناول موضوع الحق، وتشتمل على عنصري الحكم القضائي وهما التقرير والإلزام<sup>2</sup>. بينما نجد ان المشرع الفلسطيني اخذ بضرورة التكييف حتى في طلبات الحجز التحفظي وتعيين قيم ومنع السفر في المواد 266 و274 و277. ويتدل على هذا التوجه من خلال المادة 274 التي ينيط بالمحكمة في حال رات ان الطلب عادل ان تقرر فيه، وهذا يستوجب حتماً تكييف للطلب وتقدير للبينه. كما جاء في المادة 277 في منع السفر إذا اقتنعت المحكمة بناءً على ما قدم إليها من بينات، هذا يستوجب تكييف للطلب وتقدير للبينه. كما يستدل على هذا التوجه بقابلية هذه القرارات للاستئناف ويستبعد ان تكون القرارات غير القضائية قابلة للاستئناف وان كانت قابلة لطرق اخرى للطعن وبالتالي فان المشرع الفلسطيني وبراي الباحث قد نظر الى هذه الطلبات كنوع من الطلبات القضائية التي تستوجب التكييف وبذلك يكون قد خالف المشرع المصري في هذا التوجه.

**ثانياً: العمل القضائي في خصومة يحوز حجية الأمر المقضي:** أما العمل الولائي فلا يجوز هذه الحجية ولو صدر بعد تحقيق أجره القاضي، ولهذا، فإن طالب العمل الولائي يستطيع إعادة تقديم

---

<sup>1</sup> مادة 266 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001. فقرة 1- للدائن أن يقدم طلباً مؤيداً بالمستندات لإيقاع الحجز التحفظي على أموال المدين سواء كانت بحيازته أم لدى الغير قبل إقامة الدعوى أو عند تقديمها أو أثناء السير فيها إلى قاضي الأمور المستعجلة أو المحكمة المختصة بالدعوى. فقرة 2- يجب أن يقترن طلب الحجز بكفالة تضمن ما قد يلحق بالمحجوز عليه من عطل وضرر إذا ظهر أن طالب الحجز غير محق في دعواه. فقرة 3- يجب أن يكون مقدار الدين معلوماً ومستحق الأداء وغير مقيد بشرط، وإذا كان مقدار الدين غير معلوم عينته المحكمة على وجه التقريب. فقرة 4- لا يجوز أن يحجز من أموال المدين إلا بما يفي بمقدار الدين والرسوم والنفقات ما لم يكن المال المحجوز غير قابل للتجزئة.

<sup>2</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 155.

نفس الطلب الذي سبق رفضه، كما أنه يستطيع رفع دعوى موضوعية، ولو كان هناك تعارض بينها وبين الطلب الولائي السابق رفضه<sup>1</sup>.

**ثالثاً: من حيث التكليف بالوفاء يتميز نظام أوامر الأداء عن الأوامر على العرائض، بأنه يجب أن يسبق استصدار أمر الأداء تكليف المدين وتبنيه إلى الإجراء الذي سيتخذ ضده، أما الأمر على العرائض فلا يشترط أن يسبقها شيء من ذلك، ولعلّ هذا راجع إلى اختلاف في الطبيعة، لأن إلزام الشخص بالدين يقتضي سبق إعداره، أما الأوامر على العرائض فإن طبيعتها تقتضي المفاجأة والمباغته<sup>2</sup>.**

**رابعاً: من حيث انعدام النزاع:** حيث يستلزم القانون لإمكان اتخاذ إجراء تحفظي "أمراً" من القضاء بذلك، وبشرط ألا يكون ثمة "نزاع" قائم من قبل، لا يكون الالتجاء بدعوى حيث لا نزاع أولاً خصم، وإنما يكون الالتجاء "بعريضة"<sup>3</sup>. بينما فرق قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 بين طلب ايقاع الحجز التحفظي الذي لا يوجب وجود دعوى قائمة قبل تقديم الطلب في المادة 267 إذا وقع الحجز قبل إقامة الدعوى فيجب على طالب الحجز أن يقيم دعواه خلال ثمانية أيام من تاريخ قرار الحجز وإلا اعتبر القرار كأن لم يكن. اي يجوز للمستدعي تقديم طلب الحجز سابق لإقامة الدعوى ويجوز تقديم الطلب اثنا نظر الدعوى. بينما اوجبت المادة 274 عند تقديم طلب لتعيين قيم على مال وجود قضية قائمة واوجبت المادة 277<sup>4</sup> عند تقديم طلب منع من السفر وجود قضية قائمة.

**خامساً: من حيث طرق الطعن:** في الأوامر على العرائض طريق الطعن الوحيد فيها هوالتظلم منها إلى القاضي الأمر أوالمحكمة المختصة أوالمحكمة التي تنتظر الدعوى الأصلية، والتظلم من الأمر

<sup>1</sup> د. والي، فتحي - الوسيط ص. 45 بند 44.

<sup>2</sup> د. ابراهيم. محمد محمود. مرجع سابق. ص 155 نقلا عن د. جميعي عبد الباسط . ص 287.

<sup>3</sup> د. مسلم، احمد. اصول المرافعات. الطبعة الاخيرة 1979 بدون دار نشر. ص 639 بند 605.

<sup>4</sup> المادة 277 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 إذا اقتضت المحكمة بناء على ما قدم إليها من بيانات بأن المدعى عليه أوالمدعي الذي أقيمت ضده دعوى متقابلة قد تصرف بجميع أمواله أوهربها إلى خارج فلسطين وأنه على وشك أن يغادرها وذلك بقصد عرقلة تنفيذ أي قرار قد يصدر في حقه جاز لها أن تصدر مذكرة تأمره المثل أمامها وأن تكلفه بتقديم كفالة مالية تضمن ما قد يحكم به عليه، فإذا امتنع عن تقديم الكفالة تقرر منعه من مغادرة البلاد لحين الفصل في الدعوى.

ليس له ميعاد، أما أوامر الأداء بطريق الطعن فيها أولاً المعارضة "التظلم"، وثانياً بالاستئناف<sup>1</sup>. بينما طرق الطعن في القانون الفلسطيني في (الامر على عرائض) طلب الحجز التحفظي يكون الطعن بموجب المادة 271 والمادة 278. حيث نصت المادة 271 تقديم طلب لرفع الحجز التحفظي لدى نفس المحكمة كما اوجبت تبليغ المدين بقرار الحجز الواقع على أمواله خلال أسبوع من تاريخ الحجز عليها، ويجوز له تقديم طلب لرفع الحجز إلى المحكمة التي أصدرت القرار، وللمحكمة أن تقرر رفع الحجز بكفالة أو بدونها. ولم يحدد القانون مدة لتقديم طلب رفع الحجز وبالتالي للمحجوز عليه الحق في تقديم طلب لرفع الحجز التحفظي لدى ذات المحكمة التي اصدرت قرار الحجز وينظر في الحالتين تدقيقاً فقط. وقد منحت المادة 278 لكل القرارات الصادرة تكون القرارات الصادرة في الحجز التحفظي أوتعيين قيم أو المنع من السفر قابلة للاستئناف. بموجب المادة 205 فقرة 1- يكون ميعاد الطعن بالاستئناف ثلاثين يوماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

## المطلب الثاني: الاثار المترتبة على تقديم الدعوى القضائية:

### الفرع الاول: تطور شكل الدعوى القضائية.

وقد مر اسلوب تقديم الدعوى القضائية في القانون الروماني بثلاث مراحل من مرحلة تقديم الدعوى بصورة شفوية بعبارة رسمية دقيقة ينطق بها المدعي وأي خطأ في ذلك يعرضه الى فقدان حقه، والمرحلة الثانية توثيق الدعوى وموافقة الخصوم بعقد خطي باللجوء على عرض النزاع على المحكمة وكان يترتب على تقديم الوثيقة الخطية ترتيب عناصر الدعوى في حدود هذه الوثيقة ولا يجوز بعد ذلك تعديل اي شي من تلك العناصر في الوثيقة، وقد اطلق على هذا الاسلوب بالدعوى القانونية وذلك لأنها صدرت بموجب قوانين وكانت تتصف بالرمزية القانونية لأنها تخضع لالفاظ محددة. والمرحلة الثالثة وهي ومرحلة الدعاوى غير العادية بطلب اذن خطي قبل تقديمها للمحكمة<sup>2</sup>. اما في الفقه الإسلامي فلم تعرف هذه الشكلية وهذا التعقيد في الإجراءات القضائية، اذ

<sup>1</sup> د. ابوهيف، عبد الحميد - المرافعات المدنية والتجارية - طبعة ثانية ج 2 ص760 بند 21063.

<sup>2</sup> د. دولبي، محمد معروف. الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها \_ دمشق الجزء الثاني ص.69. بدون وسيلة نشر.

ان اهم واظهر شمائل الشريعة الغراء في جانبها القضائي هوتجريدها من الأمور غير المعقولة والشكليات غير المنطقية والتي كانت سمة ما سبقها من قوانين بالإضافة الى استنادها على قواعد العدل المطلق في كل شيء. ومنع الضرر فالحاكم عليه ان يدور مع الحق اثناء نظر الدعوى لأنه لا ضرر ولا ضرار ولان الحاكم عليه توخي العدل واحقاق الحق<sup>1</sup>. والمرحلة الحالية فيجب تقديم الدعوى بصورة تحريرية ويحدد الأطراف الطلبات بصورة جلية، وان الفقه الإسلامي لا يسمع الدعوى الا محررة الا في وصية والإقرار<sup>2</sup>.

اما في ظل القوانين الحديثة فان الدعوى يجب ان تقدم بصورة تحريرية كقاعدة عامة وان يتضمن ما يحدد اطراف الدعوى والامر المطالب به بصورة جلية وإذا كان هذا التحديد مفيد لاطراف النزاع فانه مفيد أيضا لمحكمة الموضوع حتى يتمكن القاضي من ان يصرف قدراته والى التوجيه السير في الدعوى وهو مطمئن الى اثبات معالمها ثابتا نسبيا يمنع انكماشها واتساع نطاقها على نحو جوهري ويغير معالمها راسا على عقب ويمنع من اتساع الدعوى صراعا مائعا يطول اجله ولا يسهل فضه وتمضي الدعوى في طريق يبدو وكأنه لا نهاية له، ولا شك ان ربط الاجراء في الغاية منه يؤدي الى جعل الشكل أداة نافعة في الدعوى وليس مجرد قالب مجرد من اية حكمة كالشكليات التي يعرفها القانون الروماني في عهد دعاوى القانون<sup>(3)</sup>.

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامي فان مسألة تصحيح الدعوى معروفة فقد ذكر الفقيه ابن فرحون تحت فصل كيفية تصحيح الدعوى لا يشترط في المدعي ان يسأل القاضي النظر بينهما بما يوجه الشرع قال ابن سهيل إذا أنقص المدعي من دعواه ما فيه بيان مطلبه امره \_ الحاكم \_ بتمامه وان اتى باشكل امره ببيانه فاذا صحت الدعوى سأل الحاكم المطلوب عنها. ويتضح ان الفقهاء المسلمون عرفوا التمييز بين الوقائع والنص الواجب التطبيق وان مهمه الخصوم تتحصر في امداد الحاكم بالوقائع بعد ان يقوم بتكييف الدعوى بما يراه ملائما لطبيعة الوقائع. وهذا ما قاله الامام ابن القيم

<sup>1</sup> د. الناهي صلاح، الدين. فذلكة في الاثبات القضائي الإسلامي. مجلة القانون المقارن العراقية العديدين الرابع والخامس لسنة 1972 ص448. نقلا عن د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 83.

<sup>2</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 84 هامش. راجع اقوانين المشار اليها في الصفحة 49 هامش رقم 5. اما في نطاق الفقه الاسلامي فذهب الامام ابن قدامة الى ان الحاكم لا يسمع الدعوى الا محررة الا في وصية او الاقرار.

<sup>3</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 89.

الجوزية لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق الا بنوعين من الفهم احدهما فهم الواقع والفقهاء فيه واستنباط ما وقع فيه بالقرائن والامارات والعلامات حتى يحيط به علما. والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه اوعلى لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق احدهما على الاخر<sup>1</sup>.

## آثار رفع الدعوى بالنسبة لمحكمة الموضوع:

### اولا: التزام المحكمة بالفصل في موضوع الدعوى

التزام القاضي بالفصل في الدعوى والا عد القاضي مرتكبا لجريم انكار العدالة سواء وجد نص يعالج موضوع النزاع ام لم يوجد. لان الفصل في جميع المنازعات واجب على الدولة ممثلة بالمحكمة، وتعتبر جريمة انكار العدالة متحققه سواء امتنع الحاكم عن نظرها وتاخر في حسمها<sup>2</sup> وهذا ما اخذ به المشرع الفلسطيني بموجب المادة 164<sup>3</sup> قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 نصت عليه المادة 30 من قانون المرافعات العراقي بقولها (لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتعا عن احقاق الحق. ويعد أيضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق) وهذا الامر هو ماخوذ به نطاق الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي المقارن.

وبهذا السياق والفقهاء الإسلامي يقوم على أساس ان الفصل في الدعوى الناس فرض على القاضي، لأنه احقاق للحق ورفع الظلم هو واجب على القاضي على الفور والأصل في الفقه الإسلامي ان القاضي لا يستطيع البدء في الدعوى ليصدر حكمه فيها الا إذا جاء صاحب الشأن وطلب ذلك

<sup>1</sup> اعلام الموقعين الجزء الاول الصفحة 94 احمد محمد المنقور التميمي النجدي - الفواكه العديدة في المسائل المفيدة. الجزء الثاني - دمشق 1960 صفحة 99. نقلا عن. د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. هامش ص 99.

<sup>2</sup> قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته المنشور في الوقائع العراقية - رقم العدد: 3015 | تاريخ: 1951/8/9 | رقم الصفحة: 243 مجموعة القوانين والانظمة - | تاريخ: 1951 المادة الاولى 1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها اوفي فحواها. 2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

<sup>3</sup> قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني مادة 164 لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه.

بإدعاء يقدم بصدد الحق المطلوب. وهذا معنى قول الفقهاء ان المدعي لا يجبر على الخصومة لان الحق الذي اعتدي عليه يعود له ولا يعود للقاضي والأنسان حر في المطالبة بحقه اوالتنازل عنه<sup>1</sup>، ولا تجوز رفع الدعوى المدنية بدون مصلحة واشتراط المصلحة مناط قبولها وهذا ما ذهب له فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>، ولكن بعض القوانين ومنها القانون الفلسطيني والمصري والسوري والعراقي يشترط توفر احتمالية المصلحة قبل رفع الدعوى والى تحققها وقيامها اثناء نظر الدعوى. الفقه الاسلامي ليس للقاضي الامتناع عن الحكم فيما يرفع اليه من الدعاوى مهما كانت دقيقة وشائكة ولذا اجيز له الاجتهاد ومشاورة الفقهاء قبل الحكم. وفي هذا يقول الفقيه ابن فرحون ان القضية اذا كانت شائكة فيكشف عن حقيقتها في الباطن ويستعين بذلك على الوصول الى الحق ثللا يخرج عن الواجب<sup>3</sup>.

ثانيا: التزام محكمة الموضوع بما ورد في لائحة الدعوى

هذا يبدو في صورتين:

الصورة الاولى: ليس للمحكمة اغفال الفصل في اي طلب مقدم لها بصورة صحيحة، وعليه فاذا رات المحكمة رفض طلب ما فعلها ان تبين اسباب الرفض، لا تستطيع ان نكتفي باغفال اوتجاهله، لانها ملزمة بالبت في كل طلب مقدم لها ما لم يعود ويتراجع صاحبه عنه<sup>4</sup>.

الصورة الثانية: ليس للمحكمة الحكم خارج ما قدم لها من طلبات، لذا فانها لا تستطيع الحكم بغير اأكثر مما طلبه الخصم. ومع ذلك فقد عطلت بعض التشريعات العربية صلاحية للمحكمة أرحب مجالا في هذا النطاق فقد نصت المادة 77 من قانون الاجراءات المدنية الصومالي رقم 19 لسنة 1974 (يجب على القاضي ان يفصل في جميع الطلبات دون ان يتجاوز حدودها، ويجوز له مع ذلك ان يحكم في مسائل لم يطلب الخصوم منه الحكم فيها اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك).

<sup>1</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى "رسالة دكتوراه" مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان وسط البلد ساحة الجامع الحسيني طبعة أولى 1997 ص. 70.

<sup>2</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 73.

<sup>3</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 108.

<sup>4</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 112.

لان مهمة المحكمة تطبيق القانون على احسن وجه واتمه<sup>1</sup>. بينما المشرع الفلسطيني لم يأخذ بهذا التوسع وهذا ما نصت عليه المادة 251 من قانون اصول المحاكمات المدنية<sup>2</sup>.

**ويتضح من عرض الاثار المترتبة على تقديم الدعوى:**

**اولا:** ان الشكلية في الطلب القضائي وهي وسيلة لتحقيق هدف، لذا فأنها تعتبر قد ادت الغرض منها كلما أمكن تحقيق هذا الهدف الامر الذي يؤدي الى التقليل من حالات البطلان الناتجة عن عدم مراعاة الشكلية التي يطلبها القانون، مما ينتج عنه سرعة في حسم النزاع، وفي ذلك مردود ايجابي كبير للمحكمة والمتقاضين. فربط الشكل بالغاية منه، يجعل الشكلية مستساغة بالقدر الذي يحقق هذه الغاية ويصبح في ظلها التمسك بالبطلان ضرب من الاغراق في الشكل غير مستساغ في التشريع الحديث<sup>3</sup>. على ان لا ينقص ذلك بطبيعة الحال ما تكفله الاجراءات الشكلية من ضمانات للخصوم في هذا النطاق<sup>4</sup>.

**ثانيا:** ضرورة منح المحكمة بالاضافة الى طرفي الدعوى صلاحية تعديل بعض بيانات الدعوى لازالة ما تثيره من تجهيل كلما كان ذلك ممكنا وضروريا للوصول الى حكما عادل عاجل فيها. ويرى الباحث في هذا السياق ان المادة (120) من قانون اصول المحاكمات المدنية الفلسطيني والتي تنص (1- تكلف المحكمة الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وبعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف في المسائل المتعلقة بالدعوى ويدون ذلك في محضر الجلسة)،

---

<sup>1</sup> قانون الاجراءات المدنية لجمهورية الصومال الديمقراطية في 27 تموز 1974 تحت رقم 19 واعتبر ساري المفعول اعتبارا من 1974/10/21 - النشرة الرسمية الصومالية السنة الثانية ملحق رقم 1 الى 7. نقلا عن د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص115.

<sup>2</sup> مادة 251 فقرة 5 قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 يجوز للخصوم الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام النهائية في إحدى الحالات الآتية: -5- إذا قضي الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه -6- إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض.

<sup>3</sup> قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني مصدر سابق. 1- يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، وإذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء -2. لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء. مادة 25 يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولوبعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه.

<sup>4</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 108.

بمعنى تحديد الوقائع والمنتزاع عليها بحيث تقدم البيانات والاثبات على هذه الوقائع، وهذا هو مناط الادعاء والتكليف المرتبط بالسبب والطلبات.

### الفرع الثاني: تعيين الوقائع واتساع نطاق الدعوى

للخصوم السيادة في تعيين وقائع الدعوى باضافة وقائع مما يؤدي الى اتساع نطاق الدعوى من حيث الوقائع وللمهم اضافة خصوم من خلال الادخال والتدخل في الدعوى.

### سيادة الخصوم في تعيين الوقائع:

من المفيد في هذا المقام أن نعرض أولاً، موقف الفقه، ثم ثانياً موقف القضاء من سياد الخصوم في تعيين الوقائع.

### أولاً: على ضوء الفقه

ان دور القاضي لا يقتصر على البحث في التفسير للقاعدة القانونية وانما يميل لاسبغ التكليف القانوني الصحيح على الادعاء وذلك يكون اما بتكليفه بداية واما باعادة التكليف للوقائع المنتزاع عليها، وذلك بتعديل التكليف المقترح من الخصوم ولذا فالقاضي ملزم باسبغ الوصف القانوني الصحيح على ادعاءات الخصوم، دون التقييد بتكليف الخصوم لها وذلك في صدد سبب الدعوى حيث ان العبرة بالحقيقة التي قصدها الخصوم لا بالالفاظ التي كتبت بها، ولهذا فان تكليف المدعي لدعواه لا يلزم القاضي ولا يقيد ولا يمنعه من بحث الحقيقة من خلال الطلبات واعطاء الدعوى وصفها وتكليفها القانوني الصحيح<sup>1</sup>.

ويرى البعض ان سلطة القاضي في تطبيق وتفسير القاعدة القانية وتكليف الوقائع المدعى بها غير متقيدة في ذلك بما طرحه الخصوم من قاعدة كاساس لادعاءاتهم، واما يقدمونه من تفسير لها وتكليف الوقائع محل الادعاء يرجع الى مبرر قانوني هام يتمثل في رفض منح القاضي هذه السلطة سيكون انكارا للقاعدة القانونية في حد ذاتها، فعندما ينص المشرع على قاعدة قانونية فانه يريد تطبيقها عن طريق القضاء المنوط به تطبيق ارادة المشرع بانزال الحكم القانوني الواجب تطبيقه على واقعة النزاع<sup>2</sup> ويترتب عن عدم تمكين القاضي من القيام بهذا الدور ان يفقد القضاء

<sup>1</sup> د. عبد الفتاح. عزمي - اساس الادعاء بحث منشور بمجلة المحاماة الكويتية - عدد اكتوبر 1985 ص 82.

<sup>2</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 225.

المدني صفته لخدمة عامة يلجا اليها كل من احتاج اليها الجوهناك فارق كبير بين الارادة والتكليف ذلك الان التكييف عن حقيقه لم تتجه اليها اي من ارادة اطراف الخصومة ومع ذلك فانه اذا توافرت بعض الشروط التي يتطلبها الشكل القانوني لعملية التكليف فمن اممكن ان يتم اختيار تكليف لاجل تحديد اثر قانوني معين سواء عند اعداد تصرف قانوني اوسواء عند صياغة طلب قضائي فالتكليف الذي يدعيه اطراف الخصومة يقوم بوظيفتين الوظيفة الاولى تتمثل في التغيير عن حقيقة الوقائع الوظيفية الثانية تتمثل في تحديد موضوع النزاع لبيان المسائل المتنازع عليها.

### مهمة المحكمة تحديد الوقائع

إن الموقف بالنسبة لقاضي الادعاءات يبدو أكثر تعقيداً من القاضي الجنائي، لأن تعديل التكليف يتم بقصد تأكيد الحقيقة، ومن ثم يجب علي القاضي أن يتجاوز أو يخرج عن نطاق ادعاءات الخصوم. ومن هذا المنطق فان القضاء التقليدي يسير على النهج الذي يري انه في حالة اعادة اعطاء التكليف الصحيح للاعمال القانونية من قبل القاضي امر يثير بعض الصعوبات في التطبيق العملي وذلك لان الاعمال القانونية ليست وقائع كغيرها من الوقائع التي تثار امام القاضي الجنائي ولذا فانه على القاضي المدني ان يسبغ عليها تكييفاً ينطبق وصيغتها الحقيقية الا ان عمله هذا يثير صعوبة تتمثل الخشية من ان القاضي المدني يعطي الادعاء تكييفاً يريده لم يقصده الخصوم ولم يدعوا به<sup>1</sup>،

وفي هذا الصدد ذهب العلامة نورمان<sup>2</sup> قائلاً بأنه عندما ينازع الخصم في التكليف موضوع الادعاء، فعلى القاضي بدون منازعة أن يتخذ الوجهة الصحيحة بالنسبة لأي من وجهتي النظر حيث يجب ألا يقف القاضي مكتوف الأيدي وكما يجري القضاء التقليدي. تاركاً الأمر للتكليفات التي أسبغها الأطراف على العمل القانوني وهي تخالف حقيقته، وإنما يجب عليه أن يعطي التكليف القانوني الصحيح والسليم بالشروط التي تتطلبها مثل هذا التكليف حتى ولو كان مثل هذا التكليف سببه وجهة نظر أخرى لم يتدركها الأطراف ما دام أن هذا التكليف هو الذي ينطبق عليه مثل هذه الشرط الواردة في موضوع النزاع.

<sup>1</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 225.

<sup>2</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 226.

يذهب جانب من الفقه<sup>1</sup> إلى أنه استناداً على مبدأ سيادة الخصوم في الدعوى المدنية، فهم الذين يرسمون للقاضي حدود دعوهم بما يتمسكون به من وقائع وما يقدمونه له من أدلة لإثباتها. ولما كانت الوقائع تبعاً لذلك هي مسألة الخصوم، فقد كان طبيعياً أن تتقيد سلطات القاضي في هذا المجال. ومن هنا جاء حياد القاضي في الدعوى المدنية لحماية وتأكيد مبدأ سيادة الخصوم في مجال الوقائع<sup>2</sup>.

أما الأستاذ " موجبة<sup>3</sup> " فإنه غير بين التكييف أو إعادة التكييف وتغيير السبب، حيث يرى أنه عندما يكيف القاضي قانوناً واقعة لم تكن مكيفة من قبل، فهولا يعدّل السبب وإنما يكمله، وعندما يعيد القاضي تكييف واقعة فهولا يفعل سوى استخلاص السبب الحقيقي.

### ثانياً: على ضوء رقابة محكمة النقض

لقد سارت محكمة النقض المصرية في هذا الاتجاه فتواترت احكامها على التفصيل التالي:  
القاعدة في ذلك أمام محكمة النقض أن محكمة الموضوع غير مقيدة في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها، وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي تتبينه من وقائع الدعوى وتطبيق القانون عليها. وقضت بانه لقاضي الموضوع تكييف الطلبات التي يبديها الخصم قبل الدفوع الشكلية للوقوف على ما اذا كانت تعد تعرضاً لموضوع الدعوى من شأنه ان يسقط حقه في التمسك بهذه الدفوع وهوفي هذا التكييف يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>4</sup>.

وقضت بان تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بانه خطأ اونفي هذا الوصف عنه هومن المسائل التي تخضع قضاة محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض<sup>5</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن تكييف المدعي دعواه تكييفاً خاطئاً لا ينطبق على واقعيتها التي ذكرها في صحيفة دعواه لا يقيد القاضي ولا يصح أن يمنعه من إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، فإذا رفع المدعي دعواه على اعتبار أنها دعوى استرداد حيازة ووصفها

<sup>1</sup> د. صادق، هشام. المرجع السابق - ص 22.

<sup>2</sup> د. صادق، هشام. المرجع السابق - ص 41.

<sup>3</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 232.

<sup>4</sup> نقض مصري. طعن 36/291 - س 23 ق - 1972/4/27 - ص 558.

<sup>5</sup> نقض مصري. طعن 42/262 - س 27 ق - 1976/6/29 - ص 1454.

صراحة بذلك، ولكن كان الظاهر من صحتها أن الحق الذي استمسك به والواقعة التي ذكرها تستلزمان أن تكون الدعوى دعوى منع تعرض، ففهمتها المحكمة على حقيقتها وقضت فيها على أساس هذا التكييف القانوني الصحيح، فلا يصح النعي علي حكمها بمخالفة القانون<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: اتساع الدعوى من حيث الوقائع:

اثناء سير الاجراءات قد يقدم المدعي من الطلبات العارضة التي من شأنها ان تضيف وقائع على الدعوى الاصلية ويجوز للمدعى عليه تقديم مقاصة من شأنها ان تضيق من وقائع الدعوى وله ايضا ان يقدم دعوى متقابلة وبالتالي من الممكن ان يصدر الحكم برد كل اوجزه من الدعوى الاصلية او الدعوى المتقابلة.

### اولا: الدعوى المنضمة والمتقابلة:

ان الادعاء الذي يقوم القاضي بتقديره هو الادعاء الاصيلي الوارد في صحيفة الدعوى بعد امام اتمام تبليغ الخصم وانعقاد الخصومة بشانها<sup>2</sup> ويمكن ان يعرض على الادعاء الاصيلي ادعاء عارض وهو ادعاء طارئ يرد على خصومة قائمة، والادعاء العارض يتميز بانه ليس من طبيعته ان يفتح خصومة جديدة كما هو الشأن بالنسبة للدعاء الاصيلي<sup>3</sup>. وقد برر المشرع العراقي اجازته للدعوى الحادثة<sup>4</sup> بانه يرى ان لها جدواها في انها تحول دون تكرار الدعوى عن ذلك الموضوع وتحقق الفائدة من الخصومة ولذلك اجازها القانون فقرر حق المدعي في ان يعدل دعواه ما دام هذا التعديل لا يمس موضوع الدعوى اما الدعوى الحادثة التي يبديها المدعى عليه فقد اخذ القانون في شأنها شان الدعوى الحادثة التي يرفعها المدعي وتسمى دعوى منضمة والدعوى لحادثة التي يرفعها المدعى عليه وتسمى المتقابلة.

<sup>1</sup> نقض - طعن 41- س 15 ق- 1946/3/21.

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص33.

<sup>3</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 395.

<sup>4</sup> قانون المرافعات المدنية العراقي رقم: 83 سنة: 1969 تاريخ 01-01-1969 مادة 67 تعتبر من الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعى تكملة للدعوى الاصلية أو ما يكون مترتبا عليها أو متصلا بها بصلة لا تقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لاحدهما من شأنه أن يؤثر في الحكم الذي يجب أن يقرر للآخر.

بينما اجاز المشرع السوري<sup>1</sup> والفلسطيني<sup>2</sup> بتقديم الطلبات العارضة الارتباط بينها، هو قيام صلة وثيقة بين دعويين، تجعل من المناسب ومن مقتضيات العدالة وحسن القضاء جمعهما امام محكمة واحدة لكي يحققها وتحكم فيهما وذلك تجنبنا من صدور احكام لا توافق بينهما او هو على حد قول الفقيه الفرنسي علاقة بين دعويينم تجعل الحكم في احدهما مؤثرا في الاخرى. نحن نميل الى هذا التعريف لأنه أكثر انضباطا وتحديدا من الاول<sup>3</sup>، اما المادة (68) قانون المرافعات المدنية العراقي<sup>4</sup> فنصت على ان للمدعي عليه ان يقدم من الطلبات المتقابلة يتضمن المقاصة واي طلب اخر متصلا في الدعوى الاصلية بصلة لا تقبل التجزئة لذا فان تحقق هذا الارتباط يوجب على المحكمة النظر فيه.

الا ان تقدير الارتباط من قبيل السلطة التقديرية التي تتمتع بها محكمة الموضوع على اعتبار ان هذه المسألة مسألة وقائع وفهم الوقائع عمل منطقي لا تراقبه محكمة التمييز مبدا عام في قوانين الاجراءات المدنية بخلاف الحال في قانون المرافعات المصري، ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في استخلاص الارتباط من وقائع الدعوى اما تكيفها له فيخضع لرقابة محكمة التمييز<sup>5</sup>.

فلا يجوز لمحكمة الصلح ان تحكم في الدعوى الحادثة ان لم يكون لها الفصل في الدعوى الاصلية وحدها إذا لم يترتب على ذلك ضرر يسير العدالة، والواجب ان تحكم من تلقاء نفسها باحالة

---

<sup>1</sup> قانون اصول المحاكمات السوري رقم بتاريخ 2005/12/7 المادة 158 تقدم الطلبات العارضة من المدعي أو المدعى عليه إلى المحكمة باستدعاء أو مذكرة ويبلغ ذلك للخصم قبل يوم الجلسة وبعد استيفاء الرسم المتوجب قانونا. المادة /159/ للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة..أ ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى.ب ما يكون مكملا للطلب الأصلي أو مرتباً عليه أو متصلاً به بصلة لا تقبل التجزئة.ج ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله. د طلب إجراء تحفظي أو مؤقت. هـ ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي.

<sup>2</sup> قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001 مادة 97 للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة: - ما يتضمن تصحيح لائحة الدعوى أو تعديل موضوعها لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد إقامتها -2. ما يكون مكملاً للائحة الدعوى أو مرتباً عليها أو متصلاً بها اتصالاً لا يقبل التجزئة -3. طلب الأمر بإجراء تحفظي أو مؤقتي -4. ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلبات الواردة في لائحة الدعوى.

<sup>3</sup> د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 112.

<sup>4</sup> قانون المرافعات المدنية العراقي مادة 68 للمدعي عليه أن يقدم من الطلبات المتقاربة ما يتضمن المقاصة أو أي طلب آخر يكون متصلاً بالدعوى الاصلية بصلة لا تقبل التجزئة.

<sup>5</sup> د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 114.

الدعوى الاصلية والحادثة الى محكمة البداية المختصة لان قواعد الاختصاص النوعي والقيمي من النظام العام وفق نص المادة 40 من قانون اصول المحاكمات المدنية<sup>1</sup>.

### ثانياً: سلطة القاضي في تحديد محل الادعاء

يطلق على محل الادعاء، عادة محل الدعوى، أو محل المطالبة القضائية، فهو ما يطلبه المدعي من القضاء في طلبه. فالمحل الذي يتولى القاضي تقديره هو موضوع القرار المطلوب إصداره من قبله. هذا المحل قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وقد يكون مجرد إلزام شخص بأداء معين، وقد يكون المطلوب هو مجرد طلب تقرير حق أو مركز قانوني معين، وقد يكون المطلوب إنشاء مركز قانوني جديد<sup>2</sup>.

ويرى البعض الآخر من الفقه<sup>3</sup> أن محل الدعوى، هو ما ترمي إليه الدعوى، ويتكون من ثلاثة عناصر القرار الذي يطلب من القاضي:-

- 1- قد يكون تقريرياً<sup>4</sup> أو إنشائياً أو إلزامياً أو قراراً وقتياً، وهنا يختلف المحل باختلاف هذا القرار ولهذا تعتبر دعوى تقرير صحة عقد مختلفة عن المطالبة بتنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد.
- 2- مطالبة الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار: ذلك أن الدعوى التي ترمي إلى تقرير ملكية عقار غير الدعوى التي ترمي إلى تقرير حق الارتفاق.

---

<sup>1</sup> قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001 - المادة 40 فقرة 1- لا تختص محكمة الصلح بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان بحسب قيمته ونوعه لا يدخل في اختصاصها. 2- إذا عرض على محكمة الصلح طلب مما نص عليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط إلى محكمة البداية المختصة ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 389.

<sup>3</sup> د. فتحي والي، مرجع سابق، (الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 68-69).

<sup>4</sup> الحكم التقريري، هو الذي يقرر الحقوق انما يؤكد على حق موجود ويعتبر كاشفاً له ومظهراً لاثاره كمنع المدعى عليه من البناء أو المعارضة في منفعة. والحكم عندما يكون انشائياً فهو يؤسس لوجود حق لم يكن عنصراً متكاملة ومترابطة ويظهره للوجود كالحكم بالمسؤولية عن الفعل الضار من خلال دعوى جزائية ليسنى للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر تجاه المسؤول بالاستناد الى حكم المسؤولية. والقرار الوقي يكون في الاحكام الصادرة في قضايا الامور المستعجلة. والحكم الالزامي هو الذي يفرض على الخصم القيام بعمل سيات ان كان عيني اونقدي. كالزام المدعى عليه اخلاء المايجور اوتسليم العين اودفع مبلغ معين.

3- محل هذا الحق أوالمركز القانوني: ويقصد بذلك أن يكون محل الدعوى، متعلقاً بذات الحق، وأن لا يكون اختلاف في المحل، ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن: أن دعوى صحة ونفاذ عقد بيع جزء من منزل مملوك على الشيوع تختلف في موضوعها عن دعوى الشفعة المتعلقة بهذا الجزء<sup>1</sup>.

وحتى يتمكن القاضي من تحديد محل الادعاء، فإن عليه أن يفحص المراكز الموضوعية للخصوم، وذلك عن طريق فحص مجموع الوقائع التي يتقدم بها المدعي والتي تبسط قانوناً إلى ادعاء بحق أو مركز قانوني. وتقدير هذه الوقائع يعود إلى القاضي بما له من سلطة تقديرية<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: اتساع الدعوى من حيث الخصوم:

##### الأول: سلطة القاضي في تقدير طلب الخصوم لاختصاص الغير

اختصاص الغير معناه تكليف شخصاً خارج الخصومة بالدخول فيها، اما بناء على طلب احد الاطراف اوبناء على امر من المحكمة<sup>3</sup>. وبالتالي فان عبارة عن اجبار شخص من الغير على ان يصبح طرفاً في خصومة قائمة ويعتبر طلب الاختصاص الغير بناء على طلب الخصم طلباً عارضاً يقدمه الخصم في مواجهة الغير وهم صورة دعوى الضمان الفرعية والتي يقصد بها اختصاص شخص من الغير في خصومة قائمة بناء على طلب المدعي اوالمدعى عليه لالزامه بالضمان في مواجهة الطالب، كالتزام البائع بضمان استحقاق المبيع قبل المشتري<sup>4</sup>. والقاضي هوالذي يتولى تقدير صفة الغير، ذلك أن فكرة الغير هي فكرة ذات مفهوم وظيفي متعدد، أي أنه لا يمكن القول بوجود فكرة موحدة للمركز القانوني لمن يعتبر غيراً<sup>5</sup>، ويتم التقدير القضائي

<sup>1</sup> د. فتحي والي، مرجع سابق، (الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 71-72).

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 390-391.

<sup>3</sup> د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 195.

<sup>4</sup> د. راغب. وجدي. مرجع سابق، ص 283.

<sup>5</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 408.

لصفة الغير في حالة اختصام الغير من خلال من كان على صلة بالمركز الموضوعي المتنازع عليه، وذلك بالنسبة لمن كان يصح اختصامه عند رفع الدعوى الأصلية<sup>1</sup>. وبناء على ما تقدم يتضح أن مادة النشاط التقديري الذي يقوم به القاضي من أجل إجابة طلب الخصوم لاختصام الغير في هذه الحالة، يتعلق بالتأكد مما إذا كان المطلوب إدخاله في الخصومة على صلة بالمركز الموضوعي المتنازع عليه<sup>2</sup>، وهذا الأمر هو الفاصل في قبول طلب إدخال الغير في الخصومة القائمة.

ويرى الباحث وفي هذا السياق ان اتساع نطاق الدعوى من حيث الخصومة بإدخال الغير من قبل الخصم الغير او من الخصم هي وسيلة قانونية حددها القانون لحسم النزاع بين جميع اطرافه سواء الخصوم في الدعوى او المدخلين في الدعوى حتى يصدر الحكم في مواجهة جميع من ترتبط بهم المراكز القانونية ويصبح الحكم حجة عليهم وبالتالي انتهاء النزاع، وهذه هي الغاية من مهمة القضاء في حسم النزاع بين الخصوم في المركز القانوني، وقد خذ المشرع الفلسطيني بهذا النهج في المادة<sup>3</sup>، وان القرار الصادر بطلب الادخال قابل للطعن بالاستئناف ويخضع لرقابة محكمة النقض باعتباره اجراء ورد في القانون.

### الثاني: سلطة القاضي في اختصام الغير

يطلق على اختصام الغير بأمر القاضي الاختصام القضائي كونه يتم بناء على أمر القاضي<sup>4</sup>، وإن كان تنفيذه يتم عن طريق أحد الخصوم، وواضح من النص المتقدم أنه يجوز للمحكمة أن تقر بإدخال الغير لأحد غرضين:

<sup>1</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 75.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 410.

<sup>3</sup> مادة (96) 1 من قانون الاصول الفلسطيني. مصدر سابق - يجوز للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند إقامتها. 2- يجوز لمن له مصلحة في دعوى قائمة بين طرفين أن يطلب تدخله فيها بوصفه شخصاً ثالثاً منضماً أو مخصصاً فإذا اقتنعت المحكمة بصحة طلبه تقرر قبوله. 3- يكون القرار الصادر بعدم قبول أو رفض التدخل قابلاً للاستئناف. مادة (225) للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 409.

1- إما لمصلحة العدالة ليصبح الحكم الصادر في الدعوى حجة له أوجهة عليه، وبذلك

يتحقق الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الدعوى وممارسة سلطته التقديرية فيها،

2- والتحقق من أن الدعوى قد رفعت من جميع أصحاب الشأن أو عليهم، كرفعها من جميع

المتضامنين أو عليهم، مشيراً إلى أن ذلك الأمر لا يجري على إطلاقه وإنما يرد عليه بعض

القيود ومنها أن يتحقق القاضي وقبل أن يأمر باختصاص الغير عن سبب عدم اختصاص

الغير وذلك بتوجيه سؤال إلى خصوم<sup>1</sup> الدعوى عن ذلك.

والملاحظ أن نص 82 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني<sup>2</sup> والمادة 1/118 مرافعات

مصري تستوعب جميع الحالات التي أوردتها المادة 3/114 من قانون أصول المحاكمات الأردني

وتزيد حيث يعطي ذلك- النص سلطة أكثر سعة لدور القاضي في اختصاص الغير، وأرى ضرورة

تعديل نص المادة 3/114 من قانون أصول المحاكمات الأردني وذلك بإضافة ما تضمنته المادة

1/118 مرافعات مصري إليها، لما لذلك من أثر في إنهاء النزاع على أفضل وجه وبصورة شاملة

دون حصر لحالات الاختصاص القضائي والتي أوردتها المشرع الأردني حصراً في تلك المادة، ذلك

أن سلطة القاضي في تكليف الخصوم لاختصاص كل من له مصلحة وكان وجوده ضرورياً لحل

النزاع<sup>3</sup>، يؤدي إلى تحقيق غاية المشرع بإعطاء دور فعال للقاضي في اختصاص الغير، من أجل

توجيه الدعوى لإنهاء النزاع بصورة شاملة وفي أقرب وقت.

**ثالثاً: سلطة القاضي في تقدير مركز الخصم في الادعاء**

إن تحديد مراكز الخصوم في الادعاء الأصلي يرتب آثاراً هامة بالنسبة للخصومة وإجراءاتها. إذ أن

كل مركز تحكمه أحكام قانونية مختلفة<sup>4</sup>، ولكي يستطيع القاضي تقدير مركز الخصم، في الادعاء

الأصلي، مدعياً أو مدعى عليه، فلا بدّ له من ان يقوم بفحص وقائع النزاع والبحث عن القانون

<sup>1</sup> د. أبو الوفاء، أحمد، أصول المحاكمات المدنية - بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني الصادر سنة 1933 وقوانين

التنظيم القضائي اللبناني، الدار المصرية للطباعة والنشر، مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1971، ص 235.

<sup>2</sup> مادة 1/82 - للمحكمة ولومن تلقاء نفسها إخراج أي من المدعى عليهم في الدعوى إذا لم يكن هناك محل لإدخاله، ولها ولومن تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة .

<sup>3</sup> د. الندوي، آدم وهيب، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى " دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات "

الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، 2001، رسالة دكتوراه، ص 246.

<sup>4</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل: سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر

والتوزيع والطباعة 2009، الطبعة الأولى. ص 34.

الذي يستجيب موضوعياً لحكم هذه الوقائع<sup>1</sup>، فإذا تأكد من وجود علاقة مباشرة وشخصية بين المدعي وأخصمه وبين هذه الرابطة يتيقن من قيام صفة لهذا الشخص ل طرح الادعاء أمامه<sup>2</sup>. ونرى بحق أن على القاضي عند تقديره لمركز الخصم أن يأخذ في اعتباره دائماً رابطة الحق الموضوعي أوالمراكز القانونية الموضوعية، كون ذلك ضروري لترتيب العديد من الآثار الإجرائية، فهذه الآثار لا يمكن أن تتولد في معزل عن الروابط المتعلقة بأصل الحق<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الاسكندرية، 2002، ص 384.

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص 66.

<sup>3</sup> نقض مدني 1969/6/19، مجموعة النقض، س 20، ص 1026، مشار إليه في مرجع سابق، د. نبيل إسماعيل عمر، ص 388.

## الفصل الثاني

### سلطة القاضي في تقدير وقائع وأسباب الدعوى والمصلحة

مبحث أول: الإطار الذي يعمل فيه التكييف

مطلب أول: تحديد الوقائع

مطلب ثاني: سلطة المحكمة في فهم الوقائع

مبحث ثاني: سبب الدعوى وعلاقته في تكييف الدعوى

مطلب أول: سبب الدعوى من وقائع الدعوى وسلطة المحكمة والخصوم

مطلب ثاني: علاقته في تكييف الدعوى وتفاعل التكييف مع السبب.

مبحث ثالث: السلطة التقديرية المحكمة الموضوع في تقدير المصلحة القائمة والمحتملة وصفة

الخصوم الاجرائية والموضوعية

مطلب أول: المصلحة القانونية شرط لوجود الحق في الدعوى ووجود قاعدة قانونية تحمي

مصلحة لقبول الدعوى

مطلب ثاني: قد تكون متعلقة بالاجراءات دون تعلقها بالمركز الموضوعي

## الفصل الثاني

### سلطة القاضي في تقدير وقائع وأسباب الدعوى والمصلحة

بعد تحديد مفهوم التكييف القانوني فان هذا التكييف له مجال اطار او محل يعمل فيه بحيث يدور في ذلك النطاق اوالمجال، بحيث اذا تجاوزنه خرجت عن حدود القانونية الى غير القانونية ويصير التكييف الذي لا بد ان يكون تكييف غير قانوني، وعلينا ان نحدد بدقة المجالومحدداته وتحديدهاته لكي نعلم المجال الذي يعمل فيه التكييف بحيث يجب ايراد اسس وقواعد التكييف على هذا النطاق والمجال دون غيره فيعلم القاضي ما يجب عليه ان يعالجه بالتكييف وامكن ان يسيطر على مكنم الخطا في العملية التكييفية وفق ضوابط وقواعد قانونية ومجال التكييف متكون من عنصرين الواقع والقانون، فما هو الواقع اوالوقائع وما المقصود بالقانون وبالتالي فلا بد ان يكون هنالك سيادة على الواقع والقانون للخصوم والقاضي. وفي هذا الفصل سيتم تحديد اطار ومجال الواقع من خلال المبحث الاول في سلطة المحكمة في فهم وتحديد الواقع، وواجب المحكمة فهم الواقع والخطا في فهم الوقائع وفي المبحث الثاني سيتم تعيين سبب الدعوى وسلطة المحكمة والخصوم في تعديل سبب الدعوى، علاقة السبب في تكييف الدعوى باعتبار السبب هوالاساس في تكييف الدعوى وتفاعل التكييف مع السبب اصطدام السبب بالتكييف

#### المبحث الاول: الإطار الذي يعمل فيه التكييف:

وفي هذا المبحث سيتم معالجة التحديد الفني للاطار والمجال للوقائع وذلك من خلال مطلبين الاول سيتم تحديد الوقائع ومن خلال القانون الموضوعي وسلطة المحكمة في قبول البينة ومدى خضوع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض. وفي المطلب الثاني سيتم بحث وجوب فهم المحكمة للواقع والخطا في فهم الوقائع والخضوع لرقابة محكمة النقض.

المطلب الاول: تحديد الوقائع ومن خلال القانون الموضوعي وسلطة المحكمة في قبول البينة ومدى خضوع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض

### الفرع الاول: التحديد الفني للواقع

#### الواقع بداية لأعمال التكيف:

في الواقع القاضي لا يستطيع أن يمارس عمل التكيف القانوني بدون الواقع، وإلا خرج من نطاق الوظيفة القضائية إلى نطاق عمل الافتاء أوالتفسير المجرد للقانون على فروض "نظرية" غير "واقعية"، ومن ثم كان الواقع في الواقع بداية ليس فقط للتكيف، وإنما نقطة البدء في ترتيب وتحريك النشاط القضائي من سكونه وسكوته، فهو "وقود" العمل القضائياً<sup>1</sup>.

ولذلك كانت هذه الوقائع أوالواقع مكون أساس أوافتراض جوهري في القانون، وبالذات في القانون الموضوعي، بل أن الفقه الموضوعي ينعقد اجماعه<sup>2</sup> على أن "الواقعة" هي مصدر الالتزام. وهكذا تشكل "الواقعة" أساساً مشتركاً فيما بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي، وترتبط فيما بينهما رباطاً وظيفياً محكماً. كما أنها ترتبط ما بين الخصوم والقاضي من ناحية أخرى. ولذلك، قيل أن الخصوم يزودون ويمدون القاضي بالواقع والقاضي يمدهم بالقانون.

لذلك، فإن المكلفين بالقانون الموضوعي، في المجال الخاص، هم أساساً الأفراد. أما المكلفين بالقانون الإجرائي فهم القاضي والأفراد. إذ ان القانون الاجرائي لا يجد له تنفيذ الا بالنشاط الافراد وحدهم، اما اذا تدخل النشاط القضائيلتحقيقه فانه لا يحكم هذا النشاط انما يظل كما هونتظيمت للعلاقات الاجتماعية الاصلية ويظل اطراف هذه العلاقات هم المكلفون به. اما النشاط القضائي فله قانونة الاجرائي الذي يحدد مركز القاضي والافراد المشتركين فيه ويوجه تنظيم اليهم حتى يسير نحوغاياته وهي تحقيق القانون<sup>3</sup>.

ومما لا شك فيه أن البحث في ماهية "الواقع" و"القانون" والتمييز بينهما هو بحث في فلسفة القانون. ولذلك، يتسم البحث بالعمق الفني والقانوني. ولذلك كان من المتعين التصدي إلى نظريات وآراء

<sup>1</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 174.

<sup>2</sup> د. سلطان، انور، مصادر الالتزام، 1955.

<sup>3</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 221.

فلسفية تخدم البحث، وتؤهله وتفسر غموض منطقته "الواقع" و"القانون". بل إن البعض يذهب بحق إلى بحث هذا الموضوع في الواقع من أشق مباحث فلسفة القانون بوجه عام<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات:

انتق الفقه الموضوعي، على أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية أويؤثر فيها دعوى أمر يجد فيحدث تعديلاً في العلاقات القانونية الموجودة.

ويلاحظ الفقه الموضوعي<sup>2</sup> أن "القانونية" الواقعة هي صفة بعدية بمعنى أن الآثار القانونية لا تترتب عليها إلا بعد وقوعها. فليس ثمة واقعة تكون قانونية بحسب أصلها، إذ كل واقعة هي نتيجة قوى طبيعية، تبدأ معزولة عن كل شيء خارج عن هذه القوى الطبيعية، ثم تصير قانونية عندما يرتب عليها القانون نتائج قانونية، ولولا ذلك لبقيت في الحيز الطبيعي البحث، غير ذات صلة بالنظام القانوني. وذلك أنه لا صلة في الأصل بين وضع الشخص يده مدة معينة على شيء مملوك للغير وبين تملك الشخص لذلك الشيء. إن القانون هو الذي يوجد هذه الصلة، فهو الذي يعتد بتلك الواقعة ويرتب عليها آثاراً معينة. أما إذا لم يعتد القانون بواقعة ما فلن يكون لها أي أثر قانوني وتكون عديمة الأهمية في نظر القانون. ومن هذا يتضح أم صلة السببية بين الآثار والواقعة ليست طبيعية بل قانونية. ويخلص ذلك الفقه إلى أن "الوقائع" التي تترتب عليها آثار قانونية تسمى "الوقائع القانونية"<sup>3</sup>.

ويعتقد إجماع الفقه الموضوعي<sup>4</sup> والإجرائي<sup>5</sup> على توافر شروط "الواقعة القانونية" فليست كل واقعة تصلح محلاً للإثبات. وجوهر هذه الشروط هي: أولاً وجوب تعلق الواقعة بالدعوى وثانياً وجوب إنتاجية الواقعة وثالثاً وأن تكون جائزة القبول. نصت المادة الثانية من قانون الإثبات (156 مرفعات ملغى) على وجوب "أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى.. وبمفهوم الموافقة

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل. مرجع سابق، ص 427.

<sup>2</sup> د. حجازي، عبد الحي. مرجع سابق ص 161 بند 78.

<sup>3</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 224.

<sup>4</sup> د. السنهوري، عبد الرزاق. المرجع السابق ص 553 بند 590.

<sup>5</sup> د. أبو الوفا، أحمد. المرافعات المدنية والتجارية طبعة 12 ص 582 بند 497.

فتعلق الواقعة بالدعوى. أن تكون الواقعة متصلة بموضوع النزاع وبمفهوم المخالفة ألا تكون غير مقطوعة الصلة بموضوع الدعوى<sup>1</sup>.

#### أولاً: وجوب أن تكون الواقعة القانونية منتجة ومتعلقة:

فيقصد به أن تكون ذات أثر في تكوين اقتناع القاضي بثبوت كل أوبعض ما يدعيه المدعى. فمفاد "الإنتاجية" هنا أن يكون من شأن تلك الواقعة في حالة ثبوتها، أن تساهم في تكوين قرار القاضي بمنح الحماية المطلوبة ومن تطبيقات هذا الشرط، عدم جواز إثبات حارس الشيء أنه يرتكب خطأ، إذ لا أثر لهذا في قرار القاضي، إذ هذه المسؤولية تثبت ولو ثبت عدم الخطأ من جانب الحارس<sup>2</sup>. ولكن وجود علاقة بين الواقعتين الأصلية المدعاة والواقعة المراد إثباتها لا يكفي لاعتبار هذه الواقعة منتجة. فقد توجد العلاقة، وتكون الواقعة متعلقة بالدعوى، ومتصلة بها، ولكنها غير منتجة؛ لأن إثباتها لا يفيد ولا يؤثر في اقتناع القاضي بوجود الحق<sup>3</sup>. ومثال ذلك أن يدعى شخص تملكه لقطعة أرض بموجب عقد بيع صادر إليه من غير مالكة الأصلي. فهنا رغم أن البيع محله ذات الأرض موضوع النزاع، إلا أن ثبوت هذا البيع لا يفيد في إثبات ملكيته، لكونه صادراً من غير مالك، ولذلك لا يعتبر البيع منتجاً في الدعوى فلا يقبل<sup>4</sup>.

#### استغراق "الإنتاجية" للتعليق:

وترتيباً على ما تقدم، فإن شرط "الإنتاجية" للواقعة، يستغرق شرط التعليق، وقد يثور في الذهن تساؤلاً مؤداه طالما كنا أمام حالة استغراق ألم يكن يكفي استلزام شرط الإنتاج لأنه ضمناً يتضمن يتضمن التعليق هذا صحيح مع الناحية النظرية. ولكن يحسن، من الناحية العملية، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر. فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى. يكفي لقبول إثبات هذه الواقعة قبولاً مبدئياً، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة في الإثبات، رفض القاضي استمرار السير في إثبات الواقعة، وأضاف إليها وقائع تتساند معها. أما إذا أدمج

<sup>1</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 266.

<sup>2</sup> د. والي، فتحي. الوسيط المرجع السابق ص 559 بند 284.

<sup>3</sup> د. لبيب. محمد. مرجع سابق - ص 24 بند 15.

<sup>4</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 272.

الشرطان في شرط واحد، وكان لا بدّ أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر، لم يستطع القاضي قبول إثبات الواقعة قبولاً مبدئياً، فيتعطل بذلك طريق الإثبات<sup>1</sup>.

**سلطة التقديرية إذا كانت البيّنات متعلقة بالحق ومنتجة فيه:**

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لا يتمتع بها في الإثبات بالكتابة ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى به، وتكون منتجة في الإثبات، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض، فلا يكون هناك مجال واسع في تقدير ذلك، أما في الإثبات بالبيّنة فيتسع المجال للقاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استدعيت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات، والغالب أن تكون الشهود لم تعد للشهادة من قبل، فإذا توخوا الأمانة في شهاداتهم فهم لا يشهدون إلا على الوقائع التي رأوها أو سمعوها، ثم يترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية<sup>2</sup>.

**عدم الخضوع التقدير لمحكمة النقض:**

ويتفق الشرطان كون الواقعة متعلق بالدعوى ومنتجة فيها بكونهما يندرجان في مفهوم سلطة المحكمة الموضوعية وبالتالي فلا رقابة لمحكمة النقض في هذا الخصوص.

**ثانياً: كون الواقعة جائزة للإثبات قانوناً:**

يقصد به الواقعة جائزة القبول كما جاء في النص<sup>3</sup> (مادة 3 من قانون البيّنات) ألا يحرم القانون إثباتها. أو أن تكون جائزة للإثبات قانوناً<sup>4</sup>.

يلاحظ أنه في بعض الحالات، تكون الواقعة جائزة للإثبات بصفة عامة، ولكن القانون يمنع إثباتها ببعض الطرق. ومن ذلك أن العقود المدنية التي تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً مصرياً، يقابلها المادة 68 قانون البيّنات الفلسطيني إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها

<sup>1</sup> د. السنهوري، عبد الرزاق. المرجع السابق ص 554 بند 592.

<sup>2</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 168.

<sup>3</sup> قانون البيّنات الفلسطيني مصدر سابق. مادة 3 (يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها).

<sup>4</sup> د. أبو الوفا، احمد. مرجع سابق - 582 بند 497.

بالعملة المتداولة قانوناً<sup>1</sup>، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ولكن يجوز إثباتها بالكتابة. فإذا أراد المدعي أن يثبتها بشهادة الشهود لم يسمح له بذلك<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: رقابة محكمة النقض على سلطة محكمة الموضوع في الإثبات:

وكون الواقعة جائزة للإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض. لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات، وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة فيها، فهما من المسائل الموضوعية فلا يخضعان لرقابة النقض<sup>3</sup>.

ومن الجدير بالذكر في مقام شروط الواقعة القانونية أن نذكر اتجاه جديراً بالتأييد، لأستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا، أن المقصود بالوقائع المتعلقة بالدعوى، حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم صراحة، فمتى قدم أحد الخصوم عقداً، جاز للقاضي الاعتداد به في حكمه، ولو على مقتضى غير البند الذي تمسك به الخصم، بل يجوز أخذ العقد حجة على مقدمه، إذ متى قدمت ورقة إلى محكمة خضعت برمتها وبأكملها وبكل جزئياتها لسلطان المحكمة ولمطلق تقديرها<sup>4</sup>.

ولا محل لإثبات الوقائع المعترف بها من الخصوم أو المتفق عليها فيما بينهم<sup>5</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 120. ولا يعتبر سكوت الخصم في ذاته اعترافاً منه بالواقعة<sup>6</sup>. ولا محل لإثبات الوقائع التي

---

<sup>1</sup> قانون البيئات الفلسطينية مصدر سابق. مادة 68 -1 (في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك -2. يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل.

<sup>2</sup> د. لبيب. محمد. مرجع سابق - ص 25 بند 16.

<sup>3</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 275.

<sup>4</sup> د. أبو الوفا، احمد. نظرية الاحكام في قانون المرافعات - دار المطبوعات الجامعية - الطبعة الثالثة 1977 ص. 209 بند 82.

<sup>5</sup> قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001. مادة 120 فقر 1 - تكلف المحكمة الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وبعد تكرار اللوائح تحديد نقاط الاتفاق والاختلاف في المسائل المتعلقة بالدعوى ويدون ذلك في محضر الجلسة. 2- مع مراعاة ما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة يتوجب على كل خصم حصر وتحديد بيناته التي يرغب في تقديمها حول المسائل المختلف عليها وتحدد المحكمة مواعيد الجلسات لسماع بينات كل منهما.

<sup>6</sup> مجلة الاحكام العدلية مصدر سابق. مادة (67) لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان، يعني أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

يكون القانون قد ألقى الخضم من إثباتها كالتقائن القانونية، كافتراض أن الحياة المادية قرينة على الحياة القانونية ما لم يثبت خصم الحائز عكس ذلك، وأفتراض أن الحائز هو المالك حتى يثبت العكس<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: سلطة المحكمة في فهم الوقائع

الفرع الأول: عدم فهم الواقع يؤدي إلى "فساد في الاستدلال:

### وجوب فهم الواقع:

من الجدير بالذكر أن اصطلاح "تفهم القاضي للواقعة، أو "فهم الواقع" هو اصطلاح من ابتكار محكمة النقض المصرية<sup>2</sup>، والتي ما زالت حتى الآن تمنحه الفاعلية القانونية لاستخدامه. وكما يذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن "فهم الواقع" هو التحقق من الوجود المادي لوقائع الدعوى<sup>3</sup>. ولوقصرنا التحديد والمفهوم على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع لكان هذا مجرد اقرار الوقائع كما طرحها الخصوم وترتيب الآثار عليها والصحيح انه وان كان الخصوم احرار في ان يقدموا ما يشاؤون من واقع لانهم هم المصدر الشرعي لهذا الجانب. الا انهم عندما يطرحون الواقع فان القاضي هو الذي يقوم بفهم وتفهم هذا الواقع على ضوء الضوابط القانونية السليمة وليس على هوى الخصوم ورجباتهم ولذلك يقصد بتفهم القاضي لواقع الدعوى هو التحقق من وجود الواقع المنتج والصحيح مناط الدعوى على حقيقته<sup>4</sup>.

وفهم الواقع المطروح على القاضي بهيئة دعوى أمر بالغ الضرورة إذ لن يتسنى التكيف القانوني إلا إذا أدخلنا في دائرته واقع مفهوم فهماً صحيحاً لأنه "اللبنة الأساسية" في انطلاق التكيف القانوني نحو هدفه من تطبيق صحيح للقانون، وضرورة استلزام أن يفهم القاضي واقع الدعوى فهماً

<sup>1</sup> قانون البينات الفلسطيني مصدر سابق 107 لقرينة القانونية هي التي ينص عليها القانون، وهي تعفي من تقرر لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

<sup>2</sup> نقض مدني جلسة 1976/1/28 - مجموعة المكتب الفني - السنة 27 المجلد الأول - الطعن رقم 10 س 44 ق.

<sup>3</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 396 وما بعدها. والمادة 114 إذا كان حائز المنقول بحسن نية قد اشتراه في سوق عامة أو من بائع يبيع أمثاله فلا يجبر على إعادته لمستحقه خلال الأجل المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (113) (من هذا القانون إلا مقابل الثمن الذي دفعه، أو قيمته وقت الاستحقاق أيهما أقل).

<sup>4</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 296 وما بعدها.

صحيحاً، ضرورة منطقية لأنه إذا فهم الواقع فهماً خاطئاً كان التكييف القانوني خاطئاً لأن ما بنى على خطأ يرتب خطأ. وبيان ذلك أن القاضي بما له من سلطة فهم الواقع ليس له أن يحصله إلا بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به في الحالة المعينة وبشرط أن يقع هذا الاستدلال على الوجه المبين في القانون. فإذا ما فهم الواقع تأسيساً على ذلك كان جديراً بتكييف قانوني سليم يستجلب قاعدة قانونية سليمة، فنكون في هذه الحالة أمام قياس قانوني صحيح أنبنى على مقدمات صحيحة (مقدمة - مقدمة كبرى) وانتهى إلى نتيجة أيضاً صحيحة<sup>1</sup>.

### ثانياً: شروط فهم الواقع:

ليس لقاضي الموضوع أن يحصل فهم الواقع إلا بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به في الحالة المعينة. وبشرط أن يقع هذا الاستدلال على الوجه المبين في القانون<sup>2</sup>.

### 1: تقديم الدليل المنتج لا يلتزم به القاضي:

وإذا كنا في مجال فهم الواقع كمقدمة حتمية للتكييف ومدخل قانوني له، وأن قاضي الدعوى المتفهم لهذا الواقع بوسائل الأدلة على ما تقدم، فإن هذه الأدلة التي من خلالها يتم فهم الواقع ليست التزاماً على القاضي المطروح عليه الواقع وإنما هذا الدليل عبء على من طرح ذلك الواقع وإلا غدا الواقع بلا سند فيصير عارياً. وإذا ما كان كذلك استبعده القاضي من دائرة الواقع المنتج والذي يدخل في إطار الفهم الصحيح لذلك الواقع<sup>3</sup>.

### 2: الخطأ في فهم الواقع خطأ في القانون:

إذا كان وفهم الواقع من سلطة محكمة الموضوع<sup>4</sup> ومتروك لها بلا معقب، وأن تقديره ذلك يستقل به قاضي الموضوع وحرراً في تقدير أدلة الخصوم وبالتالي الوصول إلى النتيجة وهي فهم الواقع، فإنه ليس حرراً في عدم اتباع ما جاء به قانون الإثبات - أوالقانون الموضوعي على وجه العموم - من قواعد إثبات موضوعية، بل ينبغي عليه أن يتقيد بها ويأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً، فإن

<sup>1</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 398 وما بعدها.

<sup>2</sup> ا. د. حسني، عبد المنعم. مرجع سابق ص 585.

<sup>3</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 401 وما بعدها.

<sup>4</sup> نقض مدني جلسة 1976/1/28 - مجموعة المكتب الفني - السنة 27 المجلد الاول - الطعن رقم 10 س 44 ق. ص.

خالفها أَوْخَطاً في تطبيقها، أَوْفي تأويلها، فيعتبر رايه فاسد في فهمه للواقع، واعتبر مخطئاً في القانون من ناحية أخرى. ويصل الفساد في فهم الواقع إلى تكييف الوقائع، وبالنهاية إلى الحكم برمته<sup>1</sup>.

### 3: القواعد الموضوعية في الاثبات

وعلى القاضي ان يحترم القواعد الموضوعية في الاثبات، اي تلك التي تحدد طرق الاثبات والاحوال التي يجوز فيها سلوك كل طريق منها، والشروط اللازمة لقبول الاثبات به، وقوة الدليل المستفاد منه والخصم والمكلف بذلك، فاذا كان القاضي له سلطة في تقدير بينات الخصوم، في سبيل تحصيل وفهم الواقع في الدعوى، فانه ليس حراً في عدم اتباع ما جاد به القانون المدني والقانون الموضوعي بوجه عام، من قواعد اثبات موضوعية. بل عليها ان يتقيد بها بأخذها عن القانون وتطبيقها تطبيقاً صحيحاً، فان اخطأ في تطبيقها اوفي تأويلها فان ذلك يعتبر من قبيل الفساد في الراي في فهم الواقع وبالتالي خطأ في تطبيق القانون ويصبح الفساد في الواقع والحكم برمته<sup>(2)</sup>. وفي هذا المقام فان الواقع يمتزج امتزاجاً عظيماً مع القانون وعلى مستوى السياسة القضائية لمحكمة النقض المصرية، ومرد ذلك الى ان الواقع بمجرد ان يطرح من الخصوم طرحاً ذاتياً، فتتول المحكمة له انما يكون على اسس قانونية اساءة استخدامها يؤدي الى واقع جديد ليس هو الواقع المطروح على المحكمة مما يشكل خطأ في القانون مرجعة خطأ في فهم الواقع<sup>3</sup>.

وتنص المادة 1/60 من قانون الاثبات رقم 25 لسنة 1968 على القاعدة العامة في الاثبات بالكتابة. هذه القاعدة هي وجود الاثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي تجاوز قيمتها عشرين جنيهاً. ويشمل وجود الاثبات بالكتابة في هذه الأحوال جميع أركان التصرف وهي الرضا والمحل والسبب لأن الرضا لا يقوم بغير محله وسببه.

وحيثما يتصدى لقاضي لإعمال هذه القاعدة فان سلطته التقديرية تقع على شروط انطباقها. وهذه الشروط هي:

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 404 وما بعدها.

<sup>2</sup> نشأت، احمد. الاثبات ط 1972، ج1، ج2، ص 50.

<sup>3</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 408 وما بعدها.

## • أن يكون محل الإثبات تصرفاً.

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق كالهبة أو نقله أو تعديله كالتجديد أو إنهائه كالإبراء<sup>1</sup> وبهذا يختلف التصرف القانوني عن الوقائع القانونية والتي هي من فعل الإنسان في أن له إرادة محضة تتجه نحو إحداث أثر قانوني فينشأ الحق مستندا إلى هذه الإرادة بحيث تكون المرجع في تحديد هذا الحق ومداه ومنه يمكن الفهم من أن قوام ومناط التصرف القانوني هو الإرادة<sup>2</sup> وإن الأثر القانوني قد يكون إيجابيا (الحق) وبالمقابل يمكن أن يكون سلبيا (التزامات). وقد يقوم على تطابق إرادتين، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية ومثال ذلك إن العقد كمصدر من مصادر الالتزام هو انصراف إرادتين إلى إحداث أثر قانوني معين، أي هو تصرف قانوني ففي عقد البيع مثلا تتجه إرادة البائع نحو التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وكسب الحق في الثمن وتتجه إرادة المشتري إلى التزامه بالوفاء بالثمن وكسب الحق في ملكية المبيع بموجب استلامه المبيع وكل هذه الآثار وما يتبعها تحدث نتيجة لالتقاء كل من إرادة البائع والمشتري وتوافقهما عليها

## • أن يكون هذا التصرف مدنياً.

• أن يكون محله مما تجاوز قيمته مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو يكون غير مقدر القيمة بموجب القانون الفلسطيني.<sup>3</sup> أو عشرين جنيهاً أو يكون غير مقدر القيمة بموجب قانون المرافعات المصري.

ويجب على القاضي من جهة أخرى تقدير طبيعة التصرف المراد اثباته بالكتابة ونوعه وما اذا كان تصرفاً مدنياً، أم تصرفاً تجارياً، أم تصرفاً مختلطاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. الغار، عبد القادر - المدخل للدراسة العلوم القانونية، النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر ولتوزيع عمان، الأردن، 2006 م، ص 135.

<sup>2</sup> اد. علي، محمد الصغير - المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2006، ص 24.

<sup>3</sup> مادة 68 / 1 من قانون البنات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده وألقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل. مرجع سابق ص 439. ويراد بالتصرف المختلط إذا كان التصرف من جانب أحد الاطراف منياً والتصرف من الطرف الاخر تجارياً فيكون تصرفاً مختلطاً.

ويتولى القاضي أيضا تقدير قيمة محل الالتزام، فإذا كانت هذه القيمة غير مقدرة فإن المشرع يعتبر قيمة محل التصرف تزيد على عشرين جنيهاً. ويتم تقدير القاضي لقيمة محل الاثبات باعتبار قيمته وقت صدور التصرف (مادة 2/60 اثبات). فإذا كان محل الالتزام نقوداً قدرت قيمته بمقدارها العددي، وإذا كان نقداً أجنبياً قدرت قيمته بسعر ذلك النقد بالعملة الوطنية وقت صدور التصرف<sup>(1)</sup>.

ولقاضي الموضوع كما سبق القول السلطان المطلق في تقدير كل دليل أو مستند يقدم إليه، ولهذا لا تجوز المجادلة أمام محكمة النقض في تقدير محكمة الموضوع لشهادة شاهد اطمأنت إليه، أولتقدير خبير أخذت محكمة الموضوع للأسباب الواردة به. على أن هذه السلطة تقيد بعدة قيود، فأدلة الإثبات القانوني، كالإقرار لا يستطيع القاضي تقدير الدليل بل تنحصر سلطته في التأكد من توافره وصحته، وعليه بعد ذلك أعمال أثره<sup>2</sup>. وتعريف الإقرار اعتراف لاحق لنشوء التصرف القانوني. وأصول الواقعة المادية. وهذا ما نصت عليه المادة 115 من قانون البيئات الفلسطينية<sup>3</sup>. وأنواع الإقرار في المادة 116/1 يكون الإقرار قضائياً إذا تم الاعتراف بالواقعة أو العمل المدعى به أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة أو العمل. 2- يكون الإقرار غير قضائي إذا وقع في غير مجلس القضاء أو بصدد نزاع أثير في دعوى أخرى، ولا يجوز إثباته بشهادة الشهود ما لم تسبقه قرائن قوية تدل على وقوعه. وجاء في المادة 119 من قانون البيئات شروط اهلية المقر. 1- يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً غير محجور عليه، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعته والسفيه، ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم إلا بإذن من المحكمة. 2- يكون لإقرار الصبي المميز حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون بها. وحرية القاضي في تقدير الدليل لا تعنى التعسف، وإنما تعنى استعمال سلطة التقدير من أجل ووزن الدليل وتقدير فاعليته في الاثبات وبالتالي الاقناع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> السنهوري، الوسيط، ج2، ص 379.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل. مرجع سابق ص 461.

<sup>3</sup> قانون البيئات الفلسطيني مصدر سابق. مادة 115 الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة أو عمل قانوني مدعى بأي منهما عليه.

<sup>4</sup> نقض مدني 1964/3/26 مجموعة النقض س 15، ص 795/ نقض مدني 1970/2/24 مجموعة النقض، س 21،

نقض مدني 1971/12/28 مجموعة النقض، س 1115، 22.

#### 4: حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى.

إنه رغم القدر المتاح من الحرية لدى القاضي المدني في الإثبات، فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ولا يجوز الأخذ به، تاسياً على مبدأ المجابهة التي تمكن الخصوم من مراقبة ادلة الإثبات في الخصومة<sup>1</sup>. فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها فلا يجوز الأخذ بها<sup>2</sup>.

#### 5: القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي.

وان مبدأ عدم جواز الحكم بعلم القاضي الشخصي، يترتب عليه حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه "لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه"، وذلك لأن علم القاضي هنا يكون دليلاً يطرحه القاضي في الدعوى، وهذا يخرج القاضي عن مبدأ الحياد، وهو ما يجعل القاضي في موضع الخصم فيكون خصماً وحكماً في آن واحد وهذا لا يجوز<sup>3</sup>. ذلك ان الخصوم لا يستطيعون افتراض علم القاضي الشخصي لديه كما لا يستطيعون مراقبة وجوده.

#### الفرع الثاني: الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية

قد يكون القاضي من اشد الموقنين بالحقيقة الواقعية، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق اليها الشك، ولكن يندم امامه الطريق القانوني في اثباتها ومن ثم قد تتعارض مع الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية. أن ما نود أن نلفت الانتباه إليه أن الحقيقة القضائية قد تبعد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها ويرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري<sup>(4)</sup>. أن السبب في ذلك هو أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا عن طريق قضائي يرسمه القانون. وان تمسك القانون بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية فإنما يوازن بين اعتبارين:

<sup>1</sup> د. والي، فتحي. الوسيط. مرجع سابق. ص 558.

<sup>2</sup> د. القصاص، عيد محمد - التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة- مرجع سابق-ص 136 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 164.

<sup>4</sup> د. السنهوري، عبد الرزاق- الوسيط- مرجع سابق - ج9- ص 893 وما بعدها.

**الاعتبار الأول: العدالة** في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية.

**والاعتبار الثاني: استقرار التعامل:** ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل، محدد له طرق الإثبات، ونتيجة كل طريق منها، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور، أوفي القليل حتى يحد من تحكمه، فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من الأدلة، وفي تقدير الأدلة في القضايا المماثلة<sup>1</sup>.

### **الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير البينة**

للقاضي سلطة تقديرية في شهادة الشهود ومقارنتها بما يقدم في أوراق الدعوى من القرائن والأدلة الأخرى التي قد تتعارض مع شهادة الشهود أوتتنافر معها، وقد تغنى هذه الأدلة عن الشهادة<sup>2</sup>. وبهذا يتضح لنا بجلاء أنه لا يكفي أن يجيز القانون الإثبات بالبينة في بعض الأحوال، بل يجب أن يكون الإثبات بالبينة مستساغاً حسب تقدير القاضي، ولا يخضع القاضي في هذا لرقابة محكمة النقض".

أنه لا بد أن تكون هناك أسباب كافية لتبرير هذا التقدير، ويكون التسبب قاصر إذا لم يواجه بدفاع الخصم ولم يحققه مع حاجته إلى التحقيق، ولا يجوز أن يكون مجرد التخوف من فساد ذمة الشهود سبباً في حرمان مدعى الحق من إثبات دعواه بالبينة<sup>3</sup>.

وفي الفقه الإسلامي<sup>(4)</sup> من شروط الشهادة عدم تكذيب (الحس لها) أي عدم تكذيب الواقع لها، لأن الحس الواقع يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً، والظني لا يعارض القطعي، فلا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس، كالبينة التي تقوم على موت شخص وحياته مشاهدة أعلى خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعمارتها.

<sup>1</sup> د. السنهوري، عبد الرزاق - الوسيط- ج2- مرجع سابق- ص22:23 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. ابراهيم نجيب سعد - قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم- الناشر/ منشأة المعارف الإسكندرية ص 97 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 168.

<sup>4</sup> ابن القيم الجوزية- الطرق الحكيمة - مرجع سابق ص 102 وما بعدها. نقلا عن د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق.

## استخلاص "الواقعة الأساسية" من الدعوى:

ان استخلاص الواقع في الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادي لوقائعها المدعاة بها. وعند الاستخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره يجب على المحكمة أن تراعي ما يأتي:

### اولاً: الاستخلاص مناطه الدليل القانوني والمنطق السليم:

ليس لقاضي الموضوع أن يحصل فهم الواقع إلا بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به في حالة معينة، وبشرط أن يقع هذا الاستدلال على الوجه المبين في القانون<sup>1</sup>.

وإذا كان قاضي الدعوى حراً في تقدير أدلة الخصوم، وفي تحصيل فهم الواقع في الدعوى منها، فإنه ليس حراً في عدم اتباع ما جاء به قانون الإثبات من قواعد إثبات موضوعية، بل ينبغي عليه أن يتقيد بها ويأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً. فإن خالفها، أو أخطأ في تطبيقها، أو في تأويلها، فسد رأيه في فهم الواقع في الدعوى من ناحية، واعتبر مخطئاً في تطبيق القانون من ناحية أخرى. ويسري الفساد بالتالي على تكييف الوقائع، وإلى الحكم برمته<sup>2</sup>.

### ثانياً: الاستخلاص مبناه الكفاية

من المقرر في قضاء النقض المصرية أنه لا يتطلب من قاضي الموضوع تحقيقاً كاملاً لكافة عناصر الواقعة الأساسية، بعد تحليلها إلى عناصرها الأولية، ومقتضياتها القانونية، وإنما تتطلب تحقيقاً كافياً لها فحسب. ويكون تحقيقها كافياً متى حلل القاضي كافة المسائل الواقعية. أي النقاط التي يثيرها الخصوم، والتي يجب أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه في الواقعة الأساسية للدعوى<sup>3</sup>. ومن الثابت انه لقاضي الموضوع سلطة تقدير كفاية الادلة التي يقيم عليها قضاءه. فالمدعي لا يطلب منه اثبات القاعدة القانونية، ذلك ان القاضي يفترض به العلم القانوني. وإذا كان الخصوم يشيرون الى وجهة نظرهم بشأن القاعدة القانونية الواجب تطبيقها وبشأن تفسيرها، الا ان هذا لا يعتبر اثباتاً بالمعنى الصحيح وإذا كان الاثبات ير على وقائع قانونية، فليست كل واقعة تصلح محلاً للاثبات. فالواقعة التي يقدر كفاية الدليل بالنسبة لها لا بد وان تكون من الوقائع التي يتمسك

<sup>1</sup> د. حسني، عبد المنعم. مرجع سابق ص 585 بند 682.

<sup>2</sup> د. أبو الوفا، احمد. مرجع سابق - 207 بند 81.

<sup>3</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 278.

بها الخصم في الدعوى كاساس لطلب ومن جهة اخرى فيجب ان تكون الواقعة، التي يقدر كفاية الدليل بالنسبة لها غير ثابتة فاذا كانت ثابتة فلا محل لاثباتها.

### ثالثا: الاستخلاص من وقائع الدعوى:

من المقرر في قضاء النقض المصرية، أن لقاضي الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى طالما كان له سنده، وكان لا خروج فيه على الثابت بالأوراق<sup>1</sup>. وإذا كان القاضي في الدعوى له مطلق الحرية في أن يستخلص قضاءه من واقع إجراءات الإثبات التي أمر بها من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب خصوم الدعوى، أو من واقع ما في ملفها من مستندات وقرائن، بشرط أن يتقيد بقواعد الإثبات الموضوعية، ويأخذها من القانون أخذاً صحيحاً، وأن يتقيد بالإجراءات الشكلية المقررة في قانون المرافعات. ولا يعتمد على إجراءات باطلة. وإذن إقامة الحكم على واقعة لا سند لها في أوراق القضية تبطله<sup>2</sup>.

يجب أن لا يكون الاستخلاص مبني على دليلا ظنياً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه في نفي المسؤولية على أساس استنتاج ظني ليس في تقارير الحكم ما يؤيده، ولا يصلح أساساً لقيامه، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور عدم التسبب. التفات الحكم عن مناقشة المستندات المقدمة مع ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة في الدعوى قصور<sup>3</sup>.

### رابعا: الخطأ في الاستخلاص يؤدي إلى "فساد في الاستدلال":

المتفق عليه فقهاً وقضاء، أنه وإن كانت سلطة "الاستخلاص" الصحيح من الواقع والمنتج فيه، وإبعاد الواقع "المخالط" والغير مجدي، لتركيز "الواقعة القانونية" وبلورتها لكي يصل القاضي إلى مفهوم "الواقعة الأساسية" المستخلصة التي هي "مناطق" الخلف بين الخصوم. وقد قضت محكمة النقض<sup>(4)</sup> بأنه لئن كان استخلاص نية المتعاقدين على التناسخ الضمني وتحصيل فهم الواقع في الدعوى هو مما تستقبل به محكمة الموضوع إلا أنها متى قالت بهذا التناسخ فإن عليها أن تورد من

<sup>1</sup> د. راغب، وجدي. الرسالة. مرجع سابق هامش ص532.

<sup>2</sup> د. أبو الوفا، احمد. مرجع سابق - ص214 بند 85.

<sup>3</sup> نقض مدني رقم 472. بتاريخ 1962/4/26 - مجموعة المكتب الفني لسنة 13- ع 1- ص 543، نقلا عن د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 379.

<sup>4</sup> نقض مدني رقم 472. بتاريخ 1969/1/2 - مجموعة المكتب الفني لسنة 20- ع 1- س 34 ق. ص 7، نقلا عن د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 380.

الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي التعاقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد، وأن يكون ما تورده من ذلك من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى ما انتهت إليه.

**المبحث الثاني: اسباب الدعوى من وقائع الدعوى وسلطة المحكمة والخصوم في تعديل سبب الدعوى، علاقة السبب في تكييف الدعوى باعتبار السبب هو الأساس في تكييف الدعوى وتفاعل التكييف مع السبب اصطدام السبب بالتكييف.**

**المطلب الاول: سبب الدعوى من وقائع الدعوى وسلطة المحكمة والخصوم في تعديل سبب الدعوى.**

#### **الفرع الاول: سبب الادعاء في الوقائع**

تعتبر فكرة السبب من الأفكار الهامة والغامضة في جميع فروع القانون، وأن دراسة السبب هنا تتعلق بدراسة الفكرة في نطاق سلطة القاضي التقديرية. أي كيف يقوم القاضي بتقدير سبب الطلب القضائي<sup>1</sup>.

يرى البعض أن السبب هو القاعدة القانونية التي تستند إليها الدعوى. ولهذا فإن تغيير القاعدة القانونية التي يستند إليها المدعي يؤدي إلى دعوى جديدة مختلفة عن الأولى في سببها، فالسبب هنا يتحدد من ناحية مجردة بصرف النظر عن الوقائع<sup>2</sup>.

ويرى آخرون، وهو الرأي الراجح أنه يجب النظر في مجموعة الوقائع القانونية التي تؤدي إلى منح الحماية القضائية لا إلى القاعدة القانونية المجردة. فالسبب الذي يحدد معالم دعوى معينة ليس هو النص القانوني المجرد، ولكن الذي يحدده العناصر أو الظروف الواقعية لأساس الدعوى. إذا رفع شخص دعوى فإن تكييف هذه الوقائع لتحديد أنه تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية أيّاً كان نوعها لا يعني أن الأمر يتعلق بأسباب مختلفة وبالتالي بدعاوى مختلفة، وإنما يتعلق بتكييف مختلف يؤدي إلى اختلاف القواعد القانونية واجبة التطبيق مع بقاء السبب واحد. وعلى

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 389.

<sup>2</sup> كيوفندا: نظم - جزء أول، بند 310، ص 316، مشار إليه في مرجع سابق، د. فتحي والي، ص 72-73 نقلاً عن. د.

الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص 39.

العكس إذا اختلفت الوقائع التي يستند إليها المدعي في دعواه عن الوقائع في الدعوى الأولى، فإن السبب يكون مختلفاً<sup>1</sup>.

المدعي هو الذي يحدد الوقائع القانونية أساس دعواه. إلا أنه ليس كل واقعة يشير إليها المدعي تعتبر سبباً. وإنما فقط الوقائع القانونية التي تكون منتجة في تكوين الواقعة التي تنطبق عليها القاعدة القانونية في الدعوى المرفوعة<sup>2</sup>.

كما يمكن أن يكون للدعوى أكثر من سبب، فالدعوى التي يرفعها المؤجر ضد المستأجر بطلب إخلاء العين المؤجر يمكن أن تتعدد أسبابها بتعدد الوقائع التي تجيز للمؤجر الحق في الإخلاء. كما لو استند في دعواه إلى قيام المستأجر بالتأجير من الباطن دون موافقة المؤجر، وإلى واقعة التخلف عن تسديد الأجر، وإلى واقعة صدور قرار بإزالة العقار المؤجر<sup>3</sup>.

وبالتالي نجد أن سبب الطلب القضائي هو المجموع الواقعي المطروح على القاضي بواسطة الخصوم، والذي ينتج عنه بطريق مباشر أو غير مباشر الحق الذي يتضمنه الادعاء القضائي. وعلى القاضي أن يقوم بتقدير الواقع المطروح عليه بعد إثباته من جانب الخصوم لكي يرى هل من شأن هذا الواقع توليد الحق المطالب به، أم أن هذه الوقائع لا تستطيع توليد أو إنتاج هذا الحق. وهذا ما تأييد بقرارات محكمة التمييز الأردنية<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تعديل سبب الدعوى

ولا ريب أن تغيير السبب يعتبر ابداء لطلب جديد ولذلك إذا فشل المدعي في الحصول على حكم بدعواه التي اقامها على سبب معين فليس ثمة ما يمنعه من رفع دعوى جديدة بنفس الطلب بناء على سبب آخر وانطلاقاً من مبدأ الاقتصاد في الاجراءات.

اضافة الى ان منع المدعي من تعديل سبب دعواه مع بقاء موضوعها على حاله يثير صعوبة في العمل ناشئة عن التفرقة بين ما يعتبر سبباً ما ويعتبر وسيلة دفاع، وباجازة التعديل سبب الدعوى

<sup>1</sup> د. وجدي راغب، (مبادئ الخصومة المدنية)، مرجع سابق ص 106-107.

<sup>2</sup> كيو فندا: نظم، جزء أول، بند 111، ص 316. مشار إليه في المرجع السابق، د. فتحي والي، ص 74. نقلاً عن. د. الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص 40.

<sup>3</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص 37.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 393.

وتغيير تنعدم التفرقة بين السبب الجديد وسيلة الدفاع مما يعدم التفرقة ومع هذا فان المحكمة لا تاذن بتقديم طلب انضمامي اذا رأت فيه انه يعوق سير الدعوى اويضر في دفاع المدعى عليه لتقديم الطلب المنضم اولا يعترض على تقديمه لان هذا الامر يعود الى تقدير المحكمة ويعتبر خاضعا لهيمنتها<sup>1</sup>.

ولما كان تحديد نقاط النزاع (حصر موضوع الدعوى) هو الواجب الاول للمحكمة لذلك وجب عليها ان تستحضر تفكيرها وتجتهد في فهم الوقائع ومعرفة ما هو موضوع الدعوى اي ما يطالب به الخصم بالضبط في تحديد موضوع الدعوى لا يقل اهمية عن دورها في الفصل في الدعوى وذلك لان هذا التحديد سيكون الاساس الذي يتم على ضوئه حسم الدعوى يجعلنا نؤكد على ضرورة منح سلطة محكمة الموضوع سلطة ايجابية في تحديد الموضوع الدعوى في اول جلسة للمرافعة فقد تتوصل الى ان النزاع بين الطرفين يدور حول لا شيء اوان المدعى عليه مقر في دعوى المدعي ولكنه يطلب منه نظرة ميسرة اوي طلب اخر<sup>2</sup>.

فالطلب القضائي لا يتحدد فقط بما يطلبه المدعي وانما ايضا في تحديد سبب هذه المطالبة الامر لذي يجعله مؤهلا لان يصبغ القضاء عليه حمايته، فقد تعددت الاراء في نطاق القانون الوضعي حول تحديد فكرة السبب ولكنها تدور حول فكرتين الفكرة القانونية والفكرة الواقعية، اما بالنسبة لفقهاء الشريعة الاسلامية فنلاحظ عدم اكثراتهم بهذه التفرقة فهم يعرفون السبب انه ارادة تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقاء النوع الانساني اولشخص المطالب ممن تعدى عليهما.

#### سلطة المحكمة تعديل سبب الدعوى:

ولا تملك المحكمة تغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسها، بل يجب على المحكمة ان تقتصر بحثها على السبب الذي اقيمت به الدعوى فذلك امر نابع من طبيعة وظيفة القضاء ذاتها بوصفه احتكاماً بين متخاصمين على حق يتنازعان عليه وهوما يقضي ان يقف القاضي موقفاً محايداً وان يساوي بين الخصوم فاذا خرجت المحكمة عن نطاق الخصومة التي طرحها عليها اطرافها وورود حكمها

<sup>1</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 150.

<sup>2</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 216.

على غير محل الدعوى يقع باطلاً ومخالفاً للنظام العام. وان تغيير سبب الدعوى هو في حقيقته بمثابة رفع دعوى جديده من غير المدعي<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني: علاقة السبب في تكييف الدعوى وتفاعل التكييف مع السبب.**

**الفرع الاول:**

### **1. السبب هو الاساس في تكييف الدعوى**

القاعدة القانونية التي نحن بصددھا، كضابط أوصل يقوم به القاضي دوماً عند قيامه بالتكييف القانوني للدعوى، مؤداها أن التكييف يدور ويرتبط مع سبب الدعوى، ومن ثم فإذا كانت الدعوى مؤسسة على سبب معين انصب التكييف القانوني عليه، بحيث إذا تغير ذلك السبب إضافة أو حذفاً تلاقى معه التكييف في ذلك التغيير، فلا يجوز تثبيت التكييف مع تغيير السبب، فالتكييف الصحيح هو ذلك التكييف المستجيب لكل تغيير يطرأ على السبب في الدعوى.

ولكي يكون التكييف صحيحاً في ظل هذه القاعدة، فلا يجوز للقاضي "تغيير سبب الدعوى" فلو قام القاضي من تلقاء نفسه بتغيير السبب المبني عليه الدعوى نتج عنه تكييفاً خاطئاً، ولذلك فالقاضي لا يملك تغيير سبب الدعوى وإنما الذي يملك التغيير هنا هم الخصوم، وإنما الذي يملكه القاضي في هذه الحالة هو تغيير التكييف ليتلاءم مع السبب المغير.

### **2. السبب هو الأساس القانوني للدعوى:**

فيذهب جانب من هذا الفقه<sup>2</sup> إلى أن سبب الطلب هو الأساس القانوني له، وهو مصدر الحق المرفوعة به الدعوى، وهو مسألة قانونية وإن كان يقوم على وقائع الدعوى. وإذا رأى القاضي أن الوقائع التي يستند إليها الخصم لا تستجيب للحكم له بطلبه فإنه يرفضه، وله مطلق التقدير في تكييف تلك الوقائع التكييف الصحيح، وفي إنزال القاعدة القانونية السليمة عليها دون التقيد بتكييف الخصوم للسبب على النحو المتقدم.

<sup>1</sup> مرجع سابق محمد درويش 474.

<sup>2</sup> دكتور أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، ص 291، بند 114.

### 3. السبب قد يكون هو القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني أو التكييف القانوني:

هذا الأساس القانوني الذي تقدم كسبب للدعوى يجسده جانب من الفقه في القاعدة القانونية أو النص القانوني الذي تمسك به الخصم تأييداً لطلبه<sup>1</sup>.

النص القانوني لا يعدو أن يكون حجية قانونية لتعزيز الادعاء وبالتالي فاختلافه لا يترتب عليه اختلاف سبب الدعوى.

اعتبار السبب الأساسي القانوني، تعريف واسع المدلول فهو يحتاج إلى بيان ما يعتبر أساساً أو مصدراً قانونياً وما لا يعتبر كذلك، وقد نضطر في تفسير لما يعتبر أساساً أو مصدراً أن نعود إلى بيان أنه قد يكون واقعة أو تصرفاً أو نصاً قانونياً وبذلك ندور في حلقة مفرغة<sup>2</sup>.

#### (ج) السبب المبني على الواقع:

وإذا كانت النظرية الأولى تؤسس السبب في الدعوى على فكرة قانونية، فإن هذه النظرية مؤسسة على فكرة واقعية. والسبب وفقاً لهذه النظرية لا يتضمن أي فكرة قانونية، بل يتكون من عناصر واقعية بحتة، ومن ثم فالسبب هو الواقعة أو التصرف الذي يرثكن إليه الطلب بصرف النظر عن التكييف الذي أعطاه الخصوم لهذه الواقعة أو ذلك التصرف، باعتبار أن التكييف هو عمل القاضي<sup>3</sup>.

ثانياً: تفاعل التكييف مع السبب:

#### الضابط الأول: ثبات السبب وعدم تغييره يؤدي إلى قانونية التكييف

من المبادئ المستقر عليها قضاء محكمة النقض، بلا جدال، أن محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى<sup>4</sup>. ومفهوم هذا الضابط أن البنين الواقعي أو مجموع الواقع المطروح على المحكمة كسبب للدعوى، لا يجوز للمحكمة أن تتناوله بالتعديل أو بالتغيير لأن هذا خارج عن نطاق ولايتها وسلطانها، ولذلك يجب على القاضي "المكيف" أن يلتزم بقاعدة أن سبب الدعوى دائماً بالنسبة للقاضي المكيف يتسم "بالثبات" والجمود، بمعنى أنه لا يجوز للقاضي أعمال سلطاته مهما كانت بالنسبة للسبب، فهو "محرم" عليه.

<sup>1</sup> دكتور سليمان مرقص، تكييف الفعل الضار، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 15 ص 230.

<sup>2</sup> دكتور أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 87.

<sup>3</sup> نورمان، المرجع السابق، ص 132.

<sup>4</sup> نقض مدني جلسة 1969/6/4، مجموعة المكتب الفني، السنة 20 ع 2، الطعن رقم 138، س 34 ق، ص 868.

## الضابط الثاني: ثبات السبب وعدم تأثره بالأدلة الواقعية يؤدي الى تكييف قانوني صحيح

ومفاد ذلك الضابط أنه يجب على القاضي المكيف عندما يقوم بالتكييف للدعوى مرتكزاً على سببها فإنه لكي يكون تكييفه صحيحاً ومتسم بالقانونية يجب عليه الاحتراز والدقة في الفصل فيما بين "تحديد سبب الدعوى" وتحديد "الحجج الواقعية والقانونية" التي يسوقها الخصم لتأييد سببه، فلوخلط بينهما مهما كانت قانونية الدليل، فيؤدي ذلك إلى عدم قانونية التكييف.

## ثالثاً: الفرق بين سبب الدعوى ومصدر الالتزام

ففي دعوى مرفوعة بصدد التزام تعاقدى فان مصدر الالتزام هوالعقد ولكن سبب الدعوى هوعدم تنفيذ العقد. وسبب الدعوى هوالحماية القانونية التي يكفلها القانون للحقوق وفي الواقع فان كل هذه الاتجاهات انما تؤكد على نقطة واحدة هي ان سبب الدعوى هوالقانون اما نسا صريحا اوروح القانون والتكييف القانوني الذي يصبغه الخصم على طلبه الوارد في عريضة دعواه الا ان كل اتجاه ينظر من خلال زاوية معينة في هذا الصدد<sup>1</sup>.

وقد ذهب القضاء والفقهاء الفرنسي وبعض القوانين العربية المصري والعراقي ان سبب الدعوى هوالنص القانوني والقاعدة القانونية<sup>2</sup>. ويرى جانب اخر من الفقهاء ان سبب الدعوى هوالمبدأ القانوني الذي يقيم المدعي على اساسه موضوع الدعوى اي السند القانوني الذي يتمسك به الطالب لتبرير النتيجة الاجتماعية والاقتصادية التي يهدف اليها في دعواه. ويذهب البعض الاخر من الفقهاء الى اعتبار ان التكييف القانوني للواقع الذي يسبغه الخصوم على الواقعة والتصرف الذي يكون اساس دعواهم<sup>3</sup>.

وان تحليل الاحكام القضائية التي يمكن ان يستنتج منه ان لقاضي الموضوع الحق في تطبيق نصوص القانون الواجب اعمالها على الواقع رغم تمسك الخصوم بنصوص اخرى في اسناد طلباتهم

<sup>1</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 235.

<sup>2</sup> اعتبرت محكمة التمييز العراقية بان تغيير المدعي لدعواه من مسؤولية عقديّة 164 الى مسؤولية تصيرية بمقتضى النادة 219 220 مدني عراقي يعتبر تغيير في سبب الدعوى (لايقبل منه) تمييز عراقي رقم 1816 - حقوق 1963 في 1963/8/11 نقلا عن د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. هامش ص 236.

<sup>3</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 241.

الواردة في عريضة الدعوى<sup>1</sup>. كما يمكن القول بأنه يفهم من هذا القضاء عموماً سبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره هو مجموع الوقائع القانونية التي تمسك بها هؤلاء الأطراف. وتكييف الخصوم لها. والتكييف الذي يقوم به القاضي هو عبارة عن تطبيق القاعدة القانونية وإرسالها على ما يثبت من وقائع الدعوى.

العبرة فيه بتوخي مبادئ القانون لربط فهم الواقع بها ولا يعتد بذات الفاظ النص وعباراته كما أن القاعدة الأساسية في قانون المرافعات أن القاضي لا يلزم عند تكييفه لوقائع الدعوى باستعمال ذات الالفاظ والعبارات التي أوردها القانون للتعريف بالقاعدة القانونية ولتحديد شروطها وأركانها أو عناصرها أو معانيها وحسبه أن يجري التكييف بهدي روح القانون والحكمة التشريعية من النص<sup>2</sup>. والاتجاه الذي ينادي باعتبار سبب الدعوى فكرة قانونية:

لا يصطدم بالمبادئ العامة في قانون المرافعات فحسب، وإنما يؤدي إلى مسخ وهدر لدور القاضي في الدعوى كما تعرفه هذه المبادئ، وهو يؤدي أيضاً إلى إنكار العدالة ويتنافى مع مصالح الخصوم في الدعوى، فمنع القاضي من الحكم بما طلبه الخصوم رغم استناد طلباتهم على أساس سليم من القانون بحجة أن أطراف الدعوى قد تمسكوا بنصوص قانونية لا تستجيب إلى وقائع الدعوى، وتكون مجانية للعدالة، وإهدار مصالح الأطراف في الدعوى. إذ أن منع القاضي من تغيير سبب الدعوى في ظل النظرة القانونية للسبب قام على افتراض خاطئ ومصادرة على المطلوب، هذا الافتراض الخاطئ مؤداه أن استناد الخصوم إلى قواعد معينة من القانون تعني التنازل عن قواعد القانون الأخرى التي كان ممكن الاستناد عليها في دعواهم. فالمدعي طالب حق لا يهمله على أي مواد القانون يستند حقه. وإنما ينبغي تحقيق ما يطلبه في عريضة الدعوى والتي تجشم من أجله بذل الجهد والمال والوقت<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> قضت محكمة النقض المصرية (استناد المطعون ضده في دعواه إلى الخطأ العقدي لا يمنع المحكمة الاستئنافية من تبني حكمها بالتعويض على خطأ تقصيري متى ثبت لها توافر هذا الخطأ، إذ أن استنادها إليه لا يعتبر تغيير لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها وإنما هو واستناد إلى وسيلة دفاع جديدة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة) نقض مدني 27 يناير 1966 مجموعة أحكام النقض لسنة 17 ص 183. نقلاً عن د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. هامش ص 354.

<sup>2</sup> د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 256.

<sup>3</sup> د. الندوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة المحكمة. ص 263.

كما ان هذا الاتجاه الذي يعتبر السبب فكرة قانونية، يعبر عن النزعة الفردية الليبرالية للحقوق في صورتها الفردية. ولا ريب ان تطور الأفكار القانونية نحوالأخذ بالمزيد من النزعة الاجتماعية للقانون وتبدل النظرة الى الحقوق حد اعتبارها وظائف اجتماعية، كان مدعاة الى منح القاضي سلطة اوفر نشاطا في إدارة الدعوى دورا أكثر إيجابية في مجال الواقع والقانون بما يمكنه من اصدار حكم عادل وعاجل في الدعوى.

### الاتجاه الذي يرى في السبب فكرة واقعية:

فان هذا الاتجاه سليم بما يمنحه للقاضي من ان يكون له دور إيجابي في تطبيق القانون وتحقيق العدالة. وان الأخذ بهذا الاتجاه لا يستجيب فقط الى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية فحسب، بل هو ضرورة يحتمها تجاه الأفكار السائدة بالأخذ بالنظرية الاجتماعية للقانون. خاصة إذا ما اتجه المشرع نحوالاكتثار من القواعد الامرة التي تؤدي في وقع الحال من زيادة دور القاضي في مجال الواقع، بما يخوله حق الإرتكان الى وقائع لم يتمسك بها أطراف الدعوى صراحة في مذكراتهم وهذا ما يمثل خروج على مبدأ حياد القاضي في مجال الواقع<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد تقول محكمة تمييز العراق ان القاضي إذا غير موضوع الدعوى تعرض حكمه للنقض ولورضي المدعي بهذا التغيير لان سكوت المدعي لا يضيفي الصحة على هذا التغيير<sup>2</sup>.

اتجاه اخر يرى في سبب الدعوى هو مجموع القواعد كما ان القول بان سبب الدعوى هو مجموع القواعد التي تمسك بها الخصوم يؤدي الى إطلاق يد القاضي في مسائل القانون ويمنحه فرصة اعمال القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع كما حددها الخصوم. فالخصوم يقدمون الوقائع لتأييد إدعائهم وملتزم بعدم الخروج على حدود هذه الوقائع، اما تطبيق القاعدة القانونية الملائمة للوقائع المعروضة فهو متروك للقاضي دون تقييد في ذلك بإرادة الخصوم من هنا كان القول بان سبب الدعوى دون النصوص اوالمبادئ اوالتكيفات القانونية التي عرضها الخصوم عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 265.

<sup>2</sup> قرار رقم 10/مدنية أولى 1972 في 1972/3/16 النشرة القضائية العدد الأول السنة الثالثة كانون اول 1993 ص 142.

نقلا عن. د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. هامش ص 204.

<sup>3</sup> د. النداوي، أدهم وهيب. مرجع سابق، مدى سلطة. المحكمة. ص 266.

## الفرع الثاني: التكييف القانوني وسبب الدعوى:

كان القضاء يتجه إلى أن سبب الدعوى هو فكرة قانونية. ولذلك كانت الأحكام تقرر أن المقصود به هو الأساس القانوني الذي يبنى عليه الدعوى سواء كان عقداً أم إرادة منفردة، أم فعل غير مشروع أم إثراء بلا سبب أونصاً في القانون. ويخرج عن ذلك الأدلة ووسائل الدفاع المقدمة في الدعوى. والنوعي بخطأ في تطبيق القانون لمخالفته قواعد الاختصاص النوعي، وإن كان يتعلق بالنظام العام، إلا أنه لا يجوز التمسك به أمام محكمة النقض ولا أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ما دام أنه يستند إلى عنصر واقعي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع<sup>1</sup>.

### السبب مستمد من الواقعة. "سبب الدعوى وموضوعها"

المقصود بموضوع الدعوى: يذهب الدكتور فتحي والي إلى أن موضوع الدعوى (محل الدعوى) هو ما ترمي إليه الدعوى، ويتكون محل الدعوى من ثلاثة عناصر يمكن التمييز بينها: القرار الذي يطلب من القاضي: فقد يكون تقريراً أو إنشاءً أو إلزاماً أو قراراً وقتياً. ويختلف المحل باختلاف هذا القرار. ولهذا تعتبر دعوى تقرير صحة عقد معين مختلفة عن المطالبة بتنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد.

الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار. فالدعوى التي ترمي إلى تقرير حق الملكية غير الدعوى التي ترمي إلى تقرير حق الارتفاق. محل هذا الحق أو المركز القانوني: فدعوى تقرير ملكية عقار معين غير دعوى تقرير ملكية عقار أو منقول آخر<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: اصطدام السبب بالتكييف:

على أن الأمر لا يسير بهذه السهولة، إذ يصطدم السبب بالتكييف من ناحيتين: الناحية الأولى: أن تكييف نفس الواقعة قد يختلف من قاضٍ لآخر وذلك يتأتى نتيجة عدم تقيد القاضي الثاني بتكييف القاضي الأول الذي يترتب عليه أن تأخذ نفس الواقعة حكمين مختلفين. وبناء عليه فإنه إذا كان على القاضي حتى يمكنه استظهار السبب الحقيقي أن يقوم ببحث الأسانيد

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 468 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. والي، فتحي. الوسيط، المرجع السابق 85.

التي تقوم عليها الدعويان، لكي يعطها التكييف القانوني الصحيح، وإذا كان هذا التكييف يختلف من قاض لآخر بشأن الواقعة الواحدة، فمعنى ذلك أن عملية التكييف- التي أريد بها استظهار السبب الحقيقي وتمييزه عن السبب الظاهر- تجنباً للنقاش من جديد في مسألة سبق الفصل فيها- ستفتح بنفسها الباب على مصراعيه أمام إعادة النظر في مسائل سبق الفصل فيها.

**ومن الناحية الثانية:** فإن الخصم نفسه قد يغير عن طريق التكييف سبب الدعوى، فالزوج الذي يرفع دعوى طلاق في القانون الفرنسي، مؤسسا دعواه على الزنا، ويقدم إثباتاً لذلك خطابات متبادلة بين زوجته وشريكها، ثم تحكم المحكمة برفض الدعوى لعدم كفاية الأدلة، يمكنه دون خشية الدفع بالحجية أن يرفع دعوى طلاق جديدة معتمداً على نفس الخطابات باعتبارها تشكل بالنسبة له إساءة بالغة من القانون المدني الفرنسي.

**المبحث الثالث: السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير المصلحة القائمة والمحملة وصفة الخصوم الاجرائية والموضوعية.**

**المطلب الاول: السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وفقاً للقواعد العامة وخضوع التقدير للرقابة من محكمة النقض.**

**الفرع الاول: نظرة تاريخية للسلطة التقديرية للإدارة**

يقصد بالسلطة الإدارية التقديرية أو السلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع، حيث تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية. هذه السلطة هي ظاهرة طبيعية تلازم أي نشاط انساني، والسلطة التقديرية للإدارة لا يمكن أن تظهر الا في نظام الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون. وقد كانت الإدارة في ظل نظام الثورة الفرنسية الأولى خاضعة كلية للقانون، لأن القانون في هذه الفترة كان يجب نفسه بنفسه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الاسكندرية، 2008، ص 190.

وعلى ذلك فاختصاص الإدارة والقضاء كان من قبيل الاختصاص المقيد، ولم تكن السلطة التقديرية بأي مظاهرها أودجة من درجاتها معروفة في مجال نشاط السلطتين التنفيذية والقضائية. الذي يعني انه إذا حدث خلاف في تفسير القانون بين محكمة النقض الذي اسند اليها حماية سيادة القانون وبين محكمة الموضوع فكان من الواجب على محكمة النقض ان تراجع الجمعية الوطنية الفرنسية لتسألها الحل قبل ان تثبت نهائياً في النزاع القائم حول التفسير. هذا حيث منعت المحاكم العادية من النظر في المنازعات الادارية اوالتصدي لقرارات الادارة وهذا لا يعني عدم وجود رقابة ادارية. وانما كانت الرقابة الادارية ذاتية<sup>1</sup>.

### سلطة القاضي التقديرية وفقاً للقواعد العامة:

وتتميز سلطة القاضي عن سائر السلطات الدولة، فالقاضي لا يستطيع أن يتنازل عنها، وهي لا تزاول إلا في نطاق محدد حتى لا تكون السلطة القضائية دولة داخل الدولة، فالقاضي عندما يختار حلاً من بين الاختيارات المطروحة أمامه فإن سلطته في ذلك محددة بضرورة تحقيق أهداف القانون وهي محددة في ذات الوقت، فهي ليست سلطة مطلقة، وإلا كانت سلطة تحكمية، فالقاضي ينبغي عليه مراعاة حدود وظيفته، وأن يراعي الدور الإجرائي للخصوم، وأن يلتزم بتحقيق المساواة بينهم كما أن سلطة القاضي التقديرية في التقنين المدني ليست مطلقة، إذ يحدها من هذه السلطة قيودان مهمان، فمن ناحية لم يسرف التقنين الجديد في إطلاق سلطة القاضي التقديرية، بل وضع ضوابطها تضمن عدم التعسف في استعمالها، وتهيئ فرصة لرقابة محكمة النقض لما تصدره محاكم الموضوع من أحكام<sup>2</sup>.

سلطة القاضي التقديرية في نطاق القانون المدني تشمل جميع المجالات التي يعالجها هذا القانون، وتغطي كافة الموضوعات التي يتناولها<sup>3</sup>. والقاضي المدني في مثل هذه الأحوال لا يقتصر على تفسير العقد بل يساهم في **صنعه**، والذي يبرر ذلك هو أن المسائل التي احتفظ بها المتعاقدان للاتفاق عليها فيما بعد هي مسائل تفصيلية. فافتراض القانون أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 15.

<sup>2</sup> د. عويضة، محمد علي. مرجع سابق. ص 172.

<sup>3</sup> د. السنهوري. عبد الرزاق. نظرية الالتزام بوجه عام 1966. نقلاً عن د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 80.

ابرام العقد حتى ولولم يتفقا على هذه المسائل ما دام أنهما لم يشترطان أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها<sup>1</sup> والقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بأداب عصره ومصالح أمته.

وتلعب سلطة القاضي التقديرية دوراً بارزاً بتفسير العقد، فإذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر<sup>2</sup>، ومع ذلك فقاضي الموضوع قد يرى نفسه في حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة<sup>3</sup>. ويلاحظ في هذا الصدد أن استخلاص نية المتعاقدين من وقائع الدعوى. على هذا النحو هو مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض، متى كان الحكم مستمداً من أوراق الدعوى، ولا يخالف الثابت فيها<sup>4</sup>. والقواعد التي تحكم تفسير العقد هي قواعد قانونية، وبالتالي تعتبر من مسائل القانون، ويلتزم القاضي باتباعها تحت رقابة محكمة النقض، ويكشف القاضي، ملتزماً بهذه القواعد، عن إرادة المتعاقدين، وله سلطة التقدير في الكشف عنها، وهي سلطة موضوعية لا تخض لرقابة محكمة النقض<sup>5</sup>.

#### الفرع الثاني: مشتقات السلطة التقديرية للقاضي:

أولاً: تشمل السلطة التقديرية للقاضي واقع النزاع المطروح عليه تقديراً يمكنه من استخلاص الوقائع المنتجة والحاسمة في النزاع تقديراً يمكنه من تنفيذ مجموع الوقائع التي طرحها عليه الخصوم في نزاعهم، ويكون ذلك عن طريق تقديره المطلق في إثبات هذه الوقائع، والافتناع بالأدلة المطروحة جميعها أو بعضها اقتناعاً يؤدي إلى استخلاص الوقائع المنتجة في النزاع.

وثانياً: تمثل نشاط ذهني ينصب على إعطاء وصف قانوني لمعطيات هذا الواقع المنتج، غير متأثر في هذا الصدد بوصف الخصوم لنزاعهم المطروح، متمثلاً هذا النشاط الذهني في تجريده

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 81.

<sup>2</sup> قانون "المدني" ساري في فلسطين وهي مجلة الاحكام العدلية لسنة 1293 هجري. مادة 13 لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح.

<sup>3</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 83.

<sup>4</sup> نقض مدني/ 1960/5/19 مجموعة النقض س 406311/ نقض مدني 1958/2/20 مجموعة النقض س 9 ص 223.

<sup>5</sup> نقض مدني 1933/1/5 مجموعة عمر ج 1 ص 163.

لواقع المطروح لتهيئته للتطابق مع مفترض القاعدة القانونية التي ارتآها محتملة التطبيق على النزاع، وذلك من خلال فهمه وتفسيره لهذه القاعدة القانونية، بهدف التأكد من مطابقتها مفترضها الوارد بها وواقع النزاع الذي قدره أنه الواقع المنتج في الدعوى. وأخيراً، يتبلور نشاطه الذهني في إنزال حكم تلك القاعدة القانونية على واقع النزاع المنتج، والذي خلص بصدده إلى تطابقه والمفترض الوارد في تلك القاعدة. ومحصلة هذا النشاط الذهني هوجرية تنصب على اختيار أثر ضمن عدة آثار واردة في تلك القاعدة، أو تمثلت في أعمال الأثر الواحد، والوارد في تلك القاعدة، أو عدم إعماله، أو خلق الأثر القانوني طبقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة<sup>(1)</sup>.

ذلك هو مجموع عملية النشاط الذهني للقاضي، حيث يتضح لنا انه طبقاً ونهج جمهور الفقه<sup>2</sup>. وعلى ضوء الاختصاص الأصيل لمحكمة النقض.

**مما تجدر ملاحظته هنا ان نشاط القاضي الذهني يمر بمرحلتين:**

**المرحلة الأولى: نشاط ذهني يتعلق بتقدير القاضي لواقع النزاع المطروح:** وفي هذا النشاط يستقل بشأنه قاضي الموضوع من حيث استخلاص الوقائع المنتجة في النزاع، وطرح ما عداها. وفي سبيل ذلك يستقل بتقدير هذه الوقائع، وكيفية إثباتها وتقدير أدلتها.. الخ. وفي هذا الصدد لا يخضع لضابط من قبل محكمة النقض، حيث لا تختص تلك المحكمة بمراقبته في إعماله لهذا التقدير، إذ أنها - وكما سبق القول - لا تختص بمسائل الموضوع، وإنما ينحصر اختصاصها في مسائل القانون. ومن ثم فلا تعيد فحص وقائع النزاع المطروح على قاضي الموضوع، وإنما يعتقد اختصاصها، بدءاً بالتسليم بما خلص إليه قاضي الموضوع من وقائع سلّم بها.

**المرحلة الثانية: نشاط القاضي الذهني يشمل فهم القانون وإعمال أثره على هذا الواقع.** وهنا، يتعلق الأمر بصحة تطبيق القانون، وهذا هوالمجال الخصب لإعمال صميم اختصاص محكمة النقض، حيث تباشر رقابتها على نشاط القاضي الذهني في إعماله لقواعد القانون من خلال هذه

<sup>1</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.ص 417.

<sup>2</sup> وقد آثرنا على اعتبار هذه النتيجة لتعريف السلطة التقديرية للقاضي من خلال تحليل ماهيتها وضوابطها، ونطاق رقابة محكمة النقض. آثرنا على اعتبار هذا المعنى للمقصود بالسلطة التقديرية للقاضي هوالمعنى الذي استقر عليه جمهور الفقه. ولا يعتبر هذا الاستخلاص عن رأينا الخاص، حيث نستقل بمفهوم خاص لماهية النشاط الذهني للقاضي وضوابطه يختلف عن المفهوم الوارد ذكره هنا. وسنعرض لهذا الرأي عند الحديث عن تقديرنا الخاص، لا سيما فيما يتعلق بمضمون اختصاص محكمة النقض ورقابتها لمادة هذا النشاط الذهني.

المرحلة -الثانية- متمثلة في مراقبته عند إعماله للتكييف القانوني لواقع النزاع المطروح، وإعطائه الوصف الذي يتفق وصحيح القانون، وأيضاً عند إعماله للأثر الوارد في القاعدة القانونية التي قدرها القاضي، أنها محل التطبيق على هذا الواقع.

وقد ذهبت محكمة النقض في أحكامها العديدة، إلى أن نشاط القاضي بصدد تكييف عقد يعد نشاطاً متعلقاً بمسألة قانونية يخضع بشأنها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة<sup>1</sup> العليا.

ذلك أن التكييف عملية قانونية تعني إلباس الواقعة كما أثبتتها قاضي الموضوع ثوباً قانونياً ملائماً، وذلك بتشخيص الواقعة على ضوء نص قانوني معين، تتدرج الواقعة تحته ويتسع لها مدلوله دون غيره من نصوص القانون. أو بتعبير آخر، أن التكييف هو الترجمة لمفهوم واقعي بواسطة مفهوم قانوني. فالتكييف دائماً عملية قانونية، يترتب عليها نتائج قانونية، الأمر الذي يحتم خضوعها دائماً لرقابة محكمة النقض، ومن ثم فالخطأ في تقدير القاضي لهذه العملية يترتب عليه الخطأ في تطبيق القانون مما يسمح لإخضاعه لرقابة محكمة<sup>2</sup> النقض.

### الفرع الثالث: خضوع (التقرير) لرقابة النقض كالتكييف:

إذا كانت القاعدة أن مسائل التقدير لا تخضع لرقابة محكمة النقض؛ لأن مجالها الواقع بعكس "التكييف" فالقاعدة فيه خضوعه لرقابة النقض باعتباره مسألة قانونية، تخضع سلطة التقدير لرقابة محكمة النقض وتتساوى بذلك مع سلطة التكييف من هذه الزاوية. ولكن، مع ذلك فأساس الرقابة يختلف تماماً الاختلاف مع التكييف؛ لأنه في التكييف يكون أساس الخضوع كونها مسألة قانون. وهناك اعتبارات أخري يمكن ايجازها في التالي:

### والاعتبارات التي تؤدي إلى مراقبة النقض على التقدير منها:

1. إقامة الحكم على واقعة لا سند لها في أوراق القضية.

2. عدم إعمال المحكمة سلطتها في التقدير.

<sup>1</sup> أنظر في ذلك أحكام محكمة النقض للدائرة المدنية 3-3-1973، س24، ق67، ص372، و17-2-1973، س24، ق46، ص260، و3-5-1972، س23، ع2، ق620، ص768، و9-3-1972، س23، ق59، ص376، و19-1-1971، س22، ق11، ص52، و20-1-71، س22، ق16، ص870، و28-12-1971، س22، ع3، ق189، ص1115.

<sup>2</sup> د. أحمد صاوي، ص225. نقلا عن. د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص442.

3. تجاوز سلطة التقدير.

4. مناط التقدير في أوراق الدعوى والمنطق.

5. أسباب الاستدلال.

فإذا كان لقاضي الموضوع سلطة تامة في إثبات الوقائع فإنه مما يدخل في اختصاص محكمة النقض بحث ما إذا كان قاضي الموضوع عند ممارسته لسلطاته لم ينكر سمات العقد كما عرفه<sup>1</sup> القانون. إن رقابة محكمة النقض تشمل تكييف قضاة الموضوع عند تكييفهم مبدأ حسن النية<sup>2</sup>، حتى لا يكون هناك مجالاً لتحكمهم وتعسفهم في تجريد الخصوم من حقوقهم المشروعة. وفي مجال التفسير يقوم قاضي الموضوع بفهم المعنى الوارد في الألفاظ التي جاءت على لسان الخصوم، بقصد ردها إلى قاعدة قانونية، الأمر الذي يجعل من مهمة قاضي الموضوع في التفسير أقرب إلى خلق قاعدة قانونية أو الاعتراف بها في النزاع المطروح. ومن ثم يخضع في أدائه للتفسير لرقابة محكمة النقض<sup>3</sup>، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تفسر كلمة تصادم الواردة بعقد التأمين ضد حوادث السيارات على أنها تشمل كل حادث تسببت فيه واحدة أو أكثر من المركبات، حتى ولو لم يحدث اتصال مادي بينها وبين السيارة المؤمن عليها، إذ أن هذا المسلك يعد تحريفها منها للألفاظ الواضحة والمحددة للشرط. مخالفة بذلك حكم المادة 830 من المجلة والمادة 209 من القانون المدني الاردني والمادة 148 من القانون المدني فرنسي<sup>4</sup>.

لذا يتعين نقض الحكم إذا اقتنع قاضي الموضوع بوضوح الشرط، وأن ظاهره يمثل نية الطرفين، ولكنه عزف عن تطبيقه، وشرع في البحث عن نية مغايرة<sup>5</sup>، فالتحريف لمضمون العقد يؤدي إلى نقض الحكم<sup>6</sup>.

ولما كان أساس تسمية الشارع لعقد معين هو تطبيق القواعد الخاصة بهذا العقد، والذي يتميز بها دون سواه، الأمر الذي ينبغي على قضاة الموضوع تسمية هذا العقد أولاً وذلك بقصد إنزال الأحكام

<sup>1</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص 442.

<sup>2</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص 442.

<sup>3</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>4</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص 443.

<sup>5</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص 443.

<sup>6</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص 444.

القانونية الواردة في القواعد الخاصة بهذا العقد. ويتحقق ذلك عن طريق تكييف العقد المطروح أمامه دون أن يتوقف ذلك على وصف المتعاقدان لهذا العقد، إذ أن المتعاقدان قد يتفقا في وصفهما لهذا العقد صحيح القانون، وقد يعمدا إلى إعطائه وصفاً مغايراً لحقيقته بقصد التهرب من أحكامه، أو قد يأتي هذا الوصف المغاير للحقيقة نتيجة جهل بمسائل القانون. ومن ثم فعلى القاضي في جميع هذه الحالات، إنزال الوصف للعقد الذي يتفق وصحيح القانون، إذ أن الخطأ في التكييف يترتب عليه خطأ في تطبيق القاعدة القانونية الخاصة بهذا العقد، لأجل هذه المعطيات، قررت محكمة النقض في العديد من أحكامها<sup>1</sup> أن تكييف العقود وإنزال حكم القانون عليها مسألة قانون، تخضع محكمة الموضوع بصدد ذلك لرقابتها.

فرقابة محكمة النقض لنشاط قاضي الموضوع هي رقابة عامة في مجال التكييف أي تتعلق بنشاط قاضي الموضوع في فهمه للواقع وإعطائه الوصف القانوني الصحيح، سواء كان هذا الواقع منصباً على عقد أو واقعة قانونية لا إرادية، أو تصرفاً بإرادة منفردة، أو قوة قاهرة. وعلى سبيل المثال، فقد جرى قضاء النقض على أن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابتها.

وبصدد المرحلة الثالثة والتي تأتي بعد نشاط القاضي بصدد الإثبات، وتكييفه للواقع المطروح، تأتي هذه المرحلة والتي تعرف باستخلاصه للنتائج القانونية<sup>(2)</sup>.

وأن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفقاً لهذه الاتجاهات تتحقق في أعمال قاضي الموضوع لنشاطه الذهني من خلال المراحل الثلاث الآتية:

**المرحلة الأولى: محصلتها التثبت من الوقائع المنتجة والحاسمة في الدعوى من خلال التثبت من أدلتها.** وفي هذه المرحلة يستقل القاضي بنشاطه الذهني غير خاضع لرقابة محكمة النقض.

**المرحلة الثانية: مرحلة التكييف،** يقوم القاضي خلالها بنشاط ذهني ينصب على إعطاء الوقائع التي استخلص ثبوتها في المرحلة الأولى وصفاً قانونياً معيناً يسمح بمطابقته ومفترض قاعدة

<sup>1</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 446.

<sup>2</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 448.

قانونية معينة. ونشاط القاضي في هذه المرحلة نشاطاً مقيداً يخضع بشأنه لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن خطأ القاضي في هذا النشاط هو خطأ في القانون.

**المرحلة الثالثة:** وهذه المرحلة هي خاتمة نشاط القاضي الذهني، والتي تتمثل في إعماله للأثر الوارد في القاعدة القانونية التي قدر من خلال المرحلة الثانية، أنها الواجبة التطبيق على النزاع المطروح. ونشاط القاضي في هذه المرحلة نشاطاً مقيداً، حيث يخضع فيه - لرقابة النقض، ففي هذه المرحلة يكمن صميم اختصاص محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون، فتراقب قاضي الموضوع فيما ذهب إليه في نشاطه للتيقن من أن تقديره يتفق وصحيح القانون<sup>1</sup>.

### **إرادة القاضي في الباعث المحرك لها**

التيقن من أن الباعث لإرادة القاضي لم ينحرف عن الغاية الموضوعية التي يهدف إليها القانون، وذلك من خلال تقييد محل هذا النشاط الذهني بوقائع النزاع المطروح، حيث لا يجوز للقاضي أن يفترض وقائع غير المطروحة أمامه، ويبني عليها حكماً قانونياً.

ومن ثم وجب على القاضي في حله للنزاع أن يكون ملزماً بأن يأخذ في اعتباره ما طرحه عليه الخصوم من وقائع ومحصلة ما سبق من قيود هونتاج مبدأ سيادة الخصوم<sup>2</sup>.

### **مشروعية الباعث**

فالقانون قد ألزم القاضي أن يفصح عن مشروعية الباعث المحرك لإرادته من خلال حكمه والذي يعتبر نتاج مجموع النشاطات التقديرية التي مارسها على مجموع النزاع المطروح، وذلك من خلال تسببه للحكم الذي أصدره، وذلك لأن التسبب هو الطريق الذي يؤكد به القاضي. إن السلطة التقديرية الممنوحة له لم يباشرها على هواه وإنما باشرها من خلال إرادته وباعث يحركها. هذا الباعث يتفق والغاية الموضوعية من القانون، وقد تبلور هذا الباعث من خلال عمل قضائي يتفق وصحيح القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 455.

<sup>2</sup> د. نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، ق 175، ص 357.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود مرجع سابق. ص 394.

المبحث الثالث: المصلحة شرط لقبول الدعوى ومدى سلطة القاضي في تقدير قانونية المصلحة وفي تقدير المصلحة الشخصية والمباشرة وكون المصلحة قائمة اوحالة واحتمالية، وسلطة القاضي في تقدير الصفة الاجرائية والموضوعية.

المطلب الاول: المصلحة القانونية شرط لوجود الحق في الدعوى ووجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة لقبول الدعوى

الفرع الاول: مفهوم المصلحة وعلاقتها بقبول الدعوى

اولا: المصلحة القانونية شرط لقبول الدعوى

تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري والمادة 3 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 الفلسطيني على أنه: "لا يقبل أي طلب أود دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو استيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

ومن هذا النص يتضح ضرورة توافر المصلحة في اي ادعاء يطرح أمام القضاء بهدف الحصول على حكم في موضوعه<sup>1</sup>. والقاضي هو الذي يقوم بتقدير توافر المصلحة التي تتطلبها القانون والتأكد من اجتماع الأوصاف القانونية فيها. وفي سبيل ذلك فان القاضي يستعمل مجموعة من الادوات بهدف التوصل الى توافر المصلحة وتأكيدا من خلال القواعد القانونية الموضوعية المتعلقة بمضمون الادعاء المطروح عليه. القواعد القانونية الاجرائية المحددة لشروط قبول الادعاء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مادة 3 من قانون اصول المحاكمات الفلسطيني مصدر سابق. لا تقبل دعوى أطلب أودفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون -2. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه -3. إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

<sup>2</sup> د. د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 263.

ومن الثابت أنه يشترط لوجود الحق في الدعوى أن يوجد حق أو مركز قانوني يحميه القانون، فحيث لا يوجد حق لا توجد دعوى. والحق الموضوعي أيا كان هو مركز واقعي أي مصلحة يحميها القانون.

هذه هي بايجاز فكرة المصلحة في الدعوى، أي المصلحة كشرط من شروط قيام الحق في الدعوى ذاتها باعتبارها الأداة القانونية التي تحمل الادعاء، ونقصد بالمصلحة هنا مجرد وصف من أوصافها وهو قانونية المصلحة في هذا المجال، أي في مجال نشوء الحق في الدعوى<sup>1</sup>.

ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على المدعى من الحكم له بطلبه، وهذه الفائدة تنشأ مما يحققه الحكم من يقين قانوني، فهي إذا عبارة عن مصلحة المدعى في الحصول على اليقين القانوني، وهذه المصلحة تتواجد كلما أصاب المدعي ضرر من التجهيل القانوني، وقد يترتب هذا الضرر عن الاعتداء على حق المدعي ضرر من التجهيل القانوني. وقد يترتب هذا الضرر عن الاعتداء على حق المدعي وهنا تكون له مصلحة في دعوى. ولكن التجهيل قد ينشأ عن ظروف موضوعية أو شخصية أخرى، كوجود عقد باطل، أو مزاعم جدية ضارة يذيعها الغير، كما أن هذا الضرر قد يحدث نتيجة تجهيل بحكم القانون لحق منشئ فتتوافر هنا المصلحة في دعوى تقريرية<sup>2</sup>.

والمصلحة القانونية الواجب توافرها في الادعاء وفقا لهذا الرأي تتلخص في الفائدة التي تعود على المدعي من حصوله على اليقين القانوني<sup>3</sup>. ويظهر هنا الارتباط بين فكرة المصلحة القانونية، وفكرة تجهيل المراكز القانونية تجهيلا من شأنه أن يعوق نفاذ النظام القانوني<sup>4</sup>.

عندما يقوم القاضى ببحث عنصر قانونية المصلحة فعليه أن يتأكد من خلال صياغة الطلب القضائي أن ما يدعيه المدعى تتوافر فيه المصلحة التي يحميها القانون بصفة مجردة<sup>5</sup>.

وبناء على ذلك فإن القاضى حينما يتصدى لبحث مسألة قانونية المصلحة، فهو يحل مسألة قانونية بحث، هي البحث عن وجود قاعدة قانونية تمنح حماية لمثل هذا الحق المدعى به، بمعنى أنه

<sup>1</sup> د، والى، فتحي، مرجع، سابق، الوسيط، ص 70-71.

<sup>2</sup> د. راغب، وجدي، العمل القضائي، ص 493/ رمزي سيف، الوسيط، ص 137/ عبد الباسط جميعي، شرح قانون المرافعات الجديد، ص 249، / محمد حامد فهمي، المرافعات، ص 361. نقلا عن د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 365.

<sup>3</sup> د. راغب، وجدي، المرجع السابق. ص 494.

<sup>4</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 365.

<sup>5</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ص 124.

يتأكد من أن الادعاء هوادعاء بحق يستحق حماية القانون، أي أن المصلحة التي يطالب بها أويطالب بحمايتها هي من المصالح التي يحميها القانون<sup>1</sup>. والقاضي في تقديره هذا لا يحسم النزاع على الوقائع، لأنه ما زال في مرحلة البحث عن قبول أوعدم قبول الادعاء، والدليل على ذلك أنه لا يشترط في هذه المرحلة أن يتحقق القاضي من ثبوت الحق في جانب المدعى، بل يكفي أن يكون الادعاء هوادعاء بحق من الحقوق التي تستحق الحماية القانونية<sup>2</sup>.

فاذا كانت القاعدة القانونية تحمي نوع المصلحة القائمة في ثنايا المركز الموضوعي المتنازع عليه والمطروح على القاضي ووجد القاضي توفرها في الواقع فالنتيجة هي قبول الادعاء لان المصلحة فيه مصلحة قانونية. وبعكس ذلك يحكم بعد القبول الادعاء، لان المصلحة هنا لا تكون قانونية ومعنى ذلك لا يحميها القانون ولا يلزم بالضرورة ان تكون غير مشروعة. وعلى ذلك فعدم قبول القاضي للادعاء الذي لا يقوم على مصلحة قانونية يتضمن فصلا في الموضوع المطروح عليه. اي ان القاضي لم يصدر بعد حكما قطعيا يزيل تجهيل المركز القانوني والمطروح عليه. كما أن بحث القاضي التقديري في هذه المرحلة حول القاعدة القانونية لا يتضمن أيضا فصلا في مسألة متعلقة بأصل الحق. الا انه يبحث بطريقة مجردة مسألة محددة، والبحث إذا كانت القاعدة القانونية محتملة التطبيق تحمي المصلحة القائمة في صلب وقائع النزاع المطلوب حمايتها. وبناء على كل ذلك يتأكد مما سبق، أن الدفع بعدم القبول ليس دفعا موضوعيا ولا هودفعا شكليا<sup>3</sup>.

**وبناء على ذلك يشترط لوجود الحق في الدعوى وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به المدعى.** وهذه تعتبر مسألة قانونية موضوعية تبحث بواسطة القاضي من الناحية المجردة في حالة عدم وجود القاعدة القانونية سواء كانت قاعدة تشريعية ام قاعدة عرفية اي عدم وجود حماية فلا تنشأ مصلحة وحق في الدعوى. ولا يشترط أن ترد القاعدة القانونية المجردة في نص صريح في التشريع، فيمكن أن يصل القاضي الى تقرير وجودها عن طريق القياس أوبالنظر الى المبادئ العامة في القانون. هذه هي بإيجاز فكرة المصلحة في الدعوى، أي مصلحة كشرط من

<sup>1</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 367.

<sup>2</sup> نقض مدني 1969/6/17 مجموعة النقض، س 20، ص 970.

<sup>3</sup> الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف 1981، ص 125. نقلا عن د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 369.

شروط قيام الحق في الدعوى ذاتها باعتبارها الأداة القانونية التي تحمل الادعاء، ونقص بالمصلحة هنا مجرد وصف من أوصافها وهو قانونية المصلحة في هذا المجال، أي في مجال نشوء الحق في الدعوى<sup>1</sup>.

عندما يقوم القاضي ببحث عنصر قانونية المصلحة فعليه أن يتأكد من خلال صياغة الطلب القضائي أن ما يدعيه المدعى تتوافر فيه المصلحة التي يحميها القانون بصفه مجردة<sup>2</sup>. وبناء على ذلك فإن القاضي حينما يتصدى لبحث مسألة قانونية المصلحة، فهو حل مسألة قانونية بحث، هي البحث عن وجود قاعدة قانونية تمنح حماية لمثل هذا الحق المدعى به، بمعنى أنه يتأكد من أن الادعاء هو ادعاء بحق يستحق حماية القانون، أي أن المصلحة التي يطالب بها أويطالب بحمايتها هي من المصالح التي يحميها القانون.

### الفرع الثاني: شروط المصلحة

#### اولا: ان تكون المصلحة قانونية:

يشترط في المصلحة المبررة لقبول الدعوى أن تكون مصلحة قانونية، ويتحقق ذلك إذا كانت الدعوى تستند إلى حق أو مركز قانوني، وهذا ما تنص عليه المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والتي جاء فيها:

ويعود أمر تقدير توافر المصلحة التي يتطلبها القانون والتأكد من اجتماع الأوصاف القانونية فيها إلى القاضي، ولا يستطيع القاضي التأكد من توافر قانونية المصلحة، إلا من خلال أدوات محددة هي النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، ومادة هذا النشاط هي الوقائع المطروحة على القاضي، وقواعد القانون الموضوعي والإجرائي المتعلقة بالنزاع المطروح عليه<sup>3</sup>. ولا يشترط ان ترد القاعدة القانونية المجردة في نص صريح في التشريع، وانما على القاضي البحث عنها من خلال القياس وفقا للمبادئ العامة في القانون<sup>4</sup>. وبالتالي، فإن تخلف الحق الموضوعي المطلوب حمايته بسبب

<sup>1</sup> د. والى. فتحي، الوسيط، ص 70-71.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ص 124.

<sup>3</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل، المرجع السابق، ص 45.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 363.

عدم وجود قاعدة قانونية تحمي المصلحة التي يطلب المدعي حمايتها، كما لوطلب المدعي بدين قمار، فإن الحق لا يتحقق لصالح المدعي في الدعوى، مما يؤدي إلى عدم قبول دعواه. كون القانون لا يحمي مصلحة مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة<sup>1</sup>.

### ثانياً: ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة

يشترط في المصلحة المبررة لقبول الدعوى أمام القضاء أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة؛ بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المزعوم أو المركز القانوني المراد حمايته أو من له صفة، كما ويشترط أيضاً أن تكون للمدعي صفة في الدعوى. وهذا يعني أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة. وهذا الشرط يعبر عن الجانب الشخصي في الدعوى، ويقتضي وجود علاقة بين أطراف الدعوى وموضوعها<sup>2</sup>.

كما ويشترط أيضاً أن تكون للمدعي عليه صفة في دفع الدعوى عنه. وهذا يعني أن يتأثر من الدعوى بصفته الشخصية والمباشرة. وهي مرتبطة بوجود مصلحة المدعي، وهذا الشرط يعبر عن الجانب الشخصي في الدعوى، ويقتضي وجود علاقة بين أطراف الدعوى وموضوعها<sup>3</sup>.

ولذا لا تقبل دعوى بطلان عقد من شخص ليس طرفاً في العقد، ولو كانت لهذا الشخص مصلحة في بطلانه<sup>4</sup>. وهنا تتور مشكلة تحديد من له صفة في الدعوى، هل هو جميع الأطراف ام يكفي واحد منهم، ذلك انه في الحالات التي فيها اطراف الحق فان المشرع غالباً هو الذي يحدد من منهم يكون صاحب الحق غي الدعوى اي من له صفة في رفع الدعوى فينص مثلا أنه عند تضامن الدائنين يكون لأي منهم الحق في رفع الدعوى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 45.

<sup>2</sup> د. الزعبي، عوض احمد، أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة، جزيين. دار وائل للنشر، عمان - الاردن، الطبعة الاولى (2003، جزء 2)، مرجع سابق، ص 451.

<sup>3</sup> د. الزعبي، عوض احمد، أصول المحاكمات المدنية دراسة مقارنة، جزيين. دار وائل للنشر، عمان - الاردن، الطبعة الاولى (2003، جزء 2)، مرجع سابق، ص 451.

<sup>4</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص 47.

<sup>5</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص 48.

ويشترط لذلك أن يوجد تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى، والمركز القانوني لصاحب الحق المدعي، كما يشترط وجود تطابق بين المركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدي على هذا الحق<sup>1</sup>.

### ثالثاً: سلطة القاضي في تقدير كون المصلحة قائمة وحالة او احتمالية

وعلى ذلك فالمصلحة الاحتمالية التي يرى بعض الفقه أنها تنشئ الحق في بعض الدعاوى، ليست في الواقع مصلحة احتمالية وانما هي في كافة الأحوال مصلحة قائمة وحالة، والاحتمال يوجد في الواقع في عنصر الاعتداء أوالضرر<sup>2</sup>.

تنص الفقرة (2) من المادة (3) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني. لا تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أوالاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه -3. إذا لم تتوفر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى. وتنص الفقرة (2) من المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أن "تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أوالاستيثاق لحق يُخشى زوال دليله عند النزاع فيه"<sup>3</sup>.

وهذا النص جاء استثناءً، من الحالات التي حددها القانون كشرط لقبول الادعاء. ذلك أن المصلحة في الدعوى، أي الحاجة إلى الحماية القضائية يجب أن تكون قائمة وحالة، وإلا انتفى المبرر لقبول الدعوى. فالقضاء الموضوعي لا يعمل إلا إذا كانت هناك حاجة فعلية وحالة للحماية القضائية<sup>4</sup>.

إذا وقع اعتداء على حق المدعي، أي خرقت مصلحة المدعي فهنا يكون المدعي قد لحقه ضرر حالاً نتيجة حرمانه من منافع حقه، وبالتالي توجد له مصلحة قائمة وحالة في إصلاح هذا الضرر. إذا لم يكن قد وقع اعتداء على حق المدعي، ولكن يحتمل وقوعه، فإن المدعي في هذه الحالة يكون مهدداً بضرر محتمل، لذا توجد له مصلحة في الوقاية من هذا الضرر وهو ما يعبر عنه بالمصلحة المحتملة، وهي مصلحة وقائية.

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، 375-376.

<sup>2</sup> د. والي، فتحي، مرجع، سابق، الوسيط، ص 85.

<sup>3</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص50.

<sup>4</sup> د. والي، فتحي. المرجع السابق. ص 127

وإن كان الضرر الحال يشترط في دعوى الإلزام، كون حكم الإلزام يتميز بأن محله جزاء قانوني. فإن الدعاوى الأخرى التقريرية والمنشئة لا يقتضي قبولها تحقق الضرر الحال أو الاعتداء على الحق بل يكفي فيها الضرر المحتمل<sup>1</sup>.

وبالتالي نجد أن القاضي حينما يبحث هذا الوصف من أوصاف المصلحة للتأكد من نشأة الحق في الدعوى فإنه يتطرق بالضرورة إلى بحث عناصر الحق الموضوعي من ناحية قيامه، واحتمال تعرضه للأضرار التي يدعيها المدعي. ثم يبحث من جهة ثانية وبصورة مجردة عن القاعدة القانونية المجردة التي تحمي مثل هذا النوع من الحقوق، ثم يعقد المقارنة بين الوقائع المطروحة وبين فرض القاعدة القانونية الموضوعية وحكمها ليرى فيما إذا كان حق المدعي معرضاً بصفة احتمالية للاعتداء عليه أم لا. وبذلك فإن القاضي يكون قد تأكد من أمرين<sup>2</sup>:

**المطلب الثاني: قد تكون صفة متعلقة بالاجراءات دون تعلقها بالمركز الموضوعي**

#### **الفرع الاول: اهمية الصفة في الدعوى**

احيانا فقد تبرز مسألة الصفة منفصلة عن مشكلة اثبات الحق أوالمركز القانوني محل الحماية، وذلك في الحالة التي يكون الحق فيها متعدد الأطراف بأن كان هناك أكثر من طرف ايجابي أو سلبي. هل هوجميع الأطراف أم يكفي واحد منهم، فاذا سكت المشرع، فعلى القاضي اجراء بحث التقديري لمعرفة العناصر المحددة للدعوى المرفوعة أمامه<sup>3</sup>.

أما إذا تبين للقاضي بأنه لا توجد صفة للخصم إزاء المركز الموضوعي المتنازع عليه، فإنه يقرر عدم قبول الادعاء لتخلف شرط من شروط قبوله، وهذا ما يبحثه القاضي أولاً كون توافر الصفة بالنسبة لرابطة أصل الحق، هي الأولى لأن مصير الخصومة موقوفاً عليها<sup>4</sup>.

ومما يؤكد هذا الأمر نظام الخلافة في الخصومة، ذلك أنه قد يحدث تغييراً في أطراف الخصومة الأصليين بسبب الخلافة. والخلافة في الخصومة ترتبط بالخلافة في المركز القانوني الموضوعي

<sup>1</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 51.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 378.

<sup>3</sup> د، والى، فتحي، مرجع، سابق، الوسيط، ص 73.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 385.

محل النزاع<sup>1</sup>. إلا أن الخلافة الإجرائية مشروطة، بأن يكون الخلف العام خلفاً في المركز الموضوعي للسلف، فإذا كان المركز الموضوعي هومما يزول وينقضي بوفاة صاحبه لارتباطه بشخصه، فإن الخلافة لا تترتب في الخصومة، نتيجة لانعدامها بالنسبة للمركز الموضوعي<sup>(2)</sup>. فعلى القاضي إذا لتقدير شرط الصفة كعنصر لازم لنشأة الحق في الدعوى التطرق بالبحث للروابط الموضوعية والمراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق، وكذا عليه بحث قواعد القانوني المرتبطة بهذه المراكز، وذلك لتقدير نشأة الحق في الدعوى، وثبوته لصاحب معين<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز الصفة الاجرائية عن الموضوعية:

ومن جهة أخرى يتعين على القاضي في بحثه عن الصفة الاجرائية أو التمثيل القانوني. اذ ان الصفة في الدعوى تتعلق بالحق في الدعوى، اما الصفة التمثيلية وهي الصفة الاجرائية فانها تتعلق بالإجراءات في الخصومة وهي ليست من شروط نشأة الحق في الدعوى، وانما شرط لصحة العمل الاجرائي، وهي تختلف عن الصفة المرتبطة بالمصلحة الشخصية والمباشرة كشرط لقبول الادعاء<sup>4</sup>. وبناء على كل ما تقدم فان البحث التقديري الذي يقوم به القاضي في نطاق القانون الموضوعي يولد أثراً اجرائياً هاما وهو الحكم بقبول أو بعدم الادعاء المطروح أمامه. ما إذا كانت دعوى إلزام ام دعوى تقرير ام دعوى انشاء وذلك بهدف تحديد الصفة المتوجب توفرها لنشأة الحق، فدعوى الالزام ترد على حق ادعاء والقاضي يقدر في ضوء عناصر الواقع وعناصر القانون وهذه الدعوى ترتب أثر على أطرافها. وهذا يختلف في حالة الدعوى المنشئة اومقررة فيجب ان تكون الصفة متوفرة بين الرابطة القانونية بين جميع أطراف الدعوى<sup>5</sup>.

**ومن جهة:** فان الصفة كشرط لنشأة الحق في الدعوى قد لا تكون فقط لصاحب الحق أوالمركز القانوني الموضوعي، وانما تثبت أيضا لغيره ممن تهمة حماية هذه المصلحة. ويستخلص القاضي

<sup>1</sup> د. راغب، وجدي، ( مذكرات في مبادئ القضاء المدني المرافعات، دار الاتحاد العربي تاريخ 1979 مصر، القاهرة، ص344.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 387.

<sup>3</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 274.

<sup>4</sup> د. والى. فتحي، الوسيط، ص79.

<sup>5</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 373.

هذه النتيجة من كون المصلحة القانونية المشترطة أيضا لنشأة الحق في الدعوى، تكون وفقا للقانون، مصلحة جماعية أو مصلحة عامة<sup>1</sup>. مثل دعاوى النقابات والجمعيات ودعاوى النيابة العامة.

فعلى القاضى إذا لتقدير شرط الصفة كعنصر لازم لنشأة الحق في الدعوى التطرق بالبحث للروابط الموضوعية والمراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق، وكذا عليه بحث قواعد القانوني المرتبطة بهذه المراكز، وذلك لتقدير نشأة الحق في الدعوى، وثبوته لصاحب معين<sup>2</sup>. وهوفي هذا البحث لا يفصل في ادعاء وانما يفصل في وجود اوعدم وجود الوعاء او الوسيلة التي تحمل هذا الادعاء اليه وهي الحق في الدعوى ذاته

ومن جهة أخرى: يتعين على القاضى في بحثه لهذا الشرط أن يميزه عن الصفة الاجرائية أو التمثيل القانوني. فقد يحدث ان يكون لشخص رفع دعاوى نيابة عن صاحبها فلا ترفع الدعوى ممن له صفة فيها وانما ترفع ممن يمثله قانونا. والصفة باعتبارها شرط للمطالبة بالحق في الدعوى بينما الصفة الإجرائية باعتبارها صفة تمثيلية تتعلق بإجراءات الدعوى ولا تتعلق بالحق. والصفة اللازمة لقبول الادعاء يحددها القانون الموضوعي الذي يعتبرها وصف من اوصاف المصلحة<sup>(3)</sup>. وبالتالي فان البحث التقديرى الذي يقوم به القاضي في نطاق القانون الموضوعي يولد اثرا اجرائيا هاما وهو الحكم بقبول اوعدم بعدم قبول الادعاء المطروح امامه.

وللتفرقة بين الصفة كشرط لنشأة الحق في الدعوى والصفة الاجرائية اهمية بالغة اذ الصفة في الدعوى تتعلق بالحق في الدعوى اما التمثيل القانوني او الصفة الاجرائية فانه يتعلق بالاجراءات في الخصومة. وعلى ذلك فان المصلحة التمثيل القانوني ليست من شروط نشأة الحق في الدعوى وانما شرط لصحة العمل الاجرائي. اما المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبول الادعاء فيعبر عنها بشرط المصلحة الواجب توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة ذلك ان الصفة يقصد بها ان يكون صاحب الحق المدعي هو الذي باشر الحق في الدعوى التي ترفع بطلب تقرير هذا الحق الحق الموضوعي او حمايته. ويشترط لاعتبار الصفة متوفرة في الادعاء المطروح على القاضي ان

<sup>1</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 374.

<sup>2</sup> د. والى، فتحي. مرجع، سابق. الوسيط، ص 79.

<sup>3</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 376.

يوجد تطابق بين المراكز القانوني للشخص رافع الدعوى والمركز القانوني لصاحب الحق المدعي كما يشترط وجود تطابق بين المركز القانوني للمدعى عليه والمركز القانوني للمعتدى على هذا الحق. وتعتبر الصفة وصف من اوصاف المصلحة التي تعتبر الشرط الوحيد لقبول الادعاء فان القاضي يقوم بدور هام في تحديد قيام وصحة هذه الصفة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، مرجع سابق، السلطة التقديرية. ص 375.

## الفصل الثالث

### اصول التكييف القانوني وقواعده

مبحث أول: ماهية سلطة التقدير والتكييف

مطلب أول: سلطة التقدير والتكييف

مبحث ثاني: التكييف من النظام العام

مطلب أول: التكييف والنظام العام ودورة التكييف

مطلب ثاني: مراحل التكييف وتحليل القاعدة القانونية

مطلب رابع : رقابة محكمة التمييز على مدى صحة التكييف على مسائل الوقائع وعلى الفصل في القانون الرقابة المطلقة والمقيدة.

## الفصل الثالث

### اصول التكييف القانوني وقواعده

#### المبحث الاول: ماهية سلطة التقدير والتكييف

في المطلب الاول ماهية سلطة التقدير والتكييف العلاقة بين سلطتي التقديرية والتكييف وهما عمليتان متكاملتين الارتباط بينهما والعلاقة العضوية بين التكييف التقدير اوعتبار لتكييف القانوني قاعدة والتقدير القضائي استثناء وفي المطلب الثاني سلطة التكييف وسلطة التقدير. تكييف الدعوى عناصر التكييف تركيب الواقعة القانونية من واقعة مادية + تصرف قانوني: تحليل القاعدة القانونية بالتكييف القانوني: الحالة الثانية الخطأ في أعمال قواعد القانون الأخرى الحالة الاولى الخطأ في تطبيق القانون

#### المطلب الاول: سلطة التقدير والتكييف

ماهية سلطة التقدير والتكييف العلاقة بين سلطتي التقديرية والتكييف وهما عمليتان متكاملتين الارتباط بينهما والعلاقة العضوية بين التكييف التقدير اوعتبار لتكييف القانوني قاعدة والتقدير القضائي استثناء.

#### الفرع الاول: ماهية سلطة التقدير والتكييف:

القانون في المجتمع يستهدف غايات الجماعة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والتشريع يقوم بإنشاء القواعد القانونية المجردة<sup>1</sup>. وعلى ذلك فإن مجرد وجود القاعدة القانونية لا يستغرق الظاهرة القانونية، وإنما تدوفاعلية هذه القواعد جانباً هاماً إلى جانب الوجود الفعلي لها. فالقاعدة توجد وتكون أوجب أن تكون فعالة.

<sup>1</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 122.

وعلى ذلك فإنه لا قانون إذ يحل مشكلة عدم فاعليته" بواسطة القضاء، فإنه يسد ثغراته يستعمل نفسه بنفسه. ولذا قيل إن القضاء ركن في قانونية النظام، وأنه لا قانون بلا قاضي. والحقيقة أن القضاء يحقق للقانون حماية ضد عدم فاعليته. فالقانون الوضعي الموضوعي في حاجة إلى حماية نفسه أيضاً بإعطاء الفعالية لقواعده<sup>1</sup>.

### والوظيفة القضائية تنحصر في حماية النظام القانوني.

فهي لا تتدخل إلا إذا ظهر عارض قانوني، أي في حالة من الحالات عدم الفاعلية القانونية<sup>2</sup>. وعلى ذلك فالوظيفة القضائية بما تمنحه من ولاية قضائية للقاضي تخوله سلطة تطبيق القانون في حالة مخالفته، بهدف إزالة عدم فاعلية القانون في الحالة محل البحث. وبناء على ذلك فولاية القضاء أو الوظيفة القضائية، تعتبر هي الأساس في منشأ السلطة التقديرية التي تعتبر إحدى السلطات التي تمتع بها القاضي في أعمال القانون.

وبالنسبة لطبيعة النزاع الذي يقوم القاضي بحله، فإن طبيعة النزاع لا تؤثر في سلطة القاضي التقديرية، فهذه السلطة واحدة سواء كان القاضي يقوم بحل نزاع مدني أو إداري أو جنائي. فطبيعة مادة النزاع إذا لا تؤثر على جوهر سلطة القاضي التقديرية، وإن كانت مدى اثر هذه السلطة يختلف إذا كان طبيعة النزاع جزائية فتكون السلطة التقديرية خاضعة لقناعة المحكمة بينما الاثر يختلف إذا كانت طبيعة النزاع مدنية وإدارية فإن مدى السلطة التقديرية تكون مبنية على البيانات بعد وزنها، فإن مرجع ذلك يعود إلى أن القاضي في كل الحالات يقوم بإعطاء الفعالية للقاعدة القانونية والاستعانة بالمنطق في ميدان القانون بصفة عامة وهو أمر ضروري لأن القانون علم من العلوم، ويجب النظر إليه باعتباره، بناء فكرياً، وليس مجرد قائمة تتضمن عرضاً لبعض الأفكار<sup>3</sup>. وعلى ذلك فيقصد بالمنطق القانوني الوسيلة التي يطبق بها المنهج القانوني على حالات معينة.

<sup>1</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، المرجع السابق - القاعدة القانونية الموضوعية وحاجاتها الى الحماية القضائية لتحقيق مضمونها. بحث مقدم للنشر بمجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء.

<sup>2</sup> د. راغب، وجدي. المرجع السابق. الرسالة. ص 89 الى 96.

<sup>3</sup> صلاح الجبالي، المنطق والفلسفة وعلم النفس. ج 2 ص 1 الى 10.

ويقصد بالمنهج القانوني مجموعة الوسائل التي يتوصل بها القاضي إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه، مستعيناً في ذلك بمصادر التشريع والقانون بإطار الأساليب الفنية المحددة والتي تتعلق بمصادر القانون وتفسيره وتطبيقه.

أما المنطق القضائي فيختص بتفسير القاعدة وتطبيقها بشكل عملي أي بمناسبة قضية معينة. وحركة المنطق القضائي معروفة وتنصب على فحص الوقائع المختلفة واختيار ما يكون منها ضرورياً لإصدار الحكم، ثم تكييف هذه الوقائع لإعمال القانون عليها<sup>1</sup>. وحتى يقوم القاضي بالتكييف لا بد له من النظر إلى الوقائع في مجملها وتحليلها إلى عناصرها الأولية ثم جمع العناصر المشتركة وإعادة تركيبها وتطبيق النص القانوني عليها بعد اختيارها.

وبالطبع فإن المنطق القانوني يصحبه (أ) استدلال قانوني ويقصد بهذا الأخير الاعتماد على وسائل منطقية للوصول إلى الحكم، كما يصاحب المنطق القضائي (ب) استدلال قضائي ويقصد به الذي يقوم به القاضي، باستخلاص نتيجة معينة من المقدمة الكبرى التي تشمل القاعدة القانونية، والمقدمة الصغرى التي تشكل مجموع الوقائع المطروحة على القاضي، بهدف الوصول إلى قرار غير تحكيمي وعادل<sup>(2)</sup>. والقاضي لا يستطيع أن يوسس حكمه إلا على وقائع مطروحة عليه بطريقة قانونية. وعبء الادعاء بالوقائع المتنازع عليها يقع على عاتق الخصوم وهذا يتحلل إلى عنصرين. وقائع الدعوى:

#### العنصر الأول: الادعاء بالوقائع أمام القاضي:

يحدد مهمة هذا الأخير، وهذه الوقائع ترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذي يتوصل إليه القاضي. والقاعدة في هذا المجال هي أن القاضي لا يستطيع أن يعدل من تلقاء نفسه موضوع الطلب القضائي أوسببه، ويجب أن يحكم في الإطار الذي حددته طلبات الخصوم<sup>3</sup>. وقائع النزاع المقدمة من الخصوم لا يتعين أن توصف من جانبهم بأي وصف قانوني. بل يكفي أن تعرض على القاضي مجردة من كل وصف. لأن الوصف القانوني للوقائع هو مجرد تكييف قانوني

<sup>1</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 340.

<sup>2</sup> د. عبد الفتاح، عزمي. المرجع السابق، ص 458.

<sup>3</sup> د. عمر نبيل إسماعيل. سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص 150.

لها. وهذا عمل قانوني، يختص القاضي وحده بإعماله. وعلى ذلك لا يلتزم القاضي باحترام الأوصاف القانونية الصادرة من الخصوم، ولا يعتبر ذلكم جانباً تعديلاً في وقائع النزاع<sup>1</sup>. فلا يوجد أي التزام قانوني على الخصوم بأن يعطوا وقائعهم المطروحة على المحكمة أي لون قانوني. والقاضي هو الملزم بإعطاء هذا الوصف القانوني، وذلك عن طريق تحليل الوقائع المطروحة عليه إلى عناصرها الاجتماعية الأولية، ثم أنزل التكييف القانوني الملائم.

### العنصر الثاني: الذي يجب على الخصوم القيام به، وهو عنصر إثبات الوقائع:

فإن القاعدة في هذا الشأن هي يجب على القاضي ألا يكون عقيدته إلا بناء على عناصر الإثبات التي قدمت له وفقاً للقانون وطبقاً للإجراءات المنظمة له. وتقدير مدى إنتاجية الوقائع في الإثبات هي مسألة تقديرية تتعلق بفهم الواقع في الدعوى. ويستقل القاضي بها ولا تخضع لرقابة محكمة النقض بطريق مباشر<sup>2</sup>.

وحقيقة الأمر أن القاضي في مجال الوقائع وما يقوم به من جهد في تحقيق هذه الوقائع وإثبات تعلقها بالنزاع وأنها منتجة فيه، وإن كان يتمتع في كل ذلك بقدر معين من حرية التقدير، إلا أن هذه الحرية يرد عليها العديد من القيود، من ذلك أن المحكمة ملزمة باحترام القواعد الموضوعية في الإثبات التي تحدد طرق الإثبات. وكذلك مقيد باحترام القواعد الإجرائية في هذا المجال<sup>3</sup>.

### والقاضي لا يحكم بعمله الشخصي.

والقاضي حينما يتصدى لفحص وقائع النزاع فإنه يستند إلى المنهج العلمي في هذا العمل.

### المنهج العلمي يتكون من عنصرين: عنصر عقلي وعنصر واقعي.

وإعمالاً لهذين العنصرين معاً يقوم القاضي بفحص الوقائع ذات الدلالة، وبحث الفروض النظرية لتفسير هذه الوقائع، ثم استخلاص النتائج التي تترتب على تطابق الفروض مع الوقائع، وهذا هو الاستدلال أو القياس القضائي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، ص 151.

<sup>2</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 275.

<sup>3</sup> إبراهيم نجيب سعد. القانون القضائي الخاص. ص 268.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 129.

هدف هذا النشاط هو استخراج الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة فيها. هذا الاستخلاص وإن كان يتم وفقاً لسلطة القاضي التقديرية، إلا أن هذا التقدير يجب أن ينظر إليه بحرص شديد. فعلى هذه السلطة التقديرية ترد العديد من الاعتبارات الواجب على القاضي أن يراعيها من تلقاء نفسه وإلا كان حكمه معيباً، من ذلك:

- أنه مقيد بوقائع الخصوم التي قدمت إليه.
  - أنه ملزم باحترام هذه الوقائع وإلا يتعدها.
  - أنه يستخلص الوقائع المنتجة من العناصر المقدمة إليه.
  - أنه في استخلاصه لهذه العناصر الواقعية المنتجة مقيدة بالقانون الموضوعي والإجرائي<sup>1</sup>.
- وأكثر من ذلك فالقاضي ليس منوطاً به وحده فقط تطبيق القانون، وليس مفترضاً فيه فقط العلم بالقانون، بل هو الملزم بتفسير نصوصه، ولا عبءة بالتفسيرات التي يقدمها له الخصوم، إلا أن تكون هذه الأخيرة صحيحة وسليمة من الناحية القانونية<sup>2</sup>.

ومن جهة، فإن القاضي ملزماً بإعمال القواعد القانونية، وأيضاً بإعمال الوسائل القانونية، فالقاضي ملزم بالبحث من تلقاء نفسه، ويقصد بالوسائل القانونية البحث تلك المسائل القانونية التي لا تستدعي البحث في مسائل واقعية لم يطرحها الخصوم. وقيام القاضي بإعمال وسائل القانون البحث من تلقاء نفسه مشروط بعدم إحداث أي تغيير في سبب الطلب القضائي، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون الوقائع المثارة بواسطة الخصوم كافية بذاتها لتوليد هذه الوسيلة القانونية<sup>(3)</sup>.

ومن جهة أخرى قاضي الموضوع له إثارة وسائل القانون المختلطة بمسائل الواقع من تلقاء نفسه.

لا شك أن القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون وإعماله على الوقائع المتنازع عليها، فإنه يقوم بعملية التكييف القانوني، ويقصد بهذه العملية مجموع العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المطروحة عليه، بقاعدة قانونية يراها صالحة، من وجهة نظره، لحسم النزاع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 130.

<sup>2</sup> د. عم، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 132.

<sup>3</sup> د. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 134.

<sup>4</sup> راجع بالتفصيل في عملية التكييف القانوني في قانون المرافعات.

في مجال الواقع يقوم القاضي بعمل تقديري في بحثه الذهني ما إذا كانت وقائع النزاع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أم لا. صحيح أنه يوجد في هذا المجال العديد من القيود التي ترد على سلطة القاضي في التقدير، ولكن هذه القيود لا تنفي السلطة التقديرية بل تؤكدتها. وفي مجال التكييف القانوني، فهو في جوهره نشاط ذهني إرادي يقوم به القاضي، وقد يخطئ فيه وقد يصيب، ومعيار الخطأ والصواب يرجع في نهاية الأمر إلى صحة أو فساد استخدام القاضي لسلطته التقديرية<sup>1</sup>.

ومعنى ذلك أن عملية المقارنة التي يقوم بها القاضي، وهوبصدد التكييف القانوني للنزاع قد لا تكون صحيحة نتيجة لخطأ القاضي في عملية القياس القضائي التي تتم بين الواقع وبين القانون، لأن القاضي إذ يمارس سلطة تقديرية مقيدة في هذا المجال قد لا يجانبه التوفيق، فيقدر الوقائع بفهم مغلوطين ويخطئ في أعمال التكييف وبالتالي يخطئ في أعمال القانون. فالقاضي يقدر الوقائع، وهو يقدر مدى تطابقها مع المفترض الكامن في القاعدة القانونية، وأخيراً يقدر أن أثراً معيناً لقاعدة قانونية معينة هو الذي ينطبق على واقع معين متنازع عليه، وبالتالي ينحسم النزاع على هذه الوقائع نتيجة أعمال القانون<sup>2</sup>.

**والمشرع من جانبه يعترف للقاضي في كافة فروع القانون بسلطة تقديرية حقيقية.**

وما يقوم به القاضي من مقارنة، أي تكييف قانوني، بين الوقائع المطروحة عليه، وبين العناصر النموذجية القائمة في مفترض القاعدة القانونية، ما هو إلا عودة بالقانون إلى مصادره الأولية<sup>3</sup>. وعلى ذلك فالسلطة التقديرية للقاضي أيما كان موقعه تجد أساسها في ضرورة وحتمية أعمال القانون، لأن السلطة أيما كانت القيود التي ترد عليها هي التي تكفل أعمال القانون وبدونها يصير القاضي مجرد آلة لا قيمة لإرادته أو نشاطه.

<sup>1</sup> د. عمر، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 137.

<sup>2</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 137.

<sup>3</sup> د. عمر نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 138.

## الفرع الثاني التقدير والتكييف القانوني:

### اولا.العلاقة بين سلطة التقديرية والتكييف القانوني

سلطة القاضي التقديرية بالمعنى السابق تحديده، تحتاج الى تمييزها عن سلطة القاضي في اعمال التكييف القانوني للنزاع<sup>1</sup>. ويقصد بالتكييف القانوني بوجه عام اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفا قانونيا يسمح بأعمال قاعدة قانونية معينة<sup>2</sup>. ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه. فاذا ما تأكد القاضي من وجود وقيام التطابق التام بين الوقائع المادية وفرض القاعدة القانونية، فان الاثر القانوني لهذه القاعدة ينطلق بقوة القانون لكي يشبع المصالح المختلفة التي تواجهها هذه القاعدة القانونية<sup>3</sup>.

والواقع أن التكييف والتقدير هما عمليتان مكملتان بعضهما لبعض، فالقاضي بحق لا يستطيع أن يباشر التكييف القانوني قبل ان يتم عملية التقدير لعناصر النزاع المطروح عليه. واذا ما انتهى التقدير يبدأ التكييف القانوني للنزاع<sup>4</sup>، والتكييف القانوني للنزاع هو النشاط الذي يقوم به القاضي بهدف تطبيق القانون فالنتيجة الحتمية والمباشرة للتكييف القانوني هي حسم النزاع بأعمال القانون عليه.

والتكييف القانوني يلي اتمام القاضي لعملية التقدير وتهيئة النزاع للحسم بواسطة القانون. فوظيفة سلطة القاضي التقديرية في نزاع معين تهدف إلى تهيئة النزاع لتلقى تكييفها قانونيا معيناً يؤدي الى اعمال قاعدة قانونية معينة<sup>5</sup>.

بمعنى أن سلطة القاضي التقديرية حينما تمارس فأنها ترمى الى التمهيد لإعمال التكييف القانوني. فالتكييف القانوني للنزاع لا يمكن أن ينزله القاضي بطريقة فجائية على نزاع مطروح عليه، بل لا بد من اجراء عملية التقدير لتهيئة النزاع لاستقبال التكييف القانوني<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> . د. عمر، نبيل، النظرية العامة للطعن بالنقض حيث تمت معالجة التكييف القانوني، ص 130 وما بعدها.

<sup>2</sup> . د. عمر، نبيل، سبب الطلب القضائي، وفيه عرض واقى لدور التكييف في قانون المرافعات، ص 150 وما بعدها.

<sup>3</sup> . د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 193.

<sup>4</sup> . د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 136 وما بعدها.

<sup>5</sup> . د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 195.

<sup>6</sup> . د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 195.

ومع ذلك فهناك الاتجاه الحديث يرى أن لكل من التكييف والتقدير نطاق يتعداه ولا يتجاوزه، فليس هناك تقدير في ذات عملية التكييف، كما أن التقدير منعدم في تفسير وتطبيق القانون على واقع الدعوى<sup>1</sup>.

ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أنه لا يمكن التسليم به، فسلطة القاضي التقديرية هي في نهاية الأمر، وكما سبق اثبات ذلك، نشاط ذهني يرمى الى ضبط وتحديد عناصر النزاع في الواقع وفي القانون. والتكييف القانوني هو في نهاية الامر نشاط ذهني يرمي الى ضبط وتحديد عناصر النزاع في الواقع وفي القانون. والسلطة التقديرية للقاضي تجد مجاله في استخلاص المعيار العام المجرد الذي قد يعتنقه المشرع ويضع له مجرد محددات عامة تحتاج الى ضبط وتقدير يقوم بهما القاضي. وكل هذا يؤكد بان السلطة التقديرية للقاضي تمارس في مسائل الواقع على قدم المساواة مع مسائل القانون. بينما يصعد القاضي الى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي في حالة عدم وجود نص قانوني<sup>2</sup>.

والقاضي يقدر حين يكييف ولكن التقدير هنا يعاصر عملية التكييف لأنه يرمي الى اعمال القانون والتقدير في هذه الحالة هو اداة مساعدة لأعمال التكييف القانوني. إذا أخذنا بالمعيار الشخصي أوالذاتي للمعتدي، فانه يجب أن ننظر الى شخص المعتدي مرتكب الفعل الضار، فنبحث هل ما وقع منه يعد انحرافا في سلوكه الذاتي. اذ قد يكون على درجة كبيرة من اليقظة، وبالتالي فأقل انحراف في سلوكه يعتبر تعديا، وقد يكون دون المستوى العادي فلا يعتبر متعديا الا اذا كان الانحراف في سلوكه انحرافا كبيرا بارزا<sup>3</sup>.

والمعيار الشخصي أوالذاتي في تقدير القاضي لا شك في عدالته، فهويقيس مسؤولية كل شخص بمعيار من فطنته ويقظته، في الحالات التي يقوم فيها القانون بمنح حماية قانونية لأشخاص معينين<sup>4</sup>، ومع ذلك فهذا المعيار ينطوي على عيبا جوهريا لا يصلح معه أن يكون مقياسا منضبطاً

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود مرجع سابق ص 136.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 197.

<sup>3</sup> د. ابراهيم، محمد محمود مرجع سابق ص 141.

<sup>4</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 207.

وإفياً بالغرض، فهو يقتضى أن ننسب الانحراف في السلوك الى من قام به، وبالتالي ينبغي أن نكشف عما فيه من يقظة وهذا أمر خفي، ثم هو بعد ذلك يختلف باختلاف الأشخاص. والتقدير الشخصي ومسائل القانون يقصد بذلك قيام القاضي بتحديد المصلحة المقصودة بالحماية في هذه المسائل<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فالتقدير الشخصي الذي يقوم به القاضي ينبغي أن يلتزم حدود الوقائع كما طرحها عليه الخصوم، دون أن يتعدى هذا النطاق بأي صورة من الصور. فمن المقرر أن القواعد القانونية التي تحكم السلوك في المجتمع، تتقرر المصالح محل الحماية القانونية فيها على واحد من الأسس الآتية 1: **قد تحمي القواعد القانونية مصلحة المجتمع ككل كما في القواعد الجنائية، مصلحة أفراد هذا المجتمع كما في القواعد المدنية وذلك في الأحوال التي تفرض على هؤلاء الأشخاص التزامات معينة**

2. **وقد تحمي القواعد القانونية مصالح خاصة للأفراد وذلك في الأحوال التي تحيط فيها الأفراد بحماية قانونية معينة.** وبهذا المعنى فإن السلطة التقديرية تهدف الى ترجيح مصلحة على أخرى في نطاق المصالح التي يحميها القانون. فإذا كانت القواعد القانونية ترجح المصلحة العامة، أو مصلحة الطرف الذي سوف يحمل بالالتزام فإن الغلبة تكون للتقدير الموضوعي في الأحوال التي تراعي القواعد القانون فيها مصلحة الطرف الذي يريد القانون حمايته، فتكون الغلبة للتقدير الشخصي. فنشاط القاضي ازاء مسائل القانون ينحصر في البحث عن المصلحة محل الحماية<sup>2</sup>. بما أن القاعدة القانونية المحتملة التطبيق، والتي يقدرها القاضي لأول وهلة أنها صالحة للأعمال على المركز الواقعي المتنازع عليه، تعتق مبدأ حماية المصلحة الخاصة، وبالتالي فالمعيار الوارد بها يكون معياراً ذاتياً أي معيار يأخذ حسابه كافة العناصر والملابسات الخاصة بشخصية الفرد المطلوب حمايته، فإن القاضي يلتزم بفحص الوقائع وفقاً لذات المعيار المنصوص عليه في القاعدة القانونية.

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود مرجع سابق، ص 136.

<sup>2</sup> د. عمر، نبيل اسماعيل، المرجع السابق، ص 215.

وللحق حدود موضوعية تتصل بمداه ونطاقه، وحدود أخرى غائبة تتصل بتحقيق هدفه أو غايته ممثلة في فكرة المصلحة، والحدود الموضوعية يحددها المصدر المنشئ للحق فيضع قيوداً يحدد بها مداها. ولا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوزها وإلا كان عمله غير مشروع، أما في شأن الحدود الغائبة، فإنه إذا كان القانون يترك للأفراد تحقيقها، فإنه فضلاً عما يقرره من رقابة القضاء على استعمالها وتحقيقها فإنه يضع مبدأ عاماً تنقيد به الحقوق بتحقيق غايتها.

### ثانياً: التكييف والتقدير هما عمليتان متكاملتان

والتكييف والتقدير هما عمليتان مكملتان بعضهما لبعض، فالقاضي لا يستطيع أن يباشر التكييف القانوني قبل أن يتم عملية التقدير لعناصر النزاع المطروح عليه. إذ أنه لا يجوز للقاضي أن ينزل التكييف القانوني بطريقة فجائية، بل لا بد التحضير لها عن طريق نشاطه التقديري في مجال الواقع أولاً.

فإذا ما تم التقدير للوقائع وفقاً للمعيار الذي اهتدى إليه، فإن النزاع يكون قد تهيأ تكييفاً قانونياً يؤدي إلى إعمال القانون وحسم النزاع، وبعد التكييف القانوني تصبح جميع وقائع النزاع موصوفة بوصف قانوني. فالوقائع بتكليفه لا يذوب في هذا التكييف<sup>1</sup>. ونتيجة هذه العملية

المرحلة الأولى: هي تحول الوقائع البحتة إلى وقائع موصوفة. فبعد التكييف القانوني تصبح جميع وقائع النزاع موصوفة بوصف قانوني. وينتهي إلى أن عملية التكييف تلي عملية التقدير، وأن التقدير لا بدّ وأن يسبق عملية التكييف. لهذا الأخير، لا يمكن أن ينزل مباشرة على واقع بكر، أو قانون بكر لم يتم بعد تحديد معياره أو نطاق<sup>2</sup> أعماله.

المرحلة الأولى: التكييف الأولى: وتتعلق هذه المرحلة بفهم القاعدة القانونية سواء في جانب مجموع العناصر التي تخيلها المشرع وصاغها في مفترض تلك القاعدة أوفي الأثر الوارد بها.

إنه إذا طرح نزاع على القاضي فإنه يتساءل عن القاعدة الواجبة الأعمال في هذا المجال. وذلك بناء على فحص تمهيدي لواقع النزاع المطروح. أي أننا ما زلنا في دائرة الواقعة البحتة، غير الموصوفة بأي وصف قانوني ويقوم القاضي في التقريب بين الوقائع المعروضة وقاعدة قانونية

<sup>1</sup> د. نبيل عمر، النظرية العامة للطعن، ص 159.

<sup>2</sup> د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص 136.

التي يقدر تحتوي الواقع وذلك من خلال المطابقة على القاعدة القانونية ويعود في القاعدة القانونية الى اصلها الطبيعي كواقع<sup>1</sup>.

وفي هذه المرحلة للتكييف يقوم القاضي بنشاط ذهني يتعلق بفهم القاعدة القانونية التي رآها محتملة التطبيق على النزاع المطروح، وذلك من خلال فحص أولي للوقائع. ومهمة القاضي في هذه المرحلة هي إجراء نشاط ذهني مضمونه فهم الواقع المجرد في القاعدة القانونية، والأثر المترتب عليه، وذلك من خلال تقديره المبدئي لمعطيات النزاع المطروح عليه، والذي يقوده من أول وهلة إلى هذه القاعدة القانونية دون سواها من القواعد<sup>2</sup>.<sup>3</sup> فقد عاب عليها أنها تقوم على تفرقة تحكيمية يصعب عملياً إجراؤها في كثير من الحالات<sup>4</sup>.

### ثالثاً: العلاقة بين التكييف والتقدير:

إذا كان الإجماع منعقد على ضرورة أن يباشر القاضي "سلطة التكييف" لكي يستطيع أن يقضي في الدعوى التي رفعت أمامه، فإن الفقه اختلف بالنسبة "لسلطة التقدير" للقاضي. وسلطة التقدير مفادها بالنسبة للقاضي ما يتضمنه القانون الإجرائي والموضوعي من نصوص تخول القاضي صراحة حرية التقدير أو الاختيار في شكل العمل القضائي أو مضمونه<sup>5</sup>. وهناك ارتباط فيما بين "التكييف والتقدير" في أن القاضي المطروح عليه النزاع يجمع بينهما، كما أن العاملين ينصان على وقائع الدعوى وأدلتها، وهما مكملان لبعضهما إذ لا يستطيع القاضي أن يباشر التكييف قبل إجراء "التقدير" ما إذا انتهى من التقدير الصحيح بدأ بالتكييف وإذا ما انتهى من التكييف بدأ بالتطبيق، وهو التحليل مرده أن العمل القضائي عمل تتابعي مركب. فليس هناك تقدير في ذات عملية التكييف كما أن التقدير منعدم في تفسير وتطبيق القانون على واقع الدعوى.

<sup>1</sup> د. نبيل عمر، النظرية، ص 144 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 355.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 357.

<sup>4</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 375.

<sup>5</sup> د. راغب، وجدي، المرجع السابق، 342.

والفارق الجوهرى بين التكييف وبين التقدير فبينما الأول يعنى إضفاء الوصف القانونى على الوقائع الثابتة فى الدعوى وتسميتها باسمها القانونى، وهبهذه المثابة عملية قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض، نجد ان عملية التقدير يعمل فيها القاضى فكره وعقله ومنطقه، وتخضع لترجيحه وملائماته. وهذه العملية تتعلق بالواقع ولا تخضع من ثم لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

ويلعب التقدير دوراً جوهرياً فى العمل القضائى ويضعف من هذا الدور عدم خضوعه لرقابة محكمة النقض مما يقتضى استخدامه استخداماً صحيحاً. ومن أمثلة ذلك فى قضاء النقض: استقلال قاضى الموضوع باستخلاص عناصر الغش من واقع الدعوى وتقدير أدلة بثبوته أونفيه ولا معقب عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً<sup>2</sup>. وقاضى الموضوع لا يجوز له قانوناً ان يطرح ما يقدم له تقديماً صحيحاً من الأدلة والاوراق المؤثرة فى حقوق الخصوم دون ان يوريد فى حكمه ما يبرر هذا الطرح بأسباب خاصة. فسكوته لغير علة ظاهرة فى حكمه عن بحث المستندات التى لم يختلف طرفا الخصومة على حجيتها ولا على دلالتها الظاهره فان حكمه يكون باطلاً بالقصور فى التسبيب. فمثلاً استخلاص حصول مرض الموت بشروطه من مسائل الواقع تستقل به محكمة الموضوع وتحصيل فهم الواقع فى الدعوى من سلطة محكمة الموضوع ومثال ذلك تقدير التعويض من سلطة قاضى الموضوع با معقب من محكمة النقض وحسب الحكم بيان عناصر الضرر الذى يقدر قيمة التعويض عنه. ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير على ما يقدم لها من الأدلة.

ويخلص السنهورى إلى الصياغة الآتية مقرراً أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية. والوقائع إما أن تكون وقائع مادية وهذه تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية إذا كانت أعمالاً مادية، وأن تكون تصرفات قانونية. فيخلص من ذلك أن مصادر الروابط القانونية لا تعدو أن تكون الواقعة المادية والتصرف القانونى.

<sup>1</sup> الأستاذ عبد المنعم حسنى المحامى، المرجع السابق، ص 582 بند 680.

<sup>2</sup> نقض مدنى جلسة 1976/1/5، مجموعة المكتب الفنى، السنة 27 المجلد الأول طعن رقم 320 س 39 ق. ص 132.

فالذي يميز ما بين الواقعة المادية والتصرف القانوني ليس هو كما يظن الكثيرون، أن الواقعة المادية لا تقصد نتائجها القانونية والتصرف القانوني تقصد منه هذه النتيجة، ولكن المميز هو أن الواقعة المادية إنما هي عمل مادي، والتصرف القانوني إنما هو مجرد إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني.

#### رابعاً: التكييف القانوني قاعدة والتقدير القضائي استثناء:

وإذا كانت سلطة التقدير ليست طليقة من رقابة محكمة النقض، وإنما تخضع لرقابتها ولضبطها في بعض الحالات، وذلك بعكس التكييف الذي يخضع دوماً وأبداً لرقابة محكمة النقض. وهذه السلطة تنطبق في كل المجالات التي يخول فيها القانون للقاضي حرية التقدير خلال العمل القضائي، سواء عند مباشرة نشاطه الإجرائي أو عند اقتناعه بالوقائع أو تقديره للحل الموضوعي. ولا يمكن القول بأن القاضي في هذه الحالات يطبق إرادة القانون ويخصصها ويفسرها، في الوقت الذي يكون المشرع نفسه قد تنازل عن الإرادة مقدماً، وترك للقاضي صراحة أن يريد بدلاً عنه حالة بحالة<sup>1</sup>.

وترتيباً على ما تقدم، فإننا نذهب مع جانب من الفقه<sup>2</sup>، إلى الوصول للنتائج الآتية:

**أولاً: لا يوجد عمل قضائي تقديري بحت، فالأصل أن العمل القضائي مقيد.** ولذا، فإنه حتى في الحالات التي يقضي فيها القاضي وفقاً للعدالة، وبناء على أدلة اقتناعه بحتة، فإنه يظل مقيداً، ليصل بغايته فحسب. فهذا أمر تفتضيه السلطة التقديرية، وإنما بطلبات الخصوم الذي يلتزم بالفصل في حدودها بناء على أدلة مقبولة قانوناً وفقاً للإجراءات القضائية.

**ثانياً: لا يوجد عمل قضائي مقيد بحت، لأنه حتى لو كان الحل الموضوعي منظماً من التشريع دون أي سلطة تقديرية، وكانت الأدلة المستخدمة ذات حجية قانونية بحتة، فإن القاضي تظل له سلطة تقديرية في تسيير الإجراءات القضائية.**

**ثالثاً: كل عمل قضائي هو عمل مقيداً أصلاً، ولكن يتمتع القاضي في أدائه بسلطة تقديرية،** تتفاوت اتساعاً وضيقاً باختلاف المسائل الموضوعية والأدلة والإجراءات. وهذه هي النتيجة التي نخرج بها من المقدمتين السابقتين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> د. راغب، وجدي. مرجع سابق ص 352.

## الارتباط بين التقدير والتكييف:

وبرغم تباين كلا الأمرين واستقلال نطاقهما، إلا أن هناك ارتباط وثيق ما بين سلطة التقدير وسلطة التكييف، أولهما سابق على الثاني، والثاني مترتب على الأول، ارتباط السبب بالنتيجة. ويترتب على هذا الارتباط ما بين التقدير والتكييف، نتيجة هامة مؤداها أنه إذا صح التقدير وفقاً للقانون صح التكييف، وذلك، تراقب محكمة النقض كيفية الاستخلاص للتقدير للحصول للتكييف، ويصح النعي على الحكم للإخلال بسلطتي التقدير والتكييف<sup>1</sup>.

ونعى على حكم بسبب واحد حاصلة<sup>2</sup> أن الحكم أخطأ في القانون، وذلك بخطئه في تكييف العقد إذا اعتبر الشرط الوارد في البند الثاني من العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، مع أنه ليس إلا اتفاقاً على تحديد قيمة التعويض عن التأخير في التسليم. ولا يرقى حتى إلى مرتبة الشرط الفاسخ الضمني. وقررت محكمة النقض من أنه حيث أن العقد يجري نصه على الوجه الآتي: في حالة تأخير الطرف الأول عن توريد الجلود أسبوعياً كما تقدم فمع ملزومية الطرف الأول بكافة ما يترتب على هذا التأخير يكون الطرف الأول ملزماً بوجه التضامن بأن يؤدي للطرف الثاني مبلغ بصفة تعويضية عن كل جلد واحد لم يورد، وتكون جميع المبالغ المترتبة في ذمة الطرف الأول حالة الأداء بدون أي منازعة وذلك في حالة الامتناع أو التوقف عن التوريد. ويسري هذا الشرط بلا حاجة إلى إنذار أو تنبيه". ويبين الحكم المطعون فيه أنه ورد بأسبابه في شأن هذا الشرط، ما يأتي.. وبما أنه لما كانت حقيقة الأمر في النزاع أن المستأنف عليها الطاعنين قبضاً جميع ثمن الصفقة مقدماً، وأقرا بمقتضى عقد البيع أنه في حالة التوقف عن التوريد تكون المبالغ في ذمتها للمشتري حالة الأداء بلا حاجة لإنذار أو تنبيه فإن مثل هذا الشرط لا يعني إلا انفساخ العلاقة بين الطرفين واستحقاق المشتري للباقي من الثمن. وبالتالي، هو الشرط الصريح الفاسخ، وقد أعفى المشتري نفسه من الإنذار بالفسخ. هذا أمر جائز في حكم القانون. ولما كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح وكانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره إلى اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال البائعين بالتزامهما.

<sup>1</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 142.

<sup>2</sup> نفض مدني، جلسة 1965/10/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 16، ع 3، الطعن رقم 450 س 30 ق، ص 945، 946.

وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد في العقد من عبارات فسرتها بأنها تعيد الاتفاق على أنه في حالة تخلف الطاعنين عن الوفاء بالتزامها يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه.. وهو أثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه. وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير كفاية أسباب الفسخ، هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون إذ النص على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه، ومن ثم يكون الطعن على غير أساس متعيناً رفضه<sup>1</sup>.

والواقع أننا نلاحظ على أعمال سلطة القاضي على مثل الوقائع المقدمة أنه من الصعب القول بفصل سلطة التقدير عن سلطة التكييف. فهما في النزاع المثار، عندما يقوم القاضي بتفسير النص الوارد بالعقد من ألفاظه هل تشكل "شرطاً صريحاً فاسخاً" أم "تشكل شرطاً ضمناً للفسخ. أم هي "اتفاق مبدأ التعويض" في حالة التأخير عند التنفيذ، فأى تفسير من هذه التفسيرات الثلاثة القائم على الاستخلاص الغير خاضع لمحكمة النقض هو بعينه عملية التكييف بمعناها المتقدم، إذاً تقدير أن الألفاظ بمبناها ومعناها المستمدة من الواقع تكون "شرطاً صريحاً فاسخاً" أولاً تكونه هو تكييف قانوني، بوصف الواقع في الدعوى طبقاً للقانون. ودليل ذلك أنه بعد أن وصل قاضي الدعوى إلى أن المطروح عليه والمختلف فيه من الخصوم تأسيساً على التغير وهو تقدير (شرط صريح فاسخ) لم يحدث أن "كيف الشرط الصريح الفاسخ" هذا والنتائج والتقدير بأي وصف قانوني وصف به مرة أخرى ما نتج عن التقدير<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ومن الجدير بالذكر، أن محكمة أول درجة حكمت برفض الدعوى مستندة في ذلك إلى أن عقد البيع لا يتضمن شرطاً صريحاً فاسخاً، وأن ما جاء بالعقد من قبيل الشروط الفاسخة الضمنية المقررة في العقود الملزمة للجانبين، والتي تخضع تقديرها للمحكمة وما وقع من البائعين من التأخير أسبوعاً عن التوريد لا يبرر القضاء بالفسخ. أنظر الحكم المتقدم، ص 944. نقلا عن د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 143.

<sup>2</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 141.

الفرع الثاني: تكييف الدعوى عناصر التكييف تركيب الواقعة القانونية من واقعة مادية + تصرف قانوني: تحليل القاعدة القانونية بالتكييف القانوني: الحالة الثانية الخطأ في أعمال قواعد القانون الأخرى الحالة الأولى الخطأ في تطبيق القانون

أولاً: تكييف الدعوى

ولاستعراض سلطة القاضي في التكييف، نبين المقصود به وتعريف الفقه له في فرع أول وموقف قوانين أصول المحاكمات المدنية منه والشروط الواجب توافرها<sup>1</sup>.

للعمل القضائي غاية نبيلة ينشدها كل مخلص قائم على هذا العمل، وتتمثل تلك الغاية بالوصول إلى العدالة وصولاً يقينياً، وحتى يصل العمل القضائي إلى غايته، فإنه يتوجب على القاضي المختص بالفصل في النزاع، أن يقوم بإعطاء التكييف القانوني السليم للنزاع، وحسمه وفق أحكام القانون، فالتكييف هو عصب العمل القضائي، لذلك يرمز للعدالة بالميزان والتكييف منها بمثابة الممسك لكلا الكفتين إحداهما تحمل "الواقع" والثانية تحمل "القانون" ولكي نحقق العدالة نضع الحدود الفاصلة للكفتين بحيث لا تغطي إحداهما على الأخرى فيطغى الواقع على القانون<sup>2</sup>، وألْعكس. ويقصد بالتكييف بوجه عام اعطاء النزاع المطروح على القاضي وصفا قانونيا يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة عليه.

وقد اختلف الفقهاء حول تعريف التكييف فقد عرفه البعض انه تكييف الاساس الذي تقوم عليه الدعوى بإعطاء هذا الاساس اللون الملائم وينزل عليه حكم القانون السليم، فالتكييف هو عقد النزاع ومحور المناقشة ويجب ان يخضع لتقدير القاضي ومهمة القاضي تقتصر في الوقت ذاته على تكييف اساس الدعوى تكييفاً صحيحاً في الواقع المطروحة عليه، وقد عرفة الدكتور محمد علي خليل الطعاني ان التكييف هو عملية قانونية تقع على عاتق القاضي المختص بنظر النزاع، وحيث يقوم وبواسطة نشاه الذهني باستخلاص الوقائع المنتجة من وقائع النزاع المعروض عليه ومن ثم ايجاد القاعدة القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على ذلك النزاع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 63.

<sup>2</sup> د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، 1982، ص 12.

<sup>3</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل: المرجع السابق. ص. 64.

وخلا قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني من نص اوقاعة تبين لنا احكام واصول التكييف ولم ترد هذه القاعدة الا في القانون الموضوعي المدني فيما المادة 11 حيث نصت على ان (القانون الاردني هوالمرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).وخلا قانون المرافعات المصري من نص اوقاعة قانونية تبين لنا احكام اصول التكييف ولم ترد هذه القاعدة الا في القانون الموضوعي المدني فيما المادة العاشرة حيث نصت على ان (القانون المصري هوالمرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

#### شروط التكييف:

اولا: ان ينص المشرع على انه إذا توافرت واقعة مجردة لها خصائص معينة فأنها تندرج تحت أحد الاوصاف التي يعرفها القانون وترتب عليها أثر قانوني معين.

ثانيا: ان يعلن القاضي ان الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقعة المجردة التي اضىف عليها القانون وصفا قانونيا معيناً.

ويتبين ان الشرط الاول من عمل المشرع اي نص القانون على تكييف هذه الوقائع تكييفامحددا. اما الشرط الثاني فهو من عمل القاضي<sup>1</sup>. وقد منح المشرع للقاضي دوراً أكثر ايجابياً في اعمال سلطته التقديرية في التكييف سواء من حيث استخلاص الوقائع المنتجة في الدعوى او من حيث اعادة تصحيح التكييف الخاطئ المستمد من تكييف الدفاع ففي ظل قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم 1123 لسنة 75 ذهب جانب من الفقه الى ان القانون اعطى القاضي دوراً أكثر ايجابية في تحديد عناصر الدعوى واعادة تصحيح التكييف الخاطئ المستمد من تكييف الدفاع ويلاحظ ان الاتجاه الجديد في الفقه الفرنسي في ظل القانون الاجرائي الجديد أنبنى على قاعدة واستثناء القاعدة هي منح القاضي سلطة ايجابية في شان التكييف<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> د. سرور، احمد فتحي. الوسيط في قانون الاجراءات الجنائي، دار النهضة العربية - مصر الجزء الثالث، 1980.

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص66.

والاستثناء هومنح الخصوم كل هذه السلطة على ان يتوفر شرطان لإعطاء الخصوم تلك السلطة وهما 1 اتفاق صريح واضح على تكييف دعواهم وهنا فان الدعوى لا تحتاج من القاضي الى تكييف 2 مطابقة او موافقة الحق المتنازع عليه محل التكييف في القانون.

اما في اتجاه القضاء المصري فقد قامت محكمة النقض المصرية بإعطاء المحكمة دورا ايجابيا في التكييف وجاء في احكامها<sup>1</sup> ان تكييف الخصوم لا يقيد المحكمة ولا يصح ان يمنعها عن فهم الدعوى على حقيقتها واعطائها التكييف الصحيح وقررت ايضا بان محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح.<sup>2</sup>

وقد ذهبت محكمة التمييز الاردنية باتجاه ذاته حيث جاء في قرار لها ان تحديد الاساس القانوني للدعوى وتكييفها ليس من جانب الفرقاء وانما هو سلطة القضاء وهو غير مقيد بطلبات الخصوم وان واجب المحكمة تطبيق القاعدة القانونية على ضوء الوقائع المطروحة عليها وفي حدود الطلبات الواردة في الدعوى وانني أؤيد اتجاه محكمة التمييز الاردنية بجعل التكييف من سلطة القاضي وعدم تركه لطلبات الخصوم وآرائهم لما لذلك من اثر على سوية الاحكام كون القاضي بما يتوافر له من علم قانوني واقعي يستطيع ان يعطي الوصف القانوني السليم للوقائع المنتجة في الدعوى والتي تم اثباتها بحيث تطبق القاعدة القانونية الموضوعية على تلك الوقائع.<sup>3</sup>

### ثانيا: عناصر التكييف

تركيب الواقعة القانونية من واقعة مادية + تصرف قانوني:

فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من (واقعة مادية + تصرف قانوني) كانت مركبة. وقد صاغ أستاذي عبد الحي حجازي<sup>4</sup> فكرة "الواقعة القانونية" صياغة فنية جديدة، وقسم الواقعة القانونية إلى واقعة قانونية مجردة، وعمل قانوني غير تصرفي وتصرف قانوني. ومعيار التفرقة بين هذه الأنواع، العناصر الثلاثة الآتية: وهي اولا "مجرد الوقوع" والثاني "الإرادية" والثالث "النية".

<sup>1</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 67.

<sup>3</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 77.

<sup>4</sup> د. حجازي، عبد الحي، المرجع السابق، 163 بند 79.

أولاً "مجرد الوقوع: فإذا كان القانون لا يشترط لكي يرتب على الواقعة أثرها القانوني إلا مجرد الوقوع أو الحدوث الخارجي سميت واقعة قانونية مجردة. وهذه تتميز بأنه لا يعتد فيها إلا بمجرد الحدوث فلا ينظر فيها إلى الإرادية ولا النية فسواء وجدت الإرادية أم لا وسواء وجدت النية أم لا توجد فإن الأثر القانوني الذي يترتب على الواقعة القانونية واحد لا يتغير الشرط الوحيد الذي يشترطه القانون لترتيب الأثر القانوني هو مجرد الحدوث الخارجي. وعدم أهمية الإرادية أو النية في تلك الواقعة ليس معناه أنهما لا توجدان. فقد توجدان ومع ذلك تظل الواقعة مجرد واقعة إذا كانت الإرادية والنية الموجودتان فعلاً لا أهمية لهما من الناحية القانونية بمعنى أن القانون لا يحفل بهما، ويرتب الآثار القانونية على الواقعة المجردة لمجرد وقوعها. فمثلاً موت الشخص قد يحصل عمداً، فالقتل مثلاً وعندئذ تكون الواقعة عملاً قانونياً غير تصرف ولكن هذه الإرادية من نواح أخرى - كالإرث أو انقضاء الزوجية- لا يكون لها أهمية البتة. بمعنى أن هذه الآثار تترتب بنفس الطريقة التي كانت تترتب بما لو كانت الوفاة طبيعية.

**والثاني "عمل قانوني غير تصرفي:** إذا كان القانون يشترط لترتيب الأثر القانوني على الواقعة الحدوث الخارجي زائد الإرادية دون النية سميت الواقعة عملاً قانونياً غير تصرفي وسميت عملاً لا واقعة للتنبه إلى أن الواقعة هنا صادرة من الإنسان والذي له إرادة والعمل القانوني غير التصرفي لا يعتد فيه بالنية فسواء وجدت النية أم لم توجد لا يتغير الأثر القانوني الذي يترتب على ذلك العمل متى توفرت فيه شرطان الواقع والإرادة.

**ثالثاً تصرف قانوني:** إذا كان القانون يستلزم لترتيب الأثر القانوني على واقعة القانونية الشروط الثلاثة وهي الوقوع والإرادة والنية، سميت الواقعة تصرفاً قانونياً والمقصود بالنية هنا اتجاه الإرادة نحو أحداث أثر قانوني<sup>1</sup>. ويعرف الدكتور عبد الحي حجازي النية بأنها إعداد واقعة إرادية للوصول إلى غاية معينة. وصفة "القانونية" لا تلحق الواقعة إلا فيما بعد، أي عندما يترتب عليها القانون نتائج معينة.

وعلى هذا الأساس يعرف التصرف القانوني بأنه تعبير إرادي عن النية يترتب عليه القانون الآثار التي يرى أنها لازمة لتحقيق هذه النية على خير وجه في صورة قانونية.

<sup>1</sup>. د، إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 232.

وعلى هذا الأساس "الواقعة القانونية" كحدث واقعي أوحركة إرادية يرتب القانون عليها آثاراً قانونية، تنقسم إلى "وقائع غير إرادية" وإلى "وقائع إرادية". والوقائع غير الإرادية "هي تلك التي لا تمت للإرادة أو"الإرادية" بصلة وإنما هي ما عدا تلك الأخيرة كالوقائع "الطبيعية". فالنظرة هنا يجب أن تنحصر في مجرد الحدوث الخارجي للواقعة كشرط كلي لها وقانوني، دون الاعتداد "بالإرادة" كالموت والزلازل، و"الوقائع الإرادية" هي تلك الوقائع الناتجة فقط من "نطاق إرادة" تنقسم بدورها إلى عمل مادي قانوني وإلى تصرف قانوني. وهذا التقسيم نتيجة منطقية للمعيار المزدوج في التمييز المرتبط بأساسين أساس متعلق بمصدر الواقعة والأساس آخر يتعلق بآثار الواقعة.

ويؤخذ على هذا التقسيم من جانب الفقهي ان اطلاق لفظ العمل القانوني على الفعل المادي ليس له مابيره بعد ان استقرت لغة القانون على جعل مرادفاً للفظ التصرف القانوني. كما ان هذه التقسيم خلط ما بين مفهوم الواقعة القانونية والتصرف القانوني فاعتبرت الاستيلاء تصرف قانوني في حين انها واقعة مادية<sup>1</sup>. والحقيقة المجمع عليها الفكر القانوني الموضوعي ان الواقعة القانونية مصدرا للاثر القانوني وينظر اليها كمصدر لنشوء الحق اولنقله اولانقضائه فالواقعة القانونية مصدرا للاثر القانوني وليست طرفاً لترتيب ذلك الاثر<sup>2</sup>. بينما الصياغة الاجرائية في الفقه المصري تقول بان الواقعة القانونية ليست مصدرا للاثر القانوني وانما هي طرفاً لترتيب ذلك الاثر وهي تصطبغ بالصبغة القانونية اي تتخذ اسم الواقعة القانونية لان القانون يرتب علي وجودها اثرا قانونيا. وعلى ان القانون لا يرتب اثرا الا على وقائع فهو وحده لا ينتج اثرا<sup>3</sup>. وقد تبنت محكمة النقض المصرية في حكم لها<sup>4</sup>. يبين بوضوح تام الاطار الفني للواقعة القانونية وقالت ان الواقعة القانونية هي مصدر للالتزام وبالتالي ليست طرفاً لترتيب الاثر القانوني وبالتالي فان محكمة النقض تكون قد اتبعت المنهاج الموضوعي، ولم تتبع المنهاج الاجرائي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د. حجازي، عبد الحي - المرجع السابق - 170 بند 84.

<sup>2</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 239.

<sup>3</sup> د. والي، فتحي مرجع سابق ص 75- بند 32.

<sup>4</sup> حكم محكمة النقض المصرية. نقض مدني جلسة 1974/1/23 مجموعة الكتب الفني السنة 25 الطعن رقم 4 س 37 ق. ص 228 .

<sup>5</sup> د، ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 254 .

### ثالثاً: تحليل القاعدة القانونية:

"الفرض" و"الحكم":

هذا عن نوع العلاقة في القواعد القانونية، أما الظاهرتان اللتان ترتبط إحداهما بالأخرى، فالأولى تسمى "الفرض" والثانية "الحكم" والفرض هو الظاهرة التي إن تحققت في الواقع وجب إعمال الحكم أي وجب أن تحدث الظاهرة الأخرى. والصيغة النموذجية للقاعدة هي أن يبدأ الفرض بلفظ "إذا" ويبدأ الحكم بلفظ "وجب".

والفرض على النحو المتقدم يرد دائماً على محل، هذا المحل. أما أن يكون مجرد واقعة مادية أو مركز قانوني أو يؤسس على كلاهما. فقد يكون الفرض مجرد واقعة مادية يكفي التحقق منها بالمشاهدة. وقد يكون الفرض مركزاً قانونياً لا يمكن التحقق من وجوده إلا بتطبيق لقاعدة قانونية أخرى، كما هي الحال في القاعدة التي تقرر أن "مالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

وقد يكون الفرض وهذا هو الغالب، مركباً من وقائع مادية ومراكز قانونية. ففي القاعدة التي تقرر أنه "من أهان بالإشارة أو القول أو التهديد موظفاً عمومياً، يعاقب بالحبس..." نجد الفرض مكوناً من واقعة مادية هي الإهانة ومركزاً قانونياً هو أن يكون من وقعت عليه الإهانة موظفاً عمومياً<sup>1</sup>.

أما الحكم فهو الأثر الذي يوجب القانون تحقيقه إذا تحقق لفرض، وأحكام القانون متنوعة<sup>2</sup>، ويمكن تصنيفها في طائفتين: الطائفة

**الطائفة الأولى: أحكام مقصودة لذاتها،** وهنا قد توجب القاعدة القيام بعمل. وقد توجب القاعدة الامتناع عن كل عمل.

**أما الطائفة الثانية: فتكون الأحكام فيها غير مقصودة لذاتها،** وإنما لتيسير التعبير عن قاعدة أخرى. وهذه هي الأحكام في القواعد التي تبين المعنى القانوني للفظ معين. مثال القاعدة التي

<sup>1</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 235.

<sup>2</sup> د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 16 بند 28. دكتور محمد لبيب شنب، مذكران في المدخل لدراسة القانون، 1975-1976، 18 بند 14. دكتور حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 8. دكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 43 بند 13.

تنص على أن "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز" فالحكم هنا هو وجوب اعتبار من لم يبلغ السابعة فاقد التمييز قصد به تحديد معنى هذا الاصطلاح الذي يستعمل في قاعدة أخرى كثيرة. القاعدة القانونية على نحو ما تقدم لا تستكمل مقوماتها إلا إذا كانت مجردة. والتجريد يعني أن الفرض، وهو الذي ينصرف إليه الحكم، لا يتخصص شخصاً أو أشخاص بذواتهم ولا بواقعة أو وقائع بذاتها، وإنما يتعين الشخص أو الأشخاص وكذلك الوقائع بالأوصاف والشروط. ففي القاعدة التي تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض نجد الحكم القانوني وهو إلزام المخطئ بالتعويض موجهاً إلى فرض مجرد فلا ينصرف إلى شخص أو أشخاص معينين بذواتهم القاعدة تطبيقاً عاماً أي على كل من يرتكب خطأ يتسبب عنه ولا إلى واقعة حدوث خطأ تسبب عنه ضرر بذاتها، ولهذا تطبق ضرر لغير.

ومن الناحية الفنية البحتة فإن تحليل القاعدة القانونية إلى الفرض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمشكلة التكييف القانوني للدعوى، إذ تناول جانب من الفقه -على ما سنرى- هذه الفكرة الفنية واعتبروها أساس فني للتكييف. واصطاح على تسميتها بفكرة "القياس المنطقي القضائي" الذي يترجم الوقائع إلى مفهوم قانوني، وذلك عن طريق المقارنة بين عناصر الواقع وعنصر المفترض الذي يوجد في طبيات القاعدة القانونية.

وإذا ما حددنا القانون بالمفهوم المتقدم وميزنا بينه وبين الواقع، فإن النتيجة المنطقية لذلك أن يكون القانون من نصيب القاضي وتكون الوقائع من نصيب الخصوم. ولكي يطبق القانون تطبيقاً سليماً فإن ذلك يقتضي القيام بعمليتين متميزتين: الأولى: هي التثبت مما وقع فعلاً في سلوك الأفراد. والثانية: بيان حكم القانون فيما ثبت من وقائع وإصدار حكم فاصل في النزاع. والقاضي إذ يقوم بمهمته الأولى يفترض فيه ألا يعلم شيئاً عن وقائع النزاع. فيجب على الخصوم أن يثبتوا هذه الوقائع وفقاً للطرق التي بينها القانون للأثبات.

أما موقف القاضي في مهمته الثانية، فيختلف عن ذلك، فنظراً إلى أنه يمثل الدولة، بل هو أداتها في تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه وإلزام كل شخص بواجبه، فالمفروض فيه أن يعلم بجميع

قوانين الدولة، فعليه هوأن يتعرف على القاعدة أوالقواعد القانونية التي يجب تطبيقها، فليس له أن يلزم الخصوم بالقيام بهذه المهمة<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: الخطأ في تطبيق القانون في أعمال قواعد القانون الأخرى والاثـر المترتب على الخطأ.**

### **الحالة الاولى الخطأ في تطبيق القانون**

إذا كان يتوجب على الخصم في الدعوى أن يقوم بتقديم الواقعة وإثباتها فان القاضي يقع على عاتقه البحث عن القاعدة القانونية الملائمة سواء كانت واردة في القانون المدني والتجاري والأحوال الشخصية أوأي من نصوص القانون الأخرى<sup>2</sup> حتى لوكانت التشريعات متعددة ومتشابهة أوغامضة، بل أن القاضي ملزم بالعلم بمضمونها وتفسيرها بطريق التفسير المتطور للقانون مع مراعاة الحكمة من التشريع، والنص التشريعي عبارة عن أحد صور القاعدة القانونية يتحلل إلى فرض وحكم، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعملية التكييف القانوني للدعوى لأنها فكرة فنية، وقد أصطلح على تسميتها بفكرة القياس المنطقي القضائي الذي يترجم الوقائع إلى فهم قانوني عن طريق إجراء مقارنة بين عنصر الواقع وعنصر المفترض الذي يوجد في هيئات النص والقاعدة القانونية، فإذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله على الوقائع المكيفة كان ذلك خطأ في القانون البحث، كذلك إذا أخطأ في إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقع عد ذلك خطأ في القانون لأنه في هذه الحالة يمتزج القانون بالواقع فيأخذ الواقع وصف القانون ولونه وطابعه<sup>3</sup> وهكذا يتضح أن طريق التكييف محفوفاً بالمخاطر فأينما تعثرت اصوله ترتب عليه خروج الدعوى عن الطريق الصحيح لسيرها بين المحاكم المختصة نوعياً لغرض الوصول للمقصود من الدعوى واكتساب الحكم درجة القطعية، وإذا كان القاضي يملك الخبرة في مجال القانون دون الاعتماد بالوصف الذي يحدده الخصوم للقواعد القانونية التي تنطبق على وقائع النزاع<sup>4</sup> إلا أنه يرد على هذا المبدأ عند

<sup>1</sup> د. منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 184 بند 115.

<sup>2</sup> ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٥٠.

<sup>3</sup> د. محمد محمود إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢١٨.

<sup>4</sup> د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي في قانون المرافعات ( ط ١، دون ذكر للناسر، ١٩٩٩، ص ٢٠ وما بعدها.

أعمال النص القانوني على الواقعة استثناء يتعلق بالمسائل التي لا تمس سوى المصالح الخاصة والمراكز الفردية إذ يجوز للخصوم أن يتخلوا عن تطبيق القواعد المكملة والاتفاق على خلاف ما جاء فيها من أحكام. لأن القواعد المكملة لا تتعلق بالنظام العام إنما شرعت لتكملة إرادة الأطراف<sup>1</sup> وكل هذا يحتاج إلى تحليل للنص ثم تحليل مجموع العناصر التي تشملها الحالة الواقعية حتى يتم إعمال القاعدة القانونية<sup>2</sup> أما إذا لم توجد صلة بين النص التشريعي والواقعة المطروحة أمام المحكمة فسنكون أمام تكييف خاطئ، وكثيراً ما يؤدي ذلك إلى الإشكالية في تحديد المحكمة المختصة نوعياً في نظر الدعوى أونظر الطعن في الحكم الصادر فيها.

### الحالة الثانية الخطأ في أعمال قواعد القانون الأخرى

إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه على وقائع النزاع فإن المحكمة سوف تحكم بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة<sup>3</sup> وهكذا يتبين لنا وجود قواعد أخرى للقانون بجانب التشريع وهي العرف والشريعة الإسلامية وقواعد العدالة إذ لا يجوز للمحكمة الامتناع عن اصدار الحكم في الدعوى بحجة غموض النص أو فقدانه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق<sup>(4)</sup>، والقواعد الأخرى القانونية بجانب التشريع وهي العرف والشريعة الإسلامية وقواعد العدالة.

**المصدر الثاني العرف:**<sup>5</sup> هو مجموعة القواعد التي درج الناس على إتباعها واعتقدوا بوجوب الالتزام بها، وهكذا فإن العرف يقوم على ركنين: أحدهما - مادي هو تواتر العمل، والثاني - ركن معنوي

<sup>1</sup> د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص 5/2014٢٧.

<sup>2</sup> د. محمد محمود إبراهيم، المصدر السابق، ص ٣٤٥.

<sup>3</sup> القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر ( -7- 1948 (29) المادة الاولى 1. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أوفي فحواها . 2 فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

<sup>4</sup> قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001مادة (164) وجوب إصدار حكم في الدعوى لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه.

<sup>5</sup> مادة (43) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. مادة (44) المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. مادة (45) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

وهو وجوب الالتزام بالقاعدة فإذا لم يوجد هذا الأخير فإن هذه القاعدة لا تعدوا أن تكون سوى عادة<sup>1</sup> ولكن من الناحية العملية قد يجهل القاضي القاعدة العرفية عندئذ يجوز له تكليف الخصم الذي يدعي بوجود تلك القاعدة العرفية بإثباتها بكافة وسائل الإثبات<sup>2</sup> وهذا يعني إعطاء الحق للخصم أو وكيله بإضفاء الوصف القانوني على الواقعة المطروحة أمام القضاء ومن ثم تحديد القاعدة القانونية التي تنطبق عليها<sup>3</sup>.

**المصدر الثالث هو مبادئ الشريعة الإسلامية:** إذ يلجأ إليها عند فقدان النص التشريعي والعرف؛ والمقصود بها القواعد الأساسية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية دون الأحكام التفصيلية ودون التقيد بمذهب معين، **المصدر الرابع فهو قواعد العدالة:** وهي شعور يوحى به الضمير الحي والعقل السليم ويلزم القاضي الاجتهاد للبت في النزاع المعروض عليه وفقاً لاعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، على أن تتوع فكرة العدالة من حيث المضمون لا يؤثر على ثباتها من حيث المبدأ فهي تستهدف تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة<sup>4</sup> ومن الملاحظ أن المشرع العراقي قد جعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثالث، وكان الأجدر تقديمها على العرف وجعلها المصدر الثاني لأن الكثير من قواعدها مكتوبة وأساسها مرجع للعلوم ولكن يتوجب عند تطبيقها على الواقعة عدم التقيد بمذهب معين إنما المهم أن تكون منسجمة مع روح القانون النافذ، ومن جانب آخر فإن سلطة المحكمة في أعمال هذه القواعد على وقائع الدعوى ليس بالأمر اليسير إذ عليها أن لا تعدد بتكيفات الخصوم للدعوى فضلاً عن الحاجة إلى بذل الجهد للتأكد من عدم وجود نص تشريعي ينطبق على وقائع الدعوى ثم التحري عن العرف وهذا بحد ذاته يتطلب جهداً قضائياً كون العرف في بعض الأحيان لا يكون ثابتاً وهو متغير من مكان إلى آخر وقد يتغير بمرور الزمان، ولهذا فإن دقة خطوات التكييف ومراعاة الأدوار فيه وقيام سلطة المحكمة عليه من

<sup>1</sup> د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١ - القانون، مطبوعات جامعة ( الكويت، ١٩٧٢، ص ٤٥٢.

د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٠.

<sup>2</sup> د. عبد الرزاق عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٨٣.

<sup>3</sup> د. عزمي عبد الفتاح، أساس الإعداء أمام القضاء المدني، ط ١، مطبعة جامعة الكويت ١٩٨٧، ص ١٥٩.

<sup>4</sup> د. عبد الرزاق عبد الوهاب، المصدر نفسه، ص ٨٥. ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٥١.

شأنه أن يحقق تكييفاً صحيحاً يعطي الدعوى لونها الحقيقي وبالتالي سوف تأخذ مسارها الصحيح بين أروقة المحاكم المختصة بنظرها ابتداءً أو استثناءً أو تمييزاً دون أي تجاوز للاختصاص النوعي

**أولاً: الخطأ في التكييف هو خطأ في تطبيق القانون:** يرى جمهور الفقه أن نشاط القاضي الذهني بصدد تكييفه لواقع النزاع المطروح، يعد نشاطاً قانونياً، باعتبار أن التكييف هو الترجمة لمفهوم واقعي بواسطة مفهوم قانوني. التكييف ما هو إلا عملية ذهنية ومعنوية، تعتمد على معطيات موضوعية، هذه المعطيات تتكون من شقين، الأول يتركز في مجموع الوقائع البحت التي تشكل نزاعاً مطروحاً على القاضي<sup>1</sup>.

**والثاني يتكون من القاعدة القانونية المحتملة التطبيق.** فحينما ينشط القاضي بغية إعمال القانون، فإنه يقوم بعملية مقارنة قطبها الأول هو مجموع الوقائع المطروحة من جانب الخصوم. وقطبها الثاني هو نموذج القاعدة القانونية.

عملية المطابقة هذه هي بالتأكيد<sup>2</sup>، ما يسمى "بالتكييف القانوني". عملية إنزال حكم القاعدة القانونية على وقائع النزاع هي بالتأكيد أيضاً ما يسمى "تطبيق القانون".

إن عملية التكييف القانوني، وتطبيق القانون، يكونا مستغرقين تمام الاستغراق فيما يسمى بالقياس المنطقي القانوني، وأن أي خلل في هذه العملية ينتج عنه خطأً في تطبيق<sup>3</sup> القانون. فالخطأ في المقارنة بين الواقع المادي المطروح على القاضي، والواقع النموذجي المصاغ في القاعدة القانونية، هذا الخطأ يؤدي حتماً إلى انحراف في مسار حكم القاعدة القانونية. بمعنى أنه نتيجة للخطأ في التكييف القانوني، سوف يقع قاضي الموضوع حتماً في خطأً مقابل ومعايير لخطئه.

**الأول. فالقاضي لم يخطئ في تطبيق القاعدة القانونية.** إلا أنه، ومن قبل أخطأ في التكييف القانوني عن طريق إعمال أثر قانوني للقاعدة القانونية محل الاعتبار على واقع لا يستجيب له قانوناً.

<sup>1</sup> د. سعد، أحمد محمود مرجع سابق. ص 410.

<sup>2</sup> أنظر: نبيل عمر، النظرية، ص 193.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق.

ثانياً: الخطأ في التكييف هو خطأ في تأويل القانون. كما سبق القول أن الخطأ في تأويل القانون يكون بإعطاء القاعدة القانونية الواجب تطبيقها معنى غير معناها<sup>1</sup> الحق.

ومن ثم يتصور الخطأ في تأويل القانون عندما ينحرف ذهن القاضي، ويؤدي إلى عدم فهم المقصود بالقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، أي كانت النتيجة التي يؤدي إليها عدم فهم المقصود سواء بصرف حكم قاعدة قانونية على معنى لم يقصده الشارع، أو بإعطاء القاعدة القانونية معنى وأثراً تقتضيه هذه القاعدة بحسب مراد الشارع منها. ويكون الارتباط قائماً بين الخطأ في التكييف والخطأ في تأويل القانون في الأحوال التي يعمل القاضي فيها قاعدة قانونية سليمة على واقع النزاع، ولكن رغم اختياره للقاعدة الواجبة الأعمال، فإنه يفسرها تفسيراً خاطئاً، مما يمكن القول معه أن الخطأ في التأويل موجوداً في مرحلة من مراحل التكييف القانوني.

### المبحث الثاني: التكييف من النظام العام

في المطلب الأول: التكييف والنظام العام ودورة التكييف المبكر والمسائل التي تقتضي تكييفاً مبكراً اثر التكييف المبكر وتمييز تكييف الدعوى عن التكييفات الأخرى التكييف القانوني و"التكييف التوضيحي" والتقاء تكييف الدعوى ودعوى التفسير على مناط وفي المطلب الثاني مراحل التكييف وتحليل القاعدة القانونية تحتوي على مقدمة وكبرى ومقدمة صغرى التقدير في حالة وجود نص والتقدير ومرحلة القياس والتقدير في حالة عدم وجود نص مكتوب والتقدير واللجوء الى مبادئ العدل والانصاف وفي المطلب الثالث. اصول التكييف عنصر الالتزام جوهر التكييف التجريدي والقياس القضائي والتكييف يقوم على قواعد القياس لتكييف القانوني مبناه الفني القياس القانوني. المطلب الرابع رقابة محكمة التمييز على مدى صحة التكييف على مسائل الوقائع وعلى الفصل في القانون الرقابة المطلقة والمقيدة.

<sup>1</sup> د. حامد ومحمد فهمي، ص 387، والمستشار وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، المحاماة، ص 56، ق 58، ص 99. نقلاً عن. د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 412.

المطلب الاول: التكيف والنظام العام ودورة التكيف المبكر والمسائل التي تقتضي تكيفا مبكرا  
اثر التكيف المبكر وتمييز تكيف الدعوى عن التكييفات الأخرى التكيف القانوني و"التكيف  
التوضيحي" والتقاء تكيف الدعوى ودعوى التفسير على مناط.

الفرع الاول: التكيف والنظام العام ودورة التكيف المبكر

### التكيف من النظام العام

وفي هذا السياق فقد حددوا فقهاء المسلمين، ان القاضي في الإسلام يجب أن يستمد أحكامه من  
النصوص قطعية الدلالة والثبوت من الكتاب والسنة، وما صدر من أحكام مجمع عليها أو علمت  
من الدين بالضرورة.

حيث ورد في الحديث الشريف ("أيضاً أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون  
ألحن بحجته من بعض فاقضي له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما  
أقطع له قطعة من النار فليأخذها أوليدها"<sup>1</sup>).

أما السلطة التقديرية، فكلمة التقدير في اللغة تعني إمكانية التقدير الحر، بمعنى الكلمة أو التصرف  
طبقاً لإرادة صاحب التصرف. وفي المجال القانوني، فإن حرية التقدير تعني القدرة على الاختيار  
بين عدة قرارات.

ومن ثم يمكن القول في هذا الصدد أن المبدأ السائد الآن، هو أن للقاضي المدني<sup>2</sup> الفصل في  
المنازعات بين الأفراد. ويجب أن يقضي بالحل الذي يتفق وصحيح القانون. وله في هذا الصدد  
سلطة تقديرية تخوله أن يطوع النص ويفسره طبقاً لحاجة المجتمع، حيث يتمتع بحرية البحث  
العلمي، دون أن تصل هذه الحرية إلى حد أن يضع القاضي نصوص القوانين لأن هذا يعد من  
صميم اختصاص المشرع وحده<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> السنن الكبرى للبيهقي، الجزء العاشر، ص143، طبعة أولى، سنة 1355هـ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية بجيدر آباد،  
الهند.

<sup>2</sup> د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها"، كلية حقوق بني سويف -  
جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1408هـ/ 1988م.

<sup>3</sup> د. أحمد فتحي أبوسنة. في تفسير القانون الجنائي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، س11. عام 1941،  
ص224.

أن الشكلية التي اتسم بها الاتجاه المحافظ كادت تقضي على المبررات التي من أجلها رفع شعار مبدأ الشرعية، وذلك بالهبوط بالقاضي إلى مستوى الآله في تطبيقه للقانون بحرمانه من أية سلطة تقديرية، وهذا بطبيعة الحال يضر بمبدأ المساواة أمام القانون الذي يتطلب بالضرورة أن يؤخذ في الاعتبار التغيرات الاجتماعية<sup>1</sup> للمصالح.

فإذا تركنا تحديد طبيعة العقد لإرادة العاقدين هوألا تعسف صارخ في تطبيق مبدأ سلطان<sup>2</sup> الإرادة. وقد أباح الفقهاء المسلمون للقضاة أعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام، وذلك عن طريق الاجتهاد<sup>3</sup> في استنباط الحكم الواجب تطبيقه عن طريق إمارات وطرق لإرشاد المجتهدين عليها، وذلك في حالة المسألة التي تركها الله سبحانه وتعالى دون النص عليها، أوفي حالة ما يكون النص غير قاطع في الدلالة على الحكم، فيعمل المجتهدون على الاستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها النص دون خروج عملية المقارنة هذه، والنتيجة التي يصل إليها القاضي بشأن التطابق بين الوقائع والقانون هذه العملية اصطلح الفقه على تسميتها "التكييف"، التكييف -إذن- بالمعنى السابق هو عملية ذهنية تكوّن العمل الشرطي اللازم لإعمال القانون<sup>4</sup>.

### التكييف المبكر:

قد يستخدم القاضي "التكييف القانوني" مبكراً عن الميعاد القانوني الذي يجاز له البدء فيه، وهوإبداء الطلبات الختامية، وانتهاء المرافعة فيها، وذلك بحجزها بمذكرات أو بدون. ولذلك أطلقنا على هذا التكييف اصطلاح "التكييف المبكر" للدلالة على تكبير القاضي به في الدعوى المطروحة عليه، إذا ما كانت الدعوى بحاجة إليه، أو لضرورة منطقية أو قانونية.

ويمكننا تعريف التكييف المبكر بأنه "قيام القاضي بإجراء تكييف لجانب من الدعوى، وهي ما زالت بالمرافعة لضرورة حتمية أو تقديرية، لازمة للتكييف النهائي لها"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د. مأمون سلامة، ص23 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>3</sup> والاجتهاد في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: بذل الجهد في استنباط الأحكام في أدلتها، بالنظر المؤدى إليها، د. محمد سلام مذکور، ص101.

<sup>4</sup> للمزيد حول المقصود بالتكييف راجع: د. نبيل عمر، السلطة التقديرية، ص190-194، والنظرية العامة للطعن بالنقض، ص138-166، ود. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، ص216-259، ود. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، ص136-141، طبعة 1982، دار الفكر العربي.

<sup>5</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 445 وما بعدها.

## التكليف المبكر يكون دائماً بحكم قطعي:

والتكليف المبكر عندما يمارسه القاضي، فإن أدواته في ذلك ليس بقرار ولكن بحكم قطعي في شق من النزاع المثار بين الطرفين. ويترتب على ذلك التكليف المبكر بهذا الحكم أن يمتنع على المحكمة إعادة النظر فيه. كما أن هذا الحكم جائز الطعن على هذا الشق من الحكم على وجه الاستقلال<sup>1</sup>.

## خطورة التكليف المبكر في نهايته:

وإذا كان التكليف المبكر -على ما تقدم- يتم بحكم قبل الفصل في الموضوع -كحكم بندب خبير- فإن خطورة هذا التكليف تبدو إذا لم ينتبه الخصوم إلى الطعن على هذا التكليف فيصير الحكم بما أنبنى عليه من تكليف "نهائي" لا يجوز للمحكمة التي يطرح عليها الطعن في الموضوع برمته أن تتناول هذا التكليف المبكر<sup>2</sup>. وكمن هذه الخطورة أن القاضي أودع التكليف القانوني لشق من الموضوع في حكم بندب خبير مما لا يجذب انتباه الخصوم إلى وجود هذا الحكم بما انطوى عليه من أسباب تحوز حجية الأمر المقضي إذا ما فاتت المواعيد<sup>3</sup>.

## مناطق التكليف المبكر:

لكي يكون التكليف القانوني مبكراً فإن له مناطق ليس هو مجرد حكم صادر من قاضي الدعوى قبل الفصل في الموضوع كحكم بندب خبير وإنما المناطق هو الفصل في الخصومة الأصلية في شق منها ومن ثم فلا يعتد بهذا التكليف إذا كانت المسألة عرضية أو متعلقة بالاثبات. على أن الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع، فإنه قد قصد أن الخصومة التي ينظر إلى انتهائها هي الخصومة الأصلية المنعقدة بين طرفين لا تلك التي تثار عرضاً في خصوص دفع شكلي في الدعوى أو مسألة فرعية متعلقة بالاثبات فيها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 447 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق ص 448 وما بعدها.

<sup>3</sup> نقض مدني رقم 500،506. بتاريخ 1979/3/17 - مجموعة المكتب الفني لسنة 30-ج1- ص 834،835 نقلاً د.

إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 448 وما بعدها.

<sup>4</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 449 وما بعدها.

## الالزام في التكييف المبكر:

إذا ما كيف القاضي تكييفاً مبكراً ولم يطعن عليه بالاستئناف فإن هذا التكييف المبكر يكون ملزماً لمحكمة الموضوع ولمحكمة الطعن ولا يجوز الطعن على ذلك التكييف بعد ذلك أمام محكمة الاستئناف. لذلك قضت محكمة النقض المصرية متى كان الطاعن لم يطعن بالاستئناف على ما تضمنته أسباب الحكم بنسب خبير من قضاء قطعي بالزامه بالريع باعتباره غاصباً رغم إعلانه بذلك الحكم حتى فات ميعاد الاستئناف فيه وحاز هذا القضاء قوة الأمر المقضي به فإنه ما كان يجوز له النعي على قضاء ذلك الحكم في هذا الشق منه أمام محكمة الاستئناف إذ تحول قوة الأمر المقضي به<sup>1</sup>.

## مخالف التكييف المبكر خطأ في القانون

إذا ما كيفت المحكمة تكييفاً مبكراً وحاز هذا التكييف الحجية فإذا لم تعمل محكمة الاستئناف اثر هذا التكييف أو تغفله عندما يطرح الطعن بالاستئناف على الحكم الصادر في الموضوع فإنها بذلك تكون قد أخطأت في القانون<sup>2</sup>.

## دورة التكييف المبكر: التدخل في الدعوى يحتم تكييفاً مبكراً:

فإذا اتسع نطاق الدعوى من حيث أشخاصاً وذلك بالتدخل (الهجومي ولانضمامي) تعين على القاضي لكي يفصل في موضوع الدعوى أن يبكر أولاً بتكييف ذلك التدخل، وعماً إذا كان تدخلاً هجوماً أو انضمامياً، وإذا ما أخطأ في التكييف كان خطأ في القانون.

## الفرع الثاني: المسائل التي تقتضي تكييفاً مبكراً اثر التكييف المبكر

### المسألة الأولى تقتضي تكييفاً مبكراً:

إذا كان التدخل في الدعوى المطروحة يقتضي بالضرورة إجراء تكييف مبكر في خصوصية التدخل، فإن المسألة الأولى تقتضي من المحكمة أيضاً تكييفاً مبكراً إذا ما رأت المحكمة تعليق أمر

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1969/1/23 مجموعة المكتب الفني - السنة 20 ع1 - الطعن 580 س 34 ق.ص 155. نقلا د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 453 وما بعدها.

<sup>2</sup> نقض مدني جلسة 1973/11/29 مجموعة المكتب الفني - السنة 24 ع3 - الطعن 164 س 38 ق.ص 1184 الى 1185. نقلا عن د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 454 وما بعدها.

الفصل في الدعوى حتى يفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها<sup>1</sup>، والحكم بوقف الدعوى لهذا السبب يجعل الحكم بالوقف حكماً قطعياً بما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوع الدعوى قبل تنفيذ مقتضاه، بحيث يتمتع على المحكمة معاودة النظر في هذا الموضوع دون أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ذلك الحكم.

### الاختصاص يقتضي تكييفاً مبكراً:

ولذلك كان المنطق يقتضي بأنه إذا أثير في الدعوى المطروحة على القاضي مسألة الاختصاص، تعين على القاضي أن يسلك قاعدة "التكييف المبكر" ليحسم هذا الشق من الدعوى بتكييف للاختصاص. وهذا التكييف المبكر، قد يغنيها عن نظر الموضوع، فإذا هي قضت بقبول الدفع انتهت بذلك الخصومة أمامها، أما إذا رفضت المحكمة الدفع تدرجت إلى نظر الموضوع، إنما قد ترى المحكمة تقدير الدفع مع تقدير الموضوع<sup>2</sup>.

وقد يقتضي الفصل في الدفع بحث الموضوع، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة نظر الموضوع، لا لذاته، وإنما باعتباره مسألة أولية يتعين بحثها أولاً وقبل الفصل في مسألة الاختصاص.

القاعدة القانونية التي نحن بصددھا، كضابط أو أصل يعمله القاضي دوماً عند قيامه بالتكييف القانوني للدعوى، مؤداها أن التكييف يدور ويرتبط مع سبب الدعوى، ومن ثم فإذا كانت الدعوى مؤسسة على سبب معين انصب التكييف القانوني عليه، بحيث إذا تغير ذلك السبب إضافة أو حذفاً تلاقى معه التكييف في ذلك التغيير، فلا يجوز تثبيت التكييف مع تغيير السبب، فالتكييف الصحيح هو ذلك التكييف المستجيب لكل تغيير يطرأ على السبب في الدعوى.

### الدفع الشكلي يتطلب تكييفاً مبكراً:

تنص المادة 108 مرافعات على أن (الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أولاً لارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي طلب أودفاع في الدعوى. ويحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1963/3/21، مجموعة المكتب الفني، السنة 14 ع 1 ص 337.

<sup>2</sup> د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 189، بند 88.

تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة). وبناء على الفقرة الثانية من تلك المادة، يجب على القاضي أن يجري تكييفاً مبكراً في شأن هذه الدفوع<sup>1</sup>. فالأصل أن تقضي المحكمة في الدفع الشكلي قبل بحث الموضوع؛ لأن قبوله انقضاء الخصومة أمامها. وإنما يحدث أن تقضي المحكمة بضم الدفع إلى الموضوع وتصدر فيهما حكماً واحداً، وذلك إذا كان الفصل في الدفع يقتضي بحث الموضوع. وإنما ضم الدفع للموضوع، لا يمنع المحكمة بعدئذ من الحكم بقبول الدفع، ويغنيها هذا الحكم عن نظر الموضوع. كما لا يمنعها من الحكم في الدفع وحده برفضه ثم التدرج لبحث الموضوع<sup>2</sup>.

### ثامناً: التكييف والتدخل.

والذي يحدد ما إذا كان التدخل إنضمامياً أو هجومياً هو التكييف. فالتكييف يحدد لنا بدقة المركز القانوني للمتدخل وما يترتب على ذلك من نتائج وآثار قانونية من أهمها أن يصبح المتدخل خصماً في الدعوى فيكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه ويجوز له الطعن فيه بالطرق المقررة<sup>3</sup>. والعبرة في وصف نوع التدخل هي "بحقيقة تكييفه القانوني" فإذا ما تم التدخل في الدعوى وطلب المتدخل الحكم له بمبلغ التعويض المطالب به من المدعى، هوفي حقيقته وتكييفه القانوني تدخل هجومي" تكييف المحكمة له بأنه "تدخل انضمامي" واغفال المحكمة للدفع بسقوط حق المتدخل في طلب التعويض خطأ في تطبيق القانون<sup>4</sup>.

### أولاً: التكييف "بالتبكير" ليس قضاء "للتحضير":

قد يثور بالذهن أن التكييف المبكر أو تبكير القاضي بالتكييف لشق من الدعوى على وجه الالتزام أو التقدير، هونوع من الأحكام "التحضيرية". وبذلك يستوي الحكم المتضمن تكييفاً مبكراً مع الحكم المتضمن قضاء تحضيرياً. والواقع أن هذا الفهم خاطئ، وغير صحيح. وإذا كان كلا الحكمين

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 460 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. ابوالوفا، احمد. مرجع سابق، ص 173.

<sup>3</sup> الأستاذ محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - الطبعة الثانية 1978-284.

<sup>4</sup> نقض مدني جلسة- 1970/2/3- مجموعة المكتب الفني السنة 31 ع 3- الطعن رقم 505 س35-ص222.

صادرين قبل الفصل في الموضوع فأولها حكماً تمهيدياً قطعياً وثانيهما ليس كذلك بل هو مجرد حكم تحضيري<sup>1</sup>.

والترفة بين الحكم التمهيدي والتحضيري يجب ألا يتجه الخاطر إلى أن التمييز قد زال باقياً، وإنما قلت أهميته في القانون الجديد.. وما زال لهذا الموضوع أهمية كبيرة، لما يوضحه كضوابط لتكييف الأحكام واستخلاص القضاء القطعي فيها، ومدى ما يتقيد القاضي بتنفيذها<sup>2</sup>.

وواقع الأمر أن الأحكام التحضيرية ليست أحكاماً بالمفهوم الفني للأحكام، وإنما هي مجرد قرارات تصدر بما للمحكمة من سلطة ولائية إدارية وليست لها صفة الأحكام. فهي من قبيل أعمال الإدارة في المادة 405/361 مرافعات قديم للترفة بين الحكم التمهيدي والتحضيري. فالحكم التمهيدي يعتبر كذلك إن شق عن اتجاه المحكمة في الموضوع<sup>3</sup>.

#### ثانياً: التكييف المبكر ليس حكم بإجراء الإثبات

الأحكام الخاصة بإجراءات الإثبات كقاعدة ليست أحكاماً قطعية في الأغلب الأعم، إذ يجوز العدول عنها بما مفاده أنه لا حجية لها بالنسبة للمحكمة وعكس ذلك الأحكام المتضمنة تكييفاً مبكراً. فهي كأصل لا استثناء عليه أحكاماً قطعية لها حجية ملزمة للمحكمة وللخصوم. ومن ثم لا يجوز الخلط بين تلك الأحكام وأحكام التكييف المبكر<sup>4</sup>.

وتكييف أحكام إجراءات الإثبات على أنها قطعية مرده نص المادة التاسعة من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 والتي تقرر بأن ( للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها ألا تأخذ نتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها)<sup>(5)</sup>. بينما نصت المادة 6 فقرة 1 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001- يجوز للمحكمة: أ. أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا طرأت

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 462 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق ص 579.

<sup>3</sup> د. ابوالوفا، احمد. مرجع سابق، ص 594.

<sup>4</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 464 وما بعدها.

<sup>5</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 465 وما بعدها.

ظروف تبرر هذا العدول.ب. ألا تأخذ بنتيجة الإجراء الذي أمرت به -2.في الحالتين السابقتين عليها أن تبين أسباب ذلك في قرارها.

### الفرع الثالث: تكييف الدعوى والتكيفات الأخرى

#### اختلاف تكييف الدعوى عن التكيفات الأخرى

تكييف لائحة الدعوى المطالبة القضائية تبدأ بها الخصومة.

وقد نصت المادة 2/55 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2001/2 تعتبر الخصومة منعقدة من تاريخ تبلغ لائحة الدعوى المدعى عليه. وبمجرد ان تعلن الدعوى لاتصال علم المدعى عليه فيها خرجت من حوزة المدعى واصبحت في حوزة المحكمة، وبالتالي فان التكييف الوارد من لائحة الدعوى ليس تكييفاً قانونياً اذ العبرة بالتكييف من القاضي المكيف وليس من الخصم، والتكيف لا ينصب على صحيفه الدعوى بل على الدعوى وذلك بعد انعقاد الخصومة وليس مفاد ذلك ان القاضي لا يتأثر بما ورد في لائحة الدعوى بل هناك تأثير مباشر وغير مباشر لأن من يضع صحيفة الدعوى هي محامين مغرسين في القانون، وهناك إلزام بالقانون ينص المادة 87 من قانون المدني المصري بقباله نص المادة 61. من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 لا تقبل دعوى في محاكم البداية أو الاستئناف اوالنقض دون محام مزاول، كما أن صحيفة الدعوى بما تضمنته من وقائع تفيد القاضي في تكييفه القانوني اذ لا يجوز له الخروج على هذه الوقائع أو تجاوزه وان كان له الحق في فهمه وبالتالي فان التكييف يدور في إطار وقائع الدعوى.

اي ان القاضي لا يقوم بالتكيف قبل انعقاد الخصومة وينتقد بالوقائع الواردة في صحيفة الدعوى عند القيام بالتكيف.

#### التكييف القانوني والتكيف الفقهي والتفسير:

التكيف القانوني المعتد به هوالتكيف الذي يقوم به القاضي والذي ينصب على دعوى طرحت عليه قانوناً. وبالتالي فالتكيف الذي يقوم به الفقه ليس هوالتكيف محل البحث وهويعتبر تأهيل للمسألة

لأن اصطلاح التكيف قاصر على القاصي، لأنه تكيف قضائي ينصب على دعوى بينما التكيف الفقهي وتفسيرها وتطبيقها بطريقة نظرية، اما التكيف القضائي فانه لبحث في تفسير القاعدة القانونية وتطبيقها بمناسبة الفصل في الدعوى المطروحة عليه، كما أن التكيف الفقهي يقتصر على بحث ما ينص بالقانون وحده بخلاف التكيف القضائي فانه يتصل بالواقع والقانون.

### التكيف القانوني والتكيف التشريعي.

ويقصد بالتكيف التشريعي قيام المشرع بإعطاء تكيف اي اوصاف قانونية لمسائل معينة في صلب التشريع ويختلف عن التكيف القضائي من حيث اداه التكيف التشريعي، هي التشريع بينما في القضائي هي وسيله اجرائية ومن حيث الحل فان التكيف التشريعي يتناول مسائل قانونية شتى قد تكون إجرائية أو موضوعية وتختلف من حيث السبب. في التكيف التشريعي سبب اللجوء إليه عندما يوجد خلاف حاد قد ثار في المحاكم حول تحديد المعنى الذي قصد من التشريع، وأحين يلاحظ ان المحاكم قد فهمت هذا التشريع بشكل يتعارض مع المعنى المقصود منه أو بشكل يسلبه جوهر المعنى الذي يقصده ولوترك الامر هكذا لضاعت كل قيمة من اصدار التشريع، اما التكيف القضائي فهو بسبب الوصول الى التطبيق القانوني الواجب على الوقائع تطبيقاً صحيحاً فهو ضرورة حتمية للعمل القضائي<sup>1</sup>.

### تكيف الدفع:

"وتكيف الدفع" هو في حقيقته " تكيف الدعوى" بما مفاده " تعدد التكييفات" في الدعوى الواحدة، ولكن لكل تكيف مجاله، وبذلك يلعب التكيف القانوني في النزاع الواحد عدة أدوار لا تعارض بينها، فبجانب تكيف الدعوى المطروحة يوجد تكيف للدفع. اذا طبقنا قواعد التكيف فالعبرة بكون الدفع دفعا بعدم القبول هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي تطلق عليه، أي العبرة بتكيف الدفع<sup>2</sup>.

الدفع في الاصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعي عليه او ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه يقصد به دفع الخصومة عنه او ابطال دعوى المدعي بمعنى ان المدعى عليه يصبح مدعيا

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

<sup>2</sup> نقض مدني جلسة 1976/1/6 - مجموعة المكتب الفني السنة 27- المجلد الأول- الطعن رقم 9 س 42 ق- ص 144، 145.

اتى بدفع. اذا طبقنا قواعد التكييف فالعبرة يكون الدفع دفعا بعدم القبول هي بحقيقة الدفع ومرماه وليس التسمية التي يطلقها عليه، اي العبر بتكييف الدفع<sup>1</sup>.

تاصيل التكييف التشريعي وعلاقته بالتكييف القانوني فان المشرع عندما يقوم "بتكييف" لبعض "المسائل" فإنه بلا أدنى شك، يتجاوز نطاق الوظيفة التشريعية ويدخل في لب وجوهر الوظيفة القضائية. إذ أن التكييف عمل قانوني من أعمال القضاء، ولذلك نجد أن الحالات التي يمارس فيها المشرع "دور التكييف" ليست إلا بالقليلة لأن المشرع يملك تعديل أو إلغاء التشريع وفقاً للضوابط القانونية ويتفادى مشكلة "القصور التشريعي". ونظراً لقيام المشرع بهذا التكييف أو التعريف في صورة "قانون" فإنه يدخل في نطاق ومجال "التفسير التشريعي". فإن "سلطة التكييف القانوني" للقاضي أن تتوقف وتتعلل ويفسح المجال لإرادة المشرع المكيفة ونكون أمام "استثناء" حقيقي يرد على عملية "التكييف القانوني للدعوى" والذي يقوم به القاضي المكيف دائماً، ليقوم به المشرع جبراً عن القاضي.

#### سادساً: التكييف وعدم قبول الدعوى:

وإذا كان من غير المستطاع وضع تعريف جامع للدفع بعدم قبول الدعوى فإنه لا خلاف في أن المقصود به هو الدفع الذي يرمي الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانهدام الحق في الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانهدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الاجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى<sup>2</sup>.

أن عدم القبول تكييف قانوني، ولهذا فإنه لا يدخل في فكرة عدم القبول ما يسمى بعدم القبول المادي، أي عدم قبول موظف المحكمة المختص للطلبات من الناحية المادية، والأصل أن على الموظف أن يقبل الطلبات فليس له أن يمتنع عن تلقيها، ولكن هناك حالات يمكن للموظف أن

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

<sup>2</sup> المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى.

يتمتع فيها عن قبول الطلب كما إذا لم يدفع مقدم الطلب الرسم المالي اللازم أو إذا كان الطلب مقدماً بلغة اجنبية، عدم القبول يؤدي إلى امتناع المحكمة عن النظر في ادعاء المدعى، فالمحكمة قبل أن تنظر في وجود الحق في الدعوى من عدمه يجب أن تتأكد من توافر شروط معينة يؤدي تخلفها إلى عدم قبول الطلب، أي إلى عدم دخولها في النظر فيما إذا كان المدعى تقاضى دعواه أم لا. ومن الجدير بالذكر أن " التكييف " في هذه الحالة يلعب دوراً قانونياً في غاية الأهمية يدل عليه طبيعته، فإذا انتهت محكمة أول درجة بالتكييف القانوني إلى قبول الدفع بعدم قبول الدعوى، فإن هذا للتكييف من هذه المحكمة يصير نهائياً ويقيد تلك المحكمة وتستنفذ به ولايتها بحيث إذا ألغته محكمة الدرجة الثانية لا يجوز لهذه الأخيرة إعادة الدعوى للمحكمة الأولى، بل يجب عليها أن تفصل في هذه الدعوى " بتكييفها الجديد " وذلك أثراً " التكييف " أمام محكمة الدرجة الأولى<sup>1</sup>.

#### الأول: تقدير القاضي لطبيعة الدفع الشكلي وحالاته

ويقوم القاضي بتحديد طبيعة الدفع المقدم إليه لغايات تطبيق نطاقه الإجرائي الذي يحكمه فهناك قواعد تحكم الدفوع الشكلية تختلف عن القواعد القانونية تحكم أنواع الدفوع الأخرى فمبنى الدفع الشكلي أساساً عيب في الاختصاص أو إجراءات الخصومة.

وعليه نجد أن للقاضي سلطة في تقدير الدفع تتبع أساساً من مهمة القاضي في الفصل بالدعوى فالدفع كما قلنا هو الوجه السلبي للنزاع وبالتالي فإن القاضي في نطاق تعرضه لهذا الوجه يقوم بتكييف هذه الدفوع بغض النظر عن التكييف الذي يطلقه الخصوم عليها وهذه السلطة أو الاختصاص قد منحت للقاضي على طول امتداد قانون المرافعات أو الأصول فالقاضي هو الذي يكيف الطلبات والوقائع والدفوع<sup>2</sup>.

من هنا نجد أن هذه السلطة الواسعة للقاضي يجب الحد منها وذلك بوضع معيار عام أو قاعدة عامة يستطيع القاضي من خلالها تحديد طبيعة الدفع المقدم إليه ليقوم بتطبيق القواعد القانونية الملائمة على الدفوع المعروضة عليه. فالدفوع الشكلية توجه إلى إجراءات الدعوى بسبب عدم اتخاذ

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1976/4/7 - مجموعة المكتب الفني - السنة 27 - المجلد الأول - الطعن رقم 31 س 44 ق " احوال شخصية " .

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 112.

الإجراء المطلوب قانوناً أو القيام به على نحو يخالف الشكل المقرر قانوناً وبالتالي فهي عديدة ولا تقع تحت حصر وهذا ما يزيد من صعوبة مهمة القاضي ولكن هذه الصعوبة يمكن الحد منها عند وضع معيار عام في قانون أصول المحاكمات المدنية يتم من خلاله وضع فواصل عامة بين أنواع الدفوع وحسبها بشكل قطعي<sup>1</sup>.

إذاً الأصل أن تفصل المحكمة أولاً في مسألة اختصاصها، إما تلقائياً لتعلق المسألة بالنظام العام، أو بناء على دفع بعدم الاختصاص مقدم إليها من الخصم، وذلك قبل الفصل في الموضوع، لأن القضاء في هذه المسألة قد يغنيها عن التعرض للموضوع، إذا ما حكمت بعدم اختصاصها، إذ عندما تنتهي الخصومة أمامها، مما يؤدي إلى توفير جهد ووقت القضاة والمتقاضين<sup>2</sup>.

### الثاني: تقدير القاضي لمناط الطلب المسقط للدفوع الشكلية

اتفقت غالبية قوانين أصول المحاكمات المدنية على وجوب التمسك بالدفوع الشكلية غير المتصلة بالنظام العام قبل الدخول في موضوع الدعوى<sup>(3)</sup>، حرصاً منها على سرعة الفصل في النزاعات وعدم إفساح المجال لإطالة الإجراءات، فيضع بذلك الوقت والجهد والنفقات التي تكبدها المدعي. وعليه، فإذا أبدى الخصم أي طلب أودفاع موضوعي أودفع بعدم القبول، فليس له بعد ذلك إبداء دفع شكلي، ويذهب البعض إلى أن أساس هذه القاعدة هو النزول الضمني عن الدفع أو التسليم بصحة الشكل، ويخالف البعض هذا الرأي باعتبار أن النزول عن الحق لا يفترض وإنما أساس هذه القاعدة هو تحديد واقعة معينة هي الكلام في الموضوع يترتب على تحققها سقوط الحق في الدفع، ويترتب على هذا التكييف أنه يجب تفسير القاعدة تفسيراً ضيقاً<sup>4</sup>. وان تنازل الضمني عن الحق لا يتم الا بإتيان عمل يستفاد منه صراحة ان صاحب الحق تخلى عن ممارسة حقه بشكل واضح.

<sup>1</sup> د. الزعبي، عوض احمد، المدخل الى علم القانون، عمان - الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الثانية 2003 ص 368-

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 113.

<sup>3</sup> المواد مادة 89،90،91 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني والمادة (110) من قانون الأصول الأردني، (108) من قانون المرافعات المصري، (53) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

<sup>4</sup> د. عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية الإجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ص 9.

وللقاضي بما له من سلطة تقديرية تحديد ما إذا كانت إجابة الخصم تعد إسقاطاً للدفع الشكلي أم لا، مما يتعين على القاضي وعند إعمال سلطته في هذا الأمر أن يكون دقيقاً في تقدير ما يعد دخولاً في موضوع الدعوى أم لا<sup>1</sup>.

وبالتالي نجد أنه يبقى على القاضي وحسب سلطته التقديرية معرفة مسقطات الدفع الشكلي من خلال وقوفه على حقيقة أن الخصم قد دخل في الموضوع أم لم يدخل، وذلك بسبب غياب النص القانوني الذي يحدد بالضبط مسقطات الدفوع الشكلية، وبالنتيجة فإن تقديرات تلك تخضع لرقابة محكمة التمييز باعتبارها مسألة قانون<sup>2</sup>.

### الثالث: سلطة القاضي في إثارة الدفوع الشكلية من تلقاء نفسه

كان الفقه التقليدي والتشريعات القديمة تعتبر قانون المرافعات فرعاً من فروع القانون الخاص، وذلك لأن الغرض منه حماية حقوق الأفراد فقرر أن الخصومة القضائية هي ملك للخصوم يسيرونها وفق مشيئتهم دون أن يكون للقاضي دور إيجابي في توجيهها. والتشريعات التي اعتنقت هذه النظرة ومنها قانون المرافعات المصري الحالي، وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني الحالي وقد جعلت للقاضي دوراً إيجابياً وسلطة فعالة في توجيه الدعوى ومراقبة تصرف الخصوم فيها<sup>3</sup>. وعليه فإن قواعد قانون المرافعات تنقسم لنوعين: قواعد آمرة، وقواعد تنظيمية، أما القواعد التنظيمية، فهي تلك القواعد التي يضعها المشرع لتنظيم شأن من الشؤون دون أن يتصل هذا الشأن بالأسس الجوهرية للنظام القضائي والقانون لا يفرض البطلان كجزاء عالي مخالفة هذه القواعد، وهي القواعد التي لا تخالف الأسس أو المبادئ التي تقوم عليها قوانين المرافعات مثل مبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ المواجهة بين الخصوم والعلانية في أداء القضاء والمساواة أمام القضاء واستقلال القضاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية 1993، دار المطبوعات الجامعية، مصر الإسكندرية. ص 15.

<sup>2</sup> د. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق. ص 17.

<sup>3</sup> قانون المرافعات الفرنسي وقانون المرافعات المصري القديم. نقلا عن. د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 117.

<sup>4</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 118.

وبالتالي، فإن الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام، يستطيع القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وفي أية حالة تكون عليها الدعوى ويجوز للخصم التمسك بالدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام في أي وقت من أوقات المحاكمة حتى بعد التعرض للموضوع والواقع أن تمسك الخصم بالدفع المتعلق بالنظام العام لا يعدوان يكون تنبيهاً للقاضي للقيام بواجبه<sup>1</sup>.

ويقع على القاضي مهمة التفريق بين الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام والدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام، وهويتهم بسلطة في تقدير مدى اعتبار الدفع الشكلي متعلقاً بقاعدة أمره أولاً، ولكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن القاضي في تحديده لهذه الدفوع سيقدر ويفصل ويثير بناء على محض آرائه، وإنما يراعي بدقة متناهية المبادئ القانونية والقواعد القانونية المقررة من المشرع حيث يكون في تقديره هذا خاضع لمحكمة النقض أو التمييز لأنه يفصل في مسألة قانون لا في مسألة واقع، وفي هذا الخضوع خير ضمان لرد القاضي إلى جادة الصواب<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: مفهوم وتمييز التكييف القانوني و"التكييف التوضيحي"

#### التكييف القانوني و"التكييف التوضيحي"

#### "التكييف التوضيحي":

يجب عدم الخلط ما بين التكييف القانوني والتكييف التوضيحي "أو الايضاحي" لأنه بمجرد أن تقوم محكمة الموضوع بتكييف الدعوى قانوناً وتطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على واقع الدعوى المنتج، خرج النزاع من ولاية هذه المحكمة ولا يجوز بأي حال من الأحوال إعادة طرحه بذاته على ذات المحكمة لتتظره بأي حال من الأحوال إعادة طرحه بذاته على ذات المحكمة لتتظره من جديد إلا إذا كان القانون يجيز الطعن عليه "بالمعارضة" أو "بالتماس إعادة النظر" وما عدا ذلك يطرح الحكم على المحكمة الأعلى بالطعن مما شابه أو علق به<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. والي، فتحي، مرجع سابق، ص 490.

<sup>2</sup> د. الطعاني، محمد علي خليل. المرجع السابق. ص 119.

<sup>3</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 164.

وبناء على ذلك، رسم المشرع للخصوم في الدعوى طريقاً إلى ذات المحكمة المصدرة للحكم في أن تنظر في قضائها السابق والمتبلور في صورة "حكم قطعي" فيما شابه ولحق به من غموض أو إبهام، لتقوم المحكمة مرة ثانية لتتبين صحة أو عدم صحة هذا الادعاء ليس عن طريق "التكييف القانوني"، وإنما على أساس التكييف التوضيحي الذي لا يختلط بالتكييف الأول ولا يتعارض معه<sup>1</sup>.

### السند القانوني للتكييف التوضيحي:

وللتكييف التوضيحي الذي تقوم به المحكمة على الحكم المطروح عليها يجد سنده القانوني في المادة 193 مرافعات، والتي تنص على أنه (يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير مع وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى). وهوما يطلق عليه في الفقه بتفسير الأحكام، وفي القضاء بدعوى التفسير. ولكننا نرى أن الوصف الصحيح لذلك اصطلاح "التكييف التوضيحي" لأن لفظ "تفسير" بالنص ليس في محله. والمراد هنا "تفسير معين" وليس مطلق "تفسير" ولذلك أطلقنا عليه مصطلح "التكييف التوضيحي"؛ لأن مناطه "التكييف" وندل على ذلك بالآتي:

ليس من شأن الدعوى هنا تصحيح أخطاء وقع فيها الحكم أو تدارك طلبات فاتت على المحكمة؛ لأن ذلك نطاق آخر عالجه المشروع الإجرائي بالمادتين 191، 193 مرافعات. إذا لم يقع الحكم في خطأ وليس المطلوب تصحيح ذلك الخطأ، أو إغفال طلبات كان من شأنها الوقوع في الغموض أو الإبهام.

كما أنه ليس من شأن الدعوى، أن تنهج المحكمة في "التفسير" لا منهج قواعد التفسير في القواعد القانونية ولا منهج التفسير المقرر لتفسير التشريع<sup>2</sup>.

كما أن الدعوى بحدودها المرسومة، لا تعطي للمحكمة ولاية إعادة النظر في قضائها، وإلا كان هناك تجاوز لنطاق الدعوى والتفسير المعني في النص. وكما قضت محكمة النقض<sup>3</sup> في حكم هام لها "أن المستفاد من صريح النص (م 366 مرافعات ملغى، والمقابلة للمادة 192 مرافعات حالي). إن مناط الأخذ به يكون الطلب بتفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض أو إبهام حتى يمكن

<sup>1</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 164.

<sup>2</sup> د. والي، فتحي، الوسيط، المرجع السابق ص 703. بند 335.

<sup>3</sup> نقض مدني جلسة 1965/12/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 16، ع3، رقم 366 س 30 ق، ص 1346. نقلا عن

د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 156.

الرجوع إلى المحكمة التي أصدرته. أما إذا كان قضاء المحكمة واضحاً لا يشوبه غموض أو إبهام فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والمساس بحجتيه، وإنما يكون السبيل إلى ذلك الطعن فيه خلال الميعاد المحدد بإحدى طرق الطعن القابل لها<sup>1</sup>.

وليس من شأن هذه الدعوى المساس بحجية الحكم المفسر، ولا يجوز للمحكمة المفسرة كما تقرر محكمة النقض أن تقترب من المسائل القانونية التي بت فيها الحكم المطلوب تفسيره.

إذا المعول عليه في هذه الدعوى "دعوى التفسير" هو "تكييف إيضاحي" لأن هناك إبهام أو غموض نشأ في الحكم، ومناط ذات التفسير أو الإيضاح بلفظ أدق هو التكييف؛ لأن هناك احتمالات ثلاثة "دعوى التفسير" ترد فقط على إحداها، فيطلب الأمر "تكييفاً إيضاحياً" وهي:

إما أن يكون التكييف خاطئاً والنتيجة خاطئة.

وإما أن يكون التكييف خاطئاً والنتيجة صحيحة، فلا يجوز أيضاً استخدام أسلوب الطعن على الحكم ولا استخدام دعوى التفسير.

وإما أن يكون التكييف صحيحاً والنتيجة التي انتهى إليها الحكم بناء على الأسباب يسودها الاضطراب وعدم الانضباط مما أدى إلى الغموض أو الإبهام. وهذا هوكل دعوى التفسير - كما نعتقد - خطأً لما كان التكييف صحيحاً والإسناد للنصوص سليماً. فالمنطق أن تكون النتيجة واضحة ناصعة ولكن قد يكون استخدام الألفاظ في غير موضعه، فلم تسعف المحكمة بالنتيجة التي كان يجب أن يكون عليها الحكم. فقيام المحكمة بعد ذلك بإيضاح ذلك الغموض والإبهام، مرجعه القانوني، هو "ضابط التكييف" ولذلك وصفنا الاصطلاح المنطبق على الدعوى بأنه "تكييف توضيحي"<sup>2</sup> وهذا ما يؤيده بعض الفقهاء<sup>3</sup>.

### الالتزام في التكييف التوضيحي:

ليس من وظيفتها الإيضاح أو التفسير، ولذلك فقد قلنا إن المحكمة هنا لكي تتأكد من صدق الادعاء فإن هناك غموض أو إبهام فلا بد أن تركز على "التكييف" فإذا ما اتضح لها عدم وجود غموض

<sup>1</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 167.

<sup>3</sup> د. والي، فتحي، الوسيط، المرجع السابق ص 703. بند 376.

بالنظر إلى التكييف، فترفض الدعوى حتى ولو كان التكييف خاطئاً، والنتيجة خاطئة، لأن جوهر المطلوب من المحكمة القيام بعملية منطقية بحتة، تعتمد على وضع المقدمات (الوقائع + الأدلة = تكييف) ثم إجراء قياس عليها مع النتيجة محل الدعوى، فإذا كانت متفقة مع المقدمات فلا غموض ولا إبهام. وأما إذا كانت النتيجة الثابتة بالحكم المطلوب تفسيره مضطربة مع المقدمات جاز عليها "التكييف التوضيحي"، ولما كان هذا التكييف التوضيحي "ليس إلا ترجمة يقينية ذاتية من التكييف القانوني للدعوى فهو ليس "تكييفاً جديداً" أو تكييفاً عكسياً دائماً هو تكييف الإيضاح. فيجري عليه عنصر الالتزام الكامن في الحكم المفسر، ولهذا نص المشرع الإجرائي على أن (ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره)، لأن القاعدة أن التفسير هو اجتهاد غير ملزم. ولذلك عندما يقوم المشرع بتفسير فهو ملزم وكذلك عندما يقوم القاضي بالتفسير بموجب دعوى التفسير فهو ملزم<sup>1</sup>.

#### مفترضات التكييف الإيضاحي:

لكي يتسنى للمحكمة القيام بتكييف إيضاحي، ودون أن يختلط مع التكييف القانوني، فهناك مفترضات لا بدّ من توافرها وهي:

أن يكون الحكم قطعياً<sup>2</sup>.

أن يكون الحكم المفسر قد شابه غموض أو إبهام، أو شك في تفسيره أو يتحمل أكثر من معنى<sup>3</sup>.  
إن ما يطرح على المحكمة هو حكم صادر منها وليس وقائع جديدة. وأن ما يسيطر على دعوى التفسير بيان أوجه الغموض والابهام المستمدة من الحكم وما قدمه الخصوم بصورة من طلبات ومذكرات وأدلة إثبات لم تطرحها المحكمة من حساباتها، وبالتالي فلا يجوز إبداء أية طلبات جديدة أو غير جديدة التفت عنها الحكم<sup>4</sup>.

هناك نطاق متميز لكلا التكييفين (القانوني والإيضاحي) تستند إلى الآتي:

<sup>1</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup> د. أبو الوفا، احمد. مرجع سابق ص 753 بند 376.

<sup>3</sup> د. أبو الوفا، احمد. مرجع سابق ص 754 بند 376.

<sup>4</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 169.

## أولاً: من حيث محل التكييف

ترتيباً على ما تقدم، بأن محل التكييف القانوني طلبات للخصوم (دعوى) قائمة على واقع مدعم بأدلة والعمل على تجريده بوصفه وصفاً قانونياً، ثم العمل على إنزال القانون من تجريده المطلق إلى تجريد القاضي. أما محل التكييف الايضاحي فليس وقائع مبتدأه بل حكم صادر في نزاع يتضمن (واقع + تكييف + قانون = نتيجة) والقاعدة أن التكييف القانوني لا يرد ولا يهدر تكييفاً قانونياً آخر في نطاق الدرجة الواحدة للتقاضي إلا بشرط واحد وهو عدم إصدار حكم قطعي في النزاع. فإذا صدر مثل هذا الحكم امتنع استمرار التكييف. ومفاد ذلك أنه بالتكييف القانوني الصحيح، تستنفذ المحكمة ولايتها. ولذلك، إذا ألغت محكمة الاستئناف مثل ذلك الحكم امتنع عليها أن تعيده لمحكمة الدرجة الأولى، ويتعين عليها أن تفصل فيه<sup>1</sup>.

## ثانياً: من حيث سلطة التكييف

في التكييف القانوني المنصب على الدعوى للمحكمة سلطات قانونية وموضوعية واسعة النطاق لتمكينها من الحكم الصحيح في الدعوى، هذه السلطات ممتدة الجذور في نطاق الواقع والقانون، ولها في كل ذلك تكوين عقيدتها ورأيها القضائي التابع من كافة ما تقدم لها. أما في التكييف التوضيحي فسلطة المحكمة سلطة مقيدة، مجالها القانوني ضيق ومحدود وقاصر على بيان أو إيضاح لبس أو شك أو تناقض أو غموض أو إبهام في الحكم، فالضرورة تقدر بقدرها<sup>2</sup>.

## ثالثاً: من حيث القاعدة والاستثناء

تأسيساً على ما سلف، فالتكييف القانوني هو قاعدة التكييف. أما التكييف التوضيحي فهو الاستثناء الذي يرد على تلك القاعدة. ولذلك ضاق مجاله وتحدد إطاره. وأهدر إذا كان هناك وضوح وجلاء، وفيصل ذلك المحكمة التي تقوم بالتكييف.

## رابعاً: من القاضي المكيف

التكييف القانوني، القاضي المكيف هو قاضي الدعوى، أي الذي طرحت عليه الوقائع حتى حجزها للحكم وفصل فيها. وإذا تغير أحد الأعضاء الذين سمعوا المرافعة لأي سبب كالنقل أو الإحالة إلى المعاش، أو الوفاة أو غير ذلك من الأسباب قبل إجراء المداولة، وجب فتح باب المرافعة وإعادة

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1974/180، مجموعة المكتب الفني، السنة 35، الطعن رقم 162 س 38 ق. ص 139، جلسة 1974/6/24. الطعن رقم 507 س 39 ق، ص 1111.

<sup>2</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 174.

الإجراءات أمام المحكمة بهيئتها الجديدة. ولكن إذا كان قد صدر في الدعوى حكم قبل الفصل في الموضوع فلا تعاد الإجراءات التالية لهذا الحكم<sup>1</sup>.

ومفاد ذلك وجود ارتباط شخصي ما بين القاضي والدعوى. ولا يمكن هنا تطبيق المبدأ المتفق عليه في النيابة العامة. إن النيابة لا تتجزأ، بمعنى جواز حلول عضوية محل آخر في استكمال العمل دون إعادته، أما جواز حلول عضوية محل آخر في استكمال العمل دون إعادته، أما هنا فالقضاء يتجزأ وذلك نفاذاً للمادة 167 مرافعات، حيث تقضي (لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً) أي الارتباط هنا بالدائرة وليس بالمحكمة<sup>2</sup>.

أما القاضي المكيف في "التكليف التوضيحي" فهو ليس ذات القاضي ومصدر الحكم، وإنما هو قاضي آخر من قضاة المحكمة. ومفاد ذلك أننا في نطاق استثناء آخر على نص المادة 167 مرافعات من أن القضاء لا يتجزأ؛ لأننا أصلاً في مجال استثناء من قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها، فينسجم الاستثناء مع نظائره من الاستثناءات<sup>3</sup>.

#### التقاء تكليف الدعوى ودعوى التفسير على مناط واحد:

وبعد كل ما تقدم من تحليل وتأسيس لتكليف الدعوى (التكليف القانوني وللتكليف التوضيحي - دعوى التفسير) ومن أن هناك نطاق محدد في القانون لكلا التكيفين، إلا أننا منذ البداية قررنا أن هناك مناط واحد يجمع ما بين الأمرين، وهو "منطقة التكيف" إذ هي المنطقة التي تمتع في الحكم بحساسية قانونية شديدة، منها يبين جوهر القضاء وفيها يودع القضاء ومن خلالها تنبثق النتائج صحيحة وأخطئة صحة أو خطأ "التكليف"، ولقد استدللنا في هذا الإسناد لما قرره الدكتور فتحي والي<sup>4</sup> من أن معول بحث محكمة التفسير هو الكشف (عن التقدير الذي يتضمن الحكم). ولقد أصاب بذلك جوهر "التكليف" ولكنه وصفه "بالتقدير" والاختلاف في المسميات ليس مهماً بقدر

<sup>1</sup> د. أبو الوفاء، أحمد. مرجع سابق ص 76 بند 34.

<sup>2</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 174.

<sup>3</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 175.

<sup>4</sup> د. والي، فتحي، الوسيط، المرجع السابق ص 130.

الاتفاق على المضمون. وفي سبيل التأكيد من أن ذلك الفقه يرمي إلى "التكييف" فقد قرر في دراسته التأصيلية لنظرية البطلان<sup>1</sup> من عمل القاضي له طبيعة مزدوجة فهو: يعتبر عملاً قانونياً، وهوبهذا الوصف يخضع لمقتضيات معينة يجب توافرها لكي ينتج آثاره القانونية.

يعتبر عمل تقدير، أي عمل مضمونه ما يقوم به القاضي من مجهود ذهني لبيان إرادة القانون في الحالة المعنية. وليس إلا هذا العمل هو عمل التكييف.

ولقد ذهب إلى ذلك أيضاً أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا<sup>2</sup> عندما قرر في نظرية الأحكام من أنه (لا تملك المحكمة عند تفسير حكمها تعديل قضاءها أو الرجوع عنه أو الإضافة إليه، وإلا كان قابلاً للطعن عليه بالطريق المناسب. والضابط بصدد التزام المحكمة بذات قضائها أن تفسره بعناصر من طيات هذا القضاء). ومن أحكام النقض القليلة في هذا الموضوع يفهم منها ذلك أيضاً<sup>3</sup>. وترتيباً على ما تقدم، فإنه يخرج من نطاق تكييف الدعوى في قانون المرافعات "التكييف التوضيحي" المبني على "دعوى التفسير" بحدودها المنصوص عليها في المادة 192 مرافعات.

### التكييف القانوني الخاص:

#### تلاشي المسافات ما بين الواقع والقانون "فكرة الوقائع المكيفة":

التكييف القانوني "لدعوى الأداء" أو "خصومة الأداء" هو تكييف يتصل بالواقع والقانون معاً، ونجد أن الدعوى هنا لها شكل قانوني موحد طبقاً لنص المادة 2/203 مرافعات (ويجب أن تحرر العريضة من نسختين متطابقتين، وأن تشمل على وقائع الطلب وأسانيده واسم المدين كاملاً، ومحل إقامة وترفق بها المستندات المؤيدة لها...) ووجه التميز والخصومة في تلك الدعوى ما نص في المادة 1/201 مرافعات (استثناء من القواعد العامة في رفع ثابته بالكتابة وحال الأداء، وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار، أو منقولاً معيناً بنوعه أو مقداره<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> د. والي، فتحي، الوسيط، المرجع السابق ص 23. بند 3.

<sup>2</sup> د. أبو الوفا، احمد. مرجع سابق - ص 760 بند 377.

<sup>3</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 177.

<sup>4</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 157.

ولذلك، فإن جميع دعاوى الأداء إلزامية، يجب أن يكون موضوعها واحداً وحقا معيناً (هودين محله مبلغ نقدي أو ممتلكات) حال الأداء ثابت بالكتابة، وهذا يختلف اختلافاً جوهرياً مع شكل وموضوع الدعاوى العادية، فبطريق الاستبعاد هي متضمنة كافة الموضوعات التي يمكن أن تتوفر بين الأفراد ما عدا "المطالبة بالحقوق أو الديون الثابتة كتابياً حالة الأداء". ولتركيز التكييف لا يجوز طرح دعوى الأداء على المحكمة بغير الطريق القانوني الذي رسمه المشرع<sup>1</sup>.

و"التكييف القانوني" هنا لدعوى الأداء "مركز" في شروط الحق المطالبة به، فليس هناك وقائع ملابسة أو مخالطة أو مرتبطة أو متنافرة أو متعارضة، بل واقع محدد سلفاً من المشرع من نوع معين، فيجب أن يكون محل الدعوى مطابقاً تماماً لنص القانون الإجرائي لكي يقضي القاضي بالإلزام، ولذلك نقول إن البعد الشاسع ما بين الواقع والقانون يكاد يختفي تماماً وينعدم وتتلاشى المسافات بينهما ويقترب الواقع من القانون ويكاد يلمسه لمساً، فيقوم القاضي بهذا التكييف دون عناء. ومن ثم يصح القول هنا أننا أمام فكرة "الوقائع المكيفة" لأنها منصبة على نوع معين من "المنازعات" نظمها المشرع الإجرائي كلياً وجزئياً ولم يترك للأفراد سوى الالتجاء للقاضي عندما يتوافقوا مع القانون، ولذلك فدور القاضي المكيف في التكييف يدوفي نطاق "الشروط" القانونية ومدى تكاملها في عريضة الدعوى، فهي وقائع مكيفة قانوناً فعلاً من المشرع الذي حاصر القاضي بها تكييفاً من زاويتين: أولهما: إذا طرحت دعوى الأداء على المحكمة وكيفتها على أنها "دعوى أداء" قضت بعدم القبول وليس بعدم الاختصاص وليس بالرفض، لوجوب رفعها أمام "قاضي الأداء"، ثانيهما: إذا حدد المختص جلسة على الرغم من توافر الشروط الموضوعية يجب على المحكمة أن تحكم بعدم القبول، ويكون القاضي قد أخطأ في القانون، ومن الجائز التظلم من الأمر على العريضة<sup>2</sup>، ويتعين طرح الدعوى على ذلك القاضي للفصل فيها إجبارياً.

ووجه تميز التكييف هنا أنه يندمج في "أمر الإلزام" لأنه إذا وافق القاضي على منح أمر الأداء، فمفاد ذلك أن الدعوى مكيفة تكييفاً قانونياً صحيحاً، وهنا أيضاً يختلط الواقع بالقانون اختلاطاً يقيناً يصعب فصله حتى في منطقة التكييف نظراً لطبيعة الدعوى "المكيفة"، كما أن رفض أمر الأداء

<sup>1</sup> د. مسلم، محمد. مرجع سابق ص 652 بند. 615.

<sup>2</sup> د. أمينة النمر، مرجع سابق - 185، 55، بندي 103.

ليس معناه "خطأ". فالرفض هنا يحتمل المعنيين. أما أن الدعوى بتكليفها ليست لها صفة أو وصف دعوى الأداء. وأما أنها لها ذلك التكليف القانوني، ولكنها في حاجة إلى إيضاح أو تحقيق. ولذلك دائماً وأبداً يقترن برفض الأمر "تحديد" وتطرح الدعوى على محكم وتستردها الدعوى مقوماتها، وتخضع "للتكليف العام" وليس "للتكليف الخاص" للدعوى<sup>1</sup>.

ووجه التخصيص في التكليف، أنه بلا أسباب ولا تسبيب. ولذلك، فقلنا إنه يندمج في "الالزام" وهو بمثابة "حكم" مع التكليف العام للدعوى لا يظهر أبداً في منطوق الحكم، بل في منطقة الأسباب. كما أنه ليس "تكليف ممتد" بل هو "تكليف فوري" لأن الدعوى هنا ثابتة غير قابلة للانساع، فجاء التكليف فورياً ونهائياً، وذلك -كما سنرى- بعكس تكليف الدعوى، فهو ممتد يتسع وينكمش يرتفع وينحسر حسب الطلبات في الدعوى، وليس له نهاية إلا يقفل باب المرافعة دون التصريح بمذكرات أو بانتهاء أجل تقديم المذكرات. أما في تكليف دعوى الأداء فلها أجل قصير تشريعي. فطبقاً للمادة 2/203 مرافعات (يجب أن يصدر الأمر.. خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تقديمها...). ولذلك، قلنا إن التكليف هنا "فوري". وهذا يؤكد لنا القول أننا أمام "وقائع مكيفة قانوناً"، ولذلك جاء التكليف هنا "خاص متميز"<sup>2</sup>.

### التكليف في ذات الشروط:

قضت محكمة النقض أن القانون يشترط السلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغاً من النقود ثابت بالكتابة ومعين المقدار وحال الأداء، ومقتضى ذلك أن هذا الطريق لا يتبع إلا إذا كان كل مطلوب الدائن هودين تتوافر فيه الشروط. فإن سبيله في المطالبة يكون هو الطريق العادي لرفع الدعاوى، ولا يجوز له في هذه الحالة أن يلجأ إلى طريق استصدار أمر الأداء؛ لأنه استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى لا يجوز التوسع فيه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 159.

<sup>2</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 162.

## التكييف بحسب "الحال": وليس "بالمال":

تنص المادة 302/201 مرافعات تنص على أن "تتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائماً بورقة تجارية، واقتصر رجوعه على الساحب أوالمحرر أوالقابل أن الضامن الاحتياطي لأحدهم. أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة رفع الدعوى.

وتثور هنا مسألة تتعلق بالتكييف القانوني لدى الأداء إذا ما اختصم المدعي حد هؤلاء الأربعة مع المظهر مثلاً، فرفع الدعوى أمام المحكمة ثم تناول الدائن بعد ذلك عن مخاصمة ذلك المظهر وغدت الخصومة مع أي من هؤلاء الأربعة، بحيث كان يتعين عليه سلوك أمر الأداء في هذه الحالة إذا بدأت الخصومة على ما انتهت إليه. فهل تكييف الدعوى هنا بحسب المال أم بحسب الحال الأول؟ وما الحكم إذا كان اختصام "المظهر" كان بقصد التحايل على قواعد أمر الأداء أجابت محكمة النقض<sup>1</sup> على الشق الأول من التساؤل مقررّة لا يلتزم بإتباع طريق الأمر بالأداء إلا إذا أراد الدائن الرجوع فقط على ساحب الورقة التجارية أوالمحرر لها أوالقابل لها، أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء كالمظهرين أوأراد أن يجمع بين الساحب أوالمحرر أوالقابل، وبين غيرهم باعتبارهم جميعاً ملتزمين بالتضامن فإنه ينبغي عليه أن يسلك الطريق العادي لرفع الدعوى، ولا تكون طلباته الموجهة إليهم جائزة الاقتضاء بطريق أمر الأداء<sup>2</sup>.

## التكييف "ظاهري":

نظراً لطبيعة الأداء فإن التكييف الذي يرد عليها يجب ألا يكون متعمقاً في بحث ذلك الواقع وأدائه.

## المطلب الثاني: مراحل وتحليل القاعدة القانونية

في المطلب الثاني مراحل التكييف وتحليل القاعدة القانونية تحتوي على مقدمة وكبرى ومقدمة صغرى التقدير في حالة وجود نص والتقدير ومرحلة القياس والتقدير في حالة عدم وجود نص مكتوب والتقدير واللجوء الى مبادئ العدل والانصاف.

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1967/6/15، مجموعة المكتب الفني، السنة 18، ع3، رقم 81 س 34 ق، 1276 نقلا عن د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> د. براهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 163.

## مراحل التكييف

### التكييف القانوني والتكييف الفني

#### القاعدة القانونية تحتوي على مقدمة وكبرى ومقدمة صغرى

القاضي يقوم بهذا الدور من خلال تحليله للقاعدة القانونية وردّها الى عناصرها الأولية لكي يجري هذه المقارنة ليصل في النهاية الى مطابقة وقائع النزاع المطروحة، مع الواقع النموذجي الوارد في هذه القاعدة القانونية لينتهي في قراره الى إنزال الأثر القانوني الوارد في النص على واقع النزاع المطروح او يتأكد من عدم مطابقة الواقع المطروح مع الواقع النموذجي الوارد في النص القانوني الذي يطالبون الخصوم بتطبيقه، ومن ثم يستمر دوره في محاولة البحث في النص القانوني الملائم والذي يتطابق مفترضه مع الواقع المطروح.

واساس ذلك ان كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين:

• الاول: الواقعة القانونية والفرض او شروط التطبيق

• الثاني: الحكم القانوني في الواقعة الاصلية. الحل او المنطوق<sup>1</sup>.

فالقاعدة القانونية تمثل المقدمة الكبرى والحالة الواقعية، المقدمة الصغرى والحكم القضائي وهو النتيجة القياسية.

وعلى ضوء تحليل القاعدة القانونية الى عناصرها الأولية، يمكن تحديد نشاط القاضي حيال النزاع المطروح، من خلال ثلاث مراحل.

المرحلة الأولى: التحقق من وجود وقائع المدعاة.

#### مرحلة التكييف الأولى

هونشاط ذهني يهدف للتعرف على القاعدة القانونية التي يحتمل أن تحكم النزاع المطروح، وذلك من خلال فهم أولي لوقائع النزاع. وكما سبق القول، فإن القاضي في هذه المرحلة يقوم بإجراء تصفية بين أكثر من قاعدة قانونية تتزاحم لحسم النزاع المطروح. ويدخل في هذه المرحلة فهم القاضي لمضمون هذه القاعدة وفحواها، حيث ينزل بها إلى مجموع العناصر الواقعية التي تتكون منها،

<sup>1</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 237.

متمتعاً في هذا الصدد بالبحث العلمي الحر، مستعيناً بعوامل تكوين القاعدة القانونية لاستلهام الجوهر بغرض استخلاص حل للنزاع المطروح<sup>1</sup>.

### والمرحلة الثانية

البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي الى ثبوتها وفي هذه المرحلة، وبعد أن أجرى القاضي نشاطه الذهني والذي قاده إليه فحص مبدئي لوقائع النزاع المطروح، وتعلق هذا النشاط بفهم أولي للوقائع، قاده إلى عدة قواعد قانونية، قام بتقديرها، وانتهى بصدد هذه المرحلة إلى تصفية مجموع القواعد القانونية التي تتصارع في ذهنه لحكم النزاع، واختيار قاعدة واحدة من بين هذه القواعد، فإنه يستمر في نشاطه الذهني من خلال مرحلة ثانية بإجراء ما يسمى بالقياس القانوني<sup>2</sup> التكييف النهائي.

والمرحلة الثالثة استخلاص القاضي من هذا التكييف النتائج القانونية التي يرتبها القانون عليه والتي ينتج عنها حل النزاع. فالحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية للقياس واستدلال قضائي معين مقدمته الكبرى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ومقدمته الصغرى الوقائع الثابتة والتكييف القانوني لها. وأخيراً النتيجة الحكم وهي محصلة تطبيق المقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى أي تطبيق القانون على الوقائع. بحيث يمكن القول بأنه إذا كانت كل قاعدة قانونية وليدة الموازنة بين المصالح المتنازعة، فمهمة القاضي تحقيق هذه الموازنة بالحكم في القضايا<sup>(3)</sup>. هذا القياس القانوني نعتبره الشرط الواجب توافره لكي ننتقل من نطاق القاعدة القانونية المحتملة التطبيق إلى نطاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. أو بمعنى آخر هو شرط لجعل التكييف الأولي تكييفاً نهائياً. ويتحقق ذلك عندما تكون نتيجة القياس القانوني.

والمقدمة الصغرى لهذا القياس المنطقي إذ يشترط وجودها في المقدمة الكبرى، أي القاعدة القانونية، فإنها توجد - كما سبق القول - أيضاً في مفترض هذه القاعدة. فإذا توافرت في الحالة الواقعية مجموع العناصر التي تخيلها المشروع، وصاغها في نموذج القاعدة القانونية، وبالذات في مفترضها، فإننا نكون بصدد حالة من الحالات التي يقف فيها مؤقتاً تجريد القاعدة القانونية، لكي

<sup>1</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 364.

<sup>2</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 365.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 239.

نكون أمام قاعدة قانونية مجسدة<sup>1</sup>، وكان هذا يتم وفقاً لعملية تحليل مفترض القاعدة القانونية في المرحلة الأولى- ثم تحليل مجموع العناصر التي تشملها الحالة الواقعية من جهة أخرى. ثم أخيراً، إجراء عملية المقارنة بين العناصر المختلفة، كل هذا حتى يتسنى إعمال الأثر القانوني. ومن ثم يمكننا القول إن مرحلة التكييف النهائي تعد بمثابة هذا الحكم نتيجة طبيعية لنشاط القاضي التقديري بإعمال القياس القضائي.

فالقاعدة القانونية في هذا الصدد ان الخصوم هم المكلفون بطرح وقائع النزاع، وعلى ضوء هذا الادعاء يتحدد عبء الإثبات ويقوم القاضي بتفنيده هذه الادعاءات عن طريق فحصه للأوراق والمستندات التي يقوم الخصوم بتقديمها واستخلاص الوقائع المنتجة في النزاع من خلال هذا الفحص وطرح ما هو غير ثابت بالأوراق من دائرة النزاع بحيث يمكن القول ان قاعدة عدم تجاوز القاضي لنطاق الخصومة تعد مبدأ عاماً يتقيد به القاضي في المنازعات بحدود طلبات والدفع التي يبديها الخصوم فاذا كان القاضي لا يملك ان يقم نفسه فيه.

على ان هذا القيد الوارد على نشاط القاضي التقديري في مجال وقائع النزاع لا يعني الغاء كل نشاط تقديري له داخل هذه الدائرة فالقاضي له حرية تقدير هذه الوقائع في حدود ما طرح عليه ويستنبط القرينة التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته. بل هو غير ملزم بحث كل من القرائن غير القانونية التي يستند اليها الخصم عن طريق الاستنباط ذلك ان تقدير القرائن القضائية مما يدخل في سلطة القاضي الموضوع وان محكمة الموضوع غير ملزمة بأبداء أسباب اطمئنانها لأقوال الشهود حيث ان تقدير اقوال الشهود مما تستقل به محكمة الموضوع ولها في هذا الصدد الأخذ بأقوال بعض الشهود دون البعض الاخر. وذلك باعتبار تقدير الدليل من صميم عمل قاضي الموضوع.

والقاضي يقوم بنشاطه تقديري ملحوظ في مجال وقائع النزاع التي قدموها الخصوم ويقوم بتقدير الأدلة والقرائن واستخلاص المنتج منها وطرح ما عداه، ومدى مطابقة واقع النزاع المطروح مع الفرض اوالمقدمة الصغرى الواردة في القاعدة القانونية محتملة التطبيق<sup>2</sup>. بل ان الخصم يجب ان

<sup>1</sup> د. نبيل عمر، النظرية، ص142 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص243.

يكتفي بالمطالبة باي نتيجة اما القضاء، وان يقدم الوقائع عارية من أي وصف قانوني وبالمطالبة بالنتيجة، وان عرض هذه الوقائع على القاضي مجردة من كل وصف، حيث ان اعمال القانون بالمعنى الواسع هو من اختصاص وسلطة القاضي وفقا لطبيعته وظيفته.

ويختلف دور المشرع في توجيه نشاط القاضي الذهني وذلك بحسب الأثر القانوني الذي اوردته في القاعدة القانونية وذلك على النحو التالي:

**اولا:** قد يرتب المشرع اثرا قانونيا معيناً عند تحقق المطالبة بين المفترض الوارد في هذه القاعدة ومجموع وقائع النزاع المطروح، ويجعل اعمال هذا الأثر جوازيه للقاضي والمثال على ذلك نص المادة 169 مدني في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر وكانوا متضامنين فان النشاط التقديري للقاضي عند اعمال الأثر القانوني ان يحدد نصيب كل من المسؤولين على حدى اوتقسيم مبلغ التعويض عليهم بالتساوي.

**ثانيا:** وأحيانا يخير المشرع القاضي الموضوع في اختياره لأثر قانوني واردا ضمن أكثر من أثر في النص التشريعي ومثال ذلك المادة 216 انه يجوز للقاضي إنقاص مقدار التعويض في حالة اشتراك المتضرر في احداث الضرر.

وفي حالة ذكر المشرع لأثر قانوني واحد فقط وهنا يقوم القاضي بتقدير كل حالة على حدى وفقا لملايسات الخاصة بما يلائم مع هذا الهدف.

**ثالثا:** وقد يساهم المشرع في قيام القاضي بنشاطه التقديري عندما يترك له تحديد الأثر القانوني وانزاله على الواقع وفقا لمعيار مجرد وهو العدالة، ان وعاء النشاط التقديري لقاضي الموضوع هو واقع وقانون.

#### **مصادر النشاط التقديري:**

ان جوهر السلطة التقديرية ان يكون للقاضي حرية تقدير نشاطه في كل حالة على حدة وفقا لملايساتها الخاصة، وهذا النشاط التقديري يفترض في القاضي ان يقوم بجهد قانوني في تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة، وفي إعطاء الوصف القانوني لهذه الوقائع وصفا يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة عليها لتطابق هذه الوقائع والمفترض الوارد بهذه القاعدة. ويعتمد القاضي على مصادر وأدوات اصطلح على تسميتها أدوات الصياغة القانونية بحيث يمكن القول

إذا كانت ماهية النشاط التقديري تكمن في النشاط الذهني للقاضي من خلال تقديره لعناصر النزاع المطروح ويعتمد هذا النشاط على مصادر تشريعية وضعها المشرع نصب عيني القاضي يهتدي من خلالها لعملية التقدير ويمكن ان نتعرف على هذه المصادر فيما يلي

إن التكييف هو مجرد أعمال لذهن القاضي على ضوء النظام القانوني<sup>1</sup> القائم.

فالقاضي يقوم بنشاط ذهني في تكييف الوقائع. هذا النشاط الذهني مستمراً سواء في مرحلة التكييف الأولى، أو في مرحلة التكييف النهائي، بل أيضاً إننا نرى هذا النشاط ملحوظاً عند إعماله للأثر القانوني على واقع النزاع حسبما وضعنا ذلك سلفاً عند مناقشتنا لوعاء النشاط التقديري.

أولاً: تعتبر القاعدة القانونية اول مصدر تشريعي يعتمد عليه القاضي في نشاطه الذهني ويقصد بها القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الافراد في مجتمع معين ومزودة بجزء مادي توقعه السلطة العامة عند مخالفتها. والقاعدة القانونية تحتوي على عنصرين الأول الفرض القانوني وهو الظاهرة التي ان تحققت في الواقع وجب اعمال العنصر الثاني والذي يشمل الحكم الوارد بها. وتعتبر القاعدة القانونية علاقة مطردة بين ظاهرتين الظاهرة الأولى الواقع والثانية ما يجب ان يحدث اذا حدثت الظاهرة الأولى<sup>2</sup>. وتعبير القاعدة القانونية لا يتطابق بالضرورة مع تعبير النص القانوني فهذا الأخير يشير فقط الى حكم القانون المدون في صورة تشريع وان القاعدة القانونية قد تكون مدونة في اطار نص تشريعي وقد تكون عرفية او متصلة بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي ويستخرجها القاضي من مصدرها غير المكتوب ويعملها على وقائع النزاع<sup>3</sup>. وقد عبر عن ذلك المشرع المصري في القانون المدني في المادة الأولى "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أوفي فحواها. 2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>4</sup> وقد قررت محكمة النقض انه ليس

<sup>1</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>2</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 253.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 253.

<sup>4</sup> القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني الاصدار. صدر بقصر القبة في 9 رمضان سنة 1367 (1948) 16 يوليو 1948 (الوقائع المصرية - عدد رقم 108 مكرر (29 - 7 - 1948)).

مسموحاً لقضاة الموضوع تعديل الاتفاق المروع والمبرم بحرية بحجة العدالة أو أي سبب آخر، إلا أن دور القاضي استعراض مجموعة المصالح القائمة في الدعوى والتي تكشف عنها ظروف الواقع وإعطاء الحل الأكثر عدالة والمتفق مع القانون.

### التقدير في حالة وجود نص

من المسلم به أنه في كل النصوص التي تجيز للقاضي أعمال أثر معين أو عدم إعماله، وأيضاً في كل النصوص التي تخير القاضي أن يُنزل أثراً على واقع النزاع المطروح ضمن أكثر من أثر قانوني يحتويه النص القانوني. هذه النصوص برمتها تتضمن بالضرورة إعطاء القاضي سلطة تقديرية معينة تجاه الأثر القانوني للقاعدة محل الاعتبار. ومظهر هذه السلطة ببدوني تقدير القاضي لملائمة إعمال أو عدم إعمال هذا الأثر القانوني<sup>1</sup>.

ومظاهر<sup>2</sup> هذا النشاط الذهني بصدد تخير القاضي لأثر ضمن أكثر من أثر قانوني وارد في ذات القاعدة، كما في نظرية الاستغلال، حيث يمنح النص القانوني للقاضي سلطة تقديرية في إبطال العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون بأن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

وتطبيقاً للمظهر الثاني لنشاط القاضي الذهني، وذلك في حالة منحه سلطة جوازيه في إعمال أو عدم إعمال الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية. والمثل الحي لذلك، هونشاط القاضي عند تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة، حيث تجيز له، وتبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فقد نصت المادة (147) القاعدة "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، ولأسباب التي يقرها القانون". فأرست المادة المبدأ السائد في القانون الفرنسي<sup>3</sup>، ومؤداه أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. وإن مدلول القوة الملزمة للإرادة في هذا الصدد لا ينتج أثره في مواجهة الطرفين فحسب، وإنما أيضاً في مواجهة القاضي الذي تغل يده عن سلطة تعديل العقد حتى ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة ومنع الظلم.

<sup>1</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 373.

<sup>2</sup> انظر ما سبق، فقرة 84.

<sup>3</sup> وقد تناوله المشرع الفرنسي في المادة (1134 م. ف) والتي تنص على أن: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها".

ويعتبر الفقه هذه الفقرة ترجيحاً ظاهراً للمذهب الشخصي، حيث رد القوة الملزمة للعقد إلى إرادة المتعاقد، إلا أن المشرع قد سارع في الفقرة الثانية من المادة (147) بإدخال قيد موضوعي يحد من النزعة الشخصية للمبدأ الأول، حيث نصت الفقرة المذكورة على أنه: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ونشاط القاضي، في أعمال الجزاء الوارد بهذه النظرية، يباشر من خلال تحققه لتوافر حالات الظروف الطارئة، فمن ناحية أولى، بالنسبة للحدث الاستثنائي الذي يخول القاضي سلطة تعديل العقد.

استوجبت المادة المذكورة أن يكون الحادث عاماً. وقد أراد القانون بوصف العمومية هذا ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين وحده كمرض أو إفلاس أو احتراق<sup>1</sup> محصول.

وهوما حكمت به محكمة النقض بمقولتها بأن: نص المادة 2/147 مدني من ناحية أولى: أنه يشترط في الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه، ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الاستثنائي عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس".

ومن ناحية ثانية، فقد استلزم النص المذكور في الحادث الاستثنائي ألا يكون في الوسع توقعه. والفقه المصري يجمع على أن "المعيار هنا موضوعي<sup>2</sup> وهو ما أكدته صراحة محكمة النقض من أن معيار نظرية الظروف الطارئة معيار موضوعي ينظر به إلى ما إذا كان في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لوجود في ظروف المدين، وذلك بغض النظر عن قدرة المدين الشخصية نفسه على توقعه أو عدم توقعه، وتقدير هذا الأمر مما يدخل في نطاق سلطة قاضي<sup>3</sup> الموضوع.

ومن ناحية ثالثة، فإن إلزام النص المذكور في الحادث الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة. وقد رددته محكمة النقض في مبدأ أساسي عام يقضي بأن: "تقدير شرط

<sup>1</sup> د. نزيه المهدي، ص 391.

<sup>2</sup> للمزيد انظر: د. جميل الشرقاوي، ص 320، ود. محمد نسيب شنب، ص 260، ود. السنهوري، ق 420، ص 873، ود. عبد الودود يحيى، ص 149، ود. عبد المنعم فرج الصدة، ق 294، ص 336.

<sup>3</sup> نقض مدني، 4-3-1975، مج المدنية، س 26، ق 104، ص 515.

الإرهاق منوط بالاعتبارات الموضوعية للصفقة<sup>1</sup> ذاتها". وقد اعتدت بشأن ذلك بمعيار موضوعي حيث حكمت بأنه: "متى كان الحكم المطعون فيه لم يجاوز وهو بصدد بحث شرائط نظرية الحوادث الطارئة النطاق الواجب التزامه في تحقيق شرط الإرهاق المهدد بالخسارة الفادحة للمشتري، إذ نظر إلى الصفقة ذاتها، مدلاً من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط وكان مما قدره في شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإنه لا يمكن النعي عليه بأنه قد خالف القانون"<sup>2</sup>.

مرحلة القياس القانوني، والتي تتمثل في تقديره للجزاء المترتب على توافر شروطها سألغة الذكر. من المتفق عليه، أن سلطة القاضي في أعمال الجزاء المترتب على توافر نظرية الظروف الطارئة، يمثل أقصى درجات التدخل الموضوعي في العقد للحد من القوة الملزمة الإرادية، لأن "مهمة القاضي في توقيع الجزاء -هنا- تختلف عن مهمته المألوفة، فهولا يقتصر على تفسير العقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله"<sup>3</sup>.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في أعمال هذا الأثر، متبعاً في هذا الشأن معيار موضوعي<sup>(4)</sup>. وسلطته في هذا الشأن مطلقة في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، سواء بالإنقاص فيه أو بالزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين زوال الظروف، مراعيّاً أنه لا يرفع عن المدنيين كل الخسارة، بل يقيم التوازن الموضوعي بين مصلحة الطرفين. فقد حكمت محكمة النقض بأن: "للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول، وهو حين يختار -في حدود سلطته التقديرية- الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه، لا يرفع كل الخسارة التي ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول لتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان

<sup>1</sup> نقض مدني 10-5-1962، م ج المدنية، س 13، ق 95، ص 621.

<sup>2</sup> نقض مدني 7-12-1961، م ج المدنية، س 12، ق 125، ص 752، ونقض مدني 2-7-1964، م ج المدنية، س 14، ق 139، ص 895.

<sup>3</sup> د. توفيق فرج، ق 203، ص 293، ود. السنهوري، ق 421، ص 884، ود. نزيه المهدي، ص 394. وانظر أيضاً: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، ص 282.

<sup>4</sup> د. جميل الشراوي، ق 60، ص 322، ود. محمود جمال الدين زكي، ق 175، ص 324.

يمكن توقعها عادة وقت التعاقد. ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما<sup>1</sup>.

يتضح لنا من العرض سالف الذكر، أنه في إطار وجود نص تشريعي يحكم النزاع المطروح، فإن السلطة التقديرية للقاضي تنبثق من خلال إعماله للأثر القانوني الذي أورده المشرع في هذا النص، سواء كان هذا الأثر ضمن العديد من الآثار التي أوردها المشرع، أو أن الأثر الوارد في النص أثر واحد، وإنما للقاضي سلطة جوازيه في إعماله أو عدم إعماله وفقاً لظروف الواقع المطروح عليه<sup>2</sup>.

### التقدير ومرحلة القياس

وأن هذا النشاط الذهني ينبع من عدة نشاطات ذهنية للقاضي، أولها، تقدير أولي لمجموع الوقائع. هذا التقدير يعتبر بمثابة دالة للقاضي للبحث عن القاعدة القانونية التي تحتوي على مقدمة كبرى ومقدمة صغرى. ثم نشاط ذهني يتضمن العودة بالقاعدة القانونية - مرة أخرى - إلى الوقائع المطروحة، وذلك عن طريق تحليل هذه القاعدة إلى عناصرها الأولية، وإجراء نشاط ذهني يتعلق بمطابقة مفترض هذه القاعدة لمجموع الوقائع، وذلك عن طريق إيقاف تجريد القاعدة القانونية - مؤقتاً - واعتبارها قاعدة مجسدة تحتوي على الواقع المطروح. وقد أطلقنا على مجموع هذا النشاط الذهني مصطلح التكييف. وقد ذكرنا - أيضاً - إن إجراء القاضي نشاطه بصدد التكييف يأتي بعد نشاط ذهني بصدد مرحلة أولى أطلقنا عليها مصطلح التكييف الأولي، وهي التي تمهد لهذا التكييف النهائي. يختتم القاضي نشاطه بصدها عند العودة إلى عناصر القاعدة القانونية وتحليلها إلى مقدمة كبرى، ومقدمة صغرى. المقدمة الكبرى هي الأثر أو الحكم الوارد فيها، والمقدمة الصغرى هي التطابق التام بين مجموع الوقائع ومجموع العناصر التي تخيلها المشرع وصاغها في مفترض القاعدة القانونية<sup>3</sup>.

### التقدير في حالة عدم وجود نص مكتوب:

أما في الأحوال التي لا يوجد فيها نص مكتوباً أو قاعدة عرفية، فإن المشرع يحيل القاضي صراحة إلى قواعد العدالة، ومبادئ القانون الطبيعي. ومعنى ذلك أن القاضي يقيم الادعاءات وفقاً لتقديره

<sup>1</sup> نقض مدني 5-5-1970، م ج المدنية، س 21، ق 128، ص 787.

<sup>2</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 379.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 371.

هوللشعور بالعدل في ضمير الجماعة، غير خاضع في هذا الصدد لرقابة محكمة النقض وذلك على اعتبار أن رقابة المحكمة العليا تقتصر على مخالفة القانون<sup>1</sup> المكتوب.

فيتعين عليه عند اجتهاده لاستنباط حكم القانون من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أن يصدر اجتهاده عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص. ونتلمس في هذا الصدد نشاط القاضي الذهني فيما يتعلق بإنشاء الأثر القانوني على واقع النزاع المطروح مستنداً على مفهومه لقواعد العدالة والقانون الطبيعي.

ومن هذا المنطلق -منطلق العدالة- قضت محكمة السين بأن: "المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج من التحرير المسند إليه حتى إذا كان المقصود من التفسير تحديد نطاق التزاماته البحتة"<sup>2</sup>. فالمحكمة إذاً تفسر الغموض ضد شركة التأمين رغم أنها المدينة في الشرط، وذلك بالخلاف لقاعدة المادة (1162) مدني فرنسي، والتي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين.

كما أن العدالة يمكن اللجوء إليها لحماية الطرف المذعن بتضمين العقود شروطاً تزيد من نطاق المسؤولية المدنية للموجب، مثل إضافة شرط الالتزام بالسلامة في عقد<sup>3</sup> النقل.

وقد يتبع القاضي تفسيراً ضيقاً بشأن العقد، فيحذف منه ما دون به من شروط على سبيل التقليد والمحاكاة، لما درج عليه بعض محرروالعقود من إدراج هذه الشروط المألوفة، دون أن تتعلق بها إرادة الطرفين، بل قد يصل الأمر إلى تعديل مضمون الشرط التعاقدية، استناداً للعدالة كمصدر تفسيري<sup>4</sup>.

فلا يعقل أن يكون مبدأ حرية الاتفاقات أسمى من مبدأ حسن النية والعدالة. على أن تطبيق القاضي للعدالة يجب -كما سبق القول- أن يهدف إلى كشف المراكز الموضوعية كما تقتضيها حاجات العدل<sup>5</sup> الأولية دون أن يصل بها إلى حد تحريف العقد بتخصيص الشرط العام بلا

<sup>1</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>2</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>3</sup> استئناف أسبوط 11-12-1928، المحاماة، س9، ص244.

<sup>4</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>5</sup> د. وجدي راغب، الرسالة السابقة، ص348.

مخصص. فإذا كان الشرط واضحاً، وعمد القاضي بتحريفه بتخصيصه دون أن يكون هناك مبرراً لهذا التخصيص بدافع العدالة، فإن حكمه يكون معرضاً<sup>1</sup> للنقض.

فالعدالة لا تعني السماح لقضاة الموضوع بتحريف العقد الواضح، ذلك أن السماح للقضاة بذلك يعني تمكينهم من إعادة صياغة العقود بالكيفية التي يرونها متفقة مع العدالة وإحلال إرادتهم محل إرادة المتعاقدين، الأمر المخالف لنص المادة (1/1134) مدني فرنسي، إذ من مصلحة العدالة أن تحترم الاتفاقيات<sup>2</sup>.

### التقدير واللجوء الى مبادئ العدل والانصاف:

وإزاء نقص وقصور القانون الشائع فقد لعبت قواعد الانصاف والعدالة دوراً هاماً في تكملته منذ نهاية القرون الوسطى. ويتمتع القاضي بنصيب وافر في استعماله لسلطته التقديرية واستناداً الى معيار العدالة في مجال التفسير العقد لاسيما اذا كان يصدر تفسيره لعقد اذعان وقد منح المشرع المصري الطرف الضعيف في عقد الإذعان الى حماية تشريعية أوردتها في المادة 149 مدني مصري الا ان هذه الحماية التشريعية لم تبدأ من فراغ وإنما ولدت على يد القضاء المصري في ظل التقنين القديم وذلك رغم خلوهذا التقنين من نص مماثل لنص 1134 مدني فرنسي حيث تعلق القضاء بالتراضي لإعفاء المذعن من الشروط التعسفية ولم يكتف بنية محتملة حول العلم بها بل استلزم ان يكون المذعن عالماً بها وبهذا يستلزم قيام إرادة حقيقية بشأنها<sup>3</sup>. وفي القانون المدني الجديد فقد نص المشرع في المادة 149 على "العدالة" كمعيار يتم على أساسه تعديل شروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن منها. ولم يرسم المشرع له نمط معيناً يتم على أساسها التعديل او الاعفاء بل ترك له سلطة التقدير<sup>4</sup>. وقد اتبعت أغلب التشريعات، وجوب أن يحكم القاضي في

---

<sup>1</sup> وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن: "الانحراف عن المعنى الظاهر لعبارة العقد مسخ له. فإذا كان قد نص في العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة مينا البصل وهونص عام مطلق يحكم جميع شروط التعاقد بما في ذلك تحديد السعر، فإن تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص، بأنه قاصر على العيوب التجارية ينطوي على مسخ للعقد.

<sup>2</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق.

<sup>3</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 265.

<sup>4</sup> د. سعد، أحمد محمود، مرجع سابق. ص 266.

القضية في حالة عدم وجود نص تشريعي، وذلك طبقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وألا يكون مرتكباً لجريمة إنكار العدالة<sup>1</sup>.

طبقاً للمادة الأولى /2 من القانون المدني المصري (وأوجب على القاضي أن يحكم في حالة عدم وجود نص تشريعي.. بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. فالقاضي يقوم بعمل قضائي لا عمل تشريعي).

لقد نص في المادة الرابعة من القانون المدني على وجوب أن يحكم القاضي في حالة عدم وجود نص، وألا يكون مرتكباً لجريمة إنكار العدالة. وهذه المادة تقابلها مادة (164) من قانون اوصال محاكمات المدنية الفلسطيني (وجوب إصدار حكم في الدعوى لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه). غير أن هذه المادة لم تلزم القاضي باتباع طريقة هيئة في سد النقض في التشريع مع أنها فرضت عليه أن يفصل في النزاع نفسه، فهي لم تلزمه بتطبيق القانون غير المكتوب.

وتعتبر مادة القانون المدني مجالاً واسعاً للاستعانة بمبادئ القانون الطبيعي والعدالة. فالقاضي يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية في أعمال الأثر القانوني، لأن مسائلها محيرة وتتنبأت التشريعات فيها قاصرة ومحدودة.

### إن المشرع قد يسلك أحد طريقين:

أولاً: أن يحكم القاضي في القضية بنفسه في هذه الحالة الاستثنائية مثل التقنين الفرنسي.  
ثانياً: يبين للقاضي وسائل تكميل التشريع فأخضعه لتوجيهات محددة كما هي الحال في القانون النمساوي والمصري<sup>2</sup>. وخلافاً للاتجاه الفقهي السابق أن عمل القاضي طبقاً للنص المذكور هو أقرب لعمل المشرع. فالحقيقة أنه في حالة غياب النص التشريعي، فإنه وطبقاً لهذا النص، يقوم القاضي بتحديد المراكز الموضوعية، وإنشاء الأثر القانوني المترتب على ذلك. يتعين على القاضي عند

<sup>1</sup> ويلاحظ أن القاضي المصري -أيضاً- لا يستطيع الامتناع عن سماع دعوى بحجة عدم وجود نص وإلا وقع تحت طائل المادة (122.ع.م) والتي تقرر أنه: "إذا امتنع أحد القضاة في غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على 20 جنياً مصرياً. ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن. ولواحتج بعدم وجود نص القانون أو النص غير صريح أو بأي وجه آخر".

<sup>2</sup> د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق. ص 442.

أعمال نشاطه الذهني استنباط حكم القانون من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أن يصدر اجتهاده عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص. أي يجب عليه أن يحدد الحكم الواجب التطبيق بما تقتضيه الجماعة ومعتقداتها بصفة عامة وقت صدور<sup>1</sup> الحكم. على أن اجتهاد القاضي في استنباط حكم المسألة المعروضة عليه من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مشروط بعدم وجود حكم لها في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية (م/2/1 مدني مصري)، ويخضع القاضي في مراعاة ذلك لرقابة محكمة<sup>2</sup> النقض.

### سلطة القاضي وقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين):

إن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) هي آثار مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بها أن العقد لا يجوز نقضه أو تعديله، أي أنه متى انعقد العقد صحيحاً نافذاً، أصبح ملزماً لطرفيه، ومن ثم يجب التزامهما به، كما لو كان القانون نفسه يفرض عليهما هذه الالتزامات.

وقد نص على ذلك القانون المدني السوري في المادة (1/148).

كما أن هذا المبدأ أقره القانون المدني الأردني على الرغم من عدم النص عليه صراحة، وذلك لأن معظم نصوص هذا القانون تدور في فلك هذا المبدأ، فقد نصت المادة (87) من القانون المدني الأردني على أن العقد هو (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما يجب عليه للآخر). ومن نتائج قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) أن كل متعاقد يلتزم بما ورد في العقد، فلا يستطيع أن يتصل من ذلك، ولا يستطيع أن يعدل أو يغير بإرادته المنفردة في مضمون عقده<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. جميل الشراوي، ص 150 وما بعدها، ود. أحمد صاوي، ص 82 وما بعدها، ومجموعة الأعمال التحضيرية، ج 1، ص 188.

<sup>2</sup> انظر في ذلك، حامد ومحمد فهمي، ص 101 ومكا بعدها، ود. نبيل عمر، ص 130.

<sup>3</sup> ناجي، غازي عبد الرحمن، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1986، ص 17.

ويتضح من هذا النص أن المشرّع منح القاضي سلطة تقديرية في تكميل وتفسير العقد، لتحديد المسائل التفصيلية، دون المسائل الجوهرية. فيحكم بما تقتضيه طبيعة هذه المعاملة، وفق أحكام القانون والعرف والعدالة، على أن تكون كلها مكملة لإرادة المتعاقدين اللذين أوجدا العقد<sup>1</sup>. ونخلص مما سبق أن دور القاضي في ظل قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) يقتصر على تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين غير أن ظهور الفكر القانوني الحديث، الذي يعطي للحق وظيفة اجتماعية، ويسعى إلى حماية الطرف الضعيف، أخذ يناهض بشدة مبدأ سلطان الإرادة كما ذكرنا آنفاً، واستجابة لهذه الدعوى، أخذ المشرّع يتدخل للحد من إطلاق حرية التعاقد، فأورد استثناءات حصرية على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)<sup>2</sup>.

### الاستثناءات الواردة على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)

#### أولاً: سلطة القاضي في استكمال الشروط التفصيلية للعقد

نصت المادة (2/100) من القانون المدني الأردني على أنه (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة) وهي تقابل المادة (95) مدني مصري والمادة (96) مدني سوري<sup>3</sup>. وما يجب ملاحظته أن هناك فارق بين هذه الحالة والحالة المنصوص عليها في المادة (2/202) من القانون

<sup>1</sup> عامر، المستشار حسين، القوة الملزمة للعقد، ج1، القاهرة، ص 17 وما بعدها، وكذلك السنهوري، نظرية العقد، ص 949، وكذلك حبيب، ثروت، المصادر الارادية للالتزام في القانون المدني الليبي، ج1، منشورات الجامعة الليبية، لسنة 1972، ص 359.

<sup>2</sup> انظر قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2011/2877 (هيئة خماسية) تاريخ 2012/1/31 منشورات مركز عدالة.  
<sup>3</sup> سوار، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة نقابة المحامين، ص 111 وما بعدها وانظر كذلك الترماني عبد السلام، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة نقابة المحامين، عمان، العدد الثاني، 1961، ص 16 وما بعدها.

المدني الأردني لأن الحالة المنصوص عليها في هذه المادة تتضمن أن المتعاقدين قد أغفلا بعض التفاصيل لأنهما لم يتوقعها ولكنهما تركا تنظيمها لأحكام القانون<sup>1</sup>.

**أما الحالة الثانية** فتتعلق بما لم يدر بخاطر المتعاقدين من أمور تفصيلية حيث يتولى القاضي إضافتها بأحكام القانون المكمل.

### **ثانياً: سلطة القاضي في ضوء نظرية انتقاص العقد (تجزئة البطلان)**

يعرف انتقاص العقد بأنه قيام القاضي باستبعاد الشق الباطل من العقد، شريطة أن يكون هذا العقد قابلاً للتجزئة مع عدم تعارض ذلك مع قصد المتعاقدين.

وقد نصت عليه المادة (1/169) من القانون المدني الأردني بقولها (إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي). وقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بفكرة انتقاص العقد وفقاً لما جاء بمفهومها أعلاه إذ جاء في أحد أحكامها "إذا كانت اتفاقية بيع السيارة المبرمة<sup>2</sup>.

### **ثالثاً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان**

بشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، كما هو الحال إذا تعلق الأمر بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي. وأن تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها. ومن الأمثلة على عقد الإذعان عقد العمل في الصناعات الكبيرة، وكذلك عقد التأمين، حيث يقتصر دور العميل على التوقيع في ذيل بوليصة التأمين المطبوعة. ومن أمثله أيضاً عقد الاشتراك في المياه والكهرباء والهاتف... الخ<sup>3</sup>. إن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب مسبقاً ولا يقبل مناقشة فيها وفقاً للمعنى المقصود من المادة 104 من القانون المدني.

<sup>1</sup> انظر سوار، مرجع سابق ص 122، السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص 738.

<sup>2</sup> انظر البكباشي، سحر، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية، منشأة المعارف الاسكندرية، 2008، ص 40.

<sup>3</sup> انظر قرار المحكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/2403 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/12/19 منشورات مركز دالة.

أولاً: أن الشك يفسر لمصلحة الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن.

ثانياً: السماح للقاضي بإلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها. (كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه<sup>1</sup>).

وخلاصة ما تقدم أن هذه النصوص تمنح القاضي سلطة تقديرية، تخرج بدورها عن حدود مهمة القاضي التقليدية، التي تقتصر على التفسير، وتعطيه -استثناء من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) - أن يعدل الشروط التعسفية في عقد الإذعان بحيث يزيل ما فيها من تعسف حتى أنه يستطيع أن يعفي الطرف المذعن منها اعفاءً تاماً. وليس ثمة من حدود لما يراه في هذا الشأن، إلا ما تقضي به العدالة، وسلطة التقاضي في هذا الشأن من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها<sup>2</sup>.

#### رابعاً: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

لقد أعطى المشرع الأردني للقاضي سلطة واسعة في تعديل الشرط الجزائي، وهذا واضح من خلال نص المادة (364) من القانون المدني الأردني، حيث نصت في فقرتها الأولى (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أوفي اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون)<sup>3</sup>. وقد أطلقت تسمية الشرط الجزائي عليه لأن المبلغ المذكور في العقد يكون عادة أكبر من الضرر الحقيقي الذي يلحق الدائن. كما أن من شأن هذا الشرط أن يجعل الضرر مفترضاً، بحيث يعفى الدائن من إثباته، ومع ذلك يجوز للمدين إثبات عكس ذلك كأن يثبت أن الدائن لم يتضرر إطلاقاً أو أن الضرر الحقيقي أقل مما ورد في الشرط الجزائي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. السمامعة، خالد: المرجع السابق ص 25

<sup>2</sup> انظر قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم (2002/1531) (هيئة خماسية) تاريخ 2002/7/15 منشورات مركز عدالة.

<sup>3</sup> د. سلطان، انور. مرجع سابق. ص 359.

<sup>4</sup> انظر قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/3678 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/4/24 منشورات مركز عدالة.

التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك<sup>1</sup>.

ومما يجدر ذكره أن تدخل القاضي يكون بناء على طلب أحد الطرفين وأن الحق في هذا الطلب من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته وحرمان المتعاقدة منه، ويلاحظ أخيراً أن المتعاقدين عندما يلجآن إلى الشرط الجزائي فهما يهدفان إلى تأمين التنفيذ أكثر منه إلى الحصول على مبلغ التعويض<sup>2</sup>.

وعليه فإنه من الجائز أن يشترط أحد المتعاقدين لمصلحته في حال إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه بضمان معين، وإذا لم يكن هذا الضمان مقدراً في القانون أوفي العقد جاز لأحد المتعاقدين أن يحدده مقدماً بالنص عليه في العقد أوفي اتفاق لاحق. ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل الضمان مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف لك عملاً بالمادة (364) من القانون المدني<sup>3</sup>.

#### خامساً: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

الأصل ان يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين وفقاً لما جاء في المادة 1/334 من القانون المدني إلا ان الفقر 2 من ذات المادة تضمنت استثناء (على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنتظر المدين إلى أجل معقول أوآجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم)<sup>4</sup>. وهذا يظهر حدود سلطة القاضي بالتدخل في الاتفاق وذلك بالخروج عن حدود الاتفاق بما يتعلق بالوفاء والتنفيذ باعتبار ذلك من مقتضيات العدالة وسيادة القانون. وكل ذلك ضمن الضوابط المحددة بالقانون بعم وجود مانع في القانون وان تكون حالة المدين تستدعي ذلك التدخل اي في حالة اعسار لا يستطيع الوفاء<sup>5</sup>. وقد منحت المادة 205 من القانون المدني الاردني القاضي سلطة تقديرية للتدخل بتعديل العقد دون فسخه. والتعديل برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ولا قيد على القاضي في اختيار

<sup>1</sup> تقابل المواد (223) - (224) مدني مصري و(225) مدني سوري د. السمامعة، خالد: المرجع السابق ص28.

<sup>2</sup> انظر قرار محكمة التميز الاردنية (حقوق) رقم 2012/1025 (هيئة خماسية) تاريخ 2012/5/2 منشورات مركز عدالة.

<sup>3</sup> قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/2141 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/3/20 منشورات مركز عدالة.

<sup>4</sup> تقابل المادة (2/346) مدني مصري و(2/344) مدني سوري و(2/394) د. السمامعة، خالد: المرجع السابق ص28.

<sup>5</sup> د. السمامعة، خالد: المرجع السابق ص29.

نوع التعديل لما يحقق التوازن بين مصلحة الطرفين. وقد يكون بتخفيض الالتزام المرهق ارفع الالتزام المقابل وقد يكون بوقف تنفيذ العقد لبعض الوقت لان الظرف الطارئ محكوم بالزوال. وان السلطة التقديرية ليست ذاتية وانما موضوعية مقيدة بشروط تحقيق العدالة والتوازن بين المتعاقدين<sup>1</sup>.

### سابعاً: سلطة القاضي في نطاق نظرية الظروف الطارئة

نصت المادة 205 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 على انه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى إن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). في ظل نظرية الظروف الطارئة تقتصر على توزيع تبعه الحادث على عاتق الطرفين الأمر الذي لا يحقق للمدين خلاصاً كاملاً مما لحقه من غبن<sup>2</sup>.  
الشريعة الإسلامية أن العقد شريعة المتعاقدين، وتقول الآية الكريمة "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>3</sup> وفي حديث الرسول عليه الصلاة والسلام (المؤمنون عند شروطهم) أي أن على الطرفين المتعاقدين واجب الوفاء بالعقد في جميع ما اشتمل عليه وهذا الاصل الا ان فقهاء اوردوا قيود بهدف دفع الضرر عن احد المتعاقدين، في حال تغير ظروف التنفيذ بحيث اصبحت تختلف عن الظروف الابرام مما يجعل تنفيذه يلحق ضرراً بالمتعاقدين. فقد أجاز المذهب الحنفي فسخ عقد الإيجار، وأجاز انقاص ثمن الثمار والبقول، وهكذا ظهرت نظرية العذر في المذهب الحنفي ونظرية الجوائح في المذهبين المالكي والحنبلي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. سلطان، انور. مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي دار الثقافة للنشر والتوزيع 2012 عمان- الاردن. ص 229.

<sup>2</sup> د. السامعة، خالد: المرجع السابق ص33.

<sup>3</sup> الآية الكريمة رقم 1 من سورة المائدة.

<sup>4</sup> د. الترماني، عبد السلام. نظرية الظروف الطارئة (دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الاسلامية والشرايع الاوروبية، تطبيقات النظرية في تشريعات البلاد العربية) دار الفكر، دمشق 1971 ص68.

## سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق

قد يكون الالتزام التعاقدى للمدين يلحق به خسارة فادحة، لذا يكون خيار إنقاص الالتزام أنسب الخيارات في رفع الإرهاق، بحيث يلجأ القاضي إليه عند ارتفاع سعر محل الالتزام لندرته في السوق، سواء أكان ذلك لقلّة إنتاجه أو منع استيراده أو أي سبب آخر، ففي الحالات السابقة ومثيلاتها يلجأ القاضي إلى إنقاص الكمية التي التزم بها المدين، وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة. ويلاحظ بهذا الصدد أن توزيع العبء الطارئ على عاتق المتعاقدين لا يشمل إلا الزيادة غير المألوفة<sup>1</sup>. كما يلجأ القاضي للخيار الذي يجب أن يدفعه له الدائن، وبذلك يكون الدائن قد تحمل الجزء الذي يزيد على السعر الذي كان متوقعاً عند إبرام العقد في حالة الهبوط العادي للأسعار والتمن الذي حدده القاضي<sup>2</sup>.

## سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق

إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً في حال ارتفاع سعر محل الالتزام، فللقاضي أن يقرر زيادة الثمن المحدد في العقد بحيث يتحمل الدائن جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام. أما المدين، فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة وعلى ذلك يورد الأستاذ السنهوري مثلاً بقوله (إذا تعهد تاجر بأن يورد شعيراً بسعر ستين قرشاً للأردب، ثم ارتفع سعر الشعير إلى أربعة جنيهات، جاز للقاضي رفع الثمن ولكنه لا يرفعه إلى أربعة جنيهات، فهو يحمل البائع أولاً الارتفاع المألوف للأسعار، وقد يكون هنا عشرين قرشاً مثلاً. وما زاد على ذلك - ويبلغ في فرضنا هذا ثلاثمائة وعشرون قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين، فيصيب الدائن منه مائة وستين قرشاً، تضاف إلى الثمن المتفق عليه وهوستون قرشاً، ومن ثم يرفع القاضي الثمن إلى مائتين وعشرين قرشاً ولا يفرض القاضي على المشتري أن يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. الصده، عبد المنعم فرج. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، جامعة الدول العربية، منشورات معهد الدراسات العربية القاهرة مصر ص34.

<sup>2</sup> د. السمامة، خالد: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الاردني دراسة تطبيقية مقارنة، اثناء للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2015، مكتبة الجامعة. الشارقة. ص106.

<sup>3</sup> السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 726.

اعتبر كل من القانون المدني الأردني والمصري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام وهذا ما تؤكد عليه المادة (205) من القانون المدني الأردني بقولها (.. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

وقد نصت المادة (2/147) من القانون المدني المصري على بطلان كل اتفاق يخالف أحكامها. وفي هذا الحكم يختلف القانونين المصري والأردني والقوانين العربية الأخرى التي أخذت بالنظرية عن كل من القانون البولوني والإيطالي واليوناني؛ لأن هذه القوانين لم تعتبر النظرية من النظام العام<sup>1</sup>.

تقسيم تكييف الموضوعي أي الحق المدعى به سواء يسند إلى حق أو غير ذلك من المصادر والشكلي إلى الشكل الذي يحدده القانون والمواعيد والقانوني كل ما هو متصل بالنظام العام ويشترط القانون توفره عدم قبول.

### المطلب الثالث: أصول التكييف

وفي المطلب الثالث. أصول التكييف عنصر الإلزام جوهر التكييف التجريدي والقياس القضائي والتكييف يقوم على قواعد القياس. لتكييف القانوني مبناه الفني القياس القانوني.

#### أصول التكييف

والتكييف القانوني "عمل قانوني إلزامي يقوم به قاضي بمناسبة طرح دعوى عليه يتجسد في التسبيب، جوهره صهر واقع الدعوى والقانون المنطبق عليها بتجريدها تجريداً قضائياً وذلك من خلال قياس منطقي فيما بين مقدمات يعتمد على قواعد وأصول ثابتة والنتائج هوالتكييف القانوني".

#### أولاً: عنصر الإلزام

فالتكييف في حد ذاته عمل ملزم للقاضي، بحيث تتعدم إرادة القاضي في تقدير التكييف أوعدمه، فهو مفروض عليه من المشرع بحيث لا ينفك أبداً عن الدعوى، فهناك تلازم قانوني فيما بين القانون الذي يستوجب بحيث إذا لم يقم القاضي بالتكييف كان ذلك خطأ في القانون يستوجب إزالة هذا العمل غير المكيف.

<sup>1</sup> السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 649.

## قاضي الدعوى ملزم بالتكييف:

من القواعد المستقرة في قضاء محكمة النقض، أن محكمة الموضوع عندما يطرح عليها الواقع فإنها تقوم بتكييفه قانوناً، وأن قيام محكمة الموضوع بذلك ليس واجباً عليها، بل إنه إلزام والتزام. فأعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح هو التزام عليها<sup>1</sup>.

وقاعدة إلزام القاضي بالتكييف هي قاعدة منطقية تتفق مع حكمة الالتجاء إليه فيما تنازع الخصوم، فالمحكمة عليها التزام أم تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني المنطبق على واقعة الدعوى. ولن يتسنى تحقيق هذا الالتزام إلا بالتكييف القانوني الذي هو حلقة "الوصل القانوني" فيما بين الواقع المطروح، والقانون الذي ينبغي أن يحكم هذا الواقع، هذا التكييف القانوني لكي يصل إلى تحقيق هذا الهدف يقتضي القيام بنشاط قانوني ومنطقي وفني يصعب على غير القاضي القيام به<sup>2</sup>.

### ثانياً: عنصر الاقتصار على القاضي

على وجه الانفراد والتخصص والاستثناء هو قاضي الدعوى وليس الخصوم وليس أي قاضي آخر، وذلك كقاعدة يرد عليها استثناء.

### ثالثاً: عنصر التجسيد في الأسباب

وإذا كان التكييف القانوني نشاط قضائي ذهني إلا أنه متجسد في الأسباب التي يبني عليها الحكم القضائي.

### رابعاً: الجمع بين الواقع والقانون

التكييف القانوني خليط ما بين الوقائع المنتجة في الدعوى وما بين القانون المنطبق على تلك الوقائع، فهو ليس واقع بحت، ولا قانون بحت وإنما مؤلف ومركب منهما.

<sup>1</sup> نقض مدني رقم 229، س 38 ق. بتاريخ 19/6/1973 - مجموعة المكتب الفني لسنة 24 ع 2- ص 941، نقلا عن د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 411 وما بعدها.

<sup>2</sup> نقض مدني رقم 601،649، س 47 ق. بتاريخ 20/2/1979 - مجموعة المكتب الفني لسنة 30 ع 1-ج 1- ص 325، نقلا عن د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 412 وما بعدها.

## خامساً: جوهر التكييف التجريدي والقياس القضائي

والمناطق في التكييف القانوني هو تجريد الواقع من ذاتيته المرتبطة به ورفع درجة وتحديد القانون بعد تجريده، فنفقذ بذات خاصيته في التجريد المطلق، وبهذا يمكن التقاء الواقع بالقانون بتجريدهما تجريداً قضائياً، ثم بعد ذلك يستخدم القاضي القياس القضائي.

فيما بين ذلك الواقع المجرد ومفترضه القاعدة القانونية، وناتج ذلك هوالتكييف القانوني.

## سادساً: التكييف يقوم على قواعد القياس.

### التكييف الخاطئ ومسائل القانون

القانون بمعناه العام يراد به مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية التي تتصف بالعمومية والتجريد وتقترن بجزء مادي تفرضه السلطة العامة سواء أكانت تلك القواعد مكتوبة بموجب نصوص قانونية ام كانت عرفية درج الناس على إتباعها ام كانت مستمدة من مصادر أخرى<sup>1</sup>، أما القانون بمعناه الخاص فيراد به التشريع، أي القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة بالتشريع في الدولة لغرض تنظيم مسألة معينة كقانون التجارة او العمل أو أي قانون آخر مكتوب<sup>2</sup> في التكييف يقع على عاتق المحكمة أعمال القاعدة القانونية المجردة على الواقعة القانونية المتحققة وإلا كان تجاوز للاختصاص النوعي من قبل محكمة الموضوع محتملاً أو من قبل المحكمة التي تنظر الطعن في الحكم الصادر من تلك المحكمة وللوقوف على تلك الحالات سنتناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

### هل التكييف يتم طبقاً للقانون الموضوعي أم الاجرائي:

أي أن القانون الاجرائي بعبارة أخرى يقود النشاط القضائي في الاتجاه الذي يحدده القانون الموضوعي لنظام الروابط الاجتماعية، وهذا ما يعبر عنه القانون الاجرائي ويمثل وسيلة من وسائل تحقيق القانون الموضوعي<sup>3</sup>.

والحقيقة ان النظرة الصحيحة الى العمل القضائي ككل بما يتضمنه من تكييف ينبغي ان تكون من خلال القانون الاجرائي الذي ينظمه فهووحده الذي يحدد لنا المنهج الذي تستخدمه الوسيلة

<sup>1</sup> د. عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، (٢٠٠٨، ص ٧١).

<sup>2</sup> الأستاذ عبد الباقي البكري، أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٤، ص ١٥).

<sup>3</sup> دكتور وجدي راغب - المرجع السابق - ص 154.

القضائية لتحقيق غايتها الموضوعية، أما النظرة اليه من خلال القانون الموضوعي فغير صحيح فنياً، لأنه من هذه الناحية عديم الأثر القانوني عار عن أي صفة قانونية، إذ النظر اليه من خلال القانون الموضوعي لاقتصر بحكم طبيعته الكاشفة على تقرير حقائق قائمة هي مراكز القانون الموضوعي، ويكون مجرد نشاط ذهني ارادي لاكتشاف حقائق موجوده فعلا، فهو اعلان عن ارادة القانون التي يقرها القاضي وليس اعلانا عن ارادته<sup>1</sup>.

وهذا خلط بين الغاية والوسيلة، فغاية العمل القضائي هي كشف المراكز الموضوعية المجهولة، أما العمل ذاته بما يتضمنه من تقرير أو غيره من نشاطات فمجرد وسيلة يضعها القانون الاجرائي لتحقيق هذه الغاية، ومن جهة نظر القانون الاجرائي فان ما يطرح على القاضي ليست المراكز الموضوعية انما هي اراء الخصوم عن مراكزهم الموضوعية، في صورة ادعاءات، ويقوم القاضي ادعاءات الخصوم مقيدا في هذا بقواعد القانون الموضوعي والادلة كمعايير لهذا التقييم<sup>2</sup>.

أولاً: من المتفق عليه فقها وقضاء أن التكييف مسألة قانون تدخّل في صميم وظيفة القاضي، الذي له وفقا للقواعد العامة ان يعطي الواقعة وصفها الحق وتكييفها السليم ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال منح الخصوم "حق التكييف" والاعتداد به ولو بإخضاعه لرقابة القاضي، فهذه منطقة " محرمة" على الخصوم، وبالتالي فان هذا الحكم قد أخطأ في أسناد حق التكييف للخصوم.

ثانياً: سلطان الخصوم قاصر على مجال الوقائع واثباتها، وتنازع الخصوم قاصر على ذلك الواقع، والقاضي يتناول الواقع الصحيح طارحاً أي تكييف للخصوم صحيحا كان أم خاطئاً، لأن القول بأن القاضي يبحث في تكييف الخصوم وصحته ومدى انطباقه على الواقع فيه مصادرة على المطلوب وعدم اعمال لوظيفة القاضي في التكييف وتعطيل لها.

ثالثاً: ان التكييف القانوني الصحيح يبدأ مع طرح الدعوى قانونا على قاضيها، وقبل ذلك لا يوجد تكييف قانوني، وانما التأصيل القانوني لما يذكره الخصم في صحيفة افتتاح دعواه قبل اتصال أو بعد اتصال المحكمة بها قانونا هو رأيه الخاص عن مركزه الموضوعي في صورة ادعاء، ولذلك نستطيع

<sup>1</sup> دكتور وجدي راغب - المرجع السابق - 323.

<sup>2</sup> دكتور وجدي راغب - المرجع السابق - 224.

القول بأن عمل الخصوم في الدعوى هي مجرد اراء ذاتية قائمة على الاحتمال مهما كان قدره، أما التكييف القانوني فهو " يقين قضائي".

وترتبا على ذلك فالتكييف القانوني هو جزء من " القاضي " لا يجوز لغيره ممارسته والا كان العمل القضائي مبنى على خطأ في القانون<sup>1</sup>.

والقاعدة لا تستكمل مقوماتها الا اذا كانت " مجردة" والتجريد يعني أن المفروض، وهو الذي ينصرف اليه الحكم، لا يتخصص بشخص أو أشخاص، بذواتهم ولا بواقعة أو وقائع بذاتها، وإنما يتعين الشخص للقاعدة عموم التطبيق بمعنى ان الحكم ينصرف الى كل الأشخاص الذين يتحقق فيهم " الوصف المذكورة في الغرض" وكذلك الى كل الوقائع التي نتحقق فيها " الصفات أو الشروط المذكورة" ففي القاعدة التي تقرر ان كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض، نجد أن الحكم القانوني وهو الزام المخطئ بالتعويض موجه الى فرض مجرد فلا ينصرف الى شخص أو أشخاص معينين بذواتهم ولا الى واقعة حدوث خطأ تسبب عنه ضرر بذاتها، وبهذا تطبق القاعدة تطبيقا عامة اي على كل من يرتكب خطأ يتسبب عنه ضرر للغير<sup>2</sup>.

والعلة الفنية التي من أجلها يدور التكييف فيها بالتجريد دون غيره، هي تهيئه التحام" ما بين الواقع في الدعوى والقانون الواجب التطبيق عليها من خلال "القانون الاجرائي" وذلك بتطويع<sup>3</sup> العنصر المتحرك وهو الواقع وتقريبه" للعنصر الثابت الساكن" وهو القانون" وكما أن" عملية زرع الأعضاء" تفشل بعدم تقبلها من جسم.

وترتبا على ما تقدم نستطيع القول بأن فنية التكييف مناطها فنية التجريد، ويكون التكييف من هذا المناط والجوهر "صاعدا وهابطاً" وبصفة دائمة ومستمرة، بحيث يلتقي القانون المجرد مع الواقع الغير مجرد التقاء يتسم بالتزاوج القائم على " التجاذب" لا" التنافر" وفي هذه الحالة منطقيا تلاقي

<sup>1</sup> دكتور هشام صادق- المرجع السابق- ص 54 بند 43، دكتور وجدي راغب- المرجع السابق - ص324، ودكتور أحمد

أبولوفا- المرجع السابق - ص363 بند 151، دكتور نبيل اسماعيل عمر - المرجع السابق - ص 92 بند 67.

<sup>2</sup> نقض مدني جلسة 1969/4/29- مجموعة المكتب الفني- السنة 20 ع 2، الطعن 564 س 34 ق. ص 699، نقض مدني جلسة س 38 ق. ص 561، نقض مدني جلسة 1975/5/8- مجموعة المكتب الفني - السنة 26- الطعن 255 س 39 ق. ص 942، نقض مدني جلسة 1964/2/20- مجموعة المكتب الفني- السنة 15 ع 1- الطعن 382 س 29 ق، ص 254.

<sup>3</sup> دكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص 18، 19 بند 9.

التجريد القضائي المستمد من الواقع مع التجريد القضائي المستمد من القاعدة القانونية المجردة. وما تقدم يعني ان الحكم في جوهره ليس الا بيان ما هو القانون في حالة معينة.

اتجاه الفقه الى " فكرة التجريد " كمناط لعملية التكييف:

وجد الفقه في " فكرة التجريد " مفتاح " لعملية التكييف " والمسندة الى القاضي، لا يستطيع أن يدركها غيره وهو الذي يلمسها ويمسك بها في ضوء أصول التكييف.

ثالثاً: كنه "التكييف القانوني" ينحصر في "التجريد":

والقاعدة لا تستكمل مقوماتها إلا إذا كانت "مجردة" والتجريد يعني أن الفرض، وهو الذي ينصرف إليه الحكم، لا يتخصص بشخص أو أشخاص بذواتهم ولا بواقعه أو وقائع بذاتها، وإنما يتعين الشخص أو الأشخاص وكذلك الوقائع "بالأوصاف والشروط". وبذلك يتهيأ للقاعدة عموم التطبيق بمعنى أن الحكم ينصرف إلى كل الأشخاص الذين يتحقق فيهم "الوصف المذكور في الغرض" وكذلك إلى كل الوقائع التي تتحقق فيها "الصفات أو الشروط المذكورة"<sup>1</sup>. ففي القاعدة التي تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض، نجد أن الحكم القانوني وهو الزام المخطئ بالتعويض موجهاً إلى فرض مجرد فلا ينصرف إلى شخص أو أشخاص معينين بذواتهم ولا إلى واقعة حدوث خطأ تسبب عنه ضرر بذاتها، وبهذا تطبق القاعدة تطبيقاً عامة أي على كل من يرتكب خطأ يتسبب عنه ضرر للغير.

والعلة الفنية التي من أجلها يدور التكييف فيها بالتجريد دون غيره، هي تهيئة (التحام) ما بين الواقع في الدعوى والقانون الواجب التطبيق عليها من خلال "القانون الإجرائي". وذلك "بتطويع" العنصر "المتحرك" وهو الواقع وتقريبه "للعنصر الثابت الساكن" وهو "القانون" وكما أن "عملية زرع الأعضاء" تفشل بعدم تقبلها من جسم الإنسان.

وترتيباً على ما تقدم نستطيع القول بأن فنية التكييف مناطها فنية التجريد، ويكون التكييف من هذا المناط والجوهر "صاعداً وهابطاً" وبصفة دائمة مستمرة، بحيث يلتقي القانون المجرد مع الواقع الغير مجرد التقاء يتسم بالتزواج القائم على "التجاذب" لا "التنافر"

<sup>1</sup> المستشار وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، 1973/1972، ص253، دكتور منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ج1 (نظرية القانون)، 1961-1962، ص15، بند 7.

وفي هذه الحالة منطقياً تلاقى التجريد القضائي المستمد من الواقع مع التجريد القضائي المستمد من القاعدة القانونية المجردة.

وما تقدم يعني أن الحكم في جوهره ليس إلا بيان ما هو القانون في حالة معينة.

### اتجاه الفقه إلى "فكرة التجريد" كمناط لعملية التكييف:

وجد الفقه في "فكرة التجريد" مفتاح "لعملية التكييف" المستغلة والمسندة إلى القاضي، لا يستطيع أن يدركها غيره وهو الذي يلمسها ويمسك بها في ضوء "أصول التكييف".

وذهب جانب من الفقه<sup>1</sup>، إلى القول أنه "حين يصل القاضي إلى المرحلة التي يرى منها انطباع الوقائع المجرد على النموذج أو المفترض الوارد بأحد القواعد القانونية، فإن صفة التجريد تتخلع عن هذه الوقائع، وتكتسب الوقائع بهذا لونها القانوني وهذا ما يسمى بالتكييف القانوني".

وفي بيان دور التجريد كأسلوب للتكييف قرر البعض<sup>2</sup> إلى أن التكييف القانوني يتطلب الانتقال من "المحسوس" إلى "المجرد" ويجب على القاضي أن يقابل ما بين الوقائع التي يثبت منها بعد فحص أدلة الإثبات، وبين الفكرة القانونية المحددة بعناصر أساسية ثم يطابق على هذه العناصر.

ذهب جانب من الفقه<sup>3</sup>، إلى أن الواقع لا أهمية له، ولا محل لبحثه، إلا في اللحظة التي يصبح فيها صالحاً للتطبيق القانوني، ولا محل للقانون إلا عندما يكون صالحاً للسريان على وقائع معينة. فالواقع هو علة تدخل القانون. والقانون هو علة أهمية الواقع.

### رابعاً: التجريد يتعلق "بالواقع المنتج" فقط

عندما يقوم القاضي "بعملية التكييف" فتجريده للواقع لوضعه في "قالب قانوني" أو "وصف قانوني" لا يشمل كل ذلك الواقع، وإنما يتعلق فقط لذلك الواقع المنتج في الدعوى، ويستبعد تماماً كافة الوقائع التي ساقها الخصوم وغير منتجة في ذلك "الوصف القانوني".

<sup>1</sup> دكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 19، بند 19، أنظر تعريف الحكم، دكتور أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 25 بند 11.

<sup>2</sup> أنظر نقض مدني 1969/4/29، مجموعة المكتب الفني، السنة 20 ع 2، ص 699، نقض مدني جلسة 1976/4/19، مجموعة المكتب الفني، السنة 27 المجلد الأول الطعن رقم س 41 ق، ص 682، نقض مدني جلسة 1969/4/22، مجموعة المكتب الفني، السنة 20 ع 2، الطعن رقم 84 س 35 ق، ص 659.

<sup>3</sup> Dolloz P.100.، Schroeder; Le nouveau style Judiciaire .

وتأكيداً لذلك، نصت المادة الثانية من قانون الإثبات على أنه (يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزة قبولها).

**خامساً: التكييف دائماً يؤدي إلى "يقين" ويستبعد "التخمين".**

ومن خصائص التكييف القانوني الجوهرية أنه يدور في "منطقة اليقين" بعكس الادعاء من الخصوم فيدور في "منطقة الاحتمال والتخمين". وإذا كان القاضي يصل بالتكييف إلى تكوين رأي قانوني في ادعاءات الخصوم وهذا هو الرأي القضائي. ويقوم هذا الرأي مع معرفة القاضي للقانون اقتناعه بالوقائع. فعلى ضوء فصل التكييف العناصر الأساسية للوقائع عن العناصر الثانوية منه، قرر هذا الجانب ونؤيده فيما ذهب له، يجب "على القاضي استقراء هذه العناصر الأساسية جيداً، ثم تستنبط المحكمة الصورة النهائية لواقعة الدعوى.

إن محكمة الموضوع كقاعدة إذا وصلت إلى "اليقين القضائي" من الوقائع المطروح عليها بواسطة "التكييف" وطبقاً لأصوله السليمة التي سنبينها فيما بعد، كانت النتيجة صائبة في تطبيقها القانوني وصلت بذلك إلى غاية العمل القضائي وهو "العدالة".

**سادساً: أين يقع "التكييف" من "العمل القضائي":**

إن قاضي الموضوع يفصل في الدعوى وفقاً لمراحل ثلاثة، فهو أولاً يفحص الوقائع - الناحية المادية، ثم ثانياً يجري التكييف القانوني لهذه الوقائع أي يضيف عليها الوصف القاضي المناسب. ثم ثالثاً وبعد ذلك يقوم بإنزال حكم القانون على مقتضى هذا التكييف. ولا صعوبة في تحديد خطأ القاضي في المرحلة الثالثة، حين يطبق النتائج القانونية المترتبة على التكييف القانوني فهو فحص خطأ في القانون<sup>1</sup>. ويترتب على هذا التحديد النطاقي لعملية التكييف، أن جناحي التكييف القانوني جناح أيمن هو الوقائع وجناح أيسر هو القاعدة القانونية، وبالتالي فلا يمكن أن نعتبر القاعدة القانونية داخله مكونات للوقائع تلقائياً. وذلك من شأنه الخلط ما بين "التكييف" و"التطبيق".

<sup>1</sup> الأستاذ عبد المنعم حسني، المحامي، المرجع السابق، ص583، بند 680.

وقد تولى جانب من الفقه المصري<sup>1</sup> الرد على هذا الاتجاه مقررًا النظرية السابقة تقوم على الاعتماد على التوحيد بين القاعدة القانونية والواقعة المحددة والتميزة. كل هذا لكي تؤكد أنه بالنظر إلى الحكم القضائي فإنه لا توجد أية فوارق بين القاعدة والواقعة.

وإذا كان أعمال القانون يفترض كمقدمة بديهية له إجراء عملية التكييف القانوني، فإن هذا الأخير لا يمكن أن تختلط بالأولى، والقاضي حين يصدر حكمه، فإنه يحول بهذا الوقائع المجردة إلى وقائع موصوفة قانوناً. فمنذ اللحظة التي يصدر فيها الحكم القضائي، فإن الواقعة المحددة تكيف عن أن تكون واقعة مجردة من الوصف القانوني ليكون لها وصفها خاصة أسبغت عليها الحكم القضائي، ولهذا ننضم إلى ذلك الجانب الفقهي في رفض تلك النظرية التي تدمج القاعدة القانونية في الواقعة المجردة، إذا مثل هذا الاندماج لا يمكن أن يقع إلا عن طريق عملية التكييف القانوني كما ذكرنا.

### للتكييف القانوني مبناه الفني القياس القانوني

في اعتقادنا أن القاضي عندما يطرح عليه "النزاع" بقصد منح حمايته القضائية وإسباغها بالزام الخصوم برأيه القانوني مطبقاً القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، فإن ذلك لن يتسنى له تلقائياً وألياً. إذ سيد أمامه واقع متنازع عليه متجسد فيه ذاتية ذاتية الخصوم، وسيجد قواعد قانونية ساكنة مجردة وعامة، فلن يستطيع الاتيان بقاعدة قانونية فوراً ويسبغها على النزاع المطروح، وإلا لكان مؤدى هذا المنطق الاستغناء عن "القاضي" والالتجاء إلى "حاسب عقلي" تضع فيه الوقائع ثم يبين لنا ماهية القاعدة الواجبة الانطباق عليها<sup>2</sup>.

وإذا ما وجد "القاضي المكيف" فعندما يطرح عليه النزاع يقوم ذلك القاضي بعملية التكييف القانوني. وجوهر ذلك التكييف القانوني الفني هو القياس. فيستخدم القاضي القياس لكي يصل إلى التكييف الصحيح. القياس ما بين الواقع والقانون، ويظل يقيس كلا الطرفين المقيس والمقاس عليه إلى أن يصل إلى اتحادهما واندماجهما وتساويهما من خلال دائرة التكييف القانونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> دكتور نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 256، 257، بند 222، 223.

<sup>2</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 359 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 360 وما بعدها.

أولاً: القياس وسيلة فنية يقدر عليها القاضي، فهي ليست وسيلة معقدة شائكة تجعل القاضي يدور في غير الإطار القانوني للدعوى.

ثانياً: القياس وسيلة قانونية، فبجانب أنه أساس فني فلسفي لبناء التكيف، فهو أيضاً وسيلة قانونية معترف بها في التشريع والقضاء.

ثالثاً: القياس مفروض وحتمي على القاضي المكيف، إذ أمامه طرفين متساويين قانونياً وفنياً هما طرف (الواقع) بمشاكله وطرف (القانون) بمشاكله فلا بدّ من استخدام وسيلة قانونية تجعل كلا الواقع والقانون ككفة "ميزان العدالة" متساويين لا يطغى أحدهما على الآخر، والوسيلة المناسبة أو الأكثر مناسبة - في اعتقادنا - هي القياس<sup>1</sup>.

رابعاً: القياس القانوني كبناء للتكيف القانوني يتسق بالمنطق السليم ونشاط القاضي يجب أن يكون مبناه المنطق. وهكذا، فوسيلة القياس تتسجم وتلتحم وتلتئم مع كيان العمل القانوني للقاضي. وبالتالي فلا تنافر ولا تناقض.

خامساً: القياس وسيلة قانونية متكاملة الأركان، ولها ضوابط قانونية تستطيع محكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في أعمالها للقياس، وبذلك نتبين أداة قانونية تعمل محكمة النقض رقابتها عليها بسهولة<sup>2</sup>.

وبذلك، نرى أن القياس القانوني هو أنسب وسيلة قانونية يبني عليها التكيف القانوني، وأنها وسيلة حتمية لا يستطيع القاضي إلا إعمالها<sup>3</sup>.

ومن هذا يتضح أن هناك أركان جوهرية يرتكز عليها القياس القانوني وهي:

أولاً: مجموع واقعي متنازع فيه (المقيس)

ثانياً: قاعدة قانونية، أيّ كان مصدرها، وأياً كانت طبيعتها، وسواء أكانت قاعدة مكتوبة أو غير مكتوبة، (المقيس عليه)

<sup>1</sup> د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 361 وما بعدها.

<sup>2</sup> نقض مدني رقم 269. بتاريخ 1956/11/22 - مجموعة القواعد الفني لسنة 23-ج3-س 7 ق. ص 920، نقلا عن د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 384 وما بعدها.

<sup>3</sup> نقض مدني رقم 601. بتاريخ 1979/2/5 - مجموعة المكتب الفني لسنة 30-ج1-س 34 ق. ص 480، نقلا عن د. إبراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 384 وما بعدها.

ثالثاً: مساواة المقيس بالمقيس عليه. وذلك عندما يكون أساس الواقع متفقاً مع أساس وجوهه وعلته النص القانوني المطبق. وهذا يقتضي أعمال المنطق القضائي القائم على الاستقراء والاستدلال والاستنباط العقلي<sup>1</sup>.

### القياس القانوني والقياس التفسيري:

القانون يوجد ليطبق على ما يعرض في الحياة العلمية من وقائع وهو في تطبيقه عليها يرتب حكمه. والوقائع هي التي تكون فرض القاعدة وكل فرض له شروطه. وبالتالي تعين تحديد هذه الشروط حتى إذا ما تجمعت في واقعة معينة، انطبق الحكم الذي وضع لها<sup>2</sup>.

ومما تقدم يبين أن القياس القانوني والقياس التفسيري يقوم بهما القاضي ويطلق على الأخير في هذه الحالة التفسير القضائي، إلا أن القياس القانوني يسبق حتماً القياس التفسيري، وإذا استند القياس إلى أساس واحد وهو طرح النزاع على القاضي، فهذا القياس التفسيري القضائي ليس تفسيراً نظرياً وإنما هو تفسير له أساس عملي، فيأتي متأثراً بهذا الأساس ويستجيب للضرورات العملية ولولم يتسق تمام الاتساق مع ما يقضي به المنطق. فالتفسير القضائي لا يقع، وإنما تمهيداً لتطبيق نص قانوني على دعوى مرفوعة فعلاً، على نزاع يطلب تطبيق حكم القانون عليه<sup>3</sup>.

### ثالثاً: النتيجة وهو تطبيق "حكم" القاعدة القانونية على الواقع.

قياس "المقدمة الصغرى" على "المقدمة الكبرى" "التطابق بين عنصر الواقع وعنصر المفترض". وجوه القياس القانوني يتجلى دائماً في إجراء التطابق ما بين المقدمة الصغرى للقياس ومفترض القاعدة القانونية. بل إن الأولى داخله ضمن عناصر الثانية. وهذا الوجود يستلزم تطابق بين عناصر الحالة الواقعية والعناصر التي توجد في مفترض القاعدة القانونية. هذا التطابق يتحتم وجوده حتى تنقل من نطاق القاعدة القانونية المحتملة، إلى نطاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. والصلة وثيقة تماماً بين القاعدة القانونية ووقائع الحياة التي وجدت هذه القاعدة لخدمتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 362 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 362 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. سلامة، احمد. مرجع سابق ص 192 بند 86.

<sup>4</sup> د. ابراهيم، محمد محمود، المرجع السابق، ص 366 وما بعدها.

## الاستدلال المنطقي كأداة من أدوات القياس القانوني:

وإذا كانت محكمة النقض تأخذ بفكرة القياس القانوني فإن ذلك ليس على سبيل المجاز أو الاستنتاج العقلي المحض. وإنما على سبيل اليقين المتجسد في مبادئها. ومن ذلك تقضي بأن الاستطراد الزائد بالحكم غير المقترن بمقدماته ولا المرتبطة بنتائجه لا أثر له<sup>1</sup>، ومفاد ذلك أن الحكم القضائي لا بد أن نبني على مقدمات (مقدمة صغرى + مقدمة كبرى) = نتيجة وما يكون متزايداً فيه عن هذه المقدمات لا يرتبط بالاحتمية بالنتائج.

ويجب عندما تمارس المحكمة التكييف أن يكون استدلالها على تطابق العناصر الواقعية المجسدة بالعناصر الواقعية المجردة، أما إذا كان الاستدلال فاسداً في عملية القياس القانوني، فإن النتائج المترتبة عليه ستكون منطقياً فاسدة، والاستدلال هنا كوسيلة فنية لإعمال القياس وبالتالي التكييف القانوني هو استدلال مصدره المنطق الذي يرمي في النهاية إلى اقتناع القاضي بناء على هذا المنطق.

ومن ثم يتضح أن المنطق القضائي المتعلق بالواقع يقوم على ثلاثة أنواع الاستدلال<sup>2</sup>.

### الاستدلال الجدلي للاقتناع بالأدلة:

ومحكمة النقض تقر هذا الاستدلال الجدلي ولكن في حدود محكمة الموضوع، بحيث لا يجوز استخدامه أمامها نظراً لتعلقه بواقع أو بأدلة في الدعوى، وقضت<sup>3</sup> بأن تقرير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها من الخصم تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، والنزاع في ذلك جدل في فهم الواقع لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض، وتقدير المحكمة للأدلة وترجيح بينة على أخرى عدم جواز المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1973/3/15، مجموعة المكتب الفني، السنة 24 ع 1، الطعن 381 س 37 ق، ص 430.

<sup>2</sup> دكتور أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 193 بند 108، قرب ذلك دكتور أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، المرجع السابق، بند 206 ص 80.

<sup>3</sup> نقض مدني جلسة 1972/3/9، مجموعة المكتب الفني، السنة 23 ع 1، الطعن 65 س 37 ق. ص 341، نقض مدني جلسة 1974/1/17، مجموعة المكتب الفني، السنة 25، الطعن رقم 184، س 38 ق. ص 174، نقض مدني جلسة 1974/11/6، المجموعة المتقدمة، الطعن رقم 16 س 40 ق "أحوال شخصية" ص 1199.

<sup>4</sup> نقض مدني جلسة 1972/2/17، مجموعة المكتب الفني، السنة 23 ع 1، الطعن رقم 435 س 36 ق. ص 189.

## الاستدلال الاستقرائي:

يجب أن يبدأ القاضي بجمع ملاحظاته المختلفة على الوقائع الجزئية التي تسفر عنها الأدلة وأن يشرع في تصنيفها على نحو تبرز معه صفاتها المشتركة أو نقاط الخلاف فيها<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال الاستدلالي نجد أن محكمة النقض تنتهج منهج مؤداه أن القاضي لا يجوز له أن يبدأ بالاستدلال على الحقيقة ابتداء من فروض معينة، ما لم يقتنع أولاً بصحة هذه الفروض بناء على أدلة إقناعيه. فقضت بأن القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين، فإنها لا تصلح مصدراً للاستنباط.

## الاستدلال الاستنباطي:

والاستدلال والاستنباط هدفه الوصول إلى نتيجة معينة في ضوء الوقائع الجزئية التي استقرأها. ويكون استدلال الاستقراء والاستنباط صحيحاً وأخاطئاً يقرر ما يكون متفقاً مع الفروض التي اقتنع بها القاضي. ويكون اقتناع القاضي بهذه الفروض في ضوء الأدلة التي تجمعت لديه، ومدى مشروعيتها<sup>2</sup>.

وتقرر محكمة النقض هذا الاستدلال الاستنباطي كوسيلة عقلية من وسائل القياس المنطقي للوصول إلى التكييف القانوني السليم، وقضت بأنه لمحكمة الموضوع سلطة تامة في استنباط القرائن ويحقق لها الاستناد إلى أمر تقرر في حكم آخر طالما أن هذا الحكم مودع ملف الدعوى وأصبح ضمن مستنداتها وعنصرها من عناصر الإثبات يتنازل الخصوم في دلالته<sup>3</sup>.

## سلامة الاستدلال وفساده:

إذا كان القياس القانوني هو الأساس الفني وفي نفس الوقت أساساً قانونياً يؤسس عليه التكييف القانوني، وكان الاستدلال بوسائله المتعددة هداة القياس، فإنه يستلزم لصحة التكييف القانوني سلامة ذلك الاستدلال وعدم فساده إذ أن فساد الاستدلال يؤدي إلى عدم صحة في التكييف

<sup>1</sup> دكتور أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، هامش ص 193.

<sup>2</sup> دكتور أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 194.

<sup>3</sup> نقض مدني جلسة 1976/12/14، مجموعة المكتب الفني، السنة 27، المجلد الأول، الطعن رقم 77 س 41 ق،

القانوني ولذلك كان الفساد في الاستدلال منفذ لمحكمة النقض من خلال تراقب قاضي الموضوع في ذلك.

ومن قضاء محكمة النقض<sup>1</sup> في ذلك لئن كان استخلاص الإقرار بالحق أونفي ذلك هو من شؤون محكمة الموضوع، إلا أنه يشترط أن تبين كيف أفادت الأوراق معنى ما استخلصته وأن يكون هذا البيان سائغاً.

### الضوابط التي تحكم القاضي في اختيار الأمارات والدلائل:

إذا كان القاضي يحظى بحرية كبيرة في اختيار الواقعة من بين الوقائع الواردة في الدعوى إلا أن هذه الحرية في اختيار الأمارات والدلائل ليست بمنأى عن رقابة محكمة النقض<sup>2</sup> التي تمارس دوراً رقابياً على قاضي الموضوع في هذا الصدد ومن ثم يجب على القاضي مراعاة الآتي:

يتعين على القاضي أن تكون متنازع فيها أو مختلف بشأنها ولقد قضت محكمة النقض، بأن القرنية هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة بحيث إذا كانت الواقعة محتملة وغير ثابتة يتعين فإنهما لا تصلح مصدرراً للاستنباط ويترتب على ذلك أنه إذا أسس القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه يتناقض مع ما أثبتته، أو غير متناقض ولكنه من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه فإن حكمه يكون معيباً يستوجب نقضه<sup>3</sup>.

وقضت بأن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو ما يستقبل بها قاضي الموضوع، ولا معقب عليه في تكوين عقيدته مما يدلي به شهود أحد الطرفين ما دام لم يخرج بذلك عما تحتمله أقوالهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نقض مدني جلسة 1974/3/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 25، الطعن 122 س 39 ق، ص 612، 613.

<sup>2</sup> نقض مدني 1661/4/27-س 12 ق- ص 399.

<sup>3</sup> نقض مدني 1939/5/18- مجموعة عمر - ج 2- رقم 183-ص 56.

<sup>4</sup> نقض- طعن 40/324- س 26 ق- في 75/11/27- ص 1515.

المطلب الرابع: رقابة محكمة التمييز على مدى صحة التكييف على مسائل الوقائع وعلى الفصل في القانون الرقابة المطلقة والمقيدة.

### رقابة محكمة التمييز على مدى صحة التكييف

الرقابة على التكييف القانوني للدعوى من شأنها تحقيق المصلحة في الكثير من الجوانب، منها تدارك صدور أحكام قضائية من محاكم غير مختصة نوعياً بنظر الدعوى أصلاً<sup>1</sup> وبيان رقابة محكمة التمييز على مدى صحة تكييف الدعوى مع استطلاع موقف القضاء من هذه الرقابة ودورها في تجنب حالة تجاوز الاختصاص النوعي حيث تتعلق هذه الرقابة بشقي التكييف كلاً من مسائل الوقائع والفصل في القانون.

الفرع الاول: رقابة محكمة التمييز على مسائل الوقائع وعلى الفصل في القانون.

### اولاً: رقابة محكمة التمييز على مسائل الوقائع.

تمتد رقابة محكمة التمييز على مسائل الوقائع التي تم الفصل فيها رغم أن هذه المحكمة ليس درجة من درجات التقاضي ولكن ذلك لا يعني إعادة بحث الواقع لأن هذا من عمل محكمة الموضوع في درجات التقاضي إذ تُسَلَّم محكمة التمييز بالوقائع مثلما أثبتتها الحكم المطعون فيه إلا أنها تبسط رقابتها على مدى كفاية الوقائع ومنطقيتها حتى يمكن أن يبني الحكم عليها، وإلى جانب ذلك تتولى الرقابة (على حالة المسخ اوالتحريف للوقائع<sup>2</sup> واستناداً لما تقدم سنتناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

### 1. الرقابة على كفاية الأسباب الواقعية.

لابد لمحكمة الموضوع أن تحدد البيان المتعلق بالوقائع حتى تتمكن محكمة التمييز من بسط رقابتها على تكييف الدعوى<sup>3</sup> إلا إذا تعلق الأمر بالتقدير الواقعي الذي يدخل في السلطة التقديرية، لتلك

<sup>1</sup> انظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم ٢٠٨٨ في جلسة 1987/12/١٦ والذي يقضي/ بأنه (...): وتعتبر مسألة الاختصاص النوعي قائمة في الخصومة ومطروحة دائماً على المحكمة ويعتبر الحكم الصادر في الموضوع مشتملاً حتماً على قضاء ضمني في شأن الاختصاص (...). القرار منشور لدبالمستشار مصطفى مجدي هرجه، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ١، المجلد الأول، دار محمود للنشر. والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٢٨٧.

<sup>2</sup> انظر د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون ذكر للنشر، (٢٠١١)، ص ١١٧٤.

<sup>3</sup> انظر استاذنا د. حسن حنتوش رشيد، مصدر سابق، ص (١٠١).

المحكمة<sup>1</sup> وقد ألزم المشرع الفلسطيني في المادة 99 محكمة الموضوع بتسبيب أحكامها وذكر الأوجه التي حملتها على قبول أورد الإدعاءات والدفع التي أوردتها الخصوم إلا أنه لم يتطرق إلى ذكر الوقائع والأثر المترتب على القصور في ذلك، أما المشرع المصري في المادة 100 فقد ألزم محكمة الموضوع عند إصدار الحكم بعرض مجمل وقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم الجوهرية ثم ذكر أسباب الحكم ومنطوقه وقد نص صراحةً بأن القصور في أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم. أما المشرع الفرنسي 101 فقد أجاز للقاضي أن يضع في حسابه حتى الوقائع التي استند إليها الخصوم بصفة خاصة في تأييد إدعائهم الفقه الفرنسي 102 الذي يرى بأن صور القصور في أسباب الحكم الواقعية ترجع إلى مجموعتين: الأولى - الإثباتات الواقعية المنقوصة وتتضمن أربعة صور، الأولى / عدم بحث أحد أو بعض العناصر الواقعية الضرورية لتبرير ما انتهى إليه الحكم، والصورة الثانية / عدم بيان مصدر الواقعة والدليل على ثبوتها، والصورة الثالثة / إذا لم تكن الأسباب منصبة على أساس النزاع في القضية بل كانت دائرة حول نقطة غير جوهرية، أما الصورة الرابعة / فهي الإحالة إلى حكم يعتري أسبابه عيب النقص في الإثباتات الواقعية، أما المجموعة الثانية - فهي الإثباتات الواقعية غير المحددة وتتضمن ثلاثة صور، الأولى / غموض الأسباب وإبهامها، والثانية / ورود الأسباب بشكل عام أو مجمل، أما الصورة الثالثة / فهي الاكتفاء بذكر النص القانوني دون تحديد الوقائع تحديداً كافياً يبرر الإشارة إليه. ومن هنا فإن محكمة التمييز لا بد لها أن تتوسع في بسط رقابتها على تكييف محكمة الموضوع للوقائع بحيث تكون تقاريرها منطقية، بمعنى أن كل واقعة تأتي كمقدمة منطقية لما بعدها ونتيجة منطقية لما قبلها وإلا صدر الحكم القضائي مشوباً بعيب القصور في الاستدلال<sup>2</sup> واستناداً لما تقدم من اتجاهات تشريعية وفقهية فإن القضاء العراقي<sup>3</sup> يتجه على أن تكون الأسباب

<sup>1</sup> انظر د. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٥٤٨. د. عيد محمد القصاص، مصدر سابق، ص ١١٧٤.

<sup>2</sup> انظر د. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٥٤٧. د. عيد محمد القصاص، مصدر سابق، ص ٩٤٥ (١٢/٢٠١١).

<sup>3</sup> انظر قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية العدد: ٢٤٩/ت/ح في ٢٧ (والذي يقضي بأنه: ...). لأن المدعي يستند في المطالبة بالتعويض على الورقة الخارجية المؤرخة في ١٩٦٢ ولدى إمعان النظر فيها وتمحيص محتوياتها فإنها لا تعتبر عقد بيع خارجي الذي قصده المشرع/ ٢٥/١ في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ والذي أطلق عليه اسم) تعهد (وذلك لخلو الورقة من أي بدل بيع متفق عليه بين الطرفين) (...، القرار غير منشور.

الواقعية كافية ومنطقية في تكييف الدعوى من خلال تدقيق ما يتضمنه ملف الدعوى من أسانيد تدعم إدعاءات الخصوم دون الاعتداد بتكليفاتهم للدعوى، وهكذا فإن بسط محكمة التمييز لرقابتها على وقائع الدعوى من شأنه تلافي حالة تجاوز الاختصاص النوعي في الدعوى المدنية<sup>1</sup> الى جانب ما ذكر فإن محكمة التمييز<sup>2</sup> تبسط رقابتها على الاثباتات الواقعية فيما إذا كانت منقوصة كما لو لم تبحث محكمة الموضوع أحد أوبعض العناصر الواقعية الضرورية في الدعوى لتثير ما انتهى إليه الحكم، كما هو الحال بالنسبة لتصرف المورث في مرض الموت فيتوجب بيان ماهية المرض ووقت تحققه واستمراره ووقت حصول التصرف فيما إذا كان قبله أم بعده، فإذا كانت الأسباب الواقعية كافية ومنطقية، فما من شك أنه سوف يؤثر على تكييف التصرف فيما إذا كان وصية فتختص بنظرها محكمة الأحوال الشخصية وإذا كان بيعاً فإنه يدخل في اختصاص محكمة البدأة، وهكذا يتضح لنا أهمية رقابة محكمة التمييز على مسائل الواقع وما يترتب عليه من أثر في التكييف الخاطيء للدعوى بعدها أحد أسباب تجاوز الاختصاص النوعي.

## 1. الرقابة على تحريف الوقائع

تحريف هو عدول القاضي وميله عن المعنى الواضح والمحدد للمحرر الذي يستند إليه الخصوم في الدعوى إلى معنى لا يفيدته وينتج آثاراً قانونية مختلفة وذلك بسبب الاتجاه الخاطيء في تفسيره

<sup>1</sup> انظر قرار محكمة استئناف بغداد/الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية العدد: ٦٠٦٠ / حقوقية في (٢٠٠٨) والذي يقضي بأنه: .. ( حيث ان تكييف الدعوى هو منع معارضة وليس منع تعرض لذا فإن /١١/١٧ صلاحية النظر في الطعن التمييزي يكون من اختصاص محكمة التمييز الاتحادية(، القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء، صادرة بمساعدة اللجنة العراقية لدعم استقلال القضاء، العدد الرابع) تشرين الأول، تشرين الثاني، كانون الأول (، ٢٠٠٩، ص ٢٥٠. وانظر قرار محكمة النقض المصرية/الدوائر المدنية بالطعن ١٩٩٩ والذي يقضي بأنه .. ( :أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن /٣/ المرقم: ٧٣٨ لسنة ٦٣ في ١٦ قاضي الموضوع ملزم بإعطاء الدعوى وصفها الحق وإسباغ التكييف القانوني الصحيح عليها دون تقيد بتكييف الخصوم لها في حدود وسبب الدعوى والعبارة في التكييف هي بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة لا بالألفاظ التي صيغت بها الطلبات وإن ما انتهى إليه من تكييف يخضع لرقابة محكمة النقض(، القرار متاح على الموقع الإلكتروني .

١٩٨١ والذي يقضي بأنه: .. ( متى كان /٤

<sup>2</sup> انظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٨٠٤ في ٧ (الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع برجوع الم [ وصية في الوصية التي مستندها عقد النزاع بالوصية الرسمية اللاحقة. .. ذلك أن تكييف التصرف وإن كان من مسائل القانون إلا أنه يستلزم بداءة تمحيص عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه مما يتصل بعناصر الدعوى (القرار منشور في، مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، الدائرة المدنية، ج ٨، العدد /١/ القاعدة رقم ٢٠١، ص ١٠٧٨. متاح على الموقع الإلكتروني نفسه.

بالرغم أن عباراته واضحة ومحددة ولا تحتاج إلى تفسير<sup>1</sup> وقد كان لمحكمة النقض الفرنسية الدور الأساس لظهور نظرية المسخ والتحريف إذ أعطى قضاة هذه المحكمة الحق لأنفسهم بمراقبة محاكم الموضوع في تفسير العقود عند نظر النزاع<sup>2</sup>، إلا أنها تراجعت عن ذلك مما أتيح إطلاق يد أولئك القضاة في تفسير العقود بعدها من مسائل الواقع البحت، وبعد عقود من الزمن عادت هذه المحكمة بمنهج جديد في حكمها الصادر في ١٥ أبريل لسنة ١٨٧٢ والذي يقضي بأنه: لا يجوز للقضاة حينما تكون عبارة العقد واضحة ومحددة تحريف الالتزامات الناتجة عنه أو تعديل الشروط التي يتضمنها<sup>3</sup> وهكذا عاد امتداد رقابة محكمة النقض الفرنسية إلى المحررات والمستندات المتعلقة بالوقائع حتى سارت محكمة النقض المصرية<sup>4</sup> بهذا الاتجاه إذ قيدت سلطة محكمة الموضوع في تفسير العقود وعمدت إلى نقض كل حكم تمسح فيه شروط العقد أولاً يتم فيه مراعاة بنوده الصريحة والواقعية. وقد وضع المشرع العراقي عدة قواعد للتفسير في القانون المدني حتى تتمكن محاكم الموضوع بموجبها من تفسير العقود عند نظر الدعوى بل أنها ملزمة لا يجوز مخالفتها. ونرى أهمية هذه القواعد كونها مستمدة من الفقه الإسلامي لغرض التوصل إلى التفسير الصحيح للعقود وصولاً إلى التكييف القانوني السليم للدعوى وهذا من شأنه إعطاء الوصف الحق للتصرف القانوني عند نظر الدعوى كما لوتعلق النزاع بعقد يتعلق بعمل معين مما يقتضي تفسير بنوده للتوصل إلى حقيقته فيما إذا كان عقد مشاركة فتختص محكمة البداية بنظر النزاع في شأنه ١١٢ أم أنه ينصب على رابطة بين عامل ورب العمل وبالتالي تختص به محكمة العمل ١١٣.

<sup>1</sup> انظر د. أحمد السيد الصاوي، مصدر سابق، ص ١٨٩.

<sup>2</sup> انظر د. عبد الرزاق عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ١١٧.

<sup>3</sup> اشارة إليه د. أحمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص ١٩١ (٤ق)، ص ٨٦٨ لسنة ٢٠٠٥.

<sup>4</sup> انظر قرار محكمة النقض المصرية العدد: ٤٠٨/ مكتب فني، س ٥٦، ج ٣ (٢٠٠٥ والذي يقضي بأنه): المقرر في قضاء محكمة النقض لا يجوز للقاضي عند تفسير العقد/ ١٢ /في الانحراف عن عباراته الواضحة، والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبذل في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك وهو يخضع في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض (القرار متاح على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية السابق ذكره. ١٦٧ (مدني عراقي).

## الفرع الثاني: رقابة محكمة التمييز على الفصل في القانون.

إن تكييف الدعوى عملية في غاية الخطورة لاسيما إذا تمت على نحو مغاير لما تتضمنه من وقائع فضلاً عن صعوبة وضع حد فاصل بين الواقع والقانون لأن التكييف هو ترجمة لمفهوم الواقع بمفهوم قانوني<sup>1</sup> ولذلك قد تخرج الدعوى من اختصاص المحكمة التي قامت بتكييفها بعد اقامتها فيما لو تبين بعد ذلك لمحكمة التمييز التي تنتظر في الطعن ان تلك الدعوى تدخل في اختصاص محكمة أخرى<sup>2</sup> وقد أثير جدل فقهي حول مدى سلطة محكمة التمييز في الرقابة على الفصل في القانون وذلك في اتجاهين: الأول - يذهب إلى إنها رقابة مقيدة، والثاني - يرى بأنها رقابة مطلقة وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين:

### اولاً: الرقابة المقيدة

اتجه الفقه الفرنسي<sup>3</sup> في تحديد هذه الرقابة بالاستناد إلى معيارين: الأول - يقوم على التمييز بين المصطلحات والألفاظ التي حدد القانون معناها وتلك التي لم يحدد معناها، ذلك أن المشرع قد يستخدم مصطلحات وألفاظ معينة دون أن يقصد تحديد معناها مثال ذلك إلزام مرتكب الخطأ الذي تسبب بضرر للغير بالتعويض دون تحديد معنى الخطأ، بينما في المعيار الثاني - يعنى المشرع بتحديد ما يستخدمه من المصطلحات والألفاظ ومثال ذلك البديل حينما عرفه القانون المدني بأنه ما يعطى في العقد كمقابل للشيء المتعاقد عليه. واستناداً للاتجاه المتقدم فإن الدعوى عند تكييفها طبقاً للمعيار الأول فإن المحكمة تتمتع حيال هذا التكييف بسلطة تامة إذ لا يمكن أن ينسب إلى القاضي بشأن هذا التكييف خطأ في القانون بينما لو كان المشرع يحدد معنى المصطلح أو اللفظ الذي يستخدمه عند ذلك يتعين على المحكمة عند تكييفها للواقع أن تتقيد بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح كما حدده المشرع وبالتالي فإنها تخضع لرقابة محكمة التمييز، وإزاء مشكلة الركون إلى هذه النظرية بسبب صعوبة وضع معيار للفرقة بين الألفاظ الواردة في القانون باعتبارها معروفة

<sup>1</sup> للتوسع راجع استاذنا د. منصور حاتم محسن واستاذنا د. هادي حسين عبد علي الكعبي، مصدر سابق، (، ص ٣ - ص ٢٢).

<sup>2</sup> نظر د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص ٤٥٨.

<sup>3</sup> أشار إليه د. أحمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص ٢١٧. وكذلك اشار اليه محمد غانم يونس الامين، الطعن تمييزاً في الاحكام المدنية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٨٩ أشار إليه د. عبيد محمد القصاص، الوسيط .

ومحددة المعنى وبين اعتبارها ليس كذلك فقد ظهرت نظرية أخرى<sup>1</sup> تقوم على أساس التفرقة بين التقدير القانوني والتقدير غير القانوني، إذ تقوم هذه النظرية على أساس التمييز بين الألفاظ والمصطلحات الواردة بالقانون التي تكون قابلة لتحديد معناها بطريقة عامة ومجردة، وبين التي لا يمكن تحديد معناها ابتداءً بهذه الطريقة لأن تحديد معناها يتوقف على ما يستشعره القاضي من ظروف كل دعوى على حدة وهنا يكون تقدير القاضي حسب ظروف كل دعوى على حدة، فيكون تقدير الواقع قوامه إحساس القاضي فلا يكون محل لرقابة محكمة التمييز على أعمال القانون على الواقعة على عكس الحالة الأولى حالة التقدير القانوني فان تقدير الواقع وتكييفه يعد عملاً خاضعاً لرقابة محكمة التمييز، ونتفق مع جانب من الفقه<sup>2</sup> الذي يرى أنه من المستحيل صياغة معيار واضح في هذا الصدد إذ أن كل المصطلحات والألفاظ الواردة بالقانون يمكن عدها معروفة ومحددة المعنى كما يمكن عدها في نفس الوقت ليس كذلك، فالمشرع حينما يستخدم لفظاً أو اصطلاحاً معيناً فذلك يعني بدهاء أنه يقصد به معنى معين وهذا المعنى قد يكون واضحاً في بعض الأحوال وغامضاً في أحوال أخرى ولكن يمكن معرفة معناه بما يتبادر إلى الذهن بالرغم من وجود معايير أخرى في هذا المجال لا فائدة من الخوض فيها كونها تجاهلت أن التكييف عملية قانونية يترتب عليها نتائج قانونية غاية في الأهمية، الأمر الذي يتطلب خضوعها دائماً لرقابة محكمة التمييز، ولهذا أدت هذه الانتقادات إلى ظهور نظرية الرقابة المطلقة أو العامة على التكييف.

### ثانياً: الرقابة المطلقة

بعد الانتقادات الموجهة إلى نظرية الرقابة المقيدة على الفصل في القانون ظهرت نظرية الرقابة المطلقة أو العامة إذ يتم بموجبها تشخيص الواقعة على ضوء نص قانوني معين تتدرج تحته سواء أكانت عبارات النص محددة المعنى أم غير محددة وسواء تم هذا التشخيص من قبل القاضي نتيجة فهم منطقي واجتهاد وانطباق يستشعره ويحسه<sup>3</sup> فالتكييف عمل قانوني وكل مخالفة فيه من شأنها أن تفتح باب الطعن بالتمييز مما يعني أن تكون لمحكمة التمييز سلطة مراقبة محاكم

<sup>1</sup> ١١٧ ( انظر: 123 في قانون المرافعات المدنية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١١٦٨. وانظر المستشار )أشار إليه .محمد غانم يونس الامين، المصدر نفسه، ص ٩٠.

<sup>2</sup> ١١٨ ( انظر د .أحمد السيد صاوي، المصدر السابق، ص ٢١٦ ).

<sup>3</sup> د .أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة .الجديد، ٢٠١٠، ص ٣٦.

الموضوع في مدى سلامة ما تنتهي اليه بشأن تطبيق القواعد القانونية سواء أكانت الموضوعية منها أم الاجرائية وملاحظة مدى سريانها على الواقعة<sup>1</sup> ولغرض توحيد أحكام القضاء فإن محكمة التمييز تبسط رقابتها على كل تكييف قانوني سواء حدد المشرع معنى الألفاظ والمصطلحات الواردة في نصوص القانون أم لم يحددها وسواء أكان فهم القاضي للواقع نتيجة جهد منطقي أم فقهي أم فني أم كان نتيجة شعور القاضي وإحساسه وسواء أكان التكييف انعكاساً للمستقبل على حالات أخرى مماثلة أم يقتصر على واقعة بعينها، لأنه عملية قانونية، يترتب على الخطأ فيها نقض الحكم من قبل محكمة التمييز<sup>2</sup> ومن الملاحظ أن القضاء العراقي يفرض رقابته على الفصل في القانون بصورة مطلقة وهوما يتضح في ضوء استعراض مراحل سير الدعاوى من محاكم الدرجة الأولى مروراً بمحاكم الدرجة الثانية (لاستئناف وصولاً إلى محكمة التمييز إذ يتضح مدى هذه الرقابة وأثرها على الاختصاص النوعي للمحاكم التي نظرت في هذه الدعاوى. وللوقوف على حيثيات هذه الرقابة وجدنا من المفيد عرض تفاصيل بعض اجراءات المحاكم في الدعوى وبيان مدى رقابة محكمة التمييز عليها.

وفي نهاية هذا المبحث نجد أن تكييف الدعوى يحتم على المحكمة أن تقوم به بوقت مبكر وذلك بتفحص الوقائع بعد تعيينها وبيان موضوعها وقد يتطلب أحياناً الاستيضاح من الخصوم لغرض التأكد من اختصاص المحكمة في نظر الدعوى.

ولهذا فإن عملية التكييف كثيراً ما تكون أحد أسباب تجاوز الاختصاص النوعي إذا ما أعطي وصفاً خاطئاً للدعوى فيخرجها من الاختصاص النوعي لمحكمة معينة لتدخل في اختصاص محكمة أخرى، وقد يكون الوصف القانوني الخاطئ لا اثر له على اختصاص المحكمة التي أقيمت أمامها الدعوى ولكن يفضي إلى تجاوز الاختصاص النوعي لمحاكم الطعن التي تنتظر الأحكام الصادرة من محكمة البداية التي تعد صاحبة الولاية العامة في الدعاوى المدنية، كما لوقامت هذه المحكمة بتكييف الدعوى خطأ على أنها منع معارضة في حين أنها منع تعرض وعلى هذا الأساس يطعن

<sup>1</sup> ١٢ ( انظر د .عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ) ص ١١٦٦ .

<sup>2</sup> ١٢١ ( انظر د .أحمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص ٢٢٧ )، (٢٠١٤/ ١٢ / ١٢٢ ) ( انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ٤١٣ / الهيئة الموسعة المدنية الثانية في ١٢ ) القرار غير منشور .

بالحكم بطريق الاستئناف في حين أن حقيقة الدعوى هي منع تعرض فتكون غير قابلة للاستئناف وكذلك عندما تقوم محكمة البداية بتكليف دعوى التعويض على إنها فرق البدلين فيتم الطعن بالحكم الصادر فيها أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بينما لا يكون لهذه المحكمة أي اختصاص بنظر الطعن في هذا الحكم.

وعليه نقترح على المشرع الفلسطيني إيراد نص في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية يتضمن في إعطاء سلطة المحكمة الوصف القانوني الصحيح للدعوى دون الاعتداد بتسميات الخصوم للدعوى ثم إعمال القاعدة القانونية الملائمة عليها.

## الخاتمة:

وفي نهاية هذا المبحث نكون قد توصلنا إلى أن تكييف الدعوى يحتم على المحكمة أن تقوم به بوقت مبكر وذلك بتفحص الوقائع بعد تعيينها وبيان موضوعها وقد يتطلب أحياناً الاستيضاح من الخصوم لغرض التأكد من اختصاص المحكمة في نظر الدعوى ولهذا فإن عملية التكييف كثيراً ما تكون أحد أسباب تجاوز الاختصاص النوعي إذا ما أعطي وصفاً خاطئاً للدعوى فيخرجها من الاختصاص النوعي لمحكمة معينة لتدخل في اختصاص محكمة أخرى، وقد يكون الوصف القانوني الخاطئ لا اثر له على اختصاص المحكمة التي أقيمت أمامها الدعوى ولكن يفضي إلى تجاوز الاختصاص النوعي لمحاكم الطعن التي تنتظر الأحكام الصادرة من محكمة البداية التي تعد صاحبة الولاية العامة في دعاوى المدنية ؛ كما لوقامت هذه المحكمة بتكييف الدعوى خطأ على أنها منع معارضة في حين أنها فسخ عقد او إخلاء ماجور اوفي تكييف دعوى تعويضات عن حقوق عمالية في حين تكون دعوى تعويضات عدم الالتزام في عقد المقاولة وعلى هذا الأساس يطعن بالحكم بطريق الاستئناف والنقض في حين أن حقيقة الدعوى هي منع معارضة . وعليه نقترح على المشرع الفلسطيني إيراد نص في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية في الباب المخصص لسماع الدعوى يتضمن سلطة المحكمة في إعطاء الوصف القانوني الصحيح للدعوى دون الاعتداد بتسميات الخصوم للدعوى ثم إعمال القاعدة القانونية الملائمة عليها.

## النتائج والتوصيات

### أولاً: النتائج:

1. ان محكمة الموضوع يتوجب عليها التكييف القانوني على أن تقوم به بوقت مبكر بعد تكليف الخصوم بتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف الملزم لهم وبالتالي الوقوف على تعيين وقائع الدعوى وبيان موضوعها تمهيدا لاصباح الوصف القانوني الصحيح.
2. يتوجب على محكمة الموضوع التكييف المبكر وعدم الاعتداد بالوصف التي يطلقها الخصوم على وقائع الدعوى لأن ذلك يؤدي إلى الإخلال بعملية التكييف القانوني للدعوى إذ يقع على عاتق المحكمة فهم الوقائع المطروحة عليها كونها ضرورة منطقية وقانونية تتسجم مع سبب الدعوى وتتسجم مع الاثر القانوني من القرارات القضائية بهذا الشأن.
3. يتوجب على محكمة الموضوع اصدار قرار تكييف الدعوى سابق على الحكم لكي ومنح المدعي وتعديل الطلب النهائي من الدعوى بما ينسجم مع تكييف الدعوى على قياس قرار الادانة الذي يسبق قرار العقوبة في الجنايات.
4. ان الزام محكمة الموضوع بالتكييف المبكر ومنح الخصوم من التعديل في تحديد الاثر القانوني من الدعوى يؤدي الى حسم اساس النزاع ويؤدي الى الاقتصاد في القضاء بمعنى ان المحكمة في حال كانت وقائع الدعوى لا تتسجم مع السبب ولا يحميها الاثر القانوني من خلال الطلبات النهائية فيها فان ذلك سيجعل المحكمة تصدر حكما برد الدعوى وعدم حسم النزاع مما من شأنه ان يؤدي الى اقامة ادعوى جديدة بالموضوع لعدم حسم النزاع وهذا يعتبر هدر للوقت والجهد والانفاق وعدم الاستقرا القانوني في المجتمع.

## ثانياً: التوصيات:

1. للحد من عدم حسم النزاع موضوعاً وذلكفي التكييف الدعوى الخاطئ وما يسببه في رد الدعوى وعدم قبولها وبالتالي بقاء النزاع قائم دون حل ملزم ومنهي له.
2. تتمتع المحكمة بسلطة واسعة في إعطاء الوصف القانوني الصحيح للدعوى في ضوء الوقائع المقدرة من المحكمة وما يتم من بينات واثبات لتلك الوقائع.
3. عدم الاخذ بتوصيف وتكييف وبتسميات الخصوم فيها وصولاً إلى تطبيق النص القانوني الملائم.
4. الاقتصاد في الوقت والجهد والتكاليف على الخصوم وعلى المحكمة وبالنتيجة على المجتمع من خلال التكييف المبكر ومنح الخصوم الفرصة في اعادة تحديد طلباتهم النهائية في ضوء تكييف المحكمة لتجنب رد الدعوى لعد انسجام الطلبات مع التكييف.

## المصادر والمراجع

أولاً: المراجع الفقهية:

- د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1984.
- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار السنهوري، بغداد، 2009.
- د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1973
- د. ابوالوفا، احمد، اصول المحاكمات المدنية، الطبعة الاولى 1971 الدار المصرية للطباعة والنشر، مصر القاهرة.
- د. ابوالوفا، احمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، مصر الاسكندرية، الطبعة التاسعة 1991.
- إبراهيم، محمد محمود، النظرية العامة للتكييف القانوني في الدعوى، دار الفكر العربي بدون تاريخ نشر، 1982.
- د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون ذكر للناشر. 2011.
- د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة. الجديد للنشر، 2010.
- د. راغب، وجدي، (مذكرات في مبادئ القضاء المدني المرافعات، دار الاتحاد العربي تاريخ 1976 مصر، القاهرة.
- رحيم حسن العكلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، ج1، ط1، توزيع مكتبة صباح. بغداد، 2006.

- سجي عمر شعبان، دور الخصوم في الإثبات المدني، دار شتات للنشر والبرامجيات، مصر. 2012.
- د. سرور، احمد فتحي، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائي، الجزء الثالث 1980.
- د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- د. سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1973.
- د. سعيد، احمد محمود، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، الطبعة الاولى 1988، دار النهضة العربية - شارع ثروت القاهرة.
- د. السمامعة، خالد: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الاردني دراسة تطبيقية مقارنة، اثرء للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2015، مكتبة الجامعة،الشارقة.
- د. شحاتة، محمد نور عبد الهادي: سلطة التكييف في القانون الاجرائي، دراسة، مقارنة في القوانين الاجرائية المدنية والجنائية والادارية، دار النهضة العربية مصر بدون تاريخ نشر.
- د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973.
- د. الطعاني، محمد علي خليل: سلطة القاضي في توجيه سير اجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة 2009، الطبعة الاولى.
- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط 2، دار الكتب للطباعة والنشر، 1979.
- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، بغداد، 2015
- د.عبد الباقي البكري، أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1964
- د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية، دار الحكمة، للطباعة والنشر، بغداد، 1991.

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.
- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1 القانون، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
- د. عمر، نبيل اسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الاسكندرية، 2008.
- د. عويضة، محمد علي. سلطة القاضي التقديرية في تكيف دعوى استرداد الحياة منشأة المعارف الاسكندرية ابداع 2015/25865.
- د.عبد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دون ذكر للنشر، 2010.
- د. فتحي والي ود. أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، دار الطباعة، الحديث، القاهرة، 1997.
- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009.
- د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- د. محمد نور شحاته، مبادئ قانون القضاء المدني والتجاري، مطبعة دار التأليف، 1988
- د. محمد نور عبد الهادي شحاته، سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر لسنة النشر.
- د. النداوي، ادم وهيب، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الاولى 1997، عمان. الاردن.

- د. والي، فتحي الوسيط في القضاء المدني - قانون المرافعات المدنية والتجارية - معدلا بالقانون 23 لسنة 1992 واهم التشريعات المكملة 1993 مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر القاهرة.
- د. وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

#### ثانياً: المصادر القانونية:

- قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.
- قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 في المواد التجارية والمدنية رقم 25 لسنة 1968. قد نشر في الجريدة الرسمية العدد 22 في 30 مايو 1968 وعُدل بموجب القوانين التالية.
- قانون البيئات السوري 2014 م.
- قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 4 سنة 2001.
- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته المنشور في الوقائع العراقية - رقم العدد: 3015 | تاريخ: 1951/8/9.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 ساري والمعمول به ابتداء من 15 أوتبر سنة 1949، الوقائع المصرية - عدد رقم 108 تاريخ 29-7-1948.
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 سنة التشريع: 1969 تاريخ: 1969/1/1
- قانون المرافعات المدنية والتجارية قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 المنشور في الوقائع العراقية - رقم العدد: 2728 | تاريخ: 1979/3/9.
- مجلة الاحكام العدلية (القانون المدني الفلسطيني) تاريخ الإرادة السنوية شعبان المعظم سنة 1293.

**An-Najah National University**  
**Faculty of Graduate Studies**

# **The Power of the Judge to Adjust the Case**

**By**

**Muhannad Nazmi Ismael**

**Supervisor**

**Dr. Ghassan Khalid**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus, Palestine.**

**2019**

# **The Power of the Judge to Adjust the Case**

**By**

**Muhannad Nazmi Ismael**

**Supervisor**

**Dr. Ghassan Khalid**

## **Abstract**

This thesis deals with a subject of great importance in the management of cases and the settlement of disputes; in other words, it considers the adjustment of the case within the boundaries of Palestinian and Arab laws as well as the French law. Case adjustment is defined as the implementation and solidification of legal rules based on the facts that have been proven. It is also defined as the description and presentation of these facts as elements, conditions, or even limitations of the applicable legal rule. The effect of the adjustment is often reflected in the substantive jurisdiction of the subject court which is considering the case and may even be reflected in the jurisdiction of the court competent to challenge. Legal adaptation is a complex process because it is not done in isolation from the litigants and therefore the adversaries may have a role in the adjustment because of the inaccuracy in the determination of the facts of the case and the statement of its merits or because the rules of evidence in the proceedings are not observed. All this necessitates that the court should not take the appellations' characteristics and descriptions of the facts into consideration. It should trace and clarify what is ambiguous in the subject matter of the case. The mistakes in adapting or adjusting by the trial court may be due to failure to take into account its authority vis-à-vis the issues

of fact, especially in the estimation of facts and procedures of proof, and may be improperly adapted due to non-observance of law issues, whether in the legislative texts or other rules applicable to the case. The Court of Cassation must play a role in monitoring the validity of the adjustment, as it extends its control over the issues of the facts that have been decided, even though this court is not a degree of litigation. This does not mean that these facts are re-examined; they should also be recognized as provided in the case file. But it extends its controls on the adequacy and reasonableness of factual causes and the state of distortion of facts. The control of the Court of Cassation extends also to matters of law. Thus, the overlapping of roles between the litigants and the courts requires the legislator to lay down the necessary legislative treatment in certain aspects of the adjustment process.

The purpose of this study is to clarify the value and legal importance of adjusting a civil lawsuit. It is necessary to identify the concept of case adjustment and the power of the judge in adapting the case and the role of the litigants in the stages of adjustment and adaptation with the help of Fiqh and jurisprudence to reach a clear vision of the legal effects of the adaptation of the civil lawsuit and therefore determine the legal nature of the lawsuit and therefore the proper legal application to resolve the dispute between the litigants. The importance of case adjustment lies in the necessity to end the dispute between all parties and thus contribute to reducing the flow of similar cases about the same conflict but with different new names.

The adjustment of the case is an important step in the question of the authoritative provisions, and on the other hand, adjustment might be used to circumvent the same rules of authenticity.

It is therefore noticed that there is a close correlation between the suitability of the case and the cause of the ruling in it. The adjustment precedes the causality. So the ambiguity in the causes of the case will often mean ambiguity in their adaptation/adjustment.

On the other hand, we will not be able to arrive at the correctness or error of adapting the case except through causation. If the judge does not cause his judgment sufficiently according to a solid methodology, then this will inevitably lead to impeding the court of law.

Therefore, the judge, in order to be able to explain the real reason, is obliged to examine the grounds on which the case is based in order to give the correct legal adjustment.

This thesis is divided in three chapters as follows:

In the first chapter, the researcher has tackled two topics. The first topic relates to the concept of legal adjustment and adaptation while the second topic relates to the scope of the lawsuit, its nature and the implications of it.

In chapter two, the researcher has discussed three topics. The first topic is related to determining the reality and proving it through its discretion in accepting the evidence; the second part relates to the cause of the action including the facts of the case, the authority of the court and the adversaries in modifying the cause of the lawsuit, and the relationship of the cause to the suitability of the case as the basis for the adaptation of the case and the

interaction of the adaptation with the cause collisions caused by adaptation. The third topic is related to the legal interest is a condition for accepting the suit and the extent of the judge's authority in assessing the legality of the interest, the personal and direct interest, the fact that the interest is existing, and the situation and the probability and the judge's power to assess the procedure objectively. In the third chapter, the researcher has tackled two topics. The first topic is related to the concept of the power of adjustment and adaptation and the relationship between them. The second subject relates to the general system of the court, the course of early adaptation/adjustment, the distinction between the current adjustment and other forms of adjustment, and the control of Court of Cassation over the validity of the adjustment to the issues of facts and the separation of the law from absolute and restricted control.